

University of Pennsylvania Law Review

FOUNDED 1852

Korábban
American Law
Register

VOL. 151

DECEMBER 2002

NO. 2

CIKKEK

A JOGHATÓSÁG GLOBALIZÁCIÓJA PAUL

SCHIFF BERMAN†

Tegyük fel azonban, hogy a [vitatott] törvény kimondta volna, hogy bár a [Tobago] szigetén beperelt személy soha nem tartózkodott a joghatóság területén, mégis kötelezi őt, ha bizonyítja, hogy az idézést a bíróság ajtajára szögezte; hogyan lehetne ez kötelező más országok alattvalóira nézve? próbálkozik? Tobago szigete elfogadhat-e olyan törvényt, amely az egész világ jogait köti? Alávetné-e magát a világ egy ilyen feltételezett joghatóságnak? ¹

[†] A Connecticuti Egyetem jogi karának docense. Külön köszönettel tartozom a következő személyeknek a projekt különböző szakaszaiban nyújtott segítségükért: Kenneth Anderson, Rachel Barkow, Lofty Becker, Patricia L. Bellia, Bethany Berger, Phillip Blumberg, Anuj Desai, Laura Dickinson, Mark Drumbl, Graeme Dinwoodie, Christine Haight Farley, Marc Galanter, Kate Gordon, Robert W. Gordon, Rhoda Howard-Hassman, Helen Hershkoff, Dan Hunter, Mark W. Janis, Jonathan Kahn, Lisa Kloppenberg, Harold Hongju Koh, Peter Lindseth, Stewart Macaulay, Sally Merry, Diane Orentlicher, Leonard Orland, Jeremy Paul, Richard Pomp, David G. Post, Ellen Rigsby, Mark Rosen, Richard J. Ross, Ted Ruger, Vicki Schultz, Gregory Shaffer, Anne-Marie Slaughter, Avi Soifer, Catherine T. Struve, Colin Tait, David R. Tillinghast, Leti Volpp, Steven Wilf és Carol Weisbrod. Ezt a cikket a Yale2002. jogi karán júniusban megrendezett Stanford/Yale Junior Faculty Forumon való bemutatásra választották.

* * * * *

[Ez] arra való hivatkozás, hogy minden olyan kollektív viselkedés, amely a jövőbeli világokkal szemben vállalt kötelezettségeink szisztematikus megértését vonja maga után, egyenlő igényt tarthat a "törvény" szóra. Egy ilyen követelés következménye természetesen az, hogy megtagadjuk a nemzetállamtól a tisztségviselőinek kollektív viselkedését vagy a "kormányzó" normák egy speciális csoportjának szisztematikus betartását. Az ilyen "hivatalos" viselkedés és "hivatalos" normák státuszától nem tagadják meg a "jog" méltóságát. De meg kell osztoznia a méltóságán ezernyi más társadalmi felfogással. Minden egyes esetben az a kérdés, hogy mi a jog és kinek mi a törvény, ténykérdés, hogy mi a bizonyos közösségek hisznek, és milyen elkötelezettséggel vállalják ezeket a hiteket.

* * * * *

Az állampolgárságot úgy kellene elméletileg értelmezni, mint az emberek által elfoglalt többszörös szubjektum-pozíciók egyikét, mint a különböző térben elhelyezkedő, részben átfedő vagy nem átfedő kollektivitások tagjait. A nacionalizmust alkotó érzésstruktúrákat a közösség elképzelésének más formáinak kontextusába kell helyezni, a térnek a hely és az "otthon" megteremtésében való jelentőségének más eszközei.³

* * * * *

Ebben az összefüggésben nekünk, akik arra törekszünk, hogy akadémikusok legyünk, akik arra törekszünk, hogy kidolgozzuk a dolgokat, arra van szükségünk, hogy szabadon kidolgozzuk a dolgokat. Szükségünk van egy olyan térre, ahol kísérletezhetünk az ötletekkel anélkül, hogy elítélés uralkodna körülöttünk. . .

. . . [Ez a kibertér, ahol senkinek sincs joga kijelenteni, hogy az igazság az ő oldalán áll; és ahol senki sem tarthat igényt az elítélés jogára. Ez egy olyan tér, ahol szükségünk van a különböző, akár eretnek eszmék kipróbálására. Ebben a térben a hősök örültek lesznek... vagy örültek... vagy bolondok...]

A jog, kultúra és humán tudományok tanulmányozásával foglalkozó egyesület találkozóján a Pennsylvania Egyetem Jogi Karán; a Northeastern Egyetem Jogi Karán összehívott Junior Faculty Workshopon; valamint a Georgetown Egyetem Jogi Központjában, az Amerikai Egyetem Washington College of Law-ban, a Wisconsin Egyetem Jogi Karán, a Washington & Lee Jogi Karán, a Chicago-Kent Jogi Karán és a Connecticut Egyetem Jogi Karán tartott kari workshopokon. Hálás vagyok az összes ilyen ülés résztvevőinek hasznos visszajelzéseikért. Köszönöm továbbá Monica Debiak, Lynn Fountain, Dave Gaetano, Sarah Gessner, Lorene Park, Jeffrey Pease, Dorothy Puzio, Allison Rohrer, Marianne Sadowski, Shuyuan Tang és Heather Wood szorgalmas kutatási segítségét.

¹ Buchanan v. Rucker, Eng103. Rep. (546,K547.B. 1808).

² Robert Cover, *Az igazságszolgáltatás népmeséi: Tales of Jurisdiction, in NARRATIVE, VIOLENCE, AND THE LAW: THE ESSAYS OF ROBERT COVER* 173, 176 (Martha Minow et al. eds., 1992) (lábjegyzet kihagyva).

³ Akhil Gupta, *Az el nem kötelezett világ dala: Transnational Identities and the Reinscription of Space in Late Capitalism, in CULTURE, POWER, PLACE: EXPLORATIONS IN CRITICAL ANTHROPOLOGY* (179,Akhil193 Gupta & James Ferguson szerk., 1997).

... Másképp kell elképzelnünk ezeket a problémákat, és bátorítanunk kell...
kor emberei másképp képzelik el őket.⁴

BEVEZETÉS	314
I. TÍZ KHÍVÁS.....	327
A. <i>A "minimális kapcsolattartás" kihívása a kibertérben</i>	329
B. <i>Az e-kereskedelem kihívása</i>	330
C. <i>A nemzetközi adózás kihívása</i>	334
D. <i>A beszéd</i>	<i>területenkívüli szabályozásának kihívása</i> 335
E. <i>A nyugvó kereskedelmi klauzula</i>	<i>kihívása</i> 340
F. <i>A nemzetközi szerzői jog</i>	<i>kihívása</i> 344
G. <i>A domain nevek mint védjegyek kihívása</i>	345
H. <i>A nemzetközi számítógépes bűnözés</i>	<i>kihívása</i> 350
I. <i>Az emberi jogok nemzetközi és transznacionális érvényesítésének kihívása</i> 354	
J. <i>A nemzetközi kereskedelem kihívása</i>	362
II. TÍZ VÁLASZ.....	366
A. <i>E Pluribus Cyberspace</i>	367
B. <i>Coase a kibertérben</i>	373
C. <i>Az online útlevelek</i>	<i>világa</i> 378
D. <i>Te betartod a törvényeimet, én betartom a tiédet</i>	382
E. <i>A világot tökéletes harmóniában énekelni tanítani I: Szerződések</i> .387	
1. <i>A Berni Egyezmény</i>	387
2. <i>A Hágai Egyezmény</i>	389
F. <i>A világot tökéletes harmóniában énekelni tanítani II: nemzetek feletti igazgatási/bírói testületek</i>	390
G. <i>Visszatérés a Lex Mercatorihához</i>	395
H. <i>A nem kormányzati szervezetek</i>	<i>diadala</i> 397
I. <i>Kihívás? Milyen kihívás?</i>	400
J. <i>A common law fejlődése</i>	405
1. <i>Személyes joghatóság</i>	405
2. <i>Jogválasztás</i>	413
III. A JOGI SZABÁLYOZÁS TÁRSADALMI JELENTŐSÉGÉNEK FIGYELEMBEVÉTELÉNEK SZÜKSÉGESSÉGE	
JURISDICTION415	
A. <i>Joghatóság és a tér</i>	<i>társadalmi konstrukciója</i> 417
B. <i>Joghatóság és a közösségi dominancia</i>	<i>érvényesítése</i> 424
C. <i>Joghatóság és a közösségi tagság</i>	<i>kiterjesztése</i> 427
D. <i>Joghatóság és az alternatív normák</i>	<i>érvényesítése</i> 429
IV. A NEMZETÁLLAM ÉS A TÁRSADALMI/TÖRTÉNELMI KONSTRUKCIÓJA	
TÉR, KÖZÖSSÉG ÉS HATÁROK.....	432
A. <i>A kultúrák, népek és helyek</i>	<i>feloldása a kikötőktől</i> 433

⁴ Lawrence Lessig, *Előszó a Cyberspace and Privacy* című szimpóziumhoz: *Egy új jogi paradigma?*, STAN52. L. REV. 987, 998-99 (2000).

B. <i>A nemzetállam</i>	<i>történeti esetlegessége</i>	442
C. <i>A nemzetállam mint elképzelt közösség</i>		449
D. <i>A szubnacionális, transznacionális, szupranacionális és kozmopolita identitások</i> <i>fogalmi</i>		461
1. Szubnacionális közösségek		462
2. Transznacionális közösségek		465
3. Szupranacionális közösségek		472
4. Kozmopolita közösségek		474
V. A JOGHATÓSÁG	KOZMOPOLITA PLURALISTA FELFOGÁSA	478
A. <i>A kozmopolita pluralista joghatósági keretrendszer</i>		482
1. Az államilag szentesített bíróságok	joghatósági kerete	484
2. A nem állami közösségek	joghatósági kerete	488
B. <i>A keretrendszer</i>	<i>alkalmazása</i>	498
1. A minimális kapcsolatok lekérdezése		499
2. A Yahoo!	ügy	502
3. Nemzetközi emberi jogok		511
C. <i>A kibertérjog és a nemzetközi jog konvergenciája a transznacionális szokásjogi normák</i> <i>kialakításában</i>		518
KÖVETKEZTETÉS		526

BEVEZETÉS

Az elmúlt évtizedben a "kibertér" és a "globalizáció" kifejezések egy új generáció divatszavai lettek. És valószínűleg nem meglepő, hogy a kettő egyszerre került be a lexikonba. Az internet kezdettől fogva az összekapcsolódás és decentralizáció új világrendjét hirdette,⁵ míg a "globalizáció"⁶ szó sokak számára a növekvő transznacionális és szupranacionális kormányzás, valamint a növekvő

⁵ *Lásd pl.* DEIRDRE M. CURTIN, POSTNATIONAL DEMOCRACY: THE EUROPEAN UNION IN SEARCH OF A POLITICAL PHILOSOPHY 4 (1997) ("Gondoljunk csak arra, hogy a globális számítógépes kommunikáció hogyan vágja át a területi határokat, az emberi tevékenység új területét teremtve, és feloldva a földrajzi határokon alapuló törvények alkalmazásának megvalósíthatóságát és legitimitását erre az új területre.").

⁶ A "globalizáció" kifejezés alatt mind az áruk, szolgáltatások és tőke nemzetközi mozgására vonatkozó állami ellenőrzés liberalizálásának világméretű folyamatát, mind pedig a liberalizáció társadalmi, ökológiai és politikai következményeit értem. *Lásd általában* SASKIA SASSEN, GLOBALIZATION AND ITS DISCONTENTS (1998) (a globalizáció és annak a világra gyakorolt gazdasági, politikai és kulturális hatásainak elemzése). Ezen túlmenően, amikor globalizációról beszélünk, akkor a világgal kapcsolatos attitűdöt is értem, amely a kifejezés gyakori használatának eredményeként hajlamos kialakulni. Bizonyos értelemben ugyanis nem igazán számít, hogy empirikusan nézve a világ többé vagy kevésbé "globalizált"-e, mint korábban. Sokkal fontosabb az a tény, hogy az emberek, legyenek azok kormányzati szereplők, vállalatok, tudósok vagy általános polgárok, úgy gondolkodnak és úgy cselekszenek, mintha a világ jobban összekapcsolódott volna, és a globalizációt valós jelenségként kezelik. *Lásd pl. az alábbiakban* (a globalizáció különböző tudósok globalizációról alkotott nézeteit ismertető források fűdézése).

a személyek és a tőke földrajzi határokon átnyúló mobilitása.⁷ Így mindkét kifejezés azt a felfogást tükrözi, hogy a területi határoknak már nincs akkora jelentőségük, mint korábban.⁸

Másrészt a nemzetállami kormányok gyorsan visszaszerezték a hatalmukat. Például 1995 körül volt egy szédületes pillanat, amikor úgy tűnt, hogy a kibertér térnyerése miatt újra kell gondolnunk a nemzetállami határok jelentőségét. A leghíresebb David Johnson és David Post azzal érvelt, hogy a kibertér nem szabályozható jogszerűen területi alapú szuverénekkal, és hogy az online világnak saját jogát (vagy több joghatóságot) kell létrehoznia.⁹ A nemzetállamok előre láthatóan az ellenkező irányba mozdultak el, és törvények egész sorát hozták, amelyek szinte minden elképzelhető online tevékenységet szabályoztak a szerencsejátékoktól kezdve¹⁰ a chatszobákon¹¹ át az auc-

⁷ *Lásd pl.* MICHAEL EDWARDS, *FUTURE POSITIVE: INTERNATIONAL CO-OPERATION IN THE 21ST CENTURY* 5-6 (1999) ("A globalizáció megkérdőjelezi a nemzetállamok és a nemzetközi intézmények befolyásolási jogkörét, miközben a tőke, a technológia, az információ és az eszmék magánáramlásának mértéke egyre inkább marginálisnak tűnneti fel a hivatalos transzfereket."); ANTHONY GIDDENS, *RUNAWAY WORLD: HOW GLOBALIZATION IS RESHAPING OUR LIVES* 24-37 (2000) (rámutat a kereskedelem, a pénz- és tőkeáramlás megnövekedett szintjére, és leírja a régebbi nemzetállamok gyengülő hatásának hatásait); Arjun Appadurai, *Disjuncture and Difference in the Global Cultural Economy*, in *MODERNITY AT LARGE: CULTURAL DIMENSIONS OF GLOBALIZATION* 27-2927, (1996) ("[T]oday's world involves interactions of a new order and intensity. [A gőzhajó, az automobil, a repülőgép és a repülőgépek megjelenésével... repülőgép, a fényképezőgép, a számítógép és a telefon, a szomszédság teljesen új állapotába léptünk, még azokkal is, akik a legtávolabb állnak tőlünk.").

⁸ *Lásd pl.* , MATHEW HORSMAN & ANDREW MARSHALL, *AFTER THE NATION-STATE: CITIZENS, TRIBALISM AND THE NEW WORLD DISORDER*, at ix (1994) ("The traditional nation-állam, amely évszázados politikai, társadalmi és gazdasági fejlődés gyümölcse, veszélyben van."); George J. Demko & William B. Wood, *Introduction: in REORDERING THE WORLD: GEOPOLITICAL PERSPECTIVES ON THE TWENTY-FIRST CENTURY* 3, 10 (George J. Demko & William B. Wood szerk., 1994) ("Once sacrosanct, the concept of a state's sovereignty - the immutability of its international boundaries - is now under serious threat."); Seyla Benhabib, *Strange Multiplicities: Democracy and Identity in a Global Era: Lecture 1*, 33. o. (a szerzőnél) ("A globalizáció korában a nemzetállam integratív ereje megkérdőjeleződik.").

⁹ David R. Johnson & David Post, *Law and Borders--The Rise of Law in Cyberspace*, STAN48. L. REV. 1367 (1996); *lásd még pl.* , David Post, *Governing Cyberspace*, WAYNE43 L. REV. 155, 165-71 (1996) (azzal érvelve, hogy a kibertér szabályozását decentralizált folyamatok révén kell megvalósítani, amelyek során a hálózati hozzáférést biztosító szolgáltatók döntenek el, hogy milyen szabályokat alkalmaznak, és az egyes felhasználók választják meg, hogy milyen online közösségekhez csatlakoznak).

¹⁰ *Pl.* 2001. évi interaktív szerencsejáték törvény, 2. és 2A. pont (Ausztrália) (az ausztrál és más kijelölt országok ügyfeleinek nyújtott online szerencsejáték-szolgáltatások betiltása), *elérhető a* <http://www.noie.gov.au/projects/confidence/Archive/gambling/banact.pdf> *honlapon* (utolsó látogatás: 2002. október 22.); *lásd még* Humphrey *ex rel.* Minnesota v. Granite Gate Resorts, Inc., 568 N.W.2d 715, 721 (Minn. Ct. App. 1997) (személyes joghatóságot érvényesítve a külföldi illetőségű társasággal és annak megbízójával szemben megtévesztő kereskedelmi gyakorlat, hamis reklám és fogyasztói csalás miatt egy internetes szerencsejáték-oldalhoz kapcsolódóan); Vacco *ex rel.* People v. World Interactive Gaming Corp., 714 N.Y.S.2d 844, 851-54 (N.Y. Sup. Ct. 1999) (állami és szövetségi törvények érvényesítése a külföldi társaság, annak antiguai leányvállalata, valamint ezek megbízói, tisztviselői és igazgatói ellen).

¹²és a védjegyekre vonatkozó területi alapú szabályok érvényesítésére törekszik,¹³

¹⁷többek között a szerződéses kapcsolatok, a ¹⁴magánélet védelmére vonatkozó normák, az ¹⁵"illetlen" tartalom ¹⁶és a bűnözés.

az interneten keresztül történő szerencsejátékok működtetése vagy kínálása).

¹¹ *Pl.* 47 U.S.C. § 254(l)(1)(A)(ii) (2001) (amely előírja az iskolák és könyvtárak számára, hogy fogadjanak el és hajtsanak végre olyan irányelveket, amelyek biztosítják a kiskorúak biztonságát és védelmét a chatszobák használata során); NEV. REV. STAT. § 176A.413 (2001) (az online chatszobák tulajdonjogának és használatának korlátozása olyan személyek számára, akiket korábban már elítéltek internetes zaklatásért).

¹² Például az IND. CODE §§ 26-2-8-101 - -302 (2001) (tartalmazza az egységes elektronikus tranzakciós törvényt, amely megkönnyíti az online aukciós oldalak használatát az elektronikus aláírások és szerződések joghatásának megadásával); N.C. GEN. STAT. §§ 66-311-330 (2001) (ugyanaz); T.G.I.

Paris, Nov 20, 2000,

<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis200001120.pdf> (a Yahoo.com-ot arra kötelezte, hogy ne engedélyezze a francia felhasználók számára a náci emléktárgyakhoz való hozzáférést a Yahoo! aukciós oldalain keresztül). Az ügy további tárgyalását lásd a 77-84. megjegyzéseket kísérő szövegben.

¹³ *Pl.* Anticybersquatting Consumer Protection Act, Pub. L. No. 106-113, 113 Stat. 1501 (1999) (kodifikálva a 15, 16 és 28 U.S.C. egyes szakaszaiban) (amely "a kereskedelemben használt védjegyek bejegyzéséről és védelméről" rendelkezik); Rachel Ross, *China Demands Jurisdiction over Domain Names in Chinese*, TORONTO STAR, Nov. 13, 2000, LEXIS, Tstar File (beszámoló arról, hogy Kína biztosítani kívánja, hogy ellenőrizze az összes kínai karakteres domain név terjesztését és kezelését).

¹⁴ *Pl.* az elektronikus tranzakciókról szóló törvény, (1999Austl.) (az elektronikus kereskedelem használatába vetett üzleti és fogyasztói bizalom támogatását és ösztönzését célzó szabályozási rendszer létrehozása), <http://www.law.gov.au/publications/e-commerce/>; UNIF. COMPUTER INFO. TRANSACTIONS ACT, 7 U.L.A. 200 (2002) (az online szerződésekrevonatkozó egységes állami törvény mintáját tartalmazza),

elérhető a <http://www.law.upenn.edu/bl/ulc/ucita/cita10st.doc> oldalon

¹⁵ *Pl.* az elektronikus hírközlési adatvédelmi törvény, 18 U.S.C. § 2701(a)(1) (2000) (tiltja a jogosulatlan hozzáférést "olyan létesítményhez, amelyen keresztül elektronikus hírközlési szolgáltatást nyújtanak"); Adatvédelmi törvény, 1998, c. 29 (Eng.) (technikai és szervezési intézkedéseket ír elő a személyes adatok jogosulatlan vagy jogellenes feldolgozása, valamint a személyes adatok véletlen elvesztése, megsemmisülése vagy károsodása ellen), <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1998/19980029.htm>.

¹⁶ *Lásd pl.* 18 U.S.C. § 2252A (2000) (amely tiltja a kiskorúakról készült, szexuális tartalmú fényképek bármilyen módon, beleértve a számítógépen keresztül történő átvételét vagy terjesztését); Reno kontra ACLU, 521 U.S. (844,1997885) (az első alkotmánymódosítás alapján megsemmisítette a Communications Decency Act, 47 U.S.C. § 223 (Supp. II 1996) rendelkezéseit, amelyek büntethetővé tették bizonyos online kommunikáción keresztül továbbított tartalmakat); ACLU kontra Reno, F217. 3d (162,3d181 Cir. 2000) (megerősítve az Első Alkotmánymódosításra hivatkozva a Child Online Protection Act, 47 U.S.C. § 231 (Supp. IV 1998), amely szintén büntethetővé tett bizonyos, online kommunikáción keresztül küldött tartalmakat) előzetes végzésének végrehajtását, amelyet *sub nom.* Ashcroft v. ACLU, 122 S. Ct. (17002002); Regina v. Pecciarich, [1995] O.R.3d (748Prov. Ct.) (Can.) (megállapítva, hogy a gyermekpornográfia elektronikus faliújságra történő feltöltéssel történő terjesztése büntetőjogi törvénysértés volt).

¹⁷ *Pl.* a Computer Fraud and Abuse Act, 18 U.S.C. § 1030 (2000) (a szövetségi jog alkalmazása a számítógépes visszaélések újonnan felfedezett formáira, és polgári jogi jogorvoslatot biztosít a számítógépes bűncselekmények bizonyos típusaihoz); Regulation of Investigatory Powers Act, 2000, c. 23 (Eng.) (büntetőjogi szankciók meghatározása az összes postai és távközlési hálózaton zajló forgalom lehallgatása és minden olyan cselekmény esetében, amely egy üzenet tartalmának más személyek számára történő megismerését eredményezheti, mint a számítógépes visszaélések).

A nemzeti hatáskörök ilyen megerősítése azonban számos olyan jogi problémát vetett fel a nemzetállami szuverenitással, a területi határokkal és a joghatósággal kapcsolatban, amelyet Johnson és Post előre jelzett.¹⁸ Például, ha valaki olyan tartalmat tesz közzé az interneten, amely a közzététel helyén legális, de a megtekintés helyén illegális, akkor perelhető-e az illető a távoli országban? Elégséges-e az online tevékenység ahhoz, hogy valaki adózási szempontból "jelen legyen" egy adott joghatóságban? Megvalósítható-e a nemzeti szerzői jogi törvények sokasága, tekintve, hogy a digitális információk azonnal átvihetők a világ minden tájára? Hogyan nehezíthetik meg a nemzetközi számítógépes bűnözés elleni küzdelmet a bűncselekmények kivizsgálására és meghatározására vonatkozó nemzeti szabályok? Ki kell-e terjeszteni a védjegyjogot, amely történelmileg lehetővé tette két cég számára, hogy ugyanazt a nevet megtartsák, amíg különböző földrajzi területeken működnek, hogy nemzetközi kereseti jogalapot biztosítson egy könnyen azonosítható domainnév tulajdonjogára vonatkozóan? És ha igen, akkor egy ilyen rendszert nemzeti bíróságoknak (és melyik országban) vagy egy nemzetek közötti testületnek kellene érvényesítenie (és hogyan kellene egy ilyen testületet létrehozni)? És így tovább.

Eközben a globalizációs fronton a világ iparosodott országainak éves találkozóit a nemzetközi kereskedelmi és monetáris politika helyi munkaerőre, környezetre és nemzetállami szuverenitásra gyakorolt hatásával kapcsolatos bizonytalanság és neheztelés kifejeződésének színterévé váltak.¹⁹ Hasonló viták ismétlődnek a nemzetközi emberi jogi kontextusban, ahol az országok egyre inkább érvényesítik az extraterritoriális joghatóságot, hogy a népirtással és az emberiség elleni bűncselekményekkel vádolt személyeket nemzetközi vagy külföldi nemzeti bíróságok elé állítsák.²⁰

Bár mindezek a problémák, kérdések és rejtélyek a doktrinális területek sokaságában merülnek fel, és a különböző jogi és jogi eszközök széles skáláját érinthetik.

a feladó vagy a címzett); *lásd még* Am. Online, Inc. kontra LCGM, Inc., 46 F. Supp. 2d 444, 446, 448 (E.D. Va. 1998) (megállapítva, hogy az alperesek, akik egy kivonatoló program segítségével gyűjtötték be az AOL-tagok e-mail címét, majd ezeket a címeket arra használták, hogy jogosulatlanul tömeges e-maileket küldjenek pornográf weboldalaik reklámozására, megsértették a szövetségi és állami törvényeket).

¹⁸ *Lásd* Johnson & Post, *Supra* Note 9, 1371-76. o. (arra utalva, hogy a kibertér egyedi jellege, különösen a fizikai hely hiánya szabályozási és joghatósági problémákat okoz a kormányok számára).

¹⁹ *Lásd pl. After Genoa*, THE NATION, 2001. augusztus 6., 3. o. (idézi Chirac francia elnököt, aki azt mondta: "nincs olyan tüntetés, amelyik nem vonzza az embereket 100,000, 150,000, ha nincs rá érvényes okuk"); Michael Hardt & Antonio Negri, *What the Protesters in Genoa Want*, N.Y. TIMES, 2001. július 20., A21 (azzal érvelve, hogy "a tiltakozások maguk is globális mozgalmakká váltak, és az egyik legegységesebb cél a globalizációs folyamatok demokratizálása"); Jerry Useem, *There's Something Happening Here*, FORTUNE, 2000. május 15., at (a "gazdasági aktivizmus új fajtájának 234 leírása, amely nemcsak Seattle-ben, hanem a svájci Davosban, a londoni Cityben és most Washingtonban is megjelent").

²⁰ *Lásd az* I. rész I.I. részét (a transznacionális és nemzetközi emberi jogi tevékenység leírása).

politikai aggályok, legalább egy közös elemük van: mindannyian érintik a joghatóság gondolatát - azokat a körülményeket, amelyek között egy jogi szerv érvényesítheti a joghatóságát, hogy ítélkezzen vagy alkalmazza jogi normáit egy jogvitában.²¹ A kérdést pedig minden ilyen esetben bonyolítja az a tény, hogy a joghatóságot egy fizikai helyszínen egy másik fizikai helyszínen található tevékenységekkel vagy felekkel szemben lehet érvényesíteni. A ~~jogi~~ ~~hatóság~~ kérdése tehát mélyen összefonódik a területi határoknak pontosan azzal a rögzített felfogásával, amelyet a kortárs események megkérdőjeleznek.

A probléma természetesen az, hogy a helyi közösségeket sokkal nagyobb valószínűséggel érintik olyan tevékenységek és szervezetek, amelyeknek nincs helyi jelenlétük. A határokon átnyúló interakciók nyilvánvalóan nem új jelenségek, de az ~~elkülönült~~ összekapcsolt világban egy adott cselekvés hatása azonnal érezhető máshol is, a fizikai földrajzhoz való kapcsolat nélkül. Így, bár nem meglepő, hogy a helyi közösségek szükségét érezhetik annak, hogy normáikat a területen kívüli tevékenységekre is alkalmazzák, pusztán az ilyen tevékenységek által okozott helyi károk alapján, a joghatóság ilyen alapon történő érvényesítése szinte szükségszerűen az egyetemes joghatóság rendszere felé fog tendálni, mivel sok ~~helyi~~ ~~közvetlen~~ földrajzi határain messze túlmutató hatásai lesznek. Egy ilyen rendszer - jobb híján - elvetne minden olyan elképzelést, hogy a jogi normák alkalmazása egy félre valamilyen módon attól függ, hogy a fél hozzájárult-e ahhoz, hogy e normák irányítsák.

Még ennél is fontosabb, hogy miközben a bíróságok, a döntéshozók és a tudósok

²¹ A nemzetközi jogban a joghatóság fogalmát általában három kategóriára osztják: (1) joghatóság az előírásra, azaz egy közösség normáinak alkalmazására egy jogvitában (amit jogválasztásnak is neveznek); (2) joghatóság az ítélkezésre, azaz személyek vagy dolgok jogi eljárás alá vonására; és (3) joghatóság a végrehajtásra, azaz az elért döntés betartásának kikényszerítésére vagy kikényszerítésére. RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 401 (1987). Amikor ebben a cikkben a joghatóság érvényesítéséről beszélek, az első két kategóriára utalok. Igaz, hogy a ~~jogi~~ és a jogválasztás alapjául szolgáló politikai aggályok némelyike eltérő lehet. Például az ítélkezési ~~jogi~~ ~~hatóság~~ kérdése a felek számára az ügy adott helyen történő eldöntésének kényelmével kapcsolatos kérdéseket érint, míg a jogválasztás az alkalmazandó tényleges normákkal foglalkozik. Mindazonáltal mindkettő egy közösségnek a jogvita feletti uralmának szimbolikus érvényesítését foglalja magában, és ezért a területi határokkal, a közösség meghatározásával és a nemzetállammal kapcsolatos számos azonos aggály vonatkozik mind a bírói joghatósággal, mind a jogválasztással kapcsolatos vitákra. A harmadik kategóriával, a végrehajtási joghatósággal e cikk külön foglalkozik, nem annyira a ~~jogi~~ mint inkább a határozatok elismerésének és végrehajtásának kérdésével. Ezenkívül ez a cikk elsősorban a felek feletti joghatóságra (amit az Egyesült Államokban személyes joghatóságnak neveznek, lásd általában *Int'l Shoe Co. v. Washington*, U326.S. (3101945) (a bíróság személyes joghatóságának érvényesítéséhez szükséges minimumkövetelmények leírása)), nem pedig a konkrét tárgyi joghatóságra összpontosít. Az alanyi joghatóság egy külön vizsgálat, amely azzal foglalkozik, hogy egy adott helyen melyik *típusú* bíróság tárgyalhat egy ügyet, és mi minősül jogszerű "ügynek" az ítélkezés szempontjából. Bár az itt végzett elemzésemnek jelentős következményei lehetnek az alanyi joghatóságra, e következmények feltárása meghaladja e cikk kereteit.

a meglévő joghatósági modelleknek az új társadalmi kontextushoz való egyszerű hozzáigazításával próbálják "megoldani" ezeket a feszültségeket az egyes helyzetekben, anélkül, hogy kellő figyelmet fordítanának a joghatóság gyakorlásának elméleti alapjaira egy egyre inkább összekapcsolt világban. Céлом, hogy más megközelítést alkalmazzak. Úgy vélem, megérett az idő arra, hogy egy lépést hátralépjünk, és elgondoljunk azokon a joghatósági elveken, amelyeket adaptálni igyekszünk. Ezzel megkísérlem megteremteni egy olyan elméleti modell alapjait, amely lehetővé teszi számunkra, hogy jobban megértsük és értékeljük a joghatóság növekvő globalizációját.

Egy ilyen modell felépítéséhez először is emlékeztetnünk kell magunkat arra, hogy a joghatóság fogalma (amely alatt a jogvita eldöntésére vonatkozó ~~jog~~ és a joghatósági jog alkalmazásának meghatározását egyaránt értem)²² több mint egyszerű elképzelés az állami szabályozás megfelelő határaitól vagy a kormányzati hatalom hatékony elosztásáról. A ~~jog~~ közösség meghatározásáról, a szuverenitásról és a legitimitásról szóló viták helyszíne is. A jogi joghatóság eszméje továbbá tükrözi és erősíti a térről, a távolságról és az identitásról alkotott társadalmi elképzeléseket. A joghatóságról való gondolkodás kortárs keretei azonban túl gyakran reflektálatlanul elfogadják azt a feltételezést, hogy a rögzített területi határok által meghatározott nemzetállamok az egyetlen releváns joghatósági entitások, anélkül, hogy megvizsgálnák, hogy az emberek valójában hogyan élik meg a közösséghez való tartozást, vagy hogyan viszonyulnak a földrajzi távolsághoz és a területi határokhoz. Sőt, a közösség meghatározásának, a határoknak és a hely megtapasztalásának e kérdéseit megkerülve a jogi gondolkodók figyelmen kívül hagyják az antropológia, a kultúratudományok és a társadalomtudományok e kérdésekkel foglalkozó terjedelmes szakirodalmát.²³

Valójában még egy felületes vizsgálat is azt mutatja, hogy a jelenlegi területi alapú joghatósági (és kollíziós) szabályainkat egy olyan korszakban fejlesztették ki, amikor a fizikai földrajznak nagyobb jelentősége volt, mint ma, és egy rövid történelmi pillanatban, amikor a nemzet és az állam eszméjét kötőjellel összekötötték, hogy létrehozzanak egy történelmileg kontingens nyugat-falzi rendet.²⁴ Mégis, ha

²² *Lásd a 21. lábjegyzetet (a nemzetközi jogban a nemzetközi joghatóság hármas osztályozási rendszerét tárgyalva).*

²³ *Vö. Peter J. Spiro, Globalization, International Law, and the Academy, 32 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 567, 568 n.2 (2000) (megjegyezve, hogy bár a "posztacionális" kifejezés más tudományágakba is bekúszott, a nemzetközi jogtudósok csak lassan használták, mivel "csak mostanában ragadtak rá a 'globalizációra')."*

²⁴ *A westfáliai béke véget vetett a harmincéves háborúnak. Lásd a Svédország és a birodalom közötti békeszerződést és a Franciaország és a birodalom közötti békeszerződést, Oct. Consol14,1648,1. T.S. 119, 119-356 [a továbbiakban: Westphalia Treaties] (az akkori Európa szinte valamennyi állama közötti megállapodásokat ismertetve); Leo Gross, The Peace of Westphalia, 1648-1948, in ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW AND ORGANIZATION (3,19845) (kifejtve, hogy a harmincéves békét a harmincéves*

a földrajzi terület és a nemzetállam fogalmát többé nem tekintjük a közösség meghatározásának alapjául,²⁵ teljesen új kérdéseket tehetünk fel. Hogyan definiálhatók megfelelően a közösségek a mai világban? Milyen módon mondhatjuk, hogy a nemzetállam egy *elképzelt* közösség,²⁶ és milyen más elképzelések lehetségesek? Hogyan élnek meg az emberek valójában a több, egymást átfedő közösséghez való tartozás gondolatát? Az állampolgárságot úgy kell-e elméletileg értelmezni, mint az emberek által különböző, néha nem területi kollektívák tagjaként elfoglalt számos szubjektum-pozíció egyikét? Milyen módon épül fel a hely- és közösségi tagságérzetünk a társadalmi erők által? És ha az olyan fogalmak, mint a "hely", "közösség", "emlék", "nemzet", "állampolgár", "határ" és "idegen" nem természetesek és²⁷ elkerülhetetlenek, hanem ehelyett konstruáltak, elképzelték és (néha) erőltetettek, akkor mit mond ez a földrajzi alapú joghatósági és jogválasztási szabályaink feltételezett "természetességéről"?

Ez a cikk ezeket a kérdéseket teszi fel, olyan humán- és társadalomtudományi irodalomra támaszkodva, amely megnehezíti a legtöbb jogalkotó és jogtudós által a joghatósággal kapcsolatban magától értetődőnek tartott előfeltételeket. Ez a szakirodalom ragaszkodik ahhoz, hogy felismerjük a határokról és a közösség meghatározásáról alkotott elképzeléseink konstruált jellegét, és hogy elismerjük a nemzetállam történelmi jelentőségét. Sőt, a térben való hovatartozásunk társadalmi jelentésének elemzésével a közösség alternatív, szubnacionális, transznacionális, szupranacionális vagy kozmopolita koncepcióiról is elgondolkodhatunk. Egy ilyen elemzés jobban megérti azt a tapasztalati világot, amelyre a jogi világot leképezzük, és ezért elengedhetetlen ahhoz, hogy gazdagabb leíró beszámolót tudjunk készíteni arról, hogy mit jelent a jogi világ számára.

Éves Háború részben a vallási türelmetlenség miatt kezdődött, és hogy a westfáliai béke "megszentelte a tolerancia elvét"). Általánosságban úgy tartják, hogy a westfáliai béke vezette be az egyéni állami szuverenitáson alapuló nemzetközi jogrendet. *Lásd az alábbi* 594-600. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget (a szerződések feltételeinek tárgyalása, valamint annak tárgyalása, hogy a szuverén állam lett az elsődleges politikai egység). A nemzetállam történelmileg esetleges jellegét a IV.B. rész tárgyalja.

²⁵ *Lásd* Gupta, *Supra* note 3, 179. o. ("A nemzet olyan mélyen beépült a mindennapi élet szerkezetébe, és olyan alaposan feltételezik a "kultúráról" és a "társadalomról" [és a joghatóságról] szóló tudományos diskurzusokban, hogy nehéz lesz emlékezni arra, hogy ez csak egy, viszonylag új keletű, történelmileg kontingens formája a világ térszervezésének.").

²⁶ *Lásd általában* BENEDICT ANDERSON, *IMAGINED COMMUNITIES* (rev. kiadás 1991) (a nemzetállamot mint elképzelt közösséget elemzi).

²⁷ *Lásd pl.* Georg Simmel, *The Stranger*, in *THE SOCIOLOGY OF GEORG SIMMEL* 402402, (Kurt H. Wolff szerk., 1950) (azzal érvel, hogy az idegen "egy adott térbeli csoporton belül van rögzítve, vagy egy olyan csoporton belül, amelynek határai hasonlóak a térbeli határokhoz", de "pozícióját ebben a csoportban lényegében az határozza meg, hogy nem tartozik hozzá kezdetből fogva, hogy olyan tulajdonságokat importál bele, amelyek nem magából a csoportból származnak és nem is származhatnak").

szerv, hogy joghatóságot gyakoroljon egy vitás ügyben.²⁸

Ezen túlmenően, a leírástól a normatív felé haladva, a joghatóság eszméjének olyan módon történő elméletalkotását tűztem ki célul, amely figyelembe veheti azt a vitatott és folyamatosan változó folyamatot, amelynek során az emberek elképzelik a közösségeket és az azokhoz való tartozásukat. Azt állítom, hogy ahogy a huszadik század első felében a joghatóság szigorúan területi felfogása végül átadta helyét a szuverén entitással való érintkezésen alapuló joghatóság eszméjének, úgy a kapcsolaton alapuló megközelítésnek is át kell adnia helyét a közösség meghatározásán alapuló joghatóság felfogásának. Ebben a cikkben egy ilyen felfogást kínálok, amelyet a joghatóság kozmopolita pluralista felfogásának nevezek.

A *kozopolita*²⁹ megközelítés lehetővé teszi számunkra, hogy a közösséget ne egy földrajzilag meghatározott, rögzített határokkal körülhatárolt területként, hanem "a társadalmi kapcsolatok és megértések hálózataiban artikulált pillanatokként" gondoljuk el.³⁰ A "helyi" közösség és a közösségi hovatartozás más formái (regionális, nemzeti, transznacionális, nemzetközi, kozmopolita) közötti kapcsolatnak ez a dinamikus megértése lehetővé teszi számunkra, hogy a jogi joghatóságot a társadalmi kölcsönhatások szempontjából fogalmazzuk meg, amelyek folyékony folyamatok, nem pedig térben és időben megdermedt, mérhetetlen elhatárolások. Egy ország bírósága tehát megfelelő módon érvényesítheti közösségi dominanciáját egy jogvita felett, még akkor is, ha a bíróság területi alapú kapcsolata a jogvitával

²⁸ Vö. PAUL W. KAHN, A JOG KULTURÁLIS TANULMÁNYA: RECONSTRUCTING LEGAL SCHOLARSHIP (911999) (arra bátorítva a jogot mint kulturális rendszert tanulmányozókat, hogy "távolodjanak el az egyes reformok normatív vizsgálatától, és mozduljanak el a jogállamiságot jelentő jelentésvilág sűrű leírása felé"); Austin Sarat & Susan Silbey, *The Pull of the Policy Audi- ence*, 10 L. & POL'Y 97, 97 (1988) (azzal érvelve, hogy a jogtudósok számára hasznos lenne ellenállni a normatív javaslatok iránti igénynek). *De lásd* Paul Schiff Berman, *The Cultural Life of Capital Punishment: Surveying the Benefits of a Cultural Analysis of Law*, 102 COLUM. L. REV. 1129, 1134 (2002) (könyvismertetés) (azzal érvelve, hogy "a jog kulturális elemzése egyrészt a tudományos ismeretek saját jogán is életképes terület, másrészt új megvilágításba helyezi a jogi szabályokkal és intézményekkel kapcsolatos gyakorlati kérdéseket").

²⁹ A "kozopolita" kifejezéssel egy olyan többértékű perspektívára utalok, amely elismeri, hogy az emberek a legkülönbözőbb közösségekhez kötődnek, a leglokálisabttól a legglobálisabbig. Ezért megkülönböztetem a kozmopolitizmust az univerzalista szemlélettől (amelyet gyakran a kozmopolitizmushoz társítanak), amely az embereket kizárólag vagy elsősorban egyetlen világközösség tagjainak tekinti. *Lásd a 778-782. lábjegyzeteket* (a kozmopolitizmusnak az egyének "több gyökerűségére" vonatkozó felismerését). A kozmopolitizmus, ahogyan én használom a kifejezést, a többszörös kötődés eszményét foglalja magában; nem feltétlenül vonja maga után a nem globális közösségi kötődések eltörlését. *Lásd pl.* Bruce Robbins, *Introduction Part I: Actually Existing Cosmopolitanism*, in *COSMOPOLITICS: THINKING AND FEELING BEYOND THE NATION* 1, 3 (Pheng Cheah & Bruce Robbins szerk., 1998) ("[I]nstead of an ideal of detachment, actually existing cosmopolitanism is a reality of (re)attachment, multiple attachment, or attachment at a distance.").

³⁰ DOREEN MASSEY, TÉR, HELY ÉS NEMEK (1541994).

minimális.³¹ Ezzel szemben egy olyan ország, amely bizonyos "kapcsolatokkal" rendelkezik egy vitás ügyben, lehet, hogy mégsem tud olyan kapcsolatot létesíteni egy helyi közösség és egy távoli alperes között, amely elegendő lenne ahhoz, hogy igazolja az uralma érvényesítését.

A közösség fogalmának kozmopolita megkérdőjelezése ezért visszaszoríthatná a távoli cselekményekre vonatkozó joghatósági igények egy részét, miközben lehetővé tenné a joghatóság más, jelenleg nem elismert, extraterritoriális joghatósági igények érvényesítését. Ennek megfelelően az általam javasolt kozmopolita pluralista joghatósági koncepció egy középutat kíván megragadni egyfelől a szigorú territorializmus, másfelől a teljes egyetemes joghatóság rendszere között. Mindenesetre a joghatósági vizsgálat többé nem a területileg behatárolt lakossággal való érintkezések, az arra gyakorolt hatások vagy érdekek reifikált számbavételén alapulna. A bíróságok inkább komolyan vennék a közösség többféle meghatározását, amely rendelkezésre állhat, a joghatóságnak egy szereplővel szembeni érvényesítésének szimbolikus jelentőségét, valamint annak normatív kívánatosságát, hogy a bíróság előtt álló feleket ugyanazon joghatóság tagjaiként fogalmazzák meg.³²

Ráadásul, ha a nemzetállamok elképzelt, történelmileg kontingens ~~körök~~ ^{körök}, amelyeket bevallottan önkényes földrajzi határok határoznak meg, és ha ezek a nemzetállamok - az információ, a tőke és az emberek transznacionális áramlása miatt - már nem határoznak meg egységes közösségeket (ha valaha is voltak), akkor nincs fogalmi indok arra, hogy a nemzetállamokat a joghatóság érvényesítésének monopóliumaként fogjuk fel. Ehelyett a joghatóság bármely átfogó elméletének el kell ismernie, hogy a *nem állami* közösségek is különböző joghatósági igényeket támasztanak, és alternatív normákat fogalmaznak meg, amelyeket gyakran beépítenek a "hivatalosabb" jogi rendszerekbe. A joghatóság e *pluralista* felfogása³³ segít abban, hogy lássuk, a jog nem pusztán egy szuverén hatalom kényszerítő parancsa, hanem egy olyan nyelv, amelyen a szuverén hatalmak a joghatósági jogkörök és a jogalkalmazási szabályok

³¹ Természetesen, még ha a bíróság joghatóságot is gyakorolna egy jogvitában, más doktrínák, mint például a perbeli jogképesség vagy az ok-okozati összefüggés, akkor is arra készíthetik a bíróságot, hogy korlátozza a rendelkezésre álló jogorvoslat körét.

³² A joghatóságnak ez a tágabb felfogása szükségszerűen hatással lenne a jogválasztásra is, de annak részletesebb feltárása, hogy ezek az elképzelések hogyan alkalmazhatók a jogválasztásra, egy jövőbeli projektben történő további kidolgozásra vár.

³³ A politikai pluralizmus magában foglalja "azokat az elméleteket, amelyek a politikai jelenségeket azon csoportok sokasága alapján igyekeznek rendszerezni és konceptualizálni, amelyekhez az egyének tartoznak, és amelyek révén az egyének érdekeiket igyekeznek érvényesíteni, és ami még fontosabb, fejleszteni". AVIGAIL I. EISENBERG, RECONSTRUCTING POLITICAL PLURALISM 2 (1995). Így a kifejezést olyan helyzetekre használom, amikor "két vagy több jogrendszer létezik egymás mellett ugyanazon a társadalmi mezőn", Sally Engel Merry, *Legal Pluralism*, 22 L. & SOC'Y REV. 869, 870 (1988), még akkor is, ha az egyik vagy mindkét jogrendszer nem "hivatalos", állami alapú rendszer. A jogi pluralizmus további tárgyalásait lásd CAROL WEISBROD, EMBLEMS OF PLURALISM: CULTURAL DIFFERENCES AND THE STATE (2002); David Engel, *Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court*, 1980 AM. B. FOUND. RES. J. 425; Marc Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, J19. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 28-341, (1981); John Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, J24. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. (1986).

alternatív jövőbeli világok elképzelése. Ráadásul a különböző normateremtő közösségek (nem csak a szuverének) mindig is vitatják e világok alakját.

Természetesen nem minden joghatósági nyilatkozat rendelkezik azzal a kényszerítő erővel, amelyet gyakran a joggal társítunk. Az egyik nyilvánvaló oka annak, hogy az elmúlt több száz évben a nemzetállamok voltak az elsődleges joghatósági entitások, az, hogy ezek az államok rendelkeztek az ítéleteik végrehajtásához szükséges hatalommal. Ezzel szemben számos joghatósági állítás mögött soha nem állhat ilyen kényszerítő erő. Az érvelésem szempontjából azonban döntő fontosságú a joghatóság állítása és az ítélet végrehajtására való képesség közötti különbségtétel. A joghatóság érvényesítése teret nyit egy norma megfogalmazásának. Ezután a joghatóságot érvényesítő közösségeknek meg kell győzniük a nagyobb kényszerítő erővel rendelkezőket, hogy érvényesítsék ezeket a normákat. Amikor például egy spanyol bíró úgy döntött, hogy joghatóságot érvényesít a korábbi chilei diktátor, Augusto Pinochet felett,³⁴ a joghatóság megragadásának nem volt szó szerinti ereje, hacsak a bíró retorikailag nem tudott meggyőzni más országokat az ítélet elismeréséről.³⁵ Bár a spanyol büntetőeljárás végül nem indult meg,³⁶ a retorikus

³⁴ Baltasar Garzon spanyol bíró letartóztatási parancsot adott ki, amely szerint Pinochet "egy olyan nemzetközi szervezet vezetője volt, amelyet ... azért hoztak létre, hogy kigondolja, kidolgozza és végrehajtsa számos személy, köztük argentinok, spanyolok, britek, amerikaiak, chileiek és más nemzetiségűek illegális fogva tartásának, [emberrablásának], kínzásának, kényszerbetelepítésének, megkötésének és/vagy eltűnésének szisztematikus tervezését". Anne Swardson, *Pinochet Case Tries Spanish Legal Establishment*, WASH. POST, 1998. október 22., A27. o. 1998. október 30-án a spanyol nemzeti bíróság egyhangúlag úgy döntött, hogy a spanyol bíróságok rendelkeznek joghatósággal az ügyben, mind az egyetemes joghatóság elve (miszerint az emberiség elleni bűncselekményeket bárhol és bármikor el lehet bírálni), mind a joghatóság passzív személyiségének elve alapján (miszerint a bíróságok akkor tárgyalhatnak ügyeket, ha állampolgáraik bűncselekmény áldozatai, függetlenül attól, hogy a bűncselekményt hol követték el). A vélemény angol nyelvű fordítását lásd: S Audiencia Nacional, 1998. november 5. (No. 173/98), *újranyomtatva*: THE PINOCHET PAPERS: THE CASE OF AUGUSTO PINOCHET IN SPANYOLORSZÁG ÉS BRITANNIA 95, 107 (Reed Brody & Michael Ratner szerk., 2000) [a továbbiakban: PINOCHET PAPERS]. A Különleges Ügyészség azt állította, hogy a Chilében élő spanyolok is a Pinochet uralma alatt meggyilkoltak között voltak. PINOCHET PAPERS, *fentebb*, 106. o.; *lásd még a* 186-88. sz. jegyzeteket kísérő szövegben (a Pinochet-ügy tárgyalása).

³⁵ Ebben az esetben Pinochet fizikailag Nagy-Britanniában tartózkodott. A brit Lordok Háza végül úgy döntött, hogy Pinochet nem jogosult állampolgári mentességre a kínzások miatt, és kiadható Spanyolországnak. *Lásd* Regina v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate, 1 A.C. 147 (H.L. 1999) (megállapítva, hogy a kínzás elleni nemzetközi egyezmény, amelyet 1988-ban építettek be az Egyesült Királyság jogába, megakadályozta Pinochetet abban, hogy 1988 után állampolgári mentességre hivatkozzon, mivel az egyezmény által előírt egyetemes joghatóság nem áll összhangban a volt állampolgári mentességével).

³⁶ A brit kormány Pinochet megromlott egészségi állapotára hivatkozva elutasította a kiadatást, *lásd*: Jack Straw külügyminiszter, nyilatkozat az alsóházban (20002., március), *in* PINOCHET PAPERS, *supra* note at 34, ("481,482[In the light of th[e] medical evidence ... I conclude[d] that no purpose would be served by continuing the Spanish extradition request."), and Pinochet was returned to Chile, where, after domestic proceedings, he was declared mentally unfit to stand trial, *see Pinochet Unfit for Trial, Chilean Court Rules*, N.Y. TIMES, July at 10, 2001, A2 ("An appeals court ruled that Gen. Augusto Pinochet, is 85, mentally unfit to stand trial).

a joghatóság érvényesítésének ereje megváltoztatta a jövőbeli nemzetközi emberi jogi büntetőeljárások környezetét.³⁷ Valójában tehát a joghatóság érvényesítése alakította a jövő világát.

Ha tehát egy közösség joghatóságot érvényesít, akkor - ha azt akarja, hogy ítéletét végrehajtsák - meg kell győznie másokat döntésének igazságosságáról és a közösségi uralom érvényesítésének jogosságáról. Ennek eredményeképpen a joghatóság a közösség több, egymást átfedő és változó felfogásának retorikai színtere lesz, és az ítéletek elismerése lesz az a terep, amelyen a közösség ezen alternatív felfogásai a meggyőző erőért és a legitimitásért versengenek.

Az általam javasolt kozmopolita pluralista joghatósági keretnek tehát két különböző normatív összetevője van. Először is, olyan megközelítést kínál az *államilag szentesített* bíróságoknak a joghatósági kérdésekhez, amely a közösség meghatározásának és a tér kialakításának társadalmi jelentésére figyel. Ez a megközelítés - érvelésem szerint - nemcsak fogalmilag kielégítőbb, hanem azonosítja és egyértelművé teszi azt a fajta elemzést, amelyet a bírák már intuitív módon használni kezdenek, amikor nehéz ügyekben a joghatósági szabályok kialakításáért küzdenek. Másodsor, az én keretrendszerem módot nyújt a *nem állami* joghatósági állítások elismerésére és értékelésére, amelyek szub-, szupra- vagy transznacionális közösségeket kötnek. Az ilyen nem állami joghatósági állítások a szervezetek széles skáláját foglalják magukban, a hivatalos transznacionális és nemzetközi szabályozó szervektől kezdve a nem kormányzati kvázi jogi bíróságokon át a magán szabványalkotó vagy szabályozó szervezetekig. Tágabb értelemben a nem állami joghatósági érvényesítés gondolata a transznacionális szokásjog fejlődését igyekszik megragadni a gyakorlatban a normák felhalmozódásán keresztül.

Az értekezésem öt részből áll. Először is ismertetek néhány olyan kihívást, amelyet a kibertér és a globalizáció térnyerése jelent a területi alapú joghatóságon és rögzített határokon alapuló jogrendszer számára. Az ilyen kihívások létezése arra utal, hogy az online interakció (és tágabb értelemben a globális összekapcsolódás) a legkülönbözőbb jogi környezetben nehéz kérdéseket vetett fel a jogi normák vagy a bírói hatáskörök extraterritoriális érvényesítésével kapcsolatban. Másodsor, összefoglalok néhány vezető elméletet arra vonatkozóan, hogy miként lehet (szükség esetén) a meglévő jogi doktrínát e kihívások kezeléséhez igazítani. Ezek az elméletek magukban foglalják azokat a terveket, amelyek a kortárs jogi rendszerek nagymértékű megváltoztatására törekuszenek, valamint azokat az érveket, amelyek szerint a kibertér és a globalizáció

...").

³⁷ Lásd Philippe Sands, *Teknősök és kínpók: The Transformation of International Law*, N33.Y.U. J. INT'L L. & POL. 527,536 (2001) ("Olyan módon, amely nem feltétlenül volt előre látható, egy nemzeti bíróság . . . [teremtett] kapcsolatot a nemzetközi jog és az értékek szélesebb köre között, mint amelyekhez az államok kifejezett jóváhagyást adtak."); lásd még az alábbi I.I., V.B.3. részeket.

egyáltalán nem jelentenek valódi gyakorlati problémát, és számos pozíciót a kettő között. Bár mind a kihívások, mind a válaszok az elmúlt évek jogi szakirodalmának fő témái voltak, úgy vélem, hogy a különböző doktrinális területeket érintő fogalmi nehézségek egyszerű áttekintése átfogóbb képet ad arról, hogy a jogi szabályok területi alapú értelmezése miként vált problematikussá. Harmadszor, azt állítom, hogy ezek a különböző elméletek azért nem kielégítőek, mert nem fordítanak kellő figyelmet a joghatóság és a közösség meghatározásának társadalmi jelentésére. Ezután a joghatóság és annak társadalmi jelentésének összetettebb portréját kezdem kidolgozni azáltal, hogy négy különböző módot azonosítok, amelyekkel a joghatóság a közösségek konstituálására és a határok meghatározására szolgál. Negyedszer áttekintem a más tudományágakból származó irodalmat, amely bonyolítja a nemzetállam, a közösségek meghatározása, a területi határok és a hovatartozás megértését. Ez a szakirodalom feltárja, hogy a közösségi szövetségek távolról sem rendelkeznek rögzített földrajzi határokkal, hanem többszörösek, átfedik egymást, gyakran vitatottak, és gyakran szub-, szupra- vagy transznacionális szinten működnek. Ráadásul a közösség definíciója politikailag terhelt (és olykor hegemón) társadalmi konstrukcióként jelenik meg. Ötödször, erre a szakirodalomra támaszkodva elkezdek egy kozmopolita pluralista modellt felépíteni a joghatóság globalizációjának megértéséhez. Ebben a modellben a közösség meghatározásáról és a normák kialakításáról szóló viták középpontjába a joghatósági állítások és az ítélet elismeréséről szóló viták kerülnek. Végül megvitatom, hogy egy ilyen felfogás hogyan működhetne - és bizonyos esetekben már működik is - mind a kibertérben, mind a nemzetközi jogi gyakorlatban, újragondolva néhányat az I. részben tárgyalt kihívások közül. Ez a vita utal, hogy a kozmopolita pluralista keret hogyan járulhatna hozzá egyrészt a joghatósági kérdéseket mérlegelő, államilag szentesített bíróságok számára kielégítőbb kerethez, másrészt a joghatósággal kapcsolatos nem állami igények széles skálájának részletesebb megértéséhez.

Mindig óvatosságnak kell lennünk azokkal az állításokkal, amelyek szerint a környezet, amelyben ma élünk, gyökeresen különbözik minden korábbtól. És kétségtelen, hogy a globalizáció és a kibertér irodalmának lélegzetelállító minősége némileg indokolatlan. Bizonyos mérések szerint a világ ugyanolyan "globális" és összekapcsolt volt a tizenkilencedik század végén, mint ma,³⁸ és már több mint száz éve kommunikálunk nemzetállami határokat átlépő vezetéseken keresztül. Ráadásul, bár a nemzetállamok történelmileg kontingensek, természetesen jelentősen beágyazódnak a történelmi, társadalmi és politikai kontextusba, és továbbra is erőteljes hatást gyakorolnak a nemzetállamokra.

³⁸ Lásd pl. Nicholas D. Kristof, *At This Rate, We'll Be Global in Another Hundred Years*, N.Y. TIMES, May 23, 1999, at 5 (arra utalva, hogy a munkaerő, az árak és a tőke legalább olyan mértékben mozgott a nemzetállamok határain keresztül a 1860 között, mint 1900 az 1990-es években).

pszichológiai és szimbolikus hatása sokak pszichéjére. Így a nemzetállami szuverenitás eszméje valószínűleg nem fog egyhamar megszűnni, bár e szuverenitás jellege minden bizonnyal változik.

Nem célom azonban, hogy meggyőzően bizonyítsam, hogy a globalizáció és az online interakció kettős vonala szükségszerűen egy teljesen új *válságot* hoz létre, amelyet a jogi bíraskodás fogalmának felülvizsgálatával kell "megoldani" (bár ezt a lehetőséget sem zárom ki). Az érvelésem nem függ attól az elképzeléstől sem, hogy a nemzetállam haldoklik, vagy hogy a politikai közösség meghatározásának elsődleges eszközeként a közeljövőben megszűnik működni. Mindazonáltal, bár kétes dolog azt feltételezni, hogy az elmúlt évtizedben minden megváltozott, az is kétes dolog, hogy semmi sem változott. És bár az embereket szinte bármely földrajzi helyen kétségtelenül mindig is befolyásolták bizonyos mértékben a területenkívüli tevékenységek, a múltban ezek a hatások sokkal valószínűbbek voltak, hogy legalábbis valamelyest összefüggtek a földrajzi közelséggel, mint manapság.³⁹ Még egy felületes pillantás egy nagyobb napilapra is jelzi, hogy a területi alapú szuveréneknek legalábbis *kihívásokkal kell* szembenéznük az új környezetben való szabályozás terén.⁴⁰

A kihívások és az alkalmazkodás ilyen időszakai egyben a lehetőségek pillanatai is. Ahogyan a jogi fikciók növekvő használata egy jogterületen gyakran ~~új~~ jogterület átalakulóban van, ugyanúgy annak széles körű elismerése, hogy az új társadalmi fejlemények megkérdőjelezzik a hagyományos jogi szabályokat, azt jelzi, hogy e szabályokra jó hatással lehet az újragondolás. Ezért ebben a cikkben a célom korlátozottabb: felvázolni néhány fogalmi kihívást, amelyekkel a nemzetállamok jelenleg szembesülnek, amikor megpróbálják fenntartani a területileg megkülönböztethető jogrendszereket; gazdagítani leíró megértésünket arról, hogy mit jelent társadalmi és jogi értelemben is joghatóságot érvényesíteni egy területileg távoli cselekmény vagy szereplő felett; megvizsgálni, hogy a területileg meghatározott jogrendszerek megfelelnek-e az emberek helyről, határokról és közösségi hovatartozásról szerzett tapasztalatainak; és elkezdni egy olyan modell felépítését, amely lehetővé teszi, hogy a joghatósági vizsgálat pontosabban megfeleljen ennek a megélt tapasztalatnak.

³⁹ Lásd David G. Post, *Against "Against Cyberanarchy"*, 18 BERKELEY TECH. L.J. (forth- coming 2002) (kézirat a18, szerzőnél) ("A kibertérben zajló összes olyan esemény és tranzakció helyének ábrázolása, amelyek hatással vannak [bármely adott helyen] lévő személyekre és tulajdonra, gyakorlatilag egyáltalán nem fog földrajzi struktúrát mutatni."), elérhető a <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Cyberanarchy.PDF> oldalon (utolsó látogatás: 2002. december).

⁴⁰ Lásd pl. , T. Alexander Aleinikoff, *Sovereignty Studies in Constitutional Law: A Comment*, 17 CONST. COMMENT. 197, 201-02 (2000) (megjegyezve, hogy "nincs okunk feltételezni, hogy a nemzetállami forma örökké fennmarad", és azonosítva "a nemzetállami szuverenitást három irányból érő komoly kihívásokat[: nemzetek feletti normák és struktúrák [(beleértve a nemzetközi emberi jogi és kereskedelmi jogot),] szubnacionális csoportok, amelyek egyre nagyobb fokú autonómiát követelnek (és kapnak), [és] a "transznacionalizmus" - a határokon átnyúló jelentős kapcsolatokkal rendelkező nemzeti közösségek jelenléte az államhatárokon belül").

Bár én a joghatóság egyik lehetséges alternatív megközelítését kínálok, kevésbé fontos, hogy mások is elfogadják ezt a konkrét keretet, mint az, hogy az általuk kidolgozott modellek figyelembe vegyék a joghatóság társadalmi jelentését, mint a diskurzus és a tanulmányozás fontos területét. Sőt, azok, akik amellet érvelnek, hogy egyáltalán nem kell megváltoztatnunk a joghatósági keretrendszerünket, legalább arra kényszerülnek, hogy megfogalmazzák a közösség koherens értelmezését, amelyből ez a keretrendszer származik, majd a keretrendszert teszteljük az olyan emberek tapasztalatai alapján, akik feltételezhetően ilyen közösségekhez tartoznak. Ha tehát a tudósok meg akarják védeni a nemzetállamot mint az egyetlen releváns joghatósági entitást, vagy egy bizonyos tesztet kívánnak elfogadni a joghatósággal kapcsolatos különböző állítások értékelésére, akkor meg kell indokolniuk normatív döntéseiket; nem feltételezhetik egyszerűen, hogy az általuk állított joghatósági világ természetes vagy elkerülhetetlen.

Végül ez a cikk abból a meggyőződésből indul ki, hogy a joghatóság társadalmi jelentésének árnyaltabb megítélése segít a kibertérjog, a nemzetközi jog, a polgári eljárásjog és a jog kulturális elemzésének különböző gondolkodási irányzatainak egyesítésében. Ha a joghatóság problémáját mindezen diszciplináris nézőpontokból egyszerre vizsgáljuk, láthatjuk, hogy a hagyományos doktrinális határok akadályozzák a joghatósági szabályok teljesebb megértését. Valójában úgy tűnik számomra, hogy a kibertérrel kapcsolatos jogelmélet és a nemzetközi jog egyre inkább összeolvad, és hogy a metszéspontok helye a joghatóság és annak társadalmi jelentése. A polgári eljárásjoghoz hasonlóan a nemzetközi jog is régen eltávolodott a szigorú területiség modelljétől, de a joghatósági szabályok konceptualizálása hasonlóan kevésbé alkalmas a jogi kihívások széles skálájának és a mai világban jelen lévő közösségi hovatartozások sokaságának kezelésére. Még az Egyesült Államok kormányának az Al-Kaida feltételezett terroristáinak őrizetbe vételére és esetleges büntetőeljárás alá vonására irányuló közelmúltbeli erőfeszítéseit is hasznosabban lehetne talán a joghatóság és a közösségi tagság olyan felfogásán keresztül elemezni, amely a társadalmi jelentésre összpontosít.⁴¹ Így a joghatóság eszméje különösen gyümölcsöző, tudományágakon átívelő helyszínt biztosít a globalizációnak a jogi rendszerekre gyakorolt hatásainak vizsgálatához.

I. TÍZ KIHÍVÁS

Ez a rész áttekint néhány olyan koncepcionális kihívást, amelyek az elmúlt néhány évben merültek fel a jogi normák vagy a bírói hatáskörök extraterritoriális érvényesítésével kapcsolatban olyan tevékenységekre vonatkozóan, amelyek így vagy úgy, de határokon átnyúló hatásokat váltanak ki. Bár a kihívások listája korántsem teljes,

⁴¹ Lásd a 930-43. lábjegyzet alatti szövegben (a kozmopolita pluralista modell alkalmazása az al-Kaida terroristák segítségével vádolt amerikai állampolgárok közösséghez tartozásának meghatározására).

célom az, hogy azt sugalljam, hogy az online kommunikáció és a globális összekapcsoltság terjedése számos jogágban arra kényszerítette a bíróságokat és a politikai döntéshozókat, hogy megbirkózzanak a rögzített határokon alapuló joghatósági rendszer leképezésének nehézségével egy olyan világban, amely - számtalan módon - ellenáll az ilyen egyértelmű felosztásnak.⁴² Ráadásul számos példa megkérdőjelezi a nemzetállami szuverenitással kapcsolatos terroriális alapokon nyugvó feltételezéseket is. A határokon átnyúló interakciók növekedése, valamint a transznacionális és nemzetközi közigazgatási és igazságszolgáltatási szervek felemelkedése megkérdőjelezte a sérthetetlen nemzeti határok hagyományos értelmezését. Így mind a területen kívüli ítélezés, mind a nemzetállami szuverenitás pontos körvonalai változóban vannak.

Azok számára, akik figyelemmel kísérik az internettel kapcsolatos fejlemények jogi szakirodalmát, egyik forráskönyv sem újdonság - kivéve talán a nemzetközi emberi jogok kihívását. Valójában számos ilyen kérdéssel foglalkoztak már különböző tudósok az elmúlt évek során, és számos "megoldást" javasoltak a kihívásokra. Mindazonáltal, bár e kihívások némelyike (vagy talán mind) megoldható lenne a joghatóság fogalmának újragondolása nélkül, úgy vélem, hogy a sok kihívás meglete teret ad az ilyen újragondolásnak. Az alábbiakban részletesebben tárgyalt egyik példával élve,⁴³ bizonyára igaz, hogy az amerikai bíróságok ~~készen~~ *International Shoe* minimális érintkezési tesztjét⁴⁴ az online környezethez igazítani. És talán ez a megközelítés a legjobb. De úgy tűnik számomra, hogy mielőtt az új adaptációk túlságosan megszilárdulnának, megragadhatnánk az átmenet ezen pillanatát arra, hogy feltegyük azokat az alapvető kérdéseket, amelyeket az adaptációra való szűkös összpontosítás soha nem tesz lehetővé. Ráadásul, amint azt a cikk későbbi részében kifejtem,⁴⁵ legalábbis van némi bizonyíték arra, hogy a bíróságok és a politikai döntéshozók már most is rugalmasabban értelmezik a joghatóságot és a nemzeti határokat, és nem egyszerűen a bevett joghatósági és jogválasztási szabályokat adaptálják. Ezért most van itt az ideje az újbóli vizsgálatnak. Az alább tárgyalt kihívások talán adnak némi támpontot arra, hogy miért.

⁴² Az ilyen joghatósági rendszer magában foglalja mind a bírói joghatóságot, mind az előíró joghatóságot (vagy jogválasztást). Ebben a cikkben mindkét kérdésre úgy hivatkozom, mint a joghatósági kérdésekre. *Lásd a* 21. lábjegyzetet (a joghatóság osztályozási rendszerének felvázolása és az ebben a cikkben tárgyalt joghatósági típusok megvitatása).

⁴³ *Lásd az alábbi* II.J.1. részt (a *Nemzetközi Cipő* mini- mum kontaktus tesztjének az online interakcióra való alkalmazására irányuló különböző törekvések megvitatása).

⁴⁴ *Lásd* *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945) (amely tesztet állapít meg annak meghatározására, hogy a személyes joghatóság érvényesítése megfelel-e az amerikai alkotmány Due Process Clause-jának, amely azon alapul, hogy az alperesnek elegendő kapcsolata van-e az érintett állammal, "hogy a per fenntartása ne sértse a tisztességes eljárás és a lényegi igazságszolgáltatás hagyományos fogalmait").

⁴⁵ *Infra* II.J.1. rész.

A. A "minimális kapcsolattartás" kihívása a kibertérben

Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának *International Shoe* tesztje annak meghatározására, hogy a személyes joghatóság érvényesítése megfelel-e az Egyesült Államok Alkotmányának Due Process Clause-jának, azt a kérdést teszi fel, hogy az alperesnek elegendő kapcsolata van-e az érintett állammal, "hogy ... a per fenntartása ne sértse "a tisztességes eljárás és a lényegi igazságszolgáltatás hagyományos fogalmait".⁴⁶ Ez a "minimális érintkezés" teszt mindaddig teljesül, amíg az alperesnek a fórumállamban folytatott tevékenységének "minősége és jellege" elegendő "a törvények tisztességes és rendezett igazgatásához képest, amelynek biztosítása a due process klauzula célja volt".⁴⁷ Bár ez a teszt nyilvánvalóan az Egyesült Államok alkotmányjogának kérdése, és ezért nem kötelező érvényű a máshol működő bíróságokra nézve, hasznos kiindulópontot nyújt, mivel az extraterritoriális tevékenység problémái minden területi alapú joghatósági rendszert érintenek, még azokat is, amelyek a joghatóság (vagy a jogválasztás) hatályát némileg eltérően határozzák meg.

Mivel a 1945. minimális kapcsolattartási teszt biztosítja a keretet a személyes joghatóság külső határainak meghatározásához az amerikai alkotmány értelmében.⁴⁸ Mindazonáltal, bár a teszt rugalmassága a legnagyobb erőssége, ez a rugalmasság azt jelenti, hogy a minimális kapcsolattartás elemzése nem nyújt egyértelműen meghatározott szabályt, mivel ehelyett egy erősen partikuláris, tény-specifikus vizsgálatra támaszkodik. Ennek megfelelően nehéz biztosra venni, hogy az adott esetben hány és milyen kapcsolat elegendő ahhoz, hogy egy állam a szövetségi alkotmány értelmében személyes joghatóságot gyakoroljon. A Legfelsőbb Bíróság különbözőképpen vizsgálta, hogy az alperesek "célzottan igénybe vették-e" az állam törvényeit,⁴⁹ hogy "ésszerűen" tudták-e élni az állam törvényeivel.

⁴⁶ *Int'l Shoe*, U326.S. at 316.

⁴⁷ *Id.* 319.

⁴⁸ A minimális kapcsolattartás tesztje természetesen csak a személyes joghatóság gyakorlásának külső határát szabja meg. Bár az államok nem érvényesíthetnek joghatóságot azon *túl*, amit a szövetségi alkotmány megenged, dönthetnek úgy, hogy az alkotmány által biztosított teljes jogkörnél *kevésbé* gyakorolnak. Egyes államok saját jogszabályokat alkottak, amelyek önkéntesen korlátozzák az államon kívüli alperesek feletti joghatóságukat a szövetségi alkotmány által előírtakon túl. *Lásd pl.* N.Y. C.P.L.R. 302 (McKinney 2002) (New York joghatóságát a szövetségi alkotmány által előírtnál jobban korlátozza); *lásd még* FLEMING JAMES, JR. ET AL., CIVIL PROCEDURE 75 (5th ed. 2001) (megjegyezve, hogy "az ilyen [joghatósági] státúumokat elfogadó törvényhozók . . . feltehetően nem kívánják elérni az alkotmányos határt"). Ezekben az államokban a bíróságok csak akkor gyakorolhatnak személyes joghatóságot, ha az ügy az állami törvény keretei közé esik, és a joghatóságot a szövetségi alkotmány lehetővé teszi. *Lásd* LARRY L. TEPLY & RALPH V. WHITTEN, CIVIL PROCEDURE (2771994) ("Az alkotmányos ~~határ~~ kérdései mellett, amelyek minden olyan esetben felmerülnek, amikor egy adott ügy tényeire alkalmazzák a hosszú távú joghatósági törvényt, a törvény alkalmazhatóságának kérdései is fennállnak, amelyeket esetről-esetre kell kidolgozni.").

⁴⁹ *Lásd* *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235, 253 (1958) ("[I]t lényeges minden esetben, hogy legyen valamilyen cselekmény, amellyel az alperes célzottan él a kiváltsággal, hogy tevékenységet folytat a fórumállamban, így hivatkozva annak törvényeinek előnyére és védelmére.").

előre", hogy ott fogják őket beperelni,⁵⁰ vagy hogy az államnak a jogvita elbírálásához fűződő érdekei felülmúlják-e az alperesek aggályait a megnövekedett költségekkel, kényelmetlenségekkel vagy esetleges elfogultsággal kapcsolatban.⁵¹ Ezen túlmenően a Bíróság egyes tagjai jelezték, hogy egy állam akkor is érvényesíthet személyes joghatóságot, ha az egyetlen kapcsolat a fórumállamhoz az, hogy egy vállalat "a termékeit a kereskedelmi forgalomba szállítja azzal a várakozással, hogy azokat a fórumállamban lévő fogyasztók megvásárolják".⁵²

Nem meglepő, hogy az internet fejlődése új ráncokat vetett a minimális kapcsolattartási tesztbe. Végül is, amikor információt tesztek közzé egy weboldalon, az azonnal elérhető az egész világon. Vajon "szándékosan igénybe vettem"-e bármely olyan joghatóságot, ahol valaki megnézi ezt a weboldalt? "Ésszerűen számíthatok-e arra", hogy a közzétett információt máshol is megtekintik? Belehelyeztem-e a honlapomat a "kereskedelmi forgalomba", és ha igen, ez azt jelenti, hogy bárhol, ahol a honlap elérhető, perelhetőnek kell lennem?

B. Az e-kereskedelem kihívása

Ha egy fogyasztó online vásárol árut, melyik jog alkalmazandó az ügyletre, és melyik joghatóság dönt a későbbi jogvitákról? A fogyasztó sok esetben nem tudja, hogy az általa éppen felkeresett weboldal az utca végén lévő szerveren vagy egy másik kontinensen "található" (sőt, egy weboldalnak több olyan eleme is lehet, amely több különböző szerveren is található).

⁵⁰ *Lásd* World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286, 297 (1980) ("[A]z előreláthatóság, amely [az állami bírósági joghatóság gyakorlása] szempontjából kritikus jelentőségű, az, hogy a védekező magatartása és kapcsolata a bírósági államhoz olyan, hogy ésszerűen számolnia kell azzal, hogy ott bíróság elé állítják.").

⁵¹ *Lásd* Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462, 476-77 (1985) (amely lehetővé teszi a bíróság számára, hogy a minimális érintkezés megállapítását "más tényezők fényében", például "az alperesre nehezedő terhek" és "a fórumállamnak a jogvita elbírálásához fűződő érdeke" figyelembe vegye. (idézi a *World-Wide Volkswagen*, U444.S., 292. o.)).

⁵² *Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102, 119-20 (1987) (Brennan, J., részben egyetértett és egyetértett az ítéletben) (kiemelés hozzáadva) (idézi a *World-Wide Volkswagen*, 444 U.S., 298. o.). *Az Asahi-ügyben* négy bíró jelezte, hogy egy terméknek a kereskedelmi forgalomba történő egyszerű behelyezése *nem* elegendő a joghatóság megállapításához, bárhová is kerüljön az adott termék. *Id.* 112. o. (O'Connor, J., csatlakozott Rehnquist, C.J., Powell, Scalia, JJ.). Ehelyett ezek a bírák az alperes valamilyen "további magatartását" követelnék meg, amely bizonyítja, hogy az alperesnek konkrét "szándéka vagy célja volt a piac kiszolgálása" a joghatóságot gyakorló államban. *Id.* Négy másik bíró (köztük Brennan Jus- tice) nem értett egyet, azzal érvelve, hogy elegendő a terméknek a kereskedelmi forgalomba történő egyszerű bevezetése. *Id.* 117. o. (Brennan, J., részben egyetértett és egyetértett az ítéletben). A kilencedik bíró, Stevens bíró úgy találta, hogy az ügy tényállása alapján a joghatóság egyik teszt alapján sem volt megfelelő, ezért nem volt hajlandó választani a kettő között. *Id.* 121-22. o. (Stevens, J., részben egyetértett és egyetértett az ítéletben). Ennek eredményeként egyik indoklás sem ért el többséget, és a Legfelsőbb Bíróság azóta sem foglalkozott közvetlenül a kereskedelmi áramlás kérdésével.

szerverek több helyen). Ha például egy francia fogyasztó belép egy "svéd" weboldalra, akkor a joghatóság és a jogválasztás szempontjából valamilyen módon "belépett" Svédországba?

Ezen túlmenően az a lehetőség, hogy maga a weboldal megkövetelheti a fogyasztótól, hogy olyan szerződési feltételekhez járuljon hozzá, amelyek jogválasztási és fórumválasztási záradékokat tartalmaznak, nem oldja meg teljes mértékben a dilemmát.⁵³ Egyes országokban az ilyen "clickstream" megállapodások végrehajthatóak,⁵⁴ míg más országokban nem tekinthetők valódi alkunak, mivel a résztvevők közötti alkupozíció egyenlőtlen lehet.⁵⁵ Vagy az országok úgy dönthetnek, hogy a fogyasztóvédelmi kérdések olyan közértékeket érintenek, amelyekről a tranzakcióban részt vevő felek nem köthetnek egyszerűen szerződést.⁵⁶ Ha igen, akkor melyik joghatóság fogyasztóvédelmi jogszabályait kell alkalmazni?

Az Európai Unió (EU) e kihívások megoldására tett kísérletként 2000 nyarának elején elfogadott egy irányelvet⁵⁷, amely az ilyen értékesítések tekintetében rögzíti a "származási ország" elvét. Az irányelv értelmében jogvita esetén a kereskedő vagy a szolgáltató országának joga alkalmazandó.⁵⁸

Számos

⁵³ *Vö. Siegelman v. Cunard White Star Ltd.*, 221 F.2d 189, 204-06 (2nd Cir. 1955) (Frank, J., különvélemény) (azzal érvelve, hogy az adósváltsági szerződésben szereplő jogválasztási rendelkezést nem kell tiszteletben tartani). *Lásd általában*: Albert A. Ehrenzweig, *Adhesion Contracts in the Conflict of Laws*, 53 COLUM. L. REV. 1072, 1089-90 (1953) (azzal érvelve, hogy az amerikai bíróságoknak inkább azzal kellene indokolniuk a jogválasztási rendelkezések nem érvényesítését az adhéziós szerződésekben, hogy a felek autonómiájának elvének nincs helye a kollíziós jogban, mint azzal, hogy félreértelmezik a szerződési jogot).

⁵⁴ *Lásd pl. Kilgallen kontra Network Solutions Inc.*, 99 F. Supp. 2d 125, 129 (D. Mass. 2000) (megállapítva, hogy a fórumválasztási kikötések végrehajthatók, kivéve, ha a körülmények alapján ésszerűtlennek bizonyulnak); *Forrest kontra Verizon Communications, Inc.*, 805 A.2d 1007, 1010-11 (D.C. 2002) (megállapítva, hogy a fogyasztó megfelelő tájékoztatást kapott az elektronikus szerződésben szereplő fórumválasztási záradékról); *Rudder v. Microsoft Corp.*, [1999] 2 C.P.R.4th 474 (Ont. Super. Ct. J.) (megállapítva, hogy a fórumválasztási záradék végrehajthatatlanságának megállapítása aláásná az interneten keresztül kötött bármely megállapodás integritását).

⁵⁵ *Lásd pl. Specht v. Netscape Communications Corp.*, No. 01-7870, WL2002 31166784, at *2-4 (2d Cir. Oct. 1, 2002) (ítélet, hogy az internetfelhasználókat nem kötheti a választottbírói eljárást előíró licencszerződés, amikor a rendelkezés egy ingyenesen letölthető szoftver második oldalán volt eltemetve); *Comb v. PayPal, Inc.*, No. C-02-1227JF, 2002 WL 2002171, at *6-9 (N.D. Cal. Aug. 30, 2002) (elutasítva egy elektronikus szerződésben szereplő választottbírói kikötés érvényesítését az eljárási és anyagi jogi összeegyeztethetlenség miatt).

⁵⁶ *Lásd pl. Williams v. Am. Online, Inc.*, No. 00-0962, 2001 WL 135825, at *3 (Mass. Super. Ct. 2001. február 8.) (az America Online szolgáltatási feltételeiben szereplő fórumválasztási záradék érvényesítésének elutasítása részben azért, mert "[a] közrend azt sugallja, hogy a massachusettsi fogyasztók, akiknek egyénileg csak néhány száz dolláros káruk van, ne kelljen az AOL-t Virginiában perelniük").

⁵⁷ Az Európai Unió irányelve az elért eredmény(ek) tekintetében kötelező érvényű jogszabály a tagállamokra nézve, de a nemzeti hatóságok számára lehetővé teszi, hogy a végrehajtás különböző módszerei közül válasszanak. *Lásd: AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉG MEGALAPÍTÓ EGYEZMÉNY*, 1997. november 10., cikk. 249, HL (C 340.) (21997) [a továbbiakban: EK Szerződés].

⁵⁸ *Lásd a 2000/31/EK tanácsi irányelv 2000/31. cikkét. 22. cikke, HL 2000. (L 178.) 1., 4. o.* ("Az információs társadalommal összefüggő szolgáltatásokra ... annak a tagállamnak a joga vonatkozik, amelyben a szolgáltató letelepedett.").

hónapokkal később azonban az Európai Bizottság⁵⁹ jelezte, hogy esetleg elfogadja az úgynevezett Róma II. rendeletet, amely megfordítaná az irányelvet, és a *fogyasztó* országának jogát alkalmazná a határokon átnyúló e-kereskedelemmel kapcsolatos jogvitákban, ha a szerződéses rendelkezések nem rendelkeznek ennek ellenkezőjéről.⁶⁰ Azóta az üzleti érdekek erős nyomására az EU visszalépett a Róma II. rendelet elfogadásának gondolatától.⁶¹ Ezek az ingadozások azt mutatják, hogy az e-kereskedelmi tevékenységek feletti joghatóság kérdése mennyire aktuálissá vált.

C. A nemzetközi adózás kihívása

Történelmileg az adózási rendszerek földrajzi alapokon nyugodtak, és a hagyományos nemzetállami struktúrától függtek.⁶² Így az a kérdés, hogy ki szedheti be az adót, általában olyan kérdésekre vezethető vissza, mint például: Hol történt a tranzakció? Hol keletkezett a jövedelemáramlás? Hol található a vállalat? Mondanom sem kell, hogy ezeket a kérdéseket a digitális tranzakciókkal összefüggésben meglehetősen nehéz lehet megoldani. Egy kommentátor meg is jegyezte: "[A]z alapfeltevés, amely a gazdasági kormányzás alapjául szolgál a

⁵⁹ Az Európai Bizottság az EU funkcionális megfelelője az Egyesült Államok végrehajtó hatalmának. *Lásd* az EK-Szerződés 57. lábjegyzetben említett 57. cikkének (1) bekezdését. 211-19. cikk (az Európai Bizottság létrehozása, valamint hatáskörének és feladatainak leírása).

⁶⁰ *Lásd* a Bizottság közleményét a Tanácsnak és az Európai Parlamentnek az elektronikus kereskedelemről és a pénzügyi szolgáltatásokról, COM(01)66 végleges, 8. o. (megállapítva, hogy a fogyasztói szerződésben szereplő jogválasztási rendelkezés hiányában a szerződésre a fogyasztó "szokásos tartózkodási helye" szerinti jog az irányadó).

⁶¹ *Lásd* John Duckers, *Regulation Tide Begins to Recede*, BIRMINGHAM POST, 2002. február 15., 24. oldal, 2002 WL 13710809 (beszámoló arról, hogy az Európai Bizottság "félretette" a Róma II. tárgyalásokat, jelezve, hogy "az üzleti szféra hallatja a hangját Európa hatalmi fórumain"). (idézi Andrew Sparrow, partner, Lee Crowder Solicitors); Paul Meller, *Europe Panel Is Rethinking How It Views E-Commerce*, N.Y. TIMES, June 27, 2001, at W1 (megjegyzéssel, hogy az Európai Bizottság megfordult a célszország szerinti megközelítéssel kapcsolatban).

⁶² *Lásd* Michael J. Graetz, *A nemzetközi jövedelmek adóztatása*: 54 TAX L. REV. 261, 277-82 (2001) (az adópolitikában a nemzetállamok előjogaira és érdekeire való összpontosítás történetének és indoklásának tárgyalása). Valójában a legtöbb modern ország adópolitikája a nemzetállamnak az alattvalói feletti szuverén hatalmának hagyományos nemzetiségeire épül. *Lásd* Stephen G. Utz, *Tax Harmonization and Coordination in Europe and America*, 9 CONN. J. INT'L L. 767, 769 (1994) [a továbbiakban: Utz, *Tax Harmonization*] ("Egészen a közelmúltig az adópolitikáról szóló viták általában azt feltételezték, hogy az adóztató szuverén . . . [megadóztathatja] szinte kizárólag . . . saját polgárainak gazdasági magatartását."). A korai adópolitikai elemzők abból indultak ki, hogy a földrajzilag rögzített nemzetállam eredendő adóztatási jogkörrel rendelkezik, tükrözve azt a páratlan nézetet, hogy "a nemzetek természetes egységek, és hogy határaikon belül a nemzeti kormányok minden tekintetben szuverének". STEPHEN G. UTZ, *TAX POLICY*: (1993). E felfogás szerint a nemzetállamok "teljes adóztatási jogkört követelnek a területükön "belül" élő emberek, a tulajdon és a tranzakciók felett". *Id.* 195.

modern korban az, hogy - függetlenül attól, hogy mennyire nemzetközi a világgazdaság - minden tranzakció pontosan lokalizálható a kétdimenziós földrajzi térben.⁶³ A továbbiakban azonban egyenesen kijelenti, hogy "[a] földrajz nem térképezi fel a kibertérben".⁶⁴

Képzelnék el például egy olyan vállalatot, amely online adatszolgáltatást nyújt, vagy vezeték nélküli üzeneteket továbbít műholdon keresztül. Meg kell-e adóztatni az ilyen szolgáltatásokból származó nyereséget minden olyan országban, ahol a vállalkozásnak ügyfelei vannak? A kétoldalú jövedelemadó-megállapodások túlnyomó többsége lehetővé teszi az adóztatást, ha egy vállalkozás "állandó telephelyet" tart fenn egy adott országban, de egyébként nem teszi lehetővé az adott joghatóságból származó "üzleti nyereség" adóztatását.⁶⁵ Az e-kereskedelem világában drámaian csökken az ilyen állandó telephely szükségessége. A vállalat nem feltétlenül tart fenn fizikai jelenlétet a kérdéses országban. Vagy az egyetlen jelenlét lehet egy szerver, amely az adott országban található, de általában ez a szerver valaki más tulajdonában van, vagy valaki más üzemelteti. Elelegendő-e a szerveren áthaladó elektronikus jelek ahhoz, hogy jelenlétet vagy "állandó telephelyet" hozzanak létre az adózás megalapozásához?

A Gazdasági Együttműködési és Fejlesztési Szervezet (OECD) adóügyi bizottsága, amely a legtöbb kétoldalú megállapodás alapját képező jövedelemadó-modellegyezményt kezeli, nemrégiben megkísérelte tisztázni az "állandó telephely" fogalmát:

[A pontosítás kimondja, hogy egy weboldal önmagában nem képezhet telephelyet; hogy egy weboldal hosting-megállapodás általában nem eredményez telephelyet annak a vállalkozásnak, amely a weboldalon keresztül üzleti tevékenységet folytat; hogy egy internetszolgáltató általában nem képez egy másik vállalkozás függő ügynökét, így nem képez telephelyet az adott vállalkozás számára, és hogy bár a számítógépes berendezések, például a szerver elhelyezésének helye bizonyos körülmények között telephelyet képezhet, ehhez az szükséges, hogy az adott helyen végzett funkciók jelentősek legyenek, valamint az üzleti tevékenység lényeges vagy alapvető részét képezzék a vállalkozás tevékenységét.⁶⁶

⁶³ Stephen J. Kobrin, *Taxing Internet Transactions*, 21 U. PA. J. INT'L ECON. L. 666, 671 (2000).

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Lásd például a JÖVEDELMI ÉS TÓKEADÓMINTAEGYEZMÉNY MINTÁJÁT*. 7, § 1 (Org. for Econ. Cooperation & Dev. Comm. on Fiscal Affairs 1997) (kimondja, hogy az egyik államban működő, egy másik államban üzleti tevékenységet folytató vállalkozás nem adóztatható a második államban, kivéve, ha ott állandó telephellyel rendelkezik).

⁶⁶ Press Release, Technical Advisory Group, Organization for Economic Cooperation and Development, *OECD Progresses Towards Achieving an International Consensus on the Tax Treatment of E-Commerce* (2002. december), <http://www.oecd.org/HU/document/0,,HU-document-590-17-no-12-6697-590,00.html>; *lásd még* OECD Committee on Fiscal Affairs, *Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition* (Az állandó telephely fogalmának tisztázása).

Bár ez a pontosítás ésszerűnek tűnhet, komoly problémát jelent a fejlődő országok számára, amelyek a külföldi befektetésekből származó adóbevételekre támaszkodnak, mivel a vállalatok most már könnyebben elkerülhetik a helyi adózást, ha csak "e-jelenléte" tartanak fenn egy adott országban.⁶⁷

A jövedelemadóról a fogyasztási adókra áttérve, bár a helyi önkormányzatok kivethetnek adót a lakosok távoli eladótól történő vásárlásaira, nehéz lesz kötelezniük az eladókat az adó beszedésére, ha nem rendelkeznek fizikai jelenléttel a településen.⁶⁸ Ezen túlmenően a növekvő e-kereskedelem az adófizetők azonosításában kulcsfontosságú közvetítők fokozatos megszűnéséhez vezethet.⁶⁹ Végezetül, bár az úgynevezett "kis értékű" határon átnyúló szállítmányok esetében a vámok és adók alól hagyományosan de minimis mentességet biztosítottak, az e-kereskedelem térnyerése növelheti a külföldi beszállítóktól származó közvetlen megrendelések számát, ami vagy jelentős adóbevétel-kieséshez, vagy magasabb vámbeszedési költségekhez vezethet.⁷⁰ Így a jövedelemadókhoz hasonlóan az e-kereskedelem a fogyasztási adóalap erózióját eredményezi, ami aránytalanul nagy hatással lehet a gazdaságokra.

az e-kereskedelemben: Az adóegyezmény-modellhez fűzött kommentár módosításai a cikk para5. 3., Gazdasági Együttműködési és Fejlesztési Szervezet (200022., 3december), http://www.oecd.org/daf/fa/e_com/ec_1_PE_Eng.pdf (a sajtóközleményben használt nyelvezet közli). Hasonlóképpen, a Restatement of Foreign Relations Law adózásra vonatkozó nyelvezete megköveteli, hogy a társaságoknak fizikai jelenléttel kell rendelkezniük egy joghatóságon belül, mielőtt egy állam megadóztathatja a jövedelmüket. Lásd: RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 412 (1987) (megjegyezve, hogy egy állam megadóztathatja a társaságokat, ha azok az államon belül rendelkeznek fizikai jelenléttel, vagy az államon belül folytatnak üzleti tevékenységet).

⁶⁷ Még az Egyesült Államokon belül is ellentmondásos a fizikai kapcsolat kérdése. Például Kalifornia állami kiegyenlítő bizottsága nemrégiben kiadott egy véleményt, amelyben azt állította, hogy a Borders.com-nak annak ellenére is be kell szednie a kaliforniai forgalmi adót, hogy a Borders.com-nak nincs ingatlana vagy alkalmazottja Kaliforniában. Lásd Borders Online, Inc., SC OHA 97-638364 at (56270,4Cal. Bd. Equalization Sept. 200126.) (mem.), <http://www.boe.ca.gov/legal/pdf/borders.pdf> (megállapítva, hogy a Borders.com termékvisszatérítések fogadására jogosult állami képviselői "jelentős kapcsolatot" hoztak létre a Borders.com és az állam között). A testület arra a tényre alapozta véleményét, hogy a Borders Books üzletek - egy különálló vállalat, amely fizikai jelenléttel rendelkezik Kaliforniában - elfogadja a Borders.com-on online vásárolt könyvek visszavételét, így megteremtve a szükséges "nexust" a kettő között. *Id.*, 5. o. Bár e cikknek nem feladata annak megvitatása, hogy ez a konkrét meghatározás indokolt-e, a kapcsolat vizsgálatának gyenge jellege egyértelmű.

⁶⁸ Lásd Richard Jones & Subhajt Basu, *Taxation of Electronic Commerce*: INT'L REV. L. COMPUTERS & TECH. 35, 38 (2002) ("Míg az államok kivethetnek adót a lakosok államon kívüli eladótól történő vásárlásaira, addig nem kötelezhetik ezeket az eladókat az adó beszedésére, hacsak az eladó nem rendelkezik jelentős jelenléttel, vagy nexusszal az államban.").

⁶⁹ Lásd *id.* 37. o. (azzal érvelve, hogy az e-kereskedelem "a közvetítők, például a nagykereskedők vagy a helyi kiskereskedők fokozatos megszűnéséhez vezet, akik a múltban döntő szerepet játszottak az adófizetők, különösen a magánfogyasztók azonosításában").

⁷⁰ Lásd *id.* 37-38. o. (az adó- és vámhatóságok számára az "alacsony értékű" szállítmányok számának növekedése jelent kihívást, mivel az ilyen szállítmányok után fizetendő adó összege alacsonyabb, mint a beszedés költsége).

a fejlődő országok.⁷¹

Stephen J. Kobrin, a Wharton School Menedzsment és Nemzetközi Tanulmányok Intézetének igazgatója nemrégiben példát hozott a ~~nyugat~~⁷² Tegyük fel, hogy egy indiai szoftverprogramozó valós időben dolgozik egy New York-i bank számítógépes rendszerének frissítésén; a bank New Jersey-ben található szervereit használva; hogy a bank Írországban található könyvelő irodája hatékonyabban működhessen. Minden bizonnyal gazdaságilag értékes szolgáltatást nyújtanak, de hol történik az adóköteles ügylet?⁷³

Kobrin szerint az internetes adózási kérdések megvitatása során, mint amilyen ez a mostani is, általában négy feltevés érvényesül. Először is, az adózásnak ökológiai szempontból semlegesnek kell lennie, azaz nem szabad befolyásolnia a gazdasági tevékenység helyét vagy formáját. Másodsor, el kell kerülni a kétszeresen vagy háromszorosan megadóztatott, vagy egyáltalán nem megadóztatott tranzakciókat. Harmadszor, az adóbevételek elosztásának egyenlőnek kell lennie. Negyedszer, fenn kell tartani a földrajzi értelemben vett nemzetállamokon alapuló adóügyi szuverenitást.⁷⁴ Amint azonban az állandó letelepedés kérdése is jelzi, nehéz lesz mind a négy alapelvnek egyszerre megfelelni. Valójában, tekintettel a digitális tranzakciók nem földrajzi jellegére, "lehetetlen lehet megoldani a "joghatósági" kérdéseket, elosztani a bevételeket, vagy akár elegendő bevételt beszélni a kormányzati tevékenységek fenntartásához, miközben fenntartjuk a kölcsönösen kizárólagos joghatóság gyakorlatát vagy elvét - a földrajzi ellenőrzésen keresztül gyakorolt politikai és gazdasági ellenőrzést".⁷⁵ Kobrin szerint egy hatékony és igazságos adórendszer végső soron sokkal nagyobb mértékű nemzetközi együttműködést és újraelosztást igényelhet, mint amit eddig a globális adópolitikában láttunk.⁷⁶

D.

A beszéd területenkívüli szabályozásának kihívása

A kibertér megteremti annak lehetőségét (és talán még a valószínűségét is), hogy egy személy által egy fizikai helyen közzétett online tartalom megsérti

⁷¹ *Lásd id.* at (egy tanulmányt 41tárgyalva, amely szerint bár a fejlődő országok a digitalizált áruk világszintű behozatalának csak tizenhat százalékát teszik ki, az ilyen árukból származó vámbevétel-kiesésből származó részesedésük majdnem kétszerese az iparosodott országokénak).

⁷² Kobrin, *fenti* megjegyzés, 63,670-71. o.

⁷³ *Lásd id.* (ugyanezt a problémát bemutató hipotetikus feltevés).

⁷⁴ *Id.* 672.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Lásd id.* ("A digitális korszakban a hatékony, eredményes és igazságos adórendszerekhez szubsztantív nemzetközi együttműködésre lehet szükség."); *lásd még* Jones & Basu, *Supra* note at68, (azzal 49érvelve, hogy az OECD-t "az USA és a fejlett világ uralja", ami "a fejlett világ számára előnyös és előnyös megoldásokat eredményez"). *Lásd általában* Utz, *Tax Harmonization, Supra* note, 62,767-72. o. (a nemzetközi adópolitika kialakításának nehézségeinek leírása).

a törvényt egy másik fizikai helyen. Ilyen körülmények között elkerülhetetlenül felmerül az extraterritorialitás problémája. Vajon a kontent közzetevő személy köteles lesz-e tevékenységét a legszigorúbb olvasói közösség normáihoz igazítani? Vagy pedig az olvasók azon közössége, amely az internetes tartalmakra vonatkozó normát fogadott el, a tiltott anyagnak akaratától függetlenül ki lesz téve? Az e kérdésekre adott válaszok részben attól függenek, hogy az olvasók közössége érvényesíti-e a joghatóságot arra, hogy normáit a külföldi tartalomszolgáltatóra kényszerítse.

Nemrégiben egy francia bíróság foglalkozott ezzel a joghatósági kérdéssel, és azt állította, hogy jogosult egy Franciaországban elérhető amerikai weboldal tartalmának szabályozására. A Tribunal de Grande Instance de Paris 2000. május 22-én előzetes végzést hozott a Yahoo.com ellen, amelyben kötelezte a honlapot, hogy tegyen meg minden lehetséges intézkedést annak érdekében, hogy Franciaországban megakadályozza és megakadályozza a náci emléktárgyakat vagy más, a nácizmussal szimpatizáló vagy a holokauszt tagadását jelentő tárgyakat árusító Yahoo! **akcs** oldalak elérhetőségét.⁷⁷ Az ilyen áruk franciaországi értékesítése vitathatatlanul sérti a francia törvényeket,⁷⁸ és a Yahoo.fr, a Yahoo! francia leányvállalata eleget tett az ilyen oldalakhoz való hozzáférés blokkolására vonatkozó kérésnek.⁷⁹ A kereset azért volt figyelemre méltó, mert a pert nem csak a Yahoo.fr, hanem a Yahoo.com, egy amerikai vállalat ellen is indították, valamint azért, mert a bíróság a Yahoo! nem franciaországi szerverein tárolt nem francia weboldalokhoz való hozzáférés megtiltását kérte.

Természetesen könnyen belátható, hogy a bíróság és a panaszosok ebben a perben miért tették ezt a további lépést. A Yahoo.fr weboldalaihoz való hozzáférés megszüntetése egyáltalán nem jó, ha a francia állampolgárok egy egérkattintással egyszerűen átmehetnek a Yahoo.com-ra, és hozzáférhetnek ugyanezekhez az oldalakhoz. Másrészt a Yahoo! azzal érvelt, hogy a francia joghatósági nyilatkozat megengedhetetlenül extraterritoriális hatályú.⁸⁰ A Yahoo! szerint ahhoz, hogy eleget tegyen a végzésnek, az oldalakat teljes egészében (nem csak a franciák számára) el kellene távolítania a szolgáltatásaiból, és ezzel megtagadná az ilyen anyagokat a nem francia állampolgároktól, akik közül sokan országuk törvényei alapján jogosultak az anyagokhoz hozzáférni.⁸¹ A Yahoo! azzal érvelt, hogy

⁷⁷ T.G.I. Párizs, május <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/22,tgiparis20005222000,.htm>. A szóban forgó aukciós oldal típusára példa a http://www.legalis.net/jnet/illustration/yahoo_auctions.htm oldalon található (utolsó látogatás: 200222., október).

⁷⁸ *Lásd* CODE PÉNAL [C. PÉN.] art. R. 645-1 (Fr.) (a náci emléktárgyak nyilvános bemutatásának tilalma, kivéve történelmi film, előadás vagy kiállítás céljából).

⁷⁹ *Lásd* T.G.I. Paris, 2000. november 20. (megjegyezve, hogy a Yahoo! France figyelmeztetést tett ki az oldalára, hogy a Yahoo! U.S.-on keresztül a felhasználó revizionista oldalakhoz férhet hozzá, amelyek látogatása a francia törvények szerint tilos és büntetendő), <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm>.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*

az amerikai webes tartalmak ilyen extraterritoriális cenzúrája ellentétes lenne az amerikai alkotmány első kiegészítésével.⁸² Így a Yahoo! és mások⁸³ azt állították, hogy a francia joghatóság érvényesítése egy megengedhetetlen kísérlet volt Franciaország részéről, hogy globális szabályokat vezessen be az internetes véleménynyilvánításra vonatkozóan.⁸⁴

Érdekes módon egy előző évben eldöntött ausztrál ügyben ugyanezt a logikát alkalmazták, amikor elutasították az Egyesült Államokban élő személy által az interneten közzétett, az ausztrál jog szerint állítólagosan becsületsértőnek minősülő anyagok közzétételének megtiltását.⁸⁵ A bíróság szerint "az interneten egyszer már közzétett anyag bárhol befogadható, és nem tartozik a közzétevő hatáskörébe a közzététel hatókörének korlátozása".⁸⁶ A bíróság a továbbiakban egyértelművé tette:

A nehézségek nyilvánvalóak. Az NSW [Új-Dél-Wales] államban a rágalmazás visszatartására irányuló végzés célja az NSW állam törvényeinek betartása és a felperesek jogainak védelme, ahogyan azokat az NSW állam törvényei meghatározzák. Egy ilyen végzés nem arra szolgál, hogy a rágalmazásra vonatkozó NSW-i jogot a világ minden más államára, területére és országára ráterjessze. Ez lenne azonban a következménye az interneten történő közzététel tilalmának. Nem feltételezhető, hogy a rágalmazás joga más országokban egybeesik az NSW-jogával, sőt, az ember tudja, hogy ez nem így van. Könnyen lehet, hogy a Bahama-szigetek, Tazhakisztán vagy Mongólia joga szerint az alperesnek korlátlan joga van az anyag közzétételére. A végzés meghozatala... az ilyen jog megsértése túllépné a jogalkalmazás megfelelő korlátait.
a bíróság joghatósága.

A bíróság tehát pontosan a Yahoo! által a francia vizsgálóbíró előtt felhozott érvelést fogadta el, és elutasította a döntést, amelyet elkerülhetetlenül extraterritoriális hatályúnak tekintett.⁸⁸

⁸² *Id.*

⁸³ *Lásd pl.* Carl S. Kaplan, *Experts See Online Speech Case as Bellwether*, N.Y. TIMES, Jan. at 5, 2001, <http://www.nytimes.com/2001/01/05/technology/05CYBERLAW.html?pagewanted=print> (idézi Barry Steinhardt, az American Civil Liberties Union társigazgatójának figyelmeztetését, miszerint ha "más országok pereskedői és kormányai ... amerikai szolgáltatók ellen fordulnak ... könnyen előfordulhat, hogy a védett beszédre a neten a legalacsonyabb közös normát alkalmazzuk").

⁸⁴ Ahogy Greg Wrenn, a Yahoo! nemzetközi részlegének jogtanácsosa fogalmazott: "Nem fogunk belenyugodni abba, hogy külföldi országok korlátlan joghatósággal rendelkeznek az amerikai székhelyű oldalak tartalmának szabályozására." *Id.*

⁸⁵ *Lásd* Macquarie Bank Ltd. kontra Berg (N.S.W.S. Ct. 1999. június 2.) (elutasította az állítólagosan rágalmazó anyagok interneten való közzétételének korlátozását elrendelő végzés meghozatalát, mivel egy ilyen végzés más országokra is ráerőltetné Új-Dél-Wales rágalmazási törvényeit), http://www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/supreme_ct.

⁸⁶ *Id.* 12.

⁸⁷ *Id.* 14.

⁸⁸ *De lásd* Gutnick v. Dow Jones & Co., (V.S. Ct. Aug. 28, 2001) (joghatóságot érvényesítve egy amerikai kiadóval szemben, amiért az a honlapján egy ausztrál állampolgárt állítólagosan becsmérlő cikket tett közzé), <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/>.

A francia bíró azonban másképp döntött, és úgy döntött, hogy megadja a Yahoo! álláspontjának empirikus alapját. Így a bíróság három technikai szakértőből álló testületet bízott meg annak megállapításával, hogy a Yahoo! a meglévő technológia segítségével képes-e azonosítani és kiszűrni a francia felhasználókat a szóban forgó aukciós oldalakról, miközben a többi felhasználó számára fenntartja a hozzáférést ezekhez az oldalakhoz.⁸⁹ A testület, bár részben megosztott volt, ⁹⁰végül arra a következtetésre jutott, hogy a Yahoo.com francia felhasználóinak körülbelül hetven százaléka esetében a felhasználó tartózkodási helyének azonosítása megvalósítható lenne.⁹¹ Ezen információkkal felvértezve a bíróság ezután újra kiadta a végzést.⁹² Eközben Auschwitz túlélőinek egy csoportja külön keresetet indított Franciaországban a Yahoo! vezérigazgatója, Timothy Koogle ellen, mivel a honlapon náci vonatkozású árucikkek voltak elérhetők.⁹³

Ahelyett, hogy kiszűrte volna a francia felhasználókat, a Yahoo! úgy döntött, hogy teljesen eltávolítja az ~~ak~~ oldalakat a szervereiről. Bár a Yahoo! azt állította, hogy döntése "önkéntes" volt, és nem függött össze a francia bírósági ítélettel, a ⁹⁴polgári szabadságjogok...

vic/VSC/2001/305.html?query=title+%28+%22gutnick%22+%29.

⁸⁹ Lásd T.G.I. Paris, 2000. augusztus 11. (műszaki szakértőkből álló testület felállítását rendelte el annak megállapítására, hogy a Yahoo képes-e azonosítani és kiszűrni a francia felhasználókat a francia törvényeket sértő oldalakról)
,http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/responsabilite/ord_tgi-paris_110800.htm.

⁹⁰ A három tag egyike, Vinton Cerf, kifogásolta a szakértői jelentés azon részét, amely azt javasolta, hogy a Yahoo!-t kötelezzék arra, hogy az oldalra való belépéskor kérdezzék meg a felhasználók tartózkodási helyét. Lásd:

T.G.I. Párizs, november (Cerf kifogásainak 20,2000közlése), <http://www.juricom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm>. Cerf szerint egy ilyen követelmény egyrészt hatástalan lenne (mivel a felhasználók hazudhatnának, másrészt a Yahoo! nem tudná rákényszeríteni a Yahoo!-on keresztül elérhető oldalakat, hogy a tartózkodási helyről kérdezzenek), másrészt pedig a magánélet megsértését jelentené. *Id.* Ezenfelül Cerf azzal érvelt, hogy semmilyen végzés nem terjedhet ki azokra a francia állampolgárokra, akik az internet-hozzáférésük idején nem tartózkodnak francia területen, mivel a bíróság joghatósága e személyek tekintetében nem egyértelmű. *Id.* Bár a szakértői testület másik tagja, Ben Laurie nem ellenezte az ajánlást, később "Egy szakértő bocsánatkérése" címmel nyílt levelet tett közzé az interneten. Ben Laurie nyílt levele, *An Expert's Apology* (2000. november 21.), [a http://www.apache-ssl.org/apology.html](http://www.apache-ssl.org/apology.html) *oldal*on. A levélben Laurie kifejtette, hogy bár a testület megpróbált választ adni a bíróság által feltett szűk kérdésre (milyen mértékben lehetséges technikailag, hogy a Yahoo! teljesítse a bírósági végzést), a szakértői jelentés nem feltétlenül tükrözi az ő politikai véleményét a kérdéstről. *Id.* Laurie azzal is érvelt, hogy bármilyen geo- grafikus szűrés "pontatlan, hatástalan és triviálisan elkerülhető[k]" lenne, és óriási terhet jelentene az olyan szolgáltatásokra, mint a Yahoo!, amelyeknek "egy hatalmas mátrixot kellene fenntartaniuk az oldalak és a joghatóságok között, hogy lássák, ki mit láthat és ki mit nem". *Id.*

⁹¹ Lásd T.G.I. Paris, 2000. november 6. (a bíróság által kinevezett szakértők jelentését), <http://www.juricom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001106-rp.htm>.

⁹² Lásd T.G.I. Paris, 2000. november 20., 90. l. (a Yahoo! kötelezése a bíróság 200022. májusi végzésének betartására).

⁹³ Lásd *pl.* , *French Auschwitz Group Suts Yahoo!* , REUTERS, Jan. 23, 2001, *at* <http://news.zdnet.co.uk/story/0,,t269-s2083893,00.html> (beszámoló arról, hogy a csoport "jelképes egy frank kártérítést" követel).

⁹⁴ Lásd: Press Release, Yahoo!, Yahoo! Enhances Commerce Sites for Higher Quality Online Experience (2001. január 2.), <http://docs.yahoo.com/docs/pr/release675.html> (új termék-irányelvek bejelentése aukciós oldalai számára, amelyek tiltják "az olyan tételeket, amelyek kapcsolatban állnak

a Yahoo! megadására úgy tekintettek, mint annak bizonyítékára, hogy a francia bíróság sikeresen folytatott extraterritoriális cenzúrát.⁹⁵ A francia ítélet ugyanis külsőre úgy nézett ki, mint az a klasszikus eset 1808, amelyben Lord Ellenborough úgy döntött, hogy egy brit állampolgár ellen Tobagóban hozott mulasztási ítéletet nem lehet végrehajtani, és retorikusan feltette a kérdést: "Tobago szigete hozhat-e olyan törvényt, amely az egész világ jogait köti?".⁹⁶

A francia ítélet, bár ellentmond az ausztrál rágalmazási ügynek, nem rendellenes. Röviddel a francia bírósági ítélet után Olaszország legfelsőbb bírósága egy online rágalmazási ügyben benyújtott fellebbezésében úgy döntött, hogy az olasz bíróságok joghatóságot gyakorolhatnak a külföldi székhelyű weboldalak felett, és bezárhatják azokat, ha nem tartják be az olasz jogot.⁹⁷ A bíróság megállapította, hogy a *Ya-hoo!*, hogy az olasz bíróságok akkor rendelkeznek joghatósággal, ha a cselekményt vagy mulasztást ténylegesen olasz területen követték el, vagy ha egyszerűen csak a cselekmény *hatása* vagy következményei Olaszországban érezhetők.⁹⁸ Hasonlóképpen, Németország második legfelsőbb bírósága úgy döntött, hogy egy ausztrál weboldal tulajdonosa - akinek a holokausztot firtató honlapja Németországban illegális, Ausztráliában azonban nem - börtönbe kerülhet a német szólásszabadságról szóló törvények megsértése miatt.⁹⁹ Németország belügyminisztere nemrégiben bejelentette, hogy megvizsgálja "annak lehetőségét, hogy a [német] polgári törvények alapján bepereljék a Németországban működő jobboldali weboldalak készítőit".

gyűlöletet és erőszakot hirdető vagy dicsőítő csoportok"). *De lásd* Troy Wolverton & Jeff Pel-line, *Yahoo to Charge Auction Fees, Ban Hate Materials*, CNET NEWS.COM, 2001. január 2., <http://news.cnet.com/news/0-1007-200-4352889.html> (megjegyezve, hogy a Yahoo! új politikája a gyűlölettel kapcsolatos anyagokra vonatkozóan a francia bíróság intézkedését követte).

