

ÁRVA ZSUZSANNA AZ IGAZSÁGSZOLGÁLTATÁSSAL KAPCSOLATOS JOGOK AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGI JOGBAN

I. BEVEZETÉS

Az Európai Unió mint külön létező jogrend¹ a közelmúltban kidolgozta alkotmányát, melynek elválaszthatatlan részét képezik az emberi jogok. Az Európai Unió, illetve a Közösségek igen hosszú folyamat eredményeképpen jutottak el idáig. Az 1957-es Római Szerződéssel létrehozott gazdasági közösség, ugyanis nevéből adódóan gazdasági jellegű célokat tűzött maga el. Ennek megfelelően, az intézményként meghatározott Bíróság is kezdetben elsősorban ezen célok érvényesítése érdekében lépett fel, majd fokozatos jogfejlődés eredményeképpen felismerték az emberi jogok, így az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogok védelmének fontosságát.

A magyar jogalkalmazó számára talán kicsit furcsa a címbeli megnevezés, hiszen a hazai jogirodalom a tisztességes vagy megfelelő eljáráshoz való jogról, és ennek részleteiről beszél. Így Sári János vagy Halmai Gábor az Alkotmány 57. §-a alapján ez utóbbi kategóriát alkalmazza valamennyi igazságszolgáltatással összefüggő jogra. E körbe tartozik a bíróságok előtti egyenlőség, a szűkebb értelemben vett fair eljárás elve, a nullum crimen sine lege és a nulla poena sine lege elv, a védelemhez való jog, az ártatlanság véelme és a jogorvoslati jogosultság, mely kört az Alkotmánybíróság esetjoga tovább bővítette. A külföldi szakirodalom szintén eltérő elnevezéseket használ, az angolszász rendszerben a fair trial, míg a német jogirodalom az "eljárési jogok" (Verfahrensrechte) megnevezést alkalmazza. A Charta magyar fordításába az utolsó, VI. cím az igazságszolgáltatás nevet viseli, amelynek 47. cikke a hatékony jogorvoslathoz és tisztességes tárgyaláshoz való jogot, a 48. cikke az ártatlanság véelmét és a védelemhez való jogot, 49. cikke a bűncselekmények és büntetések törvényességének és arányosságának elveit, míg az 50. cikke a kétszeres eljárás alá vonás tilalmát és a kétszeres büntetés tilalmát tárgyalja. Tekintettel arra, hogy mind az Alapjogi mind az Unió Alapjogi Chartájában az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogok elnevezés szerepel, ezért dolgozatomban is ekként határoztam meg a címet. Ennek ellenére a továbbiakban többnyire azonos értelemben alkalmazom mindhárom fogalmat.

II. AZ EMBERI JOGOK MEGJELENÉSE AZ EURÓPAI JOGRENDBEN

Az említett eljárási jogok gyökerei már jóval a Charta elfogadása előtt megjelentek a közösségi jogban. 1950. november 4-én Rómában az Európa Tanács államai aláírták az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló egyezményt, amely 1953. szeptember 3-án hatályba is lépett². Annak ellenére, hogy ez egy nemzetközi egyezmény, és mint ilyen nem számít

¹ C-6/64 Costa v. ENEL Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1. kötet 17-23. p.

² Hazánk az 1993. évi XXXI. törvénnyel hirdette ki a Római Egyezményt, amelynek éppen a 6. cikkéhez a következő fenntartást fűzte: "A közigazgatási hatóságok előtt szabálysértés miatt folyó eljárásokban Magyarország ez idő szerint nem tudja biztosítani a bírósághoz fordulás jogát, minthogy a hatályos magyar jogszabályok nem tesznek ilyen jogot lehetővé a közigazgatási hatóságok szabálysértési ügyekben hozott jogerős határozataival szemben." 1993. évi XXXI. tv. 4. §.

közösségi aktusnak, nagy hatást gyakorolt az EK tagországok jogrendjére. Ugyanakkor érdemes azt is megjegyezni, hogy az egyes államokban a nemzetközi szerződések igen eltérő jogi státusszal rendelkeznek. Így például Németországban egy szövetségi törvény szintjén áll, egyes országokban, mint nemzetközi megállapodás, nem is bír kötőerővel, míg a franciáknál pedig a hazaihoz hasonló a helyzet, tehát az alkotmány és a törvényi szabályozási szint között helyezkedik el.

Mindez akként kapcsolódik az Európai Bíróság esetjogához, hogy az Európai Uniót létrehozó szerződés 6. (F) cikk 2. bekezdése alapján “az Unió a közösségi jog általános elveiként tartja tiszteletben az alapvető jogokat, ahogyan azokat az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló 1950. november 4-én Rómában aláírt Európai Egyezmény biztosítja, továbbá ahogyan azok a tagállamok közös alkotmányos hagyományából erednek”³. A szerződés ennek kimondásával voltaképpen a Bíróság által megteremtett gyakorlatot legalizálta⁴, hiszen az Unió írott joga nem tartalmazott emberi jogi katalógust. Meg kell azonban említeni, hogy az alapszabadságok – azaz a személyek, a tőke, az áruk, és a szolgáltatások szabad mozgása – mellett egyes rendelkezésekben, különösen a 12., 13., 34., 39., 43., 49. és 141. cikkben található alapjogokat is érintő szabályozást is.⁵

Az Európai Közösségeket kezdetben a legitimációs és jogállami deficit jellemezte, amelyben alapvető változás az 1960-as évek végére körvonalazódott a Bíróság jogfejlesztő tevékenységének köszönhetően.⁶ Egészen addig ugyanis a Bíróság elvi élel utasította vissza az emberi jogokra vagy alkotmányos hagyományokra történő hivatkozást. Ezt a gyakorlatot példázza az 1959-es Stork ügy⁷, amelyben a Bíróság elutasította a kérdés vizsgálatát arra tekintettel, hogy a határozat megalkotásakor a Szén- és Acélközösségnek nem volt hatásköre a német alkotmány megsértésére hivatkozó panasz vizsgálatára. Hasonlóan vélekedett a testület egy évvel később, a Geitling ügyben⁸, ahol egyenesen azt mondta ki, hogy a szerződések sem kifejezetten, sem egyébként nem tartalmaznak olyan elvet, amely a szerzett jogok fenntartását biztosítaná.

A 60-as évektől azonban az EU Bírósága ítéleteiben az Európai Emberi Jogi Bíróságnak a Római Egyezmény 6. cikkére és 13. cikkére hivatkozó döntéseiből következő jogtételeket is figyelembe vett. Így Erich Stauder ügyében⁹, már az ítéletében akként rendeli értelmezni az eljárás tárgyát képező határozatot, hogy az a “közösségi jog általános elveiben foglalt és a Bíróság által védelemben részesített alapvető emberi jogokat” ne sértse.¹⁰ Az 1970-es Internationale Handelsgesellschaft ügyben az exportóvadék jogszerűsége tárgyában hozott döntést a testület. Bár a felperes szerint a német alkotmány szabályai szerint jogszerűtlen a jogintézmény, a Bíróság visszautasította a nemzeti jogra történő hivatkozást, tekintettel arra, hogy az a közösségi jogra hátrányos lenne. Álláspontja szerint csupán a közösségi jogra

³ Szerződés az Európai Unióról F. cikk 2. bekezdés www2.datanet.hu/im/Primleg/11992M-HU.htm

⁴ Várnay 181. p.

⁵ Mankowski – Magnus 3. p.

⁶ Mankowski – Magnus 3. p.

⁷ Várnay 177. p. C-1/58., Stork v. High Authority [1959]

⁸ Várnay 177. p. C-36, 37, 38 és 40/59 Geitling v. High Authority [1960]

⁹ Erich Stauder felperesnek az Ulm Városa Szocialamt ellen a 69/71/EGK bizottsági határozat német nyelvű változatának értelmezése ügyében fordult Stuttgart Közigazgatási Bírósága előzetes döntés iránt az Európai Bírósághoz. A határozat jóléti szociális programokról rendelkezett, ám a biztosított kedvezmények igénybevételéhez azonosítani kell a jogosultat, míg a német fordítás szerint pedig a jogosult nevét jelző kupont kell bemutatni. A Bíróság álláspontja szerint a határozatot akként kell értelmezni, hogy az nem követeli meg a kedvezményezett név szerinti azonosítását, bár nem is tiltja meg.

¹⁰ C-29/62 Erich Stauder v. Ulm Sozialamt [1969] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1. kötet 233-234. p.

támaszkodva lehet megítélni az intézkedést. Ugyanakkor azt is elismerte, hogy a közösségi jogot szintén tiszteletben tartja az alapjogokat, és kimondja, hogy az “ilyen jogok védelmét, amit egyébként a tagállamok közös alkotmányos hagyományai ihlettek, a Közösség struktúrájának és céljának keretein belül is biztosítani kell”¹¹. Négy évvel később a Nold ügyben már az emberi jogi egyezményeket is a közösségi jog által követendőnek tekinti,¹² miként a Hauer ügyben először az emberi jogi egyezményeket, majd az alkotmányos hagyományokat vette figyelembe.¹³ Annak a megítélése is változott a Bíróság gyakorlatában, hogy milyen típusú aktusokkal szemben számíthatnak a tagállami polgárok jogvédelemre. Így a Wachauf¹⁴ és a Rutili¹⁵ ügyekben még csupán a közösségi jog végrehajtása során kellett tekintettel lenni a közösségi jogban fellelhető emberi jogokra, és az 1987-es Demirel¹⁶ esetben azt is kimondta, hogy a Bíróság nem vizsgálhatja, hogy a tagállam jogrendszere megfelel-e a Római Egyezménynek, addig az ERT-ügyben már akként vélekedett, hogy ezen kérdéskör vizsgálatára is kiterjed a hatásköre.¹⁷

Ezen gyakorlattal az volt az alapvető probléma, hogy a Bíróság csupán eseti döntésekben, konkrét ügyekben mondott ki jogtételeket, és jogállami szinten továbbra is hiányoztak azok a szabályok, amelyek jogbiztonságot teremthettek volna az emberi jogok, így az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogok vonatkozásában. Ezt a hiányt kiküszöbölendő a Parlament, a Tanács és a Bizottság 1977. április 5-én közös nyilatkozatot tett, amelyben hangsúlyozták, hogy “elsődleges fontosságot tulajdonítanak az alapvető jogok védelmének, amint az különösen a tagállamok alkotmányaiból és az Emberi jogok és alapvető szabadságok európai egyezményéből fakad”¹⁸. Bár a nyilatkozat nem rendelkezett kötelező erővel, több esetben – így például a Hauer ügyben – hivatkozott rá a Bíróság és az 1978-as koppenhágai kormány- és államfői csúcstalálkozón a tagállamok a demokratikus deklarációjukba is belefoglalták.¹⁹ Később az Egységes Európai Okmány preambuluma utalt az emberi jogi egyezményre, majd a Római Szerződés további módosításai, így a már említett Unió Szerződés tette a közösségi jog részévé az emberi jogokat. 1994-ben a Tanács felvetette, hogy az Uniónak mint olyannak is csatlakoznia kellene a Római Egyezményhez, és a Bírósághoz fordult, hogy megtudakolja, egyáltalán lehetséges-e a csatlakozás. A Bíróság 1996-ra készítette el szakvéleményét, amelyben kifejtette, hogy az Unió nem rendelkezik olyan hatáskörrel, amely lehetővé tenné a csatlakozást. Az Amszterdami Szerződés jelentős lépést tett a jogok garantálására, már nem csupán kimondta, hogy az Unió tiszteletben tartja az emberi jogokat és alapvető szabadságokat, hanem a 7. cikk²⁰ értelmében lehetővé tette a jogsértő tagállamok tagsági jogának felfüggesztését.²¹ Hamarosan azonban elkerülhetlenné vált egy alapjogi

¹¹ C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel [1970] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1. kötet 235-239. p.

¹² C-4/73. J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Bizottság [1974] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1. kötet 246-250. p.

¹³ C-44/79. Liselotte Hauer v. Rhein-Pfalz [1979] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1. kötet 274-282. p.

¹⁴ C-5/88. Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft [1989] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1. kötet 325-330. p.

¹⁵ C-36/75. Roland Rutili v. Ministre de l'Intérieur [1975] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1. kötet 251-258. p.

¹⁶ C-12/86. Meryem Demirel v. Stadt Schwabisch Gmünd [1987] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1. kötet 293-297. p.

¹⁷ Halmai Gábor – Tóth Gábor Attila 175-177. p.

¹⁸ Várnay 181. p.

¹⁹ Mankowski – Magnus 4. p.

²⁰ Az Európai Unióról szóló Szerződés 6-7. cikk Fazekas Judit: Az Európai Integráció Alapszerződése 2. 153-154. p.

²¹ Halmai Gábor – Tóth Gábor Attila 180. p.

charta elkészítése, amely új fejezetet nyitott a közösségi jog alapjogokkal kapcsolatos gyakorlata terén, így ennek történetét és tartalmát dolgozatomban is külön tárgyalom.

III. AZ IGAZSÁGSZOLGÁLTATÁSSAL KAPCSOLATOS JOGOK ÉRVÉNYESÜLÉSE

Az 1960-as években bekövetkezett fent említett változás az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogok érvényesítését is érintette. Ezen ítéleteket elsősorban a már említett Római Egyezmény 6. cikke ihlette, amelynek tartalma az Emberi Jogok Európai Bírósága által alkotott döntésekből olvasható ki. Ennek megfelelően a Bíróság is elismerte többek között a bírósági jogvédelemhez, a meghallgatáshoz való jogot, a levelezés titkosságához való jogot, az iratbetekintés jogát és a tisztességes eljáráshoz való jogot. Mivel ezen időszakban még nem létezett az Alapjogi Charta, amely rendszerezve egységbe foglalta volna a közösségi jog által is biztosított alapjogokat, így az egyes eseteket is csupán a joggyakorlat alapján körvonalazható jogelvek köré csoportosítom az alábbiak szerint.

III. 1. A védekezéshez való jog és az iratbetekintés joga

A versenyjogban a 17/62/EGK rendelet alkalmazása során több esetben felmerült az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogok védelmének kérdésköre. A **Hoechst AG v. Bizottság ügyben** a cég nem engedte be a Bizottság képviselőit, így azok nem tudták elvégezni a helyszíni vizsgálatot. A cég azt állította, hogy a Bizottság jogtalan házkutatás végez, erre azonban a Bizottság bírságot rótt ki a vállalatra. A Bíróság az ügyben mindenekelőtt sietve megállapította, hogy az említett rendelet, amely felhatalmazza a Bizottságot a vizsgálat elvégzésére, nem értelmezhető úgy, hogy ellentétes lenne a közösségi jog általános elveivel, főként az alapvető jogokkal. A konkrét problémával kapcsolatban kifejtette, hogy “a védekezéshez való jogot tiszteletben kell tartani minden olyan közigazgatási eljárásban, amely büntetés kiszabásához vezethet. Szükséges azonban az is, hogy megakadályozzuk e jogok orvosolatlan megsértését az előzetes vizsgálati eljárások során, ideértve különösen az olyan ellenőrzéseket, amelyek döntőek lehetnek a vállalkozás által folytatott tevékenység jogellenes jellegére vonatkozó bizonyítékok begyűjtése során.”²² Ugyanakkor azt is leszögezi az indokolásban a Bíróság, hogy az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogok többsége csupán kontradiktórius eljárásban érvényesül. Más jogokat azonban, mint például jogi képviselőhez való vagy a bizalmas levelezéshez fűződő jogot az előbbi feltétel hiányában is tiszteletben kell tartani.

