

MAGÁNJOGI RENDSZEREK: MIT TANÍTHAT A KIBERTÉR A JOGELMÉLETEKNEK?

THOMAS SCHULTZ*

10 YALE J. L. & TECH. 151 (2007)

ABSZTRAKT

A jogelmélet egyik legátütőbb és legismétlődőbb problémája maga a jog fogalma. És az egyik legrejtélyesebb kérdés, amellyel a kibertér jogászai szembesültek, az, hogy hol és milyen formában található meg a jog az interneten. Ez az esszé e két kérdés között igyekszik hidat verni. A fő érv az, hogy az interneten, pontosabban az eBay (az online piactér) kontextusában és a domainnevek bizonyos aspektusait illetően a normativitás olyan magánjogi szférái találhatóak, amelyek a lex mercatoria-nál is inkább megérdemlik, hogy a magánjogi rendszerek megtestesítőjének tekintsük őket. Ezek a rendszerek termékeny talajt biztosítanak a jogrendszer fogalmával kapcsolatos néhány klasszikus kérdés vizsgálatához, és ezáltal a jog lényegi jellemzőinek átgondolásához. Ez a cikk tehát a jogi pluralizmusnak az internet által nyújtott példák alapján történő megvitatása. E különösen árulkodó példák segítségével olyan kérdéseket világítunk meg, mint a társadalmi és jogi normák közötti különbségtétel, a jogrendszer autonómiája, valamint a jog feltételezett jellemzői, a szupremácia, a területi kizárólagosság és a teljesség.

* A Genfi Egyetem jogi karának tudományos főmunkatársa. Ez a cikk a Cambridge-i Egyetem Lauterpacht Nemzetközi Jogi Kutatóközpontjában 2005-2006-ban végzett posztdoktori kutatómunkája során készült. A Svájci Nemzeti Tudományos Alapítvány és a Holcim Alapítvány a tudományos munka előmozdítására nyújtott támogatást ehhez a kutatáshoz. A szerző köszönetet mond Matthew Kramer professzornak a cikk elkészítésében nyújtott felbecsülhetetlen értékű útmutatásáért.

TARTALOMJEGYZÉK

BEVEZETÉS	153
I. KÉT NORMATÍV RENDSZER AZ INTERNETEN	156
A. DOMAIN NEVEK	157
B. EBAY	159
II. JOGRENDSZEREK VAGY PUSZTA TÁRSADALMI RENDTARTÁSOK? A MÁSODLAGOSSÁG KRITÉRIUMA	163
III. A JOGI SKÁLÁZHATÓSÁG	168
IV. JOGHATÓSÁGI HATÁSKÖRÖK	173
A. ELÉVÜLÉS, ELBÍRÁLÁS ÉS VÉGREHAJTÁS: AZ ELISMERÉS HÁROM EGYMÁST KIEGÉSZÍTŐ SZABÁLYA	173
B. ELŐÍRÓ JOGHATÓSÁG	177
C. ÍTÉLKEZÉSI JOGHATÓSÁG	179
D. VÉGREHAJTÁSI JOGHATÓSÁG	182
V. NEM ÁTFOGÓ, NEM KIZÁRÓLAGOS ÉS NEM LEGFELSŐBB SZINTŰ JOGRENDSZEREK	187
KÖVETKEZTETÉS	193

BEVEZETÉS

A jogelméleti szakemberek gyakran úgy tekintenek az elmúlt évtizedben a jogról és az internetről folytatott gazdag elmélkedésre, mint alig többre, mint múltó intellektuális hóbortra, mint néhány fiatal izgalmára, amelyet ki kellene és végül ki is fog nőni, és úgy érzik, hogy a virtuális online világ egész gondolata ellenkezik a dolgok természetes rendjével. A kiberjog hívei viszont hajlamosak arra, hogy területüket olyan újnak, izgalmasnak, forradalminak és karriert ígérőnek tekintsék, hogy joguk van ahhoz, hogy ne foglalkozzanak a jogról való gondolkodás számos klasszikus módjával, és különösen a jogról való gondolkodás bonyolultabb módjaival. Ez azért sajnálatos, mert az internet a jog normativitásának új példáit kínálja, amelyek gazdagíthatják a jogelméletet, míg a jogelmélet visszatekinthet évszázados fogalmi fejlődésre, amely segíthet a kiberjogászoknak kezelni a változó hatalmi struktúrákkal és az ellenőrzés módozataival kapcsolatos kihívásaikat. Különösen fontosnak, ha nem is kritikusnak tűnik, hogy a jogelméleti szakemberek az internetre tekintsenek, hogy lássák, hogyan világíthatják meg a jog ilyen új alapvető fejleményei a jogrendszerekről való gondolkodásunkat. Azoknak, akik a kibertér irányításával foglalkoznak, és arról gondolkodnak, hogy az internetes tevékenységeket hogyan kell, lehet és kell szabályozni, szintén fontosnak, ha nem is létfontosságúnak tűnik, hogy a klasszikus jogelméletre tekintsenek, és abból az alapvető megfontolásból induljanak ki, hogy mi a jog és a jogrendszer. Ezeket az összefüggéseket azonban eddig alig érintették.

Igaz, már sok állítás elhangzott a a nem állami jog létezése az interneten.¹ Mindazonáltal bárki, aki ilyen állítást tesz - hogy létezik államon kívüli jog -, viseli a bizonyítás terhet, hogy mi lehet a jog, ha nincs kapcsolatban a kormányzattal, és hol található meg.² Ez a teher még nem

¹ Ez lényegében az az érv, hogy a *lex electronica* az internet esetében a *lex mercatoria* megfelelője. A *lex electronica* fogalmáról bővebben, bár néha más terminológiával, lásd például: VINCENT GAUTRAIS, LE CONTRAT ÉLECTRONIQUE INTERNATIONAL ENCADREMENT JURIDIQUE 23 (2002);

Matthew R. Burnstein, *Konfliktusok a neten*: 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 75, 102, 108 (1996); William S. Byassee, *Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real World Precedent to the Virtual Community*, 30 WAKE FOREST L. REV. 197, 219-220 (1996) (a kibertér "autonóm joghatósággá való elkülönülését" említi); Henri Farrell, *Hybrid Institutions and the Law: Outlaw Arrangements or Interface Solutions?*, 23 ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSSOZIOLOGIE 25 (2002); Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'*, 55 U. PITT. L. REV. 993, 1021 (1994); David R. Johnson & David Post, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367, 1389 (1996); Gunther Teubner, *Constitutionnalisme sociétal et globalisation: alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'Etat*, 39 REVUE JURIDIQUE THÉMIS 435, 454 (2005); Leon Trakman, *From the Medieval Law Merchant to E- Merchant Law*, 53 U. TORONTO L.J. 265 (2003); Pierre Trudel, *La lex electronica*, in LE DROIT SAISI PAR LA MONDIALISATION 221, 231 (Charles-Albert Morand szerk. 2001);

Edward J. Valauskas, *Lex Networkia: Az internetes közösség megértése*, 1 FIRST MONDAY, no. 4 (1996), elérhető a <http://www.webcitation.org/5O1UFPZ7H> oldalon.

² Ez a központi érv Simon Roberts, *After Government? On Representing Law Without the State*, 68 MOD. L. REV. 1, 18 (2005) (elutasítja az államon kívüli jog gondolatát, mivel egy ilyen meghatározás nehézségekbe ütközik).

vagy legalábbis nem teljes mértékben teljesítették azok, akik korábban azt állították, hogy az interneten nem állami jog létezik. Ez a cikk tehát éppen erre törekszik: kidolgoz egy működőképes definíciót az államon kívüli jogrendszerek jogára, ezt a definíciót alkalmazza az internetes normatív rendszerek két konkrét esetére, és megnézi, mit tanulhatunk belőle. Más szemszögből nézve a cikk a kibertér szabályozásának egyik központi témáját, nevezetesen a transznacionális magánrendelkezések gondolatát, és a jogelmélet egyik központi témáját, a jogrendszer identitásának kérdését ötvözi.

E tekintetben a cikk egyik fő megállapítása az, hogy léteznek olyan magánrendszerek az interneten, amelyek sokkal egyértelműbben jogi rendszerek, mint a jogi pluralisták által felhozott néhány elsődleges példa. A *lex mercatoria*-t a jogi pluralizmus néhány legtekintélyesebb tudósa úgy ábrázolja, mint "az állam nélküli globális jog legsikeresebb példáját",³ a magánjogi rendszer megtestesítőjeként. Sajnos a *lex mercatoria* egy döntőnek tűnő kritikával szembesül, ami a jogrendszerként való jellemzését illeti: a jogérvényesítéshez továbbra is a nemzeti bíróságokra kell támaszkodnia.⁴ Ahogy Simon Roberts mondaná, "jogszerűsége rutinszerűen alulról, mintegy "lefele", az államba biztosítva van".⁵ A *lex mercatoria* tehát csak olyan tartalmú lehet, amelyet a nemzeti bíróságok megengednek neki.⁶ Feltételezve, hogy csak a hatékony szabályok számítanak, az elismerés végső és döntő szabálya, amely meghatározza, hogy mely magatartási szabályok tartoznak a *lex mercatoria* körébe, a nemzeti bíróságok, a közjogi rendszer kezében van. Más a helyzet az itt tervezett internetes jogrendszerek tekintetében; ezek saját jogérvényesítési struktúráikra támaszkodnak. E cikk két ilyen rendszert vizsgál meg, egyrészt a kibertér szabályozásában betöltött jelentőségük miatt, másrészt pedig azért, mert az itt bemutatandó feltételeket egyértelműen megvalósítják: az egyik az Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) és a domainnevek szabályozása; a másik az eBay elektronikus tranzakciókat szabályozó rendszere.

E két rendszer vizsgálatával kapcsolatban kettős reményem van. Először is, én hozzájárulni annak megértéséhez, hogy mik a magánjogi rendszerek, és hol és hogyan működhetnek. E célból e cikk nagy részét a magánjogi normarendszerek jogrendszerként való elismerésével szembeni néhány fő ellenvetés tárgyalása teszi ki, ahogyan azokat az itt vizsgált esetek felvetik. E tekintetben nagy figyelmet fordítunk arra, hogy a lehető legkevésbé térjünk el az elemzési sémától.

³ Gunther Teubner, "Globális Bukowina": A jogi pluralizmus a világtársadalomban, in: *A jogi pluralizmus a világtársadalomban*.

GLOBALIS JOG ÁLLAM NÉLKÜL 3 (Gunther Teubner szerk., 1997).

⁴ Lásd pl. Lawrence M. Friedman, *One World: Notes on the Emerging Legal Order*, in *TRANSNATIONAL LEGAL PROCESSES* 23, 31, 33 (Michael Likosky szerk., 2002).

⁵ Roberts, 2. lábjegyzet, 18. pont.

⁶ Lásd pl. 1 CHRISTIAN VON BAR & PETER MANKOWSKI, *INTERNATIONALES PRIVATRECHT* 81 (2d ed. 2003).

általában a jogi pozitívizmus megalapozására használják (a jog monisztikus felépítése értelmében, szemben a jogi pluralizmussal), hogy közel maradjon ahhoz a jogfelfogáshoz, amelyre támaszkodunk, amikor a jogról a közjogi rendszerrel kapcsolatban gondolkodunk. Mindezt azért tesszük, hogy elkerüljük vagy legalábbis minimalizáljuk a radikális pluralizmussal szemben gyakran felhozott egyik jogos aggályt, amely abban áll, hogy egyszerűen nem elég informatív a jog és a társadalmi rendek közötti különbségről.⁷ Másodszer, remélem, hogy meg tudom magyarázni, hogy a kibertér bizonyos kontextusaiban mik a szabályozás forrásai, és meg tudom vizsgálni, hogy bizonyos helyzetekben konkrétan milyen rezsím határozza meg az emberek jogait, abban az értelemben, hogy le tudom írni, hogy egy vita után milyen normatív rendszer határozza meg a felek végső helyzetét. Ebből kiderül, hogy bizonyos esetekben ezt nem a közjogi, hanem a magánjogi rendszer fogja meghatározni. E következtetés levonásához ez a cikk azt a gondolatot követi, hogy néha ahhoz, hogy megválaszoljuk azt a kérdést, hogy mi a jog egy adott kérdésben, először arra a kérdésre kell választ adni, hogy mi a jog általánosságban.

Az egyes normatív rendszerek címkézése jogi rendszerekként vagy pusztán társadalmi rendezés azért fontos, mert legalább két következmény következik belőle. A jog jelentősége abban rejlik, hogy minden egyes megtestesülése magával hordoz bizonyos tulajdonságokat, amelyeket a joghoz társítunk és elvárunk a jogról. Először is, a jog címke egy bizonyos hatalmi struktúra elismerését jelenti, egy olyan struktúraét, amely a joginak minősített rendszer részéről nagyfokú autonómiát és szabályozási befolyást foglal magában. Egy normatív rendet jognak minősíteni bizonyos tekintetben olyan szintre emeli, ahol a szabályozási hatalom szempontjából az állami joggal - a jogrendszer megtestesítőjével - lehet összehasonlítani: a jog bármely példánya a hatékony kormányzás olyan rendszere, amely nagymértékben autonóm vagy önálló, és legnagyobb részben nem rendelhető alá hierarchikusan más normatív rendszernek.⁸ Ahogy Joseph Raz írja: "Létezhetnek olyan emberi társadalmak, amelyeket egyáltalán nem a jog szabályoz. De ha egy társadalom alá van vetve egy jogrendszernek, akkor ez a rendszer a legfontosabb intézményesített rendszer, amelynek alá van vetve".⁹ A jog azonban nemcsak hatalmi kérdés. A jog címkéje bizonyos jogos elvárásokat is kivált a jogrendszer által megvalósított kormányzás minőségével kapcsolatban. Ezek a minőségi elvárások a jogállamiság alapvető tulajdonságaiból fakadnak, amelyeket Lon Fuller a jog "belső erkölcsiségének" nevezett - például a kiszámíthatóság, a nyilvánosság, a visszaható hatály hiánya, az érthetőség

⁷ *Lásd pl.* Roberts, 2. lábjegyzet, 8. o.

⁸ A jognak ezt a tulajdonságát foglalja magába a szupremácia fogalma, és ez az igazi kérdés a jog államon kívüli jelenlétéről szóló vita mögött. Annak elismerése, hogy léteznek az államon kívüli jogrendszerek, azt jelenti, hogy elismerjük, hogy vannak olyan közösségek a világon, amelyek tevékenységük bizonyos részei tekintetében nincsenek alávetve az államnak. Ez a félelem, hogy az ilyen rendszerek így kikerülnének az állam ellenőrzése és garanciái alól, a klasszikus jogi pozitívizmus egyik félelme, amelyet Duguit és Kelsen így fogalmazott meg: "Nincs más igazságosság, mint az államok pozitív jogában található igazságosság". LÉON DUGUIT & HANS KELSEN, *Előszó* az 1 REVUE INTERNATIONALE DE LA THÉORIE DU

MAGÁNJOGI RENDSZEREK

DROIT 3. számához (1926-1927).

⁹ JOSEPH RAZ, GYAKORLATI ÉSZ ÉS NORMÁK 154 (1999).

a parancsok jellege, az ellentmondásmentesség, az engedelmisség, az időbeli állandóság és a normák alkalmazásának következetessége.¹⁰ Ahogy Matthew Kramer javasolja, a jogállamiság azon attribútumainak tiszteletben tartása, amelyek egy erkölcsi-politikai eszményt fejeznek ki, garantálja a normarendszer ragaszkodását a liberális-demokratikus értékekhez.¹¹ Ezek az utóbbi, a jogcímkéből fakadó következmények (a jogállamiság attribútumai) az előbbi következmények (a szabályozó hatalom elismerése) következményei; egyszerűen fogalmazva, minél hatékonyabban szabályoz egy normarendszer, annál magasabbaknak kell lennie a normáknak. Egy adott normatív rendszer jogként való minősítése tehát azért fontos, mert a rendszert bizonyos szabályozási jelentőségűnek jelöli ki, és következőképpen arra figyelmeztet, hogy egy ilyen rendszertől bizonyos szabályozási normákat kell megkövetelnünk.

A cikkem öt részből áll. Azzal kezdem, hogy bemutatom a már említett két internetes jogrendszer. Ezután megpróbálok a tárgyalt kérdés lényegére térni, amely a jogrendszerek és a pusztán társadalmi rendezések közötti különbségtétel; ezt Norberto Bobbio és Paul Bohannon munkájára támaszkodva teszem a normák, emberek és intézmények fokozatos szekundarizálódásával kapcsolatban egy normarendszer társadalmiból jogi rendszerré történő fokozatos fejlődése során. Ez a progresszív evolúció aztán elvezet ahhoz a kérdéshez, hogy foglalkozzam azzal a kérdéssel, hogy a jog maga skaláris vagy dichotóm minőség-e, hogy meghatározhassam, hogy egy normatív rendszer egyre inkább jurális jellegűvé válhat-e, vagy pedig elnyeri a jog minőségét, és ezt követően válik csak egyre egyértelműbben jogrendszerré. Ezt követően az előíró, az ítélkező és a végrehajtó joghatóság fogalmaira támaszkodom, mint a jogszerűség feltáró tényezőire. A cikk végül azzal a kérdéssel zárul, hogy lehet-e még jogrendszer egy olyan normarendszer, amely nem tart igényt a teljességre és a szupremáciára, és amely más jogrendszereken belül és azokon keresztül él. Arra a következtetésre jut, hogy az ICANN és az eBay valóban azon helyek közé tartozik az interneten, ahol olyan autonóm és formálisan szervezett normatív rendszerek találhatók, amelyek olyannyira autonómok, és olyan mértékben mutatják a jogrendszerek alapvető jellemzőit, hogy megérdemlik a nem állami jog archetípusainak státuszát.

I. KÉT NORMATÍV RENDSZER AZ INTERNETEN

Azt állítani, hogy az interneten rengeteg a magánrendelés, nem igazán újszerű és nem is különösebben izgalmas állítás. Hiszen a magánrendelések az interneten kívül is ugyanúgy bővelkednek, és szabályozzák mindennapi offline tevékenységeinket. Ahol van közösség, ott van magánrendezés is, ami azt jelenti, hogy vannak normák, olyan "normák" értelemben, amelyeknek való megfelelést követelnek meg, és amelyekhez képest az emberek viselkedése értékelhető", és amelyek "próbakövet képeznek az irányításhoz".

¹⁰ Lásd LON FULLER, THE MORALITY OF LAW 33-41 (rev. ed. 1969).

11 *Lásd* MATTHEW H. KRAMER, OBJEKTIVITÁS ÉS A JOGREND 102 (2007).
[*a továbbiakban*: KRAMER, OBJEKTIVITÁS].

és az emberi magatartás értékelése".¹² A munkahelyem, a ház, ahol élek, a bár, ahol iszogatok, a tudományos közösségek, amelyeknek tagja vagyok, a családom, a baráti köröm stb. mind-mind olyan szabályokat alakítottak ki, amelyek betartására prudens és néha erkölcsi okom van. Ugyanígy az online közösségeknek (az interneten összegyűlő, közös érdeklődésű emberek, akik ugyanazt vagy szorosan kapcsolódó tevékenységet folytatnak) is gyakran megvannak a maguk szabályai, amelyek megszegése esetén társadalmi, gazdasági és technológiai szankciókat vonhatnak maguk után.¹³ Elviselhetem a kritikát vagy a fanyalgást, a becsmérést vagy a kiközösítést. Megakadályozhatják, hogy részt vegyek bizonyos jövedelmező üzletekben, amelyeket általában ebben az online közösségben kötnek. A technológiai kód pedig, amely az internetes tevékenységek megvalósíthatóságának elkerülhetetlen eleme, szankcióként használhatják ellenem, például úgy, hogy megtagadják tőlem a hozzáférést egy adott weboldalhoz, adatbázishoz vagy más információs rendszerhez.¹⁴ Összefoglalva, a kiberterek (többes számban) gyakran rendelkeznek saját privát szabályokkal. Ez, ahogyan azt már javasoltam, nem túl ellentmondásos és nem is különösebben meglepő.