⁹⁵ *Lásd pl.* Center for Democracy and Technology, *A Briefing on Public Policy Issues Affecting Civil Liberties Online*, CDT6 POLICY POST (200021., november), http://www.cdt.org/publications/pp_6.20.shtml (a határainkon kívül a szabad véleménynyilvánítás korlátozására törekvő országok számára teremtett veszélyes precedensről); *lásd még* Jen Muehlbauer, *Borderless Net, RIP?*, INDUSTRY STANDARD, nov., 21, 2000, <http://thestandard.com/article/display/0,1151,20331,00.html> (a francia bíróság döntését kritizálva, mivel az nemzetközi cenzúrát vezetett be az internetre).

⁹⁶ *Buchanan v. Rucker*, Eng103. Rep. (546,K547.B. 1808).

⁹⁷ Cass., dec27. *lefordítva*2000.,: <http://www.cdt.org/speech/international/001227italiandecision.pdf>; *lásd még Italy*: UPI, 2001. január 10., LEXIS, UPI File (a határozatról beszámolva és megjegyezve, hogy "[a]z azonban nem volt azonnal világos, hogy [egy külföldi weboldal bezárására vonatkozó végzést] hogyan lehetne végrehajtani vagy érvényesíteni"). Az ügyet egy zsidó férfi indította, aki azt állította, hogy több weboldal rágalmazta őt, amelyek azt állították, hogy Genova városában fogva tartja két lányát, és megakadályozza őket a zsidóság gyakorlásában. Cass. 2000. dec. 27., *supra*. Valójában a férfi megkapta a lányok egyedüli felügyeleti jogát, miután felesége Izraelbe vitte őket, és feleségül ment egy ultraortodox rabbihoz. *Id.*

⁹⁸ Cass., dec27. *supra*2000, note 97.

⁹⁹ *Lásd: Australian Faces Trial for Holocaust Denial*, REUTERS, Dec. 14, 2000, at <http://www.zdnet.com.au/newstech/news/story/0,2000025345,20107617,00.htm> ("[A] németországi szövetségi bíróság úgy döntött, hogy a volt iskolai tanár ellen a német törvények alapján vádat lehet emelni fajgyűlöletre való felbujtásért, mivel a sértő anyagot, amely tagadta a náci korszakban zsidók millióinak halálát, a német internetezők is elérhették.").

USA-ban, amelyek Németországban is éreztetik hatásukat."¹⁰⁰ Ausztráliában is született egy második ítélet egy külön online rágalmozási ügyben, amely ellentmond a korábbi ítéletnek.¹⁰¹

Legutóbb a kanadai Emberi Jogi Bíróság arra kötelezte Ernst Zündelt, egy korábbi kanadai lakost, aki jelenleg az Egyesült Államokban él, hogy költöztesse vissza az antiszemita gyűlöletbeszédet a kaliforniai székhelyű internetes oldaláról.¹⁰² A bíróság végzése elismerte, hogy a bíróságnak nehézséget okozhat döntésének kikényszerítése, de megállapította, hogy "jelentős szimbolikus értéke van Zündel tetteinek nyilvános elítélésének", és "potenciális nevelő és végső soron nagyobb megelőző haszna lehet a [határozatában] megfogalmazott elvek nyílt megvitatásának".¹⁰³

A Yahoo! a maga részéről folytatta a jogi harcot, és nemrég a kaliforniai kerületi bíróságon olyan ítéletet hozott, amely kimondja, hogy a francia bírósági ítéletet nem lehet elismerni vagy végrehajtani az Egyesült Államokban, főként azért, mert a francia ítélet ellentétes az első alkotmánymódosítással.¹⁰⁴ Az ítélet elleni fellebbezés még folyamatban van.¹⁰⁵ Bárhogyan is oldják meg az amerikai ügyet, a francia bíróság hajlandósága arra, hogy máshonnan származó kibertérbeli tartalmakkal szemben is érvényesítse normáit, jól mutatja azokat a nehézségeket, amelyek abból adódnak, hogy az online tartalmak könnyedén átlépik a területi határokat.

E. A nyugvó kereskedelmi klauzula kihívása

Az Egyesült Államokban a bíróságok elkezdtek hivatkozni számos, az ex-

¹⁰⁰ Ned Stafford, *German Official Seeks Help to Shut U.S.-Based Hate Sites*, NEWSBYTES, Aug. LEXIS6,2001., Newsbytes File.

¹⁰¹ Gutnick kontra Dow Jones & Co. (V.S. Ct. 2001), <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/vic/VSC/2001/305.html?query=title+%28+%22gutnick%22+%29>.

¹⁰² Citron v. Zündel (Canadian Human Rights Trib. 2002. január18.), <http://www.chrt-tcdp.gc.ca/decisions/docs/citron-e.htm>; lásd még Peter Cameron, *Hate Web Sites Have "No Place in Canadian Society": Commission*, LONDON FREE PRESS, 2002. jan. 19., B5 (egy olyan ítélet ismertetése, amely szerint "egy olyan internetes oldal, amely gyűlöletet hirdet bármely csoport ellen, ellentétes a kanadai emberi jogi törvénnyel", mivel "a gyűlöletkeltő üzeneteknek nincs helye a kanadai társadalomban").

¹⁰³ Citron kontra Zündel, para. 57 (Canadian Human Rights Trib. 2002. jan.18.), <http://www.chrt-tcdp.gc.ca/decisions/docs/citron-e.htm>; lásd még Cameron, *supra* note 102 (idézi a Bizottság egyik szóvivőjét, aki elismerte, hogy "[nekünk] nincs tapasztalatunk a megfelelés kikényszerítésében az internetet érintő ügyekben").

¹⁰⁴ Yahoo!, Inc. kontra La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d (1181,N1192.D. Cal. 2001).

¹⁰⁵ Az Egyesült Államokban az úgynevezett "nyugvó" kereskedelmi záradékkal összefüggésben az egyik joghatóságból a másikba történő szabályozási "áttérjedés" hasonló kérdéseit vetették fel. *Lásd az I.E. részt.*

a *Yahoo!* által felvetett teritorialitási aggályokat, hogy az úgynevezett "nyugvó" kereskedelmi klauzula alapján megsemmisítse az internetes tevékenység állami szabályozását.¹⁰⁶ A nyugvó kereskedelmi klauzula általánosságban véve az állami szabályozást az államon kívüli hatásai alapján korlátozza.¹⁰⁷ Így a nyugvó kereskedelmi klauzula elemzése - a joghatósági kérdéshez hasonlóan - a rögzített földrajzi határok fontosságán és az extrater- ritorikus szabályozás feltételezett veszélyén alapul. A kibertérrel összefüggésben a területi határok ilyen hangsúlyozása számos, az internetes tevékenység szabályozására irányuló állami erőfeszítés érvényességét fenyegeti. Például az egyik első olyan ügyben, amelyben a nyugvó kereskedelmi záradékot a kibertérre alkalmazták, az *American Library Association kontra Pataki ügyben*,¹⁰⁸ a szövetségi kerületi bíróság megtiltotta egy New York-i törvény végrehajtását, amely megtiltotta az internet szándékos használatát "bizonyos, a "kiskorúakra károsnak" ítélt pornográf közlések kezdeményezésére vagy részvételére".¹⁰⁹ A bíróság azzal érvelt, hogy mivel a világhálóra feltett anyagok bárhol hozzáférhetőek New Yorkban, a jogszabály alkalmazása megfékezheti a nem New York-i tartalomszolgáltatók tevékenységét, és arra kényszerítheti őket, hogy viselkedésüket a New York-i normákhoz igazítsák.¹¹⁰ Továbbá, a bíróság szerint, mivel az államok eltérően szabályozzák a pornográf közléseket, "egyetlen szereplő olyan államok véletlenszerű, koordinálatlan, sőt egyenesen következtelen szabályozásának lehet kitéve, amelyeket a szereplő soha nem szándékozott elérni, és

¹⁰⁶ A kereskedelmi záradék felhatalmazza a Kongresszust, hogy "szabályozza a kereskedelmet az idegen nemzetekkel és az egyes államok között". U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 3. E felhatalmazás magában foglalja a negatív vagy "nyugvó" kereskedelmi klauzulát - azt az elvet, hogy az államok megengedhetetlenül beavatkoznak ebbe a szövetségi hatáskörbe, amikor olyan törvényeket hoznak, amelyek indokolatlanul terhelik az államok közötti kereskedelmet. Ezt a gondolatot általában Johnson bírónak a *Gibbons v. Ogden* ügyben tett egybehangzó nyilatkozatára vezetik vissza, ahol kijelentette:

És mivel a [kereskedelem szabályozására vonatkozó] hatalom szükségszerűen magában foglalja a hatalmat arra, hogy meghatározzák, mi maradjon korlátlanul, ebből következik, hogy a hatalomnak kizárólagosnak kell lennie; csak egyetlen hatalmasságnál lehet; és ezért e hatalom megadása magával hozza az egész témát, nem hagyva semmit az állam számára, amiben eljárhatna.

22 U.S. (9 Wheat.) (1,1824227) (Johnson, J., egyetértő).

¹⁰⁷ A Legfelsőbb Bíróság a következőképpen fogalmazta meg a nyugvó kereskedelmi klauzula elemzését:

Ha a jogszabály egyenletesen szabályozza a jogos helyi közérdek érvényesítését, és az államközi kereskedelemre gyakorolt hatása csak mellékes, akkor a jogszabály helytálló, kivéve, ha az ilyen kereskedelemre rótt teher egyértelműen túlzott a feltételezett helyi előnyökhöz képest. Ha jogos helyi célt állapítanak meg, akkor a kérdés a mértékre vonatkozik. Az eltűrhető teher mértéke természetesen az érintett helyi érdek jellegétől függ, valamint attól, hogy az államközi tevékenységekre gyakorolt kisebb hatással is ugyanúgy előmozdítható lenne-e.

Pike v. Bruce Church, Inc., U397.S. (137,1970142) (idézet kihagyva).

¹⁰⁸ 969 F. Supp. (160S.D.N.Y. 1997).

¹⁰⁹ *Id.* 183-84. o. (a N.Y. PENAL LAW §§ 235.20(6), 235.21(3) (McKinney 2000) végrehajtásának felfüggesztése).

¹¹⁰ *Id.* 177.

esetleg nem tudott róla, hogy hozzáférnek."¹¹¹ Így a bíróság megállapította, hogy a New York-i törvény megengedhetetlenül szabályozza az államközi kereskedelmet.

Más bíróságok hasonló okok miatt utasították el a pornográf tartalmakra vonatkozó állami internetszabályozást. A bíróságok például a nyugvó kereskedelmi klauzulát használták fel a kiskorúakra káros anyagok ~~szállítás~~ terjesztését büntető új-mexikói törvény,¹¹² a pornográf kommunikációt szabályozó virginiai törvény,¹¹³ valamint a kiskorúak számára szexuális tartalmú anyagok terjesztésére szolgáló számítógépek használatát büntető michigani törvény végrehajtása elleni előzetes végzés meghozatalára.¹¹⁴

A nyugvó kereskedelmi záradék hatálya azonban ennél jóval szélesebb körben terjedt ki. Sőt, ahogy a kommentátorok rámutattak, az *American Library* logikája szerint "az internetes kommunikáció szinte minden állami szabályozásának olyan extraterritoriális következményei lesznek, mint amilyeneket a bíróság kifogásolt", beleértve "az állami szerencsejáték-ellenes törvényeket, a számítógépes bűncselekményekre vonatkozó törvényeket, a különböző fogyasztóvédelmi törvényeket, a rágalmazási törvényeket, az engedélyezési törvényeket és még sok más".¹¹⁵ Egy kaliforniai bíróság például a nyugvó kereskedelmi klauzula alapján érvénytelenítette a "kéretlen" e-maileket szabályozó állami törvényt.¹¹⁶ Hasonlóképpen, az Első Kerületi Bíróság kimondta, hogy egy massachusettsi szivarreklámtörvény, ha azt az internetes reklámozásra alkalmazzák, sérti a nyugvó kereskedelmi klauzulát,¹¹⁷ és egy szövetségi kerületi

¹¹¹ *Id.* 168-69.

¹¹² *Lásd* ACLU v. Johnson, 194 F.3d 1149, 1160-63 (10th Cir. 1999) (amely úgy döntött, hogy a törvény, N.M. STAT. ANN. § 30-37-3.2(A) (Michie 1998), sérti a kereskedelmi záradékot, mivel olyan magatartást szabályoz, amely teljes egészében Új-Mexikón kívül történik, indokolatlanul terheli az államközi és a külkereskedelmet, és "az internet államközi használatát következetlen állami szabályozásnak veti alá").

¹¹³ *Lásd* PSINet, Inc. v. Chapman, 108 F. Supp. 2d 611, 626 (W.D. Va. 2000) ("[Virginia Code] § 18.2-391 indokolatlan terhet jelent az államközi kereskedelemre, mivel megpróbálja szabályozni a teljes egészében Virginia határain kívüli kereskedelmi magatartást.").

¹¹⁴ *Lásd* Cyberspace Communications, Inc. kontra Engler, 55 F. Supp. 2d 737, 751 (E.D. Mich. 1999) ("A törvény, mint az államközi kereskedelem közvetlen szabályozása, per se sérti a kereskedelmi záradékot.").

¹¹⁵ Jack L. Goldsmith & Alan O. Sykes, *The Internet and the Dormant Commerce Clause*, YALE 110 L.J. (785,2001787).

¹¹⁶ *Lásd* Ferguson v. Friendfinders, Inc., 115 Cal. Rptr. 2d 258, 267-68 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 2002) (megegerősítve az alsóbb fokú bíróság határozatát, amely helyt adott a demurrernek); *lásd még* Evan Hansen, *Court Kills Key Parts of Bulk Email Law*, CNET NEWS.COM, June 29, 2000, <http://news.com.com/2100-1023-241711.html?legacy=chet> (a *Ferguson v. Friendfinders* ügyet tárgyalva); Carl S. Kaplan, *In Spam Case, Another Defeat for State Internet Laws*, N.Y. TIMES, Mar. 24, 2000,

[athttp://www.nytimes.com/library/tech/00/03/cyber/cyberlaw/24law.html](http://www.nytimes.com/library/tech/00/03/cyber/cyberlaw/24law.html) (a "döntések sorát tárgyalva, amelyek megkérdőjelezik az államok azon képességét, hogy saját internetes törvényeiket érvényesítsék"). *De lásd* State v. Heckel, P24.3d (404Wash. 2001) (a nyugvó kereskedelmi klauzulával szembeni kihívás ellenére fenntartotta Washington állam törvényét, amely megtiltja mind a kereskedelmi célú elektronikus levelek továbbítását egy internetes domainről a domain tulajdonosának engedélye nélkül, mind a hamis vagy félrevezető e-mailek továbbítását).

¹¹⁷ *Consol. Cigar Corp. v. Reilly*, F218.3d 56-5730, (1st Cir. 2000) (megállapítva, hogy a requir-

Illinois állam bírósága hasonlóképpen megtiltotta egy olyan állami jogszabály végrehajtását, amely tiltja bizonyos ellenőrzött anyagok reklámozását, részben azért, mert a tilalmat megtámadó gyógyszeripari vállalat nem tudta volna betartani a jogszabályban foglaltakat, ha nem szünteti meg az összes internetes reklámot.¹¹⁸

A tudósok véleménye megoszlik arról, hogy a nyugvó kereskedelmi klauzula kialakulóban lévő joggyakorlat a kibertérben indokolt-e,¹¹⁹ de egyértelmű, hogy az internet határokon átnyúló szabályozásával kapcsolatos, a nemzetközi kontextusban megjelenő aggályok a szövetségi rendszerben is kihívást jelentenek. E kérdés legújabb eleme a Kongresszusban nemrégiben előterjesztett,¹²⁰ a digitális kereskedelemmel kapcsolatos joghatósági biztonságról szóló törvény. A törvényjavaslat kizárólag a Kongresszusnak tartaná fenn a "digitális áruk és szolgáltatások Inter- net-en keresztül lebonyolított kereskedelmi tranzakcióinak" szabályozására vonatkozó jogot, és ¹²¹ezzel látszólag kiváltaná az online tevékenység minden állami szabályozását.¹²²

ing warning on interstate advertisement is antstitutional), *aff'd in pt., rev'd in pt. on other grounds sub nom.*, Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 U.S. 525 (2001); lásd még Carl S. Kaplan, *Ruling Favors Tobacco Companies*, N.Y. TIMES ON THE WEB, Nov. 17, 2000, <http://www.nytimes.com/2000/11/17/technology/17CYBERLAW.html> (a New York déli körzetében hozott ítéletet tárgyalva, "amely szerint egy New York-i törvény, amely gyakorlatilag megtiltja a cigaretták New York-iaknak az interneten keresztül történő közvetlen értékesítését, valószínűleg alkotmányellenes"); vö. Santa Fe Natural Tobacco Co. v. Spitzer, No. 00 Civ. 7274 (LAP), 2001 U.S. Dist. LEXIS 7548, at *97 (S.D.N.Y. June 8, 2001) (a nyugvó kereskedelmi klauzula alapján véglegesen megtiltotta egy olyan állami törvény alkalmazását, amely ténylegesen megtiltja a cigaretták internetes és postai úton történő értékesítését).

¹¹⁸ Lásd Knoll Pharm. Co. v. Sherman, F57. Supp. 2d (615,N623.D. Ill. 1999) ("[O]bámulatos bizonyítékokat nyújtottak be, amelyek azt mutatják, hogy a Meridia reklámozásának Illinois államban történő betiltásának gyakorlati hatása . . . a reklámok eltávolítására kényszerítene az országos terjesztésű kiadványokban és műsorokban. tikus eszköz, hogy Illinois-t kizárják az országos reklámpiacról.").

¹¹⁹ Vö. Dan L. Burk, *Federalism in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 1095, 1123-34 (1996) (azzal érvelve, hogy a nyugvó kereskedelmi klauzula megfelelő és "jelentős ellenőrzés az egyes államok internetes tevékenységének szabályozására"), Bruce P. Keller, *The Game's the Same: Why Gambling in Cyberspace Violates Federal Law*, 108 YALE L.J. 1569, 1593-96 (1999) (azzal érvelve, hogy a nyugvó kereskedelmi klauzula problémái elkerülhetők a szövetségi szabályozásra és büntetőeljárásra való összpontosítással), Glenn Harlan Reynolds, *Virtual Reality and "Virtual Welters": A Note on the Commerce Clause Implications of Regulating Cyberporn*, 82 VA. L. REV. 535, 540 (1996) (rámutatva, hogy az internet obszcenitási alapon történő állami szabályozása valószínűleg sérti a nyugvó kereskedelmi záradékot), valamint David Post, *Gambling on Internet Laws*, AM. LAW., Sept. 1998, 95. o. (azzal érvelve, hogy az internet szabályozására irányuló állami kísérletek valószínűleg sértik az Alkotmányt), a Goldsmith & Sykes, *Supra* 115. lábjegyzet, 827. o. (kiemelve azokat a hibákat, amelyeket akkor követtek el, amikor a bíróságok a nyugvó kereskedelmi klauzulát az internetre alkalmazták).

¹²⁰ H.R. 107th2421, Cong. (2001).

¹²¹ *Id.*

¹²² A törvényjavaslatról lásd: Margaret Kane, *Digital Commerce Sparks Tax Tango*, CNET NEWS. COM, július, 20,2001,<http://news.cnet.com/news/0-1007-200-6614719.html>.

F. A nemzetközi szerzői jog kihívása

Az online környezetben az olyan művek, mint a videók, zenei előadások felvételei és szövegek a világ bármely pontján közzétehetők, külföldi országok adatbázisaiból lekérdezhetők, vagy az online szolgáltatók a világ minden táján található előfizetők számára elérhetővé tehetik őket. A nemzetek közötti szerzői jogi védelem rendszere azonban történelmileg a szigorúan területi hatályú nemzeti szerzői jogi törvények alkalmazásán és a jogválasztási szabályok alkalmazásán alapult annak meghatározására, hogy melyik ország szerzői jogi törvényei legyenek alkalmazandók.¹²³

A nemzeti kódexek ilyen hálózata elegendő lehetett egy olyan korszakban, amikor a művek terjesztése vagy előadása könnyen azonosítható és elkülöníthető földrajzi határokon belül történt. A "szerzői jogi védelem alatt álló művekhez való azonnali és egyidejű, világméretű hozzáférés a digitális hálózatokon keresztül ... azonban alapvetően megkérdőjelezi a szerzői jog területi fogalmait",¹²⁴ és megnehezíti a hagyományos jogválasztási doktrínát, mivel gyakran nehéz meghatározni, hogy az egyes cselekmények hol történtek annak érdekében, hogy meghatározzák, melyik szerzői jogi törvényt kell alkalmazni.¹²⁵ Így, ahogy az egyik kommentátor kérdezte: "[I]gy ha a szerzők és műveik többé nem kötődnek területi kötöttségekhez, vajon a szerzők védelmére szolgáló meglévő rendszerek alapvető jogi felfogásának megváltoztatása messze van-e még?"¹²⁶ Ezek a változások, bár szó szerint nem a bírói joghatóság terjedelmét érintik, vitathatóan éppen azért szükségesek, mert a szerzői jogi jogszabályok, akárcsak a joghatóságra vonatkozó jogszabályok, a nemzetállamok közötti földrajzi határokat veszik alapul, amelyek az új online kontextusban nem feltétlenül tarthatók fenn.¹²⁷

Tegyük fel például, hogy egy kiadó készít egy weboldalt, amely egy hollandiai szerveren található.¹²⁸ A weboldalon olyan fényképek szerepelnek, amelyeket

¹²³ Lásd Paul Edward Geller, *International Intellectual Property, Conflicts of Laws and Internet Remedies*, EUROP22. INTELL. PROP. REV. 125, 126-27 (2000) (a szerzői jogi szerződések nemzeti bánásmódra való támaszkodásának, valamint a szellemi tulajdonjogi jogviták klasszikus kollíziós szabályának a "jogsértő cselekmények helyére" való támaszkodásának leírása).

¹²⁴ Andreas P. Reindl, *Jogválasztás a kibertérben: Copyright Conflicts on Global Networks*, 19 MICH. J. INT'L L. 800-01799, (1998) (lábjegyzet kihagyva).

¹²⁵ Lásd Geller, *Supra* note 123, 126. o. ("A jogsértő cselekmények kezdő- és végpontjai megkülönböztethetetlenül válnak, mivel a globális, interaktív hálózatokban a tranzakciók egyszerre több határt is átlépnek."). (lábjegyzet kihagyva).

¹²⁶ Jane C. Ginsburg, *A szerzői jog kiberjogi fogsága*: 15 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 347, 348-49 (1999).

¹²⁷ Lásd *pl.* Geller, *Supra* note 123, 126-27. o. (a szellemi tulajdonra vonatkozó jogszabályok alkalmazása tekintetében a "területi jelleg kétértelműségének" leírása).

¹²⁸ Ez a példa a Ginsburg, *Supra* 126. lábjegyzet, 349-50. pontból származik, és egy franciaországi vitán alapul, amelynek tárgya "a *Le Grand Secret* című, a néhai francia elnök [François] Mitterrandról szóló tiltott életrajz engedély nélküli beolvasása és feltöltése egy kiberkávészó honlapjára.

amerikai és francia szerzők egyaránt. A fényképek egy része olyan magazinokból származik, amelyeket a kiadó engedély nélkül szkennelt be és töltött fel, más fotókat pedig egyszerűen másoltak más honlapokról, szintén engedély nélkül. Tegyük fel továbbá, hogy a fotósok most azt állítják, hogy a kiadó megsértette az amerikai szerzői jogi törvényt egy olyan elmélet alapján, amely hasonló ahhoz, amelyet a francia bíróság a *Yahoo!*

Amerikai felhasználók a weboldalon keresztül.

Ez a forgatókönyv számos kihívást vet fel. Először is, ami a más oldalakról egyszerűen lemásolt fényképeket illeti, vajon "publikálták-e" valaha is ezeket a fényképeket, és melyek a származási országok? Mindkettő **fit**s szempont számos szerzői jogi rendszerben. Másodsor, melyik ország szerzői jogi törvénye alkalmazandó? Ha Hollandiát használjuk, ahol a weboldal található, akkor arra ösztönözzük a weboldalakat közzétevőket, akik a nehéz szerzői jogi rendszereket egyszerűen csak arra próbálják kikerülni, hogy kevésbé korlátozó joghatóságban helyezték el a weboldalukat. Másrészt, ha szabadon alkalmazhatjuk bármelyik ország jogát, ahol a mű hozzáférhető, akkor ismét a *Yahoo!* dilemmájába kerülhetünk, mivel a legkorlátozóbb ország joga valószínűleg az egész világon extraterritoriálisan érvényesülne.

G.

A domain nevek mint védjegyek kihívása

Történelmileg a védjegyjog határait részben a fizikai földrajz alapján határozták meg. Így, ha nekem van egy "Berman's" nevű üzletem New Yorkban, akkor általában véve nem tudom megakadályozni, hogy egy ausztrál személy olyan üzletet nyisson, amelyet szintén "Berman's"-nak hívnak, még akkor sem, ha én korábban védjegyet alapítottam a nevemre. Az elképzelés az, hogy a vásárlók valószínűleg nem tévesztik össze a két üzletet, mivel olyan piacokon vannak, amelyek térben elkülönülnek egymástól.¹²⁹ Az online világban az ilyen egyértelmű **tit** határok megszűnnek, mivel a domainnév-rendszer jelenlegi szervezése szerint csak egy bermans.com domainnév létezhet, és az csak a két üzlet egyikére mutathat.

terand," *id.* at n349.3.

¹²⁹ *Lásd* Hanover Milling Co. v. Metcalf, 240 U.S. 403, 415 (1915) ("De amikor két fél egymástól függetlenül ugyanazt a védjegyet használja ugyanazon osztályba tartozó árukon, de egymástól teljesen távoli, külön piacokon, az előzetes kisajátítás kérdése jogilag jelentéktelen...."). [kivéve a rosszhiszeműség eseteit]."), *idézve a* United Drug Co. v. Theodore Rec-tanus Co., 248 U.S. 90, 101 (1918). Ez természetesen nem abszolút szabály, mert "a híres vagy közismert védjegyek átugorhatnak óceánokat és folyókat, átléphetik az országhatárokat és áthidalhatják a nyelvi akadályokat, hogy nemzetközi elismertséget szerezzenek". Dan L. Burk, *Trademark Doctrines for Global Electronic Commerce*, 49 S.C.L. REV. 695, 720 (1998); *lásd pl.* , Vaudable v. Mont- marte, Inc., N193.Y.S.2d (332N.Y. Sup. Ct. 1959) (a párizsi Maxim's Restaurant nevének és dekorációjának egy New York-i étterem általi használatát tiltó határozat). Mindazonáltal az összetévesztés valószínűségének mércéje történelmileg hajlamos földrajzi korlátozást alkalmazni.

Az 1990-es évek elején és közepén, ahogy a vállalatok és vállalkozók kezdték megérteni a felismerhető domainnevek potenciális értékét, egyre nagyobb nyomás nehezedett a domainnevek védjegyjogosultságának megteremtésére. Például egy korai internetes domain név vita a Panavision Corporation-t érintette, amely a "Panavision" névre vonatkozó védjegyjogosultsággal rendelkezik.¹³⁰ 1995-ben a Panavision atkísértésbe esett, hogy létrehozzon egy weboldalt a panavision.com domain névvel, de rájött, hogy a név már Dennis Toeppen nevére volt bejegyezve.¹³¹ Amikor a Panavision felvette vele a kapcsolatot, Toeppen felajánlotta, hogy 13 000 dollárért cserébe lemond a névről.¹³² A Panavision beperelte, azzal érvelve, hogy Toeppen ~~hígy~~ sérti a védjegyjogot, annak ellenére, hogy Toeppen Panavision-oldala (amely az Illinois állambeli Pana városáról készült fényképeket tartalmazott) aligha téveszthető össze a Panavision Corporation nevével.¹³³ A Ninth Circuit egyetértett az eljáró bírósággal abban, hogy az, hogy a Panavision nem használhatta a panavision.com weboldalt, "csökkentette a Panavision védjegyek "képességét a Panavision áruinak és szolgáltatásainak azonosítására és megkülönböztetésére az interneten".¹³⁴ Ezzel a bíróság tulajdonképpen kiterjesztette a védjegyjog földrajzi hatókörét, legalábbis a domainnevek tekintetében. Bár továbbra sem perelhettem volna be az ausztráliai Berman's üzletet a védjegyem megsértéséért, most már lehet, hogy a bermans.com domainnévvel kapcsolatban van kereseti alapom, ha az ausztrál üzlet előttem regisztrálta a nevet.

Az Egyesült Államok Kongresszusa ezt követően törvényt fogadott el, amely megerősítette a védjegyjognak ezt a kiterjesztését. A védjegyjogosultak nyomására a Kongresszus először elfogadta a szövetségi védjegyrontási törvényt¹³⁵, majd a cybersquatting elleni fogyasztóvédelmi törvényt (ACPA), amely kifejezett szövetségi jogorvoslatot biztosít az úgynevezett "cybersquatting" elleni küzdelemre.¹³⁶ A kongresszusi jelentések szerint az ACPA a *Panavision*hez hasonló eseteket hivatott kezelni, amikor a nem védjegyjogosultak jól ismert védjegyeket regisztrálnak domainnévként, majd megpróbálják "váltásdíjjal" visszavásárolni a neveket a védjegyjogosultaktól.¹³⁷

¹³⁰ Panavision Int'l v. Toeppen, F141.3d 1318-191316, (9th Cir. 1998).

¹³¹ *Id.* 1319.

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.* 1326. o. (idézi a Panavision Int'l v. Toeppen, 945 F. Supp. 1296, 1304 (C.D. Cal. 1996)).

¹³⁵ Az 1995. évi szövetségi törvény a védjegyek elrontásáról, Pub. L. No. 104-98, 109 Stat. 985 (kodifikálva az U15.S.C. §§-ban (1996. évi 1125.kiegészítés1127)).

¹³⁶ Anticybersquatting Consumer Protection Act of 1999, Pub. L. No. 106-113, § 3001, Stat113. 548-49545, (1999); lásd H.R. REP. NO. 106-479, at (1151999) (a törvény részletezése).

¹³⁷ Lásd H.R. REP. NO. 106-412, 5-7. o. (1999) (megjegyezve, hogy "[s]ometimes these pirates put pornographic materials on theses sights [sic] in an effort to increase the likelihood of collect- ing ransom by daming the integrity of a [trade]mark"); S. REP. NO. 106-140, 4-7. o. (1999) (kiemelve a domainnevek legmagasabb ajánlatot tevőnek történő váltásdíjkifizetési kísérletekről szóló tanúvallomásokat).

Mindazonáltal, még ha valaki úgy is gondolja, hogy a "cybersquatters" visszaszorítása dicséretes cél (és még ez a cél is vitatott),¹³⁸ aligha lehet kétséges, hogy a védjegyjognak a domainnevekre való alkalmazása azt jelentette, hogy a védjegy jog nem kötődik a fizikai földrajzhoz, és ma már inkább extraterritoriálisan működik. Lehetséges, hogy még azok is, akik jogszerűen használnak egy olyan weboldalt, amely történetesen egy világszerte található jogalany által birtokolt híres védjegy nevét viseli, kénytelenek lehetnek lemondani a névről.¹³⁹ Ezen túlmenően, ahogy Graeme Dinwoodie megjegyezte, a védjegyeknek a területtől való függetlenítése megteremti annak lehetőségét, hogy az egyes országok kiterjesztően értelmezik a védjegyjogszabályaikat, ezáltal a védjegyjogok "legpusztítóbb formájukra" csökkennek: a kölcsönös képességre, hogy blokkolják (vagy legalábbis megakadályozzák) a védjegyek használatát.

¹³⁸ Yochai Benkler például azzal érvelt, hogy a domainnevekben szereplő védjegyek erős védelme "az elektronikus kereskedelem hatékonyságának rovására fenntartotta a márkanevek értékét". Yochai Benkler, *Net Regulation: Benkler: Taking Stock and Looking Forward*, 71 U. COLO. L. REV. 1203, 1256 (2000). Benkler szerint a jelenlegi megközelítés azt feltételezi, hogy a fogyasztók a belátható jövőben elsősorban úgy keresnek majd weboldalakat, hogy a böngészőjükbe beírják egy egységes forráskeresőt (URL), mint például a <http://www.brandname.com>, és nem keresőmotorok vagy termékértékelő oldalak segítségével. Ezt a feltételezést használják fel annak igazolására, hogy a márkanevben szereplő védjegy tulajdonosa ellenőrizhesse a márkanev URL-ben való használatát. *Id.* 1256-57. o. Az ilyen jogi meghatározás azonban nem csupán a digitális környezet statikus modelljét *feltételezi*, amelyben a vásárlói szokások, a böngészők konfigurációi és a keresőmotorok változatlanul fennmaradnak, hanem a jog erejével támogatva egy ilyen statikus modellt is *érvényre juttat*. *Id.* at Ahogy 1257. Benkler rámutat:

Nemcsak magánjellegű tét azon vállalatok számára, amelyek a márka ismertségének kiépítésére fektettek be, és a márkanev értékét a fogyasztók számára keresési költségmegtakarítási eszközként használó árfegyelem gyakorlásával kívánják megtéríteni befektetéseiket. Kérdésesebb, hogy milyen közérdekű haszna van annak, ha ezeket a költségeket úgy védik, hogy a fogyasztókat arra ösztönzik, hogy ne használják ki a csökkentett keresési költségeket az elektronikus kereskedelmi környezetben.

Id. Azt javasolja, hogy ehelyett "fogadjuk el a védjegyek csökkenő jelentőségét [a digitális környezetben,] korlátozzuk a jogi védelmet azokra a helyzetekre, amikor a versenytársak megpróbálnak egy védjegyet a fogyasztók megtévesztésére használni, és hagyjunk fel a felhígulásnak a goodwill védelmeként való felfogásával, amely a régi környezetben leghasznosabb híres védjegyek védelmére alakult ki". *Id.* 1249. o.; *vö.* Manchester Airport PLC kontra Club Club Ltd., D2000-0638. sz. ügy, WIPO Választottbírói és Közvetítői Központ igazgatási testületének határozata (200022., augusztus), <http://www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0638.html> (megállapítva, hogy a válaszadó megpróbálta eladni a domain nevet a panaszosnak "a regisztrációs díjakat jóval meghaladó összegért", de megjegyezve, hogy "a domain név eladása önmagában nem tiltott az ICANN [Internet Corporation for Assigned Names and Numbers] politikája szerint (és nem is illegális, sőt, egy kapitalista rendszerben etikaiilag sem elítélendő)").

¹³⁹ E problémára válaszul a Szellemi Tulajdon Világszervezete 2001 őszén közös ajánlást fogadott el, amelyben a védjegy jog alkalmazásában a "használat" olyan meghatározását kérte, amely védi a védjegyek azon jogszerű használóit, akik nem kívánnak részt venni egy adott ország kereskedelmében. Közös ajánlás a védjegyek és egyéb ipari tulajdonjogok védelmére vonatkozó rendelkezésekről az interneten található jelzésekben, art. 2 (2001) http://www.wipo.org/about-ip/en/index.html?wipo_content_frame=/about-ip/en/trademarks.html.

fere with) a más országokban elismert védjegyek online használata.¹⁴⁰

Ezen túlmenően a védjegy tulajdonjogát igénylő felek mindegyike egy másik országban perel, és az anyagi jogi különbségek miatt, mindkét fél nyerhet.¹⁴¹ Így a védjegyjognak a kibertérben való egyre szélesebb körű érvényesülésével a következő kérdés: hogyan kell végrehajtani a domainnévre vonatkozó döntéseket? Az ACPA ezt a problémát úgy próbálja megoldani, hogy a domainnévre magára a domainnévre vonatkozóan is biztosítja az in rem joghatóságot, függetlenül attól, hogy a nevet hol jegyezték be.¹⁴² Így például, ha az emberek online domainneveket regisztrálnak a Network Solutions, egy virginiai székhelyű domainnév-regisztráló¹⁴³ vállalat tulajdonában lévő weboldalon keresztül, akkor az ACPA értelmében potenciálisan arra kényszerülhetnek, hogy védjenek egy védjegyjogi keresetet Virginiában, függetlenül attól, hogy valaha is betették-e a lábukat Virginiába, vagy nem tudtak-e arról, hogy a Network Solutions virginiai vállalat. Ez az in rem rendelkezés¹⁴⁴ azonban ellentmondásosnak bizonyult, és még mindig nem tisztázott.

¹⁴⁰ Lásd Graeme B. Dinwoodie, Private International Aspects of the Protection of Trade marks 27, Paper Presented at the WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property (Jan. 30-31, 2001) (WIPO Doc. No. WIPO/PIL/01/4 2001) (megjegyezve, hogy "[t]e 'mutual blocking' capacity is neither efficient nor a positive contribution to the globalization of

marketsorthe development of e-commerce

) ,http://

www.wipo.org/pil-

forum/en/documents/doc/pil_01_4.doc. Catherine T. Struve és R. Polk Wagner felvetette azt a veszélyt is, hogy a valós térbeli szuverének egyre inkább megpróbálják majd szegmentálni magát a domain-rendszert, hogy biztosítsák, hogy a domainnevekkel kapcsolatos minden védjegyjogi keresetnek meglesz a szükséges területi kötődése a joghatóság érvényesítéséhez. Catherine T. Struve & R. Polk Wagner, *Realspace Sovereigns in Cyberspace: The Case of Domain Names*, 17 BERKELEY TECH. L.J. 989, 1031-1034 (2002). Amint Struve és Wagner rámutat, a domainnév-rendszer ilyen terroristoriális alapú szegmentálása "a rendszer által biztosított hasznosság drámai csökkenését eredményezné". *Id.* 1031.

¹⁴¹ Lásd *pl.* Mecklermedia Corp. kontra D.C. Cong. G.m.b.H., 1998 Ch. 40, 53 (Eng.) (megjegyzí, hogy Németországban és Angliában a védjegyoltalom alatt álló nyelv használatának kereseti jogalapja eltérő, és így az egyidejű eljárások folytathatók).

¹⁴² Lásd 15 U.S.C. § 1125(d) (2000) ("In rem action . . . a domain név székhelyének azt a bírósági kerületet kell tekinteni, amelyben . . . a domain név regisztrátora . . . található.").

¹⁴³ A regisztrátor egy adott felső szintű domain (például .com, .edu, .gov, .uk stb.), amely az Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Internetes Névé- és Számkiosztó Társaság) által domainnevek regisztrálására jogosult. DAVID BENDER, COMPUTER LAW § 3D.05[3], 3D-104. pont.

¹⁴⁴ *Hasonlítsa össze a FleetBoston Fin. Corp. v. Fleetbostonfinancial.com*, 138 F. Supp. 2d 121, 135 (D. Mass. 2001) (megállapítva, hogy az ACPA in rem rendelkezései sértik a tisztességes eljárást, ha a domain név regisztrációs papírokat később nem abba a kerületbe helyezik át, ahol a domain név nyilvántartó, regisztrátor vagy egyéb domain név hatóság található), *Heathmount A.E. Corp. v. Technodome.com*, 106 F. Supp. 2d 860, 865-66 (E.D. Va. 2000) (megállapítva, hogy egy domain név regisztrációja további kapcsolatfelvétel nélkül nem jelent elegendő minimális kapcsolatot a személyes joghatóság szempontjából), és *Am. Online, Inc. kontra Chih-Hsien Huang*, F106. Supp. 2d 855-59848, (E.D. Va. 2000) (megállapítva, hogy egy online domainnév regisztrációs szerződés benyújtása a Network Solutions-szel nem elegendő kapcsolat Virginia államhoz a személyes joghatóság megalapozásához), *a Harrods Ltd. kontra Sixty Internet Domain Names*, 302 F.3d 214, 224-25 (4th Cir. 2002) (megállapítva, hogy mivel a per magát a tulajdont érinti, a dologi joghatóság érvényesítése megfelel a tisztességes eljárásnak), *Caesars World*,

meg kell vizsgálni, hogy a bíróságok megállapítják-e, hogy a joghatóság ilyen jellegű érvényesítései megfelelnek-e az alkotmányos garanciáknak.¹⁴⁵

Időközben a domainnevek védjeggyel kapcsolatos vitákat egyre gyakrabban online választottbírói eljárás keretében oldják meg a domainnév-rendszert kezelő nonprofit társaság, az Internet Corporation for Assigned Names and Numbers,¹⁴⁶ valamint az ENSZ igazgatási szerve, a Szellemi Tulajdon Világszervezete égisze alatt. Bár e szervezetek földrajzi határokat átlépő képességgel rendelkeznek a domainnevek szabályozására, saját legitimitási problémáik vannak, mivel kvázi kormányzati szervek, amelyek de facto kormányzati hatalmat gyakorolnak az internet felett, anélkül, hogy a demokratikus elszámoltathatóság vagy átláthatóság struktúráival rendelkeznének, amelyek egyesek szerint szükségesek lennének.¹⁴⁷ Így még ez az alternatíva is jelentős kihívásokkal néz szembe a területi alapú internet-irányítás problémájának megoldására.

Inc. v. Caesars-Palace.com, F112. Supp. 2d (502,E504.D. Va. 2000) (elegendő kapcsolatot találtak a dologi joghatósághoz, mivel a domain nevet az államban jegyezték be), és Lucent Techs., Inc. v. LucentSucks.com, 95 F. Supp. 2d 528, 531 n.5 (E.D. Va. 2000) (megállapítva, hogy a bejegyzés elegendő minimális kapcsolat a személyes joghatósághoz). Az ACPA in rem rendelkezések részletesebb tárgyalását lásd Struve & Wagner, *Supra* note, 140,1006-19. o.

¹⁴⁵ E kérdés megoldása végső soron valószínűleg azon múlik, hogy a bíróságok úgy értelmezik-e az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának a *Shaffer kontra Heitner* ügyben hozott döntését (433 U.S. 186, 1977), hogy az *International Shoe* alkotmányos követelményeit kiterjesztették-e minden dologi perre (vagy legalábbis azokra, amelyek nem ingatlanokat érintenek). Egyes bíróságok a *Shaffert* szűken értelmezik. Lásd pl. , *Caesars World*, 112 F. Supp. 2d at 504 ("[U]nder *Shaffer*, there must be minimum contacts to support personal jurisdiction only in those in rem proceedings where the underlying cause of action is unrelated to the property which is located in the forum state."). Még az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának néhány tagja is ezt a megközelítést alkalmazta. Lásd *Burnham v. Superior Court*, 495

U.S. 604, 620-21 (1990) (Scalia, J., csatlakozott Rehnquist, C.J., Kennedy, J.) (*Shaffer* korlátozása a kvázi in rem keresetekre, amelyeket nem kísér az államon belüli kézbesítés). Másrészt a *Shafferben* szereplő dicta arra utal, hogy a Legfelsőbb Bíróság a határozatával az *International Shoe* minimális kapcsolattartási tesztjét minden dologi joghatóságra ki akarta terjeszteni, nem pedig kizárólag a *Shafferben* kifejezetten vitatott dologi ügyek alkategóriájára. Lásd pl. *Shaffer*, U433.S. at (amely 212kimondja, hogy ezentúl "az állami bíróságok joghatóságára vonatkozó minden állítást az *International Shoe* és utódaik által meghatározott standardok szerint kell értékelni". (kiemelés) (lábjegyzet kihagyva)); *id.* ("Az a fikció, miszerint a tulajdonra vonatkozó joghatóság érvényesítése bármi más, mint a tulajdon tulajdonosra vonatkozó joghatóság érvényesítése, egy ősi formát támogat, amely nem rendelkezik érdemi modern indoklással."). Így a *Shaffer* ügy tekinthető, hogy azt a tételt képviseli, hogy a Kongresszus nem kerülheti meg a tisztességes eljárás és a lényegi igazságszolgáltatás alkotmányos követelményeit pusztán azzal, hogy egy keresetet "in rem"-nek nevez, és a behajtást magára a res-re korlátozza.

¹⁴⁶ Az ICANN rövid leírását és történetét lásd általában *Developments in the Law-The Law of Cyberspace*, 112 HARV. L. REV. 1574, 1657-80 (1999). Az ICANN és az internet irányításának gondolatával kapcsolatos számos kérdés részletesebb tárgyalását lásd általában MILTON L. MUELLER, RULING THE ROOT: INTERNET GOVERNANCE AND THE TAMING OF CYBERSPACE (2002).

¹⁴⁷ Például az ICANN és a WIPO egységes vitarendezési szabályzat nemrégiben készült tanulmány szerint a választottbírói rendszer alapvetően a védjegyjogosultak javára részrehajló. Lásd Michael Geist, *Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP*, BROOK27. J. INT'L L. 903-13903, (2002) [a továbbiakban Geist, *Fair.com?*].

H. A nemzetközi számítógépes bűnözés kihívása¹⁴⁸

Az elmúlt néhány évben a számítógépes bűnözés növekvő problémája felkeltette a közvélemény figyelmét. Csak a 2000-es évben számos incidens ~~vitt~~ rá a kihívás nagyságára. Februárban legalább nyolc nagy amerikai székhelyű internetes cég honlapját bénították meg úgynevezett "szolgáltatásmegtagadási" támadások, amelyeket egy számítógépes hacker indított.¹⁴⁹ Néhány hónappal később az "I Love You" vírus világszerte negyvenötmillió számítógépet fertőzött meg.¹⁵⁰

(megjegyezve, hogy a rendszer a védjegyjogosultak javára elfogult); Steven Bonisteel, *Law Expert Charges Bias in Domain-Dispute Arbitrations*, NEWSBYTES, Aug. 20, 2001 (on file with au-thor) ("[T]rademark holder who launch complaints under [WIPO's Uniform Dispute Resolution Policy] win in an overwhelmingly majority of cases.") lásd még MICHAEL GEIST, FUNDAMENTALLY FAIR.COM? AZ ELFOGULTSÁGI VÁDAK ÉS AZ ICANN UDRP AKTUALIZÁLÁSA

8(2002), <http://aix1.uottawa.ca/~geist/fairupdate.pdf> (a tanulmány frissítése, válasz a módszertani kritikákra, és megállapítás, hogy a torzítás folytatódik). Az ICANN-nek a demokratikus legitimitás és a közigazgatási átláthatóság szempontjából történő kritikájához lásd például: A. Michael Froomkin, *Wrong Turn in Cyber-space, Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution*, 50 DUKE L.J. 17, 18 (2000) [a továbbiakban: Froomkin, *Wrong Turn in Cyberspace*]; Jonathan Weinberg, *ICANN and the Problem of Legitimacy*, 50 DUKE L.J. 187, 188 (2000); David Post, *Governing Cyber-space, or "Where Is James Madison when We Need Him?"*, ICANN Watch, http://www.icannwatch.org/archive/governing_cyberspace.htm (1999. június); Centre for Global Studies, *Enhancing Legitimacy in the Internet Corporation for Assigning Names and Numbers: Accountable and Transparent Governance Structures*, Markle Foundation, http://www.markle.org/News/ICANN_Final_Sept18.pdf (2002. szeptember 18.). Lásd továbbá általában www.ICANNWatch.org (utolsó látogatás 2002. november 20.). A WIPO-val kapcsolatos hasonló kritikákat lásd például A. Michael Froomkin, *Of Governments and Governance*, BERKELEY 14 TECH. L.J. (617,1999618):

A WIPO, mint a globális kormányzás gyepőlőjének átvételére túlságosan is hajlandó nemzetközi testület, olyan folyamat révén próbált globális, e-kereskedelem-barát szabályokat létrehozni, amely, ha magára hagyják, úgy tűnt, hogy elsősorban a kereskedelmi érdekcsoportokkal való találkozókból áll, és a magánélet védelmével és a véleménynyilvánítás szabadságával kapcsolatos aggályokat csak szájbarágósan kezeli.

¹⁴⁸ Ez az alfejezet nagyrészt Patricia L. Bellia, *Chasing Bits Across Borders*, 2001 U. CHI. LEGAL F. 35 (2001). Egy másik, nemrégiben megjelent cikket, amely hasonló kérdésekkel foglalkozik a nemzetközi számítógépes csalással összefüggésben, lásd általában Ellen S. Podgor, *International Computer Fraud: A Paradigm for Limiting National Jurisdiction*, 35 U.C. DAVIS L. REV. 267 (2002).

¹⁴⁹ A megtámadott oldalak között volt az Amazon.com, Buy.com, CNN.com, eBay, E*Trade, MSN.com, Yahoo! és ZDNet. Lásd Charles Cooper, *New Cybersport: Taking Out Web Sites?*, ZDNET NEWS, Febr., 9,2000, <http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2435899,00.html> (a célzott oldalak felsorolása). A támadások leírását lásd: *Internet Denial of Service Attacks and the Federal Response: Joint Hearing Before the Subcomm. on Crime of the House Comm. on Judiciary and the Subcomm. on Criminal Justice Oversight of the S. Comm. on Judiciary*, 106th Cong. 35-37 (2000) (Michael A. Vatis, a Szövetségi Nyomozó Iroda Nemzeti Infrastruktúra Védelmi Központjának igazgatója); *Cyber-crime: Hearing Before a Subcomm. of a S. Comm. on Appropriations*, 106th Cong. 23-37 (2000) (Louis J. Freeh, a Szövetségi Nyomozó Iroda igazgatójának nyilatkozata).

¹⁵⁰ Lásd a *Digital2000, Privacy Act of Electronic Communications Privacy Act of és a 2000 Notice of Electronic Monitoring Act: Hearing on H.R. H5018, R. and 4987, H.R. Be-4908*

Novemberben pedig az FBI nyomozói egy ellentmondásos áthajtottak végre, amelynek során két orosz állampolgárt, akiket egy hackerhálózatban való részvétellel gyanúsítottak, az Egyesült Államokba csaltak, megszerezték a jelszavaikat, majd a jelszavak segítségével csatlakoztak egy orosz számítógépes hálózathoz, és letöltötték a bűnügyi adatokat a hackerek orosz szervereiről, mielőtt házkutatási parancsot kaptak volna.¹⁵¹

A számítógépekkel kapcsolatos bűncselekmények továbbá messze túlmutatnak a számítógépes hálózatok ellen elkövetett bűncselekményeken, mint például a hackertámadások. Például a számítógépes hálózatok felhasználhatók a hagyományos bűncselekmények online formáinak, például a szerencsejáték, a ¹⁵²gyermekpornográfia, a ¹⁵³csalás ¹⁵⁴és a szoftverkalózkodás megkönnyítésére.¹⁵⁵ Ezen túlmenően a számítógép egyszerűen tartalmazhat olyan bizonyítékot, amely releváns az alábbiak szempontjából

fore the Subcomm. on the Constitution of the House Comm. on the Judiciary, 106th Cong. 16- (272000) (Kevin DiGregory, Deputy Assistant Attorney General, Criminal Division, Department of Justice) nyilatkozata (az "I Love You" vírus hatókörének és költségeinek leírása); Paul Festa & Joe Wilcox, *Experts Estimate Damages in the Billions for Bug*, CNET NEWS.COM, 2000. május 5., <http://news.cnet.com/news/0-1003-200-1814907.html> (az "I Love You" vírus költségeit több milliárd dollárra becsülik).

¹⁵¹ Lásd Mike Carter, *E-sting Nets 2 Russian Hackers; FBI Alleges Pair Stole Credit Info*, SEATTLE TIMES, 2001. április 23., A1 (a két hacker elfogásának módja); Robert Lemos, *FBI "Hack" Raises Global Security Concerns*, CNET NEWS.COM, May 1, 2001, at <http://news.cnet.com/news/0-1003-202-5785729.html> (egyebiztonsági szakértők és jogászok aggályait tárgyalja az FBI által alkalmazott technikákkal kapcsolatban); Robert Lemos, *FBI Nabs Russian Hackers*, ZDNETNEWS, Apr. at 23, 2001, <http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,508199,00.html> (a két orosz elleni vádemelésről). 2001 májusában a kerületi bíróság elutasította az orosz szerverekről letöltött bizonyítékok elhallgatására irányuló kérelmet. *United States v. Gorshkov*, No. CR00-500C, WL2001 at1024026, *5 (W.D. Wash. 2001. május 23.).

¹⁵² Lásd általában a NAT'L GAMBLING IMPACT STUDY COMM'N, FINAL REPORT ch. 5 (1999) (az internetes szerencsejátékok kialakulásának, gyors növekedésének és különböző formáinak leírása, valamint a szövetségi szabályozás módszereinek ajánlása), *elérhető a* <http://govinfo.library.unt.edu/ngisc/reports/5.pdf> címen.

¹⁵³ Lásd: PRESIDENT'S WORKING GROUP ON UNLAWFULMUS CONDUCT ON THE INTERNET, THE ELECTRONIC FRONTIER: THE CHALLENGE OF UNLAWFULMUS CONDUCT INVOLVING THE USE OF THE INTERNET app. C (2000) (az online gyermekpornográfiával, a gyermekek elcsábításával és a kapcsolódó bűncselekményekkel foglalkozik, valamint a gyermekek védelmét szolgáló szövetségi törvényeket és kezdeményezéseket tárgyalja), *elérhető a következő címen: Internetes gyermekpornográfia, gyermekcsalogatás és kapcsolódó bűncselekmények*. <http://www.cybercrime.gov/append.pdf>.

¹⁵⁴ Lásd Robin Fields, *Fake Emulex Release Was Sent via E-Mail*, L.A. TIMES, Aug. 31, 2000, C3 (leírja, hogyan használták az e-mailt és az internetet egy hamis sajtóközlemény terjesztésére); John F.X. Peloso & Ben A. Indek, *Overview of SEC's Response to the Internet in Securities Markets*, N.Y. L.J., Oct. 19, 2000, 3 (ismerteti a SEC különböző intézkedéseit, amelyeket az internetes értékpapírcsalások számának növekedésére válaszul tett).

¹⁵⁵ AZ INTERNETEN A HASZNOS VITÁZATOS Viselkedéssel Foglalkozó ELNÖK MUNKAKÖRI CSOPORT, *fentebb*. 153. megjegyzés, a mellékletnél. I. melléklet (a szoftverkalózkodás és a szellemi tulajdon lopása, valamint az ilyen bűncselekmények megelőzésére irányuló szövetségi törvények és kezdeményezések ismertetése). Az ilyen kalózkodás elleni küzdelem extraterritorialitásának kérdése felmerült Dmitry Sklyarov orosz számítógépes programozó ellen az 1998. évi digitális millenniumi szerzői jogi törvény megsértése miatt indított büntetőeljárás során, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (a 17 U.S.C. egyes szakaszaiban kodifikált módosításokkal). Szkljarovot a törvény megsértésével vádolták az Oroszországban folytatott tevékenységei alapján, ahol azok legálisak voltak. *Lásd: Rus-*

bűnügyi nyomozás.¹⁵⁶ A kormányok világszerte megnövekedett érdeklődésével a terrorizmus elleni küzdelem iránt a bűncselekmények elektronikus eszközökkel történő nyomon követése egyre inkább prioritássá válik.

Ilyen körülmények között a nemzetállami határok mind a bűncselekmény elkövetése, mind a releváns bizonyítékok helye szempontjából lényegtelenek lehetnek. Az amerikai weboldalak elleni szolgáltatásmegtagadási támadások Can- adából indultak.¹⁵⁷ Az "I Love You" vírus a Fülöp-szigetéről származik.¹⁵⁸ Az egy adott joghatóságban élő felhasználókat célzó játék-,¹⁵⁹ gyermekpornográfiai¹⁶⁰ vagy "spam"¹⁶¹ műveletek gyakran máshol helyezik el szervereiket. És ahogy az online tevékenységek mindenütt jelen vannak, még az egyébként számítógépes elemet nem tartalmazó ügyekben is egyre gyakrabban lesz szükség elektronikus bizonyítékokra, amelyek vagy az adott joghatóságon belül találhatóak, vagy nem. Valóban,

[Az elektronikus bizonyítékok fizikai elhelyezkedése ... gyakran a hálózati felépítés szerencsés voltától függ: egy francia vállalat amerikai leányvállalata minden adatát egy olyan szerveren tárolhatja, amely fizikailag Franciaországban található; két

sian Police Say Programmer Arrested in U.S. No Break Russian Laws, SiliconValley.com (200127., július) (a szerzőnél). A Skylarov-ügyről lásd például Lawrence Lessig, *Jail Time in the Digital Age*, N.Y. TIMES, July at 30,2001,A17 (kommentálja Skylarov helyzetét).

¹⁵⁶ A kommentátorok gyakran különbséget tesznek a bűncselekmény e három típusa között: a számítógép mint célpont, a számítógép mint eszköz és a számítógép mint a bűncselekményhez kapcsolódó anyag véletlenszerű tárolója. E besorolási séma használatára lásd például: PRESIDENT'S WORKING GROUP ON UNLAWFUL CONDUCT ON THE INTERNET, *supra* note 153, 7-9; Bellia, *supra* note at 148,n37.11; Scott Charney & Kent Alexander, *Computer Crime*, EMORY45 L.J. 934931, (1996); Marc D. Goodman, *Why the Police Don't Care About Computer Crime*, 10 HARV. J.L. & TECH. 465, 468-69 (1997); Michael A. Sussmann, *The Critical Challenges from International High-Tech and Computer-Related Crime at the Millennium*, DUKE9 J. COMP. & INT'L L. (451,1999).455

¹⁵⁷ *Lásd: Canada Broadens Its Case Against Suspected Hacker*, N.Y. TIMES, Aug 4, 2000, C5 (kiemelve egy kanadai fiatalember szolgáltatásmegtagadási támadásait, amelyek megbénítottak több amerikai weboldalt, köztük a Yahoo!, az Amazon és az eBay weboldalakat).

¹⁵⁸ *Lásd: ISP Tracks "Love" Bug Through Caller ID*, CNET NEWS. COM, május, 15,2000,<http://news.cnet.com/news/0-1003-200-1877238.html> (megállapítva, hogy a vírus nyilvánvalóan Manilából származik); *"Love" Bug Release May Have Been Accidental*, CNET NEWS. COM, május 11., 2000,<http://news.cnet.com/news/0-1003-200-1855997.html> (beszámoló arról, hogy egy Fülöp-szigeteki számítógépes diák véletlenül szabadíthatta el a vírust).

¹⁵⁹ *Lásd pl. People v. World Interactive Gaming Corp.*, 714 N.Y.S.2d 844, 847 (N.Y. Sup. Ct. 1999) (egy antiguai vállalatot érintően, amely számítógépes szervereket telepített Antiguán, "hogya a felhasználók [a] világ minden tájáról otthoni számítógépeikről játszhatnak").

¹⁶⁰ *Lásd pl. , Crackdown on Net Child Porn*, CNET NEWS. COM, 19982., szeptember, <http://news.cnet.com/news/0-1005-200-332841.html> (az interneten tevékenykedő pedofilok elleni összehangolt, világméretű razzia leírása, amelyek eredményeként tizenkét országban több mint száz embert tartóztattak le).

¹⁶¹ *Lásd pl. , Declan McCullagh, Spam Oozes Past Border Patrol*, WIRED. COM, Feb. 23., <http://www.wired.com/news/print/0,2001,1294,41860,00.html> (beszámoló arról, hogy az Egyesült Államokba küldött kényszerű kereskedelmi e-mailek egyre nagyobb része tengerentúli oldalokról származik, és nem amerikai szervereken keresztül áramlik).

A japán állampolgárok előfizethetnek az America Online-ra, és elektronikus levelezésüket az AOL virginiai szerverein tárolhatják.¹⁶²

Vagy a bűnöző szándékosan tárolja a számítógépes fájlokat egy olyan joghatóságban, amely nagyobb védelmet biztosít a magánélet védelmére.¹⁶³

Ráadásul, amint azt az orosz hackereket érintő FBI-akció is mutatja, a nemzetközi számítógépes bűnözés joghatósági kihívásai nemcsak a büntetőjog határokra átnyúló *végrehajtását*, hanem maguknak a bűncselekményeknek a *kivizsgálását is* magukban foglalják. Ahogy egy kommentátor megállapította:

A határokon átnyúló keresést végző állam és a célállam valószínűleg eltérő szemlélettel rendelkezik a kérdésről. A házkutatást végző állam úgy tekintheti tevékenységét, mintha csupán a saját határain belül káros hatásokat okozó, területen kívüli magatartás szabályozására vonatkozó, igényelt hatáskörét fejlesztené. A célállam azonban úgy tekintheti, hogy a határokon átnyúló távoli keresés maga is extraterritoriális magatartás, amely káros helyi hatások.¹⁶⁴

A célállam ugyanis könnyen dönthet úgy, hogy meg kell védenie állampolgárait más országok extraterritoriális nyomozásaitól, akár úgy, hogy a magánélet vagy a tulajdon védelmével korlátozza a nyomozás terjedelmét, akár úgy, hogy megpróbálja teljesen megakadályozni a nyomozást.¹⁶⁵ Így, mivel a számítógépek egyre inkább részt vesznek a nemzetközi bűnügyi tevékenységekben, folyamatos vitára számíthatunk arról, hogy a határokon átnyúló házkutatások, a nemzetközi nyomozások és a területenkívüli végrehajtási intézkedések megengedettek vagy legitimek-e, és ha igen, milyen körülmények között.¹⁶⁶

¹⁶² Bellia, *Supra* note at (148,56idézet kihagyva).

¹⁶³ Lásd Jonathan I. Edelman, Note, *Anonymity and International Law Enforcement in Cyberspace*, 7 *FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.* 231, 265-66 (1996) (tárgyalja annak lehetőségét, hogy az országok az anonim remailerek és a számítógépes titoktartási törvények segítségével adatbázis-paradicsomokat hozhatnak létre a bűnözők számára).

¹⁶⁴ Bellia, *Supra* note at 148,42.

¹⁶⁵ Lásd *id.* 42-43. o. ("A célállam úgy gondolhatja, hogy a területi felségjog elvei szintén lehetővé teszik számára, hogy "szabályozza" ezt a káros, területen kívüli magatartást - például a magánélet vagy a tulajdon bizonyos védelmére hivatkozva, amely tiltja a kereső tisztviselők magatartását, vagy diplomáciai úton tiltakozva az ilyen magatartás ellen.").

¹⁶⁶ Az Egyesült Államokban a Legfelsőbb Bíróság világossá tette, hogy bűncselekményeket csak abban a kerületben lehet üldözni, ahol a bűncselekményt megalapozó cselekményeket elkövették. Lásd *United States v. Cabrales*, 524 U.S. 1, 8 (1998) (ítélet, amely szerint a pénzmosás vádja csak abban a kerületben üldözhető, ahol az állítólagos pénzmosási cselekményekre sor került, nem pedig abban a kerületben, ahol a pénzt állítólagosan előállító bűncselekmények történtek). Mondanom sem kell, hogy a kibertérben elkövetett bűncselekmények pontos földrajzi helyének meghatározása nehézségekbe ütközhet a Cabrales-szabvány alapján.

I. *Az emberi jogok nemzetközi és transznacionális
érvényesítésének kihívása*

A nemzetközi jogot hagyományosan úgy tekintik, mint az országok által elfogadott szabályok összességét, amelyek az országok közötti kapcsolatokat hivatottak szabályozni.¹⁶⁷ A huszadik századig a nemzetközi jogban az állam volt az elsődleges jogalany, és a szuverenitás védelmének szükségessége volt a legfontosabb. Ahogy egy kommentátor megjegyezte, "[a] nemzetközi jognak viszonylag kevés szabálya volt - és természetesen nem voltak olyan, az alapvető emberi jogokat vagy a környezetet védő szabályok, amelyekre hivatkozni lehetett volna a mentelmi jog felülírására vagy az állam területén kívüli tevékenységekhez fűződő érdekek érvényesítésére".¹⁶⁸ Például, amikor 1876, egy amerikai állampolgár New York állam bíróságától azt kérte, hogy érvényesítsen jogát Buenaventura Baez, a dominikai Re- köz korábbi elnöke felett a Baez által az elnöki tisztsége idején okozott sérülések miatt, a bíróság megtagadta az ügy tárgyalását annak ellenére, hogy Baez akkoriban fizikailag New Yorkban tartózkodott.¹⁶⁹ A bíróság szerint Baez immunis volt az ítéssel, mert ez a mentesség "elengedhetetlen a nemzetek békéjének és harmóniájának megőrzéséhez".¹⁷⁰

A nemzetközi jog világa ma már egészen másképp néz ki. Ahogy Peter J. Spiro megjegyzi, "[a]z a jelek szerint olyan átalakulások zajlik, amelyek ha nem is egy évezreden, de legalábbis több évszázadon át érvényben voltak".¹⁷¹ A nemzetközi jog egyre inkább már nem egyszerűen a nemzetállamok elő-szolgálatát, amely a kérdések szűk körére érvényes. Inkább regionális és globális intézmények, szerződések és egyéb nemzetközi kötelezettségek létrejötteként vagyunk tanúi, amelyek korlátokat szabtak a szuverén autonómiának.¹⁷² Ezen túlmenően a nem állami szereplők, beleértve a nem kormányzati szervezeteket is.

¹⁶⁷ Lásd BARRY E. CARTER & PHILLIP R. TRIMBLE, INTERNATIONAL LAW 2 (2d. szerk. 1995) (leírja, hogy James Brierly klasszikus értekezésében, a *The Law of Nations*-ben a nemzetközi jogot "azon szabályok és cselekvési elvek összessége, amelyek a polgári államokra kötelezőek az egymással való kapcsolataikban").

¹⁶⁸ Sands, *Supra* note at 37,529.

¹⁶⁹ Hatch kontra Baez, N14.Y. Sup. Ct. 599-600596, (N.Y. Gen. Term 1876).

¹⁷⁰ *Id.* 600.

¹⁷¹ Spiro, *Supra* note, 23,567. pont.

¹⁷² Lásd pl. Michael Byers, *The Law and Politics of the Pinochet Case*, 10 DUKE J. COMP. & INT'L L. 415, 441 (2000) (azzal érvelve, hogy "[a] nemzetközi emberi jogok fejlődése és a "nemzetközi civil társadalom" újabb keletű növekedése egy olyan nemzetközi rendszert tükröz, amely lassan, de biztosan elfogadja a jogállamiságot", és hogy amikor globális intézmények és szabályok léteznek, az egyéneknek és csoportoknak lehetőségük van arra, hogy "az állami szuverenitás előjogait (cinikus politikájával és a katonai és gazdasági hatalomra való támaszkodásával együtt) erkölcsi tekintéllyel és a kötelező erejű szabályok és hatékony bírósági eljárások lassú, de biztos fejlődésével támadják meg"). Philippe Sands hasonló megállapítást tett:

Regionális és globális intézmények jöttek létre [a huszadik században]. Szerződéseket és egyéb nemzetközi kötelezettségeket fogadtak el a tárgykörök széles skáláján,

(NGO-k), multinacionális vállalatok, világméretű vallási mozgalmak, szubnacionális kormányzati és közigazgatási szervek, valamint regionális és nemzetek közötti intézmények egyre nagyobb szerepet játszanak.¹⁷³ Ami ezekből a változásokból fakad, az "a nemzetállamon túli jogviszonyokat szabályozó nemzetközi közjog új tudatosságának kialakulása, amely a nemzeti szintű köz- és közigazgatási jog befolyásolására rendelkezésre áll, és elérhető a kialakulóban lévő nemzetközi civil társadalom számára".¹⁷⁴

Ezek a fejlemények megkérdőjelezzik a nemzetközi jog hagyományos joghatósági keretét, amely bár különbözik az amerikai minimális érintkezések megközelítésétől, hasonlóan problematikus, mivel annyira a nemzetállamra, annak határaitra és előjogaira összpontosít. A nemzetközi jogban a joghatóság két leggyakoribb hagyományos alapja a terület (az állam határain belüli tevékenységek feletti joghatóság)¹⁷⁵ és az állampolgárság (az állam polgárai feletti joghatóság).¹⁷⁶ Így a joghatósági viták történelmileg arra korlátozódtak, hogy a területi szuverenitást még az állampolgárságon alapuló joghatóság elvének elismerése érdekében is meg kell-e sérteni.¹⁷⁷ A hangsúly

a szuverén szabadságjogok korlátozása. Új normákat fogadtak el az alapvető emberi jogok védelmére és előmozdítására, és újabban a környezet védelmére. Fokozatosan új szereplők jelentek meg nemzetközi hangsúllyal, amelyek közül a vállalatok és a nem kormányzati szervezetek váltak a legaktívabbakká. Ezekben a fejleményekben benne rejlettek - bár nem kifejezetten fogantak meg - a változás magjai...

Sands, *Supra* note at 37,530.

¹⁷³ Lásd Harold Hongju Koh, *The Globalization of Freedom*, 26 YALE J. INT'L L. 305, 305 (2001) ("[T]he legmeglepőbb változás a jogban azóta, hogy több mint két évtizeddel ezelőtt elvégeztem a jogi egyetemet, egy olyan joganyag megjelenése, amely valóban transznacionális - sem hal, sem madár, abban az értelemben, hogy sem hagyományosan hazai, sem hagyományosan nemzetközi."); lásd még Boutros Boutros-Ghali, *An Agenda for Democratization*: UN GAOR, 51. ülészak, 41. napirendi pont, 41. pont, bekezdés. 73. pont, U.N. Doc. A/51/761 (1996) (megállapítva, hogy a nemzetközi kapcsolatokat "egyre inkább nemcsak maguk az államok alakítják, hanem a "nemzetközi" szintéren a nem állami szereplők egyre szélesedő köre is").

¹⁷⁴ Sands, *Supra* 37. lábjegyzet, 530. o.; lásd még Kanishka Jayasuriya, *Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, IND6.

J. GLOBAL LEGAL STUD. 425, 425 (1999) (azzal érvelve, hogy "a globalizáció átalakítja a szuverenitás hagyományos koncepcióit és konstrukcióit", és hogy "a kizárólagos területi joghatósággal összefüggő szuverenitás hagyományos képe elméletileg és elméletileg már nem állja meg a helyét").

empirikusan használható a gazdasági és társadalmi aktivitás nemzetközivé válásával szemben"); Phillip R. Trimble, *Globalization, International Institutions, and the Erosion of National Sovereignty and Democracy*, 95 MICH. L. REV. 1944, 1946 (1997) ("[T]he new conditions lazán a "globalizmus" közhelyes rubrikája alatt társított új körülmények új és eléggé látható kihívások elé állítják a nemzeti szuverenitást.")

¹⁷⁵ RESTATEMENT (HARMADIK) A KÜLKAPCSOLATOK TÖRVÉNYE AZ EGYESÜLT ÁLLAMOK § 402(1) (1987). A területi joghatóságról lásd: BARRY E. CARTER & PHILLIP R. TRIMBLE, *INTERNATIONAL LAW* 728-33 (2d ed. 1995).

¹⁷⁶ RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 402(2) (1987). Az állampolgárságon alapuló joghatóságról lásd CARTER & TRIMBLE, 175,733-34728., o.

¹⁷⁷ Lord Macmillan például a területiség elvének tárgyalásakor kijelentette: "Ez

A kizárólag a területi hovatarozás vagy az állampolgárság alapján történő megközelítés azonban indokolatlanul szűkös, és nem ad megfelelő választ a növekvő határokon átnyúló interakciókra, a rugalmas közösségi hovatarozásra és a látszólag laikusnak tűnő tevékenységek transznacionális hatásainak tudatosítására. Például, még ha a joghatóság területi alapja lehetővé is tesz némi extraterritoriális alkalmazást azáltal, hogy a hatálya alá vonja "az [állam] területén kívüli olyan tevékenységet, amelynek jelentős hatása van vagy amelynek jelentős hatása van az állam területén", egy¹⁷⁸ ilyen meghatározás valószínűleg túlságosan is kiterjedt, mivel nagyon sok tevékenységet lehet határokon átnyúló hatásának tekinteni.¹⁷⁹ A joghatóság két másik, ritkábban hivatkozott nemzetközi jogi alapja, a pro- teaktív elv¹⁸⁰ és a passzív személyiség elve,¹⁸¹ az ex

e birodalom szuverenitásának lényeges tulajdonsága, mint minden szuverén független államé, hogy a területi határain belül minden személy és dolog felett, valamint az e határok között felmerülő minden polgári és büntetőjogi ügyben joghatósággal rendelkezik." *Compania Naviera Vascon- gada v. Steamship Christina*, 1938 App. Cas. 485 (fellebbezés az Eng.); lásd még *Gross, supra* note at 24, (a westfáliai jogrend fogalmának 3 megfogalmazása, amely "bizonyos területek felett korlátlan szuverenitást gyakorló és semmilyen földi határ alá nem rendelt államokon" alapul); Harold G. Maier, *Jurisdictional Rules in Customary International Law*, in *EXTRATERRITORIAL JURISDICTION IN THEORY AND PRACTICE* (64, Karl 67 M. Meessen ed,

1996) (azt állítva, hogy a területiség elve "a legáltalánosabban elismert [elv], mivel a meghatározott terület feletti ellenőrzés nemcsak az államiság jogi előfeltétele, hanem elengedhetetlen ahhoz is, hogy egy állam kormánya felelős legyen más nemzetek felé a külső közösségi kötelezettségek belső betartásáért").

¹⁷⁸ RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 402(1)(c) (1987); lásd még *pl. United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 443 (2d Cir. 1945) ("[A]ly állam felelősséget állapíthat meg, még a határain kívül eső személyekre is, olyan, határain kívüli magatartásért, amelynek a határain belül olyan következményei vannak, amelyeket az állam elítél; és ezeket a felelősségeket más államok általában elismerik.").

¹⁷⁹ Például az amerikai trösztellenes és értékpapír-törvényeknek a külföldön elkövetett cselekményekre való alkalmazása ellenállást váltott ki a külföldi bíróságok részéről, valamint az amerikai törvények extraterritoriális hatályának korlátozását célzó "blokkoló törvények" elfogadására is sor került. Lásd *CARTER & TRIMBLE, supra* note at (175, 738 megállapítva, hogy a külföldi országok az amerikai törvények extraterritoriális alkalmazásának ellentmondásos gyakorlatára olyan törvények elfogadásával reagáltak, amelyek "illegálissá teszik az extraterritoriális bírósági végzések betartását, és megtiltják a törvények extraterritoriális alkalmazásán alapuló ítéletek végrehajtását"). Bár a külkapcsolatokról szóló Restatement a joghatósági állítások korlátozására az ésszerűség (reason- ableness) szabványára hivatkozik, lásd RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 403(1) (1987) ("[A] state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable."), egy ilyen norma valószínűleg nem lesz hatékony, ha nincs részletesebb elméleti keret annak meghatározására, hogy mikor ésszerű a joghatósági igényérvényesítés. Az online interakcióval kapcsolatos ügyekben a joghatóság meghatározására szolgáló "hatásvizsgálat" használatának részletesebb tárgyalását lásd a 432-443. lábjegyzethez tartozó szövegben.

¹⁸⁰ Lásd az Egyesült Államok külkapcsolati jogának (harmadik) újraszabályozását (RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 402(3) (1987) ("[Egy] államnak joghatósága van arra, hogy törvényt írjon elő ... a területén kívüli, nem állampolgárai által elkövetett bizonyos magatartásokra vonatkozóan, amelyek az állam biztonsága vagy más állami érdekek egy korlátozott csoportja ellen irányulnak."). A védelmi elv alapján egy állam joghatóságot érvényesíthet a területén kívül, nem az állampolgárai által elkövetett magatartásokkal szemben, ha ezek a magatartások az állam biztonságát vagy az állam bizonyos más funkcióit veszélyeztetik, mint például az állam pecsétjének vagy pénzmemének hamisítása, kémkedés vagy per- 1. Az állam biztonságát veszélyeztető magatartások, illetve az állam biztonságát veszélyeztető magatartások.

triterritoriális joghatóságot, de ezt kizárólag az állam azon előjogán alapulnak, hogy nemzetbiztonsági okokból vagy valamely állampolgárát külföldön ért kár esetén joghatóságot gyakoroljon. Ennek megfelelően a nemzetközi jogban a joghatóság egyik bevett alapja sem veszi kellőképpen figyelembe a nemzetközi tevékenység egyre inkább nem területi jellegű jellegét.

A nemzetközi jog hagyományos joghatósági rendszerének legmarkánsabb kihívása az volt, hogy az államok egyre nagyobb hajlandóságot mutatnak az egyetemes joghatóság elveinek alkalmazására.¹⁸² Ahogy Mary Robinson, az ENSZ korábbi emberi jogi főbiztosa nemrégiben kifejtette, "az egyetemes joghatóság az elképzelésen alapul, hogy bizonyos bűncselekmények olyannyira károsak a nemzetközi érdekekre, hogy az államoknak joguk - sőt kötelességük - eljárást indítani az elkövető ellen, függetlenül a bűncselekmény elkövetésének helyétől, az elkövető vagy az áldozat állampolgárságától".¹⁸³ Bár az egyetemes joghatóság elve már régóta létezik, gyorsan jelentős kihívást jelent a nemzeti szuverenitás feltételezett előjogai számára.¹⁸⁴

Hasonlóképpen, a régóta fennálló szuverenitási doktrínák erodálásának vagyunk tanúi, amelyek az államfők számára mentességet biztosítottak a külföldi vagy nemzetközi bíróságok előtti büntetőeljárás alól.¹⁸⁵ Például 1998. október 16-án egy londoni bíró ideiglenes elfogatóparancsot adott ki Augusto Pi- nichet Ugarte szenátor letartóztatására, egy kiadatási kérelem alapján, amely a Juan Garzon spanyol bíró által kezdeményezett büntetőeljárásból ered, aki egyetemes joghatóságot érvényesített a népiirtás, túszejtés és kínzás miatt, amíg Pinochet Chile államfője volt.¹⁸⁶ Bár Pinochet mentességre hivatkozott, a brit

esküdtszék a konzuli tisztviselők előtt. *Lásd id. § cmt402. f (a 402. szakasz (3) bekezdésének mint védelmi elvnek az azonosítása és alkalmazásának tárgyalása).*

¹⁸¹ *Lásd id. § 402 cmt. g* (kifejtve, hogy a passzív személyiség elve alapján egy állam joghatóságot gyakorolhat, ha valamelyik állampolgárának kárt okoznak, még akkor is, ha a kár teljesen az állam határain kívül következett be). Ezt az elvet a nemzetközi terrorizmussal vagy más, az állam állampolgárai ellen állampolgárságuk miatt elkövetett szervezett támadásokkal kapcsolatos eseteken kívül nem ismerik el széles körben. *Id.*

¹⁸² Az egyetemes joghatóság abból az elképzelésből ered, hogy egyes bűncselekményeket "a nemzetek közössége" "egyetemes jelentőségűnek" ismer el, és ezért bárhol büntetőeljárás indítható ellenük. *Id. a 404. §-ban.*

¹⁸³ Mary Robinson, *Előszó* a THE PRINCETON PRINCIPLES ON UNIVERSAL JURISDICTION 15-16 (2001).

¹⁸⁴ *Lásd* Harold Hongju Koh, *Transnational Public Law Litigation*, 100 YALE L.J. 2347, 2348-49 (1991) (a transznacionális közjogi peres eljárások egyre szélesebb körű alkalmazásáról szól, amelyek "nem kizárólag a hazai vagy a nemzetközi jogon alapuló jogigényekre, hanem a kettőt keverő "transznacionális" joganyagra" hivatkoznak); *lásd még* Robinson, *Supra* note at183, (egy sor "alapvető 25kínál az egyetemes joghatóság gyakorlásának irányítására, valamint nagyobb koherencia és legitimitás biztosítására").

¹⁸⁵ *Lásd* Amber Fitzgerald, *The Pinochet Case: Head of State Immunity Within the United States*, WHITTIER 22 L. REV. 987, 1011-12 (2001) (idézi azokat az eseteket, amelyek "az államfők mentelmi jogának megtagadására vonatkozó nemzetek közötti tendenciát" jelzik).

¹⁸⁶ *Lásd* Nicholas Evans, Metropolitan Magistrate, Bow, ideiglenes letartóztatási parancsát.

A Lordok Háza - ellentétben az egy évszázaddal korábbi *Baez-ügyben* hozott New York-i bírósági ítélettel - úgy döntött¹⁸⁷, hogy Pinochet nem jogosult mentelmi jogra hivatkozni azokért a bűncselekményekért, amelyekkel vádolták.¹⁸⁸

Úgy tűnik, *Pinochet* nem elszigetelt eset. 2000 februárjában egy szenegáli bíróság vádjával vádat emelt Hissène Habré, Csád száműzött volt diktátora ellen, és gyakorlatilag házi őrizetbe helyezte, ami az első alkalom volt, hogy egy afrikai ország emberi jogi vádakot emelt egy másik ország államfője ellen.¹⁸⁹ Hasonlóképpen, Slobodan Milošević, a volt szerbiai vezető is kénytelen volt nemzetközi bíróság elé állni.¹⁹⁰

Street Magistrates' Court, London, Anglia, Augusto Pinochet Ugarte számára (1998. október 16.), in PINOCHET PAPERS, *supra* note at 34, (Augusto Pinochet Ugarte spanyol joghatóságának érvényesítése). Bár a Lordok Háza végső határozatában végül úgy határozott, hogy a kínzás elleni nemzetközi egyezmény (és nem az egyetemes joghatóság elvei) szolgáltatta a joghatóság forrását, Regina v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate (No. 3), 1 A.C. 147, 189 (H.L. 1999), maga az egyezmény az egyetemes joghatóság elveit kodifikálónak tekinthető, *lásd id.* 201. ("[I]f the states with the most obvious jurisdiction . . . do not seek to extradite, the state where the alleged torturer is found the alleged torturer must prosecute or, apparently, extradite to another country, i.e. there is universal jurisdiction.")

¹⁸⁷ Hatch v. Baez, 14 N.Y. Sup. Ct. 596, 599-600 (N.Y. Gen. Term 1876); *lásd a* 169-170. lábjegyzeteket kísérő *fenti* szöveget (a Baez-ügy tárgyalása).

¹⁸⁸ Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate, 1 A.C., 205. o. A Pinochet-ügy különböző spanyol és angol nyelvű bírósági irataihoz *lásd* általában PINOCHET PAPERS, *Supra* note. 34. Az ügy további tárgyalását *lásd* általában: THE PINOCHET CASE: A LEGAL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS (Diana Woodhouse szerk., 2000); J. Craig Barker, *The Future of Former Head of State Immunity After Ex Parte Pinochet*, INT'L & COMP. L.Q. (937)1999; Andrea Bianchi, *Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case*, 10 EUR. J. INT'L L. 237 (1999); Michael Byers, *Decisions of British Courts During Involving 1999 Questions of Public or Private International Law*, 1999 BRIT. Y.B. INT'L L. 277, 277-95; Byers, *supra* note 172; Christine M. Chinkin, *International Decision, United Kingdom House of Lords: Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte: Spanish Request for Extradition*, 93 AM. J. INT'L L. 703 (1999); Hazel Fox, *The Pinochet Case No. 3*, 48 INT'L & COMP. L.Q. 687 (1999); Colin Warbrick, *Extradition Law Aspects of Pinochet 3*, 48 INT'L & COMP. L.Q. (1999)958.

¹⁸⁹ Reed Brody, *The Prosecution of Hissène Habré--An "African Pinochet"*, 35 NEW ENG. L. REV. 321, 333-34 (2001). A fellebbviteli bíróság ezt követően hatályon kívül helyezte a vádiratot. *Id.* 330. o. 2001 márciusában Szenegál legfelsőbb bírósága úgy döntött, hogy Szenegálnak nincs joghatósága olyan bűncselekmények üldözésére, amelyeket nem az országban követtek el. Press Release, Human Rights Watch, Senegal Bars Charges Against Ex Chad Dictator (200120., március), <http://www.hrw.org/press/2001/03/habre0320.htm>. Az ügy háttérét *lásd* Brody, *fentebb*; Inbal Sansani, *The Pinochet Precedent in Africa: Prosecution of Hissène Habré*, 8 HUM. RTS. BRIEF, Winter at 2001,32.

¹⁹⁰ *Lásd pl.*, R. Jeffrey Smith, *Serb Leaders Hand over Milosevic for Trial by War Crimes Tribunal*, WASH. POST, June 29, 2001, at A1 (a volt jugoszláv elnök, Milošević kiadatását tárgyalja, "hogy az 1999-es koszovói konfliktus során elkövetett emberiség elleni bűncselekmények vádjával Hollandiában az ENSZ törvényszéke elé álljon"); *lásd még* Peter Finn, *Tribunal Lives up to Its Promise*, WASH. POST, June 29, 2001, at A1 ("Amikor az Egyesült Nemzetek Szervezete létrehozta a háborús bűnöket vizsgáló bíróságot a volt jugoszláviában, az 1993.alapjául szolgáló ígéret az volt, hogy senki sem kerülhet a nemzetközi igazságszolgáltatás hatókörén kívül. Ma, története legdrámaibb pillanatában a bíróság beváltotta ezt a fogadalmat.").

Ezen túlmenően az elmúlt két évtizedben a külföldiek elkezdtek emberjogi pereket indítani az Egyesült Államokban külföldi és amerikai kormányok és tisztviselők ellen az Alien Tort Claims Act (ATCA) alapján.¹⁹¹ Bár e törvény joghatósági hatókörét ugyanazok a tisztességes eljárás/minimális érintkezési korlátozások szabályozzák, mint az összes többi pert, a törvény a szövetségi bíróságoknak eredeti tárgyi joghatóságot biztosít "a külföldiek által kizárólag a nemzetek jogának vagy az Egyesült Államok szerződésének megsértésével elkövetett kártérítés miatt indított polgári perekben".¹⁹² Ez 1789, a törvény, amelyet a második bíróság 1980-as döntése szerint a második kerületi bíróság részeként fogadtak el, lehetővé teszi a szövetségi bíróságok számára, hogy külföldi kormányok tisztviselői által elkövetett állítólagos kínzással kapcsolatos, külföldiek által indított pereket tárgyaljanak.¹⁹³ Későbbi határozatok népiirtás; háborús bűncselekmények; gyorsított kivégzés; eltűnés; hosszan tartó önkényes fogva tartás; és kegyetlen, embertelen vagy megalázó bánásmód miatt indított pereknek adtak helyt.¹⁹⁴ A közelmúltban a Kongresszus elfogadta a kínzás áldozatainak védelméről szóló törvényt (1991 TVPA),¹⁹⁵ amely megerősíti és kiterjeszti az ATCA-t azáltal, hogy konkrét kereseti okokat határoz meg a kínzás és a gyorsított kivégzés esetére, és lehetővé teszi az amerikai állampolgárok és a külföldiek számára is a keresetindítást.¹⁹⁶ E törvények alapján sikeres pereket indítottak a guatemalai hadsereg számos tagja,¹⁹⁷ Ferdinand Marcos volt Fülöp-szigeteki vezető vagyona¹⁹⁸ és Radovan Karadžić szerb vezető ellen.¹⁹⁹ Noha ezek polgári ügyek, és a meghozott pénzbeli ítéletek közül sok esetben talán soha nem kerül kifizetésre, a pereknek erős szimbolikus és érzelmi értéke van az áldozatok számára - a potenciális alpereseket elriaszthatják attól, hogy belépjenek a bíróságra. USA területén, és megerősítik az egyetemes, vagy legalábbis a transznacionális joghatóság elvét.²⁰⁰

¹⁹¹28 U.S.C. § (13502000).

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ *Filartiga kontra Pena-Irala*, F630.2d (876,2d887 Cir. 1980).

¹⁹⁴ *Lásd* BETH STEPHENS & MICHAEL RATNER, *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LITIGATION IN U.S. COURTS* 343-48 (1996) (az ATCA ügyek összefoglalása); *lásd még* William

Glaberson, *U.S. Courts Become Arbiters of Global Rights and Wrongs*, N.Y. TIMES, 2001. június 21., A1. o. (az "amerikai jogrendszer egyre szélesebb körű felhasználásáról a világ minden táján a jogok és jogtalanságok megítélésére").

¹⁹⁵ Pub. L. No. 102-256, Stat106. 73 (1992).

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Lásd* *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162, 179 (D. Mass. 1995) (megállapítva, hogy a külföldi felperesek az ATCA alapján megalapozhatják a tárgyi joghatóságot és a nemzetközi jog deliktualis megsértése miatti szövetségi magánjogi keresetindítási jogalapot).

¹⁹⁸ *Lásd* *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 789, 791-92 (9th Cir. 1996) (jóváhagyva a kerületi bíróságnak az ATCA szerinti szövetségi joghatóságának érvényesítését).

¹⁹⁹ *Lásd* *Kadic v. Karadžić*, 70 F.3d 232, 241-44 (2d Cir. 1995) (megállapítva, hogy az ATCA alapján fennáll a tárgyi joghatóság a boszniai szerb vezetővel szemben népiirtás, háborús bűncselekmények és kínzás miatt benyújtott keresetekre).

²⁰⁰ *Lásd* STEPHENS & RATNER, *Supra* note 194, 234-38. o. (az ATCA és a TVPA követelések jelentős nem pénzbeli hatását hangsúlyozva).

Az Egyesült Államokon kívüli bíróságokon is indítottak nemzetközi emberi jogi pereket korábbi és jelenlegi kormányzati tisztviselők ellen. Például a *Pinochet-* és Habré-ügyeken kívül a libanoni izraeli 1982 invázió túlélőinek ügyvédjei kérték egy belga bíróságot, hogy vádolja meg Ariel Sharon izraeli miniszterelnököt, aki akkor védelmi miniszter volt, háborús bűnökkel.²⁰¹ Az izraeli kormány olyannyira komolyan veszi az emberi jogi követelésekkel kapcsolatos külföldi joghatósági igények fenyegetését, hogy nemrégiben tanácsot adott ki minden kormányzati, biztonsági és katonai tisztviselőnek, figyelmeztetve őket, hogy külföldi utazások esetén perbe foghatják őket.²⁰² Bár a Nemzetközi Bíróság nemrégiben leállította a Kongói Demokratikus Köztársaság volt külügyminisztere ellen indított belga büntetőeljárást, a kormányzati mentesség szükségességére hivatkozva, a Kongói Demokratikus Köztársaság volt külügyminisztere ellen indított büntetőeljárást.

bizonyos körülmények között,²⁰³ a döntés által kiváltott²⁰⁴ éles kritikák azt mutatják, hogy a nemzetközi emberi jogi perek általános helyzete

²⁰¹ Lásd: *The Complaint Against Ariel Sharon for His Involvement in the Massacres at Sabra and Shatila*, The Palestinian Society for the Protection of Human Rights & the Environment, <http://www.mallat.com/articles/complaintenglish.htm> (utolsó látogatás 200218. november) (a nemzetközi humanitárius jog súlyos megsértésére hivatkozva). Az ügy sajtóvisszhangját lásd például: Nicholas Blanford, *Sharon Begins to Take War-Crimes Lawsuit Seriously*, CHRISTIAN SCI. MONITOR, 2001. július 30., 7. o.; Clyde Haberman, *Israel Is Wary of Long Reach in Rights Cases*, N.Y. TIMES, július, 28, 2001, A1. o.; Constant Brand, *Court Asked to Indict Sharon over Palestinian Massacre*, INDEPENDENT, július 18, 2001, <http://www.independent.co.uk/story.jsp?story=78822>.

²⁰² Lásd Blanford, *Supra* note 201 ("Izrael olyan komolyan veszi a lehetséges büntetőeljárások fenyegetését, hogy elkezdte megrajzolni azon országok térképét, ahol izraeli vezetők háborús bűnök miatt bíróság elé kerülhetnek.").

²⁰³ Lásd a 2000. április 11-i elfogatóparancs (Kongói Demokratikus Köztársaság kontra Belgium), általános lista ¶121, (200214. 70február), a http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icobe/icobejudgment/icobe_judgment_20020214.pdf oldalon ("[G]ily módon az elfogatóparancs jellege és célja miatt annak pusztán kibocsátása sértette azt a mentelmi jogot, amelyet Yerodia úr Kongó hivatalban lévő külügyminisztereként élvezett.").

²⁰⁴ Az ügyben a külvéleményt megfogalmazó bírák például határozottan tiltakoztak a többség azon álláspontja ellen, hogy a magas rangú állami tisztviselők mentessége alól nincs kivétel, még akkor sem, ha emberiség elleni bűncselekményekkel vádolják őket. Kongói Demokratikus Köztársaság kontra Belgium (Al-Khasawneh, J., dissenting), http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_judgment_20020214_al-khasawneh.pdf; lásd még pl. , Press Release, International Commission of Jurists, International Court of Justice's Ruling on Belgian Arrest Warrant Undermines International Law (Feb. 200215.), at <http://www.icj.org/article.php?sid=166> ("A nemzetközi humanitárius jog és a nemzetközi emberi jogi jog a büntetlenség elleni küzdelem érdekében a nemzeti államoknak joghatóságot biztosít a nemzetközi bűncselekményeket elkövető személyek felett. A tegnapi döntés olyan döntés, amely hatvan évvel ezelőtt talán elvárható lett volna, de a mai jog fényében nem.").

megváltozott.

Végre létrehozták az állandó Nemzetközi Büntetőbíróságot (ICC),²⁰⁵miután a hidegháború idején a nemzeti szuverenitásba való beavatkozással kapcsolatos aggályok miatt elsorvadt.²⁰⁶ A bíróság joghatósága csak a legsúlyosabb bűncselekményekre korlátozódik, mint például a háborús bűnök, a népirtás és az emberiség elleni bűncselekmények.²⁰⁷ Továbbá a bíróság csak olyan esetekben hivatott működni, ahol kevés a kilátás arra, hogy az elkövetőkkel szemben a nemzeti bíróságok megfelelően eljárjanak.²⁰⁸ Mindazonáltal az NBB egy újabb lépést jelent a nemzetközi kapcsolatokat hagyományosan uraló nemzeti szuverenitás paradigmájától való eltávolodás útján.²⁰⁹

²⁰⁵ A Nemzetközi Büntetőbíróság Római Statútuma, cikk (5,1) bek. 1, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998), elérhető a <http://www.un.org/icc> oldalon.

²⁰⁶ Lásd Benjamin B. Ferencz, *Egy nemzetközi büntető törvénykönyv és bíróság*: 30 COLUM. J. TRANSNAT'L. 375, 383 (1992) ("[S]ome sovereign states . . . nem voltak hajlandók a nemzetközi büntetőjog általánosan kötelező erejű szabályai szerint élni."); Robert Rosenstock, Remarks Made at the Pace International Law Review Symposium (Oct. 23, 1993), in 6 PACE INT'L. REV. 83, 84 (1994) ("A Kelet és Nyugat közötti megosztottság olyan mértékű volt, hogy egy olyan intézmény létrehozása, mint a Nemzetközi Büntetőbíróság szinte elérhetlenné vált."). Valójában az Egyesült Nemzetek Nemzetközi Büntetőjogi Bizottsága már 1953-ban benyújtotta a nemzetközi büntetőbíróság statútumának tervezetét. Revised Draft Statute for an International Criminal Court (Annex to the Report of the 1953 Committee on International Criminal Jurisdiction), U.N. GAOR, 9th Sess., Supp. No. at12, U23, N. Doc. A/2645 (1954).

²⁰⁷ A Nemzetközi Büntetőbíróság Római Statútuma, lásd a fenti megjegyzést, 205,art. para. 5,1.

²⁰⁸ Lásd *pl.* az *id.* cikket. 20. cikk, (1) bekezdés. (kimondja, hogy az NBB nem rendelkezik joghatósággal arra, hogy újból bíróság elé állítson valakit, akit egy másik bíróság előtt a Római Statútum által tiltott magatartás miatt ítélték el, "kivéve, ha a másik bíróságon folytatott eljárást ... nem a tisztességes eljárás normáinak megfelelően, függetlenül vagy pártatlanul folytatták le ... és olyan módon folytatták le, amely az adott körülmények között nem volt összeegyeztethető az érintett személy bíróság elé állításának szándékával").

²⁰⁹ A Bush-kormányzat továbbra is ellenzi a Nemzetközi Büntetőbíróságot azzal az indokkal, hogy az illetéktelenül beavatkozik az Egyesült Államok szuverenitásába. Lásd *pl.* , Norman Kempster, *U.S. May Back Creation of Special Atrocity Tribunals*, L.A. TIMES, Aug. 2, 2001, at A4 ("A globális [háborús bűnökkel foglalkozó] bíróság ellenzői aggodalmukat fejezték ki, hogy egy ilyen bíróságot humanitárius missziót teljesítő amerikai katonák felelősségre vonására lehetne felhasználni."); *Why America Says No*, OMAHA WORLD-HERALD, July at22,2001, 18A (támogatja a Bush-kormányzat ellenállását az állandó Nemzetközi Büntetőbírósággal szemben, mivel Amerika potenciális kitettsége a bírósággal való visszaélésnek nagyobb, mint a legtöbb más nemzeté); *Bush Administration Ponders Position Towards International Criminal Court*, 17 INT'L ENFORCEMENT L. REP. (2001) (a Bush-adminisztráció ICC-vel szembeni ellenállását azzal az indokkal írja le, hogy a bíróság "sérti az Egyesült Államok szuverenitását és a nemzetközi biztonságpolitikák manőverezhetőségét

"), <http://www.globalpolicy.org/intljustice/icc/2001/05icc.htm>; Jim Lobe, *Rights-US: Republicans Urge Clinton to Oppose ICC*, Inter Press Service, at http://www.oneworld.org/ips2/jul98/22_32_097.html (1998. július 23.) (ismerteti a republikánus szenátorok ellenállását a Római Szerződés ratifikálásával szemben, különösen a bíróság joghatóságát egy olyan állam tettei felett, amely nem csatlakozott a szerződéshez); Brett D. Schaefer, *Overturning Clinton's Midnight Action on the International Criminal Court*, EXECUTIVE MEMORANDUM (Heritage Found., D.C.), Jan. (azzal 9.érvelve2001, hogy az USA-nak nem kellene ratifikálnia a Római Szerződést, mert az "jelentős hibákat tartalmaz, amelyek veszélyeztetik az amerikaiak jogait és az

amerikaihadserg
tevékenységét"), törvényes
athttp://.

J. A nemzetközi kereskedelem kihívása

A nemzetközi kereskedelmi kapcsolatok területén is hasonló beavatkozásokat láthatunk a nemzetállami ~~intézk~~ hagyományos elképzeléseibe. Bár ezt a területet gyakran a "nemzetközi magánjog" részének tekintik, a nemzetközi kereskedelmi kérdések egyre inkább úgy tekinthetők, hogy fontos társadalmi értékeket, például a környezetvédelmet és a munkaügyi normákat is érintik. Ezért lehet, hogy a "köz-" és "magán" nemzetközi jog közötti hagyományos megkülönböztetést felül kell vizsgálni.²¹⁰

A nemzetközi jog hagyományosan nem ismerte el a nemzetközi kereskedelmi vitákban a közjogi típusú követelések legitimitását. Például 1893-ban, amikor az Egyesült Államok kormánya megpróbálta megakadályozni a brit szőrmekereskedőket a fókák csapdába ejtésében, arra hivatkozva, hogy a fókákat a kihalás veszélye fenyegeti, egy nemzetközi választottbíróság elsőprő többséggel elutasította a keresetet, mivel a nemzetközi jogban nem volt alapja annak, hogy az Egyesült Államok a területén kívül zajló intézkedésekre is alkalmazza a konservációs normáit.²¹¹ Hasonlóképpen, a

www.heritage.org/Research/InternationalOrganizations/loader.cfm?url=/commonspot/security/getfile.cfm&PageID=3411; Press Release, Office of U.S. Representative Ron Paul, Paul Introduces Resolution Opposing International Criminal Court (Feb. 7, 2001) (bemutatja a H.R. Con. Res. 23. számú állásfoglalás, amely felszólítja a Kongresszust és az elnököt, hogy ellenezze a Nemzetközi Büntetőbíróságot, és "rámutat az Egyesült Államok szuverenitását fenyegető veszélyre, amelyet egy nemzetközi joghatósággal rendelkező bíróság jelent"), <http://www.house.gov/paul/press/oldalon>.
press2001/pr020701.htm.

²¹⁰ A *Black's Law Dictionary* szerint a közjog általában "alkotmányos, közigazgatási, büntető és nemzetközi jogból áll, amely az állam szervezetével, az állam és az azt alkotó emberek közötti kapcsolatokkal, a köztisztviselőknek az állam, egymás és a magánszemélyek iránti felelősségével, valamint az államok egymáshoz való viszonyával foglalkozik". BLACK'S LAW DICTIONARY 1230 (6. kiadás, 1990). Ezzel szemben a magánjogot úgy határozzák meg, mint "[a] jognak azt a részét, amely meghatározza, szabályozza, érvényesíti és igazgatja a magánszemélyek, egyesületek és társaságok közötti kapcsolatokat". *Id.* at 1196. Amint azonban Robert Post rámutatott, ez a megkülönböztetés nehezen tartható fenn az úgynevezett köz/magán megkülönböztetést megkérdőjelező amerikai jogi realista kritika fényében. *Lásd* Robert Post, *The Challenge of Globalization to American Public Law Scholarship*, 2 THEORETICAL INQUIRIES L. 323, 324 (2001) (megjegyezve, hogy "a jogi realisták könyörtelenül bizonyították, hogy a "magán" tulajdon szabályai valójában a társadalmi viszonyokat strukturálják, és így az általuk létrehozott társadalmi struktúrák szempontjából értékelendők"). Ebből a szempontból a kormányzat mindig a háttérben van, és a társadalmi életet szabályozza, hogy létrehozza és fenntartsa a megfelelőnek vagy kívánatosnak ítélt "magán" kapcsolatok típusát. Ráadásul ez a szabályozás mindig a közcélok elérésére irányul. "Minden magánjog tehát végső soron "az állam és az azt alkotó emberek közötti viszonyokat" érinti". *Id.* (idézi BLACK'S LAW DICTIONARY, *supra*, 1230. o.).

²¹¹ *Lásd* 1 JOHN BASSETT MOORE, HISTORY & DIGEST OF THE INTERNATIONAL ARBITRÁCIÓK, AMELYKÉBEN AZ EGYESÜLT ÁLLAMOK RÉSZVEVŐK 755-961 (Washington, Government Printing Office 1898) (amely a *Pacific Fur Seal Arbitration* (U.S. v. Gr. Brit.) jegyzőkönyveit tartalmazza); *lásd még* Sands, *Supra* 37. lábjegyzet, 529. o. (az ügy összefoglalása). A garnélarák/teknős ügyig, amelyet a 213-18. megjegyzéshez tartozó szövegben tárgyalunk, a bíróságok általában ugyanezeket az elveket követték. Sőt, még az 1990-es évek elején is úgy tűnt, hogy a területi felségjog doktrína a nemzetközi kereskedelmi vitákban él és virul. *Lásd*: GATT Dispute Set-

XIX. században nem léteztek nemzetközi szervezetek és állandó nemzetközi bíróságok, és ha egy állam megtagadta, hogy egy kereskedelmi követelést választottbíró elé terjesszen, a végrehajtási lehetőségek minimálisak voltak.²¹²

Azonban itt is támadás éri azt a feltételezést, hogy a nemzeti szuverenitás felülírja az egyéb követeléseket. Ugyanazon a héten, amikor Pinochetet Londonban letartóztatták, a Kereskedelmi Világszervezet (WTO) fellebbviteli szerve olyan határozatot hozott, amely először ismerte el, hogy egy országnak jogos jogi érdeke lehet egy másik országban folytatott tevékenységekben, legalábbis akkor, ha ezek a tevékenységek károsak a veszélyeztetett vándorló faja.²¹³ Ez az ügy egy olyan amerikai kormányzati határozatból eredt, amely megtiltotta az India, Malajzia, a Fülöp-szigetek és Thaiföld vizein gyűjtött garnélarák behozatalát, mivel a garnélarákot olyan módszerrel fogták, amely a tengeri teknősök elhalálózását okozta. A négy ázsiai ország tiltakozott az amerikai tilalom ellen, arra hivatkozva, hogy az sérti a WTO szabadkereskedelmi szabályait. A WTO fellebbviteli²¹⁴ szerve a fokaügyben hozott döntéssel ellentétben úgy döntött, hogy az amerikai intézkedések "ideiglenesen indokoltak", mivel az USA-nak jogi érdeke fűződik a tengeri teknősök védelméhez.²¹⁵ Más szóval, ahogy az emberi jogi ügyekben is,

tlement Panel Report on United States Restrictions on Imports of Tuna, 33 I.L.M. 839, 898 (1994) (megállapítva, hogy az USA, környezetvédelmi célkitűzéseinek megvalósítása érdekében nem "vethet ki kereskedelmi embargót annak érdekében, hogy más szerződő felek saját joghatóságuk keretein belül folytatott politikáinak megváltoztatását biztosítsa"); United States Restrictions on Imports of Tuna, Aug. GATT16,1991, B.I.S.D. (39th Supp.) at 155-205 (1993) (megjegyezve, hogy bár egy fél elfogadhatja saját természetvédelmi politikáját, a testület elutasítja a politikák joghatóságon kívüli alkalmazását); lásd még Benedict Kingsbury, *The Tuna-Dolphin Controversy, The World Trade Organization, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law*, 5 Y.B. INT'L ENVTL. L. 1, 20- (211994) ("A GATT titkársága . . . a területet (és talán az állampolgárságot) tekinti a joghatóság alapvető alapjának, tekintet nélkül számos környezeti és gazdasági érdek határon átnyúló vagy joghatóságon kívüli dimenziójára.

autonómia (a kereskedelmi intézkedésekkel szemben) a területileg meghatározott joghatósági körökön belül."); Torsten

H. Strom, *Another Kick at the Can: Tuna/Dolphin II*, 33 CANADIAN Y.B. INT'L. 149, 160 (1995) (a panel "a joghatóságon kívüli joghatóságtól és az egyoldalúságtól való félelmét" leírva); Friedl Weiss, *The Second Tuna GATT Panel Report*, LEIDEN 8 J. INT'L L. 148-49135, (1995) ("[U]nilateral actions to deal with environmental challenges outside the jurisdiction of the importing country should be avoided."). (idézetek kihagyva)); Stephen Fleischer, Note, *The Mexico-U.S. Tuna/Dolphin Dispute in GATT: Exploring the Use of Trade Restrictions to Environmental Standards Enforce*, 3 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS. 515, 547-48 (1993) (a testület azon döntésének tárgyalása, hogy az Egyesült Államok nem alkalmazhat egyoldalú kereskedelmi korlátozásokat a természetvédelmi politikák más tagokra való rákényszerítésére).

²¹² Lásd Sands, *Supra* 37. lábjegyzet, 529-30. o. (a nemzetközi jogrend leírása a XIX. század végén).

²¹³ A fellebbviteli testület jelentése az Egyesült Államok - Bizonyos garnélarák és garnélaráktermékek behozatali tilalma tárgyában, WT/DS58/AB/R, (199812. 75október), http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members4_e.htm.

²¹⁴ Lásd a fenti megjegyzést és a 211kísérő szöveget (az ügy tárgyalása).

²¹⁵ A fellebbviteli testület jelentése az Egyesült Államok - Egyes garnélarákok és garnélaráktermékek behozatali tilalma tárgyában, lásd a következő213, lábjegyzet: (1). 51.

egyre inkább elismerik, hogy "amit egy állam a területén belül tesz vagy enged meg, az egy másik, akármilyen távoli államban is jogos érdeke lehet".²¹⁶

Ez a döntés nem csak az állami szuverenitásról alkotott elképzeléseinkben jelent változást, hanem az is jelentős, hogy ez az ügy (és a legtöbb korábban tárgyalt emberjogi ügy) nem állami szereplőkkel, nem pedig egy szuverén állam végrehajtó hatalmának intézkedéseivel kezdődött. Így a Garnélarák/Teknős ügyben a szóban forgó²¹⁷ amerikai exportkorlátozások az Earth Island Institute, egy nem kormányzati szervezet által a szövetségi bíróságokon kezdeményezett jogi eljárások eredményeként jöttek létre.²¹⁸ A Pinochet-ügyben az ex-hagyományos kérelem egy bíró által nem állami szereplők által benyújtott panasz alapján kezdeményezett vizsgálat és vádemelés eredménye volt.²¹⁹

A nem állami szereplők is kezdeményezhetnek transznacionális jogi eljárást az Észak-amerikai Szabadkereskedelmi Megállapodás (NAFTA) 11. fejezete alapján,²²⁰ amely felhatalmazza a magánszemélyeket és a vállalatokat arra, hogy követeléseket nyújtsanak be a választottbírókhoz²²¹ (a nemzeti bíróságok helyett), ha a panaszos kormánya

²¹⁶ Sands, *Supra* 37. lábjegyzet, 535. lábjegyzet. Az egyoldalú kereskedelmi szankciók hatékonyságának empirikus elemzését a globális környezeti javak védelmében lásd: Richard W. Parker, *The Use and Abuse of Trade Leverage to Protect the Global Commons: What We Can Learn from the Tuna-Dolphin Conflict*, 12 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 1 (1999).

²¹⁷ Lásd: Revised Notice of Guidelines for Determining Comparability of Foreign Programs for the Protection of Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations, 61 Fed. Reg. 17,342 (1996. április 19.) (a garnélarák behozatalára vonatkozó tilalom alkalmazásának meghatározására használt iránymutatások felülvizsgálata).

²¹⁸ Lásd *Earth Island Inst. v. Christopher*, 948 F. Supp. 1062, 1070 (Ct. Int'l Trade 1996) (az embargót tisztázó ítélet felfüggesztésére irányuló kérelem elutasítása a fellebbezés elbírálásáig), *amelyet sub nom. Earth Island Inst. v. Albright*, 147 F.3d 1352 (Fed. Cir. 1998); *Earth Island Inst. v. Christopher*, 942 F. Supp. 597, 617 (Ct. Int'l Trade 1996) (annak tisztázása, hogy a Kongresszus által korábbi jogi eljárásokra válaszul elrendelt embargó nem teszi lehetővé az USA-ba való belépést olyan garnélaráknak, amelyet az U16.S.C. (15372000) alapján nem engedélyezett nemzetek állampolgárai vagy hajói gyűjtöttek), *amelyet sub nom. Earth Island Inst. v. Christopher*, F147.3d at 1352; *Earth Island Inst. v. Christopher*, 922

F. Supp. 616, 627 (Ct. Int'l Trade 1996) (a szövetségi tisztviselőknek a veszélyeztetett fajokról szóló törvény (ESA) nemzetközi érvényesítésére vonatkozó határidő meghosszabbítása iránti kérelmének elutasítása), *amelyet sub nom. Earth Island Inst. v. Christopher*, 147 F.3d at 1352; *Earth Island Inst. v. Christopher*, 913 F. Supp. 559, 575 (Ct. Int'l Trade 1995) (megállapítva, hogy a szövetségi tisztviselők kötelesek az ESA-t világszerte végrehajtani), *vacated sub nom. Earth Island Inst. v. Christopher*, F147.3d at 1352.

