

**Gergely Békés<sup>1</sup>**

**The performers' economic rights in the international treaties and the EU directives**

The authors have been supported and protected by the legal system of copyright since 1709, when the Statue of Anne was incorporated in Great Britain. In these three hundred years legal researchers have focused mainly on authors' rights, while the phenomenon of neighbouring rights protection appeared much later, only at the beginning of the 20<sup>th</sup> century. However, in most cases cultural contents or products are consumed by the general public not directly, but through the interpretation of performing artists, including actors, singers, dancers, performers.

At the level of international law, the development of performers' rights started in 1961, when the first multilateral neighbouring rights treaty, the Rome Convention was adopted. The expansion of performers' rights came to a stop in 2012, when the Beijing Treaty on Audiovisual Performances was enacted, although the implementation of this treaty is still pending in the European Union. Meanwhile, the European legislator regulated performers' rights in 1992 for the first time, when the original version of Rental Directive was adopted. In the early period, the European Community enacted mainly specific rules for performers and other neighbouring right holder, but legislative texts adopted after the Millennium created a balanced situation and are mostly the same for authors and performers.

This article examines how economic rights of performers have evolved at the level of multilateral international treaties and the legislation of the European Union during this period. The main focus of the analysis is to compare the economic rights of performers with the identical rights of authors and phonograms producers, and to evaluate the identified similarities and differences.

**1. The performers' economic rights in general**

While moral rights protect the performer in his personal relationship with a specific performance,<sup>2</sup> the web of economic rights ensures that the performer's intellectual investment is financially rewarded. Similar to the authors' right, this economic return is ensured by granting a monopoly on the exploitation of performances. The purpose of economic rights is therefore to ensure that the income from the exploitation of the performances is granted exclusively to the right holder and the person, who the performer authorizes.

From a doctrinal point of view, economic rights can basically be divided into two groups: exclusive rights to authorize and prohibit the use of the performance, and remuneration rights without an exclusive right. The main distinction between the two is whether the right holder is granted by legislation the right to prevent a specific use (exclusive rights), or whether the user may use the performance even against the will of the performer, while paying him a fair remuneration (remuneration rights).

---

<sup>1</sup> Ph.D. Candidate, University of Szeged, Faculty of Law and Political Sciences, Doctoral School.

<sup>2</sup> As an analogy, see Gábor Faludi's interpretation, GYERTYÁNFY Péter (ed.): *Nagykommentár a szerzői jogi törvényhez*, Wolters Kluwer, Budapest, 2023, p. 117.

The international treaties are not uniform how they describe the scope of the economic rights. The Rome Convention<sup>3</sup> and the TRIPS Agreement<sup>4</sup> grant the performer the right to ‘prevent’ or ‘prohibit’ certain uses, while the WPPT<sup>5</sup> and the Beijing Treaty<sup>6</sup> establish the right to ‘authorise’ the use of his performance. In other words, while the early multilateral treaties on performers’ rights focused on the passive side, the later treaties focused on the active side of the economic rights. However, the two approaches differ mainly in principle, and in practice they give the performer essentially the same possibilities.

In the case of performers, the link between moral rights on the one hand, and economic rights on the other hand has not received nearly as much attention in the legal literature, as the theoretical debate on this issue regarding authors. The primary reason for this is certainly that by the time the international community adopted the first convention on neighbouring rights (the Rome Convention in 1961) and by the time the protection of performers’ rights had become general in national laws by the end of the 20th century, these doctrinal debates had typically lost their relevance. However, national legislators can achieve the highest level of legal protection if they understand the moral and economic rights as tools to mutually reinforcing and supporting each other.

As Péter Gyertyánfy said regarding authors, the economic rights are comprehensive, exclusive (absolute) rights, which reserve the rights to the author for all possible uses (positively) of the work and (negatively) excludes all others from the use of the work.<sup>7</sup> One could apply this definition to the performing artists’ economic rights, without any changes. The exclusive rights of the performer can therefore be divided into a positive and a negative layer, just as the exclusive right of authors.

Another possible approach to group economic rights is to distinguish them according to the way, in which they are managed. Similar to the authors, performers can manage some of their economic rights individually, and others through collective management organisations. The distinction between the two depends heavily on the development of national law. Although the European Union (EU) regulates the structure and activity of the collective management organisations extensively,<sup>8</sup> significant differences can be detected between national laws of the EU member states yet. It is not disputed that the right holder’s right to authorise or prohibit the use of the performance is managed the most freely when the performer can exercise that right of authorisation individually. Collective forms of management (by i.e., an employer, ensemble, or a collecting management organisation) restrict the performer’s freedom of choice in different ways and degrees. However, this limitation is insignificant in all cases, where the form of the collective management is not mandatory, and the performer can take back the right to decide into his own hands, at any time.

---

<sup>3</sup> International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, signed in Rome on October 26, 1961

<sup>4</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994.

<sup>5</sup> WIPO Performances and Phonograms Treaty, adopted in Geneva, on December 20, 1996

<sup>6</sup> Beijing Treaty on Audiovisual Performances, adopted in Beijing, on June 24, 2012

<sup>7</sup> GYERTYÁNFY Péter (ed.): *Nagykommentár a szerzői jogi törvényhez*, Wolters Kluwer, Budapest, 2023, p. 153.

<sup>8</sup> Among these rules, Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market has a major importance. In addition, Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission and the Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC Directive also contain some rules on collective management.

The scope of economic rights exercised through collective management organisation has been extended to all mass uses, which cannot be individually controlled. These uses cover in various forms of communication to the public of fixed performances. However, even in such cases, the performer can manage his economic rights individually, if the use involves any moral right question. This is the case e.g., when the exploitation requires an intensive intervention in the fixed performance.

Furthermore, the individual management of rights does not always mean that the performer can exercise his economic rights truly individually. This is mainly because performing activities typically belong to the collective forms of arts, and performers often act as members of bands, orchestras, choirs or ensembles. In the case of collective genres, it is also not uncommon for the performer to be employed or to have other legal relationships with his ensemble, which, according to many national legislations, results an *ex lege* transfer of the economic rights. Although in such a case, the economic rights are managed not by a collective management organisation, but is still a collective form of rights management, which is exercised by the performer's employer or ensemble. In many legal systems, the employer, as an *ex lege* right holder, can authorise the use of the performance without a specific authorisation from the performer himself.

In theory, the collective management of rights does not affect the scope of the economic right itself. However, in practice, the borderlines of the exclusive rights managed by a collective management organisation are narrower, mainly for competition law reasons. This is because, a collecting management organisation is usually obliged to authorise all uses under the strict framework of EU collective management legislation. Consequently, in such a case, the passive element of the exclusive right (the prohibition of an unlawful use) may predominate. At the same time, in the case of individual rights management, the right holder is genuinely free to decide, which user he or she aims to authorise to exploit the performance.

Economic rights can also be grouped according to whether a given exploitation is linked to an unfixed or an already fixed performance. As of today, the mass exploitations of performances require the performance to be fixed. Although broadcasting of a live performance ensures that an unfixed performance can reach a very wide audience, the unrecorded nature of the performance means, that it will always be a one-off, single, non-repeatable exploitation. On the other hand, digital technology allows the reproduction of fixed performances without any degradation in quality, very quickly and without any other restrictions, which makes it difficult or impossible for performers to control the secondary use of their performances in practice.

## 2. Economic rights in the Rome Convention

Article 7 of the Rome Convention formulates the economic rights in such a way, that performers may 'prevent' certain uses of their performances. The Rome Convention thus focuses to the passive layer of the economic rights of performers. At the same time, the very same Rome Convention granted exclusive right to phonogram producers<sup>9</sup> and broadcasting organisations<sup>10</sup> in the same way as for authors, emphasising the active element of licensing, too.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Article 10 of the Rome Convention.

<sup>10</sup> Article 13 of the Rome Convention.

<sup>11</sup> For both of these groups of right holders, the Rome Convention uses the 'authorize or prohibit' phrase. Similarly, the Berne Convention sets the right of authorisation the same way with regard translation (Article 8), reproduction

The aim of the Rome Convention was to give member states the widest possible choice how to ensure the protection.<sup>12</sup> The records of the 1961 diplomatic conference show, that the delegates followed the text of the Hague Draft – the basic proposal of the conference – without any changes.<sup>13</sup> The records also show that during the diplomatic conference Czechoslovakia proposed<sup>14</sup> that – beside the phonogram producers and broadcasting organisations – the exclusive right of performers should be formulated similarly to the Berne Convention's language. On the other hand, the Mexican delegation suggested<sup>15</sup> – again, unsuccessfully – that the protection could be ensured not only by copyright means, but also by any other legal concept. After considering the conflicting proposals, the delegates finally decided to adopt the text of the basic proposal, without any changes. The situation in the United Kingdom certainly played an important role in this decision, since at that time, the United Kingdom applied a criminal law approach to protect performers.<sup>16</sup> The final text adopted by the diplomatic conference allowed this system to be maintained.

Ultimately, the lobby power must be the reason why, unlike the phonogram producers and the broadcasting organisations, the Rome Convention did not grant economic rights to performers in their traditional exclusive form. A legally and economically independent performer would have limited the existing possibilities of authors and phonogram producers, which would have collided to the interests of these right holders. The international associations of authors (CISAC) and phonogram producers (IFPI), by exploiting their better lobby power, without the slightest sign of professional solidarity, let the community of performers down in 1961. Even Claude Masouyé, the author of the WIPO Guide,<sup>17</sup> has pointed out that the solution chosen by the Rome Convention is considered by many professionals to be paradoxical, regrettable and unfair.<sup>18</sup>

However, the Rome Convention granted three economic rights for performers, two for unfixed and one for fixed performances. The rights of communication to the public [Article 7(1)(a)] and the fixation of unfixed performances [Article 7(1)(b)] are still essentially unchanged in the international treaties and the *acquis communautaire*. The economic right of the reproduction of the fixed performances [Article 7(1)(c)] was subject to several limitations in the Rome Convention, but later these limitations were mainly lifted, which has made the reproduction right largely identical to the similar rule for authors. One may observe, that in the case of fixed performances, the Rome Convention only granted the reproduction right, and did not regulate other economic rights in respect of other forms of secondary exploitation, such as distribution, rental, lending, etc.

---

(Article 9), communication to the public (Article 11<sup>bis</sup>), public performance of literary works (Article 11<sup>ter</sup>), adaptation (Article 12), filming (Article 14).

<sup>12</sup> Sam RICKETSON – Jane C GINSBURG: *International copyright and neighbouring rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 1213.

<sup>13</sup> Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organisations, ILO-UNESCO-BIRPI, 1968, p. 216.

<sup>14</sup> See the report by Abraham L. Kaminstein, rapporteur-general of the diplomatic conference, ILO-UNESCO-BIRPI, 1968, p. 43 and the proposal CDR/31 (ILO-UNESCO-BIRPI (1968), p. 221) For more details see Jörg REINBOthe – Silke VON LEWINSKI: *The WIPO Treaties on Copyright, A commentary on WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 315.

<sup>15</sup> See proposal CDR/48. ILO-UNESCO-BIRPI (1968), p. 217.

<sup>16</sup> See the report by Abraham L. Kaminstein. ILO-UNESCO-BIRPI (1968), p. 43.

<sup>17</sup> Claude MASOUYÉ: *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO, Geneva, 1981, p. 34 - paragraph 7.3.

<sup>18</sup> Meanwhile, it is also true that the Rome Convention could not rely on pre-existing national solutions such as the Berne Convention for authors.

Another type of economic rights appeared in the Rome Convention as well. Article 12 of the Convention grants performers no exclusive right, but only a single right to an equitable remuneration for the communication to the public of phonograms released for commercial purposes. Under the equitable remuneration system, right holders cannot prevent or prohibit the use of performance, on the other hand, right holders are still entitled to a single remuneration. Since in 1961 the most common use of a commercial phonogram was already the communication to the public (mainly by broadcasting), and secondly, since the Rome Convention made it possible for member states to exclude performers from even the fair remuneration system and to grant it exclusively to phonogram producers,<sup>19</sup> it is not surprising that this issue caused the hottest debates during the diplomatic conference.<sup>20</sup>

The term of protection for economic rights – according to the Article 14 of the Rome Convention – is twenty years, which is substantially less, than the term of protection for authors according to the Article 7 of the Berne Convention. The most significant difference between the two is obviously that the term of protection of authors shall be calculated from the death of the right holder, for performers the term of protection begins to run from the year following the fixation of the performance.<sup>21</sup> This regulation itself is a significant disadvantage for performers compared to authors. Moreover, instead of the minimum of fifty years protection provided for author, only twenty years was granted for performers by the Rome Convention.

According to the records, the term of protection of performers didn't generate any major debate during the diplomatic conference. In this respect, the delegates followed the provisions of the Hague Draft, without making any changes.<sup>22</sup> (There were only two delegates, namely the delegates of Austria and the United States of America, which proposed a term of protection of more than twenty years, the former thirty years, the latter twenty-five years.<sup>23</sup>) Therefore it is totally unclear, why it was necessary to set a shorter term of protection for performers, compared to authors. At the same time, since the Rome Convention contains only minimum rules, member states are allowed to grant a longer protection than the twenty years set by the Convention.<sup>24</sup> In this respect it may also be important that the term of protection must always be determined in accordance with the law of the country, where the protection was sought by the right-holder.<sup>25</sup>

Finally, Article 15(1) of the Rome Convention mentioned private copying, quotation, ephemeral fixation and educational or scientific use as purposes for which member states may establish exceptions and limitations to the economic rights. However, Article 15(2) also says, that member states can regulate other exceptions to the performers' economic rights in all cases, where the similar rights of authors are also subject to an exception or limitation.

---

<sup>19</sup> Article 12 of the Rome Convention provides that 'If a phonogram published for commercial purposes, or a reproduction of such phonogram, is used directly for broadcasting or for any communication to the public, a single equitable remuneration shall be paid by the user to the performers, or to the producers of the phonograms, or to both. Domestic law may, in the absence of agreement between these parties, lay down the conditions as to the sharing of this remuneration.' This rule allows member states to grant a remuneration right for performers (excluding phonogram producers), but given the different economic power of the parties to claim, this was not a realistic route even in 1961.

<sup>20</sup> Claude MASOUYÉ: *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO, Genf, 1981, p. 46 - point 12.1.

<sup>21</sup> Silke VON LEWINSKI: *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 221.

<sup>22</sup> ILO-UNESCO-BIRPI (1968), p. 51.

<sup>23</sup> Ibid., p. 51.

<sup>24</sup> Claude MASOUYÉ: *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO, Genf, 1981, p. 55.

<sup>25</sup> ILO-UNESCO-BIRPI (1968), p. 50.

### 3. Economic rights in the TRIPS Agreement

Performers' rights were in many ways overshadowed during the adoption of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement), as an annex to the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), in 1995. The most obvious indication is the fact that, unlike the substantive provisions of the Berne Convention, the substantive provisions of the Rome Convention were not incorporated into the body of the TRIPS Agreement.<sup>26</sup> The main reason for this is that the highly influential USA and China never signed to the Rome Convention, so it would have been against their interests to adopt the rules of neighbouring rights in this roundabout way.

Since the TRIPS Agreement could not apply a rule<sup>27</sup> referring to the provisions of the Rome Convention, the most important rules of neighbouring rights had to be repeated in the TRIPS Agreement. Although Article 14(1) of the TRIPS Agreement granted economic rights to performers in a way that went beyond the Rome Convention, it still preserved the discrimination of performers against authors and phonograms producers.

As far as performers are concerned, the TRIPS Agreement also failed to grant a general exclusive right, but instead enacted a less effective right to 'prohibit' certain uses without prior consent.<sup>28</sup> This right to 'prohibit' without prior consent does not go beyond the solution mentioned regarding the Rome Convention's (right to 'prevent').<sup>29</sup> Some commentators interpret this text as obliging member states to provide civil enforcement instruments, and that criminal law protection alone could not result in an adequate implementation of the TRIPS Agreement.<sup>30</sup> Although the difference between the traditional form of exclusive right on the one hand, and the right to 'prohibit' a use without consent on the other, is not very significant in practice, it highlights a major difference of power between the right holders. One should also consider Article 14(2) of the TRIPS Agreement, which granted exclusive rights to phonogram producers the very traditional way, covering the active layer of right, too.

The TRIPS Agreement has incorporated the economic right of communication to the public and the fixation of unrecorded performances similar to the Rome Convention. However, the TRIPS Agreement has significantly extended the reproduction right of a fixed performance by removing the limitations that appeared in the Rome Convention.

Unlike the Rome Convention, the TRIPS Agreement does not grant any remuneration right for the performers. The main reason for this is that the TRIPS Agreement omits the right to a single equitable remuneration for the communication to the public of a phonogram released for commercial purposes.

---

<sup>26</sup> Carlos M CORREA: *Trade Related Aspects of Intellectual Economic, A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 155.

<sup>27</sup> On the contrary, Article 9(1) of the TRIPS Agreement made it obligatory for its member states to apply Articles 1 to 21 of the Berne Convention, with the exception of Article 6<sup>bis</sup> on moral rights and the rights derived from it. The reason behind the different approach was that the international acceptance of the Rome Convention was much lower than that of the Berne Convention. See Silke VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 298.

<sup>28</sup> Daniel GERVAIS: *The TRIPS Agreement - Drafting history and analysis*, Sweet and Maxwell, London, 1998, p. 96.

<sup>29</sup> Silke VON LEWINSKI: *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 299.

<sup>30</sup> Daniel GERVAIS: *The TRIPS Agreement – Drafting history and analysis*, Sweet and Maxwell, London, 1998, p. 98.

With regard to the exemptions and limitations, the first sentence of Article 14(6) of the TRIPS Agreement refers to the rules of the Rome Convention, thus somehow lifting the independence from the Rome Convention. It is also worth noting however, that the second sentence of Article 14(6) states that the rules of the Berne Convention are also applicable to all neighbouring right holders,<sup>31</sup> which utterly confuses the relation between international treaties.

The TRIPS Agreement went significantly beyond the provisions of the Rome Convention regarding the terms of protection of performers' economic rights, as Article 14(5) of the TRIPS Agreement extended the term of protection from twenty years to fifty. It is true that the TRIPS Agreement left unchanged the Rome Convention's rule on the starting date of the calculation, therefore the term of protection is to be calculated from the fixation of the phonogram and not from the death of the performer. It is also worth noting that there are no known economic calculations to justify the extension of the term of protection, which may ultimately be driven by the view that a wider scope of protection is necessarily preferable for performers.<sup>32</sup>

#### 4. Economic rights in the WPPT

The WPPT, adopted in 1996, was a turning point in the system of economic rights for performers, as it was the first international treaty to formulate economic rights the same way as the economic rights of authors and phonogram producers.<sup>33</sup> It can therefore be said that, following the 'right to prevent' of the Rome Convention and the 'right to prohibit' of the TRIPS Agreement, the traditional system of exclusive economic rights was established in 1996 at the level of international treaties. Furthermore, since the WPPT reproduced the rules of the Rome Convention in a modernised form in many respects, the adoption of the WPPT has essentially eliminated the largely unjustified differences that previously existed between the different categories of right holders.

The text of WPPT – in this regard – strictly follows the wording of the WCT<sup>34</sup> ('shall enjoy the exclusive right of authorizing') and can be equated with the text of the Berne Convention ('shall have the exclusive right of authorizing'). This right is in fact more than the exclusive right of authorizing a use, as it includes the right to determine the conditions of authorization and the right to prohibit certain use.<sup>35</sup>

The WPPT granted an exclusive right to authorise the communication to the public [Article 6(i)] and fixation [Article 6(ii)] of unfixed performances in the same way as the Rome Convention and the TRIPS Agreement, and an exclusive right to reproduce a fixed performance [Article 7] in the same way as the TRIPS Agreement, without further restriction. This is the first international treaty to include an exclusive right for distribution [Article 8] and rental

---

<sup>31</sup> Ibid. p. 100.

<sup>32</sup> Carlos M CORREA: *Trade Related Aspects of Intellectual Property, A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 166 and Daniel GERVAIS: *The TRIPS Agreement – Drafting history and analysis*, Sweet and Maxwell, London, 1998, p. 301. It is also worth noting that the TRIPS Agreement did not change the term of protection for broadcasting organisations compared to the Rome Convention, which remained twenty years.

<sup>33</sup> Jörg REINBOTHE – Silke VON LEWINSKI: *The WIPO Treaties on Copyright, A commentary on WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 315 and Sam RICKETSON – Jane C. GINSBURG: *International Copyright and Neighbouring Rights, Volume II.*, Oxford, Oxford University Press, 2005., p. 1259.

<sup>34</sup> WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996

<sup>35</sup> Jörg REINBOTHE – Silke VON LEWINSKI: *The WIPO Treaties on Copyright, A commentary on WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 134.

[Article 9] of fixed performances. However, the most significant development was not these but the creation of an exclusive right for making performances available on the Internet [Article 10], which was drafted following the authors' rules in WCT.<sup>36</sup>

The WPPT, however, preserved the two-tier system of economic rights by reiterating in Article 15 the content of Article 12 of the Rome Convention on the communication to the public of commercial phonograms. Moreover, the introduction of a remuneration right, which provides a lower level of protection, is not obligatory for member states in this case, and they may make reservations or waive it generally. However, Article 15(2) of the WPPT has strengthened the position of performers, since member states – if a national law introduces this right – cannot exclude performers from the remuneration.

Article 17(1) of the WPPT set the term of protection of the fixed performance – following the TRIPS Agreement<sup>37</sup> – to fifty years, calculating from the year of fixation. The fact that the rules of the TRIPS Agreement, adopted only a few years earlier, had already been transposed into more than 100 national laws by the time the diplomatic conference negotiating the WPPT began, proved to be of great importance in this question.<sup>38</sup> Although, by principle, the WPPT steps backwards by not providing a term of protection for unfixed performances, this is understandable, since a performance cannot be re-used without it being recorded.<sup>39</sup> What is less understandable is why the diplomatic conference has set a shorter term of protection for performers than for producers of sound recordings. Indeed, according to Article 17(2) of the WPPT, the term of protection for phonogram producers is only calculated from the year of fixation if it is not released within the fifty-year term of protection. However, if the phonogram is published within that period, the starting point of the term of protection is the year of publication. This means, in the extreme case, that if the publisher releases the sound recording only in the fiftieth year after its fixation, the term of protection expires only fifty years after that date, i.e. in the hundredth year after the fixation of the recording.<sup>40</sup> Meanwhile, the performers' rights in the same phonogram will expire fifty years after the year of fixation, even if the producer does not start exploiting the recording until that year. It should also be noted that the concept of publication is limited to physical copies in Article 2(e) of the WPPT and in the 'Agreed statement' to that Article,<sup>41</sup> so a publisher could exploit the phonogram exclusively online for the first fifty years after the fixation and then start distributing physical copies in the fiftieth year, thus extending the term of protection.

Regarding limitations and exemptions on economic rights, WPPT follows the method of the TRIPS Agreement. As a first step, Article 16(1) says that in all cases where the rights of authors have been limited by national law, the same scope of limitation may be imposed on related right holders. The second step of the WPPT, going beyond the TRIPS Agreement, obliges the

---

<sup>36</sup> Last sentence of Article 8 of the WIPO Copyright Treaty.

<sup>37</sup> Mihály FICSOR: *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO*, WIPO, Genf, 2003, p. 255.

<sup>38</sup> Jörg REINBOTHE – Silke VON LEWINSKI: *The WIPO Treaties on Copyright, A commentary on WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 419.

<sup>39</sup> The text submitted to the diplomatic conference even included a fifty-year term for the protection of unrecorded performances, but this was ultimately deemed unnecessary by delegates. See Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions, WIPO, Genf, p. 62.

<sup>40</sup> FICSOR MIHÁLY: *The law of Internet*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 643. Interestingly, the participants in the diplomatic conference – with the exception of the representative of Austria – did not feel bound by the TRIPS Agreement as regards the starting date of the term of protection for phonogram producers. See Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions, WIPO, Genf p. 682.

<sup>41</sup> Silke VON LEWINSKI: *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 480.

member states to apply the three-step-test of the Berne Convention for the related rights, too, making that rule generally applicable to all limitations and exemptions.<sup>42</sup>

## 5. Economic rights in the Beijing Treaty

The Beijing Treaty on audiovisual performances enacted the economic rights as traditional exclusive rights the same way as the WPPT did. As the Beijing Treaty only regulates the rights of audiovisual performers, this solution cannot be compared with the solution applied to other rightholders.

The Beijing Treaty establishes a system that, while formulating exclusive rights at a high level of abstraction, in many cases it is the Treaty itself, which undermines the high level of legal protection. This can be seen, for example, in the case of rental [Article 9] and communication to the public [Article 11], where for both rights member states have been given a wide discretion to create a weaker right for performers, or not to grant such a right at all, instead of an exclusive right.

The Beijing Treaty basically follows the provisions of the WPPT and grants, with practically identical wording, the rights of communication to the public and fixation of unfixed performances [Article 6], rights of reproduction [Article 7], distribution [Article 8], rental [Article 9] and making available [Article 10].

A new element of the economic rights is the introduction of an exclusive right to broadcast fixed audiovisual performances [Article 11]. Nevertheless, it has only limited importance, since member states are not obliged to introduce this exclusive right at all. Finally, it should be noted that Article 12 of the Beijing Treaty makes it possible for the member states to set an assumption on the transfer of performer's economic rights to the producer. That practically means that the international community has extended the rights of the producers, rather than the performers.<sup>43</sup>

Article 14 of the Beijing Treaty also follows the provisions of Article 17(1) of the WPPT with regard to the term of protection, which is fifty years, calculated from the date of the fixation.

The Beijing Treaty also followed the rules of the WPPT regarding the limitation on economic rights. Accordingly, Article 13(1) authorises member states to limit economic rights in all cases where they do so in the case of authors, and Article 13(2) again incorporates the three-step-test for all limitations and exemptions.

## 6. Economic rights in the directives of the European Union

---

<sup>42</sup> The so-called three-step-test was first introduced in Article 9 of the Berne Convention as a general rule on the possible limitation on reproductions. For details on the three-step-test of the Berne Convention, see GYENGE Anikó: *Szerzői jogi korlátozások és a szerzői jog emberi jogi háttere*, HVG-ORAC, Budapest, 2010, pp. 38-47.

<sup>43</sup> This approach is not new, as Endre Nizsalovszky already points out in his 1963 study that the producers of sound recordings tried to obtain as many rights as possible for performers in the first half of the 20th century in order to strengthen their own position by obtaining these rights later. NIZSALOVSZKY Endre: *Az előadóművész jogállása*, In MÁDL Ferenc – PESCHKA Vilmos (ed.): *Tanulmányok a jogról*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984, p. 149.

The first copyright directive of the European Union, the 1991 Software Directive<sup>44</sup>, did not cover the rights of performers. However, the Rental Directive<sup>45</sup>, adopted only a year later, already covered related right holders and is therefore relevant to our topic.

Article 2(1) of the Rental Directive<sup>46</sup> regulated the exclusive rights for all right holders regarding rental and lending in a uniformed way. This solution also included the possibility to authorise or prohibit the use, therefore it is identical to the approach of the Berne Convention. This was a huge step in the favour of the performers, since, as I mentioned, at the time of the adoption of the Rental Directive, the Rome Convention (which was the only international treaty on related rights in force), limited its wording to the passive elements of the economic rights. Therefore, the Rental Directive granted performers a *de facto* exclusive right. Moreover, the Rental Directive granted an exclusive right for performers to uses, where the economic right in question was not even regulated at all for authors. Examples of this can be seen in the case of fixation [Article 6<sup>47</sup>], reproduction [Article 7<sup>48</sup>] and communication to the public of unfixed performance [Article 8].

The European legislator has therefore taken the same approach to granting exclusive rights to performers and authors from the first step of copyright harmonisation, well before the adoption of the WPPT, which was a turning point in this respect. While the exclusive rights of the two groups of right holders differ significantly in scope, it is nevertheless important to recognise in principle that authors and performers are in many respects closer to each other than to other related right holders. This approach has been detectable throughout the thirty-year history of copyright harmonisation, including its most recent element in time, the CDSM Directive adopted in 2019.<sup>49</sup>

However, European law – applying the approach of the Rome Convention and the WPPT – also grants a remuneration right, without the active layer of the authorisation. In this context, one should mention the right to a single equitable remuneration according to the Article 8(2) of the Rental Directive.

The European Union regulates the rules on term of protection in the Term Directive. This directive not only sets the term of protection, but harmonises the method and starting date for calculation too.<sup>50</sup> The Directive adopted in 1993, in its original form, provided a term of protection of fifty years for all neighbouring rights, including performers.<sup>51</sup> This provision went beyond the twenty-year term of protection of the Rome Convention (although the TRIPS Agreement, the WPPT and the Beijing Treaty, which provided a fifty-year term of protection, had not yet been adopted by the international community at that time). The directive also takes

---

<sup>44</sup> Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs

<sup>45</sup> Directive 92/100/EEC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property.

<sup>46</sup> Identical in wording to Article 3(1) of the codified version of the Rental Directive.

<sup>47</sup> Article 7 of the codified version of the Rental Directive.

<sup>48</sup> This provision is no longer in force, see Article 2 of Infosoc Directive.

<sup>49</sup> See, for example, the chapter on fair remuneration in the CDSM Directive (Title IV, Chapter 3), which only covers authors and performers.

<sup>50</sup> Michel M. WALTER – Silke VON LEWINSKI: *European Copyright Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010., p. 507.

<sup>51</sup> GYENGE Anikó: „Érted haragszom, nem ellened” – néhány gondolat a védelmi idő meghosszabbításához, In Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle. 4. (114) évfolyam 1. szám, 2009. február, p. 6.

into account the fact that at that time none of the member states had granted a term of protection of more than fifty years to neighbouring rightholders.<sup>52</sup>

However, the *acquis communautaire* goes beyond the Rome Convention not only in the length of the term of protection, but also in its horizontal nature, as the term of protection directive covered all fixed performances, including audiovisual performances. The EU changed the one-size-fits-all approach for all performers in 2011, when Directive 2011/77/EU changed the term of protection for phonograms from fifty years to seventy, while leaving the term of protection for audiovisual performances unchanged.

The modification of the term of protection for sound recording was formally based on an impact assessment by the European Commission. That document stressed that the regulatory framework at that time did not adequately recognise the contribution of performers to the creative process. The impact assessment also highlighted that the level of protection of performers' moral and economic rights was significantly below that of authors.<sup>53</sup> The Commission identified, among other things, the fact that the term of protection for performers was much shorter than that for composers as a sign of an unfair distinction between authors and performers.<sup>54</sup>

The Commission has also identified a problem to be addressed in the fact that performers face a loss of income in the second half of their career, due to the short duration of protection,<sup>55</sup> while their income typically remains low even at the peak of their career. It is not surprising that according to the recitals (5) and (6), the aim of the Directive was to provide a lifelong income for performers, who are no longer active.

In addition to the legal arguments, the mentioned modification was of course driven by intensive and effective lobbying by phonogram producers. It was probably motivated by the fact that from the end of the 1950s, more and more music recordings were made, which, even at the turn of the millennium, still had considerable commercial value.<sup>56</sup> As a consequence of the 50-year term of protection granted by the original text of the Term Directive, these recordings would have been in the public domain if the EU legislator had not intervened. It was not unreasonable for producers to expect that if the legislator extended the term of protection for performers, it would also extend the protection of phonogram producers, too.

The result of this process is that the term of protection for unfixed performances and audiovisual performances<sup>57</sup> is still fifty years, and for performances recorded on sound recordings is seventy years. The term of protection is calculated, according to Article 3(1) of the Term Directive, from the first lawful publication, or if earlier, the first lawful communication to the public, for both audio and audiovisual fixed performances.

The making available right of performers was regulated by the Infosoc Directive of 2001, parallel to the authors and other right holder. The aim of the European legislator was to

---

<sup>52</sup> Ibid., p. 562.

<sup>53</sup> COM(2008) 464 final, SEC(2008) 2288), p. 21 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC2287&from=FR>, 12 February 2022).

<sup>54</sup> Ibid., p. 13.

<sup>55</sup> Ibid., p. 15.

<sup>56</sup> For example, Elvis Presley's Jailhouse Rock was recorded in 1957, Chuck Berry's Johnny B. Good in 1958, and Fats Domino's Blueberry Hill in 1959.

<sup>57</sup> Directive 2011/77/EU uses the phrase "fixation other than a phonogram", which is theoretically broader than the concept of audiovisual performance.

implement the rules of WCT (for author) and WPPT (for performers and phonogram producers) in a verbatim way. Consequently, regarding the making available rights all right holder has equal rights within the European Union. This approach continued with the adaptation of the legal instruments of the copyright reform, namely the Copyright in digital single market directive<sup>58</sup> and the modification of the cable and satellite directive.<sup>59</sup> Both mentioned directives granted the very same rights to performers than authors.

EU law also contains a detailed set of rules on the limitation of economic rights, mainly in the Infosoc Directive,<sup>60</sup> but there are also important rules in other EU legislative text,<sup>61</sup> which ultimately grant the same rules in all respects on authors and performers. It is symbolic that the limitation and exceptions to the economic rights of authors and performers are uniformly regulated by the EU legislator.

## 7. Conclusion

This article provides an overview of the development of structure of the performers' economic rights. The first stage ended in 1961, with the adoption of the Rome Convention, which was the first multilateral international neighbouring right treaty. During this period, no economic rights were granted to performers at international or regional level.

The second phase of the development of economic rights in international law lasted until 1994 and in EU law until 2001. At the level of international law, it was the TRIPS Agreement, while in EU law, it was the Infosoc Directive, which provided performers and authors at least partly the same level of protection. In this context, the Infosoc Directive is noteworthy because it applied the very same wording for authors and performers in respect of making available rights. It was therefore a transitional period which, on one hand, confirmed the need of economic rights for performers, but also showed why it was unfair approach to give performers a lower level of protection than authors.

In terms of economic rights, the full emancipation of performers has been most completed in EU law since the turn of the Millennium. Starting with the adoption of the Infosoc Directive, there was a series of directives that provided the same protection for authors and performers. It is true, that until 2019, this legislative process was markedly dominated by provisions extending the limitations and exemptions, but the SatCab II and CDSM Directives treated the two categories of rightholders in the same way in all respects.

At the same time, the protection of performers' economic rights could not be equivalent to authors, even if performers had been granted the same scope of rights for all uses, because of the significantly different term of protection. A legal emancipation of performers cannot be

---

<sup>58</sup> Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC

<sup>59</sup> Directive (EU) 2019/789 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes, and amending Council Directive 93/83/EEC

<sup>60</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

<sup>61</sup> Directive 2017/1564 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2017 on certain permitted uses of certain works and other subject matter protected by copyright and related rights for the benefit of persons who are blind, visually impaired or otherwise print-disabled and amending Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society,

considered complete, as long as the international community review all previously granted economic rights. So far neither the WIPO nor GATT seems open to this.

## Bibliography

- CORREA, Carlos M: *Trade Related Aspects of Intellectual Economic, A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 2007
- FICSOR MIHÁLY: *The law of Internet*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- FICSOR Mihály: *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO*, WIPO, Genf, 2003
- GERVAIS, Daniel: *The TRIPS Agreement - Drafting history and analysis*, Sweet and Maxwell, London, 1998
- GYENGE Anikó: *Szerzői jogi korlátozások és a szerzői jog emberi jogi háttere*, HVG-ORAC, Budapest, 2010
- GYENGE Anikó: „Érted haragszom, nem ellened” – néhány gondolat a védelmi idő meghosszabbításához, In Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle. 4. (114) évfolyam 1. szám, 2009
- GYERTYÁNFY Péter (ed.): *Nagykommentár a szerzői jogi törvényhez*, Wolters Kluwer, Budapest, 2023
- KAMINSTEIN, Abraham L.: *Report of the rapporteur-general*, In Records of the diplomatic conference on the international protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organisations, ILO-UNESCO-BIRPI, 1968
- VON LEWINSKI, Silke: *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- MASOUYÉ, Claude: *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO, Geneva, 1981
- NIZSALOVSKY Endre: *Az előadóművész jogállása*, In MÁDL Ferenc – PESCHKA Vilmos (ed.): *Tanulmányok a jogról*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984
- REINBOTHE, Jörg – VON LEWINSKI, Silke: *The WIPO Treaties on Copyright, A commentary on WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford, Oxford University Press, 2015
- RICKETSON, Sam – GINSBURG, Jane C: *International copyright and neighbouring rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005
- WALTER, Michel M. – VON LEWINSKI, Silke: *European Copyright Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010

**Cemre Erdal<sup>1</sup>**

**Legal Profession in Different Legal Systems – Türkiye's New Governmental System: Presidential System. Evaluation of the Old Parliamentary System and the New Presidential System from historical, political and legal perspectives**

**Abstract**

Türkiye transitioned to a presidential system of government in 2017, ending the parliamentary system that had been in place since 1876. The debate for the transition to the presidential system was based on long-standing political, economic, and social issues. After the current government published the demand of systemic change, society was divided into dissidents and supporters. Those who did not support the idea criticized the Latin American model Presidency system, while those who supported the idea emphasized that the government would implement the Turkish type of Presidency system. Turkish citizens approved the transition to the Presidency system by a very small margin in the 2017 Presidential System referendum. By then the new presidential system, which has been in effect since 2018, has been implemented, put into practice and the results have been obtained. Therefore, it is appropriate to make adequate comparisons between the old and the new system at the moment.

The first part of the paper will try to introduce the historical background of political systems in Türkiye. The second part will describe governmental systems in general and the way of their functions. The paper will continue to evaluate the constitutional changes in 2017 and its effect on the Turkish institutions. The conclusion will sum up the paper's intention. This article aims to introduce the transition process of Türkiye from parliamentary system to the Presidential Government System from historical, legal and political perspectives.

**Key words:** Türkiye, Presidential System, Parliamentary System, Constitutional Amendment, Governmental System

**Introduction**

**A Brief History of Türkiye's Parliamentary System**

It is critical to look at the legacy that Türkiye<sup>2</sup> received from the Ottoman Empire when considering the origins of the *Turkish parliamentary system*. The Ottoman Empire is known for its repetitive, monotonous, and monarchical traditions, yet the empire has undertaken significant constitutional amendments to keep up with modern developments and modernize the state (23<sup>rd</sup> of December 1876)<sup>3</sup>. Restricting the power of the emperor and increasing the function of the parliament can be given as examples. Despite the fact that constitutional amendments were made in the name of modernity, it was practically experienced that the emperor's authority was limited only on the paper. Although the changes could not be achieved, the people's awareness that even the emperor would face such limitations served this objective and helped open the door for the appearing of new ideas, monarchy opponents, and republican sympathizers into society. From the late Ottoman period to the republican period,

---

<sup>1</sup> University of Szeged, Faculty of Law and Political Sciences.

<sup>2</sup> The President Recep Tayyip Erdoğan has asked the international community to recognize Turkey's name as Türkiye. Starting from June 1st, 2022, the UN announced that they will recognize Turkey as it is in Turkish language Türkiye. Erdoğan stated that "The word 'Türkiye' represents and expresses the culture, civilization, and values of the Turkish nation in the best way." Therefore, since it is internationally recognized now this paper will mention Turkey as Türkiye.