A versenyjogi jogesetek között “vitaminok-ügy” néven is ismert **Hoffmann La Roche** ügyben a céget erőfölénnyel való visszaélés miatt bírságolta meg a Bizottság, mivel több más céggel is olyan szállítási szerződést kötött, amely szerint a társaságok a vitaminszükségletük vagy teljes mennyiségét vagy jelentős részét a Hoffmann La Roche-tól szerzik be. A cégek hűségkedvezményben részesültek, amelyet a Hoffmann La Roche rabatt-adással differenciált, továbbá az angol klauzulát is alkalmazta. A Bizottság határozata ellen a cég a Bírósághoz fordult. Keresetében többek között eljárási szabálytalanságokat is kifogásolt, így elsősorban azt, hogy a Bizottság szabálytalanul szerzett információt, és olyan tényekre alapozta a határozatát, amelyet nem ismertetett a felperessel, továbbá vitatta, ahogyan a Bizottság az erőfölény fogalmát meghatározta. Az ügy több igazságszolgáltatással kapcsolatos jogot is érintett. Az utóbbi állításával a cég a nulla poena sine lege elv megsértésére hivatkozik. A Bíróság ezzel kapcsolatban arra hívja fel a figyelmet, hogy a felperes a fogalom-meghatározást

²² C-46/87. és C-227/88. ügyek Hoechst v. Bizottság Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 298-307. p.

vitatta a keresetében, és nem a Bizottság jogkörét, ennél fogva a kérdést nem is vizsgálta tovább, hiszen a felperes nem vitatja, hogy a Bizottság hatáskörébe tartozna az erőfölény interpretációja. A bíróság általi meghallgatáshoz való joggal kapcsolatos kifogásokra válaszul a Bíróság kimondta, hogy “a védekezéshez való jog biztosítása a közösségi jog alapját képezi, még a közigazgatási jellegű eljárásban is, ahol bírságot szabhatnak ki vagy eltiltást alkalmazhatnak”.²³ Az ítélet indokolásában kifejtette, hogy a versenyjogi eljárást korábban szabályozó 17. számú rendelet is előírja az érintettek tájékoztatását, amely megfelelően megvalósul az eljárást megindításáról küldött értesítéssel. A Bíróság álláspontja szerint pedig a felperes jogai azért sem szenvedtek sérelmet, mert bár a Bizottság üzleti titokra hivatkozva nem ismertette azon adatokat, amelyből a felperes piaci részesedését kiszámította, a felperes az eljárás későbbi szakaszában megismerhette a kiszámolt részesedést, amelyekre észrevételt is tehetett, ám azokat nem kifogásolta.²⁴

A Bíróság a védekezéshez való jogot több más versenyjogi ügyben is érintette. Közel tíz évvel korábban az **ICI**- vagy más néven **színezőanyag ügyben** a Bíróság még azt mondta ki, hogy a “közigazgatási eljárásban a védekezéshez való jog biztosításához elegendő, ha a vállalatot tájékoztatják a kifogás alapjául szolgáló tényekről”.²⁵ Ugyanakkor az ítélet szerint lehetőség van az eljárást megindító határozat után felmerült tényeket is figyelembe venni, azzal a feltétellel, hogy azok a korábbi magatartás folytatásból erednek, továbbá a Bizottság a határozatot jogszerűen helyreigazíthatja az érdekeltek által rendelkezésre bocsátott információk alapján.²⁶

A Bíróság gyakorlata kezdetben azonban egyes esetekben álláspontom szerint nem volt teljesen következetes. Az 1980-as **Fedetab ügyben** a dohányipari vállalatokkal szemben a verseny korlátozása miatt a Bizottság bírságot szabott ki. A felperes vállalatok a keresetben sérelmezték, hogy írásbeli kérésük ellenére sem tekinthették meg az eljárás egyes iratait, amit a Bizottság el is ismert. A Bíróság indokolása szerint ugyanakkor bár ezzel sérültek a felek eljárási jogai, a jogsérelem mégsem szolgálhat a határozat megsemmisítésének alapjául, mivel nem bizonyítható, hogy az eljárás kimenetelést jelentősen befolyásolta volna. Az ügy azért is különösen fontos, mert a felperesek a Római Egyezmény 6. cikkére is hivatkoztak, nevezetesen kifogásolták, hogy az ügyben nem független és pártatlan bíróság járt el, ugyanis a Bizottság nem független a végrehajtó hatalomtól. Mayras főügyész véleménye szerint a védekezés azért nem alapos, mert az Emberi Jogok Európai Bíróságnak gyakorlatában sem egyértelmű, hogy a polgári jogviszonyokban miként érvényesítendő a fenti kívánalom, míg maga a Bizottság azt adta elő, hogy a versenyszabályok szerinti eljárásban nem beszélhetünk a hivatkozott értelemben vett bíróságokról. A Bíróság más oldalról közelítette meg a kérdést. Rámutatott, hogy a közösségi jog jellegzetességei miatt “természetes”, hogy a Bizottság nem független a végrehajtó hatalomtól, ugyanakkor más garanciális szabályokat messzemenően köteles figyelembe venni eljárásában. A Római Egyezményből azonban nem következik, hogy az eljárás valamennyi szakaszában bírói szervnek kellene eljárnia.²⁷

²³ C- 85/76 Hoffmann La Roche and Co. AG v. Bizottság [1979] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 337. p.

²⁴ C- 85/76 Hoffmann La Roche and Co. AG v. Bizottság [1979] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 328 – 347. p.

²⁵ 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) v. Bizottság [1972] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 83. p.

²⁶ 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) v. Bizottság [1972] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 82-96. p.

²⁷ 209-215/78. és 218/78. Heintz van Landewyck és Társai v. Bizottság [1980] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 97-114. p.

Az **AEG Telefunken-ügyben** szintén az iratokba való betekintés jogát vitatták. A céggel szemben szelektív forgalmazási rendszer helytelen alkalmazása miatt szabtak ki bírságot. Az eljárásban több dokumentumot üzleti titokra hivatkozással nem bocsátottak rendelkezésükre, így nem mutattak meg teljes egészében egy olyan levelet sem, amelyre a határozatot is alapították, továbbá más olyan dokumentumok is szerepeltek a Bizottság határozatában, amelyről az intézmény egyáltalán nem tájékoztatta a vállalatot. A Bizottság ismét az üzleti titok védelmére hivatkozott, valamint arra a körülményre, hogy bár az AEG-t valóban nem tájékoztatták a kifogások között egyes bizonyítékokról, azonban arról a felperesnek tudnia kellett. A Bíróság nem fogadta el ezt a védekezést. Kimondta, hogy a kérdéses levélrészletet nem lehet elfogadni bizonyítékként, és arra is felhívta a figyelmet, hogy nem a Bizottságnak kell megítélnie, hogy az érintettek üzleti érdekeit mennyire sérti a dokumentum. Rámutatott továbbá, hogy a bizonyítékok nem önmagukban mint eszközök relevánsak, hanem a belőlük levonható következtetések, így jogosan védekezik a vállalat azzal, hogy időben nem fejthette ki védekezését azon bizonyítékokról, amelyet nem terjesztettek elé. Végezetül eljárási probléma volt az is, hogy a Bizottság egyes esetekre alapozta határozatát, holott a Bíróság szerint az egyes esetekből nem lehet általánosan következtetni az AEG egész magatartására.²⁸

Később a **Michelin-ügyben** a Bíróság kimondta, hogy “a védekezéshez való jog a közösségi jog egyik alapelve, melyet a Bizottság bírság kiszabását is eredményezhető adminisztratív eljárásai során szem előtt kell tartani, s mely megköveteli inter alia, hogy az érintett vállalkozás lehetőséget kapjon arra, hogy álláspontját kifejthesse azokkal az iratokkal kapcsolatban, melyeket a Bizottság a jogsértés megállapításának alátámasztására felhasznál”.²⁹ Ezen ügyben már cizelláltabb álláspontot fogadott el a Bíróság a Bizottság magatartásának megítélésekor. Az intézmény ugyanis ismét nem tárta a felek elé a bizonyítékokat az üzleti titok védelmére hivatkozással. A Bíróság ezzel kapcsolatban leszögezte, hogy a Bizottság védekezésének megfelelően a 17. számú rendelet értelmében kötelessége megőrizni az üzleti titkokat, ugyanakkor az ilyen információkat a határozat indokolásához sem használhatja fel.³⁰

A védekezéshez való joggal függ össze az **Orkem SA v. Bizottság ügy** is. Az eset központi problémája a hallgatási jog volt, azaz, hogy az eljárás alanya mennyiben kényszeríthető önmaga ellen tenni vallomást. Tekintettel arra, hogy az eljárásban a felperes vállalkozás kifejezetten felhívta a Római Egyezmény 6. cikkét, a Bíróság ítéletének indokolásában kénytelen volt arra válaszolni. Az eljárás során a Bizottság váltakozóan értesítette az egyes cselekményekről az önálló jogi személyiséggel rendelkező anyavállalatot és leányvállalatot, annak érdekében, hogy több információhoz jusson. A felperes keresetében azt kifogásolta, hogy a Bizottság a határozatot akként használta fel, hogy azzal rákényszerítse a felperest, hogy önmaga ellen tegyen vallomást, holott a tagállamok jogszabályai és a nemzetközi egyezmények, így a Római Egyezmény szerint sem kényszeríthető senki önmaga elleni vallomásra. A Bíróság az Egyezménnyel összefüggésben azt állapította meg, hogy sem maga a cikk, sem az Európai Emberi Jogi Bíróság határozataiból nem olvasható ki az önmaga ellen tett tanúvallomás visszautasításának a joga. Sőt a Bíróság a tagállamok jogszabályait figyelembe véve is akként vélekedik, hogy ezen jogosultság csupán a bűncselekménnyel megvádolt természetes személyeket illeti meg a büntetőeljárás során, a konkrét ügyben pedig gazdasági jogsértésről

²⁸ T-107/82. AEG Telefunken AG v. Bizottság [1983] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 139-153. p.

²⁹ C-322/81 NV Nederlandse Banden Industrie Michelin v. Bizottság [1983] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 360. p.

³⁰ C-322/81 NV Nederlandse Banden Industrie Michelin v. Bizottság [1983] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 359-376. p.

van szó. Hasonló a helyzet az ártatlanság vélelmével is, így ezt a versenyjogi vizsgálatok során nem lehet felhívni a Bíróság ezen ítélete szerint.³¹

Az iratokhoz való hozzáférés jogával függ össze az **AKZO-ügy**, amelyben a felperes cég azt sérelmezte, hogy az iratokba való betekintés jogát korlátozták és a Bizottság döntését éppen olyan anyagokra alapozta, amelyről nem volt tudomása, így észrevételt sem tehetett azokra. A Bíróság megvizsgálta az iratokat, és egyfelől megállapította, hogy az említett iratokra nem hivatkozhat a Bizottság. Lényeges e körben, hogy olyan esetben, amikor a Bizottság nem tudta bizonyítani, hogy a felperes megtekinthette az iratot, tekintettel arra, hogy az nem szerepelt az aktában, akkor a Bíróság nem látta kellően bizonyítottnak a jog érvényesülését. Másfelől azt is kimondta, hogy a felet nem illeti meg az a jog, hogy a Bizottság teljes dokumentációját megismerje, elegendő, ha azokat az iratokat mutatják meg, amelyből következtetéseket vontak le.³²

A védekezési joggal kapcsolatban a **Hilti-ügyben** a Bíróság azt is kimondja ugyanakkor, hogy sem a versenyjogi szabályok, sem a közösségi jog más szabályai vagy általános elvei nem kötelezik a feleket válaszadásra az eljárás során. Mindösszesen annyi kötelezettségük van, hogy a Bizottság kérésnek eleget téve rendelkezésre bocsássák a dokumentációjukat. A konkrét ügyben azonban elvetette a cég kifogását, amely arra vonatkozott, hogy az Elsőfokú Bíróság helytelenül alkalmazta a bizonyítási terhet, amikor a felperestől kérte, hogy igazolja a Bizottság határozatának helytelenségét, ugyanis álláspontjuk szerint mindez nem jelentett a szokásosnál több vagy eltérő bizonyítási terhet.³³

Az **olasz síküveg ügyben**, a felperes üvegyártó cégek a védekezéshez való jog és a kontradiktórius eljárás elvének sérelme miatt fordultak a Bírósághoz. Az ügyben ugyanis a Bizottság az erőfölényes helyzet alátámasztására szisztematikusan olyan bizonyítékokat használt fel, amelyeket eredeti szöveggörnyezetéből kiemelt, így azok más értelmet kaptak. Az írásbeli dokumentációban több esetben kézírásos, alig olvasható iratok szerepeltek, amelyekbe a Bizottság nem engedett teljes körű betekintést a cégek számára. Ezen felül az intézmény a rendelkezésre álló iratokból bizonyos részeket kitakart, amelyről azonban a Bírósági eljárás szakában kiderült, hogy adatvédelmi szempontból nem indokolható, ugyanakkor a bizonyíték tartalmát lényegesen megváltoztatta. A legkirívóbb példa erre az volt, hogy abból a kézzel írott feljegyzésből, amellyel a cégek közötti megállapodást bizonyítani kívánták, kilenc szót kitöröltek, amely éppen a versenyhelyzetet támasztotta volna alá. Meg kell azonban említeni azt is, hogy a Bíróság megállapította, a Bizottságon belül nem mindenki ismerhette a szövege eredeti változatát. Az előbbiekre tekintettel a Bíróság az ítéletben kimondta, hogy a Bíróság feladata az is, hogy gondosan ellenőrizze a Bizottság határozatában értékelt bizonyítékok jellegét és jelentőségét, amennyiben kiderül, hogy az iratokat objektív indok nélkül megmásították.³⁴

Az igazságszolgáltatással kapcsolatos szoros összefüggése folytán jelentős átfedések vannak az egyes jogok között, így a fent említett ügyek nagy részét a bíróság általi meghallgatáshoz való jog kapcsán is említhetnénk. Emellett szintén a védekezéshez való jogot erősíti a fegyverek egyenlőségének elve is, amelyet a Bíróság az AM & S ügyben³⁵ ismert el.

³¹ C-374/87. Orkem SA v. Bizottság Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 308-314. p.

³² C-62/86 NV AKZO v. Bizottság [1991] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 377 – 394. p.

³³ T-30/89 Hilti AG v. Bizottság [1991] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 395 – 410. p.

³⁴ T-68/89., T-77/89. és T-78/89. Societa Italiana Vetro S. p. A. v. Bizottság [1992] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 411-426. p.

³⁵ C-155/79. AM & S Europe v. Bizottság [1982] www.europa.eu.int/eur-lex/de/search/search_case.htm

III. 2. A jogbiztonság elve

Az igazságszolgáltatással kapcsolatban mindenképpen röviden említést kell tenni a jogbiztonság követelményéről is. A **Deutsche Milchkontor ügyben** a jogbiztonság elvének egyik részlete, a jogos elvárások védelmének elve került középpontba, ugyanis a hatóságok tévedése miatt termelési támogatást nyújtottak olyan cégeknek is, amelyek a támogatásról szóló tanácsi rendelet szerint sovány tejnek és tejpornak nem minősülő termékeket állítottak elő. A frankfurti Közigazgatási Bíróság (Verwaltungsgericht Frankfurt am Main) azzal a kérdéssel fordult a Bírósághoz, hogy a közösségi jog által a nemzeti jog alkalmazására meghatározott korlátozások kizárják-e az olyan elvek, mint a jogos elvárások védelme, a jogbiztonság érvényesítését a tévesen kifizetett támogatások behajtásánál. Fontos körülmény, hogy a konkrét nemzeti jogi szabályozás szerint a közigazgatási hatóság tudomása vagy súlyos gondatlansága vezetett a támogatás kifizetéséhez. A Bíróság mindenekelőtt leszögezte, hogy az említett elvek, tehát a jogos elvárások védelme és a jogbiztonság a közösségi jog részét képezik. A közösségi jog nem akadályozza meg, hogy a nemzeti jog kizárja a támogatások behajtását olyan feltételek alkalmazása mellett, amely a közösségi jog elsődlegességét biztosítja azzal, hogy a behajtás feltételei nem lehetnek diszkriminatívak.³⁶

III. 3. A hatékony jogvédelemhez való jog

A jogirodalom a bírósági kontroll biztosítása körében említi a **Racke esetet**, amelyben a monetáris kompenzációs összeg visszatérítéséről való döntés³⁷ mellett a Bíróság azt is kimondta, hogy az összetett gazdasági helyzet értékelése során a Bizottság tag mérlegelési szabadsággal rendelkezik. Ezen ügyekben azonban a Bíróságnak kell megvizsgálnia, hogy a Bizottság eljárása nem fed-e valamilyen nyilvánvaló hibát, nem jelente-e hatalommal való visszaélést vagy nem lépte-e túl mérlegelési jogkörét.³⁸

Bár több évvel később született, de a letelepedés szabadságán felül a bírósági felülvizsgálathoz való jog körében is fontos megállapításokat tett a Bíróság a **Vlassopoulou ügyben** is. Irene Vlassopoulou Görögország diplomái mellett Tübingen egyetemén szerzett jogi doktorátust. 1983-tól egy német jogi irodában dolgozott, majd a következő évben engedélyt kapott, hogy görög és közösségi jogot érintő kérdésekkel foglalkozzon egy német kollégája felelősségvállalása mellett. 1988-ban ügyvédi tevékenység folytatására nyújtott be kérelmet, amit elutasítottak arra figyelemmel, hogy nem rendelkezik a szükséges képesítésekkel. A hölgy először az Ügyvédek Fegyelmi Tanácsához (Ehegerichtshof) fordult jogorvoslatért, majd a Bundesgerichtshofhoz, amely előzetes döntést kért a Bíróságtól. Figyelemmel arra, hogy a felperes kérelmének benyújtása idején még nem fogadták el a diplomák kölcsönös elismeréséről szóló irányelvet, ezért a Bíróság döntése határozott meg több olyan szempontot, amelyet a szabadság érvényesítésekor figyelembe kell venniük a nemzeti hatóságoknak. A tagállamok köteletségévé tette, hogy minden esetben objektív vizsgálat alá vegyék mind a diplomát mind a képesítésre vonatkozó bizonyítékokat. Az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogok védelmével összefüggésben pedig azért jelentős az eset, mert a Bíróság kimondta, hogy a diploma vizsgálatát olyan eljárásban kell elvégezni, hogy az összhangban legyen a közösségi

³⁶ C- 205 és 215/86. egyesített ügyek Deutsche Milchkontor GmbH v. Deutschland [1983] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1999. 140-153. p.