²¹⁹ A spanyolországi eljárás leírását és a Pinochet-üggyel kapcsolatos spanyol hivatalos dokumentumok linkjeit lásd a *Diplomatie Judiciaire* honlapján, a <http://www.diplomatiejudiciaire.com/Chili/Pinochet.htm> címen, valamint a *Derechos Human Rights* honlapján, a <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/eng.html> címen. A Pinochet-üggyel kapcsolatos anyagokért, a tábornok letartóztatásától kezdve lásd PINOCHET PAPERS, *supra* note. 34.

²²⁰ Észak-amerikai Szabadkereskedelmi Megállapodás, 1992. december 17., 32 I.L.M. 605 (1993), *elérhető a* <http://www.nafta-sec-alena.org/english/index.htm> honlapon.

²²¹ Cikke 1120NAFTA előírja, hogy a befektető felperesek kereshet jogorvoslatot egyik három készlet választottbírói szabályok: (1) a Beruházási Jogviták Rendezésének Nemzetközi Központja (ICSID) szabályai; (2) az ICSID kiegészítő eszköz szabályai; vagy (3) az Egyesült Nemzetek Nemzetközi Kereskedelmi Jogi Központjának (UNCITRAL) választottbírói szabályai. 32 I.L.M. 643.

állítólag "kisajátította" a panaszos befektetését.²²² Ráadásul e lépés megtételéhez nem szükséges előzetes engedély sem az Észak-amerikai Szabadkereskedelmi Bizottságtól, sem a kanadai, mexikói vagy amerikai kormánytól.²²³ A NAFTA választottbíróságai még arra is jogosultak, hogy pénzbeli kártérítést ítéljenek meg a panaszosnak, ha megállapítják, hogy a kormány megsértette vagy megsérti a NAFTA beruházási rendelkezéseit.²²⁴

Máshol a nemzetközi, nem kormányzati szabályozási keretek széles körű alkalmazását látjuk. Például az Apparel Industry Partnership, amely nem kormányzati szervezetek, nemzetközi ruhayártók és amerikai egyetemek közös vállalkozása, létrehozta saját kvázi kormányzati (de nem állami) szabályozási rendszerét, hogy segítsen megvédeni a nemzetközi munkaügyi normákkal kapcsolatos közértékeket. A partnerség magatartási kódexet fogadott el olyan kérdésekben, mint a gyermekmunka, a munkaidő, valamint az egészségügyi és biztonsági feltételek, valamint a megfelelés ellenőrzésére szolgáló részletes struktúrát (beleértve egy harmadik fél által indított panaszjelzést).²²⁵ Az interneten

²²² Az 1110. cikk vonatkozó szövege kimondja, hogy "[egyetlen] fél sem kisajátíthat közvetlenül vagy közvetve ... beruházást ... vagy ... kisajátítással egyenértékű intézkedést hozhat ... kivéve: (a) közcélból; (b) megkülönböztetésmentes alapon; (c) a tisztességes jogi eljárásnak és az 1105. cikk (1) bekezdésének megfelelően; és (d) kártérítés fizetése mellett". 32. I.L.M. 641. o. E célból a cikk az "intézkedés" fogalmát úgy határozza meg, hogy az magában foglal "minden törvényt, rendeletet, eljárást, követelményt vagy gyakorlatot". 32 I.L.M. 298. A NAFTA 11. fejezetének a beruházások kisajátítására vonatkozó rendelkezéseinek elemzéséhez lásd David A. Gantz, *Reconciling Environmental Protection and Investor Rights Under Chapter 11 of NAFTA*, 31 *Envtl. L. Rep. (Envtl. L. Inst.)* 10,646 (2001); Paul S. Kibel, *Awkward Evolution: Citizen Enforcement at the North American Environmental Commission*, 32 *Envtl. L. Rep. (Envtl. L. Inst.)* 10,769 (2002); J. Martin Wagner, *International Investment, Expropriation and Environmental Protection*, *GOLDEN GATE U. L. REV.* 465 (1999); Daniel A. Seligman, *The Treaty Itself Undermines Environmental Protection*, *ENVTL. F.*, márc./ápr. 2001,36.

²²³ Lásd Kibel, *Supra* note at (222,10,775) Kiemelve a kereskedelmi-befektetési jog erős végrehajtási mechanizmusát a NAFTA környezetvédelmi jogának gyenge végrehajtási mechanizmusához képest, ami annak köszönhető, hogy a fejezet értelmében a vállalatok 11. kötelező érvényű választottbírósági eljárásra kényszeríthetik az országokat anélkül, hogy a Bizottság vagy az érintett kormányok előzetes jóváhagyását kérnék).

²²⁴ Lásd *id.* (megjegyezve, hogy a 11. fejezet szerinti pénzbeli kártérítési hatáskör aggasztó környezetvédelmi eredményeket eredményezett, mivel a vállalatok nagy összegű kártérítéseket támadtak meg és nyertek el a kormányoktól a környezetvédelmi szabályozás miatt); lásd még Vicki Been & Joel C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment: NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, *N78.Y.U. L. REV.* (megjelenés alatt, 2003) (megállapítva, hogy a NAFTA bírósági határozatok számos ügyi és eljárási szempontból meghaladják az Egyesült Államok szabályozási elvételekre vonatkozó törvényeit, különösen a tulajdon tágabb fogalmának elfogadása, a politikai folyamat magasabb szintű ellenőrzésének bevezetése és az eljárási előnyök intézménye az Egyesült Államok Ötödik Kiegészítése szerinti peres eljárásokhoz képest); Steve Louthan, Note, *A Brave New Lochner Era? The Constitutionality of NAFTA Chapter 11*, 34 *VAND. J. TRANSNAT'L.* 1443, 1445 (2001) (azzal érvelve, hogy a 11. fejezet "az állami rendőrségi hatáskör legjelentősebb kiüresítését jelenti azóta, hogy a Legfelsőbb Bíróság 1937-ben felszabadította az államokat a Lochner-féle bilincsek alól").

²²⁵ Lásd a munkahelyi magatartási kódexet, Ruházati Ipari Partnerség (amely "egy sor olyan

összefüggésben a szolgáltatókat, szoftvercégeket, az adatvédelemmel foglalkozó szervezeteket és más szereplőket tömörítő "TRUSTe" koalíció széles körben elfogadott adatvédelmi szabványokat dolgozott ki (és felügyel) a weboldalak számára.²²⁶ Hasonlóképpen, a Global Business Dialogue on Electronic Commerce (Globális üzleti párbeszéd az elektronikus kereskedelemről) munkacsoportok sorát hozta létre, hogy egységes politikákat és szabványokat dolgozzanak ki az e-kereskedelem számos kérdésére vonatkozóan.²²⁷ És természetesen a korábban tárgyalt Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Internetes Név- és Szám kiosztó Társaság)²²⁸ nem állami kormányzati szerv, amely a domainnév-rendszert kezeli.

* * * * *

Nem akarom azt sugallni, hogy az ebben a ~~szöveg~~ vizsgált kihívások bármelyike megoldhatatlan lenne. Azt sem állítom, hogy ezek a kihívások, még ha együttesen is, azt jelentenék, hogy a nemzetállamok elkerülhetetlenül a jelentéktelenség vagy a felbomlás felé vezető úton vannak.²²⁹ Sőt, a következő részben áttekintést adok a különböző megközelítésekről, amelyeket e kihívások megválaszolására javasoltak.

Mindazonáltal, bár ez a kortárs jogi tájképen tett kirándulás szükségszerűen rövid, még a legszkeptikusabb szemlélőnek is el kell hinnie, hogy a tárgyalt kihívások valóságosak és figyelmet igényelnek. Ráadásul ezeknek a kihívásoknak közös tendenciája, hogy ~~átmozdulnak~~ vagy megingatják azt a hagyományos feltevésünket, hogy a világrendet a területi alapú állami szuverenitás és a rögzített, áthatolhatatlan határok eszméiből kell felépíteni. És ha ez igaz, akkor a bizonytalanságnak ez a pillanata, amikor a legkülönbözőbb doktrinális területeken zajló változásokhoz való alkalmazkodással küzdünk, lehetőséget nyújt arra, hogy újragondoljuk ezt a feltételezést, ahelyett, hogy egyszerűen csak stabilizálni próbálnánk.

II. TÍZ VÁLASZ

Azoknak a tudósoknak, bírának és politikai döntéshozóknak, akik az elmúlt évtizedben szembesültek a cy-berspace jogi kérdéseivel, a legtöbb tíz kihívás közül a leg-

standards defining decent and humane working conditions"), <http://www.dol.gov/esa/nosweat/partnership/report.htm> (utolsó látogatás: 2002. október).

²²⁶ *Lásd A TRUSTe program:* TRUSTe, http://www.truste.org/consumers/users_how.html (utolsó látogatás: 2002. november 18.) (az ügyfelek magánéletének védelmét biztosító programjának ismertetése).

²²⁷ *Lásd:* Global Business Dialogue on Electronic Commerce, <http://www.gbde.org> (a munkacsoportokat "olyan keretként írja le, amelyen keresztül a különböző országok, kultúrák és ágazatok vállalatai között továbbra is konszenzus érhető el ... a digitális médium eszközeit használva, minimális bürokráciával").

²²⁸ *Lásd a 146-47. lábjegyzeteket (az ICANN-t tárgyalva).*

²²⁹ *Lásd pl. Michael Mann, Nemzetállamok Európában és más kontinenseken: Diversifying, Developing, Not Dying, 122 DÆDALUS 115, 139 (1993) ("A nemzetállam sem mint valóság, sem mint ideál nem elavult.")*.

Az előző szakaszban tárgyaltak nem újak. Éppen ellenkezőleg, számos dk bírósági határozat, valamint hazai és nemzetközi jogalkotási és közigazgatási szerv küzdött már ezekkel a kihívásokkal, és a megfelelő válaszokról folytatott vita erőteljes volt. Ebben a részben tíz olyan választ azonosítok, amelyek a legnagyobb figyelmet kapták, összefoglalom az egyes érveket, és röviden ismertetem az egyes válaszokkal kapcsolatban leggyakrabban felvetett kritikákat. Fontos azonban, hogy bár mind a válaszok, mind a kritikák igen változatosak, elsősorban vagy a politikai filozófiában és annak a szuverenitásról és a demokratikus kormányzási modellekről alkotott elvont elképzeléseiben, vagy a hatékony és eredményes szabályok kialakítására összpontosító jogpolitikai elemzésben gyökereznek. Egyik sem próbálja meg részletesen feltárni sem a joghatóság társadalmi jelentését, sem a tér, a határok és a közösségi hovatartozás többféle felfogását, amelyet az emberek a helyszínen tapasztalnak, és amely bonyolíthatja a tárgyalt kormányzási modelleket.²³⁰ Így, bár itt számos érvet vázolunk fel a különböző stratégiák mellett és ellen, a viták egy túlságosan korlátozott elemzési területen belül zajlanak. Sem a válaszok, sem az általuk kiváltott kritikák nem jutnak elég messzire a globális korszakban érvényesülő joggyakorlat gazdag leíró beszámolójának megfogalmazásában.

A. *E Pluribus Cyberspace*

David Johnson és David Post voltak az első jogtudósok, akik komolyan elgondolkodtak a joghatóság és a szuverenitás kérdésén a kibertérben. 1996 óta egyszerű, de radikális álláspontot képviselnek. Azzal érvelnek (mind a közösen írt cikkeikben, mind a Post által egyedül írt cikkeikben), hogy a kibertér a jogalkalmazói szuverenitás szempontjából különálló "helynek" tekintendő,²³¹ és hogy a kibertérben zajló interakciókra alkalmazandó jognak

²³⁰ Még David Johnson és David Post is, akik a legközelebb állnak ehhez a fajta vizsgálathoz, a joghatóságra mint olyan kérdésre összpontosítanak, amely elsősorban a szuverenitás legitím hatókörét érinti politikai filozófia és hatékony szervezés szempontjából. *Lásd a 231-48. sz. alatti jegyzeteket és a kísérő szöveget (a Johnson és Post által felhozott érvek tárgyalása).*

²³¹ *Lásd Johnson & Post, Supra Note 9, 1378-79. o. (azzal érvelve, hogy a kibertér egy egyedi "tér", és nem lehet a hagyományos területi határookra támaszkodó törvényekkel szabályozni, ehelyett egy különálló és különálló doktrína létrehozását követeli meg, amelyet a kibertérre kell alkalmazni); lásd még Post, Supra Note (azzal érvelve, hogy az internet jellege megsemmisíti a fizikai hely jelentőségét, megszüntetve az egységes, egységes jogi norma lehetőségét); David G. Post, *Of Black Holes and Decentralized Law-Making in Cyberspace*, 2 VAND. J. ENT. L. & PRAC. 70, 74-75 (2000) [a továbbiakban Post, *Black Holes*] (a decentralizált jogalkotás elméletének alkalmazása a kéréten e-mailek szabályozására); David G. Post, *The "Unsettled Paradox": The Internet, the State, and the Consent of the Governed*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 521, 527 (1998) (az internet irányításának dilemmáját használja fel az állami szuverenitás alapjainak megkérdőjelezésére); David G. Post & David R. Johnson, *"Chaos Prevailing on Every Continent": Towards a New Theory of Decentralized Decision-Making in Complex Systems*, CHI73.-KENT L. REV. 1055, 1084-90*

"nem lesz, nem lehet és nem is szabad, hogy ugyanaz a jog legyen, mint a fizikai, földrajzilag meghatározott területekre alkalmazandó jog".²³² Ezért azt állítják, hogy a cy-ber-space-nek saját joghatósági egységnek kell lennie. Tekintettel a kibertérre vonatkozó területi alapú szabályozás rohamára, ez a gondolat szinte már-már furcsának tűnik, mindössze hat évvel a megírása után. Mindazonáltal a Johnson és Post által megfogalmazott aggályok még mindig kísértik a kibertér szabályozását.

Post *Governing Cyberspace* című cikke elég szépen²³³ összefoglalja azt, amit én "e pluribus cyberspace" nézetnek nevezek. Post a kérdéssel kezd: Mikor jogszerű, hogy egy bíróság vagy egy területi szuverén jogot gyakoroljon valaki felett? Válasza az, hogy "[l]aw-making sovereignty ... is defined ... by ... control over a physical territory."²³⁴

(1998) (egy problémamegoldó dilemma segítségével érvel a decentralizált döntéshozatal mellett az interneten); David G. Post, *Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, 1995J.ONLINE

.art.3, <http://warthog.cc.wm.edu/law/publications/jol/articles.post.shtml> [a továbbiakban: Post, *Anarchy*] (a különböző csoportokat és szervezeteket vizsgálva, amelyek érdemi szabályokat szabhatnak meg az interneten, és azzal érvelve, hogy a fizikai határok hiánya a kibertérben megakadályozza a központi kormányok hatékony szabályalkotását).

²³² Johnson & Post, *fentebb* 9. lábjegyzet, 1402. lábjegyzet. Mások is hasonló szkepticizmusnak adtak hangot a területi szuverenitás azon képességével kapcsolatban, hogy a kibertér szabályozására - legalábbis hagyományos formában - képesek legyenek. *Lásd* James Boyle, *Foucault a kibertérben: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, 66 U. CIN. L. REV. 177, 205 (1997) (elismeri, hogy az államoknak nehézséget okoz a globális hálózat szabályozása, de emellett érvel, hogy bizonyos privát szűrési és ellenőrzési mechanizmusok idővel sokkal nagyobb állami szabályozást fognak elősegíteni); John T. Delacourt, *The International Impact of Internet Regulation*, 38 HARV. INT'L L.J. 207, 234-35 (1997) (azt állítva, hogy az internet nemzeti szabályozása nem megfelelő, és hogy a felhasználói önszabályozás konszenzusos rendszerét kell elfogadni); Joel R. Reidenberg, *Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace*, 45 EMORY L.J. 911, 926 (1996) (azzal érvelve, hogy az internet transznacionális jellege állami, üzleti, műszaki és polgári erők együttes kormányzását teszi szükségessé).

²³³ Post, *supra* note 9.

²³⁴ *Id.* at 158. Ehhez a tételhez Post idézi a RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 201 (1987) ("A nemzetközi jog szerint az állam olyan entitás, amely meghatározott területtel és állandó lakossággal rendelkezik, saját kormánya ellenőrzése alatt") és MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 276-314 (3d ed.).

1991) ("A nemzetközi jog az állam fogalmán alapul, [amely] viszont a szuverenitás alapját képezi, [amely viszont] a terület tényén alapul. Terület nélkül egy jogi személy nem lehet állam."). Post, *Supra* note 9, 158 n.10. Mindazonáltal a szuverenitásnak ez a víziója túlságosan leegyszerűsítő lehet. *Lásd pl.*, Henry H. Perritt, Jr., *The Internet as a Threat to Sovereignty? Gondolatok az internet szerepéről a nemzeti és globális kormányzás megerősítésében*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 423, 424-25 (1998) (azzal érvelve, hogy az "Internet mint a szuverenitást fenyegető veszély" tézis csak a nemzetközi kapcsolatok "realista" elméletét fenyegeti, nem pedig a "nemzetközi kapcsolatok liberális hagyományát", amely már számol a nem állami szereplők határokon átnyúló interakciójával); *lásd még pl.* Anne-Marie Slaughter, *Liberal International Relations Theory and International Economic Law*, 10 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 717, 723 (1995) (megkülönbözteti a nemzetközi kapcsolatok liberális elméletét a realizmustól, azon az alapon, hogy a realizmus feltételezi, hogy "az elsődleges szereplők az államok, és az államokat monolitikus egységként határozza meg, amelyek csak az őket államként konstituáló funkcionális jellemzők alapján azonosíthatók"). Azzal a kérdéssel, hogy miként bonyolíthatjuk a szuverenitás fogalmát, a cikk későbbi részében foglalkozunk. *Infra* IV. rész.

Ebből kiindulva Post aztán azt állítja, hogy a kibertér háromféleképpen semmisíti meg a fizikai hely jelentőségét. Először is, jegyzi meg, a kibertérben zajló események nem egyszerűen átlépik a földrajzi határokat, ahogyan a környezetszennyezés teszi; "teljesen figyelmen kívül hagyják a határok létezését".²³⁵ Például "a hálózat egyik pontjáról a másikra történő üzenetátvitel költsége és sebessége teljesen független a fizikai helytől: az üzenetek a fizikai helyek között a távolság vagy a hely függvényében bekövetkező romlás, hanyatlás vagy késedelem nélkül továbbíthatók".²³⁶ Másodsor, még ha bizonyos esetekben van is fizikai kapcsolat egy földrajzi helyhez, például egy szerverhez, sok kibertérbeli tranzakció "folyamatosan változó üzenetgyűjteményekből áll, amelyeket az egyik hálózatról a másikra irányítanak a globális hálózaton keresztül, egyáltalán nincs központi hely".²³⁷ Harmadsor, Post szerint a kibertérrel kapcsolatban a fizikai helyről nem lehet beszélni, mivel "a hálózat lehetővé teszi az egyidejű tranzakciókat nagyszámú olyan ember között, akik nem ismerik és *nem is* ismerhetik a másik fél fizikai helyét".²³⁸ Ráadásul Post szerint még ha meg is próbálnánk a joghatóságot abból kiindulni, hogy egy cselekménynek volt-e lényeges hatása egy adott állam területén belül (ahogyan azt Olaszország legfelsőbb bírósága megkísérelte),²³⁹ a megfogalmazás nem lenne koherens, mert "[a] kibertérbeli ügyletek hatásai *mindenhol*, egyidejűleg és egyformán érezhetők a globális hálózat minden sarkában".²⁴⁰

Johnson és Post szerint a probléma az, hogy "[a] hagyományos jogi doku- rintus az [internetet] pusztán átviteli médiumként kezeli, amely megkönnyíti az egyik jogilag jelentős földrajzi hely a másikra küldött üzenetek cseréjét, amelyek mindegyike saját alkalmazandó jogszabályokkal rendelkezik".²⁴¹ Ehelyett "[m]inden, a határokat átlépő elektronikus kommunikáció által felvetett joghatósági és anyagi jogi kérdéseket egyetlen egyszerű elvvel lehetne megoldani: a [c]ybertérnek a jogi elemzés szempontjából különálló "helyként" való felfogása a [c]ybertér és a "való világ" közötti, jogilag jelentős határ elismerésével".²⁴² Így a kibertér saját jogának megteremtése mellett érvelnek. Johnson és Post szerint egy ilyen jog nem csak a

²³⁵ Post, *supra* note at 9,159.

²³⁶ *Id.* 160.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Id.* 161.

²³⁹ *Lásd a 97-98. lábjegyzeteket és a kísérőszöveget (az olasz Semmitőszék előtt zajló internetes jogalkalmazási ügy tényállását ismertetve). A kibertérben való minimális kapcsolattartás tesztjét kidolgozó amerikai bíróságok szintén megpróbálták a joghatóságot az online tevékenység hatásaira alapozni. Lásd a 432-443. lábjegyzethez tartozó szövegben (az ilyen esetekből nyújtanak mintavételt).*

²⁴⁰ Post, *supra* note at 9,162.

²⁴¹ Johnson & Post, *Supra* note at 9,1378.

²⁴² *Id.*

megkerülné a legtöbb területi dilemmát, amelyekkel a ~~kor~~ szakaszban találkoztunk, lehetővé tenné egy új jog kialakulását is, amely figyelembe venné az online interakció számos sajátosságát.²⁴³

Végül Johnson és Post egy radikálisan decentralizált jövőképet vázol fel a jog kialakításáról és végrehajtásáról, amelyben a kibertér saját, önszabályozó joghatóság lesz.²⁴⁴ Az *Anarchy, State, and the Internet* (*Anarchia, állam és az internet*) című későbbi cikkében Post²⁴⁵ például azzal érvel, hogy a kibertérben a közösségeket "szabályrendszerek" fogják irányítani. Ezek a szabályrendszerek a viselkedés mögöttes korlátozásai, amelyeket vagy egy szerződéses dokumentumban (mint például az America Online szolgáltatási feltételei), vagy a weboldal architektúrájába ágyazva (például egy képernyő, amely megakadályozza, hogy a felhasználó hozzáférjen az információkhoz, hacsak nem ad meg személyes adatokat vagy hitelkártyaszámot). Post egyfajta szabad jogi piacot képzel el, ahol a felhasználók a böngészőjükkel "szavaznak", és a kibertérnek csak azokat a részeit keresik fel, ahol a szabályrendszerek megfelelnek nekik.²⁴⁶ Így elméletileg az eBay "törvényei" alól is ki lehet lépni, és máshová menni. Hasonlóképpen, ha az AOL szolgáltatási feltételei ellenszenvesek, más internetszolgáltatók (ISP-k) is rendelkezésre állnak. A Post szerint ez azt jelenti, hogy "[a]z "internet törvénye" ... nem egy felsőbb hatóság döntése alapján alakul ki, hanem az egyes rendszerüzemeltetők által hozott döntések összességéeként, hogy milyen szabályokat alkalmazzanak, és az egyes felhasználók által hozott döntések összességéeként, hogy milyen online közösségekhez csatlakozzanak".²⁴⁷ Ezen túlmenően, a szükséges mértékben a területi szuverén államok a comity elve alapján érvényesítik a kibertérjogot.²⁴⁸

Míg az "e pluribus cyberspace" nézetük provokatív, és arra kényszerítette a tudósokat, hogy fontos dilemmákkal küzdjenek meg, Johnson és Post megközelítése több szempontból is problematikus. Először is, úgy tűnik, hogy egyszerűen alábecsülték a területi alapú szuverének kibertér szabályozására való képességét. Valójában az államról és annak hatalomgyakorlásáról alkotott implicit elképzelésük indokolatlanul korlátozott. Amint James Boyle rámutatott,²⁴⁹ a kiber-

²⁴³ Lásd *id.* 1380-87. o. (az elméletet a kibertér szabályozásának különböző érdemi területeire alkalmazva).

²⁴⁴ Lásd *id.* 1396-1400. o. (azzal érvelve, hogy a kibertérben a különböző "szabályrendszerek" kialakulása során a csoportok összefognak, hogy meghatározzák a kibertér "területükön" elfogadható magatartást és tartalmat).

²⁴⁵ Post, *Anarchy*, 231. lábjegyzet.

²⁴⁶ Lásd Post, *Supra* note 9, 169. o. (azzal érvelve, hogy az előfizetők azon képessége, hogy "szavazzanak az elektronjaikkal", egy valóságos szabad piacot hoz létre, ahol az előfizetők képesek lesznek olyan szabályrendszert választani, amely az online élményüket preferenciáik szerint rendezzi); lásd még Post, *Black Holes*, *Supra* note, 231,70-73. o. (megközelítését a kéréstlen e-mailek problémájára alkalmazza).

²⁴⁷ Post, *supra* note at 9,167.

²⁴⁸ Lásd Johnson & Post, *fenti* jegyzet, 9,1391-95. o.

²⁴⁹ Lásd Boyle, *Supra* note 232, 184-85. o. (azt állítva, hogy a kiberliberálisok csak úgy képzelhetik el a jogot, mint "fenyegetésekkel alátámasztott parancsokat, amelyeket egy olyan szuverén ad ki, aki elismeri, hogy a törvények nem léteznek...").

A libertáriánus megközelítésnek csak akkor van értelme, ha az embernek van egy "austiniánus" ²⁵⁰pozitívista elképzelése a fásult államról, amely a szuverén előjogokat csak a törvények meghozatalával és az azokat megszegők letartóztatásával érvényesíti. Ebből a szempontból talán nehézségekbe ütközhet az államoknak a kibertér szabályozása (bár a kínai és máshol működő hatóságok sikere az online tér cenzúrázása terén azt ²⁵¹sugallja, hogy az államoknak még ez a fajta szabályozási hatalom is megmaradhat). A törvények meghozatala és az emberek letartóztatása azonban nem az egyetlen, de még csak nem is a leghatékonyabb módja az állami szabályozásnak. Boyle egy sokkal finomabb "foucault-i" ²⁵²nézetet képvisel, amelyben a kormányzat a tér architektúrájának megváltoztatásával szabályoz.²⁵³ Így azáltal, hogy befolyásolják a cyberspace "kódjának" felépítését, a kormányok talán még hatékonyabban tudják ellenőrizni az online viselkedést, mint a "való világban".

Másodszer, még a politikai elméletben is a szuverenitás Johnson és Post-féle felfogása, amely szerint a szuverenitás szükségszerűen a fizikai hatalomhoz és a területi hatalomhoz kötődik.

nem felsőbbrendű, földrajzilag meghatározott népességre irányul, amely a szuverénnek kötelező engedelmisséget biztosít").

²⁵⁰ *Lásd általában:* JOHN AUSTIN, A JURISPRUDENCE PROVINCE DETERMINED (Isaiah Berlin et al. eds., Weidenfeld & Nicholson 1954) (1832) (a jog pozitívista elméletét mutatja be, amely szerint a jogot pusztán a szuverén parancsának tekintik).

²⁵¹ *Lásd pl.*, SHANTHI KALATHIL & TAYLOR C. BOAS, THE INTERNET AND STATE CONTROL IN AUTHORITARIAN REGIMES: CHINA, CUBA, AND THE COUNTERREVOLUTION 4-10 (Carnegie Endowment for Int'l Peace, Working Paper No. 200121,) (részletezve a kínai hatóságok sikereit az internet potenciálisan kihívást jelentő felhasználásának korlátozásában), *elérhető a* <http://www.ceip.org/files/pdf/21kalathilboas.pdf> oldalon; Chen May Yee, *Playing by Strict Rules (Szigorú szabályok szerint játszva)*.

Online, ASIAN WALL ST. J., 2001. június 22., N1. o. (a Yahoo! Kína beleegyezését írja le a tajvani tartalmak eltávolításába a kínai kormány utasítására); *Freedom of Expression and the Internet in China*, Human Rights Watch (2001., augusztus), <http://www.hrw.org/background/asia/china-bck-0701.htm> (az internet használatának szabályozással és végrehajtási intézkedésekkel történő korlátozására irányuló kínai erőfeszítések sikerét írja le). *De lásd* Jennifer Lee, *Punching Holes in Internet Walls*, N.Y. TIMES, 2001. ápr. 26., G1. o. (különböző webes szolgáltatások erőfeszítéseit ismerteti, amelyek célja, hogy segítsenek a felhasználóknak megkerülni a kormányzati korlátozásokat és technikai kapukat).

²⁵² *Lásd általában* MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH (Alan Sheridan trans., Vintage Books 2d ed. 1995) (1978) (azt vizsgálva, hogy a panoptikum börtönépítészeti XVIII. századi fejlődése, a központosított és mindentudó tekintetével hogyan hatotta át a tömegek pszichéjét azáltal, hogy az egyéneket arra kondicionálta, hogy internalizálják a fegyelmet és úgy viselkedjenek, mintha a tekintélyelvű, büntető tekintet mindig figyelné őket).

²⁵³ Lawrence Lessig a kibertér szabályozásáról és politikájáról szóló értekezése hasonló megközelítést alkalmaz. *Lásd pl.* LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 43-60 (1999) (leírja, hogyan szabályozhat a kormányzat a technikai architektúra ellenőrzésével vagy diktálásával); *lásd még* Boyle, *Supra* note 232, 202-04 (a kibertér szabályozásának lehetséges eszközeit tárgyalja hardveres és szabályozási megoldásokon keresztül); Alan Hunt, *Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 1, 8 (1992) (Foucault azon meggyőződésének leírása, hogy a jog - amelyet centralizált jogi államhatalomként értelmeztek - elvesztette jelentőségét a modernitásban, és háttérbe szorult a specifikus, helyi, töredékes és szétszórt hatalom által).

A határok túlságosan leegyszerűsítőek lehetnek. Amint azt a cikk későbbi részében látni fogjuk, a szuverenitás alternatív felfogásai kihívást jelentenek Johnson és Post nézetével szemben.²⁵⁴

Harmadszor, a versengő szabálykészletekről alkotott elképzelésüknek akkor és csak akkor van értelme, ha mindig rendelkezésre állnak alternatív szabálykészletek. Például szép és jó, ha azt mondjuk, hogy az a felhasználó, akinek nem tetszenek az AOL szolgáltatási feltételei, elmehet máshová. De ha nincsenek más internetszolgáltatók, vagy, ami még realisabb, ha az AOL-hoz hasonló képességekkel rendelkező összes többi szolgáltatónak is ugyanazok a szolgáltatási feltételei vannak, akkor a szabályrendszerek közötti verseny értelmetlen.²⁵⁵ Johnson és Post úgy tűnik, hogy a kibertérben a konkurens szolgáltatások vagy weboldalak indításának költségei mindig elég alacsonyak lesznek ahhoz, hogy a lehetőségek továbbra is rendelkezésre álljanak. Ez a feltételezés igaz lehet, de lehet, hogy nem, különösen mivel az online piacot a nagy multinacionális tartalomszolgáltatók uralják, amelyek határon monopolizálhatnak egy adott piacot. Johnson és Post azzal érvelhet, hogy a trösztellenes törvények megakadályoznák a piaci erő ilyen mértékű növekedését. Az ilyen törvények azonban megkövetelnék az állam (vagy esetleg több állam) bevonását a kibertérben folytatott versenyellenes tevékenységek szabályozásába, amit Johnson és Post el kíván kerülni.

Végül, a trösztellenes jogérvényesítés szükségessége egy nagyobb problémát is illusztrál, amely Johnson és Post libertariánus megközelítése mögött húzódik. Úgy tűnik, hogy feltételezik, hogy az állam ott lesz, hogy érvényt szerezzen a háttérszabályoknak, különösen a szerződési és tulajdonjogi szabályoknak. Mind a jogi realisták a laissez-faire elleni támadásaik során az 1920-as és 1930-as években,²⁵⁶ mind pedig a kritikai jogi tanulmányok mozgalmának tagjai a köz- és a magánszféra megkülönböztetésének megkérdőjelezésére tett erőfeszítéseik során²⁵⁷ azonban többször is amellet érveltek, hogy ez a fajta feltételezés nem elégséges.

²⁵⁴ *Infra* IV. rész.

²⁵⁵ Lásd Patricia Fusco, *Top U.S. ISPs by Subscriber: Q2 2001-Market Insights*, ISP Planet (2001. augusztus), http://www.isp-planet.com/research/rankings/usa_history_q22001.html (amely szerint az AOL piaci részesedése az Egyesült Államokban egyharmad, és hogy "az AOL jelenlegi piaci részesedésével csak a United Online, az EarthLink és az MSN együttesen tudna versenyezni"). Gyakorlati szempontból az átállási költségek a legtöbb fogyasztó számára megterhelőbbek lehetnek, mint ahogyan azt Johnson és Post feltételezi.

²⁵⁶ Lásd *pl.* Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8, 11-30 (1927) (a tulajdon kezelését az amerikai bíróságokon a laissez-faire filozófia kritikájaként tárgyalja); Robert L. Hale, *Force and the State: A Comparison of "Political" and "Economic" Compulsion*, 35 COLUM. L. REV. 149, 199 (1935) (a tizennegyedik módosítás kiterjesztett szerepe mellett érvelve a laissez-faire visszaéléseinek megfékezése érdekében). Lásd általában BARBARA H. FRIED, *THE PROGRESSIVE ASSAULT ON LAISSEZ FAIRE: ROBERT HALE AND THE FIRST LAW AND ECONOMICS MOVEMENT* (1998) (Robert Hale munkásságának és a libertarianizmus és a laissez-faire hagyomány realista kritikájának tárgyalása).

²⁵⁷ Lásd *pl.* MARK KELMAN, *A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES* 242-68 (1987). (a Critical Legal Studies megközelítésének leírása a jog társadalom- és társadalomalkotó szerepéről); Kenneth M. Casebeer, *Toward a Critical Jurisprudence-A First Step by Way of the Public-Private Distinction in Constitutional Law*, U37. MIAMI L. REV. 379,380 (1983)

aláássa a "magánrendelkezés" egész gondolatát, mivel feltételezi a végrehajtás és a rendfenntartás "nyilvános" rendszerét, valamint a háttérjogok alapszintjét. Ha ez a helyzet, akkor a Johnson és Post rendszer éppen azokba a joghatósági problémákba ütközik, amelyeket el akarnak kerülni, mivel a területi ~~függek~~ elkerülhetetlenül fel lesznek szólítva e háttérjogok létrehozására és érvényesítésére. Bár e régóta tartó köz- és magánjogi vita részletes tárgyalása messze meghaladja e cikk kereteit, érdemes felismerni, hogy a kérdés a kibertérrel összefüggésben újra felbukkan.²⁵⁸

B. Coase a kibertérben

Johnson és Post megközelítése abból indul ki, hogy a szerződési jog egyre inkább a kibertér elsődleges jogává válik. Anélkül, hogy Johnson és Post vízióját teljes egészében elfogadnák, számos más tudós hasonlóan úgy vélte, hogy a legjobb válasz a kibertér irányításának problémáira az, ha arra a tényre támaszkodnak, hogy a kibertér a tranzakciós költségek, valamint a belépési és kilépési korlátok csökkentése révén egy tökéletesebb coase-i világot tesz lehetővé.²⁵⁹ Egy ilyen, szerződéses kapcsolatokon alapuló világ úgy tűnik, hogy megoldást kínál a jogi rejtélyek megkerülésére, mivel lehetővé teszi a felek számára, hogy saját jogviszonyaikat maguk alakítsák ki, egy adott jogi szabályrendszer mellett döntsenek, és a vitarendezéshez az általuk választott fórumot jelölik ki.

Mindazonáltal ez az elképzelés ellentmondásos, mert nem biztosít elegendő teret a nyilvános, nem szerződéses értékeknek. A harc különösen heves volt a szellemi tulajdon területén.²⁶⁰ Egyre inkább a

(kritizálva "the public-private distinction in constitutional law"); Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 YALE L.J. 997, 1010-14 (1985) (a szerződési doktrína fejlődését a public-private distinction és a realista kritika fényében vizsgálva); Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1349, 1350-57 (1982) (a köz-magán megkülönböztetés hanyatlásának hat szakaszra bontott áttekintése); Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 835, 842-58 (1985) (azt állítva, hogy a köz- és a magánintézkedések közötti különbségtétel értelmetlen a családjogi kontextusban, mivel a bírósági intézkedések államilag támogatott politikai döntések formájában jelennek meg); Gary Peller, *The Metaphysics of American Law*, 73 CAL. L. REV. 1151,1196 (1985) (a társadalmi világ ábrázolására szolgáló "köz/magán" metafora leírása, mint "a szerződési jogtudomány szabadságának egyik elsődleges ábrázolási konstrukciója").

²⁵⁸ A köz- és magánszféra közötti különbségtételről a kibertérrel kapcsolatban lásd Paul Schiff Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Ap- plying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, 71 U. COLO. L. REV. 1263 (2000); Margaret Jane Radin & R. Polk Wagner, *The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace*, CHI73.-KENT L. REV. 1295,1295 (1998).

²⁵⁹ Lásd általában R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960) (a káros hatások problémájának jogi megoldásait vizsgálja egy ideális, tranzakciós költségek nélküli piacon).

²⁶⁰ A szellemi tulajdon szabályozására vonatkozó szerződéses és egyéb "magánrendelkezési" modellek alkalmazásával kapcsolatos álláspontokat kifejtő cikkeket lásd általában Tom W.

a szellemi termékek alkotói kevésbé támaszkodnak a hagyományos szellemi tulajdonjogi rendszerekre, amelyek lehetővé teszik számukra, hogy korlátozzák az anyagukhoz való hozzáférést, és inkább a szerződéses jogok és a technológiai védelem kombinációjára támaszkodnak.

Ha például könyvet vásárolok egy könyvesboltban, az amerikai másolási jog különböző jogokat biztosít számomra. Az úgynevezett "első eladás" doktrína értelmében eladhatom a könyvet egy használt könyvesboltnak, vagy odaadhatom egy barátomnak olvasásra.²⁶¹ Hasonlóképpen, a tisztességes felhasználás elve alapján készíthetek saját paródiát a könyvből, vagy kivehetek belőle részleteket kritikai vagy oktatási célokra.²⁶² Vannak még számos más szerzői jogi doktrína is, amelyek célja, hogy egyensúlyt teremtsenek a szerzői jogtulajdonosoknak nyújtott ösztönzők és az információ minél szélesebb körű terjesztésének lehetővé tétele között.²⁶³

Bell, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 C. L. REV. 557, 579-600 (1998); James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, VAND. L. REV. 2007, 2010-21 (2000); Julie E. Cohen, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, BERKELEY 13 TECH. L.J. 1089, 1101-18 (1998); Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799 (2000) [a továbbiakban: Cohen, *Perfect Curve*]; Niva Elkin-Koren, *Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract*, BERKELEY 12 TECH. L.J. 108-1393, (1997); William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1203, 1218-40 (1998); David Friedman, *In Defense of Private Orderings: Comments on Julie Cohen's "Copyright and the Jurisprudence of Self-Help"*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1151, 1163-71 (1998); Michael J. Meurer, *Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works*, 45 BUFF. L. REV. 845, 876-93 (1997); Raymond T. Nimmer, *Breaking Barriers: The Relation Between Contract and Intellectual Property Law*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 827, 844-60 (1998); Maureen A. O'Rourke, *Copyright Preemption After the ProCD Case: A Market-Based Approach*, BERKELEY 12 TECH. L.J. 81-9153, (1997).

²⁶¹ Lásd 17 U.S.C. § 109(a) (2000) ("[T]he owner of a particular copy . . . jogosult a szerzői jog tulajdonosának felhatalmazása nélkül eladni vagy más módon rendelkezni az adott példány birtoklásáról"). Az első adásvételi doktrína történetének és az azzal kapcsolatos aggodalmaknak a megvitatására, hogy a doktrína a digitális környezetben túlságosan korlátozott lehet, lásd általában JESSICA LITMAN, *DIGITAL COPYRIGHT* 81-83 (2001).

²⁶² A méltányos felhasználás, amely a szerzői jogok megsértésével szembeni bírói védekezésként indult, ma már törvényileg elismert az amerikai jogban. Lásd 17 U.S.C. § 107 (2000) ("[T]he fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies . . . for purposes such as teaching, does not constitute infringement of copyright.").

²⁶³ Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága például világossá tette, hogy az Első Alkotmánymódosítás céljainak és a szerzői jogi klauzulában megfogalmazott, a "tudomány és a hasznos művészetek fejlődésének előmozdítására" vonatkozó célkitűzésnek (U.S. CONST. art. I, § 18.). A szerzői jogi doktrína "biztosítja a szerzőknek az eredeti kifejezéshez való jogot, de másokat arra ösztönöz, hogy szabadon építsenek a mű által közvetített eszmékre és információkra". *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 349-50 (1991). Ez a felfogás áll a hagyományos szerzői jogi megkülönböztetés háttérében az eszmék - amelyek nem szerzői jogi védelem alatt állnak - és az eszmék kifejezései - amelyek szerzői jogi védelem alatt állnak - között, lásd *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 104 (1879) (megállapítja, hogy egy számviteli rendszer közzététele szerzői joggal védhető, de maga a rendszer nem), valamint az a doktrína, hogy a kifejezésnek rendelkeznie kell egy "minimális" eredetiséggel ahhoz, hogy védelmet élvezzen, lásd *Feist Publ'ns*, 499 U.S., 345. o. ("The sine qua non of copyright is originality."). Viták tárgyát képezte, hogy ezek a doktrínák kellőképpen védik-e az első alkotmánymódosítás értékeit. Lásd *pl.*, Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1 (2001) (azzal érvelve, hogy a szerzői jogi doktrínákat az Első Alkotmánykiegészítés független vizsgálatának kell alávetni).

Ha azonban ugyanazt a könyvet elektronikus formátumban töltenék le, a jogosultságok sora másképp alakulhatna. Így a szerzői jogtulajdonos csak akkor adhatna nekem egy példányt a könyvből, ha különböző feltételekhez járulnék hozzá. Ezek a feltételek ráadásul nem is kapcsolódhatnak a felhasználók szerzői jog szerinti jogaihoz. Például beleegyezhetnék abba, hogy az elektronikus példányt azzal a feltétellel vásároljam meg, hogy nem adhatom oda egy barátomnak, és nem adhatom el harmadik félnek. Az ilyen engedményeket egy olyan licenc révén lehetne kicsikarni, amelyben egy ikonra kellene "kattintanom", amely jelzi, hogy elfogadok egy sor feltételt.

Eddig semmi sem változtatta meg lényegesen az elemzést az internetes kontextusban. Végül is a könyvesbolt elméletileg ugyanezeket a követeléseket támaszthatta volna. Az elektronikus változat esetében azonban az egyedi megállapodások jobban megvalósíthatók, mivel a tranzakciós költségek alacsonyabbak. Ennél is fontosabb, hogy a technológia egyre inkább lehetővé teszi, hogy a tulajdonos ténylegesen érvényt szerezzen az ilyen megállapodásoknak. Például az elektronikus fájl olyan információkkal lehet kódolni, amelyek lehetetlenné teszik, hogy a fájl ~~elköt~~ továbbítsam valaki másnak anélkül, hogy további pénzt fizetnék. Alternatív megoldásként kódolható úgy, hogy a termék csak meghatározott számú alkalommal vagy meghatározott ideig használható.

Az ilyen megállapodásokat és az érvényesítésükhöz szükséges technológiát a szerződési jog szabályozná, nem pedig a szerzői jog. Így egy kódolt mű megakadályozhatná, hogy elektronikusan kivonatoljak egy szövegrészletet, még akkor is, ha az tudományos vagy oktatási célokat szolgálna. A szerzői jog szerinti "tisztes felhasználat" jogaim nem lennének relevánsak, mivel a szerződést a technológiai önségiesség révén lehetne érvényesíteni. Egy kommentátor szerint:

A programokat szoftverbe vagy hardverbe ágyazott egyedi azonosító számokhoz lehet kötni. A tartalomszolgáltatók kijelentik, hogy a tartalmat nem "eladják", csupán számos korlátozás mellett engedélyezik. Önségiítő alprogramokat használhatnak a felhasználói fájlok titkosítására szerződésesség esetén, a kulcsot csak díjfizetés és a megfelelő viselkedés visszaállítása esetén adják ki. A szövegek azonosítását digitális ujjlenyomatok és vízjelek segítik. A titkosítás a programok dekompiláció elleni védelmére, vagy a forráskód kódjának olyan módon történő megkódolására, hogy azt ne lehessen elemezni.²⁶⁴

Ráadásul, bár elméletileg kifejleszthetnék egy eszközt a védelem megkerülésére, az ellentmondásos Digital Millennium Copyright Act bűncselekménynek minősíti az ilyen megkerülést (még tisztességes felhasználás céljából is).²⁶⁵

apró).

²⁶⁴ Boyle, *Supra* note at 260, 2025.

²⁶⁵ *Lásd* 17 U.S.C. § 1201 (2000) (a szerzői jogi védelmi rendszerek megkerülésére vonatkozó rendelkezések meghatározása). A kritikusok szerint a Digital Millennium Copyright Act (DMCA) túlságosan is megerősítette a szerzői jogtulajdonosok azon képességét, hogy az elek-

Természetesen vannak bizonyos előnyei egy ilyen szerződéses rendszernek. A legjelentősebb az, hogy a tudósok rámutattak arra, hogy a tartalomszolgáltatók a technológiai védelemmel felvértezve finom árdiszkriminációt folytathatnak, ami potenciálisan több ember számára teszi lehetővé, hogy olyan áron férjenek hozzá az anyagokhoz, amely közelebb áll ahhoz, amit ők megengedhetnek maguknak.²⁶⁶ Ennek érzékeltetésére tegyük fel, hogy van egy könyv, amelyet A személy 10 dollárért, B személy 20 dollárért, C személy pedig 30 dollárért értékel. Ha a könyv ára 20 dollár, B és C meg fogja venni, de A nem. A gyártó 20 dollárt veszített, amit az eladásból nyerhetett volna: azt a 10 dollárt, amit A elköltött volna, valamint azt a további 10 dollárt, amit C hajlandó lett volna kifizetni. Ráadásul A nem fogja tudni megvenni a könyvet, amit társadalmi veszteségnek tekinthetünk. Ha azonban a termelő képes lenne azonosítani ezeket az egyéni értékítéleteket, és különböző árakat számíthatna fel a különböző vásárlóknak, akkor mind a termelő vesztesége, mind a társadalmi veszteség eltűnne. Most C-nek a teljes 30 dollárt kellene fizetnie, A pedig 10 dollárért juthatna hozzá a könyvhöz.

Ez a hipotetikus forgatókönyv természetesen feltételezi, hogy a termelő képes lenne meghatározni a különböző vevők tényleges értékét. Történelmileg ennek egyik módja az volt, hogy a termék különböző változatainak létrehozásával

tronikus védőintézkedések a műveik újfajta hasznosításának ellenőrzésére. *Lásd pl.* LITMAN, *Supra* note, 261,81-86. o. (leírja, hogy a DMCA által érvényesített technológiai önszegélyezés hogyan vezethet a szerzői jog túlzott kiterjesztéséhez); Julie E. Cohen, *WIPO Copy-right Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?*, 21 EUR. INTEL. PROP. REV. 236, 237-39 (1999) (azzal érvelve, hogy a DMCA valószínűleg helytelenül szűkíti a tisztességes felhasználás doktrínáját); Robert C. Denicola, *Freedom to Copy*, 108 YALE L.J. 1661, 1683-86 (1999) (aggódmát fejezi ki a szerzői jogban a magánjogok közelmúltbeli kiterjesztésével kapcsolatban); Robert C. Denicola, *Mostly Dead? Copyright Law in the New Millennium*, 47 J. COPYRIGHT SOC'Y USA 193, 204-07 (2000) (azzal érvelve, hogy a szerzői jogtulajdonosok és a nyilvánosság számára biztosított hozzáférés ösztönzői közötti egyensúly "a szerzői jogok szabad piaca felé mozdult el, amely az alkotók természetes jogosultságában gyökerezik"); L. Ray Patterson, *Understanding the Copyright Clause*, 147. COPYRIGHT SOC'Y USA 387-89365, (2000) (azzal érvelve, hogy a Kongresszus helytelenül biztosított "természetjogi monopóliumot" a DMCA-ban, "amely az alkotónak a kötelezettségek kizárásával járó jogokat tartalmaz"); Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L.J. 519, 566 (1999) (azzal érvelve, hogy a DMCA egyes rendelkezései túl széles körűek, és figyelmeztetve "a jelentős, nem szándékolt káros következmények lehetőségére"); Yochai Benkler, *The Battle over the Institutional Ecosystem in the Digital Environment*, 44 COMM. ASS'N COMPUTING MACHINERY (84,200186) (azzal érvelve, hogy "az információhoz fűződő kizárólagos magánjogok kiterjesztése az információ előállításának intézményi ökoszisztémáját az egyenrangú produkció ellen és az ipari termelés javára billenti"). *De lásd pl.* Jane C. Ginsburg, *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, COLUM101. L. REV. 1613, 1616-17 (2001) (azzal érvelve, hogy "az egyrészt a szerzői jog szerinti ellenőrzés gyakorlása, másrészt az új technológiák rendelkezésre állása közötti feszültségek megfelelő feloldása ... a jelenlegi kritikák ellenére támogatja az ellenőrzés szerepének fenntartását az új technológiai környezetben", és azt sugallja, hogy "a [DMCA] alapjául szolgáló logika összhangban van a szerzői jog és a technológia közötti konfliktusok korábbi megközelítéseivel").

²⁶⁶ *Lásd pl.* Fisher, *Supra* 260. lábjegyzet, 1239-40. o. (egy olyan hipotetikus esetet ismertetve, amelyben a technológia felhasználható a hozam maximalizálására, miközben a fogyasztókat differenciáltan terheli).

különböző árfekvéssel. Egyes verziók lecsupaszított funkciókkal rendelkezhetnek. Egyes változatok egyszerűen hamarabb elérhetők. A módszerek kombinálhatók is: a keményfedeles könyveket általában először terjesztik magasabb áron, az olcsóbb papírkötésűeket pedig valamivel később.

Nyilvánvaló, hogy ezek a mechanizmusok csak durva közelítéseket eredményeznek. Ezenkívül semmi sem akadályozza meg, hogy a használt könyvek másodlagos piaca kialakuljon, és ezáltal az árdiszkrimináció teljesen eltolódjon. Így "[a] hatékony árdiszkriminációhoz a mű más felhasználóknak történő átadásának korlátozására van szükség; az árdiszkrimináció nem fog működni, ha a nagy értékű arbitrázstevők alacsony költséggel juthatnak hozzá az újraelosztóktól".²⁶⁷ Ennek megfelelően az ilyen szerződéses megközelítés hívei azzal érvelnek, hogy a szerzői jogtulajdonosoknak képesnek kell lenniük arra, hogy szerződést kössenek a szerzői jog egyes alapszabályainak megkerülésére. Úgy vélik, hogy nagyobb lesz az információhoz való hozzáférés és nagyobb lesz az ösztönzés az eredeti anyagok létrehozására, ha a szerződés szabad utat kap.

Ezzel a megközelítéssel azonban legalább három probléma van. Először is, a szerződéses árdiszkriminációs modell bizonyos típusú új alkotásokat előnyben részesíthet másokkal szemben. Például a szerzői jogi védelem alatt álló kifejezések tisztességes felhasználása többé nem lenne megengedett, és a meglévő, nem másolható anyagot felhasználó új alkotások hirtelen engedélyezési rendszerek hatálya alá kerülnének. Másodsor, egy ilyen modell azt feltételezi, hogy az információhoz való hozzáférés tisztán magánügy, amely csak a hatékonysággal és a felek közötti megállapodással kapcsolatos aggályokat vet fel. Azonban "az egyéni vagy magánjólét maximalizálását célzó engedélyezési döntések nem feltétlenül maximalizálják a társadalom jólétét".²⁶⁸ Így a nyilvánosság egésze számára előnyös lehet az olyan információhoz való hozzáférés, amelyet egyetlen egyén sem értékelne ~~de~~ ahhoz, hogy megvásárolja. És még ha egy egyén meg is vásárolná az információt, nincs garancia arra, hogy az információ eljutna azokhoz, akik nem engedhetik meg maguknak. Harmadszor, az online licencszerződések gyakran nem jelentenek valódi alkut. Inkább csak "kattintásfolyam" megállapodások, amelyeket különböző alkupozíciójú és kifinomult alkupozíciójú felek kötnek. A közelmúltban az Egységes Kereskedelmi Törvénykönyv javasolt 2B. cikkével és az azt követő Egységes Számítógépes Információs Tranzakciókról szóló törvénnyel (UCITA) kapcsolatos harc részben arról szólt, hogy az ilyen szerződések minden körülmények között kötelező érvényűek legyenek.²⁶⁹ Végezetül, amint azt korábban tárgyaltuk,

²⁶⁷ Cohen, *Perfect Curve (Tökéletes görbe)*, *Supra* note at 260,1804.

²⁶⁸ *Id.* 1809.

²⁶⁹ Az UCITA korábban az U.C.C. 2B. cikkének tervezete volt, amíg az American Law Insti- tute vissza nem vonta támogatását. Az UCITA ezeket az úgynevezett "clickwrap" licencet érvényesítendő a tömegpiaci kontextusban, ahol az engedélyes a kezdeti használat előtt vagy közben kinyilvánítja beleegyezését. *Lásd* UNIF. COMPUTER INFO. TRANSACTIONS ACT § 209, 7 U.L.A. 288 (1999) ("A fél csak akkor fogadja el a tömeges licenc feltételeit, ha a fél a licenbe beleegyezik, például a beleegyezés kinyilvánításával, a fél első teljesítése, használata vagy az in- formációhoz való hozzáférése előtt vagy közben."), *elérhető* <http://www.law>.

ezek a szerződéses "megoldások" valójában nem szüntetik meg az állami beavatkozás szükségességét, mivel a háttérben mindig kell lennie valamilyen kormányzatnak, amely bármilyen szerződéses megállapodást kikényszerít.

C. Az online útlevelek világa

A náci emlékekhez való hozzáféréssel kapcsolatos francia perre válaszul a Yahoo! azzal érvelt, hogy nem tudja megvalósítható módon megakadályozni a francia felhasználók számára a sértő weboldalak ~~de~~ anélkül, hogy az oldalakat ne cenzúrázná.²⁷⁰ A Yahoo! szerint "egyetlen létező technológia sem képes hatékonyan megakadályozni, hogy minden francia felhasználó lássa" a kérdéses oldalakat.²⁷¹ A francia bíróság végül három szakértőből álló bizottságot jelölt ki a Yahoo! technikai érvelésének vizsgálatára.²⁷²

A testület becslése szerint a Franciaországból internetezők mintegy hetven százaléka esetében a felhasználó IP-címe egy francia internetszolgáltatóhoz kapcsolódik, és ennek megfelelően szűrhető.²⁷³ Az America Online francia felhasználóinak IP-címei azonban úgy tűnik, hogy Virginiából származnak, ahol az AOL hálózatának központja található.²⁷⁴ Hasonlóképpen, a nagyvállalatok magánhálózatainak IP-címei inkább a szerver, mint a felhasználó helyét jelezhetik.²⁷⁵ Végül a testület megjegyezte, hogy a felhasználók aktívan elrejtethetnék

upenn.edu/bl/ulc/ucita/cita10st.doc. A 2B. cikkkel és az UCITA-val kapcsolatos egyik fő vitás pont az, hogy az alapértelmezett szabályok többségét "a felek megállapodásával" módosíthatnák, beleértve a jogválasztásra, a fórum megválasztására, a megítélendő jogorvoslatokra, valamint a jogsértésmentességre, az eladhatóságra és a program tartalmára vonatkozó hallgatóságos garanciákra vonatkozó rendelkezéseket. Így, ahogy Mark Lemley érvelt, "egy jó ügyvéddel rendelkező szoftvergyártó elég könnyen érvényre juttathat gyakorlatilag bármilyen feltételt, amit csak akar, egyszerűen úgy, hogy azokat "feltűnően" elhelyezi egy többoldalas dokumentumban, amelyet a felhasználó nem is láthat (még kevésbé fogadhat el), amíg a szoftver megvásárlását, telepítését és futtatásának megkezdését követően el nem kezdte." Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 CAL. L. REV. 111, 122 (1999). És bár fennáll annak a lehetősége, hogy egy ilyen szerződést nem tartanak tisztességtelennek, ez a ~~hely~~ viszonylag csekély, tekintettel arra, hogy a bíróságok általában vonakodnak attól, hogy a szerződéseket tisztességtelenség miatt érvénytelenítsék.

²⁷⁰ Lásd Angela Doland, *French Oppose Yahoo! on Nazi Items*, ASSOCIATED PRESS, 2000. július 24. ("[A]n szakértő tanú, akit a Yahoo! hívott be, azt vallotta [a mai meghallgatáson] ... hogy technikailag lehetetlen lenne távol tartani a francia kibernetikusokat a vitatott weboldalakról."), <http://www.codoh.com/newsdesk/2000/000724ap.html>.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² T.G.I. Paris, Aug. http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/11,affiche-jnet2000,?droite=decisions/responsabilite/ord_tgi-paris_110800.htm (elrendelte egy technikai szakértőkből álló testület felállítását annak megállapítására, hogy a Yahoo! képes-e azonosítani és kiszűrni a francia felhasználókat a francia törvényeket sértő oldalakról).

²⁷³ Document de travail sur le rapport d'expertise, T.G.I. Paris, Nov. <http://www.j6.uriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001106-rp.htm> (2000, bemutatja a három szakértő jelentését, akik azt vizsgálták, hogy a Yahoo! képes-e azonosítani és kiszűrni a francia felhasználókat).

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ *Id.*

a tartózkodási helyüket "anonimizáló oldalak" használatával, amelyek a felhasználó IP-adatát egy másik helyről származó IP-adattal helyettesítik.²⁷⁶ Így a testület megállapította, hogy a száz százalékos földrajzi azonosítás nem lehetséges.²⁷⁷

Mindazonáltal a francia bíróság a végzésével úgy tűnt, hogy azt az álláspontot képviseli, hogy még ha a Yahoo! nem is tud minden francia felhasználót blokkolni a náci emléktárgyakat bemutató oldalokról, elegendő felhasználó azonosítható ahhoz, hogy az ítélet hatályossá váljon. Így, bár a kiberliberálisok évek óta azzal érvelnek, hogy a kibertér nem szabályozható földrajzi alapon álló szovjet uralmak által, a Yahoo! döntése azt az elképzelést tükrözi, hogy még ha a tökéletes szabályozás lehetetlen is, az ilyen szabályozás mégis hatékony lehet. Végül is az a tény, hogy a zárat fel lehet törni, nem teszi a zárat használhatatlanná mint szabályozó eszközöket.²⁷⁸

Ráadásul a kibertér fizikai geográfián alapuló zónázási technológiája gyorsan fejlődik. Az elmúlt néhány évben olyan vállalatok, mint a DoubleClick, az Akamai, a NetGeo, a Digital Island, a Quova és a Digital Envoy olyan adatbázisok összeállításán fáradoztak, amelyek a milliárdnyi 4.3lehetséges internetes "helyszínt" a fizikai földrajzzal vetik össze.²⁷⁹ Bár a kommentátorok kezdetben arra figyelmeztettek, hogy a kormányok megpróbálhatják a kibertérre is rákényszeríteni a digitális azonosítás követelményét,²⁸⁰ úgy tűnik, hogy nem a kormányok, hanem a magánipar áll az élen. A vállalkozások számára a földrajzi nyomkövetés lehetővé teszi a meghatározott helyeken²⁸¹ élő ügyfelekre szabott marketingkampányokat és a célzottabb reklámok értékesítését.²⁸² Mindazonáltal, ha a technológia már létezik, a kormányzati szabályozó hatóságok ragaszkodhatnak ahhoz (ahogyan a Yahoo! ügyben eljáró francia bíró tette), hogy a webhelyek alkalmazzák ezt a technológiát a helyi törvények betartatása érdekében.

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ Ez a példa a LESSIG, *supra* note, (lásd a következő cí253,met). 57.

²⁷⁹ *Tudjuk, hol élsz*, FORBES. COM (2000. november 13.), a www.forbes.com/global/2000/1113/0323130a_print.html oldalon; lásd Michael Geist, *E-Borders Loom, for Better or Worse*, TORONTO GLOBE & MAIL, 2001. június 28. (az internetes tartalomszolgáltatók növekvő érdeklődéséről a webes források és az azokat elérő fizikai helyének meghatározása iránt)

<http://www.globetechnology.com/servlet/GAMArticleHTMLTemplate?tf=globetechnology/>; Stefanie Olsen, *Geographic Tracking Raises Opportunities, Fears*, CNET NEWS. COM (2000. november 8.), <http://news.cnet.com/2102-1023-248274.html> (az internetszolgáltatók azon törekvéseiről szól, hogy "pontosan meghatározzák a webszörfölők fizikai helyét").

²⁸⁰ *Lásd pl.* LESSIG, *Supra* 253. lábjegyzet, 49-53. o. (a kormányok által a digitális azonosítás bevezetésére használható alternatívákról).

²⁸¹ *Lásd Olsen, Supra* note 279 ("[Egy] hagyományos kiskereskedő, mint például a Banana Republic a Los Angeles-i webes látogatóknak fürdőruhákat árulhat, miközben parkákat kínál a New York-i online vásárlóknak.").

²⁸² *Lásd Geist, fenti* 279. lábjegyzet ("[N]ationális és globális weboldalak ma már használhatnak földrajzi azonosító technológiát, hogy garantálják a hirdetőknak, hogy hirdetéseik csak egy meghatározott közönségnek jelennek meg.").

Ha a földrajzi nyomkövető technológia egyre pontosabbá és szélesebb körben elterjedtebbé válik, akkor nem nehéz elképzelni a digitális útlevelek kibervilágát, ahol a weboldalra belépő felhasználókat azonnal azonosítják ország (vagy állam, város, település vagy irányítószám) szerint, majd olyan tartalmakat kínálnak fel, amelyek az adott földrajzi közösség tagjai számára vannak kijelölve. A közelmúltban a kanadai iCraveTV.com céggel kapcsolatos jogi csata jól szemlélteti, hogyan működne ez. A vállalat 1999-ben kezdte el kínálni hét kanadai és amerikai tizenéves kanadai és amerikai televíziós csatorna streaming változatát online, vágtalanul és megszakítás nélkül.²⁸³ A vállalat azzal érvelt, hogy a kanadai szerzői jogi törvények megengedik az ilyen továbbközvetítést,²⁸⁴ és hogy az oldal csak a kanadai nézőknek szól.²⁸⁵ Ennek ellenére az oldal által az amerikaiak hozzáféréseinek megakadályozására tett lépéseket triviálisan könnyű volt megkerülni. Először is, a potenciális felhasználónak meg kellett adnia a helyi körzetszámát. Ha a megadott körzetszám nem kanadai körzetszám volt, a felhasználó nem férhetett hozzá a szolgáltatáshoz.²⁸⁶ Az első lépésen túljutott felhasználóknak ezután két ikon jelent meg a képernyőn: "Kanadában vagyok" és "Nem Kanadában", és arra kérték őket, hogy az egyikre kattintsanak.²⁸⁷ Végül egy pittsburghi szövetségi bíró úgy döntött, hogy "az [egyesült államokbeli szerzői jogok] megsértését az Egyesült Államokon belül követték el, amikor az Egyesült Államok állampolgárai fogadták és nézték az alperesek által a szerzői joggal védett anyagok streamelését".²⁸⁸ A bíró ideiglenes távoltartási végzést adott ki az internetes cég ellen,²⁸⁹ amely ezt követően az ügyet²⁹⁰ lezárták, majd később megszűnt.²⁹¹ Azóta azonban

²⁸³ *Lásd Nat'l Football League v. TVRadioNow Corp.*, 53 U.S.P.Q.2d (BNA) 1831, 1834 (W.D. Pa. 2000) (amely szerint "az alperesek a Buffalo, New York és máshol található televíziós állomások Egyesült Államokbeli műsorát rögzítették, ezeket a televíziós jeleket ... adatokká alakították át és az interneten keresztül közvetítették [saját] honlapjukról"). A vádakkal kapcsolatos további részletekért lásd: John Borland, *Broadcasters Win Battle Against iCraveTV.com*, CNET NEWS.COM, Jan.28,2000,

<http://news.cnet.com/news/0-1004-200-1535528.html> (beszámoló az internetalapú televíziós társaság és az amerikai műsorszolgáltatók közötti jogi csatáról).

²⁸⁴ Mivel a perben végül az amerikai jog szerint döntöttek, majd megegyeztek, ezt az állítást soha nem vizsgálták. A kanadai jogról az ügy kapcsán lásd: Michael A. Geist, *iCraveTV and the New Rules of Internet Broadcasting*, 23 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 223, 225-37 (2000).

²⁸⁵ *Lásd TVRadioNow Corp.*, 53 U.S.P.Q.2d (BNA), 1834. o. (a védelem érveinek ismertetése).

²⁸⁶ *Lásd Geist, Supra* 284. lábjegyzet, 225-26. o. (megjegyezve, hogy "ezt a megközelítést - némi joggal - meglehetősen trükkösnek tartották, mivel az iCraveTV saját torontói körzetszámát tették közzé az oldalon").

²⁸⁷ *Id.* 226.

²⁸⁸ *TVRadioNow Corp.*, U53.S.P.Q.2d (BNA), 1834-35. o.

²⁸⁹ *Id.* 1833.

²⁹⁰ *Lásd Etan Vlessing, iCraveTV Settles, Wraps Webcast*, 361 HOLLYWOOD REP., Feb. at. 29,2000,4.

²⁹¹ *II: FORDHAM I INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.* 317,338

egy JumpTV.com nevű új vállalat bejelentette, hogy hasonló szolgáltatást kíván indítani Kanadában, azt állítva, hogy földrajzi azonosító technológiát használ majd annak biztosítására, hogy csak kanadaiak férhessenek hozzá a szolgáltatáshoz.

a helyszínen.²⁹² A digitális útlevelek világában egy olyan vállalat, mint a JumpTV, egy lépéssel tovább mehetne, és automatikusan "beolvashatná" minden egyes felhasználó digitális azonosítóját, aki megpróbál hozzáférni az oldalhoz, ami hatékonyabban blokkolná a kanadai azonosítóval nem rendelkezők hozzáférést.

A földrajzi nyomkövetés és a digitális azonosítási technológia tehát a *Yahoo!* és a *TVRa- dioNow* ügyekben felmerült probléma "megoldására" szolgál. E technológia segítségével a weboldal-üzemeltetők vagy az internetek egyszerűen engedélyezhetik a hozzáférést egyes felhasználók számára, míg mások számára megtagadhatják a hozzáférést a felhasználó földrajzi elhelyezkedése alapján.

Mindazonáltal legalább három nehézség továbbra is fennáll. Először is, a honlapok üzemeltetőinek vitathatóan folyamatosan figyelemmel kellene kísérniük minden egyes jogrendszer jogszabályait annak érdekében, hogy meghatározzák, mely felhasználókat engedjék be.²⁹³ Másodsor, az online adatvédelem miatt aggódó internetfelhasználók (és a szabályozók) esetleg visszautasítanák az olyan technológiát, amely áthatolna a földrajzi anonimitáson, és összekapcsolná a fizikai tartózkodási helyet más adatokkal, például a felhasználó által látogatott oldalakkal. Az ilyen kapcsolatok a marketingesek részéről a magánélet fokozott megsértéséhez vezethetnek.²⁹⁴ Még ennél is baljósabb az a lehetőség, hogy a földrajzi anonimitás elvesztése miatt az emberek még kevésbé látogatnak meg bizonyos oldalakat, mert attól tartanak, hogy azonosítani tudják őket.²⁹⁵ Végezetül, ha - mint a *Yahoo!* esetében - az Egyesült Államokban egy weboldal üzemeltetője nem hajlandó megakadályozni a francia állampolgárok hozzáférést az oldalhoz, hogyan fogja Franciaország érvényesíteni kívánságát? Így a jogi rejtvényt nem biztos, hogy teljesen megoldják.

(2001) (Jeffrey Cunard megjegyzései).

²⁹² *Lásd Geist, fenti 279. lábjegyzet* ("A kanadai JumpTV jelentős nyilvánosságot kapott azzal a tervével, hogy földrajzi azonosító technológiával korlátozza a TV-jelek internetes továbbközvetítését a kanadaiak számára."); Ed Hore, *JumpTV Wants to Put TV Signals on the Internet*, LAW. WKLY., Jan. 12, 2001.

²⁹³ *Lásd Ben Laurie nyílt levele, 90. lábjegyzet* (azzal érvelve, hogy a földrajzi szűrés óriási terhet jelentene az olyan szolgáltatásokra, mint a *Yahoo!*, amelyeknek "egy hatalmas mátrixot kellene fenntartaniuk az oldalak és a joghatóságok között, hogy lássák, ki mit láthat és ki mit nem").

²⁹⁴ *Lásd pl. Jessica Litman, Privacy and E-Commerce*, 7 B.U. J. SCI. & TECH. L. 223, 225 (2001) (azzal érvelve, hogy az olyan ügyek, mint a *Yahoo!* és a *TVRadioNow*, amelyek az internetszolgáltatóknak bizonyos felelősséget adnak a különböző földrajzi területeken élő emberek hozzáféréseinek ellenőrzéséért, súlyosbítják a magánélet védelmével kapcsolatos aggályokat, mivel ha az internetszolgáltatóknak tudnia kell, hogy hol tartózkodik az ember, akkor nagyobb lesz az ösztönzés arra, hogy az internetes profilokat összekapcsolják a fizikai helyekkel).

²⁹⁵ *Lásd pl. Jonathan D. Glater, Hemming in the World Wide Web*, N.Y. TIMES, Jan. 7, 2001, § 4, at 5 ("A lot of times people are searching for information on the Internet that they wouldn't want people to know they're looking for."). (idézi Shari Steele-t, a nonprofit Electronic Frontier Foundation ügyvédjét).

D. *Te betartod a törvényeimet, én betartom a tiédet.*

Lawrence Lessig a *Code and Other Laws of Cyberspace* című könyvében a kibertér nemzetközi szabályozásának elméletét kínálja ²⁹⁶fel, amely megpróbálja megoldani azt a kérdést, amelyet az előző szakasz technológiai válasza nyitva hagy: még ha egy weboldal üzemeltetője könnyen azonosítani tudná is az egyes felhasználók területi elhelyezkedését, mi az, ami arra kényszerítené a weboldal üzemeltetőjét, hogy érvényt szerezzen a más joghatóságokban hozott törvényeknek? Az egyik válasz természetesen az, hogy - legalábbis a kereskedelmi oldalak esetében - a nemzetközi működés iránti vágy erős meggyőző erővel bír, amint azt a Yahoo! "önkéntes" csatlakozása a francia rendelethez mutatja. Lessig megközelítése azonban ennél is tovább megy, mivel a kormányokat is bevonja egy sor kölcsönös kötelezettségvállalási megállapodásba.

Lessig azzal kezdi, hogy felvázolja a szokásos kiberliberális érvet, miszerint az internet nem szabályozható.²⁹⁷ Ez az érvelés, amely a korábban tárgyalt Johnson és Post megközelítésre emlékeztet, a következő vonalak mentén ²⁹⁸halad: Tegyük fel, hogy a New York-i törvényhozás elfogad egy törvényt, amely tiltja az online szerencsejátékot. A jogszabály nyomán a New York-i főügyész leállíttatja az összes olyan szerencsejáték-oldalt, amely New York-i szervereken található. Az oldalak egyszerűen áthelyezhetik szervereiket Connecticutba, és a New York-i polgárok továbbra is ugyanolyan könnyen hozzáférhetnek az online szerencsejátékokhoz, mint korábban. Ha a New York-i főállamügyész kitérő, úgy dönthet, hogy Connecticutban is büntetőeljárást indít, és talán sikerül meggyőznie a connecticuti főállamügyészt a szerverek leállításáról, még akkor is, ha Connecticutban nem ugyanaz a szerencsejáték-ellenes politika érvényesül, mint New Yorkban. De akkor a weboldal üzemeltetői egyszerűen áthelyezik a szervereiket offshore, a Kajmán-szigetekre vagy a Bahamákra, vagy máshová, ahol nem fogják őket felelősségre vonni. Az amerikai állampolgárok számára még mindig nem nehezebb hozzáférni a szerencsejáték-oldalokhoz, és úgy tűnik, hogy a területi szabályozás kudarcot vallott.²⁹⁹

Lessig erre a dilemmára a kölcsönös érvényesítés koncepciójával ad választ. Lessig szerint "[minden állam [vagy nemzet] megígérné, hogy a saját joghatósága alá tartozó szervereken érvényesíti más államok szabályait a más államok polgárai számára, cserébe azért, hogy a saját szabályai

²⁹⁶ LESSIG, *Supra* note 253.

²⁹⁷ *Lásd id.* 54-55. o. (Minnesota kísérletét az online szerencsejátékokat tiltó törvény végrehajtására, valamint azt az érvet, hogy "gyakorlatilag lehetetlen, hogy a földrajzilag korlátozott kormányok érvényt szerezzenek szabályaiknak az [internetes] szereplőkkel szemben").

²⁹⁸ *Lásd a* 231-58. megjegyzéseket kísérő szöveget.

²⁹⁹ *Vö.* LESSIG, *Supra* 253. lábjegyzet, 54-55. o. (kifejtve, hogy "[n]em számít, mit tesz Minnesota, úgy tűnik, az [internet] segít polgárainak legyőzni a kormányt").

más joghatóságokban is érvényesítik.³⁰⁰ Lessig azzal érvel, hogy bár az államoknak nem feltétlenül ugyanazok a szabályozási céljaik, legalábbis mindannyiuknak van néhány olyan törvénye, amelyet extraterritoriális módon kívánnak érvényesíteni. Így New Yorknak érdeke lehet megakadályozni, hogy polgárai szerencsejáték-oldalokhoz férjenek hozzá, míg Floridának érdeke lehet a pornográfiahoz való hozzáférés korlátozása. Lessig elképzelése szerint Florida egyszerűen megkövetelné a floridai szerverektől, hogy blokkolják a New York-iak szerencsejáték-oldalokhoz való hozzáférését, cserébe azért, hogy New York távol tartja a floridai állampolgárokat a Floridában tiltottnak ítélt szerencsejátékokat kínáló New York-i szerverektől. Lessig szerint "[a]z állampolgárság ellenőrzésének egyszerű módjával, annak egyszerű ellenőrzésével, hogy a szerverek az állampolgárság alapján diszkriminálnak-e, és az ilyen helyi diszkrimináció támogatására vonatkozó szövetségi kötelezettségvállalással könnyen elképzelhető egy olyan struktúra, amely lehetővé teszi az internetes viselkedés helyi szabályozását".³⁰¹ Egy ilyen architektúra valóban hasonló lenne az előző szakaszban tárgyalt online útlevelekhez. Sőt, Lessig elképzelései szerint ez a kölcsönös jogérvényesítési rendszer nemzetközi szinten is működne. Azt állítja, bár magyarázat nélkül, hogy "nemzetközileg ugyanolyan érdek fűződik a helyi törvények érvényesítéséhez, mint nemzetenként - sőt, az érdek valószínűleg még nagyobb".³⁰²

Egy szelektív tanúsítási rendszer, ahogy Lessig megjegyzi, "drámaian megnövelné a helyi önkormányzatok hatalmát, hogy követelményeket támasszanak polgáraikkal szemben".³⁰³ A weboldalak a hozzáférést a digitális tanúsítványok bemutatásához kötnék, és a helyi joghatóságok által előírt szabályokat a weboldalakra világszerte rákényszerítenék.

Röviden, a hatás az lenne, hogy a kibertér az egyes felhasználók képzettségei alapján *zónázódna*. Ez a kibertér olyan fokú ellenőrzését tenné lehetővé, amelyet eddig csak kevesen képzeltek el. A kibertér nem lenne többé egy szabályozhatatlan tér, attól függően, hogy a tanúsítványok mélysége a térben, a leginkább regulable space elképzelhető.³⁰⁴

Mindazonáltal felmerül a kérdés, hogy az országok vajon olyan gyorsan csatlakoznának-e egy ilyen kölcsönös végrehajtási rendszerhez, mint ahogy Lessig elképzelte. Vegyük például a *Yahoo!* ügyét. Ha a *Yahoo!* nem döntött volna úgy, hogy eleget tesz a francia utasításnak, mennyire valószínű, hogy az amerikai kormány vagy bíróságai kötelezték volna a *Yahoo!*-t, hogy blokkolja a hozzáférést a francia felhasználók számára? Elvégre az amerikaiak elég erősen elkötelezettek az Első Kiegészítés értékei mellett, és minden olyan kormányzati erőfeszítés, amely Franciaországot segítené a rendelet végrehajtásában, minden bizonnyal heves ellenállásba (és pereskedésbe) ütközne az Egyesült Államokban. Valóban, a szövetségi

³⁰⁰ *Id.* 55.

³⁰¹ *Id.* 55-56.

³⁰² *Id.* 56.

³⁰³ *Id.* 56-57.

³⁰⁴ *Id.* 57.

A francia ítéletet az Egyesült Államokban végrehajthatatlannak nyilvánító kerületi bírósági végzés indoklásának részeként ilyen első módosítási aggályokat fogalmazott meg.³⁰⁵

Ráadásul a Yahoo! és más vállalkozások valószínűleg azzal érvelnének, hogy a Lessig által elképzelt zónázási rendszer végrehajtása még akkor is költséges lenne, ha a felhasználók földrajzi azonosítására szolgáló technológia olcsó lenne. Amint azt az Amerikai Kereskedelmi Kamara nemrégiben a Yahoo! amerikai bírósági keresetében benyújtott amicus beadványában kifejtette:

A technológia önmagában nem a kérdés A francia bíróság joghatósága alatt elmélet szerint minden egyén vagy vállalat, aki jelen van az interneten folyamatosan figyelemmel kell kísérniük a világ minden országának törvényeit, meg kell keresniük azokat a tartalmakat, amelyek egy vagy több ország által tiltottak lehetnek, és be kell vezetniük valamilyen blokkoló szoftvert, amely különböző kategóriájú anyagokat szűrnie ki a különböző országok felhasználóitól. Ez nyilvánvalóan túlságosan megterhelő lenne. sűrű még az olyan hatalmas cégek számára is, mint a Yahoo!, és szó szerint egy ³⁰⁶ a kisebb vállalatok és nonprofit szervezetek halálhíre.

Az ilyen érvek sok esetben meggyőzhetik a joghatóságokat, hogy lemondjanak a kölcsönös biztosítéknyújtásról.

Végül, ahogy a *Yahoo!* vitája is jelzi,³⁰⁷ nagyon kevés a globális konszenzus arról, hogy mi számít megfelelő webes anyagnak. Franciaország és Németország a náci oldalakat akarja blokkolni; az USA államai megpróbálják a szerencsejátékos oldalakat tiltani;³⁰⁸ Kína, Szaúd-Arábia, Szingapúr és az Egyesült Államok kormányai pedig a szerencsejátékos oldalakat akarják blokkolni.

³⁰⁵ Nem világos azonban, hogy egy külföldi végzés pusztán végrehajtását elegendő állami intézkedésnek kell-e tekinteni ahhoz, hogy alkotmányos aggályok merüljenek fel. A *Shelley kontra Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948) ügyben az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága úgy döntött, hogy a faji korlátozó egyezmények bírósági végrehajtása sérti a tizennegyedik módosítás egyenlő védelmi záradékát, U.S. CONST. amend. XIV, § 1. *Kramer*, 334 U.S., 20-21. pont. Másrészt, *Shelley* logikája "következésként alkalmazva megkövetelné az egyénektől, hogy magánmegállapodásaikat az alkotmányos normákhoz igazítsák, amikor - mint szinte mindig - az egyének később a potenciális bírósági végrehajtás biztonságát kereshetik". LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1697 (2d ed. 1988). Ez a kérdés természetesen régóta tartó vitákat von maga után azzal kapcsolatban, hogy mennyire van értelme alkotmányos célokból különbséget tenni a "magán" és a "nyilvános" cselekvés között. Az ilyen viták megvitatására lásd Berman, *Supra* Note 258. Hálás vagyok Mark Rosen-nek, amiért rámutatott néhány problémára, amelyek az állami cselekvés doktrínájának a külföldi "alkotmányellenes" ítéletek bírósági végrehajtására való alkalmazásával kapcsolatosak.

³⁰⁶ Brief of Amici Curiae Chamber of Commerce of the United States et al. at 6-7, *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001) (No. 00-21275).

³⁰⁷ *Supra* I.D. rész.

³⁰⁸ Lásd *pl. Humphrey ex rel. State v. Granite Gates Resorts, Inc.*, N568.W.2d (715, Minn 721. Ct. App. 1997) (mege erősítve a joghatóság gyakorlását egy külföldi illetőségű társaság és annak megbízója felett megtévesztő kereskedelmi gyakorlat, hamis reklám és fogyasztói csalás miatt egy internetes szerencsejáték-oddallal kapcsolatban); *Vacco ex rel. People v. World Interactive Gaming Corp.*, 714 N.Y.S.2d 844, 854 (N.Y. Sup. Ct. 1999) (kimondva, hogy New York államügyésze jogosult a nem honos társasággal és leányvállalataival szembeni jogsértés megszüntetésére).

és máshol politikai vagy vallási okokból próbálják blokkolni az oldalakhoz való hozzáférést.³⁰⁹ Az országok képesek lehetnek az ilyen oldalak szabályozására a saját határaikon belül, de nehéz lesz meggyőzniük más országokat, hogy érvényesítsék a korlátozásait, még a Lessig által elképzelt kölcsönös rendszerben is. Ráadásul a helyi normák érvényesítésére irányuló erőfeszítések ellentétesek lehetnek azzal a jelenlegi tendenciával, hogy az emberi jogok területén egyre több nemzetközi norma születik.³¹⁰ Így sokan érvelnének amellett, hogy más nemzetek "érzékenysége nem szolgálhat ürügyként az emberi jogok védelmét elősegítő oldalak blokkolására".³¹¹

Lessig elismeri, hogy az általa leírt "architektúra" talán soha nem lesz általánosan érvényes, és hogy egyesek - ha eléggé vágyanak rá - valószínűleg mindig képesek lesznek elkerülni az identitás technológiáit. Mindazonáltal úgy érvel, hogy még a részleges ellenőrzésnek is erőteljes hatásai lennének. Lessig szerint "éppoly valószínű, hogy az emberek többsége ellenállna az [internet] ezen apró, de hatékony szabályozóinak, mint ahogyan a tehenek ellenállnának a drótkerítésnek".³¹²

Egy még alapvetőbb ellenvetés ezzel a megközelítéssel szemben, amelyet maga Lessig is osztani látszik, inkább normatív³¹³ jellegű. Egy olyan kibertér, ahol az egyének csak a kormányuk által jóváhagyott tartalmakhoz férhetnének hozzá, teljesen más lenne, mint amit a legtöbb ember eddig megtapasztalt. Valójában az internet számos, nagyra értékelt tulajdonsága a viszonylag nyílt felépítéséből fakad. Így a megfigyelők

az internetes szerencsejátékok New York-i lakosok számára történő kínálása miatt).

³⁰⁹ *Lásd pl. Mary Kwang, Internet Dreams: Kína új nemzedéke, STRAITS TIMES (Szingapúr), 2001. július 16. (idézi a Human Rights Watch egy washingtoni tisztviselőjét, aki arról panaszkodott, hogy "Kína politikai indíttatású szabályozásokkal és letartóztatásokkal próbálja ellenőrizni az internethez való hozzáférést, ami nyilvánvalóan sérti a felhasználók szabad véleménynyilvánításhoz való jogát"); Tan Tarn How, Foreign Websites That Refuse to Register "Can Be Blocked", STRAITS TIMES (Szingapúr), 2001. szeptember. 1, 2001 (beszámoló arról, hogy a szingapúri kormány blokkolhatja a hozzáférést olyan külföldi honlapokhoz, amelyek nem regisztrálták magukat Szingapúrban politikai honlapokként, ahogy azt egy új törvény előírja, amely korlátozza a honlapok politikai kampányát a választások idején); Tougher Regulations on Internet Cafes Planned, MIDDLE EAST NEWSFILE (Saudi Arabia), 2001. szeptember 9, at LEXIS, Moclip File (leírja az internetcávézókra vonatkozó szabályokat, amelyek megakadályoznák az iszlámot és a politikai rendszert sértőnek ítélt honlapokhoz való hozzáférést).*

³¹⁰ *Lásd fentebb az I.I. részt (a nemzetközi és transznacionális emberi jogi jogérvényesítés által a joghatóság számára jelentett kihívást tárgyalva).*

³¹¹ Glater, 295. lábjegyzet (idézi William F. Schulzot, az Amnesty International amerikai műveleti igazgatóját).

³¹² LESSIG, *Supra* note at 253,57.

³¹³ Lessig közvetlenül az olvasót szólítja meg, hogy ezt a pontot megfogalmazza:

Állj! Ne fordulj el. Legalább néhányat ismerek abból az ezeryi okból, amiért elutasítjátok az általam leírt struktúrát. Ezek közül az okok közül néhány normatív.

-Az általam leírt világot gyűlöled. Vagy gyűlölték a gondolatot, hogy a kibertér olyan lesz, mint ez a világ. *Én is utálom.* Nem egy eszmét támogatok, hanem azt állítom, hogy ez az a világ, amely felé haladunk.

Id. 56.

dicsérte az internet erejét (vagy legalábbis potenciálját), hogy demokratizálja a híreket;³¹⁴ hogy hozzáférhetőbbé tegye a politikai³¹⁵ és művészi kifejezés minden formáját;³¹⁶ hogy figyelmeztesse a nemzetközi közösséget a környezeti és emberi³¹⁷ problémákra.

a világon bárhol³¹⁸ előforduló jogsérelmek; és a politikai szerveződések elősegítése.³¹⁹ Ezen előnyök nélkül elveszítethetjük néhány tulajdonságunkat.

³¹⁴ Lásd pl. ANDREW L. SHAPIRO, THE CONTROL REVOLUTION 34-38 (1999) (leírja, hogyan segítette az internet az ellenállást a *Time* magazin 1995-ös, a pornográfia online elérhetőségéről szóló cikkével szemben); lásd még id. 40-43 (id. Matt Drudge Clinton-Lewinsky-ügy online riportálását idézi, mint a hatalomnak a mainstream hírforrásokra való kizárólagos támaszkodástól való elmozdulásának példáját).

³¹⁵ Lásd pl. , Glater, *supra* note 295 ("[A]z Amnesty International számára a világháló lehetővé tette, hogy az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatáról és az emberi jogok kínai megsértéséről szóló információkat eljuttassa Kínába, annak ellenére, hogy a kormányzat megpróbálta megakadályozni őket." (idézi William F. Schulzot, az Amnesty International amerikai műveleti igazgatóját)).

³¹⁶ Lásd pl. John Perry Barlow, *Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net*, Electronic Frontier Foundation, http://www EFF.org/Publications/John_Perry_Barlow/idea_economy.article (utolsó látogatás 200220., november) ("[A]ll the goods of the Information Age - all of the expressions once contained in books or film strips or records or newsletters - will exist either as pure thought or something very much like thought: voltage conditions darting around the Net at the speed of light").

³¹⁷ Lásd pl. , *Environmentalists Use High Tech to Delphin Massacre; Internet Images Key to Strategy, Says BlueVoice.org Director*, ASCRIBE NEWSWIRE, Oct. 26, 2001, LEXIS, Ascribe File ("The Internet is absolutely crucial to [the] strategy of stopping these környezeti visszaélések." (idézi Hardy Jonest, a BlueVoice.org ügyvezető igazgatóját)); Jeffrey B. Gracer, *Green Risks on the Rise*, LATINFINANCE, Sept. 2000, LEXIS, Lafn File ("Többek között a demokratizálódás és az internet következtében a környezeti büntetlenség napjai a régióban meg vannak számlálva. Az ellenzéki politikai pártok, a média, a helyi és nemzetközi nem kormányzati szervezetek (NGO-k) és az öslakos csoportok hatékonyan világitanak rá a jelentős környezeti hatásokkal rendelkező vállalatokra és projektekre."); Graham Searjeant, *Globalisation Can Work Better if We Try*, TIMES (London), 2001. jan. 25., LEXIS, Times File ("Az információ globális ereje, gyakran az interneten keresztül, már most is segíti a nyugati fogyasztókat abban, hogy hangot adjanak véleményüknek a távoli környezeti visszaélésekről"); Mel Wilson & Rosie Lombardi, *A globalizáció és elégedetlenségei: The Arrival of Triple-Bottom Line Reporting*, IVEY BUSINESS JOURNAL, Sept./Oct. 2001, LEXIS, Allnews File (a globalizáció-ellenes érzelmek növekedését az internet fellendülésével hozza összefüggésbe az 1990-es évek közepén, amikor "[a] vállalatok állítólagos környezeti és emberi jogi vétkeiről szóló jelentések egymás után jelentek meg a mainstream médiában, ahogy az érdekvédelmi csoportok az internetet használták ügyeik megszervezésére és nyilvánosságra hozatalára").

³¹⁸ Ahogy William F. Schulz, az Amnesty International Egyesült Államokbeli műveleteinek ügyvezető igazgatója fogalmazott:

Ma már gyakorlatilag lehetetlen, hogy egy jogsértés, vagy legalábbis egy nyilvános jogsértés a világ bármely részén megtörténjen anélkül, hogy az ne lenne szinte azonnal ismert az egész világon. Az elmúlt öt évben gyakorlatilag nem volt olyan fejlemény, amely fontosabb lett volna az emberi jogi mozgalom sikere szempontjából, mint a világháló terjedése.

Glater, *Supra* note 295.

³¹⁹ Lásd Henry H. Perritt, Jr., *The Internet Is Changing the Public International Legal (Az internet megváltoztatja a nemzetközi jogi közéletet)*

amelyek az internetet oly népszerűvé és jelentőssé tették.

E. *A világot tökéletes harmóniában énekelni tanítani I: Szerződések*

A globalizáció és az online kommunikáció kihívásaira adott egyik nyilvánvaló válasz a jogi rendszerek fokozott nemzetközi harmonizációjára való törekvés. Végül is, ha az egész világon egyetemes anyagi jogot alkalmaznának, a határokkal, az ütköző joggal és a megengedhetetlen extraterritoriális szabályozással kapcsolatos aggodalmak nagy része megszűnne. Mindazonáltal, ahogyan a következő két szakasz vitái jelzik, a nemzetközi normákat gyakran nehéz mind a gyakorlatban létrehozni, mind normatívan igazolni.

A nemzetközi harmonizáció klasszikus modellje a két- és többoldalú szerződések révén valósul meg. Az ilyen szerződésalapú megközelítésre két példa elegendő ahhoz, hogy rámutassunk annak korlátaira. Először egy régebbi szerződést, az irodalmi és művészeti művek védelméről szóló Berni Egyezményt vizsgálom meg³²⁰, amelynek célja a különböző nemzeti szerzői jogi rendszerek harmonizálása volt. Másodszor, felvázolom a polgári és kereskedelmi ügyekben a joghatóságról és a külföldi bírósági határozatokról szóló, még folyamatban lévő egyezményről szóló vitákat, amelyet a Hágai Nemzetközi Magánjogi Konferencia égisze alatt dolgoznak ki.³²¹

1. A Berni Egyezmény

A Berni Egyezményt 1883-létrehozó első találkozókön egy egységes nemzetközi szerzői jogi rendszer létrehozására tettek kísérletet.³²² A

Rendszer, 88 KY. L.J. 885, 899 (1999-2000) (azzal érvelve, hogy "[a]z internet alacsony gazdasági belépési akadályai hangot adnak azoknak a politikai szereplőknek, akik egyébként nem jutnának hatékonyan a nyilvánossághoz", és hogy "[a]mivel az internet hozzáférést biztosít számukra, és természeténél fogva globális, ezek a szereplők más államokban is találhatóak hasonlóan gondolkodó embereket, így lehetővé téve számukra, hogy politikai mozgalmakat építsenek a nemzeti határokat átlépve").

³²⁰ Az irodalmi és művészeti művek védelméről szóló, 1886. szeptember 9-i Berni Egyezményhez kapcsolódó, 1971. július 24-én megkötött párizsi okmány, 1161 U.N.T.S. 3 [a továbbiakban: Berni Egyezmény]. A Berni Egyezmény első változatát 1886-ban kötötték meg, és többszöri felülvizsgálat után az egyezményt végül 1971-ben kötötték meg. *Lásd általában* SAM RICKETSON, THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS: 1886-1986, at 3-125 (1987) (a Berni Egyezmény fejlődésének nyomon követése).

³²¹ *Lásd* a Hágai Nemzetközi Magánjogi Konferencia, Előzetes egyezménytervezet a polgári és kereskedelmi ügyekben a joghatóságról és a külföldi bírósági határozatokról, 1999. október 30., <http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>. Mivel a Hágai Egyezmény az egyes nemzetállamok ítéleteinek végrehajtására összpontosít, nem igazán az *anyagi jogi normák* harmonizálására irányul. Mindazonáltal az egyezmény a nemzetállami *eljárési szabályok* harmonizálására törekszik a határozatok elismerése és végrehajtása tekintetében. Az egyezményt övező viták ráadásul jól illusztrálják az ilyen formális nemzetközi erőfeszítések nehézségeit, még akkor is, ha a cél nem az érdemi harmonizáció.

³²² *Lásd* Jane C. Ginsburg, *Nemzetközi szerzői jog: A nemzeti másolatok "kötegeből"...*

mire azonban az egyezmény három évvel később megszületett, ez a törekvés már nem érvényesült, és a Berni Egyezmény messze elmaradt a valódi harmonizációtól.³²³ Ehelyett a részt vevő országok a "nemzeti elbánás" rendszerében állapodtak meg, amelynek értelmében a tagállamok vállalták, hogy a más aláíró államokból származó szerzőknek ugyanazokat a jogokat biztosítják, mint amelyeket ezek az államok a hazai szerzőkre alkalmaznak.³²⁴ Az Egyezmény ezen túlmenően a szerzői jogvédelemre vonatkozó minimumkövetelményeket állapított meg, amelyeket minden aláíró államnak be kell tartania.³²⁵ Míg a minimumkövetelményeknek ez a gondolata elméletileg erős nemzetközi normákat eredményezhetett volna, az egyezmény által meghatározott tényleges minimumkövetelmények rendkívül gyengék és viszonylag könnyen teljesíthetők voltak.³²⁶

Így az egyezmény nagy mozgásteret biztosított az aláíró államok számára, hogy saját szerzői jogi rendszereiket fejlesszék, és saját normákat alkossanak például arra vonatkozóan, hogy a szerzői jogi védelem szempontjából hogyan határozzák meg a "szerzőt".³²⁷

a supranacionális kódexhez való jog?, 47 J. COPYRIGHT SOC'Y USA 265, 268 (2000) ("A német delegáció egy diplomáciai kérdőívben azt kérdezte, hogy nem lenne-e jobb feladni a nemzeti elbánás elvét egy olyan szerződés javára, amely kodifikálná a szerzői jog nemzetközi jogát és egységes jogot hozna létre valamennyi szerződő állam között."). Ginsburg szerint "[a]bár a legtöbb résztvevő ország kívánatosnak tartotta a javaslatot, ellene szavazott, mert az a belső joguk nagymértékű módosítását követelte volna meg, amit sok ország nem tudott volna egyszerre végrehajtani". *Id.*

³²³ Lásd Graeme B. Dinwoodie, *A szerzői jog új rendje*: U. PA. L. REV. 469, 490 (2000) ("Ennek az univerzalista vízióknak a támogatóit visszautasították. ehelyett a pragmatizmus győzött."); Ginsburg, *supra* note at 322, 269

("Általánosságban, a konferencián 1883 elfogadott univerzalista tervezethez képest a . . . 1884. évi tervezete eltávolodott a szerzői jog átfogó, egységes nemzetközi jogának gondolatától."). *De lásd id.* 270. o. ("Bár az egyezmény nem ért el minden, az első kongresszuson megfogalmazott célt, jelentős lépést 1858. jelentett a nemzetközi szerzői jogi védelem felé. [Az egyezmény] megalapozta a későbbi fejlődést az univerzalisztikusabb, egyetemesebb joganyag felé.

a korábbi tervezetekben kifejezett eszményt.").

³²⁴ Lásd a Berni Egyezményt, 320. lábjegyzet, 35. pont ("A szerzőket az Uniónak a származási országtól eltérő országaiban az ezen egyezmény alapján védelemben részesülő művek tekintetében megilletik azok a jogok, amelyeket a vonatkozó jogszabályok jelenleg vagy a jövőben állampolgáraik számára biztosítanak").

³²⁵ Lásd Dinwoodie, *Supra* 323. lábjegyzet, 490-91. o. (a Berni Egyezményben elfogadott minimális anyagi jogi normák tárgyalása).

³²⁶ Lásd RICKETSON, *Supra* 320. lábjegyzet, 53., 73-74. o. (megjegyezve, hogy a konferencia a lehető legtöbb ország bevonása érdekében egy rugalmas egyezmény létrehozását választotta).

³²⁷ Lásd STEPHEN M. STEWART, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS § 4.46 (2d ed. 1989) ("Az egyezmény nem határozza meg a "szerző" fogalmát, amelyet az egyezményben végig használ Egyezményes jog hiányában ezért a nemzeti jogszabályok feladata, hogy a

eldönteni, hogy ki a szerzői jog tulajdonosa."). Például az amerikai szerzői jogi törvények - a piacorientált megközelítést alkalmazva - a munkáltatókat ismerik el az alkalmazottak által a munkaviszonyuk keretében készített művek szerzőjeként, *lásd* U17.S.C. § 201(b) (2000) (amely kimondja, hogy "a bér munkában készült mű szerzőjének a munkáltató vagy más személy minősül, akinek a művet készítik"); 17 U.S.C. § 101 (2000) (a "bérmunka" fogalmának meghatározása: "a munkavállaló által a munkaviszonya keretében készített mű"), míg a francia jog, amely az alkotó személyiségi jogaira összpontosít, a munkavállalót a munkaviszonyra való tekintet nélkül szerzőként kezeli, *lásd* a1, 92-597. sz, július 1992, 4. o3.,; D.S.L. 1997

és hogyan lehet kivételt tenni a szerzői jog alól a szólásszabadsággal kapcsolatos aggályok³²⁸ vagy más szociálpolitikák megvalósítása érdekében.³²⁹ A huszadik század folyamán "[a] szerzői jogra vonatkozó nemzetközi nyilvános törvényhozás folyamata általában lassú és nehézkes volt, mivel a különböző társadalmi és gazdasági szempontokat képviselő országok közötti konszenzus útján működött".³³⁰ Ennek eredményeképpen a Berni Egyezmény módosításai általában a közösen elfogadott politikák egyszerű kodifikációját jelentették, amelyeket sok esetben már a legtöbb tagállam nemzeti jogában már készen végrehajtottak, mielőtt az Egyezménybe beépítették volna.³³¹ Ráadásul az ilyen változtatásokat mindig a szerződés felülvizsgálatának fáradságos folyamatán keresztül dolgozták ki.³³²

2. A Hágai Egyezmény

A Hágai Egyezményt is hasonló nehézségek sújtották. A szerződés 1992-ben indult útjára, amikor az Egyesült Államok megkereste a Nemzetközi Magánjogi Hágai Konferenciához tartozó többi országot, és javasolta, hogy a konferencia próbálja meg harmonizálni az ítéletek határokon átnyúló végrehajtására vonatkozó nemzetközi szabályokat.³³³ Közel tíz évvel később ez a cél még mindig nem valósult meg az egyezmény küldöttei számára, főként azért, mert nincs konszenzus a bírói joghatóságról általában, és különösen az online kereskedelmi ügyletekre vonatkozó joghatóságról.³³⁴ Valójában a nézeteltérés...

(módosítva 1997. március 27-én) (Fr.) (amely csak a szoftverek tekintetében írja elő a munkáltatók szerzői jogi tulajdonjogát).

³²⁸ Például az amerikai szerzői jog - a legtöbb polgári jogi ország jogától eltérően - a méltányos felhasználás fogalma alatt megengedi a szerzői joggal védett művek engedély nélküli paródiáit. *Lásd* Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 594 (1994) (megállapítva, hogy egy rapegyüttes a tisztességes felhasználás doktrínája alapján készíthetett paródiát egy másik dalból, még akkor is, ha a felhasználás kereskedelmi célú volt).

³²⁹ *Lásd* Dinwoodie, *Supra* note 323, 492. o. ("Bár ezek a különböző [nemzeti] megközelítések elkerülhetetlenül számos hasonló cselekményt - például az alapvető oktatási vagy kutatási célú felhasználásokat, vagy a szólásszabadsággal kapcsolatos aggályokat érintő felhasználásokat - privilegizálnak, sokan a nemzeti kultúrpolitika (vagy politikai igények) igényeit is tükrözik."); *lásd még* Sam Ricketson, *The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions: International Conventions and Treaties*, 1999 INTELL. PROP. Q. 56, 93 (az ausztrál szerzői jogi törvényt használja "tesztesetként" annak bemutatására, hogy "a jelenlegi berni szöveg, a hallgatóság kisebb kivételek hasznos átfedésével együtt, ésszerű rugalmasságot biztosít a nemzeti jogalkotók számára").

³³⁰ Dinwoodie, *Supra* note, 323,492-93. o. (az idézeteket nem idézem).

³³¹ *Lásd az id.* 493. o. (azzal érvelve, hogy a létrejött megállapodások a közösen elfogadott politikák kodifikációi).

³³² *Lásd id.* at (a szerződés felülvizsgálatát "a [C]egyezmény naprakésszé tételének eszközeként" 494írja le).

³³³ *Lásd* Marc E. Hankin, *Proposed Hague Convention Would Help IP Owners*, NAT'L.J., July at 23,2001,C20 (az amerikai kormány kérését ismertetve, hogy "a Hágai Nemzetközi Magánjogi Konferencia, amelynek az Egyesült Államok is tagja, tárgyaljon és dolgozzon ki egy egyezményt a joghatóságról és a külföldi bírósági határozatok végrehajtásáról").

³³⁴ *Lásd pl.* Paul Hofheinz, *Birth Pangs for Web Treaty Seem Endless*, WALL ST. J., 2001. augusztus 16., A11. o. ("Egy német vásárló beperelhet-e egy amerikai internetes kiskereskedőt egy müncheni bíróságon, ha elégedetlen valamivel, amit az interneten vásárolt? 53 ország küldöttségei...")

ments mára annyira meggyökeresedett, hogy a küldöttek legutóbbi ülésén az elsődleges megállapodás az volt, hogy egy informális munkacsoport dolgozzon ki egy új szövegtervezetet, amelyet a következő ülésen nyújtanak be. 2003.³³⁵

* * * * *

Mindkét nemzetközi harmonizációs kísérlet rámutat arra az alapvető hátrányra, hogy a nemzetközi normákat többoldalú szerződésekkel próbálják létrehozni. Ezek a szerződések szinte definíciójuknál fogva előzetes egyeztetést igényelnek számos, eltérő szociálpolitikával és gazdasági érdekekkel rendelkező ország között. Így a szerződések csupán a felismert problémákkal kapcsolatos, aprólékosan kidolgozott, hagyományos bölcsesség kodifikálására törekszenek.³³⁶ Ennek eredményeként az ilyen szerződések ritkán jelentik a legjobb mechanizmust új megoldások kidolgozására olyan újonnan felmerülő kérdésekben, amelyekkel kapcsolatban a hagyományok és érdekek nagymértékben eltérnek egymástól. Pedig "a technológiai nyomás megköveteli a jogalkotás gyorsaságát, dinamikus hajlandóságot és előrettekintő perspektívát".³³⁷ Ennek megfelelően a nemzetközi közjogi jogalkotás osztályozási modellje nem biztos, hogy megfelelő mechanizmus a nemzetközi harmonizáció elérésére egy gyorsan változó világban.

F. A világot tökéletes harmóniában énekelni tanítani II: nemzetek feletti igazgatási/bírói testületek

A nemzetközi közjogi jogalkotás nehézkessége miatt a nemzetek közötti harmonizációs erőfeszítések az utóbbi években - nem meglepő módon - egy némileg dinamikusabb modell felé mozdultak el, különösen a gyors technikai fejlődéssel jellemezhető területeken. Például az Általános Vám- és Kereskedelmi Egyezmény (GATT) 1994-es uruguayi fordulójának felülvizsgálata óta a korábban diplomáciai csatornákon keresztül megvitatott³³⁸ kereskedelmi kérdéseket ma már a WTO vitarendező testületei tárgyalják, egy sokkal inkább bírói úton.

több mint két éve dolgoznak a válaszon, és a válasz továbbra is várta magára.").

³³⁵ Andrea Schulz, *Reflection Paper to Assist in the Preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, Hague Conference on Private International Law, a [ftp://ftp.hcch.net/doc/oldalon](http://ftp.hcch.net/doc/oldalon).

³³⁶ *See* 19, *do g(AJ.Hg 9c2h02)*, *The Know-How Gap in the TRIPS Agreement: Why Soft-ware Fared Badly, and What Are the Solutions*, 17 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 763, 765 (1995) (azzal érvelve, hogy "[egy nemzetközi szerződés] erősségei és gyengeségei egyaránt [a szerződés] alapvetően visszafelé tekintő jellegéből erednek").

³³⁷ Dinwoodie, 323. lábjegyzet, a következőnél 494.

³³⁸ *Lásd* a vitarendezés szabályairól és eljárásairól szóló egyetértés, 1993. december 15., a Kereskedelmi Világszervezetet létrehozó Marrakesh-i Megállapodás 2. melléklete, JOGI TEXTEK - A MULTILATERÁLIS KERESKEDELMI TÁRSADALMI TALÁLKOZÁSOK URUGUAYI KÖRÜLSÉNEK EREDMÉNYEI, 33 I.L.M. 112 (1994) [a továbbiakban DSU] (a WTO vitarendezési eljárásaiban alkalmazandó szabályok és eljárások meghatározása).

dívat.³³⁹ Hasonlóképpen, a Szellemi Tulajdon Világszervezetének (WIPO) Választottbírói és Közvetítő Központja az Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) egységes vitarendezési politikája alapján benyújtott védjegyviták ötvennyolc százalékát bírálja el.³⁴⁰

A dinamikusabb modell előnyei nyilvánvalóak. A valamilyen bíráló szervvel rendelkező nemzetközi intézmények sokkal gyorsabban tudnak reagálni az új fejleményekre anélkül, hogy diplomáciai konferenciákra vagy teljes konszenzusra lenne szükség.³⁴¹ És ha az aktivitás mértéke a siker jele, akkor úgy tűnik, hogy a dinamikusabb modell kezd elterjedni. A WTO vitarendezési rendszerének első három évében annyi ügyet nyújtottak be, mint az uruguayi fordulót megelőző negyvenhét év alatt.³⁴²

Mindazonáltal több ok is szól amellett, hogy ellenálljunk ennek a dinamikus modellnek. Először is, a WTO vitarendezési megállapodása világossá teszi, hogy a WTO határozatai "nem egészíthetik ki vagy csökkenthetik az érintett megállapodásokban előírt jogokat és kötelezettségeket".³⁴³ Bár a panelek idővel bővíthetik a nemzetközi jog "értelmezésére" (és ezáltal meghatározására vagy megváltoztatására) vonatkozó képességüket, az irányadó dokumentumok úgy tűnik, hogy korlátozzák a valóban kreatív igazgatási vagy bírói szerepvállalást.

Másodszor, amint azt az elmúlt évek erőszakos tiltakozásai a nemzetközi találkozókön³⁴⁴ jelzik, az olyan szervek, mint a WTO és a WIPO, komoly kifogásokkal szembesülnek az eljárás átláthatósága és a demokratikus legitimitás szempontjából.³⁴⁵ Talán azért, mert ezeket a szervezeteket az inter-

³³⁹ Lásd Dinwoodie, *Supra* 323. lábjegyzet, 502. o. ("A GATT diplomáciai modellje átadta helyét a WTO igazságszolgáltatási modelljének, ami azt a kísérletet tükrözi, hogy a hatalmi alapú eljárásról a szabályalapú eljárásra térjenek át."); lásd még Adrian T.L. Chua, *Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence*, 16 BERKELEY J. INT'L L. 171, 171-72 (1998) (a WTO-n belüli vitarendezés szabályalapú modellje felé történő elmozdulás leírása); Kim Van der Borght, *The Review of the WTO Understanding on Dispute Settlement: Some Reflections on the Current Debate*, 14 AM. U. INT'L L. REV. 1223, 1224-25 (1999) (annak leírása, hogy az Uruguayi Forduló hogyan változtatta meg a vitarendezési eljárás jellegét "a hatalmi alapú eljárásról a szabályalapú eljárásra"). Amennyiben a felek a WTO-határozatokat könnyebben kikényszeríthetőnek tekintik, ez a felfogás is hozzájárulhat a benyújtott keresetek számának növekedéséhez.

³⁴⁰ Geist, *Fair.Com?*, 147. lábjegyzet.

³⁴¹ Lásd Dinwoodie, *Supra* 323. lábjegyzet, 494-95. o. (azzal érvelve, hogy "a nemzetközi intézmények számára a diplomáciai konferenciák vagy teljes konszenzus nélkül gyorsabb reagálást tesznek lehetővé az új nemzetközi közjogi modell egyik aspektusa").

³⁴² Lásd Chua, *Supra* note 339, 172. o. (1998-ban arról számolt be, hogy "a GATT vitarendezési paneljei 1947 és 1994 között több mint 100 ügyet oldottak meg", de "[s]amióta 1995-ben bevezették a DSU-t, a WTO több mint 100 kereskedelmi vitát kapott, és 28 ügy került vitarendezési panel elé" (idéztek kihagyva)).

³⁴³ DSU, *fenti* megjegyzés, 338.cikk. 3.2.

³⁴⁴ Lásd a *fenti* megjegyzést (az ilyen tiltakozásokat tárgyaló forrásokat 19idézve).

³⁴⁵ Ahogy David Post érvelt:

[A kormányzati intézmények méretének problémáján újra el kell gondolkodnunk, mert nem látok jó megoldást, legalábbis jelenleg, arra, hogy hogyan építsük fel a kormányzati intézményeket.

A nemzeti diplomáciában ezek a testületek a közvetítés, a tárgyalás, az egyeztetés és a titoktartás olyan modelljét alkalmazzák, amely megállásra készíthet bennünket, mielőtt nemzetközi normák megalkotására ruháznánk fel őket.³⁴⁶ Sok megfigyelő például azt sürgette, hogy e testületek eljárásait tegyék átláthatóbbá, nyílt meghallgatások, a felek beadványaihoz való nagyobb hozzáférés és a nem állami felek részvételi lehetősége révén.³⁴⁷ Az eljárási kérdéseken túlmenően azonban a WTO-panelek azzal a kifogással is szembesülnek, hogy nem tartoznak elszámolással egyetlen választópolgárnak sem. Bár minden nem választott bírói testület bizonyos mértékig el van szigetelve a demokratikus nyomástól, az elszámoltathatóságot általában a folyamat valamely szakaszában beépítik a rendszerbe, például a döntéshozók kinevezése, megerősítése vagy eltávolítása révén. Ezzel szemben a WTO-panel tagjait egy homályos folyamat során választják ki,³⁴⁸ és nem vesznek részt demokratikusan elszámoltatható tisztviselők részében.³⁴⁹

olyan globális intézmények, amelyek élvezik a szabályaiknak és rendeleteiknek alávetett emberek bizalmát. Azt hiszem, ez összefügg azzal, amit a Seattle-jelenségnek (vagy a WTO-tüntetéseknek) nevezhetünk, ha úgy tetszik. Szerintem van egy nagyon is valós jelenség, amely a neten fog lejátszódni, ahogy az emberek felteszik maguknak a kérdést: Kik vagy mik azok a nemzetközi intézmények, amelyeknek joguk van szabályokat alkotni ebben a globális környezetben? Ez egy alapvető és nagyon nehéz probléma.