<sup>3</sup> Kanun-i Esasi The Constitution of 1876.

there was no actual political legacy, but these activities at least contributed to the emergence and growth of contemporary political concepts like representation, parliament, opposition, and even national sovereignty, which are the cornerstones of constitutional-democratic politics. (Erdogan,2003)

After the collapse of the Empire (1922), the Turks, who had been subject to a monarchy during the Ottoman Period, made their decisions in favor of modernization and the parliamentary system (29<sup>th</sup> of October 1923). The presidential system was an option for the Turks when they abolished the monarchy in place of the parliamentary system. The transition to the Republican regime did not result in any changes to the political system, despite the fact that the new regime is appropriate for the presidential system. Turks made a decision to keep the parliamentary system in place. From 1877 to 2017, eventually 140 years of parliamentary system experience was practiced. (Gözler,2000) On the other hand, when the Turks transitioned to the Republican government, the Republic was unable to demonstrate the features of a complete parliamentary system. Because rapid decisions had to be made in order to revolutionize the most essential societal growth components at the time such as agriculture, industry, education, and employment. Therefore, the Turkish political system remained mostly unchanged until the end of 1980. Discussions on changing the government system for the first time in Türkiye started in the 1980s. After the 1980s, it was claimed that the presidential or semi-presidential systems were preferable for Türkiye's socio-cultural structure and history of democracy because the Parliamentary regime was unable to resolve the government's obstructions. (Ay,2004) Although the previous governments attempted to restructure the government up until the early 2000s, these attempts were unsuccessful. The biggest change regarding governmental system happened in 2007. The system was amended when it was agreed that the President appointed by the Parliament would be elected directly by the citizens. Eventually Türkiye transitioned from the parliamentary system which was in force during the final years of the Ottoman Empire to the presidential system ten years later, in 2017.

A new governmental system which is known as the *Turkish type of Presidential Presidency System* was officially and de facto implemented in Türkiye with 51.18% of the vote as a result of the constitutional amendment made with the referendum held on 16<sup>th</sup> of April 2017.

## **Governmental Systems**

According to the type of interaction between the institutions that carry out state responsibilities, government systems are categorized in constitutional law. (Karatepe,2013) The three basic governmental institutions recognized by modern constitutions are the legislative, executive, and judicial branches. (Tezic,2012)

The political systems that are directly or indirectly relevant for political decision-making and the interactions between such institutions constitute a system of government. In a more narrow manner, the political system delivers choices that are legally enforceable for the rest of society.

The parliamentary system and the presidential system are the two categories under which separation of powers-based governance systems are generally classified. The degree of separation between the legislative and the executive determines the separation in question. The presidential system is characterized by a more rigid division, while the parliamentary system is characterized by a softer separation. Additionally, there are semi-presidential practices that combine these two systems. The Anglo-Saxon realm is where both the parliamentary and presidential systems originated and spread. (Al,2020)

To have a better understanding on the comparison of presidential and parliamentary system political scientist Linz explains it as:

|                                                              | <b>Presidential System</b>                                         | <b>Parliamentary System</b>                             |
|--------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| Character of democratic legitimation                         | Dual                                                               | Single                                                  |
| Term of office                                               | Rigid                                                              | Flexible                                                |
| Accountability                                               | Low (no re-election)                                               | High (re-election)                                      |
| Identifiability                                              | High (personalization)                                             | Depends on personalization of political culture         |
| Power Distribution                                           | Winner Takes All                                                   | Coalition Government allows for better representation   |
| Character of electoral game                                  | Zero-Sum                                                           | Positive Sum                                            |
| Political style                                              | Delegative<br>Polarizing<br>Symbolic (Head of State)               | Responsive Accommodating Issue-oriented                 |
| Political socialization of President                         | Potentially an Outsider                                            | Compatible with other political forces (parties)        |
| Character of rule                                            | Stability under certain circumstances                              | Instability under certain circumstances                 |
| Succession                                                   | Vice-President (sometimes)                                         | Within power distribution among parties or new election |
| Compatibility with party system types                        | Only with small number, non-polarized and structured party systems | With most party system types                            |
| Type of leadership                                           | Personalized                                                       | Personalized and/or party oriented                      |
| Compatibility with segmented societies and/or federal states | President can serve as symbol of unity of state                    | Options of power sharing by coalition building          |
| Position of military (as grantor/defender of state)          | Danger of deligitimization of a person                             | Danger of deligitimization of a parliamentary body      |

*Table 1: Parliamentarism and Presidentialism compared (Linz, 1994)*

The most obvious difference between the parliamentary and presidential systems is that in the parliamentary system, the only institution and owner of democratic legitimacy is the parliament. The executive consists of the legislature, and the formation and continuation of the government depends entirely on the confidence of the parliament. There is no specific management time guarantee. On the other hand, in the presidential system, the executive is determined directly by the people, not by the legislature. Executive power is vested in a single person elected by the people, not in the cabinet appointed by the parliament. The president, who has important constitutional powers, is elected by the people for a fixed term. A fixed term of office is envisaged in the presidential system. (Al,2020)

The parliamentary system and the presidential system have been widely discussed in academic studies, and both systems' advantages and disadvantages have been outlined. These studies largely focus over how democracy, freedom, and basic rights relate to things like

political involvement, political parties, political stability, income level, income distribution, and political institutions. According to empirical data from the studies, the parliamentary system is superior to the presidential system in terms of ensuring the sustainability of the democratic regime. It has been observed that parliamentary-based nations experience fewer military coups. (Özbudun,2005) Additionally, studies have found that countries with parliamentary systems of government had greater income distribution. (Bagce,2017)

On the other hand, the administrative stability of the system, its strong and effective leadership, and its quick decision-making capacity are some of the advantages of the presidential system that are frequently cited. There is a general assumption that the presidential system promotes stability (Linz, 1990). In the presidential system, the executive does not act as a board and has a fixed term of office, which gives important benefits in terms of promoting administrative stability. The presidency system's requirement for a specific amount of management assurance, particularly in emerging nations, may help to combat administrative instability. However, there are some who argue that the flexible mandate provided by the parliamentary system is more preferable for democracy, rather than the fixed term of office provided by the presidential system, even though the executive (president) is in office for a specified period of time provides significant advantages in terms of administrative stability. (Linz,1990)

### **Turkish Type Presidential System and Basic Features of the New System**

Over the years previous governments in Türkiye called for a political system change, but the Turkish people rejected this demand with a strict and certain decision. On the other hand, the current government went a step further and submitted this demand to a referendum. Türkiye, according to the current government, is one of the nations dealing with instability in an unstable region (Turgut, 1998) and a strong executive branch is the only way to overcome this issue. The current government stated that the presidential system is the only solution to take quick and effective decision. Furthermore, the issue of double headedness in the executive will be solved along with the presidential system, according to those who support it, and possible political crises will be avoided.

With the constitutional change approved by the Turkish Grand National Assembly on January 9, 2017, the first legal framework for the Turkish presidential system was created. In the abovementioned amendment, a system was defined as unique to Türkiye and the “Turkish type of Presidential Presidency System” was defined in place of the term "Presidential System." (Altun,2017) With the adoption of the regulation, several constitutional amendments were made, directly impacting things such as presidential elections, reelections, executive duties, tools for the legislature and executive to exercise mutual control, the president's ability to issue executive orders, his criminal liability, and his affiliation with a political party. In more detail constitutional amendment includes:

- 1. The age to be elected as a deputy was lowered from 25 to 18,*
- 2. The number of deputies was increased from 550 to 600,*
- 3. The way has been opened for the law proposal to be made by the deputies instead of the government,*
- 4. Presidential elections and parliamentary general elections to be held every 5 years and on the same day,*
- 5. In case the President or the parliament decides to renew the election, both elections are held at the same time,*
- 6. The President's affiliation with his party should not be cut off,*
- 7. Granting the President the authority to issue decrees,*

8. *Granting the President the authority to appoint senior public officials,*
9. *Granting the President the authority to make administrative regulations regarding institutions by presidential decree,*
10. *Giving responsibility to the Presidency for its actions and operations,*
11. *Giving the authority to prepare and present the annual budget to the President,*
12. *Lifting the martial law and rearranging the issues related to the state of emergency,*
13. *Adding the expression “impartiality” in addition to the expression of judicial independence,*
14. *The demilitarization of the judiciary,*
15. *Reorganization of the High Council of Judges and Prosecutors*  
(*venice.coe.int,2017*)

### **Political Criticism Towards the New Presidential System**

The President's duties received the majority of public criticism of the new political structure. As it can be seen on the articles with the system reform, the executive branch's dualism was eliminated, and the President now holds both the Prime Minister's and the President's responsibilities in one hand. The President's authority to issue decree laws, his relationship with the judiciary and his determination power over the legislature have been criticized over the *separation of powers*.

On the other hand, criticisms were made about the new system, that the President could not be adequately supervised by the parliament despite his increasing functions, and that the President's supervision by the judiciary is not possible in practice. Moreover, the President's continuing to preside over his own party took its place among other political criticisms. In the old system, it was essential for the President to be *impartial and independent* from all political parties, but this article was shelved with the new system. Now the President can be the leader of a political party and he can continue to make decisions on behalf of his party. This abolished the President's equal distance from all political parties.

Before the constitutional amendment, the authority *to take decisions in extraordinary situations* was in the hand of the parliament, but after the constitutional amendment, this authority was given to the *Council of Ministers*, which convened under the chairmanship of the *President*.

Another political criticism is the President's constitutional right to appoint senior public officials. With this modification, the president's appointments were criticized for being perceived as utterly biased and unfair such as university rectors.

### **Constitutional Arrangements Regarding the Judiciary in the New System**

One of the most outstanding aspects of the judiciary in the new constitutional amendment is undoubtedly the position of the courts. In Article 9 of the 1982 Constitution, the phrase *impartial* was added to the phrase that the jurisdiction of the trial is exercised by independent courts on behalf of the Turkish Nation.

There are three types of courts in Türkiye that can exercise judicial authority: judicial, administrative, and military. The military was no longer in charge. Except for disciplinary courts and tribunals entrusted with trying troops in times of war, military courts have been abolished as a result of the change made to Article 142 of the Constitution. (Koc,2021) The process for choosing the Council of Judges and Prosecutors members changed, and part of the members were now chosen by the parliament. The reason for this shift is that the prior CJP members were chosen by their fellow members, which allowed for divisions and factions within the judiciary. On the other hand, the President's tradition of choosing some Supreme

Court justices persisted. Additionally, the CJP members were chosen for terms of four years, and those whose terms had already ended were re-elected.

One of the criticisms is that the judiciary's independence will be compromised by the Assembly and President choosing the Constitutional Court's members, and that over time, the President will choose the majority of the court's members.

## Conclusion

The separation of powers and the rule of law are the foundations of both the parliamentary and presidential systems, which are the dominant forms of governance in the 21st century. The most significant issue raised while discussing Türkiye's presidential system is "authoritarianism, dictatorship, and the possibility of polarization and one-man rule." The opposition parties and the vast majority of the population still continue to oppose the presidency system, as can be observed. I would like to point out that the presidential system will endanger the future of democracy in societies where democratic institutions are not rooted, the culture of democracy is not deepened, and the political process is prone to polarization. In 2023, Türkiye will celebrate the 100th anniversary of its republic while holding its second presidential election. No matter what choice is made as a result of this election, Türkiye's significant political influence and history will remain. In my opinion Türkiye has had serious political issues in the past, particularly with regards to upholding a stable democratic regime. It is, however, quite challenging to claim that the legislative system is to blame for this. Türkiye attempted to resolve its issues by supporting the president and ultimately implementing the presidential system. Previous governments had no interest in making the legislature stronger. Since Türkiye has switched to the presidential system, the discussion should shift from ineffectiveness of the parliamentary system to the weak points of the presidential system.

## References

*Constitution of Turkey*. [www.tbmm.gov.tr/yayinlar/yabanci\\_diller/TBMM\\_Ingilizce.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/yabanci_diller/TBMM_Ingilizce.pdf). Accessed 4 Jan. 2023.

“OPINION ON THE AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION ADOPTED BY THE GRAND NATIONAL ASSEMBLY ON 21 JANUARY 2017 AND TO BE SUBMITTED TO a NATIONAL REFERENDUM ON 16 APRIL 2017.” [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int), 2017, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad\(2017\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2017)005-e).

*Systems of Government, Party Systems and Their Elements*. [www.kuwi.europa.uni.de/de/lehrstuhl/vs/politik3/Dokumente/lehre/1-2007\\_FFO\\_Electoral\\_Politics\\_-\\_Session\\_1\\_Transparents.pdf](http://www.kuwi.europa.uni.de/de/lehrstuhl/vs/politik3/Dokumente/lehre/1-2007_FFO_Electoral_Politics_-_Session_1_Transparents.pdf). Accessed 4 Jan. 2023.

“Turkey’s Constitution of 1982 With Amendments Through 2017.” [constituteproject.org](http://constituteproject.org), Apr. 2022, [www.constituteproject.org/constitution/Turkey\\_2017.pdf?lang=en](http://www.constituteproject.org/constitution/Turkey_2017.pdf?lang=en).

Adar, & Seufert. (2021). Turkey’s Presidential System after Two and a Half Years. Retrieved January 5, 2023, from [https://www.swp-berlin.org/publications/products/research\\_papers/2021RP02\\_Turkey\\_Presidential\\_System.pdf](https://www.swp-berlin.org/publications/products/research_papers/2021RP02_Turkey_Presidential_System.pdf)

Al, Hamza. *On The Presidential System: The Weak Link of the Presidential System, Parliament*. 2020, [dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1174788](http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1174788).

AY, Şadiye. PARLIAMENTARY SYSTEM AND GOVERNMENT SYSTEM DISCUSSIONS IN TURKEY, May 2004, [www.mevzuatdergisi.com/2004/05a/01.htm](http://www.mevzuatdergisi.com/2004/05a/01.htm).

Bağ e, H. Emre (2017), “Inequality of Income Distribution and Poverty in Countries Governed by a Parliamentary and Presidential System”, *Human and Human*, 4 (11): p. 5-39.

COMPARISON OF THE PRESIDENTIAL SYSTEM AND THE PARLIAMENTARY GOVERNMENT SYSTEM. (n.d.). Retrieved January 5, 2023, from <https://www.turkiyehukuk.org/baskanlik-sistemi-ile-parlamenter-sistemin-karsilastirilmesi-infografik/>

Erdogan M., *Constitutions and Politics in Turkey*, Liberte Publications, Ankara, 2003, p. 36

Gözler K., 2000, *Turkish Constitutional Law*, Bursa: Ekin Bookstore

Kaan, Oğuz. *NEW GOVERNMENT SYSTEM IN THE 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENT*. 2019, [dergipark.org.tr/tr/download/article-file/605191](http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/605191).

Karatepe, Ş., 2013, *Government Systems and Turkey*. *New Turkey*, p. 223-225.

Linz J., 1994, *Presidential or Parliamentary Democracy. Does it make a Difference?* The Johns Hopkins University Press, p. 3-87.

Nur ULUŞAHİN, Nur. "THE QUALITY OF THE CURRENT GOVERNMENT SYSTEM IN TURKEY AND THE THREATS AND DANGERS OF THE REGIME'S SHIFT TO THE PRESIDENTIAL SYSTEM." *JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS RESEARCH*, 2011, [dergipark.org.tr/tr/download/article-file/85249](http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/85249).

Özbudun, Ergun (2005), In "Presidential System Discussions", (ed.) Teoman Ergül (2005), *Presidential System*, Ankara: Turkish Bar Association Publication.

Tezi , E. ,2012, *Constitutional Law*, 14th Edition, Istanbul: Beta Publications.

TURAN, Menaf. *Turkey's New Administrative Order: Presidential Government System*. 2018, *Social Sciences Research Journal*, p.43-57 [dergipark.org.tr/tr/download/article-file/524784](http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/524784).

Turgut, Mehmet (1998), *Presidential System, Army and Democracy*, Istanbul: Boğaz Publications.

Yokus . (2018). *ELECTIONS AND THE PRESIDENTIAL SYSTEM IN TURKEY Is a return to democratisation possible in this new period?* Retrieved January 5, 2023, from <https://www.democraticprogress.org/wp-content/uploads/2018/09/4.April2019-SevtapYokusAugustAssessment2018-Proof2-WEB.pdf>

**Yasemin Seckin<sup>1</sup>**

## **The Role of Intermediary Liability in Balancing Copyright Law in the Digital World**

### **Abstract**

Through the rapid shift from the analogue to the digital age, access to all information is only one click away, independent of place and time. On the one hand, online platforms serve as a bridge between authors and the public by showcasing their creative minds in a less affordable way. On the other hand, it is also an intermediary for enabling users to share and circulate illegal content. Then, who will be responsible for this unlawful content?

Considering that a platform has millions of subscribers, mainly anonym users, the copyright owner cannot find the direct infringer when a copyrighted work is shared without the authorization of the copyright holder by a third party on the platform of the intermediary. It seems more manageable for the right holder to assert the infringement claims against the intermediaries despite the fact that they are not absolute infringers. Therefore, there have been some responsibilities to online intermediaries, and the basis of the liability of intermediaries is covered under the directives of the European Union (EU). Besides, a rights clash arises from exercising fundamental rights and rights provided under copyright law. This is because there are three sides to this game, and each side has the expectation of protection for their rights. For instance, intermediaries can conduct their businesses and play an important role in individuals' freedom of expression and access to information. There are also intellectual property rights of creative work owners given high protection. A fair balance between such actors of copyright law during the implementation of these responsibilities must be ensured to protect fundamental rights. This paper discusses whether the legal framework of the EU on the liability of online intermediaries is a sufficient tool to assure a fair balance. In doing so, there will be an examination of EU policies and CJEU case law on intermediary responsibilities.

### **1. Introduction**

Law aims to meet the requirements of societies to ensure that people can have a regular life in hectic conditions. This aim is also considered when the protection of intellectual creations is guaranteed in copyright law. The protection started with books as copyrighted works with the invention of the printing press.<sup>2</sup> The publication of books is known as one of the motives, called material side, for copyright protection along with the other three factors, which are the personal side (author's request of protection for their artistic work), consumption side, which reflects the public interest in the copies of a work and the legislative side which represents the regulatory character of copyright law as a balancing factor between the rights of the copyright holder and the society's interest.<sup>3</sup>

The principles of copyright protection have developed due to the evolution of technology and social life. Today, thanks to web 2.0, the evolved version of the internet<sup>4</sup>, creative works

---

<sup>1</sup> Yasemin Seckin is an LL.M. candidate in International Studies in Intellectual Property Law at Technische Universität Dresden in Germany. She has recently completed her exchange semester at the University of Szeged Faculty of Law and Political Science in Szeged, Hungary. She is a licenced attorney at the Union of Turkish Bar Associations.

<sup>2</sup> Peter Mezei, 'The Role of Technology and Consumers' Needs in the Evolution of Copyright Law' in Peter Mezei and Dora Hajdú and Luis Javier Capote-Perez, *Introduction to Digital Copyright Law* (3rd edn, Iurisperitus Kiadó 2018), 23

<sup>3</sup> Ibid 24

<sup>4</sup> 'Web 2.0', Oxford Advanced Learner's Dictionary (OUP 2023) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/web-2-0?q=Web+2.0>> accessed 27 November 2022

accessible as attached to a material medium are now reachable in a digital format at any time, wherever there is an internet connection. In sum, the internet has changed the form of dissemination and communication to the public of creative work. For instance, in the very early 2000s, we were recording our favourite songs on a cassette to listen to them over again, but now, there are music streaming platforms such as Spotify offering subscriptions and allowing people to reach various kinds of copyrighted music, with some technological restrictions to prevent the work being distributed without rightsholder's authorisation.<sup>5</sup> With this service, we can make our playlist and listen to it on multiple devices simultaneously.

Moreover, the internet has given many opportunities to people who have creative ideas. They can create content, which is called user-generated content (UGC), upload it to those platforms, and reach out to other users. The fact that complete information and subject can be shared on the internet brings some problems. While providing all information flow online, intermediaries made their platforms suitable for users' illegal uploads of copyrighted work. Furthermore, politically, and racially motivated hate speech by hiding those unlawful acts behind the freedom of speech has also become widespread. These issues lead to violation of human rights as defined under constitutional law and rights under criminal and copyright law of nations. The problem is the technological sophistication of how information useful or harmful to society is disseminated. This is because the current policies to be applied in resolving disputes arising from such developments are always one step behind.<sup>6</sup> It needs help to keep up with the sudden shift. Besides those drawbacks, the lawmaker's high protection granted to the authors raises a concern; for instance, when injunction claims are evaluated by the Court of Justice of the European Union (CJEU), the fair balance between the interested parties' rights has not been achieved.<sup>7</sup> Accordingly, there are concerns over the incompatibility of the statutory liability of online intermediaries with the EU Charter of Fundamental Rights (EU Charter)<sup>8</sup>. Any protection granted to the owner of creative work under copyright law restricts the freedom of other interested parties. However, copyright law also safeguards cultural interests and ensures a consistent source of cultural elements in the public interest.<sup>9</sup> This means that the nature of copyright law covers the balance between the rights holder and other interested actors.

In this paper, before specifying the liability of online intermediaries, we will first examine who they are regarding the statutes and in which cases they can be exempted from liability referencing the CJEU interpretation, i.e., safe harbours. While reviewing the liability regime, there is an analysis of deficiencies in applying the existing rules to disputes and which fundamental rights are violated in the digital environment. Finally, considering the opinions of academics and CJEU decisions on the fair balance issue, there is a discussion on what kind of adjustments would be positive in solving legal uncertainty in the future. we will also point out the measures that online intermediaries must take to be exempted from liability creating proportionality concerns.

## 2. How to Define Online Intermediaries in European Copyright Law

---

<sup>5</sup> Stefan Bechtold, 'Digital Rights Management in the United States and Europe' (2004) 52 *The American Journal of Comparative Law* 325 <https://doi.org/10.2307/4144454> accessed 27 November 2022

<sup>6</sup> Lyria Bennett Moses, 'Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep up with Technological Change', (2007) *UNSW Law Research Paper* No. 2007-21, 9 <https://ssrn.com/abstract=979861> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.979861> accessed 27 November 2022

<sup>7</sup> Case C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV*, judgment of 16 February 2012, ECLI:EU: C:2012:85, para. 45-47

<sup>8</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union OJ 2012/C 326/02

<sup>9</sup> Peter Mezei, 'Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union', Cambridge University Press (2018), p. 7

There has yet to be an exact definition of online intermediaries as statutory or scholarly. Jaani Riordan explains the reason for this by emphasizing that the concepts of online intermediaries change with the constant technological shift.<sup>10</sup> A precise definition would be unrealistic and superfluous without knowledge of future advances.<sup>11</sup>

Even though it seems wrong to seek a precise legal definition for intermediaries regarding academia, it is evident that making inferences about what they do is useful. According to the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), intermediaries are, literally tacitly exist between two or more people.<sup>12</sup> These intermediaries cannot take the initiative to disseminate content, goods, or service, even though they help a user to make these activities happen.<sup>13</sup> By the description of OECD, online intermediaries act as a bridge for individuals in the virtual environment. In addition, through technological infrastructure that they own or have invested in, intermediaries enable users to create content, i.e., YouTube, or make the content, products, and services available, such as internet access and service providers. These may change in the future, and new activities may be added to intermediaries' services. For instance, Directive 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market (CDSM Directive)<sup>14</sup> was initially intended to define the scope and regulate the behavior of online content-sharing service providers (OCSSP)<sup>15</sup> whose social and technological function is different from other intermediaries. Examples may vary according to the functions of the platforms codified in the directives and determined with case law.

When starting to write this article, Europe's expected upgrade for the liability regime of online intermediaries, the brand-new Digital Services Act (DSA)<sup>16</sup>, existed as a proposal. On the 19<sup>th</sup> of September, DSA entered into force. Therefore, it is inevitable to mention the DSA and how it contributes to European copyright law in this paper. It became effective as a regulation that revises the responsibilities regarding the services of intermediaries in Directive 2000/31/EC (E-Commerce Directive)<sup>17</sup>. The European Commission came up with DSA, which is anticipated to be a ground regulation for online intermediaries and platforms. As promised, there are definitions in Article 3, which covers information society services in this very new European regulation. However, it should be noted that this regulation does not modify the application of the E-Commerce Directive.<sup>18</sup> In this sub-section, we will mention the E-Commerce Directive, the reference point of case laws, and other directives that mention intermediaries, including DSA's update. One of the motivations for implementing the DSA is to prevent legal problems arising from the complex structure of online intermediaries, whose responsibilities were regulated in the 2000s directives, and to bring European law in synchronization with these changes.<sup>19</sup> Again, the case law of CJEU also is a relevant element for making a fair taxonomy for online intermediaries.

However, it is challenging for CJEU since it has an interstitial law-making mechanism that there is no legislative definition for online intermediaries and requests of an intermediary

---

<sup>10</sup> Jaani Riordan, 'The Liability of Internet Intermediaries' (PhD Thesis, University of Oxford 2013) 41 <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:a593f15c-583f-4acf-a743-62ff0eca7bfe> accessed 11 December 2022

<sup>11</sup> Ibid

<sup>12</sup> OECD, 'The Economic and Social Role of Internet Intermediaries' (April 2010) 9 <https://www.oecd.org/digital/ieconomy/44949023.pdf> accessed 6 December 2022

<sup>13</sup> Ibid

<sup>14</sup> Directive 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market [2019] OJ L 130/92

<sup>15</sup> CDSM Directive art. 17 (2) (6)

<sup>16</sup> Regulation (EU) 2022/2065 on a Single Market for Digital Services [2022] OJ L 277/1

<sup>17</sup> Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market [2000] OJ L 178/1

<sup>18</sup> DSA art. 2 (3)

<sup>19</sup> European Commission, 'Digital Services Act: ensuring a safe and accountable online environment' <[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment\\_en#documents](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en#documents)> accessed 11 December 2022

statute for defendants who offer services online before the court.<sup>20</sup> As a consequence, platforms that provide services online, such as an online marketplace (i.e., eBay), a social network, and an operator of an open wireless network, are considered online intermediaries.<sup>21</sup>

All these controversial issues aside, providing a legislative definition for online intermediaries would narrow their ability and mould them into a period of directives, which is the last thing that is desirable for such intermediaries, who always show changes in concept parallel to technological advances.

Online intermediaries' activities, causes, and responsibilities are essential in intellectual property and human rights law. Due to their importance in copyright law, their categorization based on their functions and capacities requires more attention than finding a definition for the online intermediary.

## 2.1. Legislative Classification of Online Intermediaries

The lack of a definition of online intermediaries should not mean that they are not regulated under the legal provisions.<sup>22</sup> Several descriptions have been made based on the services they provide on the internet. Therefore, it is better to discuss them by their functions as classified in the legislation. The EU copyright system has three directives and regulations with the newly effectuated DSA for online intermediaries. DSA consists of arrangements, including a definition for information society services; however, E-Commerce and CDSM Directive provide rules for specific intermediary services.<sup>23</sup> In addition, although Directive 2001/29/EC (InfoSoc Directive)<sup>24</sup> makes an ordinary inference about intermediaries, it gives us a more expansive interpretation of online intermediaries than others.

If we look at the InfoSoc Directive in detail, it gives a clue about who the intermediaries of the digital world are. This directive does not give us a technical definition but addresses online intermediaries. In recital 59, intermediaries are referred to as those “who carry a third party’s infringement of a protected work or other subject matter in a network.”<sup>25</sup> This directive relates to them only as intermediaries who convey the infringing material of the third party on the internet. This attribute is comprehensive. When the associated disputes came before the CJEU, questions were referred to the court regarding who should be considered an online intermediary according to the provision of the InfoSoc Directive. In the case of UPC Telekabel<sup>26</sup>, where the enforcement of a blocking injunction against an internet service provider (ISP), if considered an intermediary, was requested, the CJEU ruled out that the ISP should be recognized as an intermediary in light of Article 8 (3) of the InfoSoc Directive.<sup>27</sup> CJEU interpreted this related article broadly and gave the definition by stating, “any person who carries a third party’s infringement of a protected work or other subject matter in a network”<sup>28</sup>. It must be said that case law plays a vital role in determining who can be considered an online intermediary. This

---

<sup>20</sup> Graeme Dinwoodie, ‘Who are Online Intermediaries’ in Giancarlo Frosio (ed.) *‘Oxford Handbook of Online Intermediary Liability’* (2020; online edn, Oxford Academic, 7 May 2020) 39 <<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198837138.013.2>> accessed 23 October 2022

<sup>21</sup> Ibid

<sup>22</sup> Graeme Dinwoodie, ‘Who are Online Intermediaries’ in Giancarlo Frosio (ed.) 39

<sup>23</sup> Folkert Wilman, ‘The Digital Services Act (DSA): An Overview’ (2022) 2 <<https://ssrn.com/abstract=4304586>> accessed 2 January 2023

<sup>24</sup> Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [2001] OJ L 167/10

<sup>25</sup> InfoSoc Directive recital 59 and art. 8 (3)

<sup>26</sup> Case C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, judgment of 27 March 2014, ECLI:EU:C:2014:192

<sup>27</sup> Ibid para.30

<sup>28</sup> Ibid

is because case law is relevant for determining the legal framework. In another judgment, CJEU put the context of Article 8 (3) of the InfoSoc Directive first and decided accordingly that online social networking platforms are intermediaries since the wording in the Directive must be interpreted broadly.<sup>29</sup> As the CJEU rulings demonstrate, while the InfoSoc Directive gives us a general interpretation of online intermediaries, compared to the E-Commerce Directive, it is a limited guide for determining who they are.<sup>30</sup>

Analysing the E-Commerce Directive, we can observe that it regulates the identity of certain online intermediaries. According to the Directive, online intermediaries consist of three subjects; mere conduit operators, caching providers, and hosting service providers.<sup>31</sup> Their common feature is that they are technical intermediaries. Although there is no definition for these intermediaries, their activities on the internet can identify them with the help of the context in the E-Commerce Directive. Intermediaries referred to in this directive are exempted from liability if they fulfil certain conditions determined in the Articles between 12-15. Referred articles comprise the limitation of obligations, so-called safe harbours. Safe harbours under the E-Commerce Directive are adopted from the United States Digital Millennium Copyright Act (DMCA).<sup>32</sup> The term online intermediary is not used in the Directive; instead, "Liability of intermediary services"<sup>33</sup> is preferred. The definition of the providers of these services is stated as "any natural or legal person providing an information society service" in Article 2 (1) (b) of the E-Commerce Directive.<sup>34</sup> This letter of the law is quite broad. In the following paragraph, there is a narrower definition for established service providers<sup>35</sup> who preclude some information society service providers, such as broadcasts, by only mentioning presence services. Furthermore, based on this definition, persons who do not have a profit-making purpose are not accepted as established service providers. In other words, service providers that will benefit from the safe harbour regime under this directive must operate their services with a commercial purpose and a necessary technological infrastructure.<sup>36</sup>

It is vital to say that E-Commerce Directive indicates an exemption plan for intermediary service providers from liability.<sup>37</sup> However, this may be possible only if concerned intermediaries provide specific services and fulfil the conditions specified in this Directive. The first one of these services is a mere conduit service as specified in Article 12 of the E-Commerce Directive. In the provision of Article 12(1), as stated, "Where an information society service is provided that errors prior to the placing of the order; consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service"<sup>38</sup>, its activity is in a passive mode by acting as a data carrier. Nevertheless, it also has an active role under the same provision.<sup>39</sup> This is to help people to access the internet. This service under the E-Commerce Directive involves temporary data storage while enabling information flow from one party to another.<sup>40</sup> This also means that they do not create content.

---

<sup>29</sup> Case C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV*, judgment of 16 February 2012, ECLI:EU:C:2012:85, para. 27-28

<sup>30</sup> Riordan (2013) 44

<sup>31</sup> E-Commerce Directive, art 12-15

<sup>32</sup> Graeme Dinwoodie, 'Who are Online Intermediaries' in Giancarlo Frosio (ed.) 42

<sup>33</sup> E-Commerce Directive Section 4

<sup>34</sup> E-Commerce Directive art. 2 (1) (b)

<sup>35</sup> E-Commerce Directive art. 2 (1) (c)

<sup>36</sup> *Ibid*

<sup>37</sup> Pablo Baistrocchi, 'Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce' (2003) 19 Santa Clara High Technology Law Journal 111, 118 <<https://digitalcommons.law.scu.edu/chtj/vol19/iss1/3>> accessed 29 December 2022

<sup>38</sup> E-Commerce Directive art. 12 (1)

<sup>39</sup> *Ibid*

<sup>40</sup> Baistrocchi (2003) 119

In the following article, there is another safe harbour regime for caching services.<sup>41</sup> The caching does not involve any aspect of permanence but instead temporary storage.<sup>42</sup> Article 14 of the E-Commerce Directive also provides an escape of liability for hosting service providers in certain conditions. From the scope of this article, it can be drawn that such activity is storing information provided by the recipient of the service. The result is that hosting service providers are not seen by consumers and work as technical operators who financially collaborate with the website operator or producer of the material stored on a website.<sup>43</sup> To benefit from safe harbour immunity regulated under this Directive, it is vital to determine who the intermediary service provider is. Within the scope of Recital 42 of the E-Commerce Directive, the service provider that will benefit from the liability exemption must play a passive role in the flow of infringing material.<sup>44</sup> In light of the information from the Recital, a highly controversial judgment was given by the CJEU on a case, *Google France v. Louis Vuitton*<sup>45</sup>, for determining an internet service provider that may fall within the scope of Article 14. In *Google France v. Louis Vuitton* case, Article 14 and Recital 42 of the E-Commerce Directive were interpreted together. Accordingly, for an internet service provider to be qualified as a hosting service provider within the scope of Article 14, this ISP should not be able to play an active role regarding the content it provides hosting.<sup>46</sup> Based on the judgments of CJEU, whether an intermediary should be considered within the provision of the E-Commerce Directive depends on which elements the court takes as a starting point. In other words, for the specific intermediary service providers included in this directive, a taxonomy is made by observing their technical functions and the amount of control over the content the third party delivers.

Regarding the CDSM Directive, the types of intermediaries are defined, and their responsibilities are regulated differently. The intermediaries mentioned in the CDSM Directive are only online content-sharing service providers (OCSSPs). E-Commerce Directive's safe harbours do not apply to the OCSSPs.<sup>47</sup> CDSM Directive but has set obligations specifically for these intermediaries. These are also considered information society service providers. Their primary purpose is to make a profit as a platform for sharing and producing copyrighted works and many similar activities considering the CDSM Directive.<sup>48</sup> This sharing through their platforms can be any information, images, or audio-visual content referred to as UGC. A platform or a website that commercially operates the flow of UGC among many people can be defined as OCSSP.<sup>49</sup> Nonetheless, based on the wording of Recital 62, it can be concluded that CDSM Directive does not cover the activities of not-for-profit organisations and business-to-business cloud services, i.e., only private use or services where copies of intellectual property

---

<sup>41</sup> E-Commerce Directive art. 13

<sup>42</sup> Baistrocchi (2003) 120

<sup>43</sup> Béatrice Martinet Farano, 'Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches', TTLF Working Paper No. 14, p 72 <http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/transatlantic-technology-law-forum/ttlfs-working-paper-series> accessed 2 January 2023

<sup>44</sup> E-Commerce Directive recital 42

<sup>45</sup> Case C-236/08 and C-237/08 and C-238/08, *Google France SARL, Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL v Viaticum SA, Luteciel SARL* (C-237/08), and *Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL* (C-238/08), judgment of 23 March 2010, ECLI:EU:C:2010:159

<sup>46</sup> *Ibid* para. 120

<sup>47</sup> CDSM Directive art. 17 (3)

<sup>48</sup> Graeme Dinwoodie, 'Who are Online Intermediaries' in Giancarlo Frosio (ed.) 55

<sup>49</sup> Victor Castro Rosa, 'How Article 17 of the Digital Single Market Directive Should be Implemented: A Personal View' in Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougoux, Christiana Markou, Thalia Prastitou-Merdi (ed.) *EU Internet Law in the Digital Single Market* (2021; online edn, Springer, Cham.) 55 [https://doi.org/10.1007/978-3-030-69583-5\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-030-69583-5_3) accessed 26 November 2022

works are not reproduced or provided for profit.<sup>50</sup> Therefore, the scope of the directive gives an obvious hint as regards who is excluded from the liability regime of CDSM.

Initially, the CDSM Directive was seen as a solution to address complaints about legal uncertainty and inadequacy of legislation in the digital sphere.<sup>51</sup> However, when it is put into practice, it restricts the fundamental rights of other actors of copyright law. Therefore, there was a need for a comprehensive new regulation for the services provided by intermediaries on the internet that would keep pace with the technology. This is now expected to be achieved with DSA. While the DSA adds new rules for information society services, it provides a more detailed provision for the specific online intermediaries that benefit from the E-Commerce's safe harbour regime. Comparing DSA with E-Commerce, the 2000s Directive gives an extended scope and does not just cover intermediary services but, in general, information society services.<sup>52</sup> DSA has categorised the intermediary services included in information society services in Article 3.<sup>53</sup> The DSA defined mere conduit, caching, and hosting services within this layer.<sup>54</sup> While defining illegal content, the DSA recognised online platforms as hosting service providers.<sup>55</sup> Moreover, the regulation has also included online search engines in the category of intermediary services.<sup>56</sup> Before the DSA came into force, the CJEU and the Member States had a categorisation problem for intermediaries. With the new regulation, a definition and taxonomy have been prepared for almost all online intermediaries operating their services online.

### **3. Liability Regime for Online Intermediaries in European Union Law**

Where there is an unlawful use of the author's right on the internet by a third party through the services of online intermediaries, the author may invoke the liability of either the infringer or the owner of the platform on which the right is infringed. However, the effective and practical way is to apply it to the online intermediary. It is difficult to determine the identity of third parties who make the work available online via the services of online intermediaries, so international and national legislation aims to regulate users' online behaviours by imposing responsibilities on intermediaries. Although online intermediaries do not directly commit an unlawful act, they carry the illegal conduct. According to this outcome, they must be secondarily liable for the indirect involvement of infringing activity. However, it is highly controversial whether their responsibilities are secondary or not. To be liable for an act in the first degree, the person must directly commit the wrongful act. There should be a direct violation by the wrongdoer. Furthermore, the primary liability is harmonised in EU law. Thus, there is no controversy on specifying the primary liability from an action.

There is no provision in the EU copyright law when defining secondary liability as a type of liability. Article 8 (3) of the InfoSoc Directive and Article 11 of the Directive 2004/48/EC (Enforcement Directive)<sup>57</sup> only emphasize that intermediaries are liable for the acts of third parties carried out through their services. There is no evident context which indicates that online intermediaries are primary or secondary infringers. Eventually, court decisions will be

---

<sup>50</sup> CDSM Directive Recital 42

<sup>51</sup> European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 2016/0280, 3

<sup>52</sup> Wilman (2022) 2

<sup>53</sup> DSA art. 3 (1) (g)

<sup>54</sup> DSA art. 3 (1) (g) (i), (ii), (iii)

<sup>55</sup> DSA art. 3 (1) (h) (i)

<sup>56</sup> DSA art. 3 (1) (h) (ii)

<sup>57</sup> Directive 2004/48/EC on the enforcement of intellectual property rights [2004] OJ L 195/16

a guide for finding answers. For instance, Advocate General (AG) Jääskinen<sup>58</sup>, who gave his opinion on the CJEU's judgment in *L'Oréal SA v. eBay*<sup>59</sup>, made some conclusions on whether eBay, an online marketplace, should be considered primarily liable for the illegal advertisement and sale of perfumes on its marketplace by a seller who has a profile on eBay. In AG Jääskinen's opinion, secondary liability is regulated in the law of the Member States, even though it is not harmonised with EU law.<sup>60</sup> He emphasises that there is no such regulation for trademark law based on the wording of the directives on the liability of intermediaries.<sup>61</sup> He then stated that there is no court decision on the primary liability of eBay or similar intermediaries.<sup>62</sup> This means that he recognised secondary liability for online intermediaries.

When the liability regimes in the directives are analysed, it is not what the intermediaries can be directly liable for but how they can escape liability if they fulfil certain conditions imposed by the legislation. In other words, according to Jaani Riordan's observations, European law has set limits on the first- and second-degree liabilities that may be imposed on intermediaries.<sup>63</sup> The liability regime in the Directives includes safe harbours, a limit for prevention from duties to monitor third party's activity, and limits to guard the fundamental rights and injunctions.<sup>64</sup> When examining DSA's and directives' liability regimes, we will discuss the limits of each directive and regulation obtained for liability of online intermediaries' services.