Ami talán kevésbé nyilvánvaló, az az a megfigyelés, hogy egyes esetekben helyzetekben az ilyen magánrendelkezések figyelemre méltó mértékben formális szervezetségre tesznek szert. Pontosan ez a formális szervezetség teszi lehetővé számukra, hogy - ahogyan azt e cikk folytatásában állítani fogom - jogrendszerekké váljanak. Ezért a jelen szakasz célja két ilyen normatív rendszer szervezetségének - általános felépítésének és működésének - leírása. Az első a domainnevek bizonyos típusaira vonatkozik; a második az eBay.

A. Domain nevek

A domainnevek, mint például a nytimes.com, az internetes címek azonosító nevei. Ezek az azonosító nevek, és nem maguk a címek, mivel az utóbbiak számokból, úgynevezett IP-címekből állnak. Amikor egy domainnevet beírunk egy webböngészőbe (például az Internet Explorerbe, a Netscape-be vagy a Firefoxba), a böngésző egy adatbázisból megszerzi a megfelelő IP-címeket, majd csatlakozik a megfelelő szerverhez, amelyen a kérdéses weboldal tartalma található. A domainnév IP-címre történő átalakítása nélkül a böngésző nem tud hozzáférni a weboldalhoz. Ezt a konverziós adatbázist, amennyiben az általános és nemzetközi domainnevekre, a¹⁵, valamint bizonyos nemzeti domainnevekre vonatkozik, a¹⁶ először egyetlen ember, Jon Postel, az egyik vezetője ellenőrizte.

12MATTHEW H. KRAMER, IN DEFENSE OF LEGAL POSITIVISM 80 (1999) [*a továbbiakban: KRAMER, IN DEFENSE*].

13 *Lásd pl.* PAUL VIRILIO, THE INFORMATION BOMB 99-125 (2000).

14 *Lásd pl.* LAWRENCE LESSIG, CODE 340-345 (2d ed. 2006).

15 Pontosabban, az érintett domain nevek a biz, .com, .info végződésűek, .name, .net, .org, .aero, .coop, .jobs, .travel és .museum, amelyek a világ

domainneveinek többségét képviselik.

magának az internetnek az atyjai. A domainnevek kiosztását nem hivatalos módon, "durva konszenzus" alapján szabályozta, az internetes közösség általános felfogásának megfelelően, hogy miként kell ezt a szabályozást végrehajtani. A domainnév-rendszer kezelésének növekvő összetettsége és mennyiségi jelentősége miatt a későbbiekben azt egy kaliforniai székhelyű nonprofit magánvállalkozásra, az Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) nevű szervezetre ruházták át.¹⁷

1999-ben az ICANN bevezetett egy sajátos vitarendezési mechanizmust, amely az általa ellenőrzött összes domain névre alkalmazandó: az egységes domain név vitarendezési szabályzatot (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP). Az UDRP fő célja a cybersquatting elleni küzdelem volt, amely lényegében azt a gyakorlatot jelenti, hogy egy védjegyhez nagyon hasonló domainnevet regisztrálnak azzal a céllal, hogy azt később zsaroló áron kínálják fel a védjegyjogosultnak. Az UDRP célja egy alacsony költségű, hatékony és egyszerű eljárás bevezetése volt a védjegyjogosultak és a domainnév-tulajdonosok közötti viták rendezésére.

Az UDRP alapján a védjegyjogosult megtámadhat egy állítólagosan jogsértő domainnevet, bárhol is van bejegyezve a védjegy. A domainnév átruházásának vagy törlésének eléréséhez a védjegyjogosultnak panaszt kell benyújtania az ICANN által jóváhagyott négy intézmény egyikéhez.¹⁸ Ezen túlmenően a védjegyjogosultnak bizonyítania kell, hogy teljesülnek bizonyos, az UDRP-ben foglalt feltételek, nevezetesen, hogy a domainnév azonos vagy összetéveszhetően hasonló a panaszos védjegyével; hogy a domainnév jogosultjának nincsenek jogai vagy jogos érdekei a domainnévhez; és hogy a domainnevet rosszhiszeműen regisztrálták és használják.¹⁹

Ha a panaszos bizonyítja, hogy ezek a feltételek teljesülnek, a vitarendezési testület elvileg elrendeli a domain név átruházását a panaszosra, vagy kivételes esetekben a domain név törlését. Ezt a döntést a kérdéses domainnév regisztrátora - az ICANN által jóváhagyott cég, amely szerződést köt az ügyfelekkel a domainnevek központi adatbázisban történő regisztrálására - technológiai eszközökkel hajtja végre. A határozat végrehajtása érdekében a regisztrátor megváltoztatja a domainnév és az IP-cím közötti kapcsolatot, ami megakadályozza, hogy a domainnév az eredeti IP-címre oldódjon fel. Ahelyett, hogy a válaszadó weboldalának tartalmát tartalmazó szerverhez kapcsolódna, minden webböngésző ezután a panaszos weboldalának otthont adó szerverhez kapcsolódik. A válaszadó weboldala

¹⁶ Például a .ve (Venezuela), .pr (Puerto Rico), .gt (Guatemala) végződésűek, .tv (Tuvalu) stb.

¹⁷ *Lásd pl.*, JACK L. GOLDSMITH & TIM WU, WHO CONTROLS THE INTERNET? 33-46, 168-171 (2006).

¹⁸ Ez a négy intézmény a Szellemi Tulajdon Világszervezetének (WIPO) Választottbírói és Közvetítői Központja, a Nemzeti Választottbírói Fórum (NAF), a Center for Public Resources (CPR) Vitarendező Intézete és az Ázsiai Domain Nevek Vitarendező Központja (ADNDRC).

¹⁹ *Lásd* UDRP, (1) bekezdés. 4(a); *lásd még* UDRP SZABÁLYOK, Para. 3(b)(ix).

ténylegesen láthatatlanná válik. Ahhoz, hogy az ICANN adatbázisában megváltoztathassa ezt a társítást, a regisztrátornak az ICANN jóváhagyásával kell rendelkeznie. Csak egy feltétellel nem hajtja végre a regisztrátor az UDRP alkalmazására vonatkozó határozatot: a kérelmezettnek az UDRP-határozat meghozatalát követő tíz napon belül be kell mutatnia, hogy bizonyos joghatóságokban pert indított.²⁰ Ez azonban kivételes eset: becslések szerint az esetek kevesebb mint egy százalékában fordul elő.²¹ Az UDRP elé terjesztett vitákat szinte minden esetben az ICANN által jóváhagyott testület rendezi az ICANN által elfogadott UDRP-ben foglalt szabályok alkalmazásával, a határozatot pedig az ICANN által jóváhagyott domainnév-regisztrátor hajtja végre.

B. eBay

Az 1995-ben alapított eBay egy olyan online piactér, ahol több tízmillió eladásra kínált termék jelenik meg egy adott időpontban, világszerte. Az értékesítés két eBay-tag között zajlik, maga az eBay csak a kereskedés helyszínét biztosítja. Egy adott napon több millió tranzakciót bonyolítanak le az eBayen keresztül, főként aukciók formájában, ami az internet egyik legélénkebb sikerévé teszi. Mindazonáltal a körülmények kényszerítő ereje folytán ezeknek az ügyleteknek egy bizonyos hányada vitákhoz vezetett. Ez minden olyan környezetben előfordul, ahol ügyleteket kötnek. Az interneten azonban ez különleges kihívást jelent. Egyrészt az érintett felek távoli és anonim kereskedők, akik elvileg csak egyszeri tranzakciókat bonyolítanak le; ez a szájról szájra történő ellenőrzést - a rossz üzleti gyakorlatok hírének terjesztését - radikálisan kevésbé hatékonyá teszi, ha egyáltalán lehetséges.²² Másrészt az online aukciós oldalakon lebonyolított ügyletek átlagos értéke alacsony (jellemzően 100 USD alatt van²³), míg a vitarendezés költségei általában magasabbak, mint az azonos összegű offline ügyletéké, a földrajzi távolsággal, a joghatósági kétértelműséggel, a fordítás szükségességével és más hasonló tényezőkkel kapcsolatos okok miatt. Ez azt eredményezte, hogy a költségek a

²⁰ Lásd UDRP, (1) bekezdés. 4(k).

²¹ 2007 decemberében a Szellemi Tulajdon Világszervezetének Választottbírói és Közvetítői Központja által vezetett informális listán a Központ által kezelt több mint 12 000 ügyből 32 olyan ismert eset szerepelt, amikor az UDRP-határozatot bírósági eljárás követte. Lásd a statisztikákat a <http://www.wipo.int/amc/en/domains/challenged/index.html> oldalon. és <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp>. A bírósági ügyek csekély számáról lásd még Nicholas Smith & Erik Wilbers, *The UDRP: Design Elements of an Effective ADR Mechanism*, 15 AM. REV. INT'L ARB. 215, 228 (2004).

²² Lásd pl. , David P. Baron, *Private Ordering on the Internet: The eBay Community of Traders*, 4 BUS. & POL. 245 (2002).

²³ Lásd pl. Calum MacDonald, *Online Auction Sites Add Billions to Web Sales*, THE HERALD, 2006. augusztus 1., amely az Association for Payment Clearing Services adataiból számol be.

az igazságszolgáltatáshoz való hozzáférés megnehezítése, és a felek számára a jogviták rendezésének gyakorlatias lehetőségei nélkül marad.²⁴ Meg kellett találni a tranzakciókba vetett bizalom kiépítésének módját.

Kezdetben spontán alakult ki egy laza társadalmi rend, a tagok homályos viselkedési normákat állapítottak meg, e-mailben és hirdetőtáblákon kommentálták egymás viselkedését, és társadalmilag kizárták azokat a tagokat, akikről kiderült, hogy ismételten nem feleltek meg a követelményeknek. Hamarosan kialakult egy hat tagból álló, *The Posse* nevű csoport, amely azt a feladatot tűzte ki maga elé, hogy szoros megfigyeléssel és a kialakult informális normák megsértőinek tekintélyelvű rontásával ellenőrizze a piacot.²⁵ Az eBay közösség növekedésével azonban ez a laza rendszabályozás már nem tűnt elegendőnek. Az eBay-nek hatékonyabb, kiszámíthatóbb és ezáltal formalizáltabb megoldást kellett találnia. Ezt több lépésben, a probléma pontosan három aspektusának kezelésével sikerült elérni. Először is az eBay fokozatosan bevezette az eBay felhasználói szabályzatokat, amelyek egyre sűrűbbé, részletesebbé és formalizáltabbá váltak. Másodsor, az eBay bevezetett egy hírnévkezelő rendszert. Harmadszor, vitarendezési mechanizmust vezetett be.

Az eBay felhasználói irányelvek, a magatartási normák által megfogalmazott eBay, időközben vált egy jól kidolgozott szabályrendszer, amely szabályozza a sokféle viselkedés a piacon. Ezeket rendszeresen frissítik és kiegészítik az eBay-tagok új, általánosan megfigyelt gyakorlatai alapján.²⁶ Az ilyen gyakorlatok megjelenését vagy változását vagy a piaci viselkedés globális megfigyelése, vagy az eBay "civil társadalmának" (a kereskedők közösségének) kiválasztott képviselőivel folytatott közvetlen megbeszélések alapján állapítják meg; e képviselők egy részét maga a közösség jelöli ki.²⁷ A szokások kodifikációjához hasonló folyamat során az eBay felhasználói szabályzatai reprodukálják - vagy a felállított normák értelmében "pozitivizálják" - a tagok szorosan megfigyelt szokásait, amelyek maguk is spontán társadalmi szabályokat fejeznek ki.

Az 1996-ban bevezetett hírnévkezelő rendszer a következők szerint működik nagyon egyszerű alapon. A rendszer első eleme az eBay-tag online profilja és valós személyazonossága közötti kapcsolat létrehozása. Ezt az online profil létrehozásakor elvégzett alapos személyazonosság-ellenőrzéssel (különböző tényezők, többek között bizonyos hitelkártyaadatok alapján) érik el, amelyhez társul azon tagok egyértelmű megjelölése, akik később megváltoztatták a tagnevüket. A második elem az, hogy a

²⁴ *Lásd pl.* GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER & THOMAS SCHULTZ, ONLINE DISPUTE RESOLUTION: CHALLENGES FOR CONTEMPORARY JUSTICE 70-72 (2004).

²⁵ *Lásd pl.* Baron, *Supra* 22. lábjegyzet, 246-247. o.

²⁶ *Lásd pl.* Graf-Peter Callies, *Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C E-Commerce*, in RESPONSIBLE BUSINESS (Olaf Dilling et al. szerk., megjelenés előtt 2007).

²⁷ *Lásd pl.* Baron, *Supra* 22. lábjegyzet, 9. o.

minden egyes tranzakció során mindkét felet arra ösztönzik, hogy visszajelzést hagyjanak egymás szerződéses magatartásáról. Ez a visszajelzés, amely lehet pozitív, negatív vagy semleges, véglegesen az értékelt fél online profiljának részévé válik, és minden jövőbeli potenciális szerződő fél számára megjelenik. A negatív visszajelzés elvileg csak közös megegyezéssel törölhető. Ez a hírnévkezelő rendszer lehetővé teszi az ügyletek történetének létrehozását azáltal, hogy idővel integrálja a szerződő partnerek értékeléseit, pontosan úgy, ahogy a kereskedelmi hírnév általában működik.

Az 1999-ben bevezetett vitarendezési mechanizmus egy kétlépcsős eljárás, amely számítógépes tárgyalásból, majd közvetítésből áll; a folyamat mindkét szakasza teljes egészében az interneten keresztül zajlik. Ezek alkotják az úgynevezett online vitarendezést. A folyamat konkrét irányítása egy cég, a SquareTrade feladata, amely különböző kontextusokban, de elsősorban az eBay számára nyújt online vitarendezési szolgáltatásokat. Az eljárás első szakaszában a két fél egy interneten elérhető interaktív rendszer segítségével tárgyal. Ez a rendszer tipikus problémákat javasol a feleknek, és ezáltal segít a feleknek azonosítani és megérteni a problémájukat, majd olyan tipikus egyezségi megállapodásokat ajánl, amelyeket statisztikailag valószínűleg elfogadnak a felek által leírt helyzetben. A rendszer a mesterséges intelligencia egy egyszerű formáján alapul, amely folyamatosan tanul a korábbi ügyekből, hogy kitalálja, milyenek lehetnek a felek problémái és elfogadható megoldásai - az informatikai szakzsargon szakértői rendszernek nevezné. Ha a rendszer nem képes az ügy önkéntes megoldására, a felek kérhetik egy közvetítő közreműködését, aki ekkor a számítógépet helyettesíti abban a kísérletében, hogy a feleket megállapodásra bírja, jellemzően a problémák jobb megfogalmazásával és elfogadható megoldásokkal.²⁸

A tárgyalás, ahogy az ADR mozgalom megmutatta, nem vesz igénybe mindig van hivatkozás egy bizonyos jogra, vagy legalábbis egy bizonyos normatív rendre, amelyet a felek relevánsnak tartanak jogaik és kötelezettségeik meghatározásához. Ezt nevezzük a jog árnyékhatásának.²⁹ A jog árnyéka megerősödik, ha egy harmadik fél beavatkozik a tárgyalásba, és implicit vagy explicit módon emlékezteti a feleket jogaikra és kötelezettségeikre, feltéve, hogy a harmadik fél ugyanarra a jogra vagy normatív rendre hivatkozik, mint a felek. Ez a harmadik fél lehet a közvetítő, vagy az itt vizsgált rendszerben a számítógép - a felek jogaikról és kötelezettségeikről alkotott összesített felfogása tükröződik a számítógép által javasolt kérdésekben és megoldásokban. Érdekes kérdés a következő

²⁸ Lásd pl. Steve Abernethy, *Building Large-Scale Online Dispute Resolution and Trustmark Systems*, in ONLINE DISPUTE RESOLUTION: TECHNOLOGY AS THE "FOURTH PARTY" (Ethan Katsh & Daewon Choi szerk., 2003), elérhető a <http://www.webcitation.org/5O1HP5FHI> oldalon.

²⁹ Lásd pl. Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law*: YALE L.J. 950, 968 (1979); Robert Cooter et al., *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, 11 J. LEGAL STUD. 225 (1982); lásd még Pierre Bourdieu, *Les rites comme actes d'institution*, 43 ACTES DE RECHERCHE EN SCIENCES SOCIALES 59 (1982).

akkor tudni, hogy az eBay melyik jog árnyékában zajlik a vitarendezés, mivel nem ritka, hogy a felek különböző országokban laknak. A válasz még a kérdésnél is érdekesebbnek tűnik: egy 1999-ben végzett empirikus vizsgálat szerint az "eBay jog".³⁰ Úgy tűnt, hogy az eBay tagjai a vonatkozó magatartási szabályoknak az eBay felhasználói irányelvek - az "eBay-jog" - gyűjteményét tekintik, és nem a bíróságon alkalmazandó nemzeti jogszabályok egyikét vagy másikat.³¹

A hírnév és a vitarendezés többféleképpen kapcsolódik össze az eBay-nél. Az a fél, aki nem hajlandó részt venni a vitarendezési eljárásban, vagy később nem hajlandó eleget tenni az eredménynek, azt kockáztatja, hogy a másik fél hírnevét rontó visszajelzést kap. Ha ez a negatív visszajelzés már megtörtént, akkor a vitarendezési eljárás három lehetőséget kínál annak eltávolítására: (1) mindkét fél tárgyalásos úton egyezsége jut, és kölcsönösen megállapodnak a visszajelzés eltávolításáról; (2) az ügy közvetítésre kerül, a felek egyezsége jutnak, és betartják annak feltételeit, ebben az esetben a közvetítő utasítja az eBay-t a negatív visszajelzés eltávolítására; (3) a negatív visszajelzést adó fél elutasítja a vitarendezési eljárásban való részvételt, ebben az esetben a közvetítő ismét utasíthatja az eBay-t a negatív visszajelzés eltávolítására.

A vitarendezés és a jó hírnév közötti kapcsolat egy másik típusa a Az eBay az az ikon, amelyet a kereskedők megjeleníthetnek az ajánlataikon. Ez az ikon, amelyet általánosságban bizalmi jelnek neveznek, arról tanúskodik, hogy az azt megjelenítő kereskedő kötelezettséget vállalt arra, hogy aláveti magát a vitarendezési eljárásnak, és a múltban bizonyította, hogy betartja ezt a vállalást, ezzel is növelve a tulajdonos hírnevét. Ennek jelentős gazdasági jelentősége van: ha egy eBay-kereskedő megjeleníti ezt a bizalmi jelet, akkor az egyes árucikkeire tett ajánlatok száma jellemzően tizenöt százalékkal, az átlagos eladási ár pedig húsz százalékkal emelkedik.³² Ha a bizalmi védjegy tulajdonosa nem hajlandó részt venni a vitarendezési eljárásban, vagy nem hajlandó eleget tenni az eredménynek, az ikon eltávolításával szankcionálják.