³⁷ C-98/78. Racke v. Hauptzollamt Mainz [1979] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1999. 16-22. p.

³⁸ C-98/78. Racke v. Hauptzollamt Mainz [1979] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1999. 17. p. és Keller 13-14. p.

jogban biztosított alapvető jogokkal és azok hatékony jogvédelmével. Különösen “biztosítani kell, hogy bármilyen döntés bírósági eljárás tárgya lehessen, amelyben annak a közösségi jog szerinti jogszerűsége felülvizsgálható, valamint biztosítani kell, hogy az érintett személy megismerhesse a vele kapcsolatban hozott határozat indokait”.³⁹

III. 4. A fair eljárás követelménye

A **Pecastaing ügyben** kifejezetten a fair eljárás követelményével foglalkozott a Bíróság. Az ügy középpontjában a 64/221 irányelv állt, amely a tagállamoknak az állampolgárok beutazásával és tartózkodásával kapcsolatos szabályok összehangolása érdekében született. Az irányelv értelmében a polgárok beutazását és tartózkodását gazdasági okból nem lehet korlátozni, hanem csupán közegészségügyi, közrendi vagy közbiztonsági szempontokat lehet figyelembe venni, amely utóbbiaknál az egyén személyes magatartása irányadó. A felperes hölgy ennek fényében 1977. október 7. napján szabályszerűen beutazott Belgiumba, ahol Lüttich tartományban felszolgálóként dolgozott különböző bárokban. 1977. november 8-án pedig kérelmezte, hogy munkavállalóként letelepedjen. A belga rendőrség azonban tudomást szerzett róla, hogy a hölgy korábban hazájában és az NSZK-ban prostituált volt. Ennél fogva a közbiztonság védelmére hivatkozással az Igazságügyi Minisztérium bevándorlási szerve megtiltotta a letelepedést és kötelezte a felperest, hogy 15 napon belül hagyja el az országot. A hölgy haladéktalanul panasszal élt a döntés ellen, azonban időközben ismét kiutasították. Figyelemmel arra, hogy a döntés ellen nem fordulhatott a Conseil d’Etat-hoz, a lüttichi bíróságnál károkozás miatt beperelte Belgiumot. Az elsőfokú bíróság előzetes döntés kért az irányelvvel kapcsolatban. A Bíróság válaszában kifejtette, hogy az Római Egyezmény 6. cikkében foglalt fair eljárás elve alapjog, amelyet a közösségi jog alkalmazása során érvényesíteni kell, így a tagállamok más állampolgárok számára is kötelesek oly mértékben jogvédelmet biztosítani, mint a saját polgároknak.⁴⁰

III. 5. A kétszeres elítélés tilalma

A **Walt Wilhelm ügyben** a Bíróság egy hagyományosan büntetőjoggal kapcsolatban említendő alapjog, a ne bis in idem elv problémáját érintette. Az ügy szintén a versenyjogi szabályok alkalmazásával kapcsolatos. Az egyik kérdés, amellyel a berlini Kammergericht fordult a bírósághoz, hogy a nemzeti hatóságok – a közösségi jog érvényesülését nem sértve – eljárhatnak-e az ügyben saját nemzeti joguk alapján akkor, ha a közösség jog szerinti vizsgálat már a Bizottság előtt is folyamatban van. Ezzel függ össze az a felvetés is, hogy a két jog szerinti eljárás eltérő jogi megítéléshez vezethet. A Bíróság az indokolásában abból indult ki, hogy a nemzeti hatóságok szintén alkalmazhatják a közösségi jogot abban az esetben, ha a Bizottság nem folytat le vizsgálatot. Leszögezi ugyanakkor azt is, hogy mind közösségi, mind a nemzeti jog érvényesítése során más-más szempontokat vesznek tekintetbe. A közösségi jog elsőbbségének elve alapján azonban azt mondja ki a testület, hogy amennyiben a nemzeti hatóság már határozatot hozott az ügyben és az várhatóan ellentétes lesz a Bizottságéval, akkor a nemzeti hatóságnak kell figyelembe venni a várható hatásokat, míg folyamatban lévő ügy esetén kötelesek a tagállami szervek valamennyi intézkedést megtenni a visszasság kiküszöbölése érdekében. A kiszabható szankciót vizsgálva pedig azt mondja ki, hogy önmagában a kétszeres büntetés alkalmazásának lehetősége miatt nem zárható ki az eljárások párhuzamos lefolytatása, ugyanis ez éppen a közösségi és tagállami hatóságok közötti hatáskörmegosztásból ered. A természetes igazságosság elvére hivatkozva mondja ki a Bíróság,

³⁹ C-340/89. Irene Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europegelegenheiten Baden-Württemberg [1991] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 1999 360. p.

⁴⁰ C-98/79 Josette Pecastaing v. Belgium [1980] www.europa.eu.int/eur-lex/de/search/search_case.htm

hogy a büntetés kiszabásánál a korábbi döntéseket is figyelembe kell venni, bár azt is leszögezi, hogy a közösségi jog általános elvei között nincsen olyan jogi eszköz, amely ezt a problémát megnyugtatóan rendezné és kizárná a jogsértő cselekmény kétszeres értékelését.⁴¹

IV. AZ EURÓPAI UNIÓ ALAPJOGI CHARTÁJA

IV. 1. A Charta létrejötte

Annak érdekében, hogy az Unió polgárai tisztában legyen az alapjogok tartalmával, elkerülhetlenné vált a kodifikáció. Az Európai Tanács 1999. június 3-i és 4-i ülésén határozta el, hogy létrehoz egy testületet, amely kidolgozza az Unió Alapjogi Chartáját. Négy hónappal később, 1999. október 16-án a finnországi Tampere-ben döntött róla az Európai Tanács, hogy a szöveg kidolgozását egy Konventnek nevezett testület végezze el.⁴² A 62-tagú grémium a tagállamok állam- és kormányfőiből, a Bizottság elnökéből és egy képviselőjéből, az Európai Parlament 15 képviselőjéből, a tagállamok parlamentjeinek két-két képviselőjéből állt. Megfigyelőként pedig az Európai Bíróság és az Európa Tanács két-két képviselője is részt vett.⁴³ 2000. október 2. napjára a Konvent elkészítette javaslatát, amelyet az Európai Tanács október 13-án és 14-én megszavazott. A Chartát végül 2000. december 7-én Nizzában a Parlament, a Tanács és Bizottság elnöke ünnepélyesen proklamálta.⁴⁴

A 2001-es laekeni csúcstalálkozón az állam- és kormányfők elhatározták, hogy felállítják az Európai Konventet, amelynek elnökévé Valéry Giscard d'Estaing-et választották. A Konvent feladata egy európai alkotmány kidolgozása, amelynek az alapjogok is részét képezik. A Konvent a 15 tagállam kormányának egy-egy képviselőjéből, a nemzeti parlamentek 2-2 képviselőjéből, az Európai Parlament 15 tagjából és a Bizottság 2 képviselőjéből állt. A tagjelölt országok – köztük hazánk⁴⁵ – szintén küldhetett egy kormányt képviselő személyt és két parlamenti képviselőt, akik azonban nem akadályozhatták meg a tagállamok között létrejövő konszenzust. A Konvent élén a 12 fős Elnökség állt, tevékenységét pedig munkacsoportokban fejtette ki, valamint havonta egyszer plenáris ülést is tartottak. Az alapjogok kidolgozására külön munkacsoportot hoztak létre, amely 2002. február 28-án kezdte meg a működését. Tekintettel arra, hogy az alkotmányok hagyományos szabályozási tárgyköre az alapjogok és alapkötelezettségek kérdésköre, a 2002. október 22-i zárójelentésben a munkacsoport egyhangúan fogalmazta meg, hogy a Charta az alkotmány szerződés teljes értékű része legyen. Ezen felül az eredeti szöveget a hatékonyabb végrehajtás érdekében három új cikkel is kiegészíteni javasolták és felvetették, hogy az Unió csatlakozzon a Római Egyezményhez.⁴⁶ A viták során azonban elbukott a munkacsoport által kidolgozott kiegészítés, így lényegében a Charta meglévő szövegét vették át.

IV. 2. A Charta tartalma

A Charta hét fejezetben foglalja össze az alapjogokat, amely fejezetek közül a VI. cím taglalja az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogokat, míg az alkalmazására és értelmezésére

⁴¹ C-14/68 ügy Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 24 - 27. p.

⁴² Mankowski – Magnus 6. p.

⁴³ Várnay Ernő – Papp Mónika 182-183. p.

⁴⁴ Mankowski – Magnus 6. p.

⁴⁵ A magyar kormányt Martonyi János, majd Balázs Péter képviselte, a parlament képviselői pedig mindvégig Vastagh Pál és Szájer József voltak.

⁴⁶ Kecskés László 156-174. p.

vonatkozó rendelkezések az utolsó fejezetben találhatóak. Az 51. cikk 1 bekezdése értelmében elsősorban az Unió intézményeit és szerveit kötelezi a Charta a közösségi jog végrehajtása során, amely azt jelenti tehát, hogy a Római Szerződésben meghatározott intézményekre és más szervekre mint a közösségi jogot alkotó szervekre is vonatkozik. Ezen szervek a jogalkotás során is különös figyelemmel vannak az alapjogokra, így az igazságszolgáltatással kapcsolatos jogokra is, amely gyakorlat különösen tetten érhető a Bizottság munkájában. Ezzel szemben az egyes tagállamok szinte csupán a nemzeti jogukban megfogalmazott alapjogokra támaszkodnak, amelytől csak akkor térnek el, ha a tagállami szervnek a közösségi jogot kell alkalmaznia. Ennek fényében az látható, hogy a nemzeti szervek ténylegesen annyiban vannak a közösségi jogban megfogalmazott jogokhoz kötve, amennyiben a közösségi jog elsőbbségét és egységes érvényesülését biztosítaniuk kell, azaz amikor a közösségi jogra nemzeti szinten hivatkoznak.⁴⁷ Az egyes jogforrások közül a rendeleteknél érvényesül ez a leginkább, hiszen az a 249. cikk értelmében az minden elemében kötelező és közvetlenül alkalmazható, továbbá a Bíróság joggyakorlata is megerősítette⁴⁸, hogy a nemzeti szervek még tagállami jogszabályt sem alkothatnak a rendelet nemzeti jogba illesztésére. Más a helyzet azonban az irányelveknél, amelyek implementálására nemzeti jog születik, amely akár országonként különböző lehet. Ez esetben a közösségi jog által meghatározott alapjogok annyiban érvényesülnek, amennyiben azt a közösségi jogalkotó megszabja. Az eltérést nem engedő esetekben a kibocsátott nemzeti jog alkotása és alkalmazása során is a közösségi joganyagot kell érvényre juttatni. Ennél fogva a nemzeti alapjogok csupán akkor jöhetnek szóba, ha az irányelv mozgásteret enged a közösségi jogalkotónak. Nemzeti szinten azonban a nemzeti alkotmányos kontrollal is számolni kell, amelynél kérdéses, hogy az irányelv végrehajtására alkotott jogszabályt közösségi jogként vagy tisztán nemzeti jogként értelmezik. Mindenesetre a Charta 51. cikkének 2. bekezdése nyilvánvalóvá teszi, hogy semmilyen új hatáskört vagy feladatot nem határoz meg, tehát csupán a közösségi jog által szabályozott területeken érvényesül.⁴⁹

Az Alapjogi Charta és az Európai Egyezmény egymáshoz való viszonyát vizsgálva azt a következtetést vonhatjuk le, hogy míg az Egyezmény az Európa Tanács egy nemzetközi szerződése, amely mint olyan az Uniót közvetlenül nem kötelezi. Ugyanakkor az Európai Uniót létrehozó szerződésben maga az Unió is jogforrásként ismeri el, és amelyekre egyebekben az EU Bírósága is hivatkozik ítéleteiben. Vitatott ugyanakkor, hogy az EU csatlakozhatna-e az Európai Egyezményhez. Az EU Bírósága a már említett 1996-os szakvéleményében arra az eredményre jutott, hogy a Gazdasági Közösség nem rendelkezik olyan hatáskörrel, ami lehetővé tenné, hogy csatlakozzon az Egyezményhez és hasonló okok miatt volt kizárt az is, hogy az Atomenergia Közösség vagy a Szén- és Acélközösség csatlakozzon. Érdemes azonban megemlíteni, hogy a finnek javasolták, hogy a Római Szerződés 303. cikkét egészítsék ki egy olyan második bekezdéssel, amely lehetővé tenné a csatlakozást, ám az ötletet a Nizzai konferencián elvetették. Az Unió belépése pedig éppen a jogi személyiségének hiánya miatt kizárt.⁵⁰

A Charta 47. cikk 1 bekezdése szabályozza azt az esetkört, amikor valamely az uniós jogban meghatározott jogot vagy szabadságot sértene meg. Hasonlóan az Európai Egyezmény 13. cikkéhez, a közösségi jog szintén nem csupán egy újabb fellebbezési lehetőséget biztosít a belső

⁴⁷ Mankowski – Magnus 12. p.

⁴⁸ A Variola ügyben a Bíróság kifejtette, hogy semmilyen módon nem befolyásolhatja a közösségi jog közvetlen alkalmazhatóságát, ha a tagállam a rendelettel azonos vagy teljesen egyező jogszabályt alkot és így mintegy reprodukálja a közösségi jog szövegét. C-34/73. F.LLI Variola Spa v. Amministrazione Italiana delle Finanze [1973] Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából 2001. 1. kötet 47-50. p.

⁴⁹ Mankowski – Magnus 11. p.

⁵⁰ Mankowski – Magnus 13. p.

jogrendben, hanem a hatékony bírósági jogorvoslathoz való jogot. A 2. bekezdés – az alkalmazási kört kivéve – lényegében megfelel a Római Egyezmény 6. cikkének. Az ebben foglalt jogvédelem – mely azonosítható a tisztességes eljárás követelményével – egyes elemeit érdemes külön-külön is megvizsgálni. Ez utóbbiakat a szakirodalom négy csoportba sorolja. Az első körbe a bírósággal kapcsolatos kívánalmak tartoznak, a másodikba maga a szűkebb értelemben vett tisztességes eljárás, a nyilvánosság és az eljárás ésszerű időtartama.⁵¹

IV. 2. 1. A bírósággal kapcsolatos követelmények

Az itt meghatározott feltételek az előfeltételét képezik a tisztességes eljárásnak, hiszen amennyiben ezek nem valósulnak meg, nem lehet a továbbiakat sem vizsgálni. Az első a bíróság függetlensége, amellyel megakadályozható, hogy akár a végrehajtó hatalom, akár a jogvitában résztvevő felek befolyást gyakoroljanak az ítélezőkre.⁵² A második a bíróság pártatlansága, amely elvileg kizárja, hogy a konkrét ügyön kívüli tényezők is hatást gyakoroljanak. A pártatlanságról szubjektív és objektív értelemben beszélhetünk. Az előbbi alatt azt értjük, hogy a döntőbíró elfogulatlan és a bizonyítékok mérlegelésével dönt. Mindez az Emberi Jogok Európai Bíróságának joggyakorlata alapján összefügg a bíró tárgyaláson és azon kívül tett megjegyzéseivel, egyes bizonyítási eszközök esetleges visszautasításával vagy hiányos értékelésével. Az objektív pártatlanság pedig az eljárás sajátosságaiból ered. Mindezek után felvetődhet az a kérdés, hogy a pártatlanság megkérdőjelezésének okai a bíró személyével vagy a helyzetéből adódó körülményekkel állnak összefüggésben. A harmadik tényező a törvény által létesített bíróság, hiszen a jogállamiság követelményeinek megfelelően elképzelhetetlen, hogy a végrehajtó hatalom határozza meg a bíróságra vonatkozó szabályokat. Mindez legalább a szervezet és a hatáskör vonatkozásában ugyanúgy érvényesítendő a különbíróságok esetében is.⁵³

IV. 2. 2. A tisztességes eljárás követelményei

Az Európai Egyezmény 6. cikkéhez hasonlóan alapvető kívánalom a fair eljárás. Ezzel mindkét egyezmény a bírósággal kapcsolatos jogon túl azt is biztosítja, hogy amennyiben valaki jogsérelmet szenved, bíróság bírálja el az ügyét, ugyanakkor azonban jelenleg nem alapozza meg, hogy az elsőfokú bírósági döntéssel szemben is jogorvoslati lehetőséget vegyen igénybe. Garantálja azonban, hogy a bíróság megfelelő módon és az ellenfélnél nem lényegesen előnytelenebb feltételek mellett tárgyalja az ügyet. E jog érvényesülése során szintén több szempontot kell figyelembe venni.⁵⁴ Az első a bíróság általi meghallgatáshoz való jog, amely szerint a felek a tényállás ténybeli és jogi elemeit a bíróság elé tárhatják. Lényeges azonban, hogy mindenkor a konkrét eset és az egész eljárás körülményeit kell figyelembe venni annak megítélésakor, hogy a jogosultság sérelmet szenvedett-e. A feleknek mindazonáltal joguk van arra, hogy mind a bíróság mind a másik fél által előterjesztett nyilatkozatokat és bizonyítékokat megismerjék. A bírósági meghallgatáshoz való jog nem korlátozható, ugyanakkor bizonyos formai és ténybeli feltételeknek alávethető, így feltétlenül szükséges az időhatárokat és más eljárási szabályokat betartani.⁵⁵

⁵¹ Mankowski – Magnus 15. p.