### **3.1. Analysis of Substance**

#### **3.1.1. E-Commerce**

##### **3.1.1.1. E-Commerce Directive**

As mentioned in the section on legislative classification, the common characteristic of the intermediaries mentioned in this Directive is that they are technical intermediaries. On the other hand, online content-sharing service providers are not those who provide technical facilities to users but only those who provide the content made available to users and are not regulated in this Directive.

In the E-Commerce Directive, exemption from liability for three specific online intermediary services is regulated under Articles 12, 13, and 14. Therefore, for ISPs to be subject to the special liability regime under the E-Commerce Directive, they must qualify as an intermediary service provider, perform an activity covered by the exemption regime and comply with the specially regulated conditions of the relevant service provider. According to the provision of Article 12, when an online intermediary acts as a mere conduit, it should not involve the transmission of information, should not select the receiver, and should not modify the information contained in the transmission.<sup>65</sup> To benefit the safe harbour immunity of caching services, the information should not be modified; the provider conforms with the

---

<sup>58</sup> Case C-324/09, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Limited v eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Limited*, Opinion of Advocate General Jääskinen, delivered on 9 December 2010, ECLI:EU:C:2010:757

<sup>59</sup> Case C-324/09, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Limited v eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Limited*, judgment of 9 December 2010, ECLI:EU:C:2011:474

<sup>60</sup> Case C-324/09, Opinion of Advocate General Jääskinen, para. 55

<sup>61</sup> *Ibid*

<sup>62</sup> *Ibid* para. 58

<sup>63</sup> Riordan (2013) 126

<sup>64</sup> *Ibid*

<sup>65</sup> E-Commerce Directive art. 12 (1) (a), (b), (c)

provisions on access to information and the regulations according to the updates in the data; the provider must expeditiously remove or disable access to the information.<sup>66</sup>

The most discussed and controversial service provider whose service is hosting must also take precautions to meet the conditions of the safe harbour as referred to in Article 14 (1) of the E-Commerce Directive. Their exemption from liability is more controversial compared with others.<sup>67</sup> Indeed, to benefit from the immunity regime, they must have passive functions in circling all kinds of information, whether legal or illegal. Although there is an algorithm to check the contents uploaded by users, controlling all the data stored in their system is not easy.<sup>68</sup> Therefore, they have features that require them to be more active as they facilitate the permanent storage of information. Thus, there is not any automatic storage considering their technical features, but voluntary storage. This feature of hosting service providers sparked controversy before the court. According to the decision of the CJEU in the *L'Oréal SA v. eBay* case, for an intermediary service to be accepted within the safe harbour regime, the intermediary must be in a passive role.<sup>69</sup> Otherwise, the hosting service provider cannot benefit from the safe harbour. Moreover, E-Commerce Directive's safe harbour regime exempts them from becoming liable if they hold some conditions regulated in Article 14 (1) of the E-Commerce Directive. These conditions are, firstly, not having actual knowledge about illegal content or information.<sup>70</sup> If they have such knowledge, the legislator wants them to take prompt action.<sup>71</sup> Otherwise, they will be liable for the third party's illegal activity. The approach for obtaining the essential knowledge is not harmonised under EU directives, and this issue is left to the Member States to decide.<sup>72</sup> Besides regulations for exemption from DMCA, there is also a mechanism called notice and takedown (NTD) for hosting service providers.<sup>73</sup> It is a technique through which a private entity directly requests that an internet intermediary remove or block access to information in response to a violation of their rights.<sup>74</sup> The intermediary must determine if such a complaint is legitimate and that the content is infringing or illegal.<sup>75</sup>

Furthermore, the general monitoring obligation is not imposed by the Member States if the intermediary services offer one of the services covered by the Articles as mentioned above, which incentivizes intermediaries to transmit or store information.<sup>76</sup> In short, Article 15 excludes intermediaries providing only mere conduit, caching, and hosting services regulated under the E-Commerce Directive from the general monitoring obligations.

---

<sup>66</sup> E-Commerce Directive art. 13 (1) (a), (b), (c), (d), (e)

<sup>67</sup> Sevṙa Güler Güzel, 'Article 17 of the DSM Directive and the Fundamental Rights: Shaping the Future of the Internet' (2021) 12 (1) EJLT Int., 8 <<https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/817>> accessed 22 September 2022

<sup>68</sup> Ibid

<sup>69</sup> Case C-324/09 para. 118

<sup>70</sup> E-Commerce Directive art. 14 (1) (a)

<sup>71</sup> E-Commerce Directive art. 14 (1) (b)

<sup>72</sup> Kristofer Erickson and Martin Kretschmer, 'Empirical Approaches to Intermediary Liability' in Giancarlo Frosio (ed.) 'Oxford Handbook of Online Intermediary Liability' (2020; online edn, Oxford Academic, 7 May 2020) 106 <<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198837138.013.2>> accessed 23 October 2022

<sup>73</sup> § 512 of the US Digital Copyright Act

<sup>74</sup> Aleksandra Kuczerawy, 'From Notice and Takedown to Notice and Stay Down: Risks and Safeguards for Freedom of Expression' in Giancarlo Frosio (ed.) 'Oxford Handbook of Online Intermediary Liability' (2020; online edn, Oxford Academic, 7 May 2020) 528 <<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198837138.013.2>> accessed 23 October 2022

<sup>75</sup> Ibid

<sup>76</sup> Bart van der Sloot, 'Welcome to the Jungle: The Liability of the Internet Intermediaries for Privacy Violations in Europe' 6 (2015) JIPITEC para. 7 <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4318> accessed 21 September 2022

### 3.1.1.2. Digital Services Act

DSA has nearly the same provision for mere conduits, caching, and hosting service providers. Along with that, there are also clauses for other online intermediaries. There are four layers of intermediary services in its structure. At the bottom are all the intermediaries, moving upwards to hosting service providers, online platforms, and finally to large platforms. In other words, the point to be considered here is that the distinction between online intermediaries should be made according to their size, not based on their functions.<sup>77</sup> The provisions of the E-Commerce Directive for safe harbours are replaced by Articles 3, 4, 5, and 7 of the newest DSA regulation. This will lead to the provision of DSA being interpreted when there is a dispute before the CJEU.<sup>78</sup> DSA also regulated the exemption from general monitoring like E-Commerce Directive, which also means their liability regime is conditional. Moreover, the hosting provider can have the notices on time, diligently, non-arbitrary, and objectively thanks to the notice and action mechanism of DSA.<sup>79</sup> It can be said that the DSA has been drafted under the influence of concrete cases before the CJEU. According to Recital 17, in cases without liability exemption, the liability is not automatic, and the legislator can analyse the liability concerns separately.<sup>80</sup> There is also an essential requirement that, to rely on the liability exemption, hosting service providers are required to play a neutral role in storing and transmitting the data and information of users.<sup>81</sup>

Furthermore, DSA includes new platforms when regulating online intermediaries' activities and liability regimes. It is called a business-to-customer online marketplace.<sup>82</sup> As it was highly debated while eBay's statute was discussed whether it could be classified and could benefit from the safe harbour regime under E-Commerce Directive due to its active role on the internet. In summary, after existing directives for more than 20 years and a directive only for OCSSPs, it is obvious that the DSA regulation will bring a positive change. It is a plus point that the DSA recognizes the importance of fair balance, which the CJEU has considered, and that the functions of intermediaries are distinguishable.

### 3.1.2. Copyright Law

#### 3.1.2.1. InfoSoc Directive

Under this directive, no immunity regime is provided for online intermediaries to escape liability. Regarding online intermediary services, the rules on granting injunctions are set out in Article 8(3) and Recital 59.<sup>83</sup> According to the provisions, Member States provide a condition whereby authors can enforce an injunction against intermediaries who facilitate the dissemination of infringing material. In addition, it is necessary to mention the provision of European copyright law on communication to the public, which also affects online intermediaries and is an essential step in the liability regime. One of the most important reasons for this is the use of this provision by the CJEU as a guide in determining whether online intermediaries are liable for the acts of third parties. The concept is adopted from the WIPO

---

<sup>77</sup> Wilman (2022) 3

<sup>78</sup> Christina Angelopoulos and Martin Senftleben, 'An Endless Odyssey? Content Moderation Without General Content Monitoring Obligations' (2021) 26 <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3871916> accessed 27 November 2022

<sup>79</sup> Wilman (2022) 8

<sup>80</sup> DSA Recital 17

<sup>81</sup> DSA Recital 18; Wilman (2022) 6

<sup>82</sup> DSA art. 6 (3)

<sup>83</sup> InfoSoc Directive Recital 59 and art. 8 (3)

Copyright Treaty (WCT)<sup>84</sup> and is obtained as an exclusive right to the authors to help them communicate their work with the public under Article 3(1).

In the *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems* judgment<sup>85</sup>, the CJEU established a concept for this exclusive right stated in Article 3 (1) of the InfoSoc Directive. It explains this concept by starting from the high protection afforded to the authors in Recitals 9 and 10 by allowing the copyright owner to receive an appropriate reward for each use of their work, independent of time and place.<sup>86</sup> In other words, this provision for communication to the public within the meaning of Article 3 (1) of the InfoSoc Directive covers every method offline or online, such as the sale of a multimedia player with pre-installed add-ons. The CJEU has set two cumulative criteria for this concept. These are the act of communication of a work which refers to Recitals 4 and 9, and the act of communication of that work to the public.<sup>87</sup> Amongst those criteria, CJEU's interpretations of increasing the extent of communication to the public carry two different criteria: intentional intervention and the new public.<sup>88</sup> As a consequence, such video-sharing platforms where UGC is carried out, like YouTube, can make communication to the public by giving the public access to protected work without the authorization of the rightsholder that their users uploaded.<sup>89</sup> In addition, the CJEU has excluded Member States from extending this provision in Article 3 (1) of the InfoSoc Directive for *Svensson Case*<sup>90</sup>. If this is the fact, according to the CJEU's interpretation, rightsholders would be awarded broader protection for a more comprehensive range of activities by Member States, stimulating legal uncertainty.<sup>91</sup> However, as technology develops and changes the nature of the internet and people's behaviour, new challenges will arise as to which acts will be considered communication to the public. It is possible to change this by making European legislation more flexible and endeavour to provide more excellent protection to copyrighted work and protect the rights of all stakeholders.

### 3.1.2.2. CDSM Directive: Article 17

This directive deals with only a specific online intermediary, OCSSP. The concept of the CDSM Directive for OCSSPs does not include the safe harbour regime provided for in Article 14 of the E-Commerce Directive. Moreover, Recital 62 distinguishes OCSSPs from other online intermediaries by stating that "The services covered by this Directive are services, the main or one of the main purposes of which is to store and enable users to upload and share a large amount of copyright-protected content with the purpose of obtaining profit therefrom...".<sup>92</sup> In light of Recital 62 of the CDSM Directive, at least one sign is sufficient for a business operator to be distinguished as an OCSSP and, accordingly, only a provider of a

---

<sup>84</sup> World Intellectual Property Organisation Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, WIPO Lex No. TRT/WCT/01

<sup>85</sup> Case C-527/15, *Stichting Brein v Jack Frederick Wullems* (Filmspeler), judgment of 26 April 2017, ECLI:EU:C:2017:300

<sup>86</sup> Case C-527/15 para.27

<sup>87</sup> Joined Cases C-682/18 and C-683/18, *Frank Peterson v Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH* (C-682/18), *Elsevier Inc. v. Cyando AG* (C-683/18), judgment of 22 June 2021, ECLI:EU:C:2021:503

<sup>88</sup> Joao Pedro Quintais and Peter Mezei and Istvan Harkai and Joao C Magalhaes and Christian Katzenbach and Sebastian Felix Schwemer and Thomas Riis, 'Copyright Content Moderation in the EU: An Interdisciplinary Mapping Analysis' (reCreating Europe Report 2022) 77 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4210278](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4210278)> accessed 30 September 2022

<sup>89</sup> Joint Cases C-682/18 and C-683/18, *YouTube v Cyando*, para. 75

<sup>90</sup> Case C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB*, judgment of 13 February 2014, ECLI:EU:C:2014:76

<sup>91</sup> *Ibid* para. 33-34

<sup>92</sup> CDSM Directive Recital 62

service that occupies a significant place in the online market by competing with other online content-sharing services, such as online audio and video streaming services for the same audiences, can be considered an OCSSP as envisaged by the Recital 62 of the CDSM Directive.<sup>93</sup> Victor C. Rosa, with one more addition, points out that another clue comes from the natural behaviours of OCSSPs. In his view, these providers organise and support the creation of content to attract more users.<sup>94</sup> Again, it may be that the CJEU has linked the inclusion of ISPs in the safe harbour regime according to their active or passive role. This is because, in the case law of the CJEU so far, the criteria for deciding whether the online intermediaries in question are active or inactive allow us to make assumptions about whose service is covered by the safe harbour immunity of the E-Commerce Directive. However, the important difference for OCSSPs is that if they do not have authorisation from the rightsholder, they are directly responsible for disseminating infringing content through their services. For the first time, the liability of online intermediaries has explicitly mentioned whether their liability is first or second-degree.

Pursuant to Article 17 (1) of the Directive, OCSSPs' actions of making the work available to the public or other materials subject to copyright protection uploaded by their users will be considered as an act of communication to the public within the meaning of Article 3 (1) of the InfoSoc Directive. Thus, the uncertainty regarding the legal nature of such activities has been eliminated for OCSSPs' services. The natural consequence of this context is that OCSSP must obtain authorization from the copyright holder for their act of communication to the public.<sup>95</sup> This authorization is provided by concluding a licence agreement.<sup>96</sup> If OCSSPs do not have permission from the rightsholder, then they are directly liable for illegal content uploaded by their users.<sup>97</sup>

However, a licence agreement is not the only way out for OCSSPs. Article 17(4) lists certain conditions that must be met to escape liability. In fact, the CDSM directive requires OCSSPs to coordinate with authors in case they fail to fulfil certain obligations. This is because the legislator wants to ensure here, as seen from Article 17 (1) and paragraph 4 (a), that infringing material will not be available on the platform in the future. However, it must be said that from the standpoint of balancing rights, the CDSM's conditions for OCSSPs to be exempted from liability are controversial. In the wording of the directive, a subjective state has been obtained. An OCSSP is requested to show their best efforts to obtain authorization<sup>98</sup>, to safeguard the unavailability of the infringing material<sup>99</sup>, and to act promptly if OCSSP receives a request from the rightsholder to prevent the dissemination of the infringing material along their platforms proactively<sup>100</sup> if they want to be exempted from the liability. Even though the legislator does not explicitly mention the term, best efforts, it has set the condition that professional diligence should be in accordance with high industry standards as a condition as to how this can be ensured.<sup>101</sup> If the scope of Article 17 (4) (a) is considered, it is necessary to get a separate licence for each sector that may exist on the platform for licensing and to enter

---

<sup>93</sup> Rosa (2021) 51

<sup>94</sup> Ibid 52

<sup>95</sup> CDSM Directive art. 17(1), second sentence

<sup>96</sup> CDSM Directive art. 17 (2)

<sup>97</sup> Kristofer Erickson and Martin Kretschmer, 'Empirical Approaches to Intermediary Liability' in Giancarlo Frosio (ed.) 106

<sup>98</sup> CDSM Directive art. 17 (4) (a)

<sup>99</sup> CDSM Directive art. 17 (4) (b)

<sup>100</sup> CDSM Directive art. 17 (4) (c)

<sup>101</sup> Matthias Leistner, 'European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?' (2020) 1 Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ), 23 <https://ssrn.com/abstract=3572040> accessed 17 January 2023

into a separate negotiation process with the professional associations or other copyrighted work owners who are not under its umbrella. Moreover, according to the dominant view in academia, Article 17 (1) and 17 (4) should not be considered separately from each other.<sup>102</sup> In the absence of a licence, it may be possible for OCSSPs to enforce the general monitoring obligation, even though Article 17(8) states that it does not apply. In particular, the general impression gained in the academia from the wording of "best efforts" is that content recognition technologies or filtering methods are not mandatory for an OCSSP to be deemed to have made such efforts.<sup>103</sup> The CJEU has already ruled in the case of *Poland v. European Parliament and Council of the European Union*<sup>104</sup> that there is no incompatibility with the Charter over the concerns of balancing fundamental rights and rights obtained for copyright owners under the European legislation. In this case, Poland requested the annulment of Article 17(4)(b) and (c) of the CDSM Directive on the grounds that it is contrary to the freedom of expression and information set out in Article 11 of the Charter, as it requires a filtering obligation.<sup>105</sup> However, the court rejected Poland's request, recognizing, as in the *Glawischnig-Piesczek* judgment<sup>106</sup>, that some monitoring obligations are not considered illegal in the light of the EU Directives. In fact, the CDSM Directive was proposed to strike a fair balance between fundamental rights. Especially when the CJEU interprets the contexts of the E-Commerce Directive and InfoSoc Directive, there is a legal gap and the injunctions requested by the copyright owners violate the fundamental right of online intermediaries as business owners and users. In practice, however, and especially in respect of the concerns considered by Poland, the outcome is unfavourable considering fundamental rights.

These new provisions under the CDSM Directive also introduced notice and stay-down, a new mechanism for the liability of online intermediaries.<sup>107</sup> As it is a different mechanism from the E-Commerce's stay and take-down mechanism, it takes precautions before the content is shared on the platform, affecting future uploads. However, this mechanism is stricter than the mechanism in E-Commerce Directive. At the same time, big platforms such as Facebook, YouTube, and Google Inc can set out autonomous content recognition systems, which require high technological investments and time. Consequently, the CDSM directive requires platforms to fulfil time-consuming and financially burdensome obligations under the license agreement. They must compensate for the damage if they fail. Although it is left to OCSSPs to take the necessary safeguards, they are limited in enforcing their rights, considering the high protection afforded to copyright owners. Consequently, in addition to the shortcomings of this Directive, there is also a context that is interpreted in such a way as to violate fundamental rights. It cannot be said that the objectives set out in the Proposal<sup>108</sup> have been successfully implemented from paper to practice.

### 3.2. Consequences of Liability Regime

---

<sup>102</sup> Christophe Geiger and Bernd Justin Jütte, 'Platform Liability Under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering, and Fundamental Rights: An Impossible Match' (2021) 64 PIJIP/TLS Research Paper Series, 45 <<https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/64>> 23 September 2022

<sup>103</sup> Angelopoulos and Senftleben (2020) 23

<sup>104</sup> Case C-401/19, *Republic of Poland v Parliament and Council*, judgment of 26 April 2022, ECLI:EU:C:2022:297

<sup>105</sup> Case C-401/19, para 54

<sup>106</sup> Case C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*, judgment of 3 October 2019, ECLI:EU:C:2019:821, para. 52-53

<sup>107</sup> Geiger and Jütte (2021) 40

<sup>108</sup> Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, 2016/0280 (COD), COM (2016) 593 final, p. 2-5

Regarding the Enforcement Directive, Article 11 provides the author with the same opportunity against online intermediaries as the InfoSoc directive. The point to be noted here is that there is no direct regulation in any directive, except for the CDSM, regarding intermediaries' primary or secondary liability. While the first sentence of Article 11 states that judicial authorities may apply for an injunction against the direct infringer, the third sentence emphasises that this action may also be applied to intermediaries. In other words, it separates the primary wrongdoer's injunction request from the intermediaries. Namely, it separates the injunction request for primary wrongdoers from the intermediaries. But the overall conclusion that can be drawn from here is that even if the liability of the intermediaries is secondary, the injunction to be applied against the primary wrongdoers will also be applied to them by the Member State. Moreover, there is also a limit for injunction requests of copyright holders under the scope of Article 3 of the Enforcement Directive. According to Article 3, these requests should be "fair and equitable" and not be "unnecessarily complicated or costly or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays."<sup>109</sup> The following paragraph also emphasises that proportionality, effectiveness, and dissuasiveness should exist when requesting injunctions.<sup>110</sup> This relevant article is important for protecting the fundamental rights of each party to the liability regime. For instance, in *SABAM v. Netlog*, the filtering injunction requested by the rightsholder was found to be expensive, time-consuming, and complicated by the court based on Article 3 of the Enforcement Directive.<sup>111</sup> If the online intermediary imposes this obligation, it will harm their business and the users' fundamental rights.<sup>112</sup> Therefore, the court refused to enforce the filtering obligation.<sup>113</sup> Although the CJEU rejected the filtering obligation in *Scarlet Extended*<sup>114</sup> and *Netlog* decisions because it would not be able to achieve the expected balance between fundamental rights and found it even contrary to Article 16 and Article 11 of the Charter, it seems to have ignored the fact that the obligations under the Article 17(4) of the CDSM Directive constitute general monitoring. According to the view of the academia, even though Article 17(8) of the CDSM Directive explicitly provides that the general monitoring obligation shall not apply, it is incompatible with subparagraphs (b) and (c) of Article 17 (4). For the conditions in these two subparagraphs to be compatible with paragraph 8, the notification of the rightsholders should be construed to include a court decision that specific use of the rights holders' work or other protected subject matter on OCSSP's services is indeed infringing.<sup>115</sup>

### 3.3. Role of the Liability Regime for Balancing Rights

Although the Internet is an environment where we can express ourselves more securely, and it opens new opportunities for business owners, things become more complicated when the concepts of rights and legality come into play. As it can be understood from the arrangements made by the legislator regarding the liability of online intermediaries in the previous section and the case law before the CJEU, there is a restriction of fundamental rights in enforcing

---

<sup>109</sup> Enforcement Directive art. 3 (1)

<sup>110</sup> Enforcement Directive art. 3 (2)

<sup>111</sup> Case C-360/10 para. 44-48

<sup>112</sup> *Ibid*

<sup>113</sup> *Ibid* para. 53

<sup>114</sup> Case C-70/10, *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, judgment of 24 November 2011, ECLI:EU:C:2011:771, para. 48-55

<sup>115</sup> Julia Reda and Joschka Selinger and Michael Servatius, 'Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market: a Fundamental Rights Assessment' (2020) Creative Commons CC-by 4.0 international Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V., 20 [https://freiheitsrechte.org/uploads/publications/Demokratie/Article17\\_Fundamental\\_Rights-Gesellschaft\\_fuer\\_Freiheitsrechte\\_2020\\_Projekt\\_Control\\_C.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/publications/Demokratie/Article17_Fundamental_Rights-Gesellschaft_fuer_Freiheitsrechte_2020_Projekt_Control_C.pdf) accessed 23 September 2022

copyright law. Moreover, the regulations of the directives on online intermediaries are not up to date enough to cope even with the technological revolutions soon. Leaving all these aside, the balance between the rights and the relationship between the rights of copyright holders, users, and online intermediaries, which are constantly interacting with each other, will exist if society continues. Geiger and Jütte's triangular relation between respective fundamental rights, based on the SABAM v Netlog case, will be more explanatory in this case.<sup>116</sup> This is because there are three actors in the concept of intermediary liability: author, user, and intermediary. These actors' rights and responsibilities in the digital domain are intertwined in a triangular structure. When the rights of one party are infringed, the other parties are also affected. However, the maximum protection afforded to the author in European copyright law and the precise language makes the flexibility of interpretation of the legislation difficult. This leads to a disturbance in the balance of rights.

Comparing the protection of the author's rights in the internet environment, the public interest also has the right to freedom of expression and information, which are fundamental rights protected under Article 11 of the EU Charter. The CJEU has also drawn attention to the high level of protection afforded to the author in the InfoSoc Directive and has expressed concern about whether the provision ensures a fair balance between users' rights and the rights of the copyright holder. It is essential to ensure a balance between the actors to eliminate legal uncertainty. For example, the blocking injunction requested in the UPC Telekabel case is not considered by the CJEU as limiting or infringing freedom to conduct business.<sup>117</sup> It was deemed sufficient to ensure legal certainty. It was not considered to have a negative impact on either Article 16 of the Charter (freedom to conduct business) or Article 11 (freedom of expression and information) of the Charter.<sup>118</sup> However, the same cannot be said for the SABAM v Netlog Case in which filtering obligation is discussed whether it is lawful. The Court found the filtering obligation, together with the general monitoring, to be too costly, time-consuming, and unnecessary for an intermediary when it is considered with the Article 3 of Enforcement Directive<sup>119</sup>. The reason is that the intermediary controls the users' activities by installing a permanent device in its system and infringes the data protection in Article 8 of the EU Charter by having access to their messages or private information stored on the platform.<sup>120</sup> The conclusion to be drawn from this is that the CJEU is unfavourable to the injunction requests in terms of ensuring a fair balance.

Although the application of general monitoring and filtering obligations is not considered appropriate by the CJEU in terms of protecting the fundamental rights of online intermediaries and users, this is precisely the situation faced today in the context of the CDSM Directive. In fact, it is obvious that the mandatory nature of the licence agreement in the directive will implicitly neutralise the balance that exceptions and limitations, which are also considered as a brake mechanism, which comes from the Article 5 of the InfoSoc Directive, should automatically provide in copyright law. Naturally, another factor in the establishment of these balances is proportionality, which is a core principle of law. The CJEU has also expressed its concerns about compliance with the principle of proportionality with the wording of fair balance while evaluating injunction requests against online intermediaries (i.e., Scarlet Extended, Netlog Cases). Proportionality is particularly relevant in reflecting on the constraints on fundamental rights of rightsholders, platform operators, and users in a fundamental rights constellation such as Article 17 of the CDSM Directive.<sup>121</sup> To undertake a proportionality

---

<sup>116</sup> Geiger and Jütte (2021) 13

<sup>117</sup> Case C-314/12 para. 51-52

<sup>118</sup> Ibid para 45-49

<sup>119</sup> Case C-360/10 para 44-50

<sup>120</sup> Ibid

<sup>121</sup> Geiger and Jütte (2021) 23

analysis, it is necessary first to map the relevant rights obtained considering the Charter before applying the proportionality analysis to the legal process of Article 17.<sup>122</sup>

#### 4. Conclusion

The services that online intermediaries provide mean being both inside and outside of life. Therefore, it has an ambiguous feature. For instance, people living in metropolitan areas; communicate with each other. Since they have difficulty allocating time for many things, they open an account on TikTok, Facebook, Twitter, or Instagram, meeting their needs to experience the satisfaction of social relations and to be informed. On the other hand, since social media offers an accessible environment for expressing ideas and getting information, it does not bring real socialization but an artificial taste of social life to individuals in a virtual environment. In addition to establishing an environment where people can both socialize and practice their rights, it is necessary to protect these rights in the digital environment and ensure this protection's continuity. However, in terms of European copyright law, it is evident that the legislator has imposed responsibilities on online intermediaries beyond their capacity, both due to the CJEU decisions and the implementation of the DSA regulation. It should be remembered that while providing a high level of protection to the copyright owner, the rights of online intermediaries and the users of their services must also be respected. Therefore, the EU copyright regime must give a healthy environment within its border. To establish this healthy environment, the provisions of the directives must be relaxed in the public interest and in favor of small-scale online intermediaries. These intermediaries provide services and offer their users a business opportunity where they can earn money more quickly through their creative work without the obstacles of traditional methods. In other words, they have a significant and effective place in the digital single market from an economic point of view. Therefore, the problem here needs to be finalized and handled with caution. This is to practice the fundamental rights and freedoms provided to people by the legal system, which is their protective shield from the moment they are born. However, the legal gap in the law leads to a limit on the fundamental rights of others. If such things continue to happen, it cannot be said that there is a safe environment for activities in the digital world. This eliminates legal security. To ensure legal security, more user-oriented rules should be set. While creativity should be encouraged in every environment, the high protection afforded to authors should be relaxed. It should also be noted that the fact that the CJEU binds itself and the Member States to the EU Directive on the protection of copyright and considers related fundamental rights as a defense to copyright to the extent permitted by the Directive may be interpreted as a wink to the traditional understanding of copyright and may be considered to provide an environment for possible conflicts regarding human rights.

In conclusion, more effective brake mechanisms should strike a fair balance between stakeholders' rights. Legislators and judges should think more far-sighted and consider users' rights on the internet, especially protecting their fundamental rights in the digital environment where the public can express themselves freely from governmental order.<sup>123</sup> Although it may seem nice for the author to have high protection, eventually, the market disappears once the interest in the market ends. Without a market to compete in, the author will cease to create works and lose his creativity without feeling the public's curiosity.

---

<sup>122</sup> Ibid

<sup>123</sup> Mezei (2018), p. 202

## Bibliography

Angelopoulos C and Senftleben M, 'An Endless Odyssey? Content Moderation Without General Content Monitoring Obligations' (2021) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3871916>> accessed 27 November

Baistrocchi P, 'Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce' (2003) 19 Santa Clara High Technology Law Journal 111 <<https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol19/iss1/3>> accessed 29 December 2022

Bechtold S, 'Digital Rights Management in the United States and Europe' (2004) 52 The American Journal of Comparative Law, 323-382 <https://doi.org/10.2307/4144454> accessed 27 November 2022

Dinwoodie G, 'Who are Online Intermediaries' in Giancarlo Frosio (ed.) 'Oxford Handbook of Online Intermediary Liability' (2020; online edn, Oxford Academic, 7 May 2020) 36-56 <<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198837138.013.2>> accessed 23 October 2022

Erickson K and Kretschmer M, 'Empirical Approaches to Intermediary Liability' in Giancarlo Frosio (ed.) 'Oxford Handbook of Online Intermediary Liability' (2020; online edn, Oxford Academic, 7 May 2020) 104-121 <<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198837138.013.2>> accessed 23 October 2022

Farano B M, 'Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches', TTLF Working Paper No. 14 <<http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/transatlantic-technology-law-forum/ttlfs-working-paper-series>> accessed 2 January 2023

Geiger C and Jütte B J, 'Platform Liability Under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering, and Fundamental Rights: An Impossible Match' (2021) 64 PIJIP/TLS Research Paper Series <<https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/64>> 3 September 2022

Guler Guzel S, 'Article 17 of the CDSM Directive and the Fundamental Rights: Shaping the Future of the Internet' (2021) 12 (1) European Journal of Law and Technology <<https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/817>> accessed 22 September 2022

Kuczerawy A, 'From Notice and Takedown to Notice and Stay Down: Risks and Safeguards for Freedom of Expression' in Giancarlo Frosio (ed.) 'Oxford Handbook of Online Intermediary Liability' (2020; online edn, Oxford Academic, 7 May 2020) 524-543 <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198837138.013.2> accessed 23 October 2022

Leistner M, 'European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?' (2020) 1 Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ) <<https://ssrn.com/abstract=3572040>> accessed 17 January 2023

Mezei P, 'Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union', Cambridge University Press (2018)

Mezei P and Hajdú D and Capote-Perez L J, *Introduction to Digital Copyright Law* (3<sup>rd</sup> edn, Iurisperitus Kiadó 2018)

Moses L B, 'Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep up with Technological Change', (2007) UNSW Law Research Paper No. 2007-21, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.979861>> accessed 27 November 2022

Quintais J P and Mezei P and Harkai, I and Vieira M J and Katzenbach C and Schwemer S F and Riis T, 'Copyright Content Moderation in the EU: An Interdisciplinary Mapping Analysis' (reCreating Europe Report 2022) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4210278](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4210278)> accessed 30 September 2022

Reda J and Selinger J and Servatius M, 'Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market: a Fundamental Rights Assessment' (2020) Creative Commons CC-by 4.0 international Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V., <[https://freiheitsrechte.org/uploads/publications/Demokratie/Article17\\_Fundamental\\_Rights-Gesellschaft\\_fuer\\_Freiheitsrechte\\_2020\\_Projekt\\_Control\\_C.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/publications/Demokratie/Article17_Fundamental_Rights-Gesellschaft_fuer_Freiheitsrechte_2020_Projekt_Control_C.pdf)> accessed 23 September 2022

Riordan J, 'The Liability of Internet Intermediaries' (PhD Thesis, University of Oxford 2013) <<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:a593f15c-583f-4acf-a743-62ff0eca7bfe>> accessed 11 December 2022

Rosa V C, 'How Article 17 of the Digital Single Market Directive Should be Implemented: A Personal View' in Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougoux, Christiana Markou, Thalia Prastitou-Merdi (ed.) 'EU Internet Law in the Digital Single Market' (2021; online edn, Springer, Cham.) <[https://doi.org/10.1007/978-3-030-69583-5\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-030-69583-5_3)> accessed 26 November 2022

Van der Sloot B, 'Welcome to the Jungle: The Liability of the Internet Intermediaries for Privacy Violations in Europe' 6 (2015) para 1 JIPITEC <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4318>> accessed 21 September 2022

Web 2.0', Oxford Advanced Learner's Dictionary (OUP 2023) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/web-2-0?q=Web+2.0>> accessed 27 November 2022

Wilman F, 'The Digital Services Act (DSA): An Overview' (2022) <<https://ssrn.com/abstract=4304586>> accessed 2 January 2023

**Sarra Rahoui<sup>1</sup>**

**The Issues of Young Lawyers in the Legal Profession System in Tunisia**

**Introduction**

The legal profession has always dominated Tunisia's political and public life. Lawyers in Tunisia have served as significant ambassadors of socio-political change and for many years, the profession has come to stand for the ideals of justice. Starting from the resistance and struggle against the French colonization to becoming prominent symbols of regime change in the wake of the Tunisian Revolution in 2011, lawyers have served an important role in Tunisian society as they banded together to fight for political liberalism and the protection of the nation's fundamental rights against Ben Ali's presidency.

One of the Jasmine Revolution's most iconic images from 2011 was of them denouncing the dictatorship while dressed in their black robes. Following the revolution, attorneys have actively participated in state policymaking at the highest levels. From preventing torture to bolstering transitional justice and judicial independence, lawyers have worked together to improve a variety of concerns (Kaur, 2021).

Lawyers also played a human rights role before their judiciary role outside the courts. They always sought their advocacy on human rights issues based on international laws ratified by Tunisia. Pressure was also put on the authority through having a large number of lawyers pleading in one case, as in the cases of the mining basin workers before the revolution. Lawyers in this case gathered their forces to defend the workers' civil and political rights. Lawyers also turned to public opinion and the international and local press many times. The positions of lawyers were published in opposition media outlets such as Al-Mawqif, Al-Tariq Al-Jadeed, in social media and blogs, while the most prominent media outlets covered their activities after the revolution. Lawyers also carried out strikes and protests to advocate for human rights issues, such as the protest that lasted 52 days in the Lawyer's House to demand the release of Professor "Mohamed Abbou" in 2005. The movement continued with the October 2005 strike on the occasion of organizing the second part of the Information Society, which ended with the establishment of the October 18 Front for Rights and Freedoms, which represented an important ground for action between the various components of the political and human rights scene (Ferchichi, 2013).

After the Arab spring and the mass demonstrations in Tunisia in 2011, the role of lawyers in Tunisia increased. The Tunisian Order of Lawyers became a part of the Tunisian National Dialogue Quarter after its creation in the summer of 2013, when political killings and massive popular unrest put the democracy process in jeopardy of failing. At a time when the nation was on the verge of civil war, it built a different, peaceful governmental system. Thus, it played a crucial role in Tunisia's ability to quickly build a constitutional system of government that ensures basic rights for all citizens, regardless of gender, political opinion, or religious belief (Nobel Prize, n.d.). With its enormous moral power, the Quartet carried out its duties as a mediator and motivator to further Tunisia's peaceful democratic growth, which led eventually to win the Nobel Peace Prize in 2015.

Despite the role played by lawyers before and after the democratic transition, this legal profession still lacks several advantages. Young attorneys still suffer from many professional problems that hinder their practical and social progress, especially since senior lawyers monopolize this field. After graduating, the journey to becoming a lawyer can be challenging for young law students that did not have a wide experience in the field and that do not have family connections or family members who are lawyers or working in law firms. Starting from

---

<sup>1</sup> University of Szeged, Faculty of Law and Political Sciences.

scratch is certainly not an easy task especially since the legal regulation of this profession is making the path more and more difficult for young students.

### **The Newcomers to the Tunisian legal profession**

One of the main faced challenges is the registration as a legal practitioner. Before 2010, the number on this list exceeded 500, since the law allows those holding a Master of Advanced Studies in Law to be directly registered as legal practitioners without the need to obtain a qualification certificate in law. Beginning in 2010, the category of apprentice lawyers has been restricted to law graduates who pass the legal bar exam and hold competency certificates in order to prevent the increase in the number of attorneys. This resulted in a decrease in the number of apprentice lawyers by around 200 by the year 2011; however, this did not result necessarily in improving the training conditions, nor the financial and professional status of the lawyers (Al-Younsi, 2020).

Their condition is still poor, and the new procedures and legislation do not include any attempts to improve it. Furthermore, one of the biggest challenges facing graduates of the Higher Institute of Law on their path to becoming members of the Tunisian Order of Lawyers is accepting to train an apprentice lawyer in the office of an attorney registered in the courts of appeal, or cassation register of lawyers. Several lawyers reject interns for many reasons. According to the legal profession's regulations, training attorneys are required to give apprentices a respectable workspace, ensuring that client's privacy is protected while they practice law. Due to the high expense of office rental fees, a large number of attorneys cannot offer the apprenticeship.

In addition, lawyers fear losing their clientele and leaking business information. In order to overcome this barrier, aspiring attorneys must agree to the guidelines established by those willing to train them. Some of these requirements even require the apprentice to contribute financially to the office or pay the subscription expenses of their training lawyer to the Tunisian Order of Lawyers. Some apprentices seek a lawyer who will agree to provide them with a courtesy certificate that can facilitate their registration as official lawyers, knowing in advance that they will not secure a true apprenticeship term due to the difficulty in locating an apprenticeship office. The moment a training attorney engages in financial extortion, they forfeit their responsibility to teach the trainee legal ethics. Apprentices are forced to work on the streets if they are unable to locate apprenticeship offices. In both situations, a number of young lawyers' professional ethics begin to deteriorate due to their inability to locate an office where they may receive training. The apprentice who is able to secure an apprenticeship in a law firm succeeds in obtaining legal status, but they may run into relationship problems with their mentor (Al-Younsi, 2020).

### **The Vulnerable Situation of Trainee Lawyers**

The construction of the lawyer's personality, including his professional ethics, is theoretically significant throughout the apprenticeship period. The interaction between the apprentices and their mentor attorneys helps them learn that information. As their fellow young lawyers like to refer to them, "the seniors," they are eager to look after their apprentices in a relationship more comparable to that of a teacher and student. At first, there is a rigid vertical relationship that develops into a close friendship over time. In contrast, a significant number of young attorneys discover that their connection with their mentors is inherently precarious. Many of these lawyers treat their trainee attorneys like "forced labourers" who must produce their reports and appear in court without receiving any payment, no matter how small. Under the guise, that it would distract them from office duties, the training attorney has even been

known to forbid the apprentice lawyer from accessing their personal case files or receiving clients at the office. This type of approach occasionally forces the young intern to meet with clients outside the office of the supervising attorney, which prevents them from executing their duties in a respectable environment and worsens their financial circumstances. Since all of these expenses are linked, young attorneys find themselves unable to pay even the annual subscription fees of the Tunisian Order of Lawyers, preventing them from using the National Fund for Health Insurance services. On the other hand, Courts also sometimes seek to exploit their weak position by taking an advantage of the inexperienced attorneys' precarious situation and need for court fees. Some criminal justice agencies appoint them in some circumstances while denying them full access in many others. When only the Tunisian Order of Lawyers, in its regional branches, is permitted to assign attorneys, courts openly violate the statutes in this regard. Despite the rise in cases of exploitation and abuse, absolutely nothing has been accomplished to stop them. Setting up a standard collaboration contract that protects the financial rights of the apprentice lawyer and, in exchange, outlines clear and defined job commitments is one of the primary methods that may be successful in this respect (Al-Younsi, 2020). In this context, the deanship, the board, the chairperson, and even the membership of the branch or the Tunisian Association of Young Lawyers promised the improvement of apprentice attorneys' work situation. However, these promises remained a campaign motto to fulfil electoral gains. This strategy gets votes, but after winning the election, the winners frequently break their promises and do not attempt to carry out these slogans.