Thomas E. Baker szerk, *A Roundtable Discussion with Lawrence Lessig, David G. Post & Jeffrey Rosen*, DRAKE 49 L. REV. 441,443 (2001).

³⁴⁶ Lásd David Palmeter, *National Sovereignty and the World Trade Organization*, 2 J. WORLD INTEL. PROP. 77, 80-81 (1999) (azzal érvelve, hogy a WTO diplomáciai modellje nem illeszkedik a hagyományos legalista modellhez).

³⁴⁷ Lásd Van der Borgh, *Supra* note 339, 1241-42. o. (a WTO-eljárások és a javasolt reformok leírása); lásd még Sands, *Supra* note 37, 543-46. o. (a WTO Fellebbviteli Testületének legutóbbi döntéseit dicsérve, amelyek lehetővé tették, hogy nem állami szereplők is szerepet játszhassanak a WTO-eljárásokban).

³⁴⁸ A DSU 8. cikke (lásd a 338. lábjegyzetet) rendelkezik a panelek összetételére vonatkozó szabályokról. A WTO titkársága tesz javaslatot a panelbe való jelölésekre, amelyeket csak nyomós okokból lehet vitatni. *Id.* 8(6). A Titkárság listát vezet a minősített kormányzati és nem kormányzati személyekről. *Id.* 8(4). A képzések általánosak. A testület tagjainak a következőknek kell lenniük

jól képzett kormányzati és/vagy nem kormányzati személyek, beleértve azokat a személyeket, akik részt vettek egy vizsgálóbizottság munkájában, vagy ügyet mutattak be egy vizsgálóbizottságnak, valamely [WTO] tag vagy a GATT egyik szerződő fele képviselőjeként, vagy 1947 bármely érintett megállapodás vagy annak elődje, illetve a Titkárság képviselőjeként, a nemzetközi kereskedelmi jogról vagy politikáról tanítottak vagy publikáltak, vagy valamely tag magas rangú kereskedelempolitikai tisztviselőjeként dolgoztak.

Id. 8(1). Továbbá a testület tagjait "a tagok függetlenségének, kellően sokszínű háttérének és széles körű tapasztalatának biztosítása érdekében kell kiválasztani". *Id.* 8(2). A paneltagok általában nem származhatnak a vitás országból, *id.* 8(3) bekezdés, és "egyéni minőségükben, nem pedig a kormány képviselőjeként vagy bármely szervezet képviselőjeként" kell eljárniuk, *id.* a 8(3) cikk (1) bek. 8(9).

³⁴⁹ Lásd Dinwoodie, *Supra* 323. lábjegyzet, 506. o. (rámutatva a WTO-panelek gyenge reprezentatív legitimitására, mivel "el vannak szigetelve a demokratikus nyomástól"); David M.

Így tehát "demokratikus deficit" tapasztalható³⁵⁰, mivel a törvényhozók nem tartoznak választási felelősséggel a "népnek", amelynek "szuverenitását" gyakorolják.³⁵¹ Ahogy egy kommentátor érvelt: "a GATT nem a világ alkotmánya, és a WTO nem a világ legfelsőbb bírósága. Mindkettő nem tartja be az olyan intézményekkel szemben támasztott alapvető normák némelyikét, amelyek azt állítják, hogy előíró hatalmat gyakorolnak az egyének felett a világ minden táján".³⁵² Nem meglepő, hogy az effajta nem kötött jogi tekintély a helyszínen ellenállásba ütközik.

Harmadszor, a WTO-eljárás struktúrája, amelyben a panaszokat nem az egyes felek, hanem az országok nyújtják be, hajlamos lehet arra, hogy az érdekek korlátozott köre felé hajló normákat hozzon létre. Például a szerzői joggal összefüggésben az Egyesült Államok kereskedelmi képviselője a WTO vagy a WIPO előtt folyó vitákban azt az álláspontot képviselheti, hogy a szerzői jogok fokozottabb védelme az amerikai ipar egésze számára előnyös. Ez az álláspont figyelmen kívül hagyná azokat, akik alacsonyabb szintű védelmet támogatnának az országok közötti nagyobb elosztási egyenlőség megteremtése vagy a nem kereskedelmi érdekek, például a magánélet vagy a szólásszabadság védelme érdekében. Ezenkívül az eljárási átláthatóság vagy a demokratikus elszámoltathatóság hiánya miatt az ilyen nemzetközi közigazgatási/bírói testületek könnyebben válhatnak az ipar befolyása alá. Például a WIPO Választottbírói és Közvetítői Központja által hozott, domainnevek védjegyeivel kapcsolatos döntésekről nemrégiben készült tanulmány megállapította, hogy a WIPO választottbírái

Driesen, *Mi a szabadkereskedelem?: The Real Issue Lurking Behind the Trade and Environment Debate*, 41 VA. J. INT'L L. 279, 315-16 (2001) (kifejtve, hogy a WTO-nak nincs demokratikus legitimitása, mivel a tisztviselőket nem a polgárok vagy a törvényhozó testületek választják, hanem általában a GATT titkársága); Richard Falk & Andrew Strauss, *On the Creation of a Global Peoples Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty*, 36 STAN. J. INT'L L. 191, 213-14 (2000) (megjegyezve, hogy a WTO-ban a polgárok részvételének megtagadása felvetette azt az aggodalmat, hogy "valamilyen demokratikus folyamatra van szükség a WTO számos kezdeményezésével szembeni növekvő népi ellenállás ellensúlyozására").

³⁵⁰ Lásd Ruth Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, COLUM39. J. TRANSNAT'L L. (75,200085) ("A [demokratikus] deficit arra utal, hogy a nemzetközi ügynökségek egyre inkább olyan jogalkotási hatásköröket kapnak, amelyek közvetlenül veszélyeztetik a hazai jogot és politikákat, amelyeket megfelelően kijelölt folyamatok révén hoztak létre az átláthatóság, az elszámoltathatóság és a polgárok meghallgatásának lehetősége érdekében."); lásd még Francesca E. Bignami, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, 40 HARV. INT'L L.J. 451, 456-72 (1999) (a demokratikus deficit kritikájának felvázolása); Peter L. Lindseth, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community*, COLUM99. L. REV. 628,628 (1999) (azzal érvelve, hogy az Európai Közösség "'demokratikus deficitje' elsősorban abból fakad, hogy képtelen volt demokratikusan legitim hierarchikus felügyeletet kialakítani a szupranacionális technokraták felett - ez a probléma a demosz, a demokrácia és a nemzeti politikai intézmények mint a népszuverenitás kulturális szimbólumai közötti történelmi kapcsolathoz kötődik").

³⁵¹ Lásd Lindseth, *Supra* 350. lábjegyzet, 633. o. (azzal érvelve, hogy a nemzetek feletti intézmények a demokratikus legitimitás kérdéseit vetik fel, mivel "a normatív hatalmat olyan szereplőkre ruházzák át, akik nem tartoznak választási felelősséggel" az általuk képviselt népnek).

³⁵² Dinwoodie, 323. lábjegyzet, a következőnél 505.

az esetek 82,2%-ában a védjegyjogosultak javára döntöttek.³⁵³

Negyedszer, ezeknek a testületeknek az előnye - hogy képesek új kérdésekkel foglalkozni a változó környezetben - egyben hátrány is lehet. Végül is a WTO vitarendezési szervének döntése nemcsak nemzetközi normákat állapíthat meg, hanem meg is szilárdíthatja ezeket a normákat, befagyaszttva azokat a helyükön, és megakadályozva a különböző országok lehetőségét arra, hogy különböző megközelítésekkel kísérletezzenek. Az ilyen nemzetközi normák hajlamosak lehetnek megghiúsítani a kereskedelmi politikának az adott társadalmi, kulturális vagy gazdasági feltételekhez való igazítására irányuló helyi erőfeszítéseket. Például,

a különböző országok eltérő oktatási gyakorlattal és írástudási rátával egészen eltérő másolási gyakorlatokat engedélyezhetnek vagy tilthatnak. Az autók díjazásának módja országonként eltérő lehet, a bevett munka- és foglalkoztatási gyakorlatoktól függően. A művek hasznosításának módja, és így a védelem szükségessége az egyes országok sajátos társadalmi szokásaitól függhet. Az egyszerű másolási jogosultságok mértéke tükrözheti a nyilvános könyvtárakhoz való hozzáférés szintjét. A szabad véleménynyilvánítás iránti elkötelezettség, és így a művek engedély nélküli felhasználása az adott társadalom politikai fejlettségétől függően eltérő intenzitású lehet. A művészeti alkotások integritásának korlátlan tiszteletben tartását a tulajdonról alkotott különböző felfogások befolyásolhatják. A piaci mechanizmusok pedig szükségesek ahhoz, hogy a szerzők kompenzálására szolgáló támogatási rendszerek bizonyos kultúrákban jobban megvalósíthatók, mint más kultúrákban.³⁵⁴

Akár hiszünk abban, hogy a nemzetközi normáknak át kell venniük a helyi eltéréseket, akár nem, mindenképpen problematikus, hogy az ilyen átfogó normákat marginálisan elszámoltatható szervek állapíthatják meg, gyakran csak két pereskedő ország hozzájárulásával.

Végül egyes kritikusok szerint maga a harmonizáció célja is téves lehet. Paul Stephan például rámutatott a harmonizációs folyamat két általános kimenetelére, amelyek közül ³⁵⁵egyik sem ~~nem~~ kívánatos. Először is, Stephan azt állítja, hogy a nemzetközi harmonizációs törekvések gyakran a különböző iparági csoportok hasznosítási törekvéseinek a termékei. Azt állítja, hogy a kereskedelmi jogban számos harmonizációs törekvést egyes iparágak kezdeményeznek, amelyek bizonyos jogi szabályokra törekszenek. Az így létrejövő nemzetközi normákat általában iparági szakértők dolgozzák ki, és nem meglepő módon a változtatásra törekvő iparágak kedveznek. Másodsor, megfigyeli, hogy a nemzetközi harmonizációs törekvésekben részt vevő különböző felek hajlamosak arra, hogy elfogadjanak

³⁵³ Geist, *Fair.com?*, 147. lábjegyzet, 6. o. Geist azt is megállapította, hogy azokban az esetekben, amikor a felek a háromtagú testület helyett egyetlen választottbíróvá választanak (az összes eset 90%-a), a panaszos az esetek 84,4%-ában nyer. *Id.* 18.

³⁵⁴ Dinwoodie, *Supra* note, 323,513-14. o. (lábjegyzet kihagyva).

³⁵⁵ Paul B. Stephan, *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, VA39. J. INT'L L. (743,1999744).

viszonylag homályos normák, hogy elsimítsák a főbb politikai nézeteltéréseket. Ezek a normák, mivel ilyen általános nyelvezetben fogalmazódnak meg, engedélyt adnak a hazai döntéshozóknak arra, hogy a nemzetközi normák értelmezése során széleskörű mérlegelési jogkört gyakoroljanak. Ennek eredményeképpen a jog még bizonytalanabbá válhat, mint korábban volt, és így a harmonizációs törekvések összességében meghiúsulnak. Ennek megfelelően Stephan azzal érvel, hogy "[a] harmonizációs folyamat politikai gazdaságtana túl gyakran eredményez vagy olyan szabályokat, amelyeket egyes iparágak és más érdekcsoportok javára írnak, vagy a konfliktusok elfojtását, ami viszont növeli a jogi kockázatot".³⁵⁶ Ehelyett olyan rendszert képzel el, amely a felek számára gyakorlatilag korlátlan hatalmat biztosítana, hogy magánjogi szerződéses megállapodások révén választhassanak a nemzeti szabályok között.³⁵⁷ Akár elfogadjuk Stephan alternatíváját, akár nem, a nemzetközi harmonizációval szembeni kritikája legalábbis kétségeket ébreszt a vállalkozás hatékonyságával kapcsolatban.

G. Visszatérés a *Lex Mercatoria*hoz

Tekintettel a jogi rendszerek harmonizálására irányuló, mind a szerződésen, mind az ügynökségen alapuló törekvésekben rejlő problémákra, az egyik lehetséges alternatíva a nemzeti bíróságok szerepének mérlegelése a nemzetközi normák kidolgozásában. Graeme Dinwoodie számos közelmúltbeli cikkében ezt a megközelítést támogatta, különös tekintettel a szerzői jogra.³⁵⁸ Dinwoodie lényegében arra kéri a

bíróságokat, hogy dolgozzanak ki egy nemzetközi közös jogot, feltámasztva a "lex mercatoria"-t,³⁵⁹ amely évszázadokon át szabályozta a nemzetközi kereskedelmet

360

³⁵⁶ *Id.*

³⁵⁷ *Id.* 789.

³⁵⁸ Lásd Dinwoodie, *supra* note 323, at 475 (érvelve amellett, hogy a nemzeti bíróságokat be kell vonni a "szerzői jog nemzetközivé tételének feladatába egy új jogválasztási módszertan felvázolásával"); lásd még Graeme B. Dinwoodie, *The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law*, 62 OHIO ST. L.J. 733, 777-81 (2001) (a nemzetközi szerzői jogi normák kialakításában a magánjogi peres eljárások nagyobb szerepét és a jogválasztási módszertan felülvizsgálatát javasolja, hogy a nemzeti bíróságok figyelembe vehessék a nemzetközi normákat).

³⁵⁹ A *Lex mercatoria* meghatározása szerint "'a nemzetközi kereskedelem keretében spontán módon hivatkozott vagy kidolgozott általános elvek és szokásjogi szabályok összessége, anélkül, hogy egy adott nemzeti jogrendszerre hivatkoznának'". Philip J. McConaughay, *Rethinking the Role of Law and Contracts in East-West Commercial Relationships*, 41 VA. J. INT'L L. 427, 473 n.167 (2001) (idézi Berthold Goldman, *The Applicable Law: General Principles of Law--The Lex Mercatoria*, in CONTEMPORARY PROBLEMS IN INTERNATIONAL ARBITRATION 113, 116 (Julian D.M. Lew szerk., 1987)). A *Lex mercatoria* nem egy monolitikus joganyag, és nem tisztán nemzeti vagy tisztán nemzetközi. Lásd Abul F.M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?*, AM14.

U. INT'L L. REV. 657, 672-74 (1999) (a *lex mercatoria* forrásainak magyarázata). Úgy tűnik, hogy a középkorban alakult ki, amikor a transznacionális kereskedők vitáikat olyan speciális kereskedőbíróságokon oldották meg, amelyek a szokásos transznacionális kereskedelmi normákat és a jogi normákat alkalmazták.

Dinwoodie abból a megfigyelésből indul ki, hogy a jogválasztás valamennyi jelenlegi megközelítése arra kényszeríti a bíróságokat, hogy a nemzetközi jogvitákat lokalizálják, és így az egyik vagy másik ország joga szerint oldják meg.³⁶¹ Ez a folyamat elzárja a bíróságokat attól, hogy olyan nemzetközi normákat vegyenek figyelembe, amelyek "a hazai politikai céloktól elkülönülten és különállóan" létezhetnek.³⁶² Amint azonban Dinwoodie rámutat, a nemzetközi viták gyakran "olyan érdekeket is felvetnek, amelyek túlmutatnak a tisztán belföldi viták esetében kockán forgó érdekeken".³⁶³ Ezért azt ajánlja, hogy a nemzeti bíróságok dolgozzanak ki egy anyagi közös jogot a több államot érintő ügyek kezelésére.

Sok évtizeddel ezelőtt David Cavers kollíziós jogelméletíró azt írta, hogy a kollíziós elemzés során "a bíróság nem tétlenül választ jogot; egy vitát határoz meg".³⁶⁴ Ezért úgy érvelt, hogy a bíróság nem tud "bölcse választani anélkül, hogy figyelembe venné, hogy ez a választás hogyan befolyásolja az adott vitát".³⁶⁵ A Caversre építve Dinwoodie azzal érvel, hogy a bírói szerep gyakran magában foglalja a sokféle anyagi jogi megoldás közötti választást, és hogy a bíróságok számára lehetővé kell tenni, hogy a több államot érintő ügyekben ugyanúgy jogi normákat hozzanak létre, mint a tisztán belföldi ügyekben.³⁶⁶ Ráadásul "a nemzeti jogalkotó által hozott törvényi szabályokat ritkán a nemzetközi viták vagy a nemzetközi jogviták szem előtt tartásával fogadják el.

kereskedelmi gyakorlatok, nem pedig bármely konkrét nemzeti pozitív jog. *Lásd* Lawrence M. Friedman, *Erewhon: The Coming Global Legal Order*, 37 STAN. J. INT'L L. 347, 356 (2001) (a *lex mercatoria* eredetének leírása); Philip J. McConaughay, *The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L. n.595,61031 (2001) ("[L]ex mercatoria" ... általánosságban a határokon átnyúló kereskedelemről eredő normákra, elvekre és szokásokra utal[na], anélkül, hogy bármely adott nemzeti jogra hivatkoznának."). Ez a hibrid gyakorlat az exportőrökre és importőrökre, a szállítmányozókra, a bankokra és a tengeri biztosítótársaságokra vonatkozott. *Lásd* Harold J. Berman, *Law and Logos*, 44 DEPAUL L. REV. n. 143,15747. (1994) (a nemzetközi kereskedelemben részt vevő személyeket a hatékony nemzetközi közösség példájaként írja le). A *lex mercatoria* legfőbb előnye, hogy kiküszöböli a bizonytalanságokat azzal kapcsolatban, hogy egy adott jogvitára melyik joghatóság joga alkalmazandó, *lásd* Maniruzzaman, *supra*, 680. o. (megállapítva, hogy a *lex mercatoria* egyik célja, hogy "megszabaduljon a kollíziós szabályok alkalmazásának nehézkes gyakorlatától"), bár mint minden szokásjogi dokumentum esetében, az alkalmazandó anyagi jogi normák tekintetében is maradhatnak bizonytalanságok.

³⁶⁰ *Lásd* Dinwoodie, *Supra* 323. lábjegyzet, 522. o. (megjegyezve, hogy a nemzetközi szerzői jogi normákat a *lex mercatoria* alapján lehet kidolgozni); *lásd még* Boaventura De Sousa Santos, *Law: A félreolvasás térképe: Toward a Postmodern Conception of Law*, 14 J.L. SOC'279,Y287 (1987) (a *lex mercatoria* újbóli megjelenését annak egyik példájaként írja le, hogy "[a] transznacionális tőke ... transznacionális jogi teret, állam feletti törvényességet hozott létre").

³⁶¹ *Lásd* Dinwoodie, *Supra* note 323, at 475 ("E megközelítések mindegyike megköveteli a bíróságoktól, hogy az ilyen jogviták által felvetett kérdéseket egyetlen nemzeti jog szerint döntsék el.").

³⁶² *Id.*

³⁶³ *Id.* 476.

³⁶⁴ David F. Cavers, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, 47 HARV. L. REV. 173, (1891933).

³⁶⁵ *Id.*

³⁶⁶ *Lásd* Dinwoodie, *Supra* note 323, 548. o. ("[D]omestic courts frequently develop the law in a way that does not involve the application of a single pre-articulated rule; they should be free to do so also in multinational cases.").

magatartás.³⁶⁷ Következésképpen ezek a jogalkotási döntések elkerülhetetlenül domesztikus prioritásokat tükröznek, és nincs különösebb ok arra, hogy ezeket reflexszerűen alkalmazzák a nemzetközi konfliktusokban. Végül Dinwoodie azzal érvel, hogy ha egy vita multinacionális, akkor mindig legalább két különböző ország érdekeit érinti. Amikor a bíróságok önkényesen (vagy akár nem is annyira önkényesen) úgy döntenek, hogy az egyik ország törvényeit alkalmazzák a másikkal szemben, akkor csak az egyik ország érdekeire reagálnak.³⁶⁸ Dinwoodie véleménye szerint a bíróságoknak ehelyett "a nemzeti és nemzetközi normák ötvözéséből" kellene megfelelő szabályt kialakítaniuk.³⁶⁹ A jogalkotásnak ez a hibrid formája "a modern élet valóságára" reagálna, tükrözve "azokat az összetett és összefonódó erőket, amelyek a polgárok magatartását a globális társadalomban irányítják".³⁷⁰

Jelentős, hogy Dinwoodie érvelése visszanyúlik a független, szuverén államok nyugati rendjének kialakulása előtti kollíziós jogi megközelítésekhez.³⁷¹ Megjegyzi ugyanis, hogy a nemzetközi szokásjogi normák érdemi testületének gondolata "a nemzetállamok felemelkedésével és a jog és a szuverén közötti egyértelmű kapcsolatra vonatkozó pozitivisták igényekkel együtt csökkent".³⁷² Dinwoodie azonban azzal érvel, hogy ezek a megközelítések "a nemzetállamok viszonylagos hanyatlása" miatt ismét megfontolandóak lehetnek.³⁷³ Így, akárcsak az ebben a cikkben kifejtett érveim, Dinwoodie felhívása a *lex mercatoria* újbóli kidolgozására a nemzeti szuverenitásról alkotott változó elképzelésekre adott válasz.

H. A nem kormányzati szervezetek diadala

Mivel az extraterritoriális jogalkotással és a joghatósági korlátozásokkal kapcsolatos különböző kérdések elsősorban a *szuverén* hatásköröket gyakorló *állami* kormányzati intézmények tekintetében merülnek fel, egyes kommentátorok a *kvázi kormányzati* hatalmat gyakorló *magán*, nem kormányzati szervezetekre tekintettek. Ahogy Henry Perritt nemrégiben érvelt, "az internetes transznacionális kereskedelemmel kapcsolatos joghatósági bizonytalanságok csökkenthetők

³⁶⁷ *Id.* 548-49.

³⁶⁸ *Lásd id.* 552. o. ("Ha a jogvita mind A, mind B állam lényeges érdekeit érinti, nem méltányos az ilyen tényeket (automatikusan) ugyanúgy kezelni, mint az A állam érdekeit teljes egészében érintő jogvitát vagy a B állam érdekeit teljes egészében érintő jogvitát.")

³⁶⁹ *Id.* 550.

³⁷⁰ *Id.* 544-50.

³⁷¹ *Lásd a* 24. lábjegyzetet és a kísérő szöveget (az állami szuverenitás eszméjének központi szerepét a westfáliai rendben).

³⁷² Dinwoodie, 323. lábjegyzet, a következőnél 544.

³⁷³ *Id.*

amikor a szabályokat nem állami, hanem magánintézmények alkotják és hajtják végre."³⁷⁴

Perritt a köz- és magánszféra hibrid kormányzási struktúráit támogatja. Az ő modelljében a közjog határozza meg az általános minimumkövetelményeket és biztosítja a végrehajtási jogkört, míg több "magán szabályozási rendszer kidolgozhatja az egyedi szabályokat, az első szintű vitarendezést és a szabályok végrehajtási mechanizmusát".³⁷⁵ És a korábban tárgyalt szerződéses modellhez hasonlóan ³⁷⁶Perritt úgy véli, hogy ez a fajta hibrid kormányzati rendszer szerződéses megállapodással gyakorolható jogkörrel, és általánosan megkerülheti a legitimációs aggályokat.³⁷⁷

Perritt három példát kínál hibrid modelljére. Először is rámutat az Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) nevű, nem nyereségorientált vállalatra, amely az internetes tartománynévrendszert kezeli, és online vitarendezési fórumot biztosít a tartománynévkonfliktusok elbírálására.³⁷⁸ Másodsor, megjegyzi, hogy az Európai Unió és az Egyesült Államok között a magánélet védelméről nemrégiben létrejött megállapodás több magánjogi szabályozási rendszert irányoz elő.³⁷⁹ Harmadsor, azzal érvel, hogy a hitelkártya-vállalkozások gyakorlatilag minden hitelkártya-alapú internetes kereskedelem számára vitarendezési mechanizmusokat fognak biztosítani.³⁸⁰

E szabályozási rendszerek mindegyike a kormányzat egy formája, amelyben magánközvetítők látják el a hagyományosan kormányzati szervek által betöltött szerepeket. Az ICANN például szabályokat hirdet a domainnevek kiadására és megtartására vonatkozóan, a WIPO ³⁸¹adminisztratív testületei az ICANN-szabályok alapján bírálják el ezeket a vitákat, ³⁸²a domainnevek regisztrátorai pedig visszavonják vagy visszavonják a domainneveket.

³⁷⁴ Henry H. Perritt, Jr., *Economic and Other Barriers to Electronic Commerce*, 21 U. PA. J. INT'L ECON. L. (2000)563,574

³⁷⁵ *Id.* 575. o.; lásd általában Perritt, *Supra* 319. lábjegyzet, 890-94. o. (kiemelve a közjog és a magánjog közötti különbségeket).

³⁷⁶ *Lásd fentebb a II.B. részt.*

³⁷⁷ *Lásd Perritt, Supra note 374, 575. o.* (a szerződésen alapuló joghatóság előnyeinek ismertetése).

³⁷⁸ *Lásd Perritt, Supra 319. lábjegyzet, 940-44. o.* (az ICANN szabályozási feladatainak körét tárgyalva).

³⁷⁹ *Lásd id.* 932-40. o. (az Európai Bizottság és az Egyesült Államok által a biztonságos kikötő szabályoknak való megfelelés kikényszerítésére tervezett eljárásokról szóló megjegyzések).

³⁸⁰ *Lásd Henry H. Perritt, Jr., Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR*, 15 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 675, 691-92 (2000) (a fogyasztói jogviták alternatív vitarendezésének leggyakoribb formáját, a hitelkártya-visszatérítést tárgyalja).

³⁸¹ *Lásd: Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy*, ICANN, <http://www.icann.org/udrp/udrp.htm> (utolsó frissítés: 200126., augusztus) ("A szabályzat szerint a legtöbb védjegyalapú domain névvel kapcsolatos vitát megállapodással, bírósági eljárással vagy peres úton kell rendezni, mielőtt a regisztrátor törölne, felfüggesztené vagy átruházná egy domain nevet.").

³⁸² *Lásd az egységes domain név vitarendezési szabályzat kiegészítő szabályait*, WIPO, <http://arbitrator.wipo.int/domains/rules/supplemental.html> (hatályos: Dec. 1,

domainnevek átruházása a testület határozatainak megfelelően.³⁸³ Hasonlóképpen, a jelenlegi adatvédelmi szabályozási rendszerek olyan harmadik magánfeleltől függenek, akik tanúsítják, hogy egy internetes oldal megfelel a követelményeknek, ezáltal immunizálva a tagokat a hatósági szabályozással szemben.³⁸⁴ A hitelkártyás vásárlások esetében maguk a hitelkártya-kibocsátók működnek közvetítőként, megtagadva a fizetést a kereskedőktől, ha nem szállítják le az árut, vagy visszavonva a hitelt a fogyasztóktól, ha nem fizetik ki a megvásárolt termékeket.³⁸⁵

Mindazonáltal az ilyen magánszabályozó testületek komoly aggályokat vetnek fel az elszámoltathatóság és az átláthatóság tekintetében. Az Egyesült Államokban például a Legfelsőbb Bíróság hagyományos értelmezése szerint az úgynevezett "state action doctrine" értelmében³⁸⁶ ezeknek a magánszervezeteknek nem kell megfelelniük az alkotmányos normáknak.³⁸⁷ Hasonlóképpen felmerül a kérdés, hogy a kisebbségi jogok mennyire lesznek védve ezekben a magánrendszerekben, és milyen mechanizmusok révén védik ezeket a szervezeteket.

1999) ("Ezeket a kiegészítő szabályokat az [ICANN] által 1999. október 24-én jóváhagyott, a domainnevek egységes vitarendezési szabályzatára vonatkozó szabályokkal együtt kell értelmezni és használni.").

³⁸³ *Lásd a Regisztrátorok akkreditációs megállapodásának II. k) pontját, ICANN, <http://www.icann.org/nsi/icann-raa-04nov99.htm> (jóváhagyva 1999. november 4-én) ("[A] Regisztrátornak rendelkeznie kell ... az SLD [second-level domain] nevekkel kapcsolatos viták rendezésére vonatkozó politikával és eljárással. Abban az esetben, ha az ICANN olyan politikát vagy eljárást fogad el az SLD nevekkel kapcsolatos viták rendezésére, amely feltételei szerint a regisztrátorra is vonatkozik, a regisztrátornak be kell tartania ezt a politikát vagy eljárást.").*

³⁸⁴ *Lásd pl. BBBOnline, <http://www.bbbonline.org> (utolsó látogatás: 2002. november 20.) (ahol egy olyan eljárást ismertetnek, amellyel panaszt lehet benyújtani egy jogsértő weboldal ellen a személyazonosításra alkalmas információk felhasználása miatt); TRUSTe, <http://www.truste.org> (utolsó látogatás: 2002. november 20.) (ahol ismertetik a TRUSTe politikáját, amely szerint az érintett weboldalakat látható logóval és a magánszemélyek által meghatározott adatvédelmi politikákat betartó adatvédelmi nyilatkozat beillesztésével tanúsítja).*

³⁸⁵ *Lásd Perritt, supra note 374, 577. o. ("[C]redit card issuers are intermediaries adjusting disputes between merchants and consumers."); lásd még Robert D. Cooter & Edward L. Rubin, *A Theory of Loss Allocation for Consumer Payments*, TEX66. L. REV. 63, 101-02 (1987) (a kártyakibocsátók azon jogainak leírása, hogy bizonyos körülmények között törölhetik a kártyabirtokos számláját).*

³⁸⁶ *Az állami cselekvés doktrína egy 1883-as, az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának a rekonstrukció korabeli polgárjogi törvényeket hatályon kívül helyező határozatában gyökerezik. Lásd: The Civil Rights Cases, 109 U.S. (3,188311) (megállapítva, hogy "az egyéni jogok egyéni megsértése nem képezi a [tizennegyedik] [A]mendement tárgyát", hanem a módosítás az államok és a helyettük eljáró személyek magatartását szabályozza). Legkevésbé árnyalt formájában a doktrína azon a megfigyelésen alapul, hogy a legtöbb alkotmányos parancsolat csak a kormányzati szereplők magatartását tiltja. Például a tizennegyedik módosítás kimondja, hogy "Egyetlen állam sem . . .". U.S. CONST. amend. XIV, § 1 (kiemelés hozzáadva). Ennek eredményeképpen a Legfelsőbb Bíróság gyakran elutasította ezen alkotmányos rendelkezések alkalmazását az úgynevezett "magánintézkedésekre". Így - és ismét a doktrínát a legkevésbé árnyalt formában kifejezve - az állam alkotmányosan nem zárhatja ki az afroamerikaiakat egy állami lakásépítési létesítményből, de az alkotmány hallgat egy magánszemély azon döntése tekintetében, hogy kizárja az afroamerikaiakat az otthonából. Hasonlóképpen a kibertérben - így szólhat a doktrína - a magánvállalatok, például az America Online, az ICANN vagy a Perritt által leírt egyéb szervek tevékenysége nem tartozik az Alkotmány hatálya alá, mivel nem állami szereplők.*

³⁸⁷ *Az ilyen aggályok megvitatására lásd általában Berman, supra note. 258.*

biztosítja a pártatlan döntéshozatalt és a tisztességes eljárást.³⁸⁸ Bár ugyanezek az aggályok a közzsférában is felmerülnek,³⁸⁹ a magánszervezetek esetében valószínűleg sokkal kevesebb demokratikus ellenőrzésre kerül sor.

I. Kihívás? Milyen kihívás?

Az elmúlt évek során Jack Goldsmith következetesen megkísérelte megcáfolni a Johnson és Post által képviselt nézetet, miszerint a kibertér térmérsése miatt újra kell gondolnunk a szuverenitás és a területiség kérdéseit. Valójában Goldsmith szerint az internet és a globalizáció egyáltalán nem állít valódi fogalmi kihívásokat. Inkább azzal érvel, hogy "az internet területi szabályozása nem kevésbé megvalósítható és nem kevésbé legitim, mint a nem internetes tranzakciók területi szabályozása".³⁹⁰

Goldsmith két, egymással összefüggő állítással foglalkozik: először is, hogy a területi szabályozás megvalósíthatatlan, mivel az egyének könnyen kikerülhetnek a szuverén szabályozás hatókörét; másodsor pedig, hogy a területi szabályozás azt jelenti, hogy egy weboldal egyszerre minden joghatóság törvényeinek hatálya alá tartozik. Érvelése szerint mindkét állítás túlzó, mert nem tesznek különbséget az államok

³⁸⁸ Lásd Perritt, *Supra* 374. lábjegyzet, 578-79. o. (megkérdőjelezi, hogy az ICANN megvédi-e a kisebbségi jogokat). Az ICANN-nak például különösen sok kérdéssel kellett szembenéznie ezekben a kérdésekben. Lásd pl. Geist, *Fair.com?*, 147. lábjegyzet, 912. o. (megállapítva, hogy az ICANN választottbírói eljárásában hat bíró az esetek kilencvenöt százalékában a panaszos fél pártjára állt); Froom-kin, *Wrong Turn in Cyberspace*, 147. lábjegyzet, 24. o. (azzal érvelve, hogy az ICANN "túl nagy súlyt ad a vállalati hangoknak" belső struktúrájában); lásd még David McGuire, *Internet Governance Group Approves Massive Reform Plan*, NEWSBYTES, 2002. június 28., <http://www.oldalon.computeruser.com/news/02/06/29/news1.html> (beszámoló az ICANN ellentmondásos tervéről, amely "egy olyan mechanizmus megszüntetésére irányul, amely szerint a felhasználóknak lehetővé tették volna, hogy az ICANN igazgatótanácsának egy részét megválasszák, egy olyan megközelítés, amelyet számos közérdekű csoport támogatott").

³⁸⁹ Lásd pl. CATHERINE DRINKER BOWEN, *MIRACLE AT PHILADELPHIA: THE STORY OF THE CONSTITUTIONAL CONVENTION MAY TO SEPTEMBER 1787*, at 69-74 (1966) (az alkotmányozó konvenció küldötteinek azon aggodalmát írja le, hogy a kongresszusi tagok megválasztásának módja védje a kisebbségi jogokat); Lindseth, *supra* note at 633-35 (tárgyalja a kisebbségi jogok védelmét); Lindseth, *supra* note at 350,633-35 (tárgyalja a kongresszusi tagok megválasztásának módját). az Európai Közösség "demokratikus deficitje").

³⁹⁰ Jack L. Goldsmith, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 475, 475 (1998) [a továbbiakban Goldsmith, *Territorial Sovereignty*]; lásd még Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199, 1200-01 (1998) [a továbbiakban Goldsmith, *Against Cyberanarchy*] (azt állítva, hogy a kibertér területi alapú szabályozása "megvalósítható és legitim a joghatóság szempontjából"); Jack Goldsmith, *The Internet, Conflicts of Regulation, and International Harmonization*, in GOVERNANCE OF GLOBAL NETWORKS IN THE LIGHT OF DIFFERING LOCAL VALUES 197, 197-99 (Christoph Engel & Kenneth H. Keller eds, 2000) [a továbbiakban: Goldsmith, *Conflicts of Regulation*] (azzal érvelve, hogy az internetes tevékenység helyi hatásai legitimálják a helyi szabályozást). Mások is osztják Goldsmith nézetét. Lásd pl. Josef H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145, 1205-08 (2000) (azzal érvelve, hogy az USA szabályozhatja az internethálózatot, de hiányzik a "joghatósági kiszámíthatóság", ha valaki nem tudja, hogy igénybe veszi-e a fórumot).

előíró joghatósága és *végrehajtási* joghatósága. Goldsmith szerint "az előíró joghatóság egy országnak az a hatásköre, hogy törvényeit bizonyos ügyletekre alkalmazza".³⁹¹ Az a kérdés azonban, hogy ezt a szabályozást ténylegesen végrehajtják-e vagy sem, attól függ, hogy az ország a végrehajtási jogkörén keresztül képes-e a törvény betartására ösztönözni vagy kényszeríteni.³⁹²

Goldsmith szerint tehát az, hogy az egyének megpróbálhatják kikerülni egy állam jogérvényesítési hatáskörét, mondjuk offshore-ba költözéssel, még nem teszi illegitimmé az ezen egyének által okozott károk szabályozásának gondolatát. Goldsmith elismeri, hogy egy helyi cselekmény szabályozása nem biztos, hogy hatékony, ha a szabályozás tárgyát képező egyén nem tartózkodik a joghatóságon belül. De azzal érvel, hogy a szuverén mégis képes lesz érvényt szerezni a szabályozásának, "amennyiben a cselekmények elkövetői helyi jelenléttel vagy helyi tulajdonnal rendelkeznek, amelyekkel szemben a helyi törvények érvényesíthetők".³⁹³

Sőt, még ha a tartalomszolgáltató nem is rendelkezik helyi jelenléttel vagy tulajdonnal, a szuverén állam közvetett módon szabályozhatja a károkat. A szuverén állam például felléphet a végrehajtási hatáskörébe tartozó végfelhasználókkal vagy a területén működő közvetítőkkal, például az internetszolgáltatókkal vagy a hardver- és szoftvergyártókkal szemben. Ezek az intézkedések vagy arra ösztönözhetik a helyi közvetítőket, hogy a helyi törvényeket érvényesítsék a külföldi felekkel szemben, vagy arra ösztönözhetik a helyi feleket, hogy a kifogásolható tartalmak blokkolására alkalmas eszközöket építsenek be.³⁹⁴ Mindkét esetben kiderül, hogy a helyi joghatóság az eredetileg elképzelnél nagyobb extraterritoriális hatalommal rendelkezik.³⁹⁵

Hasonlóképpen, Goldsmith azzal érvel, hogy nincs semmi eredendően törvénytelen abban, ha egy helyi szabályozás történetesen extraterritoriális hatással van a viselkedésre. Mint mondja: "Nem vitatható, hogy az *A* államban kibocsátott szennyezés, amely *B* államba is áterjed, *B* államban szabályozható".³⁹⁶ Bár azt gondolhatnánk, hogy az észrevehetőség súlyosabb probléma az internet kontextusában - ahol a joghatóságról joghatóságra "szálló" anyag ezt az egész világon egyidejűleg és tudtán kívül teheti -, Goldsmith azzal érvel, hogy a földrajzi szűrés nem jelent problémát.

³⁹¹ Goldsmith, *Conflicts of Regulation (A szabályozás összeférhetlenségei)*, fenti jegyzet. 390,198.

³⁹² *Id.*

³⁹³ Goldsmith, *Területi szuverenitás*, fenti jegyzet. 390,479.

³⁹⁴ Egy Franciaországban benyújtott per például azt kéri, hogy a francia internetszolgáltatók kötelesek blokkolni a hozzáférést egy amerikai portálhoz, amely állítólag "gyűlöletoldalakat" tartalmaz. Lásd Ned Stafford, *French ISPs Fight to Avoid Blocking Nazi, Racist Content*, NEWSBYTES, Sept., 4,2001, http://www.infowar.com/law/01/law_090501a_j.shtml (a francia ügy részletezése).

³⁹⁵ Lásd Goldsmith, *Territorial Sovereignty*, *Supra* 390. lábjegyzet, 481-82. o. (a területenkívüli ~~terület~~ által okozott helyi károk leküzdésére alkalmazott különféle szabályozási eszközök felsorolása); Goldsmith, *Conflicts of Regulation*, *Supra* jegyzet (390, azzal 199érvelve, hogy egy ország közvetve szabályozhatja az offshore tartalmakat a határain belüli egyéb tevékenységek és szervezetek szabályozásával).

³⁹⁶ Goldsmith, *Területi szuverenitás*, fenti jegyzet. 390,484.

technológia lehetővé teszi a tartalomszolgáltatók számára, hogy biztosítsák, hogy egy adott joghatóságban kifogásolhatónak ítélt anyagok soha ne jussanak el az adott joghatósághoz.³⁹⁷ Goldsmith szerint ráadásul, amíg a tartalomszolgáltató soha nem teszi be a lábát az adott joghatóság területére, addig nem lesz jogérvényesítő ereje.³⁹⁸

Goldsmith elemzését azonban számos normatív kifogás éri. Először is, Goldsmith következtetése, miszerint az internet nem vet fel új jogi kérdéseket, azon az elképzelésen alapul, hogy a területen kívüli szabályozás már régóta létezik - ami természetesen igaz. De az a gondolat, amelyet Goldsmith állandónak és vitathatlannak tart - miszerint a tranzakciókat "jogszerűen szabályozhatják [azok] a joghatóságok, ahol a tranzakció jelentős hatásai érezhetők"³⁹⁹ - nem volt mindig így. Éppen ellenkezőleg, amint azt maga Goldsmith is elismeri, a huszadik századot megelőzően az volt az "állandó" jog, hogy az államnak egyáltalán nem volt hatásköre a határain túli szabályozásra.⁴⁰⁰ Sőt, mint azt a cikk későbbi részében látni fogjuk, a joghatósági jogban bekövetkezett változás, amely az államoknak korlátozott extraterritoriális hatályt biztosított, legalábbis részben a kommunikációs és szállítási technológia változásaira adott válasz volt.⁴⁰¹ Röviden, az, hogy mit tekintünk "állandó" jognak, idővel a társadalmi változások alapján változik. Ezért nem elegendő egyszerűen arra támaszkodni, ami a történelem adott pillanatában állandó jognak tűnik, anélkül, hogy legalább azt a lehetőséget figyelembe vennénk, hogy az online interakció terjedése és a szállítás és a kereskedelem növekvő globalizációja új változásokat tehet szükségessé ezekben az állandó joghatósági szabályokban.⁴⁰²

³⁹⁷ *Lásd id.* (megjegyezve, hogy "a tartalomszolgáltatók lépéseket tehetnek - például a tartalomhoz való hozzáférést földrajzi azonosításhoz köthetik - a tartalomáramlás földrajzi ellenőrzésére"); *lásd még* Goldsmith, *Conflicts of Regulation*, *Supra* note at 390,201-02 ("A tartalomáramlás ma már számos eszközzel szabályozható földrajzilag, a tartalomhoz való hozzáférés földrajzi azonosításhoz kötésétől kezdve a központosított szűrőszervereken át a végfelhasználók által előírt szűrőség és bizonyos információk feltöltéséért vagy letöltéséért kiszabott súlyos büntetésekig.").

³⁹⁸ Goldsmith, *Territorial Sovereignty*, *Supra* 390. lábjegyzet, 485. o. ("Az interneten tranzakciókat lebonyolító egyének túlnyomó többsége nem rendelkezik jelenléttel vagy vagyonnal azokban a joghatóságokban, amelyek szabályozni kívánják információáramlásukat.").

³⁹⁹ Goldsmith, *Against Cyberanarchy (A kiberanarchia ellen)*, *fenti* jegyzet. 390,1208.

⁴⁰⁰ *Id.* 1206-08. o. (a "hermetikus territorializmus" huszadik századi elutasítását tárgyalva).

⁴⁰¹ *Lásd* a 483-94. lábjegyzet alatti szövegben (az amerikai társadalmi és politikai életben bekövetkezett változások és a joghatósági szabályok változása közötti kapcsolat vizsgálata). Ugyanez a változás a nemzetközi jogban is bekövetkezett. *Lásd* Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, *Supra* note 390, at (1209) megjegyezve, hogy "egyértelműnek tűnik, hogy a nemzetközi szokásjog ... megengedi egy nemzetnek, hogy jogát alkalmazza a területen kívüli magatartásra", ha az ilyen magatartásnak "jelentős helyi hatásai vannak".

⁴⁰² *Lásd* David G. Post, *Against "Against Cyberanarchy," supra* note 39, at 10 (megjegyezve, hogy az emberek "száz, vagy akár évekkel 50, ezelőtt lehet, hogy egy nagyon hasonló érvelést tettek volna, mint Goldsmith," rámutatva arra, ami akkoriban úgy tűnt, hogy a törvények, hogy érveljen, hogy "vasúti közlekedés, vagy a telefon, vagy a rádióadás, nem lenne (és nem is kellene) hatással az elemzésünkre a joghatósági problémák").

Például, még ha el is fogadtuk az extraterritoriális szabályozás valóságát, ésszerű azt gondolni, hogy a nemzetközi jogvitákban eddig általában viszonylag nagy és kifinomult felek vettek részt. Az ilyen felek valószínűleg jelen voltak a végrehajtó joghatóságban, és rendelkeztek azokkal az erőforrásokkal, amelyekkel ügyeiket úgy rendezhették, hogy elkerüljék a kedvezőtlen törvényekkel rendelkező joghatóságba való "belépést". Az internet ~~területén~~ egyik feltételezés sem feltétlenül igaz. Például egy kisvállalkozás vagy magánszemély számára megfizethetetlenül költséges lehet a kiválasztott joghatóságokból származó felhasználók kiszűrése. Nem biztos, hogy az extraterritoriális szabályozás fenyegetése visszatartja az ilyen szereplőket a tartalom közzétételétől.

Goldsmith válasza erre az ellenvetésre rámutathatna arra, hogy a kis szereplőt védi az a tény, hogy a távoli joghatóságnak nem lesz eszköze az esetleges ítélet végrehajtására. Ez az érvelés azonban azt feltételezi, hogy ez az egyén nemcsak hogy nem rendelkezik jelenléttel vagy vagyonnal a külföldi ~~területen~~, de *soha nem is* fog ilyen jelenléttel rendelkezni vagy ilyen vagyont fenntartani. Ez a rendszer könnyen visszatartó hatást gyakorolhat az utazásra. Például, ha Franciaországban ítélet van ellenem az interneten közzétett anyagok miatt, akkor mostantól kerülnöm kell minden utazást Franciaországba. Mindez természetesen nem szól a nemzetközi kiadatás nagyon is valós veszélyéről.

Másodszor, Goldsmith feltételezi, hogy egy joghatóság követeléseket indíthat a közvetítőkkel szemben, mint a távoli partnerekkel szembeni szabályozás érvényesítésének módját, de az ilyen szabályozásnak nagyon is valós költségei vannak. A szolgáltatók például úgy találhatják, hogy a felelősségre vonás veszélye agresszívebbé teszi az online tevékenységek szűrését, vagy arra készteti őket, hogy hatalmas összegeket költsenek arra, hogy az üzenetek áramlását megszakítsák, hogy kivizsgálhassák azokat. Valójában pontosan ez az oka annak, hogy az amerikai internetszolgáltatók lobbiztak és mentességet kaptak a rágalmozó e-mailek és a szolgáltatásaikon keresztül közvetített weboldalak esetében.⁴⁰³

Úgy tűnik, Goldsmith felismerte ezt a problémát. Elismeri, hogy az információ szűrésének szükségessége, hogy az megfeleljen több joghatóság jogának, "hatalmas terhet ró a tartalomszolgáltatókra, ami jelentős terhet jelenthet".

⁴⁰³ Lásd 47 U.S.C. § 230(c)(1) (Supp. V 1999) ("Egyetlen interaktív számítógépes szolgáltatás szolgáltatója vagy felhasználója sem kezelhető egy másik információs tartalomszolgáltató által nyújtott információ kiadójaként vagy előadójaként."); lásd még *Zeran v. Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 330 (4th Cir. 1997) (arra a következtetésre jutva, hogy a Kongresszus azért hozta ezt a rendelkezést, mert "a kártérítési alapú perek veszélyt jelentenek a szólásszabadságra az új és fellendülőben lévő internetes me- diumban"). De lásd Susan Freiwald, *Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation*, 14 HARV. J.L. & TECH. 569, 631-43 (2001) (azzal érvelve, hogy a bíróságok intézményileg jobb helyzetben vannak ahhoz, hogy az internetszolgáltatókkal kapcsolatos felelősségi döntéseket hozzanak, és hogy a szakasz által biztosított általános mentesség ezért 230 elhibázott).

jelentősen korlátozza az internetes tevékenységet."⁴⁰⁴ De - válaszolja vidáman - "semmi sem szent és sérthetetlen az internet sebességében, vagy abban, hogy egy külföldi tartalomszolgáltatónak joga van büntetlenül információt küldeni a világ bármely pontjára".⁴⁰⁵ Goldsmith elemzése tehát azt a normatív feltételezést foglalja magába, hogy az internet megkülönböztető előnyeit el kell vetni, hogy a meglévő jogi- diktatórikus keretrendszer megmaradhasson. Sokan azonban nem fogják osztani ezt a normatív álláspontot, és Goldsmith elemzése kevés vigaszt nyújt számukra.

Végül, annak ellenére, hogy Goldsmith azt állítja, hogy ezek az extraterritoriális végrehajtási problémák eltúlzottak és többnyire hipotetikusak, az ebben a cikkben tárgyalt problémák közül sokan cáfolják ezt az állítást. A Yahoo.com ugyanis annak ellenére engedett a náci emléktárgyakra vonatkozó francia bírósági végzésnek, hogy nem volt jelen Franciaországban,⁴⁰⁶ és a korábban⁴⁰⁷ tárgyalt, nagyon is valós adózási dilemmák azt mutatják, hogy az online tevékenység által felvetett joghatósági problémák egyáltalán nem hipotetikusak. Ezen túlmenően a területenkívüli szabályozás kijátszásának problémái valószínűleg továbbra is fennállnak. Például egy nemrégiben a digitális millenniumi szerzői jogi törvényt érintő ügyben⁴⁰⁸ egy amerikai alperest eltiltottak az olyan információk közzétételétől, amelyek lehetővé tették a digitális videolemezeken található titkosított kód megkerülését.⁴⁰⁹ Egy ilyen végzés azonban szükségszerűen csak korlátozott hatalommal bír a nem amerikai oldalakra, és az alperes azonnal linkeket tett közzé az ilyen oldalakra.⁴¹⁰ Goldsmith biztosítéka, hogy ez nem jelent problémát, nem biztos, hogy kielégíti azokat, akik az online tevékenységet szabályozni kívánják, legyenek azok kormányok vagy magánfelek.

⁴⁰⁴ Goldsmith, *Területi szuverenitás, fenti jegyzet.* 390,485.

⁴⁰⁵ *Id.*

⁴⁰⁶ *Lásd fentebb az I.D. részt* (a francia bíróság Yahoo! ellen hozott végzésének tárgyalása). Bár a Yahoo! francia leányvállalattal rendelkezik, a leányvállalat léte általában nem tekinthető elegendőnek ahhoz, hogy az anyavállalat ellen pert indítsanak. *Lásd* Phillip I. Blumberg, *Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law: Conceptual and Procedural Problems*, 50 AM. J. COMP. L. 493, 495 (2002) (megjegyezve, hogy az anyavállalatok általában "csak a saját tisztségviselőikre, igazgatóikra és alkalmazottaikra visszavezethető magatartásért felelősnek tekintendők", nem pedig a külföldi leányvállalataikéért). A Yahoo! ügy ezen aspektusának további tárgyalását lásd az V.B.2. részben.

⁴⁰⁷ *Supra* I.C. rész.

⁴⁰⁸ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (kodifikálva a U17.S.C. egyes szakaszaiban).

⁴⁰⁹ Universal City Studios, Inc. kontra Corley, F273.3d 441-42429., 459-60 (2d Cir. 2001).

⁴¹⁰ *Lásd* Mark Sableman, *Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 1273, 1323 (2001) ("[A]z alperesek mindegyikét eltiltották a [jogsértő] segédprogram közzétételétől, de nem tiltották el őket a segédprogramot tartalmazó oldalakra mutató linkek közzétételétől. [Az alperesek] továbbra is közzétették a linkjeiket, és az ezzel kapcsolatos cselekedeteiket "elektronikus polgári engedetlenségnek" nevezték.").

J. A common law fejlődése

Goldsmith szerint az egyik ok, amiért nem kell radikálisan újragondolnunk a joghatóság fogalmát, az az, hogy a bíróságok tökéletesen képesek a bevett jogi doktrínát új kontextusokhoz igazítani. Így egyszerűen rábízhatjuk a common law folyamatára⁴¹¹, hogy kidolgozza a globalizáció és az internet kihívásainak kezeléséhez szükséges iránymutatásokat.

A bírák bizonyosan megkísérelték ezt tenni. A megnövekedett online interakció által felvetett új kérdésekkel szembesülve a bíróságok megpróbálták hasznos megoldásokat találni a joghatóság és a jogválasztás kérdéseire a bevett jogi keretek kiigazításával. Mindazonáltal még egy rövid pillantás az Egyesült Államok fejlődő ítélkezési gyakorlatára is azt mutatja, hogy a hagyományos doktrínák és az új kontextusok közötti illeszkedés a legjobb esetben is tökéletlen.

1. Személyes joghatóság

A személyes joghatóság területén az⁴¹²amerikai bíróságok 1945 óta hajlamosak a Legfelsőbb Bíróságnak az *International Shoe Co. kontra Washington ügyben* először megfogalmazott rugalmas, tisztességes eljárásra vonatkozó normáját alkalmazni.⁴¹³ A bíróságok tehát azt kérdezik, hogy az alperesnek elegendő kapcsolata volt-e az adott állammal ahhoz, hogy a joghatóság megfeleljen "a tisztességes játék és a szubsztantív igazságszolgáltatás hagyományos fogalmainak".⁴¹⁴ Mivel a szállítás és az államközi kereskedelem az 1945 óta eltelt évtizedekben ~~fontos~~ megnövekedett, a Legfelsőbb Bíróságnak sokszor kellett eldöntenie, hogy meddig kell kiterjeszteni a személyes joghatóság hatókörét.⁴¹⁵

⁴¹¹ Ez még a polgári jogi országok esetében is elmondható, ahol a bírácoknak gyakran "hiánypótlással" és értelmezéssel kell foglalkozniuk. *Lásd* Peter L. Strauss, *The Common Law and Statutes*, 70 U. COLO. L. REV. 225, 236 (1999) (azzal érvelve, hogy "a polgári jogi bíraskodás kevésbé idegen [a common law] hagyománytól, mint azt általában feltételezik ... [mert a c]odusok közismerten homályosak lehetnek", és gyakran eléggé általánosak ahhoz, hogy kiterjedt bírói kidolgozást igényelnek (idézi Peter Lindseth, Associate Director, European Legal Studies Center, Columbia University, to Peter L. Strauss, Betts Professor of Law, Columbia University (Apr. 199814,)))

⁴¹² Egyesek azzal érveltek, hogy az ítélkezési joghatóság kérdése nem olyan nehéz kihívás, mint az ítélet végrehajtásának módja. *Lásd pl.* Michael A. Geist, *Is There There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 1345, 1354 (2001) (az internetes joghatóság kérdését három "rétegre" bontva: ítélkezési joghatóság, jogválasztás és a határozatok végrehajtása); *lásd még* Henry H. Perritt, Jr., *Will the Judgment-Proof Own Cyberspace?*, 32 INT'L LAW. 1121, 1123 (1998) ("Az igazi problémát az jelenti, hogy a joghatósággal alátámasztott ítéletet értelmes gazdasági enyhítéssé alakítsuk. A probléma nem az elméleti értelemben vett nemzetközi cipőben járó joghatóság alkalmazkodóképessége. A probléma az értelmes jogorvoslat megszerzése."). A joghatóságnak a jogválasztáshoz és a határozatok elismeréséhez való viszonyának további tárgyalását lásd az *alábbi* V.C. részben.

⁴¹³ 326 USA (3101945).

⁴¹⁴ *Id.* at (316belső idézőjelek kihagyva).

⁴¹⁵ A Legfelsőbb Bíróság legalább tizenkét jelentős személyi joghatósági határozatot hozott.

1995-re az ország kerületi bíróságain már kezdtek felmerülni az internetes kapcsolatokon alapuló személyes joghatósággal kapcsolatos kérdések. Eleinte úgy tűnt, hogy legalábbis néhány bíróság úgy találja, hogy a személyes joghatóság gyakorlása még azokkal az alperesekkel szemben is megfelelő, akiknek egyetlen kapcsolata az adott állammal egy online hirdetés volt, amely bárki számára elérhető, aki rendelkezik internet-hozzáféréssel. Például az *Inset Systems, Inc. kontra Instruction Set, Inc. ügyben*. ügyben ⁴¹⁶egy connecticuti szövetségi kerületi bíróság úgy döntött, hogy megfelelő joghatósággal rendelkezik az alperes, egy massachusettsi székhelyű számítástechnikai szolgáltató felett, annak ellenére, hogy a vállalat, az Instruction Set nem tartott fenn irodákat Connecticutban, és nem folytatott ott rendszeres üzleti tevékenységet. A bíróság úgy ítélte meg, hogy az ~~das~~ promóciós honlapja, mivel Connecticutban elérhető volt, alátámasztotta az államban való joghatóság gyakorlását.⁴¹⁷ A bíróság szerint a honlapon található hirdetések az Egyesült Államok valamennyi államának szóltak. Ezért az Instruction Set "célzottan élt a kiváltsággal, hogy

csak 1976 és 1990 között. *Lásd* Burnham v. Superior Court, 495 U.S. 604, 619 (1990) (Scalia, J., csatlakozott Rehnquist, C.J., White, Kennedy, JJ.) (megállapítva, hogy a személyes joghatóság fennállt, amikor egy külföldi illetőségű alperesnek kézbesítették a peres eljárást, miközben ideiglenesen a perrel össze nem függő okokból a bírósági államban tartózkodott); Omni Capital Int'l, Ltd. v. Rudolf Wolff & Co, 484 U.S. 97, 103-11 (1987) (megállapítva, hogy a személyes joghatóság nem állt fenn, mivel a bírósági állam hosszú távú joghatósági törvénye nem tette lehetővé a per kézbesítését az alperesnek, egy külföldi társaságnak); Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Court, 480 U.S. 102, 108-16 (1987) (megosztott kérdés, hogy a termék "kereskedelmi áramlatba" való bevezetése automatikusan személyes joghatóság alá vonja-e a felet); Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797, 806-11 (1985) (megállapítva, hogy az államon kívüli csoporttagok per-sonális joghatóság alá tartozhatnak annak ellenére, hogy nem rendelkeznek minimális kapcsolattal a fórumállamban); Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462, 471-76 (1985) (megállapítva, hogy a személyes joghatóság a fórumállamhoz fűződő szerződéses kapcsolatok alapján fizikai kapcsolat nélkül is érvényesíthető, amennyiben az államon kívüli fél tisztességesen értesült arról, hogy ott perelhető); Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall, U466.S. 413-16408, (1984) (kimondva, hogy a kereseti okhoz nem kapcsolódó kapcsolatok nem elegendőek a személyes joghatóság megalapozásához, kivéve, ha ezek a kapcsolatok "folyamatosak és szisztematikusak"); Calder v. Jones, U465.S. 788-89783, (1984) (kimondva, hogy a bíróság gyakorolhat személyes joghatóságot olyan külföldi illetőségű féllel szemben, aki olyan jogellenes cselekményt követ el, amelyről tudja, hogy a bíróságnak hatása lesz a fórumállamban); Keeton v. Hustler Magazine, Inc, 465 U.S. 770, 779-80 (1984) (megállapítva, hogy egy kiadó ~~magaz~~ rendszeres terjesztése a fórumállamban elegendő volt ahhoz, hogy az adott állam joghatóságot érvényesíthessen); Ins. Corp. of Ir. v. Compagnie des Bauxites de Guinee, 456 U.S. 694, 707-09 (1982) (megállapítva, hogy a személyes joghatóság "minimális kapcsolat" követelménye teljesül, ha a fél nem tesz eleget a bíróság által elrendelt felderítésnek); World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 444, 707-09 (1982) (megállapítva, hogy a személyes joghatóság "minimális kapcsolat" követelménye teljesül, ha a fél nem tesz eleget a bíróság által elrendelt felderítésnek); World-Wide Volkswagen Corp. 286, 295-98 (1980) (megállapítva, hogy a személyes joghatóság nem gyakorolható egy olyan féllel szemben, aki olyan terméket értékesített, amelyet később egy fogyasztó szállított a fórumállamba, ha a fél sem közvetlenül, sem közvetve nem szolgálta ki a fórumállam piacát); Kulko v. Superior Court, U436.S. 84, 94 (1978) (kimondva, hogy egy állam nem gyakorolhat személyes joghatóságot egy külföldi illetőségű személy felett pusztán azért, mert az belenyugodott lánya azon kívánságába, hogy az anyjával a fórumállamban éljen); Shaffer v. Heitner, 433 U.S. 186, 207-12 (1977) (kimondva, hogy az *International Shoe* ügyben megfogalmazott "minimális érintkezési" normát kell alkalmazni a kvázi dologi perekre).

⁴¹⁶937 F. Supp. (161D. Conn. 1996).

⁴¹⁷*Id.* 163-65.

Connecticutban üzleti tevékenységet folytatnak.⁴¹⁸ Hasonlóképpen, más bíróságok időnként jelezték, hogy egy államon belül elérhető weboldal közzététele, még további kapcsolatok nélkül is elegendő lehet a joghatóság megalapozásához.⁴¹⁹

Bár az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága még nem foglalkozott az internetes kapcsolatokon alapuló per-sonális joghatóság kérdésével, a legtöbb alsóbb szintű bíróság, talán az *utasításkészlethez* hasonló esetek széleskörű következményei miatt aggódva, mérsékeltabb szabály kialakítására törekedett. Az eddigi legbefolyásosabb ügy a *Zippo Manufacturing Co. kontra Zippo Dot Com, Inc.* volt.⁴²⁰ Ott a kerületi bíróság egy "csúszó skálát" alkalmazott az internetes kapcsolatokra, hogy meghatározzák "a gazdálkodó egység által az interneten keresztül folytatott kereskedelmi tevékenység jellegét és minőségét".⁴²¹ A bírósági skála egyik végén a "passzív" weboldal állt, ahol az alperes egyszerűen információkat tett fel az internetre, amelyek "az érdeklődők számára elérhetőek".⁴²² A bíróság szerint egy ilyen honlap - a fórumállamhoz vagy annak polgáraihoz való további kapcsolat hiányában - nem lenne elegendő a joghatóság alátámasztásához.⁴²³ A spektrum másik végére a bíróság az "aktív" weboldalakat helyezte, ahol az alperes "olyan szerződéseket köt egy külföldi joghatóság lakosaival, amelyek számítógépes fájlok tudatos és rendszeres továbbítását foglalják magukban az interneten keresztül".⁴²⁴ A létező

⁴¹⁸ *Id.* 165.

⁴¹⁹ Például a *Maritz, Inc. v. CyberGold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996), a bíróság Missouri joghatóságát állapította meg egy kaliforniai társasággal szemben. Bár az alperes webszerverének székhelye Kaliforniában volt, a bíróság megjegyezte, hogy a vitatott weboldal "folyamatosan elérhető volt minden internetkapcsolattal rendelkező Missouri-beli számítógép számára". *Id.* at 1330. A bíróság szerint,

A CyberGold tudatosan döntött úgy, hogy rekláminformációkat továbbít minden Internet felhasználónak, tudva, hogy ezek az információk világszerte továbbításra kerülnek. Így a CyberGold kapcsolatai olyan minőségűek és jellegűek - bár a személyes joghatósági joggyakorlat szempontjából nagyon új minőséget és jelleget képviselnek -, hogy azok a személyes joghatóság alperes feletti gyakorlása mellett szólnak.

Id. 1333. Hasonlóképpen, a *Humphrey v. Granite Gate Resorts, Inc.*, 568 N.W.2d 715 (Minn. Ct. App. 1997), a minnesotai fellebbviteli bíróság úgy döntött, hogy az állam főügyési hivatala beperelhet egy online szerencsejáték-szolgáltatást Minnesotában, még akkor is, ha a szolgáltatás székhelye az államon kívül van. A bíróság az *Instruction Set* és a *Maritz* esetére támaszkodva megállapította, hogy az alperesek "célzottan éltek a minnesotai üzleti tevékenység kiváltságával", *id.* at, azon megállapítás alapján⁷²¹, hogy "az Egyesült Államok egész területén található számítógépek, beleértve Minnesotát is, hozzáfértek a fellebbezők weboldalaihoz", *id.* at 718. at. *Lásd még* *Telco Communications v. An Apple Day*, 977 F. Supp. 404, 407 (E.D. Va. 1997) (megállapítva, hogy a fórumállamban a nap huszonnégy órájában elérhető weboldal "tartós magatartást" jelentett az államban); *Heroes, Inc. v. Heroes Found.*, 958 F. Supp. (1, D5.D.C. 1996) (arra utalva, hogy egy weboldal létezése a fórummal való "tartós kapcsolatfelvételnél" tekinthető, mivel "egy ... [a fórumban] lakó személy számára az első közzététel óta bármikor lehetséges volt, hogy hozzáférjen a weboldalhoz").

⁴²⁰ 952 F. Supp. (1119W.D. Pa. 1997).

⁴²¹ *Id.* 1124.

⁴²² *Id.*

⁴²³ *Id.*

⁴²⁴ *Id.*

egy aktív helyszín elegendő lenne ahhoz, hogy a joghatóságot bárhol megállapítsák, ahol a helyszínt elérik.⁴²⁵ A bíróság a kettő között egy középutat jelölt meg, "amelyet az interaktív weboldalak foglalnak el, ahol a felhasználó információt cserélhet a fogadó számítógéppel. Ezekben az esetekben a joghatóság gyakorlását a weboldalon zajló információcseré interaktivitásának és kereskedelmi jellegének vizsgálata határozza meg".⁴²⁶ A *Zippo* tehát megkísérelte kijelölni a kibertérben való minimális érintkezés elemzésének irányát.

Bár más bíróságok gyorsan átvették a *Zippo* keretrendszerét,⁴²⁷ul-

⁴²⁵ *Id.*

⁴²⁶ *Id.*

⁴²⁷ A *Zippo*-t alkalmazó határozatok mintáját lásd: *Soma Med. Int'l v. Standard Chartered Bank*, 196 F.3d 1292, 1296-97 (10th Cir. 1999); *Nida Corp. v. Nida*, 118 F. Supp. 2d 1229-301223, (M.D. Fla. 2000); *Biometrics, LLC v. New Womyn, Inc.*, 112 F. Supp. 2d 873869, (E.D. Mo. 2000); *Search Force Inc. v. DataForce Int'l, Inc.*, 112 F. Supp. 2d 771, 776-77 (S.D. Ind. 2000); *Tech Heads, Inc. v. Desktop Serv. Ctr., Inc.*, F105. Supp. 2d (1142,D1149. Or. 2000); *McRae's, Inc. v. Hussain*, 105 F. Supp. 2d 594, 599-600 (S.D. Miss. 2000); *Standard Knitting, Ltd. v. Outside Design, Inc.*, No. 00-2288, U2000.S. Dist. LEXIS at8633, *5-6 (E.D. Pa. June 21, 2000); *Citigroup, Inc. v. City Holding Co.*, 97 F. Supp. 2d 549, 565-66 (S.D.N.Y. 2000); *Am. Eyewear, Inc. kontra Peeper's Sunglasses & Accessories, Inc.*, F106. Supp. 2d 895, 900-01 (N.D. Tex. 2000); *Berthold Types Ltd. kontra European Mikrograf Corp.*, 102 F. Supp. 2d 928, 932-34 (N.D. Ill. 2000); *Lofton kontra Turbine Design, Inc.* 100 F. Supp. 2d 404, 410 (N.D. Miss. 2000); *Roche kontra Worldwide Media, Inc.* 90 F. Supp. 2d 714, 717 (E.D. Va. 2000); *Ameritech Servs., Inc. kontra SCA Promotions, Inc.*, No. 99C4160, U2000.S. Dist. LEXIS 3067, at *13 (N.D. Ill. Mar. 6, 2000); *Butler kontra Beer Across Am.*, 83 F. Supp. 2d 1261, 1268 (N.D. Ala. 2000); *Online Partners.Com, Inc. kontra Atlantinet Media Corp.*, No. Civ. A. c98- 4146SIENE, 2000 U.S. Dist. LEXIS 783, at *5 (N.D. Cal. 2000. január 20.); *Quokka Sports, Inc. kontra Cup Int'l Ltd.*, F99. Supp. 2d (1105,N1111.D. Cal. 1999); *J.B. Oxford Holdings, Inc. v. Net Trade, Inc.*, F76. Supp. 2d (1363,S1367.D. Fla. 1999); *Colt Studio, Inc. kontra Badpuppy Enter.*, F75. Supp. 2d 1108-091104, (C.D. Cal. 1999); *Harbuck kontra Aramco, Inc.*, No. CIV. A. 99-1971, U1999.S. Dist. LEXIS at16892, *17 (E.D. Pa. Oct. 199921.); *CIVIX-DDI LLC v. Microsoft Corp.*, 52 U.S.P.Q.2d (BNA) 1501, 1504-05 (D. Colo., 1999); *Brown v. Gehe-Werke GmbH*, 69 F. Supp. 2d 770, 777-78 (D.S.C. 1999); *Hasbro, Inc. v. Clue Computing, Inc.*, 66 F. Supp. 2d 117, 128 (D. Mass. 1999), *aff'd*, 232 F.3d 1 (1st Cir. 2000); *Hurley v. Cancun Playa Oasis Int'l Hotels*, No. Civ.A. 99-574, 1999 U.S. Dist. LEXIS 13716, at *8 (E.D. Pa. Aug. 31, 1999); *Coastal Video Communications, Corp. v. Staywell Corp.*, 59 F. Supp. 2d 562, 570 (E.D. Va. 1999); *Decker v. Circus Circus Hotel*, 49 F. Supp. 2d 743, 747-48 (D.N.J. 1999); *Int'l Star Registry of Illinois v. Bowman-Haight Ventures, Inc.*, No. 98 C 6823, 1999 U.S. Dist. LEXIS 7009, at *11-16 (N.D. Ill. May 6, 1999); *Resnick v. Manfredy*, 52 F. Supp. 2d 462, 467 (E.D. Pa. 1999), *aff'd in part, rev'd in part*, 238 F.3d 248 (3d Cir. 2001); *Barrett v. Catacombs Press*, F44. Supp. 2d 724-728717, (E.D. Pa. 1999); *Fix My PC, L.L.C. kontra N.F.N. Assocs.*, F48. Supp. 2d (640,N643.D. Tex 1999); *Origin Instruments Corp. v. Adaptive Computer Sys., Inc.*, No. CIV.A. 3:97-CV-2595-L, U1999.S. Dist. LEXIS at1451, *8 (N.D. Tex. Feb. 3, 1999); *F. McConnell & Sons, Inc. kontra Target Data Sys., Inc.*, 84 F. Supp. 2d 961, 971 (N.D. Ind. 1999); *ESAB Group, Inc. kontra Centricut, LLC*, 34 F. Supp. 2d (323,D330.S.C. 1999); *LFG, LLC kontra Zapata Corp.*, 78 F. Supp. 2d (731,N736.D. Ill. 1999); *Grutkowski v. Steamboat Lake Guides & Outfitters, Inc.*, No. Civ.A. 98-1453, U1998.S. Dist. LEXIS at20255, *10 (E.D. Pa. Dec. 199828.); *K.C.P.L., Inc. v. Nash*, U49.S.P.Q.2d (BNA) 1584, 1588-89 (S.D.N.Y. 1998); *Atlantech Distribution, Inc. v. Credit Gen. Ins. Co.*, 30 F. Supp. 2d (534,D537. Md. 1998); *Patriot Sys., Inc. v. C-Cubed Corp.*, F21. Supp. 2d (D. Md. 1998); *Patriot Sys., Inc. v. C-Cubed Corp.* 1318,

ez a csúszóskálalelemzés idővel instabilnak és nehezen alkalmazhatónak bizonyult. Először is, az aktív és a passzív helyszín közötti különbségtétel gyakran problematikus. Ha például a honlapom csak az általam írt cikkek listáját tartalmazza, akkor a Zippo-határozat alapján az a honlap passzívnak tűnik. Ha ezután a honlap alján elhelyezek egy mondatot, amelyben arra kérem az olvasókat, hogy küldjék el e-mailben a cikkeimmel kapcsolatos észrevételeiket, vagy linkeket adok meg más honlapokra, ahol a cikkek teljes szövege megtalálható, elégséges-e az ilyen kiegészítő anyag hozzáadása ahhoz, hogy a passzív honlapom aktívvá váljon? És bár az aktív/passzív megkülönböztetés a 1997 *Zippo* döntésének idején nehezen volt meghatározható, az aktív és passzív oldalak közötti határvonal ma még inkább elmosódott, és a jövőben valószínűleg egyre inkább azzá válik, ahogy a weboldalak egyre összetettebbé és kifinomultabbá válnak.⁴²⁸ Végso soron a legtöbb webhely valószínűleg a középmezőnybe fog esni, és "az interaktivitás szintjének és az információcsere kereskedelmi jellegének vizsgálata"⁴²⁹ valószínűleg nem fog előre meghatározható vagy következetes eredményeket hozni. Ráadásul egyes passzívnak tűnő oldalak a beérkező "találatok" száma alapján hirdetésekkel adhatnak el, vagy adatokat gyűjthetnek és értékesíthetnek a felhasználóról, ami⁴³⁰ mindkettő úgy tűnhet, hogy az oldalt aktívabbá teszi. Végezetül, kevés nagy szervezet vagy vállalat költi el a szükséges⁴³¹ pénzt egy kifinomult weboldal létrehozására anélkül, hogy ne tartalmazna valamilyen mechanizmust, amellyel pénzt lehet keresni az oldalból. Ha minden ilyen webhely

1324 (D. Utah 1998); *Vitullo v. Velocity Powerboats, Inc.*, No. C97 U.8745, 1998S. Dist. LEXIS 7120, *15. o. (N.D. Ill. 1998. ápr. 24.); *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44, 55-56 (D.D.C. 1998); *Blackburn v. Walker Oriental Rug Galleries, Inc.*, F999. Supp. (636,E638.D. Pa. 1998); *Tel. Audio Prods., Inc. kontra Smith, Civil Action No. 3:97-CV-0863-P*, 1998 U.S. Dist. LEXIS at 4101, *9 n.5 (N.D. Tex. Mar. 199826.); *Thompson kontra Handa-Lopez, Inc.*, 998 F. Supp. 742-43738, (W.D. Tex. 1998); *Mieczkowski v. Masco Corp.*, F997. Supp. 786-782, 87 (E.D. Tex. 1998); *Mallinckrodt Med., Inc. v. Sonus Pharm., Inc.*, 989 F. Supp. 265, 273 (D.D.C. 1998); *Agar Corp. Inc. kontra Multi-Fluid Inc., Niv. A. No. 95-5105*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 17121, at *7 (S.D. Tex. 1997. június 25.); *Smith v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 968 F. Supp. 1356, 1365 (W.D. Ark. 1997); *Resuscitation Techs., Inc. v. Cont'l Health Care Corp.*, U1997.S. Dist. LEXIS at 3523,*11 (S.D. Ind. Mar. 199724.); *Jewish Def. Org., Inc. v. Superior Court*, Cal85. Rptr. 2d (611,Cal621. Ct. App. 1999).

⁴²⁸ Ahogy Geist állítja:

Amikor a tesztet 1997-ben kidolgozták, egy aktív weboldal nem tartalmazott mást, mint egy e-mail linket és néhány alapvető levelezési funkciót. Ma már az ilyen szintű interaktivitással rendelkező oldalakat valószínűleg passzívnek tekintenék, mivel a passzív és az aktív közötti teljes spektrum a technológia fejlődésével felfelé tolódott. Valójában hihetően állítható, hogy ... a weboldaloknak a webes technológia változásával folyamatosan újra kell értékelniük a passzív és az aktív spektrumon elfoglalt helyüket.

Geist, 1379-80. o.412.,

⁴²⁹ *Zippo Dot Com*, F952. Supp. at 1124.

⁴³⁰ Lásd Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193, 1226-29 (1998) (a "cookie-k" weboldal-felhasználók nyomon követésére történő felhasználásáról és ezen információk reklámcégeknek történő eladásáról).

⁴³¹ Lásd David Legard, *Average Cost to Build E-Commerce Site: \$1 Million*, INDUS. STANDARD, május h31, 1999, <http://www.thestandard.com/article/0,1902,4731,00.html>.

a Zippo-keretrendszer szerint interaktívnak minősül, azonban ezek mindegyike a webhely tulajdonosát az egyetemes joghatóság alá helyezi, és ezzel visszatérünk az *utasításkészletben* elért megoldáshoz.

Talán éppen e nehézségek miatt a bíróságok már most eltolódnak a Zippo-megközelítéstől (még ha néha továbbra is hivatkoznak is magára a *Zippo-ra*) egy olyan teszt irányába, amely a tevékenységnek a joggyakorlaton belüli hatásán alapul.⁴³² Ez a teszt az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának 1984-es *Calder kontra Jones* ügyben hozott határozatából származik,⁴³³ amelyben egy floridai kiadó állítólag rágalalmazott egy kaliforniai szórakoztatóművészt. Ebben az ügyben a Bíróság úgy érvelt, hogy mivel a felperes Kaliforniában élt és dolgozott, és ott érzelmi és esetleg szakmai kárt szenvedett, a kiadó szándékosan okozott káros hatásokat Kaliforniában, és ennek megfelelően Kalifornia joghatóságát gyakorolhat az ügy felett.⁴³⁴ Így a *Calder* "hatásvizsgálata" alapján a személyes joghatóság (1) szándékos cselekményeken alapulhat, (2) amelyek kifejezetten a fórumállamra irányulnak, (3) amelyek olyan kárt okoznak, amelynek a legnagyobb részét a fórumállamban szenvedik el - és amelyről az alperes tudja, hogy valószínűleg elszenvedik -".⁴³⁵

A bíróságok nem csak az internetes rágalalmazási ügyekben,⁴³⁶ hanem az internettel kapcsolatos egyéb ügyek széles körében is alkalmazzák a hatásvizsgálatot. Például egy kaliforniai társaság ellen indított védjegyperben a felperes azt állította, hogy Texasban van helye a joghatóságnak, mivel az alperesnek vitathatatlanul interaktív honlapja volt, amely Texasban elérhető volt.⁴³⁷

⁴³² Az olyan ügyek közül, amelyek a hatásvizsgálat alapján látszanak alakulni, lásd *Panavision Int'l, L.P. v. Toepfen*, 141 F.3d 1316 (9th Cir. 1998); *Neogen Corp. v. Neo Gen Screening, Inc.*, F109. Supp. 2d (724W.D. Mich. 2000), *rev'd*, F282.3d (8836th Cir. 2002); *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, No. 3:99-CV-2339-L, 2000 WL 1030619 (N.D. Tex. July 25, 2000); *Winfield Collection, Ltd. v. McCauley*, 105 F. Supp. 2d 746 (E.D. Mich. 2000); *Search Force v. DataForce Int'l*, 112 F. Supp. 2d 771 (S.D. Ind. 2000); *Euromarket Designs, Inc. v. Crate & Barrel, Ltd.*, 96 F. Supp. 2d (824N.D. Ill. 2000); *Uncle Sam's Safari Outfitters, Inc. v. Uncle Sam's Army Navy Outfitters-Manhattan, Inc.*, 96 F. Supp. 2d 919 (E.D. Mo. 2000); *Nissan Motor Co. v. Nissan Computer Corp.*, 89 F. Supp. 2d 1154 (C.D. Cal. 2000), *aff'd*, F246.3d (6759th Cir. 2000); *Neato, Inc. v. Great Gizmos*, No. 3:99CV958, 2000 WL 305949 (D. Conn. Feb. 24, 2000); *Rothschild Berry Farm v. Serendipity Group LLC*, F84. Supp. 2d (904S.D. Ohio 1999); *Bochan v. La Fontaine*, F68. Supp. 2d (701E.D. Va. 1999); *Millennium Enters., Inc. kontra Millennium Music, L.P.*, 33 F. Supp. 2d 907 (D. Or. 1999); *Blakey kontra Cont'l Airlines, Inc.*, A751.2d (538N.J. 2000).

⁴³³ 465 USA (7831984).

⁴³⁴ *Id.* 789-90.

⁴³⁵ *Core-Vent Corp. v. Nobel Indus. AB*, F11.3d (1482,9th1486 Cir. 1993).

⁴³⁶ *Lásd pl. Planet Beach Franchising Corp. kontra C3Ubit, Inc.*, No. Civ. A. 02-1859, 2002 WL 1870007, at *3 (E.D. La. Aug. 200212.) (a hatásvizsgálat alkalmazásával indokolta a per-sonális joghatóság érvényesítését egy államon kívüli alperes felett egy állítólagosan rágalmazó cikk alapján, amelyet az alperes weboldalán tettek közzé); *Blakey*, A751.2d (a hatásvizsgálat 538alkalmazásával határozta meg, hogy fennáll a joghatóság a nem honos alperesek felett, akik állítólag rágalmazó üzeneteket tettek közzé New Jersey-i székhelyű munkáltatójuk elektronikus hirdetőtábláján).

⁴³⁷ *People Solutions, Inc.*, WL2000 at1030619 *3-4.

Bár a bíróság elismerte a honlap interaktivitását,⁴³⁸ elutasította a joghatóság érvényesítését, mivel nem volt bizonyíték arra, hogy a texasi lakosok ténylegesen vásároltak a honlapról.⁴³⁹

Hasonlóképpen, egy kézműves minták tervezésével kapcsolatos szerzői jogok megsértését állító ügyben egy michigani felperes perelt be egy texasi alperest Michiganban.⁴⁴⁰ A felperes szerint a michigani bíróság megfelelően gyakorolhatta a joghatóságot, mivel az alperes egyrészt interaktív weboldalt tartott fenn, amely a michigani lakosok számára is hozzáférhető volt, másrészt két alkalommal mintákat adott el michigani lakosoknak.⁴⁴¹ Ennek ellenére a bíróság úgy döntött, hogy Michiganban nem volt megfelelő a joghatóság. A *Zippo* keretrendszerét elutasítva a bíróság nem fogadta el azt az elképzelést, "hogy egy interaktív funkciókat tartalmazó weboldal fenntartásának pusztán ténye ipso facto személyes joghatóságot alapoz meg a weboldal szponzorával szemben bárhol az Egyesült Államokban".⁴⁴² Továbbá a bíróság úgy ítélte meg, hogy a két michigani eladás nem elegendő alap a joghatósághoz, mivel azokat egy eBay aukción értékesítették, és így az alperesnek nem volt beleszólása abba, hogy hol vásárolják meg a termékeket.⁴⁴³

Az eBay-en történő értékesítéssel kapcsolatos vita újabb változást jelezhet az ítélkezési gyakorlatban. Ahelyett, hogy a weboldal interaktivitására vagy az alperes tevékenységének egy adott joghatóságban esetlegesen okozott végső hatására összpontosítanak, a bíróságok a joghatósági döntéseket arra alapozhatják, hogy az alperes szándékosan tartalmaz-e magánszemélyeket egy adott államban. Az egyik kommentátor, aki az ilyen célzott vizsgálatot támogatja, így érvelt:

A *Zippo*-megközelítéstől eltérően a célzott elemzés arra törekedne, hogy azonosítsa a felek szándékait, és értékelje az adott joghatóságba való belépés vagy annak elkerülése érdekében tett lépéseket. A célzott elemzés csökkenti a hatásokra való támaszkodást is. elemzés, amely jelentős bizonytalanság forrása, mivel az internet-alapú tevékenység a legtöbb joghatóságban általában azt lehet mondani, hogy bizonyos hatásokat vált ki.⁴⁴⁴

Legalább egy fellebbviteli bíróság (a Kilencedik Körzet) elfogadta a célzott elemzést, és úgy döntött, hogy a joghatóság megfelelő, "ha az alperes állítólag jogellenes magatartást tanúsított olyan felperes ellen, akiről az alperes tudja, hogy a fórum államának lakosa".⁴⁴⁵ Hasonlóképpen, az OECD Con-

⁴³⁸ *Id.* at *3.

⁴³⁹ *Id.* at *4.

⁴⁴⁰ *Winfield Collection*, F105. Supp. 2d at 747.

⁴⁴¹ *Id.* 748.

⁴⁴² *Id.* 751.

⁴⁴³ *Lásd id.* (megállapítva, hogy az árverés eredménye, amelyre az alperesnek kevés befolyása volt, nem teremtett személyes joghatóságot).

⁴⁴⁴ Geist, *Supra* note 412, 1345-46. o.; *lásd még* Perritt, *Supra* note 374, 573. o. ("A célzási koncepció a legjobb megoldás arra az elméleti kihívásra, amelyet az internetes piacokon a magatartás lokalizálásának nehézségei jelentenek.")

⁴⁴⁵ *Bancroft & Masters, Inc. kontra Augusta Nat'l Inc.*, 223 F.3d 1082, 1087 (9th Cir. 2000);

A fogyasztók védelmére vonatkozó iránymutatások, az ⁴⁴⁶Értékpapír- és Tőzsdéfelügyeletnek az internetalapú ajánlatokról szóló szabályzata,⁴⁴⁷ az American Bar Association Global Cyberspace Jurisdiction Project jelentése az internet által létrehozott globális joghatósági kérdésekről,⁴⁴⁸ valamint a Hágai Nemzetközi Magánjogi Konferencia nemzetközi magánjogi egyezménytervezete a joghatóságról és a külföldi bírósági határozatokról ⁴⁴⁹mind tartalmaznak utalásokat a célzásra mint a joghatóság gyakorlásának alapjára.

Mindazonáltal a célzás végül is instabil tesztnek bizonyulhat. Még ha a bíróságok el is fogadják ezt a megközelítést, meg kell határozniuk azokat a kritériumokat, amelyek alapján értékelnük kell, hogy egy weboldal valóban egy adott joghatóságra célzott-e meg. Ez nem lesz könnyű feladat. Például az American Bar Association Internet Jurisdiction Project, az internetes joghatóságról szóló, 2000-ben kiadott globális tanulmány a weboldal nyelvezetét említette, mint az egyik potenciálisan jelentős módját annak meghatározására, hogy egy weboldal üzemeltetője egy adott joghatóságot célzott-e meg.⁴⁵⁰ Az új nyelvi fordítási képességek fejlesztésével azonban a webhelytulajdonosok hamarosan bármilyen nyelven létrehozhatják webhelyeiket, tudva, hogy a felhasználók automatikusan képesek lesznek megtekinteni a következő nyelveket

lásd még Am. Info. Corp. v. Am. Infometrics, Inc., 139 F. Supp. 2d 696, 700 (D. Md. 2001) (ítélet, miszerint "[egy] vállalat értékesítési tevékenysége, amely általánosságban az Egyesült Államok és Kanada területén található ügyfelekre összpontosít, anélkül, hogy a fórumállamra összpontosítana és azt célozná meg, nem eredményez személyes joghatóságot" (belső idézet kihagyva)).

⁴⁴⁶ *Lásd* Gazdasági Együttműködési és Fejlesztési Szervezet,

AZ ELEKTRONIKUS KERESKEDELEMMEK KAPCSOLATOS FOGYASZTÓVÉDELMI IRÁNYMUTATÁSOK 14 (2000) ("A vállalkozásoknak figyelembe kell venniük az elektronikus kereskedelem globális jellegét, és ahol csak lehetséges, figyelembe kell venniük az általuk célba vett piacok különböző szabályozási jellemzőit."), <http://www.oecd.org/pdf/M00000000/M00000363.pdf>.

⁴⁴⁷ Az ajánlatok szabályozása alapvető eleme a szövetségi és egyes amerikai állami értékpapír-szabályozási rendszereknek. Az Egyesült Államokban vagy amerikai személyekkel folytatott üzleti tranzakciók hiányában azonban a felajánlási tevékenység szabályozásához fűződő érdekünk kevésbé kényszerítő erejű. Úgy véljük, hogy a befektetővédelmi aggályainkat a kibocsátók és a pénzügyi szolgáltatók által végrehajtott olyan óvintézkedésekkel lehet a legjobban kezelni, amelyek ésszerűen biztosítják, hogy az offshore internetes ajánlatok ne az Egyesült Államokban vagy amerikai személyeknek szóljanak.

Értelmezés: Exchange Commission, <http://www.sec.gov/rules/interp/33-7516.htm> (1998. március 23.) (belső hivatkozások kihagyva); *lásd még:* *Interpretation: Statement of the Commission Regarding Use of Internet Web Sites to Offer Securities, Solicit Securities Transactions or Advertise Investment Services Offshore*, Securities and Exchange Commission, <http://www.sec.gov/rules/interp/33-7516.htm> (belső hivatkozások kihagyva); *lásd még:* *Interpretation: Use of Electronic Media*, Securities and Exchange Commission, (20004. május) (útmutatás a szövetségi értékpapírjog elektronikus médiára való alkalmazásához), <http://www.sec.gov/rules/interp/34-42728.htm>.

⁴⁴⁸ American Bar Association Global Cyberspace Jurisdiction Project, *A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet*, 55 BUS. LAW. 1801 (2000) [a továbbiakban: ABA, *Global Jurisdiction*].

⁴⁴⁹ Hágai Nemzetközi Magánjogi Konferencia, 321. lábjegyzet, 321. cikk. 7., 0.4a. változat ("[A]z a tevékenység nem tekinthető valamely államra irányulónak, ha a másik fél bizonyítja, hogy ésszerű lépéseket tett annak érdekében, hogy elkerülje a szerződéskötést az államban szokásos tartózkodási hellyel rendelkező fogyasztókkal").

⁴⁵⁰ ABA, *Global Jurisdiction (Globális joghatóság)*, 448, 1923-24. pont.

az oldal a felhasználó által kiválasztott nyelven.⁴⁵¹ Amint azt az egyik kommentátor megjegyzi, "[a]z online környezetben a célzottság értékelésére vonatkozó, általánosan alkalmazható szabványok nélkül a célzottsági teszt valószínűleg további bizonytalanságot hagy maga után".⁴⁵² Így, bár az adaptációs folyamat folytatódik, nem világos, hogy az eredmények kielégítőek lesznek-e akár koncepcionálisan, akár gyakorlatilag.

2. Jogválasztás

A jogválasztás területén hasonló folyamatot láthatunk. Például a nemzetközi szerzői jogi ügyek tekintetében 5a Berni Egyezmény cikke és a nemzeti elbánás szélesebb körű elve már régóta viszonylag stabil jogválasztási szabályokat állapít meg a területi jelleg alapján.⁴⁵³ E rendszer szerint a bíróságoknak annak a helynek a jogát kell alkalmazniuk, ahol a másolás vagy más állítólagos jogsértő cselekmény történt. A digitális technológia és a globális kereskedelem világában azonban már nem állítható meg az a feltételezés, hogy szükségszerűen meg lehet határozni a származási helyet vagy a jogsértés helyét.⁴⁵⁴

Erre válaszul a bíróságok kénytelenek voltak alkalmazkodni. Például az *Itar-Tass orosz hírügynökség kontra Russian Kurier, Inc.*⁴⁵⁵ több oroszországi orosz nyelvű újság beperelt egy amerikai vállalatot, amely az oroszországi újságokat a

⁴⁵¹ Lásd Geist, *Supra* note 412, 1384 n.224. o. (a Google keresőmotor által kínált új automatikus fordítási szolgáltatás leírása); lásd még http://www.google.com/machine_translation.html (utolsó látogatás 2001. november 20.) (amely szerint az olasz, francia, spanyol, német vagy portugál nyelven közzétett oldalakat le lehet fordítani angolra).

⁴⁵² Geist, 1384. o.412.,

⁴⁵³ Berni Egyezmény, 320. lábjegyzet, a 320. cikk. 5(1), 1161 U.N.T.S. at 35 ("A szerzőknek . . . azok a jogok, amelyeket a vonatkozó törvények jelenleg vagy a jövőben biztosítanak a nemzetüknek, valamint a jelen Egyezmény által külön biztosított jogok."); lásd még *id.* 5(2), 1161

U.N.T.S. 35. pont ("[A] védelem mértékét, valamint a szerzőnek a jogai védelme érdekében biztosított jogorvoslati eszközöket kizárólag annak az országnak a jogszabályai szabályozzák, ahol a védelmet igénylik."). Általánosan elfogadott, hogy ez a rendszer "a territorialitás szabályát implikálja". *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.*, 24 F.3d 1088, 1097 (9th Cir. 1994) (en banc). Természetesen az 5. cikk (2) bekezdését úgy is lehet értelmezni, hogy az a *lex fori* szabályát teremti meg, mivel a fórum "annak az országnak tekinthető, ahol a védelmet igénylik". Mindazonáltal a rendelkezés szokásos olvasata szerint a rendelkezés arra az országra vonatkozik, ahol a jogsértés állítólagosan történt. Lásd Graeme W. Austin, *Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Copyright Infringement Litigation*, 23 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1, 24- 25 (1999) (megjegyezve, hogy legalábbis a közelmúltig "a vélemények súlya" ezt az értelmezést támogatta); lásd még: Dinwoodie, *Supra* note at323, n533.196 (Austinra hivatkozva és megállapítva, hogy az 5. cikk (2) bekezdésének elfogadott olvasata az, hogy az arra az országra vonatkozik, ahol a jogsértés állítólagosan történt).

⁴⁵⁴ Lásd *pl.* Dinwoodie, *Supra* 323. lábjegyzet, 535. o. ("A digitális környezetben nehéz meghatározni azt a helyet, ahol az állítólagos jogsértés "történik"; az olyan fogalmak, mint a "közzététel helye" vagy a "származási ország" elveszítik jelentőségüket a globális és digitális világban, ahol a földrajznak kisebb a jelentősége.").

⁴⁵⁵ 153 F.3d (822d Cir. 1998).

Az újságok cikkeinek átdolgozásával és egy orosz nyelvű újság létrehozásával az amerikai terjesztés számára.⁴⁵⁶ A Second Circuit úgy döntött, hogy kizárólag a Berni Egyezmény 5. cikkének (1) bekezdéséből származó, a jogsértés területi helyére vonatkozó szabályt alkalmazza.⁴⁵⁷ A bíróság inkább a szövetségi szokásjogból kiinduló jogválasztási szabályt dolgozott ki. A Re- statement (Second) of Conflicts of Law (Második) of Conflicts of Law alapján, amely szerint a bíróságok annak a helynek a jogát alkalmazzák, amely a legjelentősebb kapcsolatban áll a felekkel és a jogátvitellel, ⁴⁵⁸a Second Circuit az orosz szerzői jogjogot alkalmazta a szerzői jog jogosultjának kérdésére, ⁴⁵⁹de az amerikai jogot alkalmazta a jogsértés kérdésére.⁴⁶⁰

Mindazonáltal még a második kiegészítés rugalmasabb elemzése is elégtelennek bizonyulhat összetett esetekben. A kommentátorok gyakran bírálták a második kiegészítés "legjelentősebb kapcsolat" tesztjét, mert az hajlamos a kormányzati érdekek irányítatlan felsorolásává válni, amelyhez egy konklúziós döntést csatolnak.⁴⁶¹ Ráadásul egy ilyen lista szinte mindig tartalmazza a fórum joghatóságát, különösen a digitális világban, ahol a közzététel egyidejűleg több országban is történhet.⁴⁶² Így, tekintettel arra, hogy a bíróságok inkább a saját joghatóságukat alkalmazzák

⁴⁵⁶ *Id.*

⁴⁵⁷ *Id.* 89-90.

⁴⁵⁸ *Lásd* RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICTS OF LAWS §§ 6, 145, 222 (1971) (a "legjelentősebb kapcsolat" tesztjének artikulálása és azon jogválasztási elvek felsorolása, amelyek alapján a bíróságoknak meg kell határozniuk a jogvitához leginkább kapcsolódó helyet).

⁴⁵⁹ *Lásd: Itar-Tass*, 153 F.3d at 90 (a "felek vagyona" a "legjelentősebb kapcsolatot" mutató állam jogát" alkalmazva).

⁴⁶⁰ Nem világos, hogy a bíróság erre a második következtetésre a *lex loci delicti* rögzített szabályának alkalmazásával vagy a második Restatement megközelítéshez hasonló, szélesebb körű érdekelemzéssel jutott-e el. *Lásd id.* 91. o. (megállapítva, hogy "[a]z Egyesült Államok joga továbbra is az Egyesült Államok jogát alkalmazná, bármennyire is a *lex loci delicti* csak egy szélesebb "érdek" megközelítés egyik részének tekintendő").

⁴⁶¹ A tudósok még az Egyesült Államok hazai kontextusában is bíralták a második Restatement megközelítést. *Lásd pl.*, William L. Reynolds, *Legal Process and Choice of Law*, 56 MD. L. REV. 1371, 1388-89 (1997) (a Second Restatement tudományos kritikáinak összefoglalása); Jeffrey

M. Sámán, *A jogválasztás bizonytalansága: The Restatement (First, Second) and Interest Analysis*, BUFF45. L. REV. 329, 359-60 (1997) (megjegyezve, hogy a kapcsolatokat gyakran "összeszámolják ... legfeljebb a relatív értékre vonatkozó konklúziós és önkényes kijelentésekkel"); *lásd még* James A. Meschewski, *Choice of Law in Alaska: A Survival Guide for Using the Second Restatement*, 16 ALASKA L. REV. 1, 19 (1999) (panaszkodva arra, hogy az iránymutatás hiánya megakadályozza a bírói döntéshozatal hatékony korlátozását, és a leglényegesebb érintkezésekről szóló konklúziós kijelentéseket eredményez).

⁴⁶² *Nat'l Football League v. TVRadioNow Corp.*, 53 U.S.P.Q.2d (BNA) 1831, 1834-35 (W.D. Pa. 2000) (megállapítva, hogy amennyiben az alperesek a szerzői jogi védelem alatt álló műsorszámok interneten keresztül történő közvetítését egy kanadai weboldallal kezdeményezték, a nyilvános előadások az Egyesült Államokban történtek, mivel az Egyesült Államokban lévő felhasználók hozzáférhettek a weboldalhoz, és fogadhatták és megtekintették az alperesek által a szerzői jogi védelem alatt álló anyagok közvetítését).

törvények alapján⁴⁶³ úgy találhatjuk, hogy ez a rugalmas megközelítés kezd egyszerűen úgy kinézni, mint a régi *lex fori*, ahol mindig a fórum joghatóságának joga volt alkalmazandó. Egy ilyen szabály bizonytalanságra ösztönözhet, mivel nem lehet előre tudni, hogy egy adott online közzétételre vagy ügyletre melyik joghatóság szerzői jogát lehet alkalmazni.⁴⁶⁴ E bizonytalanság leküzdése érdekében egyes tudósok azt javasolták, hogy a bíróságok a weboldal szerverének székhelye szerinti jog szerint járjanak el.⁴⁶⁵ Mivel azonban a weboldalak több szerveren tárolt elemeket is tartalmazhatnak, a weboldal helyének meghatározása nehézségekbe ütközhet. Ráadásul, mivel a szervereket bárhol könnyen elhelyezhetik, egy ilyen rendszer a szabályozással való versenyfutást eredményezheti.⁴⁶⁶ Így, akárcsak a bírói joghatóság esetében, a jogválasztási szabályok fejlődése ebben az új környezetben még folyamatban van.

III. A JOGHATÓSÁG TÁRSADALMI JELENTŐSÉGÉNEK FIGYELEMBEVÉTELÉNEK SZÜKSÉGESSÉGE

A II. részben tárgyalt tíz válasz kétségtelenül nem meríti ki azon megközelítések számát, amelyeket a bírák, a kormányzati szabályozók, a jogalkotók és a

⁴⁶³ Lásd pl. Antony L. Ryan, *Principles of Forum Selection*, 103 W. VA. L. REV. 167, (1922000) (különböző példákat hoz fel, és megjegyzi, hogy - legalábbis a hazai kontextusban - "markáns tendencia", hogy a bíróságok saját joguk alkalmazását választják).

⁴⁶⁴ Lásd DAVID CAVERS, *THE CHOICE OF LAW PROCESS* 22-23 (1965) (azzal érvelve, hogy a fo- rum jogi megoldás lehetetlenné teszi, hogy tudjuk, milyen jogot fog alkalmazni, amíg az ember nem cselekszik); lásd még Perry Dane, *Vested Rights, "Vestedness," and Choice of Law*, YALE 96 L.J. (11911987) (azzal érvelve, hogy a *lex fori* megközelítés nincs összhangban a jogállamisággal, mert elveti azt az elképzelést, hogy a jogszabályok olyan normákat tükröznek, amelyek a végrehajtásuktól függetlenül léteznek); Alfred Hill, *The Judicial Function in Choice of Law*, 85 COLUM. L. REV. 1585, 1587-1602 (1985) (a *lex fori* megközelítéstől való eltávolodás leírása mind a kommentátorok, mind a bíróságok körében). De lásd Robert A. Sed- ler, *Interest Analysis and Forum Preference in the Conflict of Laws: A Response to the 'New Critics'*, 34 MERCER L. REV. 593, 595 (1982-1983) (azzal érvelve, hogy a fórumjog alkalmazása hozza a "funkcionálisan legmegfelelőbb és legigazságosabb eredményeket"); Louise Weinberg, *On Departing from Forum Law*, 35 MERCER L. REV. 595, 599 (1983-1984) (azzal érvelve, hogy a fórumpreferencia széles körben osztott politikai aggályokat igazol, mivel a felperes és a fórum érdekei összhangban vannak).

⁴⁶⁵ Lásd pl. Jane C. Ginsburg, *Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace*, 15 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 173 (1997) ("[A]nak a bíróságnak vagy a szervert helye, vagy az alperes lakóhelye szerinti jogot kell alkalmaznia."). Érdekes módon ez a javaslat ellentétben áll az OECD közelmúltbeli adózási ajánlással, amely azt az álláspontot képviseli, hogy a kiszolgált nem elegendő ahhoz, hogy egy joghatóságban való jelenlétet jelentsen adózási célokra. Lásd a kísérelő megjegyzéshez fűzött szöveget. 66.

⁴⁶⁶ Azok a tudósok, akik egy nemzetközi szerzői jogi vitát egy adott ponton, például a kiszolgált helyén kívánnak lokalizálni, a javasolt tesztheikbe számos kikötést építettek be, hogy megakadályozzák az ilyen "versenyek" előfordulását. Lásd pl. Ginsburg, *Supra* Note 465, 161. o. (alternatív tesztek kínál arra az esetre, ha egy ország szerzői jogi törvényei nem megfelelőek). Ahogy azonban Graeme Dinwoodie rámutatott, "ezek a (szükséges) fenntartások elkerülhetlenül elvonják a lokalizációs szabály által biztosított bizonyossági nyereséget. Ha a biztonság és a kiszámíthatóság az oka egy önkényes és rugalmatlan szabály elfogadásának, akkor ez a megközelítés kevésbé vonzóvá válik, ha az elvi előnyök veszélybe kerülnek". Dinwoodie, *supra* note at (323,540)lábjegyzet kihagyva).

a kibertér és a növekvő határokon átnyúló interakciók kihívásainak kezelésére a tudósok kidolgoztak vagy kidolgozhatnak.⁴⁶⁷ Ennél is fontosabb, hogy e felmérés célja nem az, hogy normatív politikai kérdésként elfogadja vagy elutasítsa a válaszok egyikét sem. Sőt, bár a különböző javaslatok néhány előnyét és hátrányát is megemlítettem, a cikk további részében nem áll szándékomban olyan alternatív szakpolitikai megfogalmazást kínálni, amely "megoldja" az összes állítólagos hiányosságot. Ennek eredményeképpen nem térek vissza a legtöbb ilyen konkrét politikai kérdésre.

Ehelyett a kritikai viták e táját áttekintve két megállapítást tehetünk. Először is, a vélemények széles skálája - az I. részben tárgyalt kihívások széles skálájához hasonlóan - azt jelzi, hogy ezek a kérdések változóban vannak, és hogy ezért megérett az idő a joghatóság és a normák határokon átnyúló alkalmazásának alapjául szolgáló alapvető feltételezések újragondolására. Másodsor, és ami még ennél is alapvetőbb, a vita terjedelme arra utal, hogy a vita nem elég széles körű. Bár ezek a válaszok sokfélék (és sokszor ellentmondásosak), úgy tűnik, hogy mindannyian vagy politikai elméleti kérdések körül forognak, amelyek arra vonatkoznak, hogy mikor legitim a bírói vagy közigazgatási hatalomgyakorlás, vagy jogpolitikai kérdések körül, amelyek arra vonatkoznak, hogy melyik a leghatékonyabb vagy leghatékonyabb rendszer a konkrét jogi dilemmák megoldására. Még a decentralizált hatalmat (Johnson és Post)⁴⁶⁸ vagy a transznacionális normák létrehozását (Dinwoodie és Perritt) szorgalmazó megközelítések is nagyrészt a politikai filozófia és a jog irodalma alapján⁴⁶⁹ teszik ezt.

A joghatóság érvényesítése vagy a normák extraterritoriális érvényesítése azonban többről szól, mint pusztán a politikai legitimitás vagy a hatékony vitarendezés kérdéseiről. A joghatóság érvényesítése, mint minden jogi aktus, értelmet adó kulturális terméknek is tekinthető. Mit jelent végül is azt mondani, hogy egy személy, vállalat vagy tevékenység egy közösség joghatósága alá tartozik? És hogyan kapcsolódik a joghatóság eszméje a földrajzi tér, a közösségi tagság, az állampolgárság, a határok és az önmeghatározás fogalmihoz? Bár az internetes joghatóságról és a transznacionális irányító testületek felemelkedéséről szóló viták nagyrészt figyelmen kívül hagyják,

⁴⁶⁷ Nem részleteztem például a különböző javaslatokat arra vonatkozóan, hogy hogyan lehetne a legjobban elosztani az internetes tranzakciók adóját. Ezeknek a javaslatoknak a tárgyalását lásd: RICHARD D. POMP & OLIVER OLDMAN, STATE AND LOCAL TAXATION 13-1-13-97 (4th ed. 2001); Arthur J. Cockfield, *Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation*, 85 MINN. L. REV. 1171 (2001); Charles E. McClure, Jr., *Taxation of Electronic Commerce: Gazdasági célok, technológiai korlátok és adótörvények*, 52 TAX L. REV. 269 (1997); Christopher J. Schafer, *Federal Legislation Regarding Taxation of Internet Sales Transactions*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 415 (2001); William V. Vetter, *Preying on the Web: Adóbeszedés a virtuális világban*, 28 FLA. ST. U. L. REV. 649 (2001).

⁴⁶⁸ *Supra* II.A. rész.

⁴⁶⁹ *Supra* II.G-H. rész.

ezeket az alapkérdéseket komolyan figyelembe kell venni, ha gazdagabb leírást akarunk készíteni a joghatóság szerepéről a globális korszakban.

Ez a rész a joghatóság négy, gyakran figyelmen kívül hagyott aspektusának elkülönítésével kezdi meg egy ilyen beszámoló kidolgozását: a mód, ahogyan a joghatósági szabályok tükrözik és konstruálják a tér társadalmi koncepcióit, a joghatósági szabályok szerepe a közösség uralmának megalapozásában a jogsértő felett, az a folyamat, ahogyan a joghatóság érvényesítése szimbolikusan kiterjeszti a közösség tagságát azokra, akiket a joghatóság hatálya alá vonnak, és az a mód, ahogyan a joghatóság érvényesítése teret nyithat a szuverén hatalmat kihívó normák artikulációjának. A IV. rész ezután elmélyíti a vizsgálatot, és tovább vizsgálja mind a fizikai hely és a közösség közötti feltételezett kapcsolatot, mind pedig azt a feltételezést, hogy a nemzetállam az egyetlen megfelelő közösség a joghatósági célokra. Csak ezeknek a feltételezéseknek az elmozdítása után leszünk abban a helyzetben, hogy egy árnyaltabb normatív modellt alkossunk a joghatóság globalizációjának megértéséhez és kezeléséhez.

A. Joghatóság és a tér társadalmi konstrukciója

A kultúrkritikusok és mások számára mindennapossá vált annak meghatározása, hogy a társadalmi struktúrák hogyan alakítják és korlátozzák a viselkedést, a társadalmi struktúrák és a fizikai terek közötti kapcsolat azonban kevesebb figyelmet kapott.⁴⁷⁰ Mindazonáltal "[a] tér és a hely előállítása egyszerre az emberi cselekvés és a társadalmi kapcsolatok médiuma és eredménye".⁴⁷¹ A tér kulturális konstruálása magában foglalja a "nyilvános" és a "magán" terek között húzott határokat; a közösség által a földhasználatról és a területrendezésről hozott döntéseket; a "természet" mint fogalom és mint fizikai leírás kisajátítását és átalakítását; a kormányzati egységek helyi autonómiáját; a gazdasági, kulturális és társadalmi gyakorlatok végzésére szolgáló speciális helyszínek használatát; a közösségen belüli mozgásminták kialakítását; és "a szimbolikusan terhelt, jelentéssel teli, ideológiát kivetítő helyek és területek kialakítását".⁴⁷²

Ráadásul a *topológiai* tér, amely az általunk választott formális határvonalakból áll, jelentősen különbözik a *társadalmi* tértől, amely a-

⁴⁷⁰ A jogtudományon belül két figyelemre méltó kivételről lásd Terry S. Kogan, *Geography and Due Process: The Social Meaning of Adjudicative Jurisdiction*, 22 RUTGERS L.J. 627 (1991); Richard T. Ford, *Law's Territory (A History of Jurisdiction)*, 97 MICH. L. REV. 843 (1999). Kogan munkája, bár megelőzte a kibertér kialakulását, kifejezetten az ítélkezési joghatóság társadalmi jelentőségével foglalkozott, ezért itt különösen releváns. Az ebben a szakaszban kifejtett vitám nagymértékben Kogan érvelésének köszönhető.

⁴⁷¹ ALLAN PRED, MAKING HISTORIES AND CONSTRUCTING HUMAN GEOGRAPHIES (1990).

⁴⁷² *Id.*

a térnek (lokális és nem lokális), a körülhatárolt terek közötti távolságoknak és az e távolságok áthidalásához szükséges időnek tulajdonított jelentéstartalmakra terjed ki.⁴⁷³ Például egy száz mérföldes autópályát nagyobb utazásnak tűnhet az Egyesült Államok északkeleti részén élők számára, akik hozzászoktak a célállomások közötti viszonylag rövid távolságokhoz, mint a nyugaton élők számára, ahol a városok és falvak szétszórtabbak. Hasonlóképpen, egy ezer mérföldes út ma, a viszonylag olcsó légi közlekedés korában egészen más társadalmi jelentést hordoz, mint száz évvel ezelőtt, még akkor is, ha a topológiai tér ugyanaz marad.⁴⁷⁴ És természetesen Amerika jól dokumentált háború utáni demográfiai eltolódása a városból a külvárosok felé nem pusztán topológiai változás, hanem politikailag és szimbolikusan is jelentős kulturális átalakulás.⁴⁷⁵

A jogi terek kialakítása és a határok kijelölése ráadásul mindig szélesebb körű társadalmi és politikai folyamatokba ágyazódik.⁴⁷⁶ "A jogi kategóriákat anyagi terek konstruálására és megkülönböztetésére használják, amelyek viszont olyan jogi erőre tesznek szert, amely közvetlen hatással van az ezeket a tereket használókra és áthaladókra".⁴⁷⁷ Ausztrália európai meghódításának történetében például az egyes terek - folyók, hegyek, hegyfokok, kapuk, öblök és így tovább - elnevezése a politikai verseny központi pontjává vált.⁴⁷⁸ Az európaiak úgy vélték, hogy az őslakosok nem osztályozták vagy nevezték el a tájat, és ezt az állítólagos "térbeli hiányosságot" "jogi hiányossággá" alakították át: ha az őslakosok nem nevezték el a helyeiket, akkor a gondolkodásmód szerint,

⁴⁷³ Kogan, *Supra* note 470, at 634.