Nos, nem tűnik naivitásról tanúskodónak, ha az itt vizsgált két kontextusban egy bizonyos normatív rend jelenlétét látjuk. A kérdés azonban, amelyre következőképpen választ kell adni, és amelyről túl gyakran megfeledkezünk, az, hogy ezek pusztán társadalmi rendeződések-e (ami meglehetősen kevésbé izgalmas állítás lenne), vagy lehet-e

³⁰ Lásd Ethan Katsh et al., *E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"*, 15 OHIO ST. J. DISP. RESOL. 705, 728 (2000).

³¹ Lásd még Ethan Katsh, *Adding Trust Systems to Transaction Systems: The Role of Online Dispute Resolution*, UNECE Forum on Online Dispute Resolution, http://www.ombuds.org/un/unece_june2002.doc (május 2002), 4. o. (úgy véli, hogy ez a jelenség annak köszönhető, hogy a nemzeti bíróságok igénybevétele irreális lehetőség).

³² A KAUFMANN-KOHLER & SCHULTZ, *Supra* 24. lábjegyzet, 328. lábjegyzetben közölt interjúban a vitarendezési program vezérigazgatója által megadott adatok.

valódi jogrendszerekként jellemezhetők. Mielőtt azonban rátérnénk az ezzel kapcsolatos állításomra, még tisztáznunk kell néhány központi kérdést. Az első ezek közül a társadalmi rendek és a jogrendszerek közötti különbség, amely a következő fejezet témája.

II. JOGRENDSZEREK VAGY PUSZTA TÁRSADALMI RENDTARTÁSOK? A MÁSODLAGOSSÁG KRITÉRIUMA

Miután tehát két olyan normatív rendet azonosítottunk, amelyek különösen autonómnak tűnnek a közjogi rendszertől, a következő kérdés az, hogy ezek a rendek juraálsnak minősíthetők-e vagy sem - magánjogi rendeknek vagy egyszerűen a normatív rendek más formáinak minősülnek-e.

Mielőtt a kérdéssel foglalkoznánk, talán érdemes megfontolni, hogy a jog egy noetikus egység; olyan fogalom, amelyet semmi más nem képvisel, csak a róla alkotott elképzeléseink.³³ Ezért úgy tűnik, hogy a jog definíciója - még más definícióknál is jobban - főként, ha nem is kizárólag a tudósok közötti konvenciókban gyökerezik. Konvencionális definícióként az határozza meg a minőségét (más szóval azt, hogy egy adott definíciót meg kell-e tartani vagy sem), hogy mennyire sikerül a termékenység (mit képes megmagyarázni), a kongruencia (a jelenség hány aspektusát veszi figyelembe) és a retorika (általában hasznosnak és ezáltal meggyőzőnek tűnik-e a fogalom dolgozó tudósok számára) próbáján.³⁴ Brutálisan leegyszerűsítve tehát azt állíthatjuk, hogy a lényeg az, hogy a jog működőképes definíciójára támaszkodjunk, olyanra, amely konkrét és hasznos eredményeket hoz, amikor egy adott téma tanulmányozásában alkalmazzák, és amely remélhetőleg megalapozottnak és ésszerűnek tűnik.

Ezen túlmenően, az alábbi fogalmak működőképes meghatározásának meghatározása során

törvényt az internetes normatív magánrendelkezések elemzésére, abból a feltevésből indulhatunk ki, hogy az internet a fejlődő normativitás terepe. Ezért helyénvalónak tűnik, hogy a *kialakuló* normativitással foglalkozó tanulmányokra hivatkozzunk - olyan elméletekre, amelyek a jog konceptualizálásában időbeli dimenziót tartalmaznak, és így magyarázatot adnak arra, hogy a kialakuló normák hogyan és mikor nyernek jogi jelleget.

Végül, az itt választott megközelítés a jognak mint jogrendszernek a strukturális aspektusaira összpontosít, ahelyett, hogy a normák egyes, elszigetelten vizsgált sajátos jellemzőire összpontosítana, ez utóbbit Norberto Bobbio úgy vélte, hogy "a fát nézzük, és nem az erdőt".³⁵

³³ *Lásd pl.*, Paul Bohannon, *The Differing Realms of the Law*, 67 AM. ANTHROPOLOGIST 33 (1965).

³⁴ *Lásd pl.* François Ost, *Science du droit*, in *DICTIONNAIRE ENCYCLOPÉDIQUE DE SOCIOLOGIE ET DE THÉORIE DU DROIT* 540 (André-Jean Arnaud szerk., 1993).

³⁵ NORBERTO BOBBIO, *TEORIA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO* 7 (1960).

Az időbeli elemet is tartalmazó, működőképes definíció keresésére adott válasz első része a másodlagosság fogalmában rejlik.³⁶ Ez a fogalom a társadalmi normatív rend és a jogrend közötti különbségtételre összpontosít; azon az elképzelésen alapul, hogy a normatív rendek néha fejlődnek és azonosítható lépések sorozatát követik, a magatartási normák viszonylag laza sorától a szabályok formalizált rendszeréig, amely nagyjából a közjogi rendszerhez hasonlít. A folyamat során, ahogy bizonyos társadalmi normák jogi normákká válnak, a társadalmi normarendszer jogrenddé alakul át.³⁷

Ahogy a neve is mutatja, a másodlagosság fogalma a másodlagos szabályokról szól, szemben az elsődleges szabályokkal. Az elmélet kiindulópontja Hart tétele, miszerint a jogrendszer és más normatív rendszerek közötti különbségtétel lényeges eleme, hogy a jogrendszer elsődleges magatartási szabályok és az elsődleges szabályok elismerését, megváltoztatását és megítélését szabályozó másodlagos szabályok kombinációjából adódik.³⁸ Más normatív rendtartásoknak jellemzően csak elsődleges magatartási szabályai vannak. A társadalmi rendezésekben például nincsenek olyan szabályok, amelyek bizonyos embereknek vagy intézményeknek tulajdonítanák azt a hatáskört, hogy eldöntsék, melyek a fennálló társadalmi szabályok, hogy megváltoztassák azokat, és hogy eldöntsék, mikor sértették meg azokat, és mi legyen a reakció. Ha ez megváltozik, akkor a szóban forgó társadalmi rendezés jogrendszerré válhat. Ez a normarendszer normáinak, valamint az intézményeknek és az embereknek a szekunderizálódása révén történik. Annak tisztázása érdekében, hogy ez a fejlődés miként zajlik, a következőkben először a szekundaritás fogalma mögött álló két tudós elképzeléseit mutatjuk be: Norberto Bobbio és Paul Bohannon.

Norberto Bobbio termékeny munkássága között szerepel egy cikk a amelyben hosszasan vizsgálta az elsődleges és másodlagos normák között fennálló különböző kapcsolatokat.³⁹ Egyik megfigyelése az, hogy maga a szekunderség szó szemantikája kronológiai sorrendet sugall. Az elsődleges magatartási szabályok állnak az első helyen, és ezeket bizonyos esetekben később követik a másodlagos normák metaszintje - a más szabályokra vonatkozó szabályok, vagyis a tárgyi joggal szemben az adekvát jog. A másodlagos szabályok megjelenése, ha megtörténik, nem anodikus. Nem tünetként, hanem inkább a jelenség szerves részeként tanúsítja, hogy egy normarendszer abból fejlődik ki, amit Bobbio "primitív vagy pre-jurális rendezésnek nevez, amely csak elsődleges normákból áll"⁴⁰

³⁶ Bevezetésként lásd: FRANÇOIS OST & MICHEL VAN DE KERCHOVE, DE LA PYRAMIDE AU RÉSEAU? 368-71 (2002).

³⁷ A társadalmi normákból eredő jogi normákról lásd JULIUS STONE, SOCIAL DIMENSION OF LAW AND JUSTICE (1966); *lásd még* MICHEL VAN DE KERCHOVE & FRANÇOIS OST, LEGAL SYSTEM BETWEEN ORDER AND DISORDER 110 (Iain Stewart trans., 1994).

³⁸ H.L.A. HART, A JOG FOGALMA 90 (2d ed. 1994).

³⁹ *Lásd* Norberto Bobbio, *Ancora sulle norme primarie e norme secondarie*, 59 RIVISTA DI FILOSOFIA 35 (1968).

először egyszerű rendszerré, majd félig összetett rendszerré, végül pedig összetett normatív rendszerré válik, amelynek tipikus példája a jogrendszer. Ezeket a fejlődési szakaszokat a következőképpen határozzuk meg: Az egyszerű rendszer olyan rendszer, amely alapvetően elsődleges normákból áll, de legalább valamilyen alapvető felismerési szabályt is tartalmaz, amely azonosítja az összetartozó normákat; e kohéziós elem nélkül a "rendszer" szó valóban nem lenne megfelelő. A félig összetett rendszerek ezen kívül vagy a létrehozás (vagy a változás), vagy a szankcionálás (vagy az ítélkezés) szabályaival rendelkeznek, de mindkettővel nem. Komplex rendszerek azok, amelyek magukban foglalják a normák mindezen különböző típusait, vagyis az elsődleges szabályokat, valamint a Hart által azonosított három kategóriába tartozó másodlagos szabályokat; olyan rendszerről van szó, amelyben a magatartást szabályozó szabályokat maguk is átfogóan szabályozzák más normák.

Mi mozgatja ezt a fejlődést a szabályok laza rendezéséből a magatartás a komplex normatív rendszerekhez az a törekvés, amit Bobbio dinamikus egyensúlyi állapotnak nevez. Az ilyen egyensúlyt az elsődleges szabályok megőrzését és átalakulását garantáló másodlagos szabályok révén érik el.⁴¹ A megőrzés ebben az esetben az elsődleges szabályok olyan mértékű megsértésének elkerülését jelenti, amely az egész rendszert az eredménytelenség általi felbomlással fenyegetné. Pozitív értelemben a hatékonyság magas szintjének elérését jelenti egyértelmű, kiszámítható és hatékony szankciók révén. A diffúz és spontán társadalmi hibáztatást a magatartási szabályok megsértésére adott válaszok intézményesített és formálisan szabályozott rendszere váltja fel. Az elsődleges szabályok átalakulásának garantálása azt jelenti, hogy leküzdjük a hosszú időn keresztül ismétlődő gyakorlattal működő, lassú, szokásszerű alkalmazkodással járó viszonylagos stagnálást és esetleges kiüresedést.⁴² Az elsődleges szabályok gyorsabb és rugalmasabb átalakulását a normaképzés intézményesítése, azaz a szabályok kidolgozására és megváltoztatására szolgáló formális mechanizmus bevezetése teszi lehetővé. Ez lehetővé teszi egyrészt a társadalmi változásokhoz való fokozott alkalmazkodást, másrészt a társadalmi változások tudatos ösztönzését az új elsődleges szabályok proaktív bevezetésével. Ismétlem, a különbség egy egyszerű szabályrendszer, amely egy olyan "primitív" társadalomnak felel meg, mint amelyet a természeti állapot elmélete feltételez, és egy összetett normarendszer között, amelynek megtestesítője valószínűleg a modern állam, a másodlagos szabályok bevezetése - a szabályok egy rétegéből két rétegbe való átmenet -.⁴³

A másodlagos szabályok bevezetését a konkrét intézmények fejlesztése. Bobbio szerint az egyszerű normarendszert az jellemzi, hogy hiányoznak a rendszer megőrzését és átalakítását szolgáló konkrét intézmények. A későbbi fejlődés egy összetettebb rendszer felé a világosan meghatározott igazságügyi és

⁴¹ *Lásd id.* 47-51. o.

⁴² *Lásd pl.* HART, *Supra* 38. lábjegyzet, 90. o.; OST & VAN DE KERCHOVE, *Supra* 36. lábjegyzet, 368. o..

⁴³ *Lásd pl. Bobbio, Supra note 39, 46. o.; HART, Supra note 38, 89. o..*

jogalkotási hatáskörök.⁴⁴ A bírói hatalom, állítja Bobbio, jellemzően először jelenik meg. A bírának ebben a szakaszban kettős szerepük van: reagálnak a szankciókra (megőrzés) és megalkotják az általuk alkalmazandó szabályokat (átalakítás). A második lépésben a bírákhoz csatlakozik a parlament vagy más, kifejezetten jogalkotó intézmény. A másodlagos szabályok megjelenése együtt jár e formális intézmények fejlődésével: a szabályok bizonyos hatásköröket ruháznak bizonyos intézményekre, amelyek viszont e szabályokat azáltal érvényesítik, hogy formálisan reagálnak egy elsődleges szabály megsértésére, vagy egy előre meghatározott eljárást követve új szabályt hoznak létre. A másodlagos szabályok nem hatékonyak formális intézmények nélkül, és a formális intézmények nem létezhetnek jól kidolgozott másodlagos szabályok nélkül.⁴⁵

A másodlagosság fogalmának további tisztázása, és további részletek különösen az intézmények szerepéről, Paul Bohannan munkájában található. A szerző fő hozzájárulása ehhez az elmélethez a "kettős intézményesülés" vagy "reintitucionalizáció" fogalma.⁴⁶ Ahhoz, hogy megértsük, mit jelent ez a fogalom, először is el kell ismernünk a társadalmi normák és a jogi normák egyazon társadalmi mezőn belüli együttélését. Egy jogrendszer kialakulása nem szünteti meg az annak alapjául szolgáló társadalmi normarendszert.⁴⁷ Metaforikusan úgy tekinthetjük egy jogrendszer kialakulását, mintha az a biológiai sejtek szaporodásához hasonlóan zajlana: a társadalmi normarendszer fokozatosan létrehoz egy új normarendszert, amely kezdetben ugyanabból az anyagból épül fel, de később önállóan fejlődik. A jogrendszer ebben az értelemben egy társadalmi normatív rendszer utóda, amely fokozatosan leválik "szülői" rendszeréről. E leválás után a jogrendszer - ahogy François Ost és Michel van de Kerchove fogalmaz - "a jogi szabályok létrehozásának és szankcionálásának specializált rendszerévé" válik, amely "az alapul szolgáló társadalmi rendszer fölé helyeződik és leválik róla, olyannyira, hogy azt az illúziót kelti, hogy elszigetelten, autopoietikus módon működik, és többé nem kötődik szálsakkal az alapvető társadalmi alapokhoz".⁴⁸

Ez az autopoiesis azonban soha nem érhető el teljesen. Eugen Ehrlich sok más mellett azt állítja, hogy egy jogrendszer soha nem zárkózik el teljesen a normatív környezettől.⁴⁹ És éppen a

⁴⁴ *Lásd pl.* Bobbio, *Supra* 39. lábjegyzet, 51. pont.

⁴⁵ *Vö.* SANTI ROMANO, *L'ORDINAMENTO GIURIDICO* (1917) (amely szerint a jogrendszer egyrészt elsődleges magatartási szabályokból, másrészt intézményekből áll).

⁴⁶ *Lásd* Bohannan, *Supra* 33. lábjegyzet, 34-37. pont.

⁴⁷ *Lásd pl.*, GEORGES GURVITCH, *ÉLÉMENTS DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE* 185-186 (1949) (1942); VAN DE KERCHOVE & OST, *supra* 37. lábjegyzet, 110. o.; Jacques Chevallier, *L'ordre juridique*, in *LE DROIT EN PROCÈS* 7, 21 (Jacques Chevallier et al. szerk., 1983).

⁴⁸ OST & VAN DE KERCHOVE, 36. lábjegyzet, 369. lábjegyzet.

⁴⁹ *Lásd pl.* EUGEN EHRLICH, *A JOG SZOCIOLÓGIÁJÁNAK ALAPELVEI, A JOGSZOCIOLÓGIA ALAPELVEI* (1913) (az "élő jog" fogalmának tárgyalása).

a mögöttes társadalmi normarendszer és a jogrendszer közötti kölcsönhatásra összpontosít Bohannan. Kifejti, hogy ez a kölcsönhatás kettős intézményesülés formájában valósul meg: a normák először informálisan intézményesülnek a társadalmi rendszerben, majd, ha jogilag is érvényesülni akarnak, újra intézményesülnek a jogi intézményekben. Bohannan szerint a társadalmi és a jogi normák közötti "szembetűnő különbség" az, hogy "a jogot kifejezetten újrateremtik a társadalom szereplői egy szűkebb és felismerhető kontextusban - vagyis a jogi jellegű és legalábbis bizonyos mértékig minden mástól elkülönülő intézmények kontextusában".⁵⁰ A társadalmi normákat "oly módon intézményesítik újra vagy fogalmazzák újra, hogy azokat egy kifejezetten erre a célra kialakított (vagy legalábbis felhasznált) intézmény "alkalmazhassa".⁵¹ Az elsődleges (társadalmi) normákat a másodlagos szabályokkal összhangban újrafogalmazzák, és ezáltal elnyerik juraális jellegüket. Az intézmények most már a "beavatkozás szabályozott módját" követik.⁵²

Az általános kép, amit ezek a fejlemények hagynak bennünk, a következő. a következők: a szekunderség fogalma azt a nézetet képviseli, hogy a társadalmi normáktól a jogi normákig való eljutás a normák, emberek és intézmények megkettőződésének vagy szekunderizálódásának jelenségére támaszkodik. Az alábbiakban ezt a három összetevőt magyarázzuk el:

(1) A normák másodlagossága: amint egy embercsoport kialakul, normák alakulnak ki - szól a kissé, de határozottan módosított mondás: *Ubi societas, ibi regula*.⁵³ Eleinte a normák tisztán anyagi jellegűek lesznek, mivel a viselkedést szabályozzák. Aztán egy második lépcsőben kialakulnak a melléknorma-jog vagy eljárási szabályok, amelyek bizonyos embereknek bizonyos jogköröket biztosítanak.

2) Az emberek másodlagossága: azáltal, hogy az érintettek megkapják ezeket a hatásköröket, csoportjuk ügynökeivé válnak, és így két szerepük van: a csoport tagjai és a csoport ügynökei.

3) Az intézmények másodlagossága: az informális intézmények (például a vének tanácsai) helyébe formális intézmények lépnek (például parlamentek és bíróságok), amelyeket eljárási szabályok szabályoznak, és amelyeket azok az emberek működtetnek, akiknek a különleges hatásköröket adták.

Eddig hallgattam egy döntő kérdéstről: ha a másodlagosság magyarázza a pusztán szociálisból a jogba való átmenetet, akkor hol kell meghúzni a határt? Vagy nincs ilyen küszöb abban az értelemben, hogy a jog fogalmát fokozatosan kapjuk meg? Lehet, hogy egy normatív rend lehet többé-kevésbé jog, és így egyszerűen fokozatosan válik joggá, és a tényleges átmenet a társadalmiból a jogiba nem más, mint egy

⁵⁰ Bohannan, *Supra* 33. lábjegyzet, 34. pont.

⁵¹ *Id.* 36. pont.

⁵² *Id.* 35. pont.