### **The situation of young Lawyers Returning from Algeria**

The long process of passing the bar exam in Tunisia and the conditions law students experience during this period especially since the exam takes place once every year and goes through a long correction phase that waists years of the law graduate waiting for the acceptance of the bar exam committee. This pushed law graduates to choose to take this exam in a neighbouring country like Algeria, which happens to be easier and quicker. However, the holders of a certificate of professional competence in the law from Algeria are still causing widespread controversy. While the National Association of Lawyers earlier allowed them to be ordained, the current panel headed by the Dean of Lawyers, Mr Mohamed El-Fadil Mahfouz, refused to do so due to their failure to meet the legal requirements. While law graduates in Algeria adhere to their right to practice the profession based on the agreement related to mutual assistance and judicial cooperation between Tunisia and Algeria of the year 1963. The National Association of Lawyers had appealed the decisions of the Court of Appeal to ordain them before the Administrative Court. The case witnessed several developments that led to a sit-in at the lawyer's house back in 2016. The regional branch of lawyers in Tunisia recently issued a statement confirming its rejection of the notifications' demands for the transfer of demarcation and its adherence to the Higher Institute of Law as a gain that cannot be neglected in light of the endeavour to be the only entry point to the profession.

The "Group of Lawyers Returning from Algeria" includes 260 lawyers, whom the Commission refused to demarcate, while a number of sons of the sheikhs of the profession were ordained, which left a state of anger among the lawyers (Al-Younsi, 2020).

### **The role played by lawyers in the business sector in Tunisia**

The challenges faced by lawyers in Tunisia, the young among them, is also the result of Tunisia's current political and economic climate. It is accurate to say that the Revolution resulted in a reformulation of all systems and gave the world an impression

of a fragile Tunisia that was undergoing a complete period of political change. On the other side, the role of attorneys and judges in the business sector is still crucial. The current state of business lawyers is not only a result of the post-revolutionary environment. On paper, they have a good system, but in practice, things are different. There are apparent issues with the profession's training. Tunisians and business lawyers are both impatiently waiting. Even though they are at a transitional stage, Tunisia's legal system is well defined. Following the Revolution, there was a tsunami of demands, but there was no hierarchy or order to these requests; everything had to be done immediately. This does not imply that there are no investors out there especially in the area of new technology, since the Revolution.

Therefore, Tunisian young business attorneys need to stand out and gain more business especially since they are in high demand in this area. The ability to speak two languages is Tunisian lawyers' first advantage. For lawyers who exclusively handle domestic cases, being limited to Arabic and French is not a barrier, but for international business affairs, it is a real problem. The need to expand their linguistic capacities, mainly in English, is necessary to expand their network, which lacks the training of lawyers, as well as multidisciplinary knowledge. Being a good lawyer means being multidisciplinary in order to conquer new customers. The need to possess notions of marketing and psychology is required nowadays as well as business management. To master the law is not only to study the subjects of law and that is something that does lack in the law institute that does not provide evening classes in marketing or psychology for lawyers (Iweins, 2013). Knowledge, relationships, and connections with foreign lawyers are necessary. Too many large international law firms make employees of their collaborators. This is a huge obstacle for the profession in Tunisia.

## **Conclusion**

Since the Revolution, many young lawyers have decided to set up their own businesses directly. The fear of the network of the old regime is behind them. Yet, the challenges and the shortcomings in the system of the legal profession are creating a burden on the new generation of law graduates that are still paving their path among other more experienced and influential senior lawyers. Starting from registration as a legal practitioner to becoming an established business lawyer in a country with an unstable economic situation, young lawyers need to overcome several challenges. The judiciary system in Tunisia, on the other hand, is not developing as much as it should today with the new technological and social changes that are accruing in the country. Starting from the bar exam's rigid system and the traineeship obligations, the legal profession has not been thoroughly reviewed and revised since 2010. Looking at the financial situation of young attorneys, these regulations are not helping much; on the opposite, they made things much worse not forgetting the social pressure that is put on these lawyers and the need to succeed in a profession that seems to be more challenging in Tunisia than in other countries.

## Reference:

Al-Younsi, Y. (2020, August 30). *Apprentice Lawyers in Tunisia: The Ethics of Exclusion*. Legal Agenda. <https://english.legal-agenda.com/apprentice-lawyers-in-tunisia-the-ethics-of-exclusion/>

Ferchichi, W. (2020, October 23). The lawyer (s) who advocates for social issues in Tunisia before and after the revolution: Entering the media game and the judge is no longer an adversary, Legal Agenda. <https://legal-agenda.com/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D8%A7%D9%85%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%A7%D8%B5%D8%B1%D8%A9-%D9%84%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D9%8A%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AC%D8%AA%D9%85%D8%A7%D8%B9%D9%8A/>

Iweins, D. (2013, October 21). *La nouvelle génération d'avocats tunisiens s'impatiente*. Village De La Justice. <https://www.village-justice.com/articles/nouvelle-generation-avocats-tunisiens,15433.html>

Kaur, H. I. A. P. (2021, December 16). *Legal Professionals In Tunisia*. ArcGIS StoryMaps. <https://storymaps.arcgis.com/stories/a08d72cae51a493e92323f46592536a2>

*Nobel Prizes 2022*. (n.d.). NobelPrize.org. <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2015/press-release/>

**Sabrina Judith Kaliman<sup>1</sup>**

**Review of legal profession in Latin America: The challenges and changes in the 21<sup>st</sup> century<sup>2</sup>**

The profession of lawyers and judges in Argentina, and all over Latin-America, have been facing changes in relation with the new structure of the world today. In this work it will be examined some of the changes of the new century and how this has affected the legal profession in Latin-American countries.

María Inés Bergoglio is one of the authors who has one of the most extensive works on Legal Profession in Latin-America. That is why three articles of this author will be reviewed in this paper.

The first work that will be examine of María Ines Bergoglio is about recent tendencies in the juridical profession in Latin-America and about the expansion and segmentation of this one. In this article it is revised the modifications and radical changes that the legal profession has to face in the present. There are different contemporary processes that cause changes in the social organization of the juridical work. Some examples of this are a tendency of enterprise organizations that are directly related with the salary of the lawyers. Also, there are new ways of political activism and influence of cultural Anglo-Saxon models. Furthermore, the advances in the integration process has provoked the expansion of firms of Latin-American lawyers. There are new changes to the profession due to the advance of the digital technologies and, as other contemporary fields, the law has to adapt to these reforms.<sup>3</sup>

The notion of the author is that the legal profession has changed a lot over the years because it has to adapt to the changes in economic, political and social structures of the world. Bergoglio continues by establishing that the legal profession as we know it today is the result of the enforcement of the lawyers for defining the limits of its activity in respect with other social actors. Moreover, the author says that in the last decades the great number of lawyers has incentive the competence between them and has stimulated several strategies to position professionally, such as the specialization in one field or the tendency of associate between several professionals. Nowadays, lawyers exercise the profession in larger groups where the division of labor is accentuated. This division implies a tendency to a business organization of the lawyer's offices. This is caused also for the technological changes.<sup>4</sup>

The exercise of legal profession in Latin-America has many similarities but also a lot of differences. For example, in all the countries of Latin-America to exercise as lawyer the only condition to practice is to obtain the bachelor degree except in Brazil. An interesting data is that although is not Latin-America, in Spain is necessary to do a Master after the college degree to be able to exercise the profession.

Bergoglio also highlights the relation of the lawyers with political causes that have changes in the last decades. This commitment has been seen during the dictatorships of the Latin-American countries in the decades of the seventies and eighties. Many of the lawyers who fought in favor of human rights during these the “Facto” governments were killed or

---

<sup>1</sup> Ph.D. Candidate, University of Szeged, Doctoral School of the Faculty of Law and Political Sciences.

<sup>2</sup> This article has been written with the purpose of a future study about this subject.

<sup>3</sup> Bergoglio, María Inés. “*Tendencias recientes en la profesión jurídica latinoamericana: Expansión y Segmentación.*” Text of a Conference of the National Academy of Law of Córdoba, 29 May 2018.

<sup>4</sup> Ibid

disappeared. After the reinstatement of the democracy, the relation between rights and social change it was established in new terms in the juridical Latin-American debate. In many countries of the region, the reflections and propositions in favor of an alternative use of the right appeared in different ways.<sup>5</sup>

An example is the situation in Argentina with Milagros Sala. She is the leader of the movement “Tupac Amaru” in Jujuy, a state in the north of Argentina. She was imprisoned in jail. She was detained in 2016 while she was protesting against the government of Jujuy. The cause of detention was “instigation to commit crimes” and “melee in real contest”. Then, other causes were established against her. Since that date the leader of the movement “Tupac Amaru”, an indigenous peoples’ movement, has been imprisoned. The political part of this trial is that many lawyers and jurist are against her detention because they say that it is a political cause. Sala is supportive of the government that it is in power with the president Alberto Fernandez. Meanwhile, the governor of Jujuy Gerardo Morales is not in that political side and it is against of the political party of the government in power. Another problem with this case is that Sala was imprisoned a long time without a trial and that is violating her human rights. It is an infringement of a lot of Human Rights Treaties but mostly the article 8 of the American Convention on Human Rights that states the right to a fair trial and judicial guarantees.<sup>6</sup> This is an example of the politic causes that lawyers can take a position to defend or stand against and how the legal profession has been politicized. Beyond the politicized situation it is important that human rights are always fulfilled and all the persons are equal before the courts. This is a case that shows how the politics can modify nowadays the legal profession. Lawyers may guide their work through ideals and not the law.

Currently, another change on the legal profession of the Latin-American countries is the influence of the model of the Anglo-Saxon juridical culture. This can be seen in the tendency of the business organization of the juridical work.

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Inter-American Convention on Human Rights. Article 8: 1- Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.

2. Every person accused of a criminal offense has the right to be presumed innocent so long as his guilt has not been proven according to law. During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees:

- a. the right of the accused to be assisted without charge by a translator or interpreter, if he does not understand or does not speak the language of the tribunal or court;
- b. prior notification in detail to the accused of the charges against him;
- c. adequate time and means for the preparation of his defense;
- d. the right of the accused to defend himself personally or to be assisted by legal counsel of his own choosing, and to communicate freely and privately with his counsel;
- e. the inalienable right to be assisted by counsel provided by the state, paid or not as the domestic law provides, if the accused does not defend himself personally or engage his own counsel within the time period established by law;
- f. the right of the defense to examine witnesses present in the court and to obtain the appearance, as witnesses, of experts or other persons who may throw light on the facts;
- g. the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty; and
- h. the right to appeal the judgment to a higher court.

3. A confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made without coercion of any kind.

4. An accused person acquitted by a nonappealable judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause.

5. Criminal proceedings shall be public, except insofar as may be necessary to protect the interests of justice.

The second work that Bergoglio wrote and that it is important for this paper is about the inequality and diversity in the legal profession and the consequences on the role of the law in Latin-America. In this work the author establishes that the panorama of the juridical profession in Latin-America had been through relevant changes. There were several process at a regional scale like judicial reforms, the development of big juridical firms, the expansion of superior education and technological advances. Until these changes, the legal profession of the countries of Latin-America was coherent with the romans tradition.<sup>7</sup>

The author establishes that the increase in the number of lawyers in the countries of the region has caused the increase of the competition on the legal profession. The great firms of lawyers installed a different way of professional exercise. Their client's changes from regular persons to enterprises that requires very specialized services. Moreover, the specialization of lawyers in a field of the law is very common nowadays. The classic figure of the lawyer that works alone and in an independent manner ceases to be the dominant mode of professional practice.<sup>8</sup>

Bergoglio states that the diversity of the contemporary juridical labor insertions it is translated in an increasing stratification of the legal profession whose segments are significantly different in types of tasks, grades of specialization and levels of incomings<sup>9</sup>.

She highlights the modification of the occupational opportunities in the legal profession. These changes appeared in the private and public sector. It is safe to say that there is a variety of the occupational insertion of the Latin-American lawyers. The diversification was produced by the expansion of the judicial power, the increase of the size of the juridical firms and this caused a tendency to salarization. Currently, this situation causes that the exercise of the traditional independent practice of the profession is less frequent. Moreover, this is caused by the process of internationalization of the economy that were intensified in the decade of the nineties with neoliberal reforms.<sup>10</sup>

The third text to examine in this work is the one of María Inés Bergoglio and Jerónimo Carballo whom wrote a text about Segmentation of the legal profession in Argentina. This paper deepens the previous works describe above about legal profession in Latin-America. They analyze the segmentation on the practice of the profession of lawyers. The work deals, among other topics, the evolution in the legal profession in Argentina in the last fifteen years. The authors states that there was an increase of the number of lawyers and of the juridical firms. This was the cause of a diversification in the profession.<sup>11</sup>

Bergoglio and Carballo mention as an important source of its research the classic sociological theories used to contemplate the juridical profession as a homogenous category and in the structure of inequalities. In the text there is an interesting quote of Parsons who said: *"the legal profession is a kind of line of secondary defense against the organizing*

---

<sup>7</sup> Bergoglio, María Inés. "Diversidad y desigualdad en la profesión jurídica: consecuencias sobre el papel del Derecho en América Latina". P: 12-28. In: *Revista VIA-URIS*, N° 6, January-June 2009. Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia. 2009.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Bergoglio, María Inés- Carballo, Jerónimo." Segmentación en la Profesión Jurídica: Cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995-2003". P. 201-222. *Work published in Year 3, N° 5, Fall 2005, Faculty of Law. University of Buenos Aires. Academia Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.*

*consequences of the conflict*".<sup>12</sup> It is a phrase that sums up the legal profession as trying to fix the unavoidable consequences of the conflict that human beings has to go through every day.

In early and mid XIX century, the social origin of lawyers came from high or middle levels of society and the strong coherence of the juridical education caused the homogeneity in the profession. The great majority of them insert in the labor market as independent professional.<sup>13</sup> There was little justice for the lower classes and very few lawyers that came from this social stratum.

Bergoglio and Carballo highlights how the conditions of the legal profession have changed in the XXI century. There is a tendency to the increase of the size of the juridical firms and this provoke what they called "the legal factory". This means that there are bureaucracies of half size that process conflicts massively and inaugurate a style that cause an impersonal relation with the clients. The authors follow what the famous doctrinaire Mills established about segmentation: the contrast between the modes of professional exercise of the lawyers of big firms and the ones that keep exercising the profession in an independent form causes the segmentation that it is present nowadays in the legal profession.<sup>14</sup> A segmentation that it is social and economic.

The segmentation can be seen in the current manner in which the legal profession develops. In the second half of the XX century there was an expansion of the higher level education which contributed to amplified the quantity of lawyers of all social strata. There is a more varied composition of lawyers in relation with gender, ethnic affiliations or social classes. Unfortunately, this also caused the increase of the number of professionals and the expand of the competition between them. This has stimulated the search for new forms of labor insertion in the public and private sector.<sup>15</sup>

In the big firms of lawyers there is a deepening of the division of labor and the lawyers are more specialized very specific areas of the law. Nowadays, this is a vital need to practice profession. It not just enough with enabling title to have a good development of the profession. The lawyers have to be constantly studying new doctrines and laws to keep up to date in the practice.

Furthermore, there is an increase of the hierarchy in the relations between partner lawyers, associates and employees. There is a big gap between the salaries of these categories. Also, the more dangerous problem is that some of this lawyers will stay in this position eternally and without possibilities of elevate its status or get a promotion.<sup>16</sup>

The authors established how is the situation of segmentation in Argentina. In the beginning of the XXI century there was an increase of students in the enrollment in law school. Also, there was a massive proliferation of big Law Firms in Argentina. Even though the number of big law firms is minor than the one of Mexico or Brazil, there are many of these firms and some of them works with the government. In the decade of the nineties there was an opening of the economy, there were great privatizations and the handle of the public and private debt have increase the range of operations of this big enterprises and the political

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

significance of its role. These firms dedicate mostly to fusions and acquisitions, capital market, project financing, patents and brandings, tax and resource law natural.<sup>17</sup>

Between the clients of this big firms there are big banks, foreign financial companies and multinational corporations that operates in Argentina. This demands that the employees of these firms works in different languages.<sup>18</sup>

The authors highlight the situation of crisis in Argentina that, according to them, sharpened the social and regionals inequalities. This means that the segmentation between lawyers caused that legal professionals shares the economic luck of their clients. There is a difference between the professionals that have clients of lower and middle classes and the ones that works in big firms with clients of higher social classes and multinational enterprises. There is an asymmetrical character of the globalization that accentuates the tendency of social heterogeneity that is a mirror of what have been happening in the society.<sup>19</sup>

Bergoglio and Carballo established that the occupational fragmentation also has another side. With the reinstatement of the democracy there was a new importance in the judicial power in the functioning of the institutions of the state. The tendency of this affirmation occurs in Argentina and other countries of Latin-America after the end of the dictatorships and the recovery of democracy. This situation had revealed multiples ways including an important relevance in the relative matters of the administration of justice in the political agenda.<sup>20</sup>

Furthermore, there were an expansion of the judicial power that was manifested in the increase of the number of judges and the budget destined to the judicial power. There were new occupational opportunities for lawyers characterized by a higher level of incomes and employment stability.<sup>21</sup> Nevertheless, in 2022 there were several protests in Argentina for the slow functioning of the judicial power and the necessity of more judges and employees in the courts of the country.

To sum up Bergoglio and Carballo establish that the occupational insertion of the lawyers has been diversified. The expansion of the judicial power that occurred during the nineties has increased the opportunities of work in the public field. The number of people in legal professions in dependency relation has escalated a lot. Nowadays, lawyers prefer to work in big firms or inside the judicial system to an independent work with its own office and litigating for clients. This heterogeneity in the legal profession may provoke that lawyers develop different points of view about how they have to handle its relations with clients and other colleagues. It is possible that these tendencies to inequality inside the profession stimulate process of redefinition of the traditional role of the lawyer that has been changing since the beginning of the XXI century.<sup>22</sup>

All the mentioned above demonstrates the tendency of the legal profession to the segmentation. This phenomenon is taken place in other countries of Latin-America and for that this exposure of Argentina could be just an example of what it is happening in the region with the diversification and segmentation of the legal profession. There is also a bigger gap

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

of incomes between the independent and private lawyers and the ones that work in dependency relation and in the public area.

María Jose Azócar Benavente establishes an insight about legal profession in Chile and different changes in this country. The author says that in the decade of 2000 there were two significant reforms that were implemented in Chile. The first one was the change in the criminal process that modified the inquisitive system and replace this by an oral one, creating institutions as the Public Ministry and the Public Criminal Defense.<sup>23</sup> This also happened in Argentina that implemented the same changes and is still applying these modifications in the judicial power.

The other relevant reform was that new oral tribunals of family law were created and reunited in a single judiciary matter that before were spread between minors and civil tribunals.<sup>24</sup>

Furthermore, Azócar Benavente highlights that there were an increased in the number of women who study law and for that there is more women who exercise the legal profession.<sup>25</sup> This is related with the changes of gender at a worldwide level that had as a result that in decade of fifties and the sixties women left the house chores to enter into the labor market.

Elizabeth del Rosario Rojas establish in her text “*Nuevos Ropajes de la abogacía: la metamorfosis menos pensada*”, the changes that the legal profession has been through from a critique and feminist perspective. Also, the author highlights the modifications in relation with the technology and the communication in the legal profession.<sup>26</sup>

Rojas sustains that the legal profession in the past has been characterized by being an independent work. Nevertheless, nowadays this logic has been modified and the lawyers works mostly in a dependency relation. The author highlights an interesting idea about how the work was divided in the past in relation with the gender. The work was divided in manual work and intellectual work. The women used to dedicate themselves to the first one while the men were in charge of the second one. This was a division of labor by gender and had dreadful effects for the women whose vestiges of this fallout can still be seen today. Although during the industrialization process more women started to work outside of the house, they still had to do two jobs: the housework and the job outside of the house.<sup>27</sup> This explain how difficult if for the women lawyers to have the same opportunities and equal pay than her men peers.

The author establishes that in the beginning of the legal profession this discipline has participated in the conformation of national Latin-American states and helped in the political projects accompanied the path of the countries with the exercise of the law. In the beginning the profession was strictly masculine but since the XX century women started to access to the career of law and insert in the labor of the sector of the law.<sup>28</sup>

Nowadays, the profession is mostly feminine, highly qualified and possess post-graduate courses and specializations the current times are requiring. As all professions and works the

---

<sup>23</sup> Azócar Benavente, María José. “Expertos en derecho: profesión legal, género y reformas judiciales en Chile. Experts in law: legal profession, gender, and judicial reforms in Chile”. In: *Revista de derecho (Valdivia)*. Vol. 28. N°2. Chile. December 2015.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Del Rosario Rojas, Elizabeth. (2019) “*Nuevos ropajes de la abogacía: la metamorfosis menos pensada*.” XIII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. 2019.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

globalization, the advance of technology and communication has changed the way that the legal profession it is exercise. Rojas states that the current legal profession in Latin-America is heterogeneous in relation to social class, ethnicity, gender and ages. Also, the profession is not sedentary and is mostly nomad because the lawyers goes from a place to another and sometime they rent the office for hours or meet with their clients in bars and restaurants.<sup>29</sup>

Furthermore, another major change has been the quantity of institutional spaces that nucleate the lawyers such as federations, tribunals, schools of lawyers in the national and the provincial level.

Rojas establishes that there is a stratification of the legal profession in Latin-America and this causes inequality in respect with the access of clients and services.<sup>30</sup> In Argentina to exercise as a lawyer the person has to be enrolled in the bar association that correspond with its jurisdiction and must have a registration of this school to practice law.

In the current times the online connection is now vital for the lawyers to exercise its job. The systems of the courts in the Latin-American countries has changed and now are mostly digital. There are still files on paper but the idea is to get everything in a digital form. For this the lawyers and people who work at the courts has digital signature and other online services. The idea is also change the writing proceedings by oral in the places that this has not yet happened.

Although there are more women in the legal profession is not the same representation in the places of power for men and women as it happened historically in almost every profession. There is a big gap between the salaries earns by women and men in legal professions what proof the inequality of gender. A woman gets paid far less for the same work than a man. The author is optimistic with the possibility that the gap will close and the goal of achieving equality will happen during the next years.<sup>31</sup>

A phenomenon that is growing since 2015 is a new wave of feminism defending the rights of women, the equality in all contexts, the decisions over her bodies and the fight against the killing of women by men. The murder of a woman by a man is called “Femicidio” since the case of the IACHR Caso González y otras (“Campo Algodonero”) V. México. This is a Judgment of 16 of November of 2009. This case was about the assassination of several women because of the mere fact of being a woman, what it means that they were murder by their gender.

For this is important what María Eugenia Monte establishes in her text about the disputes in relation with the juridical regulation of abortion in Argentina and about feminist lawyers. The author states that in the last decades the politics about the juridical regulation of gender, the sexuality and the reproduction changed radically and occupy an important place in the international forums and politics of the countries of Latin-America. These changes were enabled because of the fight and perseverance of women’s movements that are changing the way to define gender, sexuality and reproduction. This was translated in the politics and law of the countries. An example of this is the fight for the juridical regulation of abortion in the last decade in Colombia, Mexico, Argentina and Uruguay. In Argentina is possible to

---

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

determine different instances of fight of the movements of women and feminists about the juridical regulation of the abortion established in the juridical and state institutions.<sup>32</sup>

Since the last reform of the Constitution of Argentina in 1994 and the conformation of the National Campaign for the Right to the Legal, Secure and Free Abortion in 2005 the right to abortion had a new rebirth. Also, there were presentations of the project of the legalization of the law about abortion in the National Congress, in the approval of protocols in the access of abortion in the health system and the judicial process about the abortion in the courts.<sup>33</sup>

Without dwelling further on this topic is relevant how Monte establish the fight of the feminist lawyers against the discursive configuration of the abortion. It is important to establish that the abortion was established as legal on the 29 December 2020 in Argentina. The Latin-American countries where the abortion is legal are Colombia, Argentina, México, Uruguay, Cuba, Guyana, French Guyana and Puerto Rico.

There is a situation about how legal profession is developing today in Argentina. This is an example of the province Tucumán in the north of the country. As it was mentioned before, the independent lawyer that litigate with clients is losing the prominence place as actor in the judicial world. It is for that that many people desire to enter in a dependency relation. The courts of Argentina open a contest for people to enter to work in these ones. It is a very good job with six hours of work, social benefits and a good salary. The change in the legal profession shows that before only lawyers could apply for this but now any person of 18 years old and with high school finished is able to register for the contest. In Tucumán there is a significant number of people that try to enter to this job because of all the advantages that were mentioned before.

This can be great for people to find a steady and secure job in a country with constants economic crisis. The problem is that as this contest is open for everybody, lawyers has less possibilities of finding work in courts and develop a career inside these ones to achieve ambitious dreams such as being secretary of a court or even judge.

To conclude, the legal profession in Latin-America has evolved a lot since the beginning of the XX century where only men could be lawyers. It was mostly an independent profession and lawyers litigate with direct relation with its clients. As it is established above, the current status of the legal profession presents a dominance of women as lawyers, fighting for their rights and making justice for the assassination of other women perpetrated by men.

Moreover, the technology, new forms of communication and globalization has achieved that the work in courts become mostly digital leaving paper documents behind. In addition to this, the legal profession has changed from being a more independent profession to being a work in a dependency relationship in big law firms. Another change is that lawyers are increasingly grouped together in organizations and bar associations.

In this work two countries of Latin-America were used as main example that are Chile and Argentina. These ones are a mirror of what is happening, in more or less measure, in all Latin-America in relation with the legal profession. The situation is different in Europe, Asia, North and Central America, Africa or Oceania because each of these places has had its own evolution. Since the evolution is being fast maybe in five or ten years the exercise of legal

---

<sup>32</sup> Monte, María Eugenia. “Disputas sobre la regulación jurídica del aborto en Argentina. La abogacía feminista frente a resistencias conservadoras en el proceso judicial *T.S.* (2000): ecografía, visualización fetal y producción del discurso jurídico.” *Oñati Socio-Legla Series* (Online), 8 (5) 722-738. Available from: <http://ssrn.com/abstract=3272137>

<sup>33</sup> *Ibid.*

profession in Latin-America have change radically, much more than in the last fifty years and hopefully in a positive way.

### **Bibliography**

Azócar Benavente, María José. “Expertos en derecho: profesión legal, género y reformas judiciales en Chile. Experts in law: legal profession, gender, and judicial reforms in Chile”. In: *Revista de derecho (Valdivia)*. Vol. 28. N°2. Chile. December 2015.

Bergoglio, María Inés- Carballo, Jerónimo.” Segmentación en la Profesión Jurídica: Cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995-2003”. P. 201-222. Work published in *Year 3, N° 5, Fall 2005, Faculty of Law. University of Buenos Aires. Academia Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de Córdoba.

Bergoglio, María Inés. “Diversidad y desigualdad en la profesión jurídica: consecuencias sobre el papel del Derecho en América Latina”. P: 12-28. In: *Revista VIA-URIS*, N° 6, January-June 2009. Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia. 2009.

Bergoglio, María Inés. “*Tendencias recientes en la profesión jurídica latinoamericana: Expansión y Segmentación.*” Text of a Conference of the National Academy of Law of Córdoba, 29 May 2018.

Del Rosario Rojas, Elizabeth. (2019) “*Nuevos ropajes de la abogacía: la metamorfosis menos pensada.*” XIII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. 2019.

Monte, María Eugenia. “Disputas sobre la regulación jurídica del aborto en Argentina. La abogacía feminista frente a resistencias conservadoras en el proceso judicial T.S. (2000): ecografía, visualización fetal y producción del discurso jurídico.” In: *Oñati Socio-Legla Series (Online)*, 8 (5) 722-738. Available from: <http://ssrn.com/abstract=3272137>

Organization of American States (OEA), “*American Convention of Human Rights. Pact of San José de Costa Rica*”, San José of Costa Rica, 7 to 22 of November of 1969.

**Budea Cintia<sup>1</sup>**

## ***Szabad lesz, bíró úr? Avagy a laikus bíraskodás jogelméleti/jogszociológiai kérdései***

### ***I. Bevezető gondolatok***

*„Amikor a tárgyalás folytatódott, az ügyvéd felállt, és felolvasta az indítványát. Egy bírónak is lehetnek érzelmei, és ki is mutathatja őket. A jogrend azt kívánja, hogy a bűnösségről emberek döntsenek, ne gépek. Az elutasított ülnök azonban túl hevesen reagált, egy elfogulatlan harmadik fél szemében már nem tűnik semlegesnek, távolságtartónak és pártatlannak.”<sup>2</sup>*

Ahogy *Ferdinand von Schirach* az Ülnök című bűnügyi történetében is megfogalmazta; a laikus elem bírói igazságszolgáltatásban történő részvétele nem kevesebb, mint a társadalom egészét érintő garanciális biztosíték. A szakértelemmel nem rendelkező bírósági tagok legfontosabb tulajdonságai a higgadság, pártatlanság, és következetesség, amely esszenciáját képezi e hatalmi ágaknak.

Dolgozatom a laikusok igazságszolgáltatásban való részvételét kívánja feltérképezni, méghozzá jogelméleti aspektusból. Szeretném megjelölni, milyen elméleti kérdéseket vet fel a társadalmi igazságérzet becsatornázása a jogalkalmazásba a különböző laikus bírói rendszereken keresztül. Az elméleti kérdésfelvetéseken túl ugyancsak elemezni kívánom, hogy a laikus bírósági rendszerek milyen gyakorlati jellegű problémákat okozhatnak az igazságszolgáltatás világában. A magyar ülnöki rendszert érintő változásokra is reflektálni kívánok, és igyekszem egy komplex képet mutatni e jogintézmény jelenéről és jövőjéről.

Hipotézisem az, hogy a laikusok részvétele a 21. századi társadalmakban marginalizálódott; meglátásom szerint a laikus bíraskodással kapcsolatban olyan rendszerszintű és a modern jogalkalmazás természetéből következő problémák léteznek, amelyek jogszabályi finomítási törekvésekkel nehezen orvosolhatók. Ugyanakkor a jogrendszer megfelelő működéséhez hozzátartozik a társadalom részvétele, amely az igazságszolgáltatásban elvi jelentőségű, hiszen a laikusok valószínűleg közelebb állnak az igazságos-igazságtalan felfogáshoz, mint maga az igazságügyi bürokrácia tisztviselői<sup>3</sup>. Másrészt a különböző platformokon gyakran találkozhatunk az igazságszolgáltatást (jogszolgáltatás) érintő kritikával, és féltő, hogy az ebből eredő konfliktusok, és az elégedetlenség eszkalálódik, amely végsősoron a társadalom teljes bizalomvesztettségét eredményezi. Jóllehet az egyén az életét érintő legszemélyesebb kérdések eldöntése során elvárja, hogy felé a tisztességes eljárás biztosítékai stabil alapokon álljanak.

Dolgozatomban arra teszek kísérletet, hogy a laikus elemek csekély mértékben való alkalmazásának okait feltárjam, és az intézménnyel kapcsolatos aktuális dilemmákra rávilágítsak. Mindemellett olyan esszenciális részletekre kívánok kitérni, amelyekről úgy gondolom, hogy képes lenne a rendszer eredményesebb működését eredményezni, és egy lehetséges irányt kívánok mutatni a professzionális bíraskodáson, a társadalmi reprezentativitáson és a szakülnöki részvételen alapuló igazságszolgáltatási rendszerek spektrumán.

### ***II. Elvi kérdések- A jog és érzelmek divergenciája***

---

<sup>1</sup> Joghallgató, SZTE Állam- és Jogtudományi Kar.

<sup>2</sup> FERDINAND VON SCHIRACH: *Büntetés*. Budapest, Partvonal kiadó, 2020. 24. p

<sup>3</sup> KRONENBERGER, FRANZ RUDOLPH (1989). *Laien in der Strafrechtspflege?* In: Heike Jung, ALTERNATIVEN ZUR STRAFJUSTIZ UND DIE GARANTIE INDIVIDUELLER RECHTE DER BETROFFENEN, 189. p.

A laikus bíraskodás legjelentősebb forrása maga a demokrácia intézménye, amely azonban nem a tárgyalóteremben ölt először testet, hanem a törvényhozásban, ami bázisát képezi majd az igazságszolgáltatásnak.

A társadalmi igazságosság pódiuma elsősorban az a közeg, ahol a normák testet öltenek. A modern demokrácia követelménye, amely szerint a nép választja a törvény megalkotóit, permanensen hat a jogszolgáltatásra, hiszen ezek a jogi normák a bírót kötik, így a korábbi évszázadoktól eltérően a modern jogi felfogás szerint a bíró meghatározott jogi közegben mozoghat, és nem alapíthat jogot.<sup>4</sup> Ez azonban azt eredményezte, hogy a társadalmi igazságosság becsatornázására egy alternatív módot kellett választani, amely a társasbíráskodás keretein belül a laikusok bevonását jelentette, ezt az Alaptörvény 27. cikke is rögzíti. Elvi síkon a laikusoknak lenne az a feladata, hogy az ügyek jogászai szemléletén túl a hétköznapi értékrendet érvényre juttassák, illetőleg amit a bíró dogmatikus és zárt absztrakciós rendszerben vizsgál, ott a jogban nem jártas résztvevők képesek legyenek az ügy mögött meghúzódó embert és konkrét cselekedetét szubjektív szemüvegen keresztül szemlélni, kizárva ezzel a jogi környezetet. Erre azért is van szükség, mert a bírói jogalkalmazás során nem ritka a társadalmi igazságérzet és a jogi igazságérzet ellentmondása. Ez szükségképpen alakul így, a bíró elméje-jogi szaktudásának birtokában- szelektál, és az ügy lényeges elemeit vizsgálja, amihez az irreleváns információk kizárásával kerül sor.<sup>5</sup> Továbbá a bírói döntések és gondolkodás olyan sémákon mozog (egy elvont tétel alkalmazása a konkrét tényállásra) amelynek sajátos logikai vektora nem esik egybe egy jogtudományban legkevésbé sem jártas személy csekélyebb jogérzékével. Így *ab ovo* eltérően értékelnek bizonyos helyzeteket, és a laikusok vonatkozásában a logikai absztrakció fölé kerekednek a morális *imperatívusok*. Jóllehet a bíró is ember, akinek érzései és gondolatai vannak, így érdekes kérdéseket vet fel a bírói szubjektum szerepe a bírói döntésben, amelynek a jogalkalmazási folyamatokon belül jól körül határolható tárgya és funkciója van. Többek között segítheti a bírót a probléma identifikálásában, majd azt a „való életbe átültetni”, ezzel közelebb hozni a társadalmat különösen akkor, amikor a jogalkotó az alternativitással élve nem egy meghatározott jogkövetkezményt fűz a cselekményhez, hanem a bíró diszkrecionális jogára bízva annak megválasztását.<sup>6</sup>

Érdemes kitérni arra, hogy a bírói pulpituson helyet foglalók száma miként viszonyul a normakötöttséghez; vajon akkor jellemzőbb teret engedni az érzelmeknek, ha egy bíró dönt az ügy érdemében, avagy akkor, ha mellette még két laikus is helyet foglal? E kérdés megválaszolásához elengedhetetlennek tartom olyan hivatásbéliek meginterjúvolását, akik releváns tapasztalattal rendelkeznek e téren. Saját feltételezésem szerint nem kizárt, hogy két ülnök részvétele akár erősítheti is a bíró jogszabályhoz való kötöttségét, hiszen az eltérő álláspontok - még ha ezek az ügy szempontjából vitathatóak is - közös nevezőre hozása időigényes, sokszor lehetetlen kihívásnak tűnik, s ekkor könnyebb, egyszerűbb, és gyorsabb a jogszabály nyelvtani értelmezésén belül maradni, azok határait nem feszegetni.

A modern jogtudomány legfontosabb feladatainak egyike a jog és érzelem elválasztása, amelynek jelentősége a felvilágosodáshoz vezethető vissza. A 18. századot meghatározó eszmeáramlat a racionalizmus talaján állt, és ez nem hagyta érintetlenül a jogtudományt sem. Helvétius szavait idézve „*Elveim egyedüli bírója az ész és a tapasztalat*”. Ennek okán az ész

---

<sup>4</sup> CANOR, IRIS: *A bírói mérlegelés kérdései egy monográfia tükrében*. Iustum Aequum Salutare IV. 2008/1. 161-162. pp.

<sup>5</sup> ANTAL TAMÁS: *Az esküdtzések reorganizációja (1896-1900)*. In: A Hajdú-Bihar Megyei Levéltár évkönyve 30. (Debrecen, 2005) 205.p.

<sup>6</sup> MOLNÁR AMBRUS, SZUCSIKNÉ SOLTÉSZ ILONA: *Az emberi megismerés ismeretelméleti alapjai és a jogi megismerési folyamat sajátosságai*. In.: *Az ítéleti bizonyosság elméleti és gyakorlati kérdései*. Kúria Büntető-Közigazgatási-Munkaügyi és Polgári Kollégiumai Joggyakorlat-Elemző Csoport. Budapest, 2017. október. 11.-19. pp.

(*ratio*) képes volt az érzelmek (*emotio*) fölé kerekedni, így beállt egyfajta hierarchia,<sup>7</sup> amely mind a mai napig érezteti hatását. A felvilágosodás eszméje arra sarkallta a jogtudósokat, hogy a jogelmélet szintjén is a jogot teljes mértékben válasszák el az érzelmektől. Max Weber szemléletesen mutatott rá; amit nem lehet racionálisan megkonstruálni, az jogi szempontból nem is releváns.<sup>8</sup> Természetesen a *law and emotions*<sup>9</sup> téziseit kutatók nem feltétlenül gondolkodnak egyformán ortodox módon, és éppen az érzelmek újbóli beemelését szorgalmazzák, egészséges keretek között.

### **III. A laikus bírói részvétel**

#### **III. 1. történeti dimenziók**

##### **III. 1.1. A néprészvétel történeti múltja**

A laikus igazságszolgáltatás intézményeinek megjelenését illetően a szakértők nem képviselnek egységes álláspontot. Egyes nézetek egészen az ókorra becsülik a kialakulásukat azokban a társadalmakban, amelyek fejlettebb konstrukcióval bírtak, s a népbíráskodást<sup>10</sup> vélik felfedezni elődjeként, amelynek részvevői - nevéből eredően - nem rendelkeztek különösebb kvalifikációval<sup>11</sup> mint a népiesség, a becsület és a korukból fakadó bölcsesség, ám ennek összetételét és eljárását tekintve nem sok hasonlóságra bukkanunk a későbbi esküdszéki rendszerekkel. Szemben a római „*questiones perpetuae*”<sup>12</sup> intézményével, amely némi párhuzamot mutatott a későbbi esküdszéki rendszerekkel. Ettől modernebb felfogást képviselt *Heinrich Brunner*, a 19. század emblematikus esküdszék-kutatója, aki a *jury* intézményét germán-népi eredetűnek tartotta<sup>13</sup>. Néhány évtizeddel később pedig teret hódított *F. W. Maitland* nézete, amely ugyan az esküdszék eredetét Brunnerhez képest nem vitatta, csupán annak népi megvalósulását; a királyok privilégiumából eredeztette e jogintézményt, s az idő múlásával célszerűnek látták a fiskális ügyek eldöntését istenítéletek helyett az esküdtekre bízni<sup>14</sup>. Ám az esküdtek hatásköre ekkor még az ítéletmondásig nem terjedt, így egyfajta bizonyítékként szolgáltak.