⁵² Mankowski – Magnus 16. p.

⁵³ Mankowski – Magnus 16-17. p.

⁵⁴ A szempontrendszer szintén az Emberi Jogok Európai Bírósága dolgozta ki, amely általánosan alkalmazható az Európai Unió joggyakorlatára is.

⁵⁵ Mankowski – Magnus 18-19. p.

A következő elv a fegyverek egyenlőségének elve. A polgári eljárásban mindez azt jelenti, hogy valamennyi félnek lehetőséget kell adni arra, hogy indítványokat tegyen. Mindez azonban nem sértheti az ellenfél eljárási jogait. A büntetőeljárásban pedig a vádlott joga, hogy az ügyet megismerhesse, bizonyítási eszközöket megnevezzen, a bíróság elé idézett tanúkhöz kérdést intézzen⁵⁶ és általában a bizonyítás és jelenlét terén azonos jogokat élvezzen, mint a vád.⁵⁷

A harmadik összetevő a személyes jelenlét követelménye, amely a szóbeli eljárások során általánosan érvényesülő jog. A közösségi jog kontextusában mindez elsősorban a polgári és kereskedelmi ügyekre vonatkozó 44/2001/EK rendelet⁵⁸ és az 1347/2000/EK rendelet kapcsán releváns, amely utóbbit 2004. augusztus 1. napjával felváltott a 2201/2003/EK rendelet.⁵⁹ Ez a norma a házassági ügyekben és a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatósággal, a határozatok elismerésével és végrehajtásával kapcsolatos kérdéseket rendez, és a tagállamok rendelet alkalmazása körében értelemszerűen a közösségi jog által biztosított alapjogokhoz vannak kötve. Így például mindenképpen jogellenes, ha gyermek-elhelyezési ügyben az apa meghallgatása nélkül döntenek. A bírósági meghallgatás joga különösen akkor merül fel, ha valamelyik fél beutazási tilalom alatt áll, hiszen ilyen esetekben különösen kétséges, hogy a bíróság pártatlan döntést hozhatna. Ilyen esetekben, amennyiben a fél valamelyik másik tagállamban él, a Római Szerződés 18. cikk 1. bekezdése garantálja az Unió területén a szabad mozgását. Ennél problémásabb, ha a fél nem tagállami lakos, és a helyzetet tovább bonyolítja, hogy a Charta is az uniós polgárok jogait szabályozza, és az 51. cikk 2. bekezdése értelmében nem is terjeszthető ki a Charta hatóköre. A szakirodalom arra is figyelmeztet, hogy a nemzeti bíróságoknak az említett rendelet alkalmazása során arra is ügyelniük kellene, hogy ne csupán a gyermek, hanem mindkét szülő meghallgatási joga érvényesüljön.⁶⁰

A jogirodalom a tisztességes eljárás követelményei között külön is nevesíti a bizonyítási eljárás lefolytatását, amely szoros összefüggésben áll az előbbieken meghatározott fegyverek egyenlőségének elvével. Fontos kiemelni, hogy ezt a követelményt szintén egyaránt érvényesíteni kell mind a büntető, mind a polgári eljárások során. Ugyanakkor a bizonyítási eljárás lefolytatása bírói kontroll alatt áll, amelynek következtében lehet, hogy pergazdaságossági szempontokra hivatkozással a bíró korlátozza az alapjogot. A közösségi jogban mindez igen sok problémát vet fel, főként, amikor valamely nemzeti bíróság előtt folyik az eljárás közösségi jogot érintő kérdésben. Ennek megoldására bocsátották ki az 1206/2001/EK rendeletet, amely polgári és kereskedelmi ügyben szabályozza a bizonyítás felvételének rendjét a határokon átnyúló jogvitákban.⁶¹ A rendelet teljesen leszabályozza a bizonyítás felvételének rendjét, így szoros határidőket szab az egyes eljárási cselekményekre, valamint kötelezően alkalmazandó formanyomtatványokat is előír.⁶²

IV. 2. 3. A nyilvánosság

Mind a Charta, mind a Római Egyezmény alapján mindenkinek joga van arra, hogy ügyét nyilvános tárgyaláson bírálják el, amely nyilvánosság végső soron a társadalmi nyilvánosságot jelenti.⁶³ Ugyanakkor ez a jog sem érvényesülhet teljesen korlátlanul, így az államtitok, a fiataalkorúak jogainak védelme, a közérdek vagy a fél személyiségi jogainak megőrzése

⁵⁶ Mankowski – Magnus 19. p.

⁵⁷ Halmai Gábor – Tóth Gábor Attila 729. p.

⁵⁸ Az Európai Unió Hivatalos Lapja L. 12 2001. 1. 16. 1-11. p.

⁵⁹ Az Európai Unió Hivatalos Lapja L. 338 2003. 12. 23. 1-12. p.

⁶⁰ Mankowski – Magnus 20. p.

⁶¹ Mankowski – Magnus 21. p.

⁶² A Tanács 1206/2001/EK rendelete

⁶³ Mankowski – Magnus 22-23. p.

érdekében lehetőség van a nyilvánosság kizárásra. Többfokú eljárás során szintén nem jár a jog sérelmével, ha nem valamennyi szakban érvényesül a nyilvánosság és a szóbeliség, ugyanakkor az ítélet kihirdetése a Római Egyezmény 6. cikk 1. bekezdés második mondata értelmében mindig nyilvános.⁶⁴

IV. 2. 4. Az eljárás ésszerű időtartama

A hatékony jogvédelem megvalósításában fontos szerepet játszik az is, hogy az eljárás mennyi időn belül fejeződik be. A követelmény azonban sem az Emberi Jogok Európai Bírósága, sem az Európai Unió Bírósága számára nem azt jelenti, hogy valamely konkrétan meghatározott határidőn belül kellene az ügyeket befejezni. Mind az Egyezmény, mind a Charta 47. cikk 2. bekezdése értelmében az eljárás kezdő időpontjának a vádemelést vagy a keresetlevél beadását kell tekinteni, míg a végét a rendes jogi eljárásban hozott jogerős döntés jelenti. Különösen polgári eljárásokban igen sok múlik a feleken, ezért a tagállamok általában elzárkóznak attól, hogy az eljárás gyorsítását írják elő a nemzeti jogukban.⁶⁵ A jogsértés szempontjából több körülményt is figyelembe kell venni, így azt, hogy mennyire bonyolult az ügy, a felek magatartását és azt, hogy az eljáró hatóságok és a bíróság mindent megtettek-e az eljárás befejezése érdekében.⁶⁶ Az Európai Unió Bírósága már a kezdetektől fogva elismerte ezen jogosultságot, és a jogsérelem vizsgálatakor szinte teljes mértékben átvette az Emberi Jogok Európai Bírósága által kialakított gyakorlatot.⁶⁷

V. 3. Az eljárás költségei

A Charta 47. cikk 3. bekezdése értelmében az állam nemcsak formális értelemben biztosítja, hogy a felek bírósági utat vegyenek igénybe a viták eldöntéséhez, hanem materiális módon is megteremti ennek feltételeit azáltal, hogy költségmentességet biztosít a rászoruló jogkeresőknek, annak érdekében, hogy gazdasági okok ne akadályozzanak senkit se jogai gyakorlásában. Az Európai Unió Bíróságának gyakorlatában szintén igen korán jelentkezett ezen elv, így a már említett Hoffmann La Roche ügyben például az ítélet rendelkezett az eljárási költségek kompenzálásáról.⁶⁸ Mindazonáltal a Római Egyezmény széles mozgásteret biztosít a nemzeti jogalkotás számára, hogy meghatározza a költségmentesség feltételeit. Így egyes országokban lehetséges ügyvédet kirendelni bonyolult ügyekben, míg a skála másik végén a tagállamok igen költségkímélő módon csupán azt engedélyezik, hogy a fél önmagát képviselje. Éppen ez okból vetette fel a Bizottság, hogy irányelvben kellene szabályozni a költségmentesség feltételeit, amelynek nyomán a Tanács 2003. január 27. napján el is fogadta a 2003/8/EK irányelvet⁶⁹, amely a határokon átnyúló jogviták esetében alkalmazandó. Ezáltal tehát maga a közösségi jog biztosít bizonyos minimumszabályokat, hogy valamennyi uniós polgár számára biztosított legyen ezen jogosultság és pénzügyi okok senkit ne akadályozzanak a bírósághoz fordulás jogában.⁷⁰

⁶⁴ Halmai Gábor – Tóth Gábor Attila 710-712. p.

⁶⁵ Mankowski – Magnus 23-24. p.

⁶⁶ Halmai Gábor – Tóth Gábor Attila 712-713. p.

⁶⁷ Mankowski – Magnus 24. p.

⁶⁸ C- 85/76 Hoffmann La Roche and Co. AG v. Bizottság [1979] Versenyjogi esetek - Az Európai Bíróság gyakorlata 347. p.

⁶⁹

⁷⁰ Mankowski – Magnus 25-26. p.

V. 4. A hagyományosan büntetőeljáráshoz kapcsolható jogok

Az alábbiakban meghatározott alapjogokat hagyományosan a büntetőeljáráshoz szokták kapcsolni annak ellenére, hogy egyes közigazgatási ügyekben ugyanúgy relevánsak lehetnek. Így mind az ártatlanság vélelmét, mind a védelemhez való jogot vagy a kétszeres eljárás alá vonás és a kétszeres büntetés tilalmát, valamint a bűncselekmények és büntetések törvényességének és arányosságának elvét már a fent említett versenyjogi esetekben is érintette a Bíróság. Az igazságszolgáltatással kapcsolatos részjogosítványok szoros összefüggése okán ezen jogok polgári vagy közigazgatási vonatkozásait már jórészt vázoltam, így ehelyütt ismételt tárgyalásukat mellőzöm.

V. ÖSSZEGRÖZÉS

Az előbbieken felvázolt folyamatból kitűnik, hogy a Bíróság által kialakított jogvédelmet az Unió egyre inkább általános, írott normákban kívánta biztosítani, mely elhatározás nyomán megszületett az Alapjogi Charta, amely később az Európai Alkotmány részévé vált. A fejlődés hívta életre az Alapjogi Konventet, amely célul tűzte az alapjogok világos meghatározását, hiszen az írott jog által elérhető jogvédelem hatékonyabb garanciákat kínál a kontinentális jogrendben, mint a bírói joggyakorlat. Ez a jogvédelem pedig korlátokat jelent a közösségi jogalkotás számára is. Amint azt a fentiekben is említettem, több alapjog tekintetében a Charta hatékonyabb érvényesítésére rendeleteket és irányelveket alkottak. Ez a folyamat azonban még korántsem zárult le teljesen, a közösségi jog egyre több szabályozási területre terjeszti ki hatókörét. Ennél fogva a Charta jövőbeni hatása és jelentősége attól is függ, hogy az *acquis communautaire* milyen mértékben szorítja vissza a tagállami jogalkotás szabadságát. Figyelemmel arra, hogy Magyarország 2004. május 1-ével az Európai Unió tagállamává vált, így a fenti kívánalmak és folyamatok hazánkat és állampolgárait közvetlenül is érintik, akár az uniós jogalkotás, akár a jogharmonizáció következtében.

IRODALOMJEGYZÉK:

- Boytha Györgyné – Hargitai Árpád – Sárai József – Tóth Tihamér (szerk.): Versenyjogi esetek – Az Európai Bíróság gyakorlata 2000., Osiris Kiadó, Budapest 444. p.
- Fazekas Judit (szerk.): Az Európai Integráció Alapszerződése 2. 2002, KJK-Kerszöv., Budapest 325. p.
- Halmai Gábor – Tóth Gábor Attila (szerk.): Emberi jogok 2003., Osiris Kiadó, Budapest 919. p.
- Kecskés László: EU-jog és jogharmonizáció 2003. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 635. p.
- Keller: Allgemeine Rechtsgrundsätze und Grundrechte 2002 Februar www.rwth-aachen.de/bur/Ww/download/03_Veranstaltung.doc
- Mankowski, Peter – Magnus, Ulrich: Die für Zivilverfahren erheblichen justiziellen Rechte in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union www2.jura.uni-hamburg.de/sipr/dateien/seminar-wise02/arbeit02.pdf 36. p.
- Mráz Ágoston: Az európai (nizzai) emberi jogi charta értékelése In Frivaldszky János (szerk.): Egy európai alkotmány felé 2003., JTMR Faludi Akadémia – OCIPE Magyarország, Budapest 81-97. p.
- Sári János: Alapjogok 2004, Osiris Kiadó, Budapest 358. p.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar 2000, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 86-87. p. 2660. p.

Sonnevend Pál: A nizzai emberi jogi Charta értékelése In Frivaldszky János (szerk.): Egy európai alkotmány felé 2003., JTMR Faludi Akadémia – OCIPE Magyarország, Budapest 13-23. p.

Szerződéstervezet egy Európai Alkotmány létrehozásáról. 2004. Luxemburg: Az Európai Közösségek Hivatalos Kiadványának Hivatala 332. p.

Várnay Ernő – Papp Mónika: Az Európai Unió joga, 2001. KJK Kerszöv., Budapest 677. p.

Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából. 2004. KJK Kerszöv., Budapest 1-4. kötet

Válogatott ítéletek az Európai Bíróság esetjogából II. kötet 1999., Külügyminisztérium Integrációs Államtitkárság, Budapest 448. p.

<http://www2.datanet.hu/im/Primleg/11992M-HU.htm>

http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/search/search_case.htm

Jakab Dénes Barna Jog és hermeneutika*

A jog és a hermeneutika társítását többféle indokkal lehet megvalósítani. A hermeneutika iránt érdeklődőknek első találkozása a jogi hermeneutikával alighanem az *Igazság és módszer* második részének megfelelő szövegeit érintik, ahol Gadamer a jogi hermeneutika példaszzerű jelentőségéről beszélve jog, teológia, történelem, filológia integritását egy egyetemes hermeneutika eszméje felől igyekszik bizonyítani. Az alábbi dolgozat szélesebb perspektívát kíván felölelni, amelyben a jogelméleti problematizálás fonalán haladva jutunk el a filozófia történetéhez, miközben a hermeneutika fogalom lehetséges jogi alkalmazását mint két értelmezési paradigma nem szűnő konfrontációját igyekszik feltárni, rövid kitekintéssel a kortárs amerikai és olasz szakirodalomra.

Hermeneutika és jog szerves kapcsolatát nyilvánvalóvá teheti e két tárgyterület évezredek összekapcsolódását bemutató történeti áttekintés. Ezt követi majd a XX.-ik század két jelentősebb paradigmájának, a Betti, illetve Gadamer által ihletett gondolatrendszereknek bemutatása, illetve ezek recepciójaként a jogi hermeneutika alkalmazását célzó egyes törekvések megjelenítése. Gadamer és Betti szembeállításával a hermeneutika őstörténetétől a jelenig végigvonuló szemléleti kettősség paradigmáját követhetjük, amelyben egyik oldalon a „szöveget hiposztazálók és bálványozó” grammatikai-filológiai vonulata, ezzel szemben pedig az Arisztotelésztől Gadamerig feszülő „metafizikai hermeneutika” mozgalma áll, vagy még egyszerűbben fogalmazva: a *hermeneutikai elmélet* és vele szemben a *hermeneutikai filozófia*.¹

Jog és hermeneutika kapcsolatát a szimptomatikus angolszász helyzetjelentés szerint a zavarodottság jellemzi. A tudományos diskurzusban ez a korántsem biztató pozíció, mint az „akadémikus díszítmény, divatos eklekticizmus, vagy »jogtudomány helyzetével neurotikus elégedetlenkedők valamiféle terapeutikus konszolidációja« jelentkezik”² Egy másik szerző nemcsak az interpretációk, hanem „interpretáció filozófiáinak a konfliktusáról” beszél.³

Nem árt mindjárt az elején tisztáznom, hogy itt a jogi szövegek értelmezésére vonatkozó a joggyakorlaton túli hermeneutikát keressük. A jogi hermeneutika kérdésfelvetése ezért nem mosható egybe a joggyakorlat rutinértelmezései számára útmutatóul kidolgozott módszertannal.⁴

Ennek fő oka, hogy hermeneutikai szituációról ott beszélhetünk, ahol a megértési folyamat megnehezített, illetve a szövegek értelme nem adódik magától. Innen kiindulva

* A dolgozat a Sapientia Erdélyi Magyar Tudományegyetem Kutatási Programok Intézetének támogatásával íródott.