⁵³ Ezzel szemben állok az *ubi societas ibi ius stricto sensu* gondolatával, miszerint ahol társadalom van, ott ipso facto jog is van, ahogyan azt például Roberto Sacco, *Mute Law*, 43 AM. J. COMP. L. 455 (1995); Giorgio del Vecchio, *Sulla statualità del diritto*, 9 RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO 1, 19 (1929); és LEOPOLD

MAGÁNJOGI RENDSZEREK

POSPISIL, A JOG ANTROPOLÓGIÁJA 96 (1971).

inkább irreleváns diffúz szürke zóna? Itt egyelőre félre kell tennünk az egész kérdést, hogy mi a jogrendszer, és hogy önmagában megtalálható-e a kibertérben, hogy egy percig elgondolkodjunk a következő kérdésen: a jog skalár vagy dichotóm tulajdonság? A vita azért fontos, mert a jog skaláris felfogása lehetővé teszi annak a kérdésnek a kíváncsiskodó megközelítését, hogy mi a jog. Valóban lehetővé tenné, hogy meglehetősen könnyen állíthassuk, hogy még a legkülönösebb hipotézisek is a jog esetei: a legcsekélyebb hasonlóság egy nyilvánvaló jogrendszerrel elegendő ok lenne arra, hogy higgyünk a vizsgált normatív rendszer (nagyon korlátozott) jogszerűségében. A jog jelentősége így szinte teljesen eltűnne.

III. A JOGI SKÁLÁZHATÓSÁG

Az idővel integrált jognak van egy erősen skálázható dimenziója, abban az értelemben, hogy a normativitás egy kialakulóban lévő területe fokozatosan válik jogi rendszerré. A társadalmi normarendszerekből jogrendszerre való fejlődés fokozatosan megy végbe; egy tipikus társadalmi rendeződés és egy teljes jogrendszer között számos köztes szakasz van. Ezért legalábbis elméletileg mérhető, hogy egy normatív rendszer milyen mértékben fejlődik a társadalmi rendtől a teljes jogrendszerig, vagy hogy mennyire közel áll egy különösen élénk jogrendszerhez. Az ebből adódó kérdés az, hogy a jognak (vagy a jogrendszernek, ami az itt választott megközelítésben egy és ugyanaz a kérdés) a tulajdonsága önmagában különböző mértékben megszerezhető-e, azaz skálázható-e vagy sem. Lehet-e egy jogrendszer jogszerűbb, mint egy másik? Az alternatíva az, hogy amit fokként kapunk, az csak a jogrendszer státuszának *egyértelműsége*. Amint alább megmutatom, a jogrendszerek különbözhetnek a *világosság* fokában, de ha egy rendszer egyszer jogrendszer, akkor nem lehet több vagy kevesebb jogrendszer, mint egy másik jogrendszer.

Ahogy Dworkin megjegyezte, vannak bizonyos fogalmak, amelyekhez a skálázhatóságot, és vannak olyanok, amelyekhez nem.⁵⁴ Például a kopaszság fokozatosan jelentkezik: az ember kisebb-nagyobb mértékben lehet kopasz. A sebesség egy másik példa: a tárgyak gyorsabban vagy kevésbé gyorsan mozognak. Más fogalmak nem fokozatok kérdései. Egy ház például nem lehet több ház, mint egy másik. Nem lehet nagyobb vagy kisebb mértékben ház. Egy szék is szék vagy szék, vagy nem az, de egy szék nem lehet kétszer annyira szék, mint egy másik. Lehet azonban, ahogy Wittgenstein megfigyelte, többé-kevésbé egyértelműen szék.⁵⁵

Egy másik, látszólag fontosnak tűnő szempont az, hogy a jog legalább néhány alkotóeleme skaláris, abban az értelemben, hogy különböző mértékben teljesülhet. Ahogy Raz írja: "Az általános vonások, amelyek egy rendszert jogi rendszerként jelölnek meg, többfélék, és mindegyikük lehetővé teszi, hogy a

⁵⁴ Lásd Ronald Dworkin, *Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*, 113 U. PA. L. REV. 668, 677 (1965).

⁵⁵ Lásd LUDWIG WITTGENSTEIN, *FILOZÓFIAI KUTATÁSOK - APHORIZMUSOK* (1953).

elv, különböző fokozatokban."⁵⁶ Ez a jogfelfogások sokaságára tűnik igaznak, legyenek ezek a felfogások olyan elemekre összpontosítva, mint a szankciók jelenléte, az egység, az autonómia, a legalitás fulleriánus elvei⁵⁷ vagy a másodlagosság fogalma. E kardinális elemek mindegyike skálázható: a szankciók lehetnek többé-kevésbé hatékonyak, tehát jelen vannak; egy normarendszert többé-kevésbé egység vagy autonómia jellemez;⁵⁸ a legalitás fulleriánus elvei mind fokozatosak;⁵⁹ és a másodlagosság fogalma, mint fentebb láttuk, egyértelműen fokozatosan működik.

Mégsem azért, mert egy koncepció egyes alkotóelemei skálázhatók, maga a koncepció is skálázható. Az ellenkező nézet képviselője azt jelentené, Dworkin szavaival élve, hogy "az, hogy valami regény, vagy szoba, vagy hadsereg, mindig fokozati kérdés, mert a méret az egyik kritériuma mindegyiknek".⁶⁰ Egy oldalnyi fiktív elbeszélés egyértelműen nem regény, hanem novella vagy novella. Ötven oldalnál nem tűnik egyértelműnek, hogy meg kell-e neki adni ezt a minőséget. Kétszáz oldalnál minden kétség eloszlik. De nagyon helytelennek tűnne azt állítani, hogy a *Nagy várakozások* nagyobb mértékben regény, mint a *Kemény idők*. Az is elég mulatságos lenne, ha Nagy Sándor seregét Gaugamela síkságán kisebb mértékben tartanánk hadseregnek, mint Dareioszt.

Egy másik pont az, hogy bár az emberek különböző mértékben sikeresek lehetnek a jogalkotásban, vagy teljesen sikertelenek, maga a jog, ha egyszer megalkotják, nem skálázható. Az *X* megtételének céltudatos vállalkozása nem feltétlenül egyenlő magával az *X-szel*. Ezt Fullerrel szembeni ellenvetésként értem, aki azt állítja, hogy "[a]z, hogy egy jogrendszerrel mint "vállalkozásról" beszélünk, azt jelenti, hogy azt különböző sikerességgel lehet folytatni. Ez azt jelentené, hogy egy jogrendszer létezése fokozatok kérdése".⁶¹ Azt állítja, hogy a jog olyan, mint az oktatás, abban az értelemben, hogy ha megkérdeznénk, hogy az oktatás

⁵⁶ RAZ, *fentebb* 9. lábjegyzet, 150. lábjegyzet.

⁵⁷ Ezek az elvek, negatívan megfogalmazva, a következők: (1) "minden kérdés [eldöntése] ad hoc alapon"; (2) "a közzététel elmulasztása"; (3) "visszaélés a visszaható hatályú jogalkotással"; (4) "a szabályok érthetővé tételének elmulasztása"; (5) "ellentmondásos szabályok elfogadása"; (6) olyan szabályok elfogadása, amelyek "az érintett fél hatáskörét meghaladó magatartást követelnek meg"; (7) "a szabályok olyan gyakori változtatásának bevezetése, hogy az alany nem tudja a szabályok alapján tájékozódni"; és (8) "a meghirdetett szabályok és azok tényleges alkalmazása közötti összhang hiánya". FULLER, *Supra* note 10, 122. o., 122. o.

⁵⁸ *Lásd pl.*, MIREILLE DELMAS-MARTY, GLOBÁLIS JOG: A TRIPLE CHALLENGE 74 (2003) VAN DE KERCHOVE & OST, 37. lábjegyzet, 135-142. o.

⁵⁹ "Egyetlen jogrendszerben sem teljesül tökéletesen a [fulleriánus] nyolc alapelv mindegyike. Mindegyiknek való tökéletes megfelelés akaratlagos, és mindenesetre szükegtelen egy jogrendszer létezéséhez. Bár a jogszerűség alapelveinek való megfelelés elengedhetetlen bármely ilyen rendszer létezéséhez, a megfelelésnek csak egy küszöbszintet kell elérnie vagy meghaladnia; ez a küszöbszint minden egyes alapelv esetében meglehetősen magas, de ha valamennyire elmarad is a tökéletességtől. (Egy ilyen küszöbszintet egyébként nem lehet pontosan meghatározni ...)." KRAMER, OBJEKTIVITÁS, *uo.* 11. lábjegyzet, 105. pont.

10 YALE J.L. & TECH. 151
(2007)

2007-2008

⁶⁰ Dworkin, *Supra* 54. lábjegyzet, 678. lábjegyzet.

⁶¹ FULLER, 10. lábjegyzet, 122. o.

létezett egy adott országban, a válasz aligha lenne igen vagy nem, hanem inkább az e tekintetben elért eredmények leírása.⁶² Így lenne ez a jog esetében is, állítja Fuller, amelyet szükségszerűen "a nulla és az elméleti tökéletesség közé eső teljesítményként" értékelnénk.⁶³ Véleményem szerint az oktatásra vonatkozó kérdés címzettje szükségszerűen eredményekről beszélne, mert a kérdésre adott nyilvánvaló válasz "igen". Annyira nyilvánvalóan "igen", hogy a kérdést szükségszerűen úgy értelmeznék át, hogy az arra irányulna, hogy mennyire jó az oktatási rendszer, ami teljesen más. Az oktatás jelenlétére vonatkozó dichotóm kérdés a maga valódi értelmében csak egy csimpánzszakértőnek tehető fel tisztességesen, például, hogy a majomközösségekben az oktatási rendszer jelenlétéről érdeklődjön. Ilyen körülmények között a kérdésre adott válasz nagyon is lehet "igen" vagy "nem", vagy valamilyen más, a tisztánlátás fokozatait kifejező válasz. Ez utóbbi helyzetben a kérdés magára az *X-re* vonatkozna, míg a Fuller által elképzelt helyzetben a kérdés az *X* céltudatos vállalkozásra vonatkozik.

Ebben az összefüggésben egy másik megkülönböztetést is meg kell tenni. Ha szembeállítjuk

az Egyesült Államok és egy szaharai törzs oktatási rendszerét, akkor arra a következtetésre juthatunk, hogy az Egyesült Államokban *több az* oktatás, de ez nem jelenti azt, hogy *több az* oktatás. Az amerikai oktatási rendszer lehet alaposabb, mint a másiké, de az oktatási jellege várhatóan ugyanaz lesz. Hadd magyarázzam ezt egy intuitívabb példával: Britney Spears és Ludwig van Beethoven zenei teljesítménye közötti különbségek a legtöbb ember számára teljesen egyértelműek, de tévednénk, ha azt mondanánk, hogy a 9. szimfónia több zene, mint az *Oops! I Did It Again*. Shakespeare opusai sem több színdarabok, mint Feydeau-éi. Marius Petipa balettjei nem több balett, mint Maurice Béjart balettjei. Ha valaki egészen egyértelműen több vagy kevesebb sikerrel járhat a céltudatos vállalkozásban, ez nem jelenti azt, hogy a vállalkozás tárgya maga is skálázható. A jog megalkotásának céltudatos vállalkozása lehet több vagy kevesebb sikerrel, de ez nem jelenti azt, hogy az eredmény több vagy kevesebb jura.

A jog állítólagos skaláris jellege nem vezethető le a normatív rendszerek fejlődésének fokozatosságát sem. Az evolúció fokozatossága nem feltétlenül vonja maga után a mögöttes tulajdonság skálázhatóságát. Igaz, hogy az általam itt elfogadott jogfejlődési megközelítés egyrészt azt feltételezi, hogy egy normatív rendszer az idő múlásával fokozatosan fejlődik, hogy jogrendszeré váljon, másrészt pedig azt, hogy ha már jogrendszeré vált, tovább fejlődik, hogy "fejlett és . . . kevésbé fejlett jogrendszereket" alakítson ki, ahogy Paul Bohannon mondaná.⁶⁴ Intuitívan azt gondolhatnánk, hogy az ilyen fejlődési szemlélettel csak az a megközelítés áll összhangban, amely elismeri a mögöttes fogalom skálázhatóságát. Ebben az esetben azonban az intuíció azt tanácsolhatja

⁶² *Id.* 122-23.

⁶³ *Id.* 123.

⁶⁴ Bohannon, *Supra* 33. lábjegyzet, 37. pont.

tévesen, amint azt a következő példák remélem, világossá teszik. Például a víz vízgőzzé válásának fizikai jelensége fokozatos: a vízmolekulák hőmozgása fokozatosan növekszik, egészen addig a pontig, amikor a kinetikus energia legyőzi a felületi feszültséget, és a molekulák elpárolognak. Ettől függetlenül ez nem jelenti azt, hogy a víz vagy a vízgőz fogalmát fokozatosan kapjuk. Bár az egyik állapotból a másikba való átmenetnek van egy skálázható összetevője (sebessége), a két állapot mindegyike nem skálázható. Az evolúció elér egy küszöbértéket, és ekkor a fokozati különbség faji különbséggé válik. A küszöbérték felett a többé-kevésbé fejlett állapotba való folyamatos evolúció sem jelenti a mögöttes fogalom skaláris jellegét. Egy izom lehet többé vagy kevésbé fejlett, teljesítheti funkcióit nagyobb vagy kisebb mértékben, de ez nem jelenti azt, hogy ilyen esetekben beszélhetünk valamiről, ami több vagy kevesebb izom. Ahogy Matthew Kramer érvel, a jogszerűség küszöbén túl egy jogrendszer nem a jogszerűség, hanem a "világosság", az "egyenesség", a "robusztusság" vagy a "vibrálás" különböző fokozatait engedheti meg, amelyek meghatározzák, hogy mennyire "teljes értékű".⁶⁵

Úgy tűnik, lehetségesnek tartjuk, hogy létezik olyan dolog, mint a jogrendszer megtestesítője. A jogrendszer e példaképe azt hivatott reprezentálni, amit a jogi pluralista szemszögből tipikusan jogrendszernek, *par excellence* jogrendszernek, paradigmaticus példának tekintünk. Egy modern állam közjogi rendszere, amennyiben nem rendelkezik olyan különös hibával, mint például a Fuller által megfogalmazott jogállamisági elvek egyikének vagy többnek való meg nem felelés,⁶⁶ a jogrendszer epitómiájának példája lenne, hiszen kevesen tagadnák annak juraális jellegét.⁶⁷ Az epitom azonban nem a tökéletesség olyan eszménye, amelyet a valóságban soha nem érnek el, mint például egy geometriai alakzat, amely csak absztrakcióban létezik.⁶⁸ A pluralista szemszögből nézve a közjogi rendszer a priori az a jogrendszer, amely a legegységesebben jogrendszer; ez az, amit paradigmaticus példaként használnának arra, hogy mi a jogrendszer; ezt a jogászok közössége a priori azonnal jurálisnak ismerné el. Egy ilyen állítás meglehetősen kevésbé izgalmas lehet azok számára, akik elsősorban a különböző - akár valós, akár hipotetikus - közjogi rendszerek összehasonlításával foglalkoznak, de fontos a magánjogi rendszerek juraális jellegének vizsgálata szempontjából, valamint annak vizsgálata szempontjából, hogy ezek hogyan viszonyulnak vagy állnak szemben a közönséges közjogi rendszer által alkotott eredeti modellel.

⁶⁵ KRAMER, IN DEFENSE, *supra* note 12, 97. o.; KRAMER, OBJEKTIVITÁS, *supra* note 11, 105., 107-109., 122. o.

⁶⁶ Lásd az 57. lábjegyzetet.

⁶⁷ Azzal az érveléssel, hogy a modern állam közjogi rendszere a jogrendszer megtestesítője (bár Fuller törvényességi elveire való hivatkozás nélkül), például ANDREÍ MARMOR, POSITIVE LAW & OBJECTIVE VALUES 39-42 (2001) foglalkozik.

⁶⁸ Lásd például Nigel E. Simmonds, *Straightforwardly False: The Collapse of Kramer's Legal Positivism*, 63 CAMBRIDGE L.J. 98, 118-119 (2004); és az ehhez fűzött megjegyzéseket lásd: KRAMER, OBJEKTIVITÁS, 11. lábjegyzet, 105-109. o..

Mindazonáltal, ha úgy véljük, hogy egy adott tárgynak létezik egy epitómiája, az nem feltétlenül jelenti azt, hogy maga a tárgy skalár jellegű. Még ha különböző mértékben fel is tudjuk mérni a különbséget egy tárgy epitóma és a vizsgált példánya között, még ha intellektuálisan meg is tudjuk mérni vagy legalábbis fel tudjuk mérni a fogalom bármely adott példánya és annak legjellemzőbb példánya közötti távolságot, ez nem jelenti azt, hogy maga a fogalom skaláris. Egy alma többé-kevésbé hasonlíthat az alma archetípusára (a paradigmaticus példára, amelyet leírnánk valakinek, aki nem tudná, mi az alma), de ez nem jelenti azt, hogy az alma kisebb-nagyobb mértékben alma is lehet. Egy nő és egy férfi nem többé vagy kevésbé ilyen természetű attól függően, hogy mennyire különbözik a Pioneer-plaketten ábrázoltakhoz képest - az emberiség képi üzenetei a Pioneer 10 és 11 pilóta nélküli űrhajók fedélzetén, amelyek azt ábrázolják, hogy jellemzően hogyan néz ki egy nő és egy férfi. Még ha egy adott személy félig férfinak, félig nőnek is néz ki, megjelenése félúton van egy tipikus férfi és egy tipikus nő között, az illető akkor is vagy az egyik, vagy a másik, bármennyire is nem világos, hogy melyikhez tartozik. Ezért ha egy normatív rendszer a maga aspektusában egészen más, mint egy közönséges közjogi rendszer, ebből nem következik, hogy kevésbé juraális, hogy kevésbé jogrendszer lenne. Ebből azonban következhet, hogy *kevésbé egyértelműen* jogrendszer, vagy az is lehet, hogy egyáltalán nem jogrendszer.

Az előző bekezdések nem azt jelentik, hogy egy egyértelmű küszöbérték különbözteti meg a társadalmi normatív rendszereket a jogrendszerektől. Éppen ellenkezőleg, úgy tűnik, hogy nem lehet pontosan elhelyezni egy ilyen küszöböt. Úgy tűnik, hogy ez csupán egy "durva és változó minimum", ahogy Ronald Dworkin mondaná,⁶⁹ vagy egy "meghatározhatatlan küszöb", ahogy Matthew Kramer fogalmaz.⁷⁰ A jogalanyiség határai - állítják lényegében ezek a szerzők - meghatározhatatlanok, és ezzel hajlamos vagyok egyetérteni. Ahol úgy tűnik, hogy nem tudok egyetérteni Dworkinnal, az az, amikor úgy véli, hogy a meghatározhatatlanság e zónáján belül a jogalanyiség skálázható, míg azon kívül nem az.⁷¹ Valójában furcsának tűnik, ha azt gondoljuk, hogy a jog a fejlődésének bizonyos szakaszaiban skaláris tulajdonság, más szakaszaiban pedig nem skaláris tulajdonság. Egy fogalom instanciájának fejlettségi foka nem változtatja meg a fogalom természetét.

Bár ezt a küszöbértéket nem határozhatjuk meg, de azt megtehetjük, hogy mérni vagy legalábbis felmérni, hogy egy adott normarendszer mennyire áll közel vagy távol a jogrendszer megtestesítőjétől: a modern állam rendes közjogi rendszerétől. Minél közelebb van, annál egyértelműbben lesz jog, vagy legalábbis

⁶⁹ Dworkin, *Supra* 54. lábjegyzet, 678. lábjegyzet.