Az intézmény demokratikus jellege mellett fontos megjegyezni, hogy az esküdszék gondolata kapcsán a „leghaladóbb” reformerek is körültekintésre intették a társadalmakat, amíg meg nem bizonyosodtak a saját jogrendszereik fejlettségéről és az intézménnyel való kompatibilitásukról. Nem volt ez másként Magyarországon sem, azonban a 19. század közepére itthon is megjelent az elvi igény az esküdszék bevezetésére.

##### **III. 2. Magyar jogtörténeti előzmények**

A magyar ülnöki rendszer és laikus bíráskodás gyökerei az 1848/49-es forradalom és szabadságharc idejére nyúlnak vissza. A rövid életű esküdszéki rendszer francia mintára német

---

<sup>7</sup> FEKETE BALÁZS: *Érzelmek és jogtudomány: egy lehetséges értelmezés*. Iustum Aequum Salutare IX. 2013. 89-104. pp

<sup>8</sup> WEBER, MAX: *Gazdaság és társadalom. A megértő szociológia alapvonalai 2/2*. Budapest, KJK, 1995. 22.p

<sup>9</sup> Bővebben: SUSAN A. BANDES, JODY L. MADEIRA - KATHRYN D. TEMPLE - EMILY KIDD WHITE: *Research Handbook on Law and Emotion*, 2021.

<sup>10</sup> BEREND GYÖRGY: *A Népbíráskodás*. Acta Universitatis Szegediensis, 1948. 11-12. pp.

<sup>11</sup> FRIEDMANN BERNÁT: *A népbírák és az esküdszék intézménye*. Budapest: Pfeifer Nándor Bizománya, 1876. 6. p

<sup>12</sup> Molnár IMRE: *Az ókori Róma büntetőeljárás jogának rendje*. Szeged, 2012. 334-335 pp.

<sup>13</sup> ANTAL TAMÁS: *Törvénykezési reformok Magyarországon (1890–1900)*. Szeged: Csongrád-Csanád Megyei Levéltár, 2006.

<sup>14</sup> PÖDÖR LEA: *Laikus elemek a jogszolgáltatásban: az esküdszék*. 4.p

közvetítéssel valósult meg, a kiegyezést követően pedig olyannyira kiteljesedett, hogy már-már ideáltipikus szintre emelte a közvélemény.<sup>15</sup> Tekintettel arra, hogy az esküdszéki rendszer nem az angolszász modellen alapult, és a tény- és jogkérdések eldöntésében is részt vettek az esküdtek, hamar megszólaltak az első kritikus hangok. Érzékletesen fogalmazott a jogintézményt illetően Dárdai Sándor, aki úgy tekintette, elavult szemlélet szétválasztani e két kérdést; „*nálunk az okból is sokkal nehezebb volna a ténykérdésnek a jogkérdéstől való teljes különválasztása, mert jogi fogalmainkat úgy szólni teremtünk kell, a mennyiben jogtételeink tulajdonképpen csak jogérzetek, melyekben a tény- és jogkérdés határvonalai sohasem oldhatók meg*”<sup>16</sup> Az esküdszék kezdetben sajtóperekben jutott szerephez, majd a századfordulóra minden büntető hatáskörrel rendelkező törvényszéken kötelezővé vált az esküdtbírók felállítása. A rendszert övező kritikák eredményeképp 1914-ben került sor az esküdszék reformjára<sup>17</sup>, amely az esküdszékek tévedéseivel szemben igyekezett megfelelő korrektívumot biztosítani. A reform tiszavirág-életét az I. világháború teljesen megsemmisítette, s 1919. november 23. napján végleg hamvába halt az esküdszéki rendszer Magyarországon. Ezt követően a két világháború között nem volt igény egy jogszabályi kereteket mellőző, igazságérzetet csorbítani képes intézmény fenntartására. A II. világháború után, a szocializmus ideológiai eszközeként újra táptalajra talált a laikus bírászkodás, ám átpolitizált formában, és *népi ülnök* megnevezéssel létezett egészen a rendszerváltozásig. A kor ideológiája minden kétséget kizáróan tökéletesen alkalmas volt arra, hogy a laikus bírászkodás intézményét feltámassza, és annak egy új értelmet adjon, amely a nép „akaratát” és a bíró demokratikus ellenőrzését biztosította, miközben a politikai célpont a korábbi rendszer nemkívánatos szakbírói elemeinek eltávolítására irányult.<sup>18</sup> E cél sikeres elérését követően azonban a laikus nép jelentősége leredukálódott, a stabil rendszerhű szakbírói kar megléte háttérbe szorította őket, hasonlóan a szomszédos szocialista országokhoz.

1972-től a népi ülnökök közreműködését ténylegesen a formalitás tartotta fenn,<sup>19</sup> ugyanis bizonyos ügyekben lehetővé vált az ülnökök mellőzése az eljárás során.<sup>20</sup> Már ebben az időben köztudomású tény volt az ülnöki passzivitás problémája, ám ehhez ambivalens módon viszonyult a (jogász)társadalom, hiszen az eljárást gyakran megkönnyítette az az ülnök, aki a tárgyalás során nem élt a törvény adta jogaival. Ezt támasztja alá az is, miként jellemzően nyugdíjaskorúak kerültek a bírói pulpitusra laikus elemként, mégpedig azért, mert ők „ártottak” legkevesebbet az eljárás méltóságának, és a bíró munkáját sem akasztották meg. Ebből és más hasonló okokból eredően számos országban különböző maliciózus elnevezésekkel illették őket, így például Horvátországban „fejeskáposztának”<sup>21</sup>, Kínában a „süketek fülének”.<sup>22</sup>

A rendszerváltás eseményei természetesen nem hagyták érintetlenül az igazságszolgáltatás szervezeti rendszerét sem.<sup>23</sup> A XX. század nem éppen sikeres laikus bírászkodásából konzekvens módon következhetne az intézmény teljes felszámolása, vagy új alapon való megszervezése. Nem sokkal később, az első szabad választásokat követően fel is merültek lehetséges konstrukciók, amelyből az esküdszéki rendszer – tradicionális múltja folytán – jelentette a fő célkitűzést. Ám az elképzelést övező kritikák hamar elvetették az esküdti rendszer gondolatát. Ezt követően 1997-ben került sor egy átfogó reformációra, amely értelmében a néprészvétel

<sup>15</sup> ANTAL TAMÁS: *A sajtóesküdszékek és működésük szabályozása Magyarországon (1867-1896)*. 34. p.

<sup>16</sup> DÁRDAI SÁNDOR: *Esküdszékeink*. IK. IV. évf. 1869. október 12. 285. p.

<sup>17</sup> 1914. évi XIII. törvénycikk indoklása: az esküdtbírók előtti eljárásra és a semmisségi panaszra vonatkozó rendelkezések módosításáról.

<sup>18</sup> BADÓ ATTILA – FELEKY GÁBOR – LÖRINCZI JÁNOS: *Laikus és professzionális bírák viszonya a kevert bíróságban – egy empirikus vizsgálat eredményei a magyar ülnökrendszerről*. 9. p.

<sup>19</sup> Jogtörténeti szemle, 2017. 1-2. szám: *A magyar igazságügy fejlődése*, 131. p.

<sup>20</sup> 1972. évi IV. törvény 11. § (3) bekezdés

<sup>21</sup> KUTNJAK IVKOVICH: *Mixed tribunals in Croatia*. Revue internationale de droit pénal. 2001/1 Vol. 72. 74. p.

<sup>22</sup> YUE, LILING: *The lay assessor system in China*. Revue internationale de droit pénal. 2001/1 Vol. 72. 52. p.

<sup>23</sup> FLECK ZOLTÁN: *A bírói függetlenség állapota*. Fundamentum, 2002/1. szám. 30. p.

elvét kielégítően az eljárások során továbbra is közreműködnek ülnökök, s a korábbi méltánytalan díjazást a társadalmi szerepvállalásért megfelelően honorálva megemelkedett a laikusok penzuma, igazodva az eljárásból eredő felelősségükhöz. E reformnak köszönhetően az országban megszűnt az addig uralkodó krónikus ülnökhány. <sup>24</sup>

Az új büntetőeljárás törvény <sup>25</sup> megalkotásával jelentősen leszűkült a társasbíráskodás rendszere. Szemben az 1998-as törvénnyel, <sup>26</sup> az ülnökök már nem vesznek részt az ítélezésben, ez alól mindösszesen két kivételt találhatunk, nevezetesen a katona, illetve a fiatalkorúak elleni büntetőeljárásokat, amelyeket a törvény a külön eljárások között szabályoz. Ez a szakülnöki rendszer irányába történő elmozdulást jelzi. <sup>27</sup> A törvény nagykommentárja ezt azzal magyarázza, <sup>28</sup> hogy a laikus elemek részvétele a modern európai bíráskodásban jelentős visszaszorulást mutat, azonban álláspontom szerint ez nem helytálló következtetés, számos államban éppen a demokratizmus megőrzése céljából nem kerül felszámolásra a laikus elemet tartalmazó rendszer.

#### *A fiatalkorú elleni büntetőeljárás*

Tekintettel arra, hogy az új Be. az általános eljárásban megszüntette az ülnökök részvételét <sup>29</sup>, így a hatályos szabályozás értelmében a fiatalkorúak elleni büntetőeljárásban csak kivételes esetben találkozhatunk laikus bírakkal;

680. § (1) bíróság tanácsban jár el, ha

- a) a bűncselekményre a törvény nyolc évig terjedő vagy ennél súlyosabb szabadságvesztés büntetés kiszabását rendeli, vagy
- b) az egyesbíró az ügyet a bíróság tanácsa elé utalta.

(2) A fiatalkorú elleni büntetőeljárásban az elsőfokú bíróság tanácsa egy hivatásos bíróból és két ülnökből áll <sup>30</sup>.

További többletkövetelményt állít a szabályozás az ülnökök tekintetében, azaz elsőfokon a tanács ülnöke kizárólag olyan személy lehet <sup>31</sup>, aki a speciális nevelés cél megvalósulását hivatott szolgálni. Az új Be. kodifikációja során felmerült az igény, hogy a professzionalizáció érdekében kizárólag megfelelő szakképzettséggel rendelkező bírók járhassanak el, azonban ezt elvetették, és a szakszerűség reprezentánsa az ülnök lett <sup>32</sup>, aki a sajátos gyermekvédelmi szempontokat predesztinált képviselni. Úgy gondolom, hogy ez jó irányt jelent a fiatalkorúak

<sup>24</sup> BADÓ ATTILA – FELEKY GÁBOR – LÖRINCZI JÁNOS: *Laikus és professzionális bírák viszonya a kevert bíróságban – egy empirikus vizsgálat eredményei a magyar ülnökrendszerről*. 10. p.

<sup>25</sup> 2017. évi XC. törvény a büntetőeljárásról (továbbiakban: Be.)

<sup>26</sup> 1998. évi XIX. törvény

<sup>27</sup> Elérhető:

[https://www.parlament.hu/documents/10181/4464848/Infojegyzet\\_2020\\_8\\_buntetoeljarasi\\_torveny.pdf/136f38e2-422c-7ef6-3019-84bf3d6e5e9d?t=1585821416632](https://www.parlament.hu/documents/10181/4464848/Infojegyzet_2020_8_buntetoeljarasi_torveny.pdf/136f38e2-422c-7ef6-3019-84bf3d6e5e9d?t=1585821416632) (2022. november 9.)

<sup>28</sup> BLASKÓ ERVIN In: POLT PÉTER (szerk.): *Nagykommentár a büntetőeljárásról szóló 2017. évi XC. törvényhez*. 37. p. (letöltés ideje: 2022. december 3.)

<sup>29</sup> SZATHMÁRY ZOLTÁN In: POLT PÉTER (szerk.): *Nagykommentár a büntetőeljárásról szóló 2017. évi XC. törvényhez*. 1028-1031 pp. (letöltés ideje: 2022. december 3.)

<sup>30</sup> Be. 680. § (1) és (2) bekezdés

<sup>31</sup> Be. 680. § (5) bekezdés szerint; *A fiatalkorú elleni büntetőeljárásban ülnökként kizárólag*

a) pedagógus,

b) pszichológus, vagy

c) a család-, gyermek- és ifjúságvédelmi szolgáltatás, gyámügyi igazgatás keretében az ellátottak gyógyítását, ápolását, foglalkoztatását, fejlesztését, ellátását, nevelését, gondozását vagy szociális segítségét, a gyermek sorsának rendezését közvetlenül szolgáló, egyetemi vagy főiskolai végzettséghez kötött munkakörben dolgozó vagy korábban dolgozó személy vehet részt.

<sup>32</sup> SCHWARZENBERGER HANNA: A fiatalkorúak büntető igazságszolgáltatása. Belügyi Szemle, 2011. In: DR. NAGY ALEXANDRA – NAGYNÉ DR. GÁL MÓNKA: *A fiatalkorúak elleni büntetőeljárás sajátosságai*. Büntetőjogi Szemle, 2018/1. szám, 58.-59. pp.

elleni eljárásokban, azonban megfelelőbbnek találnám, ha az alkalmazási kör nemcsak a bűncselekmény súlyától és a bíró diszkrecionális jogkörétől függene, hiszen a kisebb tárgyi súlyú bűncselekmények elkövetése esetén is szükséges (például) a pszichológus ülnök szaktudása a pszichés folyamatok megértésében és megfelelő kezelésében, továbbá a büntetőjogi szankció megválasztásában.

A fiatalkorúak elleni eljárások során az eljáró bíróság összetétele mérvadó kérdés, mivel az erre vonatkozó rendelkezések megsértése abszolút eljárási szabálysértést realizál<sup>33</sup>, amely az ügyben meghozott ítélet hatályon kívül helyezéséhez vezet, éppen ezért a bíróság összetételét is szükséges rögzíteni.<sup>34</sup>

#### *A katonai büntetőeljárás*

A büntetőeljárások tekintetében a katonai eljárás a másik kivétel, amelynek során bíróság ülnökök közreműködésével jár el. A rendszerváltás után lezajlott a szervezeti szintű integrálódás, így 1992. január 1-jével a katonai bíróságok, majd 2012. január 1-jével a katonai ügyészségek is megszűntek, azonban a speciális anyagi és eljárásjogi szabályok fennmaradtak, beleértve a hatóság oldaláról eljáró személyek speciális jogállását. Ez azzal magyarázható, hogy a katonai életviszonyok szigorú alá-fölé rendeltségi kapcsolatokon alapulnak, amelyhez szükségképpen társul speciális büntetőeljárási szabályozás is.<sup>35</sup>

Speciális rendelkezések vonatkoznak a katonai büntetőeljárásra az eljáró bíróságok vonatkozásában is. A 2010. évi CLXXXIV. törvény<sup>36</sup> 3. melléklete felsorolja azokat a törvényszékeket, amelyek mellett katonai tanácsok működnek<sup>37</sup>. Az eljáró bíróság összetétele, azaz a törvényszék katonai tanácsa, mint elsőfokú bíróság

*a) egy hivatásos bíróból és két ülnökből álló tanácsban jár el*

*aa) ha a bűncselekményre a törvény nyolc évig terjedő vagy ennél súlyosabb szabadságvesztés büntetés kiszabását rendeli,*

Továbbá

*ab) a 20. § (1) bekezdés 2-18. pontjában meghatározott bűncselekmények esetében, vagy*

*ac) ha az egyesbíró tanács elé utalta az ügyet.<sup>38</sup>*

Amennyiben az elsőfokú bíróság tanácsban jár el, ülnökként kizárólag katonai ülnök vehet részt. Megválasztásukhoz különös feltétel kapcsolódik, azaz a *honvédek jogállásáról* szóló 2012. évi CCV. törvény (továbbiakban: Hjt.), vagy a *rendvédelmi feladatokat ellátó szervek hivatásos állományának szolgálati jogviszonyáról* szóló 2015. évi XLII. törvény (továbbiakban: Hszt.) hatálya alá tartozó szolgálati jogviszonnyal kell rendelkezni. Többletfeltételként határozza meg a Be., hogy a katonai büntetőeljárásban az ülnök a vádlottnál alacsonyabb rendfokozatú nem lehet<sup>39</sup>, ez alól a törvény egy kivételt nevesít<sup>40</sup>, amennyiben az ügy terheltje

<sup>33</sup> Lásd például: Debreceni Ítéletábrla, Fkf.749/2018/6. számú ítélete

<sup>34</sup> TURI BARNABÁS: *A fiatalkorúak bíróságának eljárása, annak sajátosságai*. BSZ, 2020/2., 151-165. pp.

<sup>35</sup> BUSCH BALÁZS In: POLT PÉTER (szerk.): *Nagykommentár a büntetőeljárásról szóló 2017. évi XC. törvényhez*. 1049-1058 pp. (letöltés ideje: 2022. december 3.)

<sup>36</sup> A bíróságok elnevezéséről, székhelyéről és illetékességi területének meghatározásáról szóló 2010. évi CLXXXIV. törvény.

<sup>37</sup> Be. 697. § (1) bekezdés

<sup>38</sup> Be. 698. § (1) bekezdés

<sup>39</sup> Be. 698. § (5) bekezdés

<sup>40</sup> Be. 698. § (6) bekezdés

tábornoki rendfokozatú<sup>41</sup>. Amennyiben e rendfokozatra vonatkozó szabályokat a bíróság megszegi, úgy abszolút eljárási szabálysértést realizál<sup>42</sup>.

#### **IV. A laikusok részvételének elvi problematikája és a bírói szubjektum**

##### **IV. 1. Laikus bírói részvétel formái**

A modern demokráciák sajátos vonásának tekintjük a néprésztelt, így garanciális jelentőséggel bír a nem hivatásos bírák, azaz a laikusok részvétele az igazságszolgáltatás során. Számos más társadalmi környezetben bizonyosságot nyert, hogy a szakemberek és laikusok képesek jól együttműködni a társadalmi funkciók ellátása érdekében.

A néprésztelt államokként és korszakokként eltérő megvalósulás jellemezte. Napjainkban két típusa közzismert, ám ezek nem homogén konstrukciók, a két nagy rendszeren belül még tovább tipizálható a laikusok közreműködése<sup>43</sup>. Így az esküdtszéki modell és az ülnöki rendszer, amelyek leginkább a büntetőjog területén bírnak relevanciával. Ennek okán az esküdt vagy laikus állampolgár büntetőeljárásban betöltött szerepének megismerése tehát számos ország kortárs büntető igazságszolgáltatási rendszerének megértéséhez elengedhetetlen.<sup>44</sup>

Az általam következőkben felvázolt megjelenési formákban azonban mégis van valami közös; ez pedig nem más, mint a hatalom túlsúlyát enyhítő tudatos szerepeltetése a társadalomnak, amely - legalábbis elviekben - a demokrácia felett öröklik.

1. Az *önállóan ítélkező békebírói rendszer* az igazságszolgáltatás széles spektrumán egyedülálló formát ölt. Növumát az adja, hogy jogi szaktudással nem rendelkező személyek önállóan is ítéletet hozhatnak kisebb súlyú polgári és büntetőügyekben egyaránt, a szakbírókat tehát e forma mellőzi, amelynek eredményeképp az eljárók a megérzéseikre, igazságérzetükre, esetleg a (nem jogi) egyéb szaktudásukra támaszkodhatnak<sup>45</sup>.

2. Az *esküdtszék (jury)* az angolszász rendszer sajátos megjelenési formája, amely -mint korábban utaltam rá- a terhek csökkentését szolgálta, s a rendkívül bürokratikus igazságszolgáltatásba igyekezett becsatornázni a társadalmi igazságérzetet. Sajátosságát az adja, hogy az ítélkezők nagyobb részét a jogtudományban nem jártas személyek adják, ahol a ténykérdésekben az esküdtszék, jogkérdésekben pedig a bíró dönt. Az angolszász esküdtszéki rendszer hatását igazolja, hogy számos helyen, jellemzően a *common law* rendszerekben képes volt elterjedni, így az Egyesült Államokban, de kontinentális jogrendszerekben is számos helyen alkalmazást nyer, például Spanyolországban, Belgiumban, Dániában.

Az Egyesült Államok igazságszolgáltatását illetően az esküdtszék oly mértékben képes volt teret hódítani, hogy a reprezentativitás, s ezzel együtt a pártatlanság elve az amerikai demokrácia centrumában gyökeresedett meg, amellyel szemben a nép túlkapásait „jogászszellemiség” kívánta ellensúlyozni<sup>46</sup>. Funkcionális megosztottság tekintetében elválik egymástól a tény és jogkérdések megállapítása, s az előbbiben az esküdtszék, míg az utóbbiban a hivatásos bíró dönt.

3. A *kevert esküdtszék* intézménye az 1791-es francia alkotmány megszületéséig nyúlik vissza. A francia forradalom igényt teremtett az esküdtszék bevezetésére<sup>47</sup>, amelynek alapját a reformerek részben angol mintára kívánták kialakítani. Jellemzője, hogy a tény és jogkérdések

<sup>41</sup> Ebben az esetben a tábornoki rendfokozati csoporton belüli (*dandártábornok, vezérőrnagy, altábornagy, vezérezredes*) sorrendtől el lehet térni.

<sup>42</sup> Nagykomentár a büntetőeljárásról szóló 2017. évi XC. törvényhez. Be. 698. §-ához.

<sup>43</sup> BADÓ ATTILA: *A bírói függetlenség egyes garanciális elemeinek összehasonlító vizsgálata* (2017). Szeged, 111.p

<sup>44</sup> GOLDBACH, TOBY S. – AND HANS – VALERIE P.: *Juries, Lay Judges, and Trials*. Cornell Law Faculty Working Papers. 2014. 122. p

<sup>45</sup> BADÓ. ATTILA: A laikus bíróságot létjogosultságának korlátairól a tudományos vizsgálatok tükrében (2016) 3-4. pp.

<sup>46</sup> ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *Democracy in America* (1835) 256. p

<sup>47</sup> BADÓ ATTILA: *Nép szava Isten szava? A francia esküdtszék dilemmái* (2000) 2.p

eldöntésében egyaránt részt vesznek laikusok és szakbírók, azonban előbbiek nagyobb számban reprezentáltak a tanácsban.

4. A laikus bírászkodás negyedik formáját az *ülnökrendszer* (Schöffengericht) adja, amely nivóját a bíró és laikusok között az azonos jogok és kötelezettségek biztosítják, következésképpen az ülnökök elméletileg képesek leszavazni a bírót. Tanácsról lévén szó - a közös ítélezési funkcióból a döntés szótöbbségből születik meg. Jellemzőjét-szemben az esküdtszéki rendszerrel - az adja, hogy a tény és jogkérdések megvitatása nem válik el egymástól, a tanács egyaránt dönt mindkét kérdésről, ám az összetételét illetően eltérést mutatnak a különböző országok<sup>48</sup>. Rendszerint büntetőügyekben, kisebb számban munkaügyi eljárás során nyernek alkalmazást. E formában valósul meg a laikus bírászkodás Magyarországon, Németországban, Ausztriában, Franciaországban, a Skandináv országokban és általánosságban a korábban szocialista rezsimekben.

#### **IV. 2. Ülnökrendszer Magyarországon**

Amint azt fentebb említettem, hazánkban a laikus bírászkodás az ülnöki rendszer mintájára valósul meg. Az igazságszolgáltatás jelenleg csekély részvételt biztosít a laikusok számára, hiszen a büntetőeljárást illetően mindössze két esetben, fiatakorúak elleni büntetőügyekben, valamint katonai büntetőeljárásokban biztosított a néprészvétel, s ezekben sem vehet részt bárki. A társadalmi reprezentativitás ily módon nem ad tiszta képet, az önkormányzatok, illetve civilszervezetek feladata az a tényleges kiválasztás, amely a demokrácia elvét majd érvényre juttathatja az igazságszolgáltatás során. Természetesen a társadalom teljes leképezése így is lehetetlen; Kulcsár Kálmán szavait idézve „*A bírói tanácsban helyet foglaló népi ülnök nem a társadalmat képviseli, hanem többféle dimenzióban is a társadalom valamely rétegét*”<sup>49</sup>.

Jelenleg Magyarországon az 30. évét betöltött magyar állampolgár választható meg, aki nem áll a cselekvőképességet érintő gondnokság vagy támogatott döntéshozatal hatálya alatt, továbbá büntetlen előéletű és nem áll közügyektől eltiltás hatálya alatt sem.<sup>50</sup> A jelenleg hatályos szabályozás e kört tovább szűkíti azáltal, hogy speciális kvalifikációt kíván meg az ülnökök részéről az eljárásban való részvételhez, ennek folytán eleve csak korlátozott reprezentativitásról beszélhetünk.<sup>51</sup> Ez a jelentős korlátozás sokak szerint eleve nem valósítja meg a demokrácia elvét, hiszen – e perspektívából – ahhoz különös szaktudás, avagy titulus nem szükséges, s így a jogalkotó az általános élettapasztalat érvényre juttatása helyett speciális ismereteket követel meg. Mások szerint e szűkítés a jogásztársadalom által az intézményesített néprészvétel kizárásának törekvéseire vezethető vissza. Véleményem szerint ugyanakkor önmagában nem probléma, hiszen a pedagógia kvalitás például nagyobb valószínűséggel hordozza magában az empátiát, ami a fiatakorúakat érintő bűncselekmények körében elengedhetetlen.

A magyar igazságszolgáltatás rendszerében alapelveként érvényesül a társasbíráskodás elve, amely a demokratikus működés garanciáját biztosítja. Az ítélethozatal e formája kontrollt biztosít, hiszen szemben az egyesbíró eljárásával, lehetőség van a megalapozottabb döntésre, s kisebb eséllyel hódít teret a bíró szubjektuma. Természetesen emellett lehetőség van egyesbíróként eljárni, s más vélemények éppen azért favorizálják, mert az ítélethozatal felelőssége egyetlen személyre, a hivatásos bíróra koncentrálódik.

---

<sup>48</sup> BADÓ ATTILA – FELEKY GÁBOR – LÖRINCZY JÁNOS: *Reprezentativitás a magyar ülnökrendszerben. Egy empirikus vizsgálat alapkérdése*. Budapest, MTA Law Working Paper, 2016.

<sup>49</sup> KULCSÁR KÁLMÁN: *A népi ülnök a bíróságon*. Budapest, 1971, Akadémia Kiadó

<sup>50</sup> 2011. évi CLXII. törvény a bírák jogállásáról és javadalmazásáról (Továbbiakban: Bjt.) 212. § (1).

<sup>51</sup> BADÓ ATTILA – FELEKY GÁBOR – LÖRINCZY JÁNOS: *Reprezentativitás a magyar ülnökrendszerben. Egy empirikus vizsgálat alapkérdése I.* MTA Law Working Papers 2016/16. 7. p.

#### ***IV. 3. Érvek a laikusok alkalmazása mellett***

A laikusok részvételét övező érvek és ellenérvek már a 19. században megjelentek,<sup>52</sup> s ezek jelentős része mai dilemmákban is megállja helyét. Ennek okát abban látom, hogy a korabeli laikus csoport és a szakszabó, mint az igazság és jogszolgáltatás szereplői eltérő értékrendszer szerint ítélik meg az eljárás tárgyát képező élethelyzeteket, és e két értékrend nem képes egymás mellett megvalósulni akként, ahogyan az a demokrácia intézményéből levezetve kívánatosnak bizonyul, ez pedig mind a korábbi századokban, mind napjainkban problémát jelent. Ugyanakkor nem elhanyagolandó szempont az sem, hogy az ügyek elbírálása során az ülnökök saját élettapasztalatukból merítenek, ami lehetővé teszi, hogy a bírósági döntések pontosabban tükrözzék azt a társadalmat, amelyet a jogrendszer szolgál.

Véleményem szerint a korunk társadalmának jellemző berögződése, hogy a hivatásos bírákra gyakran úgy tekintenek, mint akik hajlamosak alávetni magukat – akár valós, akár vélt – nyomásnak, hatékonysági kritériumoknak, karriernek. A laikusok, megfelelően a *sensus communis* – mint az önállóan gondolkodni képes ember – követelményének, e sztereotípiák enyhítésében fontos szerepet játszanak. Ahhoz azonban, hogy ez egyben legitimálja is a nép közvetlen részvételét, többletkövetelményekre van szükség. Ilyen többletfeltétel lehet például egy-egy terüleetspecifikus ismeretség, amely a magyar laikus igazságszolgáltatásnak is a bázisát képezi.

#### ***Jelenthet-e demokratikus kontrollt a társadalom laikus tagja?***

A modern jogrendszerek és a jogállamiság általános kívánalma a laikusok alkalmazása és a néprészvétel biztosítása ott, ahol csak erre lehetőség van, hiszen ebben a formában képes a nép leginkább kontrollt gyakorolni az állam felett. Kulcsfontosságú a nép bizalmának kialakítása, azonban a meglétüket kritizáló hangok arra sarkallják a jogalkotót, hogy a lehető legkevesebb ügy elbírálásánál kelljen reprezentálni a társadalmat, holott tudvalevő, a bírósági eljárás demokratizmusát a laikus résztvevők nélkül aligha lehet biztosítani. Úgy gondolom, hogy a jogállami legitimáción túl kívánatos a társadalmi igazságérzet integrálása akár alacsonyabb, akár magasabb társadalmi rétegek bevonásával, hiszen ahol egy jogrendszerben laikus bírák működnek, ott az elvi esélye is nagyobb annak, hogy a lakosság szélesebb rétegének élettapasztalatai képesek lesznek befolyásolni az ügy érdemi döntését.<sup>53</sup> Ezen túl a nép feladata kétirányú: nem csak az igazságszolgáltatás irányába képesek becsatornázni a laikus hangokat, hanem a bíróság világából is tudnak a nép felé közvetíteni azáltal, hogy a laikusok és szakszabók egy tanácsban járnak el, érveiket képesek egymással megosztani. Ideális esetben kölcsönösen képesek formálni egymás gondolkodását, amelynek következtében az ülnökök úgy érezhetik, hogy társadalmi jelentőséggel bír a szerepük. Amint azt az Európai Bírák Konzultatív Tanácsa (Consultative Council of European Judges, továbbiakban: CCJE) korábban megjegyezte, *a nyilvánossággal közvetlenül vagy a médián keresztül folytatott párbeszéd döntő fontosságú a polgárok jogismeretének javítása és az igazságszolgáltatásba vetett bizalmuk növelése szempontjából*.<sup>54</sup> Az Európai Unió egyes tagállamaiban ugyanis laikus bírák kinevezését úgy tekintik, hogy hasznos kapcsolatot biztosítanak az igazságszolgáltatás és a nyilvánosság között. Ennek érdekében a CCJE az imént idézett "igazságszolgáltatásról és a társadalomról" szóló (2005. évi) 7. számú véleményében azt ajánlotta, hogy az igazságszolgáltatásnak és az egyes bíróságoknak aktívan és közvetlenül kell kapcsolatba lépniük a médiával és a nyilvánossággal,

<sup>52</sup> CSIZMADIA ANDOR: *Az esküdtbírók Magyarországon a dualizmus korában* In: CSIZMADIA ANDOR (szerk.): *Jogtörténeti tanulmányok. I.* (Budapest: KJK 1966) 131–147. pp.

<sup>53</sup> STEFAN MACHURA (2016): *Civil Justice: Lay Judges in the EU Countries. Oti Socio-legal Series* [online], 239. p

<sup>54</sup> CCJE Opinion No. 7(2005): „On Justice and Society” 11. p.

segíthetnek elkerülni a nyilvánosság félreértését. Ezáltal az igazságszolgáltatás elszámoltatható a társadalom felé, és biztosíthatja, hogy az igazságszolgáltatási rendszerről alkotott közmegítélés pontos legyen, és tükrözze a bírák erőfeszítéseit. Ily módon a bírák arra is felvilágosíthatják a nyilvánosságot, hogy az igazságszolgáltatási rendszernek vannak határai.<sup>55</sup>

A laikusok az igazságszolgáltatás közérthetőségének növelésében tehát jelentékeny szerepet játszanak. A jogászvilág sajátos nyelvezete, logikai rendszere sokszor rendkívül távol áll a hétköznapi kommunikációtól, ami az igazságszolgáltatás és a „nép” közötti szakadékot mélyíti. Azáltal, hogy laikusok vesznek részt a tárgyalásokon, a kommunikációt képesek közérthetőbbé tenni, s ezáltal a társadalmat közelebb hozni, sőt, akár az elkövetővel szembeni érzékenyebb megközelítés megvalósulását katalizálni. Emellett a saját élettapasztalatok eljárásba történő beemelése javíthatja a bizonyítékok értékelését is. A különböző személyes kvalifikációk ugyanis alkalmasak arra, hogy növeljék a döntési kompetenciát, hiszen a (jogi) szakismeret hiánya nem feltételezi az egyes releváns tények fel nem ismerését.

### ***Befolyásolhatja-e a társadalom bizalmát, biztonságérzetét?***

Véleményem szerint igen. Ha a laikusok képesek a leképezni a társadalmat, a tárgyalásokról személyes élménnyel távoznak, és kedvezően számolnak be munkájukról -miszerint a jogrendszer stabil alapokon nyugszik-, akkor hozzájárulhatnak a bizalom kiszélesítéséhez az igazságszolgáltatás javára. A bíróságok ugyanis akkor nyernek (nyerhetnek) bizalmat, ha az eljárásokat tisztességesen bonyolítják le, illetve, ha azt látják a résztvevő felek, hogy a bíró képes méltányosan eljárni. Minden olyan információ-átadás, amely a személyes tapasztalatok megosztásából ered, hozzájárul a társadalom „oktatási funkciójához”, illetve végső soron a jogrendszert legitimációjához.<sup>56</sup> Másrészről a hivatásos bírónak is fontos, hogy rá az eljárásban résztvevők megbecsült emberként tekintsenek, és intuitíve tudják, hogy a laikus tagok együttműködésére vannak utalva a kívánt eredmények eléréséhez azzal, hogy az élet más területéről hozott tapasztalattal segítsék a döntését.<sup>57</sup>

### ***IV. 4. A „józan ész” és a reprezentativitás problematikája***

Vajon képviselheti-e a józan ész követelményét egy nem hivatásos bíró a tárgyalóteremben? E kérdés megválaszolásához természetesen szükséges tisztázni mit értünk „józan ész” alatt. Anélkül, hogy neves filozófusok által megállapított elméletek rekapitulálásába fognék, a dolgozat szempontjából releváns ismeretek megjelenítésére teszek kísérletet.

Józan észként az igazságszolgáltatásban a tudás, az értékek és magyarázatok olyan egyvelegét értjük, amely személyes tapasztalatokon alapszik, és amelyet a társadalom szélesebb rétege észszerűnek, logikusnak talál, azaz mindenki számára közös következtetésekből áll. A kiválasztási eljárás és a kiválasztott laikusok számától függően képesek lehetnek ténylegesen képviselni az „igazságszolgáltatás józan eszét”. Szükséges is, hiszen, ha a józan ész homogén volna, tulajdonképpen egyetlen bíró is elegendő lenne az ügyek elbírálásához.<sup>58</sup> Azonban mivel a *sensus communis* változik nemek, életkor, etnikai csoportok, iskolázottság stb. szerint, ezért bizonyos számú bíróra szükség van ahhoz, hogy a társadalom spektrumát le tudjuk képezni. Természetesen az már funkcióbéli kérdést eredményez, hogy ténylegesen ki kell-e fejeznie a

<sup>55</sup> CCJE Opinion No. 18 (2015): *"The position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy"*

<sup>56</sup> MACHURA, STEFAN: *Silent Lay Judges—Why Their Influence in the Community Falls Short of Expectations* (Chicago-Kent Law Review, Volume 86) 2011. 770-772 pp.

<sup>57</sup> STEFAN MACHURA (2001): *Interaction between lay assessors and professional judges in German mixed courts*. 2001/1-2 (Vol. 72), 451-479. pp

<sup>58</sup> CHRISTIAN DIESEN: *The advantages and disadvantages of lay judges from a Swedish perspective* 24. p

józan igazságérzetet, gondolva itt például a büntetőeljárásokra, ahol a jogalkotó a törvény megalkotása által – jellemzően – egy magas erkölcsi mércét alkot.

A következőkben külön fejezetcímben kívánok foglalkozni a bírói szubjektivitás kérdésével, ám előtte az ülnöki (pontosabban: laikus) bensőséges szemlélet problémájáról szólnék.

A laikus bíraskodás ellen szól az az érv, hogy fennáll az érzelmesebb nézőpont veszélye. Számos kutatás foglalkozott már azzal, hogy az ítélkezés hajlamos intuíciókon és érzelmeken alapulni, erre az angol nyelv a „*the bleeding heart syndrome*” kifejezést használja, amely korábban politikai fogalomként volt ismeretes,<sup>59</sup> ám egyre szélesebb körben adaptálták. E szerint a laikusok meghatározott hányada már az első benyomás során arra a következtetésre jut (amely kizárólag a szimpátián alapul), hogy a vádlott nem lenne képes elkövetni a vád tárgyává tett bűncselekményt, vagy legalábbis nem olyan súlyos minősítésben. Egy-egy vádlott (akár pusztán habitusából eredően) nagyon heves emóciókat képes kiváltani a laikusokból, s a „vérző szív effektus” ezt a túlzott együttérzést hivatott kifejezni más személy „szerencsétlenségével” szemben.<sup>60</sup> Mindezzel ellentétben az általános büntetőattitűd, amelynek társadalmi jelentőségéről a dolgozat további részében még szólni kívánok.

#### ***IV. 5. A bíró szubjektum és az ülnöki passzivitás korrelációja***

A bíró primátusát igazolja, hogy a jogalkalmazás során (lényegében „nulladik lépésként”) megkívántatik az a szaktudás, amely segíti a bírót a lényeges-lényegtelen információk megkülönböztetésében, és elvárja a magas szintű *absztrahálást*.<sup>61</sup> Ehhez az egyszerű nyelvtani értelmezés sokszor kevésnek bizonyul, egy-egy bonyolult ügy esetén kifejezett elvárás a logikai képesség magas szintű megléte, ezért van szükség mindenekelőtt hivatásos bíróra. Az ítélkezés során nem elégséges a döntés meghozatala, azt indokolni is kell, ez pedig akkor lesz sikeres, ha az adott tényállásra és a meglévő ismeretek birtokában – absztrakció útján – meggyőzően képes ráilleszteni a jogi normákat, mindez közérthető köntösbe bújtatva. A konkrét esetre illesztett normák lesznek képesek arra, hogy a laikus résztvevőkben az előítéletet alakítsák, amelyek intenzív érzelmeket is kiválthatnak, és éppen ez az emocionális (túl)fűtöttség a laikusok veszélyforrása, jóllehet az a kötelességük, hogy véleményt formáljanak, miközben mindent megtesznek azért, hogy meggyőződjenek a vádlott indítékairól.

A dinamikusan változó jogszabályi környezet sem hat kedvezően a laikusok részvételére, valamint a folyamatosan növekvő joganyag alkalmazási technikái is ezzel együtt változnak, ami így kénytelen-kelletlen a tudatlanságot mélyíti, ez pedig eszközül szolgál az egyébként is diszfunkcionális laikus bíraskodáshoz.<sup>62</sup> A létjogosultságukat érintő problémakör az is, hogy valójában ez a kollektív entitás mennyiben szolgálja a demokrácia intézményének megvalósulását, hiszen egyrészt a bírók jelentős része nem tekinti őket partnernek, másrészt maguk sem mutatnak aktivitást, vagy ha mégis, azt a bíró által meghatározott – szigorú – keretek között.

Hozzá tartozik az igazsághoz, hogy a bírói pulpituson helyet foglalni akár hivatásos tagként, akár laikusként felelősséggel jár, és emiatt a tanács utóbbi tagjai – vonakodva a felelősségvállalástól – hajlamosak inkább nem szembe helyezkedni a bírói állásponttal. Ez a jelenség Magyarországon is jellemző. Ellenpéldaként említhető Svédország, ahol a laikus bírák

<sup>59</sup> Külföldi szakirodalmak a politikában „vérző szívű liberális” kifejezést gyakran használják olyan személyre, aki baloldali politikát folytat, és rendkívül érzelmes például a szegények, elnyomottak iránt.