¹ Kelley 1983, 647-648, Kelemen 1998, 53.

² Lásd Sherman 1988, 386. Bár Sherman véleményét a kísérletező jogelméleti paradigmák eklekticizmusáról, pluralizmusáról még elfogadhatjuk, fontos tudni, hogy alapos Gadamer elemzése ellenére is ő egyike a jogi hermeneutika lehetetlenségét és ezzel szemben a jogi módszer alkalmazásának lehetőségét hirdető teoretikusoknak. Az álláspont bővebb kifejtését lásd a Sherman 1988, 386-402.

³ Hoy 1985, 176.

⁴ A magyar jogi szakirodalomban a jogszabályok értelmezésének újított tanát Pokol Béla fejti ki. Lásd u.ö. 1994, 641-649. Szemben a magyar jogelméleti irodalomban meghonosított nyelvtani, logikai, rendszertani és történelmi értelmezés négyes tipológiával, Pokol egy tizenkettőre bővített értelmezési módszert írt le, amelyeket az európai és angolszász jogrendszerek konkrét gyakorlatát követve jogszociológiai „szórásban” is megvizsgál. Ezek a kánonok a következők: hétköznapi-szószerinti értelmezés, speciális-technikai értelmezés, kontextuális értelmezés, joglogikai értelmezés, precedensek fényében történő értelmezés, analógiával való értelmezés, doktrinális-jogdogmatikai értelmezés, jogelvi értelmezés, alkotmányos alapjogok fényében való értelmezés, a jog mögötti etikai értékek függvényében való értelmezés, jogszabály céljai szerinti értelmezés, a jogalkotó szándékai szerinti értelmezés.

választandó el egymástól az értelmezés kétféle elmélete, a jogtudományos és a joggyakorlaté.⁵ Ehhez még annyit tehetünk hozzá, hogy megszoktuk, hogy Schleiermacher óta a filozófiai hermeneutika felvállalt egy módszertani reflexiók feladatát. Ugyan terjedelmi okok miatt itt nem időszertű, el kell azonban ismernünk, hogy az analitikus jogfilozófia is kitermelte a maga értelmezésproblematikáját, és ma már nem újdonság a kontinentális hermeneutika és az analitikus filozófia közeledéséről beszélni.⁶ Ha mégis elidőzöm néhány gondolat erejéig, annak célja felhívni a figyelmet a világ talán egyetlen kurrens kontinentális jogi hermeneutikai kiadvány főszerkesztőjére.⁷

Giuseppe Zaccaria a filozófia történetében „nyelvi fordulat”-ként aposztrofált koncepcióváltásra támaszkodva, lényegében Apelhez hasonló érvekkel utal a jogi hermeneutika és az angolszász beszédaktus elméletek közötti átfedésekre. Szerinte az áttörést a kontinentális részről a nyelvi fordulatnak a transzcendentális szubjektumot helyettesítő teljesítményében, míg az angolszász részről pedig a neopozitívizmus formalizmusának háttérbe szorulásával kell keresnünk. Párhuzamosan ezzel észrevehetően megszélidült, holisztikussá alakult át az atomisztikus látásmód, felfedezik a nyelvi interszubsztívitás jelentésképző társadalmi médiumát, tehát valahol a wittgensteini életműben bekövetkezett fordulat tanulságában teremtődtek meg a közeledés feltételei.⁸

A jogi hermeneutika igazán interdiszciplináris helyzetét különféle tárgyterületeken átnyúló tematikája kellőképpen bizonyítja, részleges átfedésekkel ugyan, de két irányban is adódnak kapcsolódási pontok. Mint az általános hermeneutika része érintkezik, és hasonlóságokat mutat a többi regionális hermeneutikával, tehát jogon kívüli területekkel, a jogon belül a jogi módszertannal, jogdogmatikával, jogi érveléstanal mutat hasonlóságokat és különbségeket.⁹

Az *Igazság és módszer* függelékében is említett Arthur Kaufmann, Karl Larenz jogi hermeneuták recepciója, magyar vonatkozásban és úttörő jelleggel Peschka Vilmos jogfilozófus írásaiban történt meg.¹⁰ A marxista korhangulat szórványos jegyei mellett a hermeneutikai nézetein a magyar esztéták, Hauser Arnold, Popper Leo, főleg Lukács György hatása érezhető. Gondolatmenetét két alapvető kategória köré csoportosítja. Először a jogi hermeneutikai szituáció ontológiai státusát az objektíválódott különféle létszférák közötti inkongruencia határozza meg. Hermeneutikai szituáció egyrészt a dialektikus nyelvfejlődés eredményeképpen létrejövő nyelvi képződmények értelmezésével gondolkodás és a nyelv aszimmetriájának megszüntetésére igyekszik. Ilyen további áthidalásra váró aszimmetria a jogi objektívációs rendszer és a társadalmi objektívációs rendszer között is.

Másodsorban Peschka jogi hermeneutikájának értelmezésében a lukácsi esztétika különös kategóriája, általánosabban a tipikus és általános közötti viszony köszön vissza. Az alapvetően tükrözés elvén nyugvó elméletben kimondatlanul itt is szerephez jut az inkongruencia rendezőelve. Bár a fogalmi/terminológiai általánosítás valamiféle szubsztívációs megoldást sugallna, az inkongruencia folytán csupán részleges közvetítettségé

⁵ Lásd Karácsony 2000, 99.

⁶ Austin, Hart, Dworkin, Raz emblemikus személyeiknek gondolatmeneteivel, sem Wittgenstein jogelméleti relevanciájával nem áll módomban foglalkozni. A hermeneutika és az angolszász filozófiai kérdésfelvetések hasonlóságának, összevethetőségének elképzeléséről lásd Apel 1990.

⁷ 1996 óta éves kiadásban jelenik meg pádovai CEDAM és a nemzetközi LIT Verlag kiadó gondozásában az *Ars Interpretandi. Journal of Legal Hermeneutics* évkönyve, amely a hermeneutikai alapfogalmak (applikáció, szöveg, intenció, szakralitás, fordítás, ésszerűség) köré tematikus számokba szerveződve szisztematikusan feldolgozta a hermeneutikai hagyomány problematikáját és a jogi hermeneutika számára adódó konzekvenciákat. E számokban többé-kevésbé rendszeresen közöltek és közreműködtek Gadamer, Ricoeur, Apel, Franco Volpi, Francesco Viola, Hans Albert, John Searle, Enrico Berti, Derrida, Michael Walzer, Ortfied Höffe, Donald Davidson és mások. (<http://www.arsinterpretandi.it/en/presentazione.asp>)

⁸ Zaccaria 1999, 274-285.

⁹ Karácsony 2000, 99.

¹⁰ Peschka Vilmos 1992a, 1992b.

egyszerűsödik. A jogszabály tárgyi tartalma fogalmilag megragadó jogi típus mozgékonyasága, képlékenysége, kivételes atipikus eseteivel mégis képes arra, hogy „a jogértelmezés során az élettényállás vonatkozásában alternatív megoldást nyújtson”, azaz képes behatárolni a valóságot. Az esztétika egy másik fogalma a jogalkotói folyamatban megvalósuló hermeneutikai mozzanatban is megjelenik. Az új, általános jogi érvényesség kialakítását célzó jogalkotói folyamatot meghatározza a korábbi jogszabályok tartalmának félreértése, amivel a régi, érvénytelennek értékelt jogszabályt az új jogszabály érvényessége helyettesíti. Így vonja be vizsgálódásába a popperi „félreértés” fogalmát Peschka Vilmos.

Természetesen a társadalmi jeliségek (jog, politika) vizsgálatában a nyelvi, retorikai szempont megjelenik¹¹, a jogi hermeneutika problematikája nem tartozik a jogi kutatások fő irányvonalába. Mégis, a hermeneutikai kérdés Pokol Béla többrétegű jogrendszer elméletében is megjelenik. Ebben, Luhmann és Habermas jogszociológia fogalmainak felhasználásával, Pokol szerint a szövegréteg, dogmatika, bírói jogalkalmazás és alapjogi jogréteg szintjeire tagolható a jogrendszer. Nemzetközi perspektívában a különböző rétegek másként és másként vannak kihangsúlyozva egyes nemzeti jogrendszerekben, ami alapján ezek a rendszerek leírhatók és egymástól elkülöníthetők. Egy ilyen rendszerben a jogi hermeneutika feladata átvezetni a szövegrétegtől a jogdogmatikába.

Fejezetek a jogi hermeneutika történetéből

Ellentétben a filozófiai hermeneutika Schleiermachtetől és Diltheytől Gadamerig felívelő korszakának részletesen adatolt, összefüggéseiben kielemezett történetével, a jogi hermeneutika római jogig visszanyúló előtörténete kevésbé ismert.¹² Az írott jogi szöveg megjelenésével véget vet a szokásjogi normák kizárólagos uralmának, a bírói funkciót betöltő papi jogtudósok döntései pedig fokozottabb mértékben váltak átláthatóvá az i.e. 5. századi XII táblás törvénnyel. A görög és római filozófusok, valamint először a római köztársaság késői szakaszában kibontakozó profán jogtudomány hatására kibontakozó értelmezéstan mellett az első igazi fejleményt a római jog majdnem tíz évszázadnyi termékének a Jusztiniánusz korabeli kodifikációja jelenti. Jusztiniánusz kodifikációja egyben a jogértelmezés tiltásával társult¹³, az általa rendszerezett jogpozitivist, decizionista jogkoncepció helyébe majd a császárság korszakának végével a glosszátorok és kommentátorok az értelmezéstant megújító módszerei kerültek. Ezen a ponton, a történeti gondolatmenetet megszakítva, de a jogtörténet ókori fejleményeihez szervesen kapcsolódva a jog mibenlétével kapcsolatos két metateoretikus megállapításra nyílik lehetőség.

A Gadamer utáni hermeneutika mércéjével mérve a korai korszak pozitív jellemzőjeként könyvelhető el, hogy *iurisprudencia* kezdetben korántsem volt elvont tudomány, sőt „a mindennapi élet tudománya volt”¹⁴, amely a meglévő jogforrásokat magyarázta, a joghézagokat pótolta, a gyakorlat számára megfelelő megoldásokat igyekezett kialakítani. Az igazi tudomány státusára azzal tartott igényt, hogy egyfelől az egyetemesség és az ésszerűség elveit követte, amennyiben magyarázó elvként elfogadta az oksági és a természettel való összhang elveit, másfelől figyelembe vette az emberi értékeket és társadalmi célokat, amelyeket

¹¹ A politikával kapcsolatosan: (szerk.) Szabó Márton, Kiss Balázs, Boda Zsolt: *Szövegváltozatok a politikára: Nyelv, szimbólum, retorika, diskurzus*. Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, 2000. Joggal kapcsolatban: (szerk.) Szabó Miklós: *Jog és nyelv*. Budapest, 2000.

¹² A kevés kivétel közé tartozik magyar nyelven Szájer József idézett műve.

¹³ Kelley 1983, 651.

¹⁴ Földi-Hamza 1998, 89.

cselekvő módon a gyakorlatban is megvalósított, tehát egyszerre volt elmélet és gyakorlat is.¹⁵ A jogtudósok ősei egykoron gyakornokok (*prudentes, practicioners*), tudósok, és jogász-papok, de mindenekelőtt jogértelmezők voltak, világítja meg egyben a szó etimológiai jelentését Kelley.¹⁶

Ugyancsak hermeneutika egységének gadameri mércéjével mérve a jogi hermeneutika szakrális jellege, a teológiai hermeneutikával való kapcsolata nem szűnt meg, a regionális hermeneutikák egységének tézise fenntartható. Igaz, hogy a jogi szöveg értelmezése a történelmi visszapillantásban két egymással ellentétes trendre, az exzegetikus és a hermeneutikus irányzatokra bomlik, mégis a jogi hermeneutika értelmezési tárgyának, a jogszöveg szerkezeti jellemzőinek vizsgálata kapcsán a francia strukturalizmus és kritikai jogelmélet fogalmaival gondolkodó Peter Goodrich arra a végkövetkeztetésre jut, hogy az értelmezés jogi fogalma teológiai, gyakorlata pedig tekintélyelvű. Mivel minden szöveg szerkezetileg összetett egységekből áll, létrehozója alkotásának pillanatában számtalan értelem lehetősége közül szelektálva eredendően eldönti a későbbi értelmező viszonyulást. Egy ilyen szövegkoncepció értelmezésének feladata feltárni az értelmezés háttérében álló társadalmi intézményt, használatuk alapjául szolgáló indítékokat, nekik megfelelő kihatásokat, funkciókat, amelyek a monológikus jogi szövegek zártságát megbontva feltárják a jogi jelölés politikáját.¹⁷

Feltevésének alátámasztás érdekében Goodrich az exegetikus hagyomány különféle alakzatait elemzi, bizonyítékként pedig az írott szövegben, a glosszában a hatalom ökonómiájának ugyanazokat a tényezőit látja megvalósulni. Párhuzamos gondolatmenetét, amelyben vázlatosan az exzegetikus hermeneutika Schleiermacher, Dilthey, Betti nevével fémjelzett filozófia hagyomány fogalmáról is hasonlókat mutat ki, az alábbiakban nem követjük. Első lépésben a szent szövegek exegetikus értelmezésében közvetlenül a jogi exegézisre utaló nyomokat mutat ki, sajátos működésének funkciója „igaz”, a rituálék számára érvényes jelentést és diskurzust teremteni.¹⁸ A vallásos szöveg kétféle jelentésszintjét különítve el, a tekintély hatalma egyrészt a szöveg elsődleges jelentésének szintjét munkálja ki, amelyet ismételni, és amelynek engedelmességre kell. Másrészt a szöveg analitikus szintjén egy olyan diskurzustér keletkezik, amely a szöveg oktatási rendszerben történő áthagyományozásáért, a doktrína intézményesítéséért felelős. Ezzel egy materiális hierarchiában, semmint egy belső kritériumrendszer alapján, megteremt a szöveg felett rendelkező uralmát.

Második lépésként Goodrich a glosszában leli fel a jogi és vallásos szövegek kapcsolatának lehetőségét, amelyet a folyamatos szekularizálódás sem szüntetett meg azáltal, hogy a kezdeti korok papi jogtudósait világi jogtudókkal helyettesítette, a természetből vagy isteni legitimitáció forrásával alátámasztott jogot naturalizálta, és jogforrások hierarchikus rendjébe tagolta.¹⁹ A glosszatorok igyekezete, hogy szétszórt szövegeket logikailag koherens egységben láttassanak egyben alapot teremtett a szöveg autoritásának való odaadásnak, az engedelmes viszonyulás több évszázados paradigmáját honosította meg a jogtudományban. A glossza általános formája a következő: elsőként egy előzetes dogmatikai rendszerezés alapján a doktrína meghatározza az egységesre elképzelt szöveg szerzőségét, forrását, autoritását, a diskurzust érvényesítő „elismerési szabályt” fogalmaz meg, másodsorban a glossza a társadalmat a legalitás zsinórmértékéhez igazítja, a jogi érvelések rendszerének mindig az elsődleges szövegre kell visszavonatköztetni, amely a társadalomban felmerülő konfliktusokat definiálja. A glossza továbbiakban feltételezte a nyelv teljes egyértelműségét, amelyek alapján jelentéssel bírhat és végrehajtható a jogalkalmazási folyamat.

¹⁵ Kelley 1983, 650.

¹⁶ Kelley 1983, 651.

¹⁷ Goodrich 1986, 334.

¹⁸ Goodrich 1986, 336.

¹⁹ Goodrich 1986, 339-345.