⁷⁰ "A Fuller-féle törvényességi elveknek való megfelelés egy meghatározhatatlan küszöbérték felett bármely kormányzati rendszer jogrendszernek minősül. Bizonyos, hogy létezhetnek olyan területek határesetei, ahol a jogállamiság sem határozottan jelen van, sem határozottan nincs jelen, és létezhetnek olyan területek is, ahol a jogállamiság bizonyos tekintetben jelen van, más tekintetben pedig hiányzik". KRAMER, OBJEKTIVITÁS, *uo.* 11. lábjegyzet, 107. pont.

⁷¹ Dworkin, *Supra* 54. lábjegyzet, 678. lábjegyzet.

annál valószínűbb, hogy az átlépte a jogképesség küszöbét. Nem úgy értem, hogy a közjogi rendszerhez való bizonyos hasonlóság szükséges feltétel, hanem inkább *elégséges* feltételnek tekintem ahhoz, hogy egy normatív rendszer jogszerű legyen, vagy legalábbis valószínűsíthetően jogszerű legyen.

IV. JOGHATÓSÁGI HATÁSKÖRÖK

Az előző szakaszban láttuk, hogy a jog a legjobban egy olyan dichotóm tulajdonságnak tekinthető, amelyet különböző fokú egyértelműséggel kapunk. Ami még kifejtésre vár, az az, hogy mit nevezhetünk helyesen jogrendszernek. Más szóval, hol kell meghúzni a határt a jogrendszerek és a pusztán társadalmi normarendszerek között? Az alábbiakban egy reményeim szerint működőképes tesztet fogalmazok meg, amely, ha teljesül, elegendő - bár nem szükséges - feltételét képezi annak, hogy jogrendszer legyen.⁷² A teszt a joghatósági jogkörökre támaszkodik: ha egy adott normatív rendszer rendelkezik saját autonóm joghatósággal az előírásra, az ítélezésre és a végrehajtásra, akkor az a maga nemében jogrendszernek minősül. A következőkben kifejtsük, hogy miért, majd a tesztet az előzőekben azonosított két internetes normarendszerre alkalmazzuk.

A. Elrendelés, elbírálás és végrehajtás: Az elismerés három egymást kiegészítő szabálya

A másodlagosság fogalmán keresztül láttuk, hogy ahhoz, hogy egy norma jogi normává váljon, hogy társadalmi normából jogi normává alakuljon át, a jogrendszer hivatalos intézményeiben, a jogrendszer tisztviselői vagy ügynökei által újra kell fogalmazni (vagy "újra intézményesíteni"). Ez azt jelenti, Paul Bohannon szavaival élve, hogy a normákat "úgy kell újrafogalmazni, hogy azokat egy kifejezetten erre a célra tervezett (vagy legalábbis felhasznált) intézmény "alkalmazhassa".⁷³

Talán sokatmondóbb terminológiával élve, a norma újbóli megállapítása a másodlagos elismerési szabály által meghatározott teszt teljesítését jelenti. Az újrafogalmazás egyenlő az elismeréssel - jegyezzük meg, hogy néha egy szabály "elfogadásáról" beszélünk. Egy társadalmi norma akkor válik jogszerűvé, ha azt a jogrendszer valamely intézménye jóváhagyja (újrafogalmazza, újra intézményesíti, elismeri), és ez a jóváhagyás az elismerés alkalmazandó szabálya szerint történik. Az elismerési szabály alkalmazása annak ellenőrzését jelenti, hogy egy még nem a rendszerhez tartozó normát "kifejezetten erre a célra kialakított" intézményekben történő újrafogalmazása révén át kell-e venni a rendszerbe.

Ezek az intézmények nem feltétlenül működnek, és gyakran nem is működnek tökéletes összhangban. A különböző tisztviselők között rendszerint nézeteltérések vannak.

⁷² A jogszerűség ilyen alapon történő meghatározása tehát tévesen negatív eredményt hozhat, de csak nagyon kevés téves pozitív eredményt engedhet meg, ami a jelen

10 YALE J.L. & TECH. 151
(2007)

2007-2008

tanulmány szempontjából fontos.

⁷³ Bohannon, *Supra* 33. lábjegyzet, 36. pont.

egységes jogrendszer. Ha az ilyen nézeteltérés a jog előállítását érinti, ez azt jelenti, hogy a különböző tisztviselők jogalkalmazó magatartása nem feltétlenül hivatkozik pontosan ugyanazokra a szabályokra.⁷⁴ Amikor Hart "az elismerés szabálya" kifejezését használjuk, valójában elismerési szabályokról beszélünk, többes számban, szabályok "átfogó tömbjéről".⁷⁵ Ezek nemcsak abban az értelemben többes számban vannak, hogy egy szabály nem szabályozhatja egy norma jogként való érvényesítésének minden aspektusát, hanem abban az értelemben is, hogy a különböző joghatóságok különböző elismerési szabályokat alkalmaznak.⁷⁶ Amit például a törvényhozó hatalom jogszabállyá - jogilag érvényesnek - nyilvánít, azt a bírói hatalom nem feltétlenül ismeri el. Más szóval, egy jogrendszer intézményei nem pontosan azonos feltételek mellett fogalmazzák újra a normákat. Hart azon nézetével szemben, amely szerint az elismerésnek csak egyetlen szabálya van, Raz azt javasolja, hogy "az elismerésnek különböző szabályai vannak ... amelyek mindegyike másfajta tisztviselőknak szól".⁷⁷ Az elismerés e szabályai közötti eltérés mértéke korlátozott, de ilyen eltérés mégis jellemzően létezik.⁷⁸

Az elismerési szabályok ilyen sokféleségének egyik következménye az, hogy hogy egy adott normát egy rendszeren belül több vagy kevesebb intézmény vagy tisztviselő fogalmazhat újra, és ezáltal jogi jelleggel ruházhatja fel.⁷⁹ Egy norma jogképessége jellemzően egyértelműbb, ha azt több tisztviselő ismeri el. Ha valamennyi tisztviselő valamennyi feltétele teljesül, akkor a szóban forgó norma a legegységesebben jogszerű lesz, mivel a norma rendszerbe való integrációja a legnagyobb mértékben megtörtént. Az újraalkotmányozásnak (vagy újrafogalmazásnak, illetve elismerésnek) különböző teljességi szintjei vannak.

Ez az újrainstytucionizálás három fő szakaszban zajlik: a norma megfogalmazása, alkalmazása és érvényesítése. Egy norma reintstytucionizálása akkor a legteljesebb (és következésképpen a szóban forgó norma akkor a rendszer által megengedett legmagasabb fokú jura), ha a norma megfelel az e különböző szakaszoknak megfelelő három, egymástól némileg eltérő elismerési szabály által meghatározott teszteknek. Az a norma, amely megfelel e három próbának, a legegységesebben jognak minősül. A megvalósulás

⁷⁴ *Lásd pl.*, Matthew H. Kramer, *A végső dolgokról*: 24 L. & PHIL. 47, 50 (2005).

⁷⁵ *Lásd pl. id.* 49., 51. pont.

⁷⁶ *Lásd pl.* JOSEPH RAZ, *A JOGI RENDSZER FOGALMA* 200 (2. kiadás, 1980).

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Matthew Kramer nagyon világosan fogalmazott, amikor megjegyezte, hogy "az ellentétes jelzések és beavatkozások zavarba ejtően sokféle" - alapvető és a jogalkalmazók között igen gyakran előforduló ellentmondások - egyszerűen nem lennének jogszerűek. KRAMER, IN DEFENSE, *supra* note 12, 142-146. o. A tisztviselők közötti alapvető és ismétlődő ellentmondások valóban meghiúsítanak a "különböző elemeket összekötő egység elvét, hogy azok rendszerré váljanak". VAN DE KERCHOVE & OST, *supra* 37. lábjegyzet, 135. o.

⁷⁹ *Lásd pl.* Kent Greenawalt, *The Rule of Recognition and the Constitution*, 85 MICH.

10 YALE J.L. & TECH. 151
(2007)

2007-2008

L. REV. 621, 634-637 (1986) (azzal érvelve, hogy az amerikai alkotmány módosításaira többféle elismerési szabály vonatkozik).

e három feltétel közül nem szükséges, hanem elégséges feltétel. Erre gondolok. Először is, egy normát meg kell fogalmazni; azt az igazságszolgáltatás praetoriánus hatalmával, az ítélkezési gyakorlaton keresztül lehet törvénybe iktatni vagy újra intézményesíteni. Példaként a dohányzás tilalma mint társadalmi szabály alakul ki, és különböző aspektusait a jogrendszerben a dohányzásellenes törvények meghozatalával újra intézményesítették. Másodsor, a normát ezután konkrét ügyek elbírálása során kell alkalmazni, különben papíron érvényesülő szabály jellege lesz. Igaz, ha a normát maga az igazságszolgáltatás fogalmazza meg, a gyakorlatban nehéz lehet megkülönböztetni a reintusztrializáció e két szakaszát, de analitikusan mégis megkülönböztethetők. A dohányzással kapcsolatos példában ez azt jelenti, hogy a dohányzásellenes törvényeket ténylegesen a bíróságon alkalmazzák. Végül a normának a gyakorlatban is érvényt kell szerezni, különben ismét csak papírszabály jellege lesz, de kevésbé, mintha a bíróságon nem is alkalmaznák. A dohányzással kapcsolatos példában ez például azt jelenti, hogy a rendőrség beavatkozik a dohányzás tényleges betiltása érdekében.

A reintegrációnak ezt a három fő szakaszát hozzátehetjük, John Locke három fő okot látott arra, hogy egy közösség elhagyja a természeti állapotot, és megalakítsa azt, amit több mint egy évszázaddal Locke után *jogállamnak* neveztek. Locke azt írja, hogy a természeti államban "[a]z természetben "[a]z elfogadott és engedélyezett, bevett, állandó, ismert törvényt akar ... egy ismert és közömbös bírót ... [és] hatalom, hogy az ítéletet, ha helyes, támogassa és támogassa, és azt megfelelően végrehajtsa".⁸⁰

Ahhoz, hogy lehetővé váljon a reintitucionalizáció ezen aktusainak bekövetkezése (és a természeti állapotból kilépő közösség locke-i céljainak elérése), a normatív rendszernek olyan intézményekre van szüksége, amelyek rendelkeznek a megfogalmazás, az alkalmazás és a végrehajtás ezen hatáskörével. Ezek az intézmények teszik lehetővé a normák reintitucionalizálását, ami - egy szélsőséges képet használva - a jogrendszer elszakítását jelenti a mögöttes társadalmi rendszertől, hogy megvalósuljon a normarendszer megkettőződése, amely a másodlagosság fogalmának középpontjában áll. Ez azt is jelenti, hogy a jogrendszer ezen intézmények révén egyfajta autonómiára tesz szert az alapul szolgáló társadalmi rendszertől. Már nem vertikálisan (amelyben a jogrendszer úgyszólván a társadalmi rendszer felett lebeg), hanem horizontálisan vizsgálva, az itt említett intézmények is szükségesek ahhoz, hogy a rendszer saját elismerési szabályait megvalósítsa, hogy autonóm legyen más jogrendszerektől.

A más jogrendszerektől való autonómiának ez a kritériuma a következőképpen fejeződik ki

François Ost és Michel van de Kerchove, amikor azt írják, hogy "az a minimális feltétel, amely alapján egy jogrendszer egy *másik jogrendszerrel szemben* identitással rendelkezik, az, hogy nemcsak viselkedési szabályokból áll, hanem egy *rá jellemző* elismerési szabályból is, amely lehetővé teszi számára, hogy ezeket a szabályokat sajátjaként azonosítsa".⁸¹ Mégis nem nehéz belátni, hogy

⁸⁰ JOHN LOCKE, MÁSODIK ÉRTEKEZÉS A POLGÁRI KORMÁNYZÁSRÓL 124-126. §§ (1690).

⁸¹ VAN DE KERCHOVE & OST, *Supra* 37. lábjegyzet, 141. o. (kiemelés hozzáadva).

nem elegendő, ha egy jogrendszer csupán másodlagos elismerési szabályokkal rendelkezik. Ezen túlmenően ezeknek az elismerési szabályoknak hatékonyaknak kell lenniük, hogy a jogrendszer hatékonyan dönthessen a határaitól. Hatékonyan képesnek kell lennie arra, hogy - Hans Kelsen szavaival élve - "szabályozza saját létrehozását és alkalmazását",⁸² hogy elérje azt, amit mások az "önszerveződés képességének" neveztek,⁸³ amely nélkül nem lehet megfelelően saját normarendszerről beszélni.⁸⁴ Az elismerési szabályok működése csak akkor lehet hatékony - csak akkor lehet önszerveződés vagy autonómia -, ha az adott jogrendszernek van saját intézménye, amely végrehajtja azokat.⁸⁵

Más szóval, ahhoz, hogy a megfogalmazás, az alkalmazás és a végrehajtás aktusai által implikált elismerési tesztek megtörténhessenek, a normatív rendszernek szüksége van olyan intézményekre, amelyek rendelkeznek a megfogalmazás, az alkalmazás és a végrehajtás ezen hatáskörével.

Ha egy normatív rendszer rendelkezik az itt szóban forgó intézményekkel, amelyek biztosítják a normák rendszerspecifikus megfogalmazását, alkalmazását és érvényesítését, akkor ez azt jelenti, hogy a rendszer rendelkezik előíró, ítélkezési és végrehajtási jogkörrel. A joghatóságot itt a hatalom,⁸⁶ értelmében értem, nem pedig jog vagy tekintély, ahogyan azt a nemzetközi jogban általában használják⁸⁷, amikor az államoknak ilyen jogokat biztosítanak.⁸⁸ A joghatóság itt a hatékonyság kérdése: a normarendszer megmutatja, hogy képes-e normáit megfogalmazni, alkalmazni és érvényesíteni.

Most fordítsuk meg az érvelést. Ha megállapítható, hogy egy adott normatív rendszer rendelkezik előíró, ítélkezési és végrehajtási jogkörrel, hogy vannak olyan intézményei, amelyek szabályokat fogadnak el, ezeket a szabályokat saját vitarendezési mechanizmusaikban alkalmazzák és érvényesítik, akkor ez arról tanúskodik, hogy a rendszer rendelkezik olyan intézményekkel, amelyek lehetővé teszik, hogy autonóm legyen más rendszerektől. Ez azt mutatja, hogy a rendszer rendelkezik a

⁸² HANS KELSEN, A JOG TISZTA ELMÉLETE 71 (1967). Emlékeztethetünk arra, hogy Kelsen megközelítésében ez a jog egyik lényeges jellemzője.

⁸³ 2 CHARLES ROUSSEAU, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ¶ 204, 407. o. (1974).

⁸⁴ *Lásd pl.*, VAN DE KERCHOVE & OST, 37. lábjegyzet, 139-42. o.

⁸⁵ Mellékesen megjegyezhetjük, hogy Oliver Wendell Holmes híres idézete lényegében az elismerési szabályok hatékonyságával kapcsolatos kérdés. Amikor azt írja, hogy "[a] bíróságok által ténylegesen elkövetett jóslatok, és semmi más mesterkélt dolog, az az, amit én a törvény alatt értek", akkor ez úgy értelmezhető, hogy az egyetlen valóban hatékony elismerési szabály a bíróságok által alkalmazott szabály. Oliver Wendell Holmes, *A jog útja*, 10 HARV. L. REV. 457, 461 (1897).

⁸⁶ Robert Wolff a hatalmat úgy határozza meg, mint "a megfelelés kikényszerítésének képességét, akár erőszak alkalmazásával, akár azzal való fenyegetéssel". ROBERT WOLFF, AZ ANARCHIZMUS VÉDELMEBEN 4 (1970). Az "erő" kifejezést itt nagyon tág értelemben kell érteni, a pusztán fizikai erőn túlmenően, és a kényszerítés minden eszközét magában foglalja; ezt később tisztázzuk.

⁸⁷ A tekintélyt itt úgy értelmezzük, mint "a parancsolás jogát, és ennek megfelelően az engedelmisség jogát". *Id.*

⁸⁸ *Lásd pl. Michael Akehurst, Jurisdiction in International Law*, 46 BRIT. YB INT'L L. 145 (1974).

a normák hatékony újraalkotásának képessége a jogszerűség legnagyobb egyértelműségére. Egy ilyen rendszer így képes lenne a jogszerűség tekintetében nagyfokú egyértelműséggel jogot termelni, és maga is nagyon egyértelmű módon jogrendszer lenne.

Amikor a rendszer saját intézményei általi érvényesítésre utalok, ezt abban az értelemben értem, hogy a normák ésszerű mértékű betartásához nem kell az állami kényszerítő rendszerhez vagy bármilyen külső érvényesítési apparátushoz folyamodni. A "külső" itt azt jelenti, hogy az apparátus olyan feltételek mellett nyújtja kényszerítő karját, amelyeket nem a saját normarendszer határoz meg. Erre példa lehet az állami jogrendszer végrehajtási eljárása egy választottbírói ítélet esetében. Ahhoz, hogy a bírói ítélet kényszerítő hatalomhoz jusson, meg kell felelnie a közjogi rendszer által meghatározott követelményeknek. A végrehajtási hatalomnak ez a feltétele különösen fontos, egyrészt a kényszerítő hatalomnak a jog fogalmában betöltött központi szerepe miatt - amint azt olyan különböző szerzők, mint Immanuel Kant, John Austin, Rudolf von Jhering, Max Weber, Hans Kelsen és John Rawls állították -, másrészt pedig azért, mert éppen ez hiányzik a nem állami jogrendszerek létezésére vonatkozó legtöbb kortárs állításból.

A következőkben azt kívánom bemutatni, hogy a normatív Az internet általam vizsgált rendszerei (domainnevek és eBay) a joghatóság e három dimenziójával rendelkeznek. A demonstráció lényegében abból áll majd, hogy megmutatom, hogy ez a két normatív terület saját normákat hoz létre, saját *fórumokon* alkalmazza őket, és saját mechanizmusok segítségével érvényesíti őket.

B. Előírási joghatóság

Az ICANN domainnevekre vonatkozó normatív rendszerét illetően az ICANN előíró joghatósága abban nyilvánul meg, hogy az ICANN-eljárásokban az alkalmazandó eljárási és anyagi jog (a kollíziós jogról szólva) az UDRP, amelyet maga az ICANN hirdetett ki. Az UDRP határozza meg mind az eljárás lefolytatásának, mind az ügy érdemi elbírálásának módját.

Igaz, az UDRP előírja, hogy az ügy érdemében hozott döntéseknek összhangban kell lenniük az UDRP-vel, valamint "az általa alkalmazandónak ítélt bármely jogszabállyal és jogelvvvel".⁸⁹ Ennek ellenére az empirikus vizsgálatok azt mutatják, hogy a domináns normatív forrás messze maga az UDRP.⁹⁰ A domainnév átruházásának vagy törlésének feltételeit meghatározó rendelkezések lényegében az ICANN saját rendelkezései, és csak korlátozottan és következtetlően hivatkoznak a nemzeti jogszabályokra, mint az UDRP rendszeren kívüli értelmezési forrásaira. Az UDRP alapvetően a nemzeti védjegyjogszabályok helyett alkalmazandó a kérdésben.

⁸⁹ UDRP SZABÁLYOK, Para. 15(a).

⁹⁰ *Lásd pl. Thomas H. Webster, Domain Name Proceedings and International Dispute Resolution*, 2001 BUS. L. INT'L 215, 236.