<sup>60</sup> THOMAS, STODDARD B.: *Bleeding Heart: Reflections on Using the Law To Make Social Change* (1997). Volume 72, Number 5, New York University Law Review

<sup>61</sup> KIRÁLY LILLA (2018): *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb? Az új magyar polgári perrendtartás általános rész osztott perszerkezetének hatékonysági elemzése* [Digitális kiadás] Budapest, Akadémia Kiadó

<sup>62</sup> BADÓ ATTILA: *Tudományos munkásság áttekintő összefoglalása, habilitációs tézisek JOGELMÉLET köréből*, Szeged, 2004. 8. p

a hivatásos bíró álláspontjával szemben is hajlamosak a vádlottat bűnösnek találni. Ennek magyarázata az, hogy a gyakorlatban egy elítélt sem marad börtönben 15 évnél hosszabb ideig, függetlenül az elkövetett bűncselekménytől.<sup>63</sup>

Ahogy az korábban említettem, a bíró szubjektum sem bizonyul marginális kérdéskörnek. Jerome Frank elmélete szerint a bírói ítélet kialakulásának lelki mechanizmusa nem a logika szabályait követi; mindannyian előítéletekkel vagyunk megáldva, és minden olyan attitűdöt magunkban hordozunk, amelyek befolyásolnak bennünket a tényállás megítélésében, és amelyek bizonyos esetekben megelőzik az érvelést.<sup>64</sup> Álláspontja szerint az ügy áttanulmányozása során alakul ki a bírókban egy úgynevezett „előzetes ítélet”, amelyhez a tárgyalás során kapcsol majd tényeket, és amennyiben ezeket a tényeket nem találja, akkor újabb „előzetes ítéletet” alkot, mindaddig amíg az ítélet nem hozható párhuzamba a döntéssel.<sup>65</sup> Finkey Ferenc gondolatait idézve az esküdtek bevonására éppen a bizonyítás eredménye feletti döntés alaposabbá és megnyugtatóbbá tétele végett van szükség.<sup>66</sup> A prominens, XX. századi büntetőjogásza liberális irányt képviselt a büntetőeljárás vonatkozásában. Meglátása szerint az esküdtek szerepe kulcsfontosságú az eljárás során, miközben természetesen szükségük van a formaiságok és szükséges eljárási teendők tekintetében iránymutatásra, ami a bíró érdeke és kötelessége. A kor eszméjét jól mutatja, hogy Finkey Ferenchez gondolkodása a laikusok szükségességéről nem volt egyedülálló, sőt, Schwarz Gusztáv őket a „bírói tévedés helyreütőiként”<sup>67</sup> illette.

Az erőteljes liberális vonulatban is már előtűntek azok a generális problémák, amelyek az esküdtszéki rendszert, majd később az ülnöki rendszert is beárnyékolják. Jellemzően ilyen a lényeges információk kiszűrése és minősítése, amelyhez elengedhetetlen a bíró sablonszerű gondolkodása. A laikusok szeme előtt felsorakoztatott tényállások, információk halmazából kiszűrni az ügy érdemi részét számukra majdnem képtelenség jogi eszközök nélkül, és erre a védő is számít, így azokat a retorikai eszközöket hívja segítségül, amelyek alkalmazásával az érzelmi befolyást képes fokozni.

#### ***V. Az indokolási kötelezettség, mint a tisztességes eljáráshoz való jog garanciája? (Taxquet kontra Belgium ügy<sup>68</sup>)***

Richard Taxquet-t a belga bíróság 2004-ben 20 év szabadságvesztésre ítélte, amiért 1991-ben Liège-ben megölt egy minisztert, és e miniszter partnerét pedig megkísérelte megölni. Az ügy vádiratai tartalmazták a rendőrségi nyomozás, valamint a bírósági eljárás ügyiratait, többek között egy névtelen tanú által tett bejelentést 1996-ból, amelyben arról tájékoztatta a nyomozóhatóság tagjait, hogy a miniszter megölését hat ember tervelte ki, közöttük Richard Taxquet, valamint egy vezető politikus. A szóban forgó tanút a nyomozati szakban a nyomozási bíró nem hallgatta meg. A 2003. októberétől 2004. január 7. napjáig tartott tárgyaláson a liège-i esküdtszéki bíróság elnöke harminckét kérdést tett fel az esküdteknek, amelyből a kérelmező Taxquet-re négy kérdés vonatkozott (a bűncselekmény szándékosságára, előre kitervelt mivoltára). Ezen kérdések tömörek, azonosak voltak valamennyi vádlott vonatkozásában,<sup>69</sup> az esküdtek pedig – a reá vonatkozó – mind a négy kérdésre igennel válaszoltak. A bíróság 2004. január 7. napján húsz év szabadságvesztésre ítélte a terheltet. Felülvizsgálati indítványában az Emberi Jogok Európai Egyezményének (továbbiakban: EJE) 6. cikk (1) bekezdésére

<sup>63</sup> CHRISTIAN DIESEN: *The advantages and disadvantages of lay judges from Swedish perspective* 355.p article 6.

<sup>64</sup> JEROME FRANK: *Law and the Modern Mind*. Brentano's, New York 1930. 19. p

<sup>65</sup> SZENTES BARBARA: *A szubjektum szerepe a bírói döntéshozatalban*

<sup>66</sup> FINKEY FERENC: *A magyar büntető eljárás tankönyve*, Budapest 1908, 1256. p

<sup>67</sup> Jogtudományi Közlöny, Budapest, 1906. 13. p

<sup>68</sup> CASE OF TAXQUET v. BELGIUM 926/05

<sup>69</sup> Elérhető: <https://kuria-birosag.hu/hu/ejeb/taxquet-belgium-elleni-ugye-92605>

hivatkozva előadta, hogy az eljárás indokolás hiányában jogellenes.<sup>70</sup> A felülvizsgálati indítványt a Semmítőszék elutasította.

E 2009. január 13-án napvilágot látott ügy számos vitát generált az esküdtszéki rendszerekben. Az Emberi Jogok Európai Bíróságának verdiktjének középpontjában az állt, hogy az EJEE 6. cikkében rögzített tisztességes eljáráshoz való jogot sérti-e, ha az esküdtszék bizonyos esetekben nem indokolja meg a bűnösséget megállapító ítéletét. A korábbi strasbourgi joggyakorlat szerint az indokolatlan ítélet nem feltétlenül ellentétes a EJEE 6. cikkével, illetve a Taxquet kontra Belgium ügyben sem jelezte egyértelműen, hogy a tisztességes eljáráshoz való jogot kizárólag az indokolással ellátott ítélet garantálja,<sup>71</sup> ugyanis az esküdtek vonatkozásában az indokolás megkövetelése nem volna praktikus. Az ügyben ugyanakkor a Bíróság jogsértést állapított meg arra hivatkozva, hogy a bíró csak néhány, körülbelül-megfogalmazott kérdést intézett az esküdtekhez, így a vádlott nem volt abban a helyzetben, hogy felmérje, mely bizonyítékokat találtak döntőnek az esküdtek az elítéléskor. Ez arra enged következtetni, hogy a tisztességes eljárás követelményeinek feltétlen teljesüléséhez olyan biztosítékokat kell beépíteni a rendszerbe, amelyek képesek lesznek megfelelő keretet nyújtani a meghozandó ítéletnek,<sup>72</sup> hiszen a rendszer természetesen tökéletlen, és nagyon nehéz megfellebbezni egy esküdtszék által hozott ítéletet, éppen azért, mert a bíróság nem indokolja meg a bűnösség megállapítását. Ugyanakkor a vizsgált ügyet megelőzően az esküdtszék elnöke a következőkről oktatta ki az esküdteket (és mindez a tárgyalóteremben is mindenki által jól láthatóan került feltüntetésre);

*„A törvény nem kéri az esküdtektől, hogy számot adjanak arról, hogyan jutottak el személyes meggyőződésükhöz; nem állapít meg olyan szabályokat, amelyekre különösképpen támaszkodniuk kell a bizonyítékok teljességét és elégségességét illetően; azt követeli meg tőlük, hogy csendben és elmélkedve tegyenek fel maguknak kérdéseket, és lelkiismeretük őszinteségével mérlegeljék, hogy a védő ellen szóló bizonyítékok és a védelem előadásai milyen benyomást tettek racionális képességeikre. A törvény nem mondja meg nekik: "Minden olyan tény, amelyet ennyi tanú tanúsít, igaznak kell tartanotok"; és azt sem mondja: "Nem tekinthetnek kellően bizonyítottnak olyan bizonyítékot, amely nem ebből a jelentésből, ezekből a vallomásokból, ennyi tanúból vagy ennyi nyomból származik"; csupán ezt az egy kérdést teszi fel nekik, amely teljes mértékben lefedi a kötelezségeiket: "meg vannak-e győződve róla?"”<sup>73</sup>*

A három hivatásos bíróból álló fellebbviteli fórumnak lehetősége van az esküdtszék által hozott ítélet hatályon kívül helyezésére, és ekkor az ügyet egy másik esküdtszék előtt szükséges újra tárgyalni, ha egyhangúlag úgy találja, hogy az esküdtszék eljárási kötelezettségeinek megsértése nélkül, egyértelműen téves ítéletet hozott. Az Alkotmány 149. cikke<sup>74</sup> azonban kimondja, hogy mindent ítéletet meg kell indokolni, különös tekintettel az alábbira; „Az ítéletnek – semmisség terhe mellett – az indokoláson és a rendelkező részen kívül tartalmaznia kell [...] a felek beadványaira vagy jogalapjaira adott választ”.<sup>75</sup> A Semmítőszék ítélkezési gyakorlata során számos esetben részletezte e kötelezettség tartalmát. Az előbbieken citált utasítás kiegészült azzal, hogy az esküdtszék *fogalmazza meg döntéseinek elvi indokait*. Az Emberi Jogok Európai Bírósága 2010. novemberében adott ki véleményt a Taxquet-ügyben,

<sup>70</sup> TABATADZE, GIORGI *The right to a reasoned judgment*, 20-22. pp.

<sup>71</sup> BÁRD, KÁROLY (2016) *Can the Jury Survive after the Judgment of the European Court of Human Rights in Taxquet v. Belgium?* In: Visions of Justice. Duncker und Humblot, Berlin 80.p.

<sup>72</sup> Elérhető: <https://kuria-birosag.hu/hu/ejeb/taxquet-belgium-elleni-ugye-92605>

<sup>73</sup> THAMAN, STEPHEN C.: *Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts? ég The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in Taxquet v. Belgium*. Chicago-Kent Law Review, volume 86. issue 2 symposium on Comparative Jury, 2011. 622-623. pp

<sup>74</sup> A 2009. december 21-i Assize Court Reformmal vezette be az esküdtszékek indokolási kötelezettségét.

<sup>75</sup> Annotation de Art. 149 (Vers les annotations) P. 127. Forrás: [https://senlex.senate.be/fr/dia/structure/str\\_33/article/art\\_725\\_fr\\_2014-01-06/element/el\\_2174/annotation/anno\\_905](https://senlex.senate.be/fr/dia/structure/str_33/article/art_725_fr_2014-01-06/element/el_2174/annotation/anno_905)

amelyben általánosságban megállapította, hogy az Egyezmény nem követeli meg az esküdtektől, hogy döntésüket megindokolják, és így az EJEE 6. cikkével sem ellentétes. Mindazonáltal ahhoz, hogy a tisztességes eljárás követelményei teljesüljenek, a vádlottnak, sőt a nyilvánosságnak képesnek kell lennie arra, hogy megértse az ítéletet; hiszen ez alapvető biztosíték az önkényességgel szemben. Az igazságszolgáltatás területén ezek az elvek az objektív, átlátható rendszerbe vetett közbizalom erősítését szolgálják, amely a demokratikus társadalom fundamentumát képezik.<sup>76</sup>

Az EJEB Nagykamarája igyekezett megfogalmazni, hogy egy esküdtszék által tárgyalt ügyben, amelynek nem kell indokolnia, milyen tényezők kompenzálhatják magát indokolás hiányát. Ilyen „elegendő eljárási biztosíték” lehet például az elnöklő bíró által az esküdteknek felmerülő jogi kérdésekkel vagy a bemutatott bizonyítékokkal kapcsolatban adott utasítások vagy útmutatások, avagy a bíró által az esküdteknek feltett pontos, egyértelmű kérdések, amelyek keretben képeznek az ítélet meghozatalához, vagy kellőképpen ellensúlyozzák azt a tényt, hogy az esküdtek válaszaikat nem indokolják. Mindemellett figyelembe kell venni a vádlott számára nyitva álló fellebbezési lehetőségeket is.

Kiemelendő, hogy az indokolási kötelezettség terjedelme nagyban függ az ügy jellegétől és a bíró kérdéseinek a pontosságától; a *Zarouali v. Papon* ügy kapcsán annak ellenére, hogy az esküdtszék a bíró által feltett kérdések mindegyikére csak „igen” vagy „nem” választ adott, mégsem állapított meg jogsértést. A strasbourgi bíróság döntésének értelmében tehát a határozat indokolásán kívül más eszközökkel is biztosítható az eljárás tisztességessége. Az ügyben továbbá a Bíróság hangsúlyozta, hogy a nyilvánosságnak is joga van megérteni az ítélet indokolását. Emellett egy másik határozatában pedig azt fejtette ki, hogy a vádlott mellett a bűncselekmény sértettjének, és az ügyésznek is szüksége van megérteni az esküdtszék által hozott bűnösséget, avagy ártatlanságot megállapító döntés indokait,<sup>77</sup> ezek szolgálják ugyanis a tárgyalás integritását.

Az ügyben hozott ítélet következtetlenségét bizonyítja, hogy a döntésből az európai bíróságok eltérő következtetéseket vontak le. Ami a strasbourgi joggyakorlat változását illeti, elmondható, hogy a bírósági határozatokban szereplő indokolás szorosan kapcsolódik a tisztességes eljárás biztosítására irányuló törekvéshez, ami alapvető fontosságú az igazságszolgáltatás minősége szempontjából, védelmet nyújtva az önkénnyel szemben.

A tagállamok jogszabályi változását mutatja Franciaország példája, ahol az esküdtszéki ítéletek ellen már fellebbezni lehet, így az ítélet indokait mindenképpen meg kell jelölni; ez meglátásom szerint jelentős előrelépés, hiszen az esküdtszéki rendszer tökéletlenségét – többek között – az adja, hogy nagyon nehéz fellebbezni egy esküdtszéki tárgyalás után hozott ítélet ellen, éppen azért, mert a bíróság nem indokolja meg kellőképp a bűnösség megállapítását. Ennek okán általánosan elterjedt az a nézet, miszerint egy hivatásos bírakból álló bírói testület nagyobb valószínűséggel szolgáltat igazságot, mint egy laikusokból álló esküdtszék.<sup>78</sup>

## **VI. Viselkedésméletek az igazságszolgáltatásban**

Az igazságszolgáltatás vonatkozásában számos, a normatívától eltérő, azaz leíró jellegű elméletek láttak már napvilágot a bírói magatartásvizsgálatok körében. Ezeknek primer célja

<sup>76</sup> THAMAN, STEPHEN C.: *Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts? The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in Taxquet v. Belgium*. Chicago-Kent Law Review, volume 86. issue 2 symposium on Comparative Jury, 2011. 625. p.

<sup>77</sup> SANJA KUTNJAK, IVKOVIĆ – SHARI SEIDMAN DIAMOND – VALERIE HANS P. – NANCY MARDER S.: *Juries, Lay Judges, and Mixed Courts*. Cambridge University Press, 2021. 314. p.

<sup>78</sup> CROSBY, SCOTT (2009.) *Taxquet v. Belgium, R v Ponting, Trials by Jury and a Homage To Neil MacCormick* 3.p

nem vitásan a bírói döntések magyarázata. Amikor ugyanis egy hivatásos bíró ítéletet hoz, akkor döntésének természetesen elsősorban az alkalmazandó jogszabályokra és az adott országban érvényes büntetési politikára kell támaszkodnia. Mivel minden eset egyedi, ezért a jogszabályok nem adhatnak pontos iránymutatást az ítéletek meghatározásához. Ezáltal a bírónak a mérlegelnie kell a büntetés szigorúságának meghatározásakor, és ez a mérlegelési jogkör megnyithatja az ajtót a jogon kívüli tényezők közül azoknak, amelyeket a bírák akaratlanul is figyelembe vesznek az ítélelhozatal során.<sup>79</sup> E tényezők közé tartozik – büntető igazságszolgáltatás esetén – a terhelt személyes tulajdonságaihoz (például viselkedés, megjelenés, etnikai háttér, nem vagy életkor) való viszonya.

Richard A. Posner kilenc magatartás-teóriát vázolt fel: attitűdelmélet, stratégiai, szociológiai, pszichológiai, gazdasági, organizációs, pragmatikai, fenomenológiai, és nem utolsó sorban a jogi elmélet.<sup>80</sup> A terjedelmi korlátok végett nem kívánok kitérni az összes elméletre, csupán azokra, amelyek a laikusok részvételével összefüggésbe hozhatók, és amelyeket kiemelten fontosnak tartok.

## **VI. 1. Attitűdelmélet**

Az attitűdök és a társadalmi megítélés a szociálpszichológia epicentrumában helyezkednek el. Attitűdnek nevezzük az olyan reprezentációt, amely összefoglalja az egyének egy tárgyról alkotott értékelését.<sup>81</sup> Ezek az attitűdök gyakran ötvözik az érzéseket, a cselekvésre való hajlamot, valamint a meggyőződéseket. Azt, ahogyan az emberek az erkölcsről, törvényességről, normalitásról ítélik meg, mindig az a kultúra határozza meg, amelyben élnek, s amelyből a saját tapasztalataik, elvárásai, feltételezéseik és meggyőződéseik erednek. Mindezek talán legnyilvánvalóbb példái a jogszerűség-jogszerűtlenség, erkölcs-erkölcstelenség<sup>82</sup>, hiszen az alapvető, többé-kevésbé explicit módon meghatározott viselkedési szabályok megszegése (vagy meg nem szegése) e fogalompárok által alkotott rendszerben határozható meg. Mindazonáltal az erkölcs és jogszerűség értékelése nem egyszerű feladat, hiszen az ilyen értékeléseknek nyilvánvalóan nagy társadalmi súlya lehet.

A laikusok szemszögét tekintve könnyen gondolhatnánk azt, hogy az attitűd egy stabil, szükség szerint előhívható magatartásforma az eljárás során; az első benyomással kialakul a szimpátia, avagy antipátia, amely később nehezen lesz már megváltoztatható. Azonban álláspontom szerint az emberi viselkedés ennél összetettebb és célszerű a különböző személyiségjegyeket megvizsgálni ahhoz, hogy a laikusok részvételét minél hatékonyabban tudja alkalmazni az igazságszolgáltatási rendszer.

### **VI. 1.1 Az általános büntetőattitűd**

Ami a különböző attitűdkutatásokat illeti, úgy gondolom, hogy érdemes megemlíteni a büntető igazságszolgáltatás vonatkozásában az „általános büntető attitűd” jelenségét. A lakosság általános berögződése ugyanis az, hogy az emberek bizonyos mértékű büntető attitűddel rendelkeznek, amelynek mértéke egyénenként változik, az eltérés eredője pedig az egyén és a közösség (amelyben él), bizonyos tulajdonságaival magyarázható.<sup>83</sup> Azt kimondhatjuk, hogy a kisebbségek, férfiak, és fiatal felnőtt vádlottak szigorúbb megítélés alá

<sup>79</sup> SPORER, S. L., & GOODMAN-DELAHUNTY L. (2007). *Breaking the chain of causation: The influence of extra-legal factors on judicial sentencing and victim compensation*. . University of Giessen, Germany, 33. p.

<sup>80</sup> POSNER, RICHARD A. *How Judges Think*. Harvard University Press, 2008, pp. 19-20.

<sup>81</sup> ECHTERHOFF, GERALD *Attitudes and Social Judgment* 2. p

<sup>82</sup> HALLIDAY, M.A.K. & HASAN, R. (1985.) *Language, Context and Text: Aspects of Language in a Socio-Semiotic Perspective*, Geelong, Victoria Australia, Deakin University Press

<sup>83</sup> KÄÄRIÄINEN, JUHA (2018) *Attitudes and public punishment preferences: Finnish results of Scandinavian sense of justice research*. Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention, 152–169. pp.

esnek, mint például a nők vagy az idősek.<sup>84</sup> Emellett az elkövető társadalmi helyzete, illetve munkanélkülisége is olyan tényező, amely korrelál a szigorúbb ítéletekkel. Szükséges hangsúlyozni mindezek kumulatív hatását,<sup>85</sup> így tehát a tanács laikus tagjai megfelelő tapasztalat hiányában vagy túlzott mértékű „büntető attitűd” megléte esetén gyakran sokkal szigorúbban kezelnek egy fiatal, munkanélküli, etnikai kisebbséghez tartozó férfit,<sup>86</sup> mint ahogyan azt a bűncselekmény jellege, illetve az elkövető büntetett (büntetlen) előélete alapján megkívnának (Spohn & Holleran, 2000). Feltételezhető azonban, hogy a laikusok – még ha intuitív módon is – figyelmet fordítanak a bűncselekmény súlyára, jellegére, illetve a terhelt büntetett előéletére, ugyanakkor nagyobb szerepet játszanak a jogon kívül eső tényezők. Megfigyelhető, hogy a büntetőeljárások nagy figyelemnek örvendenek a különböző közösségi oldalakon, médiában, emiatt hevesebb emóciókat is váltanak ki az emberekből. Szemben például a svéd büntetőjogi modellel, amely hagyományosan resztoratív (azaz helyreállító),<sup>87</sup> nem pedig megtorló igazságszolgáltatási alapnormákon nyugszik, ami kevésbé teszi nyilvánvalóvá az esetleges erkölcsi érzelmeket.

## ***VI. 2. A szociológiai elmélet***

Vizsgálódásom másik alappilléret a szociológiai tényezők teszik ki. Ugyan ennek zömét a *common-law* rendszerre vonatkozó kutatásokból ismerhetjük meg, azonban a racionalitás, szenvedélymentesség és az objektív igazságszolgáltatás eszményei ugyanazok.

A bírói tanács tagjai között számos esetben találkozhatunk összekülönbözéssel, amelynek eredője lehet ideológiai alapú, (szociális) személyes háttérrel összefüggő, de akár érzelmi töltetű is. Ezek az ellentétek mindig veszélyforrást jelentenek, elsősorban a kollegialitás alapelveire. Nem kizárt az sem, hogy a nézeteltérés a tanács tagjában ellenérzéseket és ellenvéleményt generál, amelyet a döntéshozatal során nehéz lesz ésszerű érvekkel feloldani, jogi szempontból is indifferens, és amely végsősoron a döntés deformitásához vezethet. Úgy gondolom, hogy ennek magyarázata a konfliktuskerülésben rejlik, hiszen – racionálisan – a tanács minden tagjának az a célja, hogy a közös munka, illetve döntéshozatal a legkevesebb kellemetlenséget rejtse magában. Mivel a laikusok kiválasztása során nem érvényesülnek olyan szempontok, amelyek a személyiségjegyek analógiájára törekednének, illetve a hivatásos bíró sem szelektálhat e személyek vonatkozásában, így a kollegialitás fenntartására egy kockázati tényezőként kell tekintenünk.

## ***VII. A laikusok részvételének gyakorlati problematikája***

A rendszer nyilvánvalóan hanyatló tendenciája nem csak Magyarországon, hanem egész Európában megfigyelhetjük, és gyakorlatilag csak a büntető igazságszolgáltatási rendszerek képezik a vizsgálódás körét. E tényről jól mutatja az is, hogy a polgári esküdtszékek szinte teljesen eltűntek a kontinens színteréről, még azokból az országokból is, ahol korábban szokásjogi alapokon nyugodott az intézmény. Ilyen például Anglia, ahol egy évszázadnál is

---

<sup>84</sup> KAISER, KIMBERLY & SPOHN, CASSI (2018): *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, volume 19, issue 2. 4. p

<sup>85</sup> KROHN, D. MARVIN, LIZOTTE, J. ALAN, HALL, P. GINA (2009): *Crime and deviance*. Handbooks of Sociology and Social Research. Springer Science + Business Media, 2009, 340. p.

<sup>86</sup> FRANKLIN, COURTNEY A. – FEARN, NOELLE E.: *Gender, race, and formal court decision-making outcomes: Chivalry/paternalism, conflict theory or gender conflict?* In: *Journal of Criminal Justice* volume 36, issue 3. 2008. 279-290 pp.

<sup>87</sup> STINA BERGMAN BLIX - SA WETTERGREN: *Professional Emotions in Court (A sociological perspective)*. New York, Routledge, 2018. 8-10 pp.

régebbre nyúlik e rendszer beágyazottsága.<sup>88</sup> Úgy gondolom, hogy e változás figyelemre méltó, hiszen a bíróságra kerülő ügyek igen nagy részét polgári jogviták jelentik.

A laikus igazságszolgáltatás hányattatott sorsa hazánkban rányomta a bélyegét az intézmény nivójára. A rendszerváltozást követően az ülnökök – *nomen est omen* – a hivatásos bíró mellett helyet foglaló, már politikai relevanciával sem bíró szeletévé lettek az igazságszolgáltatásnak, mígnem az új Be. gyakorlatilag lesöpörte a civileket és ezzel a néprésztvételt a három hatalmi ág egyikéből azáltal, hogy a legtöbb büntetőügyben már nem alkalmazhatóak résztvevőként. Így e formán már a jogállamiság megvalósulásának kérdése vetődhet fel.

Ami az új Be. előtti időszakot illeti, hatálybalépését megelőzően a nyolcési, vagy ennél súlyosabb szabadságvesztéssel büntetendő bűncselekmények esetén az elsőfokú bíróság egy hivatásos bíróból és két ülnökből (kivételes esetben két hivatásos bíróból és három ülnökből) álló tanácsban járt el, a néprésztvételt fókuszra e körre esett. Az új Be. kommentárjában kifejtésre került,<sup>89</sup> hogy az elmúlt évtizedek tapasztalatai folytán az ülnökrendszer egyfelől nem váltotta be a hozzá fűzött reményeket, másfelől az intézmény teljes reorganizációjára van szükség tekintettel arra, hogy a modern európai jogrendszerekben is visszaszorulásuk figyelhető meg, és a hatékony igazságszolgáltatást professzionális bírók szolgáltatják. Ma már csak fiatakorúak büntetőügyeiben, katonák súlyos büntetőügyeiben, valamint munkaügyi perekben vesznek részt, a többi esetben pedig egyesbíró jár el. Ez azonban még önmagában nem ad magyarázatot arra, hogy miért nem vesszük számításba a tanács civil tagjait.

A XX. század második felét felölelő szocialista időszak népi ülnökei politikai mivoltukból eredően kifejezetten jelentős szerepre tettek szert, talán ennek okán a társadalom nagy részének a fejében ez az intézmény megszűnt létezni a rendszerváltozással. Holott az igazságszolgáltatás alkotmányos alapokon való reorganizációja ugyan megvolt a kilencvenes években, az ülnökök szerepe mégis ekkor indult meg azon a lejtőn, amely a mostani teljes diszfunkcionalitáshoz vezetett; az igazságszolgáltatást érintő reformok több sebből véreztek a civilek részvételét illetően.

A rendszer renoméját csorbítja az a tény, amelyet a jogásztársadalom is kommunikál a civilek felé; ez pedig a figyelmen kívül hagyható volta. Nem egyedülálló jelenség ez itthon, a hasonlóan működő rendszerekben általában megfigyelhető az a szkepticizmus, amely a laikusok részvételét illeti, holott elméletileg a bíróval azonos jogokkal és kötelezettségekkel bír,<sup>90</sup> sőt, a tanácsban többségük révén le is szavazhatnak a pulpitus tényleges birtokosát. A kritikus hozzáállás, ha még némi empátiát is kíván meg, nem nevezhető alaptalannak, hiszen a társadalmi reprezentativitás a nyugdíjas, tiszteletdíjra nyugdíj-kiegészítésként tekintő csoportban valósul meg, ez pedig teljesen kontraproduktív. Noha elsőfokon akár tényleges terhet tudna levenni a bíró válláról, ugyanakkor ez a bírótól is megkövetelné az egyenrangúságot a civilek irányába. Az egyenlő jogok és kötelezettségek – elvi szinten – feltételezik a nézőpontütköztetést, amely valamelyest legalább aktív magatartást követel meg a laikusoktól, illetve bizonyos mértékben elvárható volna a bírói „tévedés” vagy elfogultság megvitatása. Ám minden bizonnyal, ha még kommunikáció is alakul ki az ülnökök részéről, törekedniük kell arra, hogy semmilyen értéktétel ne fogalmazzanak meg, továbbá megfeleljenek az elfogulatlan hozzáállás kritériumának mind a megszólalásaikban, mind pedig gesztusaikban. Rendelkezzenek kellő intelligenciával ahhoz, hogy az igazságszolgáltatáshoz méltó magatartás tanúsítása ne jelentsen problémát. Jóllehet nem elvárható naprakész készség még attól sem, aki lelkiismeretesen tölti be e társadalmi szerepet, hiszen a rendszer

<sup>88</sup> SANJA KUTNJAK, IVKOVIĆ, SHARI SEIDMAN DIAMOND, VALERIE P. HANS, NANCY S. MARDER: *Juries, Lay Judges, and Mixed Courts*. Cambridge University Press, 2021. 304. p.

<sup>89</sup> BLASKÓ ERVIN In: POLT PÉTER (szerk.): *Nagykommentár a büntetőeljárásról szóló 2017. évi XC. törvényhez*. 37. p. (letöltés ideje: 2022. december 3.)

<sup>90</sup> 2017. évi XC. törvény - a büntetőeljárásról; 680. § (6) bekezdés

híján van a jól megkonstruált iránymutatásnak. Az azonban igen, hogy a tárgyalás szakszerű és elfogulatlan lefolytatásához hozzájáruljanak akkor is, ha egyébként markáns véleményüknek kívánnának hangot adni.

A laikus részvétellel kapcsolatban számos nemzetközi és magyar empirikus kutatást folytattak már, melyek eredményei<sup>91</sup> a fenti megállapítások igazolásul szolgálhatnak. Ugyanakkor e tanulmányban szerettem volna magam is hozzájárulni ahhoz, hogy egy kvalitatív vizsgálat keretében kaphassak képet a laikus bíráskodás jelen állapotáról. Adminisztratív (engedélyeztetési) problémák miatt ez a vizsgálat a tervezett terjedelemben nem került lefolytatásra. Mindössze két hivatásos bíróval tudtam interjút készíteni, és az ő neveik nyilvánosságra hozatalára sincsen lehetőségem. E két bíró azonban pozíciójánál fogva jelentős rálátással rendelkezik az ülnöki tevékenységre, és nem csupán saját tapasztalataikat oszthatták meg velem, hanem kollégáik véleményéről is általános képet tudtak adni. Jóllehet a kvalitatív vizsgálatoknál a reprezentativitás követelménye is jóval kevésbé számszerűsíthető, mint egy kvantitatív kutatásnál, az értékes vélemények ellenére természetesen mégis csupán „torzónak” tekinthető ez a vizsgálat. Ennek ellenére szükségesnek tartom az interjúkból lesűrűsíthető megállapítások dolgozatba integrálását, hogy vizsgálatom ne csupán a szakirodalmi forrásokra alapozott legyen.

### ***VII. I. Tapasztalatok egy hadbírótól***

Tanulmányom elkészítése során interjút készítettem az megyei jogú város Törvényszékének büntető ügyszakos hadbírójával. Saját tapasztalatai alapján arról tudott beszámolni, hogy a katonai specifikum – ellenben a generális véleményekkel – sokat tud segíteni egy ügy elbírálásánál, és a korábban már általam is kifejtett passzivitás a tárgyalás során nem jellemző, legalábbis nem olyan mértékben. Jogi képzettség híján jó kérdést feltenni azonban így is nehéz, ezért a katonai ülnökök körében sem jellemző, hogy élnének e jogosítványaikkal. Meglepetésemre szolgált azonban, hogy noha kérdezni nem igazán szoktak, viszont nem példátlan, hogy leszavazták volna a bírót egy döntés meghozatalánál, ám ez jellemzően a büntetéskiszabásnál fordul elő, a bűnösség megállapításánál konszenzus szokott uralkodni a tanácsban. Az ő részvételük azt eredményezheti, hogy képesek olyan vitát generálni, amely a hivatásos bírót is elgondolkodtathatja, ha kellő határozottság mellett meggyőződéssel adják elő érveiket.

A vegyes tapasztalatok is arra engednek következtetni, hogy az ülnöki rendszer, noha gyakran nem tud konstruktívan működni, mégsem került sor a közvetlen népképviselési demokráciának e hatalmi ágból történő kizárására, meglátásom szerint okkal. Az elmúlt évek – jóformán évtizedek – reformjai nem engedhették meg az intézmény felszámolását, legfőképpen talán azért nem, mert valamilyen formán a legtöbb országban szintén alkalmazzák, illetve van, ahol nemrégiben vezették be, mint a jövő reményteljes igazságszolgáltatását. Egyes

---

<sup>91</sup> Lásd például: KALVEN, Harry – ZEISEL, Hans: *The American jury*. Little Brown and Company, Boston, 1966.; MACHURA, Stefan: *Eine Kultur der Kooperation zwischen Schöffen und Berufsrichtern*. In: Richter ohne Robe, 12/2000. 111–116. p.; MACHURA, Stefan: *Fairness und Legitimität*. Nomos, Baden-Baden, 2001. 9. p.; VILMOV, Bernhard [et al.]: *Die Mitwirkung von Laien in der (Jugend-) Strafgerichtsbarkeit. Rechtsprechung zwischen Professionalität und Bürgern*. In: Ostendorf, Heribert: *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften*. Festschrift für Lieselotte Pongrats. J. Schweitzer, München, 1986. 306–361. p.; CASPER, Gerhard – ZEISEL, Hans: *Der Laienrichter im Strafprozess. Vier empirische Studien zur Rechtsvergleichung*. C. F. Müller Juristischen Verlag, Karlsruhe, 1979. 81. p.; RENNING, Christoph: *Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht. Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch-theoretische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit*. N. G. Elwert, Marburg, 1993. 724. p.; KULCSÁR Kálmán: *A népi ülnök a bíróságon*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971. 124. p. BADÓ Attila: *Hungarian Mixed Court without Representativity: An Empirical Research*. In: Zbornik Radova. 2016. 50/4. 1415–1436.

szakpolitikai vélemények szerint szükséges lenne felváltani a laikus bírakat például „ügyvédi bírakkal”, azonban ez olyan költségekkel járna, amely a realitás talaján szinte fedezhetetlen.<sup>92</sup>

## **VI.2. Tapasztalatok egy munkaügyi bírótól**

Másik interjúalanyom egy dunántúli Törvényszék munkaügyi bírója, aki gyakorlati tapasztalatainak megosztásával segített hozzá vizsgálati tárgyam alaposabb feltárásához. Elmondása alapján a generális narratívának megfelelően két táborra osztható a hivatásos bírók hozzáállása az ülnökökhöz; szükséges és hasznos a laikus bíró, hiszen a perben álló feleknek tekintélyt mutathat, ha a pulpituson nem egy bíró, hanem egy tanács dönt az őket érintő ügyben. Szakmai szempontból – hasonlóképp, mint azt a katonai eljárások vonatkozásában is megtudhattam – fontos eleme lehet a bírósági eljárásnak, ha szakismeretspecifikus ülnökök vesznek részt, hiszen a munkaügyi perek változatossága rendkívül széles spektrumon mozog. A hivatásos bírók másik táborra szerint nincsen szükség a laikusokra, hiszen a professzionális igazságszolgáltatás értelmében a jogi szakértelemnek kell döntenie a felek között fennálló jogvitában, továbbá a jog és érzelmek teljes divergenciája indokolt az eljárás során. Jóllehet a rendszer célja az, hogy a tanács tagjai – akár – egymás szakismereti hiátusait kitöltsék, tekintettel a korábban általam is említett rendkívül sokszínű munkaügyi perekre.

Ami a magyar ülnöki rendszer szabályait illeti, a laikusok és a hivatásos bírók azonos jogokkal bírnak, és kötelezettségek is egyformán terhelik őket. *Ad absurdum* előfordulhat, hogy a tanács két laikus tagja leszavazza a bírót a döntés meghozatalakor. Erre a defenzív eljárásjogi lépés a tárgyalás elhalasztása lehet, majd új ülnökök megválasztása, amely azonban jelentős alkotmányossági, jogbiztonsági kérdéseket vet fel, továbbá a perben álló felek bizalmát is megingatja, ha a per során a tanács összetétele változik. Fontos megjegyezni, hogy ez nem szolgálhat taktikai lépésként a büntetőeljárás során, hiszen a tárgyalás folytonosságának elve értelmében a tárgyalást meg kell ismételni, ha a tanács összetételében változás történt.<sup>93</sup>

Az általam korábban nem cízellált probléma az iratismertetés vonatkozásában jelenik meg. Napjaink technikai fejlettsége már lehetővé teszi, hogy az eljárásban résztvevő felek az esetek zömében hamar tudomást szerezzenek a különböző iratokról, beadványaikat is elektronikus úton terjesszék elő, és így a tárgyalás során már nincs szükség külön ismertetésre, az csupán formális jelleget ölt. Ez azt eredményezi, hogy az egyébként sokszor változó tanács tagjai csak úgy szereznek tudomást az ügy tárgyról, amiképpen azt a tanács elnöke a tárgyalás előtt összefoglalja. Emiatt az is nehézséget okoz, és magának a pernek is sokat árthat, ha az ülnökök aktívak, ám de tájékozatlanok, és esetleg olyan kérdést tesznek fel, ami az ügyben korábban elhangzott, hiszen a peres felekben kétséget kelt, ha úgy látják, hogy olyan emberek döntenek az ügyükben, akik nincsenek tisztában a már elmondottakkal. Természetesen az sem kizárt, hogy egy ülnök már annyira jártas az eljárásokban, hogy érti a tárgyalások menetét és könnyen tud akklimatizálódni a peres helyzetekhez, ezzel szolgálva az ügy gördülékeny elbírálását.

## **VIII. Záró gondolatok - Ismereteink tükrében merre haladjon az igazságszolgáltatás?**

Ahogy azt a tanulmányban jeleztem, a laikus igazságszolgáltatási rendszer minden reformjával együtt egy erősen problematikus, és különösen a posztoszocialista országokban egyre inkább „elhanyagolt” jogintézmény, amely a legtöbb esetben annak jogszabályi környezete, működési módja miatt valóban alkalmatlan a tényleges, gyakran alkotmányokban meghatározott szerepének betöltésére. Márpedig a néprésztétel melletti számos olyan érvről

<sup>92</sup> Persistent Anomaly – *The Lay Judge in the American Legal System*, Volume: 6 Issue: 1 Dated: special issue (Spring 1981) pp. 28-41.

<sup>93</sup> Be. 518. § (3) bekezdés

írtam, amelyek megvalósulása hatékonyan segíthetné az igazságszolgáltatás céljait (Elég csupán arra a triviális, magyar helyzetet jól tükröző tényre utalni, hogy számos, a társasbíráskodás elvének megvalósulásáért kiáltó súlyos büntetőügyben egyedül kénytelen ítélni egy tapasztalatlan hivatásos bíró<sup>94</sup>). A professzionális, hatékony igazságszolgáltatás sokszor összeférhetetlennek tűnik a társadalmi reprezentativitásra törekvő, gyakran nehézkesen működő laikus bírósági formákkal. A néprésztétel elvét érvényesíteni szándékozó jogrendszerekben azonban nem spórolható meg a precíz, minden részletre kiterjedő aprólékos szabályozás, hogy a laikus bíráskodás vélt vagy valós előnyeinek az esélye megteremtődhessen.