Visszatérve a fenti történeti gondolatmenethez, a jogi értelmezés tan továbbfejlesztésében további előrelépést a XII. századi bolognai egyetem jogtudósai, a glosszátorok tettek meg. Igaz, hogy nem tekintették feladatuknak a tételes jog továbbfejlesztését, ám nevükhöz fűződik a római jog középkori dogmatikájának kidolgozása. A glosszátorok a jogi oktatás központjává a *Digestat* tették, a korábbi természetjogi irányultság helyett egy a jogforrások tanulmányozására helyezték a hangsúlyt, számos később használatos értelmezési kánont hoztak létre. Még ennél is szabadabb mozgásterük volt a kommentátoroknak, akik valamiféle alkalmazható értelem (*sensus*) után kutatva spekulatív értelmezési módokat, az analógia és az adaptáció tanát dolgozták ki.²⁰

Érdemeik ellenére a glosszátorok és követőik egy teljesen ahistorikus szemléletmóddal rendelkeztek, ennek perspektívájából nem vették figyelembe a kodifikáció és az ők koruk közé beékelődő századokat, valamint a két időszakot jellemző társadalmi és intellektuális különbségeket. A *Corpus Juris* egy önmagában elégséges, zárt logikai rendszernek tekintették, ezért értelmezésük irányvonalát ennek megfelelően egy általánosan elismert elveken és tekintélyen nyugvó, belső logikai analízis jelentette. A jelentést biztosító módszerük a kombináció, megkülönböztetés, újrafogalmazás volt, egyetemi előadásait a címben szereplő alapvető fogalmak meghatározására törekvő skolasztikus igyekezet állott.²¹ Bár a korszak jogászai bizonyos esetekben (így a pápa és a császár közötti politikai küzdelemben) aktuális kérdésekre kívánták alkalmazni, hajlékony adaptációkat hajtva végre az alapvetően egzegetikus értelmezés tanon, igazi áttörést csupán a humanisták, majd a módszerek századaként aposztrofált 16. század francia gondolkodói hoztak.

A római jogi gondolkodás relativizálása elsőként a francia és az olasz humanisták, Guillaume Budé, Petrus Ramus, Lorenzo Valla, Angelo Poliziani művében történik meg, akik a klasszikus szövegek, így a római jog eredeti olvasatát meghatározó filológia technikák ismeretében a *Corpus Juris* rendszerének korhoz kötöttségére, heterogén jellegére következtettek, szabályai érvényességét csupán a korabeli római társadalomra tartották érvényesnek. Gondolatmenetünk szempontjából Jean Bodin idevágó műve, a *Methodus ad facilem historiarum cognitionem libri* tarthat számot megkülönböztetett érdeklődésre.

Bodin jogelméleti törekvését három lényeges programponntal lehet jellemezni. Érdeklődés egyszerre terjedt ki a mai terminológiának megfelelően nemzetközi jognak nevezhető *jus gentium*ra, történeti érdeklődéséből majdhogynem következő összehasonlító jogtudománnyal és jogszociológiával. Keményen bírálja a skolasztikus római jogi szemléletet, szerinte az állam kormányzására alkalmas jogot az összes híres birodalom joganyagának összegyűjtésével, összehasonlításával, a legjobb variációk létrehozásával lehetne elérni, és a történelem alapján rekonstruálni.²² Saját módszerének alkalmazásaként jogtörténeti vizsgálódásának eredményeként a perzsa, görög, egyiptomi, zsidó, római, későbbi műveiben skandináv, lengyel, észak afrikai, amerikai joganyagon végzett összehasonlító alkotmányjogi kutatásokat. Ez a történeti program a jogi módszer terén átmenetet képez a tekintélyelvű egzegéizistól a kritikai reflexiót módszerként elfogadó álláspontig.²³ „Az okos kormányzó részéről szükséges volna teljességgel megérteni a kormányzottak kedélyállapotát, még mielőtt átalakítaná az államot vagy a jogot. A politikai közösség alakításánál a legfontosabb és leglényegesebb elvek egyike, az állam alkalmazkodása polgárai természetéhez, rendeleteinek és előírásainak a hely, a személyek, a kor természetéhez” – figyelmeztet Bodin.²⁴

²⁰ A glosszátorok által kidolgozott ilyen kánonok voltak a interpretatio extensiva, restrictiva, declarativa, correctiva, exclusiva, mediante, stante, transferente, dicente. Lásd: Szájer i.m. 26.

²¹ Franklin 1963, 8-11.

²² Franklin 1963, 65-69, 79.

²³ Franklin 1963, 79.

²⁴ Franklin 1963, 78.

Az újkori német gondolkodásban csak a 17. századtól kezdődően találkozhatunk interpretációs elméletekkel, ám ezek az elméletek egyike sem csatlakozott a franciaországi vonatkozásban előbb már bemutatott történelmi-filológiai elemzési módszerhez, ehelyett a topikai gondolkodás régebbi módszerénél horgonyoztak le.²⁵ A 19. század jogi módszeréről való gondolkodásban további újítás Savigny munkásságához kötődik és része a századelő első évtizedének napóleoni háborúinak apropóján a német politikai-társadalmi elmaradottság orvoslására kigondolt válságterápiáknak. A Thibaut és Savigny közti híres jogvita helyzetértékeléséből kitűnik, a német állapotokat a jogforrások sokfélesége és különműsége jellemezte.²⁶ Lassan a kor igényeinek, modernizációs tendenciáinak megfelelő egyetlen kodifikált jogrendszer helyett, ahogyan azt a vitában Thibaut megfogalmazta, a német államokban a római jogi hagyomány él tovább, s töltött be a közös jog szerepét.

Bár a vitában a római jogi hagyomány további ápolásának romantikus álláspontját képviselte, vitapartnerének, Thibaut tanainak cáfolatával, kodifikációs programjának elvetésével párhuzamosan a kor a jogtudományának színvonalán túl is paradigmátikus hatást kifejtő jogelméletet dolgozott ki, amelynek hatása többek között manapság Betti értelmezésméletben is megjelenik. A vita kulcskérdését a pozitív jog alapról alkotott vélekedés jelentette, Savigny válasza pedig a történeti jogkoncepció. Elképzelése szerint a jog olyan társadalmi intézmény, amelynek eresztékei és érvényessége túlmutatnak a törvényhozói jogpozitivizmuson, és akárcsak a nyelv vagy az erkölcs a nemzet életének, történetének sajátosságai fejeződnek ki benne, része a népszellemnek. Története egybeesik a nép történetével, fejlődése pedig hasonlóképpen organikus jellegű. Keletkezésében a pontatlanul szokásjognak nevezett íratlan magatartásokhoz kötődik, „azaz először az erkölcs és a néphit, majd a jurisprudentia útján jön létre, nem pedig a törvényhozó önkénye alapján”, állítja Savigny.²⁷

Értelmezéstanának alapgondolata a „törvényben benne rejlő gondolat rekonstrukciója”, a módszertan Savigny életművében különféle képpen hangsúlyozódik. Míg korai műveiben grammatikai, logikai, és történeti értelmezési módokat különítette el, későbbiekben negyedikként a rendszertani módszert is beemeli gondolkodásába, és ugyancsak kési gondolkodásába jut központi szerephez a jogintézményekből, mint jogszabályokon túli doktrinális elemekből való kiindulás.²⁸ Konstruktív és rekonstrukció elvi megkülönböztetésének, a jogalkotó visszaszorításával a savignyi értelmezéstan szervesen kapcsolódott az alkalmazáshoz.²⁹

A római jogi gondolkodás és később a jogi hermeneutika újkori historicizálódását vázlatosan nyomon követve, a továbbiakban csupán a jogi és politikai hermeneutikának a kontinensen túli honosításáról kell szót ejteni. Az európai hermeneutika Schleiermacherrel és Dilthey-el kezdődő újabb fejezete nem tartozik dolgozatunk tárgyához, Schleiermachernek a jogi hermeneutika számára adott jelentőségéről a következő fejezetbe utalásszerűen sor kerül. A jogi hermeneutika korai amerikai recepciójának kulcsfigurája az 1827-ben emigráló egyetemista, Francis Lieber. Tíz évvel később, 1837-ben, az Egyesült Államok alkotmányának ötvenedik évfordulója alkalmával jelenteti meg a *Legal and Political Hermeneutics* című könyvének első kiadását. Fő érdeme, hogy az újonnan konstruált, írott alkotmánnyal megalapozott amerikai jogrendszerben, a jogi *establishment* filozófiai értelmezésének

²⁵ A német újkori jogi gondolkodás áttekintését Karácsony András német jog- és társadalomtudomány többféle perspektívában megvizsgáló tanulmánykötete nyújtja. A még oly vázlatos áttekintés célja a kontinuitás tényének bizonyítása német jogi gondolkodásban, amellyel a szerző a Savigny előtti értelmezéstan jelenlétét rögzíti. Karácsony 2000, 100-101.

²⁶ Peschka 1980, 26-30.

²⁷ Peschka 1980, 41.

²⁸ Karácsony 2000, 102-103.

²⁹ Karácsony 2000, 103.

tudatosítását valósította meg.³⁰ A Barthold Niebuhr, Humboldt, Schleiermacher, de főként az utóbbit megelőző, a szavak, szóhasználat kontextusát, szerzői szándékot munkáiban erőteljesen kihangsúlyozó Johann August Ernesti gondolatain orientálódó Lieber célja a nyelviségnek kiemelt pozícióját biztosítani az értelmezést nem nélkülöző úgynevezett konstruktivista tudományokban, amelyek alapján majd az alkotmányos alapelvek létrehozásának és értelmezésének „szakácskönyvét” is létre lehetne hozni.³¹ Elképzelése szerint a nyelv intencionális jelek rendszere, amelyek egyaránt szolgálhatják a kommunikációt, cselekvést, és közreműködhetnek társadalmi gyakorlat létrehozásában.³²

Könyvében Lieber ki is dolgoz néhány olyan szabályból és alapelvből álló kánont, amely a hermeneutikát tudományosságát szavatolja. Összesen kilenc, a hétköznapi politikai életben felmerülő értelmezési gondokat kezelő értelmezési alapelv és tizenhat konstrukciós szabály regulatív eszmeként hivatott az értelmezés tudományát szolgálni, emellett speciális célokra, főleg alkotmánytani használatra, származtatott elveket is létrehozott. Bár az alapelvek kevésbé tarthatnak számot eredetiségre, műve, 1880-as második kiadásának ellenére is kevésbé épült be az amerikai jogtudomány öntudatába, elsőbbsége az amerikai kérdésfelvetésben annál kevésbé vitatható.³³

Emilio Betti hermeneutikai elmélete

Gondolkodásmódjának szociológiai háttérét megvilágítandó³⁴, Betti 1927-es milánói színrelépésével egy igen vitatott jogelméleti program iránt kötelezi el magát. Az eredetileg római jogász székfoglaló beszédében a római jog és a jogelmélet, historicizmus és jog, legutóbb Savigny elképzeléseihez igen hasonló elképzeléseket, a római jog normativitásának programját fogalmazza meg. A terv tágabb vonatkozásában az uralkodó pozitivisták jogelméleti paradigma és a fasiszta törvényhozói akaratnak túllontúl megfelelő jogpozitivizmus visszaszorítását óhajtotta elérni. A háború utáni években a jogi hermeneutika útjára lépő Betti enciklopédikus szélességű interpretációelméletében a humántudományokhoz való visszatérés eszméjét fogalmazza meg. Interpretációelméletének filozófiai előzményei egyrészt – amint azt Gadamer is említi – az olasz filozófiai tradícióhoz nyúlnak vissza, a Croce-Gentile neoidealista hagyomány által számára közvetített vicoi tudományeszmény folyománya, hogy az emberek által alkotott, jelentéssel felruházott világot megismerhetőnek tartotta. Gadamer külön kiemeli, hogy ennek ellenére Betti elkerüli a crocei szélsőséges idealizmus naiv történeti objektivizmusának veszélyeit.³⁵ A Bettit ért filozófiai hatások rendjén másrészt a német hermeneutika és jogi hermeneutika, Schleiermacher és Savigny részéről érkező ösztönzések épültek be a rekonstrukciót központi feladatként tekintő értelmezéstanába, amint az annak bemutatásából közvetlenül az alábbiakban kiderülhet.

Általános ismeretelméletbe átforduló értelmezéstanának kiindulópontja az értelmes formák tana, amellyel Betti ismeretelméletének tárgyát, a megismerendő jelenséget kívánja megalapozni.³⁶ Az értelmes formák olyan struktúraösszefüggések, mondja Betti, amelyben többféle észlelhető elem egymásra utalása révén egy alkotó szellem munkájára tudunk következtetni. Az általánosság követelményének megfelelően, az értelmes formák egyaránt lehetnek az elröppenő szavak, rögzített dokumentumok, különféle íráskorok, rejtjelek, bármilyen

³⁰ Holdheim 1995, 2153.

³¹ Farr 1992, 84

³² Farr 1992, 89.

³³ Farr 1992, 98.

³⁴ Kelley 1983, 655-656.

³⁵ Gadamer 1984, 351.

³⁶ Betti 1992, 3.

művészeti szimbólum, de maga az emberi nyelv, vagy ugyanígy a művészeti ábrázolások figurális, képszerű, vagy éppen zenei ábrázolásai, bármilyen emberi nyom, ami az emberi értelem számára a megértés kihívását jelentheti, ami felébreszti elménk spontán kíváncsiságát.

Az értelmes forma közvetítő képességének két irányban is működnie kell. Egyrészt tartalmaznia kell Humboldt nyelvelméletét idézve, azt a plusz szellemi afficiáló képességet, ami a formát megkülönbözteti a jel, vagy a szimbólum egyszerű materiális értelmétől, amivel minden gond nélkül kézzelfogható tartalom nyújtató át. Ugyanígy az értelmes forma ábrázolásfunkciójának nem kell expliciten megjelennie ahhoz, hogy rendeltetését betöltse. Ennek oka abban keresendő, hogy az emberi életben feltalálhatók a közvetlen szándék nélküli gondolkodás esetei, a gondolatok közlését közvetlenül célul ki nem tűző viselkedés, amelyről azonban mégis lehámozható a forma, gyakorlati cselekvések esetén a létrehozó életstílusa, személyisége, világlátása.³⁷

Betti rendszerében az értelmezésnek kell megoldani a megértés ismeretelméleti problémáját, ennek a gyakorlati funkciónak a feltételezésével az értelmezés az az eljárás, amelynek eredménye siker esetében egy megértés.³⁸ Humboldt, Schleiermacher felismeréseit általános érvényre emelve, az értelmezés folyamatát Betti egy háromtagú folyamatnak képzei el, amelynek elemi egyik oldalon az értelmező szubjektum, másik oldal végpontján az idegen szellemség áll, míg e kettő éppen ez előbb meghatározott értelmes formákon keresztül kommunikálnak egymással. A hermeneutikai gondolkodás cirkuláris jellege ebben az esetben nem si annyira a kör, mint inkább egy mozgó inga modelljére hasonlít: megismerési folyamatok során az értelmező elméjében az alkotásfolyamat megfordítása (inverziója) zajlik, amelyben az észleleteket visszafordítjuk, az alkotó gondolatot utánagondoljuk.

Az értelmezéstan további részleteinek kibontása az ingamozgással kapcsolatos kétféle perspektíva, a szubjektum és objektum közti átjárás tematizálásán keresztül történik, az értelmezés különféle Betti által ajánlott kánonjai is ehhez a kettősséghez kapcsolódnak. Az objektumhoz kapcsolódó kánonok egyike a tárgyak önállóságát, az értelmezés immanens mércéjét feltételező a tárgy hermeneutikai önállóságának kánonja. Ugyanide kapcsolódó másik kánon a tárgy egész voltának, az egész és a részek összefüggésének még Schleiermacher által megfogalmazott kánonja. A szubjektivitáshoz kapcsolódó kánon a megértés aktualitásának kánonja, amiben, alapjában az a felismerés fogalmazódik meg, hogy a megértési folyamat terepe az értelmező saját szellemi univerzuma, amelyet csak a szubjektumhoz kötődő fogalmakkal és képletekkel lehetséges végrehajtani, emellett az értelmezést sajátos, pszichológiai, esztétikai érdekek vezérlik, amelyek elválaszthatatlanul az értelmező világához kapcsolja az értelmezést. A szélsőséges idealizmus elutasítását, kortárs hermeneutikai nézetekre vonatkoztatva, Bultmann elméletén szemlélteti. Cáfolja Bultmann azon elképzelését, hogy a történelem teljességgel az értelmező kreációja lenne, amit valójában a megismerést az értelmező elméjében belülről motiváló hajtóerővel tévesztenek össze. A szubjektivizmus elkerülése végett az érzésekre való hivatkozást – Max Weber alapján – demonstratív ítéletekbe célszerű áthelyezni, olyan tudatos állásfoglalásba, amelyet egy normatív (esztétikai, jogi, etikai) vizsgálódás horizontján keresztül kell szemlélni. A történelemmel való egzisztenciális találkozás csak egyik feltétele, dinamizáló tényezője, a megismerésnek, de nem maga az ismeret tárgya, „noetikus érdeke” de nem maga a jelentés.³⁹ A jelentés és jelentőség fogalmaknak ez a megkülönböztetése cseng vissza E.D. Hirsch hasonló című művében és hasonlóképpen a szerzővel szemben a művet védelmező objektivista szemléletű könyvében, a *Validity and interpretation*ben. Bár a szövegek által hordozott értelem az értelmezés folyamatában aktív hozzáállás változó terméke, mindez nem zárja ki, hogy a neki megfelelő tartalom „mégis egy idegen teremtő erő objektívációja marad, melyben az interpretáció a

³⁷ Betti 1992, 4-6.