Az UDRP ICANN általi pusztai kihirdetését már akkor is az ICANN "legkirívóbb példájának" tartották, amikor az ICANN "a politikaalkotás legkirívóbb példájaként".⁹¹ Azóta az UDRP hatásai a de facto stare decisis - a korábbi határozatokra való hivatkozás és azok követésének gyakorlata, még akkor is, ha ezt semmilyen kifejezett szabály nem írja elő - fokozatosan erősödő doktrínája révén nőttek.⁹² Ez a gyakorlat még inkább kizárja a nemzeti jogot, mivel az értelmezési források egyre inkább rendszeren belülivé válnak, és egyre inkább az ICANN által jóváhagyott intézmények égisze alatt működő vitarendező testületek által az UDRP alkalmazása során hozott korábbi határozatokra korlátozódnak. A precedensek számának növekedésével a normatív rendszer normatív szempontból is sűrűbbé válik, és ezáltal megszilárdul.

Már 2002-ben egy empirikus elemzés kimutatta, hogy az UDRP ügyek a nemzeti védjegyjogszabályoktól való egyértelmű anyagi elkülönülés jellemezte, és a nemzeti jogszabályoknál lényegesen nagyobb védelmet biztosított a védjegyjogosultaknak.⁹³ Az UDRP alapján hozott határozatok közötti bizonyos következetlenségek csökkentése érdekében egyes kommentátorok adatbázisok és keresőmotorok használatát javasolták a korábbi határozatokhoz való hozzáférés javítása érdekében;⁹⁴ ez a precedensekhez való egyszerűsített hozzáférés növelné az UDRP és a nemzeti esetjog közötti elkülönülést, már csak azért is, mert jelentősen csökkenne a közjogi rendszerekhez való fordulás szükségessége.

Lehet dicsérni az ilyen fejlődést, mert kiszámíthatóbbá válik, vagy lehet kritizálni, mert csökken a demokratikus legitimitása, mivel eltávolodik az állami jogtól, de itt nem ez a célom. Csak azt a gondolatot kívánom szorgalmazni, hogy ez a normatív rendszer a normatív forrásai szempontjából a más jogrendszerekkel szembeni fokozott zártság felé halad, és így egyre nagyobb autonóm előíró joghatósági hatalomra tesz szert. Ebből a szempontból úgy tűnik, hogy az ICANN normatív rendszere a jogrendszerré válás nagyobb egyértelműsége felé halad.

Az eBay előíró hatásköre az eBay felhasználói irányelvek megfogalmazásában nyilvánul meg. Ezeket a szabályzatokat az eBay hivatalosan az általa megfigyelt újonnan kialakuló gyakorlatok alapján fogadja el.

⁹¹ A. Michael Froomkin, *Téves fordulat a kibertérben: Using ICANN to Route Around APA and the Constitution*, 50 DUKE L.J. 17, 96 (2000).

⁹² A de facto stare decisis fogalmáról lásd Raj Bhala, *The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)*, 14 AM. U. INT'L L. REV. 845, 937 (1999).

⁹³ *Lásd pl.* ALEXANDRE CRUQUENAIRE, *LE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES LITIGES RELATIFS AUX NOMS DE DOMAINE* (2002); MILTON MUELLER, *RULING THE ROOT 231* (2002); Keith Blackman, *The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: A Cheaper Way to Hijack Domain Names and Suppress Critics*, 15 HARV. J.L. & TECH. 211, 233-236 (2001).

⁹⁴ *Lásd pl.* Ethan Katsh, *Online vitarendezés: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace*, 10 LEX ELECTRONICA, 10. (2006. tél), <http://www.webcitation.org/5O1Haxjcg>.

az eBay közösségen belül. Ugyanezek az irányelvek - néhány kisebb változtatással - az eBay teljes piacra érvenyesek, minden olyan országban, ahonnan az elérhető. Más szóval, ezek az irányelvek nemzetek felettiek. Ezzel szemben azoknak a rendelkezéseknek a tartalma, amelyek akkor lennének alkalmazandók, ha egy eBay-vitát bíróság elé vinnének - amelyek között olyan kötelező fogyasztóvédelmi jogszabályok is vannak, amelyek alól jogszerűen nem lehet szerződést kötni - nemzeti jogonként eltérő. Ennek szinte elkerülhetetlen következménye, hogy bizonyos esetekben ugyanaz a jogvita eltérő elbírálásban részesül, ha egy olyan fórumon rendezik, amely csak az eBay szabályzataira hivatkozik, és ha egy nemzeti jog kötelező rendelkezéseit alkalmazó bíróságon.⁹⁵ Ez nem jelenti azt, hogy az eBay teljesen elzárkózik az állami jogrendszertől. Ennek ellenkezőjét bizonyítja például az a tény, hogy az eBay kizárja a listáiból azokat a termékeket, amelyeket bizonyos kormányok betiltottak, vagy amelyek bizonyos országokban sértik a szellemi tulajdonra vonatkozó jogszabályokat.

Ezért mind az ICANN, mind az eBay normatív rendszerei úgy tűnik, hogy olyan intézményekkel rendelkeznek, amelyek autonóm szabályalkotási hatáskörrel rendelkeznek, azaz olyan intézményekkel, amelyek lehetővé teszik a szabályok megfogalmazását kifejezetten ezekre a rendszerekre vonatkozóan. Más szóval, úgy tűnik, hogy saját joghatósággal rendelkeznek a szabályozásra, ami az első elem, amely jogi rendszerként jellemzi őket. A következő szakasz a második ilyen elemet vizsgálja, nevezetesen az olyan intézmények jelenlétét, amelyek képesek e szabályok autonóm alkalmazására e rendszerek számára. Ez a kérdés az ítélkezési joghatóság kérdése.

C. Ítélezési joghatóság

Az ICANN normatív rendszerének ítélkezési jogköre az ICANN által akkreditált négy vitarendezési intézményt illeti meg, amelyek az UDRP-t alkalmazzák. Amint azt már említettük, a domainnevet megtámadni kívánó védjegyjogosult úgy indíthat UDRP-eljárást, hogy panaszt nyújt be ezen intézmények valamelyikéhez. Az az intézmény, amelyhez a panaszt továbbították, ezután kijelöl egy vitarendező testületet, amely a vitát az UDRP-t alkalmazó határozat meghozatalával rendezi. A válaszadó (a domainnév-tulajdonos) nem tagadhatja meg a kiválasztott intézmény joghatóságát. Ez egy olyan szerződéses struktúra miatt van így, amely arra kényszerít minden olyan felet, aki az ICANN hatáskörébe tartozó domainnevet kíván regisztrálni, hogy aláírjon egy bizonyos vitarendezési megállapodást.⁹⁶ Az ICANN a regisztrátorokkal kötött minden olyan szerződésben, amellyel hozzáférést biztosít a domainnevek IP-címekké történő feloldását végző adatbázisához, tartalmaz egy olyan záradékot, amely előírja, hogy az említett regisztrátorok és a regisztrálók (a domainneveket regisztrálni kívánó személyek) közötti szerződéseknek tartalmazniuk kell egy adott harmadik félre vonatkozó kedvezményezetti záradékot. A regisztrátorok kénytelenek megkötni ezt az akkreditációs szerződést az ICANN-nal, ha technikailag képesek akarnak neveket regisztrálni. A harmadik félre vonatkozó záradék kötelezi a

⁹⁵ *Lásd Calliess, Supra* 26. lábjegyzet (a német jog és az eBay politikái közötti ilyen különbségeket vizsgálva).

⁹⁶ *Lásd a* 15. és 16. megjegyzéshez fűzött szöveget.

domainnév-tulajdonosnak, hogy az UDRP-eljárás alá vesse magát, ha bárhol, bárki kezdeményez ilyen eljárást, azt állítva, hogy a domainnév sérti a védjegyét. E záradék elfogadásával a domainnév-tulajdonos a vitarendező testület döntésének megfelelően átruházza vagy törli a nevet arra a regisztrátorra, akinél a domainnevét regisztráltatta. Ez a szerződéses konstrukció azt eredményezi, hogy az ICANN hatáskörébe tartozó domainnév birtoklása lehetetlenné válik anélkül, hogy alávetné magát az ICANN-nak alávetett vitarendezési intézmények joghatóságának.⁹⁷

Igaz, az UDRP jogilag nem minősül választottbírói eljárásnak. Míg a választottbírói eljárás olyan döntéseket hoz, amelyek a bírósági határozatokhoz hasonlóan kötelező erejűek, és amelyeket a bíróságok csak nagyon korlátozott ellenvetési lehetőséggel ismernek el és hajtanak végre, addig az UDRP-határozatoknak a bíróságok nem tulajdonítanak semmilyen súlyt, vagy legalábbis kötelező jelleget.⁹⁸ Nem lenne túlzott leegyszerűsítés azt állítani, hogy a bírósági eljárások szempontjából az UDRP-eljárás egyszerűen nem rendelkezik releváns jogi létezéssel. Mégis helytelen lenne emiatt úgy tekinteni, hogy az ICANN által jóváhagyott négy, az UDRP-t alkalmazó intézmény nem képviselheti a rendszer bírói joghatóságát. Ha lehetőség lett volna arra, hogy az UDRP-határozatok ellen a nemzeti bíróságoknál fellebbezzenek, hogy azok felülvizsgálják az UDRP értelmezésének módját, akkor azzal lehetne érvelni, hogy az ICANN normatív rendszerének elismerési szabálya alá van vetve az érintett közjogi rendszer elismerési szabályának, és nem autonóm. A valóság azonban az, hogy a bíróságok soha nem mondják meg az UDRP-paneleknek, hogyan kell értelmezni az UDRP-t. A közjogi védjegyrendszer és az ICANN magánjogi rendszere egyszerűen párhuzamosan működik, és mindegyik a saját elsődleges szabályrendszerét alkalmazza.

Az UDRP-határozat és a bírósági határozat közötti ellentmondás esetén ugyanabban a kérdésben hozott határozatot, az utóbbi elsőbbséget élvez. Ez egyszerűen azért van így, mert az ICANN-t mint vállalatot a közjogi rendszer arra kötelezi, hogy eleget tegyen a vonatkozó bírósági határozatnak. Ez itt sem lehet alap az ICANN ítélkezési jogkörének megtagadására, már csak azért sem, mert az ilyen összeütközések csak statisztikailag kivételes helyzetekben fordulnak elő (az esetek kevesebb mint egy százalékában).⁹⁹ Mindenesetre nem az ICANN normarendszere tartalmának meghatározása kerül a közjogi rendszer elé. Itt csupán a rendszer általános hatékonyságáról van szó. A közjogi rendszerrel való ütközés esetén (ami, ismétlem, szinte soha nem fordul elő) az ICANN rendszere egyszerűen nem hatékony. Ez azonban nem függ össze annak meghatározásával, hogy az ICANN rendszere ténylegesen mit ismer el normatív tartalmának a szakaszában

⁹⁷ Lásd pl. MUELLER, *Supra* 93. lábjegyzet, 13. o.; Froomkin, *Supra* 91. lábjegyzet, 49. o., 97. o..

⁹⁸ Lásd pl. KAUFMANN-KOHLER & SCHULTZ, *Supra* note 24, 38-39. o., további hivatkozásokkal.

⁹⁹ A pontos adat valahol 0,5 és 1 százalék között van: lásd Thornburg, *Supra* 21. lábjegyzet, 224. lábjegyzet.

az elbírálás. Az ICANN bíráló testületei által alkalmazott elismerési szabály továbbra is érvényben marad. Az ICANN normatív rendszere továbbra is szabályozza saját létrehozását és alkalmazását, még akkor is, ha a végeredményt egy-egy alkalommal nem érvényesítik.

Az eBay joghatósági jogkörét az online vitarendezési mechanizmusa képezi, amelyet fentebb már tárgyaltam. Emlékeztetni lehet arra, hogy a felek alávetését e mechanizmusnak a jó hírnevük megsértésével való fenyegetés biztosítja. Ha egy fél megtagadja a részvételt, akkor valószínűleg negatív visszajelzést kap, amely a profiljához csatolódik, vagy ha a negatív visszajelzés már megtörtént, akkor elveszíti a legjobb esélyét annak eltávolítására. Ezenkívül, ha az érintett fél megjeleníti a vitarendezés ikonját, ami növeli az eladói versenyképességét, a vitarendezési eljárásban való részvétel megtagadása a bizalmi jel eltávolításához vezet. Ez árt a hírnevnek, mivel a bizalmi jel arról tanúskodik, hogy az eladó korábban beleegyezett abba, hogy részt vesz az ellene indított vitarendezési eljárásokban, ami önmagában is a hírnév egy formája.

Igaz, ez a joghatósági jogkör nem túl nagymértékben kifejlesztett, mivel a vitarendezési eljárás közvetítésből és számítógépes tárgyalásból áll. Ezek az eljárások szigorúan véve nem bírói eljárások. Egy harmadik fél nem a jogerős és kötelező érvényű végzés meghozatalára irányuló eljárás során szabályok tekintélyelvű alkalmazásával rendezi a vitát. Ez mégsem jelenti azt, hogy ez a vitarendezési eljárás nem az a hely, ahol az eBay szabályai alkalmazásra kerülnek. A szabályok alkalmazásának nem kell tekintélyelvű módon történnie ahhoz, hogy hatékony legyen; a szabályokat nem kell a címzettekre ráerőltetni ahhoz, hogy hatályba lépjenek. A jog normativitása egyszerűen következhet abból is, amit Marc Galanter információátadásnak nevez,¹⁰⁰ ami lényegében az elsődleges szabályok tartalmának közzétevése, amelyet ismételt emlékeztetők kísérnek. A jogtudat ilyen jellegű megteremtése, amennyiben a címzettek részéről bizonyos fokú, e szabályok szerinti tájékozódással találkozunk, a jogalkalmazás egy formáját jelenti. Pontosan erről szól a jog árnyékában folytatott tárgyalás jelensége. Ez "olyan szabályozás, amely inkább az információáramlás, mintsem közvetlenül a tekintélyelvű döntés révén valósul meg".¹⁰¹ Ráadásul láttuk, hogy a jog, amelynek árnyékában a felek látszólag tárgyalnak, az eBay saját felhasználói szabályzatainak teste, amely az eBay közösségéből ered, és amelyet - Paul Bohannon szóhasználatával élve - maga az eBay intézményesített újra.

Ezenkívül feltételezhető, hogy az eBay vitarendezési rendszere a rendszer megfelelő bírói mechanizmussá fog fejlődni. Két elem teszi lehetővé ezt a feltételezést. Az első a munkatársak bizonyos nem hivatalos nyilatkozatai alkotják, amelyeket a SquareTrade weboldalán a választottbíráskodásra való utalás kísér,

¹⁰⁰ Marc Galanter, *A jogi rossz közérzet: Or, Justice Observed*, 19 L. & SOC. REV. 537, 545 (1985).

¹⁰¹ *Id.*

az eBay vitarendezési szolgáltatásait nyújtó vállalat.¹⁰² Másodsor, az eBay-en tanúi lehettünk egy fejlődésnek, amely a *The Posse* (a hat emberből álló csoport, amely a piac rendfenntartásának feladatát tulajdonította magának) laza és spontán normakövetési gyakorlatából egy viszonylag kifinomult és formalizált vitarendezési rendszerré alakult. A jogi antropológia azt sugallja, hogy egy ilyen fejlődés után a vitarendezés megfelelően bírói eszközének kifejlesztése lehet a következő várható lépés.¹⁰³

Összefoglalva, úgy tűnik, hogy mind az ICANN, mind az eBay normatív rendszere rendelkezik olyan intézményekkel, amelyek képesek közvetlenül vagy közvetve autonóm módon alkalmazni a rendszerek normáit. Ezért úgy tűnik, hogy saját joghatósággal rendelkeznek az ítélezéshez, ami a második elem, amely jogi rendszerként minősíti őket. A következő szakasz a harmadik ilyen elemet vizsgálja, nevezetesen az olyan intézmények jelenlétét, amelyek képesek e szabályokat bármely más jogrendszerrel függetlenül érvényesíteni.

D. Végrehajtási joghatóság

A végrehajtási joghatóság, abban az értelemben, hogy egy normatív rendszernek hatalma van arra, hogy saját maga érvényesítse normáit, hiányzik a legtöbb olyan rendezésből, amelyről általában azt állítják, hogy jogrendszer, mint például a *lex mercatoria*. Állításom szerint az ebben a cikkben vizsgált két jogrendszer rendelkezik ezzel a hiányzó elemmel, ami így a legtöbb más magánjogi jogrendszerhez képest különösen egyértelmű jogrendszerre teszi őket. Ez a jogérvényesítési jogkör abból a tényből fakad, hogy ezeknek a rendszereknek nem kell az állam kényszerítő apparátusához folyamodniuk, ellentétben a *lex mercatoria*-val. Fel vannak szerelve úgynevezett önérvényesítési mechanizmusokkal.

Az állam kényszerítő apparátusának fő szerepe az, hogy prudenciális okokat teremtsen a törvények betartására. A prudenciális cselekvési okok ellentétben állnak a morális cselekvési okokkal, mivel az előbbiek, és nem az utóbbiak, érdektől függetlenek.¹⁰⁴ Az emberek prudenciális okokból akkor cselekszenek egy bizonyos módon, ha úgy vélik, hogy ez az érdekükben áll, hogy így jobban járnának, olyan okokból, amelyek nem tartalmazzák a jó vagy rossz lelkiismeretüket, ami pontosan erkölcsi kérdés. Az emberek erkölcsi okokból cselekszenek egy bizonyos módon, ha úgy gondolják, hogy erkölcsileg helyes így cselekedni. A prudenciális okokon alapuló engedelmség eléréséhez - szemben a normák erkölcsi megfelelése miatt engedelmséggel - egy normatív rendszernek elvileg érdektől független okokat kell teremtenie, amelyeknek engedelmességre kell kényszeríteniük. Az ilyen okokat jellemzően a fenyegető

¹⁰² A SquareTrade Seal Member Agreement 2. bekezdésének (1) bekezdése, amely elérhető a <http://www.webcitation.org/5O1HeahL3> oldalon, előírja, hogy "A SquareTrade által nyújtott vitarendezési szolgáltatások közvetlen tárgyalásokból, közvetítésből és választottbíráskodásból állnak".

¹⁰³ Lásd JEROLD S. AUERBACH, JUSTICE WITHOUT LAW? 15 (1983); Lawrence M. Friedmann, *Courts Over Time: A Survey of Theories and Research*, in EMPIRICAL

THEORIES ABOUT COURTS 9, 15-16 (Keith O. Boyum és Lynn Mather szerk., 1983).

¹⁰⁴ *Lásd pl. KRAMER, IN DEFENSE*, 12. lábjegyzet, 81-83. o.; *RAZ*, 9. lábjegyzet, 155-156. o.

szankció, amely alatt a szankciót úgy értjük, mint a csoport valamely tagjának bizonyos normaszegés miatti megfosztását a szokásos előnyök egy részétől.¹⁰⁵ A közjogi rendszer esetében a szankciókat elsősorban az állam kényszerítő apparátusa teszi lehetővé.