⁴⁷⁴ John Tomlinson a következőképpen írja le ezt a változást:

A globalizált világban a spanyolországi emberek továbbra is 5500 mérföldre vannak a mexikóiaktól, akiket - akárcsak a spanyol hódítókat a tizenhatodik században - egy hatalmas, barátságtalan és veszélyes óceánszakasz választ el egymástól. A konnektivitás azt jelenti, hogy ezt a távolságot ma már másképp éljük meg. Úgy gondolunk az ilyen távoli helyekre, mint amelyek rutinszerűen elérhetőek, akár reprezentatív módon a kommunikációs technológia vagy a tömegmédiá révén, akár fizikailag, egy transzatlanti repülőútra fordított viszonylag kevés idő (és természetesen pénz) révén. Így Mexikóváros már nem jelentősége, hogy 5500 mérföldre van Madridtól: tizenegy óra repülési időre van tőle.

JOHN TOMLINSON, GLOBALIZÁCIÓ ÉS KULTÚRA (41999).

⁴⁷⁵ Az amerikai szuburbanizáció társadalmi-politikai történetéről lásd JOEL GARREAU, *EDGE CITY: LIFE ON THE NEW FRONTIER* (1992); KENNETH T. JACKSON, *CRABGRASS FRONTIER: THE SUBURBANIZATION OF THE UNITED STATES* (1985).

⁴⁷⁶ Lásd NICHOLAS K. BLOMLEY, *LAW, SPACE, AND THE GEOGRAPHIES OF POWER*, at xi (1994) ("A tér jogi reprezentációját úgy kell tekinteni, mint ami a társadalmi és politikai élet komplex, normatív töltésű és gyakran egymással versengő jogi elképzelései által alkotott - és viszont a jog által alkotott - képet.").

⁴⁷⁷ *Id.* 54.

⁴⁷⁸ Lásd: PAUL CARTER, *A BOTANY BAY-ÖBÖRBE vezető út: a tájkép feltárása. AND HISTORY* (1988) (az európai felfedezések és a különböző ausztrál földrajzi jellemzők későbbi elnevezése).

az ő "felfogásuk [volt] olyan gyenge.... [hogy] aligha volt bűncselekmény a birtokba vétele".⁴⁷⁹ Egy másik példával élve, Jeremy Waldron megfigyelte, hogy a közterületek használatára vonatkozó növekvő korlátozások, például az alvásra vagy mosakodásra vonatkozó tevékenységek megtagadják a hajléktalanoktól a lehetőséget, hogy per-ezeket a cselekményeket, mert nincs sem nyilvános, sem magánterület, ahol ezt megtehetnék.⁴⁸⁰

A földrajzi tér társadalmi jelentése magában foglalja azt is, ahogyan egy egyén vagy egy közösség a közösség topológiai vagy társadalmi határain kívül eső személyeket érzékeli. Ahogy az emberek ismerős attitűdöket alakítanak ki azokkal a terekkel szemben, amelyekben laknak, és amelyekben napi tevékenységeiket végzik, az ismeretlen embereket és helyszíneket ijesztően idegennek tekinthetik. Alternatívaként a külső "másokat" tekinthetik hívogatónak, barátságosnak és vendégszeretőnek, vagy titokzatosnak, egzotikusnak és romantikusnak.⁴⁸¹ Az ismeretlen társadalmi terekhez való viszonyulásnak látszólag végtelen sokféle változata létezik. Ezek az attitűdök kontextusba ágyazódnak, és sokféle tényező alakítja és befolyásolja őket, beleértve a politikát, a társadalmi-gazdasági kapcsolatokat és a "másikkal" való érintkezés mértékét.⁴⁸²

A hatásköri szabályok tehát soha nem egyszerűen a kormányzati hatalom leghatékonyabb elosztására vonatkozó haszonelvű számításokból születtek. A joghatóság gyakorlása inkább mindig is része volt annak a módnak, ahogyan a társadalmak a teret kijelölik, a közösségeket körülhatárolják, és fizikai és szimbolikus határokat húznak. Az ilyen határok nem a fizikai világ szerves részeként léteznek; ezek társadalmi konstrukciók. Ennek eredményeképpen a joghatósági szabályok megválasztása tükrözi a közösség tagjainak a földrajzukkal kapcsolatos attitűdjeit és felfogását, a fizikai tereket, amelyekben élnek, és azt, ahogyan a közösség fogalmát meghatározzák.

⁴⁷⁹ *Id.* 64. o.; lásd még ROBERT D. SACK, HUMAN TERRITORIALITY: ITS THEORY AND HISTORY 6-8 (1986) (a területiség hasonlóan laza felfogását írja le a chippewa törzs tagjai körében, amikor az európaiak letelepedtek az Egyesült Államokban).

⁴⁸⁰ Jeremy Waldron, *Hajléktalanság és a szabadság kérdése*, 39 UCLA L. REV. 295, 315 (1991) ("Mivel a magánterületek és a közöttük lévő közterületek kimerítik az összes létező helyet, ezeket a cselekvéseket [mint például az alvás] a hajléktalan személy sehol sem végezheti.").

⁴⁸¹ Ahogy Stuart Hall leírta:

Angolnak lenni annyit tesz, mint megismerni önmagadat a franciákkal, a forróvérű mediterránokkal és a szenvedélyes, traumatizált orosz lélekkel szemben. Körbejáród az egész földgömböt: ha tudod, hogy ki milyen mindenki más, akkor az vagy, ami ők nem. Az identitás ebben az értelemben mindig strukturált reprezentáció, amely csak a negatív szűk látókörön keresztül éri el a pozitívumot.

Stuart Hall, *The Local and the Global: Globalization and Ethnicity*, in CULTURE, GLOBALIZATION AND THE WORLD-SYSTEM: CONTEMPORARY CONDITIONS FOR THE REPRESENTATION OF IDENTITY (19, Anthony 21D. King szerk., 1997).

⁴⁸² Kogan, *Supra* note 470, at 637.

Ennek az alapgondolatnak a közvetítése érdekében hasznos lehet, ha az amerikai jogi szabályozás időbeli változásáról egy - bevallottan túlságosan leegyszerűsített, funkcionalista - beszámolót adunk. Eszerint a területi alapú joghatósági elv, amelyet a tizenkilencedik században az amerikai Legfelsőbb Bíróság a *Pennoyer kontra Neff*⁴⁸³ ügyben fogalmazott meg - amely szerint az államoknak teljes joguk van a területi határaikon belül, de ezeken a határokon kívül nincs joghatóságuk -, részben az Egyesült Államokban akkoriban uralkodó társadalmi tér sajátos felfogásából ered.⁴⁸⁴ Robert Wiebe történész híres megállapítása szerint "Amerika a tizenkilencedik században a szigetközösségek társadalma volt".⁴⁸⁵ A gyenge kommunikáció és a korlátozott interakció miatt ezek a "szigetek" szétszórtnak tűntek, és nem meglepő, hogy a helyi autonómia lett "[a]z amerikai demokrácia szíve".⁴⁸⁶ Bár Franciaországban már régen kialakult a központosított közigazgatás, Wiebe szerint az amerikaiak még mindig nem tudták elképzelni a távoli irányítású kormányzást. Egy ilyen légkörben a földrajzi lojalítások hajlamosak voltak gátolni a társadalom egészével való kapcsolatokat. "A párthovatartozás ... a közösség vagy a szomszédság által szűken körülírt életekből nőtt ki. Azok számára, akik a szomszédos várost vagy a következő háztömböt idegen területnek tekintették, az ilyen kifinomult, mélyen átélt lojalitás egyszerre szolgált védekezésül a kívülállókkal szemben és a belső identifikáció eszközeként".⁴⁸⁷

A tizenkilencedik század előrehaladtával - így szól a történet - a hatalmas társadalmi-gazdasági változások látszólag "idegen" jelenléteket hoztak a szigetközösségekbe. A bevándorlók voltak a legnyilvánvalóbb idegenek, de talán legalább ennyire ijesztő volt az olyan hatalmas távoli erők megjelenése, mint a biztosítótársaságok, a nagyiparosok, a vasút és maga a nemzeti kormány. Jelentős, hogy ezeket a fenyegetéseket nagyrészt térben fogalmazták meg. Wiebe szerint az amerikaiak a közösségi önrendelkezés megerősítésével és a régi szokások és értékek megőrzésével reagáltak a "külső" inváziótól.⁴⁸⁸

Ilyen társadalmi kontextus mellett nem meglepő, hogy a korszak joghatósági szabályai az állam területi határait hangsúlyozták. Valószínű, hogy a másik államban folytatott pereskedés terhei messze meghaladták az egyszerű utazással járó időt és költségeket, bármennyire is jelentősek voltak ezek a terhek. Éppen úgy, mint az im-

⁴⁸³95 USA (7141877).

⁴⁸⁴ Lásd *id.* 722. o. (megállapítva, hogy az államnak jogában áll "lakosainak polgári jogállását és jogképességét" meghatározni, és szabályozni a tulajdon kezelését, de "egyetlen állam sem gyakorolhat közvetlen joghatóságot és hatalmat a területén kívüli személyek vagy vagyon felett").

⁴⁸⁵ ROBERT H. WIEBE, A REND KERESÉSE: (1967).

⁴⁸⁶ *Id.*

⁴⁸⁷ *Id.* 27.

⁴⁸⁸ *Id.* 52-58. Erről a korszakról szóló fiktív beszámolót, amely ezt a leírást konkretizálja, lásd: WILLA CATHER, MY ANTONIA (Houghton Mifflin Co. 1926) (1918).

fontos volt az a *pszichés* teher, hogy egy idegen államban kellett megvédeni magunkat, ami aligha különbözhetett attól a gondolattól, hogy egy idegen országban kell megvédeni magunkat. Egy 1874-es pennsylvaniai állami bírósági határozat, amelyet nem sokkal *Pennoyer* előtt hoztak, jól szemlélteti ennek a pszichikai tehernek a mértékét.⁴⁸⁹ Az ügyben egy New York-i lakos vitatta a pennsylvaniai joghatóságot. A bíróság elismerte, hogy a pennsylvaniai bíróság csak "néhány óra vasúti útra" van New Yorktól, de ennek ellenére úgy döntött, hogy az alperes nem perelhető személyesen, részben azért, mert "semmi sem lehet igazágtalanabb, mint egy embert több ezer mérföldre, talán egy távoli államból elhurcolni, és valójában arra kényszeríteni, hogy megjelenjen".⁴⁹⁰ A bíróság figyelmen kívül hagyta az adott esetben viszonylag csekély szó szerinti terhet, és ehelyett arra a kísértetre összpontosított, hogy egy "távoli államba", amely "több ezer mérföldre" található, "elhurcolják". Sőt, a határozat úgy tűnt, hogy más államokat külföldi országokkal tesz egyenlővé, utalva egy "távoli államban vagy külföldi országban élő alperesre . . . [aki] ennek a számára külföldi bíróságnak a joghatósága alá kerül".⁴⁹¹ Ezek a passzusok arra utalnak, hogy a más államban való de- fending legalább olyan fontos volt a pszichés jelentősége, mint az utazás szó szerinti nehézségei.

Az államon kívüli pereskedéssel járó szó szerinti és pszichikai terhek egyaránt megváltoztak a huszadik századforduló városi ipari forradalmának eredményeként, amely forradalom alapvetően megváltoztatta az amerikai társadalmi teret. A gazdasági és kormányzati tevékenységeket egyre inkább távolról, személytelen vezetők irányították központosított helyeken. Egy ilyen világban egy másik államot valószínűleg kevésbé tekintettek idegen országnak, mint inkább egy újabb távoli hatalmi központnak, csak egy a sok "névtelen, bürokratikus, szabályozó szerv közül egy egyre összetettebb társadalomban".⁴⁹²

Emellett a közlekedés és a kommunikáció fejlődése is hozzájárult ahhoz, hogy a területiség mint az amerikaiak által a saját terükön értelmezett központi kategória meggyengült. "Amíg a mindennapi élet nagymértékben a helyi viszonyokra összpontosult, addig az államhatár a világ peremét szimbolizálta, és minden, ami ezen a határon kívül volt, idegen és idegen volt".⁴⁹³ A mobilitás növekedésével azonban az amerikaiak rendszeresen átlépték az államhatárokat vonattal, autóval és repülővel, ami elkerülhetetlenül csökkentette azt az érzést, hogy más helyek idegenek. A rádió és a televízió térhódítása azt jelentette, hogy más államokban zajló események a mindennapi tudat rendszeres részévé válhattak. "A fizikai disz-

⁴⁸⁹ *Coleman fellebbezése*, Pa75. 441 (1874).

⁴⁹⁰ *Id.* at (4571874).

⁴⁹¹ *Id.* Valóban, jogi szempontból más államokat az alapítás óta, még a polgárháború után is egy ideig úgy kezeltek, mint a külföldet.

⁴⁹² Kogan, *Supra* note at (470,651 idézetek kihagyva).

⁴⁹³ *Id.* 652.

tance mint társadalmi akadály kezdett megkerülhetővé válni a kommunikációs "távolság" lerövidülésével.⁴⁹⁴ Ezek a kommunikációs és közlekedési ad- vanenciák megerősítették azt a funkcionális kölcsönös függőséget, amely az Egyesült Államokat a huszadik század folyamán jellemezte. Ennek eredményeképpen ma már szinte mindannyiunkat rendszeresen befolyásolnak a messze lévő emberek, intézmények és események.

Ebben a megváltozott társadalmi térben az a felhívás, hogy egy másik állam bíróságán védekezzenek, továbbra is kényszer maradt, de a terheket már nem szigorú területi szempontok szerint érzékelték. Más szóval, bár számos gazdasági és gyakorlati teher megmaradt, a pszichikai teher már nem volt olyan erős. Így nem meglepő, hogy az *International Shoe a Pennoyer* szigorúbb területi rendszerét rugalmas "méltányossági" teszttel helyettesítette.

Amint azt korábban említettük, ez az amerikai joghatósági szabályok változásának túlzottan leegyszerűsített bemutatása. E vita céljaira azonban elég világosan kifejti a lényegét: a tér politikai és társadalmi felfogásában bekövetkezett változások legalábbis részben a jogi értelmezés változásainak kontextusát képezik. Így, bár egyesek azt kérdezhetik, miért kell újragondolnunk a jogi joghatóságról alkotott elképzeléseinket, a valóság az, hogy a joghatósági szabályok mindig is fejlődtek, és ez a fejlődés mindig is a tér, a távolság és a közösség változó társadalmi konstrukcióira reagált.

A globális kapitalizmus és az internet térhódításával felmerül a kérdés, hogy a társadalmi tér értelmezése ismét eltolódott-e? Vitatható, hogy az emberek világszerte nagyobb mértékben osztoznak a gazdasági téren, mint valaha, nagyrészt az online interakciók növekedésének köszönhetően. A modern elektronikus kommunikációs, nyilvántartási és kereskedelmi kapacitások lehetővé tették, hogy a világ pénzügyi piaci olyan hatalmassá váljanak, hogy az egyes területi kormányok intézkedései ehhez képest gyakran hatástalannak tűnnek.⁴⁹⁵ Az olyan alapvető szolgáltatásokat, mint a számítógépes programozás, könnyen "át lehet szállítani" a nemzetállamok határain, sőt multinacionálisan is lehet termelni. Az áruk nemzetközi gyártása és forgalmazása azt jelenti, hogy az ország - sőt, a világ - különböző részein élő közösségek egyre gyakrabban ugyanazokat a márkás termékeket vásárolják és ugyanazokban az üzletekben vásárolnak. Az online közösségek (már amennyiben hajlandóak vagyunk közösségeknek nevezni őket) teljesen figyelmen kívül hagyják a területi jelleget, és ehelyett a közös érdekek köré szerveződnek. Az emberek többet repülnek, mint valaha, utazásaik során magukkal viszik a telefont és a laptopot, és e-mailben tartják a kapcsolatot.

⁴⁹⁴ JOSHUA MEYROWITZ, NO SENSE OF PLACE: THE IMPACT OF ELECTRONIC MEDIA ON SZOCIÁLIS VISELKEDÉS (1161985).

⁴⁹⁵ Lásd a 701-04. lányszöveget és a kísérőszöveget (a globális korporációk és pénzügyi piaci tevékenység mértékének, valamint e tevékenységnek a kormányzati intézményekre, például a központi bankokra gyakorolt hatásának tárgyalása).

Mindezek a változások radikálisan átformálják az embereknek a földrajzhoz való viszonyát.⁴⁹⁶ Ahogy Joshua Meyrowitz közel húsz évvel ezelőtt megfigyelte, az elektronikus média "a fizikai hely és a társadalmi "hely" szinte teljes szétválasztását" eredményezi. Amikor telefonon, rádión, televízión vagy számítógépen keresztül kommunikálunk, az, hogy fizikailag hol vagyunk, már nem határozza meg, hogy szociálisan hol és kik vagyunk".⁴⁹⁷ Meyrowitz rámutatott, hogy történelmileg a kommunikáció és az utazás szinonimák voltak, és csak a táviró feltalálásával vált lehetővé, hogy a szöveges üzenetek gyorsabban mozogjanak, mint ahogyan egy hírnök el tudta volna vinni őket.⁴⁹⁸ Így "a különböző helyek közötti információs különbségek elkezdtek erodálódni".⁴⁹⁹ Ráadásul a társadalmi környezetet a résztvevők bevonásával és kizárásával meghatározó határok - beleértve a falakat, ajtókat, szögesdrótokat és más fizikai és jogi akadályokat - nagy része kevésbé jelentős egy olyan világban, ahol "az információhoz való hozzáférés és a helyekhez való hozzáférés közötti, egykor egybehangzó kapcsolat nagymértékben meggyengült".⁵⁰⁰

Az ilyen változások miatt lehetséges, hogy a külföldi dzsiddió pszichés terhei ma már kevésbé jelentősek, mivel a külföldi és a külföldi országok közötti kapcsolatunk megnövekedett...

⁴⁹⁶ Egyesek úgy fogalmazták meg ezt a változást, mint a tér és az idő megtapasztalásának és reprezentálásának megváltozását. *Lásd pl.*, ANTHONY GIDDENS, THE CONSEQUENCES OF MODERNITY (641990) (a mai magasabb szintű "tér-idő eltávolodás" problémájának leírása, amely a helyi és távoli társadalmi formákat szétfeszítette); TOMLINSON, *Supra* note 474, 4-5. o. (leírja, hogy a repülőutak hogyan alakítják át a "térbeli tapasztalatot időbeli tapasztalattá"). Ebben a tekintetben érdekes összekapcsolni ezt a változást a művészetekben bekövetkezett változásokkal. A képzőművészetben például Friedland és Boden megfigyelte, hogy a korai reneszánsz festészet lineáris perspektívájának bukása az euklideszi geometria újrafelfedezésével és a térbeli ábrázolás, például a térképek megjelenésével együtt történt. Roger Friedland & Deirdre Boden, *NowHere: An Introduction to Space, Time and Modernity*, in NOWHERE: SPACE, TIME AND MODERNITY 1, 2 (Roger Friedland & Deirdre Boden eds., 1994) (idézi Denis Cosgrove, *Prospect, Perspective, and the Evolution of the Landscape Idea*, in TRANSCRIPTS 10 OF THE INSTITUTE OF BRITISH GEOGRAPHERS 45, 46-48 (1985)). A tizenkilencedik század végén az impresszionisták "fragmentálták a fényt (és így az időt)". *Id.* 1-2. o. Ezután a posztimpresszionisták, mint például Cézanne, "új nyelvet építettek, felhagyva a lineáris és légi perspektívával, és a térbeli elrendezéseket a színek modulációiból eredeztetve". *Id.* at 2 (idézi CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE SELF: A MODERN IDENTITÁS KIALAKULÁSA 468 (1989)). A kubisták még tovább mentek, "egyidejű képeket szolgáltatva ugyanarról a pillanatról a tér különböző pontjairól, és egyetlen jelenet több nézetét különböző időpontokban". *Id.* at 2; *lásd még* Stephen Kern, *Cubism, Camouflage, Silence, and Democracy: A Phenomenological Approach*, in NOWHERE: SPACE, TIME AND MODERNITY, *supra* at 163, 167 (leírva, hogy az olyan művészek, mint "Picasso és Braque a térnek ugyanazokat a színeket, textúrákat és szubsztancialitást adták, mint az anyagi tárgyaknak, és a tárgyakat és a teret úgy áthatolták, hogy szinte megkülönböztethetetlenek legyenek"). Hasonlóképpen a modern regény fejlődése - olyan könyvekkel, mint MARCEL PROUST, REMEMBRANCE OF THINGS PAST (C.K. Scott Moncrieff & Terence Kilmartin ford., 1954); JAMES JOYCE, FINNEGANS WAKE (1939); és VIRGINIA WOOLF, MRS. DALLOWAY (1925) - szintén a tér és az idő közötti egyenlet változását aknázza ki.

⁴⁹⁷ MEYROWITZ, *Supra* note at 494, 115.

⁴⁹⁸ *Lásd id.* at (a távirótechnológia hatásának 116leírása).

⁴⁹⁹ *Id.*

⁵⁰⁰ *Id.* 117.

idegen helyeken. Másrészt viszont úgy érezhetjük, hogy a globális gazdasági rendszer közeledtével még inkább ragaszkodnunk kell a lokalitáshoz.⁵⁰¹ Ráadásul a "mi" mindkét forgatókönyvben problematikus. Végül is a különböző társadalmi csoportok és egyének nagyon különböző mértékben vannak kitéve az információ, a tőke és az emberi migráció globális áramlásának, és különböző mértékben ellenőrzik azt.⁵⁰² Mindazonáltal a lényeg az, hogy ha a joghatósági szabályok egyszerre tükrözik és konstruálják a társadalmi teret, akkor további vizsgálatokra van szükség ahhoz, hogy jobban megértsük a közösségi hovatarozás, a fizikai elhelyezkedés és a személyes identitás közötti kapcsolatot egy olyan világban, ahol a területi határok és a földrajzi távolságok jelentősége megkérdőjeleződik.

B. Joghatóság és a közösségi dominancia érvényesítése

Amikor egy vétkes a társadalom erkölcsi kódexével ellentétes módon viselkedik, a közösség kétféleképpen tekinthet a vétkesre. Először is, a közösség összezárhatja sorait azáltal, hogy magát a vétkes ellenében határozza meg, és a vétkest pusztán *külső* fenyegetésként kezeli. Másodszor, a közösség követelhet uralmat a szabálysértő felett azáltal, hogy a szabálysértőt a közösség tagjaként fogja fel, aki egy *belsőnek* tekinthető vétséget követett el.

A fenyegetés belső vagy külső fenyegetésként való meghatározása részben joghatósági kérdés. Amikor egy közösség jogi joghatóságot gyakorol, ~~szintén~~ érvényesíti uralmát egy szereplő felett. Ez a joghatósági hatókör arra szolgálhat, hogy az egyébként külső fenyegetésnek tekintett fenyegetést belső ítélkezési gyakorlattá alakítsa át. Ennek megfelelően a joghatóság érvényesítése a közösségek egyik módjának tekinthető a káosz domesztikálására.

Korábban már írtam a középkori Európában és az ókori Görögországban meglepően elterjedt és elterjedt gyakorlatról, miszerint a középkori Európában és az ókori Görögországban a bíróság elé állított ani-

⁵⁰¹ Vö. GIDDENS, *Supra* 496. lábjegyzet, 65. o. ("A globalizált társadalmi kapcsolatok fejlődése valószínűleg a nemzetállamokhoz (vagy egyes államokhoz) kötődő nacionalista érzések bizonyos aspektusainak csökkentését szolgálja, de okozati összefüggésben lehet a lokálisabb nacionalista érzelmek erősödésével.").

⁵⁰² Doreen Massey ezt a "tér-idő tömörítés hatalmi geometriájának" nevezi. MASSEY, *Supra* note 30, 149. o., 149. o. Szembeállítja azokat, akik "felelősek" a tér-idő-kompresszióért - "a jet-setterek, akik faxokat és e-maileket küldenek és fogadnak, nemzetközi konferenciahívásokat tartanak... filmeket terjesztenek, híreket irányítanak, befektetéseket szerveznek" - azokkal, akik sok fizikai mozgást végeznek, de nem ugyanúgy "felelősek" a folyamatért. *Id.* Ezek közé az emberek közé tartoznak például az illegálisan a határokat illegálisan átlépő, papírokkal nem rendelkező migráns munkavállalók, vagy azok, akik elveszítik munkájukat az olcsóbb külföldi munkaerő miatt, vagy azok, akiknek a megélhetését a globális valutaingadozások befolyásolják. Így a tér, a távolság és a közösség meghatározásának társadalmi elképzelései természetesen maguk is változatosak és vitatottak.

állatok és élettelen tárgyak, amelyek kárt okoztak az embereknek.⁵⁰³ Bár az ilyen perek távolinak tűnhetnek a mai igazságszolgáltatási szabályokról szóló vitáktól, úgy vélem, hogy megvilágítják az ilyen szabályok szimbolikus tartalmát. Az állatok által okozott erőszakos cselekményekre vagy fosztogatásra adott válaszlépések eldöntésekor a közösségek azzal a választási lehetőséggel szembesültek, hogy a cselekményeket belső vagy külső fenyegetésnek tekintsék. Az érzéketlen ágensek által okozott véletlenszerű erőszakos cselekmények kétségtelenül a törvénytelen mély érzését keltették: nem annyira a törvények megszegésétől való félelmet, hanem a sokkal rosszabb félelmet, hogy a világ talán egyáltalán nem is törvényes hely.⁵⁰⁴ E félelem leküzdéséhez talán elengedhetetlen volt, hogy az állatokra ne úgy tekintsenek, mint a kívülre ható, ellenőrizhetetlen természeti erők, hanem mint a közösség tagjaira, akik valóban megszeghetik a közösség törvényeit. Az állatok feletti uralom érvényesítésével a közösségek tagjai biztosíthatták magukat arról, hogy még ha meg is sértették a társadalmi rendet, legalább van *valami* rend, és nem egyszerűen differenciálatlan káosz.

Ahogy az állatperek implicit módon azt a szimbolikus üzenetet közvetítették, hogy a nem emberi jogsértők mindazonáltal emberi ellenőrzés alá tartoznak, úgy a joghatóságról alkotott mai elképzeléseink is továbbra is ahhoz kapcsolódnak, hogy miként határozzuk meg a közösség határait és azt, hogy kinek kell az uralmon belül lennie. A joghatóságnak ez a gyakorlása önmagában is része lehet a társadalmi normaszegést követő gyógyulási folyamatnak. Például egy hibás termék által károsított személy tehetetlennek érezheti magát, hogy befolyásolhassa egy távoli, látszólag ellenőrizhetetlen vállalat viselkedését. Valójában, míg a középkori Európában az állatokat ellenőrizhetetlen "másnak" tekintették, addig ma a globális kapitalizmus termékei ugyanígy tűnhetnek a pusztítás külső erőinek, amelyek csak saját törvényeiknek engedelmessé válnak. Azzal, hogy a vállalatot helyi joghatóság alá vonják, az egyén és a közösség úgy érezheti, hogy visszanyerte az irányítást világa felett.

Végül, a közösségi uralom érvényesítésének igénye is jelentős része lehet annak a vágnak, hogy jogi és kvázi jogi eljárásokkal reagáljanak az olyan atrocitásokra, mint a háborús bűnök, a népiirtás vagy az emberiesség elleni bűncselekmények. A

⁵⁰³ Lásd Paul Schiff Berman, *Egy megfigyelés és egy furcsa, de igaz "mese": What Might the Historical Trials of Animals Tell Us About the Transformative Potential of Law in American Culture?*, 52 HASTINGS L.J. 123 (2000) [a továbbiakban: Berman, *Transformative Potential of Law*] (az állatkísérletek tárgyalása alapján vizsgálja a jogi eljárások figyelmen kívül hagyott társadalmi előnyeit); Paul Schiff Berman, *Note, Rats, Pigs, and Statues on Trial: The Creation of Cultural Narratives in the Prosecution of Animals and Inanimals Objects*, 69 Y.U. L. REV. 288 (1994) (az állatperek történetének áttekintése és elemzése szerepe a közösség gyógyulásának segítésében a társadalmi rend megsértése után).

⁵⁰⁴ Nicholas Humphrey, *Foreward to E. P. EVANS, THE CRIMINAL PROSECUTION AND CAPITAL PUNISHMENT OF ANIMALS*, at xxv (paperback ed., Faber & Faber Ltd. 1987) (1907) (a görögök és a középkori európaiak azon erős félelmének megfogalmazása, hogy "Isten kockáztat a világegyetemmel").

Például a náci háborús bűnösnek vádolt Klaus Barbie néhány évvel ezelőtti franciaországi tárgyalása vitathatatlanul kevésbé a személy megbüntetésére irányult (aki a tárgyalás idején már rendkívül idős és egészségkárosodott volt), mint inkább Franciaország tekintélyének és kontrolltudatának megerősítésére egy szörnyű és kaotikus emberi tragédia után.⁵⁰⁵

Az online kommunikáció térnyerése fokozott nyomást gyakorolhat arra, hogy a közösség uralja a kívülállók tevékenységét. Egy idegen weboldal könnyen áthághatja a közösség határait és veszélyeztetheti a közösség rendjét. Például olyan anyagok, amelyeket egy közösség esetleg be akar tiltani, mégis könnyen hozzáférhetők a közösség határain kívül eső weboldalokról. Hasonlóképpen, egy olyan közösség, amely szigorú fogyasztóvédelmi törvényeket fogad el a vállalati tevékenység szabályozására, fenyegetve érezheti magát, ha a külső vállalkozások az internetes értékesítésen keresztül kijátszhatják a helyi törvényeket.⁵⁰⁶ Ezek a "külső" fenyegetések a helyi normák semmibe vételére irányulnak.

Ennek fényében érthetjük meg a kerületi bíróság látszólag különleges álláspontját az e cikkben korábban tárgyalt utasításkészlet-ügyben.⁵⁰⁷ Ott a bíróság úgy döntött, hogy ha egy magánszemély honlapja egy közösségben hozzáférhető, akkor a közösség igényt tarthat az adott személy feletti uralomra.⁵⁰⁸ Hasonlóképpen, a *Yahoo!* ügyben eljáró francia bíróság úgy tűnik, hogy a weboldalt olyan erőnek tekintette, amely "belépett" Franciaországba, és ezért a közösségi törvények hatálya alá tartozik.

Így a közösségbe az interneten keresztül "betolakodó" kívülállóval szembeni joghatóság érvényesítésének készítése a külső káosz domesztikálása érdekében az uralom érvényesítésének szükségességéhez kötődik. Másrészt a joghatósági kirakós játék egészen másképp fog kinézni, ha az online interakciót nem úgy fogjuk fel, hogy idegen weboldalak "küldenek" információt egy közösségbe, hanem úgy, hogy a közösség tagjai úgy döntenek, hogy egy idegen oldalra "utaznak" információszerezés céljából. Ennek megfelelően az online interakció konceptualizálására szolgáló nyelvi metaforák is segíthetnek meghatározni, hogy az emberek hogyan alakítanak ki intuíciót a joghatósági kérdésekkel kapcsolatban.

⁵⁰⁵ Lásd Guyora Binder, *A náciizmus képviselése*: YALE98 L.J. (1321,19891322) (a tárgyalás szándékát "pedagógiai jellegűnek" nevezi).

⁵⁰⁶ Az ilyen e-kereskedelmi kérdések miatt az Európai Unió az elmúlt években többször is irányt változtatott az internetes értékesítésre vonatkozó joghatóság tekintetében. Lásd az 57-61. lábjegyzeteket (az ilyen változtatásokat tárgyalva).

⁵⁰⁷ *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.*, F937. Supp (161D. Conn. 1996); lásd még a 416-418. lábjegyzeteket kísérő szöveget (az *Instruction Set*-ügy tárgyalása).

⁵⁰⁸ *Instruction Set*, 937 F. Supp., 165. o.

C. Joghatóság és a közösségi tagság kiterjesztése

Az előző szakasz azt tárgyalta, hogy a joghatóság gyakorlása részben a közösségi *uralom* szimbolikus megerősítéseként működik. Ennek a megfigyelésnek az a következménye, hogy a joghatóság gyakorlása szimbolikusan is kiterjeszti a közösségi *tagság* egy formáját. Amint azt fentebb tárgyaltuk, egy valódi kívülállóval szemben vagy külső fenyegetésként harcolnak, vagy teljesen figyelmen kívül hagyják. A joghatóság gyakorlásával egy közösség olyan narratívát konstruál, amelyben a kívülálló nem igazán kívülálló, hanem valamilyen módon tagja a közösségnek, és aláveti magát annak normáinak.

Ennek a jelenségnek egy meglehetősen szélsőséges példája az iszlám vezető által Salman Rushdie író ellen benyújtott halálos ítélet. Valószínű, hogy ha én is ugyanazt a regényt írtam volna, mint Rushdie, akkor sem bántak volna velem ugyanígy. Ehelyett valószínű, hogy engem mint kívülállót elutasítottak volna, vagy ad hoc módon, mint pusztán külső fenyegetést vették volna célba. A halálos ítélet tehát azt tükrözi, hogy Rushdie-t az iszlám közösség *tagjának* tekintették. Még a joghatóságnak ez az erőszakos gyakorlása is a közösségi tagság kiterjesztését szolgálta.

Hasonlóképpen, a háborús bűnösök vagy az emberi jogok megsértőinek felelősségre vonásával ragaszkodunk ahhoz, hogy a vádlottak a világgözösség tagjai legyenek. Ennek megfelelően a joghatóság érvényesítése nevelő eszköznek tekinthető, nem pedig egyszerűen a kényszerítő hatalom gyakorlásának. A közösség tulajdonképpen azt üzeni az alpereseknek, hogy tagsági kötelék fűzi őket másokhoz, és ezért nem kényszeríthetik csak úgy büntetlenül az akaratukat. Eközben a joghatóság érvényesítése implicit módon azt az üzenetet is közvetíti a nyilvánosság felé, hogy a védők nem emberalattiak, és nem is a kaotikus sors művei, hanem a világgözösség tagjai, akiket teljes emberi mivoltukban kell kezelni, és az emberi jog szerint kell büntetni őket.

A joghatóságnak mint a közösségi tagság megerősítésének ez az elképzelése a helyreállító igazságszolgáltatást célzó alternatív jogi eljárások - például az igazságügyi bizottságok mint a társadalmi megbékélés mechanizmusának egyre szélesebb körű alkalmazása - hasznosságának értékelésében is fontos lehet.⁵⁰⁹ Például,

⁵⁰⁹ Például olyan országokban hoztak létre igazságügyi bizottságokat, mint Argentína, Bolívia, Chile, El Salvador, Guatemala, Haiti, a Fülöp-szigetek, Ruanda, Szomália, Dél-Afrika, Szomália, Uruguay, Uruguay és a Fülöp-szigetek. *Lásd* PRISCILLA B. HAYNER, UNSPEAKABLE TRUTHS: CONFRONTING STATE TERROR AND ATROCITY 291-97 (2001) (1982 óta létrehozott húsz igazságügyi bizottság felsorolása); MARTHA MINOW, BETWEEN VENGEANCE AND FORGIVENESS: FACING HISTORY AFTER GENOCIDE AND MASS VIOLENCE 53-54 (1998) (az igazságügyi bizottságok létrehozásának leírása afrikai és dél-amerikai országokban); Michael P. HAYNER, UNSPEAKABLE TRUTHS: CONFRONTING STATE TERROR AND ATROCITY 291-97 (2001) (az igazságügyi bizottságok létrehozásának ismertetése); Michael P. Scharf, *The Case for a Permanent International Truth Commission*, DUKE 7 J. COMP. & INT'L L. 375, 377-78 (1997) (az igazságügyi bizottságok rövid története és az egyes országokban történő létrehozásuk részletezése). Valóban, "az igazságügyi bizottságok elszaporodtak, és ma már minden diktatúrából vagy háborúból kilábaló ország szeretne egyet. Ebben az évben Nigéria, Ghána, Sierra

a dél-afrikai igazság és Megbékélési Bizottság (TRC) eljárásai megkísérelték, hogy mind az áldozatok, mind az elkövetők számára helyreállítsák a pszichikai tagságot a dél-afrikai közösségben. A TRC megkövetelte, hogy az amnesziát kérő elkövetők a bizottság előtt való megjelenéssel elismerjék a közösség jogát, majd a közösséghez forduljanak, és nyílt fórumon számoljanak be gaztetteikről.⁵¹⁰ Hasonlóképpen, az áldozatok, akiket évekig nem ismertek el a dél-afrikai közösség teljes jogú tagjaiként, lehetőséget kaptak arra, hogy beszéljenek fájdalmukról, és belépjenek a közösség jogrendszerébe, ahelyett, hogy kívül maradnának rajta. A TRC-eljárás tehát hallgatólagosan kifejezte azt a reményt, hogy az áldozatok, a sértettek és a nézők egyaránt integrálódhatnak az új dél-afrikai közösségbe.

Még a hétköznapi jogi eljárásokban is fontos lehet a közösségi tagság joghatóságon keresztül történő érvényesítésének gondolata. Például, míg egy közösségnek szüksége lehet arra, hogy egy távoli vállalat termékei fölötti uralmát érvényesítse, hogy némi kontrollt érezzen a látszólag véletlenszerű szerencsétlenségek felett, addig egy multinacionális vállalat a helyi joghatóság lehetséges ~~gátlás~~ miatt sok különböző helységi vállalati polgáraként képzelheti el magát. Ennek megfelelően a joghatóság gyakorlása arra ösztönözheti a vállalati tisztviselőket, hogy átgondolják a vállalati központjuk határain túlmutató közösségek iránti felelősségérzetüket.

Ezen túlmenően a bíróság joghatóságának érvényesítésére való képesség adhat az embereknek *egyfajta* közösségi tagságérzetet. Például a börtönlakók, akik polgári jogi kereseteket nyújtanak be a bántalmazó örök ellen, megerősítve érezhetik magukat pusztán azért, mert képesek hivatkozni a bíróság joghatóságára. Az eredménytől függetlenül, az a tény, hogy a rabok panaszait - ha csak rövid időre is - meghallgatják és figyelembe veszik, a társadalom marginális tagjainak nagyobb közösségi hovatartozás-érzést adhat.⁵¹¹ Ennek eredményeképpen a közösségi dominancia érvényesítése előnyös lehet mind a közösség számára, amely kontrollt gyakorolhat az egyébként ellenőrizhetetlen viselkedés felett, mind pedig az ~~egy~~ számára, aki a jogi eljárás révén *egyfajta* közösségi tagságra tesz szert. Még a büntetőjogi vádlottat is implicit módon a közösség tévúton járt tagjának tekintik (és ezért bizonyos jogokat megtart).

Leone, Peru, Panama, Kelet-Timor, Jugoszlávia, Bosznia és Dél-Korea mindegyike megkezdte vagy folyamatban van." Tina Rosenberg, *Designer Truth Commissions*, N.Y. TIMES, 2001. december 9., 6. § (Magazine), 66. o.; lásd még HAYNER, *supra*, 5. o. (az indonéziai, kolumbiai és boszniai igazságügyi bizottságok lehetőségét tárgyalva).

⁵¹⁰ Lásd MINOW, *Supra* 509. lábjegyzet, 55-57. o. (a TRC amnesztia megadásához kapcsolódó feltételek leírása).

⁵¹¹ Lásd Roland Acevedo, *Thoughts of an Ex-Jailhouse Lawyer*, N.Y. L.J., Aug. 5, 1998, 2. o. (a börtönben raboskodók pszichológiai hasznát írja le annak, hogy perelhetnek a bíróságon, még ha a per végül sikertelen is).

nem pedig egy tisztán külső páriának (akinek nincsenek jogai).⁵¹²

A közösségi tagság állítása az internetes joghatósággal kapcsolatos viták szempontjából is releváns. Amint azt már korábban tárgyaltuk, az elektronikus kommunikáció növekedése szorosan összefügg a növekvő globális gazdasági és pszichológiai egymásrautaltságunkkal.⁵¹³ Az online interakciók hozzájárulnak a kívülállókka kapcsolatos tudatosságunkhoz és a velük való kapcsolat érzéséhez. Az emberek a fizikai közelségtől függetlenül barátságokat és üzleti kapcsolatokat alakítanak ki, sőt, akár még szerelembe is eshetnek az interneten. Számos olyan lelki kötelék, amelyet egy korábbi korszakban csak a helyi ~~köz~~határain belül osztottunk meg, ma már messze túlmutat egyetlen földrajzi helyen. A gazdasági és pszichológiai egymásrautaltság e változása miatt nem lenne meglepő, ha a közösséghez tartozás definíciója is megváltozna. És ha a joghatóság az egyik módja annak, hogy kifejezzük a ~~köz~~ tartozással kapcsolatos intuíciónkat, akkor a joghatósági szabályoknak is fejlődniük kell. ~~Erre~~ esetben azt kockáztatjuk, hogy egy olyan jogi doktrína csapdájába esünk, amely már nem tükrözi a modern élet valóságát, ahogyan az Egyesült Államok is csapdába esett a huszadik század első felében, amikor a bíróságok a *Pennoyer-féle* szigorú területi szabály kiterjesztéséért küzdöttek.

D. Joghatóság és az alternatív normák érvényesítése

Hozzászoktunk ahhoz, hogy a joghatósági igényeket egy szuverén jogalany kizárólagos hatáskörének tekintjük. A joghatóság érvényesítése azonban teret nyithat olyan normák megfogalmazásának is, amelyek a szuverén hatalom alternatívájaként vagy akár ellenállásaként működnek. A XVII. századi Angliában például a common law bíróságok elkezdtek tiltó végzéseket kibocsátani, hogy megakadályozzák, hogy a rivális Court of High Commission bizonyos ügyeket tárgyaljon.⁵¹⁴ Erre válaszul egyes kritikusok azzal érveltek, hogy a common law bíróságok túlterjeszkednek, és hogy azt a kérdést, hogy melyik bíróság rendelkezik megfelelő joghatósággal egy ügy tárgyalására, csak a király döntheti el, mert az összes bíróság hatalma

⁵¹² De lásd DAVID GARLAND, THE CULTURE OF CONTROL: CRIME AND SOCIAL ORDER IN CONTEMPORARY SOCIETY 1-3 (2001) (az Egyesült Államokban és Nagy-Britanniában az 1970-es évek eleje óta a bűnözés-ellenőrzési modelltől a bűnügyi rehabilitációval foglalkozó, "a büntető érzelmek és kifejező gesztusok hivatalos politikája felé való visszahúzódság, amely furcsán archaikusnak és egyenesen antimodernnek tűnik").

⁵¹³ Lásd MEYROWITZ, *Supra* note 494, 115-17. o. (az elektronikus média és a társadalmi határok eróziója közötti kapcsolatról).

⁵¹⁴ Lásd CATHERINE DRINKER BOWEN, AZ OLYAN ÉS A HORGON: AZ ÉLET ÉS TIMES OF SIR EDWARD COKE 295 (1956) (elmagyarázza, hogyan támada Sir Edward Coke az Ec- clesiastical High Commissiont tiltó végzésekkel); 12 EDWARD COKE, REPORTS OF SIR EDWARD COKE (42E. Nutt et al. eds., 4th ed. 1738) (1655) (tárgyalja a végzések használatát *Nicholas Fuller's Case-ben*).

tőle származó bírák.⁵¹⁵ A *Prohibitions del Roy című* művében Lord Coke úgy írja le magát, mint aki a király hatalmának ilyen jellegű jellemzéseire válaszolt:

[Igaz, hogy Isten kiváló tudományokkal és a természet nagyszerű adottságaival ruházta fel Őfelségét; de Őfelsége nem volt járatos az angol királyság törvényeiben. Ezen a király nagyon megbotránkozott, és azt mondta, hogy akkor a törvény alatt kellene állnia, ami hazaárulás volt, ahogy ő mondta; erre én azt mondtam, hogy Bracton azt mondja: *Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege* [hogy a király ne ember alatt legyen, hanem Isten és a törvény alatt].⁵¹⁶

Coke tehát nem volt hajlandó a királyt a jog területén kívülre vagy fölé helyezni.

Azzal, hogy kihívta a királyt, és megerősítette a common law bíróságok joghatóságát, Coke a jog elsőbbségét állította még a szuverén hatalommal szemben is. Ezzel azonban megfosztotta a bíróságokat attól az "intézményes védelemtől ... amely rendszerint a bíróságok mögött áll", és végrehajtja a bíróságok rendelkezéseit.⁵¹⁷ Végtere is, ki érvényesíti a joghatóságot, ha a király áll ~~santa~~? Ez a történet világossá teszi, hogy a bíróságok gyakorolhatnak az állam irányító hatalmától független (és talán azzal ellentétes) hatalmat, és hogy az ilyen hatalom gyakorlása kockázatos, és mindig a közösségek (és a kényszerítő hatóságok) szélesebb körű elfogadásától függ az idő múlásával. A kockázat ellenére azonban maga a joghatóság retorikai érvényesítése fontos hatással bírhat.⁵¹⁸ Például az, hogy Coke megemlékezett erről a joghatósági állításról a traktátusában, kétségtelenül része volt a királyok hatalmának korlátozására és a magasabb rendű jogállamiság érvényesítésére irányuló felvilágosodási mozgalomnak. Így egyenes vonalat láthatunk Coke-tól Thomas Paine-ig, aki kijelentette, hogy az új Amerikai Egyesült Államokban "a törvény a király".⁵¹⁹

Természetesen közhely, hogy a bíróságok nem rendelkeznek saját kényszerítő erővel, így attól függnék, hogy az államok és az egyének hajlandóak-e követni a bírósági utasításokat. Ezt a megállapítást gyakran használják érvként magának a nemzetközi jognak a jelentéktelensége mellett: mivel az ilyen "jog"

⁵¹⁵ *Lásd pl.*, 12 COKE, *supra* note 514, 63. o. (a vita leírása arról, hogy kinek van auctoritása dönteni a joghatóságról a *Prohibitions del Roy*, 77 Eng. Rep. 1342 (K.B. 1607)); *lásd még* BOWEN, *supra* note 514, at 303-04 (a király "abszolút hatalmáról és hatásköréről" szóló vita tárgyalása a jogviták eldöntésére).

⁵¹⁶ 12 COKE, *fenti* 514,65. lábjegyzet.

⁵¹⁷ Cover, *Supra* note 2, at 186.

⁵¹⁸ Bizonyos bizonyítékok arra utalnak, hogy Coke verziója nem pontos, és hogy valójában kapitulált a király hatalma előtt. *Lásd* BOWEN, *supra* note, 514,305-06. o. (megjegyzik, hogy egyes történészek elutasították Coke beszámolóját, más tizenhetedik századi bizonyítékokra támaszkodva, amelyek arra utalnak, hogy Coke valóban a király kegyeibe vetette magát). Még ha ez így is van, azonban a traktátusában szereplő retorikai joghatósági állításnak még mindig lehet per- suasive értéke az idők folyamán.

⁵¹⁹ THOMAS PAINE, *Common Sense*, in THE COMPLETE WRITINGS OF THOMAS PAINE (I, Philip 29 S. Foner szerk., 1945) (1776).

a tiszta hatalom reálpolitikai igényeinek van alárendelve, így az érvelés szerint valójában nem is jog.⁵²⁰ A hazai jog azonban lényegében hasonló, mert a bíróságok csak annyiban gyakorolhatnak hatalmat, amennyiben valaki kényszerítő hatalommal rendelkezik, és úgy dönt, hogy végrehajtja a hozott jogi ítéleteket.⁵²¹

A jog lényege tehát az, hogy a jövőre vonatkozó, törekvő ítéleteket hoz, amelyek ereje attól függ, hogy az ítéletek pontosan tükrözik-e azon közösségek fejlődő normáit, amelyeknek engedelmeskedniük kell. Ha ez így van, akkor a területen kívüli jogalkotást lényegében hasonlóan tekinthetjük a területi határokon belüli jogalkotáshoz. Hogy a Yahoo! franciaországi perét vegyük példának,⁵²² igaz, hogy a bíróság parancsa csak akkor végrehajtható, ha egy amerikai hatóság hajlandó végrehajtani azt, de ugyanennek a bíróságnak a Yahoo! francia leányvállalatával szemben hozott döntése hasonlóan függ egy szuverén végrehajtó hatalmától. Végül is, ha a francia kormány végrehajtó ága megtagadná a leányvállalattal szembeni végzés végrehajtását, akkor annak a végzésnek nem lenne nagyobb ereje, mint az amerikai anyavállalattal szembeni végzésnek.

Ha a joghatóság érvényesítése mindig a közösségi joghatóság érvényesítése, akkor minden bírósági döntés az adott közösség beleegyezésén és más közösségek hajlandóságán alapul, hogy elismerjék és érvényre juttassák a joghatósági érvényesítést. Ez egyfajta "jogi természetű törvény"⁵²³, amelyben a joghatósági kijelentések kizárólag a retorikai és a jogalkalmazói jogkörökön múlik.

⁵²⁰ Ezt az álláspontot leggyakrabban az úgynevezett "nemzetközi kapcsolatok realistaival" hozzák kapcsolatba. *Lásd* Anne-Marie Slaughter Burley, *Nemzetközi jog és nemzetközi kapcsolatok elmélete: A Dual Agenda*, AM87. J. INT'L L. (205,1993206) (a "realista kihívás" leírása, ~~ami~~ "az a dacos szkepticizmus ... hogy a nemzetközi jog valaha is többet játszhatna, mint epifé- nomenális szerepet a nemzetközi élet rendezésében"). A realista szemlélet szerint az államok a nemzetközi térben mindig csak saját nemzeti érdekeik szerint cselekszenek. Így a jog irreleváns. Az egyetlen releváns törvények a politika "törvényei", a politika pedig "harc a hatalomért". *Lásd* HANS J. MORGENTHAU, *POLITIKA A NEMZETEK KÖZÖTT: (1949)* ("A nemzetközi politikát nem lehet jogi szabályokra és intézményekre redukálni.").4.

⁵²¹ Természetesen az a kérdés, hogy van-e alapvető különbség a ~~nemzetközi~~ és a belső jog között, vita tárgyát képezi a politikaelméletben. *Lásd általában* Kimberly Hutchings, *Political Theory and Cosmopolitan Citizenship*, in *COSMOPOLITAN CITIZENSHIP* 3 (Kimberly Hutchings & Roland Dannreuther szerk., 1999) (áttekintést nyújtva a vita különböző álláspontjairól). Ez a vita meghaladja e cikk kereteit. Csak azt jegyzem meg, hogy a nemzetközi joggal kapcsolatos számos nemzetközi kapcsolatokkal kapcsolatos realista ellenvetést az amerikai jogi realisták és a kritikai jogi tanulmányok kutatói a ~~hazai~~ joggal kapcsolatban is megfogalmazták. *Lásd pl.* Laura A. Dickinson, *Using Legal Process to Fight Terrorism: De- tentions, Military Commissions, International Tribunals, and the Rule of Law*, 75 S. CAL. L. REV. 1407, 1477-78 (2002) (a nemzetközi kapcsolatok realista állításait összekapcsolja a kritikai jogelméletek hazai joggal kapcsolatos érveivel).

⁵²² *Lásd fentebb* az I.D. részt (a Yahoo! ügy elemzése).

⁵²³ Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 58 (1983). A "joghatóság természetes jogának" és a normáknak a jogi legitimitás megteremtésében játszott szerepének tárgyalását lásd a 783-93. lábjegyzet *alatti* szövegben.

a normák artikulációjának ereje, hogy hűségre csábítsanak. Így egy korábbi bíróság ítéletének végrehajtására felkért bíróságnak mindig mérlegelnie kell, hogy a korábbi ítélet megfelelően szólt-e egy releváns közösség nevében, és hogy az ítéletben megfogalmazott anyagi jogi normák vonzóak-e annak eldöntése érdekében, hogy a joghatósági állítást és az anyagi jogi normákat el kell-e ismerni.

* * * * *

Miután azonosítottuk azt a négy módot, ahogyan a joghatóság érvényesítése társadalmi jelentést konstruál és tükröz, még meg kell vizsgálni, hogy a jogi joghatóság elfogadott fogalmai mennyiben felelnek meg a mai világban érvényesülő társadalmi jelentéseknek. A területileg rögzített határok továbbra is a joghatósági tér megkülönböztetésének elsődleges módja, és a nemzetállamok továbbra is az elsődleges joghatósági ~~körök~~ közege. Mennyire jól illeszkedik ez a jogi felfogás a társadalmi térhez? Az ilyen kérdésre adott választ nem lehet a jogi szintéren hagyni, ahol a vita gyakran a történelmi precedensről, a politikai filozófiáról vagy a gazdasági hatékonyságról szóló vitákra korlátozódik. Ehelyett a joghatóság és a tér, a határok és a ~~körök~~ társadalmi felfogása közötti kapcsolat olyan téma, amely a legkülönbözőbb tudományágak elméletíróit kell, hogy foglalkoztassa. Ezek az elméleti szakemberek segíthetnek egy összetettebb képet alkotni arról a világról, amelyre a joghatósági szabályokat ráerőltetik. A joghatóság alternatív koncepciói felé is utat mutathatnak, amelyek a világ e komplexebb szemléletén alapulnak és azt tükrözik. A joghatóság új koncepciói hozzájárulhatnak az emberek által az életük során megtapasztalt közösségi ~~kapcsolatok~~ sokféleségének pluralistább megértéséhez. Ez a cikk ezután megvizsgálja e tudományosság néhány elemét annak érdekében, hogy megkérdőjelezze a fizikai hely, a területi határok és a nemzetállami szuverenitás tekintélyét, amelyet a kortárs joghatósági rendszerekben általában feltételeznek.

IV.

A NEMZETÁLLAM ÉS A TÁRSADALMI/TÖRTÉNELMI KONSTRUKCIÓJA TÉR, KÖZÖSSÉG ÉS HATÁROK

Ez a rész az antropológia, a szociológia, a politikatudomány és a kultúratudományok hatalmas szakirodalmát tekinti át a határokról, a területi ~~határokról~~ a nemzetállami szuverenitásról, valamint a hely és a létezés kulturális konstrukciójáról. Először is foglalkozom azzal a feltételezéssel, hogy egy kulturálisan vagy etnikailag egységes közösség és egy fizikai hely között valamilyen módon "természetes" kapcsolat áll fenn, és arra utalok, hogy a társadalmi és politikai folyamatok hajlamosak arra, hogy a fizikai helyről alkotott elképzeléseket megkonstruálják, illetve hogy azok által konstruáltak legyenek. Ezért egyik joghatósági rendszer sem szükségszerűen "természetesebb", mint bármelyik másik. Másodszor, áttekintem a nemzet modern felfogásának történelmi kialakulását.

állam, rámutatva, hogy a rögzített területi határok között működő szuverén nemzetállamok eszméje viszonylag új keletű, és sajátos történelmi és politikai folyamatok eredménye. Harmadszor, részletesebben megvizsgálom magának a közösségnek az eszméjét, és azt, hogy a nemzetállamot milyen módon gondolhatjuk úgy, mint egy elképzelt közösséget, amely narratív konstrukciókra épül. Negyedszer a közösségi hovatartozás számos olyan formáját fogom megvizsgálni, amelyek alternatívát kínálnak a nemzetállammal szemben.

Ez a szakirodalom együttesen megkérdőjelez minden olyan elképzelést, amely szerint a nemzeti határok valahogy természetes módon vagy elkerülhetetlenül meghatározzák a joghatóságot. Ehelyett ezek a szerzők az identitással, a területiséggel, a közösséggel és a szuverenitással kapcsolatos feltételezéseket kérdőjelezzik meg, és feltárják, hogy a földrajzi határok, a közösség, a személyes identitás és a nemzetállami ~~határ~~ közötti állítólagos egyenes kapcsolat problematikus, esetleges, társadalmilag konstruált és vitatott. Az elemzések azt sugallják, hogy a területi alapú joghatóság koncepciója nem a politikai szerveződés megmásíthatatlan velejárója. Ez a szükségszerűen rövid áttekintés így teret nyit a joghatóság pluralistább ~~koncept~~ kreatív elképzelése előtt, amelyek figyelembe veszik az emberek közösségi hovatartozásának és identitásának sokféle módját.

A. A kultúrák, népek és helyek feloldása a kikötőktől

A joghatóságról szóló jogi viták gyakran a tér látszólag problémamentes felosztására épülnek, különösen arra az elképzelésre, hogy a társadalmak, nemzetek és kultúrák "természetesen" diszkontinuus tereket foglalnak el. Ez a feltételezés figyelmen kívül hagyja annak lehetőségét, hogy a területi joghatóság gyakran inkább politikai és társadalmi identitásokat *hoz létre*, mintsem hogy azokat tükröznék.⁵²⁴ Valójában maga a területiség eszméje - amelyet úgy is felfoghatunk, mint "földrajzi stratégiát az emberek és dolgok ellenőrzésére a terület"⁵²⁵ ellenőrzésével" - maga is társadalmi gyökerű.⁵²⁶ Ezért,

⁵²⁴ Lásd Ford, *Supra* note 470, 844. o. ("A joghatóságok meghatározzák az őket elfoglaló emberek identitását."). Ahogy Henri Lefebvre megjegyezte: "A tér nem egy ideológiától vagy politikától elvonatkoztatott tudományos tárgy; mindig is politikai és stratégiai volt". Henri Lefebvre, *Reflections on the Politics of Space*, in: 8 ANTIPODE (30,1979),31

⁵²⁵ SACK, *supra* note at 479,5.

⁵²⁶ A területiség társadalmilag konstruált természete az, ami lehetővé teszi az elméletalkotók számára, hogy a globalizációs folyamatok tekintetében a "deterritorializációról" beszéljenek. A deterritorializációval kapcsolatos irodalomra példaként lásd: NÉSTOR GARCÍA CANCLINI, *HYBRID CULTURES: STRATEGIES FOR ENTERING AND LEAVING MODERNITY* (Christopher L. Chiappari & Silvia L. López trans., 1995); MIKE FEATHERSTONE, *UNDOING CULTURE: GLOBALIZATION, POSTMODERNISM AND IDENTITY* (1995); GLOBALIZATION AND TERRITORIAL IDENTITIES (Zdravko Mlinar szerk., 1992); SERGE LATOUCHE, *THE WESTERNIZATION OF THE WORLD* (Rosemary Morris trans., 1996); JAMES LULL, *MEDIA, COMMUNICATION, CULTURE: A GLOBAL APPROACH* (1995); ARMAND MATTELART, *MAPPING WORLD COMMUNICATION: WAR, PROGRESS, CULTURE* (Susan Emanuel & James A. Cohen ford., 1994); DAVID MORLEY & KEVIN ROBINS, *SPACES OF IDENTITY: GLOBAL MEDIA, ELECTRONIC LANDSCAPES AND CULTURAL BOUNDARIES* (Az identitás terei: globális médiumok, elektronikus tájképek és kulturális határok); ARMAND MATTELART, *MAPPING WORLD COMMUNICATION: WAR, PROGRESS, CULTURE* (Susan Emanuel & James A. Cohen ford., 1994).

a területiség fogalma attól függ, hogy "az emberek hogyan használják ... a földet, hogyan szerveződnek a térben, és hogyan adnak jelentést a helynek".⁵²⁷ Abban a szigorú kísérletben, hogy kidolgozzuk annak társadalmi megértését, hogyan épül fel valójában a tér, a topográfia hatalma hajlamos elhomályosítani a hatalom topográfiáját.⁵²⁸

Az elmúlt években többek között az antropológusok egyre inkább megkérdőjelezték a kultúra és a fizikai hely közötti feltételezett összefüggést. Történelmileg az antropológia abból az elképzelésből indult ki, hogy az emberi különbségek világát úgy lehet elképzelni, mint különálló társadalmak sokféleségét, amelyek mindegyike saját kultúrával rendelkezik. Ez a központi feltételezés tette lehetővé, hogy a huszadik század első éveitől kezdve ne csak "kultúráról", hanem "kultúráról" beszéljünk. Az implicit kiindulópont a különálló, individuális világnézetek feltételezett létezése volt, amelyeket egyes "népekhez", "törzsekhez" vagy "nemzetekhez" lehetett hozzárendelni.⁵²⁹

A közösségnek ez az individuális felfogása, amely a jogi vitákban még mindig oly erőteljes, már nem felel meg az antropológusok felfogásának vagy a néprajz gondolatának "A különálló, integrált kulturális rendszerek ilyen világa helyett ... a politikai gazdaságtan az antropológiai tekintetben olyan társadalmi és gazdasági folyamatok irányába fordította, amelyek még a legelszigeteltebb helyi környezetet is összekötik a tágabb világgal."⁵³⁰ Amint azt számos kommentátor megfigyelte, a kulturális különbség többé már nem alapulhat területi alapon, mert a késő tőke tömeges migrációi és a transznacionális kultúráramlások miatt

(1995); Appadurai, *Supra* note. 7.

⁵²⁷ SACK, *supra* note at 479,2.

⁵²⁸ Lásd Akhil Gupta & James Ferguson, *Beyond "Culture": CULTURE, POWER, PLACE: EXPLORATIONS IN CRITICAL ANTHROPOLOGY*, *supra* note 3, at 33, 35 ("The presumption that spaces are autonomous has enabled the power of topography successfully to conceal the topography of power."); *see also* LIISA H. MALKKI, PURITY AND EXILE: VIOLENCE, MEMORY, AND NATIONAL COSMOLOGY AMONG HUTU REFUGEES IN TANZANIA 5 (1995) (utalva arra, hogy "a nemzetállamok kortárs rendszere miként alkot hegemon topográfiát"); *vö.* Ford, *Supra* note, 470,859. o. ("A nemzetállamok ideológiai alapja elsősorban ... az organizmus; a nemzetekről azt gondolják, hogy "egy népet" képviselnek, amely egyszerre megkülönböztető és viszonylag homogén. A franciákat nemcsak a nyelv, hanem valami, amit 'kultúrának' neveznek: gyakorlatok, jelentős műtárgyak, hiedelmek, stílusok, egy bizonyos je ne sais quoi.").

⁵²⁹ Lásd Akhil Gupta & James Ferguson, *Kultúra, hatalom, hely: Ethnography at the End of an Era*, in *CULTURE, POWER, PLACE: EXPLORATIONS IN CRITICAL ANTHROPOLOGY*, *supra* note at 3, (a "kultúra" fogalmának leírásával); *lásd még* ULF HANNERZ, TRANSNATIONAL CONNECTIONS: CULTURE, PEOPLE, PLACES 20 (1996) ("A népesség, egy terület, egy forma, valamint a politikai szerveződés egysége és a ... kultúrák közötti organikus kapcsolat eszméje ... rendkívül sikeres volt, és az egész világon ... legalábbis vezérelvként terjedt el."); GEORGE W. STOCKING, JR., RACE, CULTURE, AND EVOLUTION 202-03 (1968) (Franz Boas hatásának tárgyalása a "kultúra" meghatározásában).

⁵³⁰ Gupta & Ferguson, 529. lábjegyzet, a következőnél 2.

izmus.⁵³¹ Így az utóbbi időben az a feladat, hogy megértsük "azt, ahogyan az identitás és a kulturális különbség kérdései új módon térbelivé válnak".⁵³²

Ennek megfelelően az antropológusok azt állítják, hogy egyre inkább a "kreolizálódó világ" "globális kulturális ökumenéjében"⁵³³ élünk.⁵³⁴ Hasonlóképpen, a szociológusok megkísérelték felváltani a hagyományos hangsúlyt a behatárolt "társadalmakra" egy "olyan kiindulóponttal, amely annak elemzésére összpontosít, hogy a társadalmi élet hogyan rendeződik térben és időben...".⁵³⁵ Mindkét tudományágban egyre több erőfeszítést láthatunk tehát arra, hogy feltárják "a helyteremtés és az emberteremtés összefonódó folyamatait a nemzetállam összetett kulturális politikájában".⁵³⁶

Mindazonáltal azt a feltételezést, hogy egy kulturálisan egységes csoport (egy "törzs" vagy egy "nép" vagy akár egy "polgárság") természetesen kötődik "saját" területéhez, nehéz megingatni, mert az ilyen feltételezések olyan mélyen gyökereznek a modern tudatban.⁵³⁷ Például pusztán az a tény, hogy a mai térképek "országok" gyűjteményére utalnak, a térnek a területi vonalak mentén eleve töredezett képét alkotja, ahol a különböző színek különböző nemzeti társadalmaknak felelnek meg, amelyek mindegyike helyhez kötöttek tűnik.⁵³⁸

⁵³¹ Lásd pl. HANNERZ, *Supra* 529. lábjegyzet, 8. o. ("Mivel az emberek a jelentéseikkel együtt mozognak, és mivel a jelentések még akkor is megtalálják az utazás módját, amikor az emberek helyben maradnak, a területek nem igazán tudják befogni a kultúrákat."); Appadurai, *supra* note 7, 33. o. (nem-territoriális "tájak" készletét javasolja a "tájak" mint vizsgálati területek újbóli elhelyezésére); Friedland & Boden, *supra* note 496, 42. o. ("A populációk és szimbólumok körférfia fokozatosan aláássa a terület és a kultúra közötti alapvető kapcsolatot, a hely és az identitás közötti kapcsolatot."); lásd még TOMLINSON, *supra* note 474, 106-49. o. (a deterritorializáció hétköznapi megtapasztalásának hétköznapi módjait tárgyalja a mindennapi életben).

⁵³² Gupta & Ferguson, *Supra* 529. lábjegyzet, 3. o.; lásd még Austin Sarat & Thomas R. Kearns, *The Unsettled Status of Human Rights: An Introduction*, in HUMAN RIGHTS: CONCEPTS, CONTESTS, CONTINGENCIES 1, 13 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns szerk., 2001) (megjegyezve "a kultúra új értelmezését, amelyben a belső pluralitás, töredezettség és viták tudatosítása felváltja a korábbi tendenciákat, hogy a kultúrákról mint ... egységes egészekről beszéljünk").

⁵³³ Ulf Hannerz, *Notes on the Global Ecumene*, PUB. CULTURE, 1989 tavasz, 66. o.; Robert J. Foster, *Making National Cultures in the Global Ecumene*, ANN20. REV. ANTHROPOLOGY 235 (1991); lásd még Appadurai, *supra* note 7, 28. o. (azzal érvelve, hogy "az ökumené egy olyan, egymást átfedő halmaza [kezdet] kialakulni, amelyben a pénz, a kereskedelem, a hódítás és a migráció összefonódása ... tartós, társadalmakon átívelő köteleket hoz létre"); Arjun Appadurai & Carol A. Breckenridge, *Szerkesztői megjegyzések*, PUB. CULTURE, Fall 1988, at 1, 1 ("[T]he emergent public cultures of many nation-states . . . a kozmopolita-izmus új formáinak központjait képezik számos nyelvi és kulturális ökumenében").

⁵³⁴ Ulf Hannerz, *A világ a kreolizációban*, AFR5. 546 (1987).

⁵³⁵ GIDDENS, 496. sz. jegyzet, 64. o.

⁵³⁶ Gupta & Ferguson, *Supra* note 529, at 4; lásd még *id.* ("[A]ll asszociációk hely, emberek és kultúra társadalmi és történelmi alkotások, amelyeket meg kell magyarázni [vagy igazolni], nem pedig adott természeti tények.").

⁵³⁷ Lásd Gupta & Ferguson, *Supra* 528. lábjegyzet, 40. o. (megkérdőjelezve "azt a nemzeti szokást, hogy az államok és területeik polgárainak társulását természetesnek tekintik").

⁵³⁸ *Id.* 34. o.; lásd még Ford, *Supra* 470. lábjegyzet, 866-67. o. (a joghatóságok kialakulását összekapcsolva).

Az ilyen térképeket nézve "az iskolások olyan megtévesztően egyszerűen hangzó hiedelmeket tanulnak, mint hogy Franciaország az, ahol a franciák élnek, Amerika az, ahol az amerikaiak élnek, és így tovább".⁵³⁹ Pedig mindannyian tudjuk, hogy Amerikában nem csak amerikaiak élnek, és persze maga a kérdés, hogy mi számít "igazi amerikainak", vitatott és változó. Ennek ellenére "feltételezzük egy kultúra ('amerikai kultúra'), egy nép ('amerikaiak') és egy hely ('Amerikai Egyesült Államok') természetes társítását", és ezért "a nép és a hely ~~azon~~ szilárdnak, közmegegyezésesnek és elfogadottnak állítjuk be, holott valójában vitatottak, bizonytalanok és változóban vannak".⁵⁴⁰ A joghatóságnak ez a természetessé tétele azt jelenti, hogy "maga a tér egyfajta semleges ráccsá válik, amelyre a kulturális különbség, a történelmi emlékezet és a társadalmi szerveződés [be van] írva".⁵⁴¹ Ennek eredményeképpen, bár a tér társadalmi és politikai konstrukciója a jogi rendezés alapvető aspektusa, a vállalkozás konstruált jellege eltűnik az analitikus látószögéből.⁵⁴²

A geográfusok, bár történelmileg ők is hajlamosak voltak "természetes" kapcsolatot feltételezni egy nép, a föld és a jogi intézmények között,⁵⁴³ egyre inkább felismerik a társadalomban⁵⁴⁴ a térszerkezet hatalmát és politikáját, valamint a térképek szimbolikus jelentőségét.⁵⁴⁵ A térképek gyakran funkcionálnak

a térképészet fejlődéséhez).

⁵³⁹ Gupta & Ferguson, 528. l.ábjegyzet, a következőnél 40.

⁵⁴⁰ *Id.*

⁵⁴¹ *Id.* 34.

⁵⁴² Lásd Ford, *Supra* note 470, 854. o. (megállapítva, hogy "a joghatósági tér a társadalmi kapcsolatok és az erőforrások elosztásának elfedésére szolgálhat").

⁵⁴³ Lásd *pl.*, ELLEN CHURCHILL SEMPLE, INFLUENCES OF GEOGRAPHIC ENVIRONMENT (511911) ("[H]uman activities are fully intelligible only in relation to the various geographic a világ különböző részein ösztönző körülmények. Ezért az antropológiát, szociológiát és történelmet a földrajznak kell áthatnia."), *újranyomtatva*: FORMATIVE INFLUENCES OF LEGAL DEVELOPMENT 215, 216-17 (Albert Kocourek & John H. Wigmore szerk., 1918).

⁵⁴⁴ Lásd BLOMLEY, *Supra* note 476, 42. o. ("Recent geographic scholarshphas a térnek egy olyan szemléletmódot fogadott el, amelyet relációs szemléletnek tekinthetünk. Az olyanokra támaszkodva, mint Le- febvre, egyes teoretikusok a teret egyszerre tekintik társadalmilag előállítottnak és társadalmilag konstitutívnek, valamint a hatalmi viszonyokba mélyen beágyazottnak" (idézet kihagyva)). Példák az ilyen kritikai cal geography, lásd JOHN A. AGNEW, PLACE AND POLITICS: THE GEOGRAPHICAL MEDIATION OF STATE AND SOCIETY (1987); CULTURAL ENCOUNTERS WITH THE ENVIRONMENT: ENDURING AND EVOLVING GEOGRAPHIC THEMES (Alexander B. Murphy & Douglas L. John- son eds., 2000); PRED, *supra* note 471; ALLAN PRED & MICHAEL JOHN WATTS, REWORKING MODERNITY: CAPITALISMS AND SYMBOLIC DISCONTENT (1992); EDWARD W. SOJA, POSTMODERN GEOGRAPHIES: THE REASSERTION OF SPACE IN CRITICAL SOCIAL THEORY (1989); WINICHAKUL THONGCHAI, SIAM MAPPED: A GEO-TEST TÖRTÉNETE NATION (1994); Doreen Massey, *Politics and Space/Time*, NEW LEFT REV., Nov.-Dec. 1992, 65. o.; Allan Pred, *Place as Historically Contingent Process: Structuration and the Time- Geography of Becoming Places*, 74 ANNALS ASS'N AM. GEOGRAPHERS 279 (1984); N.J. Thrift, *On the Determination of Social Action in Space and Time*, 1 ENV'T & PLAN. D: SOC'Y & SPACE (1983)23.

tion, mint "az állam szinte tökéletes képviselője".⁵⁴⁶ A legtöbb térkép egyrészt egyenletesen fedi le az ország területét, másrészt hierarchikusan rendezi azt, a legjelentősebb helyeket "szimbolikusan a középpontban, és a periférián lévő államokat a szimbólumok használatával alacsonyabb rendű kormányzati szerveknek jelöli".⁵⁴⁷ Emellett számos társadalmi és kulturális csoportosulás - mint például az etnikai vagy vallási kötődések - egyáltalán nem tükröződhet az államilag támogatott térképeken.⁵⁴⁸ Ezek a kartográfiai "elhallgatások"⁵⁴⁹ lehetnek "szándékos kirekesztés, szándékos tudatlanság vagy akár tényleges elnyomás" következményei.⁵⁵⁰ Mivel a különböző "vetületek" által okozott torzulásokról szóló ideiglenes viták a

⁵⁴⁵ *Lásd pl.*, THONGCHAI, *supra* note 544, at 129-30 ("[A térképezés] halálos instrumentummá vált a földfelszínre vetített vágy konkretizálására. A térkép előrevetítette a térbeli valóságot, nem pedig fordítva. Más szóval, a térkép inkább modellje volt annak, amit ábrázolni kívánt, mint modellje annak, amit ábrázolni akart."); Alan K. Henrikson, *The Power and Politics of Maps, in* REORDERING THE WORLD: GEOPOLITICAL PERSPECTIVES ON THE TWENTY-FIRST CENTURY,

Supra note 8, at 49, 49 ("A politikai terv megfogalmazásához a diplomatáknak földrajzi koncepcióval kell rendelkezniük, amihez a térkép kartográfiai képére van szükség."). Valójában a térképek gyakran éppen azért per-suzívák, mert bár mindig kísérlet tesznek a világ meghatározott módon történő ábrázolására, az e kísérlet mögött meghúzódó érdekek általában nem kerülnek elismerésre. *Lásd* Diane

M. Bolz, *"Kövess engem, én vagyok a Föld a tenyereden"*, SMITHSONIAN, febr.

1993, 112., 113. o. ("[A térképek] azért meggyőzőek, mert az általuk szolgált érdek el van rejtve."). *Lásd általában* DENIS WOOD, *THE POWER OF MAPS* (1992) (a térképek azon képességéről, hogy a múltat és a létrehozásukkal kiszolgált érdekeket képviseljék). Az ilyen "kartohipnózis" rabságában az emberek "tudat alatt és kritikátlanul elfogadják azokat az elképzeléseket, amelyeket a térképek sugallnak nekik".

S.W. Boggs, *Cartohypnosis*, 15 DEP'T ST. BULL. 1119, 1119 (1946); *lásd még* Ford, *supra* note at 470, (856)[J]urisdiction is a grafikus és verbális leírások függvénye; olyan gyakorlatok összessége, amelyeket egyének és csoportok végeznek, akik a joghatóságok leírásainak olvasása és a térképek megtekintése révén megtanulják "táncolni a joghatóságot").

⁵⁴⁶ Henrikson, *Supra* note at 545,59.

⁵⁴⁷ *Id.*

⁵⁴⁸ *Id.*; *lásd még* Ford, *Supra* note at (470,853) megjegyezve, hogy a joghatósági vonalak általában egy absztrakt területet határoznak meg, amelyet "adott terület bármely konkrét tulajdonságától függetlenül képzelnek el tér").

⁵⁴⁹ *Lásd* J. B. Harley, *Silences and Secrecy: The Hidden Agenda of Cartography in Early Modern Europe*, 40 IMAGO MUNDI 57, 57 (1988) (leírja "azt a párbeszédet, amely a térképekben szereplő tudás szándékos vagy szándékolatlan elhallgatásából ered").

⁵⁵⁰ Henrikson, 545. lábjegyzet, 59. pont. Például a meghódított népek vagy kisebbségi csoportok helységneveinek eltávolítása vagy megváltoztatása az alárendeltség csendjét teremti meg. *Lásd* Harley, *Supra* note 549, 66. o. ("A hódító államok a helynevek manipulálásával csendet kényszerítenek a kisebbségi vagy alávetett népekre."). Ahogy egy kommentátor megjegyezte, a kartográfia mindig is "teleologikus diskurzus volt, amely a hatalmat újraértelmezi, a status quo-t megerősíti, és a társadalmi interakciókat a feltérképezett vonalak közé fagyasztja". J. B. Harley, *Maps, Knowledge, and Power, in* THE ICONOGRAPHY OF LANDSCAPE 277, 302-03 (Denis Cosgrove & Stephen Daniels szerk., 1988).

világ világossá teszi,⁵⁵¹ hogy kartográfiai reprezentációink társadalmilag strukturáltak és politikailag terheltek.⁵⁵²

Valóban, "[a]bár a politikai világ szintérképe az egymásba illeszkedő egységek tiszta és rendezett mintázatát mutatja (csak néhány széthúzó vonallal), nem meglepő, hogy a nemzeti identitások valós világa foltokból, elegekből és elmosódásokból áll".⁵⁵³ Először is, sokan élnek határ menti területeken, ahol "[a] kultúráknak mint különálló, tárgyyszerű, külön tereket elfoglaló jelenségeknek a fikciója valószínűtlenné válik".⁵⁵⁴ Az ilyen emberek érezhetnek kötődést a területet ellenőrző államhoz, a nemzethez, amellyel a legtöbb lakos azonosul, vagy magához a határvidékhez.⁵⁵⁵ Másodsor, sokan mások olyan életet élnek, amely

⁵⁵¹ *Lásd pl.*, ARNO PETERS, THE EUROPE-CENTERED CHARACTER OF OUR GEOGRAPHICAL VIEW OF THE WORLD AND ITS CORRECTION (1979) (az országok méretének és helyzetének elemzése a világtérképeken, valamint az ilyen térképekben rejlő eurocentrizmus); Arthur H. Robinson, *Arno Peters and His New Cartography*, AM12. CARTOGRAPHER (1031985) (a "Peters-projekció" kritikája); *lásd még* Henrikson, *supra* note 545, 63-64. o. (a "térképek csatájának" leírása, amelyben a Peters-projekciót a Mercator-projekcióval szemben állították szembe).

⁵⁵² *Lásd* J.M. ROBERTS, THE TRIUMPH OF THE WEST 127 (1985) ("A térképek ... mindig több mint pusztán ténymegállapítások. A valóságnak olyan formába való átültetése, amelyet el tudunk sajátítani; fikciók és a képzelet aktusai, amelyek többet közölnek, mint tudományos adatok. Így tükrözik a valóságról alkotott képünk változásait.").

⁵⁵³ David H. Kaplan, *Territorial Identities and Geographic Scale*, in: NESTED IDENTITIES: NATIONALISM, TERRITORY, AND SCALE 31, 35 (Guntram H. Herb & David H. Kaplan szerk., 1999).

⁵⁵⁴ Gupta & Ferguson, 528. sz. jegyzet, 34. o. Gloria Anzaldúa chicana író és költő a "határvidéki" lét egyik tapasztalatát fogalmazta meg:

Én egy határ menti nő vagyok, aki a *tejas-mexikói* határon jár. másokkal, egész életemben. Nem egy kényelmes terület ez az ellentmondásoknak ez a helye. A gyűlölet, a harag és a kizsákmányolás kiemelkedő jellemzői ennek a tájnak.

Voltak azonban kompenzációi ennek a *mestizának*, és bizonyos örömök is. A határokon és a peremvidéken élni, megőrizve az ember változó és többszörös identitását és integritását, olyan, mintha egy új elembe próbálna úszni. az emberiség további fejlődésének résztvevője . . .

GLORIA ANZALDÚA, *Előszó* a BORDERLANDS/LA FRONTERA: THE NEW MESTIZA (1987) című kötethez.

⁵⁵⁵ *Lásd*: ANSSI PAASI, TERÜLETEK, HATÁR ÉS TUDAT: A FINNORSZÁG-RÓZSIA HATÁR VÁLTOZÓ GEOGRÁFIAI (1996) (a területi és a területi határok tanulmányozása) and social consequences of imposed frontiers); Jena Gaines, *The Politics of National Identity in Alsace*, CAN21. REV. STUD. NATIONALISM (991994) (az Elzászban a régióban folyó francia-német küzdelmek következtében kialakuló kulturális kérdések tárgyalása); Oren Yiftachel, *Region- alism Among Palestinian-Arabs in Israel*, in NESTED IDENTITIES: NATIONALISM, TERRITORY, AND SCALE, *supra* note 553, at 237, 237 (a "terület, a geografikus lépték és a helyszín szerepével, mint más tényezők kiegészítésével az arabok politikai mobilizációjában és identitásképzésében"). A határ menti régiók lakói, mivel fizikailag annyira távol vannak az államközponttól, gyakran pszichológiailag és fizikailag is elszigeteltek. *Lásd* STEIN ROKKAN & DEREK URWIN, ECONOMY, TERRITORY, IDENTITY: POLITICS OF WEST EUROPEAN PERIPHERIES 3 (1983) ("Amikor azt mondjuk, hogy egy terület perifériális egy másikhoz képest, ez nem csupán a földrajzi elhelyezkedés elvont kérdése: a perifériális jelleg konkrétan kifejeződik a terület lakóinak mindennapi életében, és az adott terület jellegében).

határátlépések : vendégmunkások, nomádok és a transznacionális üzleti és szakmai elit tagjai. Ezeknek az embereknek lehetetlen egységes kulturális identitást találni. Például: "[m]ely a "kulturája" azoknak a mezőgazdasági munkásoknak, akik az év felét Mexikóban, a másik felét pedig az Egyesült Államokban töltik?".⁵⁵⁶ Végül, sokan viszonylag állandó jelleggel lépik át a határokat, beleértve a bevándorlókat, a menekülteket, a száműzötteket és az expatriáltakat.⁵⁵⁷ Számukra a hely és a kultúra különbsége különösen egyértelmű. A bevándorlók kivétel nélkül magukkal viszik saját kultúrájukat az új helyre, és szinte ugyanilyen kivétel nélkül levetik annak bizonyos aspektusait, amikor kapcsolatba kerülnek új közösségükkel. A diaszpórák tehát egyszerre "transznacionálisak", mivel egyetlen diaszpóra tagjai számos különböző országban élhetnek, és "rendkívül nemzeti", mivel továbbra is kulturális és politikai hűséget tanúsítanak a hazájuk iránt.⁵⁵⁸ Valóban, a korábbi kultúra és a jelenlegi közösség ilyen összeütközései kérdéseket vetettek fel az úgynevezett "kulturális védekezéssel" kapcsolatban bizonyos bűncselekményekkel szemben.⁵⁵⁹ A diaszpóra-közösségek megosztott lojalitása pedig a befogadó

a központban lévő csoportokkal való kapcsolataik."). Ezek a régiók tehát termékeny talajt biztosítanak az eltérő kulturális hatások behozására. Nem meglepő, hogy az államok gyakran extra erőfeszítéseket tesznek a határ menti közösségek kulturális és ideológiai biztosítására. A Dominikai Köztársaság például erőszakkal kiutasította a haitiakat a határ menti közösségekből, majd megpróbálta átnevelni a megmaradt lakosságot, hogy a régiót "dominikaibbá" tegye. *Lásd* John P. Augelli, *Nationalization of Dominican Borderlands*, GEOGRAPHICAL 70 REV. 19,24 (1980) ("[T]he basic aims of the nationalization programme were to stamp the Dominican national identity on both people and land of the frontier provinces"); *see also* George W. White, *Transylvania*:

Magyar, román vagy egyik sem?, in FÉSZKES IDENTITÁSOK: NATIONALISM, TERRITORY, AND SCALE, *supra* note 553, at 267, 280-84 (a román és a magyar állam azon törekvéseit tárgyalja, hogy a másik nemzeti befolyását Erdély határvidékén felszámolja).

⁵⁵⁶ Gupta & Ferguson, 528. l.ábjegyzet, a következőnél 34.

⁵⁵⁷ *Id.*

⁵⁵⁸ Kaplan, *supra* note at 553, *Lásd* 38. *általában* MODERN DIASPORAS IN INTERNATIONAL POLITICS (Gabriel Sheffer szerk., 1986) (az etnikai diaszpórák nemzetközi és államközi politikára gyakorolt hatásának vizsgálata).

⁵⁵⁹ Az úgynevezett "kulturális védekezés" a vádlott kulturális háttérére vonatkozó bizonyítékokat használ fel a büntetőjogi felelősség tagadására vagy enyhítésére (és ezzel együtt a büntetés csökkentésére). Például az Egyesült Államokban a kulturális védelem egyik korai alkalmazása során a kaliforniai Fresno-ban egy bíróság figyelembe vette a férj törzsi szokását a rablással történő házasságkötésről (amely a tervezett feleség elrablásával és megerősöklésével jár), és így engedélyezte, hogy a vádlott nemi erőszak és emberrablás helyett hamis fogva tartás vétségében bűnösnek vallja magát. *Lásd* Rorie Sherman, "Cultural" Defenses Draw Fire, NAT'L L.J., Apr. at 17, 1989, 3 (beszámol a "kulturális védelem" közelmúltbeli használatáról, beleértve a fresnoi esetet, *People v. Moua*, No. 315972 (Cal. Super. Ct. 1985)). Támogatói számára a "kulturális védelem egy érv az idegen kultúrákkal szembeni tolerancia mellett a büntetés erkölcsi alapjának hiánya miatt". Andrew M. Kanter, Note, *A jenaldlooshi a bíróságon és egy boszorkány megölése: The Case for an Indian Cultural Defense*, S4. CAL. INTERDISC. L.J. (411, 1995:413). *De lásd pl.*, Taryn F. Goldstein, Comment, *Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a "Cultural Defense"?*, 99 DICK. L. REV. 141, 144 (1994) ("A védelem engedélyezése tisztességtelen politikát mozdít elő azon többséggel szemben, akik számára a védelem nem elérhető, és a védelem sérti a jogszerűség elveit [O]pponensek állítják, hogy a kulturális védelem elismerése lényegében elnézné, sőt, bátorítaná[] a

az országok e közösségek tagjait potenciális fenyegetésnek tekintik.⁵⁶⁰ Azáltal, hogy a diaszpórák (amelyek száma főként a munkaerő-vándorlásnak köszönhetően növekszik) inkább érdekközösségeket hoznak létre, mint helyeket, implicit fenyegetést⁵⁶¹ jelentenek a területi alapú nemzetállamokra nézve.⁵⁶² Összefoglalva, azt látjuk, hogy "[a] migráció, az elmozdulás és a deterritorializáció folyamatai egyre inkább felbomlasztják az identitás, a kultúra és a hely közötti rögzített kapcsolatot".⁵⁶³

Ezenkívül a terület és a kultúra közötti feltételezett kapcsolat nem veszi figyelembe a helységen *belüli* nyilvánvaló kulturális különbségeket. "A "multikulturalizmus" egyszerre annak a ténynek a gyenge felismerése, hogy a kultúrák elvesztették horgonyaikat meghatározott helyeken, és kísérlet arra, hogy a kultúrák e ~~idő~~ egy nemzeti identitás keretei közé foglalják." A "multikulturalizmus" egyrészt a kultúráknak a nemzeti identitás keretei közé való beillesztésére irányul.⁵⁶⁴ Így még azok az emberek is, akik látszólag ismerős és ősi helyeken maradnak, valószínűleg azt tapasztalják, hogy a helyhez való viszonyuk idővel tovább változik. A hely és a kultúra közötti természetes és alapvető kapcsolat illúziója ezért következetesen megkérdőjeleződik.⁵⁶⁵

a nőikkel szembeni erőszakot, amelyet az egész világon gyakorolnak."); Neal A. Gordon, Note, *The Implications of Memetics for the Cultural Defense*, 50 DUKE L.J. 1809, 1831 (2001) ("A kulturális védelem ... lekezelő más kultúrákkal szemben - az idegen kultúrákon alapuló cselekvést azzal menteti, hogy azt az örültséghez hasonlítsa [A] védelem elszigeteli a kulturális csoportokat, és a kultúrákat egy paronizáló kacsintás. Ez az elszigeteltség viszont balkanizált joghoz vezethet, és megerősítheti azt az elképzelést, hogy a kisebbségeket másként kell kezelni."). Természetesen számos további kérdés merül fel azzal kapcsolatban, hogy mit és miért mutatnak be "kultúráként", valamint az egyfelől a feltételezett fajiság, másfelől a feltételezett kulturális imperatívuszok közötti kapcsolatról. *Lásd pl.* Leti Volpp, (*Mis*)*Identifying Culture: Asian Women and the "Cultural Defense"*, 17 HARV. WOMEN'S

L.J. 57, 58 (1994) ("A "kulturális védelem" számos összetett problémát vet fel, amelyek egy kultúra és annak egy adott személy viselkedésére gyakorolt hatásának essentializálásában rejlenek.").

⁵⁶⁰ *Lásd* Kaplan, *Supra* note 553, 38. o. (megjegyezve, hogy a befogadó közösségek "továbbra is óvatossá maradtak minden külső lojalitással és identitással kapcsolatban").

⁵⁶¹ *Id.*

⁵⁶² *Lásd* Robin Cohen, *Diaszpórák és a nemzetállam*: 72 INT'L AFF. 507, 517 (1996) (amely szerint az emberek elsősorban a közös vélemények, ízlések, etnikumok, vallások és egyéb érdekek alapján azonosulnak másokkal, és különböznek a nemzetállam iránt); *lásd még* James Clifford, *Diasporas*, 9 CULTURAL ANTHROPOLOGY (302,1994)307 ("A diaszpórákat a nemzetállamok normái fogják közre és határozzák meg velük szemben"). . . ."). Az állampolgárság és a nemzetállam "diaszpóra-modelljének" kialakítására tett provokatív kísérletet *lásd* Anupam Chander, *Diaspora Bonds*, N76.Y.U. L. REV. 1005 (2001).

⁵⁶³ Gupta, *Supra* note 3, at 196.

⁵⁶⁴ Gupta & Ferguson, 528. sz. jegyzet, 35. o. Még az az elképzelés is, hogy egy társadalmon belül léteznek "szubkultúrák", hajlamos arra, hogy hogy megőrizze a különböző "kultúrák" eszméjét ugyanazon a földrajzi és territorial space. Az etnikai hovatartozás hagyományos értelmezései, még akkor is, ha a kulturális különbségek leírására használják olyan környezetben, ahol különböző régiókból származó emberek élnek egymás mellett, az identitás és a hely közötti problémamentes kapcsolatra támaszkodnak. Míg az ilyen koncepciók szuggesztívek, mert arra töreksenek, hogy a kultúra és a hely természetessé vált kapcsolatát kiterjessék, a kultúra és a hely közötti kapcsolatot nagyrészt érintetlenül hagyják.

Id.

⁵⁶⁵ Gupta és Ferguson például azt állítja, hogy a kortárs angol nyelv esetében "Eng-

A deterritorializáció mindennapi hatásait a világ minden területén és a gazdaság minden ágazatában láthatjuk. Például a "helyi" bevásárlóközpontot egyáltalán nem tapasztaljuk igazán helyi jellegűnek; szinte "mindenki, aki ott vásárol, tisztában van azzal, hogy az üzletek többsége üzletlánc", azonos a máshol található üzletekkel, és hogy maga a bevásárlóközpont nagyon hasonlít a világ számtalan más bevásárlóközpontjára.⁵⁶⁶ Így, miközben egy "helyi" helyet tapasztalunk meg, felismerjük azokat a távollévő erőket, amelyek strukturálják tapasztalatainkat. Ilyen erők közé tartozik a közterek helyi tulajdonlásának folyamatos csökkenése, ami maga is a tőke globalizációjához köthető.⁵⁶⁷

Hasonlóképpen érezhetjük a "távoli" erők növekvő jelentőségét az életünkben, legyenek ezek az erők multinacionális vállalatok, a világ tőkepiacai vagy távoli bürokraták, mint például az Európai Unió. Ahogy John Tomlinson megfigyelte: "Az emberek valószínűleg egyre rutinszerűbben vonják be a távoli eseményeket és folyamatokat abba a felfogásukba, hogy mi a jelentős a saját személyes életük szempontjából. Ez az egyik aspektusa annak, amit a deterritorializáció magában foglalhat: a relevancia egyre táguló horizontja az emberek rutinszerű tapasztalataiban ...".⁵⁶⁸ A médiához való fokozott hozzáférés szintén hatással van a deterritorializációra, mivel az ember már nem korlátozódik a "hazai kultúrájából" kínált perspektívákra.⁵⁶⁹ Így az Egyesült Államokban egy külvárosi ~~csúf~~ "tipikus" élete ugyanolyan ismerős lehet az amerikai film és televízió által elárasztott világpolgárok számára, mint saját "otthoni" életük.⁵⁷⁰ És természetesen azok, akiknek kevesebb hatalmuk van befolyásolni a globalizációs folyamatokat - azok, akik a munka miatt kénytelenek átlépni a határokat, akik a globális verseny miatt csődbe jutnak, akiket a környezet pusztulása érint, és még sokan mások -, a globalizációs folyamatokat nem tudják befolyásolni. -ezt a deterritorializációt még alattomosabb módon tapasztalják meg.

Ironikus módon, bár a tényleges helyek és lokalitások egyre inkább elmosódnak és meghatározhatatlanok, a kulturálisan és etnikailag elkülönülő helyekről alkotott *elképzelések*...

lishness[]" ... ugyanolyan bonyolult és majdnem annyira deterritorializált fogalom, mint a palesztinság vagy az örménység, mivel az "Anglia" ("a valódi Anglia") kevésbé utal egy körülhatárolt helyre, mint inkább egy elképzelt létállapotra vagy erkölcsi helyszínre.". *Id.* 38. o.; *lásd még* RAYMOND WILLIAMS, *TOWARDS 2000*, 177. o. (1983) (egy tipikus angol ember kozmopolita létének bemutatása a mindennapi életben); TOMLINSON, *supra* note 474, 113-16. o. (Williams történetének aktualizálása az 1980-as évek elejétől az 1990-es évek végéig).

⁵⁶⁶ GIDDENS, *fenti* 496, 140-41. o.

⁵⁶⁷ TOMLINSON, 474. lábjegyzet, 107-08. o.

⁵⁶⁸ *Id.* 115.

⁵⁶⁹ *Lásd id.* 116. o. (az új médián keresztül elérhető perspektívák választékának és az ebből eredő átfedéseknek a nemzeti és helyi perspektívák között).

⁵⁷⁰ *Lásd id.* 119. o. ("Mert hol *vannak* ezek a helyek, hacsak nem a kulturális képzeletünkben, a "szöveges helyszínek" repertoárjában, amelyet a filmek milliónyi képéből építettünk fel, amelyekkel ... találkoztunk?"). És vajon tényleg *szükségünk van-e arra, hogy* ezek közül bármelyik is olyannyira megfeleljen a "valós" helyünknek?").

még fontosabbá válnak.⁵⁷¹ Az elképzelt közösségek elképzelt helyekhez kötődnek; az elűzött népek emlékezetes vagy idealizált hazák köré csoportosulnak egy olyan világban, amely egyre inkább megtagadni látszik az ilyen szilárd területi horgonyokat a valóságban. Valójában a nacionalizmus egyik fő illúziója az a feltételezés, hogy a nemzetünk már időtlen idők óta létezik. Esetről esetre azonban kiderül, hogy a legtöbb nemzeti hagyomány az elmúlt kétszáz év találmánya, és maga a nemzetiségi elv, "a ködös ősiség vonásai ellenére a modernitás meghatározó jellemzője".⁵⁷² Így a következő két részben először a nemzetállam kialakulását övező sajátos társadalmi és történelmi kontextust vizsgálom, majd azt a sokféle módot, ahogyan a nemzetek természetes és elkerülhetetlen közösségként képzelik el magukat, nem pedig történelmileg esetleges és ideológiailag vitatott közösségként.

B. A nemzetállam történeti esetlegessége

Amint azt az előző szakaszban tárgyaltuk, hajlamosak vagyunk a terület, a kormányzás és az emberek közötti összefüggést feltételezni. A nemzetállamok történelmi felemelkedését vizsgálva azonban láthatjuk, hogy ezek a kapcsolatok viszonylag új⁵⁷³ keletűek, és az események egy sajátos sorozatának eredményei. Így ahelyett, hogy egyszerűen a nemzetállami szuverenitás elkerülhetlenségét állítanánk, meg kell próbálnunk megérteni, "hogyan a térszervezés bizonyos formái - a sajátos határok, az egyes helyek - miért érik el azt a különleges jelentőséget, amit egy adott történelmi kontextusban elérnek".⁵⁷⁴ Ez a szakasz röviden áttekinti ezt az összefüggést.

A "nemzet" és az "állam" szavakat gyakran használják szinonimaként, a köztük lévő jelentős különbség ellenére. Például az Egyesült *Nemzetek Szövetsége* valójában a világ *államait* képviseli, nem pedig nemzeti csoportokat. Hasonlóképpen, a *nemzetközi* kapcsolatok valójában az államközi kapcsolatokra utalnak. Míg egy

⁵⁷¹ Gupta & Ferguson, 528. lábjegyzet, a következőnél 39.

⁵⁷² Jonathan Rée, *Cosmopolitanism and the Experience of Nationality*, in COSMOPOLITICS: THINKING AND FEELING BEYOND THE NATION, 29. lábjegyzet, 77., 81. o., 77., 81. o. Valójában, ahogy Rée rámutat, az a két "nemzeti csoport Európában, amely a legnagyobb igényt támasztja a több évszázados folyamatos létezésre, jelentős mértékben azok, amelyeknek nincs biztonságosan birtokolt kollektív területük ... [a] románok és [a] zsidók". *Id.* n89.10.

⁵⁷³ Lásd Immanuel Wallerstein, *A nemzeti és az egyetemes: Létezhet-e olyan, hogy világkultúra?*, in CULTURE, GLOBALIZATION AND THE WORLD-SYSTEM: CONTEMPORARY CONDITIONS FOR THE REPRESENTATION OF IDENTITY, *supra* note 481, at ("91,92A ... nemzetállamokból álló világ csak részben jött létre a XVI. században. Egy ilyen világot csak később, csak a tizenkilencedik században elméletileg és széles körben ~~találtak~~ Kikerülhetetlenül egyetemes jelenséggé csak később, valójában csak 1945 után vált.").

⁵⁷⁴ Gupta, *supra* note 3, 194-95. o.; lásd még *id.* 195. o. ("[Csak] a nemzetet (és a nacionalizmus problematikáját) "kívülre" lépve [láthatjuk], hogyan jönnek létre és reprodukálódnak a nemzetek a globális államközi rendszer következményeként.").

az állam kifejezetten egy hely feletti fizikai uralmon alapuló politikai egység, ⁵⁷⁵a nemzet "természetes" etnikai vagy kulturális egységet jelent. ⁵⁷⁶ Azonban, ahogy az előző szakasz is utalt rá, a kultúra és a földrajzi terület között nincs szükségszerű kapcsolat. Ennek megfelelően "[n]em a nemzetek, sem az államok nem léteznek mindig és minden körülmények között". ⁵⁷⁷

Ráadásul az államnak és a nemzetnek nem kell együtt fejlődnie. Egyes országokban a formális állam a nemzeti érzés kialakulása előtt jött létre; más országokban a nemzeti identitás megelőzhette az állami struktúra kialakulását. ⁵⁷⁸ Ennek eredményeképpen "egy államterület tartalmazhat több olyan csoportot, amelyek a többségi nemzettől elkülönülve határozzák meg magukat, vagy egy nemzet messze túlnyúlhat a létező állam határain". ⁵⁷⁹ Az Egyesült Államok fő egyesítő eleme például nem az etnikai identitás, hanem egyszerűen az a tény, hogy az Egyesült Államok területi határain belül született. Nem meglepő, hogy az amerikai állampolgárság, amely a születésen alapul, jelentősen különbözik mondjuk a német vagy olasz állampolgárságtól, amely a vérrokonyságon (az etnikai hasonlóság durva helyettesítője) alapul.

A nemzetállam története Nyugaton viszonylag jól ismert, és itt csak nagy vonalakban vázolom fel. ⁵⁸⁰ A premodern államok nem a

⁵⁷⁵ Max Weber az államot "olyan emberi közösségként értelmezte, amely egy adott területen belül (sikeresen) igényt tart a fizikai erő törvényes alkalmazásának monopóliumára". Max Weber, *Politics as a Vocation*, Speech at Munich University (1918), in FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY 77, 78 (H. H. Gerth & C. Wright Mills eds. & trans., 1958). Ernest Gellner, Weber definícióját némileg módosítva, úgy érvel, hogy "[a]z "állam" az az intézmény vagy intézményrendszer, amely kifejezetten a rend érvényesítésével foglalkozik (bármilyen mással is foglalkoznak)". ERNEST GELLNER, *NATIONS AND NATIONALISM* 4 (1983). Függetlenül attól, hogy melyik definíciót fogadjuk el, a mi céljaink szempontjából a lényeg az, hogy az állam politikai (és nem természeti) entitás.

⁵⁷⁶ Lásd GELLNER, *Supra* note 575, 7. o. ("Két ember ugyanahhoz a nemzethez tartozik, ha és csak akkor, ha azonos kultúrában osztoznak, ahol a kultúra viszont eszmék és jelek, társulások és viselkedési és kommunikációs módok rendszerét jelenti, [és] ha egymást úgy ismerik el, mint ugyanahhoz a nemzethez tartoznak.").

⁵⁷⁷ *Id.* 6.

⁵⁷⁸ Lásd David H. Kaplan & Guntram H. Herb, *Bevezetés: A Question of Identity*, in: NESTED IDENTITIES: NATIONALISM, TERRITORY, AND SCALE, *supra* note 553, at 1, 3 (megjegyezve a "nemzet" és az "állam" egymástól független fejlődését).

⁵⁷⁹ *Id.*

⁵⁸⁰ Ez a történelem kissé torz, mert Nyugat-Európára összpontosít. Mindazonáltal az európai tapasztalatok képezik az alapját a nacionalizmusról és a szuverenitásról szóló legtöbb tanulmánynak, és a legtöbb beszámoló szerint ez volt az alapja a nemzetek jogának, ahogyan azt ma felfogjuk. Lásd JAMES CRAWFORD, *THE CREATION OF STATES IN INTERNATIONAL LAW* 9 (1979) ("Az egyetemességre való igénye ellenére a korai nemzetjog az európai államrendszerből eredt."); lásd még JAMES MAYALL, *NATIONALISM AND INTERNATIONAL SOCIETY* 1 (1990) ("[T]he global system of world politics is historically derived from the European states-system as it developed between the seventeenth and twentieth centuries."). Arról, hogy az államiság európai modellje hogyan terjedt el más kontinenseken és kultúrákban, lásd ROBERT H. JACKSON, *QUASI-STATES* 59-81 (1990).

elsősorban a területi szuverenitásról. A középkori Európa bizonyos értelemben a nem kizárólagos területi uralom archetípusa volt; "a ~~tyű~~ hiányos kormányzati jogok foltozata. . . [volt] kibogozhatatlanul szuperkényszeres és kusza".⁵⁸¹ E széttagoltság ellenére azonban "[a] középkori szereplők úgy tekintettek magukra, mint egy egységes közösség helyi megtestesítőire",⁵⁸² egy *Respublica Christianára*, "amelyben minden egyes egyén megtalálta meghatározását, identitását és célját, ahol mindenki ugyanazon törvény és erkölcs szerint élt, és ahol senki sem volt elszakítva vagy független autoritásában vagy hitében".⁵⁸³ Ráadásul a politikai hatalom nem a határok szakrális fogalmából, hanem az alattvalók és a legkülönbözőbb hatóságok -⁵⁸⁴ köztük a pápa, a Szent Római Császár és a különböző nemesek, királyok és klerikusok - közötti személyes hűségéből eredt.⁵⁸⁵ Ez más felfogás volt, mint a helyhez kötött szuverén államoké.⁵⁸⁶ Ebben a világban a tér szocialista felépítése "koncentrikusan szerveződött számos központ köré, az aktuális politikai hovatartozástól függően, ahelyett, hogy egyetlen központ lett volna, amelynek területi határai meghatározottak".⁵⁸⁷

A kommentárok a modern nyugati területi államok eredetét az európai kereskedelmi kapitalizmus XIV-XV. századi megjelenésére vezetik vissza.⁵⁸⁸ A növekvő gazdagság Európában nagyobb és több államot eredményezett.

⁵⁸¹ John Gerard Ruggie, *Territorialitás és azon túl*: 47 INT'L ORG. 139, 149 (1993) (idézi JOSEPH R. STRAYER & DANA C. MUNRO, *THE MIDDLE AGES 395-1500*, at 115 (4th ed. 1959) (belső idézetek kihagyva⁵⁸²); CURTIN, *supra* note 5, at (8kiemelés kihagyva).

⁵⁸³ Daniel Philpott, *Szuverenitás*: J. INT'L AFF. 353, 360 (1995); lásd még Ronald A. Brand, *External Sovereignty and International Law*, 18 FORDHAM INT'L L.J. 1685, 1687-88 (1995) (a *Respublica Christiana* középkori fogalmának tárgyalása).

⁵⁸⁴ Guntram H. Herb, *Nemzeti identitás és terület*, in: NESTED IDENTITIES: NATIONALISM, TERRITORY, AND SCALE, *Supra* note 553, at 9-10.

⁵⁸⁵ Lásd J. Samuel Barkin & Bruce Cronin, *Az állam és a nemzet: A szuverenitás változó normái és szabályai a nemzetközi kapcsolatokban*, 48 INT'L ORG. 107, 111 (1994) (a középkori politikai joghatóságok egymást átfedő rendszerét jegyzi). Anthony Giddens ezt "abszolutista államként" írja le, amelyben "a politikai rendet egy szuverén uralkodó, monarcha vagy herceg [uralja], akinek személyében a végső politikai hatalom és a szankciók, beleértve az erőszak eszközeinek ellenőrzését is". ANTHONY GIDDENS, *SOCIAL THEORY AND MODERN SOCIOLOGY* 170-71 (1987).

⁵⁸⁶ Lásd: WALTER ULLMANN, *A KORMÁNYZÁS ÉS A POLITIKA ELVEI A KORMÁBAN* MIDDLE AGES (1391978) (azzal érvelve, hogy a középkorban a szuverén uralkodók valójában kevés szuverén hatalommal rendelkeztek). Curtin valóban megjegyezte, hogy "az "állam" szó az 1500-as évekig nem létezett a politikai köznyelvben". CURTIN, *supra* note 5, at 9 n.27. De lásd HEINRICH MITTEIS, *THE STATE IN THE MIDDLE AGES: A COMPARATIVE CONSTITUTIONAL HISTORY OF FEUDAL EUROPE 3-18* (1975) (azzal érvelve, hogy az állam valósága több évszázaddal megelőzte az állam modern eszméjének tudatos megfogalmazását).

⁵⁸⁷ CURTIN, *fentebb*, 5. lábjegyzet, 9. pont.

⁵⁸⁸ Lásd pl. GIDDENS, *Supra* 585. lábjegyzet, 171. o. (szoros összefüggést ír le "a polgárság hatalomra jutása" és "az abszolutista rendszer fokozatos átalakulása" között).

összetett gazdaságok, amelyek viszont nagyobb központi ellenőrzést és adminisztrációt igényeltek.⁵⁸⁹ Emellett az egyház csökkenő befolyása és a kifinomultabb katonai technológia fejlődése lehetővé tette az uralkodók számára, hogy kizárólagosabb ellenőrzést gyakoroljanak a földrajzi területek felett.⁵⁹⁰ A tengeren túli felfedezések szintén ösztönözték a területi alapú uralom kialakulását, mivel a terület lehatárolása kizárólagos és egyértelmű igényeket tett lehetővé az új világ birtokaira.⁵⁹¹ A XVI. században olyan tudósok, mint Francisco de Vitoria Spanyolországban és Hugo Grotius Hollandiában, a területi szuverenitás elméletét fogalmazták meg, amely szerint a terület felett ellenőrzést gyakorló bármely politikai hatalom jogosult volt arra, hogy külső beavatkozás nélkül kormányozza a területet.⁵⁹²

Végül a protestáns reformáció meggyengítette a pápa központi hatalmát,⁵⁹³ és ez vezetett a harmincéves háborúhoz, amely a Westfáliai Szerződésekben csúcsonyult ki, melyeket az alábbiakban írtak alá: 1648.⁵⁹⁴ E szerződések értelmében minden ország...

állam a nemzetállamba"); Herb, *supra* note at (584,10) megjegyezve, hogy a XV. század környékén a merkantilizmus hozzájárult a hatalmak területi meghatározásának eltolódásához); Alexander B. Murphy, *International Law and the Sovereign State: Challenges to the Status Quo, in REORDERING THE WORLD: GEOPOLITICAL PERSPECTIVES ON THE TWENTY-FIRST CENTURY*, *Supra* note at 8,209-10209, (a területi szuverenitás és a merkantilizmus felemelkedésének összekapcsolása).

⁵⁸⁹ Lásd Jouni Häkli, *Territoriality and the Rise of the Modern State*, 172 FENNIA 1, 43-45 (1994) (az államigazgatási ágak fejlődésének részletes bemutatása).

⁵⁹⁰ Lásd JEAN GOTTMANN, THE SIGNIFICANCE OF TERRITORY 36-40 (1973) (a közösséget a térségi terület szempontjából tárgyalja, és megállapítja a vallás csökkenő szerepét).

⁵⁹¹ Lásd Herb, *supra* note 584, 11. o. ("A tengerentúli felfedezések a hatalom területi meghatározásának előnyeit is feltárták, mivel ez lehetővé tette az új birtokokra vonatkozó kizárólagos és egyértelmű igényeket anélkül, hogy tudni kellett volna, hogy ezek pontosan mit is jelentenek."). Az 1494-es tordesillasi szerződésben például Spanyolország és Portugália a hosszúsági vonal segítségével osztotta fel gyarmati szféráit. SACK, *Supra* note at 479,131-32.

⁵⁹² Murphy, *Supra* note at 588,210.

⁵⁹³ Lásd Mark L. Movsesian, *The Persistent Nation State and the Foreign Sovereign Immunities Act*, 18 CARDOZO L. REV. 1083, 1084 (1996) ("A legtöbb beszámoló szerint a szuverén állam, a "legfelsőbb törvényes hatalmat egy [meghatározott] területen belül gyakorló" entitás eszméje a protestáns reformációból nőtt ki. (idézi Philpott, *supra* note, 583,357. o.); lásd még JACKSON, *supra* note 580, 50. o. ("A szuverén államok akkor kerültek először a figyelem középpontjába, amikor a középkori kereszténység a reneszánsz és a reformáció együttes hatására széttöredezett").