³⁸ Betti 1992, 6.

³⁹ Betti 1992, 18.

kapcsolatot nem változtatja meg önkényesen, hanem ellenőrizhető irányelvek szerint kell keresnie és meg találnia” – állítja Betti.⁴⁰

Ezek után világos, hogy az értelmezés ilyenfajta objektivitását biztosítandó, Betti számba veszi a hermeneutikai különféle területein jelentkező ezzel ellentétes irányzatokat, így a történeti hermeneutika terén Bultmann, a teológiai hermeneutikában a racionalizáló, kerigma demitologizációját óhajtó irányzatok, a filozófiai hermeneutikában pedig a megértés történetiségét feszengető „egzisztencialista” Gadameri gondolatokat tartja példászerűen cáfolandónak. Bultmann és az egzisztencializmus közös vonása, hogy rendszerint összekeverik a történelem értelmezésére és értelmére vonatkozó hermeneutikai és eszkatológiai kérdésfelvetést.

A gadameri filozófia cáfolatára Betti szerint hegeli alapokról lehetne átfogó támadást intézni, ehelyett azonban hermeneutikájának csupán gyakorlati kérdésfelvetéseire koncentrálva végül az értelmezés helyességének pragmatikus kritériumait fogja taglalni, a Gadamerrel való vita nagyrészt a jogtudós jogtörténész különbségének vagy azonosságának a fenntarthatóságáról, és az ehhez szorosabban kapcsolódó kérdésekből fog állni. A vita bemutatása előtt azonban lássuk Gadamernek a jogi hermeneutikát érintő nézeteit.

A jogi hermeneutika ontológiai elmélete

Ellentétben a hermeneutikát az utóbbi kétezzer évben domináló metodológiai hermeneutikai mozgalommal, ami Gadamer szerint csupán elzárja az utat a megértés előtt, az ontológiai hermeneutikájában azokat az alapvető feltételeket veszi górcső alá, amelyek a megértést, bármiféle módozatban is történjen az, lehetővé teszik. Az értelmezés ontológiai jellege, elsősorban Heidegger után, de ez igaz a gadameri fenomenológiai hermeneutikára is, azt jelenti, hogy az embert világban-benne-lét módján kell elképzelnünk. Ennek következményeként Gadamer átértelmezi a megismerési folyamatot.

Ebben Gadamer a szubjektum-objektum hagyományos ismeretelméleti modellből kilépve, annak alanyi és tárgyi dimenzióinak egyesítésére törekszik. Nála a „tárgyi” oldalon található a kollektív tudat különféle kifejezéseit, mint a hatástörténetet, hagyományt, a józan ész és az emberi előítéleteket. Ez utóbbiakat Gadamer igyekszik a felvilágosodás negatív értékelésétől megszabadítani, és tapasztalatszerzés feltételének, a tapasztalatra való emberi nyitottságként értelmezni. „Alanyi” oldalon a szubjektum-objektum dichotómiát a megismerés perspektivikus jellege hívatott feloldani. Gadamer többször is aláhúzza, hogy a megismerési szituációban a dolog nem valami teljes újszerűségben jelenik meg, hanem valahogyan előzetesen ismert számunkra, amiben szerepe van a kollektív tudatformáknak. Így például az emberi életet körülfogó hagyomány, amelyben először előítéleteink fényében, a hagyomány közegében állva értelmezünk. A kollektív tapasztalat ezen formái mind nyelvi jellegűek, ezért Gadamer a nyelvet teszi meg a hermeneutika egyetemes ontológiai alapjának.

Az egyéni emberi léthelyzet ilyenfajta szituáltságát Gadamer a horizont fogalmával írja le, amely szerinte egy adott pontról feltárulkozó látókört jelenti. A megismerés ebben a kontextusban nem egy objektumnak a szubjektum általi megragadását jelenti, hanem az értelmező tudatában az értelmezendő szöveg és az értelmező lehatárolt horizontjainak összeolvadását. Az értelmezési szituáció ideális esetében Gadamer szerint egy az új jelentések felé nyitott, előítéleteinek engedő értelmező áll a megértési szituáció központjában, és tevékenységének paradigmatisz modelljeként Gadamer a szókratészi kérdés-válasz *dialogikus*

⁴⁰ Betti 1992. 19.

hozzállást és műalkotás létmódjának központi magyarázó elveként is tételezett *játék* fogalmát jelöli meg.

A művészet és játék fogalma különösen fontos lesz a jogi hermeneutikai megítélésben, látni kell, hogy a hermeneutikai probléma univerzalitásának tételezéséhez választott kiindulópont Gadamer számára nem más, mint a művészet, a róla szerzett belátásait ugyan hatalmas filozófiai apparátussal extrapolálja avégett, hogy a hermeneutikai probléma egyetemességét megvalósulva láthassa.

Gadamer szakít a főleg Dilthey hermeneutikájában jelentkező anomáliával, amely egyszerre tette meg alapelvének a minden megismerés történetiségét elismerő historicizmust, illetve próbált eljutni a természettudományok ismereti szigorához hasonló szellemtudományos ismeretekig. Ennek következményeként Gadamer elveti a kartézianus gondolkodásra építő, tudományos eredmények szerzésére irányuló hermeneutikai módszert, helyette a *hermeneutikai filozófiai* megközelítést választotta.

Jogdogmatika versus jogtörténet: Betti és Gadamer vitája

Az *Igazság és módszer* második részében, a *Hermeneutikai tapasztalat elméletének alapvonalai* kifejtése közben, - és ami egyáltalán nem jelentéktelen a témánk szempontjából – közvetlenül Arisztotelész hermeneutikai időszerűségét bizonyítandó fejezet után kerít sort Gadamer a jogi hermeneutikai nézeteinek kifejtésére. Bár jogi hermeneutikai nézeteit viszonylag két kérdésre is leegyszerűsíthetjük, a kérdés Gadamer szempontjából fennálló jelentősége fontos, mondhatni magának a műnek a belső tartalmi konzisztenciája a tét.⁴¹ Ezen áll vagy bukik az is, hogy applikáció tana hogyan terjeszhető ki a regionális hermeneutikák mindegyikére, más szóval létezik-e „a” hermeneutikai megértésnek egyetemes struktúramozzanata, vagy ellenkező esetben részeire széthulló hermeneutikákról beszélhetünk csupán. Nos, tehát az alkalmazás és megértés folyamatainak egybetartozása, és az ezzel összefüggő jogászai, jogdogmatikusai, valamint jogtörténeti látásmód egysége vagy különbsége azok a problémák, amelyek főképp foglalkoztatják Gadamert, és amelyek közvetlen módon Bettinek, az értelmezési jelenség normatív és történeti értelmezési típusokra való szétbontásával vitatkozik. Ezzel szemben Gadamer alaptézise, hogy a megértés, az értelmezés és az alkalmazás szétválaszthatatlan a hermeneutikai folyamatban.

Az értelmezést tudományként definiáló Betti ugyanis magától értetődőnek tekintette a diszciplína céljait és az ezeket beteljesítő módszereknek szabatos megfogalmazását adni.⁴² Vélhetően az interpretáció céljait, és nem tárgyát követve⁴³, a történeti értelmezés segítségével feltárható, technikai és morfológiai formákban gondolkodó, egy önmagában zárt, pusztán felismerésen alapuló jelentés. Betti lényeges különbséget lát ezzel szemben a normatív értelmezésben, ahol a „steril” jelentéssel szemben/mellett „döntési maximákat” származtatunk, hogy a viselkedés megfelelő szabályozását megvalósíthassuk. Témánk szempontjából

⁴¹ Gadamer, amint azt később alátámasztjuk, nem szolgált meggyőző érveléssel a jogtudósi és jogtörténeti attitűd azonosságáról. Később ezt tudatosítva a jogtudós és jogtörténész megfelelést más alapokra, a csupán mindkettő esetében érvényesülő „előfeltevésszerűség” struktúrában kielégítően megtalálni véli, miközben álláspontján nem változtatott. Lásd Karácsony 2000, 111-112.

⁴² Az értelmezés tipológia leírásához lásd Betti 2000, 199-215.

⁴³ Ezt a feltételezést meg azzal kell kiegészítenem, hogy egyazon tárgyat akár többféle értelmezési móddal is megközelíthetünk, hiszen példának okáért a művészeti jellegű megismerés egyszerre alkalmas pusztán „történeti” megismerésre, és a reprodukcióra, mimézisre irányuló „tranzitív” értelmezésre. Gondolhatunk itt egy kottaolvasásra és ugyanakkor a neki megfelelő zenemű előadására. „Fenomenológiai” megközelítésben az is nyilvánvaló, hogy a jogtörténész és a jogtudós munkája sokban különbözik, de „szubsztanciális” azonosságuk/különbözőségük vízvázlatzó jellegű a Betti és Gadamer számára.

harmadik interpretációs típus a „kritikai reflexióból kinövő”, fordítási és elsősorban művészeti, zenei (de akár jogi szövegek⁴⁴ és irodalmi művek) fordítását megvalósító „tranzitív” értelmezési típus. Ez utóbbi eszközei a reprodukció és a mimézis.

Gadamer szerint a jogtörténész feladatához a föntiekén túl még az is hozzátartozik, hogy a szabály egykori értelme mellett fel kell tárnia azokat a változásokat, amin a törvény időközben keresztül ment. Saját fogalmi építményének keretein belül ehhez még azt is hozzáteszi, hogy „a történész és a jogász hermeneutikai szituációja annyiban azonos, hogy minden szöveggel szemben egy közvetlen értelemelvárásban élünk”.⁴⁵ Vajon milyen „értelemvárásra” gondolt itt Gadamer? Nem másra, mint a parancs kérdésének elemzésekor felvetett megoldásra kell ekkor is gondolnunk. Egy, a munkája során parancsra bukkanó történésznek, ha a parancsot egyáltalán meg akarja érteni, „*ideáliter* ugyanazt a teljesítményt kell végrehajtania, mint annak, akihez a parancsot címezték”, és semmi különbség nincs kettejük között, hiszen az utóbbi is képes különbséget tenni a parancs tartalma és végrehajtása között, amennyiben képes a parancs megtagadására, mellőzésére.⁴⁶

A jogtörténésznek, akár csak a bírónak, meg kell tudnia különböztetni a „törvényszöveg eredeti értelemtartalmát attól a jogi tartalomtól, amelynek előzetes megértésében ő mint jelenkori ember él”, „tudatosítva magának a viszonyoknak a megváltozását, ami az ő korát elválasztja az akkori időktől” – feltételezi Gadamer.⁴⁷

Noha a probléma felvezetésében Gadamer elismeri, hogy számára világos a két tevékenység közti különbség. Ez pedig abban állna, hogy a jogász az adott esetből indul ki, míg a jogtörténész számára semmiféle adott eset nincs, hanem a törvény értelmét a törvény „teljes alkalmazási területének feltárásával” igyekszik feltárni. Gadamer a jogtörténész kimerítő igyekezetében, abban, hogy a törvény teljes alkalmazási területét megvilágítani szándékozik, miközben elér egy, a jogdogmatikai lényeglátással teljesen azonos szintet, olyan garanciát látott, ami el fogja tüntetni a különbséget ugyanazon törvényszövegek pusztán történeti és az alkalmazás privilégiumával, de tartalmi többlettel semmiképpen nem rendelkező normatív értelmezéstől. Arra gondolt, hogy a két szituáció teljességgel, az értelmezés szempontjából azonos.⁴⁸

Gadamer és Betti vita elsimítására többféle javaslat született, és ezek többsége rámutatnak a félreértések okaira. Észre kell vennünk, hogy a filozófus Gadamer álláspontja kevésbé kifinomult ahhoz, hogy megoldást garantáljon a jogelméletben felmerülő kérdések bizonyos részére.⁴⁹ Emellett jogos Betti megjegyzése, hogy az időbeli távolítás nem szükségképpen vezet kritikai tisztánlátáshoz, mint azt Gadamer remélte⁵⁰, ellenkezőleg elfedheti a dolgok értelmét.⁵¹ Az időbeli hatály problémájának tisztázása is fontos lehet, ugyanis Gadamer maga is feltételesen fogalmazott a jogász-jogtudós azonosság hipotézisének

⁴⁴ A magyar jogi hermeneutikai irodalomból – tudtom szerint - teljességgel hiányzó szempont a jogi szövegek fordításának elméleti, hermeneutikai szempontú taglalása, amelyre tekintettel az európai integráció elengedhetetlen részének tekintett jogharmonizáció és a többnyelvű európai politikai közösség működőképességének ésszerű kívánalmára, igencsak szükség volna.

⁴⁵ Gadamer 1984, 230.

⁴⁶ Gadamer 1984, 235.

⁴⁷ Gadamer 1984, 230.

⁴⁸ A vita gondolatmenetéből ugyancsak kivezetne annak a pszichológiai, de a hermeneutikai elmélet relevanciájára is vonatkozó, fejtegetésnek, hogy az értelmezés összefüggésében vajon azonos értelmezési szituációban, és egymást fedő horizontokkal bír-e egy a törvény konkrét alkalmazásában érdekelt és közvetlenül érintett (ügyész, bíró, ügyvéd, netalán halálbüntetést kockáztató vádlott) és a jogtörténész, de bárki, aki kellő távolságból megfigyelőként szemlél.

⁴⁹ Bódig 2001, 243.

⁵⁰ Gadamer 1984, második rész, II.1.c.

⁵¹ Betti 1992, 29.

felállításakor, mondván, „a jogtörténész és jogász hozzáállását vizsgáljuk egy és ugyanazon adott és érvényes törvényszöveghez”, azaz a még hatályos törvényhez.⁵²

Tudnunk kell, hogy Gadamer a római jog példászerű valóságára, évezredekig szívós túlélésére, és kevésbé a mai modern jogra koncentrált. Az kétségtelenül elfogadható, hogy a középkori, vagy a mai joganyagon dolgozó jogász és jogtörténész esetében nem válik szét a történeti és dogmatikai érdeklődés. Más a helyzet a már nem hatályos jogszabállyal: itt nehezen elképzelhető el applikáció. Még ha a parancs értelmének, a szabály értelemvárakozásához kötött igényhez meg is lehet felelni azzal a kikötéssel, hogy tudatossá tesszük, hogy nem kell engedelmessé válnunk, kérdéses a tér és idő konkrétságától eloldott, jogkövetkezményeket nem adó applikáció. Ezzel visszakerülnénk a Betti által feltételezett sémába, a normatív és történeti értelmezésekhez.

Úgy látszik tehát, hogy nem lehet eltekinteni attól, hogy a jogtörténész nem rendelkezik konkrét esettel⁵³, a nem hatályos törvényt értelmező jogtörténész „applikációja” hasonlít az elmúlt korok tanulságát summázó történészhez, ahogy azt Gadamer annak applikációját leírja, de amiből a „jog” előtag kikopott. Nyilvánvaló, hogy a teológiai applikáció teljesen más. Az isteni üzenet tántoríthatatlan közvetítésével a hívő prédikátor folyamatosan applikációs helyzetben van. Míg a teológiai hermeneutikát nem fenyegeti depraváció, a jogi hermeneutika prédául eshet a történeti elidegenedésnek. Későbbi írásában Gadamer rezignáltan jegyzi, hogy a nemzeti kodifikációk után megjelenik a jogi elidegenedés, míg a római jog elveszíti „dogmatikus funkcióját, s egyúttal a jogtörténeti kérdéskör részévé kellett válnia”.⁵⁴ Mindez nem módosít azon az alapeseten, hogy a hatályos törvény igazi értelmezése, az értelmezés feladata annak alkalmazása, és tarthatatlan a tökéletes jogdogmatika eszméje, amelyben minden ítélet aláfogási műveletté válik.⁵⁵ Talán ennyi is elég lehet a jogi és az általános hermeneutika megértés fogalmában felfedezni ez utóbbi általános struktúramozzanatát.