Az állam kényszerítő apparátusának végső szankciója, amely következképpen megfelel a jogkövetés legalapvetőbb okának, a kényszerítő erő alkalmazása, a fizikai erő értelmében, mint például a vagyon erőszakos elvétele vagy a bebörtönzés. Ez vezetett ahhoz a meggyőződéshez, hogy a fizikai erő a jog lényeges eleme, és így hozta létre a klasszikus jogpozitivisták monista jogkonstrukcióját (a jog mint a modern állam kizárólagos terméke¹⁰⁶), mivel a fizikai erő ellenőrzése végső soron az állam kezében van.¹⁰⁷

A fizikai erővel való fenyegetés azonban nem az egyetlen érdekfüggő megfelelési ok, amelyet egy normatív rendszer létrehozhat, vagy a szankciók egyetlen vektora, amelyre a normák támaszkodhatnak.¹⁰⁸ Egy normatív rendszer az ösztönzők bármely "olyan mintázatára támaszkodhat, amely biztosítja [annak] hatékony működését".¹⁰⁹ Az ilyen ösztönzők lényegében úgy működnek, hogy "megváltoztatják azokat az árakat, amelyeket a cselekvések elvégzéséért fizetni kell, [ami] motivációt szolgáltat egyes cselekvések elkerülésére és mások elvégzésére".¹¹⁰ Ezek az árak nagyon különböző természetűek lehetnek: lehetnek olyan természetűek, amelyek fizikai erővel szabályozhatók (szabadság, birtoklás), de lehetnek olyan természetűek is, amelyeket társadalmi erők (hírnév) vagy piaci erők (pénzügyi nyereségek és veszteségek) szabályozhatnak. Más szóhasználatnál élve, a jog a korlátozás különböző módozataihoz folyamodhat.¹¹¹

A jog nem csak kényszerítő erejével avatkozhat be, hogy kiegészítheti egy közösség romló hírnevét vagy egy piac elmaradó gazdasági szankcióit,¹¹² társadalmi vagy gazdasági korlátokat is létrehozhat és felhasználhat. Mikor lehetséges ez? Matthew Kramer kifejti, hogy a kényszerek "az elsöprő fölény termékei ... a

¹⁰⁵ *Lásd pl.* John Rawls, *Two Concepts of Rules*, 64 PH. R. 5, 10 (1955) ("[A]z állampolgár néhány szokásos jogától megfosztva azon az alapon, hogy megsértett egy jogszabályt.").

¹⁰⁶ *Lásd pl.* NORBERTO BOBBIO, *IL POSITIVISMO GIURIDICO : LEZIONI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO* (1961).

¹⁰⁷ *Lásd pl.* BOBBIO, *Supra* note 35, 186. o.; FULLER, *Supra* note 10, 109-110. o.; KELSEN, *Supra* note 82, 333. o.; François Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, 213 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL 1, 31 (1989).

¹⁰⁸ *Lásd pl.* RAZ, 9. lábjegyzet, 157. pont.

¹⁰⁹ KRAMER, *IN DEFENSE*, *fentebb* 12. lábjegyzet, 91. o.

¹¹⁰ Rawls, *Supra* 105. lábjegyzet, 107. lábjegyzet.

¹¹¹ *Lásd* Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661, 662. (1998).

¹¹² *Lásd pl.* MARMOR, *Supra* 67. lábjegyzet, 44-45. o.

a címzettekkel szemben a címzettekkel szemben."¹¹³ Ahhoz, hogy egy ilyen elsöprő fölényes helyzetet teremtsen, egy normatív rendszernek (mint címadónak) bizonyos, a címzettek számára érdekes erőforrásokat kell uralnia.¹¹⁴ Ezek az erőforrások lehetnek, ismétlem, a szabadság vagy a birtoklás, de lehetnek hírnév vagy pénzügyi előnyök is, amelyek könnyen ellenőrizhetők nem állami szereplők által.¹¹⁵ Összefoglalva, egy másik apparátus, amely magánellenőrzés alatt állhat, prudenciális okokat teremthet a magánjogi rendszernek való engedelmességre, és ezáltal ugyanazt a szerepet játssza, amit a kényszerítő apparátus a fizikai ereje révén az állami jogrendszer számára. Ez az első része annak, amit az önérvényesítés fogalma jelent: egy olyan magánmechanizmus, amely az értékes erőforrások magánellenőrzésére támaszkodó szankcióval való fenyegetés révén prudenciális okokat hoz létre annak a rendszernek a normáinak betartására, amelyhez az önérvényesítési mechanizmus tartozik. Önérvényesítés abban az értelemben, hogy a magánjogi rendszernek nem kell az állam kényszerítő apparátusára támaszkodnia normái érvényesítésének biztosítása érdekében.

Amint azt fentebb javasoltam, a prudenciális okok jellemzően a következők a szankcióval való fenyegetés miatt. A jog azonban más módon is létrehozhat prudenciális okokat: bizonyos cselekvések megvalósíthatóságának módosítása révén. Egy cselekvés megvalósíthatósága prudenciális okokat teremt a cselekvésre, pontosabban a cselekvéstől való tartózkodásra, abban az értelemben, hogy ha egy cselekvés végrehajtása lehetetlen vagy nagyon nehéz, akkor az embernek általában erős prudenciális oka van arra, hogy tartózkodjon a cselekvés végrehajtására irányuló erőfeszítésekre fordított időtől. Egy cselekvés megvalósíthatóságát befolyásolhatja, ha nem is határozza meg, a jog. Ilyen például a zárt ajtó, amely megtiltja az adott helyiségekbe való belépést, vagy a keskeny pollerek, amelyek szélességkorlátozással akadályozzák meg, hogy a teherautók lakott területen áthaladjanak. Az internet összefüggésében az állításnak különös jelentősége van. Itt a technológia a természeti törvények szerepét tölti be, lehetővé vagy lehetetlenné téve bizonyos cselekvéseket, vagy általánosabban szólva megnehezítve (és így ritkábban) vagy megkönnyítve (és így gyakrabban) azokat.¹¹⁶ A szabályalkotók számára elérhető és nem ritkán használt technológia ellenőrzése lehetővé teszi a megfelelés elérését. Ez a második része annak, amit az önérvényesítés jelent: a normák végrehajtása annak a környezetnek a közvetlen manipulálásával, amelyben bizonyos cselekvések zajlanak, szintén az állami kényszerítő apparátus igénybevétele nélkül.

Az ICANN domainnevekre vonatkozó jogi rendszere technológiát használ a következőkre
 érvényre juttatja a normáit. Bizonyos technológiai szempontok ellenőrzése

¹¹³ KRAMER, IN DEFENSE, *fentebb* 12. lábjegyzet, 85. o.

¹¹⁴ Az "erőforrás-ellenőrzés" mint a korlátozás alapja fogalmáról lásd például: THOMAS SCHULTZ, RÉGULER LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE PAR LA RÉOLUTION DES LITIGES EN LIGNE 327-330 (2005).

¹¹⁵ A források más jellegűek is lehetnek, például egy teokratikus társadalomban egy jövőbeli isteni büntetés bejelentése, ahogyan azt Fuller felvázolja a FULLER, *Supra*

10 YALE J.L. & TECH. 151
(2007)

2007-2008

10. lábjegyzetben, 109-110. o. található tanulmányában.

¹¹⁶ *Lásd pl. Lessig, Supra* note 14, 9-28, 120-37. o.

a végrehajtással kapcsolatos joghatóságát képezi. Technológiát használ olyan normák érvényesítésére, amelyek nem az engedélyezés/tiltás egyszerű struktúrájával rendelkeznek, hanem az erőforrások, nevezetesen a domainnevek elosztásához kapcsolódnak. Amint azt már említettük, az UDRP keretében az ICANN egyik akkreditált vitarendezési intézménye által hozott határozat azáltal, hogy megváltoztatja a domainneveket az interneten láthatóvá tevő adatbázisban szereplő bejegyzést, önérvényesítésre kerül. Ennek eredményeképpen a domainnév által képviselt erőforrást újra a győztes félhez rendelik. Az ilyen önérvényesítési mechanizmust az teszi lehetővé, hogy az ICANN ellenőrzi ezt az adatbázist és ezáltal a domainnevek láthatóságát, amely a feleket érdeklő erőforrás.

Elvileg az e mechanizmus által történő végrehajtást el lehet hárítani az UDRP-határozatot követő tíz napon belül, bizonyos bíróságok előtt eljárást kezdeményezve.¹¹⁷ Más szóval a domainnév-tulajdonos dönthet úgy, hogy kilép az ICANN jogi rendszeréből - amelybe, mint emlékeztető, kénytelen volt belépni, hogy bejegyeztethesse domainnevét. Ha így dönt, az ICANN jogi rendszere enged, lemond a határozat végrehajtására (a domain név átruházására vagy törlésére) vonatkozó jogköréről.¹¹⁸ Amint azonban az előző szakaszban láttuk, ez a gyakorlatban szinte soha nem történik meg. Ennek két fő oka van. Először is, a bírósági eljárás költségei, amelyek gyakran nem állnak arányban a domainnév értékével, különösen azért, mert a jogvita valószínűleg nemzetközi jellegű lesz, ami további költségeket generál. Ezek a költségek a közjogi rendszerhez való hozzáférés gazdasági akadályaként hatnak. Másodsor, a bírósági eljárás megindítására nyitva álló határidő rövidege.

- tíz nap - szintén gyakorlatilag megnehezíti a az állami jogrendszer beavatkozása.¹¹⁹ A végeredmény az, hogy az ICANN jogrendszere saját végrehajtási mechanizmussal rendelkezik, amely az esetek 99 százalékában hatékonyan beavatkozik. Az ICANN gyakorlatilag mindig saját maga hajtja végre normáinak végrehajtását.

Az eBay jogérvényesítő ereje a tagjai hírnevének ellenőrzésében rejlik. Ha egy eBay-tag nem hajlandó eleget tenni az eBay vitarendezési eljárásának eredményének, akkor ezt a hírneve árán teszi. Vagy negatív visszajelzést kap, vagy ha már adott, akkor azt nem távolítják el. Ezen túlmenően, ő fog futni a

¹¹⁷ UDRP Para. 4(k). Ezek a bíróságok elvileg vagy a domainnév regisztrátorának vagy a domainnév-tulajdonosnak a bíróságai.

¹¹⁸ *Id.*, amely *finoman fogalmazva* úgy rendelkezik:

"[W]e nem hajtjuk végre az Adminisztratív Testület döntését, és nem teszünk további lépéseket, amíg nem kapunk (i) számunkra kielégítő bizonyítékot a felek közötti megoldásról; (ii) számunkra kielégítő bizonyítékot arra vonatkozóan, hogy az Ön keresetét elutasították vagy visszavonták; vagy (iii) az ilyen bírósági végzés másolatát, amely elutasítja az Ön keresetét, vagy elrendeli, hogy Ön nem jogosult a domain név további használatára."

¹¹⁹ *Lásd* Blackman, 89. lábjegyzet, 236. o.; Brenda Sandburg, *ICANN Needs Fine Tuning: Lawyers Mull Pros and Cons of Adding an Appeals Process*, NAT'L L.J., 2000. november 6., B10; Thornburg, *Supra* 21. lábjegyzet, 197. lábjegyzet.

annak kockázata, hogy a vitarendezéssel kapcsolatos bizalmi védjegyet elveszik. Ezek a gazdasági jólétnek fontos tényezői, mivel a negatív visszajelzések és a bizalmi védjegy elvesztése által meghatározott sérült hírnév mind a potenciális ügyletek számának, mind az ügyletek megkötésére tett ajánlatok átlagos értékének csökkenését jelenti. Általában a jogrendszer azért avatkozik be saját kényszerítő apparátusával a piacba, mert az általa biztosított hírnévszankciók az információáramlás hiánya miatt nem működnek hatékonyan.¹²⁰ Jelen esetben a jogrendszer úgy avatkozik be, hogy megoldja ezt az információs problémát, így a hírnévszankciók működőképessé válnak; a piac saját kényszerítő apparátusát használja fel. A fentiekben használt kifejezésekkel kifejezve, az eBay tagjának, aki nem felel meg a vitarendezési eljárás eredményének, az ára az eBay kereskedők közösségében betöltött pozíciója (társadalmi erők), és következésképpen a jövedelmező ügyletek megkötésére való képessége (piaci erők). Hogy ez az ár elég magas ahhoz, hogy valódi korlátot és hatékony végrehajtási mechanizmust jelentsen, arra utal az a tény, hogy a vitarendezési eljárás eredményeit a jelentések szerint az esetek 98 százalékában betartják.¹²¹ A bírósághoz való hozzáférés gazdasági akadályá itt is minden bizonnyal ugyanolyan valós, mint az ICANN jogrendszerével összefüggésben. Ez elzárja az eBay magánjogi rendszerét a közjogi rendszertől. Nem arról van szó, hogy a közjogi rendszer nem törekszik arra, hogy az eBay ügyletekre is vonatkozzon, de az esetek túlnyomó többségében gyakorlatilag önmaga ellenére sem avatkozik be az eBay jogvitáiba, mert a felek nem kezdeményeznek bírósági eljárást, ami az ilyen típusú jogvitákban a közjogi rendszer szabályainak alkalmazásának lényeges eleme.

A jelenlegi elemzés kimutatta, hogy mind az ICANN, mind pedig az eBay a normatív rendszereknek saját, független intézményeik vannak, amelyek megfogalmazzák, alkalmazzák és érvényesítik szabályaikat. Ennélfogva saját joghatósággal rendelkeznek az előírást, az ítélezést és a végrehajtást illetően. Ez elvileg jogi rendszerekként jelöli ki őket. Mindazonáltal, amit még meg kell tenni a jogalanyiségük megalapozása érdekében, az az, hogy szembesítsük őket a jogi pozitívizmussal. Ennek a szembesítésnek az a jelentősége, hogy a jogpozitívizmus a jog legszűkebb értelmezése; a legkevesebb helyet ismeri el, ahol a jog megtalálható. Más szóval, ez a jogszerűség legszigorúbb tesztje. A következő szakasz ezt a szembesítést fejt ki, és arra a következtetésre jut, hogy a jogi pozitívizmus által felállított teszt - miszerint a jogrendszereknek átfogónak, területileg kizárólagosnak és legfelsőbbrendűnek kell lenniük, amelyek mind olyan követelmények, amelyek ahhoz a szokásos felfogáshoz vezetnek, hogy a pozitívizmus csak az állami jogot ismeri el - helytelen, és hogy a nem állami jog e cikkben azonosított példái kiváló lehetőségeket jelentenek a jog ilyen korlátozó megközelítésének további feltörésére.

¹²⁰ *Lásd pl. MARMOR*, 67. lábjegyzet, 45. pont.

¹²¹ *Lásd Graf-Peter Calliess, Online vitarendezés: GERMAN L.J. 647, 653 (2006).*

V. NEM ÁTFOGÓ, NEM KIZÁRÓLAGOS ÉS NEM LEGFELSŐBB SZINTŰ JOGRENDSZEREK

Gyakran hangoztatják, hogy a jogrendszereknek - ahhoz, hogy jogrendszerek legyenek - a szabályozási kör virtuális teljességével, a területi kizárólagossággal és a szupremáciával kell rendelkezniük. Ha e jellemzők közül valamelyik valóban elengedhetetlen, akkor az e cikkben tervezett jogrendszerek jogrendszerként megbuknának. Szabályozási körük nagyon szűk, számos nemzeti jogrendszerrel átfedésben vannak, és nem tartanak igényt a közjogi rendszerek feletti elsőbbségre.

A virtuális teljesség jellemzője azt jelenti, hogy a jognak, ahhoz, hogy jog legyen, azt kell követelnie, hogy a címzettek életének minden aspektusába beavatkozhasson. Ez nem azt jelenti, hogy a jognak ténylegesen az élet minden aspektusát szabályoznia kell, csupán arról van szó, hogy igényt tart az erre való felhatalmazásra. Joseph Raz például azt állítja, hogy a jogrendszerek "a viselkedés bármely típusának szabályozására vonatkozó tekintélyt követelnek", és hogy "nem ismerik el a viselkedés azon területeinek korlátozását, amelyek szabályozására tekintélyt követelnek"; az egyik elem, amely a jogrendszereket más normatív rendszerektől megkülönbözteti, hogy az előbbiek "ilyen tekintélyt követelnek [a viselkedés minden formájának szabályozására], míg más rendszerek nem követelik ezt".¹²² Matthew Kramer szerint, ha egy normatív rendszer nem tart igényt arra, hogy egy adott régióban "a társadalmi és egyéni élet gyakorlatilag minden aspektusát" szabályozza, ha normái nem "terjednek ki az emberi élet legtöbb aspektusára", akkor "együttesen nem alkotnak teljes értékű jogrendszert".¹²³ Valójában "egy teljes értékű jogrendszer szabályozási befolyásának az élet legtöbb aspektusára ki kell terjednie (még akkor is, ha ezt a szabályozási befolyást egyes aspektusok tekintetében nem gyakorolják aktívan)".¹²⁴

A területi kizárólagosság azt jelenti, hogy nem létezhet két jogi olyan rendszerek, amelyek a terület egy és ugyanazon részét szabályozzák. Az állítás szerint nem létezhetnek jogrendszerek a jogrendszereken belül vagy azok között: egy népességet nem lehet egyszerre több jogrendszer által szabályozni. Matthew Kramer például ellenáll annak a gondolatnak, hogy "két ellentétes jogrendszer uralkodik egy területészen",¹²⁵ míg Hans Kelsen szerint "senki sem szolgálhat két urat".¹²⁶ Ezt úgy érti, hogy "egy normarendszer csak akkor lehet érvényes, ha minden más, azonos érvényességi körrel rendelkező normarendszer érvényességét kizárták".¹²⁷ Ezt a jog monista felfogásának is nevezik, szemben a jogi pluralizmussal: a jog csak jogként létezne a

¹²² RAZ, *fentebb* 9. lábjegyzet, 150-51. lábjegyzet.

¹²³ KRAMER, IN DEFENSE, 12. lábjegyzet, 97. o.

¹²⁴ *Id.* 98.

¹²⁵ *Id.* 96.

¹²⁶ KELSEN, *fentebb* 82. lábjegyzet, 329. lábjegyzet.

¹²⁷ HANS KELSEN, A JOG ÉS AZ ÁLLAM ÁLTALÁNOS ELMÉLETE 410 (1949).

egyetlen és mindent átfogó rendszer formájában.¹²⁸ A magán normatív rendszerek tekintetében ez az álláspont ahhoz a nézethez vezet, hogy

Vagy a más jogrendszert alkotónak ábrázolt jelenségeket veszi figyelembe a teljes rendszer, amely átveszi az egészet; vagy az állítólagos más jogrend jelenségei kívül maradnak, nem integrálódnak a rendszerbe ... és nem lehet őket valóban jognak minősíteni.¹²⁹

Így egy, és csakis egyetlen jogrendszer uralkodhatott a terület bármely részén. Nem állami jog csak az állam nélküli területeken létezhetne.