A társadalmi igazságérzet becsatornázása az igazságszolgáltatásba alapvetően nem támaszt a laikusokkal szemben semmilyen szakmai elvárást, csupán azt, hogy azokban az ügyekben, amelyekben szerepet vállalhatnak, a legjobb tudásuk szerint és felelősségteljesen vegyenek részt.

Ugyanakkor azt gondolom, hogy az a számos országban működő, az ülnökök, esküdtek speciális tudására építő megvalósulási formája a laikus bíráskodásnak, mely egyre komolyabb szerephez jut a 21. században, észszerű megújulását jelenthetné a magyar ülnökrendszernek is. Az új Be. ebbe az irányba tett lépései számomra is üdvözlendő megoldások lennének, ha az új ülnöki rendszer egyúttal nem csökkentette volna radikálisan a néprésztétel jelentőségét Magyarországon. Úgy gondolom, hogy a katonák, pedagógusok, pszichológusok mellett számos más professzió (orvosok, közgazdászok, szociológusok, mérnökök stb.) bevonására adhatna az ülnök rendszer lehetőséget,<sup>95</sup> tekintve, hogy a komplexitás megőrzése érdekében egy ügy eldöntésénél nemcsak a jogi képzettség teljes birtokában lévő bírókra lehet támaszkodni, hanem a tényállás megértéséhez és az esetleges szankciók megállapításához azokra is, akik alapos jogi ismeretek nélkül, ám más releváns háttértudással rendelkeznek. Másrészről az általam is ideálisnak tekintett szakülnöki rendszer kompromisszumos megoldást jelenthet, hiszen más hivatások reprezentánsai „igazságérzetük” mellett ügyspecifikus szakismerettel segíthetnék a perek eldöntését, továbbá a sok szempontból problematikus szakértői bizonyítást segíthetné átláthatóbbá, akár gazdaságosabbá és még professzionálisabbá tenni.

Kutatásaim megerősítettek abban, hogy számos jogrendszerben fordítanak nagy figyelmet az ülnökök formális képzésére. Érdemes lenne az e téren feltárható nemzetközi tapasztalatok alapján a magyar ülnökök számára is egyfajta szervezett képzést bevezetni munkájuk megkezdése előtt. Már önmagában az, ha szerepükkel, feladataik súlyával tisztában vannak a laikusok, nagymértékben segítheti hatékony munkavégzésüket.

A dolgozatban bemutatott elméleti kétségek, jogszociológiai vizsgálatok által feltárt defektusok ellenére is úgy gondolom, hogy a néprésztétel követelményét a 21. században sem kell elvetni, csupán az elv érvényesülési módját kell a megváltozott társadalmi elvárásokhoz és körülményekhez igazítani.

---

<sup>94</sup>Elérhető: [https://arsboni.hu/igazsagszolgalatas-nepresztetel-nelkul-hova-tuntek-a-civilek-a-biroi-pulpitusrol/#\\_ftn1](https://arsboni.hu/igazsagszolgalatas-nepresztetel-nelkul-hova-tuntek-a-civilek-a-biroi-pulpitusrol/#_ftn1) (letöltés ideje: 2021. 05. 10.)

<sup>95</sup> BADÓ ATTILA: *A bírói függetlenség egyes garanciális elemeinek összehasonlító vizsgálata*. MTA Doktori értekezés. Szeged, 2017. 112. p.

## Irodalomjegyzék

1. ANTAL TAMÁS: A sajtóesküdtszékek és működésük szabályozása Magyarországon (1867-1896)
2. ANTAL TAMÁS: Az esküdtszékek reorganizációja (1896-1900). In: A Hajdú-Bihar Megyei Levéltár évkönyve 30. (Debrecen, 2005)
3. ANTAL TAMÁS: Törvénykezési reformok Magyarországon (1890–1900). Szeged: Csongrád Megyei Levéltár, 2006
4. BADÓ ATTILA – FELEKY GÁBOR – LŐRINCZY JÁNOS: *Reprezentativitás a magyar ülnökrendszerben. Egy empirikus vizsgálat alapkérdése I.* Budapest, MTA Law Working Papers, 2016.
5. BADÓ ATTILA – FELEKY GÁBOR – LŐRINCZY János: Laikus és professzionális bírák viszonya a kevert bíróságban – egy empirikus vizsgálat eredményei a magyar ülnökrendszerről
6. BADÓ ATTILA, FELEKY GÁBOR LŐRINCZY JÁNOS: *Ülnök a bíróságon (jogszociológiai vizsgálat)*, L'Harmattan kiadó, Budapest, 2022.
7. BADÓ ATTILA: *A bírói függetlenség egyes garanciális elemeinek összehasonlító vizsgálata* (2017). Szeged
8. BADÓ ATTILA: *A laikus bíráskodás létjogosultságának korlátairól a tudományos vizsgálatok tükrében* (2016)
9. BADÓ ATTILA: *Nép szava Isten szava? A francia esküdtszék dilemmái* (2000)
10. BADÓ ATTILA: Tudományos munkásság áttekintő összefoglalása, habilitációs tézisek JOGELMÉLET köréből, Szeged, 2004.
11. BÁRD, KÁROLY (2016) *Can the Jury Survive after the Judgment of the European Court of Human Rights in Taxquet v. Belgium?* In: Visions of Justice. Duncker und Humblot, Berlin
12. BEREND GYÖRGY: *A Népbíráskodás*. Acta Universitatis Szegediensis, 1948.
13. BERGMAN BLIX STINA, WETTERGREN SA: Professional Emotions in Court (A sociological perspective). New York, Routledge, 2018.
14. CANOR, IRIS: *A bírói mérlegelés kérdései egy monográfia tükrében*. Iustum Aequum Salutare IV. 2008/1.
15. CASE OF TAXQUET v. BELGIUM 926/05
16. CSIZMADIA ANDOR: „Az esküdtbíróóság Magyarországon a dualizmus korában” in CSIZMADIA ANDOR (szerk.): *Jogtörténeti tanulmányok. I.* (Budapest: KJK 1966)
17. Dárdai Sándor: Esküdtszékeink. IK. IV. évf. 1869. október 12.
18. Diesen, Christian: The advantages and disadvantages of lay judges from a Swedish perspective
19. FEKETE BALÁZS: *Érzelmek és jogtudomány: egy lehetséges értelmezés*. Iustum Aequum Salutare IX. 2013.
20. Finkey Ferenc: *A magyar büntető eljárás tankönyve*, Budapest 1908, 1256. p
21. FLECK ZOLTÁN: *A bírói függetlenség állapota*. Fundamentum, 2002/1. szám.
22. Frank, Jerome: *Law and the Modern Mind*. Brentano's, New York 1930. 19. p
23. Franklin, Cortney A. – Fearn. Noelle E.: *Gender, race, and formal court decision-making outcomes: Chivalry/paternalism, conflict theory or gender conflict?* In: Journal of Criminal Justice
24. Friedmann Bernát: *A népbírák és az esküdtszék intézménye*. Budapest: Pfeier Nándor Bizománya, 1876
25. Goldbach, Toby S., Hans, Valerie P., *"Juries, Lay Judges, and Trials"* (2014). Cornell Law Faculty Working Papers.

26. Halliday, M.A.K. & Hasan, R. (1985.) *Language, Context and Text: Aspects of Language in a Socio-Semiotic Perspective*, Geelong, Victoria Australia, Deakin University Press
27. Jogtudományi Közlöny, Budapest, 1906.
28. Kääriäinen, Juha (2018). Attitudes and public punishment preferences: Finnish results of Scandinavian sense of justice research. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*,
29. Kaiser, Kimberly & Spohn, Cassi (2018): *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, volume 19.
30. Király Lilla (2018): *Gyorsabb, egyszerűbb, olcsóbb, hatékonyabb?* Az új magyar polgári perrendtartás általános rész osztott perszerkezetének hatékonysági elemzése [Digitális kiadás] Budapest, Akadémia Kiadó
31. Krohn, D. Marvin, Lizotte, J. Alan, Hall, P. Gina (2009): Crime and deviance. Handbooks of Sociology and Social Research. Springer Science + Business Media
32. Kronenberger, Franz Rudolph *Laien in der Strafrechtspflege?* Bonn, 1989.
33. Kulcsár Kálmán: *A népi ülnök a bíróságon*. Budapest, 1971, Akadémia Kiadó
34. KUTNJAK IVKOVICH: *Mixed tribunals in Croatia*. *Revue internationale de droit pénal*. 2001/1 Vol. 72. 74. p.
35. Machura, Stefan: Civil Justice: *Lay Judges in the EU Countries*. O ati Socio-legal Series
36. Machura, Stefan: *Interaction between lay assessord and professional judges in German mixed courts*. (2001)
37. Machura, Stefan: Silent Lay Judges—Why Their Inffluence in the Community Falls Short of Expectations (Chicago-Kent Law Review, Volume 86) (2011)
38. MOLNÁR AMBRUS, SZUCSIKNÉ SOLTÉSZ ILONA: *Az emberi megismerés ismeretelméleti alapjai és a jogi megismerési folyamat sajátosságai*. In.: *Az ítéleti bizonyosság elméleti és gyakorlati kérdései*. Kúria Büntető-Közigazgatási-Munkaügyi és Polgári Kollégiumai Joggyakorlat-Elemző Csoport. Budapest, 2017. október
39. Molnár Imre: *Az ókori Róma büntetőeljárasi jogának rendje*. Szeged, 2012.
40. Persistent Anomaly; The Lay Judge in the American Legal System (Spring, 1981)
41. Posner, Richard A. *How Judges Think*. Harvard University Press (2008)
42. PÖDÖR LEA: Laikus elemek a jogszolgáltatásban: az esküdtszék.
43. Scott Crosby (2009) *Taxquet v. Belgium, R v Ponting, Trials by Jury and a Homage To Neil MacCormick*
44. Sporer, S. L., & Goodman-Delahunty, I. (2007). Breaking the chain of causation: The influence of extra-legal factors on judicial sentencing and victim compensation.. Unpublishedmanuscript, University of Giessen, Germany
45. Stoddard, Thomas B.: Bleeding Heart: Reflections on Using the Law To Make Social Change (1997). Volume 72, Number 5, New York University Law Review
46. Susan A. Bandes, Jody L. Madeira, Kathryn D. Temple, Emily Kidd White: *Research Handbook on Law and Emotion*, 2021.
47. Szentes Barbara: *A szubjektum szerepe a bírói döntéshozatalban*
48. Thaman, Stephen C.: *Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts?: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in Taxquet v. Belgium*. Chicago-Kent Law Review, volume 86. issue 2 symposium on Comarative Jury, 2011
49. Tocqueville, Alexis de: *Democracy in America* (1835)
50. Turi Barnabás: A fiataikorúak bíróságának eljárása, annak sajátosságai (BSZ, 2020/2., 151-165. o.)

51. Weber, Max: *Gazdaság és társadalom. A megértő szociológia alapvonalai* 2/2. Budapest, KJK, 1995.
52. YUE, LILING: *The lay assessor system in China*. *Revue internationale de droit pénal*. 2001/1 Vol. 72.

### **Vonatkozó jogi normák**

1. 1914. évi XIII. törvénycikk indokolása: *az esküdtbírótság előtti eljárásra és a semmisségi panaszra vonatkozó rendelkezések módosításáról*.
2. 1972. évi IV. törvény
3. 1998. évi XIX. törvény *a büntetőeljárásról*
4. 2017. évi XC. törvény *a büntetőeljárásról*
5. 2011. évi CLXI. törvény *a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról*
6. 2011. évi CLXII. törvény *a bírák jogállásáról és javadalmazásáról*
7. 2012. évi CCV. törvény *a honvédek jogállásáról*
8. 2015. évi XLII. törvény *a rendvédelmi feladatokat ellátó szervek hivatásos állományának szolgálati jogviszonyáról*

**Kasuba Róbert István<sup>1</sup>**

**Fakultatív polgári házasság: felekezeti házasságjogok hatása a fakultatív polgári házasság rendszerének alkalmazására**

**Abstract:**

Between the system of civil matrimonial law and religious and religious rights in the European context are quite clear to the lawyer, since civil matrimonial law evolved from church law, especially catholic canon law.

The system of canon laws influenced and shaped the thinking of legal scholars who formed civil matrimonial law, and this is also true of protestant marriage law. Jewish and Islamic marriage law, however, differs significantly from the Christian conception and is explicitly contractual in nature. In my study, I try to compare the marriage law rules of Christian, Jewish and Muslim religions using the method of comparative law, but I also compare them with the Hungarian matrimonial law system. I will analyse the pre-marriage procedure, the process of entering into marriage, and I will compare the rules for divorce with regard to the three religions.

I hope to get a more complete picture of the legal concepts of the three great world religions and the relation of Hungarian marriage law to religious legal systems.

**Bevezető gondolatok**

A fakultatív polgári házasság működésének vizsgálata során feltétlenül szükséges a felekezeti egyházjogok behatóbb elemzése is, hiszen ebben a házasságkötési rendszerben az adott felekezet házasságjoga és az állam által alkotott házasságjog együtt él és működik. A felekezeti egyházjogok összehasonlító elemzéséhez a jogösszehasonlítás módszereit alkalmazom, ezen belül is elsősorban a funkcionális jogösszehasonlítás eszközeivel. „Nem szabad saját jogrendszerünk 'szemével' látnunk és doktrinális kereteivel szemlélnünk egy külföldi jogrendszert, hanem meg kell próbálnunk túllépni azon, külső „semleges” elemek alkalmazásával a jogrendszerek összehasonlításának megvalósításához.” – írja Mark Van Hoecke holland komparatista,<sup>2</sup> és egyet kell értenem ezzel a megállapítással, mivel éppen a felekezeti egyházjogok tekintetében el kell vonatkoztatni a már ismert jogi diszciplínáktól, és figyelembe kell venni a vallási jogok transcendens elemeit is, természetesen csak az összehasonlításhoz szükséges mértékig, mivel nem lehet az egyházi és felekezeti jogrendszerek jogintézményeit és a polgári jogi jogintézményeket oly módon összevetni, hogy teljes jogharmoníát fedezhessenek fel közöttük.

A vizsgálat fő irányát elsősorban a római és görög katolikus, az evangélikus és református és az ortodox felekezetek és a zsidó és muszlim vallások házassággal kapcsolatos jogi, vagy jogi értékű rendelkezései jelentik, a teológiai tanítást igyekszem, csak annyiban figyelembe venni, amennyiben az a jogi megítélés szempontjából elengedhetetlen. Az egyházak teológiai tanítását és jogi rendelkezéseit azért nem lehet teljes mértékben szétválasztani, mivel a felekezeteken és egyházakon belüli jogi rendelkezések alapja minden esetben teológiai, ám ahhoz, hogy a polgári jog szabályai közé illeszthető legyen, szükséges csak a jogi döntéshozatalt, és szabályozás rendszert elemezni, a teológiai érintettséget pedig erkölcsi és érzelmi motivációként értékelni.

---

<sup>1</sup> PhD hallgató, Szegedi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola.

<sup>2</sup> VAN HOECKE, Mark: *Methodology of Comparative Legal Research*. In: (2015) LAW AND METHOD. p.1-35, Boom Juridische Uitgevers

Kérdésként merülhet fel az is, hogy állam és az egyházak joga milyen mértékben, és módon létezik egymás mellett? Az egyházjog, az egyház saját tagjai számára felette áll, egyenértékű vagy alsóbbrendű az állam jogszabályaival. Az biztosan állítható, hogy az egyházak jogi szabályozása – bármely kidolgozott is legyen – nem haladhatja meg az állami szabályozást, hiszen míg az egyház a transzcendens materiális megvalósulását szabályozza, addig az állam, minden állampolgára számára közös jogot ad. Azt már járhatóbb útnak tekintem, ha az állami és az egyházi jog a felekezethez tartozó állampolgár számára egyenértékű, hiszen a jogi szabályozás iránya mindkét esetben ugyanaz: az emberi élet normális mederbe szorítása, a kilengések elfojtása, a vitás esetek megnyugtató rendezése, és egyfajta erkölcsi szabályrendszer alkalmazása. Ebbe a keretbe elfogadható az, ha a felekezethez tartozó állampolgár az állam által biztosított jogok valamelyikével nem él, ugyanakkor az nem, ha valamelyik kötelezettségét nem teljesíti, tehát ezt a helyzetet tekinthetjük sajátos klaudikáló kógeneciának<sup>3</sup> is, amennyiben a felekezethez tartozó félnek, a számára előnnyel járó jog gyakorlása az egyház szabályozása miatt nem lehetséges.<sup>4</sup> Amennyiben az állam és az egyház joga párhuzamosan, ám egymást nem érintve működik, – mint ahogyan az jelenleg Magyarországon is gyakorlat, – amelyet az Alaptörvény is garantál, – a vallásszabadság alapelvéből kiindulva – elképzelhető a felekezetek és az állam között olyan megállapodáson alapuló együttműködés, amely munkám fő témáját, a fakultatív polgári házasságot is elérhetővé teheti az állampolgárok számára, mint ahogyan erre számos Európai Unióhoz tartozó állam jogában találhatunk példákat.

Kérdés az is, hogy az állami és az egyházi jogszabályokat egyenértékűvé, esetlegesen egy állam életében „kötelezővé” lehet-e tenni vagy sem. Schanda Balázs és Erdő Péter munkájukban az állam és az egyház viszonyát jogi szempontból három szemszögből vélik vizsgálhatónak: Egyrészt az állam alkothat olyan saját jogszabályokat, amelyek az egyházakkal való viszonyát rendezik. Másodsorban recipiálhat egyházi jogszabályt sajátjaként,<sup>5</sup> harmadrészt pedig szerződéseket köthet az egyházakkal.<sup>6</sup>

A következőkben azokat a szempontokat szeretném figyelembe venni, amelyek a magyar házasságkötés rendszer alapvető szakaszaihoz kapcsolódnak, és azt vizsgálom meg, hogy a már említett keresztény felekezetek és a zsidó és muszlim vallások egyházjoga és a magyar polgári jog mennyiben harmonikus, illetve disszonáns egymással.

## 1. A házasságkötés erkölcsi és jogi alapok szerinti csoportosításának lehetősége

A felekezeti vagy vallási egyházjogok vizsgálata tekintetében két fontos szempontot kell figyelembe venni. Egyrészt azt, hogy a házasságnak az adott felekezet vagy vallás tekintetében milyen jogi minősítést adnak, másrészt, hogy a az adott felekezet, vagy vallás a házasságkötést polgári vagy vallási cselekménynek, – esetleg mindkettőnek – tekinti e.

A katolikus, görögkatolikus, és ortodox felekezetek tekintetében a házasság jogi megítélése az, hogy a házasság szentség, és ehhez mérten az egyházi házasságkötéssel egy új jogviszony jön létre a házaspár között, amely független a polgári házasságkötéssel kialakított házastársi jogviszonytól. Épp ez az oka annak, hogy ez a három felekezet *matrimonium non existens*-nek

<sup>3</sup> Az ezzel jellemezhető normák az egyik fél javára engednek eltérést az előírt magatartástól.

<sup>4</sup> Pl. ilyen az abortusz kérdése, amely alapvetően, szűk keretek között az állam által biztosított, de egy felekezethez tartozó ember (főként a keresztények, de más valláshoz tartozók is), az abortusz lehetőségével azért nem élhetnek (elvben), mert azt a hitelvek és az egyház szabályai tiltják számukra.

<sup>5</sup> Erre a múltban számtalan példát találhatunk, elégséges, ha csak II. József Házassági Pátensét vesszük figyelembe, amely a katolikus házasságjog teljes egészében történő átvétele, és állami jogszabállyá tétele.

<sup>6</sup> Vö. SCHANDA Balázs-ERDŐ Péter: *Egyház és vallás a mai magyar jogban*. Budapest, Szent István Társulat, 1994. 15-16. p.

tekinti a polgári házasságot, és csak az egyházat fogadja el érvényes és létező házasságként.<sup>7</sup> A protestáns egyházak gondolkodásában a házasság elsősorban polgári jogi cselekmény, amelyben a házassági kötelék nem az egyházi szertartás keretében jön létre, hanem a polgári jogi aktus által, a felekezetek dolga pedig csak annyi, hogy megáldják ezt a már létrejött életközösséget.

A zsidó és a muszlim vallások tekintetében a házasságnak szinte nincsen sem vallási, sem polgári házasságjogi kapcsolódása, hanem egy szerződéskötésnek tekintik, tehát inkább a kötelmi jog kereteibe tartozó cselekmény. A zsidó vallás bizonyos vallási előírásokat ugyan fűz a házassághoz, de annak lényege a ketuba aláírása, azaz a férfi és a nő közötti szerződés megkötése. A muszlim házasságkötés esetében még ez a kis vallási vonulat sem kötelező, teljesen elégséges a házasságlevél aláírása és átadása, tehát tisztán polgári jogi aktusnak tekintik a házasságot. Lehet a Kegyes Koránt olvasni, de nem kötelező, sőt sem imám, sem más hivatalos személy, még a menyasszony jelenléte sem szükséges, mivel tisztán a házasságot kötni szándékozók családjai közötti alku, és megállapodás, majd szerződéskötés áll a középpontban.

## 2. A házasságkötést megelőző eljárás

A Ptk. a Családjogi Könyv 4:7. §-ban szabályozza azt a folyamatot, amelynek minden Magyarországon kötött házasságot meg kell előznie. Ezt a magyar jog a házasságkötést megelőző eljárásnak határozza meg. Lényege tulajdonképpen ugyanaz, mint a katolikus egyház kánonjogában megjelenő úgynevezett jegyvizsgálat: megállapítani azt, hogy a házasságkötésre jelentkező felek között áll-e fenn valamilyen jogi akadály amely a házasságkötést lehetetlenné teszi, illetve fennáll -e közöttük minden, a jogszabály által meghatározott olyan feltétel, amely a házasságkötéshez szükséges.<sup>8</sup> A Ptk. csupán csak a legszükségesebb szabályokat foglalja össze, mivel az eljárást részletesen az anyakönyvi eljárásról szóló 2010. évi I. törvény szabályozza.

A polgári házasságkötés első mozzanata a házasságkötési szándék bejelentése. Ez a szakasz tulajdonképpen a keresztény felekezeti egyházjogokban és a polgári jogban megegyezik, mindegyik esetben a házasságkötési szándékot előzetesen kell bejelenteni. A zsidó jog szempontjából, szintén szükséges a házasságkötés szándékának és időpontjának bejelentése a rabbinál, hiszen szűk körben vizsgálja a házassági akadályokat. Az iszlám házasságkötés tisztán szerződési jellegű, nem kötődik hozzá vallásos, vagy jogi szertartás, így nem is kell azt bejelenteni. A polgári házasságkötésre jelentkező felek, a házasság bejelentésekor kijelentik azt, hogy tudomásuk szerint nem áll fenn közöttük házassági akadály, és bemutatják a jogszabályban meghatározott irataikat is. Az anyakönyvvezető erről jegyzőkönyvet vesz fel, és amennyiben releváns ellenőrzi a kiskorú házasságkötéséhez a gyámhatóság által kiadott engedély meglétét is.<sup>9</sup> A katolikus és görögkatolikus kánonjogban a házasságkötés bejelentését követően a lelkész ugyancsak ellenőrzi azt, hogy a felek között a házasságot érvénytelenítő házassági akadály nem áll-e fenn, illetve, hogy nem áll-e fenn a mixta religio<sup>10</sup> tilalma, vagy a

<sup>7</sup> Vö. ERDŐ Péter: *Egyházjog*. Budapest, Szent István Társulat, 1991. 398. p.

<sup>8</sup> Lásd VÉKÁS Lajos-GÁRDOS Péter (szerk.): *Nagykommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*. Budapest, Wolters Kluwer Hungary, 2020. 710. p.; HERGER Csabáné-KATONÁÉ Pehr Erika: *Magyar családjog*, Budapest, Novissima Kiadó, 2021. 38-39. pp; BARZÓ Tímea: *A magyar család jogi rendje*. Budapest, Patrocinium, 2017. 67-69. pp. és HEGEDŰS Andrea: *Polgári jog-Családjog*, BUDAPEST, R.I.M.Á.K., 2022.53-54. pp.

<sup>9</sup> 2010. évi I. törvény az anyakönyvi eljárásról 17. §

<sup>10</sup> Házassági akadály, amely a kánonjogban megtiltotta a katolikusok és az "eretnek vagy szakadár szektához" tartozó megkeresztelt személyek közötti házasságkötést. Az 1983-as új törvénykönyvvel átszervezték a vegyes házasságok ügyét, és most néhány feltétel teljesítése szükséges, többek között: a hit elhagyásával járó veszélyek megszüntetése, az utódok megkeresztelésének és katolikus egyházi nevelésének ígérete.

disparitas cultus<sup>11</sup> akadály, amelyek elháríthatóak. A mixta religio (vegyesvallás) tilalma a katolikus és nem katolikus keresztény között áll fenn, és lelkeszi hatáskörben hárítható el, míg a disparitas cultus (valláskülönbség) akadály a katolikus és meg nem keresztelt személy között áll fenn, ezt az akadály püspöki engedéllyel lehet elhárítani. Ezen kívül feltétlenül meg kell győződni a felek szabad állaptáról, vagyis, hogy mással nincsen fennálló, érvényes házasságkötésük, még polgári házasságkötésük sem, mivel bizonyos esetekben ez is képezhet házassági akadályt.<sup>12</sup>

A református és evangélikus felekezet tekintetében ilyen jegyesvizsgálat nincsen, mivel a két felekezet alapvetően elfogadja a házasságnak a polgári hatóságra való tartozását,<sup>13</sup> és nem írnak elő különleges feltételeket e tekintetben. Ugyanakkor a II. Helvét Hitvallás rendelkezik a házasságkötés szabályairól is.<sup>14</sup> Ezen kívül Luther Márton is fűz rendelkezéseket a házasság megkötésének kérdéséhez.<sup>15</sup> Az ortodox egyházak tekintetében szintén létezik a házasság bejelentésére szolgáló eljárás, amelynek keretében vizsgálatra kerül az, hogy a házasságkötés alapfeltételei fennállnak-e, de mivel az ortodox felekezet engedi a házasság felbontását, így azt külön vizsgálni kell, hogy hány alkalommal történt az meg, ugyanis 3-nál több alkalommal nem lehet elválni, és újra megházasodni. A szabad akarat elengedhetetlen feltétele az ortodox házasságkötésnek, illetve ortodox felekezethez tartozó személy nem köthet házasságot nem ortodox felekezethez tartozóval, tehát más felekezetű kereszténnyel, vagy más valláshoz tartozó személlyel sem.

A zsidó és a muszlim vallás tekintetében nem ismert olyan külön eljárás, amely a házassági akadályokat külön vizsgálja, bár mindkét vallás tekintetében meghatározásra kerültek olyan helyzetek, amelyek esetében nem lehet érvényesen házasságot kötni.<sup>16</sup> Véleményem szerint a zsidó és a muszlim vallás tekintetében emelkedik ki leginkább az erkölcs szerepe, hiszen pl. a házassági akadályok vizsgálata nincsen intézményesítve, így arra, hogy házassági akadály ne álljon fel, különösen a családoknak kell nagy figyelmet fordítani. Ez pedig mindenképpen erkölcsi – etikai, és nem jogi kérdés elsősorban.

### 3. A házasságkötést érvénytelenné tevő körülmények

A Ptk. a házasság érvénytelenségének okait határozza meg. Ahhoz, hogy egy házasság érvényes, vagy érvénytelen lehessen, feltétlenül létezőnek kell lennie. Abszolút és relatív érvénytelenségi ok meghatározására került sor a Ptk. kodifikációja során. Az abszolút akadályok mindenkivel szemben akadályt képeznek, míg a relatív akadályok, csak meghatározott személyi körön belül képeznek házassági akadályt.<sup>17</sup> A katolikus házasságjog ezzel ellentétben házassági akadályokról beszél, és akadályon olyan egyházi törvényt ért, ami a személyt valamilyen tulajdonsága vagy valamilyen egyéb körülmény alapján képtelenné teszi, vagy nyilvánítja a házasságkötésre.<sup>18</sup> Ez lényegi hasonlóság a két jogrendszer között, mert a Ptk. gondolkozása abból indul ki, hogy a házasság alapvetően érvényes, és ehhez képest

<sup>11</sup> Ennek az akadálynak az alapján érvénytelen a házasság két olyan személy között, akiknek egyikét a katolikus egyházban keresztelték vagy oda felvették, és abból formális cselekedettel nem távozott, másika pedig nincs megkeresztelve vagy érvénytelenül keresztelték

<sup>12</sup> Vö. KUMINETZ Géza: *Katolikus házasságjog*. Budapest, Szent István Társulat, 2002. 102-103- pp. és ERDŐ, 1991. 411-412. pp.

<sup>13</sup> Alapítóik szabályozása alapján.

<sup>14</sup> BULLINGER Henrik: *Második Helvét Hitvallás*, Kolozsvár, k.n. 2010. 65-66. p.

<sup>15</sup> Vö. REUSS András: „...őszintén és teljes hűséggel szeretik egymást” *A házasságról Luther írásaiban*. In: *Lelkipásztor- Evangélikus teológiai szakfolyóirat*, 2022/3, 88-96. pp.

<sup>16</sup> Vö. DONIN, Hayim Halevy: *Zsidónak lenni*. Budapest, Göncöl Kiadó, 1998. 261-262. p.

<sup>17</sup> Vö. HEGEDŰS, 2022. 57. p.; BARZÓ, 2017. 69-71. pp. és HERGER-KATONÁNÉ, 2021.48-52. pp.

<sup>18</sup> ERDŐ, 1991. 415. p.

állhatnak fenn olyan körülmények, amelyek, amennyiben ha bebizonyosodnak érvénytelenné tehetik a házasságot, a katolikus házasságjogban szintén, az akadályok<sup>19</sup> vagy előzetesen is érvénytelenné teszik, megakadályozzák a házasság megkötését, vagy utólagosan felderítve érvénytelenítő okként szolgálnak.<sup>20</sup> A kánonjog is megkülönböztet esketési és házassági tilalmakat, amelyek a polgári jogban fellelhető abszolút és relatív házassági akadályok rendszeréhez hasonlóak. A különbség abban áll fenn, hogy míg az esketési tilalmak előzetesen tiltják és érvénytelenné teszik a házasságot, addig a házassági tilalmak nem, bár ilyen tilalmak fennállása esetén nem szabad házasságot kötni. Ezen kívül az esketési tilalmak a házasságkötésben közreműködő lelkész számára állnak fenn, míg a házasságkötési tilalmak a házasságot kötő felekre vonatkoznak.<sup>21</sup>

A görögkatolikus egyházjog hasonló módon gondolkodik a házassági akadályok rendszeréről, mint a római katolikus egyházjog.<sup>22</sup>

A protestáns felekezetek tekintetében ismét nem beszélhetünk általánosan meghatározott házassági akadályokról vagy érvénytelenítő okokról. Az evangélikus és református egyház egyházjoga a Ptk.-ban meghatározott érvénytelenségi okokat fogadják el és ezek fennállása esetében egyházi áldásban sem részesítik a házasfeleket. Különbség a lelkész házassága kapcsán van, mivel a református felekezet kiköti, hogy a lelkész csak evangélikus vagy református felekezethez tartozó személlyel köthet házasságot, és ennek érvényességéhez a püspök előzetes engedélyes szükséges. Ezen feltételek hiányában a házasságkötés nem lesz megengedett a református egyház törvényei szerint, és a szabályok megszegése a lelkész számára hivatalvesztéssel járhat. Az evangélikus egyházjog megengedőbb, ezt a szabályt már nem írja elő, de a házasságkötést szintén a püspök engedélyéhez köti, és ennek kikerülése szintén hivatalvesztéssel is járhat.

Az ortodox egyházak házasságjogában a római és görögkatolikus szabályozás jelenik meg, és csak néhány kisebb eltérés fedezhető fel.<sup>23</sup> Míg a katolikus és görögkatolikus, illetve a protestáns egyházjog szempontjából lényegtelen, hogy a polgári házasságkötés megelőzi, vagy követi az egyházit, addig az ortodox egyházak egyházjoga előírja, hogy az egyházi házasságkötést a polgárinak meg kell előznie.<sup>24</sup> Ugyanakkor a kánoni formáknak nem megfelelő, de az polgári törvények szerint érvényes házasságot az ortodox egyházak nem ismerik el érvényesnek. A tilalmak közül kiemelendő, hogy a házasságkötést az oldalági leszármazók esetében a leszármazás 7. fokáig tilalmazza, míg a katolikus, és görögkatolikus egyház csak a leszármazás 4. fokáig. Az ortodox egyház szabályaiban nem jelenik meg a mixta religió tilalma sem a disparitas cultus akadály, mivel ortodox felekezethez tartozó csak ortodox személlyel köthet házasságot, ellentétben a katolikus felekezet szabályaival. Az ortodox egyház a házasságkötéshez felső korhatárt is megállapít, ez egyetlen másik vizsgált felekezet és egyház

<sup>19</sup> Vö. KUMINETZ, 2002. 261. p.

<sup>20</sup> Vö. ERDŐ, 1991. 404-405. pp.

<sup>21</sup> Vö. KUMINETZ, 2002. 106-107. pp.

<sup>22</sup> Vö. PALLATH, Paul (szerk.): *Code of Eastern Canon Law English traslation of the four apostolic letters Issued Motu proprio by Pope Pius XII*. Oriental Institute of Religious Studies India, Oirsi Publications, Kerala, 2021. 113-159. pp.

<sup>23</sup> Vö. PĂCURARIU, Mircea: *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*. București, Editura Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, 1994.; MOVILA, Petru: *Orthodox Confession of Faith* In: *Studies in Sacred Theology*, n. 259 (Washington DC: Catholic University of America, 1975).; *Official Documents of the Great Holy Council of the Orthodox Church – The Sacrament of Marriage and its Impediments*, Chapter II, Points 3.-4.; *Official Documents of the Great Holy Council of the Orthodox Church – The Sacrament of Marriage and its Impediments*, Chapter II, Points 5.

<sup>24</sup> Vö. О канонических аспектах церковного брака. In: Архиерейский Собор 2017 г. <http://www.patriarchia.ru/db/text/5075384.html>

tekintetében sem jelenik meg. Az ortodox felekezetek szerint a nő, amennyiben betöltötte a 60. a férfi a 70. életévét, nem köthet házasságot. Álláspontom szerint ezt akadályt a házasság hármasként való tekintettel vezették be, hiszen ilyen idős korban a gyermek nemzése még elképzelhető, de a nő részéről a gyermek vállalása már csak extrém esetekben. Külön érdeklődésre tarthat számot, hogy az ortodoxia szintén egyedülként, tilalmazza a nemváltó műtéten átesettek és nemet váltottaknak az ortodox felekezet joga alapján történő házasságkötését. Ilyen jellegű szabályozás másik felekezet vagy vallás szabályozásában nem lelhető fel.

A házassági akadályok, érvénytelenségi okok tekintetében a zsidó és muszlim vallás több érdekességet is rejt. A zsidó vallás esetében a Tóra szabályozása adja az alapot, amelyet a jogtudósok tovább magyaráztak. Azonban a zsidó jog nem alkalmaz külön abszolút és relatív érvénytelenítő okokat, csak a papi rend tekintetében. Egyébként az akadályok mindenki számára azonos módon állnak fenn, és érvénytelenné teszik a házasságkötést. Ilyenek: a korhiány, a vérségi kapcsolatokból fakadó akadályok, és a fennálló házasság. Lényeges az, hogy az akadályok alól nem lehet felmentést szerezni, és az ilyen akadályokkal kötött házasság akkor is érvénytelen, ha az a szabályos zsidó házasságkötés szerint történik.<sup>25</sup> A zsidó jogban is megjelenik az a szabály, amelyet már az ortodox felekezet esetében is bemutattam: sem az ortodoxia nem engedi azt, hogy ortodox személy más felekezethez tartozóval kössön házasságot, sem a zsidó vallás azt, hogy a zsidó, nem zsidó személlyel kössön házasságot. Az ilyen házasság szintén minden körülmények között érvénytelen. A kohén<sup>26</sup> nem köthet házasságot elvált személlyel, prozelitával,<sup>27</sup> olyanal, aki kifogásolt kapcsolatban vagy ágyasságban él, – itt ismét megjelenik az erkölcsi, etikai elem – vagy aki kohén tilalmazott házasságából származik.

A muszlim házasságjogban is megjelennek azok a tilalmak, amelyek megakadályozzák, illetve érvénytelenné teszik, fennállásuk esetében a házasságot.<sup>28</sup> A muszlim jog is elsősorban a vérségi viszonyok alapján állít fel tilalmakat: a vérrokonság és a sógorság ilyen akadály. Ugyanakkor vallási szabályokat is felállít, a Korán szabályai alapján, különbséget téve a férfi és a nő jogai között. A férfi feleségül vehet muszlim és nem muszlim nőt is, a nő pedig csak muszlimhoz mehet feleségül. Amennyiben a férfi nem érte el a pubertást, atyai hatalom alatt áll, és házasságáról az apa, vagy az apai nagypapa dönt. A nő esetében hasonló a helyzet addig, amíg el nem éri a pubertást, mint a házasságkötés minimum korhatárát. Ez körülbelül a betöltött 12. életévtől kezdődik. A muszlim vallás esetében is az előzőekben ismertetett szabályok érvénytelenné teszik a házasságot, és alóluk nincs lehetőség felmentést nyerni, tehát csak abszolút akadályokról beszélhetünk.

#### 4. A jegyesség kérdése

A magyar családjog jelen pillanatban nem szabályozza a jegyességet így az jelenleg az egyházjogban létező jogintézmény. A polgári jog csupán a jegyességhez kapcsolódó egyes maradék joghatásokat szabályozza, amelyek kizárólag vagyoni jellegűek. A házasság elmaradásból eredő kiadások megtérítésére a Ptk. utaló magatartásról szóló szabályozása alapján, mint biztatási kár elképzelhető. A jegyesség alatt a házasságra tekintettel adott

<sup>25</sup> Vö. HEKA László: *A zsidó jogrendszer alapjai*. Szeged, Polay Elemér Alapítvány, 2009. 183. p. és DONIN, Hayim Halevy: *Zsidónak lenni*. Budapest, Göncöl Kiadó, 1998. 261-263. pp.

<sup>26</sup> Papi rendbe tartozó férfi.

<sup>27</sup> Olyan személy, aki felnőtt korában, más felekezetből vagy vallásból tér át a zsidó vallásra.

<sup>28</sup> Vö. RIZVI, Sayyid Muhammad: *Marriage and Morals in Islam*. Toronto, Islamic Education & Information Centre, 2001. és PICCHI, Margherita: *Muslim Marriage and Contemporary Challenges*. In: Lukens-Bull, R., Woodward, M. (szerk.) *Handbook of Contemporary Islam and Muslim Lives*. Springer, Cham. 2020.

ajándékok sorsa tekintetében a polgári jog elvei alapján az az álláspont, hogy az alapul szolgáló feltevés megghiúsulása esetében, – azaz a házasság megghiúsulása esetében – ha e nélkül az ajándékozás nem történt volna meg, akkor visszakövetelhetők.<sup>29</sup> A római katolikus és a protestáns egyházjogokban is a jegyesség, – mint idejét múlt jogintézmény – nincsen szabályozva, bár a gyakorlatát az egyházjogok nem is tilalmazzák. A katolikus házasságjog nem is a 'jegyes' szakkifejezést alkalmazza, hanem házassági ígéretnek nevezi, amely minőségi különbséget jelez, ugyanis míg az 1918-ban kiadott Codex Iuris Canonici-ben, a jegyességhez még kötődnek joghatások, és magát a jegyességet is jogintézmény volt,<sup>30</sup> addig az 1986-os egyházi törvénykönyvben már nem szabályozzák.<sup>31</sup> Annyit a kódex a Ptk.-hoz hasonlóan szabályoz, hogy egyrészt a házassági ígéretből nem származhat kereset a házasság kikényszerítésére, másrészt a megghiúsult házassági ígéretből származhat igény vagyoni jellegű kártérítésre.<sup>32</sup> A házasságkötésre vonatkozó ígéret, tehát jogi kötőerővel nem rendelkezik, amennyiben a felek között létrejön, akkor is fel lehet azt bontani. A protestáns egyházjogok a jogfejlődésük jelenlegi állása alapján nem rendelkeznek a jegyességről, tehát sem annak létrejöttében, sem pedig megszűnése esetében sincsen eljárásrendjük a jegyességgel kapcsolatban. Természetesen annak nincsen akadálya, hogy a házasságkötés előtt állók, 'eljegyezzék' egymást, de jogi relevanciája nincsen, a protestáns egyházjogban.