⁵⁹⁴ Westfáliai szerződések, *fentebb a* 24. lábjegyzetben, 119-356. o. Leo Gross a középkori világból a modernitásba vezető "fenséges kapunak" nevezte Vesztfáliát. Gross, *supra* note 24, 10. o. Mások azonban megjegyezték, hogy Vesztfália nem *ex nihilo* hozta létre a szuverén államok rendszerét, hanem inkább egy ilyen rendszer felé vezető háromszáz éves fejlődést szilárdított meg. Lásd pl. Philpott, *Supra* note, 583,360-64. o. (azzal érvelve, hogy Vesztfália "felemelte", de nem hozta létre a szuverén államot). Azzal az érveléssel kapcsolatban, hogy Vesztfália nem is jelentett döntő szakítást a középkori renddel, lásd Stephen D. Krasner, *Westphalia and All That, in IDEAS AND FOREIGN POLICY: BELIEFS, INSTITUTIONS AND POLITICAL CHANGE* 235 (J. Goldstein & R. Keohane szerk., 1993). A westfáliai béke további tárgyalásához lásd általában HANS KOHN, THE IDEA OF NATIONALISM (1881944); Alfred-Maurice de Zayas, *Peace of Westphalia (1648)*, in ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 536-39 (1984). A harmincéves háborúról,

próbálják tiszteletben tartani egymás területi határait és tartózkodni a másik állam belügyeibe való beavatkozástól, ezzel kodifikálva az egyes szuverén államok területi hatalmát⁵⁹⁵ és korlátozva a pápa és a császár ~~éjje~~⁵⁹⁶ A szerződések az államoknak "felhatalmazást adtak arra, hogy szövetségeket kössenek . . . császári vagy pápai jóváhagyás nélkül",⁵⁹⁷ és hatalmat kaptak arra, hogy meghatározzák a területükön gyakorolható vallásokat.⁵⁹⁸ Továbbá, "ahogyan azt gyakorolni kezdték", Vesztfália "megszüntette az államok területükön belüli tevékenységének minden törvényes korlátozását".⁵⁹⁹ Így a szuverén állam lett a legfőbb politikai egység, és a terület feletti ellenőrzés lett az elsődleges kritérium egy ilyen állam létének megítéléséhez.⁶⁰⁰ Ezt követően a nemzetközi közjog az emberi történelem ezen új szereplői közötti konfliktusok harmonizálására és megelőzésére alakult ki.⁶⁰¹

Bár Vesztfália létrehozta az állami területi fennhatóság rendszerét, csak a felvilágosodás idején alakult ki a ~~modern~~ önálló felfogása. Míg korábban a terület feletti ellenőrzés jogát az *uralkodó* jogának tekintették, addig Locke, Montesquieu és Rousseau szerződéses filozófiája a politikai hatalmat az adott terület *népének* beleegyezésében alapozta meg.⁶⁰² Így a modern államok legitimitása az emberek e területileg behatárolt csoportjának lojalitásától függött.⁶⁰³ Az ilyen

lásd általában GEOFFREY PARKER, EUROPE IN CRISIS, 1598-1648 (1979); C.V. WEDGWOOD, THE THIRTY YEARS WAR (1938).

⁵⁹⁵ Lásd THOMAS M. FRANCK, THE POWER OF LEGITIMACY AMONG NATIONS (1990). ("Az államok szuverén egyenlőségének fogalma a modern nyugati civilizációban a westfáliai békével debütált."); Brand, *supra* note 583, 1688. o. (kiemelve, hogy a westfáliai béke formalizálta "[az] egyenlő szuverének új korszakát"); Eric Lane, *Demanding Human Rights: A Change in the World Legal Order*, 6 HOFSTRA L. REV. 269, 271 (1978) (megjegyezve a "területi szuverenitás és a szuverén egyenlőség westfáliai hangsúlyozását").

⁵⁹⁶ Lásd CURTIN, *supra* note 5, 11. o. ("Ezt a középkor utáni korszakot az államok sokaságának együttélése jellemezte, amelyek mindegyike szuverén volt a saját területén belül, egymással egyenrangú és minden külső földi hatalomtól mentes.").

⁵⁹⁷ Movsesian, *Supra* note at 593,1085.

⁵⁹⁸ Bár a *cuius regio, eius religio* (kinek a régiója, annak a vallása) elvét már száz évvel korábban elismerték az augsburgi békében, a gyakorlatba csak Vesztfáliában ültették át. Philpott, *Supra* note at 583,363.

⁵⁹⁹ *Id.* 364.

⁶⁰⁰ Lásd CURTIN, *supra* note 5, 11. o. ("[Westfália] a szuverén államot tette legitim politikai egységgé, és azt sugallta, hogy az államiság alapvető jellemzői, mint például a területét ellenőrző kormány létezése az állammá válás kritériuma.").

⁶⁰¹ Lásd *id.* ("Az új többállami rendszer a nemzetközi jogon és a hatalmi egyensúlyon nyugodott, egy olyan jogon, amely inkább az államok *között*, mint felettük, és egy olyan hatalmon, amely inkább az államok *között*, mint felettük működik.").

⁶⁰² Lásd MALCOLM ANDERSON, FRONTIERS: TERÜLET ÉS ÁLLAMALAKULÁS A MODERN WORLD 38 (1996) (a kontraktuális felfogás tárgyalása, amely szerint a politikai hatalom a nép akaratán nyugszik).

⁶⁰³ Lásd CURTIN, *Supra* note, 5,13-14. ("A szuverenitás a személyről a

a csoportokat kulturálisan összetartozó, közös érdekekkel és kötelekekkel rendelkező, nemzetek néven ismert közösségekként fogták fel, az általuk létrehozott politikai intézményeket pedig nemzetállamoknak nevezték el.⁶⁰⁴ "A felvilágosodás olyan korszakot nyitott Európában, amelyben a szuverén nemzetállamokat politikai földrajzi ideálnak tekintették. A területi szuverenitás fogalma így ak-
 újfajta legitimitást igényelt, amely a "nemzeti" jogok ideológiai alapjára épült."⁶⁰⁵

Amint azt a következő fejezetben részletesebben tárgyaljuk,⁶⁰⁶ ezek az új államok arra használták közigazgatási hatalmukat, hogy az egységes nyelvhasználat, a kötelező oktatás bevezetése, valamint a retorikai és szimbolikus erőfeszítések révén ösztönözzék a társadalmi kohéziót és az állammal való azonosulást, hogy eltöröljék a helyi különbségeket és egy koherens közösséget képzeljenek el.⁶⁰⁷ Ezek az erőfeszítések képezték a nacionalizmus gyökereit, amely olyan politikai mozgalomként definiálható, amely a közös származás vagy kultúra alapján egy szuverén államban igyekszik egyesíteni az embereket.⁶⁰⁸ A nacionalizmus "újrarendezte a pszichológiai-

"isteni kozmosszal[...]" azonosított uralkodó az állam területére és az állami intézményekre[...]
 ... és a polgárok lojalitása olyasmivé vált, amit a modern államoknak meg kellett nyerniük (legitimitás).").

⁶⁰⁴ *Lásd id.* 15. o. ("A kormányzó nép átalakult politikai szubjektummá vált, nevezetesen a *polgárok* népévé, amelyet a *nemzettel* azonosítottak."); Herb, *Supra* note 584, at (a *nemzetek* és *nemzetállamok* fejlődését tárgyalva); Murphy, *Supra* note at (588,210 kifejtve, hogy a felvilágosodás során a népet "kulturálisan összetartó közösségeként (nemzetként) kezdték értelmezni, amely jogosult volt saját ügyei irányítására"). Azt feltételezik, hogy ez a fejlődés Európában a tizenennyolcadik században következett be:

A francia forradalom ... vízváltást jelentett: az azt követő időszakban a nemzet már nem csak a király, a területe és az alattvalóivoltak

..... [A] modern nemzet bölcsője...

állam és a nacionalizmus elveinek ... nem szigorúan az ország volt, hanem az összes a népét. A nemzet a szuverén nép és az állam közötti paktum volt. . . .

HORSMAN & MARSHALL, *fentebb*, 8,5-6. lábjegyzet. *De lásd* ANTHONY D. SMITH, NATIONALISM AND MODERNISM 36 (1998) (azzal érvelve, hogy a nacionalizmus növekedése számos európai régióban jóval az iparosodás kezdete előtti időszakra vezethető vissza).

⁶⁰⁵ Murphy, *Supra* note at 588,210.

⁶⁰⁶ A 657-75. lábjegyzeteket kísérő *infra* szöveg.

⁶⁰⁷ *Lásd* Herb, *Supra* note 584, 11. o. (az egységes nyelv és a kötelező oktatás állami kikényszerítéséről, mint a helyi különbségek felszámolására tett erőfeszítésről); *lásd még* John Borne- man, *State, Territory, and National Identity Formation in the Two Berlins, 1945-1995*, in CULTURE, POWER, PLACE: EXPLORATIONS IN CRITICAL ANTHROPOLOGY, *Supra* note at.3,

93,97 (azzal érvelve, hogy "[a] nemzeti identitásról szóló kortárs állami narratívák az államok és lakosaik közötti hosszú beszélgetés során épülnek fel", hogy az állam törvényeiben és politikai nyilatkozataiban "olyan eszközökkel, mint az oktatási intézmények, a háztartási szabályok, a költségvetési és monetáris politika, valamint a házassági törvények", egy életpályamodell javasol, és hogy "[a] polgár a mindennapi tapasztalatok és rituális találkozások során reflektál erre az életpályamodellre és válaszol rá"). *De vö.* SMITH, *Supra* 604. lábjegyzet, 40. o. (óva int a neomarxista "felülről lefelé irányuló" keretrendszer használatától, amelyben az elítelt egyszerűen közvetítik a nacionalista érzelmeket a "tömegeknek"); 660. lábjegyzet (Smith nézeteinek tárgyalása a neomarxista elméletnek a nacionalizmusra való alkalmazásáról).

⁶⁰⁸ *Lásd* JOHN BREUILLY, NATIONALISM AND THE STATE 2 (2d ed. 1994) ("The term 'nationalizmus' kifejezés az államhatalomra és az igazságosságra törekvő vagy azt gyakorló politikai mozgalmakra utal.

cal hűségét, és olyan érzelmi vonzerőt adott az államnak, amely korábban hiányzott."⁶⁰⁹ A "hovatarozás",⁶¹⁰ az egyedi, olykor mitikus örökségben való közös részvétel érzésének előmozdításával a⁶¹¹ tizenkilencedik század nacionalizmusa erőteljes új politikai identitások alapját biztosította a *Respublica Christiana* középkori egységének felváltására.⁶¹² Valójában, ahogy egy kommentátor érvelt, az az elképzelés, hogy a nemzetiség egyenlő az identitással, "magától értetődőnek tekintett társadalmi tény vagy társadalmi konstrukció lett, egy olyan kognitív keret, amelyben a nemzetiséget fenyegetni annyi, mint az identitást fenyegetni".⁶¹³ Így maga a politikai és társadalmi identitás erőteljesen összekapcsolódott a területtel.⁶¹⁴

Mindazonáltal, bár az amerikai és a francia forradalom kontextust biztosított a területi alapú "nép" egységes "nemzetként" való felfogásához, problémák merültek fel a hasonló elképzelések máshol történő alkalmazásával kapcsolatban. A nemzet-állami rendszer nem követte nyomon emberi alanyainak etnikai identitását. Ezért a poszt-vesztzfáiai Európa térképe a következő mozaikokat ábrázolta

A nacionalizmus elsősorban politikai elv, amely szerint a politikai és a nemzeti egységnek egyeznie kell."); WILLIAM PFAFF, *THE WRATH OF NATIONS* 197 (1993) 575. ("A nacionalizmus a csoportidentitás egy létező államhoz vagy egy olyan közösség köztudó formájának politikai ... kifejezése, amely még nem elismert nemzetállam, de úgy véli, hogy azzá kell válnia."). A nacionalizmus egyéb tárgyalásaihoz lásd ANDERSON, *Supra* note 26; MICHAEL BILLIG, *BANAL NATIONALISM* (1995); GIDON GOTTLIEB, *NATION AGAINST STATE* (1993); LIAH GREENFELD, *NATIONALISM* (1992); E. J. HOBBSAWM, *NATIONS AND NATIONALISM SINCE 1780* (1990); MICHAEL IGNATIEFF, *BLOOD AND BELONGING* (1993); KOHN, *supra* note 594; ANTHONY D. SMITH, *THE ETHNIC ORIGINS OF NATIONS* (1986); YAEL TAMIR, *LIBERAL NATIONALISM* (1993); Lea Brilmayer, *The Moral Significance of Nationalism*, 71 *NOTRE DAME L. REV.* 7 (1995); Thomas M. Franck, *Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice*, 90 *AM. J. INT'L L.* 359 (1996). A nacionalizmussal kapcsolatos legújabb tudományos kutatásokat összefoglaló esszét lásd: Tony Judt, *The New Old Nationalism*, N.Y. REV. BOOKS, May at 26, 1994, 44.

⁶⁰⁹ Movsesian, *supra* note 593, at 1086; lásd még KOHN, *supra* note 594, at 4 (azt állítva, hogy a nacionalizmus "megváltoztatta" az államot "azáltal, hogy új életérzéssel és új vallási buzgalommal élte"); HAROLD J. LASKI, *The Foundations of Sovereignty*, in *THE FOUNDATIONS OF SOVEREIGNTY AND OTHER ESSAYS* 1, 15 (1921) ("Itt vált nyilvánvalóvá a nemzetiség jelentősége, mert az állam dicsőítésének olyan érzelmi félhomályt adott, amelyet más módon nem tudott volna biztosítani").

⁶¹⁰ Lásd Alan Brantwaite, *The Psychological Basis of Independent Statehood*, in *STATES IN A CHANGING WORLD* (46. Robert 51 H. Jackson & Alan James szerk., 1993) (arról értekezik, hogy az államiság hogyan ad egy csoportnak biztonságérzetet és hovatarozás érzését).

⁶¹¹ Lásd a 633-43. lábjegyzet alatti szövegben (a modern nemzetállamban a közösség társadalmi konstrukciójának tárgyalása).

⁶¹² Lásd: *STATE SOVEREIGNTY AS SOCIAL CONSTRUCT* (Thomas J. Biersteker & Cynthia Weber szerk., 1996), amely szerint az állami szuverenitás továbbra is társadalmi konstrukció.

⁶¹³ CURTIN, *supra* note 5, 15. o.; lásd még HORSMAN & MARSHALL, *supra* note 8, 10. o. (megjegyezve azt a kortárs nézetet, hogy a nemzetállam "természetes és örök").

⁶¹⁴ Lásd CURTIN, *Supra* note at 5, (15 "[T]he identification of citizenship with residence in a particular territorial space became the central fact of political identity.").

a többnemzetiségű társadalmakat irányító szuverén hatalmak. Ez az elrendezés továbbra is feszültséget és konfliktusokat okoz. Közép- és Kelet-Európában például két különböző identitás alakult ki: az egyik az etnikai hovatartozáson, a másik a területi határokon alapul. Sajnos, bár ez a két identitás meglehetősen különböző, az első világháborút követő területi rendezések során összemosódtak, és olyan új nemzetállamok létrehozására tettek kísérletet, mint Csehszlovákia és Jugoszlávia. Ráadásul az Egyesült Nemzetek Szervezetét azért hozták létre, hogy biztosítsa a meglévő államrendszer területi integritását, és ezért egészen a közelmúltig csak azokat az önrendelkezési mozgalmakat ismerte el, amelyeket a volt gyarmati határok között működő többség (mint például Nigéria) hozott létre, nem pedig az ezekben az államokban működő etnikai kisebbségek.⁶¹⁵

Még ez a felületes áttekintés is azt mutatja, hogy egyrészt a nemzetállamok rögzített területi határok között létező elképzelése viszonylag új keletű jelenség, másrészt pedig, hogy a nemzet és az állam közötti kapcsolat esetleges és gyakran gyenge. Így, bár kétségtelenül nehéz elképzelni egy olyan nemzetközi geopolitikai rendet, amely nem a nemzetállamok hálózatán alapul, amely korlátozott terekben működik, a történelem azt sugallja, hogy a nemzetállami rendszer nem megváltoztathatatlan és nem is elkerülhetetlen. Sőt, amennyiben a nemzetek és az államok nem esnek egybe, az identitás és a közösség alternatív, *nem* államhatárokon alapuló felfogásai továbbra is megkérdőjelezzik e rendszer hegemoniáját.

C. A nemzetállam mint elképzelt közösség

Ha a jogi joghatóság egyszerre a közösségi dominancia szimbolikus megerősítése és a közösségi határok kijelölésének módja, akkor alaposabban meg kell fontolnunk, mit jelent az, hogy egy koherens közösségről beszélünk, és hogyan lehet egy ilyen közösséget meghatározni. Ez a megfontolás feltárja a közösség és az állam egyenlőségjelet tevő képzeletbeli aktusát, valamint a nosztalgikus és transzformatív közösségi elképzelések közötti folyamatos kötélhúzást az Én és a Világ közötti kapcsolat közvetítésében.

A "közösség" fogalma az egyik legszélesebb körben használt fogalom a társadalomtudományokban. A pontos meghatározás azonban előre láthatóan nehezen született meg. Már 1955-ben egy tanulmány kilencvennégy társadalomtudományi definíciós kísérletet gyűjtött össze, és azt találta, hogy az egyetlen lényegi átfedés a következők között volt

⁶¹⁵ A nemzetállamok jogához hasonló, a személyes önrendelkezési jog melletti érvelést lásd Francis A. Gabor, *Quo Vadis Domine: Reflections on Individual and Ethnic Self-Determination Under an Emerging International Legal Regime*, INT33'L LAW. 809, 811- (141999).

az volt, hogy az összes meghatározás emberi lényekkel foglalkozott!⁶¹⁶

Sokak számára a "közösség" szó Norman Rockwell-szerű képeket idéz fel egy kis, szemtől szemben álló, közös értékeket, háttérrel és világnézetet valló emberekből álló gyülekezetről. Egy ilyen elképzelés ellentmondani látszik a szó sokkal tágabb értelemben vett használatának, mint például az "amerikai közösség" vagy a "világközösség". Így nem meglepő, hogy a szociológiai és antropológiai szakirodalomban a közösség és az állam gyakran egymás mellé kerül. Ferdinand Tönnies például az 1880-as években írt arról, hogy a *gemeinschaft* - az intimitás, a szoros személyes ismeretség és a stabilitás közössége - helyébe a *gesellschaft* lépett - a politikai társadalom, amelyet a mesterséges, szerződéses, egoközpontú, rövid távú és személytelen társadalmi kapcsolatok uraltak.⁶¹⁷ Tönnies a múlt kis, vidéki közösségeit a szolidaritás és az egység színterének tekintette, míg az ideiglenes társadalmat úgy ábrázolta, mint amely képtelen ilyen kötelek létrehozására.⁶¹⁸ A *közösségről* alkotott felfogása szilárdan a fizikai közelségen alapult, ahol a közösség a közös területből, a vérségi kötelékekből és a közösség tagjai közötti állandó interakcióból ered, nem pedig a közös értékekből vagy érdekekből.⁶¹⁹ Ezzel szemben Tönnies szerint a *gesellschaft* modern korszaka nem kínált szemtől-szembeni közösséget, hanem csak a közös célok racionális elérésére kitalált társulások összességét (pl. vállalatok, politikai pártok és szakszervezetek).⁶²⁰

A tizenkilencedik század végének és a huszadik század elejének más társadalomtudósai is csatlakoztak ehhez a szembeállításához. Henry Maine munkája, bár nem kifejezetten a közösség természetére összpontosított, szintén szembeállította a személyes kapcsolatokon és vérségi alapú hierarchiákon alapuló társadalmat egy "modernebb" társadalmi formával, amely az egyén jogi megállapodások megkötésének szabadságán alapul.⁶²¹ Maine a "státusról" a "szerződésre" való áttérést a társadalmi kapcsolatok rokonsági hálózatokon keresztül történő meghatározásától az egyéni akaraton alapuló meghatározásuk felé való elmozdulásnak tekintette.⁶²² Hasonlóképpen, Emile Durkheim azt állította, hogy a "korábbi" közösségeket a "mechanikus szolidaritás" jellemezte, amelyben a szoci-

⁶¹⁶ George A. Hillery, Jr., *A közösség definíciói*: RURAL20 SOC. 111,118 (1955).

⁶¹⁷ Lásd FERDINAND TÖNNIES, GEMEINSCHAFT UND GESELLSCHAFT [COMMUNITY & TÁRSADALOM] 202-05 (Charles Loomis ford., szerk1988.) (a "*Gesellschaft* rendjének" leírása).

⁶¹⁸ Lásd *id. at* (65az egyének alapvető egységét a *gemeinschaftban* az egyének alapvető elkülönülését a *gesellschaftben*).

⁶¹⁹ *Id.* 42-44. o.

⁶²⁰ *Id.* 64-65.

⁶²¹ Lásd HENRY SUMNER MAINE, ANCIENT LAW (165Univ. of Ariz. Press 1986) (1864). ("[A] haladó társadalmak mozgása eddig a státustól a szerződés felé való elmozdulás volt". (kiemelés elhagyva)).

⁶²² *Lásd id.*

az etnikum a hasonlóságon alapult, és nem tudta elviselni a különbözőséget.⁶²³ Ezzel szemben Durkheim a "modern" társadalmat a "szerves ~~szóban~~" alapulónak tekintette, amelyben a különbségek egy együttműködő, harmonikus egésszé állnak össze.⁶²⁴

Sok huszadik századi tudós számára a közösség továbbra is csak a hovatarozás iparosodás előtti formáira használt kifejezés maradt. Raymond Williams például a modernitás felemelkedését és a közösség korábbi felfogásának kihívását vizsgálva azt írta:

A városok és különösen a nagyvárosok és a metropoliszok növekedése; a növekvő munkamegosztás és a munka összetettsége; a társadalmi osztályok közötti és a társadalmi osztályokon belüli megváltozott és kritikus viszonyok: az ilyen változásokban minden feltételezés egy megismerhető közösség - egy egész közösség teljes egészében megismerhető - egyre nehezebbé és nehezebb fenntartani.⁶²⁵

Robert Redfield hasonlóképpen megkísérelte a közösséget úgy definiálni, mint ~~szükség~~ kis léptékű, a tevékenységek és a lelkiállapotok tekintetében egyaránt homogén, önellátó és a saját különlegességének tudatában lévő közösséget.⁶²⁶ Redfield szinte úgy tűnt, hogy ezekben a kis (általában agrár) közösségekben egyfajta nemességet és tisztaságot talál. Ezzel szemben a városi társadalmakat sokkal negatívabban ítélte meg. Redfield számára a városok "személytelen intézményeken [és] a külső világ úgynevezett atomizálódásán" alapultak.⁶²⁷

Más antropológusok, bár talán nem annyira nosztalgikusak, mint Redfield, hasonlóan tekintettek a közösségekre, mint eredendően helyi közösségekre. Ronald Frankenberg szerint a közösség tagjainak közös munkával, gazdasági és vallási érdekekkel kell rendelkezniük.⁶²⁸ Szerinte az ilyen közösségek megkövetelik, hogy az emberek szemtől szembe, egy kis csoportban éljenek, egymással sokrétű kapcsolatokat ápoljanak, és érzelmi kötődést tartsanak fenn egy fizikai helyhez és magához a csoporthoz.⁶²⁹ David Minar és Scott Greer is

⁶²³ EMILE DURKHEIM, A MUNKÁSZAT MEGOSZTÁSA A TÁRSADALOMBAN 88-92 (W.D. Halls ford., The Free Press 1984) (1893).

⁶²⁴ *Id.* 101-05. Durkheim mindazonáltal megjegyezte, hogy ez a harmónia még nem létezett. *Lásd id.* at lv (kifejezve a "korporatív intézmény" szükségességét). Későbbi munkáiban Durkheim még ettől a minősített álláspontjától is visszalépett, és ehelyett új közösségi kapcsolatokra szólított fel, hogy ellensúlyozza a bénító anómia modern tendenciáját. *Lásd* EMILE DURKHEIM, SUICIDE 361-92 (John A. Spaulding & George Simpson trans., The Free Press 1951) (1897) (az anómia gyökereit "a kollektív erők hiányában a társadalom bizonyos pontjain" és a "széttagoltság állapotában" találja).

⁶²⁵ RAYMOND WILLIAMS, A VIDÉK ÉS A VÁROS (1651973).

⁶²⁶ ROBERT REDFIELD, A KISKÖZSÉG, A PARASZTI TÁRSADALOM ÉS KULTÚRA 4 (1960).

⁶²⁷ *Id.* 5.

⁶²⁸ *Lásd* RONALD FRANKENBERG, KÖZÖSSÉGEK BRITANNIÁBAN (2381966) ("Community azt jelenti, hogy van valami közös.").

⁶²⁹ *Lásd id.* 237-54. o. (a közösség fogalmának és a szemtől-szemben történő változásoknak a vizsgálata).

hangsúlyozta a földrajzi közelséget.⁶³⁰ Azzal érveltek, hogy az egy helységben való élet realitásai közös problémákat szülnek, amelyek a közös cselekvésre és tevékenységekre irányuló szervezetek kialakulásához vezetnek, ami viszont közös kötődéseket, az egymásra utaltság érzését, közös elkötelezettséget és növekvő homogenitást eredményez.⁶³¹ Még az olyan kommunárius teo-risták, mint Amitai Etzioni legújabb munkái is a közösség hasonló szemléletét mutatják. Etzioni, aki meg akarja fékezni a liberális demokrácia közös értékeitől való multikulturális eltávolodást, ragaszkodik ahhoz a gondolathoz, hogy a múlt közösségei közös hiteket és értékeket vallottak, és arra kéri a társadalom ideiglenes tagjait, hogy újra elkötelezzék magukat e közösségek mellett.⁶³²

A közösségnek ezek az elképzelései nem illeszkednek kényelmesen a modern iparosodott állam burjánzó struktúrájába. Az *államok nemzetállamokká* való átalakulása azonban megköveteli, hogy egy szuverén entitás tagjai ne egyszerűen a kormányzati hatalom alanyaiként gondoljanak magukra, hanem úgy, mint akiket valamilyen módon összeköt az egy közösségen belüli többi alany. Benedict Anderson ezért a nemzetállamokat "elképzelt közösségeknek" nevezi - "elképzelt közösségeknek", mert még a legkisebb nemzet tagjai sem ismerik a legtöbb társukat, nem találkoznak velük, és még csak nem is hallanak róluk, mégis mindegyikük fejében él a közösségük képe".⁶³³

Ez a megfogalmazás nem jelenti azt, hogy az ilyen elképzelt közösségek valahogyan "hamisak" vagy negatív értelemben "kitaláltak" lennének.⁶³⁴ Anderson azt állítja, hogy *minden, az "ősfalvavnál"* nagyobb közösség (és talán még azok is) elképzelték.⁶³⁵ Így a nemzetállamok nem illegitímek csak azért, mert

face relationships); lásd még NIGEL RAPPORT & JOANNA OVERING, SOCIAL AND CULTURAL ANTHROPOLOGY 61 (2000) (Frankenberg és más teoretikusok közösséggel kapcsolatos megközelítéseit tárgyalva).

⁶³⁰ Lásd DAVID MINAR & SCOTT GREER, A KÖZÖSSÉG FOGALMA (471969).

("[A] csipke fontos a közösség szempontjából, mivel minden bizonnyal a legtöbb társadalmi rendszer, amelyre [a közösség] fogalmát alkalmazzuk, valamilyen földrajzi egység.")

⁶³¹ Lásd *id.* (az ugyanazon a helyen való élet hatásainak megvitatása).

⁶³² Lásd AMITAI ETZIONI, A KÖZÖSSÉG LELKE 253-67. (1994) (a közösség szellemének az egyének jogai és társadalmi kötelezettségei a társadalom közösségi szemlélete szerint).

⁶³³ ANDERSON, *Supra* note, 26,6. o.; lásd még ERNEST GELLNER, THOUGHT AND CHANGE (Gondolat és változás). 168 (1964) ("A nacionalizmus nem a nemzetek öntudatra ébredése: a nemzetek kitalálnak nemzetek, ahol ezek nem léteznek" (kiemelés hozzáadva)).

⁶³⁴ Egyes kommentátorok negatívan ítélik meg azt, ahogyan a nacionalista mozgalmak sok olyan "hagyományt" gyártanak, amelyeket állítólag vissza akarnak állítani. Lásd pl. FRANCIS FUKUYAMA, THE END OF HISTORY AND THE LAST MAN (2691992) (megjegyezve a "szándékos

a nacionalisták kitalációi, akik bizonyos fokú szabadságot élveztek annak meghatározásában, hogy ki vagy mi alkotja a ... nemzetet"); Anthony D. Smith, *Introduction: Ethnicity and Nationalism*, in ETHNICITY AND NATIONALISM 1, 3 (Anthony D. Smith szerk., 1992) (a nacionalizmus "modernista" elméleteinek tárgyalása, amelyek a "képzelt közösség" és a "kitalált hagyományok" fogalmaira támaszkodnak).

⁶³⁵ Lásd ANDERSON, *Supra* 26. lábjegyzet, 6. o. (arra utalva, hogy még a "személyes kapcsolat" által jellemzett közösségek is képzeletbeli közösségek).

a lakosok elképzelik és felépítik a pszichológiai kötelékeket. Mindazonáltal az a tény, hogy ezek a kötelékek konstruáltak, azt jelenti, hogy nem természetesen és nem is elkerülhetetlenek; csupán a közösség képzeletének egy sajátos módja a sok közül.

Ez a közösségnek egy egészen másfajta látásmódja. Anderson (és más teoretikusok⁶³⁶ is) az emberek közötti kapcsolatok reifikált, természetes struktúrája helyett inkább arra összpontosít, hogy a "közösség" fogalma hogyan épül fel a társadalmi életben, hogyan jelölik és tulajdonítják a közösséghez való tartozást, és hogyan adnak értelmet a közösség fogalmainak.⁶³⁷ A közösség kialakulását tehát pszichológiai folyamatnak tekintik, nem pedig külső valóságokon alapuló, természetes jelenségnek.⁶³⁸

Lényeges, hogy a közösség ilyen kiterjesztett víziója nélkül a nemzetállamot nem lehet közösségként konceptualizálni. Ugyanakkor

⁶³⁶ A csoportidentitásokkal kapcsolatos szociálpszichológiai kutatások, amelyek szerint a csoportok nem külső tényezők miatt léteznek, hanem kizárólag a tagok csoporttal való azonosulása miatt, a közösségnek ezt a szimbolikus értelmezését tükrözik. *Lásd* HENRI TAJFEL, HUMAN GROUPS AND SOCIAL CATEGORIES 229 (1981) (a csoportközi közösség definíciójára támaszkodva, amely azon alapul, hogy az emberek csoportnak érzik-e magukat). E kutatás szerint a csoportképzési folyamata három szakaszban zajlik: Először az egyének egy csoporton belüli csoport részeként kategorizálják magukat, társadalmi identitást rendelve magukhoz, és megkülönböztetve magukat az adott külső csoporttól. Másodszor, megtanulják az ilyen identitáshoz kapcsolódó normákat. Harmadszor, ezeket a normákat hozzárendelik magukhoz, és "így viselkedésük normatívabbá válik, ahogy a kategóriatagságuk szembevetővé válik". MICHAEL A. HOGG & DOMINIC ABRAMS, TÁRSADALMI IDENTIFIKÁCIÓK: A CSOPORTKÖZI KAPCSOLATOK ÉS CSOPORTFOLYAMATOK SZOCIÁLPSZICHOLÓGIÁJA (1721988).

⁶³⁷ *Lásd* RAPPORT & OVERING, *Supra* note 629, 62. o. (a közösséggel kapcsolatos modern antropológiai nézeteket tárgyalja). Gregory Bateson és Jürgen Ruesch hasonlóan érveltek amellett, hogy az "egyén", a "család", a "közösség", a "nemzet" és a világ közötti kapcsolat az emberi kommunikáció társadalmi és pszichológiai folyamatainak tanulmányozásán keresztül érthető meg a legjobban. *Lásd* GREGORY BATESON & JURGEN RUESCH, COMMUNICATION: THE SOCIAL MATRIX OF PSYCHIATRY 5 (1951) ("[C]ommunication is the only scientific model which enables us to explain physical, intrapersonal, interpersonal, and cultural aspects of events within one system."). Hasonlóképpen Fredrik Barth is megfigyelte, hogy a társadalmi csoportok nem természetes módon, közösségekként kapcsolódnak össze; identitásukat úgy érik el, hogy más csoportoktól eltérően definiálják magukat, és határokat húznak maguk között. *Lásd* FREDRIK BARTH, *Introduction to ETHNIC GROUPS AND BOUNDARIES* 9, 15 (Fredrik Barth szerk., 1969) ("A határok, amelyekre figyelmünket fordítanunk kell, természetesen a társadalmi határok"). Anthony Cohen bővített Barth kritikája, amely szerint a közösséget szimbolikus konstrukciónak kell tekinteni, nem pedig természetesnek. *Lásd* ANTHONY P. COHEN, A KÖZÖSSÉG SZIMBOLIKUS KONSTRUKCIÓJA (141985).

(a közösség eszméjének "alapvetően szimbolikus természetét" tárgyalva). Cohen elképzelése szerint a közösség nem olyan típusú külső jellemzőkből ered, mint amilyeneket Redfield és mások felvetettek, hanem egy olyan határ belső érzékeléséből, amely elválasztja az egyik társadalmi csoportot a másiktól. Így a közösségek és határaik nem földrajzi értelemben léteznek, hanem "jelentéstartalmak" formájában a tagok fejében, és ezek a társadalmilag konstruált jelentéstartalmak a közösség sajátos társadalmi diskurzusaként jutnak kifejezésre. *Id.* 98.

⁶³⁸ *Lásd pl.* Gupta & Ferguson, 529. lábjegyzet, 13. o. (azzal érvelve, hogy a "közösség" "kategorikus identitás, amely a kirekesztés és a másság különböző formáin alapul").

Ha a közösségek nem olyan rögzített tulajdonságokon alapulnak, mint a földrajzi közelség, a közös történelem vagy a személyes interakció, hanem a szimbolikus identifikáción és a szociálpszichológián, *akkor nincs belső ok arra, hogy a nemzetállami közösségeket előnyben részesítsük más lehetséges közösségi ~~területek~~szemben, amelyekben az emberek osztoznak.* Ezeket az egyéb identifikációkat a következő szakaszban fogjuk megvizsgálni, de most fontos felismerni, hogy ugyanaz a közösségfelfogás, amelyre a nemzetállam támaszkodik, egyben az alapot is biztosítja a nemzetállamnak mint a tárgyalt egyetlen releváns közösségnek a hegemoniája kritikájához.

Anderson szerint a nemzetállamnak történelmileg három elkülönülő képzetbeli jellemzője volt. Először is, a nemzetet korlátozottnak, véges határokkal rendelkezőnek képzelték el.⁶³⁹ Azt állítja, hogy "[n]em egy nemzet képzeli magát az emberiséggel egybeesőnek. A legmessianisztikusabb nacionalisták sem álmodnak egy olyan napról, amikor az emberi faj minden tagja csatlakozik nemzetükhöz".⁶⁴⁰ Másodsor, a nemzetet azért képzelték el szuverénnek, hogy az isten által elrendelt dinasztiák helyébe lépjen...

⁶³⁹ A középkori és a modern térképek összehasonlítása például azt mutatja, hogy a határokról és a helyről alkotott elképzelések nagyon eltérőek. A régebbi térképek általában Jeruzsálemet ábrázolják a középpontban, ROBERTS, *supra* note 552, 128. o.; jellemzően a világ befejezetlenségét jelzik, a távoli földeket csak felvázolják, majd egyértelmű végpontok nélkül elhalványulnak; és nemcsak a határokat illetően pontatlanok, hanem úgy tűnik, hogy a határokat viszonylag jelentéktelennek tekintik, lásd BILLIG, *supra* note 608, 20. o. ("A középkori térképek a határokkal nem törődő világot ábrázolnak."). A királyságokat és birodalmakat általános területeken ábrázolják, és kevés erőfeszítést tesznek annak pontos meghatározására, hogy hol kezdődik az egyik és hol ér véget a másik. Lásd ROBERTS, *supra* note 552, 127-30. o. (a középkori térképek jellemzőinek áttekintése). Ezzel szemben a modern térkép, akárcsak a szuverenitás modern felfogása, határozottan területi jellegű, pontosan megrajzolt határokkal. Lásd BILLIG, *supra* note 608, 20. o. (elismeri, hogy a modern térképek a világot területileg megosztottnak ábrázolják).

Sőt, a bizonyítékok arra utalnak, hogy az egyértelmű területi határok hiánya nemcsak a középkori térképkészítés, hanem a középkori tudatosság része is volt. Amint arra az egyik szerző rámutat, a középkori Európa egy sor egymást átfedő kis hatalmi struktúrából állt, ahol egyetlen hatóság sem irányított egy "világosan körülhatárolt területet vagy a benne élő embereket". Michael Mann, *Európai fejlődés: Approaching a Historical Explanation, in EUROPE AND THE RISE OF CAPITALISM* 6, 11 (Jean Baechler et al. eds., 1988). Ráadásul a középkori uralkodók hajlamosak voltak birtokaikat örökösük között felosztani, ami azt jelentette, hogy a területek gyakran változtatták alakjukat minden egyes új generációval. Lásd BILLIG, *supra* note 608, 20. o. (a területi határok átmeneti jellegét tárgyalja a középkori Európában). A feudális struktúra a helyi urakhoz, nem pedig a távoli uralkodókhoz való hűségen alapult, és ha a királyok hadsereget állítottak fel, azt a helyi urakon keresztül tették. Lásd *id.* (a királyok seregfelállítási módszereiről). Nem meglepő módon a mai Franciaország vagy Anglia területének lakosai nem tekintették magukat angolnak vagy franciának, és kevés fogalma volt egy olyan területi nemzetállamról, amelyhez hűséggel tartoztak. Lásd pl. FERNANDI BRAUDEL, *THE IDENTITY OF FRANCE (HISTORY AND KÖRNYEZET)* 18 (Siân Reynolds trans., Collins 1988) (1986) (azzal érvelve, hogy "a *la patrie*, a haza *modern* fogalma alig jelent meg a XVI. században"); HUGH SETON-WATSON, *NATIONS AND STATES: AN ENQUIRY INTO THE ORIGINS OF NATIONS AND THE POLITICS OF NATIONALISM* 25-30 (1977) ("Aligha beszélhetünk angol vagy francia nemzetéről a tizenharmadik század előtt").

⁶⁴⁰ ANDERSON, *fentebb* 26. lábjegyzet, at 7.

kapcsolatok⁶⁴¹, amelyek a felvilágosodás korában és azt követően kezdtek utat engedni a modern államoknak.⁶⁴² Harmadszor, a nemzetet közösségként képzelik el:

[Függetlenül attól, hogy milyen tényleges egyenlőtlenség és kizsákmányolás uralkodik az egyes országokban, a nemzetet mindig mély, horizontális bajtársiasságként képzeljük el. Végül soron ez a testvériség teszi lehetővé, hogy az elmúlt két évszázadban olyannyira sok millió embert, nem annyira azért, hogy megöljék, mint inkább azért, hogy önként meghaljanak ilyen korlátolt elképzelésekért.⁶⁴³

Anderson tehát rávilágít azokra a társadalmi, történelmi és pszichológiai erőkre, amelyek a nemzetről alkotott elképzeléseket konstruálják.

Sőt, még a látszólag kevésbé soknemzetiségű államokban is úgy tűnik, hogy a nemzet összetétele inkább politikai, mint természetes folyamat. Bár sok kommentátor feltételezte, hogy az olyan országok, mint Kína, Korea és Japán etnikailag homogének, a⁶⁴⁴ legújabb kutatások megkérdőjelezték ezt az állítást. Egy tanulmány például azt állítja, hogy a japán identitás és a japán hivatalosság nagy része a belső másokkal (kisebbségekkel) és a külső másokkal (külföldiekkel) való kölcsönhatás révén alakult ki, akik ugyanolyan fontosak voltak a japán önazonosítás szempontjából, mint a belső "kulturális" konstrukciók.

⁶⁴¹ Anderson szerint nem véletlen, hogy a tizennyolcadik század a maga racionálistikus szekularizmusával és az isteni uralom kihívásával egyben a nacionalizmus kialakulásának évszázada is volt. Miközben megállt, hogy ne vonjon ok-okozati összefüggést a vallási bizalom hanyatlása és a nacionalizmus megjelenése között, *lásd id.* at (12"Nem állítom, hogy a nacionalizmus megjelenését a XVIII. század vége felé a vallási bizonyosságok eróziója "produkálta", vagy hogy ez az erózió önmagában nem igényel összetett magyarázatot."), Anderson mégis azt állítja, hogy a "[d]iszintegráció a paradicsomban" megkövetelte "a végzettség folytonosságát, az esetlegesség jelentéssé váló világi átalakulását [F]élelyen dolgok voltak (vannak), amelyek jobban alkalmasak erre a célra mint a nemzet eszméje", *id.* 11.

⁶⁴² *Lásd id.* (megállapítva, hogy a felvilágosodás "a nacionalizmus korának hajnalát" jelentette). Anderson ezt az átalakulást a határokról alkotott elképzelések változásával hozza összefüggésbe. A monarchia, érvelése szerint, "mindent egy magas központ köré szervez. Legitimitása az istenségtől származik, nem pedig a lakosságtól, amely végül is alattvaló, nem pedig polgár". *Id.* 19. o. Így, mivel az államokat központjaik definiálták, "a határok porózusak és homályosak voltak, és a szuverenitások észrevétlenül egymásba olvadtak". *Id.* Anderson szerint ez a laza területi felfogás segít megmagyarázni, hogy "a premodern birodalmak és királyságok hogyan voltak képesek hosszú ideig fenntartani uralmukat a rendkívül heterogén és gyakran még csak nem is szomszédos népesség felett". *Id.* Ezzel szemben a modern állami szuverenitás "teljes mértékben, egyenletesen és egyenletesen működik a jogilag körülhatárolt terület minden egyes négyzetcentiméterén". *Id.* Hasonlóképpen, Giddens azzal érvel, hogy míg a birodalmak és az abszolutista államok határai diffúzak voltak, a nemzetállam "a kormányzás intézményes formáinak összessége, amely egy körülhatárolt terület felett adminisztratív monopóliumot tart fenn". GIDDENS, *supra* note 585, 171-72. o. Valójában Giddens szerint, bár úgy tűnik, hogy minden államot a területiséggel hoztak összefüggésbe, "[a] kifejezetten késő európaiaknál a nagyon pontos határok rögzítése az, ami valóban hatékonyan jelöli ki az államigazgatás birodalmát". *Id.* 172.

⁶⁴³ ANDERSON, *fentebb* 26. lábjegyzet, at 7.

⁶⁴⁴ *Lásd pl.* HOBBSAWM, 608. lábjegyzet, at (66"China, Korea andJapanareindeed az etnikailag majdnem vagy teljesen homogén lakosságú történelmi államok rendkívül ritka példái közé tartozik.").

tások.⁶⁴⁵ Hasonlóképpen, a japán kultúra és identitás jellegzetes vonásainak meghatározására irányuló mozgalmak az 1970-es és 1980-as években indultak a nyugati befolyással szemben, mivel az üzleti és közigazgatási elit aggódott a túl kevés japán homogenitás miatt.⁶⁴⁶

Hogyan alakul ki tehát a nemzeti közösség? Anderson a nemzetállam felemelkedését az általa "nyomdakapitalizmusnak" nevezett fejlődésre vezeti vissza.⁶⁴⁷ Azt állítja, hogy a vallásilag egységes közösség, az isten által meghatározott uralkodók és a statikus kozmológiák régi rendjét lassan megkérdőjelezték "a gazdasági változások, a (társadalmi és tudományos) "felfedezések" és az egyre gyorsabb kommunikáció fejlődése".⁶⁴⁸ Anderson szerint a nyomtatott kapitalizmus új rendje "lehetővé tette, hogy az emberek gyorsan növekvő számai mélységesen új módon gondolkodjanak önmagukról, és hogy másokkal szemben újrakezdjék önmagukat".⁶⁴⁹

Anderson szerint a nyomdaipar fejlődése és az irodalmi művek viszonylag könnyű terjesztése három különböző módon teremtette meg a nemzeti öntudat alapjait. Először is, a nyomtatott nyelvek elterjedése azt jelentette, hogy "egységes cserepályák" jöttek létre, amelyek "a latin nyelv alatt", de "a helyileg eltérő beszélt nyelvjárástok felett" működtek.⁶⁵⁰ Így "[a] francia, angol vagy spanyol nyelvek óriási változatosságának képviselői, akik a beszélgetés során nehezen vagy egyáltalán nem értették meg egymást, képessé váltak arra, hogy a nyomtatás és a papírrévén megértsék egymást".⁶⁵¹ Anderson szerint eközben ezek az olvasók tudatára ébredtek egy szélesebb olvasói közösségnek, amelyhez tartoztak, és amely túlmutatott a lokálison, de nem volt akkora, mint a világ.⁶⁵² Az újságok lehetővé tették, hogy a nemzetet a különböző "részekből" származó történetek egymás mellé helyezésével reprezentálják, ami

⁶⁴⁵ Lásd Emiko Ohnuki-Tierney, *A Conceptual Model for the Historical Relationship Between the Self and the Internal and External Others: The Agrarian Japanese, the Ainu, and the Special-Status People*, in MAKING MAJORITIES: CONSTITUTING THE NATION IN JAPAN, KOREA, CHINA, MALAYSIA, FIJI, TURKEY, AND THE UNITED STATES (31 Dru C. Gladney szerk.), 1998) [a továbbiakban MAKING MAJORITIES] (a japán majority csoportok és a külföldiek közötti kapcsolatok vizsgálata).

⁶⁴⁶ Lásd Kosaku Yoshino, *Culturalism, Racism, and Internationalism in the Discourse on Japanese Identity*, in MAKING MAJORITIES, *supra* note 645, at 13, 13 (a "kulturális nacionalizmus feltámadását" a "japán kulturális elit által a japán társadalom, kultúra és nemzeti jelleg különlegességének meghatározása és újradefiniálása érdekében készített kiadványok hatalmas számával" hozza összefüggésbe).

⁶⁴⁷ Lásd ANDERSON, *Supra* 26. lábjegyzet, 36. lábjegyzet (amely szerint a nyomtatott kapitalizmus "a testvériség, a hatalom és az idő értelmes összekapcsolásának új módját" kínálta).

⁶⁴⁸ *Id.*

⁶⁴⁹ *Id.*

⁶⁵⁰ *Id.* 44.

⁶⁵¹ *Id.*

⁶⁵² *Id.*

aztán egy államalakulaton belül asszimilálódtak.⁶⁵³ Az újság azt is lehetővé tette, hogy a nemzet megkülönböztesse magát másoktól azáltal, hogy a "nemzetközi" és "külföldi" híreket a "belföldi" vagy "nemzeti" hírektől elkülönítve mutatta be.⁶⁵⁴ Másodsor, Anderson szerint a nyomtatott kapitalizmus térhódítása lehetővé tette a nyelvek rögzülését, ami tovább szilárdította a közös nyelvi hagyományokon alapuló identitást.⁶⁵⁵ Harmadsor, Anderson szerint a nyomtatott nyelvekhez legközelebb álló nyelvjárárok státusza emelkedett, és kezdett kialakulni valami, ami megközelítette a "hivatalos" nyelvet, amelyet szélesebb csoportok értettek.⁶⁵⁶

Más teoretikusok azt a számtalan módot vizsgálták, ahogyan a nemzeti ~~idő~~ ha egyszer bevezetésre került, folyamatosan megerősödik a modern korban. Michael Billig például azt tanulmányozta, amit ő "banális nacionalizmusnak" nevez: a mindennapi élet szokásait, amelyek tudat alatt arra szolgálnak, hogy a nemzetállamok világában a polgárokat tudat alatt emlékeztessék egy adott nemzetállamhoz való tartozásukra.⁶⁵⁷ Billig írja:

A polgárokat oly sok apró módon emlékeztetik nap mint nap nemzeti helyükre a nemzetek világában. Ez az emlékeztetés azonban annyira megszokott, annyira folyamatos, hogy tudatosan nem regisztráljuk emlékeztetésként. A metonimikus kép a

a banális nacionalizmus nem olyan zászló, amelyet tudatosan, szenvedélyes szenvedéllyel lengetnek; ez a zászló észrevétlenül lóg a középületeken.⁶⁵⁸

Így Anderson felfogása a nemzetállamról mint elképzelt közösségről lehetővé teszi számunkra, hogy lássuk, hogy bár a "nacionalista" kifejezést gyakran a modern állam elismerését kereső szélsőséges csoportoknak tartjuk fenn,⁶⁵⁹ maga az állam gyakran op-

⁶⁵³ *Id.*

⁶⁵⁴ Lásd BILLIG, *supra* note 608, 118-19. o. (leírja, hogy az újságok miként szegregálják a híreket, "hogy a nemzetiség működjön. . mint a tudatosság kontextusa").

⁶⁵⁵ Lásd ANDERSON, *Supra* 26. lábjegyzet, 44-45. o. (azzal érvelve, hogy mivel "a nyomtatott könyv állandó formában maradt fenn", a nemzetek meg tudták teremteni "az ókornak azt a képét, amely oly központi szerepet játszik a nemzet szubjektív eszméjében").

⁶⁵⁶ Lásd *id.* 45. o. (megállapítva, hogy "[a]z egyes nyelvjárárok elkerülhetetlenül "közelebb álltak" az egyes nyomtatott nyelvekhez, és uralták azok végleges formáit").

⁶⁵⁷ Lásd általában BILLIG, *fentebb* 608. lábjegyzet (a nacionalizmus erőteljes jelenlétének vizsgálata a mindennapi életben).

⁶⁵⁸ *Id.* at Hasonlóképpen8. Gupta is megjegyezte:

A külső - azaz más államok felé irányuló - gyakorlatok mellett a nemzet megvalósulását lehetővé tevő legfontosabb jellemzők közé tartoznak a zászlók, himnuszok, alkotmányok és bíróságok, a politikai képviseleti rendszer, az állami bürokrácia, az iskolák, a közművek, a hadsereg és a rendőrség, az újságok, a televízió és más tömegmédiák.

Gupta, *Supra* note at 3,185.

⁶⁵⁹ Lásd BILLIG, *supra* note 608, at 5 (megjegyezve, hogy mind a népszerű, mind a tudományos írások a nacionalizmust "azokkal hozzák kapcsolatba, akik új államok létrehozásáért küzdenek, vagy a szélsőjobb oldali politikával", így "[a]z általános szóhasználat szerint [az amerikai elnök] nem nacionalista; de a québeci vagy bretagne-i szeparatisták igen; ahogy a szélsőjobb oldali vezetők is azok").

a nacionalista vállalkozás, amely az állam földrajzi határainak megfelelő közösségben való azonosulásra ösztönöz. Ezt a nemzetállami nacionalizmust gyakran figyelmen kívül hagyjuk, mert azt feltételezzük, hogy az ilyen nacionalizmus "természetes". Ennek megfelelően úgy gondoljuk, hogy "[a] szeparatisták, a fasiszták és a gerillák a nacionalizmus problémája. Az ideológiai szokások, amelyek révén a "mi" nemzetek nemzetként reprodukálódnak, meg nem nevezettek, és ezáltal észrevétlenek".⁶⁶⁰

Létezésük eredendően elképzelt jellegére válaszul a nemzetek igényt tartanak valamire, amit nemzeti "identitásnak" neveznek. Az ilyen nemzeti ~~ítés~~ az önkategorizáláson keresztül alakul ki: olyan tulajdonságok megfogalmazása, amelyek megkülönböztetik az egyik csoport "mi"-jét a másik csoport "ők"-jétől.⁶⁶¹ Az egyik ilyen at-

pártok, mint például a Front National Franciaországban").

⁶⁶⁰ *Id.* at 6. Anthony D. Smith azzal érvelt, hogy a nacionalizmusról szóló egyes tanulmányok túlságosan a "felülről lefelé" módszerre támaszkodnak, amelynek során az elítélők manipulálják "az embereket", hogy a nacionalista azonosulás érzését keltsék. SMITH, *supra* note 604, 95-96. o. Smith ehelyett azzal érvel, hogy "[a]z a szenvedély, amelyet a nemzet különösen veszély idején képes volt kiváltani, az áldozatvállalás, amelyet "a szegények és a műveletlenek", valamint a középosztályok részéről is képes volt megkívánni, nem magyarázható meggyőzően a politikusok és az értelmiségiek propagandájával vagy a tömeges ünnepek rituáléjával és pompájával". *Id.* at 130. Bár úgy vélem, Smith ellenvetése jogos, az én érvem itt (és szerintem Billigé is) nem az, hogy a tömegeket néhány fondorlatos el-ites manipulálja, hogy higgyenek a nacionalizmusban, hanem az, hogy a nacionalizmus társadalmilag konstruált, konstitutív és önmagát fenntartó jelenség, és a társadalom minden tagja egyszerre a nacionalista érzelmek ágense és befogadója. Így Smith kifogásai a nemzetiség neomarxista felfogásával szemben úgy tűnik, hogy kisebb súlyuk van Billig foucault-i megközelítésével szemben.

⁶⁶¹ *Lásd* BILLIG, *supra* note 608, 60-61. o. (megjegyzzi, hogy a nemzet iránti hazafias érzéshez előzetesen meglévő feltételezésekre van szükség arról, hogy mi a nemzet és mit jelent a hazafiság). Ernest Gellner és Anthony Giddens hasonlóképpen hangsúlyozzák, hogy a nemzetállamok nem "objektív" kritériumok alapján jönnek létre. A nemzeti közösséggel való azonosulás inkább a szociálpszichológia jelensége. Valóban, a *Nations and Nationalism* első oldalán Gellner azt állítja, hogy "[a]z nacionalizmus elsősorban politikai elv, amely szerint a politikai és a nemzeti egységnek kongruensnek kell lennie". GELLNER, *supra* note 575, at 1. Gellner szerint a nacionalizmus mint fogalom nem létezhet, ha nem tekintjük természetesnek, hogy az állam a legitim politikai egység. *Lásd id.* 4. o. (véleménye szerint "a nacionalizmus csak olyan közegekben alakul ki, ahol az állam létezését már nagyon is természetesnek veszik"). Ennek megfelelően a nemzeti állam összekapcsolódik a nemzeti kultúrával, amelyet a politikai legitimitás "természetes letéteményesének" tekintenek. *Id.* 55. o. Gellner nemcsak a nemzeti öntudatot kapcsolja össze az állam létezésével, hanem rávilágít azokra a politikai okokra is, amelyek miatt szükségessé válik, hogy a nemzet és az állam közötti híd természetesnek tűnjön.

Giddens a kormányzás új formáira összpontosított, amelyek a nemzetállam felemelkedésével párhuzamosan jelentek meg. *Lásd* ANTHONY GIDDENS, *A NEMZET-ÁLLAM ÉS AZ ERŐSZAK* (1181985).

("Egy "nemzet" ... csak akkor létezik, ha egy állam egységes közigazgatási hatókörrrel rendelkezik azon a területen, amely fölött szuverenitását igényli."). A nemzetállamot úgy definiálja, mint "a kormányzás intézményi formáinak összessége, amely egy demarkált határokkal (határokkal) rendelkező terület felett adminisztratív monopóliumot tart fenn, uralmát a jog és a belső és külső erőszak eszközeinek közvetlen ellenőrzése szentesíti". *Id.* 121. o. Giddens szerint a nemzetállam egy "hatalmi konténer": a rögzített határok és a hatósági erőszakra való képesség a legfontosabb jellemzői. *Id.* at 120. Azt állítja továbbá, hogy a nemzetállamok nem létezhetnek elszigetelten, hanem csak egy olyan világnézet részeként, amely "más nemzetállamok komplexumát" látja egy vilárendszerbe kötve. GIDDENS, *Supra* note at 585,171.

Ennek megfelelően olyan nemzetek rendszere van, amelyek háborút indítanak egymás ellen. "Ebben az új

a tiszteletadás egy egységes nemzeti "történelem" elbeszélése. Valójában nem véletlen, hogy a nemzetállamok felemelkedése együtt járt a nemzeti történelmi történetek megalkotásával⁶⁶² és a hivatásos történészek felemelkedésével.⁶⁶³ Ezek az államilag finanszírozott történészek olyan mechanizmust jelentettek, amellyel az államok megerősítették hatalmukat és integrálták a nyelvileg és etnikailag sokszínű lakosságot.⁶⁶⁴ Így, ahogy Edward Said világossá tette, a nemzetállamok értelmező közösségek és elképzelt közösségek is egyben.⁶⁶⁵

Amikor például a skótok összejönnek, hogy megünnepeljék nemzeti identitásukat, úgy tűnik, mintha átitatódnának a hagyományokkal: a férfiak kiltset viselnek, minden klánnak saját tartánja van, és duda szól.⁶⁶⁶ Ezekkel a szimbólumokkal mutatják ki hűségüket a látszólag ősi rituálékhoz - olyan rituálékhoz, amelyek eredete messze az ókorba nyúlik vissza. Hugh Trevor-Roper szerint azonban a skótság e szimbólumai valójában az ipari forradalom idején jöttek létre.

a nemzetek háborúban álló világában aligha volt helye egy burgundi hercegnek vagy Warwick grófjának, hogy egy magáncsapat élén vonuljon be a harcba." BILLIG, *supra* note 608, 21. o., 21. o. A helyi hadurak inkább ott tűnnek fel, ahol az államhatalom megszűnt. *Lásd id.* (Bejrútra és Szomáliára mutatva példaként olyan államokra, ahol hadurak jelentek meg). Végezetül, a nemzetek geográfiai korlátozottsága és a nemzetállam erőszakmonopóliuma folyamatosan tükröződik a retorikában, a szimbolikus képekben és a gondolkodási szokásokban, amíg nem tűnnek nemesak a politikai közösség szervezésének elsődleges eszközeinek, hanem a legtermészetesebb módjának is.

⁶⁶² *Lásd pl.* LINDA COLLEY, BRITONS: FORGING THE NATION 1707-1837, 5-6. o. (1992). (a brit nemzeti identitás "feltalálásának" leírása a XVIII. és a XIX. század elején); Eric Hobsbawm, *Introduction: Inventing Traditions, in THE INVENTION OF TRADITION 1, 1* (Eric Hobsbawm & Terence Ranger eds., 1983) ("Traditions" which appear or claim to be old are often quite recent in origin and sometimes invented.").

⁶⁶³ *Lásd* Friedland & Boden, *supra* note 496, 10. o. ("[A] hivatásos történész a tizenkilencedik században jelent meg, amikor az államok egységes nemzet létrehozásáért küzdöttek azokon a területeken, amelyek felett szuverenitást igényeltek.").

⁶⁶⁴ *Lásd id.* (megjegyezve, hogy "a történészeket az állam finanszírozta, amely a "nemzeti" történelem megteremtésében látta a hatalma megerősítésének és az ellenőrzése alatt álló, nyelvileg és kulturálisan eltérő népesség integrálásának módját").

⁶⁶⁵ *Lásd* EDWARD W. SAID, THE WORLD, THE TEXT, AND THE CRITIC (1993) (a világ, a szöveg és a kritika összekapcsolása a állam "az otthonhoz", a hovatartozáshoz és a közösséghez kapcsolódó jelentések teljes mátrixához"); *lásd még* Friedland & Boden, *Supra* note 496, 10. o. ("[T]erritoriális történetiség a nemzetállam legitimitásának magja és a modernitás narratívájának egyik eleme."); Gupta, *Supra* note 3, 191. o. ("[A nacionalizmus] egy sajátosan modern kulturális forma, [amely] egy újfajta térbeli és mitopoetikus metanarratíva létrehozására tesz kísérletet"). Az ilyen nemzeti történetek "egy népről mesélnek, amely áthalad az időn - a "mi" népünkről, a "mi" életmódunkkal és a "mi" kultúránkkal". BILLIG, *supra* note 608, 71. o. *Lásd általában* MARGARET WETHERELL & JONATHAN POTTER, MAPPING THE LANGUAGE OF RACISM: DISCOURSE AND THE LEGITIMATION OF EXPLOITATION (1992) (A RASSZIZMUS NYELVÉNEK KÉPZELÉSE: A DISZKURZUS ÉS A KITERMELÉS LEGITIMÁLÁSA) (1992) (dis-

a diskurzus használatáról a rasszizmus tanulmányozásában). A popkulturális formák is mesélhetnek nacionalista történeteket. *Lásd pl.* PURNIMA MANKEKAR, SCREENING CULTURE, VIEWING POLITICS: A TELEVÍZIÓ, A NŐIESSÉG ÉS A NEMZET ETNOGRÁFIÁJA A POSZTKOLONIÁLIS INDIÁBAN. 165

(1999) (egy fontos hindu eposz országosan sugárzott televíziós dramatizálása és a hindu nacionalizmus megerősödése közötti kapcsolatról a következő években).⁶⁶⁶ Hugh Trevor-

Roper, *A hagyomány feltalálása: The Highland Tradition of Scotland, in THE INVENTION OF TRADITION (A HAGYOMÁNYOK FELTALÁLÁSA), fentebb a662, következő hivatkozással* 15, 15.

tion.⁶⁶⁷ A rövid kiltet valójában egy angol gyáros találta fel, hogy az alacsony felföldieket a gyárakban dolgoztassa.⁶⁶⁸ Sőt, Anthony Giddens megfigyeli, hogy még a "hagyomány" fogalma is a modernitás terméke. A középkorban ezzel szemben nem létezett a hagyománynak külön fogalma, "éppen azért, mert a hagyomány és a szokás mindenütt jelen volt".⁶⁶⁹ A hagyományos nemzeti kultúra eszméje tehát egy elképzelt narratíva, amely örökségként öröklődik nemzedékről nemzedékre.⁶⁷⁰ A hagyomány ilyen módon keresztül a nemzet rokonsági fogalmakban fogalmazódik meg: a nemzet egy "család", amely az idők során átadja az identitást, és az "anyaországban" vagy "házában" él.⁶⁷¹

A földre való utalás a nemzeti közösség képzeletében egy utolsó döntő fontosságú tulajdonságot hoz felszínre: a haza eszméjét. A csoportidentitás és a föld közötti kapcsolat valóban alapvető fontosságú a nemzetállam modern eszméje szempontjából. Végül is sok nép "saját közösségi különlegességének érzetét "a csoport sajátos történelmében, és mindenekelőtt a csoport eredetének és a csoport felszabadításának mítoszaiban táplálta"". ⁶⁷² A nemzetiség azonban a hely további elemét is igényli. Így ami a nemzetállamot megkülönböztethetővé teszi, az egy átfogó "ország" elképzelése, amelyben a megélt lokalitások egy tágabb hazán belül egyesülnek. Ennek a hazának a lakói általában csak egy kis részét ismerik személyesen, de a nemzetet egy teljességként képzelik el. Így szükségszerűen inkább kell azt teljességként *elképzeln*i, mint közvetlenül felfogni. Mégis, újra és újra kiderül, hogy a "szűz területek, magától értetődő határok és datálható eredeti előfordulások képzelete csupán délibáb: a területi igények annál homályosabbá, nem pedig tisztábbá válnak, minél mélyebbre ásunk a múltjukban". ⁶⁷³

⁶⁶⁷ *Lásd id.* (a különálló felföldi hagyomány fogalmát visszamenőleges találmányként jellemzi).

⁶⁶⁸ *Id.* 21-22. o.

⁶⁶⁹ GIDDENS, 7. lábjegyzet, 57. o.

⁶⁷⁰ *Lásd* Étienne Balibar, *Létezik-e "neorasszizmus"?*, in ÉTIENNE BALIBAR & IMMANUEL WALLERSTEIN, RACE, NATION, CLASS: AMBIGUOUS IDENTITIES 24-2517, (1991) (tárgyalja: ÉTIENNE BALIBAR & IMMANUEL WALLERSTEIN, RACE, NATION, CLASS: AMBIGUOUS IDENTITIES 24-25 (1991)).

a nemzeti kultúráról alkotott elképzelések rasszista feltevéseket rögzítenek). A nemzeti kultúra eszméjének "rasszizálódásáról" lásd még: MARTIN BARKER, THE NEW RACISM: CONSERVATIVES AND THE IDEOLOGY OF THE TRIBE (1981); TEUN A. VAN DIJK, ELITE DISCOURSE AND RACISM (1993).

⁶⁷¹ *Lásd* NIRA YUVAL-DAVIS, GENDER & NATION 15 (1997) (azzal érvelve, hogy a nemzet "naturalizált képében a nemzetek nemcsak örök és egyetemeseek, hanem a családi és rokoni kapcsolatok természetes kiterjesztését is jelentik"); Gary R. Johnson, *In the Name of the Fa-therland: An Analysis of Kin Term Usage in Patriotic Speech and Literature*, 8 INT'L POL. SCI. REV. 165, 168-71 (1987) (az olyan kifejezések használatát tárgyalja, mint "anyaország" és "atyaföld", "hogy a hallgatóban vagy olvasóban a polgártársaival való egység érzését keltse").

⁶⁷² BILLIG, *supra* note 608, 74. o. (idézet kihagyva) (idézi ANTHONY D. SMITH, THE ETHNIC REVIVAL (651981)).

⁶⁷³ Rée, *Supra* note, 572,81. o.; lásd még Sheldon Pollock et al., *Cosmopolitanisms*, 12

Végül, ahogy a szociálpszichológiai szakirodalom is sugallja, nem létezhet "mi" "ők" nélkül. Ennek megfelelően a nemzeti közösség csak úgy képzelhető el, ha a külföldieket is elképzeljük.

Az érzés struktúrái, amelyek lehetővé teszik az adott helyekkel való értelmes kapcsolatokat, amelyek sajátos módon konstituálódnak és tapasztalhatók, szükségszerűen magukban foglalják az "én" és a "másik" megjelölését a nagyobb kollektívákkal való azonosuláson keresztül. Egy közösséghez tartozni annyit jelent, mint egy bizonyos fajta al- és alulról jövő emberként pozicionálódni. A közösségen belül néhány lényeges szempontból⁶⁷⁴ hasonló, de eltérő a közösségen belüli többi ferent azoktól, akik ki vannak zárva belőle.

Egyes nemzetek esetében az ősi gyökerekre való hivatkozás gyakran magában foglalja a faji öröklődés folyamatos láncolatának nosztalgikus megidézését, amely egy elképzelt, biológiailag tiszta múltból ered.⁶⁷⁵ Mások esetében ez a kivételességről szóló történeteken alapul: azon, ami nemzetünket a bolygó összes többi nemzetéhez képest felsőbbrendűvé teszi. Mindkét esetben a nemzetállam elképzelt közössége nagyon különbözik a korábban tárgyalt kis agrárközösség lokalizmusától.

Így ismét azt látjuk, hogy a nemzetállam az elképzelt közösség egy sajátos típusa, amely nem létezhetett a modernitás és a nemzetközi rendszer növekvő tudatossága előtt. A nemzetállam, amely társadalmilag konstruált és történelmileg kontingens, azonban csak egy módja a modern világ taglalásának. A következő szakaszban több alternatív elképzelést is megvizsgálunk.

D. *A szubnacionális, transznacionális, szupranacionális és kozmopolita identitások fogalmai*

Bár a nemzetállamok a mai világban a térszervezés domináns formájává váltak, a közösség elképzelésének és az identitás megkonstruálásának más módjai is léteznek. Mint láttuk, a helymeghatározás folyamatai nemcsak mindig vitatottak és instabilak, hanem a világrendszerben a tér politikai és gazdasági átrendeződésének eredményeként a helyek közötti kapcsolatok is folyamatosan változnak. Ráadásul "[j]usztá a nemzetállamok kialakulása egy korábbi korszak egyik meghatározó jellemzője volt, gyors és gyakran radikális átalakulásuk a mi korunk egyik meghatározó jellemzője".⁶⁷⁶ Így a nemzetállami szuverenitást a nemzetállami szuverenitással szemben kell vizsgálnunk a

PUB. CULTURE 577, 579 (2000) ("Pakisztán[,] ... bár már az 1920-as évektől kezdve határozottan az indiai szubkontinens muszlimjainak hazájaként képzelték el, fogalomként hosszú ideig csak a leghalványabb földrajzi utalásokkal rendelkezett.")

⁶⁷⁴ Gupta & Ferguson, 529. lábjegyzet, a következőnél 17.

⁶⁷⁵ Rée, 572. lábjegyzet, 81. pont.

⁶⁷⁶ Austin Sarat & Stuart A. Scheingold, *State Transformation, Globalization, and the Possibilities of Cause Lawyering: CAUSE LAWYERING AND THE STATE IN*

alternatív transznacionális, nemzetközi vagy szubnacionális identitások hátterét, valamint a közösség elképzelésének olyan lehetséges módjait, amelyek egyáltalán nem fizikai területen alapulnak.⁶⁷⁷ Ahogy Akhil Gupta rámutatott, "a nacionalizmust alkotó érzelmi struktúrákat a közösség elképzelésének más formáinak kontextusába kell helyezni, a hely és az "otthon" előállításában a térnek jelentőséget tulajdonító más eszközök kontextusába".⁶⁷⁸

1. Szubnacionális közösségek

A szubnacionális közösségek közé tartozhatnak a nemzetállamnál lokálisabb politikai identifikációk, mint például a tartományok, államok, városok és szavazóközetek; a meghatározott funkciók vagy tevékenységek köré szerveződő közösségek, mint például vízvidékek, földrajzi területek, tömbszövetségek, bowling ligák, vallási intézmények és iskolák; vagy a nemzetállammal nem egybeeső, célzott etnikai identifikációból eredő közösségek, mint például a spanyolországi baszkok, az indiai szikhek, a Sri Lanka-i tamilok vagy akár a fehér felsőbbrendűséget hirdető milíciák az Egyesült Államokban. E közösségek mindegyike térben lokalizált, és ezért kézzelfoghatóbb szerepet játszhatnak a mindennapi életben, mint a szélesebb körű közösségi hovatartozás.

Nem világos, hogy az összes szubnacionális közösségi identifikáció növekszik-e. Az biztos, hogy a kommentátorok a Szovjetunió összeomlása és a gazdasági tevékenység nemzetek közötti államosítása nyomán a szubnacionális politikai identifikációk növekedését állapították meg.⁶⁷⁹ Leggyakrabban a "törzsiség" e növekedését a globalizációra adott válasznak tekintik: az érvelés szerint az emberek "a közösségükben keresnek egy olyan szintű kényelmet, amellyel ellenállhatnak annak a komplexitásnak és at- omizációnak, amelyet a modern kapitalizmus hozott az életükre, és megszabadulhatnak az "idegen" elitek uralmától".⁶⁸⁰ Így Richard Falk azt sugallja, hogy a gazdasági globalizációra adott egyik válasz a "visszaható politika egy formája, amely vagy valamilyen premodern hagyományos keretre tekint, mint életképesre és erényesre... vagy az ultra-territorialistákra, akik arra törekszenek, hogy a tőkét otthon tartsák, és a lehető legnagyobb mértékben kizárják az idegeneket".⁶⁸¹ Ezek a válaszok hajlamosak hangsúlyozni egy "szent vallási vagy nacionalista közösséget a megmentett

A GLOBAL ERA (3,Austin 3Sarat & Stuart Scheingold szerk., 2001) [a továbbiakban: CAUSE LAWYERING].

⁶⁷⁷ Gupta & Ferguson, *Supra* 529. lábjegyzet, 17. o.; lásd még Gupta, *Supra* 3. lábjegyzet, 181. o. ("[W]e kell figyelmet fordítanunk az érzés struktúráira, amelyek az embereket a nemzeteknél nagyobb vagy kisebb földrajzi egységekhez kötik, vagy amelyek átlépik a nemzeti határokat.")

⁶⁷⁸ Gupta, *Supra* note 3, at 193.

⁶⁷⁹ *Lásd pl.*, HORSMAN & MARSHALL, *Supra* Note 8, 185. o. (a gazdasági tranzakciók egyre globálisabbá váló jellegének magyarázata).

⁶⁸⁰ *Id.*

⁶⁸¹ RICHARD FALK, PREDATORY GLOBALIZATION (1421999)

amely háborúban áll egy gonosz "másikkal", akár szekularista, akár kívülálló".⁶⁸² Az ilyen szubnacionális közösségeket ezért ellenzékinek és reaktívnak tekintik. Alternatívaként az ilyen közösségek nem a globális eseményekkel szembeni ellenállás miatt válhatnak egyre hangsúlyosabbá, hanem egyszerűen azért, hogy betöltsék a hatalmi vákuumot azokban a pillanatokban, amikor a nemzetállam elveszíti tekintélyét. Így például Jugoszlávia felbomlása gyorsan törzsi hovatartozássá fajult, és a különböző elképzelt etnikai és történelmi közösségekhez szövetséges emberek közötti háborúvá fajult.⁶⁸³ Ha minden nemzetállam legalább bizonyos fokig multietnikus, akkor az ilyen etnikai törésvonalak mentén kialakított közösségek mindig rendelkezésre állnak.

A szubnacionális közösségekre kevésbé negatívan is tekinthetünk, mint a civil társadalom építőköveire. A bowling ligáknak a szubnacionális hovatartozás példajaként való, látszólag fantáziadús szerepeltetése nem volt véletlen. Robert Putnam nemrégiben azzal érvelt, hogy a bowling ligák és más helyi polgári csoporttevékenységek hanyatlása az Egyesült Államokban komoly probléma, amely ártott az amerikai politikának.⁶⁸⁴ Putnam szerint az ilyen csoportok elősegítik a "társadalmi hálózatok és az ezekből fakadó befogadói és megbízhatósági normák" kialakulását.⁶⁸⁵ Putnam szerint e társadalmi hálózatok nélkül az alapvető társadalmi intézmények szenvednek.⁶⁸⁶

A globális civil társadalmi kezdeményezéseket támogatók szintén hajlamosak a szubnacionális kapcsolatokra összpontosítani. Michael Edwards, a Ford Alapítvány kormányzási és civil társadalmi csoportjának igazgatója például három módszert emel ki, amelyekkel a közösségek reagálhatnak az olyan globális problémákra, mint a jövedelmi egyenlőtlenség vagy a környezet pusztulása. Először is, a formális ~~politika~~ azt javasolja, hogy a polgári, üzleti, kormányzati és adományozói csoportok különböző formái együttműködhetnek a gazdasági fejlődésre vagy a természeti erőforrásokkal való gazdálkodásra irányuló regionális kezdeményezések kidolgozásában.⁶⁸⁷ Másodsor, a gazdaság területén a szubnacionális koalíciók segíthetnek a piacoknak abban, hogy "az alábbiak javára működjenek".

⁶⁸² *Id.* Az utóbbi években Iránban, Algériában és Afganisztánban kialakult iszlám fundamentalista rezsimek példái a Falk által leírt visszahatásnak. *Lásd pl.* , GIDDENS, *supra* note 7, 66. o. ("Azt gondolhatnánk, hogy a fundamentalizmus mindig is létezett. Ez nem így van - a körülöttünk mindenütt tapasztalható globalizáló hatásokra adott válaszként alakult ki.").

⁶⁸³ *Lásd* HORSMAN & MARSHALL, *supra* note 8, 188. o. (a szovjet blokk összeomlása után Jugoszláviában a törzsi uralomhoz való visszatérés leírása).

⁶⁸⁴ *Lásd* ROBERT D. PUTNAM, BOWLING ALONE: THE COLLAPSE AND REVIVAL OF AMERICAN COMMUNITY 27-28 (2000) ("[A]z iskolák és a városrészek nem működnek olyan jól, ha a közösségi kötelek lazulnak, [és] gazdaságunk, demokráciánk, sőt egészségünk és boldogságunk is a társadalmi tőke megfelelő állományától függ.").

⁶⁸⁵ *Id.* 19.

⁶⁸⁶ *Lásd id.* 288-89. o. (azzal érvelve, hogy a helyi csoportokból felépülő társadalmi tőke "lehetővé teszi a polgárok számára, hogy könnyebben megoldják a kollektív problémákat", biztosítja a gazdasági ~~szükség~~ szükséges bizalmat, és csatornaként szolgál az információ szabad áramlásához, ami szükséges a működő demokráciához).

⁶⁸⁷ *Lásd* EDWARDS, 7. lábjegyzet, a következő címen 136.

a kisebb [közösségek] a közvetítők által elszívott előnyök csökkentésével".⁶⁸⁸ Ennek megfelelően "Mexikóban a paraszt erdészek [elkezdték] magasabb árakat tárgyalni közvetlenül a faipari vállalatokkal, [és] Brazíliában a gumicsapolók képesek voltak magasabb" árat tartani a terményükért, kizárólag azért, hogy összehangolt csoportokba szerveződtek.⁶⁸⁹ Edwards szerint az ilyen jellegű kollektív közösségi cselekvés "ösztönzi a méltányosságot és a hatékonyságot, és szolidaritást épít az emberek között, akik a kockázatokat és az előnyöket is megosztják".⁶⁹⁰ Végül pedig azzal érvel, hogy a helyi nyomásgyakorló csoportok, tagsági egyesületek és szakhatóságok nélkülözhetetlenek ahhoz, hogy "megteremtsek a demokrácia előfeltételeit azért, hogy a nézetek és hangok szélesebb körét juttatják be a politikai színtérre".⁶⁹¹

Hasonlóképpen, Richard Falk a "globalizáció alulról jövő globalizáció" mellett érvel, mint a legjobb válasz a "globalizáció felülről jövő globalizációra".⁶⁹² Megjegyzi például, hogy az 1980-as években Európában a zöld pártok képesek voltak leleplezni a globális kapitalizmus hátrányait, különösen a környezetvédelem területén.⁶⁹³ Más helyi összefogások konkrét beavatkozások - például egy atomerőmű vagy egy gát elhelyezése - körül alakultak ki, amelyek mozgósították a lakosokat vagy a lakóhelyüket elhagyni kényszerülő vagy megélhetésüket elvesztő területeket.⁶⁹⁴ Mindazonáltal, bár ezek a szubnacionális kapcsolatok

sikerrel járt, ⁶⁹⁵Falk végül arra a következtetésre jut, hogy a *transznacionális* civil társadalom

⁶⁸⁸ *Id.* 151.

⁶⁸⁹ *Id.* (idézet kihagyva); lásd még *MEDIATING SUSTAINABILITY: GROWING POLICY FROM THE GRASSROOTS* (Jutta Blauert & Simon Zadek szerk., 1998) (annak feltárása, hogy a vidéki közösségek hogyan próbálták befolyásolni a megélhetésüket és természeti környezetük minőségét érintő politikákat a termelői szervezetek, nem kormányzati szervezetek és tanácsadók együttműködésével és közvetítésével); *CHICO MENDES, FIGHT FOR THE FOREST 10-27* (1989) (leírja, hogy a vidéki brazil gumicsapolók hogyan alakítottak szakszervezetet a politikai, társadalmi és gazdasági változások elérése érdekében).

⁶⁹⁰ EDWARDS, *fentebb* 7. lábjegyzet, 151. o.

⁶⁹¹ *Id.* 178.

⁶⁹² Lásd FALK, *Supra* 681. lábjegyzet, 127-36. o. (a felülről lefelé irányuló hierarchikus politika és az alulról felfelé irányuló részvételi politika összehasonlítása).

⁶⁹³ Lásd *id.*, 143. o. ("Ez a zöld mozgalom gyakran taktikai zsenialitást mutatott a globális trendek hiányosságainak, különösen a környezetre jelentett veszélyeinek feltárásában.")

⁶⁹⁴ Lásd *id.* (kifejtve, hogy konkrét incidensek hogyan ösztönözték a helyi lakosságot arra, hogy életmódjuk vagy jövedelmük védelme érdekében cselekedjenek).

⁶⁹⁵ Lásd *pl.* BRUCE RICH, *MORTGAGING THE EARTH: THE WORLD BANK, ENVIRONMENTAL IMPOVERISHMENT, AND THE CRISIS OF DEVELOPMENT* 283-93 (1994) (de-a helyi népességnek a modern történelem nagy elbeszéléséből régóta háttérbe szorult csoportjai mozgósítanak, hogy megvédjék az ökológiai egyensúlyt és harcoljanak a túlélésükhöz szükséges erőforrások pusztulása ellen"); Vandana Shiva, *People's Ecology: The*

etikai erőfeszítések valószínűleg még hatékonyabbak lesznek.⁶⁹⁶

2. Transznacionális közösségek

Az ilyen transznacionális kötődéseket azért tudjuk megkülönböztetni a nemzetközi kötődésektől, mert a transznacionális közösségek nem feltétlenül képzelik el a közös világtagságot vagy a globális kormányzati intézményeket. A transznacionális közösségek inkább olyan érdekközösségek, amelyek átnyúlnak a nemzetállami határokon.

Az elmúlt évek talán legfontosabb transznacionális ereje maga a transznacionális vállalat volt.⁶⁹⁷ "[A] globális kapitalista rendszer egyre inkább nem [a] nemzeti alapokon működik, és még nem alakultak ki hatékony eszközök a transznacionális gazdaság feletti politikai ellenőrzés érvényesítésére és arra, hogy [a transznacionális vállalatok] elszámoltathatóak legyenek a politikai intézmények felé." A globális kapitalista rendszer nem a nemzeti alapokon működik.⁶⁹⁸ A városokat egykor kereskedelmi központokként használták a cégek összekapcsolására. Ebben a kontextusban "[a] piacföldrajzok olyan erősek voltak, hogy a termelést a termelési hely határozta meg".⁶⁹⁹ Ma már nem a területi földrajz, hanem a vállalati földrajz határozza meg, hogy mit és hol termelnek. "Mivel a gyárak és cégek újonnan felfedezett képességüknek köszönhetően képesek a termelést és az elosztást világszerte folyamatosan koordinálni, leépíteni és alvállalkozókat szerződtetni, a gyárak és cégek elvesztették függőségüket az egyes városoktól vagy régióktól".⁷⁰⁰

Az ilyen transznacionális vállalati tevékenységre számos példa van. A transznacionális vállalatok "hazai bázisukon" kívüli termelésének volumene ma már meghaladja a teljes világkereskedelem volumenét, ami azt jelzi, hogy a világkereskedelem egyre nagyobb részét a vállalatokon belüli, nem pedig a vállalatok közötti kereskedelem teszi ki.⁷⁰¹ Számos transznacionális vállalat értékesítési számai magasabbak, mint a

Chipko Mozgalom, in TOWARDS A JUST A WORLD PEACE: PERSPECTIVES FROM SOCIAL MOVEMENTS 253 (Saul H. Mendlovitz & R.B.J. Walker szerk., 1987) (az alulról szerveződő ökológiai mozgalmak kialakulásának tárgyalása Indiában).

⁶⁹⁶ Lásd FALK, *Supra* 681. lábjegyzet, 143-44. o. (véleménye szerint az olyan transznacionális szervezetek, mint a Greenpeace, valószínűleg a legsikeresebbek lesznek a változás elérésében).

⁶⁹⁷ Vö. Sarat & Scheingold, *Supra* 676. lábjegyzet, 5. o. ("[A] globalizáció jellemzője, ahogyan azt általában értelmezik, a vállalati kapitalizmus és a neoliberais értékek világméretű elterjedése."). (idézet kihagyva).

⁶⁹⁸ HORSMAN & MARSHALL, *Supra* note at 8,172.

⁶⁹⁹ Friedland & Boden, *Supra* note at 496,12.

⁷⁰⁰ *Id.* 13. o.; lásd még Donald A. Palmer & Roger Friedland, *Corporation, Class and City System*, in INTERCORPORATE RELATIONS 145, 147 (Mark S. Mizruchi & Michael Schwartz szerk., 1987) (azzal érvelve, hogy a vállalati elitek a domináns erő a városon belüli kapcsolatok létrehozásában).

⁷⁰¹ Lásd HORSMAN & MARSHALL, *supra* note 8, 201. o. (kifejtve, hogy a transznacionális vállalatok több árut állítanak elő külföldön, mint a saját országukban).

egyres országok bruttó hazai termékei.⁷⁰² És mivel a pénzt a globális tőkepiacokon keresztül olyan könnyen lehet a világ minden táján átutalni, a ⁷⁰³központi bankok erősen korlátozottan képesek befolyásolni a nemzeti monetáris politikát.⁷⁰⁴

A regionális kereskedelmi blokkok és szabadkereskedelmi övezetek a transznacionális gazdasági tér egy másik formáját hozzák létre, amely egyszerre kapcsolódik a földrajzhoz és mégis ~~fontos~~ nemzetállamok határain. Ezek az övezetek az utóbbi években egyre szaporodtak.⁷⁰⁵ Bár az amerikaiak számára talán a NAFTA a legismertebb, ma már Dél-Amerikában⁷⁰⁶ és Délkelet-Ázsiában⁷⁰⁷ is léteznek kereskedelmi csoportok (nem is beszélve magáról az Európai Unióról), és mások még a regionális azonosításon is átívelnek.⁷⁰⁸

Mindez a kereskedelmi tevékenység elkerülhetetlenül kihat a kulturális identifikációra. "A transznacionális közszférában az emberek nemzet polgáraiként való identitása többszörösen megtörik a multinacionális vállalatok által forgalmazott áruk, képek és eszmék találékony kisajátítása által."⁷⁰⁹ Arjun Appadurai magas

⁷⁰² Lásd az ENSZ DEV. PROGRAMME, HUMAN DEVELOPMENT REPORT tbl32.1.1 (1999) (collecting statistics).

⁷⁰³ Vö. Ted C. Fishman, *The Joys of Global Investment*, HARPER'S, 1997. február, 35., 36. o. ("[A] nemzetközi részvények iránti vágy továbbra is olyan erős, hogy szinte minden amerikai befektető rendelkezik velük").

⁷⁰⁴ Lásd pl. , SASKIA SASSEN, LOSING CONTROL? A SZUVERENITÁS A GLOBALIZATION, at xi-xii (1996) (megjegyezve, hogy "[a]z állami szuverenitás, a nemzeti alapú állampolgárság, a gazdaság szabályozásáért felelős intézményi apparátus, mint például a központi bankok és a monetáris politika - mindezek az intézmények destabilizálódnak, sőt átalakulnak a globalizáció és az új technológiák következtében"); David G. Oedel, *Puzzling Banking Law: Its Effects and Purposes*, 67 U. COLO. L. REV. 477, 537 (1996) (megjegyezve, hogy "a pénzkínálat központosított felügyeletének általános jelentősége gyorsan csökken a modern globális gazdaságban"); Dani Rodrik, *Governance of Economic Globalization*, in GOVERNANCE IN A GLOBALIZING WORLD 347, 351 (Joseph S. Nye, Jr. & John D. Donahue szerk., 2000) ("A nyílt gazdaságú makroökonómia egyik ismert eredménye, hogy az országok nem tarthatnak fenn egyszerre független monetáris politikát, rögzített árfolyamokat és nyitott tőkemérleget").

⁷⁰⁵ Lásd William H. Lash, III, *The Decline of the Nation State in International Trade and Investment*, 18 CARDOZO L. REV. 1011, 1012 (1996) (idézi a regionális szabadkereskedelmi társulásokon belüli kereskedelem növekedését bemutató statisztikákat).

⁷⁰⁶ Az Andok Közösség (CAN) Bolíviát, Kolumbiát, Ecuadorot, Perut és Venezuelát foglalja magában. *Kik vagyunk mi?* , Andok Közösség, <http://www.comunidadandina.org/ingles/who.htm> (utolsó látogatás 200218., november).

⁷⁰⁷ A Délkelet-ázsiai Nemzetek Szövetségéhez (ASEAN) Brunei, Kambodzsa, Indonézia, Laosz, Malajzia, Mianmar, a Fülöp-szigetek, Szingapúr, Thaiföld és Vietnam tartozik. *Member Countries*, Association of Southeast Asian Nations, <http://www.aseansec.org/74.htm> (utolsó látogatás 200218., november).

⁷⁰⁸ Az Ázsiai-csendes-óceáni Gazdasági Együttműködési Csoport (APEC) például Ausztriát, Bruneit, Kanadát, Chilét, Kínát, Hongkongot, Indonéziát, Japánt, Koreát, Malajziát, Mexikót, Új-Zélandot, Pápua Új-Guineát, Perut, a Fülöp-szigeteket, Oroszországot, Szingapúrt, Tajpejt, Tajvant, Thaiföldet, az Egyesült Államokat és Vietnামot foglalja magában. *Member Economies*, Asia-Pacific Economic Cooperation, <http://www1.apecsec.org.sg> (utolsó látogatás 200218., november).

⁷⁰⁹ Gupta, 3. lánjegyzet, 193-94. o.

a nemzetközi divatot olyan területnek tekinti, ahol a globális hatás messze túlmutat a "nemzetek közötti kannibalizmuson", és a "termelés, ízlésátvitel, árképzés és kiállítás szisztematikus transznacionális összeszerelését[]" jelenti.⁷¹⁰ Máshol az amerikai élelmiszerek, ruházati cikkek vagy tömegszórakoztatás hatásával és a homogenizált ízlés posztkoloniális ráerőltetésével kapcsolatos aggodalmakkal találkozunk, amelyeket Benjamin Barber olyan emlékezetesen ragadott meg a *Jihad vs. McWorld* című könyvének 1995 címében.⁷¹¹

Mindazonáltal sok területen egyre nehezebb a területi tevékenységet egy adott nemzeti elnevezéssel meghatározni. Még ha eltekintünk is az olyan transznacionális fúzióktól, mint a Daimler-Chrysler, vajon egy "amerikai" vállalat által értékesített autó valóban amerikai termék-e, ha az alkatrészek nagy részét külföldön gyártják és szerelik össze? A japán üzemek által az Egyesült Államokban létrehozott munkahelyek az amerikai vagy a japán gazdaság egészségét tükrözik?⁷¹² A Sony vállalat (névleg japán) által kiadott film az amerikai tömegkultúrát képviseli?

Ráadásul a modern vállalat, a központi bank, a szabadkereskedelmi régió és a globális árupiac csak egy olyan terület, ahol a transznacionális kapcsolatok jelentősekké váltak. A transznacionalizmus hatása sokkal szélesebb körű. Valójában, ha közelebbről megnézzük, a "komplex, posztnacionális társadalmi formációk" széles skáláját láthatjuk.⁷¹³ Pusztán a példák felsorolása érzékelteti a kiterjedést. A diaszpóra-közösségek egyre nagyobb szerepet játszanak a tőke globalizációjában.⁷¹⁴ A transznacionális filantróp mozgalmak, mint például a

⁷¹⁰ Arjun Appadurai, *Patriotism and Its Futures*, in MODERNITY AT LARGE: CULTURAL DIMENSIONS OF GLOBALIZATION, *supra* note at 7,158,167.

⁷¹¹ BENJAMIN BARBER, *DZSIHÁD VS. MCWORLD* (1995). Másrészt Aihwa Ong amellett érvelt, hogy a globalizáció nem vezetett kulturális homogenizációhoz:

A kóla, a McDonald's éttermek és az amerikai televíziós szappanoperák elterjedése a nyugat-afrikai falvakban, Kairóban, Pekingben vagy Sydneyben nem hoz globális kulturális uniformizációt; e termékek inkább a kulturális sokszínűség nagymértékű növekedését eredményezték, mivel a helyi befogadás során új értelmezési módokat és jelentéseket kapnak, vagy mert a kulturális különbségek elterjedése kiválóan összhangban van a profitszerzésre irányuló marketingtervekkel.

AIHWA ONG, RUGALMAS ÁLLAMPOLGÁRSÁG: A TRANSZNACIONALITÁS KULTURÁLIS LOGIKÁJA 10 (1999). A "kulturális imperializmus" kérdésének további tárgyalását lásd: IEN ANG, *LIVING ROOM WARS: RETHINKING MEDIA AUDIENCES FOR A POSTMODERN WORLD* (1996); Stuart Hall, *Cultural Identity and Diaspora*, in IDENTITY: COMMUNITY, CULTURE, DIFFERENCE (222J. Rutherford szerk., 1990); Hannerz, *Supra* note 533.

⁷¹² Ez a példa Kenichi Ohmae, *The End of the Nation State*, in THE GLOBALIZATION READER (207, Frank 208J. Lechner & John Boli szerk., 2000) című könyvéből származik.

⁷¹³ Appadurai, *supra* note 7, 167. o.; lásd még *id.* ("Ezek a formációk ma már a finanszírozás, a toborzás, a koordináció, a kommunikáció és a reprodukció alapvetően posztnacionális, nem csupán multinacionális vagy nemzetközi elvei köré szerveződnek.").

⁷¹⁴ Lásd *pl.* Chander, *Supra* 562. lábjegyzet, 1060-74. o. (egy olyan adósságinstrumentum leírása, amelyet egy anyaország kormányja ajánlott fel, hogy elsősorban a diaszpórától szerezzen tőkét); *id.* 1012. o., 29. o. (a Világbank egyik jelentésének összefoglalása a diaszpórák fontos szerepéről a diaszpórák terjesztésének megkönnyítésében); *id.* 1012. o., 29. o. (a Világbank egyik jelentésének összefoglalása).

A Habitat for Humanity önkénteseket küld a világ minden tájára, hogy új községeket építsenek.⁷¹⁵ A diffúz, átfogó európai identitás kialakulása, bár nem váltja fel a nemzeti identifikációt, elkezdett "többszörös lojalitások irányába történő elmozdulást" létrehozni, a nemzetre való egyetlen összpontosítást felváltják az európai és regionális kötődések fent és lent".⁷¹⁶ Az elmúlt évtizedben a bűnözéstől a halászaton át a közegészségügyig terjedő témájú globális köpi hálózatok alakultak ki, amelyek kormányzati szervek, nemzetközi szervezetek, vállalatok és nem kormányzati szervezetek laza szövetségeit tömörítik.⁷¹⁷

Ráadásul az ilyen globális közpolitikai hálózatok csak egy részét képezik a "kialakulóban lévő nemzetközi civil társadalomnak",⁷¹⁸ amely magában foglalja a nem kormányzati szervezeteket, az üzleti és szakszervezeti hálózatokat, valamint a kormányzati szereplők együttműködési erőfeszítéseit, beleértve a banki szabályozókat, a bűnüldöző hatóságokat, a hírszerző ügynökségeket, a köpi és más helyi hatóságokat.⁷¹⁹ Az ilyen civil társadalmi kezdeményezések néha a globalizáció egyik aspektusaként köpi megkérdőjelezve a nemzetállami szuverenitást, különösen az emberi jogi normák tekintetében, máskor pedig a nemzetállami szuverenitást.

az információ és a tőke határokon átívelő áramlása).

⁷¹⁵ Appadurai, *Supra* note at 7,167.

⁷¹⁶ HORSMAN & MARSHALL, *supra* note 8, 179. o. (idézi WILLIAM WALLACE, THE TRANSFORMATION OF WESTERN EUROPE 33 (1990)); lásd még Lindseth, *supra* note 350, 682. o. ("A többszörös tagság fogalma az egymást átfedő demokban valójában pontosan tükrözheti a hatalom és a szuverenitás kétségtelen szétterjedését a modern államban, amelynek [az Európai Közösség] egyszerre közvetítője és következménye."). (idézet kihagyva).

⁷¹⁷ Lásd Wolfgang H. Reinicke, *A másik világháló: Global Public Policy Networks*, FOREIGN POL'Y, Winter 1999/2000, 44, 45. o. ("[G]lobal public policy networks have emerged in the last decade, experimenting with new ways to gather knowledge and disseminate information on specific issues.").

⁷¹⁸ EDWARDS, *supra* note 7, 179. o.; lásd még FALK, *supra* note 681, 138. o. (a "globális civil társadalom" leírása); THOMAS PRINCEN & MATHIAS FINGER, ENVIRONMENTAL NGOS IN WORLD POLITICS: LINKING THE LOCAL AND THE GLOBAL (101994) (megjegyezve, hogy a környezetvédelem és a globális a mentális nem kormányzati szervezetek a kizárólag nemzeti szinten történő működésről áttértek a helyi és globális szintű működésre); MARTIN SHAW, GLOBAL SOCIETY AND INTERNATIONAL RELATIONS 5-9.

(1995) (azzal érvelve, hogy a társadalomról csak nemzetközi kontextusban lehet beszélni); Richard Falk, *An Inquiry into the Political Economy of World Order*, 1 NEW POL. ECON. 13, 24 (1996) (az "alulról jövő globalizmust" a "társadalmi erők mozgalmaként, transznacionális demokratizáló kilátásokkal" írja le); Miguel Darcy de Oliveira & Rajesh Tandon, *An Emerging Global Civil Society*, in CITIZENS STRENGTHENING GLOBAL CIVIL SOCIETY 1, 2 (Miguel Darcy de Oliveira & Rajesh Tandon szerk, 1994) (a "szolidaritás és a hűség kiterjesztéséről a globális szintű közsférára"); Paul Wapner, *Politics Beyond the State: Environmental Activism and World Civic Politics*, WORLD47 POL. 311, 312-13 (1995) (a globális civil társadalmat "kollektív életként" írja le, amely "az egyén felett és az állam alatt, de a nemzeti határokon túl létezik").

⁷¹⁹ Lásd EDWARDS, *supra* note 7, 179. o. (azt állítva, hogy "a helyi politika és a nemzeti szintű alkotmányos reform új kísérleteiből felfelé építkezve" segít a nemzetközi civil társadalmak felépítésében); lásd még JOHN VOGLER, THE GLOBAL COMMONS: ENVIRONMENTAL AND TECHNOLOGICAL GOVERNANCE 20-41 (2d ed. 2000) (a "regime elemzés" az ilyen összetett nemzetközi együttműködések felülvizsgálatára).

a globalizációval szembeni szervezett ellenállás, különösen az ökológiai, kereskedelmi, környezetvédelmi és munkaügyi politika tekintetében. Míg egyes nem kormányzati szervezetek, mint például az Amnesty International, a nemzetállamok tevékenységét figyelik, mások "a nemzetállamok túlkapásainak megfékezésén dolgoznak. . a menekültek segítségével, a békefenntartó intézkedések figyelemmel kíséréseivel, az éhínségekben való segítségnyújtás megszervezésével, valamint az óceánokkal és vámokkal, a nemzetközi egészségüggyel és a munkaüggyel kapcsolatos nem túl fényes munkával".⁷²⁰ A jogászok transznacionális hálózatai a globalizáció számos, vélt igazságtalanságával szemben is fellépnek.⁷²¹

Az ilyen transznacionális politikai erőfeszítések egyre gyakrabban kerülnek alkalmazásra. A nemzetközi apartheid-ellenes mozgalom volt talán az első sikeres globális civil társadalmi erőfeszítés, amely a részvényesek, a fogyasztók és a kormányok fellépését ötvözte, és számos vállalatot, egyetemet és befektetési alapot meggyőzött arról, hogy váljanak meg dél-afrikai befektetéseiktől jóval a hivatalos nemzeti szankciók bevezetése előtt.⁷²² Hasonló bojkott-törekvések eredményezték a tonhalhalászati gyakorlatok megváltoztatását a delfinek védelme érdekében,⁷²³ a francia kormány döntését a nukleáris tesztelési program felfüggesztéséről,⁷²⁴ valamint a Shell Oil ~~szahí~~ fűrótoronyának leszerelését.⁷²⁵

Emellett a nem kormányzati szervezetek egyre gyakrabban foglalkoznak meg globális vállalati normákkal.

⁷²⁰ Appadurai, *Supra* note at 7,168.

⁷²¹ Lásd Sarat & Scheingold, *supra* 676. lábjegyzet, 4. o. ("[D]emokratizáció és globalizáció új kérdésekkel és új terhekkel szembesíti az ügyvivőket, miközben megváltoztatja erőforrásait és taktikai és stratégiai lehetőségeiket.")

⁷²² Lásd Peter J. Spiro, *Új globális potentátok*: 18 CARDOZO L. REV. 957, 959 (1996) (részletezve, hogy az érdekcsoportok, még "[w]ihol a nemzeti szabályozók akadályozzák őket[,] egyenértékű eredményeket érhetnek el a fogyasztói preferenciák irányításával, ami viszont a vállalati vagy állami magatartás korlátozására irányul").

⁷²³ Lásd: *Állítsátok meg ezt a vérengzést: Hundreds of Our Dolphins Are Dying*, W. MORNING NEWS (U.K.), 2002. február 7., 1. o. (beszámoló arról, hogy egy évtizeddel ezelőtt a "halálos hálók fala" rendszeresen fenyegette a delfineket, de mára a sikeres figyelemfelkeltő kampányok a tonhalhalászati technikák megváltoztatásához vezettek, és a tonhalgyártók rendszeresen "delfinmentes" címkével látják el tonhaltartályaikat); 45 NOAA SEAPOWERS (Jan. 1., 2002. február 7., 1. o.) 1, 2002) (beszámoló "figyelemre méltó sikerről" a "nemzetek közötti együttműködés kialakításában, amely lehetővé teszi a "delfinek számára biztonságos" tonhalak halászatát, miközben biztosítja a delfinállományok egészségét"), 2002 WL 13922711. A tonhal-delfin vitát az egyoldalú kereskedelmi szankcióknak a környezeti erőforrások védelmében játszott lehetséges szerepének vizsgálata keretében lásd Parker, *Supra* 216. lábjegyzet.

⁷²⁴ Lásd: *Greenpeace International Founder Dies in Car Crash*, ENV'T NEWS SERVICE (2001. március 23.), <http://ens-news.com/ens/mar2001/2001-03-23-12.asp> (a Greenpeace-nek tulajdonítja, hogy nyomást gyakorolt a francia kormányra, amely hozzájárult a francia kormány nukleáris tesztelési programjának befejezéséhez).

⁷²⁵ Lásd Allan Pulsipher & William Daniel IV, *Onshore-Only Platform Disposition Needs Exceptions*, OIL & GAS J., Jan. at15,2001,64, (beszámoló64 arról, hogy a Shell döntése, miszerint törli egy olajfűrótorony "tengeri elhelyezésére" vonatkozó tervét, váratlanul heves kampányt és nyilvános bojkottot követett).

viselkedés. Ezek a "magatartási kódexek" leginkább az emberi jogok, a környezetvédelem és a tisztességes munkaügyi normák tekintetében jelentek meg. Ahogy a *The Economist* megjegyezte, "egy multinacionális vállalatnak egyre drágább, ha nem tűnik jó világpolgárnak egy olyan világban, ahol a fogyasztók és az érdekcsoportok gyorsan mozgósíthatók egy ügy mögé".⁷²⁶ Erre válaszul olyan prominens vállalati vezetők, mint az AT&T, a Federal Express, a Honeywell és az AOL TimeWarner, létrehozták a Business for Social Responsibility (Vállalkozások a Társadalmi Felelősségvállalásért) nevű globális nonprofit szervezetet, amely segít a ~~üzletek~~ üzleteknek a módon elérni a kereskedelmi sikert, hogy tiszteletben tartják az etikai értékeket, az embereket, a közösségeket és a környezetet".⁷²⁷ Továbbá, különösen a sweatshopok elleni globális mozgalom nyomán a ⁷²⁸nem kormányzati szervezeteknek sikerült meggyőzniük számos vállalatot, hogy fogadják el az elfogadott normák független ellenőrzését.⁷²⁹

Végül az emberi jogok területén a nem kormányzati szervezetek aktívan folytattak transznacionális közjogi pereskedést, ⁷³⁰miközben továbbra is lobbiztak az emberi jogi beavatkozás érdekében világszerte. Az elmúlt tizenöt évben valóban azt láthattuk, hogy a különböző események, "mint például a csernobili nukleáris katasztrófa, a kurdokkal szembeni rossz bánásmód Irakban, az éhínség és [a törvénytelenség] Soma- liában 1992-1993-ban, valamint a brutális emberi jogi visszaélések [Koszovóban]", mind-mind

⁷²⁶ *Multinationals and Their Morals*, *ECONOMIST*, dec. 2, 1995, 18.

⁷²⁷ *Mission*, Business for Social Responsibility, <http://www.bsr.org/meta/about/mission.cfm> (utolsó látogatás: 2002. november 18.). Hasonlóképpen, az Üzleti Világtanács a Fenntartható Fejlődésért (World Business Council for Sustainable Development) "a fenntartható fejlődés iránti közös elkötelezettséget a gazdasági növekedés, az ökológiai egyensúly és a társadalmi fejlődés három pillérének keresztül" fejezi ki. *About Us*, World Business Council for Sustainable Development, <http://www.wbcd.ch/aboutus/index.htm> (utolsó látogatás 2002. november).

⁷²⁸ Számos kiemelkedő vállalat

kezdtek megtapasztalni a nem kormányzati szervezetek és a média teljes erejét [a kizsákmányoló üzemekkel kapcsolatban,] a termékeik ellen irányuló történetek és internetes kampányok áradatával. A diákok lobbiztak az egyetemeiknél, hogy szakítsák meg üzleti kapcsolataikat a "sweatshop"-munkát alkalmazó vállalatokkal.

Ennek eredményeképpen számos cég megváltoztatta viselkedését, külföldön emelte a normákat, és független megfigyelőket hívott meg, hogy értékeljék a fejlődésüket.

Ethan B. Kapstein, *The Corporate Ethics Crusade*, *FOREIGN AFF.*, Sept.-Oct. at. 2001, 105, 105. Egy nemrégiben megjelent érvelésről, amely szerint a külföldön működő "sweatshopokkal" kapcsolatban álló amerikai vállalatok a tizenharmadik módosítás rabszolgaságra vonatkozó tilalma alapján felelősségre vonhatók, lásd Tobias Barrington Wolff, *The Thirteenth Amendment and Slavery in the Global Economy*, 102 *COLUM. L. REV.* 973 (2002).

⁷²⁹ Lásd Spiro, *Supra* 722. lábjegyzet, 962. o. (megjegyezve, hogy a vállalatok pozitívan reagáltak a javasolt független ellenőrzésre). Az emberi jogi normák érvényesítésének különböző formáiról lásd: Chris Avery, *Business and Human Rights in a Time of Change*, in *LIABILITY OF MULTINATIONAL CORPORATIONS UNDER INTERNATIONAL LAW (A multinacionális vállalatok felelőssége a nemzetközi jogban)*. 17 (Menno T. Kamminga & Saman Zia-Zarifi szerk., 2000).

⁷³⁰ Lásd pl. Jane Perlez, *Indonesia's Guerrilla War Puts Exxon Under Siege*, *N.Y. TIMES*, July at 14, 2002, A3 (az International Labor Rights Fund által az Egyesült Államokban indított pert ismerteti, amelyet indonéz falusiak nevében indítottak, akik azt állítják, hogy az Exxon emberi jogi visszaélésekben vesz részt az Aceh tartományban lévő üzemének működésével kapcsolatban).

nemzetközi beavatkozást hozott, dacolva azzal a régi elképzeléssel, hogy a nemzeti határok és a szuverenitás szent és sérthetetlen.⁷³¹ Boutros Boutros-Ghali, az ENSZ korábbi főtitkára még odáig is elment, hogy kijelentette: "az abszolút és kizárólagos szuverenitás ideje ... lejárt".⁷³²

A globális civil társadalom fejlődésével ellentétben a transznacionális terrorszervezetek, például az Al-Kaida kialakulása sokkal sötétebb példája a transznacionális kötődésnek. Az ilyen szervezetek világszerte mozgósítani tudják a személyi állományt és pénzt tudnak bevetni, kvázi-állami szervezatként⁷³³ működve. Valóban jelentős, hogy az Egyesült Államok hajlandó volt az Al-Kaidát szinte úgy kezelni, mintha szuverén állam lenne, amely ellen "háborút" kell vívni. A NATO az Észak-atlanti Szerződés V. cikkére hivatkozott, amely minden aláíró országot kötelez arra, hogy fegyveres támadás esetén megvédi a többieket, és⁷³⁴ ezzel a támadást inkább katonai akcióként, mint büntetőjogi akcióként kezelte.⁷³⁵

⁷³¹ Demko & Wood, *Supra* note at 8,10.

⁷³² *A béke menetrendje: Béke: Megelőző diplomácia, béketeremtés és békefenntartás:* ENSZ BT, 47. ülészak, az ENSZ5, dok. S/24111 (1992).

⁷³³ *Lásd* Foreign & Commonwealth Office, U.K., *Responsibility for the Terrorist Atrocities in the United States, 11 September 2001: An Updated Account 2* (2001. november 14.) ("Az Al-Kaida egy olyan terrorista szervezet, amely egy globális hálózathoz kapcsolódik [A szervezethez].

kiképzőtáborok, raktárak, kommunikációs létesítmények és kereskedelmi műveletek, amelyek képesek jelentős pénzüsszegeket gyűjteni tevékenységük támogatására"), *elérhető a* http://www.pm.gov.uk/files/pdf/culpability_document1.pdf oldalán; Sam Dillon, *Indictment by Span- ish Judge Portrays a Secret Terror Cell*, N.Y. TIMES, Nov. 20, 2001, A1. o. (egy európai al-Kaida sejt megalakulásának és megjelenésének leírása); Susan Sachs, *An Investigation in Egypt Illustrates Al Qaeda's Web*, N.Y. TIMES, Nov. o. 20,2001,A1. o. (leírja, hogy az Al-Kaida milyen könnyen "mozgatja[s] a pénzt a világ minden táján"); Benjamin Weiser & Tim Golden, *Al Qaeda: Sprawling, Hard-to-Spot Web of Terrorists-in-Waiting*, N.Y. TIMES, 2001. szept. 30., B4. o. (az Al Qaeda harcosainak kiképzését és mozgósítását tárgyalja). Más terrorista (vagy forradalmi) mozgalmaknak is hasonlóan globális kapcsolatai vannak. *Lásd pl.* , Vladimir Kucherenko, *Cause and Effect Nature of Globalization and Terror Argued*, WORLD NEWS CONNECTION, Sept. 13, 2001, 2001 WL 27854157 (idézi "a Srí Lankán és Dél-Indiában harcoló tamil mozgalmat"; "[a] latin-amerikai gerilla hadseregeket, amelyek szorosán együttműködnek a drogbárókkal; az európai albán maffiával szövethető koszovói terroristákat; bizonyos arab csoportokat; és a csecsen banditákat", mint példákat olyan kvázi-állami entitásokra, amelyek a globális technológiát használják a pénzáramlás megkönnyítésére és tevékenységeik koordinálására).

⁷³⁴ Az Észak-atlanti Szerződés, ápr. 4,1949,5,63 Stat. 2241,2244,34 U.N.T.S. 243, 246, kijelenti:

A Felek megállapodnak abban, hogy egy vagy több Fél ellen Európában vagy Észak-Amerikában elkövetett fegyveres támadás mindannyiuk ellen irányuló támadásnak minősül; következésképpen megállapodnak abban, hogy amennyiben ilyen fegyveres támadásra kerül sor, mindegyikük segítséget nyújt annak a Félnek vagy azoknak a Félnek, aki(k) a fegyveres támadásban részt vesz(nek).

A megtámadott felek azáltal, hogy egyénileg és a többi féllel közösen haladéktalanul megteszik a szükségesnek ítélt intézkedéseket, beleértve a fegyveres erő alkalmazását is, az észak-atlanti térség biztonságának helyreállítása és fenntartása érdekében.

⁷³⁵ *Lásd: A NATO támogatja az amerikai megtorlást*, CNN. COM (200112., szeptember), <http://www.cnn.com/2001/WORLD/europe/09/12/nato.us> (beszámoló arról, hogy a NATO a szeptemberi támadásokra 11 válaszul hivatkozott az V. cikkre, ami ötvenkét év óta az első hivatkozás erre a rendelkezésre).

A Bush-kormányzat követelte, hogy az Al-Kaida ügynökeit katonai bizottságok előtt ítéljék el, nyilvánvalóan részben azon a meggyőződésen alapulva, hogy a World Trade Center és a Pentagon elleni támadások nem egyszerűen bűncselekmények voltak, hanem a háborús törvények megsértése, amelyeket szokásosan állami szervek számára szolgáltatottak vissza.⁷³⁶ Továbbá, bár egyesek azzal érvelnek, hogy a 2001. szeptember 11-i támadások a nemzetállam mint a biztonság és a világrend biztosításának helyszíne elsőbbségének újbóli megerősítését jelzik,⁷³⁷ mind a támadások, mind a globális terrorizmus elleni küzdelemhez szükséges válaszlépések a növekvő transznacionális és nemzetközi együttműködés szükségességét mutatják. Ahogy Harold Hongju Koh érvelt, az igazi kihívás e támadások után az, hogy kitaláljuk, hogyan használjuk "a globalizáció konstruktív arcát arra, hogy legyőzzük a globalizáció legpusztítóbb arcát".⁷³⁸

3. Szupranacionális közösségek

Míg a transznacionalizmus az embereket területi határokon *átnyúló* érdekközösségekhez köti, addig a szupranacionalizmus a nemzetállamok *felett* létező kormányzati normák elsőbbségét állítja. Az ilyen kötődés talán legnyilvánvalóbb példája az Egyesült Nemzetek Szervezete, amely nyomatékosan a világgözösség átfogó narratíváját idézi.⁷³⁹ Egy másik példa, amely az elmúlt években nagy figyelmet kapott, az az erőfeszítés, amely a kontinens egyes nemzetállamait meghaladó európai identitás megteremtésére irányul.