A jog állítólagos felsőbbrendűségi igénye azt jelenti, hogy az egyes jogrendszerek nem ismernek el magasabb tekintélyt az alkalmazási körükön belül, hogy alanyi közösségükkel szemben a legmagasabb normatív rendet képviselik, és hogy "igényt tartanak arra, hogy szabályozzák más intézményesített rendszerek felállítását és alkalmazását alanyi közösségük által".¹³⁰ A jognak, ahhoz, hogy jog legyen, ebben a megközelítésben igényt kellene támasztania arra, hogy egyedül uralkodjon, mint egy Leviatán, akinek a területén belül nincsenek határok, csak a saját maga által szabott határok. "Saját területének végső döntőbírája" lenne.¹³¹

Néha azt állítják, hogy a három jellemző egymástól függ. A jog felsőbbrendűségi igényét néha az érem egyik oldalának tekintik, amelynek másik oldala a teljesség. Az érvelés szerint egy normatív rendszer nem tarthatna igényt az élet minden aspektusának külső korlátok nélküli szabályozására anélkül, hogy egyúttal a legmagasabb normatív rendnek is vallaná magát.¹³² A szupremácia és a teljesség ráadásul közvetlenül magában foglalná a kizárólagosság igényét, hogy kizárjon minden más jogrendszert ugyanazon a területen. Ahogy Joseph Raz írja: "[s] mivel minden jogrendszer azt állítja, hogy a saját alanyi közössége tekintetében a legfőbb, egyik sem ismerheti el az ugyanezen közösség feletti felsőbbrendűsége vonatkozó igényt, amelyet egy másik jogrendszer támaszthat".¹³³ A jog felsőbbrendűségi igényével, ahogy Hans Kelsen mondaná, "elkerülhetetlen a monista konstrukció".¹³⁴

Ezek a következményi viszonyok nem tűnnek helyesnek. A a teljesség jellemzője csak úgy értelmezhető reálisan, hogy

¹²⁸ *Lásd pl.* BOBBIO, *Supra* 35. lábjegyzet, 186. o.

¹²⁹ JEAN CARBONNIER, *SOCIOLOGIE JURIDIQUE* 213 (1972).

¹³⁰ RAZ, *fentebb* 9. lábjegyzet, 151. lábjegyzet.

¹³¹ Amint azt Marmor, aki nem osztja ezt a nézetet, kifejtette a MARMOR, *Supra* 67. lábjegyzet, 39-42. pontokban.

¹³² *Lásd pl. id.* 39. pont.

¹³³ RAZ, *fentebb* 9. lábjegyzet, 152. lábjegyzet.

¹³⁴ KELSEN, *fentebb* 82. lábjegyzet, 333. o.

virtuális teljesség, nem csak abban az értelemben, hogy ez a tulajdonság inkább a hatalomra való igény, mint annak tényleges gyakorlása, hanem abban az értelemben is, hogy széleskörűnek kell érteni, szemben a mindent felölelővel. Az élet azon aspektusainak köre, amelyek felett a jog jellemzően hatalmat követel magának, nagyon széles, de néha nem terjed ki az élet minden aspektusára; nagyon sok viselkedésről van szó, de nem feltétlenül minden viselkedésről. Ezt bizonyítják a szövetségi rendszerek, ahol a megfigyelés két széleskörű, de nem mindenre kiterjedő, együttesen előforduló jogrendszert mutat. Bizonyos viselkedéseket a szövetségi rendszer, másokat a szövetségi egységek jogrendszerei szabályoznak. Az utóbbiak elismerik a szövetségi jogrendszer által meghatározott korlátokat a viselkedés azon területeire vonatkozóan, amelyek szabályozására hatáskörrel rendelkeznek. A szövetségi entitások rendszerei nem a legfelsőbb normatív rendek, de mégis széles körű szabályozási hatáskörre tartanak igényt.

A szövetségi jogrendszerek továbbá azt mutatják, hogy a szupremácia és a területi

a kizárólagosság nem alapvető tulajdonságai egy jogrendszernek. A szövetségi entitások jellemzően mindegyike saját jogrendszert működtet, miközben alkotmányosan alá vannak rendelve a vele ellentétes szövetségi jognak. Ennélfogva az előbbieket nem szuverének, és erre nem is tartanak igényt. Ami a területi kizárólagosságot illeti, az a tény, hogy a szövetségi jogrendszer és a föderatív jogrendszerek egyazon területen egyidejűleg léteznek, azt mutatja, hogy vannak olyan esetek, amikor ez a tulajdonság nem áll fenn. Ezért nem lehet lényegi jellemző, mivel a lényegi jellemzők "mindig és mindenütt jelen vannak, ahol és amikor a jog létezik", és "invariánsak, mivel minden jogrendszert ezek jellemeznek".¹³⁵

Ezek a megfigyelések tovább erősödnek, ha történelmi perspektívát veszünk fel. Lon Fuller emlékeztet minket arra, hogy

Történelmileg a kettős és hármas rendszerek komolyabb súrlódások nélkül működtek, és ha konfliktus merült fel, azt gyakran valamilyen önkéntes megegyezéssel oldották meg. Ez történt Angliában, amikor a common law bíróságok elkezdtek a saját rendszerükbe átvenni számos, a jogkereskedő bíróságok által kidolgozott szabályt.¹³⁶

Történelmileg léteztek nem kizárólagos jogrendszerek. Andrei Marmor emlékeztet továbbá arra, hogy a középkorban "a pozitív jogot a szokások, a hagyományok, a vallás és általában a régóta érvényben lévő társadalmi gyakorlatok alóli kivételnek tekintették[, t]emiatt a jog, mint viszonylag kivételes normatív forrás, csak az e többi normatív forrás által szabadon hagyott szűk térben avatkozhatott be".¹³⁷ Az ilyen jogrendszereknek, magyarázza Marmor, "nem volt felsőbbrendűségi igényük".¹³⁸

¹³⁵ KRAMER, OBJEKTIVITÁS, 11. lábjegyzet, 102. pont.

¹³⁶ FULLER, 10. lábjegyzet, 124. o.

¹³⁷ MARMOR, *fentebb* 67. lábjegyzet, 40. o.

Ami a virtuális teljesség jellemzőjét illeti, úgy vélem, hogy ez nem a jog, hanem inkább a modern állam jellemzője. A politikai szuverenitás modern felfogása, ahogyan az Bodin *Les six livres de la République* (1576), a westfáliai béke (1648) és Hobbes *Leviatánja* (1651) nyomán kialakult¹³⁹ az állam felsőbbrendűségének politikai igényét foglalta magában, hogy egységes és központosított struktúrákat kényszerítsen ki a szeparatizmussal szemben.¹⁴⁰ Eredetileg a nemzetállamok a feudális urak, az egyház és a helyi szokások által vezetett csoportokkal birkóztak. Ahhoz, hogy ebben a szembenállásban érvényesülni tudjanak, szükség volt annak az "elképzelt közösségnek" a létrehozására, majd fenntartására, amely a nemzet.¹⁴¹ A nemzetállam, megkülönböztetve a *tout court* államtól, ebben az értelemben a modernitás társadalmilag konstruált egyenlősége egy átfogó közösség és egy terület között. Egy "elképzelt közösség" és "elképzelt földrajzok" (az állam területe) között politikai okokból létrehozott, feloldhatatlan kapcsolat terméke.¹⁴²

A nemzet megteremtése és fenntartása érdekében a modern állam arra törekedett.

"az etnikai, vallási és egyéb törésvonalakat meghaladó, bőséges méretű politikai konstrukcióban, amely legalább egy bizonyos szintű szolidaritást garantál".¹⁴³ A cél a "kollektív élet univerzalizálása" volt¹⁴⁴ - az univerzális itt nem kozmopolita, hanem átfogó tárgyi jelentést jelent. A cél az volt, hogy átfogóan "gyarmatosítja polgárai életvilágát", ahogy Habermas mondaná,¹⁴⁵ behatoljon a társadalmi viszonyokba, és a szubjektíven megosztott háttereket a társadalmi valóság objektíven meghatározott struktúráival helyettesítse¹⁴⁶, amelyek egy egységes "gyakorlatilag egyetemes racionalitáson" alapulnak.¹⁴⁷ Ennek egyik eszköze a modern állam közjogi rendszere volt, amelynek tehát "gyakorlatilag univerzálisnak", vagyis gyakorlatilag

¹³⁹ Lásd pl. MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 21, 25 (5. kiadás, 2003).

¹⁴⁰ Lásd pl. MARMOR, 67. lábjegyzet, 40. pont.

141 BENEDICT ANDERSON, ELKÉPZELT KÖZÖSSÉGEK (1983). Lásd még FRIEDRICH MEINECKE, WELTBÜRGERTUM ÉS NEMZETI ÁLLAM 124-57 (1915); és JÜRGEN HABERMAS, A POSTNEMZETI KONSTELLÁCIÓ 62 (2001). A terület, az ideológia és a közösség közötti szélsőséges kapcsolatokról lásd HANNAH ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM 363 (1979). A nemzetéről mint a modernitás termékéről lásd például ERNEST GELLNER, NATIONS AND NATIONALISM (1983).

142 EDWARD W. SAID, ORIENTALISM 54-55 (1978). Lásd még ANTHONY GIDDENS, THE NATION-STATE AND VIOLENCE 125 (1985); ROY E.H. MELLOR, NATION, STATE, AND TERRITORY (1989).

¹⁴³ OST & VAN DE KERCHOVE, *Supra* 36. lábjegyzet, 128. lábjegyzet.

¹⁴⁴ *Id.* 128.

¹⁴⁵ 2 JÜRGEN HABERMAS, A KOMMUNIKATÍV CSELEKVÉS ELMÉLETE (1987).

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ OST & VAN DE KERCHOVE, 36. sz. lábjegyzet, 127. o.

átfogó. A jognak az egységes közösség megteremtésére és fenntartására irányuló funkciója a modern állam politikai szuverenitásának alapjait képezi. Ahhoz, hogy a szuverenitás átfogó legyen, a modern állam jogrendszerének is átfogónak kellett lennie.

Még ha a virtuális teljesség a jog jellemzője is lenne, akkor is úgy kellene elképzelni, hogy a jog hatályát az alapul szolgáló közösség határai korlátozzák. A virtuális teljesség leginkább úgy értelmezhető, mint az az igény, hogy az élet azon aspektusainak nagyon nagy hányada felett uralkodjon, *amelyek egy közösségen belül előfordulnak*. Igaz, a szociabilitás hagyományosan szinte kizárólag területi alapú volt, a közelségben gyökerezett.¹⁴⁸ Régen csak földrajzilag meghatározott területeken belül alakultak csoportok. Az információs technológiák fejlődésével azonban a szociabilitás fokozatosan fejlődött, és egyre gyakrabban alakultak ki delokalizált közösségek.¹⁴⁹ Ezek azért alakultak ki, mert a közösségek kialakulásának eszköze a kommunikáció,¹⁵⁰ és az internet elterjedésével a kommunikáció szinte teljesen függetlenné vált a földrajzi helyzettől. Ezt nevezi például Paul Virilio "társadalmi telelokalitásnak".¹⁵¹ Ez az a gondolat, hogy az elektronikus kommunikáció révén a csoportok egyre inkább társadalmi kapcsolatokba lépnek, fokozatosan kötődéseket hozva létre, amelyek végül közösségeket alkotnak, szinte függetlenül földrajzi lokalizációjuktól. Egyre gyakrabban nem az emberek közötti területi közelség számít, hanem a "szelektív kapcsolatok", amelyeket az ilyen "választott közösségek" tagjai - ahogy Manuel Castells szociológus fogalmaz - céltudatosan alakítanak ki, és amelyek jellemzően közös vonzalmakon, érdekeken és célokon alapulnak.¹⁵² Ezek a közösségek már nem a közelségen alapulnak, hanem a tárgyakra összpontosítanak. Határaik már nem a területtől, hanem a konkrét tevékenységektől függenek. Ilyen esetekben a virtuális teljesség azt jelentené, hogy a jogrendszer az ilyen tevékenységekkel összefüggésben előforduló magatartások nagy része fölött a joghatóságot igényelné. Ilyen esetekben a virtuális teljeskörűség viszonylag konkrét viselkedésekre korlátozódna.

Ha elfogadjuk az *ubi societas, ibi ius* gondolatát a feltételes módban. itt elfogadott formája - miszerint a közösségek, *ha* eléggé fejlődnek ahhoz, hogy bizonyos, fentebb tárgyalt jellemzőkkel rendelkezzenek, normatív rendszereket, majd jogrendszereket alakítanak ki -, akkor a deterritorializált közösségek jelenlegi fejlődése ellentmondani látszik a

148 *Lásd pl.* MANUEL CASTELLS, THE INTERNET GALAXY: REFLECTIONS ON INTERNET, ÜZLET ÉS TÁRSADALOM 125-26 (2002).

149 *Lásd pl.* HOWARD RHEINGOLD, THE VIRTUAL COMMUNITY (1993); Philip Giordano, *Invoking Law as a Basis for Identity in Cyberspace*, 1998 STAN. TECH. L. REV. 1, 10; Beth S. Noveck, *A Democracy of Groups*, 10 FIRST MONDAY, 11. szám (2005. november 7.), *elérhető a* <http://www.webcitation.org/5O112GmCD> oldalon.

150 *Lásd pl.* ANDERSON, 141. lábjegyzet, 5-6., 36-38., 204. pont.

151 VIRILIO, 13. lábjegyzet, 59. pont.

152 CASTELLS, 148. lábjegyzet, 119-25. o.

a virtuális teljesség fogalmát az imént vázoltaktól eltérő értelmezésben. Egy olyan deterritorializált jogrendszer, amely csak azokat a magatartásokat szabályozza, amelyek a közösség tagjainak közös érdekeihez vagy közös céljaihoz kapcsolódnak, definíció szerint nem átfogó, ha ennek a fogalomnak abszolút vagy egyetemes értelmet adunk (az élet nagyon sok aspektusát általánosságban, szemben az élet egy adott közösségen belüli életével). Ez két megoldás közül csak az egyiket hagyja nyitva: vagy a jogrendszer modellje túlságosan korlátozó, vagy ezek a közösségek nem képesek jogrendszert létrehozni, függetlenül önszerveződésük, autonómiájuk és általános fejlettségük szintjétől. Úgy tűnik számomra, hogy indokolatlanul korlátozó lenne megtagadni ezektől a közösségektől a jogalkotás képességét egy olyan jogmodell alapján, amely sokat köszönhet a politikai szuverenitás olyan felfogásainak, amelyek célja éppen a terület egy adott része feletti kizárólagos és legfelsőbb ellenőrzés érvényesítése és megteremtése volt.

El kell azonban ismerni, hogy egy olyan jogrendszert, amely a az ebben a szakaszban tárgyalt három tulajdonsággal fogalmilag közelebb áll a modern állam epitomikus közjogi rendszeréhez, és ezért egyértelműbben jogrendszer, mint azok, amelyek nem. A közjogi jogrendszer azért marad a jogrendszer epitomája, mert a jelenlegi jogi gondolkodásra még mindig erősen rányomja bélyegét a politikai szuverenitás modern felfogása. Ezek a felfogások a jog síkján instanciaként hozták létre a klasszikus jogi pozitívizmus tanítását, mint a jog monisztikus felfogását,¹⁵³ és ezért az elmúlt évszázadokban nagyon természetesnek tűnt, hogy a jogot mindenre kiterjedő normatív rendként kezeljék. Túlságosan is csábítóvá vált, hogy a jogról úgy gondolkodjunk, mint amely szükségszerűen ugyanazokkal a jellemzőkkel rendelkezik, mint a jog eme epitomikus példánya, és ezáltal egy induktív tévedésnek tűnő tévedésbe bocsátkozzunk. A modern állam közjogi rendszere egyszerűen annyira túlsúlyban volt, hogy elhomályosította a jogalkalmazás minden más lehetőségét. Nem szabad azonban elfelejteni, hogy a modern állam csak történelmi alkotás¹⁵⁴ és a jog megelőzte azt.¹⁵⁵ Simon Roberts érvelése, miszerint a jogot mélyen összekapcsoljuk a kormányzattal, és hogy a nem állami jogrendszerek létezésének állítása ellentétes lenne azzal, ahogyan ma gondolkodunk a jogról, hogy ez "a régi felfogások tartósságával" ütközne, meggyőző és megalapozott, de eredendően elutasít minden kísérletet arra, hogy ontológiailag megértsük, mi is a jog.¹⁵⁶

Nem átfogó, nem kizárólagos és nem legfelsőbb szintű jogi rendszerek így elméletileg tökéletesen elfogadhatónak tűnnek. A gyakorlatban az ilyen rendszerek legjobb példái közé tartoznak az ebben a cikkben azonosított rendszerek: Az ICANN és az eBay jogrendjei.

¹⁵³ *Lásd pl. id.* 39. pont.

¹⁵⁴ *Lásd pl.* JOSEPH R. STRAYER, ON THE MEDIEVAL ORIGINS OF THE MODERN STATE (1979).

¹⁵⁵ *Lásd pl.* HAROLD BERMAN, LAW AND REVOLUTION 49-83 (1983); BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, TOWARD A NEW LEGAL COMMON SENSE 21-84 (2d ed. 2002).

¹⁵⁶ Roberts, 3. lábjegyzet, *passim*.

KÖVETKEZTETÉS

Az ICANN és az eBay az internet azon helyei közé tartozik, ahol autonóm és formálisan szervezett normatív rendszerek találhatóak. Kétségtelen, hogy vannak még mások is, és kétségtelen, hogy mind többé-kevésbé kirívó eltéréseket mutatnak az állami joggal szemben. Ebben a cikkben az volt a célom, hogy ezt a két példát felhívásként reklámozzam, hogy komolyan fontolóra vegyük az ilyen rendszerek jogrendszerként való elismerését.

Az ilyen elismerés két célt szolgál. Először is, elősegítheti a hatalmi struktúrák megértését egy olyan világban, ahol az állami jognak csökkent a hatalom kódolásának képessége. A jog többek között a hatalom eszköze. Ha nem ismerjük el a jog jelenlétét egy adott területen, az könnyen ahhoz vezethet, hogy nem ismerjük el teljes mértékben az ott uralkodó hatalmi struktúrákat, és így nem állítunk fel megfelelő szabályozási minőségi normákat. Másodszor, egy ilyen felismerés elősegítheti az internet szabályozásának megértését. Különösen segíthet leküzdeni azt a gyakori tévhitet, hogy létezik a kibertér globális, átfogó kormányzása, ahol a szereplők sokasága járul hozzá a normativitás egyetlen kiterjedt hálójához, egyetlen globális normatív leveshez.¹⁵⁷ A kibertér a normativitás különböző szféráira tagolódik, amelyek közül néhány csak távolról kapcsolódik más normatív rendszerekhez. Ez segíthet leküzdeni azt az ellentétes tévhitet is, hogy az interneten végzett tevékenységek egyszerűen az offline tevékenységek enyhe variációi, és hogy a viselkedés mindkét kontextusban ugyanúgy alakul.

Alapvetően a kibertér a kísérletezés terepe a következők számára jogelmélet, amely különösen élő és érzékeny. Új közösségek alakulnak ki, és a "kormányzóság" - ahogy Foucault mondaná - új módozatai kerülnek itt kipróbálásra.¹⁵⁸ A jog ott új struktúrákat vesz fel, vagy talán visszanyer néhány régit. Lawrence Lessig *The Law of the Horse - What Cyberlaw Might Teach* című, nagyra becsült cikkének következtetését idézve: "[a] kibertérrel kapcsolatos minden lecke középpontjában a jog szerepének megértése áll".¹⁵⁹ Valóban, a kibertér a jog módozatai, és így a jogrendszerek lehetséges formái tekintetében adhatja a legértékesebb leckéket.

¹⁵⁷ Lényegében ez az álláspont áll a *lex electronica* koncepciója mögött. *Lásd az 1. lábjegyzetet.*

¹⁵⁸ A kormányzás lényegét tekintve a kormányzás művészete. *Lásd például*, THE FOUCAULT EFFECT: STUDIES IN GOVERNMENTALITY (Graham Burchell et al. szerk., 1991).

¹⁵⁹ Lawrence Lessig, *The Law of the Horse - What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501, 548 (1999).