A görögkatolikus, az ortodox, a zsidó és részben a muszlim egyházjog szempontjából azonban a jegyesség időszaka jogi értelemben is jelentős. A görögkatolikus felekezet és az ortodox házasságkötési szertartás első része maga az eljegyzés. A görögkatolikus felekezeti egyházjog ugyan szabályozza a jegyességet, de a római katolikus felekezethez hasonlóan a keleti egyházak egyházjogát tartalmazó törvénykönyv is kijelenti, hogy a jegyességből nem keletkezik a házassági ígéret kikényszerítésére szolgáló kereset. A jegyesség időszaka a keleti katolikus felekezethez tartozó közösségek esetében eltérő lehet, általában 1 és 6 hónap közé tehető időszak.<sup>33</sup> A keleti egyházak házasságjoga a házasságkötés két fő mozzanatát különböztetik meg: az első az eljegyzés, a második a megkoronázás. Az eljegyzés joghatása a keleti egyházak és felekezetek jogrendjében azonos a házassággal, azaz a felek már az eljegyzés megtörténtétől gyakorolhatják a házastársi jogokat és kötelezettségeket, beleértve a szexuális jellegűeket is. A görögkatolikus és az ortodox egyház is a két mozzanatot összefűzi egy eseménnyé, így az eljegyzés és a megkoronázás ugyanabban az időpontban történik, tehát az eljegyzés jelképeessé válik.<sup>34</sup>

A zsidó egyházjogban is nagy jelentősége van az eljegyzésnek, a kiddusinnak.<sup>35</sup> Az ortodox házasságjogban már ismertetett szabályokhoz hasonlóan, a zsidó házasságjogban is az eljegyzés joghatása hasonló a házasságéhoz. Az eljegyzés két fontos mozzanata a gyűrűnek a nő ujjára húzása és az e közben elmondott szavak, amelyek az eljegyzés tényét rögzítik.<sup>36</sup> A házassági joghatások akkor állnak be már az eljegyzéskor, ha a férfi a gyűrűn kívül, valamilyen más jegyajándékot is átad.<sup>37</sup> Az eljegyzés érvényességéhez szükséges két hitelesítő tanú jelenléte is, akik nélkül az eljegyzés nem jön létre, nevüket pedig a házassági szerződésben is fel kell

<sup>29</sup> Vö. HEGEDŰS, 2022. 51. p.; BARZÓ, 2017. 71-72. pp. és BARZÓ-KATONÁNÉ, 2021. 35-37. pp.

<sup>30</sup> DE GASPERRI, Pietro-SERÉDI Jusztinián: *Codex Iuris Canonici Fontes*. Roma, Typis Polyglottis Vaticanis, 1923.

<sup>31</sup> Vö. ERDŐ Péter: Egyházi Törvénykönyv, Budapest, Szent István Társulat, 2015. 1083-1094. kánonok

<sup>32</sup> Vö. ERDŐ, 1991. 408-409. pp. és KUMINETZ, 2002. 95-96. pp.

<sup>33</sup> Vö. *The particular law of the ukrainian greek catholic church*. Promulgated by the Major Archbishop Sviatoslav Shevchuk April 7, 2015

<sup>34</sup> PAPP Miklós: „Megkoronáztat” A házasságkötés misztériuma. Szeged, Lazi Könyvkiadó, 2022. 105-109. pp.

<sup>35</sup> Jelentése: megszentelés, vagy szentség. Értelme: A "vásárlás" úgy történik, hogy a vőlegény gyűrűt húz a menyasszony ujjára a tanúk előtt, ezt megelőzően a vőlegény elmondja, hogy ez által a gyűrű által szenteli meg feleségét.

<sup>36</sup> Vö. DONIN, 1998. 261. p. Háré át m'kudaset li b'tábaát zo k'dát Mose u'Jisráél.

<sup>37</sup> Vö. HEKA, 2009. 186. p.

tüntetni. Az eljegyzés után a férfi saját házába viheti a menyasszonyt és ott vele szexuális kapcsolatot is létesíthet.

A muszlim jogban nincsen a keresztény vagy zsidó vallásban már ismertetett eljegyzési szertartás, ám a shari'a rendelkezik az eljegyzésről, mint a két fél közötti olyan megállapodásról, amely visszavonható.<sup>38</sup> A zsidó és ortodox joggal ellentétben, azonban a muszlim jogban az eljegyzés nem azonos a házassággal, a felek a házastársak jogait és kötelezettségeit még nem gyakorolhatják, sőt a jegyesek nem is találkozhatnak egymással felügyelet nélkül és sehová sem mehetnek el együtt. Az eljegyzés véleményem szerint a muszlim jogban (és a zsidó jogban is) a házassági szerződés biztosítéka, annak biztosítására szolgál, hogy a nő ne kössön házassági szerződést mással, annak fennállása alatt.

## 5. A házasságkötés folyamata

A polgári házasságkötés rendszerében a házasságkötés alaki feltételeit a Ptk. adminisztratív szabályait az anyakönyvi eljárásról szóló törvény szabályozza. Alaki feltétel, hogy a feleknek két tanú jelenlétében, az önkormányzat hivatali helyiségében kell házasságot kötnie.<sup>39</sup> Ahhoz, hogy a házasság létrejöjjön több konjuktív feltételnek is meg kell felelnie: kizárólag egy férfi és egy nő kötheti meg, a feleknek együttesen kell jelen lenniük az önkormányzat hivatali helyiségében, ahol az anyakönyvvezető (esetlegesen a polgármester) előtt személyesen tesznek nyilatkozatot a házasság megkötéséről, amelynek egybehangzó 'igen' nyilatkozatnak kell lennie, amely konstitutív hatályú. Ezt követően az anyakönyvvezető deklaratív hatállyal a házasság létrejöttét megállapítja, és azt az anyakönyvbe bejegyzi.<sup>40</sup> Ezek a lépések különösen azért fontosak, mivel a protestáns házasságkötés mozzanatai megegyeznek a polgári házasságkötés formai és alaki követelményeivel, mivel a protestáns felekezetek elfogadják érvényesként a polgári házasságkötést.

A házasságkötés formája a különböző egyházjogokban eltérő lehet. Itt kell elsősorban különbséget tenni azon egyházjogok között amelyek szentségnek tekintik a házasságot és azok között, amelyek szerződésnek, vagy tisztán polgári aktusnak. Ahogyan az előzőekben kifejtettem, tisztán polgári aktusnak elsősorban a protestáns felekezetek tekintik a házasságot, tehát ők csak a házasság utólagos megáldására szorítkoznak, a saját szertartásuk keretei között. Szentségnek tekintik a házasságot a keresztény felekezetek közül a katolikus, görögkatolikus és ortodox felekezetek, illetve a zsidó egyház bizonyos mértékben. Ugyanakkor a szerződés-jelleg dominánsabb a zsidó és a muszlim egyház tekintetében.

A katolikus felekezet egyházjogában a házasságkötés nem csupán szertartási aktus, hanem egyben jogi cselekmény. A katolikus szertartás keretében új jogi kapcsolat jön létre a házasodni szándékozó felek között, amely független attól, hogy a felek kötöttek-e már polgári jogi házasságot vagy sem. Az állam szempontjából a katolikus felekezet házassága nem létező házasság, ugyanígy a katolikus felekezet álláspontja szerint a polgári házasság két katolikus felekezethez tartozó személy között szintén nem létező házasság. Jogi szempontból a görögkatolikus, az ortodox és a zsidó felekezet álláspontja is ugyanez: tehát ezek a felekezetek sem fogadják el érvényes házasságnak a tisztán polgári házasságot, felekezeteik tagjai számára kötelező a saját felekezet joga szerinti házasságkötés is. A katolikus felekezet házassági joga szintén konjuktív feltételeket ír elő a házasság megkötése esetére. A házasságkötés kizárólag férfi és nő között létrejövő, egész életre szóló életközösség. Lényeges, hogy a házasságkötéskor a feleknek egyidejűleg kell jelen lenni, de ez megvalósulhat személyesen vagy képviselő útján

<sup>38</sup> Vö. RIZVI, 2001. 51. p.

<sup>39</sup> Vö. VÉKÁS-GÁRDOS, 2020. 711. p. és HEGEDŰS, 2022. 61. p.

<sup>40</sup> Vö. HEGEDŰS, 2022. 59. p.; HERGER-KATONÁNÉ, 2021. 41-43. pp. és BARZÓ, 2017. 66-67. pp.

is. A polgári házasság esetében Magyarországon képviselő útján nem lehet házasságot kötni, de néhány európai ország családjogi rendelkezései között találunk arra is példát, hogy képviselő útján is lehetséges a házasságkötés.<sup>41</sup> A házasságot kötő személyeknek a házassági beleegyezésüket szóban kell kifejezniük. Szükséges a két tanú jelenléte, és az, hogy a felek a házasságot a házasságkötésben való közreműködésre illetékes lelkész előtt, a területileg illetékes plébánia templomában kössék meg.<sup>42</sup> A szertartás fontos eleme a gyűrűk ujra húzása, bár ennek elmaradása a házasság érvényességét nem befolyásolja.<sup>43</sup> Mivel a katolikus felekezet tekintetében a házasság szentség, így a házasságot jogi szempontból nem a lelkész jelenléte hozza létre, hanem a felek egybehangzó akaratnyilvánítása. A lelkész hivatalos tanúként vesz részt a szertartás levezetésében, és szerepe deklaratív jellegű, az érvényesség megállapítása és anyakönyvezése a feladata, ugyanúgy, mint a polgári házasságkötés esetében az anyakönyvvezetőé. A görögkatolikus felekezet esetében mindazon feltételeknek ugyanúgy fenn kell állnia, mint a római katolikus felekezet esetében, annyi különbséggel, hogy a pap jelenléte és áldása szerves része a házasság jogi érvényességének, tehát ennek elmaradása esetében nem jön létre érvényes házasság. A görögkatolikus felekezet esketési szertartásának két fő része az eljegyzés, – amelyről már ejtettem szót, – és a megkoronázás, amely egy valóságos mozzanat, a férfi és a nő fejére valóban koronát helyeznek.<sup>44</sup> Ez a mozzanat megjelenik az ortodox szertartásban is. A görögkatolikus felekezethez tartozó személyek csak görögkatolikus lelkész előtt, és templomban köthetnek érvényesen házasságot.<sup>45</sup> Még egy jelentős eltérést találhatunk a görögkatolikus felekezet házasságjogában: nem engedi meg a képviselő útján történő házasságkötést.

Az ortodox felekezet házasságkötési szertartásának lényeges elemei ugyanazok, mint a görögkatolikus felekezet esetében. Lényeges eltérés, hogy az ortodox házasságjog tiltja azt, hogy a házasságot kötők először egyházi, majd a polgári házasságot kössenek. A polgári házasságkötésnek van elsősége. Az ortodox egyházakhoz tartozó személyek számára nem nyitott, a katolikus felekezethoz már megismert vallásközi házasságkötés, tehát az ortodox egyházakhoz tartozó személy, csak és kizárólag ortodox vallásúval köthet házasságot. A házasságkötéskor a feleknek személyesen kell jelen lenniük, és egybehangzó szabad akaratnyilvánítással kell kifejezésre juttatniuk döntésüket. Szükséges legalább két tanú jelenléte is, ez konjuktív feltétel, illetve a területileg illetékes lelkész előtt kell a házasságot megkötni.

A zsidó egyházhoz tartozó személyek számára csak akkor érvényes a házasságkötés, amennyiben azt a zsidó vallás szabályai szerint teszi, így tehát a tisztán polgári házasságkötést nem fogadják el érvényes házasságkötésnek. A zsidó házasságkötésnek is lényegi eleme az eljegyzés, amelynek lépéseit korábban már kifejtettem. Második része a házasságkötés, amely a zsinagógában zajlik. Lényeges szereplője a vőlegény, a házasságlevél megírására képzett írnok, a menyasszony és a rabbi. A szertartás mozzanatai konjuktív jellegűek, nem lehet felcserélni vagy kihagyni, mert az érvénytelen házasságot okozna. A szertartás keretében készítik el a ketubának<sup>46</sup> nevezett házasságlevelet, amely a nő jogait tartalmazza. A ketubát a szertartás keretében adják át a nőnek, és tulajdonképpen ezzel jön jogi értelemben létre a házasság. Az áldások és egy pohár bor elfogyasztása után a vőlegény aranygyűrűt húz a nő

<sup>41</sup> Pl. Olaszország házasságjoga alapján.

<sup>42</sup> Ezek a tridenti zsinat rendelkezései, a nyilvánosság biztosítását szolgálják. Területileg mindig a menyasszony plébánosa illetékes a házasságkötésen jelen lenni.

<sup>43</sup> *A házasságkötés szertartásának rendje*, Budapest, Szent István Társulat, 2006.13-15. pp.

<sup>44</sup> Vö. PAPP, 2022. 105 -109. p.

<sup>45</sup> Vö. ERDŐ, 1991. 452. p.

<sup>46</sup> A ketubát valójában már az eljegyzéskor elkezdik írni, ez a rabbi, vagy a rabbi által hivatalosan megbízott írásszerkesztő feladata, hiszen héber nyelven íródik. Manapság már előre megírt és/ vagy előre nyomtatott iratot használnak, amelybe csak beírják a felek neveit.

ujjára, majd félrevonulnak egy külön szobába, jelképesen egyedül maradnak. Ez jogi szempontból, a házasságkötés érvényességéhez elengedhetetlenül szükséges szexuális együttlétet jelképezi, hiszen a katolikus felekezet egyházjogához hasonlóan, a gyermekek nemzése, és az ehhez szükséges cselekmény elengedhetetlen feltétele a házasságnak.<sup>47</sup> A házasságkötéskor a két félnek személyesen jelen kell lennie, és szükséges legalább két tanú jelenléte is, ám az esküvő kezdete előtt fel kell állítani a minjant,<sup>48</sup> a 10 férfiból álló imaközösséget, és ez is a nyilvánosság biztosítását szolgálja.

A muszlim házasságjog alapvetően szerződési alapú. természetesen felállít bizonyos szabályokat, amelyek legfőképpen a házassági anomáliák kiszűrésére szolgálnak, de magára a házasságkötés folyamatára vonatkozóan nem állítanak fel szabályokat, tehát ezt a házasulni készülő felek és családjuk szabadon határozzák meg.<sup>49</sup> A házasságkötésnek három fő mozzanata van: a férfinak a nő felé irányuló házassági ajánlata, amelyet általában a felek családja mérlegel, és határoz róla. A házassági ajánlatot el kell fogadnia a nőnek és családjának a házasság érvényes megkötéséhez.<sup>50</sup> Ezek után magát a szerződést írásba kell foglalni, mégpedig arab nyelven, e nélkül a szerződés nem érvényes.<sup>51</sup> Végül azt kell megállapítani, hogy a házasságkötésnek van-e valamilyen jogi hiányossága, amely a házasságkötést érvénytelenné tenné. Erre a célra szolgál az, hogy két tanú jelenléte elengedhetetlen a szerződés elkészítésekor, nevüknek szerepelnie kell a szerződésben. A házasságkötéshez nincs szükség akár az állam, akár a muszlim egyház részéről hivatalos személy részvételére. Sőt még a nő jelenléte sem elengedhetetlen, elégséges, ha képviselője jelen van. Azonban a szertartást mégis általában ünnepélyessé teszik, a Koránból felolvassnak, és az imám, vagy más nagy tekintélyű férfi imádságot mond. Több muszlim többségű államban mára már előírása a házasságlevél nyilvántartásba vétele is.<sup>52</sup>

## 6. A házasság felbontása

A magyar családjog 1894 óta ismeri a házasság felbontásának lehetőségét, hiszen a házasságjogról szóló törvény ezt szűk körben, és konkrét válóokokat meghatározva a vétkesség elvét alkalmazva bevezette.<sup>53</sup> Az 1952. évi IV. törvény amely a házasság, a család és a gyámság szabályait rendezte, szakítva a vétkességi elvvel a házasság feldúltságára helyezte a hangsúlyt, és ezt a Ptk. Családjogi könyvének szabályai is átvették.<sup>54</sup> Így jelenleg hatályos családjogunkban a házasság felbontásának lehetősége nyitva áll a felek előtt, egyrészről az tényállásos bontás alapján, amelynek feltétele a házasság teljes és helyrehozhatatlan megromlása, vagy pedig a közös megegyezéssel történő bontás szerint.<sup>55</sup> Az vallási házassági jogoknak nem mindegyike engedélyezi a házasság felbontását. jellemzően azok, amelyek szentségnek tekintik a házasságot nem engedélyezik a házasság felbontását, de nem mindegyik egyházjogra igaz ez az állításom. A római katolikus és görögkatolikus felekezet nem

<sup>47</sup> Lásd. Vö. MARGALIT, Yehezkeel: *The Jewish Family: Between Family Law and Contract Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2019. 51. p.

<sup>48</sup> Legalább 10 felnőttkorú férfi jelenléte szükséges ahhoz, hogy a hivatalos szertartásokat el lehessen végezni, ez a minjan.

<sup>49</sup> MAUDUDI, Abu-L-A'la: *Islám életmód*. Budapest, Magyarországi Muszlimok Egyháza, 2007. 45. p.

<sup>50</sup> Összességében lásd: PICCHI, Margherita: *Muslim Marriage and Contemporary Challenges*. In: Lukens-Bull, R., Woodward, M. (szerk.) *Handbook of Contemporary Islam and Muslim Lives*. Springer, Cham. 2020.

<sup>51</sup> Concept of Marriage under Islam. <https://old.amu.ac.in/emp/studym/99995934.pdf>

<sup>52</sup> Vö. PICCHI, 2020. 14. p.

<sup>53</sup> <https://net.jogtar.hu/getpdf?docid=89400031.TV&targetdate=&printTitle=1894.+%C3%A9vi+XXXI.+t%C3%B6rv%C3%A9nyek&referer=1000ev>

<sup>54</sup> Vö. HEGEDŰS, 2022. 73-77. pp.

<sup>55</sup> Vö. BARZÓ, 2017. 95. p.

engedélyezi a házasság felbontását. Az ortodox, protestáns, zsidó és muszlim pedig engedélyezi, vagy teljes egészében vagy szűkített keretek között.

A római katolikus és görögkatolikus felekezet az érvényes házasságot valamelyik házaspár élete végéig érvényesnek és felbonthatatlannak tekinti, ehhez mérten kifejezetten csak a házasság érvénytelenségének megállapítására van lehetőség. A házasság érvénytelenségét akkor lehet megállapítani, ha a házasság valamely lényegi eleme hiányzik, vagy valamely a házasságot érvénytelenné tevő ok fennáll. A katolikus és görögkatolikus házasságjog alapján a házasság két fajtája esetében lehetséges a házasság érvénytelenségének megállapítása: az egyik ilyen, ha ugyan érvényes volt a házasság, de nem volt szentségi, mivel vagy nem két katolikus között jött létre, vagy a katolikus és nem katolikus fél nem kapott felmentést, illetve a másik eset, ha ugyan a házasság szentségi, azaz érvényes, de nem hálták el, ez ugyanis lényegi feltétele a házasság érvényességének.<sup>56</sup> Az el nem hált házasságok érvénytelenítése a pápa joga, amelyet a püspöki székhelyeken felállított egyházi bíróságokon keresztül történik. Az érvényes, de nem szentségi házasságok azonban maguktól bomlanak fel: egyrészt a *privilegium paulinum*<sup>57</sup> alapján, másrészt külön pápai engedéllyel. A házasság felbontásának rendszere igen bonyolult a római katolikus és görögkatolikus felekezet egyházjogában, és a teljesedésbe fordulása legalább 6 hónap.

A protestáns egyházjogok tekintetében nincs külön szabályozás a házasság felbontására. A református és evangélikus felekezet elfogadja, – ha nem is tartja helyesnek – a házasság polgári jog alapján történő felbontását, és nem alkalmaz semmilyen saját eljárást. Egyetlen kivétel mindkét felekezet esetében az, ha a lelkész bontja fel házasságát,<sup>58</sup> mert ez az eset fegyelmi eljárás lefolytatására adhat okot, amennyiben bebizonyosodik, hogy a házasság a lelkész hibájából romlott meg.<sup>59</sup>

Az ortodox felekezet egyházjoga ugyan engedélyezi a házasság felbontását, de a római és görögkatolikus felekezethez hasonlóan ez csak egyházi bíróság előtti eljárás keretei között lehetséges, azaz az ortodox felekezet sem tekinti saját joga szerint érvényesnek a polgári házasságfelbontást. Az ortodox felekezet jogrendjében a házasság felbontásának legfőbb, legjelentősebb oka a házasságtörés, ezt feltétlenül a házasság megromlásának jeleként tekintik. Ezen belül számtalan rész-okot határoz meg a házasságjog, amelyek nagyban hasonlítanak a római és görögkatolikus egyházban házassági akadályként jelöltesetekhez. Pl., ha valamelyik fél elszakad az ortodoxiától, vagy ha a valamelyik fél házasságát polgári bíróság előtt felbontja, és újra polgári házasságot köt, illetve pl. az államellenes összeesküvés, és az előzetes és fennálló örökös közösülési képtelenség. Az egyházi bíróság döntését viszont az ortodox jog alapján nem befolyásolja az, hogy a házasságot a polgári bíróság felbontotta-e vagy sem, míg a katolikus és görögkatolikus felekezet egyházjoga előírja a polgári bíróság határozatának bemutatását, az eljárás megkezdése előtt.<sup>60</sup>

A zsidó és a muszlim jogban a házasság felbontása hasonló, mint annak megkötése. Mivel kifejezetten kontraktuális jellegű eljárásról van szó a házasságkötés kapcsán, így annak

<sup>56</sup> Vö. ERDŐ, 1991. 465-471. pp. és KUMINETZ, 2002. 309-321. pp.

<sup>57</sup> *Privilegium Paulinum*: a két meg nem keresztelt személy házassága érvénytelenné válik akkor, ha: az egyik megkeresztelkedik és új házasságot köt, ha a másik meg nem keresztelt fél különválik tőle.

<sup>58</sup> Vö. 2000. évi I. törvény a református egyház törvénykezéséről, a 2013. évi I. törvény a lelkészek jogállásáról és szolgálatáról és az 2005. évi III. törvény az egyházi szolgálatról és az egyházi szolgálatot végzőkről

<sup>59</sup> *Les Ordonnances Ecclésiastiques de l'Eglise de Genève*. 24. pont „24. Mais premièrement est à noter, qu'il y a des crimes qui totalement sont intolérables en un Ministre: et y a des vices qu'on peut aucunement supporter, moyennant qu'on en face admonitions fraternelles.” <http://www.kerkrecht.nl/node/2161>

<sup>60</sup> Vö. BERKI Feriz: *Az ortodox kánonjog*. In: Rác Lajos (szerk.): *Felekezeti egyházjog*. Budapest, HVG-Orac, 2004. 136. p.

felbontása is a szerződések megszűnésének formai követelményei szerint történik. A zsidó házasságjog a polgári bíróság házasságot felbontó határozatát nem fogadja el, ehhez szükséges a rabbinikus bíróság döntése is. A házasság felbontását alapesetben a férj kezdeményezheti a Bét Din előtt,<sup>61</sup> és hasonlóan történik a házasságkötéshez: míg a házasságkötéskor a ketubát, a házasságlevelet adja férj át a feleségének, addig a házasság felbontásakor a get-nek nevezett válólevelet, amelyet a bíróság írnokának, arám nyelven kell elkészíteni.<sup>62</sup> A get érvényességéhez szükséges két tanú is, amelyek nevének szerepelnie kell a get-ben is. Ezen kívül a get-ben szükséges a házasságot felbontó felek nevének, és a pontos dátumnak a feltüntetése is. A get-et a férjnek tanúk előtt kell a feleségnek átadnia, illetve szóban is ki kell nyilvánítania válási szándékát, ez a házasság felbontásának érvényességi kelléke. A házasság felbontásának elsődleges oka, akárcsak az ortodox felekezet esetében, a házasságtörés, a férj csak ezen okból kezdeményezheti a házasság felbontását,<sup>63</sup> a nő nagyon szűk körben, csak akkor kezdeményezhet, ha a férj nem tudja teljesíteni a gyermeknemzéssel kapcsolatos kötelezettségeit.<sup>64</sup> A zsidó házasság felbontásának előfeltétele lehet a polgári bíróság általi bontást megtörténtét igazoló határozat bemutatása.<sup>65</sup> Időnként előfordulhat az, hogy közvetítő útján történik a házasság felbontása, de ez nem jellemző. Ha valamelyik fél nem hajlandó részt venni a Bét Din eljárásában, akkor a házasságot nem lehet felbontani, tehát egyoldalú kérelemre ugyan, de mindkét fél részvételével zajlik az eljárás.

A muszlim házasságjog csak akkor engedélyezi a házasság felbontását, ha a házassági életközösség megromlása oly mértékben megmérgezi a békés otthoni légkört, hogy a közös élet lehetetlenné válik. Ez természetesen nem feltétlenül jogi kategóriát jelent, hiszen nagyon általános megfogalmazás. A házasság felbontásának folyamata alapvetően hasonló a zsidó jogban megismert formához, annyi különbséggel, hogy nem bíróság előtt zajlik. A muszlim jog ismer visszavonható és visszavonhatatlan bontást is. A formáját tekintve lehet szóbeli és/vagy írásbeli is, és a feleség jelenléte, – akárcsak a házasságkötés esetében, – nem szükséges. A férjnek két tanút előtt fennhangon kell kijelenteni azt, hogy a feleségétől elválk, ez szintén érvényességi feltétel, kötelező elem.<sup>66</sup> A házasság felbontása érvényessé a ténynek a feleség tudomására jutásától kezdve érvényes. A férj irányából érkező házasságfelbontási szándék esetében a mahr, a házasságlevélben kialakult összeg jár a feleségnek.<sup>67</sup> Amennyiben a feleség kezdeményezi a válást, – ez akkor lehetséges, ha a feleségnek oka van megtagadni a testi kapcsolatot férjétől, – akkor nem jár a számára a házasságlevélben kialakult összeg, sőt ez a teher meg is fordulhat.<sup>68</sup> A bíróság előtti eljárásra, extrém esetben, súlyos okból van csak szükség és lehetőség, a nő kezdeményezésére, pl. ha a férj kegyetlenkedik feleségével, vagy

<sup>61</sup> A Bét Din rabbinikus bíróság, amely legalább három tudós, felavatott rabbiból áll. Tudós természetesen azt jelenti, hogy a zsidó jogban és a vallási előírásokban járatos.

<sup>62</sup> HEKA, 2009. 199-200. pp. és JÁNY János: *A világ főbb jogrendszerei- A nem nyugati jogkultúrák*. Budapest, Pázmány Péter Katolikus Egyetem jegyzete, 2011. 39. p.

<sup>63</sup> Vö. HEKA, 2009. 198. p.

<sup>64</sup> Uo. 195. p.

<sup>65</sup> SOLOVY, Jodi M.: *Civil Enforcement of Jewish Marriage and Divorce: Constitutional Accommodation of a Religious Mandate*. In: De Paul Law Review. Volume 45. Issue 2., Winter, 1996. 493-535. pp.

<sup>66</sup> SAADU, Kadi Aminu: *Divorce proceedings: islamic law perspective*. Abuja, National Juridical Institute, 2017. 6. p.

<sup>67</sup> Közkeletű tévedés, hogy a muszlim nők azért hordanak annyi ékszer, mert ha a férjük váratlanul elküldi őket, csak azt vihetik magukkal ami rajtuk van. Ez régebben a rabszolgaság rendszerének fennállása alatt, a szolgák tekintetében elképzelhető volt, de a törvényes házasságban élők esetében, a nő mindazt elviheti, ami az övé, a mahr-t és az értékeit is.

<sup>68</sup> Válás utáni pénzügyi támogatás, vagy válás utáni fizetés, amelyet a férj fizet a volt feleségének annak érdekében, hogy növelje önbecsülését, és csökkentse a „elvált nő” kifejezéshez kapcsolódó társadalmi és gazdasági megaláztatás negatív hatását és fordítva.

ha a férj megszegi a házassági szerződésben vállalt kötelezettségeit.<sup>69</sup> Ismert még kölcsönös megegyezésen alapuló forma is, amely keretében a felek nem támasztanak egymással szemben követeléseket, de a férj a házassági szerződés alapján meghatározott összeget ki kell fizetnie a feleségének.<sup>70</sup>

### Összefoglaló gondolatok

A vallási jogokban a jog és az erkölcs eszméje szorosan fonódik össze. Az erkölcsöt R. Posner úgy definiálja, hogy az mások iránti köteleességek összessége,<sup>71</sup> illetve olyan magatartásokat tilalmaz, amelyek nem tekinthetők etikusnak.<sup>72</sup> A jog viszont ezzel szemben az állam által alkotott vagy elismert olyan általános magatartási szabály, amelynek érvényesülését az állam biztosítja. G. Jellinek e két diszciplínát így foglalja össze: a jog, az erkölcs minimuma.<sup>73</sup> A vallások az emberi életet alapvetően etikai-erkölcsi oldalról határozzák meg, a jognak pedig, amelyeket a vallások megalkotnak az erkölcsi oldal erősítése a feladata. A vallási jogok kiválóan példázzák azt a tényt, hogy a jog és az erkölcs nem, vagy nehezen választhatók el egymástól, és nem is szükséges különválasztani őket. Ugyancsak Jellinek megállapítása az, hogy minden társadalmi intézmény eredendően szorosan kapcsolódik a valláshoz, és csak a jog modernizációja próbálta ezeket különválasztani.<sup>74</sup>

A jog fejlődése során ez az elválasztás egyes vallások és felekezetek tekintetében sikeres volt, más vallások és felekezetek tekintetében azonban nem volt lehetséges. Azon államok esetében, amelyekben a fő vallási irányvonal a kereszténység, ez az elválasztás – részben, vagy egészben – sikeresnek mondható, de azokban az államokban, ahol a zsidó, vagy az iszlám az uralkodó vallás, a jog és erkölcs, illetve a jog és a vallás elválasztása nem lehetséges.

Az egyházjog feladata az, hogy az egyháznak, – mint a társadalomba épülő szervezetnek – azon viszonyait és feladatait rendezze, amelyeket a teológia eszközeivel nem lehetséges, vagyis az egyház szervezetét, a feladatainak teljesítéséhez szükséges keretek megalkotását és fenntartását, a különböző funkciók végzésének biztosítását, az adminisztrációt egyszóval mindazokat a feladatokat amelyek alapvetően nem a transzcendens létezéséhez, hanem az ebből fakadó funkcionális rendszerhez tartoznak. Ezzel a meghatározással alapvetően egyet tudok érteni abban a tekintetben, hogy az egyházjog mindenképpen az egyháznak azon külső ügyeit rendezzi, amelyeket teológiai eszközökkel nem lehetséges. Azonban annyi kiegészítést kell tennem, hogy az egyházak jogi rendszerét mégsem lehetséges anélkül vizsgálni, hogy a teológiai sajátosságokat is figyelembe ne vennénk, hiszen ezek a sajátosságok jelentősen meghatározzák az egyházak karakterét, és az ezekhez kapcsolódó jogi rendelkezéseket. Különösen igaz ez azoknál a vallásoknál, amelyeknél a tagsághoz nincs szükség formális aktusra,<sup>75</sup> hanem a valláshoz, a nemzetiséghez és a joghoz tartozás összekapcsolódik, mint pl. a zsidó, vagy muszlim vallás esetében. Az, aki zsidónak születik egyben a zsidó valláshoz

<sup>69</sup> Vö. MEHRAJUDDIN, Mir: *Divorce under Islamic law*. In: Cochin University Law Review Vol. IX, 1985. 336. p.

<sup>70</sup> SAH KAZEMI, Sonja Nurin: *Untying the Knot-Muslim women, divorce and the Sariah*. London, Nuffield Foundation, 2001. 50. p.

<sup>71</sup> Vö. POSNER, Richard A.: *The Problematics of Moral and Legal Theory*. In: Harvard Law Review, Vol. 111, No. 7 (May, 1998), pp. 1637-1717

<sup>72</sup> MISKOLCZI BODNÁR Péter: *Az erkölcs és a jog szoros kapcsolata*. In: Polgári Szemle, 2015. december - 11. évfolyam, 4-6. szám

<sup>73</sup> Vö. JELLINEK, Georg: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Verlag von O. Häring, 1914. 218-219. p.

<sup>74</sup> Vö. JELLINEK, 1914. 112.p.

<sup>75</sup> A keresztény vallás esetében a keresztségben való részesedés teszi a gyermeket, vagy felnőttet az egyház tagjává, tehát ez egy formális jogi aktus is, nem csak teológiai jellegű cselekmény.

tartozik, és ugyanígy aki muszlimnak születik, a muszlim valláshoz tartozik, és ez a tagság nem függ össze a születéskori és a nagykorúság elérést jelző beavatással.<sup>76</sup>

A fakultatív polgári házasságkötés vizsgálata során, gondolkodásomban azért kellett elsősorban figyelembe vennem ezeket a tényeket, mivel csak ebben az esetben elképzelhető az, hogy a fakultatív polgári házasság rendszerét adaptálni lehet ezen államok jogrendszerébe, ha a vallási és felekezeti jogok házasságkötéssel kapcsolatos szabályait, és elvárásait ismerjük. Ezen kívül az adaptáció másik feltétele az lehet, hogy ne csak ismerjük a vallási és felekezeti egyházjogok rendszereit, és működésüket, hanem figyelembe vegyük az ezekben és a magyar polgári jog található kapcsolódási pontokat, amelyek – főként a keresztni felekezetek tekintetében – összekötik ezeket a sajátos jogrendszereket és a magyar házassági jog szabályait.

## Bibliográfia

1. VAN HOECKE, Mark: *Methodology of Comparative Legal Research*. In: (2015) LAW AND METHOD. p.1-35, Boom Juridische Uitgevers
2. SCHANDA Balázs-ERDŐ Péter: *Egyház és vallás a mai magyar jogban*. Budapest, Szent István Társulat, 1994.
3. ERDŐ Péter: *Egyházjog*. Budapest, Szent István Társulat, 1991.
4. VÉKÁS Lajos-GÁRDOS Péter (szerk.): *Nagykommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*. Budapest, Wolters Kluwer Hungary, 2020.
5. HERGER Csabáné-KATONÁNE Pehr Erika: *Magyar családjog*, Budapest, Novissima Kiadó, 2021.
6. BARZÓ Tímea: *A magyar család jogi rendje*. Budapest, Patrocinium, 2017.
7. HEGEDŰS Andrea: *Polgári jog-Családjog*, BUDAPEST, R.I.M.Á.K., 2022.
8. KUMINETZ Géza: *Katolikus házasságjog*. Budapest, Szent István Társulat, 2002.
9. BULLINGER Henrik: *Második Helvét Hitvallás*, Kolozsvár, k.n. 2010.
10. REUSS András: „...őszintén és teljes hűséggel szeretik egymást” *A házasságletről Luther írásaiban*. In: *Lelkipásztor- Evangélikus teológiai szakfolyóirat*, 2022/3, 88-96. pp.
11. DONIN, Hayim Halevy: *Zsidónak lenni*. Budapest, Göncöl Kiadó, 1998.
12. PALLATH, Paul (szerk.): *Code of Eastern Canon Law English traslation of the four apostolic letters Issued Motu proprio by Pope Pius XII*. Oriental Institute of Religious Studies India, Oirsi Publications, Kerala, 2021.
13. PĂCURARIU, Mircea: *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*. București, Editura Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, 1994.
14. MOVILA, Petru: *Orthodox Confession of Faith* In: *Studies in Sacred Theology*, n. 259 (Washington DC: Catholic University of America, 1975).
15. *Official Documents of the Great Holy Council of the Ortodox Church – The Sacrament of Marriage and its Impediments*.
16. О канонических аспектах церковного брака. In: *Архиерейский Собор 2017 г.* <http://www.patriarchia.ru/db/text/5075384.html>
17. HEKA László: *A zsidó jogrendszer alapjai*. Szeged, Polay Elemér Alapítvány, 2009.
18. RIZVI, Sayyid Muhammad: *Marriage and Morals in Islam*. Toronto, Islamic Education & Information Centre, 2001.
19. PICCHI, Margherita: *Muslim Marriage and Contemporary Challenges*. In: Lukens-Bull, R., Woodward, M. (szerk.) *Handbook of Contemporary Islam and Muslim Lives*. Springer, Cham. 2020.

<sup>76</sup> Mindkét felekezet esetében a körülmetélés a születéskori, és a szent iratok olvasásának képességét igazoló ünnepség a nagykorúság elérésekor aktus.

20. DE GASPERRI, Pietro-SERÉDI Jusztinián: *Codex Iuris Canonici Fontes*. Roma, Typis Polyglottis Vaticanis, 1923.
21. ERDŐ Péter: Egyházi Törvénykönyv, Budapest, Szent István Társulat, 2015.
22. *The particular law of the ukrainian greek catolich church*. Promulgated by the Major Archbishop Sviatoslav Shevchuk April 7, 2015.
23. PAPP Miklós: „Megkoronáztad” A házasságkötés misztériuma. Szeged, Lazi Könyvkiadó, 2022.
24. MARGALIT, Yehezkel: *The Jewish Family: Between Family Law and Contract Law*. Cambridge, Cambridge Universty Press, 2019.
25. MAUDUDI, Abu-L-A'la: Iszlám életmód. Budapest, Magyarországi Muszlimok Egyháza, 2007.
  
26. PICCHI, Margherita: *Muslim Marriage and Contemporary Challenges*. In: Lukens-Bull, R., Woodward, M. (szerk.) *Handbook of Contemporary Islam and Muslim Lives*. Springer, Cham. 2020.
27. BERKI Feriz: *Az ortodox kánonjog*. In: Rácz Lajos (szerk.): *Felekezeti egyházjog*. Budapest, HVG-Orac, 2004.
28. JÁNY János: *A világ főbb jogrendszerei- A nem nyugati jogkultúrák*. Budapest, Pázmány Péter Katolikus Egyetem jegyzete, 2011.
29. SOLOVY, Jodi M.: *Civil Enforcement of Jewish Marriage and Divorce: Constitutional Accommodation of a Religious Mandate*. In: *De Paul Law Review*. Volume 45. Issue 2., Winter, 1996.
30. SAADU, Kadi Aminu: *Divorce proceedings: islamic law perspective*. Abuja, National Juridical Institute, 2017.
31. MEHRAJUDDIN, Mir: *Divorce under Islamic law*. In: *Cochin University Law Review* Vol. IX, 1985.
32. POSNER, Richard A.: *The Problematics of Moral and Legal Theory*. In: *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 7 (May, 1998)
33. MISKOLCZI BODNÁR Péter: *Az erkölcs és a jog szoros kapcsolata*. In: *Polgári Szemle*, 2015. december - 11. évfolyam, 4-6. szám.
34. JELLINEK, Georg: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Verlag von O. Häring, 1914.