A Maastricht utáni Európai Unióban a "nemzeti" és az európai egység közötti határvonal egyre inkább elmosódik.⁷⁴⁰ Ma már közös valutát, a vízummentes utazás lehetőségét, és a fejlődés

⁷³⁶ *Lásd pl. , Hearing on Military Tribunals Before the S. Comm. on the Judiciary* (2001. december 4.) (Pierre-Richard Prosper, a háborús bűncselekményekért felelős nagykövet tanúvallomása) ("Ahogy az elnök [a katonai bizottságok felállításáról szóló] rendelete is elismeri, ezeket az at- tackokat a megfelelő nevükön, 'háborús bűncselekménynek' kell neveznünk."), WL2001 at 1591408,*17).

⁷³⁷ *Lásd pl. Dominique Moisi, Early Winners and Losers in a Time of War*, FIN. TIMES (U.S.), Nov. at 19, 2001, (15"A hidegháború utáni globális korszakban az állam legitimitása és kom- petenciája csökkenni látszott. A civil társadalom kialakulása és a transznacionális vállalatok növekvő hatalma között az állam úgy tűnt, hogy utóvédharcot vív. Most, hogy a biztonság prioritássá vált, az állam visszatért, még hozzá bosszúból.").

⁷³⁸ Harold Hongju Koh, *Az amerikai értékek megőrzése: A kihívás itthon és külföldön*, in: A TERROR KORA: AMERIKA ÉS A VILÁG SZEPTEMBER UTÁN, 11, 145. o., 1. o. 147 (Strobe Talbott & Nayan Chanda szerk., 2001).

⁷³⁹ Mindazonáltal, ahogy Gupta rámutat, ez a nemzetek feletti eszmény még mindig azon az elképzelésen alapul, hogy "a világ egyenlő, de különböző nemzetállamok teste". Gupta, *Supra* note at 3, Így 185. az Egyesült Nemzetek Szervezete nem kérdőjelezi meg teljes mértékben a nemzetállami szuverenitás rendszerét.

⁷⁴⁰ *Lásd* ALLAN M. WILLIAMS, AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉG: AZ ELLENÁLLÍTÁSOK KONTRÁDIKTÁCIÓJA INTEGRATION 206 (2d ed. 1994) (azzal érvelve, hogy "az Egységes Európai Okmány jelentősége nem az ebből eredő intézményi változásokban rejlik, hanem abban, hogy újra megnyitotta a vitát az [európai közösségi] integráció elkerülhetlenségéről, illetve a nemzetállam fennmaradásáról" (belső idézőjelek kihagyva)).

az európai parlament, az európai közigazgatási és igazságügyi bürokrácia, a kereskedelmi korlátok, vámok és adók enyhítése, valamint a munkaerő szabad mozgása.⁷⁴¹ Ezek a gyakorlatok minden bizonnyal hasonlítanak a hagyományos nemzetállamok tevékenységeire és gondjaira.⁷⁴² Bár valószínűtlen, hogy az Európát alkotó nemzetállamok eltűnnek,⁷⁴³ az elmozdulás mégis valós és fontos. Valójában egy olyan hibrid kormányzási forma kialakulásának lehetünk tanúi, amely nem egységes föderáció és nem is egyetlen európai állam, hanem talán a kettő valamilyen kombinációja. Amint arra az egyik szakértő rámutat, "[a]z a feszültség a föderáció és a konföderáció, az *integráció* és az *interdependencia* között a kezdetektől fogva benne rejlik az "Európa" fogalmában".⁷⁴⁴

Annak megértéséhez, hogy az Európai Unió valóban a nemzetek feletti közösség eszméit sulykolja-e, megnézhetjük azokat az iskolákat, amelyeket az Európai Közösség alkalmazottainak tizenötézer gyermeke számára hoztak létre. Ezeknek az iskoláknak a kifejezett célja, hogy "egy teljesen új identitásréteget hozzanak létre ezekben a gyerekekben".⁷⁴⁵ A beszámolók szerint "[a] tanulók [ezekből az iskolákból] kiválóan képzettek, általában háromnyelvűek, *nacionalizmusuk visszafogott - és nagyon-nagyon európaiak*".⁷⁴⁶ Úgy tűnik, ez a szándék. Az iskolák valóban arra törekszenek, hogy a diákokat "ne egy anyaország vagy egy haza termékeként, hanem európaiakként" neveljék.⁷⁴⁷

Ez a törekvés vitatott volt, különösen a történelemtanulásban, ahol egy adott ország tankönyvei hajlamosak a múlt eseményeit úgy ábrázolni, hogy

⁷⁴¹ Lásd általában Paul Teague, *Konvergencia és divergencia között: Az Európai Közösség munkaerő-piaci szabályozási rendszerének lehetőségei*, 132 INT'LABOUR REV. 391 (1993) (egy új európai munkaerő-piaci szabályozás létrehozása mellett és ellen szóló hatások vizsgálata).

⁷⁴² Vö. CURTIN, *Supra* 5. lábjegyzet, 42. o. (a "nemzeti jogalkotási hatáskör Európai Közösség általi bitorlását" "közvetlen és szembeütőnek" nevezi).

⁷⁴³ Lásd Lindseth, *Supra* 350. lábjegyzet, 680-83. o. (a nemzetállam "folyamatos vonzerejének" leírása Európában); lásd Alec Stone, *Ratifying Maastricht: France Debates European Union*, 11 FRENCH POL. & SOC'Y 70, 85 (1993) (azzal érvelve, hogy "Európa" gondolata "belpolitikai kérdésként" érkezett meg).

⁷⁴⁴ Gupta, 3. lábjegyzet, 186. pont. Alan Milward és Vibeke Sørensen azzal érvel, hogy míg az Európai Unió a monetáris unióra vonatkozó terveit tekintve integrációpárti, addig az immi-grációs, védelmi és külpolitikája az interdependencia modelljén alapul. Alan S. Milward & Vibeke Sørensen, *Interdependencia vagy integráció? A National Choice*, in THE FRONTIER OF NATIONAL SOVEREIGNTY: HISTORY AND THEORY 1945-1992, at (20, Alan 30

S. Milward et al. szerk., 1993); lásd még Étienne Balibar, *Racism and Politics in Europe Today*, NEW LEFT REV. 5, 16 (1991) ("Az állam ma Európában *sem nem nemzeti, sem nem nemzetek feletti*, és ez a kétértelműség nem enyhül, hanem csak mélyül az idők folyamán.").

⁷⁴⁵ Glynn Mapes, *Polyglot Students Are Weaned Early off Mother Tongue*, WALL ST. J., 1990. március 6., A1 (idézi Desmond Swant, a dublini University College neveléstudományi professzorát).

⁷⁴⁶ *Id.* (kiemelés hozzáadva).

⁷⁴⁷ *Id.*

az adott ország szemszögéből.⁷⁴⁸ Mindazonáltal "[a]z európai közösségi iskolák újfajta kapcsolatokat teremtenek a népek és a terek között, másfajta identitást kovácsolva diákjaikban".⁷⁴⁹ Érdekes lesz látni, hogy ezek az iskolák végül egy szélesebb kozmo- politikai perspektívát fogadnak-e el, vagy egyszerűen csak rekonstruálják Európát, mint "hazát", amelyet, bár nem nemzeti, mégis olyan területi erőnek tekintenek, amelyet meg kell védeni a "kívülállóktól".⁷⁵⁰ Sajnos az eddigi bizonyítékok azt mutatják, hogy a bevándorlási politikák összehangolása pontosan ilyen "erőd" mentalitáshoz vezet, amelyben "Európát" meg kell védeni az im- míroktól.⁷⁵¹ Így, bár az európai közösségi iskolák egy olyan identitás újjáépítésén fáradoznak, amely nem a régi nemzetállami határokon alapul, új területi határok léphetnek a helyébe.

4. Kozmopolita közösségek

A nemzetek feletti identitás kialakításának egy másik módja az, ha a felszabaduló közösséget valóban globálisnak és plurálisnak - kozmopolita közösségnek - tekintjük.⁷⁵² A kozmopolitizmusra úgy is gondolhatunk, mint Anderson nemzetállamról mint elképzelt közösségről alkotott elképzelésének kiterjesztésére. Anderson szerint a nyomtatott kapitalizmus térhódítása lehetővé tette az emberek számára, hogy úgy érezzék, hogy egy közösséghez tartoznak másokkal, akikkel soha nem találkoznának, és így megteremtette az alapot a nemzetállam képzetének.⁷⁵³ A kozmopolitizmus ezt az érvet veszi át...

⁷⁴⁸ *Lásd id.* (idézve egy európai iskolai történelemtanár kijelentését, miszerint az ilyen tankönyvek "általában a nagyhatalmak szemellenzős története").

⁷⁴⁹ Gupta, 3. lábjegyzet, 186-87. o.

⁷⁵⁰ *Lásd* Carlos Closa, *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, 29 COMMON MKT. L. REV. 1137, 1141 (1992) ("A közösségi kereteken belül bizonyos jogok és kiváltságok élvezete attól függ, hogy a személy rendelkezik-e valamely tagállam állampolgárságával vagy nemzetiségével, ami még mindig az uralkodó kritérium [sic.]"); Dietrich Thränhardt & Robert Miles, *Introduction to MIGRATION AND EUROPEAN INTEGRATION: THE DYNAMICS OF INCLUSION AND EXCLUSION* 1, 3 (Robert Miles & Dietrich Thränhardt eds, 1995) (megkérdőjelezve az Európáról mint "erődítményről" alkotott "népszerű elképzelést", mivel az "erődítményt ... folyamatosan áttörik az "illegális" bevándorlók"); *vö.* Biddy Martin & Chandra T. Mohanty, *Feminist Politics: What's Home Got to Do with It?*, in *FEMINIST STUDIES/CRITICAL STUDIES* 191, 192 (Teresa de Lauretis szerk., 1986) (a közösség fogalmának különböző módszereinek megtalálása jelentette kihívást).

⁷⁵¹ *Lásd* Gupta, *Supra* note 3, 187. o. (a kérdés: "Európa a bevándorlókkal szemben védekező "erőd" válik-e?").

⁷⁵² Az e területre vonatkozó tudományos munkákból lásd általában: JESSICA BERMAN, *MODERNIST FICTION, COSMOPOLITANISM, AND THE POLITICS OF COMMUNITY* 1-27 (2001); *COSMOPOLITICS: THINKING AND FEELING BEYOND THE NATION*, 29. lábjegyzet; *GLOBALIZATION* (Arjun Appadurai szerk., 2001); HANNERZ, *fenntebb* 529. lábjegyzet; MARTHA C. NUSSBAUM ET AL., *FOR LOVE OF COUNTRY: DEBATING THE LIMITS OF PATRIOTISM* (Joshua Cohen szerk., 1996); BRUCE ROBBINS, *FEELING GLOBAL: INTERNATIONALISM IN DISTRESS* (1999).

⁷⁵³ A nyomtatott sajtó felemelkedése közötti kapcsolatról szóló Anderson elemzésének megvitatásához

egy lépéssel tovább.

Ha az emberek képesek olyan érzelmeket táplálni, mint ahogy Anderson állítja, ha olyan honfitársaikról van szó, akiket soha nem látnak szemtől szemben, akkor most, hogy a nyomtatott kapitalizmusból elektronikus és digitális kapitalizmus lett, és most, hogy ez a rendszer olyan egyértelműen transznacionális, furcsa lenne, ha az emberek *nem* érzelmeskednének ugyanígy, ha nem is feltétlenül ugyanolyan mértékben, mások iránt, akik *nem* honfitársak, akiket valamiféle transznacionális jellegű ösztöndíj.⁷⁵⁴

Így a népek közötti csökkenő távolság érzése a határokon átnyúló nagyobb azonosuláshoz vezethet.

A kozmopolita perspektíva valóban azt eredményezheti, hogy olyan módon érezzük magunkat kapcsolatban másokkal, ami empátiát és talán politikai elkötelezettséget szül. A kozmopoliták felismerik, hogy "[m]indenféle helyhez kapcsolódunk, ha nem is mindig tudatosan, de okozati úton, beleértve sok olyan helyet, ahová még soha nem utaztunk el, amelyeket talán csak a televízióban láttunk - beleértve azt a helyet is, ahol magát a televíziót gyártották".⁷⁵⁵ Ha valóban érezzük ezt a kapcsolatot, akkor talán nagyobb valószínűséggel foglalkozunk azok helyzetével, akik a terméket gyártották.

A kozmopolitizmus legalább a sztoikusokig vezethető vissza, akik szerint mindannyian két közösségben élünk: "a születésünk helyi közösségében, és az emberi viták és törekvések közösségében, amely valóban nagy és valóban közös, amelyben nem nézünk sem erre, sem arra a sarokra, hanem a naphoz mérjük nemzetünk határait."⁷⁵⁶ A sztoikusok felismerve a frakcionizmus veszélyeit, amelyek egy csoport politikai életéhez való tartozásból fakadnak, azt állították, hogy csak a világgözcsoféba vetett elsödleés hűséggel lehet a kölcsönös problémákat kezelni.

Martha Nussbaum a közelmúltban a sztoikus eszményt egy kozmopolita perspektívát hirdető esszében fejtette ki. Nussbaum szerint a kozmopolitanizmus nem követeli meg, hogy az ember feladja a helyi identitásokat, amelyek, mint mondja, "az élet nagy gazdagságának forrása lehetnek".⁷⁵⁷ Inkább azt javasolja, hogy a sztoikusokat követve úgy gondoljunk magunkra, mint akiket koncentrikus körök vesznek körül:

Az első az énünket veszi körül, a következő a közvetlen családot, majd a tágabb család következik, aztán sorrendben a szomszédok vagy helyi csoportok, a városlakók és a honfitársak - és ezt a listát könnyen kiegészíthetjük.

kapitalizmus és a nemzetállam, lásd a 647-56. lábjegyzetet és a kíséző szöveget.

⁷⁵⁴ Robbins, 29. lábjegyzet, a következőnél 7.

⁷⁵⁵ *Id.* 3.

⁷⁵⁶ Martha C. Nussbaum, *Patriotizmus és kozmopolitizmus*, in NUSSBAUM ET AL. „*supra* megjegyzés 752.(Lucius Annaeus Seneca római drámairól 3.idézi7).

⁷⁵⁷ *Id.* 9.

etnikai, nyelvi, történelmi, szakmai, nemi vagy szexuális alapon történő csoportosítás.⁷⁵⁸
azonosságokat. Mindezen körökön kívül van a legnagyobb, az emberiség egésze.

A feladat tehát az, hogy a köröket össze kell rajzolni. Ezért nem kell a különböző csoportokkal való különleges hovatartozásról és azonosulásról beszélnünk. "Nem kell ezeket felszínesnek gondolnunk, és gondolhatunk arra, hogy identitásunkat részben ezek alkotják".⁷⁵⁹ De - érvel Nussbaum - "arra is törekednünk kell, hogy minden emberi lényt a párbeszéd és az ~~együtt~~ közösségének részévé tegyünk, politikai tanácskozásainkat erre az egymásba fonódó közös- ségre alapozzuk, és az emberségünket meghatározó körnek különleges figyelmet és tiszteletet adjunk".⁷⁶⁰

Ebben a vízióban az emberek "kozopolita hazafiak" lehetnek, akik⁷⁶¹ elfogadják a felelősséget, hogy ápolják az otthoni ~~körök~~ kultúráját és politikáját, ugyanakkor felismerik, hogy ezek a kulturális gyakorlatok változóak, mivel az emberek helyről helyre költöznek. "Az eredmény egy olyan világ lenne, amelyben az emberi élet minden egyes helyi formája a kulturális hibridizáció hosszú távú és tartós folyamatainak eredménye lenne - egy olyan világ, amely ebben a tekintetben nagyon hasonlít ahhoz a világhoz, amelyben most élünk."⁷⁶²

Iris Young a "nem elnyomó város" eszményét használta modellként a közösség hasonlóan sokrétű értelmezéséhez.⁷⁶³ Azt állítja, hogy a "közösség" mindig politikailag problematikus fogalom, mert "az általa motiváltak hajlamosak lesznek elnyomni az egymás közötti különbségeket, vagy hallgatólagosan kizárni politikai csoportjaikból azokat a személyeket, akikkel nem azonosulnak".

⁷⁵⁸ *Id.* Elképzelhető az is, hogy a kör még tovább tágul, hogy a nem emberi állatokra is kiterjedjen, *lásd pl.* PETER SINGER, ANIMAL LIBERATION 8 (2d. kiadás 1990) ("Ha egy lény szenved, nem lehet erkölcsi indok arra, hogy megtagadjuk a szenvedés figyelembevételét. Nem számít, hogy milyen természetű a lény, az egyenlőség elve megköveteli, hogy szenvedését ugyanúgy számításba vegyük, mint bármely más lény hasonló szenvedését..."), és a környezet, *lásd pl.* Christopher D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, 45 S. CAL. L. REV. 450, 450 (1972) ("Eredetileg minden ember csak saját magára és a körülötte lévő szűk kör tagjaira volt tekintettel; később . . . szimpátiája gyengédebbé és szélesebb körben elterjedt, és végül . . . kiterjedt az alacsonyabb rendű állatokra is." (idézi CHARLES DARWIN, DESCENT OF MAN 119-21 (2d ed. 1874))). A két mozgalom összehasonlítását lásd: Megan A. Senatori, *The Second Revolution: The Diverging Paths of Animal Activism and Environmental Law*, WIS8. ENVTL. L.J. (2002)31.

⁷⁵⁹ Nussbaum, *supra* note at 756,9.

⁷⁶⁰ *Id.*

⁷⁶¹ Kwame Anthony Appiah, *Cosmopolitan Patriots*, in COSMOPOLITICS: THINKING AND FEELING BEYOND THE NATION, *supra* note at 29,91.

⁷⁶² *Id.* 92.

⁷⁶³ *Lásd* Iris Marion Young, *The Ideal of Community and the Politics of Difference*, in FEMINISM/POSTMODERNISM 300, 317 (Linda J. Nicholson szerk., 1990) ("A mi politikai eszményünk az elnyomásmentes város."); *lásd még* Jerry Frug, *The Geography of Community*, STAN48. L. REV. 1047, 1048-49 (1996) (Young ideális városára hivatkozik, hogy visszaszerezze a közösség eszméjét, mint "idegenek együttlétét", ahelyett, hogy a közösséget "az identitás vagy az egység érzésére" korlátozná).

tífy."⁷⁶⁴ Így "[a] közösség iránti vágy ugyanarra a társadalmi teljesség és azonosulás iránti vágyra támaszkodik, amely egyrészt a rasszizmus és az etnikai sovinizmus, másrészt a politikai szektarianizmus hátterében áll".⁷⁶⁵ Ehelyett az ideális városi életet "idegenek együttlétéként" képzelel.⁷⁶⁶ Ezek az idegenek idegenek maradhatnak, és továbbra is "másként tapasztalhatják egymást".⁷⁶⁷ Valójában nem feltétlenül törekszenek átfogó kultúrára és lojalításra. Mégis nyitottak a "beilleszkedés nélküli másságra".⁷⁶⁸ Különböző, egymástól elkülönülő csoportokhoz vagy kultúrákhoz tartoznak, és folyamatosan kölcsönhatásban vannak más csoportokkal. De mindezt anélkül teszik, hogy asszimilálódni vagy elutasítani akarnák ezeket a másokat. Az ilyen interakciók egy alternatív közösséget testesítenek meg,⁷⁶⁹ amely sohasem az egyformaság hegemon erőltetése, de mégis megakadályozza, hogy a különböző csoportok valaha is teljesen kívülállókká legyenek egymáson.⁷⁷⁰ Young szerint a városok közterein felvillantjuk ezt az ideált: "A város emberek és csoportok nagyfokú sokféleségéből áll, szubkultúrák és differenciált tevékenységek és funkciók sokaságával, amelyek élete és mozgása a köztereken keveredik és átfedésben van." A városok közterein nem csak az emberek, hanem a csoportok és a csoportok sokfélesége is megjelenik.⁷⁷¹ Ebben a vízióban közösség lehet egyformaság nélkül, váltakozó hovatarozás kiközösítés nélkül.⁷⁷²

Bár Young nem utal arra, hogy látomása kozmopolita lenne, ez kényelmesen illeszkedik a közösség alternatív értelmezésébe, amelyet itt felvázolok. A kozmopolitizmus hangsúlyozottan nem a nemzetközi polgárság modellje a nemzetközi harmonizáció és szabványosítás értelmében, hanem a többszörösen megtört különbségek elismerése, ahol (mint Young ideális városában) az emberek elismerik a "mással" való kapcsolatokat anélkül, hogy a "mással" és a "mással" közötti kapcsolatokat le- és feloldanák.

⁷⁶⁴ Young, 763. lábjegyzet, 300. o.

⁷⁶⁵ *Id.* 302.

⁷⁶⁶ *Id.* 318.

⁷⁶⁷ *Id.*

⁷⁶⁸ *Id.* 319.

⁷⁶⁹ Young ellenáll a "közösség" szó használatának, mert a kifejezés "egységre való törekvést" sugall, de elismeri, hogy "[a]z a végén talán kikötés kérdése", hogy valaki "közösségnek" nevezi-e a vízióját. *Id.* 320. o.; lásd még Frug, *supra* note 763, 1049. o. ("Younggal ellentétben én nem engedem át a közösség kifejezést azoknak, akik a togetherness romantikáját idézik fel.")

⁷⁷⁰ Lásd Young, *Supra* note 763, 319. o. (azt állítva, hogy az egymás mellett élő idegenek csoportja "a társadalmi kapcsolatokat mint különbséget instantiálja a csoportok és kultúrák különbségének megértése értelmében, cserélődő és egymást átfedő interakciókkal, amelyek nem a közösségben merülnek fel, de amelyek megakadályozzák, hogy egymáson kívül legyenek").

⁷⁷¹ *Id.*

⁷⁷² Ez a látásmód nem kizárólag a nyugati gondolkodásra jellemző. Lásd *pl.* Pollock et al., *Supra* 673. lábjegyzet, 586. o. (megjegyezve "a szanszkrit költészet ázsiai szintű elterjedését az első évezredben, ami által a transzlokális kultúrában való részvétel, bár egyenlőtlen és az életésélyek által korlátozott volt, nem követelte meg a karddal való érvényesítést, és nem járt a már meglévő dolgok eltörlésével").

asszimiláció vagy kiközösítés. A kozmopolitizmus a "rugalmas polgárságra" törekszik, ⁷⁷³amelyben az emberek számára megengedett, hogy a lehetséges hovatarozások és kötődések sokasága között váltogassák identitásukat. Ezek a kötődések magukban foglalhatnak nem területi közösségeket is, mint például az internetes chat-roomokban találhatóak. A kozmopolita világnézet a személyes identitás gyökeres partikularitása és a többszörösen átfedő közösségek globális lehetősége között ingázik. Ez megköveteli "a kozmopolitizmus - amelyet általában a globálisról alkotott elszigetelt, egyéni szemléletként értelmeznek - "lefordítását vagy átalakítását a világnézet kollektívabb, elkötelezettebb és felhatalmazottabb formájává, amelyet gyakran *internacionalizmusnak* neveznek".⁷⁷⁴

Így a kozmopolitizmus a nemzetállamok területileg korlátozott szuverenitásával szemben talán a legerősebb alternatív víziót alkotja. De hogyan nézne ki a joghatóság rendszere egy kozmopolita pluralizmuson alapuló világban? A következő rész ezt a kérdést járja körül.

V. A JOGHATÓSÁG KOZMOPOLITA PLURALISTA FELFOGÁSA

Mint láttuk, a joghatóság története a társadalmi tér és a közösség meghatározásának története. De a tér és a közösség fogalma maga is narratív konstrukció, amely mindig vitatott.⁷⁷⁵ Így a probléma azzal a feltételezéssel, hogy a nemzetállami identitás a közösség megértésének releváns mátrixa, az, hogy egy ilyen felfogás "kizárja a hely és az identitás gazdagabb megértését, amely az alanyok több kollektivitáshoz való ~~válasz~~ ~~válasz~~ figyelembe venné".⁷⁷⁶ Inkább azt kell felismernünk, hogy az emberek képessége, hogy megzavarják a kialakult térbeli rendet, akár fizikai mozgás, akár saját fogalmi és politikai újragondolásuk vagy joghatóságuk megteremtése révén, azt jelenti, hogy a tér és a közösségi hovatarozás soha nem lehet "adott", és hogy mindig figyelembe kell venni a szociopolitikai konstrukciójuk folyamatát. Egy olyan joghatósági rendszer, amelynek tárgyait többé nem "automatikusan és természetesen a térben rögzítve" képzelik el, ezért "különös figyelmet fordíthat arra, hogy a terek hogyan

⁷⁷³ Lásd ONG, *Supra* note 711, 6. o. (leírja, hogy "a kapitalista akkumuláció, utazás és elmozdulás kulturális logikája, amely arra készteti az alanyokat, hogy folyékonyan és opportunistan ~~nün~~ reagáljanak a változó politikai-gazdasági körülményekre", elősegíti a transznacionalitás egy olyan formáját, amelyet ő "rugalmas állampolgárságnak" nevez).

⁷⁷⁴ ROBBINS, 752. lábjegyzet, 5. pont.

⁷⁷⁵ Lásd BERMAN, *Supra* note 752, 3-4. o. (azzal érvelve, hogy amikor közösségről beszélünk, szükségszerűen "a közös lét olyan birodalmában mozgunk, amely az "én" és a "mi" közötti határon nyugszik, egy olyan határon, amely nem feltétlenül esik egybe a minket körülvevő politikai határokkal").

⁷⁷⁶ Gupta, *Supra* note 3, at 196.

és közösségek jönnek létre, képzelik el, vitatják és érvényesítik".⁷⁷⁷ Ebben az utolsó részben megkísérlem felvázolni egy ilyen többértékű joghatósági rendszer körvonalait, amelyet a ~~juttat~~ kozmopolita pluralista felfogásának nevezek.

A joghatóság kozmopolita pluralista koncepciója a joghatósági középutat kívánja megragadni egyrészt a szigorú territorializmus, másrészt az expanzív univerzalizmus között. Amint láttuk, a joghatóság territorialista megközelítése nem képes figyelembe venni a területi határokat figyelmen kívül hagyó közösségi hovatartozások és társadalmi interakciók széles skáláját. Ezzel szemben egy univerzaliztikusabb perspektíva, amely az embereket elsősorban világpolgárként kívánja elképzelni, hasznos alternatívának tűnhet. Az univerzalizmus elismeri (sőt, ünnepli) a nem nemzeti identitást.⁷⁷⁸ Ez az alternatíva, bár idealizmusában vonzó, számomra több okból is tévesnek tűnik: Először is, azt kéri, hogy *kizárólag* a világ polgáráként tekintsünk magunkra, és így a közösségi hovatartozás több gyökerűségét egyetlen globális közösségben oldja fel. Másodszor, nem ragadja meg azokat a rendkívüli érzelmi kötődéseket, amelyeket az emberek még mindig éreznek a különböző transznacionális vagy helyi közösségekhez.⁷⁷⁹ Így az univerzalizmus hajlamos figyelmen kívül hagyni azokat a kötődéseket, amelyek a társadalomhoz kötődnek.

⁷⁷⁷ Gupta & Ferguson, 529. sz. jegyzet, 47. o. Az itt ismertetett megközelítést ki lehetne terjeszteni arra is, hogy megvizsgáljuk, hogy az olyan eszméket, mint "az Én" és "a tárgy", hogyan "gyártják, képzelik, vitatják és érvényesítik". *Id.* Így például a perbeli és az alanyi joghatóság doktrínáit közelebbről elemezhetnénk annak érdekében, hogy megvizsgáljuk a személy vagy az alany aspektusaira, részeire vagy elemeire vonatkozó széttagozott, részleges vagy többszörös joghatósági igények lehetőségeit. Bár az ilyen jellegű vizsgálat túlmutat e cikk keretein, a joghatóság társadalmi jelentésének elismerése teret nyit e fontos kérdések vizsgálatának azáltal, hogy a joghatóság érvényesítésének társadalmilag konstruált jellegére összpontosít. Az alanyi joghatóság tekintetében valóban gyümölcsöző lehet az állami és a törzsi bíróságok közötti kapcsolat elemzése. Az indián gyermekjóléti törvény például vélelmezett törzsi bírósági joghatóságot állapít meg az indián gyermeket érintő gyermekelhelyezési ügyekben, még akkor is, ha a gyermek nem az indián országban lakik. *Lásd:* 25

U.S.C. § 1911(a) (2000) ("Ha egy indián gyermek egy törzsi bíróság gyámsága alatt áll, az indián törzs fenntartja a kizárólagos joghatóságot, függetlenül a gyermek lakóhelyétől vagy tartózkodási helyétől."). A törvény tehát úgy tűnik, hogy a törzsi közösséghez való tartozás nem a terri- tóriumon alapuló elképzelését sugallja. Ezenkívül a törzsi bíróságok nem indiánok feletti joghatóságának kérdése régóta vitatott. Bár az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága megtagadta a törzsek büntetőjogi joghatóságát nem indiánok felett, pl. *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191, 1978 (1978), és számos polgári ügyben is megtagadta a törzsek joghatóságát nem indiánok felett, pl. *Montana v. United States*, 450 U.S. 544, 565-67 (1981), a közösségi hovatartozás többszörös természetének rugalmasabb értelmezése valószínűleg támogatná az egyidejű állami és törzsi bírósági joghatóság gondolatát.

⁷⁷⁸ *Lásd pl.* Pollock et al., *Supra* 673. lábjegyzet, 581. o. ("A modernitás soha nem szükködött abban, hogy a felvilágosodás mint pedagógiai és politikai projekt látványos sikerén alapuló univerzalista igényeket támasszon a világpolgársággal szemben.").

⁷⁷⁹ *Lásd* Thomas M. Franck, *Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice*, 90 AM. J. INT'L L. 359, 374 (1996) ("Az elképzelt nemzet által gyakorolt erőteljes lojalitási vonzerő azt mutatja, hogy még a tudomány korában is egy olyan lojalitási rendszer, amely a

amit az emberek a legmélyebben szeretnek. Harmadszor, ahogy Anupam Chander rámutatott, az a törekvés, hogy kizárólag a világ polgáraivá váljunk, legalábbis részben John Rawls igazságossági⁷⁸⁰ elméletének nemzetközivé tételén alapul, és ezért ugyanannak a kritikának van kitéve, amellyel Rawls már régóta szembesül: hogy elmélete egy olyan Ént állít fel, amely elszakad attól a társadalmi és kulturális kontextustól, amely lehetővé teszi ezt az Ént.⁷⁸¹ Negyedszer, az átfogó egyetemes igazságszolgáltatás folyamatos rendszere olyan erős kihívást jelent a nemzetállami szuverenitásról alkotott jelenlegi elképzeléseink számára, hogy gyakorlati szempontból valószínűtlennek tűnik, hogy a belátható jövőben széles körben elfogadják. Ötödször, és talán ez a legfontosabb, a joghatóság univerzalista felfogása hajlamos egy olyan világpolgárságot feltételezni, amely mentes mind a partikuláris kötődésektől, mind az ilyen kötődések relatív fontosságáról szóló normatív vitáktól. Így az univerzalizmus ugyanolyan biztosan elvágja az egymást átfedő közösségek természetéről szóló vitát, mint a territorializmus.

A joghatóság *kozmpolita* felfogása ezzel szemben nem próbálja tagadni az egyének sokféle közösségen belüli - területi és nem területi - gyökerezését. Sőt, az általam meghatározott kozmopolitizmus alaptétele a több közösség elismerése, nem pedig a legátfogóbb közösségek kivételével minden közösség eltörlése. Így, bár a joghatóság *kozmpolita* felfogása elismeri az egyetemes joghatóság érvényesítésének potenciális jelentőségét bizonyos körülmények között,⁷⁸² nem követeli meg az egyetlen világgözüösségbe vetett univerzalista hitet.

Ezen túlmenően a joghatóság valóban *pluralista* felfogása elismeri, hogy a jog nem kizárólag egy szuverén hatalom kényszerítő parancsaiban rejlik. A jog inkább a különböző normateremtő közösségek versenyén keresztül épül fel folyamatosan.⁷⁸³ Ahogy Robert Cover közel két évtizeddel ezelőtt érvelt, "minden olyan kollektív viselkedés, amely szisztematikus értelmezéssel jár a mi

a közös történelem és a rokonság romantikus mítoszain alapulva képes fennmaradni").

⁷⁸⁰ Lásd Brian Barry, *Statism and Nationalism: A Cosmopolitan Critique*, 41 NOMOS 36 12,(1999) (megjegyezve, hogy számos filozófus Rawls igazságosságelméletének globális változatát tekinti kiindulópontnak).

⁷⁸¹ Lásd Chander, *Supra* note 562, 1047. o. (a kozmopolitizmust kritizálva, mert az olyan képet alakít ki az Énről, amely "eltávolítja azokat az aspektusokat, amelyek az Ént különlegessé teszik"). Chander ezt az álláspontot a kozmopolitizmusnak tulajdonítja. Miközben egyetértek a kritikájával, úgy vélem, hogy valójában azt célozza, amit én "univerzalizmusnak" nevezek. Amint ez a rész világossá teszi, a kozmopolitizmust a többféle kötődés elismerésének tekintem, nem pedig egy egységes világpolgárság iránti vágynak.

⁷⁸² Lásd *fentebb* az I.I. részt (az állítólagos emberi jogi jogsértőkkel szembeni egyetemes joghatóság érvényesítésének tárgyalása).

⁷⁸³ Lásd Cover, *supra* note at523, (43"Az az álláspont, hogy csak az állam alkot jogot . . . összekeveri az értelmezés státuszát a politikai uralom státuszával."); lásd még Cover, *Supra* note 2, 176. o. (azzal érvelve, hogy a jog "hídként működik a normatív térben", amely összeköti a "világot, ami van" a "világok, amik lehetnek" különböző elképzeléseivel).

jövőbeli világok iránti elkötelezettségek" ugyanúgy igényt tarthatnak a "törvény" szóra.⁷⁸⁴ Így, bár a szuverén entitások által megfogalmazott "hivatalos" normák nyilvánvalóan "jognak" számítanak, a pluralista keretrendszer elismeri, hogy a joghatóság ilyen hivatalos kinyilvánításai csak egyike a normatív kötelezettségvállalások keletkezésének számos módjának. Ennek megfelelően a joghatóság átfogóbb felfogásának a nem szuverén közösségek joghatósági kijelentéseivel is foglalkoznia kell.⁷⁸⁵ Az ilyen joghatósági kijelentések azért jelentősek, mert bár nincs kényszerítő erejük, mégis teret nyitnak olyan jogi normák megfogalmazásának, amelyek később gyakran beépülnek a hivatalos jogi rendszerekbe.

Ha felismerjük, hogy az államnak nincs monopóliuma a jogi normák megfogalmazására és gyakorlására, akkor a jogot a kötelezettségvállalás terepének tekinthetjük, ahol különböző közösségek vitatják meg az alternatív jövők különböző elképzeléseit. A joghatóság eszméje pedig szükségszerűen e vita színterévé válik, mivel a joghatóság érvényesítése során ezek a normateremtő közösségek magukat a jog nyelvét ragadják meg, és a jövőbeli világokról alkotott elképzeléseket artikulálják. Ha a joghatóság a szó szoros értelmében a közösségként való beszéd képessége, akkor elkezdhetjük kidolgozni a "joghatóság természetjogát",⁷⁸⁶ ahol a közösségek a jelen pillanat sajátos szuverenitását megelőző jog vagy jogosultság alapján követelik a jog nyelvének használatára való jogosultságot.

A joghatóság kozmopolita pluralista koncepciója - azáltal, hogy elismeri, hogy a jog nyelvét és formáit az egyének és közösségek az államrendszer területi határain belül és kívül egyaránt használják - nemcsak Robert Coverre,⁷⁸⁷ hanem Myres McDougal, Harold Lasswell és a New Haven-i Nemzetközi Jogi Iskola úttörő munkásságára is emlékeztet. Ezek a tudósok amellet érveltek, hogy a nemzetközi jogi rendszerek nem elsősorban rögzített szabályokkal, hanem az interakcióra vonatkozó eljárásokkal foglalkoznak.⁷⁸⁸

⁷⁸⁴ Cover, *supra* note at (2,176kiemelés hozzáadva).

⁷⁸⁵ Cover azzal érvel, hogy a "jog" ilyen tág értelmezése "megtagadná a nemzetállamtól a tisztviselőinek kollektív viselkedését vagy a "kormányzó" normák egy speciális csoportjának szisztematikus betartását". *Id.* Cover szerint az ilyen "hivatalos" normák jognak számíthatnak, de ezt a címet meg kell osztaniuk "ezernyi más társadalmi felfogással". *Id.*

⁷⁸⁶ Cover, *Supra* 523. lábjegyzet, 58. pont.

⁷⁸⁷ Cover természetesen jóval az internet megjelenése vagy a globalizáció iránti növekvő érdeklődés előtt írta. Mégis úgy vélem, hogy a joghatóság természetéről szóló felidézõ gondolatai hasznos kiindulópontot nyújtanak a huszonegyedik századi joghatóság fogalmilag kielégítőbb megértéséhez.

⁷⁸⁸ Lásd Myres S. McDougal & Harold D. Lasswell, *The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order*, 53 AM. J. INT'L L. 1, 9 (1959) ("A döntéshozatali folyamaton belül a fő érdeklődésünk a jogi folyamatra irányul, ami alatt a tekintélyelvű és ellenőrző döntések meghozatalát értjük."); *lásd még id.* ("A tekintély az elvárásai kon- sztruktúra.

Így az Iskola a nemzetközi jogot "a tekintélyelvű döntések világot alkotó folyamatának" tekintette, nem pedig kényszerítő követelmények összességének.⁷⁸⁹ Nem meglepő, hogy ezek a tudósok a figyelmet a joghatóság eszméjére összpontosították, elemezve, hogy a nemzetközi rend folyamatai miként alkalmazhatók új helyeken, például az Antarktiszon⁷⁹⁰ és a világűrben⁷⁹¹ az előző generáció "kiberterületein". Hangsúlyozták, hogy a joghatóságot nem "puszta erővel vagy célszerűségi számításokkal . . . [hanem] a közösségi elvárások által megalapozott résztvevők által... [akik] megalapozott döntéseket hoznak, amelyeket a közösség elvárásai által meghatározott politikai kritériumokhoz való viszonyukkal indokolnak".⁷⁹² Továbbá felismerték, hogy az emberek többféle közösségi kötődést alakítanak ki, és amellet érveltek, hogy "[a]z egyénnek képesnek kell lennie arra, hogy annyi politikai testület tagjává váljon, és annyi értékfolyamatban vegyen részt, amennyit képességei lehetővé tesznek".⁷⁹³ Ezekre a megfigyelésekre építve a kozmopolita pluralista keretrendszer a normateremtő közösségek széles skálája közötti interakció folyamatát hangsúlyozza, amely az emberek által a mindennapi életükben ténylegesen megtapasztalt, többszörösen átfedő hovatartozások és ~~kül~~teljes skáláján alapul, a lokálistól a globálisig (beleértve néhány olyan hovatartozást is, amely egyáltalán nem területi alapú). Ebben az elképzelésben, akárcsak a New Haven-i iskola munkájában, a joghatósági állítás a közösség meghatározásának és a normateremtés nemzetközi folyamatának része.

Ez a rész először a joghatóság és az ítéletek elismerése kérdéseinek elemzésére szolgáló kozmopolita pluralista keretet fejleszti ki. Ezt követően ezt a keretet alkalmazza az I. részben tárgyalt joghatósági problémák közül néhányra. Befejezésül néhány gondolatot fejtek ki arról, hogy a kibetér jogi kérdései és a hagyományos nemzetközi jogi aggályok hogyan közelednek egymáshoz, mind a joghatóságról szóló vitákban, mind a transznacionális közös jog megteremtésében.

A. A kozmopolita pluralista joghatósági keretrendszer

Amint azt korábban tárgyaltuk, a közösség kozmopolita koncepciója rek-

arra vonatkozóan, hogy ki, milyen képzettséggel és kiválasztási móddal, milyen szempontok és milyen eljárások alapján milyen döntéseket hozhat. Az ellenőrzés alatt a tényleges beleszólást értjük a döntésekbe, függetlenül attól, hogy arra jogosultak-e vagy sem.").

⁷⁸⁹ Myres S. McDougal et al., *The World Constitutive Process of Authoritative Decisions*, J19. LEGAL EDUC. 253,255 (1967).

⁷⁹⁰ *Lásd általában:* EMILIO J. SAHURIE, ANTARCTICA NEMZETKÖZI JOGA (1992) (az Antarktiszra vonatkozó jogszabályok ismertetése a nemzetközi jogrendhez való viszonyukban).

⁷⁹¹ *Lásd általánosságban* MYRES S. MCDUGAL ET AL. „JOG ÉS KÖZREND A TÉRSÉGBEN (1963) (a jog és a közrend tanulmányozásának kereteit vázolja fel a térben).

⁷⁹² *Id.* 95.

⁷⁹³ Myres S. McDougal és mások, *Nemzetiség és emberi jogok: The Protection of the Individual in External Arenas*, YALE83 L.J. (900,1974903).

a világ népeinek és kultúráinak egymáshoz való kapcsolódását ismeri el, ugyanakkor figyelmet fordít a csoportok közötti helyi különbségekre és arra, hogy az egyének milyen sokféleképpen értelmezik az e csoportokkal való azonosulásukat. Ez a szemlélet a kapcsolatok egymást átfedő hálót képzeli el, amelyek egy része helyi hovatartozásból szövődik, más része pedig nem földrajzi korlátok közé szorul. A kozmopolita közösségek a lokálisban gyökereznek "mint az érzés struktúrájában, a társadalmi élet tulajdonságában és a helyhez kötött közösség ideológiájában", miközben mégis határok nélküliek maradnak.⁷⁹⁴ Az elszakíttóság vagy az univerzalizmus eszménye helyett a kozmopolitizmus többszörös kötődést ismer el téren és időn átívelő módon.

Ráadásul mindig több normateremtő közösség létezik; a joghatóság érvényesítése tehát az a cselekmény, amely ezeket a normatív nézeteket konfliktusba hozza. Ennek megfelelően a joghatóság kozmopolita pluralista felfogása lehetőséget biztosítana mindazon többszörös kötődéseknek, amelyeket "közösségnek" nevezhetünk, hogy a joghatóság jogi színpadán mind a közösségi státuszra való igényüket, mind pedig sajátos normatív elkötelezettségüket megalapozzák. A ~~joghatóság~~ így a közösség megfelelő meghatározásáról és a normák artikulálásáról szóló viták színterévé válik.

A gyakorlatban ez azt jelenti, hogy a joghatóság érvényesítésének területi alapú korlátozásai nem megfelelőek, mivel önkényes határokat erősítenek meg, és kizárják a közösség meghatározásáról vagy az anyagi normák alakulásáról szóló vitát. A joghatóság kozmopolita pluralista felfogása szerint a bíróságok nem utasíthatnák el egyszerűen a joghatóságra vonatkozó állításokat egy földrajzi alapú szuverén jogalanyhoz fűződő kapcsolatok számbavételén alapuló mechanikus számbavétel alapján. Ez azért is jó, mert - mint láttuk - az ilyen joghatósági tesztek rutinszerűen elismerik, hogy a kapcsolatok és a határokon átnyúló interakciók mai világában problematikusak. Ehelyett a joghatóságnak azon kell alapulnia, hogy a bíróság előtt álló feleket megfelelően ugyanazon közösség tagjaiként kell-e felfogni, függetlenül attól, hogy ezt a közösséget hogyan határozzák meg.⁷⁹⁵ Ezután egy bíróságnak, amelyet később felkérnek egy ítélet végrehajtására, árnyaltabban kell megválaszolnia mind azt a kérdést, hogy a joghatóságnak az ítélethez vezető érvényesítése jogszerű volt-e, mind pedig azt, hogy az előző bíróság által kihirdetett érdemi normákat végrehajthatónak kell-e tekinteni.

Bár a kozmopolita pluralista felfogás magában foglalja a nem állami közösségek joghatósági igényeinek lehetőségét (és az ilyen igényeket az alábbiakban részletesen tárgyalom), semmiképpen sem tagadja a nemzetállamok vagy az államilag szentesített bíróságok folyamatos jelentőségét. Végül is a kozmopolitizmus

⁷⁹⁴ Appadurai, *Supra* note at 7,189.

⁷⁹⁵ Ez a vizsgálat nem sokban különbözik azoktól, amelyeket a törzsi identifikáció legitimitásától függő esetekben végeznek. Az ilyen ügyekben felmerülő kérdéseket lásd például: JAMES CLIFFORD, *THE PREDICAMENT OF CULTURE: TWENTIETH-CENTURY ETHNOGRAPHY, LITERATURE, AND ART* 277-346 (1988).

elismeri a *többszörös* kötődéseket, és aligha lehet kétséges, hogy még ha - ahogyan én is állítottam - a nemzetállam egy elképzelt közösség, amely társadalmilag strukturált és történelmileg kontingens, akkor is különösen erős elképzelt közösség, amely a lojalitás és a kötődés valódi érzéseit kelti.⁷⁹⁶ Az emberek nyilvánvalóan sokkal inkább hajlandóak meghalni a nemzetállamukért, mint mondjuk a bowling ligájukért. Ráadásul gyakorlati szempontból az államilag szentesített bíróságok és a nemzetállami határok valószínűleg a belátható jövőben is tartósan a politikai tájkép részei lesznek. Ezért azzal kezdem, hogy megvizsgálom a joghatóság kozmopolita felfogásának következményeit az ilyen államilag szentesített bíróságok joghatóságának érvényesítésére. Ezután a nem állami közösségek joghatósági igényeinek tágabb kérdését vizsgálom.

1. Az államilag szentesített bíróságok joghatósági kerete

A joghatóság kozmopolita pluralista felfogása több szempontból is megváltoztatná a joghatóság értékelésének elemzési keretét ahhoz képest, amelyet jelenleg a legtöbb bíróság használ, mind az Egyesült Államokban, mind máshol. A változások azonban valójában nem olyan drámaiak, mivel a bíróságok már elkezdtek a közösségi kapcsolatok elemzését használni a joghatóság meghatározásának rubrikájaként, még a kapcsolatok számbavétele mellett is. Így a kozmopolita pluralista keretrendszer sok tekintetben csupán egyértelművé teszi azokat az elemzési lépéseket, amelyeket a bírák már implicit módon alkalmaznak.

A legtöbb jelenlegi joghatósági elemzés szerint a bíróság feltételezi, hogy a felperes megfelelően a bíróság joghatósága alá tartozik, mivel a felperes a kereset benyújtásával önként alávetette magát a bíróság joghatóságának, és fizikailag is a bíróság területi határain belül tartózkodik. A közösségen alapuló joghatósági elemzést alkalmazó bíróságnak azonban meg kell határoznia, hogy (1) a felperes megfelelően meghatározható-e a joghatóságot érvényesítő közösség tagjaként, vagy (2) még ha a felperes nem is tagja a közösségnek, a felperes által felvetett kérdés olyan jelentőséggel bír a közösség számára, hogy a joghatóság igazolható.⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ Lásd Pollock et al., *Supra* 673. lábjegyzet, 579. o. (leírva Pakisztán elképzelt nemzetének erejét "a kulturális és politikai kizorítás tapasztalatának kezelésére, amelyet a gyarmatosítás sok dél-ázsiai muszlim számára jelentett", és azzal érvelve, hogy bár "a nacionalista otthon- és autenticitáskeresés modern lehetett ... de emiatt nem volt önmagában inau- thentikus vagy illegitim").

⁷⁹⁷ Ezt a vizsgálatot néha a bíróság a felperes perindítási hajlandóságának mérlegelésével ragadja meg. A perindítási jog doktrínája azonban gyakran más vizsgálatokat is magában foglal - például azt, hogy a felperes szenvedett-e elegendő kárt -, amelyek különböznek a jogvita és a bíróság székhelye szerinti közösség közötti kapcsolat vizsgálatától. *Lásd pl.* Whitmore v.

Ami az első vizsgálatot illeti - a felperes közösségi tagsága -, több tényező is releváns lehet. Néhány ismerős a jelenlegi jogtudományi elemzésekből: Mi a felperes állampolgársága? Hol található általában a felperes? Mások azonban jelentősen eltérnek. Például, míg a joghatósági vizsgálatok gyakran csak a fél állampolgárságát vagy elsődleges lakóhelyét vizsgálják,⁷⁹⁸ a közösségi alapú modell szerint a közösségi kapcsolatok bárhol relevánsak lehetnek, ahol a fél jelentős ideig tartózkodik, függetlenül attól, hogy ez az elsődleges lakóhelye-e vagy sem. Emellett a joghatóságon belüli releváns részközösség jelenléte is lehet tényező (például ha a felperes a közösségen belül közös rokoni, etnikai vagy érdekeltségi kapcsolatokkal rendelkezik másokhoz).

Még ha a felperes nem is rendelkezik ilyen kötődésekkel, a joghatóság akkor is megfelelő lenne, ha a perben felvetett kérdés nagy jelentőséggel bír a közösség számára. Például, mint láttuk, az emberi jogok súlyos megsértése kiválthatja az egyetemes vagy transznacionális joghatóság különböző formáit.⁷⁹⁹ A joghatóság akkor is megfelelő lehet egy olyan alperes felett, aki a közösség tagja, ha a felperes nem az, mert a közösségnek akkor is kötelessége, hogy sajátjai közül valakit ellenőrizzen.

Ami az alperest illeti, a közösségen alapuló elemzés szerint a joghatóság akkor megfelelő, ha (1) az alperes ugyanannak a közösségnek a tagjának tekinthető, mint a felperes, vagy (2) az alperes a fórum közösségének tagjának tekinthető. Így például, ha a felperest és az alperest etnikai kötelékek kötik össze, vagy transznacionális hálózatokon keresztül kapcsolódnak egymáshoz, a joghatóság akkor is megfelelő lehet, ha az alperesnek nincsenek konkrét kapcsolatai a bíróság területi elhelyezkedésével. Ezzel szemben, még ha a felperes és az alperes között nem is áll fenn különleges kapcsolat, ha az alperes a bíróság székhelye szerinti közösség tagjának tekinthető, a joghatóság szintén megfelelő lenne.

Az alperes közösségi hovatartozásának megállapítása érdekében a bíróságok

Arkansas, 495 U.S. 149, 155-56 (1990) (felsorolva a megfelelő jogképesség megállapításának különböző követelményeit).

⁷⁹⁸ *Lásd pl. Milliken v. Meyer*, 311 U.S. 457, 463 (1940) ("Az állam, amely [az alperesnek] kiváltságokat biztosít, és lakóhelye alapján védelmet nyújt neki és vagyonának, kölcsönös kötelezettségeket is előírhat."); vö. *RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS* § 11 (1971) ("Minden személynek mindig van lakóhelye, és ... senkinek sincs egyszerre több lakóhelye.").

⁷⁹⁹ *Lásd a* 186-204. lábjegyzethez tartozó szöveget (a Chile volt államfője, Augusto Pinochet, a csádi Hissène Habré és a volt szerb elnök, Slobodan Milošević ellen indított nemzetközi emberi jogi perek leírása). Bár a joghatóság kozmopolita felfogása elutasítja az univerzalista megközelítést, amely a világgözösség állampolgárságát kívánja az egyetlen releváns joghatósági hovatartozássá tenni, *lásd a* 782. lábjegyzethez tartozó *fenti* szöveget (a kozmopolitizmus meghatározása: "a több közösség elismerése, nem pedig a legátfogóbb kivételével minden közösség eltörlése"), semmiképpen sem tagadja a helyi közösségek által konkrét esetekben az egyetemes joghatóság érvényesítésének fontosságát.

⁸⁰¹ Abírósi doktrína kevés segítséget nyújt, mivel az egyre inkább összekapcsolt világban mindig előre látható, hogy az egy helyen végzett tevékenységnek számos távolabbi helyen is hatása lesz. Ráadásul, amint arra számos tudós rámutatott, az "előreláthatóság" egy körkörös teszt, mivel az, hogy valaki előre látja-e, hogy egy adott bíróság joghatósága alá tartozik, nagymértékben attól függ, hogy a bíróságok korábban mit határoztak meg ésszerűen előreláthatónak.⁸⁰² Így ennek az analitikus mérőszámoknak a megszüntetésével kevés veszítünk.

Mindazonáltal fontos hangsúlyozni, hogy a közösségi alapú elemzés nem feltétlenül eredményezne szélesebb körű joghatósági megállapításokat, mint a jelenlegi joghatósági rendszerek alapján. Például az a követelmény, hogy a felperesnek közösségi kötődésekkel kell rendelkeznie a fórumhoz, megnehezítheti a fórum-vásárlást, mivel a felperesek nem választhatnák egyszerűen azt a közösséget, ahol a társadalmi kötődésektől függetlenül a legmegnyerőbb a jog. Hasonlóképpen, a közösségen alapuló megközelítés nem tenné lehetővé az úgynevezett átmeneti jelenlétre vonatkozó joghatóságot, amikor az alperes csak rövid ideig vagy nem kapcsolódó okból tartózkodik egy terület fizikai határain belül.⁸⁰³ Az ilyen átmeneti jelenlétre vonatkozó joghatóság általában megengedhető a területi rendszerek keretében, ami olyan neveltséges tevékenységekhez vezet, mint a per kézbesítése egy repülőgépen, amint az egy területi joghatóság felett repül.⁸⁰⁴ Azáltal, hogy a közösséghez való formális kapcsolatok helyett a közösségen alapuló megközelítés a közösséghez való tartalmi kötődésre kérdez rá, az ilyen joghatósági állítások könnyebben elfogadhatóvá válnának.

⁸⁰¹ *Lásd pl. World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 297 (1980) ("[A] tisztességes eljárás elemzése szempontjából kritikus jelentőségű előreláthatóság az, hogy ... az alperes magatartása és kapcsolata a fórumállamhoz olyan, hogy ésszerűen számolnia kell azzal, hogy ott bíróság elé állítják.").

⁸⁰² *Lásd pl. , David Wille, Personal Jurisdiction and the Internet-Proposed Limits on State Jurisdiction over Data Communications in Tort Cases*, KY87. L.J. (95,1998136) ("A célzott igénybevétel követelménye abból az elképzelésből ered, hogy az alpereseknek képesnek kell lenniük arra, hogy megtervezzék magatartásukat annak tudatában, hogy ez a magatartás hol fogja őket joghatóság alá vonni. De . [d]efendants only have reasonable expectations about where they will be haled in court because courts have created such expectations." (idézet kihagyva)); Burk, *supra* note 119, 1118. o. (véleménye szerint az előreláthatóság vizsgálata nem jelent mást, mint azt, hogy "a védőknek ésszerűen számítaniuk kell arra, hogy bármely olyan bíróság elé állítják őket, amely előtt számítaniuk kell arra, hogy bíróság elé állítják őket"); vö. Luther L. McDougal III, *Judicial Jurisdiction: From a Contacts to an Interest Analysis*, 35 VAND. L. REV. 1, 10 (1982) (megjegyezve, hogy lehetetlen megjósolni, hogy egy bíróság hogyan fog dönteni a minimális érintkezés "méltányossági" eleméről). Ennek a problémának az alkotmánybíráskodás körköröségének általánosabb elemzésén belül történő megvitatásához lásd Michael Abramowicz, *Constitutional Circularity*, 49 UCLA L. REV. 1, 64-65 (2001).

⁸⁰³ *Lásd pl. Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604, 610-19 (1990) (Scalia, J., csatlakozott Rehnquist, C.J., White, Kennedy, JJ.) (a tizennegyedik módosítás elfogadásának idején a hagyományos gyakorlattal összhangban lévőnek találta a pusztán átmeneti előéleten alapuló joghatóságot).

⁸⁰⁴ *Lásd pl. Grace kontra MacArthur*, 170 F. Supp. 442, 447 (E.D. Ark. 1959) (a joghatóság érvényesítésének engedélyezése ilyen körülmények között).

kihívás. Végül, előfordulhat, hogy a "minimális érintkezés" vizsgálata során megállapítható, hogy például néhány internetes "találat" valamely joghatóságban elegendő ahhoz, hogy az alperes ott perelhetővé váljon. A közösségi alapú megközelítés azonban a kapcsolatok számbavételén túlmenően a fórum közösségének tagjai és a területileg távoli szereplő között kialakult érdemi kötelékekre is rákérdezne.

A legfontosabb, hogy a joghatóság kozmopolita pluralista megközelítése azt követeli meg, hogy a bíróságok tegyenek egyértelművé egy olyan vizsgálatot, amelyet a jelenlegi joghatósági szabályok elfednek. Ha a joghatóság részben a közösség uralmának érvényesítéséről szól egy távoli szereplővel szemben, akkor a bíróságoknak figyelembe kell venniük az állítólagosan károsított közösség természetét, a jogvita e közösséghez való viszonyát, valamint a szóban forgó szereplő feletti uralom érvényesítésének társadalmi jelentését. Ennek megfelelően a joghatósági vizsgálat a közösségi hovatartozás természetéről és a területi határok változó szerepéről szóló viták színterévé válik. Az ebből a folyamatból kialakuló joghatósági normák pontos körvonalait lehetetlen megjósolni, és kétségkívül idővel fejlődni fognak. A lényeg azonban az, hogy ezeket a vitákat ne csonkítsa meg egy olyan formulaszerű teszt, amely alig van kapcsolatban a joghatóság társadalmi jelentésének alapjául szolgáló alapvető kérdésekkel.

2. A nem állami közösségek joghatósági kerete

A joghatóság valóban pluralista felfogása lehetővé teszi a *nem állami* joghatósági igények értelmezését is. Tekintsük egy nem állami szereplő merész (vagy utópisztikus) im- pulzusát a joghatóság érvényesítésére:

Képzeld magad bíróságnak. Képzeld el, hogy van egy közönséged - valamilyen közösség, amely elismeri, hogy te vagy a törvényszék. Most pedig menj a végsőkig. Milyen nagyszerű átalakítást hajtanál végre a normatív univerzumban? Egyszerűen kiadnál egy általános békeparancsot? Egy igazságszolgáltatási parancsot, amely nem tartalmaz tényekkel és joggal rendelkező tényeket? Megparancsolod, hogy mindenki legyen jó? Esetleg talán ítélkezni fogsz a halottak felett? Vagy akár még Istent is vádlottként hozod fel? A lehetséges...
A lehetőségek végtelenek, és felmerül a kérdés, hogy vajon miért kell vagy miért nem kell kipróbálni valami szokatlan, lehetetlen vagy egyszerűen csak merész dolgot.⁸⁰⁵

A gondolat, hogy bíróságnak képzeljük magunkat, fantáziadúsan hangzik. Végül is, gondolhatnánk, az emberek nem építhetik fel egyszerűen a saját joghatóságukat. De ez csak akkor igaz, ha elfogadjuk a joghatóságnak egy olyan reifikált felfogását, amely a jogi határok változatlan halmazán belül cselekvő állami szuveréneken alapul. Az ilyen felfogást azonban e cikk során mind azért megkérdőjeleztük, mert normatív szempontból nem igazolható a tényleges közösségi identifikációk és a tér társadalmi értelmezésének megragadására, mind pedig azért, mert

⁸⁰⁵ Cover, *Supra* note 2, at 187.

nem írja le megfelelően a tényleges joggyakorlat egyre inkább extraterritoriális és nem állami jellegét. Sőt, a joghatóság megteremtésének elképzelésével láthatjuk azt az átalakító módot, ahogyan a joghatóság alternatív érvényesítése összekapcsolható az alternatív normák és közösségi meghatározások artikulációjával és fejlesztésével.

Ha közelebbről megvizsgáljuk a joghatóság-teremtés folyamatát, elképzelhetjük, hogy egy nem állami közösség összejön, és egy vita elbírálását tűzi ki célul.⁸⁰⁶ Nyilvánvaló, hogy ítélete nem önhatalmúlag végrehajtható; valamilyen rendőri jogkörrel rendelkező szervezetnek kell végrehajtania azt. Így a kérdés nem az, hogy egy közösség érvényesíthet-e joghatóságot, hanem az, hogy más közösségek hajlandóak-e tiszteletben tartani a meghozott ítéletet, és végrehajtani azt, mintha a sajátjuk lenne. Ez az ítélet elismerésének folyamata, amelyet a kollíziós joggal foglalkozók jól ismernek. Egy bíróság joghatóságot gyakorol egy ~~jog~~ majd más joghatóságoknak el kell dönteniük, hogy legitimitást biztosítanak-e a bíróságnak azáltal, hogy elismerik és végrehajtják az ítéletét. Így még abban a pillanatban is, amikor egy közösség merészen kitalálja saját joghatóságát, azonnal kénytelen elismerni, hogy találmányát korlátozza mások hajlandósága arra, hogy az ítéletet normatívan legitimnek fogadják el.⁸⁰⁷

Már láttuk, hogy a nemzetállamok megállapodásai által létrehozott formális nemzetközi bíróságok hogyan járulhatnak hozzá olyan nemzetközi emberi jogi normák létrehozásához, amelyek végső soron korlátozzák az államok előjogait.⁸⁰⁸ Itt a joghatósági érvényesítés és a retorikai meggyőzés folyamata idővel hozzájárult a normák kialakulásához. Például a második világháború után létrehozott háborús bűnökkel foglalkozó törvényszékek egyik nagy eredménye az volt, hogy "az esemény képes volt új jogi jelentést vetíteni a jövőbe".⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ Robert Cover egy 1538-ban egy galileai kisvárosban élő zsidó csoport példáját hozza fel. Ez a csoport zsidó bíróságot próbált létrehozni, noha az erre való felhatalmazásuk kétséges volt. Lényeges, hogy a csoport vezetői nyilvánvalóan úgy döntöttek, hogy egyedül nem tudják érvényesíteni a joghatóságot. Ezért Jeruzsálembé küldött üzenetben hirdették ki tettüket, amelyben elismerést kértek. *Id.* 190-92. Cover azt sugallja, hogy erre az elismerésre nemcsak vallási doktrína miatt volt szükség, hanem azért is, mert Jeruzsálem jóváhagyása nélkül aligha volt valószínű, hogy a judaizmus többi része komolyan venné a kísérletet. *Id.* 193.

⁸⁰⁷ Mint Cover rámutat, bár a jog híd egy alternatív normarendszer felé, a híd nem az "alternativitásban", hanem a valóságban kezdődik. Ezért e híd tervezésének valódi korlátai vannak. *Lásd id.* at (187"Ha a jog ... a valóságból egy új világba vezető híd, akkor annak tervezésénél bizonyos korlátoknak kell fennállniuk. A bírának merniük kell, de mi történik, ha elveszítik ezt a valóságot?").

⁸⁰⁸ Fenti megjegyzés és a 172kísérő szöveg.

⁸⁰⁹ Cover, 2. lábjegyzet, 196. o. Robert Jackson, a nürnbergi per főügyésze annak idején hasonlóan érvelt:

A [per] elveit mi is beépítettük egy bírói precedensbe. "A precedens ereje - mondta Cardozo bíró úr - a kitaposott út ereje". Ennek a tárgyalásnak az egyik legfőbb akadálya a kitaposott út hiánya volt. Egy olyan ítélet, mint amilyen most született, a precedens hatalmát áthelyezi a támogatásukra e

Ahogy Charles Wyzanski, aki eredetileg ellenezte a nürnbergi törvényszékek létrehozását, később elismerte, "a per kiemelkedő eredménye, amelyet semmilyen gyorsabb végrehajtó intézkedéssel nem lehetett volna elérni, az, hogy kikristályosította azt a koncepciót, hogy a nemzetközi közösségben már létezik egy olyan gépezet, amely a nemzetközi büntetőjog kifejezésére és végrehajtására egyaránt alkalmas".⁸¹⁰ Jelentős, hogy Wyzanski nyilatkozatából kiderül, hogy nemcsak abban jutott el a meggyőződésig, hogy a törvényszékek ~~léte~~ abban is, hogy olyan normateremtő funkciót töltenek be, amely túlmutat a politikai vagy katonai hatalom hatáskörén, és amelyet ilyen hatalom alkalmazásával nem lehetett volna elérni. Így néha a jogi joghatóság érvényesítése, még inkább, mint a katonai vagy politikai hatalom érvényesítése, segíthet a jövőre vonatkozó normák kialakításában.⁸¹¹

Ráadásul ezek a normák, ha egyszer már létrejöttek és működő emberi jogi joganyaggá fejlődtek, nem is olyan könnyen körülhatárolhatók. Ezért, bár azt mondják, hogy a második világháborút követő nürnbergi és tokiói perek maguk is csupán a győztesek igazságszolgáltatását képviselték,⁸¹² az e perekben létrehozott normák hozzájárultak az emberi jogi normák nagyszámú testületének kialakulásához, valamint az e normák érvényesítésére vonatkozó (bár néha törékeny) konszenzus kialakulásához.⁸¹³ Már tárgyaltam Augusto Pinochet ügyét, amelyben egy spanyol bíró joghatóságot követelt a volt chilei diktátor felett, és majdnem sikerült meggyőznie a világot, hogy csatlakozzon ehhez az állításhoz.⁸¹⁴ Más transznacionális emberi jogi pereket, büntetőjogi és polgári jogi pereket is megkíséreltek vagy folyamatban vannak szerte a világon, és a Nemzetközi Büntetőbíróságot, bár ellentmondásos, de létrehozták. Az emberi jogok jogi eszközökkel történő érvényesítésének ez a normatív univerzuma a nürnbergi joghatóság-teremtés közvetlen eredménye.

jogi szabályok. A továbbiakban senki sem tagadhatja, vagy nem tudhatja, hogy azok az elvek, amelyek alapján a náci vezetők életüket vesztették, jognak minősülnek - és a jognak szankciója van.

ROBERT H. JACKSON, AZ EGYESÜLT ÁLLAMOK NEMZETKÖZI KÉPVISELŐJÉNEK JELENTÉSE
CONFERENCE ON MILITARY TRIALS (437Int'l Org. & Conference Series II, U.S. Dep't of State
Publ'n No. 19453080,).

⁸¹⁰ Charles E. Wyzanski, Jr., *Nuremberg in Retrospect*, ATLANTIC 178 MONTHLY (561946) (kiemelés hozzáadva), *újranyomatva*: THE NEW MEANING OF JUSTICE (137,1965144).

⁸¹¹ Egy nemrégiben megjelent cikket, amely Cover munkáját használja fel annak alátámasztására, hogy a nemzetközi perek segítik a normák létrehozását és fejlesztését, lásd Dickinson, *supra* note at 521,1477-90.

⁸¹² *Lásd pl.*, MONTGOMERY BELGION, VICTORS' JUSTICE 42-131 (1949) (azzal érvelve, hogy az állítólagos bűncselekmények olyan háborús cselekmények voltak, amelyekben mindkét fél részt vett, és ezért nem indokoltak büntetőjogi büntetést).

⁸¹³ *Lásd Cover, Supra* note, 2,196-97. o. (a nürnbergi és a tokiói per által teremtett precedenseket említve).

⁸¹⁴ *Lásd a fenti* 34-37., 186-88. és kísérőszövegeket (a Pinochet elleni spanyolországi büntetőeljárás kísérletre adott nemzetközi reakciót tárgyalva).

Az olyan hivatalos nemzetközi perek, mint amilyeneket Nürnbergben tartottak, nem az egyetlen módja annak, hogy nem állami joghatóságot hozzanak létre és gyakoroljanak. A nem állami közösségek informálisabb hálózatokon és szervezeteken keresztül, valamint magának a társadalmi szokásnak a lassú felhalmozódása révén is érvényesíthetik a joghatóságot. Az állami rendszer kialakulása előtt a jogalkotás nagy része autonóm intézményekben és csoportokban, például városokban és céhekben zajlott, és nagy földrajzi területek nagyrészt szabályozatlanok maradtak.⁸¹⁵ Még a modern nemzetállamokban is a nem állami jogalkotás egész sorát látjuk törzsi vagy etnikai enklávékban,⁸¹⁶ vallási szervezetekben,⁸¹⁷ vállalati szabályzatokban, társadalmi közösségekben,⁸¹⁸ magán szabályozási testületekben és a legkülönbébb csoportokban, szövetségekben és nem állami intézményekben.⁸¹⁹ Angliában például az egyház, a tőzsde, a jogi szakma, a biztosítási piac, sőt még a Jockey Club is az önszabályozás olyan formái mellett döntött, amelyek a saját tagjaik közötti viták eldöntésére szolgáló gépezetet is magukban foglalták.⁸²⁰ Még több

⁸¹⁵ Lásd EUGEN EHRlich, A JOG SZOCIOLÓGIÁJÁNAK ALAPELVEI 14-38.

(Walter L. Moll ford., 1936) (a jogi és nem jogi normák közötti különbségek elemzése és leírása). Lásd általában OTTO GIERKE, TÁRSADALOM ÉS JOG: THE CLASSICAL AND EARLY CHRISTIAN STAGES (George Heiman ed. & trans., Univ. of Toronto Press 1977) (n.d.) (az egyesülés mint alapvető emberi szervezőelv fogalmán alapuló jogfilozófia kifejtése); OTTO GIERKE, NATURAL LAW AND THE THEORY OF SOCIETY: 1500 TO 1800 (Ernest Barker trans., Cambridge Univ. Press 1934) (1913) (az állam és a nem állami csoportok fejlődésének elméletét mutatja be a természetjog elve alapján).

⁸¹⁶ Lásd pl. Walter Otto Weyrauch & Maureen Anne Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the "Gypsies"*, 103 YALE L.J. 323 (1993) (a romák jogrendszer és a befogadó ország normái közötti finom kölcsönhatások felvázolása).

⁸¹⁷ Lásd pl. CAROL WEISBROD, THE BOUNDARIES OF UTOPIA (1980) (az UTOPIA HATÁRÁNAK vizsgálata). négy XIX. századi amerikai vallási utópisztikus közösség - a shakerek, a Harmony Society, az Oneida és a Zoar - szerződéses alapjai.) Ahogy Marc Galanter megfigyelte, az egyház és állam területe a "locus classicus a nor- matív rendek sokféleségéről való gondolkodásnak". Galanter, *supra* 33. lábjegyzet, 28. o.; lásd még Carol Weisbrod, *Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority*, 126. FAM. L. (7411988) (az Egyesült Államok egyház-állam viszonyának pluralista szemléletű elemzése).

⁸¹⁸ Lásd pl. , LON L. FULLER, ANATOMY OF THE LAW 43-49 (1968) (a "hallgatólagos jog" leírása, amely a barátok közötti kempingezés szabályaitól a kereskedők szokásaitól mindent magában foglal).

⁸¹⁹ Lásd pl. ROBERT C. ELICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991) (a szarvasmarha-tenyésztők közötti kapcsolatok empirikus vizsgálatára támaszkodva a nem jogi normáknak mint a társadalmi ellenőrzés forrásának elméletét dolgozza ki); Stewart Macaulay, *Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment, and Spectator Sports*, 21 LAW & SOC'Y REV. 185 (1987) (a jogszerűség fogalmának a populáris kultúrában való megjelenését tárgyalja); Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963) (empirikus adatok bemutatása a nem jogi vitarendezésről a feldolgozóiparban); Stewart Macaulay, *Popular Legal Culture: An Introduction*, YALE98 L.J. (15451989) (a jogról alkotott közfelfogás forrásainak áttekintése).

⁸²⁰ Lásd F. W. Maitland, *Trust and Corporation*, in MAITLAND: SELECTED ESSAYS 189-95141, (H. D. Hazeltine et al. eds., 1936) (1905) (az ilyen intézmények tagjai közötti rend kikényszerítésének kifinomult, nem jogi eszközeinek leírása).

informálisan, a mindennapi emberi találkozások, például az idegenekkel való érintkezés a nyilvános utcán, a sorban állás, a beosztottakkal vagy felettesekkel való kommunikáció, mind-mind a Michael Reisman által "mikrojogi rendszereknek" nevezett rendszerek által szabályozottak.⁸²¹ A jog tehát nemcsak a bírák, a jogalkotók és a közigazgatás formális döntéseiben található meg, hanem

"minden olyan hely és idő, ahol és amikor egy csoport összegyűlik, hogy egy célt kövessen. A nyílt vagy rejtett szabályok, amelyek szerint kormányozzák magukat, valamint azok a módszerek és technikák, amelyekkel ezeket a szabályokat érvényre juttatják, a csoport törvénye. E tág mércével mérve a legtöbb törvényhozás túlságosan múlandó ahhoz, hogy egyáltalán észrevegyük. De amikor a csoporton belül konfliktus alakul ki, és a csoport kénytelen dönteni. az egymással ellentétes állítások között a jog nyíltan és viszonylag feltűnő módon merül fel. A kihívás döntésre kényszerít, a döntések pedig jogot alkotnak."⁸²²

Bizonyos körülmények között a hivatalos jogi szereplők nem állami szervezetekre ruházhatják a jogalkotás hatáskörét, vagy elismerhetik a nem állami normák hatékonyságát. Például a kereskedelmi perek, különösen a nemzetközi szinten, egyre gyakrabban zajlanak nem állami választottbíróóságok előtt.⁸²³ Hasonlóképpen, a nem állami szabványalkotó testületek, az Underwriters Laboratories-tól (amely elektromos és egyéb berendezéseket tesztl) a Motion Picture Association of America-n át (amely a filmek tartalmát értékeli) az Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-ig (amely az Internet domain névrendszerét kezeli), részletes, joghatással bíró normatív rendszereket alkotnak. A pénzügyi tevékenységek nagy részének szabályozása olyan magánhatóságokra marad, mint a tőzsdék vagy az olyan kereskedelmi szövetségek, mint a National Association of Securities Dealers. Egy meglehetősen hétköznapi példával élve, a sporteseményekre vonatkozó törvényhozási jogkört általában nem állami szervezetekre (például a bírókra) bízák, akiknek a döntései általában csak a sporthatóság vagy a liga által létrehozott rendszeren belül vizsgálhatók felül.⁸²⁴

⁸²¹ A társas viselkedést szabályozó verbális és nonverbális jelzésekről lásd Michael Reisman, *Lining up: The Microlegal System of Queues*, U54. CIN. L. REV. 417 (1985); Michael Reisman, *Looking, Staring and Glaring: Microlegal Systems and Public Order*, 12 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 165 (1983); Michael Reisman, *Rapping and Talking to the Boss: The Microlegal System of Two People Talking*, in CONFLICT AND INTEGRATION: COMPARATIVE LAW IN THE WORLD TODAY 61 (Inst. of Comparative Law in Japan, Chuo Univ. szerk., 1988).

⁸²² Weyrauch & Bell, *supra* note at 816, (328idézi THOMAS A. COWAN & DONALD A. STRICKLAND, THE LEGAL STRUCTURE OF A CONFINED MICROSOCIETY, at i (Univ. of Cal., Berkeley, Internal Working Paper No. 196534,)).

⁸²³ *Lásd pl.* YVES DEZALAY & BRYANT G. GARTH, DEALING IN VIRTUE: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND THE CONSTRUCTION OF A TRANSNATIONAL LEGAL ORDER 5-9 (1996) (megjegyezve a nemzetközi kereskedelmi választottbíráskodás "óriási növekedését" az elmúlt huszonöt-harminc évben).

⁸²⁴ *Lásd pl.* , Ga. High Sch. Ass'n v. Waddell, 285 S.E.2d 7, 9 (Ga. 1981) (megállapítva, hogy egy középiskolai futballmérkőzés kimenetelét befolyásoló játékvezetői döntéssel kapcsolatos vita nem volt igazolható). *Lásd azonban a* PGA Tour, Inc. kontra Martin, U532.S. (661,2001690) (amely kimondta, hogy a PGA Tour, Inc.

Jelentős, hogy mindezen nem állami szereplők joghatósága formálisan korlátozódhat a saját, behatárolt közösségekre, de az általuk megfogalmazott normák gyakran beszivárognak az állami jogintézmények döntéseibe. A nem állami jogalkotás állami jog általi elismerésének legnyilvánvalóbb példája a common law társadalmi szokások és gyakorlatok folyamatos beépítése. Amint azt a tudósok felismerték, "[a] döntéshozók folyamatos nyomás alatt dolgoznak, hogy a szokásjog szabályait beépítsék döntéseikbe".⁸²⁵ Néha ez a beépítés kifejezetten történik, például amikor egy törvényt az iparági szokásokra⁸²⁶ való hivatkozással értelmeznek (vagy akár felül is vizsgálják), vagy amikor az Egységes Kereskedelmi Törvénykönyvben olyan adásvételi jogot fogadtak el, amely megfelelt volna a kereskedői valóságnak.⁸²⁷ Azonban még akkor is, ha a nem állami normák hatását nem ismerik el, az államilag támogatott jog csak annyiban tekinthető legitimnek, amennyiben hivatalos kijelentései a "pri- vátus törvények és szokások közös értelmezését" tükrözik.⁸²⁸ Valójában a jogi fikciók kitalálása gyakran in- dikálja, hogy a hivatalos normákat úgy igazítják ki, hogy azok jobban tükrözzék a nem állami normák és gyakorlatok dik- tációit.

Ezen túlmenően a nem állami joghatósági igények néha formálisabb jogi eljárások alcáját ölthetik. Például 1933-ban, amikor Németországban bíróság elé állítottak öt kommunistát, akiket Hitler a berlini Reichstag épületének felgyújtásával vádolt, Arthur Garfield Hays - az Amerikai Polgárjogi Unió ügyvédje - segített megszervezni egy "ellenpert" Londonban.⁸²⁹ Ez a "tárgyalás" a jogi eljárás formalitásait használta fel egy "nyilvános tanácskozó dráma" bemutatására.⁸³⁰ Hays szerint az ellenper segített abban, hogy

golfszövetség megsértette a fogyatékossgal élő amerikaiakról szóló törvényt, amikor megakadályozta, hogy egy mozgáskorlátozott golfozó golfkocsival versenyezzen); Bart Aronson, *Pinstripes and Jailhouse Stripes: The Case of "Athlete's Immunity"*, FindLaw Corporate Counsel Center (2000. november 3.),
[athttp://writ.corporate.findlaw.com/aronson/20001103.html](http://writ.corporate.findlaw.com/aronson/20001103.html) (kritizálva a sportolók sportesemények során elkövetett cselekményeire vonatkozó büntetőjogi szankciók alkalmazásának általános elutasítását).

⁸²⁵ Weyrauch & Bell, *Supra* note at 816,330.

⁸²⁶ *Lásd pl.* FULLER, *Supra* note 818, 57-59. o. (azzal érvelve, hogy az értelmezés lehetővé teszi a bíróságok számára, hogy a hivatalos jogi normákat a szokásokhoz vagy a használathoz igazítsák); JAMES WILLARD HURST, *LAW AND ECONOMIC GROWTH: THE LEGAL HISTORY OF THE LUMBER INDUSTRY IN WISCONSIN 1836-1915*, 289-94. o. (1964) (leírja, hogy a wisconsini faiparban a helyi normák milyen módon játszottak jelentős szerepet a szerződési jog alkalmazásában).

⁸²⁷ *Lásd* Zipporah Batshaw Wiseman, *A látás határjai: Karl Llewellyn and the Merchant Rules*, HARV. L. REV. 465, 503-19 (1987) (Karl Llewellyn kezdeti tervezeteinek leírása arról, amiből később az Egységes Kereskedelmi Törvénykönyv 2. cikke lett).

⁸²⁸ Weyrauch & Bell, *Supra* note at 816,329.

⁸²⁹ *Lásd* Louis Anthes, *Nyilvános tanácskozó dráma: Adolph Hitler 1934-es látszatpere a "civilizáció elleni bűnökért"*, 42 AM. J. LEGAL HIST. 391, 398-99 (1998) (a per leírása).

⁸³⁰ *Id.* 393. Anthes ezt a kifejezést úgy határozza meg, mint "a jogi formások rögtönzése a vita elősegítése érdekében". *Id.*

"a "közvélemény" bevonása és egy "értékes precedens" létrehozása", amelyhez a német bíróság eljárását mérni lehetne".⁸³¹ Végül még a német bíróság is szükségét érezte, hogy cáfolja a londoni eljárás megállapításait, hogy az ellenper nemzetközi hatása ellen fellépjen.⁸³² Arthur Koestler szerint az ellenper "egyedülálló esemény volt a bűnjogi történelemben", mert a német bíróságot arra készítette, hogy "erőfeszítéseit egy harmadik, idegen fél által felhozott vádak cáfolatára összpontosítsa".⁸³³

A következő évben Hays és mások a New York-i Madison Square Gardenben tartott gyűlés keretében "A civilizáció esete Hitler ellen" címmel tárgyalást szerveztek.⁸³⁴ Húszezer ember vett részt a rendezvényen, és további ezrek hallgatták élőben a rádióban a vádiratot, közel két tucat tanú vallomását, egy korábbi New York-i fellebbviteli bírósági bíró összefoglalóját, és a bíróság ítéletét, amelyet egy helyi miniszternek kellett kihirdetnie.⁸³⁵ A másnapi újsághírek arról számoltak be, hogy Hitlert bűnösnek találták "a civilizáció elleni nagymértékű büntetésben",⁸³⁶ és hogy a per "ünnepélyes ítéletet hozott arról, hogy a náci kormány a világ előtt elítélve áll".⁸³⁷ Így a joghatóság nem-állami érvényesítése mozgósíthatja a közvéleményt az államilag szentesített normákkal szembeni ellenállásban, és egyúttal kon- textust teremthet a történelmi eseményekről szóló ellenelbeszélés elbeszéléséhez.

A "Nők Nemzetközi Háborús Bűnök Nemzetközi Törvényszéke 2000" a jogi formák újabb, bár hasonló felhasználását képviseli egy alternatív történelem megalkotására. Ez az önjelölt "népek bírósága" - amely Tokióban ülésezett 2000. december és 2000 között - bizonyítékokat hallgatott meg Japán és magas rangú katonai és politikai tisztviselőinek emberiség elleni bűncselekményekért való büntetőjogi felelősségét illetően az 1930-as és 1940-es években az ázsiai-csendes-óceáni térségben folytatott japán katonai tevékenységből eredő nemi erőszak és szexuális rabszolgaság miatt.⁸³⁸ A japán kormánytisztviselők⁸³⁹ tagadásai és az államilag szentesített bíróságok előtt folytatott perek sikertelensége miatt frusztráltan fordultak az állítólagos bűncselekmények⁸⁴⁰ túlélői a következő ügyekhez

⁸³¹ *Id.* 399.

⁸³² *Lásd id.* (megjegyezve, hogy ezzel a német bíróság nyilvánvalóan "a nemzetközi jó hírnév elvesztésének minimalizálására" törekedett).

⁸³³ ARTHUR KOESTLER, *A LÁTHATATLAN ÍRÁS: A MÁSODIK KÖTET NYÍL A KÉKBEN, ÖNÉLETRAJZ* (2001954).

⁸³⁴ *Lásd* Anthes, *Supra* note, 829,391-94. o. (a per leírása a kultúra és a politika szempontjából egyaránt).

⁸³⁵ *Id.* 391-92.

⁸³⁶ *A náciakat 20 ezren "elítélték" a világ "bűneiért" a gyűlésen*, N.Y. TIMES, március 8, 1934, a címen. l.

⁸³⁷ *Id.*

⁸³⁸ Christine M. Chinkin, *Női Nemzetközi Törvényszék a japán katonai szexuális bűncselekményekkel kapcsolatban* *Rabszolgaság*, AM95. J. INT'L L. (335,2001335).

⁸³⁹ *Lásd id.* (Japán továbbra is hivatalosan tagadja a jogi felelősséget).

⁸⁴⁰ *Lásd pl.* , *Japan Overturns Sex Slave Ruling*, BBC NEWS (2001. március 29.), at

nemzetközi nem kormányzati szervezeteknek.⁸⁴¹ A Tokióban és Szöulban tartott első konferenciák után megalakult a bíróság Nemzetközi Szervezőbizottsága.⁸⁴²

A vádiratokat tíz ország, köztük Észak- és Dél-Korea, Kína, Japán, a Fülöp-szigetek, Indonézia, Tajvan, Malajzia, Kelet-Timor és Hollandia ügyészcsoportjai terjesztették elő.⁸⁴³ Valójában "[a] japán gyarmatosítás közös tapasztalata hozta össze az észak- és dél-koreai ügyészeket egy közös vádiratban - a közös cél kifejezése, ami kormányzati szinten továbbra is elképzelhetetlen".⁸⁴⁴ Az ügyészség három napon keresztül ismertette a bizonyítékokat.⁸⁴⁵ Több mint hetvenöt túlélő volt jelen. A jelenlévők közül sokan tanúvallomást tettek, más túlélők pedig videóinterjúkat rögzítettek, illetve eskü alatt tett nyilatkozatokat írtak alá, amelyeket az ügyészség bizonyítékként csatolt.⁸⁴⁶ A bírói testület "széles földrajzi eloszlást, a hazai és nemzetközi jog különböző és releváns területein való szakértelmet, a gyakorlati, igazságügyi és tudományos szakértelem keveredését, valamint ... a nemek közötti egyensúlyt" képviselte.⁸⁴⁷

A bizonyítékok és érvelések lezárása után a bírák tanácskozásba kezdtek, amelyet jogi tanácsadók csoportja segített.⁸⁴⁸ Elkészítették az előzetes ítéletet, amelyet több mint ezer fős közönség előtt mutattak be.⁸⁴⁹ Az ítélet Hirohito császárt "parancsnoki felelőssége alapján bűnösnek találta a vádakban".⁸⁵⁰ Ezen túlmenően a testület kimondta, hogy Japán "az események idején alkalmazandó nemzetközi jog szerint felelős a szerződéses kötelezettségeinek és a nemzetközi szokásjog rabszolgasággal, emberkereskedelemmel, kényszermunkával és nemi erőszakkal kapcsolatos elveinek megsértéséért, ami emberiség elleni bűncselekménynek minősül".⁸⁵¹ A bírák ezt követően pro-

<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/asia-pacific/1249236.stm> (a hi-roshimai legfelsőbb bíróság döntését tárgyalva, amely elutasította az egyetlen sikeres kártérítési keresetet a japán bíróságokon).

⁸⁴¹ Lásd Chinkin, *Supra* note 838, 336. o. (megjegyezve, hogy az elsődleges nem kormányzati szervezet a Violence Against Women in War Network, Japan nevű csoport volt, "amelyet 1998-ban alapítottak, miután 1997-ben Tokióban megrendezték a nők elleni erőszakra a háborúban és fegyveres konfliktushelyzetekben szóló nemzetközi konferenciát").

⁸⁴² *Id.*

⁸⁴³ *Id.*

⁸⁴⁴ *Id.*

⁸⁴⁵ *Id.* 337.

⁸⁴⁶ *Id.*

⁸⁴⁷ *Id.* 338.

⁸⁴⁸ *Id.*

⁸⁴⁹ *Id.*

⁸⁵⁰ *Id.*

⁸⁵¹ *Id.*

számos jóvátételt javasolt, és egyéb ajánlásokat tett.⁸⁵²

Más nem állami bíróságok is hasonlóképpen igyekeztek meghonosítani a nemzetközi vagy nemzetközi emberi jogi jogban foglalt normákat. Például a Bertrand Russell és Jean-Paul Sartre által 1967-ben összehívott "Nemzetközi Háborús Bűnök Törvényszék" azt hivatott elbírálni, hogy az Egyesült Államok megsértette-e a nemzetközi jogot a vietnami háború üldözése során.⁸⁵³ Hasonlóképpen, több ország "magas erkölcsi tekintélyű magánemberei" az 1970-es években Olaszországban létrehozta egy "Állandó Népi Törvényszéket".⁸⁵⁴ Ez a bíróság több éven át működött, és a nemzetközi jog egy sor olyan állítólagos megsértését vizsgálta, amelyekre nem volt megfelelő hivatalos válasz, beleértve a szovjet katonai beavatkozást Afganisztánban, Indonézia beavatkozását Kelet-Timorban, és az örmények állítólagos népirtását a törökök által az 1915 és 1919 közötti időszakban.⁸⁵⁵ 1984-ben újabb népbíróságot hívtak össze, hogy bizonyítékokat gyűjtsön az örmény népirtással kapcsolatban.⁸⁵⁶ A *Henry Kissinger pere* című film (amely Christopher Hitchens azonos című könyve 2001 alapján készült) történéseket, politikusokat és másokat hív össze, hogy felmérjék a volt amerikai külügyminiszter büntetőjogi felelősségét a következő ügyekben: Amerikai katonai tevékenységek Vietnámban és Kambodzsában.⁸⁵⁷

Bizonyos értelemben természetesen a joghatóság ilyen kijelentései pusztán ~~szimbolikus~~ aktusok. Mégis, azzal, hogy ezek a bíróságok a normák artikulálására való felhatalmazást követeltek, ragaszkodtak ahhoz, hogy "a jog a civil társadalom eszköze", amely nem a kormányké, akár egyedül, akár intézményes arénákban járnak el".⁸⁵⁸ Ráadásul az ilyen törvényszékek által kiadott jelentések értékes alternatív forrását jelentik a ~~nemzetközi~~ jog vitatott alkalmazásaira vonatkozó bizonyítékoknak és joggyakorlatnak. És még ezek a "kvázi jogi" fórumok is egyfajta nyilvános elismerést jelenthetnek a túlélők számára, hogy súlyos bűncselekményeket követtek el ellenük.⁸⁵⁹

⁸⁵² *Id.*

⁸⁵³ *Lásd Cover, supra note, 2,198-201. o.* (a nem állami bíróságot úgy írja le, mint amely a háborúval szembeni állami ellenállás hiányából fakadt). A bíróság jelentéséről lásd: *AGAINST THE CRIME OF SILENCE: A RUSSELL NEMZETKÖZI HADI BÜNTISZTELETI TRIBUNÁLY ELJÁRÁSAI* (John Duffett szerk., 1968).

⁸⁵⁴ Richard Falk, *The Rights of Peoples (in Particular Indigenous Peoples), in THE RIGHTS OF PEOPLES* (17, James 28 Crawford szerk., 1988).

⁸⁵⁵ *Id.* 28-29. o.

⁸⁵⁶ *Lásd általánosságban: A PERMÁNT PÉLDÁK TRIBUNÁLJA, A CSENDES BŰNÖS: AZ ÖRMÉNY NÉPIRTÁS* (1985).

⁸⁵⁷ *Lásd Ronnie Scheib, Filmkritika: The Trials of Henry Kissinger, VARIETY, 2002. július 15-21., 27. o.* ("Henry Kissinger, Amerika tisztelt idős államférfia és Nobel-békedíjasa háborús bűnös? Ezt a kérdést teszi fel ez a megdöbbentő BBC-dokumentumfilm, amely a Christopher Hitchens által nemrég megjelent könyvében megfogalmazott vádakkal kezdődik.")

⁸⁵⁸ Chinkin, *Supra note at* (838,339idézi Falk, *Supra note at* 854,29).

⁸⁵⁹ Természetesen az ilyen bíróságok hatása kétségtelenül részben attól függ, hogy milyen hatalommal rendelkeznek, és milyen mértékben tudnak az ilyen bíróságok

Így a törvényszékek "törvényen kívüli" vagy "szimbolikus" megnevezése nem csökkenti a normák létrehozására vagy az emberek befolyásolására vonatkozó igényüket. Végére is, még az állami szervek is folytatnak olyan pereket, amelyek nagyrészt szimbolikusak, mint például a Klaus Barbie⁸⁶⁰ elleni francia per és a Pinochet ellen tervezett spanyol per. Az elmúlt három évtizedben az igazságügyi bizottságok felemelkedésének is tanúi lehettünk, amelyek elsődleges célja a történetmesélés, hogy a múltbeli visszaélésekről nyilvántartást készítsenek.⁸⁶¹ Az Egyesült Államokban a rabszolgaság⁸⁶² miatti jóvátételre irányuló perek egy másik példája annak, hogy a jogi mechanizmusok hogyan használhatók fel a kollektív emlékezet befolyásolására. Végül, a Nemzetközi Büntetőbíróság létrehozását⁸⁶³ (a nemzetközi joghatóság új formája - a jogérvényesítés) annak bizonyítékaként tekinthetjük, hogy azok a normák, amelyeket ezek a nem állami bíróságok igyekeztek meghonosítani, megragadtak.

Természetesen egyes közösségek olyan normákat is elfogadhatnak, amelyeket sokan nem tartanának kívánatosnak. Például a fehér felsőbbrendűséget hirdető milíciacsoportok megkísérelhetik, hogy joghatóságot szerezzenek a vélt ellenségeik felett. Más közösségek olyan normák bevezetésére törekedhetnek, amelyek ellentétesek a fejlődő nemzetközi emberi jogi normákkal. A hierarchia és az elnyomás sok közösségben bővelkedik, és pusztán a "közösség" talizmánszerű szó kimondása nem változtatja az emberi viselkedést édessé és könnyűvé. Így a joghatóság bármely olyan elmélete, amely megköveteli az ilyen alternatív normatív elképzelések iránti tiszteletet, valószínűleg elfogadhatatlannak bizonyulna.

Ugyanakkor fontos felismerni, hogy annak érdekében, hogy a jogi normák egy adott ország

az azokat szponzoráló és közzétevő szervezetek vagy magánszemélyek forrásai.

⁸⁶⁰ Guyora Binder azt állította, hogy a perben leginkább érdekelték közül sokan pedagógiai vagy szimbolikus szerepet tulajdonítottak neki. *Lásd* Binder, *Supra* 505. lábjegyzet, 1322. o. (megjegyezve, hogy a tárgyalást egyesek "az önfejlesztés alkalmaként" tekintették). Binder idézi francia kormánytisztviselőket, akik "pedagógiai tárgyalásként" emlegetik az eljárást, izraeli kormánytisztviselőket, akik a tárgyalást "oktatási jelentőségű igazságszolgáltatásként" jellemzik, a *New York Times* vezércikkét, amely kifejezi reményét, hogy a per "egy új nemzedéket fog nevelni", a francia ellenállás veteránjainak egyik képviselőjének nyilatkozatát, miszerint reméli, hogy a per "elmélyíti a megértésünket", valamint Simon Wiesenthal náciavadász megjegyzését, miszerint "a per "megfelelő történelemlecke" lesz, és hogy valódi jelentősége "szimbolikus"". *Id.*

⁸⁶¹ *Lásd pl.* HAYNER, *Supra* 509. lábjegyzet, 32. o. (felsorolva az 1974 és 2001 között létrehozott huszonegy igazságügyi bizottságot); MINOW, *Supra* 509. lábjegyzet, 52-54. o. (beszámolva több igazságügyi bizottság felállításáról a dél-afrikai bizottság 1995-ös létrehozásával egy időben).

⁸⁶² *Lásd pl.* Joe R. Feagin & Eileen O'Brien, *The Growing Movement for Reparations, in* WHEN SORRY ISN'T ENOUGH: THE CONTROVERSY OVER APOLOGIES AND REPARATIONS (Amikor a bocsánatkérés nem elég: a bocsánatkérés és a jóvátétel vitája). FOR HUMAN INJUSTICE 341 (Roy L. Brooks szerk., 1999) (az Egyesült Államokban egyre növekvő jóvátételi mozgalom leírása).

⁸⁶³ A Nemzetközi Büntetőbírósággal szembeni amerikai ellenállás ellenére, *lásd a* 209. lábjegyzetet (a Bush-adminisztrációnak a Nemzetközi Büntetőbírósággal szembeni ellenvetései), a világ országainak túlnyomó része aláírta a Nemzetközi Büntetőbíróság szerződését, és a bíróság 2002 szeptemberében tartotta első közgyűlését, Elizabeth Becker, *U.S. Presses for Total Exemption from War Crimes Court*, N.Y. TIMES, Oct. at9,2002, A6.

a nem állami közösségeknek érvényt kell szerezniük, az ilyen normákat a kényszerítő hatalommal rendelkezőknek kell elfogadniuk, és a közösség uralmának visszataszító állításai valószínűleg nem fognak széles körű elfogadást nyerni. Így a végrehajtási szintér erőteljes ösztönzést jelentene a közösségek számára, hogy ne távolodjanak el túlságosan a kialakuló nemzetközi konszenzustól. Bizonyos értelemben még az államilag szentesített bíróságok is így működnek, mivel nincs saját végrehajtási hatalmuk. A bíróságok mindig az "uralkodójuk" engedelmével hoznak döntéseket, és ha úgy döntenek, hogy szembeszállnak az ítéleteiket végrehajtó szervezettel, akkor a nép széles körű támogatására kell apellálniuk, különben azt kockáztatják, hogy politikailag irrelevánsnak tekintik őket. Hasonlóképpen, egy nem állami joghatósági érvényesítésnek, mint például a kereskedők normáinak vagy az állandó népbíróságok kijelentéseinek alkalmazása, erős érveket kell felhoznia a világ kormányai és más politikai szereplők számára, hogy a közösségi jogérvényesítés megfelelő, és hogy a kinyilvánított érdemi normákat érdemes elfogadni. A joghatóság kozmopolita pluralista koncepciója nem jelenti azt, hogy a joghatóság minden érvényesítése (még kevésbé minden normatív szabály imposed) indokolt; csak amellet érvel, hogy a joghatóság fogalmát kiterjesszük ezekre a nem állami normateremtő aktusokra. Ily módon több közösség is megkísérelheti a jog köpenyének igénybevételét, ami valószínűbbé teszi, hogy legalább észre vesszük ezeket az alternatív elképzeléseket, függetlenül attól, hogy ezeket az elképzeléseket végül széles körben elfogadják-e vagy határozottan elutasítják.⁸⁶⁴

B. A keretrendszer alkalmazása

Egy másik napra hagyom azt a feladatot, hogy a joghatóság kozmopolita pluralista felfogását mind a tíz korábban azonosított problémára alkalmazzuk. Tekintettel arra, hogy a fent leírt keretrendszer kifejezetten a joghatósági normák common law-i fejlődésére támaszkodik, a keretrendszer körvonalainak programszerű feltérképezése nem helyénvaló. Mindazonáltal néhány különösen gazdag példára összpontosítva némi érzéket nyerhetünk az e keret által megnyitott fogalmi térről és az ebből fakadó hasznos felismerésekről. Ezért három helyszínre térek vissza: a kibertérben érvényesülő minimumszabályok amerikai joggyakorlatára; a Yahoo! elleni francia büntetőeljárásra; valamint a joghatóság kérdésére a nemzetközi emberi jogi szabályozásban, különös tekintettel Augusto Pinochet spanyolországi büntetőeljárására és a közösségi tagságra az Al-Kaida támogatásával vádolt személyek őrizetbe vétele és büntetőeljárás alá vonása során. Azért választottam ezeket, mert olyan doktrinális területekről származnak (kibertérjog, polgári eljárásjog/jogösszeütközés, nemzetközi jog), amelyeket általában eléggé elkülönülten kezelnek. Valójában úgy vélem, hogy sokat veszítünk, mert

⁸⁶⁴ *Vö. Cover, Supra* note 2, 176. o. (a jogra úgy hivatkozik, mint a normatív térben a valóságot az "alternativitással" összekötő hídra).

hajlamosak ezeket a kérdéseket a jog különböző területeire szétválasztani, ahelyett, hogy a joghatóság problémáját egészében vizsgálnák. E ~~párk~~ feltárással elkezdhetjük értékelni, hogy a nemzetközi jog és a kibertéri jog milyen fontos módon közeledik egymáshoz a joghatóság társadalmi jelentésére vonatkozó közös kérdések körül.

1. A minimális kapcsolatok lekérdezése

Amint azt már korábban tárgyaltuk, az amerikai bíróságok az elmúlt években nehezen tudták alkalmazni az *International Shoe* minimális érintkezési tesztjét a kibertérben.⁸⁶⁵ Ez a küzdelem egy sor gyorsan alkalmazott és ugyanilyen gyorsan elvetett elemzési keretet eredményezett. A dok- trináció instabilitása azt jelzi, hogy a bíróságok azért feszülnek a meglévő joghatósági tesztek ellen, mert ezek a tesztek feszültségben állnak egy olyan érzett imperatívusszal, amely arra vonatkozik, hogy mikor tűnik megfelelőnek a joghatóság érvényesítése.

Az amerikai joghatósági joggyakorlat fejlődését áttekintve hasonló instabilitást láthatunk a *Pennoyer* és az ⁸⁶⁶*International Shoe* közötti évtizedekben.⁸⁶⁷ Ebben az átmeneti időszakban a bíróságok a *Pennoyer*-féle területi keretet használták, de ismételten jogi fikciókat véstek ki, hogy reagáljanak a társadalmi változásokra.⁸⁶⁸ Végül az *International Shoe* felismerte a fikciókat, és kodifikált egy új keretet, amely nem a tiszta területi hatalmon, hanem a kon- takciókon alapul.⁸⁶⁹ Az *International Shoe* óta a bíróságok a mini- mum kontaktusok nyelvét használják, de valójában az *International Shoe* tesztet használják a joghatóság érvényesítésének "méltányosságát" elemző helyettesítő eszközként.⁸⁷⁰ Most, tekintettel a

⁸⁶⁵ Lásd fentebb a II.J.1. részt (a kibertérbeli ügyekben a személyes joghatóság működőképes tesztjének megállapítására tett különböző bírósági kísérletek áttekintése, és arra a következtetésre jutott, hogy eddig egyetlen megközelítés sem bizonyult sikeresnek).

⁸⁶⁶ *Pennoyer* kontra *Neff*, Egyesült Államok (7141877).

⁸⁶⁷ *International Shoe Co. kontra Washington, USA* (3263101945).

⁸⁶⁸ Lásd Philip B. Kurland, *The Supreme Court, the Due Process Clause and the In Personam Jurisdiction of State Courts, From Pennoyer to Denckla: A Review*, 25 U. CHI. L. REV. 569, 585-86 (1958) (a *Pennoyer*-elvek *Pennoyer* elvének a gazdasági tevékenység, a közlekedési eszközök és a kommunikáció terén bekövetkezett változásokkal szembenező világra való alkalmazásának nehézségeit írja le).

⁸⁶⁹ Az *International Shoe* ügyben a Bíróság elismerte, hogy a társaságot perelhetőnek tartó határozatok némelyikét azzal a jogi fikcióval támasztották alá, hogy a társaság beleegyezését adta a kézbesítéshez és a perhez, a beleegyezést az államban való jelenlétéből, meghatalmazottjainak cselekményei révén hallgatólagosan adva. Valójában azonban azt lehet mondani, hogy ezek a felhatalmazott cselekmények olyan jellegűek voltak, amelyek igazolták a fikciót. 326 U.S. at (318idézetek kihagyva).

⁸⁷⁰ Lásd *pl. Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102, 113 (1987) (társasági vélemény) (az *International Shoe* "a fair play és a lényeges jogérvényesülés hagyományos fogalmait" használva alátámasztja, hogy (a minimális érintkezés mellett) külön vizsgálatra van szükség, amely "az alperes terheire, a bírósági állam érdekeire, ... a felperesnek a jogorvoslat megszerzéséhez fűződő érdekére[,] ... az államközi igazságszolgáltatási rendszernek a jogorvoslat megszerzéséhez fűződő érdekére[,] ... a bírósági eljáráshoz fűződő érdekére" összpontosít).

A kibertérbeli kapcsolattartással kapcsolatos ügyekben a bíróságok továbbra is az *International Shoe* tesztet alkalmazzák, és a méltányosság nyelvét használják, de egyre inkább úgy tűnik, hogy egy némileg eltérő aggodalomra reagálnak: vajon ez a távoli weboldal üzemeltetője megfelelően az én közösségem tagjának tekinthető-e?

Az elmúlt néhány év kiber- joghatósági esetjogának áttekintése azt mutatja, hogy a bíróságok az eseteket a ~~köze~~ meghatározásának és a joghatóság társadalmi jelentésének lencséjén keresztül elemzik, még akkor is, ha továbbra is a méltányosság és a minimális érintkezés nyelvét használják. Például a *Bensusan Restaurant Corp. kontra King ügyben*⁸⁷¹ a második bíróság New York hosszú távú joghatósági törvényét alkalmazta a külföldi lakóhellyel rendelkező személy joghatóságának megállapítására. A bíróság arra a következtetésre jutott, hogy egy Missouri állambeli "The Blue Note" nevű kabaré tulajdonosa nem perelhető New Yorkban védjegybitorlásért, annak ellenére, hogy a kabaré honlapja egy szintén "The Blue Note" nevű híres New York-i jazzklub honlapjára mutató ~~javuln~~ linket tartalmazott.⁸⁷² A bíróság elutasította a felperes azon törekvését, hogy számos kapcsolatot mutasson ki New York és a Missouri Blue Note között (beleértve magát a honlapot is), ehelyett arra a következtetésre⁸⁷³ jutott, hogy a Missouri klub "helyi jellegű", és ezért nem tartozik a New York-i joghatóság alá.⁸⁷⁴ A missouri vállalkozás "jellegére" való hivatkozással a bíróság, úgy tűnik, implicite arra a következtetésre jutott, hogy a missouri klubot a New Yorkkal való kapcsolattartás ellenére helyesen tekintik Missouri közösségi tagjának.

Hasonlóképpen, a *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc. ügyben*, amely⁸⁷⁵ egy floridai és arizonai székhelyű vállalatok közötti internetes domain név vita tárgyát képezte, a Kilencedik Kerületi Bíróság elvetette a minimális kapcsolattartásra való szigorú támaszkodást. Ehelyett a bíróság úgy ítélte meg, hogy a fórum államával való fizikai érintkezés szükségtelen, ha az alperes "folyamatos kötelezettségeket teremtett a fórum lakosai számára".⁸⁷⁶ Bár a bíróság végül elutasította a joghatóság gyakorlását, elemzése inkább arra összpontosított, hogy a floridai vállalat a weboldalán keresztül teremtett-e érdemi kapcsolatokat Arizonával, mint a kapcsolatok számára.

a viták leghatékonyabb megoldása és a több állam közös érdeke az alapvető lényegi szociálpolitikák előmozdításában" (belső idézőjelek és idézet kihagyva)).

⁸⁷¹ 126 F.3d (252d Cir. 1997).

⁸⁷² *Id.* 27.

⁸⁷³ A felperes azzal próbálta megalapozni New York joghatóságát a Missouri weboldallal kapcsolatban, hogy a Missouri klubban országos híru előadókat foglaltak le, és olyan ügyfelektől származó bevételekre összpontosított, akik bár a Missouri Egyetem hallgatói voltak, más államok lakosai. *Id.* 29.

⁸⁷⁴ *Id.*

⁸⁷⁵ 130 F.3d (4149th Cir. 1997).

⁸⁷⁶ *Id.* 417.

Végül, bár sok bíróság hivatalosan elfogadta a Zippo-tesztet⁸⁷⁷, amely a weboldal interaktivitásának mértékét vizsgálja, a ⁸⁷⁸bíróságok gyakran megtagadták a joghatóság érvényesítését a kérdéses weboldal vitathatatlanul interaktív jellege ellenére, ha nem volt elegendő közösségi kapcsolat a fo- rummal.⁸⁷⁹ Ugyanígy, a "hatások" tesztje, amely a joghatóságot mindenhol megállapítja, ahol a weboldal hatása érezhető, úgy tűnik, hogy a bírakat elbizonytalanítja, talán azért, mert a teszt elvállik a közösségi kötődés elemzésétől. Így egyes esetekben a weboldal távoli helyen történő megtekintésén alapuló joghatóság gondolata enyhének tűnik, annak ellenére, hogy a weboldal és a nézője között "kapcsolat" áll fenn.⁸⁸⁰ Más esetekben azonban a bíróságok tisztában vannak azzal, hogy egy távoli weboldal potenciálisan káros hatással lehet egy közösségre, és ezért kénytelenek joghatóságot érvényesíteni.⁸⁸¹ Úgy tűnik, hogy a kapcsolattartáson alapuló keretrendszer egyik esetben sem képes megragadni a valódi analitikus kötélhúzást, amely itt zajlik.

A közösségi hovatartozásra összpontosító joghatósági elemzésnek azonban megvan az az előnye, hogy a joghatóság alapvető kérdéseit helyezi a középpontba. A bíróságok képesek lennének megfogalmazni a túlságosan széles és túlságosan szűk joghatósági igényekkel kapcsolatos érdemi aggályokat, és ezáltal elkezdenék a közösségi hovatartozás társadalmi jelentésére reagáló joghatósági normák meghatározását. Így a *Bensusan-ügyben* a bíróság tovább vizsgálhatta volna a missouri éjszakai klub New Yorkhoz való közösségi kötődésének kérdését. Például, a zenészek és a közönség tagjainak közössége eléggé összefügg-e ahhoz, hogy értelmes lenne azt mondani, hogy a New York-i és a Missouri állambeli The Blue Note között kom- mon közösségi kapcsolat áll fenn? Az a tény, hogy a missouri klub elnevezte magát The Blue Note-nak (valószínűleg a New York-i klub előtt tisztelegve), és a New York-i klubra mutató linket tett fel a weboldalára, a két fél között a közös zenei örökség miatt érezhető kapcsolatot jelzi. Másrészt a további vizsgálat azt mutathatja, hogy nincs valódi átfedés az au- diens tagok közösségében (akik feltehetően az ügyben érintett weboldal fogyasztói) és a Missouri államban lévő, túlnyomórészt helyi kötődések között. Ezen túlmenően a bíróság feltehetné a kérdést, hogy a New

⁸⁷⁷ Zippo Mfg. Co. kontra Zippo Dot Com, Inc., F952. Supp. (1119W.D. Pa. 1997).

⁸⁷⁸ Lásd a 427. lábjegyzetet (a Zippo-tesztet alkalmazó esetek felsorolása).

⁸⁷⁹ Lásd a 432-43. és a kísérő szövegeket (lásd a 432-43. és a kísérő szövegeket (amelyekben olyan eseteket tárgyalnak, amelyekben a bíróságok eltértek a Zippo-tesztől, és ehelyett a Su- preme Court *Calder v. Jones*, U465.S. (703,1984751) ügyben alkotott véleményén alapuló "hatásvizsgálatot" alkalmaztak).

⁸⁸⁰ Lásd pl. *Winfield Collection, Ltd. kontra McCauley*, 105 F. Supp. 2d 746, 751 (E.D. Mich. 2000) (elutasítva a joghatóság érvényesítését egy államon kívüli alperessel szemben, annak ellenére, hogy a bírósági államban internetes értékesítés történt).

⁸⁸¹ Lásd pl. a 416-19. és kísérő szöveges megjegyzések (egyes bíróságok hajlandóságát az internetes kapcsolatokon alapuló joghatóság kiterjesztésére).

York-i klub a közösség alapvető fogalmait érinti, és ezért szükséges New York közösségi dominanciáját érvényesíteni a Missouri-i klub felett.

Hasonlóképpen, a *Cybersell* esetében a közösségi alapú megközelítés túlmutatna a webes "látogatások" mechanikus számlálásán egy floridai székhelyű weboldalon Arizonában.⁸⁸² Ehelyett a vizsgálat arra összpontosítana, hogy a floridai weboldal kapcsolatot teremtett-e az arizonai közösséggel, és hogy Arizona milyen mértékben volt szükséges ahhoz, hogy egy káros (bár területileg távoli) szereplővel szemben uralmat gyakoroljon.

2. A Yahoo! ügy

A Yahoo! ügy jól⁸⁸³ példázza, hogy a közösségi alapú elemzés hogyan változtatja meg a joghatósági vita szerkezetét. A francia bíróság ~~an~~ döntése, hogy a Yahoo.com-mal szemben joghatóságot érvényesített a nem franciaországi szerverein található anyagok miatt, riadalmat keltett, mivel az ítélet felvetette annak a veszélyét, hogy a ~~weboldalt~~ bárhol perelhetők, ahol a honlapjukat elérik.⁸⁸⁴ Elméletileg ez egyfajta egyetemes joghatósághoz vezethet, mivel a weboldalak rendszeresen elérhetők az egész világon, ami potenciálisan lehetővé teszi szinte bármely kormányzati szerv számára, hogy joghatóságot érvényesítsen. A korábban tárgyaltak szerint pedig a földrajzi szűrők hatástalanok⁸⁸⁵ és túlzottan megterhelőek lehetnek, miközben jelentősen csökkentik az online kommunikáció értékét.⁸⁸⁶

Három fő alternatív elméleti megközelítést láttunk az ilyen joghatósági problémára adott válaszként. Először is, a Johnson és Post megközelítés tagadná a területi alapú kormányok, például Franciaország szuverén hatáskörét a Yahoo! szabályozására.⁸⁸⁷ Másodsor, a Lessig-féle megközelítés olyan kölcsönös kormányzati megállapodásokat keresne, amelyekben a különböző országok megállapodnak abban, hogy az online tranzakciók tekintetében ellenőrzik egymás normáit.⁸⁸⁸ Harmadsor, a Goldsmith-féle megközelítés azt feltételezná, hogy a francia ítélet nem-

⁸⁸² Lásd a 875-76. lábjegyzethez tartozó szöveget (a *Cybersell*ről szólva).

⁸⁸³ A francia bíróságnak a Yahoo! elleni jogsértés megszüntetéséről szóló határozatát lásd *fentebb* az I.D. részben.

⁸⁸⁴ Lásd a 95. lábjegyzetet és a kísérő szöveget (a francia bíróság határozatának extraterritoriális hatását tárgyalva).

⁸⁸⁵ Lásd a 273. lábjegyzetet kísérő *fenti* szöveget (megjegyezve, hogy a francia internetfelhasználóknak csak mintegy hetven százalékát lehetett szűrni).

⁸⁸⁶ Lásd a *fenti* 293-95. és kísérőszövegeket (a földrajzi elhelyezkedésnek a weboldalakhoz való hozzáférés engedélyezésének alapjául való felhasználásának nehézségeit); lásd még a 313-19. megjegyzéseket kísérő *fenti* szöveget (feltételezve, hogy a szűrők csökkenthetik a kibertérbeli kommunikáció bizonyos előnyeit a tartalom földrajzi alapon történő zónázásával).

⁸⁸⁷ Lásd *fentebb* a II.A. részt (a Johnson és Post által az interneten keresztül történő decentralizált döntéshozatal mellett felhozott érveket tárgyalva).

⁸⁸⁸ Lásd *fentebb* a II.D. részt (Lessig megközelítésének vizsgálata a kibertér szabályozásához a kölcsönös végrehajtás révén).

az Egyesült Államokban (vagy máshol) végrehajtható, így a francia ítélet ereje a végzés Franciaországon belüli végrehajthatóságától függ.⁸⁸⁹

Annak elemzése során, hogy a joghatóság kozmopolita pluralista felfogása mennyiben különbözik e három megközelítés mindegyikétől, lényeges még egyszer hangsúlyozni, hogy a joghatóság kérdésének két különböző összetevője van: először is, a joghatóság érvényesítése egy közösség által; és másodszor, más közösségek hajlandósága arra, hogy elismerjék és végrehajtsák az eredeti joghatósági érvényesítésből eredő ítéletet. Természetesen ez a két kérdés gyakran átfedésben van egymással. Például, ha a második közösség úgy dönt, hogy a joghatóság kezdeti érvényesítése érvénytelen volt, akkor nem ~~széles~~ végrehajtja végre a meghozott ítéletet. Mindazonáltal a joghatóság kozmopolita felfogása szempontjából a különbségtétel döntő jelentőségű, mivel a joghatóság érvényesítése nemcsak a kényszerítő hatalom érvényesítésére irányuló erőfeszítést jelenti, hanem magát a képességet is, hogy a közösség uralmát érvényesítsük, normákat fogalmazzunk meg, és ezáltal vitát generáljunk. Ez a joghatósági kijelentés tehát önmagában is fontos szimbolikus vagy retorikai értékkel bírhat, még akkor is, ha a meghozott ítélet kezdetben nem győz meg más közösségeket a megfogalmazott normák érvényesítésére. A kozmopolita pluralista felfogás szerint a joghatóság érvényesítése mindenekelőtt egy olyan mechanizmus, amely teret nyit a közösségi hovatarozásról és az érdemi normákról folytatott vitának. Az ilyen normák, még ha rövid távon nem is képesek másokat meggyőzni, idővel nyomot hagyhatnak maguk után, és végül szélesebb körben elfogadhatóvá válhatnak. Ezzel szemben, ha a joghatóságot egyáltalán nem érvényesítik, a bíróságok nem jutnak el az "érdemi kérdésekhez", és nem artikulálódnak érdemi normák.

Ennek megfelelően egy kozmopolita pluralista megközelítés komolyan venné a Johnson és Post által a francia joghatósági igény legitimitásával szemben megfogalmazott kihívást. Ahelyett azonban, hogy egyszerűen megtagadná a területi alapú szuverenitások joghatóság gyakorlásának lehetőségét, megkövetelné a francia bíróságtól, hogy kifejtse, miért kezeli a Yahoo.com-ot a francia közösség tagjaként. Egy ilyen megközelítés lehetővé tenné számunkra, hogy lássuk, hogy a francia joghatóság érvényesítése ebben az ügyben nem a területi joghatóság teljesen önkényes gyakorlása volt, ahogyan azt gyakran ábrázolják. A Yahoo! sokkal inkább egy ~~külföldi~~ multinacionális szereplő, amelynek üzleti terve a világháló felhasználóinak elérésére irányul,⁸⁹⁰ marketingstratégiája a "globális jelenlétét" hirdeti, és amely a "globális lábnyomát" hirdeti.⁸⁹¹

⁸⁸⁹ Lásd fentebb a II.I. részt (Goldsmith álláspontjának ismertetése, miszerint a kibertér szabályozása nem jelent új koncepcionális kihívást).

⁸⁹⁰ Lásd Yahoo! Inc., 1999. évi éves jelentés, 10-K formanyomtatvány (benyújtott a SEC 2000. március 30-án) [a továbbiakban: Yahoo! éves 1999jelentés] (" A Yahoo! Inc.egy globális internetes kommunikációs és kommunikációs szolgáltató, amely a világ minden tájáról elérhető. a kereskedelmi, kereskedelmi és médiavállalat, amely átfogó, márkás szolgáltatási hálózatot kínál havonta több mint egymillió120 felhasználóinak világszerte")

és egy francia leányvállalat, amelyben hetven százalékos tulajdonrészrel rendelkezik.⁸⁹² Valójában a Yahoo! jelentős ellenőrzést gyakorolt a leányvállalat felett, diktálta a francia honlap egyes linkjeit és tartalmát, és megkövetelte a leányvállalattól, hogy az Egyesült Államokban található honlapjára mutató linkeket tartson fenn.⁸⁹³ Ezenfelül a Yahoo! rendszeresen profilozta a francia felhasználókat, hogy francia nyelvű hirdetésekkel célozza meg őket.⁸⁹⁴ Ezek a tények indokoltá tehetik a franciaországi joghatóság érvényesítését.

Feltételezve, hogy a francia joghatóság érvényesítése jogszerű, a Lessig- és a Goldsmith-megközelítés arra vonatkozik, hogy az ilyen ítéletnek Franciaországon kívül milyen mértékben kell végrehajthatónak lennie. Lessig megközelítése szerint az Egyesült Államok kormánya hozzájárul a francia ítélet végrehajtásához, amennyiben Franciaország beleegyezik, hogy a francia weboldalakat az Egyesült Államok kormánya által kifogásolhatónak ítélt tartalmak tekintetében ellenőrzi. Amint azonban korábban tárgyaltuk, egy ilyen megállapodás valószínűtlennek tűnik, különösen egy olyan ügyben, mint a *Yahoo!*, amely az amerikai alkotmány első kiegészítésének alapvető értékeit érinti.⁸⁹⁵ Valójában a francia ítélet amerikai kormányzati végrehajtása egy külön, az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos pert indíthatna.⁸⁹⁶ Goldsmith azonban túl messzire megy a másik irányba, feltételezve, hogy ha a francia bíróság nem tudja az ítéletet a Yahoo! franciaországi vagyona ellen fellépve teljesíteni, akkor nem lesz lehetőség további lépésekre. Ilyen állításával Goldsmith a nemzetállami szuverenitások szigorúan formális világát feltételezi, amelyben az egyik országban hozott ítéletet máshol szükségszerűen nem ismerik el.

Ezzel szemben a kozmopolita pluralista felfogás elismeri, hogy az egyik ország bírósága által megfogalmazott normákat egy másik országban is elismerhetik és elfogadhatják, a joghatósági jogalkalmazás logikájától és a normák erejétől függően.⁸⁹⁷ Ugyanakkor azonban egy kom- mipolitikai koncepció szerint a kom-

<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1011006/0000912057-00-014598-d1.html>.

⁸⁹¹ *Lásd:* Press Release, Yahoo! Inc., Yahoo! Reports Fourth Quarter, Year End 2000 Financial Results (2001. január 10.), <http://docs.yahoo.com/docs/pr/4q00pr.html> (amely szerint a Yahoo! "továbbra is elkötelezett globális jelenlétének kiszélesítése és világszintű vezető pozíciójának fenntartása mellett").

⁸⁹² Yahoo! 1999-es éves jelentés, *fenti* megjegyzés 890.

⁸⁹³ *Lásd* Yahoo! France licen szerződés, art. 3 (1996. november 1.), *in* Yahoo! Inc., 1997 Annual Report Form 10-K (benyújtott a SEC-hez 1997. március 30-án) (a Yahoo! Inc. és a Yahoo! France közötti licen szerződés feltételei), <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1011006/0000912057-97-011353.txt>.

⁸⁹⁴ *Lásd* T.G.I. Paris, május <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/22,tgiparis200005222000.htm> (a Yahoo! profilalkotási és célzott francia felhasználókra irányuló gyakorlatának leírása).

⁸⁹⁵ *Lásd fentebb* a II.D. részt (elismerve, hogy a francia végzés amerikai végrehajtása az első módosítással kapcsolatos kérdéseket vet fel).

⁸⁹⁶ *Lásd azonban a fenti* megjegyzést (amely 305 megkérdőjelezi, hogy egy külföldi ítélet pusztán végrehajtása elegendő-e ahhoz, hogy az amerikai alkotmányjog szerint állami intézkedésnek minősüljön).

⁸⁹⁷ A végrehajtó bíróság azt is mérlegelheti, hogy az eljáró bíróság ítélete mennyiben képviseli ténylegesen annak a "közösségnek" a hangját, amelyet állítólag tükröz.

A joghatóság közösségen alapuló felfogása megkövetelné, hogy az eredeti bíróság indokolja a közösségi dominancia érvényesítését az ügy felett, amely indokot a későbbiekben az ítélet máshol történő végrehajtását kérő bíróságok vizsgálnának.

A *Yahoo!* esetében a kozmopolita pluralista megközelítés szerint a *Yahoo!* Az amerikai kerületi bíróságnak, amely azzal a kérdéssel szembesült, hogy a francia ítélet végrehajtható-e az Egyesült Államokban, nagyobb figyelmet⁸⁹⁸ kellett volna fordítania a *Yahoo!* Franciaországhoz kötődő és a francia közösségi dominancia érvényesítését ésszerűvé tevő különböző tényekre. Másrészt az amerikai bíróság talán helyesen döntött, amikor úgy határozott, hogy az ítélet nem végrehajtható, mivel az amerikai alkotmányos rend alapvető elemét képező Első Alkotmánykiegészítés normái tiltanak az amerikai végrehajtást. Az ilyen végrehajthatóság kérdése azonban nem olyan egyszerű, mint azt a kerületi bíróság feltételezte. Valójában egy kozmo- politikus pluralista megközelítésben a francia bíróság a joghatóság érvényesítése és a neonáci gyűlöletbeszéd elleni norma megállapítása révén arra kényszerítene egy amerikai bíróságot, hogy megküzdjön azzal a vitatott kérdéssel, hogy a gyűlöletbeszéd, különösen az uszításnak⁸⁹⁹ vagy fenyegetésnek minősülő beszéd szükségszerűen az Első Alkotmánymódosítás védelme alá⁹⁰⁰ tartozik-e.⁹⁰¹ Az amerikai bíróságnak az Első Kiegészítés és a gyűlöletbeszédre vonatkozó nemzetközi emberi jogi normák számos ország általi értelmezése közötti lehetséges feszültségeket is figyelembe kellene vennie.⁹⁰²

Például egy bírósági döntést az *A. országban* a végrehajtó vagy a törvényhozó hatalom élesen bírálhatja az adott ország végrehajtó vagy törvényhozó szervei. Ez a nemtetszés a nyilvános elítéléstől kezdve az ítélet alapján a jövőben nem indítanak peres eljárást, egészen az ítélet végrehajtásának teljes elutasításáig terjedhet. Ilyen szakmaközi konfliktus esetén a *B ország* végrehajtó bírósága figyelembe veheti ezeket a nem bírósági intézkedéseket, amikor az eredeti közösség joghatósági nyilatkozatának és a jogvita megoldásának tekintélyét értékeli.

⁸⁹⁸ *Lásd a* 104. lábjegyzethez tartozó szöveget (az amerikai kerületi bíróság azon döntését tárgyalva, hogy a *Yahoo!* elleni francia ítéletet az Első Kiegészítésre hivatkozva nem hajtották végre).

⁸⁹⁹ *Lásd pl.* Berhanu v. Metzger, 850 P.2d 373, 373-76 (Or. 1993) (az esküdtszék helyt adott annak megállapításának, hogy egy fehér felsőbbrendűségi csoport rasszista tanításai, valamint a skinheadek félkatonai kiképzése elegendő volt ahhoz, hogy a csoport vezetőjének közvetett felelősségét állapítsák meg egy polgári peres eljárásban, amely a csoport tagjai által elkövetett gyilkosságot követően indult.)

⁹⁰⁰ *Lásd pl.* Planned Parenthood of the Columbia/Willamette, Inc. kontra Am. Coalition of Life Activists, F290.3d (1058,9th1088 Cir. 2002) (en banc) (többségi vélemény) (öt bíró különvéleménye ellenére úgy ítélte meg, hogy az abortuszellenes aktivista szervezetek tevékenysége, amikor egy szuggesztív weboldalon nyilvánosan közzétették az abortuszszolgáltatók neveit és címét, valódi "erőszakkal való fenyegetést" jelentett, és így nem volt az Első Alkotmánymódosítás értelmében védett szólas).

⁹⁰¹ *Lásd pl.* , KENT GREENAWALT, SPEECH, CRIME, AND THE USES OF LANGUAGE 249-80 (1989) (azzal érvelve, hogy bizonyos fenyegetések és felbujtások olyan beszédnek tekintendők, amely inkább *tesz* valamit, mint *mond* valamit, és ezért a szólásszabadság elvén kívül esik); MARI J. MATSUDA ET AL., WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT 35-38 (1993) (azzal érvelve, hogy a rasszista beszédet nem kellene védeni az Első Kiegészítés alapján).

⁹⁰² *Lásd pl.* , COMM'N TO STUDY GLOBAL NETWORKS & LOCAL VALUES, NAT'L

Így a joghatóság és a határozatok elismerésének kozmopolita pluralista felfogását alkalmazva az amerikai bíróság először is némi tiszteletet tanúsíthatna a közösségi uralom francia állítása iránt, és komolyan vehetné azt a tényt, hogy a szigorú területi jelleg nem ragadja meg pontosan a közösség af- filiaciójának természetét a mai világban; másodszor pedig figyelembe vehetné a francia bíróság által megfogalmazott anyagi jogi normákat, és mérlegelhetné azokat a konkurens normatív ~~normák~~ szemben. Egy ilyen megközelítés felismerné, hogy a joghatóság érvényesítése és az abból eredő normák a többféle kötődés és többféle norma képlékeny kozmopolita rendszerének részét képezik. Ezen túlmenően az alternatív megközelítés - a Yahoo! egyetlen joghatósági tagságának formális területi elemzésen alapuló hozzárendelése - nem ragadja meg megfelelően a joghatóság és a közösség meghatározásának társadalmi jelentőségét.

Mivel a joghatóság érvényesítése teret nyit az al- ternatív normák artikulálására, a joghatósági szabályok képlékenyebb felfogása demokratizáló funkciót is betölthet. Az internet például sokáig nagyrészt amerikai alkotás volt, és felépítése (mind technikai, mind jogi értelemben) inkább az amerikai értékeket, például a szólásszabadságot foglalta magába. A *Yahoo!* felvetette annak lehetőségét, hogy más országok is elkezdik megkérdőjelezni Amerika jogi dominanciáját azáltal, hogy alternatív normatív elképzeléseket dolgoznak ki az online szabályozás formájáról.⁹⁰³ Ha több közösséget érint az online tevékenység (és szinte elkerülhetetlen, hogy több közösséget érint), akkor kívánatos lehet, hogy e közösségek bíróságai nagyobb mozgásteret kapjanak a legjobb szabályozási megközelítés kialakításában. A francia joghatósági érvényesítés tehát lehetőséget teremt a folyamatos nemzetközi vitára az online interakcióban való beszédre vonatkozó megfelelő szabályokról. Ez a vita fontos (és hosszú távú következményekkel járhat).

KUTATÁSI TANÁCS, GLOBÁLIS HÁLÓZATOK ÉS HELYI ÉRTÉKEK: ÖSSZEHA-SONLÍTÓ PILLANTÁS GERMANY AND THE UNITED STATES 108-14 (2001) (az amerikai és a német gyűlöletbeszéd-törvények összehasonlítása); Kevin Boyle, *Hate Speech: The United States Versus the Rest of the World?*, ME53. L. REV. 487, 493-97 (2001) (az Első Kiegészítés és a nemzetközi normák közötti feszültség leírása, különösen a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányában, U.16,1966,N999.T.S. Dec. és171, a faji megkülönböztetés minden formájának kiküszöböléséről szóló nemzetközi egyezményben, 1966. március 7., 660 U.N.T.S. 195); Laura R. Palmer, *A Very Clear and Present Danger: Hate Speech, Media Reform, and Post-Conflict Democrati- zation in Kosovo*, YALE26 J. INT'L L. 182-214179, (2001) (összehasonlítva a gyűlöletbeszéd különböző megközelítéseit Németországban, az Egyesült Államokban és a konfliktus utáni átmeneti társadalmakban); Wendy McAuliffe, *Europe Hopes to Outlaw Hate Speech Online*, CNET NEWS. COM (2001. november 12.), <http://news.com.com/2100-1023-275708.html> (az Európa Tanács Parlamenti Közgyűlésének egyhangú szavazása az Európa Tanács számítógépes hálózatokon történő gyűlöletbeszéd meghatározásáról és betiltásáról szóló jegyzőkönyv elkészítéséről).

⁹⁰³ Lásd Joel R. Reidenberg, *Yahoo and Democracy on the Internet*, 42 JURIMETRICS J. 261 (2002) (azzal érvelve, hogy a francia *Yahoo!* határozat azt jelzi, hogy az internet szabályozási keretének el kell ismernie a különböző államok által elfogadott értékeket, és nem diktálhatja többé a technikai elit).

még akkor is, ha ebben a konkrét esetben egy amerikai bíróság úgy dönt, hogy nem hajtja végre a francia végzést.

A kanadai Emberi Jogi Bizottság nemrégiben hozott döntése, amelyben Ernst Zündel amerikai lakost arra kötelezte, hogy távolítsa el az antiszemita gyűlöletbeszédet kaliforniai honlapjáról, hasonló példát szolgáltat arra, hogy még az esetlegesen nem végrehajtható határozatok is fontosak lehetnek.⁹⁰⁴ A Bizottság végzése ugyanis kifejezetten elismerte a végrehajtás nehézségeit, de hangsúlyozta, hogy "jelentős szimbolikus értéke van Zündel tetteinek nyilvános elítélésének", valamint "a határozatban megfogalmazott elvek nyílt megvitatásával potenciális nevelő és végső soron nagyobb preventív hasznot lehet elérni".⁹⁰⁵ Azzal, hogy a Bizottság elutasította az ügy bírósági alapon történő elutasítását, olyan normákat fogalmazott meg, amelyeknek idővel meggyőző erejük lehet Kanadában és máshol is. És ha egy

Ha az amerikai bíróság később az Első Kiegészítésre hivatkozva elutasítaná a végzés végrehajtását (mint a *Yahoo!* ügyben), egy⁹⁰⁶ ilyen döntés szintén lehetőséget adna a vitára arról, hogy melyik közösség a legmegfelelőbb a Zündel feletti uralom gyakorlására, és melyik a legvonzóbb normatív álláspont az internetes véleménynyilvánítás szabadsága tekintetében.

Ugyanezen okból kifolyólag a joghatóság kozmopolita pluralista felfogása újragondolásra készíthet arról, hogy miként lehet a legjobban kezelni a perfüggőségi kérdéseket nemzetközi kontextusban. Általában, ha egy perben két fél különböző joghatóságoknál nyújt be keresetet, az időben másodikként benyújtott per felfüggesztésre kerül, amíg az első perben nem születik ítélet, és ekkor a második ügyet teljesen elutasítják.⁹⁰⁷ A joghatóság kozmopolita értelmezésében azonban nem jelent problémát, hogy több közösség eltérő döntéseket hozhat ugyanabban a jogvitában; sőt, ez még a normák nagyobb mértékű fejlődését is elősegítheti, mivel más joghatóságoknak meg kell határozniuk, hogy melyik ítéletet ismerjék el.

Azt gondolhatnánk, hogy az ítéletek külföldi végrehajtása sokkal auto- matikusabb, mint ahogyan én azt állítottam, mivel az egyezmények például megkövetelik a külföldi országok ítéleteinek végrehajtását, vagy (büntetőjogi kontextusban) a büntetőjogi eljárásokban a bírósági végrehajtás

⁹⁰⁴ *Lásd* Citron v. Zündel (Canadian Human Rights Trib. 2002. január 18.), <http://www.chrt- tcdp.gc.ca/decisions/docs/citron-e.htm> (a kanadai végzés tárgyalása, amely kötelezte Zündelt, hogy távolítsa el a gyűlöletbeszédet a honlapjáról).

⁹⁰⁵ *Id.*

⁹⁰⁶ *A Yahoo* ügyben hozott francia ítéletet részben az Első Kiegészítéssel kapcsolatos aggályok miatt végrehajthatatlannak nyilvánító szövetségi kerületi bírósági végzésről lásd a kísérő megjegyzés³⁰⁵ szövegét.

⁹⁰⁷ *Lásd*: Hágai Nemzetközi Magánjogi Konferencia, Összefoglaló a diplomáciai konferencia első részének II. bizottságában június 6-22. között lezajlott 2001. megbeszélések eredményeiről. 21., <http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html> (az egyezmény eljárási szabályainak megvitatása a nemzetállamokra vonatkozó határozatok végrehajtása tekintetében).

az egyik országban lévő vádlottak kiadatását, ha egy másik országban körözik őket. A külföldi ítéletek végrehajtása alól azonban viszonylag gyakoriak a helyi közrendre vonatkozó kivételek, különösen akkor, ha a külföldi ítélet szembemegy a végrehajtó állam szabályozási rendszerével.⁹⁰⁸ Még a választottbíráskodással összefüggésben is a választottbíróvási határozatok végrehajtásáról szóló fő szerződés tartalmaz egy közrendi kivételt.⁹⁰⁹ Így, bár a végrehajtás kérdése a gyakorlatban gyakran automatikusan eldőlt, a legvitatottabb kérdésekben az általam leírt retorikai meggyőzési folyamat alkalmazható.

A joghatóságnak a közösségi tagság és a do- minion szempontjából történő felfogása nemcsak a határozatok későbbi végrehajtásával kapcsolatos egyértelműbb diskurzushoz vezetne, hanem megváltoztathatná az eredeti bíróság joghatósági elemzésének eredményét is. Például egy nemrégiben Kaliforniában indított ügyben a felperesek azt állították, hogy egy mianmari olajvezeték építése során kényszermunkát alkalmaztak, és beperelték a vezetékekért állítólagosan felelős vállalatot.⁹¹⁰ A Kilencedik Kerületi Bíróság joghatóság hiányában elutasította az ügyet, mivel az alperes egy francia vállalat volt, de- annak ellenére, hogy a vállalat közvetlenül részt vett egy kaliforniai székhelyű leányvállalat működésében és döntéshozatalában.⁹¹¹ Ha a bíróság átfogóbb módon összpontosított volna a közösségi tagságra, akkor az anya- és leányvállalat közötti kapcsolaton átnyúlva a vállalati felelősséget is figyelembe vehette volna, felismerve annak fontosságát, hogy a névlegesen francia vállalat Kalifornia fennhatósága alá vonják, különösen mivel a francia vállalat jelentős üzleti tevékenységet folytatott Kaliforniában, és az alapul szolgáló anyagi jogi kérdések nemzetközi humanitárius normákat érintettek.

Hasonlóképpen, a közösségi tagságra való összpontosítás arra készíthet bennünket, hogy újragondoljuk azt a rengeteg ügyet, amelyekben az amerikai bíróságok elutasították a forum non

⁹⁰⁸ *Lásd pl. Bachchan v. India Abroad Publ'ns Inc.*, 585 N.Y.S.2d 661, 664-65 (N.Y. Sup. Court 1992) (elutasítva egy angol pénzbeli ítélet végrehajtását rágalmozás miatt egy olyan újsággal szemben, amelynek tevékenységét az Egyesült Államokban az Első Kiegészítés védte volna). *Lásd általában* GARY B. BORN & DAVID WESTIN, INTERNATIONAL CIVIL LITIGATION IN UNITED STATES COURTS 35-42 (2d ed. 1996) (a külföldi feleket érintő perek vizsgálata a Amerikai bíróságok).

⁹⁰⁹ *Lásd a* külföldi választottbíróvási határozatok elismeréséről és végrehajtásáról szóló egyezményt, 1958. június 10., art. 5. cikk, 2. § b) pont, 21 U.S.T. 2517, 2520, 330 U.N.T.S. 38, 42 (a végrehajtás megtagadásának engedélyezése, ha a végrehajtás ellentétes lenne a végrehajtó állam közrendjével); *id.* § 1(b) (a végrehajtás megtagadásának engedélyezése, ha "[a]z a fél, akivel szemben a díjat érvényesítik, nem kapott megfelelő értesítést a választottbíró kinevezéséről vagy a választottbíróvási eljárásról, vagy más módon nem volt képes előterjeszteni ügyét"); *lásd még* *Iran Aircraft Indus. v. Avco Corp.*, 980 F.2d 141 (2d Cir. 1992) (az 5. cikk 1(b) szakaszára hivatkozva megtagadja az USA-Irán Követelésügyi Törvényszék által hozott választottbíróvási ítélet végrehajtását).

⁹¹⁰ *Doe kontra Unocal Corp.*, F248.3d (9159th Cir. 2001).

⁹¹¹ *Id. Az Unocalról szóló, a vállalatcsoportokra vonatkozó jogra összpontosító vitát lásd* Blum- berg, *Supra* note, 406,498-99. o.

conveniens alapon, külföldi állampolgárok által amerikai vállalatokkal szemben benyújtott emberi jogi keresetek.⁹¹² Ezekben az ügyekben a bíróságok az úgynevezett köz- és magánérdekű tényezőket alkalmazták, amelyeket az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága az 1947-es *Gulf Oil Corp. kontra Gilbert ügyben állapított meg*.⁹¹³ A Gilbert-tényezőkkel azonban az a probléma, hogy kevés, vagy egyáltalán nem hagynak teret annak az érvelésnek, hogy az amerikai társadalomnak és az amerikai bíróságoknak társadalmi felelősségük van arra, hogy amerikai meghallgatást biztosítsanak az amerikai székhelyű multinacionális vállalatok állítólagos helytelen magatartása esetén.⁹¹⁴ Ezzel szemben a joghatóságnak a közösségi tagságon és felelősségen alapuló felfogása több teret biztosítana egy ilyen érv mérlegelésére.

A joghatóság kozmopolita pluralista megközelítése ösztönözheti a forum-vásárlást, ha a felpereseknek több joghatóság áll rendelkezésre követeléseik meghallgatására. Amint azt korábban tárgyaltuk, az általam javasolt megközelítés szerint azonban a joghatósági jogkörök nem feltétlenül lesznek szélesebbek, mint a jelenlegi joghatósági szabályok szerint,⁹¹⁵ különösen, ha figyelembe vesszük a közelmúltbeli tendenciákat a kiterjedt, hatáslapú joghatósági rendszer irányába.⁹¹⁶ Valójában egy bíróság, amely a defi-

⁹¹² Lásd Blumberg, *Supra* note 406, 502 n.35. o. (az esetek összegyűjtése). Az emberi jogi normák betartására vonatkozó vállalati felelősségről lásd általában Avery, *Supra* note 729; Jordan J. Paust, *Human Rights Responsibilities of Private Corporations*, VAND35. J. TRANSNAT'L. 801 (2002); Steven R. Ratner, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, YALE111 L.J. (4432001).

⁹¹³330 USA (5011947). Gilbert magánérdekű tényezői a következők:

a bizonyítási forrásokhoz való hozzáférés viszonylagos könnyűsége; a nem akaró tanúk jelenlétére vonatkozó kényszerítő eljárás rendelkezésre állása, és az akaró tanúk jelenlétének költségei; a helyiségek megtekintésének lehetősége, ha a megtekintés megfelelő lenne a kereset szempontjából; és minden egyéb gyakorlati probléma, amely az ügy tárgyalását egyszerűvé, gyorsabbá és olcsóbbá teszi. Az ítélet végrehajthatóságával kapcsolatban is felmerülhetnek kérdések, ha az ítéletet megszerezték.

Id. 508-09. A közérdekű tényezők meghatározásakor a bíróság a következőket állapította meg: A bíróságok számára adminisztratív nehézségeket okoz, ha a peres ügyeket zsúfolt központokban halmozzák fel ahelyett, hogy a keletkezésük helyén kezelnék őket. Az esküdtszéki kötelezettség olyan teher, amelyet nem szabadna egy olyan közösség lakosságára róni, amelynek nincs köze a peres ügyekhez. Azokban az ügyekben, amelyek sok ember ügyét érintik, indokolt, hogy a tárgyalást az ő szemük előtt és elérhetőségükön tartsák, és ne az ország távoli részein, ahol csak jelentésből értesülhetnek róla. Helyi érdek fűződik ahhoz, hogy a helyi vonatkozású vitás ügyek otthon dőljenek el. Az is helyénvaló, hogy egy sokszínűségi ügyet olyan fórumon tárgyaljanak, ahol az ügyre irányadó állami joggal otthonosan mozognak, ahelyett, hogy egy másik fórum bíróságának kellene megoldania a kollíziós és a számára idegen joggal kapcsolatos problémákat.

Id.

⁹¹⁴ *Vö.* Blumberg, *Supra* note at406, (509)"A nemzetközi emberi jogi ügyek kártérítési ügyek. külföldi joghatóságban keletkezett, és a magánérdekű tényezők szinte ellenállhatatlan előnyt jelentenek a külföldi bírósági eljárás számára, ahol az eseményekre sor került."

⁹¹⁵ Lásd a 803-04. lábjegyzeteket (a kozmopolita pluralista megközelítésben a jogtudományi állítások lehetséges korlátait tárgyalva).

⁹¹⁶ Lásd a 432-43. lábjegyzeteket (a hatáslapú joghatóságot engedélyező esetek azonosítása és a hatásvizsgálat alkalmazásának megvitatása).

A közösség fogalma *megtagadhatja* a joghatóságot olyan helyzetekben, amikor a kizárólag a földrajzi területtel való érintkezést, az arra gyakorolt hatásokat vagy a földrajzi terület érdekeit elemző vizsgálat a joghatóság érvényesítése mellett szólna. És mivel a kozmopolita pluralista szemlélet megköveteli, hogy a felperes ~~kerül~~ létesítsen azzal a közösséggel, ahol a bíróság ülészik,⁹¹⁷ a fórum önkényes kiválasztásának lehetősége korlátozott. Ezen túlmenően az az elképzelés, hogy a fórumvásárlás szükségszerűen olyan rossz, hogy önmagában elegendő okot szolgáltat arra, hogy az egyik joghatósági rendszert egy másik helyett válasszuk, alaposabb vizsgálatot érdemel. Amint Larry Kramer rámutatott, "[a]z a feltételezés, hogy tisztességtelen megengedni a felpereseknek, hogy [forum-shopping] feltételez egy "helyes" vagy "igazságos" alapvonalat, amely meghatározza, hogy milyen gyakran kellene a felperes választásának érvényesülnie".⁹¹⁸ Végére is, ha legitim, hogy különböző joghatósági egységek különböző joganyagokat alkalmazzanak, miért *ne* változhatna a jog attól függően, hogy hol indítanak pert, és miért szükségszerűen tisztességtelen a felpereseknek ezt a választási lehetőséget megadni? Brainerd Currie, a vitathatatlanul legbefolyásosabb amerikai jogválasztási teoretikus lekicsinyelte a forum-shopping jelentőségét, különösen akkor, ha ennek megakadályozása az anyagi jogi politikák feláldozását igényli.⁹¹⁹ És még ha valaki úgy véli is, hogy a forum-shopping problémát jelent, empirikus adatok nélkül nehéz értékelni ezt az aggodalmat. Például az anyagi jogi normákkal kapcsolatos döntéseken túl más tényezők is nagy hatással lehetnek a fórumválasztásra. Ha a legtöbb felperes helyi ügyvéddel konzultál, hány ügyvéd hajlandó vagy képes arra, hogy külföldi joghatóságban indítson pert és pereskedjen? Hogyan befolyásolhatja ezt a választást a rendszeres átirányítási megállapodások megléte (vagy hiánya)? Így mind normatív, mind empirikus alapon legalábbis van okunk megkérdőjelezni a túlzott fórumvásárlással kapcsolatos reflexszerű aggodalmat a probléma mértékének további feltárása nélkül.⁹²⁰

⁹¹⁷ Lásd a 797-98. számú kíséző jegyzetet (amely tárgyalja annak szükségességét, hogy a felperesnek a fórumhoz fűződő kapcsolataira kell összpontosítani).

⁹¹⁸ Larry Kramer, *Rethinking Choice of Law*, 90 COLUM. L. REV. 277, 313 n.117 (1990).

⁹¹⁹ Lásd Brainerd Currie, *Survival of Actions: Adjudication Versus Automation in the Conflict of Laws*, in SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS (128,1963) (Javaslat-hogy - legalábbis bizonyos körülmények között - a forum-shopping "pozitívan dicséretes", és azzal érvel, hogy "keményebben és közelebbről meg kell vizsgálnunk az egységesség eszményét és a forum-shopping kon- demnációját"). A Currie-t természetesen bírálták, amiért az anyagi jogszabályok alapjául szolgáló politikákat hangsúlyozza, kizárva az általánosabb jogválasztási politikákat, mint például a forum-shopping minimalizálásának, valamint az egységesség és a kiszámíthatóság fokozásának szükségességét. Lásd pl. , Alfred Hill, *Governmental Interest and the Conflict of Laws-A Reply to Professor Currie*, 27 U. CHI. L. REV. 463, 502-07 (1960) (kritizálva Currie megközelítését azon az alapon, hogy az megsokszorozza a lehetséges konfliktushelyzetek számát, és nem nyújt megfelelő keretet az ilyen konfliktusok kezelésére); Arthur Taylor von Mehren, *Recent Trends in Choice-of-Law Methodology*, CORNELL 60 L. REV. 927,938 (1975) (azzal érvelve, hogy Currie megközelítése a több államot érintő helyzetekre "leegyszerűsítő").

⁹²⁰ Larry Kramer azzal érvelt, hogy a tisztességtelenségre vonatkozó állítások a felperesek azon jogával kapcsolatban, hogy fórumot válasszanak, "egy megfogalmazatlan - és megmagyarázhatatlan - feltételezésen nyugszanak[] arról, hogy mi az egyes

Végül, a joghatóság pusztá érvényesítése nem fog a többszörös felelősség rémálomszerű világához vezetni világszerte, mert a végrehajtás újra fő kérdés lesz. Csak azért, mert egy bíróság joghatóságot állapít meg, még nem jelenti azt, hogy ítéletét máshol is elismerik és végrehajtják. Míg azonban Goldsmith azt feltételezi, hogy egy szuverén által hozott ítélet szükségszerűen máshol *nem lesz végrehajtható*, a kozmopolita pluralista megközelítés megköveteli, hogy a végrehajtó bíróság az eredeti ítéletet mind a közösségi uralom érvényesítése, mind az anyagi jogi normák szempontjából vizsgálja meg. Ezért, ha a határozat más közösségeket is meggyőz, akkor jogosult lesz az elismerésre. És még ha az adott esetben nem is sikerül meggyőznie, a kozmopolita pluralista felfogás kifejezetten számol azzal a lehetőséggel, hogy a norma retorikai ereje révén később szélesebb körű elfogadást és érvényesítést érhet el. Hogy ismét a *Yahoo!* példáját használjam, a francia bíróságnak meg kell győznie az amerikai bíróságot arról, hogy a Yahoo! és Franciaország közötti kapcsolatok és a francia állampolgárok igényei indokolják a francia közösség uralmának érvényesítését a Yahoo! felett, és hogy ebben az esetben az Első Alkotmánymódosításban foglalt normáknak elsőbbséget kell adniuk a gyűlöletbeszéddel és a neonáci propagandával vagy emléktárgyakkal kapcsolatos aggályoknak. Egy kozmopolita pluralista felfogás szerint azonban egyik bíróság sem tehetné meg, hogy egyszerűen elutasítja az ügyet joghatóság hiányában. A mechanikus hatásköri szabályok formalista alkalmazásának mellőzése biztosítja, hogy mindig sor kerüljön érdemi vitára mind a közösség meghatározásáról, mind a fejlődő anyagi jogi normákról.⁹²¹

3. Nemzetközi emberi jogok

A nemzetközi jogra térve láthatjuk, hogy a kozmopolita pluralista megközelítés hasonlóan működik a nemzetállami határokon átívelő szokásjogi normák kialakításának ösztönzésére. A szigorúan állami szemléletet felváltó

fél joggal várhatja el egy "tisztességes" rendszerben". Kramer, *Supra* note 918, 313-14 n.117. o. "Oszítja[s] azt az intuíciót, hogy "igazságtalan", ha a felperesek mindig választhatnak a potenciálisan alkalmazandó jogszabályok közül", de "nem szívesen támaszkodik olyan intuícióra, amelyet [ő] nem tud kielégítően megvédeni, csak azért, mert széles körben osztják". *Id.* 314 n.117. o. Természetesen, amennyiben a forum- shopping bizonytalanságot okoz, a felek megkísérelhetik a probléma megkerülését a forum-választási és jogválasztási záradékok révén (legalábbis a szerződésen alapuló ügyekben), vagy kontraktuálisan nem peres alternatívákat választhatnak. Ezek a "megoldások" azonban részben a szerződéses rendelkezésekre alkalmazott jogtól függenek. *Lásd a fenti* 55. lábjegyzetet és a kísérő szöveget (felismerve, hogy a szerződéses megállapodások esetleg nem végrehajthatók a felek egyenlőtlen alkupozíciójára vonatkozó közpolitikákra való hivatkozás miatt).

⁹²¹ A bíróságok természetesen nem az egyetlen fórumai az ilyen vitáknak, de az ítélezési folyamatok hasznos helyszínt jelentenek a diskurzus számára, mivel a többszólamú ~~beszéd~~ és a normák fejlődésének eszméjére épülnek. *Lásd* Berman, *Transformative Potential of Law*, *supra* 503. lábjegyzet, 171-73. o. (azzal érvelve, hogy a bíróságok (és általában véve a jogi diskurzus) fórumot biztosítanak a többféle narratíva közötti párbeszédhez). A bíróságok intézményi előnyeiről és korlátairól szóló régóta tartó viták részletes áttekintése azonban meghaladja e cikk kereteit.

A nemzetközi jogban a kozmopolita pluralista megközelítés elismeri a transznacionálisan cselekvő, változó közösségek közötti többszörös összekapcsolódást.

A Pinochet-ügy hasznos példája annak, hogy miként működhet egy kozmopolita pluralista modell. Egy spanyol bíró a volt chilei diktátorral szemben a Pinochet állítólagos emberi jogi visszaélései által érintett panaszosokhoz fűződő spanyol kapcsolataira, valamint az emberi jogok súlyos megsértéséért való elszámoltathatóság általános elvére alapozva érvényesített joghatóságot.⁹²² Ez a joghatósági megállapítás azonban - hasonlóan a kanadai emberi jogi bíróság Ernst Zündelről⁹²³ szóló határozatához - nem járt végrehajtási jogkörrel, kivéve, ha a spanyol bíró retorikailag meg tudott győzni más országokat (ebben az esetben Nagy-Britanniát, ahol Pinochet orvosi kezelés alatt állt), hogy ismerjék el a joghatósági megállapítást és adják ki Pinochetet.⁹²⁴ Bár Pinochetet végül nem adták ki, és helyette visszatoloncolták Chilébe, Spanyolország joghatósági igénye (és a brit Lordok Háza által a joghatósági igény formális elismerése) fontos változást hozott a nemzetközi emberi jogi normákban, megerősítve azt az elképzelést, hogy még az államfők is felelősségre vonhatók a múltban elkövetett cselekményekért.⁹²⁵

Ráadásul a Pinochet feletti joghatóság érvényesítése megerősítette az emberi jogok védelmezőinek kezét Chilében, és megteremtette az alapot egy olyan mozgalom számára, amely megfosztotta Pinochet mentelmi jogát, és helyi szinten megkezdte az ügyét.⁹²⁶ Bár ez a törekvés Pinochet megromlott egészségi állapota miatt megakadhat,⁹²⁷ úgy tűnik, hogy a Pinochet elleni ügy az emberi jogok érvényesítésének új körét nyitja meg Dél-Amerikában. Argentínában például az egyik bíró nemrég engedélyezte Leopoldo Fortunato Galtieri volt katonai diktátor letartóztatását, miután úgy döntött, hogy a két

⁹²² Lásd a 186-88. lányszöveget (a Pinochet feletti joghatóság érvényesítésének tárgyalása).

⁹²³ Lásd a fenti 904-05. lányszöveget és a kíséző szöveget (a Bizottság elutasította az ügy elutasítását joghatósági okokból).

⁹²⁴ Bár a kiadatási kérelmet egy nemzetközi szerződés alapján nyújtották be, lásd a fenti megjegyzést (186 megjegyezve, hogy a brit Lordok Háza a kínzás elleni nemzetközi egyezmény alapján állapította meg a joghatóságot), a kiadatási megállapodások általában közrendi kivételeket tartalmaznak, amelyek gyakran lépnek életbe az ehhez hasonló vitás esetekben. Így a Pinochet-ügyben a kiadatás bizonyosan nem volt automatikus, és retorikai meggyőzésre volt szükség. ⁹²⁵ Lásd a 185-209. lányszöveget (a jogi fejlemények leírása, amelyek

aláásta azt a feltételezést, hogy az államfők mentesülnek a pereskedés alól).

⁹²⁶ Lásd: *Pinochet Said Serene About Ruling Stripping Him of Immunity*, DEUTSCHE PRESSE-AGENTUR, June LEXIS13,2002., DPA File [a továbbiakban: *Pinochet Serene*] (beszámoló a chilei legfelsőbb bíróság döntéséről, amely szerint Pinochetnek meg kell fosztani életfogytiglani mentelmi jogától). ⁹²⁷ Lásd Heather Walsh, *Chilei bíróság fenntartja azt a döntést, hogy Pinochet alkalmatlan a tárgyalásra*, BLOOMBERG NEWS, júliusi LEXIS1,2002., Allbn File ("Chile legfelsőbb bírósága fenntartotta azt a döntést, amely megakadályozta, hogy Augusto Pinochet volt diktátort bíróság elé állítsák az ellene felhozott vádak alapján. fedezte a hadsereg gyilkosságait, mondván, hogy mentálisan alkalmatlan a vádemelésre.").

a volt katonatisztek a büntetőeljárás alól védő amnesztiatörvények alkotmányellenesek.⁹²⁸ Eközben egy másik argentin bíró végül rávette a chilei alsóbb szintű bíróságokat, hogy engedélyezzék neki, hogy kihallgassa Pinochet titkosrendőrségének öt volt tagját egy volt chilei tábornok és felesége Argentínában történt meggyilkolásának ügyében folytatott nyomozás során. 1974.⁹²⁹

Ezek a tevékenységek a joghatósági állásfoglalás retorikai erejét mutatják, még akkor is, ha a szó szerinti végrehajtási hatáskör hiányzik. A joghatóság kozmopolitikai pluralista megközelítése lehetővé teszi, hogy a joghatóság érvényesítése és az azt követő normák artikulálása elváljon a szuverén állam pusztá hatalmától. Mivel a nemzetközi rendszer képlékeny és a szokások változásától függ, amelyek viszont idővel joggá szilárdulnak, elengedhetetlen egy olyan joghatósági modell fenntartása, amely képes számot vetni a hatalom és a befolyás ilyen alternatív tárházaival.

A joghatóság érvényesítésének velejárója a joghatósági tagság kijelölése. Bár mindig is voltak zavaros kérdések azzal kapcsolatban, hogy miként kell besorolni és szabályozni azokat az embereket, akik több közösséghez is lojálisnak érzik magukat, a kommunikáció és a közlekedés globalizációja, valamint a határokon átívelő gazdasági integráció növekedése miatt ezek a kérdések még sürgetőbbé váltak. Ezek a jelenségek minden eddiginél világosabbá teszik, hogy a jog az állampolgárság és a közösségi tagság más típusainak címkézését anélkül alkalmazza, hogy kellő figyelmet fordítana arra, hogy az emberek ténylegesen hogyan élik meg a közösséget.

Ezek az aggályok ma sehol sem olyan sürgetőek, mint a joghatóság érvényesítése és a közösségi tagság kijelölése az Al-Kaida terroristáinak segítségével vádolt személyek tekintetében. A terroristavádottakkal való megfelelő bánásmódról szóló vita nagy része valójában abból a tényből fakad, hogy az amerikai kormány egyoldalú felhatalmazást adott magának arra, hogy a fogvatartottaknak közösségi tagságot rendeljen, majd e tagság jogi következményei alapján cselekedjen. Yasser Hamdi például egy amerikai állampolgár, ⁹³⁰ aki azt állítja, hogy ösz óta 2001 katonai fogságban tartják fogva, anélkül, hogy hivatalos vádakkal illették, és anélkül, hogy az állampolgárok jogai közül bármit is biztosítának számára.⁹³¹ A mai napig még azt sem engedték meg neki, hogy találkozhatson egy

⁹²⁸ *Lásd: Galtieri Arrested in Argentina on Human Rights Abuse Charges*, DEUTSCHE PRESSE-AGENTUR, July LEXIS11,2002., DPA File (beszámoló Galtieri letartóztatásáról).

⁹²⁹ *Lásd Pinochet Serene*, *Supra* note 926 (megjegyezve, hogy Servini bírónak az egykori titkosrendőrség kihallgatásának jóváhagyása egy fellebbviteli bíróságon van folyamatban).

⁹³⁰ *Lásd Hamdi v. Rumsfeld*, 296 F.3d 278, 280 (4th Cir. 2002) (rámutatva, hogy Hamdi Louisianában született).

⁹³¹ *Lásd id.* 283. o. (Hamdi érvelését, miszerint bírósági felülvizsgálatra van szükség annak meghatározásához, hogy "a kormány döntése alapján határozatlan ideig fogva tartható-e vád vagy ügyvéd nélkül").

ügyvéd.⁹³² A polgári szabadságjogok hívei és mások azt sürgetik, hogy bár Hamdi szaúd-arábiai származású, a tizennegyedik kiegészítés értelmében amerikai állampolgár, mivel az Egyesült Államok területi határain belül született.⁹³³ Ezért - érvelésük szerint - állampolgárként (és így az amerikai közösség tagjaként) jogosult a többi bűnügyi gyanúsítottat megillető alkotmányos jogok teljes skálájára.⁹³⁴ Válaszul a kormány lényegében azzal érvel, hogy Hamdi lemondott amerikai állampolgárságáról, és ezért nem jogosult az amerikai állampolgárokat megillető jogok egyikére sem.⁹³⁵

Az ilyen jellegű fogva tartási jogkör (valamint az Al-Kaida vádlott ügynökeinek katonai bizottságok előtt történő, független bírósághoz való fellebbezés joga nélküli bíróság elé állítására vonatkozó jogkör) alátámasztására a kormány tisztviselői a következő dokumentumokra hivatkoznak

Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága jóváhagyta egy katonai bizottság hatáskörét, hogy a II. világháborúban Németországért harcoló tengeralattjáró-használók egy csoportját bíróság elé állítsa.⁹³⁶ Bár az egyik vádlott amerikai állampolgár volt, a Bíróság engedélyezte a katonai bizottság alkalmazását, mivel "[azok az állampolgárok, akik az ellenséges kormány katonai karához csatlakoznak, és annak segítségével, irányításával és irányításával]"⁹³⁷ megkísérlik megtámadni az Egyesült Államokat, már nem jogosultak az Egyesült Államokhoz való közösségi tagsággal járó polgári szabadságjogokra.⁹³⁸ A problémát természetesen annak meghatározása jelenti, hogy mikortól (és milyen bizonyítékok alapján) lehet azt mondani, hogy valaki, mint Hamdi, "társult" az Al-Kaidával vagy a tálibokkal, és így megfosztható állampolgári jogaitól.

A joghatósági hovatartozás kozmopolita pluralista modellje a...

⁹³² *Lásd id.* 284. o. (a kerületi bíróság végzésének hatályon kívül helyezése és visszautalása, amely engedélyezte Hamdi számára az ügyvédi segítség igénybevételét).

⁹³³ *Lásd:* U.S. CONST. amend. XIV, § 1 ("Minden személy, aki az Egyesült Államokban született vagy honosított . . . az Egyesült Államok állampolgára").

⁹³⁴ *Lásd pl.* , Editorial, *Justice Detained*, N.Y. TIMES, 2002. június 10., A24 ("A Bush-kormányzatnak a szeptember 11. utáni támadása a polgári szabadságjogok ellen a közelmúltban új mélypontra jutott, amikor az Igazságügyi Minisztérium a bíróságon azzal érvelt, hogy egy amerikai születésű fogvatartott, aki lehet, hogy az Egyesült Államok állampolgára, nem beszélhet ügyvéddel.")

⁹³⁵ *Lásd* Katharine Q. Seelye, *Lawyer Asks for Access to Prisoner Born in U.S.* , N.Y. TIMES, June 21, 2002, at A16 ("Az elnöki hatalom széleskörű érvényesítésével, amely valószínűleg a Legfelsőbb Bíróságon is megmérettetésre kerülhet, a kormány szerdán bírósági dokumentumokban azt mondta, hogy bárkit, akit 'ellenséges harcosnak' nevez, nem kell a legtöbb amerikai állampolgárnak járó jogi védelemben részesíteni.")

⁹³⁶ *Lásd Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 45 (1942) (megállapítva, hogy "az Ötödik és a Hatodik módosítás nem korlátozza az Alkotmány által a hadijog elleni bűncselekmények katonai bizottság általi tárgyalására vonatkozó hatásköröket", és hogy az ilyen elkövetőket, "akiket a szokásjog szerint nem kellett esküdtszék előtt tárgyalni, a bizottság jogszerűen, esküdtszék nélkül állította bíróság elé").

⁹³⁷ *Id.* 37-38. o.

⁹³⁸ *Lásd például az id.* 44. pontját (amely kimondja, hogy a "háborús törvények ellen vétő állampolgárok" esküdtszék nélküli tárgyalása nem ellentétes 2az Alkotmány III. cikkének szakaszával).

hogy minden embernek többféle kötődése van, és hogy az amerikai kormány által ellenzett csoportokkal való szimpátia (vagy akár a társulás valamilyen formája) nem lehet elegendő ahhoz, hogy egy amerikait megfosszon a közösségi tagságától és az ezzel járó jogaitól. Így, bár a Hamdiról szóló hírekben "amerikai születésű szaúdi"-ként⁹³⁹ szerepel, a kozmopolitikai pluralista megközelítés elismeri, hogy a közösségi tagság képlékeny folyamat, és hogy a kötőjelet körülvevő közösségi megnevezések ugyanolyan könnyen megfordulhatnak, és Hamdi így szaúd-arábiai-amerikai lesz. Ráadásul a tizennegyedik módosítás állampolgársági parancsa fényében a többszörös közösségi kötődések (születés szerint Egyesült Államok, etnikai hovatartozás szerint Szaúd-Arábia) e felfogása teljesen helyénvaló és alkotmányosan is em- beriált.

Ráadásul a területi határok jelentőségének hangsúlytalanításával a kozmopolita pluralista felfogás nem tenné lehetővé, hogy az amerikai hadsereg megkerülje az alkotmányos ellenőrzést pusztán azzal, hogy a guantánamói öbölben egy fogva tartási létesítményt helyez el.⁹⁴⁰ Ahogyan az offshore honlapok szabályozásának vagy az offshore adók érvényesítésének közösségi alapú megközelítése a formális területi határokon túlra tekint, és ehelyett a közösséghez való érdemi kötődéseket veszi figyelembe, úgy az amerikai kormány által ellenőrzött és működtetett offshore fogva tartási központ is megfelelően az amerikai közösség egyik ágának tekinthető, és a közösség normáinak (beleértve az amerikai alkotmányt is) kell alávetni.⁹⁴¹ Míg azok a nem állampolgár fogvatartottak, akik soha nem tették be a lábukat az Egyesült Államokba, általában nem rendelkeznek elegendő közösségi kötődéssel ahhoz, hogy hivatkozhatnak a támogatásra.

⁹³⁹ *Lásd pl. , Saudi Kept from Lawyers*, N.Y. TIMES, 2002. június 14., A26 ("Egy richmondi szövetségi fellebbviteli bíróság ismét megakadályozta egy Afganisztánban fogságba esett amerikai születésű szaúdi és az őt képviselni kívánó ügyvédek találkozóját").

⁹⁴⁰ *Vö. Rasul v. Bush*, 215 F. Supp. 2d 55, 72 (D.D.C. 2002) (amely kimondta, hogy a szövetségi bíróságok nem rendelkeznek joghatósággal a guantánamói katonai fogva tartáson alapuló keresetekre vonatkozóan).

⁹⁴¹ Ennek az elvnek egy fontos megállapítása található az *Egyesült Államok kontra Tiede ügyben*, 86 F.R.D. 227 (U.S. Ct. Berlin 1979). Ebben az ügyben egy külföldi állampolgárt, akit egy lengyel repülőgép külföldi eltérítésével vádoltak, a német anyagi jog alapján Berlinben, az Egyesült Államok által létrehozott bíróságon tárgyaltak. Az amerikai bíróság úgy ítélte meg, hogy a német anyagi jog alkalmazása ellenére a külföldi állampolgárnak az amerikai alkotmányos jog alapján joga van az esküdszéki tárgyaláshoz, mivel az amerikai bíróságnak az alkotmánnyal összhangban kell eljárnia, még akkor is, ha az Egyesült Államok területi határain kívül helyezkedik el. *Id.* 247-51. o. A bíróság szerint "[a]z amerikai élet egyik első számú alapelve - nemcsak az otthoni, hanem a külföldi életé is -, hogy minden, amit az amerikai közhivatalnokok tesznek, az Egyesült Államok Alkotmánya által szabályozott, ahhoz mért, és ahhoz kell, hogy felhatalmazást kapjon". *Id.* 244. o.; *lásd még* DKT Mem'l Fund Ltd. v. Agency for Int'l Dev., 887 F.2d 275, 307-08 (D.C. Cir. 1989) (Ginsburg, R.B., J., részben eltérő véleményen) ("[J]ust as our flag carry its message ... both at home and abroad, so does our Constitution and the values it expresses.". (változtatás az eredetiben) (idézet és belső idézőjelek kihagyva)); *vö. United States v. Balsys*, 524 U.S. 666, 701-02 (1998) (Ginsburg, J., másként vélekedett) (kifejezve azt a nézetet, hogy "az Ötödik Kiegészítés szerinti önvádra vonatkozó kiváltság olyan magatartási szabályt ír elő, amelyet nemzetünk hivatalos szerveinek általában követniük kell", és "tiszteletet kell parancsolnia az Egyesült Államok kihallgatóinak, függetlenül attól, hogy a vizsgált személy által ésszerűen feltett büntetőeljárás belföldi vagy külföldi").

Az a tény, hogy az amerikai kormány ~~kat~~ fogolytáborokba zárta őket, a joghatóság közösségi alapú értelmezése szerint még ezeket a nem állampolgárokat is a szövetségi bíróságok joghatósága alá kell vonnia.

Kenneth Anderson a közelmúltban egy közösségi alapú megközelítéssel érvelt amellett, hogy a fogvatartottakat nem "bűnözőknek", hanem "ellenségeknek" kell minősíteni, akiket az amerikai közösségen kívülinek kell tekinteni, és ezért az amerikai törvények védelmén kívülinek kell tekinteni.⁹⁴² Ennek megfelelően - érvel Anderson - a katonai bizottságok a megfelelő fórum az ilyen fogvatartottak bíróság elé állítására. Az Anderson érvelésének számos erkölcsi vagy politikai okától eltekintve,⁹⁴³ a jogalkalmazás kozmopolita pluralista megközelítése - még ha feltételezzük is, hogy a fogvatartottak az amerikai ~~közön~~ kívülinek tekintendők - a fogvatartottaknak még mindig tagságot biztosítana a közösségi hovatartozás valamilyen más mátrixában, beleértve a nemzetközi igazságszolgáltatás közösségét is. Ezért az ilyen külső ellenségek perének megfelelő fóruma egy nemzetközi bíróság lenne, nem pedig egy amerikai katonai bíróság. Ezen túlmenően, ha a végrehajtó hatalomnak engedélyezzük, hogy egyoldalúan meghatározza, ki tartozik a hazai közösséghez, és ki az ellenség, az még a közösség tagjait is megfosztja a tagsági jogaitól, mivel mindig fennáll a veszélye annak, hogy a ~~közön~~ való tartozásukat az elnök szeszélye folytán megszünteti, amint azt a *Hamdi* ügy is mutatja. Amint azt fentebb tárgyaltuk, a jogi normák nem-territoriális megközelítésében az amerikai alkotmányos követelmények követik az amerikai kormányzati szereplőket, bárhová is mennek; így a katonai bizottsági eljárásnak, még ha az USA területi határain kívül tartják is, az alkotmányos előírásoknak és a nem katonai bírói felügyeletnek kell alávetnie magát.

Végezetül, bár az elnök által javasolt katonai bizottságok⁹⁴⁴ alkalmazását tekinthetjük a kozmopolita pluralista keretek között tervezett joghatóság-teremtés példájának, mint mindig, itt is felmerül az elismerés ~~kérdése~~ Az, hogy mások hosszú távon hajlandók lesznek-e elfogadni egy ilyen bíróságot, attól függ, hogy képes lesz-e meggyőzni másokat normáinak és eljárásainak legitimitásáról. Valóban, jobb vagy rosszabb esetben, a katonai

⁹⁴² Lásd Kenneth Anderson, *Mit tegyünk Bin Ladennel és az al-Kaida terroristáival?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States Policy on Detainees at Guantanamo Bay Naval Base*, 25 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 591, 609-11 (2002) (azzal érvelve, hogy az amerikai kerületi bíróságok, amelyek a bűncselekményt "a hazai jogrendtől való eltérésként" kezelik, alkalmatlanok azoknak a kezelésére, akik nem bűnözők e rend keretein belül, hanem annak ellenségei).

⁹⁴³ Lásd pl. Anne-Marie Slaughter, *Beware the Trumpets of War: A Response to Kenneth Anderson*, HARV. J.L. & PUB. POL'Y 965, 966 (2002) (azzal érvelve, hogy "Anderson visszafordítaná az elmúlt fél évszázad egyik legfontosabb jogi fejleményét - a nemzetközi jog individualizációját").

⁹⁴⁴ Lásd a 2001. november 13-i katonai parancsot, 66 Fed. Reg. 57,833, § 1(e)-(f) (2001. november 16.) (amely katonai bíróságok előtti tárgyalásokat ír elő, számos, az Egyesült Államok alkotmánya vagy a nemzetközi jog által garantált eljárási védelem nélkül).

megbízások egy újabb példa arra, hogy a joghatóságra vonatkozó kijelentések hogyan nyitnak teret a vitának. Ebben az esetben a katonai joghatóság megteremtése vált a viták gyújtópontjává.⁹⁴⁵ A törvényszékeket mind a hazai alkotmányos⁹⁴⁶, mind a nemzetközi⁹⁴⁷ jog szerinti legitimitásukkal szemben komoly támadások érik. Emellett továbbra sem világos, hogy más országok hajlandóak lesznek-e kiadni a gyanúsítottakat, tekintettel a ~~törvényszékek~~ korlátozott tisztességes eljárásjogi védelmére és az esetleges halálos ítélet lehetőségére.⁹⁴⁸ Továbbá, valószínűleg látni fogjuk, hogy a közösségek - beleértve a nemzetállamokat, vallási szervezeteket, transznacionális nem kormányzati szervezeteket és másokat - nem értenek egyet a javasolt bizottságokkal, és a diplomáciai nyomás különböző formáit, valamint a transznacionális lobby- és aktivista erőfeszítéseket használják fel a joghatósági érvényesítés ellen. A kormányzat már minősítette a bizottságokat engedélyező eredeti rendeletet,⁹⁴⁹ és úgy tűnik, hogy ezek a minősítések a már megfogalmazott kritikák némelyikének megválaszolására irányulnak. Végül soron, még egy olyan ország is, amely katonai szempontból olyan erős...

⁹⁴⁵ *Vö.* Dickinson, *supra* note 521 (azzal érvelve, hogy a katonai bizottságok sértik az amerikai és a nemzetközi jogot, míg a többoldalú jogi eljárás az USA stratégiai érdekeit szolgálja, és különböző lehetőségeket javasol a nemzetközi komponens bevezetésére az elszámoltatási folyamatba), Harold Hongju Koh, *The Case Against Military Commissions*, 96 AM. J. INT'L L. 337 (2002) (a katonai bizottságok alkalmazása ellen érvel, és az Egyesült Államok területén elkövetett terrorista cselekményekkel kapcsolatos amerikai belföldi büntetőpereket támogatja), *valamint* Slaughter, *supra* note 943a nemzetközi bíróságok alkalmazását támogatja), Anderson, *supra* note 942 (a katonai bizottságoknak a guantánamói haditengerészeti bázison fogvatartottak tárgyalására vonatkozó hatáskörét védelmezi), Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *The Constitutional Validity of Military Commissions*, 5 GREEN BAG 2D 249 (2002) (védelmezve az elnök azon hatáskörének alkotmányosságát, hogy a szeptember 11-i támadásokban részt vevő terroristák felett joghatósággal rendelkező katonai bíróságokat hozzon létre), *valamint* Ruth Wedgwood, *Al Qaeda, Terrorism, and Military Commissions*, 96 AM. J. INT'L L. 328 (2002) (érvelve emellett, hogy a katonai bizottságok joghatósága az Al-Kaida terroristái felett érvényes).

⁹⁴⁶ *Lásd pl.* Neal K. Katyal & Laurence H. Tribe, *Waging War, Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals*, 111 YALE L.J. 1259 (2002) (azzal érvelve, hogy az elnöknek nincs alkotmányos felhatalmazása arra, hogy megtagadja az alkotmányos jogokat a katonai bíróság elé állított személyektől, ha nincs közvetlen veszély a nemzetre vagy az alkotmányra nézve).

⁹⁴⁷ *Lásd pl.* , Koh, *Supra* note 945, 338-39. o. (jelezve, hogy a bíróságok megsértik a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányát, *Supra* note 902, és a Harmadik Genfi Egyezményt, Genfi Egyezmény a hadifoglyokkal való bánásmódról, 1949. augusztus 12., 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135). Bár a Védelmi Minisztérium által a javasolt bizottságokra vonatkozóan kihirdetett szabályzat, Military Commission Order No. (1Mar. 2002

2002 21,

[a továbbiakban: Military Commission Order],

<http://www.defenselink.mil/news/mar2002/d2002o32lord.pdf>, foglalkozik az amerikai alkotmányos és nemzetközi jog szerinti kifogások némelyikével, további vizsgálat esetén a Védelmi Minisztérium szabályzatai által közvetített "jogok" egyáltalán nem érvényesíthető jogok, *lásd pl.* Dickinson, *Supra* 521. lábjegyzet, 1416-18. o. (a szabályzat elégtelenségének leírása).

⁹⁴⁸ Dickinson, *fenti* jegyzet, 521,1450-52. o.

⁹⁴⁹ *Lásd* Anderson, *Supra* note 942, 592-93. o. ("[T]he Bush Administration moved to mollify opponents by promising additional regulations outlining the actual procedures for the military commissions (to be drafted by the General Counsel of the Department of Defense.); see also Military Commission Order, *Supra* note 947 (előírja a katonai bizottságok előtti tárgyalások eljárásait).

Az Egyesült Államok a normák kialakításában összehangolt ellenállással találhatja magát szemben (ahogyan az Egyesült Államok is szembesült azzal, amikor az új Nemzetközi Büntetőbíróság előtt az amerikai békefenntartók állandó mentességéhez akart ragaszkodni).⁹⁵⁰ A lényeg az, hogy a joghatóság pusztá érvényesítése önmagában még nem teszi az érvényesülést legitimé - a joghatóságot érvényesítő szervnek mindig meg kell győznie másokat.

C. A kibertérjog és a nemzetközi jog konvergenciája a transznacionális szokásjogi normák kialakításában

Amint azt az offshore weboldalak és a parton kívüli katonai bizottságok közötti fogalmi kapcsolat is jelzi, a ~~globális~~ ~~inter~~ ~~koz~~ ~~mopolita~~ pluralista felfogása lehetővé teszi számunkra, hogy meglássuk, hogyan közelednek egymáshoz a kibertér jogi kérdései és a ~~mind~~ ~~köz~~ jog. 1995 óta a kibertér-jog teoretikusai fontolóra vették annak lehetőségét, hogy az online interakciók terjedése utat nyithat a lex mercatoria újjáéledésének, amelynek során több ezer egyedi tranzakció lassan a szokásjog egy olyan formájává szilárdul, amelyet végül állami szuverén jogként fogadnak el. E megközelítés talán legrészletesebb megfogalmazása Graeme Dinwoodie anyagi jogi módszerének alkalmazása a jogválasztás kérdéseire.⁹⁵¹ Dinwoodie kifejezetten a lex mercatoria mellett érvel, azt ⁹⁵²javasolva, hogy a több államot érintő ügyekben a bírói szerepnek ugyanúgy lehetővé kell tennie a szokásjog fejlődését, mint a belföldi ügyekben.⁹⁵³ Definíció szerint a több közösséget érintő ~~gy~~ ~~azt~~ jelenti, hogy több norma is alkalmazható lesz. Ahelyett, hogy mechanikus jogválasztási szabályokat alkalmaznánk a normák egyik vagy másik csoportjának kiválasztására, Dinwoodie amellet érvel, hogy a bíróságok számára lehetővé kell tenni, hogy e normák ötvözéséből megfelelő szabályt alakítsanak ki.

Ironikus módon a jog kialakításának ez az "alulról felfelé" irányuló, a lex mercatoria-ban megtestesülő felfogása volt a Nyugat-félsziget előtti nemzetközi jog. Bár a Vesztfália óta eltelt évszázadokban egy államvallásosabb felfogás uralkodott, a nemzetközi jog egyre inkább az állami ~~gy~~ ~~gyengébb~~ felfogását fogadja el. Amint azt korábban tárgyaltuk, az egyetemes és a transznacionális joghatóság,

⁹⁵⁰ *Lásd pl. Serge Schmemmann, U.S. Peacekeepers Given Year's Immunity from New Court*, N.Y. TIMES, July at 13,2002,A3 ("A vita azonban az első nyilvános akaratpróbává alakult egy magányos szuperhatalom kormánya között, amely általában gyanakvó a multilaterális intézményekkel szemben, és egy kisebb nemzetek garmadája között, amely egyre inkább az ilyen szervezeteket keresi."); *lásd még id.* (idézve egy európai diplomata mondását, miszerint "az Egyesült Államok megtanulta, hogy nem tud hangosan kiabálni és mindenkit megmozdítani").

⁹⁵¹ *Lásd fentebb a II.G. részt* (a pozitív jog helyett a szokásjogi normáknak megfelelő vitarendezésre irányuló transznacionális jogrendszer kialakulására utalva).

⁹⁵² *Lásd a 359. lábjegyzetet* (a lex mercatoria leírása, mint a transznacionális kereskedőkre irányadó hibrid gyakorlat).

⁹⁵³ *Lásd Dinwoodie, Supra 323. lábjegyzet, 548. o.* (azzal érvelve, hogy a különböző nemzetek jogai közötti középutat a szokásjogon keresztül kell keresni).

bár ellentmondásosak, de az emberi jogok területén is hivatkoztak rájuk.⁹⁵⁴ Ezen túlmenően számos egyes ország hajlandónak mutatkozott arra, hogy szuverén ítélkezési jogkörének egyes aspektusait transznacionális vagy nemzetközi szerveknek adja át, legyen szó nemzetközi bíróságról, mint például az Európai Bíróság, vagy közigazgatási szervről, mint például a WTO. Eközben a transznacionális üzleti tevékenységet folytató magánfelek gyakran mellőzik a felek bármelyikének nemzetállami jogát, és ehelyett a nemzetközi üzleti közösség normáit választják, amelyeket az áruk nemzetközi adásvételi szerződéseiről szóló ENSZ-egyezmény testesít meg.⁹⁵⁵ Bár a területiség és a nemzetállami szuverenitás valószínűleg nem fog eltűnni a belátható jövőben, az államról alkotott hagyományos kép változhat. Az állam ügynökségei most már valószínűleg hálózatokban kapcsolódnak a magánszereplőkhöz, valamint a nemzetközi vagy transznacionális ügynökségekhez. A kormányok, a nem kormányzati szervek és (néha) a transznacionális vállalatok vegyes koalíciói segítenek majd újraértelmezni a kormány szerepét. Röviden, a globális hálózatok összetettebbé válnak. "[A]z irányítás kiterjedt hálózati együttműködést fog igényelni, és a hierarchikus szabályok valószínűleg kevésbé lesznek hatékonyak."⁹⁵⁶ Ebben a megváltozott keretben a köz- és a nemzetközi magánjog közötti régi különbségtétel gyorsan erodálódik.

Így, ahogy a kiberjogászok egyre inkább elismerik a szuverén államok szabályozó szerepét, és a nemzetközi jog egyre inkább elismeri a nem állami entitások szokásjogi normák kialakításának fontosságát, a kiberjog hagyományos, alulról felfelé irányuló normateremtésre és a nemzetközi jog hagyományos, szuverén államok által megfogalmazott, felülről lefelé irányuló normákra való összpontosítása egyaránt gyengül. Ráadásul úgy tűnik számomra, hogy a két terület közeledik egymáshoz a joghatóság területén. Ezt a konvergenciát pedig a kozmopolita pluralista elveken alapuló transznacionális common law jogrendszer fejlődése hajtja.

Egy ilyen transznacionális közös jog számos különböző formát ölthetne. Már említettem Graeme Dinwoodie javaslatát, miszerint a hazai bíróságok a több államot érintő jogviták értelmezésekor kifejezetten a nemzetközi normákra tekintenek.⁹⁵⁷ Anne-Marie Slaughter hasonló megfontolásokat figyelt meg.

⁹⁵⁴ Lásd fentebb az I.I. részt (az emberi jogi jogvitákban a joghatóság kiterjesztő érvényesítésének megvitatása).

⁹⁵⁵ Ápr. 148911,1980, U.N.T.S. 3.

⁹⁵⁶ Robert O. Keohane & Joseph S. Nye Jr., *Bevezetés*, in GOVERNANCE IN A GLOBALIZÁLÓ VILÁG, lásd a704,1, fenti megjegyzést. 19.

⁹⁵⁷ Dinwoodie anyagi jogi módszerének alkalmazása, akárcsak a joghatóság világpolgári pluralista felfogása, szintén az előíró hatalom több, egymást átfedő szférájának gondolatán alapul. Lásd Dinwoodie, *Supra* 323. lábjegyzet, 551 n.252. pont (azt állítva, hogy egyetlen ország törvényei sem rendelkeznek kizárólagos alkalmazással olyan nemzetközi kontextusokban, ahol több ország törvényei szólnak egy anyagi jogi kérdéstről).

nomena némileg kevésbé explicit módon fordul elő az általa "igazságügyi globalizációnak" nevezett fejlődésben.⁹⁵⁸ Ezek a transznacionális bírósági interakciók magukban foglalják a "bírói komitívitás" kialakulását a transznacionális peres eljárásokban, az alkotmányos kölcsönös megtermékenyítésre irányuló kezdődő erőfeszítéseket, valamint a bírák közötti növekvő személyes találkozókat a világ minden táján.⁹⁵⁹

Bár a komitívitas mint nemzetközi jogi fogalom már régóta létezik, a bírói komitívitas nem csupán a külföldi jog vagy a külföldi nemzeti érdekek, hanem a külföldi bíróságok iránti tiszteletet is tükrözi, és azzal a felismeréssel jár együtt, hogy a külföldi bíróságok "egyenrangúak a bírászkodás globális feladatában".⁹⁶⁰ A bírói komitívitas e típusának gyökereit az Egyesült Államokban már az 1987-es *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court ügyben* Blackmun bíró különvéleményében láthatjuk.⁹⁶¹ Ebben a véleményben Blackmun bíró a comity egy erős formáját fogalmazta meg, "amelynek értelmében a bírósági határozatok a kölcsönös tolerancia és jóakarati rendszerszintű értékét tükrözik".⁹⁶² Ebben az elképzelésben a bírák a nemzetközi normarendszernek tartoznak hűséggel, nem csupán a saját nemzeti joguknak.⁹⁶³ És amikor több norma között konfliktus áll fenn, "a bíróságnak olyan ésszerű megoldást kell keresnie, amely mindkét jogrendszer központi szempontjait összeegyezteti".⁹⁶⁴ Hasonlóképpen, egy újabb ügyben a Second Circuit úgy döntött, hogy egy amerikai diszkriminációs jogszabály "nemzetközi együttműködést irányoz elő, és ez az együttműködés feltételezi a világközösség ítélkező szervei közötti folyamatos párbeszédet [sic]".⁹⁶⁵ Ez a kijelentés egyrészt azért különleges, mert a "világközösség ítélkező testületeire" való összpontosítása látszólag túllép az egyes területi bíróságokon, másrészt pedig azért, mert a bíróságok közötti párbeszédet hangsúlyozza a pusztai tiszteletadás helyett. Így tehát "a passzív elfogadástól" a "passzív bírósági

⁹⁵⁸ Lásd Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 VA. J. INT'L. 1103, 1104 (2000) (az igazságügyi kölcsönhatások "változatos és kusza folyamatát" írja le, amely több nemzetet érint).

⁹⁵⁹ Lásd *id.* 1112-23. o. (a nemzeti bíróságok közötti "horizontális" kapcsolatok leírása az igazságügyi globalizáció példjaként).

⁹⁶⁰ *Id.* at 1112-13.

⁹⁶¹ 482 U.S. (522,1987547).

⁹⁶² *Id.* at (555Blackmun, J., részben egyetért, részben nem ért egyet).

⁹⁶³ Ahogy Breyer akkori főbíró írta, a bírák számára a megfelelő kérdés az, hogy "hogyan segíthetjük elő, hogy a világ jogrendszerei együtt, harmóniában, és ne egymásnak ellentmondva működjenek". *Howe kontra Goldcorp Invs., Ltd.*, F946.2d (944,1st 950Cir. 1991).

⁹⁶⁴ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*, 482 U.S. at 555; lásd még Dinwoodie, *supra* note at 323, n51.252 ("[C]hoice of law methods fail to recognize ... that the limits of prescriptive jurisdiction should be set by a claim to have some but not exclusive application to a set of facts. Az anyagi jogi módszer azáltal, hogy mindkét jognak előíró hatályt biztosít, lehetővé teszi e normatív korlátozás elismerését.". (zárójelek elhagyva)).

⁹⁶⁵ *Euromepa S.A. kontra R. Esmerian, Inc.*, F51.3d (1095,2d1 101 Cir. 1995).

ceptance-tól az aktív interakcióig, a negatív comitytól a pozitív comityig."⁹⁶⁶ Ráadásul legalábbis van némi bizonyíték arra, hogy az ilyen párbeszéd gondolata nem pusztán retorikai sallang, hanem gyakorlati valóság. Például a csődjogban a bírák egyre gyakrabban kommunikálnak közvetlenül egymással a transznacionális fizetésképtelenségi kérdések megoldása érdekében, még nemzetközi szerződések vagy iránymutatások hiányában is.⁹⁶⁷ A *Yahoo!* ügyben a bíróságok bármelyike vagy mindkettő olyan szabály kialakítására törekedhetett volna, amely megpróbálta volna egyensúlyba hozni a szólásszabadsággal kapcsolatos aggályokat és a kialakulóban lévő nemzetközi emberi jogi normákat. Egy ilyen szabály segíthetett volna a jövőbeni bírósági, törvényhozói és nem kormányzati szabályozási tevékenységeket keretbe foglalni hasonló kérdésekben szerte a világon.⁹⁶⁸

A jogi kölcsönös megtermékenyítés szintén nem új jelenség (különösen a birodalmi hatalmak és gyarmataik között),⁹⁶⁹ de az elmúlt évtizedben megnőtt a bíróságok (különösen az Egyesült Államokon kívüli bíróságok) hajlandósága arra, hogy külföldi anyagokat használjanak fel az alkotmányos normák értelmezéséhez. Például, ahogy egy brit tudós megjegyezte, "[s]everal senior members of the

⁹⁶⁶ Slaughter, *Supra* note at 958, 1114.

⁹⁶⁷ Például a Maxwell Communication Corporationot érintő egyidejű fizetésképtelenségi eljárásokban az Egyesült Államok és Nagy-Britannia bírái egyaránt kijelöltek ügyintézőket, akik közös eljárásokat dolgoztak ki, amelyeket aztán mindkét bíróság által jóváhagyott "jegyzőkönyvben" foglaltak össze. *Lásd* Maxwell Communication Corp. v. Barclays Bank, 170 B.R. 800, 802 (Bankr. S.D.N.Y. 1994) ("Az angliai közös vagyonfelügyelők és a New York-i vizsgáló, mindkét bíróság joghatósága alá tartozók, az ügyintézés . . . példátlan együttműködésben végezték egymással."); *lásd még* Lore Unt, *International Relations and International Insolvency Cooperation: Liberalism, Institutionalism, and Transnational Legal Dialogue*, 28 LAW & POL'Y INT'L BUS. 1037, 1073-84 (1997) (az amerikai és a brit bíróságok közötti kommunikáció leírása a *Maxwell Communication* során). *Lásd általában* Jay Lawrence Westbrook, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, 65 AM. BANKR. L.J. 457, 461 (1991) (azt állítva, hogy "majdnem egyhangú egyetértés" van a multinacionális pénzügyi viták együttműködő, központi fórumon történő rendezése tekintetében). Természetesen a bíróságok közötti kapcsolatok nem mindig lesznek ilyen szívélyesek. *Lásd pl.* Slaughter, *Supra* 958. lábjegyzet, 1114-15. o. (példákat hozva a különböző joghatóságok bírái közötti konfliktusokra). Mindazonáltal, még ha a bírák vitatkoznak is az irányadó eljárásokról és normákról, az így kialakuló bírói párbeszéd hasznos fórumot teremt a transznacionális szokásjog idővel történő fejlesztéséhez.

⁹⁶⁸ Mivel az államilag szentesített bíróságok definíció szerint saját nemzetállamuk teremtményei, azt gondolhatnánk, hogy a külső normák bármilyen alkalmazása illegitim. Ha azonban (mint a kontraktuális modellben) a bíróságok legitimitásukat végső soron a néptől nyerik, fontos felismerni, hogy "a nép" kozmopolita állampolgár, akinek több, egymást átfedő kötelessége van, és ezek közül sokan túlmutatnak a nemzetállamon. Ráadásul - legalábbis az Egyesült Államokban - a nemzetek közötti jog az amerikai common law alapja. *Lásd például*, *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900) ("A nemzetközi jog a mi jogunk része, és ... a civilizált nemzetek szokásaihoz és szokásaihoz kell folyamodni").

⁹⁶⁹ *Lásd* Anthony Lester, *The Overseas Trade in the American Bill of Rights*, COLUMBIA L. REV. 537, 537-41 (1988) (annak leírása, hogy a jogi gondolatok, amelyeket a az amerikai alkotmány befolyásolta az Emberi és Polgári Jogok Francia Nyilatkozatának kidolgozását, amely végül a birodalmi uralom révén más kontinensekre is áterjedt).

a brit bírói kar a közelmúltban azt sugallta, hogy ... egyre inkább hajlandóak más demokratikus nemzetek alkotmányos értékeinek meggyőző tekintélyt adni, amikor olyan kétértelmű törvényi vagy szokásjogi rendelkezésekkel foglalkoznak, amelyek hatással vannak a polgári szabadságjogok kérdéseire".⁹⁷⁰ Még az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának néhány jelenlegi bírása is kijelentette, hogy hajlandó a külföldön hozott ítéleteket meggyőző tekintélyként figyelembe venni.⁹⁷¹ Az *Atkins kontra Virginia* ügy, amelyben a Bíróság alkotmányellenesnek nyilvánította a szellemi fogyatékosok kivégzését,⁹⁷² jól példázza, hogy a transznacionális normák miként alakulhatnak ki, majd szilárdulhatnak meg az állami jogban. 1994, Blackmun bíró híres különvéleményt fogalmazott meg a certiorari elutasításával kapcsolatban egy halálbüntetéses ügyben, amelyben határozottan kijelentette, hogy "a halálbüntetéssel kapcsolatos kísérlet megbukott", és kijelentette, hogy nem fog többé "bütykölni a halál gépezetén".⁹⁷³ Bár más bíró nem csatlakozott Blackmun véleményéhez, Blackmun különvéleményének szövegét később a dél-afrikai alkotmánybíróság a halálbüntetést tiltó határozatában meggyőző erővel használta fel.⁹⁷⁴ Az amerikai Legfelsőbb Bíróság *Atkins*-határozata viszont részben a halálbüntetés elleni növekvő nemzetközi konszenzusra támaszkodott, amely konszenzus magában foglalta a dél-afrikai alkotmánybíróság döntését is.⁹⁷⁵

⁹⁷⁰ Ian Loveland, *A rasszista erőszak kriminalizálása?*, in *A SPECIAL RELATIONSHIP? AMERICAN INFLUENCES ON PUBLIC LAW IN THE UK* 253, 275 (Ian Loveland szerk., 1995).

⁹⁷¹ *Lásd pl. Sandra Day O'Connor, Broadening Our Horizons: Why American Lawyers Must Learn About Foreign Law*, FED. LAW., Sept. 1998, at 20, 20 ("A Legfelsőbb Bíróságon szerzett tapasztalataimból tudom, hogy gyakran van mit tanulnunk más jogrendszerektől."); Eliza-beth Greathouse, *Justices See Joint Issues with the EU*, WASH. POST, 1998. július 9., A24. o. (idézi O'Connor bírót, aki kifejezte hajlandóságát arra, hogy konzultáljon az Európai Bíróság döntéseivel, "és talán felhasználja és idézi azokat a jövőbeni döntésekben"); *id.* (idézi Breyer bíró nyilatkozatát, miszerint "[l]awyers in America may cite an EU decision to our court to further a point and this increases the cross-fertilization of U.S.-EU legal ideas"). Az alsóbb fokú bíróságok bírái közül Calabresi bíró talán élen járt a külföldi ~~sax~~ felkarolásában, megjegyezve, hogy az Egyesült Államok már nem rendelkezik "az alkotmánybírósági felülvizsgálat monopóliumával", és azzal érvelve, hogy "[w]ise szülők nem haboznak tanulni gyermekeiktől". *United States v. Then*, 56 F.3d (464,2d469 Cir. 1995).

⁹⁷² 122 S. Ct. 2242, (22522002).

⁹⁷³ *Callins kontra Collins*, U.S. (1141,1994)1145 (Blackmun, J., más véleményen).

⁹⁷⁴ *State v. Makwanyane*, 1995 (3) SALR 391, 422 (CC) (utalva "az Egyesült Államokban tapasztalt nehézségekre egy olyan rendszer [a halálbüntetés] kialakítása során, amely elkerüli az önkényt és a késedelmeket", és idézve *Callins-t*); *lásd még id.* 456. o. (Ackermann, J., 456. o.) (elfogadva és támogatva Blackmun bíró nézeteit); *id.* at (471) Kentridge, Acting J.) (hivatkozva Blackmun bíró *Callins-ügyben* megfogalmazott különvéleményére); *id.* at 491 (Mahomed, J.) (egyetértve Blackmun bíróval, hogy az önkényesség "az eljárás velejárója").

⁹⁷⁵ *Lásd Atkins*, 122 S. Ct. at 2249 n.21 ("Ráadásul a világközösségen belül a szellemi fogyatékos elkövetők által elkövetett bűncselekményekért kiszabott halálbüntetés impozícióját túlnyomórészt helytelenítik". (idézve az Amicus Curiae Európai Unió 4. sz. levélét, *McCarver v. North Carolina*, 533 U.S. 975 (2001) (No. 00-8727) (a dél-afrikai alkotmánybíróság döntésének elismerése), WL2001 at 648609,*8 n.9)).

A transznacionális normák figyelembevételére való növekvő hajlandóság részben abból eredhet, hogy a világ minden tájáról érkező bírák között egyre több a személyes találkozás. Az alapítványok és a kormányok által a legkülönbélebb "jogállamisági" programoknak nyújtott finanszírozás, beleértve a bírói szemináriumokat, képzési programokat és oktatási anyagokat, fórumot biztosítottak az interakcióra.⁹⁷⁶ Emellett maguk a bírák is szerveztek találkozókat a világ minden tájáról érkező kollégáikkal. Az elmúlt években például a Legfelsőbb Bíróság bíráinak több delegációja találkozott Franciaország, Németország, Anglia és India vezető jogászaival.⁹⁷⁷ O'Connor, Kennedy, Ginsburg és Breyer bírák 1998, Brüsszelbe utaztak, hogy találkozzanak az Európai Bíróság (EB) bíráival, 2000-ben⁹⁷⁸ pedig az EB több tagja látogatást tett a Legfelsőbb Bíróság bíráinál Washingtonban.⁹⁷⁹ Másol az európai alkotmánybírók bírái az 1980-as évek óta két-háromévente találkoznak, azóta⁹⁸⁰ világszerte tartanak Common Law Judiciary Konferenciákat, Amerikában⁹⁸² és a Baltikumban pedig 1995,⁹⁸¹ hivatalos transznacionális bírói szervezeteket hoztak létre.⁹⁸³ Kevésbé hivatalos találkozókat hívtak össze különböző segélyszervezetek, nem kormányzati szervezetek és jogi iskolák is.⁹⁸⁴ Rehnquist főbíró és az Egyesült Államok Bírói Konferenciája emellett létrehozta a Nemzetközi Igazságügyi Kapcsolatok Bizottságát, amelynek kimondott célja, hogy "koordinálja a szövetségi igazságszolgáltatás kapcsolatait a külföldi igazságszolgáltatással, valamint a nemzetközi igazságügyi kapcsolatokban, valamint a nemzetközi igazságügyi kapcsolatokban és a nemzetközi igazságügyi kapcsolatok kialakításában és ex

⁹⁷⁶ Lásd pl. Jacques deLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, U20. PA. J. INT'L ECON. L. 179, 184-93 (1999) (kormányzati és nem kormányzati jogállamisági programok áttekintése); Joseph P. Nadeau, *Judges Abroad, Algeria 2001: Quest for Democracy*, JUDGES J., Summer 2001, 38., 38-40. o. (egy bíró részvételének leírása egy Algírban tartott, az Egyesült Államok Nemzetközi Fejlesztési Ügynöksége, valamint több alapítvány és nem kormányzati szervezet által támogatott érdekvédelem képzési programban).

⁹⁷⁷ Slaughter, *Supra* note at 958, 1120.

⁹⁷⁸ *Id.*

⁹⁷⁹ *Id.*

⁹⁸⁰ *Id.*

⁹⁸¹ *Tíz általános jogrendű ország bírái ötnapos konferencián találkoznak Washingtonban*, INT'L JUD. OBSERVER, June 1997, at 1, 1; *Justices, Judges from Common Law Countries Meet in Williamsburg and Washington*, INT'L JUD. OBSERVER, Sept. 1995, 1, 1.

⁹⁸² Lásd Slaughter, *Supra* 958. lábjegyzet, 1120. o. (az Amerikai Legfelsőbb Bíróságok Szervezete létrehozásának és küldetésének leírása).

⁹⁸³ Lásd Rait Maruste, *Észtország: Leading Central Europe in Judicial Reform*, INT'L JUD. OBSERVER, 1996. január, 2., 3. o. ("Észt bírák csatlakoztak lett és litván kollégáikhoz, hogy megalakítsák a Balti Államok Bíráinak Szövetségét").

⁹⁸⁴ Lásd Slaughter, *Supra* note, 958, 1121-22. o. (a különböző nem kormányzati szervezetek és jogi egyetemek nemzetközi kapcsolatépítő erőfeszítéseit említve).

a jogállamiság és az igazságszolgáltatás tiszteletben tartását.⁹⁸⁵ Az igazságszolgáltatás tudatosságának világszerte történő előmozdítására irányuló ilyen erőfeszítések segíthetnek a bírácoknak abban, hogy munkájukat egy közös transznacionális vállalkozás részeként lássák.

Az "igazságügyi globalizáció" ezen formái nem merítik ki a transznacionális normák keletkezésének lehetséges módjait. Például a joghatóság kozmopolita pluralista megközelítése megpróbálhatná figyelembe venni a többszörös közösségi hovatartozást, mind a kibertérben, mind általánosabban a nemzetközi jogban, azáltal, hogy megpróbálja biztosítani, hogy a konfliktus megoldására felkért jogi döntéshozók között mindig legyenek a konfliktusban képviselt különböző normatív közösségek tagjai. Ez valójában nem új gondolat. Az angol jog 1190-től 1870-ig az úgynevezett "vegyes esküdtszéket" vagy "jury *de medietate linguae*"-t használta, amelyben két különböző közösség tagjai ültek egymás mellett, hogy rendezzék a vitákat, amikor a két közösséghez tartozó emberek konfliktusba kerültek.⁹⁸⁶ Sir Edward Coke ezt a gyakorlatot "a szászoknak tulajdonította, akiknek "tizenkét, a jogban jártas férfi, hat angol és ugyanannyi walesi, igazságot szolgáltat az angoloknak és a walesieknek"".⁹⁸⁷ A regionális különbségek azonban nem az egyetlen közösségi eltéréstípus voltak, amelyet a vegyes esküdtszéki ítélezésben felismertek. Vegyes esküdtszékeket használtak zsidók és keresztények,⁹⁸⁸ városi és vidéki lakosok,⁹⁸⁹ valamint kereskedők és nem kereskedők közötti vitákban is.⁹⁹⁰ Az Egyesült Államokban a vegyes esküdtszék szokását Angliából importálták.

⁹⁸⁵ Hon. Michael M. Mihm, *International Judicial Relations Committee Promotes Communication, Coordination*, INT'L JUD. OBSERVER, Sept. 1995, 1, 1.

⁹⁸⁶ Deborah A. Ramirez, *The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury De Medietate Linguae: A History and Proposal for Change*, 74 B.U. L. REV. 777, 781 (1994); lásd még MARIANNE CONSTABLE, *THE LAW OF THE OTHER: THE MIXED JURY AND CHANGING CONCEPTIONS OF CITIZENSHIP, LAW, AND KNOWLEDGE* (81994) (magyarázza a "vegyes esküdtszék és az állampolgárság, a jog és a tudás változó felfogása"). a vegyes esküdtszékek gyakorlata a korai Angliában).

⁹⁸⁷ CONSTABLE, *supra* note 986, 17. o. (idézi SIR EDWARD COKE, *THE FIRST PART OF THE INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND* § 234 (1628)).

⁹⁸⁸ Lásd *id.* 18-21. o. (megjegyezve, hogy Angliában a XII. és XIII. században félig zsidó, félig keresztény esküdtszékek tárgyalták a zsidók és nem zsidók közötti pereket); Ramirez, *Supra* note 986, 783-84. o. (azzal érvelve, hogy a vegyes esküdtszékek részben a király azon vágyából eredtek, hogy inkább megóvja a zsidó tőkét, amelyet magas adók és a koronára történő elkobzás terhelte, minthogy azt egy tisztességtelen perben elveszítse a keresztényektől).

⁹⁸⁹ Lásd CONSTABLE, *supra* note 986, 17. o. (egy vidéki lakost érintő perről számol be a XII. századi Londonban, amely megkövetelte, hogy az esküdtek közül legalább egynek "abból a megyéből kell származnia, amelyben az idegen lakik" (idézet kihagyva)).

⁹⁹⁰ Lásd *id.* 23-25. o. (a "vegyes kereskedői esküdtszékek" fejlődésének vizsgálata a korai Angliában); Ramirez, *Supra* 986. lábjegyzet, 784-86. o. (a király külföldi kereskedők iránti tiszteletének elismerése, amely a vegyes esküdtszékek alkalmazását ösztönözte annak érdekében, hogy a kívülállók számára a "méltányosság érzékelését" elősegítse, és vonzza tőkéjüket és áruikat). Valójában a kereskedők számára létrehozott vegyes esküdtszékek nyilvánvalóan segítettek a lex mercatoria létrehozásában, amelyre Dinwoodie koncepciója épül. Lásd CONSTABLE, *Supra* 986. lábjegyzet, 23-25. o. (azzal érvelve, hogy a vegyes esküdtszékek segítettek kialakítani a kereskedőközösség jogi szokásait).

és legalább a huszadik század elejéig használták a telepések és az őslakosok közötti vitákban,⁹⁹¹ valamint más joghatóságok közötti vitákban.⁹⁹² Karl Llewellyn javaslata, miszerint a kereskedelmi viták elbírálásához a kereskedelmi szakértők üljenek bíróságként, hasonló elképzelésen alapul, miszerint a szakosodott közösségek rendelkezhetnek olyan releváns ismeretekkel vagy háttérrel, amelyeket az igazságos ítélethozatalhoz fel kell használni.⁹⁹³ A vegyes esküdtszék alapjául szolgáló elvek pedig ma is megtalálhatók. Valójában az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának az esküdteket érintő döntései részben arra a szükségszerűsége reagálnak, hogy az esküdtszék mind a faji, mind a nemi sokszínűséget tükrözze.⁹⁹⁴ Kifejezettebben szólva, a nemzetközi bíróságok általában több országból származó bírákból állnak, és a közelmúltban tett nemzetközi erőfeszítések a konfliktus utáni helyzetekben a hazai és a nemzetközi bíróságok közötti hibrid bíróságok létrehozására helyi bírakat helyeznek el a nemzetközi bírák mellett.⁹⁹⁵ A vegyes esküdtszék szokását fel lehetne éleszteni és ki lehetne terjeszteni, hogy ösztönözzék a szuverén területi államhatárokon átnyúló normák kialakítását.

Végül, aligha lehet kétséges, hogy a transznacionális bírói, kvázi-kormányzati vagy magánjogi szabályozó testületek szintén forrásai a transznacionális szokásjogi normák kialakulásának. Bár az ICANN-t kritika érte irányító testületének összetétele és a folyamatok átláthatóságának hiánya miatt,⁹⁹⁶ a tevékenységen, nem pedig a területen alapuló hatáskörrel rendelkező szabályozó testület gondolata példa arra, hogy a joghatóság alternatív formái gyakorolhatók és transznacionális jogot fejleszthetnek ki. Hasonlóképpen, a nem kormányzati szervezetek, mint például a tőzsdei változások vagy a kötvény- és részvényminősítő szolgálatok jelentős ~~szabási~~ hatáskört gyakorolhatnak a saját anyagi (nem területi) területükön belül. Bár minden ilyen nem kormányzati szabályozást kritika érhet a jogalkalmazók szemszögéből.

⁹⁹¹ Lásd Katherine A. Hermes, *Jurisdiction in the Colonial Northeast: Algonquian, English, and French Governance*, 43 AM. J. LEGAL HIST. 52, 64-65 (1999) (a vegyes esküdtszéki rendszer bevezetésének tárgyalása a gyardmati Pennsylvania, Rhode Island és Massachusetts államokban).

⁹⁹² Lásd Ramirez, *Supra* 986. lábjegyzet, 790. o. (megjegyezve, hogy "[a]z 1674 és Kentucky 1911, között Maryland, Massachusetts, Pennsylvania, New York, Virginia és Dél-Karolina különböző időpontokban vegyes esküdtszékről rendelkezett").

⁹⁹³ Lásd Wiseman, *Supra* note 827, 512-15. o. (Llewellyn kereskedő-tribunális javaslatának ismertetése).

⁹⁹⁴ Lásd *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 89 (1986) (megtiltva az ügyészeknek, hogy az esküdteket kizárólag faji alapon hívják ki); *J.E.B. v. Alabama*, 511 U.S. 127, 130-31 (1994) (*Batson* kiterjesztése a nem alapuló preemptory challenge-re).

⁹⁹⁵ Az ilyen hibrid bíróságokról lásd: Laura Dickinson, *Transitional Justice in Afghanistan: The Promise of Mixed Tribunals*, 31 DENV. J. INT'L L. & POL'Y (megjelenés alatt, 2003).

⁹⁹⁶ Lásd a fenti megjegyzést és a 147kísérő szöveget (az ICANN-nal kapcsolatos kritikák tárgyalása).

A demokratikus legitimitás szempontjából az⁹⁹⁷ elismerés és a végrehajtás határozatlan jellege azt jelenti, hogy a magánjogi szabályozás mindig kihívások és viták tárgya.

Így a normák bírák, esküdtszékek és nem kormányzati szervezetek általi megfogalmazása része a nemzetközi szokás kialakításának, amely aztán a *lex mercatoria*-hoz hasonlóan beépülhet az állami szuverén jogba. Ily módon a globalizáció és az online kommunikáció olyan folyamatok, amelyek segítik a szokások nemzetállami határokon átnyúló kialakítását. A joghatóság kozmopolita pluralista felfogása által felvetett kihívás a következő: Elismeri-e a jog ezeket és más hasonló fejleményeket, vagy továbbra is terület szerint fogja formálisan felosztani a közösségeket?

KÖVETKEZTETÉS

Majdnem ugyanabban a történelmi pillanatban, amikor a Vesztfáliai béke megalapozta a modern nemzetállam térbeli joghatósági orientációját,

Isaac Newton a térről való gondolkodás új módját is megalapozta.⁹⁹⁸ A fizikai világot élő organizmusként értelmező középkori felfogás helyett

Newton azt állította, hogy a tér "abszolút, mindig hasonló és mozdíthatatlan".⁹⁹⁹ Mind a newtoni, mind a westfáliai térfelfogás a huszadik

századigélt és virágzott.

Newtona fizikai térre vonatkozó matematikai törvények megfogalmazását továbbfejlesztette és finomította, és az univerzumból alkotott elfogadott felfogás részévé vált.

Hasonlóképpen, a jogi joghatóságot meghatározó területi határok, bár gyakran önkényesek, továbbra is abszolút kényszerítő erejűek maradtak.

"[A]n rendíthetetlen hit a rendiség és a törvényesség . [joghatósági] határokba vetett bizalom nemcsak kormányzatunk egyik alapja, hanem minden kormányzás előfeltétele".¹⁰⁰⁰ Ahogy Richard Ford megfigyelte, a joghatósági megállapodások formalitására adott reakciónk "valami olyasmi, mint a tisztelet és az áhítat, amit mi tartalék a természeti jelenségek számára, amelyeket nem tudunk ellenőrizni vagy felfogni."¹⁰⁰¹

Az elmúlt évszázadban Albert Einstein és Stephen Hawking megkérdőjelezte a tér newtoni felfogását, és bevezette a térről alkotott elképzeléseket.

⁹⁹⁷ *Lásd a fenti* 386-89. lábjegyzeteket és a kísérőszöveget (a nem állami szabályozó szervek elfogadhatóságával és folyamataik átláthatóságával kapcsolatos aggályok megvitatása); *lásd még a fenti* 344-53. lábjegyzeteket és a kísérőszöveget (a kvázi-kormányzati szervekkel, például a WTO-val és a WIPO-val kapcsolatos hasonló aggályok megvitatása).

⁹⁹⁸ Ez az analógia a CURTIN, *Supra* note, 5,1-2. pontból származik.

⁹⁹⁹ *Lásd 1. általában* EDWARD NEVILLE DA COSTA ANDRADE, SIR ISAAC NEWTON, SIR ISAAC NEWTON (1954) (Newton életének és a tudományos gondolkodás fejlődéséhez való hozzájárulásának feltárása).

¹⁰⁰⁰ Ford, 470. lábjegyzet, a 851.

¹⁰⁰¹ *Id.*

töredezettség és meghatározatlanság a newtoni modellben.¹⁰⁰² Vajon képesek lennénk-e ugyanezeket az elemeket bevezetni a joghatóságról alkotott felfogásunkba? És ha igen, hogyan nézne ki a világ? A nemzetállamok szükségszerűen összeomlanának? Minden, ami szilárd, a levegőbe olvadna?

Szerintem nem. Ha azt állítjuk, hogy a földrajzi határok és a nemzetállami szuverenitás már nem az egyetlen releváns módja a tér vagy a közösség meghatározásának a modern világban, az nem jelenti azt, hogy tagadjuk, hogy a személyes identitást befolyásoló tényezőként továbbra is fontosak. Sőt, még ha mindannyian kozmopoliták is lennénk Nussbaum értelmében, koncentrikus hűségkörökkel, akkor is legalább az egyik ilyen körbe szinte biztosan beletartozna a földrajzi helyünk, a másikba pedig az a nemzetállam, amelynek állampolgárai vagyunk.

Mindazonáltal, bár ezek az identitások továbbra is fontosak, nem ezek az egyedüli módjai a tér konceptualizálásának vagy a közösséggel való azonosulásnak. A fizikai helyhez vagy a nemzeti identitáshoz való kötődés csak kettő az emberek által megtapasztalható többféle hovatarozás és tagság fogalmából. Mindannyiunk mindennapi életében többféle, változó, egymást átfedő ~~körök~~ rendelkezünk. Számos közösséghez tartozunk. Egyesek lehetnek helyi, mások távoliak, és vannak olyanok is, amelyek a térbeli elhelyezkedéstől függetlenül léteznek.

A joghatóság az a mód, ahogyan a jog e többszörös hovatarozás topográfiáját nyomon követi. A joghatósági érvényesítés kiterjeszti egy közösség uralmát a jogvitában részt vevő felek felett. Ez tehát annak kijelentése, hogy a bíróság előtt eljárók legalábbis valamilyen módon ugyanannak a közösségnek a tagjai, és hogy a bírósági terem fizikai terében megfelelő módon össze lehet őket kötni a konkrét vitás kérdés megoldása érdekében. A joghatóság kinyilvánítása tehát sohasem egyszerűen jogi ítélet, hanem társadalmilag beágyazott, jelentés-előállító aktus. A joghatóságról alkotott elképzelések internalizálódnak, és hozzájárulnak a hely és a közösség társadalmi konstrukciójának alakításához. A helyről és a közösségről alkotott társadalmi elképzelésekkel együtt a joghatósági szabályok is változnak. De ha ez így van, akkor mit kezdünk azzal a ténnyel, hogy a jelenlegi joghatósági rendszerünk olyan kevésbé felel meg a térről, a távolságról, a határokról és a közösségről alkotott kortárs társadalmi elképzeléseknek?

Az online kommunikáció térnyerése és általában a globalizáció erői által támasztott kihívások előtérbe helyezték ezt a kérdést. Az elmúlt évek során többször is felmerültek olyan jogi problémák, amelyek tágran értelmezve joghatósági kérdésként határozhatók meg. Ezek a kihívások, amelyek közül néhányat az I. részben áttekintettünk, nem feltétlenül megválaszolhatóak, de legalábbis azt jelzik, hogy a valóság a

¹⁰⁰² *Lásd pl.* STEPHEN HAWKING, A BRIEF HISTORY OF TIME 55-63, 188-90 (20. évforduló). versary ed. 1998) (a bizonytalansági elv tárgyalása, amely elismeri a kvantummechanika teljes pontosságának lehetetlenségét).

az emberi interakció a jogi joghatóságról alkotott jelenlegi felfogásunk által támasztott korlátok ellenében dörzsölődik. Az átmenet ilyen pillanataiban, amikor a jogi formák alkalmazkodnak a változó társadalmi környezethez, megnyílik a lehetőségek ablaka. Egy rövid pillanatra lehetőségünk nyílik arra, hogy újragondoljuk a bevett igazságokat, és megkérdőjelezzük, hogy egy adott doktrína - még ha még egyszer össze is lehet rakni, hogy működjön - a társadalmi élet változó kontextusában van-e még értelme.

Ebben a cikkben megragadtam a lehetőséget, hogy megkérdőjelezzem a joghatóság alapjául szolgáló domináns feltételezéseket. Ahelyett, hogy az eddig felmerült konkrét joghatósági problémák "megoldásának" legjobb módjára vonatkozó doktrinális kérdésekre összpontosítanék, egy lépést hátraleptem, és egy sor alapvető kérdést tettem fel. Mit jelent társadalmi szempontból a joghatóság érvényesítése? Hogyan kapcsolódnak a joghatóságról alkotott elképzelések ahhoz, ahogyan az emberek a fizikai teret, a területi határokat, a távolságot és a közösséget megtapasztalják? Miért kellene, hogy a nemzetállam legyen az egyetlen szereplő a jogi joghatóságmezőjén? Vannak-e a közösségi hovatartozásnak más formái, amelyeket a jog elismerhetne?

E kérdések feltevése során ez a cikk négy központi ~~hozzér~~ ~~hozzér~~ kínál. Először is, a joghatóság társadalmi jelentését mint ~~füz~~ ~~füz~~ diskurzusterületet azonosítottam, amely egyesíti a kibertérjog, a nemzetközi jog, a polgári eljárásjog és a kulturális elemzés területeit, és hasznos módot nyújt a globalizáció jogrendszerekre gyakorolt hatásának megértéséhez. Az ilyen tanulmányozás lehetővé teszi számunkra, hogy jobban megértsük a tapasztalati világot, amelyen a joghatóság jogi világa leképeződik, és gazdagabb leíró beszámolót tudunk készíteni arról, hogy mit jelent egy jogi szerv számára, hogy joghatóságot érvényesítsen egy vitás ügyben.

Másodszor, azzal érveltem, hogy a meglévő joghatósági modellek nincsenek kellőképpen ráhangolódva a társadalmi jelentés kérdéseire. Ehelyett a legtöbb joghatósági ~~mod~~ ~~mod~~ (mind az Egyesült Államokban, mind máshol) a földrajzi területhez kötődik, és természetesnek veszi, hogy a területileg meghatározott szuverén entitások - a nemzetállamok (vagy a szövetségi rendszerekben az egyes államok) - a közösségi hovatartozás egyetlen lehetséges releváns kategóriája. Mindkét feltevés problematikus, mivel, mint láttuk, a fizikai terület és a földrajzi határok nem feltétlenül az egyetlen, sőt nem is a legmegfelelőbb módja a közösség meghatározásának, és a nemzetállamokra való túlzottan szűkös összpontosítás nem tesz igazságot a világban létező többszörös, egymást átfedő és gyakran nem területi jellegű közösségfelfogásoknak. Így elkezdhetünk alternatív megközelítéseket kidolgozni a joghatósági kérdésekre, amelyek jobban reagálnak azokra a vitatott és folyamatosan változó folyamatokra, amelyek révén az emberek elképzelik a közösségeket és az azokhoz való tartozásukat.

Harmadszor, itt egy ilyen alternatív megközelítést ajánlottam, amelyet én egy

a joghatóság kozmopolita pluralista felfogása. Ez a felfogás tágasabb képet nyújt arról, hogy mi alkotja a releváns joghatósági közösséget - olyat, amely nem korlátozza a földrajzi helyzettel való kapcsolaton alapuló joghatósági állítást, és nem korlátozza a relevánsnak minősülő lehetséges közösségi af- filiaciók körét. Az én joghatósági keretrendszerem természetesen csak egy lehetséges alternatíva, és bizonyára vannak más alternatívák is, amelyek a jövőbeni kidolgozásra várnak. De mellett érveltem, hogy bármelyik ilyen modellnek legalábbis figyelembe kell vennie a joghatóság társadalmi jelentését. Így kevésbé ~~fits~~ hogy mások elfogadják a joghatóságnak ezt a sajátos felfogását, mint inkább az, hogy a jogi joghatóság társadalmi jelentését a diskurzus és a tanulmányozás fontos területének tekintsék. Sőt, még ha el is utasítanánk egy inkább pluralista felfogást, és megtartanánk a jelenlegi joghatósági kereteket, ez a cikk világossá teszi, hogy az a feltételezés, hogy a területi határok és a nemzetállami közösségek valahogyan természetes és elkerülhetetlen alapját képezik a joghatósági szabályok rendszerének, nem járható út. Inkább minden joghatósági rendszert igazolni kell (leíró és normatív értelemben egyaránt), mint a tér szervezésének és a közösségi hovatartozás felfogásának megfelelő módját a mai világban.

Negyedszer, megpróbáltam bemutatni, hogy a joghatóság társadalmi jelentésére való összpontosítás számos doktrinális területet megvilágít, és hogy a joghatósággal kapcsolatos jövőbeli oktatás és tudomány hasznosan orientálódhat nem olyan doktrinális irányvonalak mentén, mint a nemzetközi jog, a jog és antropológia, a kiberjog vagy a polgári eljárásjog. Inkább tematikusabban kell konceptualizálnunk ezeket a kérdéseket, hogy jobban meg tudjunk birkózni e területek konvergenciájával a globalizáció korában.

Végző soron úgy látom, hogy a joghatóság és az ítéletek elismerése gyümölcsöző helyszínek a "helyi", a "nemzeti" és a "globális" közötti kapcsolatról való gondolkodáshoz, valamint annak feltérképezéséhez, hogy az emberek hogyan alakítják ki identitásukat a helyekre és/vagy közösségekre való hivatkozással. Senki sem tudja igazán, hogy a nemzetállam haldoklik-e vagy virágzik, hogy a globalizáció valóban új jelenség-e vagy csak egy nagy felhajtás, hogy az internet dacol-e a területi határokkal, vagy a földrajzi határokat vissza lehet-e írni a ki- bértérbe, hogy a világ szubnacionális konfliktusokra töredezik-e, vagy éppen ellenkezőleg, a globális együttműködés és a nemzetközi kormányzás korszaka felé halad. Vagy talán egy kozmopolita jövő vár ránk, amikor az emberek úgy fogják értelmezni önmagukat, hogy nem a nemzetállamot használják fő vonatkoztatási keretként.

Bármilyen választ is adjunk ezekre a bizonytalan kérdésekre, ezek a jogi joghatóság területén tükröződnek és épülnek fel. És ha figyelmet fordítunk a joghatósági vitákba ágyazott társadalmi jelentésekre, akkor talán megpillanthatjuk, hogy merre tartunk.