Hasonlóan problematikus, hogy Gadamer tévesen tulajdonít a dogmatikai beállítódástól mentes, leszűkített hatókört Betti jogtörténészenek. Filológiai Betti ennek ellenkezőjét állította.⁵⁶ Tehát azt kell belátnunk, hogy a jogdogmatikus és jogtörténész szembeállítás keresztbe szeli a normatív-történeti szembeállítást, a fogalmi tartalmak olyan elcsúszását eredményezve, aminek Gadamer nem volt tudatában. Ezért az a felfedezés, hogy jó esetben a történész rendelkezik dogmatikai-normatív érdeklődéssel, nem volt idegen Betti számára.

Vajon a jogtörténész és dogmatikus, illetve az applikáció kérdés megoldatlanságából azonosulnunk kell Gadamernek a jogi hermeneutikára vonatkozó pesszimista következtetéseivel, amiben az a modern jogtudományban csak „nyomorúságos szerepet játszhatott, mint valami teljesen soha le nem mosható szégyenfolt egy önmagát megvalósító dogmatikában”?⁵⁷ Egyáltalán, a regionális ontológiák autonómiájának felszámolása elvezet jog ontológiai megalapozásához? Elvileg elképzelhető egy regionális ontológia is.⁵⁸ De hasonlóan esélyei lehetnek – ahogyan a továbbiakban azt kifejtem – a *gyakorlati filozófiai* megközelítésnek is.

⁵² Gadamer 1984, 229.

⁵³ Ezen a véleményen van Terence Ball. Lásd Ball 1992, 137-138.

⁵⁴ Gadamer 1990, 22.

⁵⁵ Gadamer 1984, 232.

⁵⁶ „Mindenekelőtt a szellemi tehetetlenség következményeként kell visszautasítanunk a hatáskörök megszokott felosztását, melynek megfelelően azt állítják, hogy egy hatályos joganyag tanulmányozása kizárólag dogmatikus hozzáállást kíván, és megfordítva, egy történetileg már letűnt joganyag tanulmányozása csakis történeti hozzáállást kíván meg”. Betti 2000, 203.

⁵⁷ Gadamer 1990, 21.

⁵⁸ Gadamerrel párhuzamos gondolatmenetében Arthur Kaufmann hasonlóképpen a tárgyak ontológiájától eltérő, a funkcionális, a jogi hermeneutikát megalapozó ontológia kidolgozását ajánlja. A Gadameri hermeneutikát a jogelmélet számára gyakorlati filozófiaként értelmező Bódig Máttyás szerint ez az ontológia irányultság teljesen irreleváns „Gadamer álláspontja megkérdőjelezhető, Kaufmann pedig téved”. Lásd Bódig 2001, 258-259.

Kortárs paradigmapluralizmus

A jogi hermeneutika relevanciája, bárhonnan is közelítsünk a kérdéshez, abban a köztudomású tényben gyökerezik, hogy a jog írásban rögzített társadalmi jelenség, amely hasonlóan az írott szövegekhez, értelmezést igényel. Ez a felismerés alapozta meg a jog többi - szöveghez – akár irodalmi szövegekhez való hasonlítását. Szabályait az általánosság olyan szintjén fogalmazzák meg, amellyel feszültség keletkezik a partikuláris eseti alkalmazás követelmény és a törvény betűje között. A mai jogi hermeneutikai diskurzus filozófia-központú, megtalálható benne a hermeneutikai elmélet és a hermeneutikai filozófiai paradigma képviselője, akárcsak a szintézis iránti igény. Az ötvenes-hatvanas évek marxista divatjához, a hetvenes évek strukturalizmusának virágzásához hasonlóan a hermeneutika - bár az episztemológiával és az angolszász filozófiával osztozik – jelen filozófiai elméletének *koinéja*, állítja Vattimo.⁵⁹ Ez utóbbi gondolat jelenik meg Kelley írásában is.

Szerinte a vonzó antropocentrikus jogi hermeneutikai modell vázlatát a jog és eszmetörténetés Kelley a személyiség, a valóság, a cselekvés triásza köré látja felépíthetőnek.⁶⁰ Ez az elmélet alapjaiban a XX. század hermeneutikai kritikája ellen felvértezett, kiegészített dilthey-i hermeneutika.⁶¹ Benne egyaránt figyelembe kell venni a személyiség pszichológiai tulajdonságait, az egyéniség emberi létállapotához köthető más jegyekkel együtt, amelyek átvezetnek a főleg gazdasági érdekeken nyugvó, tulajdonosi központú társadalmi valóság világába, meghatározva a társadalmiság fogalmainak legteljesebb skáláját. A cselekvés, mint egyéni, mind kollektív elveire koncentrálni kell tudomásul venni, hogy a jogértelmezés holisztikus jellegű szintézis.

Mások Ricoeur, Habermas elmélete felé orientálódó kritikai hermeneutikai szintézist képzelnek el, amely szerény hozzájárulásával megtisztítja az utat az értelmezés előtt tornyosuló káros előítéletek előtt.⁶² Megint mások az előbbi vonalat meghosszabbítják a posztstrukturalista és neopragmatikus irányzatok antifundacionizmusa felé.⁶³

Gondolatmenetünkben egy újabb irányzatot képviselnek azok, akik a *gyakorlati filozófia* elvárásával közelednek a jogi hermeneutikához. Arisztotelész *phronészisz* tanához kapcsolódva Gadamer is kitér a méltányosságot (*epieikeia*) a törvény betűjével szemben érvényesítő, helyesbítő bírói eljárásra, amiben könnyen a felismerhetjük a rugalmas jogrend eszméjét követő, nem szubszumpciós jogalkalmazásra irányuló, jogteremtő bírói magatartást.⁶⁴ Ezt a hagyományt követve, a jogi tudás itt nem egy technikai tudásforma, és ezért nem is lehet formalizálni. Benne a cselekvések saját magukban kerülnek összhangba egy újfajta ésszerűség követelményeivel, amiben a részvétel révén jutunk el a gyakorlatot vezérlő immanens értelemhez.⁶⁵ A jogrend, mondja Gadamer, a törvény igazságos mérlegeléséből származik, és erre bárki képes, aki „belemélyed a tényállás teljes konkréciójába”. E gyakorlati koncepció mégis garantálja az előrelátást: a bírói joggyakorlat és a döntést meghatározó mozzanatok ismeretében a döntések megjósolhatók, bárki tudhatja, „hányadán áll”.⁶⁶

Ez az újfajta ésszerűség hasonlóképpen az arisztotelészi közép tanához, szélsőségek között közvetítő instancia. Ésszerű igyekezetként egyforma mértékben kívánja távol tartani magát a racionalitást és a szentimentalizmust; szélsőséges bizonyosság tudatot és igazságosságot; bizonytalanság helyett kézzelfoghatóságot, szituáltságot, több humanizmust;

⁵⁹ Franco Volpi 2002, 11.

⁶⁰ Kelley 1983, 665-666.

⁶¹ Kelley 1983, 668.

⁶² Mootz 1988, 523.

⁶³ Hermann 1982, Hoy 1985, Carter 1992.

⁶⁴ Gadamer 1984, 225.

⁶⁵ Bódig 2001, 290.

⁶⁶ Gadamer 1984, 232.

szimultán vonatkozik a jelenkori alkotmányos jogállam teljes alkotmányjogi gyakorlatául alapul szolgáló hermeneutikai kánonokra, pluralizmusra és multikulturális megközelítésre.⁶⁷ Az ésszerűség központi jellegét jól mutatja annak probléma centrikus kifejtése a német-olasz *Jogi Hermeneutikai Évkönyv* hetedik számában. Mindjárt itt kijelenthető, ahogyan egyik szerző megjegyzi, hogy a jogrendszerekben az ésszerűség elve főként, mint a jogvédelem és jogalkalmazás jelentkezett.⁶⁸

Vajon képesek vagyunk-e az elméletiségtől, a módszer rutinjától érdeklődésünket ez eseti gondolkodásra szegezni? Ez a megközelítés, ahogyan a bizonytalanságot, nihilizmust, szubjektivizmust emlegető kritikusok attitűdjei sejtetik, nem egészen veszélytelen. Hogyan kell például a elképzelnünk a jogállamiság rendjét ott, ahol a jogrend eszméje közhasználatában kiszámíthatóságot, a szabálynak körülményektől, személyektől függetlenül megvalósítandó hasonló alkalmazását sugallja? Ennek margóján a jogi hermeneutikai irodalom átfedést mutat, teret szentel politikaelméleti kérdéseknek is.⁶⁹ Dallmayr válasza az, hogy a valóságos történelmi tapasztalat leckéjét tudomásul vevő, az érdekek kölcsönös megkérdőjelezése, nem pedig a deduktív elvekből létrehozott következtetések spontán hálózata és a belőle kialakított közösen osztott értékrend és a közérdek az, ami elvezet a *joguralomhoz*.⁷⁰

Alkalmazások

Elsőként Brad Sherman szkeptikus álláspontja kíváncsok ide, aki a gadameri hermeneutika alapos rekonstrukciója után főképpen a hatástörténeti tudat tulajdonságaihoz kapcsolódóan fejt ki a joggyakorlat és a hermeneutika összeférhetetlenségéről szóló feltételezését. Csakhogy írásunk bevezetőjében éppen a problémamentesen, olajozottan működő joggyakorlatot zártuk ki a hermeneutikai vizsgálgódás köréből.

Sherman vitatja, hogy a gyakorló jogászok nyitottak lennének a hatástörténetre. A nyitott, szókratikus dialógus helyett a bíróságon egymásnak feszülő jogászoknak nincs idejük a ráhangolódni a szövegre, a dialógusra, nem jellemzi őket a „filozófusi látásmód integritása”. A szövegeket teleologikusan olvassák, egyetlen szempont alapján választják ki, hogy alátámasztja-e saját jogkövetelésüket, és nem foglalkoznak azokkal a törvényekkel, amelyek így használhatatlanok. A felek célja nem a közös megértés, hanem egymás legyőzése. Senki sem akarja a rekonstruálni a kérdést, amire a jogi szöveg választ ad, olykor ezzel ellentétben inkább a kontextusból való kiragadatás jellemzi a joggyakorlókat.⁷¹ Maga a jogértelmezési módszer olyan, hogy a „viszonylagosan rögzített horizontok és előítéletek alkotják a jelentéseket”. Így a módszer „biztosítja, ellenőrzi, manipulálja mind az értelmezőt, mind pedig az értelmezés tárgyát... és visszaszorítja a potenciális értelmezések sokaságát”, a poliszémikus posztmodern.⁷²

Mivel a jogszabályok jelentése nem statikus, szükség van az ezt megalapozó előítéletek, stílusok, jelentést szelektáló mechanizmusok, az ezeket létrehozó gyakorlat retrospektív feltárására. A jogi hermeneutika szerepe kimerül ennek a nemzetenként változó, sajátos *tradíciónak* a vizsgálatában. Ez az attitűd inkább leírást, mint a részvételt feltételezi, olyan diakronikus „horizontot, amelyből látható a jogi tradíciónk”.⁷³

⁶⁷ Spadaro 2002, 299-320.

⁶⁸ Spadaro 2002, 299.

⁶⁹ Dallmayr 1990, Dallmayr 1992, Leyh 1992.

⁷⁰ Dallmayr 1992, 19.

⁷¹ Sherman 1988, 397.

⁷² Sherman 1988, 399.

⁷³ Sherman 1988, 402.

A továbbiakban az egyes jogágak szempontjából vizsgálom a jogi hermeneutikai gondolkodás megvalósulását. Leggyakrabban emlegetett és legtöbb vitát generáló terület az *alkotmányjog*. A viták tétje alighanem az alkotmányozó által követett eredeti szándék utólagos rekonstruálásának lehetőségei körül forognak, erre utalnak az *originalizmus*, *intencionalizmus* kifejezések, és ezek ellentétei.

Az olasz Antonio Ruggeri az alkotmány és a többi jogforrás normatív, módszertani, funkcionális különbségeiből indul ki. Mégis, tanulmányának végkicsengése az, hogy a értelmezés, az eredmény szempontjából szemlélve az alkotmányos folyamatokat, ezek a különbségek megszűnnek, az alkotmányszöveg értelmezése hasonlóvá válik a többi jogforrás értelmezéséhez. A szerzőnek alapvetően gondot okoz az alkotmány kivételes, *norma normans* helyzete, akárcsak az előbb jelzett distinkciókból átlépni az értelmezés egyetemes világába. Azonban be kell ismernie, hogy alkotmányértelmezésekben, az alkotmányos törvények és alsóbb jogszabályokra való vonatkoztatottságában, az alkotmánymódosításokban, az alkotmányos politikában az alkotmány már nem egységes paraméterként szerepel, ellenkezőleg tárggyá lesz egy cirkuláris keretben, ami az értelmezés hermeneutikai sajátossága. Az eredmény felől szemlélve ezek az előbbi tényezők hozzájárultak, hogy az értelmezési folyamat „a további diverzifikáció helyett a «közönséges» értelmezésbe asszimilálja az alkotmányos értelmezéseket”.⁷⁴

Az ésszerűség lesz az instancia, amely mérlegelve az alkotmányosan garantált érdekek súlyát, „átvágja magát a normatív tapasztalat szintjein és formáin, ugyanakkor az értelmezést visszavezet a rendszer egységéhez”, kitöltve a rendszert, jogűröket.⁷⁵ Meglepő módon Ruggeri elképzelhetőnek tartja a szubjektív-történeti réteg, pszichológiai jellemzők lehámozását, és megvalósítani az autentikus értelmezést.⁷⁶ Ezzel a kvázi originalista nézetével könnyen összekapcsolható az amerikai szakirodalomban korábban regisztrált vitával.

Ebben, Gadamerre visszautalva, David Hoy fejtett ki az originalizmust cáfoló nézeteket. Az originalizmus tipikus hibája, véli Hoy, az, hogy a szöveg megértését az egyes kijelentések értelmezéséből modellezi, amelyben könnyebben felkutatható a beszélő, szerző szándéka. A szövegben a mondat értelmét nagyban behatárolják más mondatoknak tulajdonított jelentések: „A szövegértelmezés kettős tevékenységet kíván meg, anélkül kell maximalizálni koherenciáját és érthetőségét, hogy minimalizálnánk belső feszültségét, többértelműségét, egyes részeinek meghatározhatatlanságát”⁷⁷. Ilyen alapon helyezkedik szembe a Legfelsőbb bíróság konzervatív bírójának originalizmusával, de másfelől Dworkin, általa kritikai monizmusnak tekintett elméletével is, ami a radikális és liberális értelmezőket ihlette. Ehelyett olyan – a rawls-i átgondolás egyensúlyára visszautaló - dinamikus és köztes álláspontra helyezkedik, amely egyszerre utasítja vissza a jogértelmezés teljes lehetetlenségét (nihilizmus, önkényesség) és az autentikus értelmezések ideálját.

Alapjában hasonló álláspontot fejt ki a fogalomtörténész Terence Ball. Úgy látja, hogy az originalisták valójában tévesen feltételeznek „egyetlen szerzőt”. Álláspontját tovább árnyalja: bár szűkebb szakmájának nem lenne lehetetlenség rekonstruálni az alkotmányszövegek létrehozásának kontextusát, sem a közemberek, sem az alkotmányjogászok

⁷⁴ Ruggeri 248-249, hasonlóan 262.

⁷⁵ Ruggeri 284-285.

⁷⁶ Ruggeri 251-252.

⁷⁷ Hoy 1990, 112.

előtt nem járható ez az út, a múltba fordulás irracionális elvárás a jogászoktól.⁷⁸ Történészként ehhez hozzáteszi, hogy még *Föderalista* Madisonja is tudatosan veti el az originalizmust.⁷⁹

A *polgárjog* ugyan nem dolgozta ki az ésszerűség fogalmát, de Lucca Nivarra szerint annak gyakorlata jelen van a jogág szabályaiban, amelyek egyfelől a jogalanyok viselkedésére másfelől a bírói ítélet minőségére vonatkoznak. Az ésszerűséget szerinte főleg olyan szubsztantív értéknek kezelni, amilyennel egyébként az alkotmány bőséggel ellátja a jogrendszert, ezért az ésszerűség funkciója az, hogy az általános jogelvek (mint a jóhiszeműség, a szerződés végrehajtása és ellenőrzése, adósra és hitelezőre vonatkozó elvek, nemteljesítési kivétel) mellé olyan irányelvet, standardot jelentenek, amivel a bíróság megoldhatja az elvek körül felmerült vitákat.⁸⁰ Nemcsak a jogelvek, hanem hiányos, vagy túl általános megfogalmazás esetén maguk a szerződés feltételei is hermeneutikai értelmezés tárgyai lehetnek.⁸¹

Giuseppe Di Chiara szerint maga a jogrendszer egésze is felmutat bizonyos ésszerűségi tendenciákat, példának említi a *büntetőjogban* a *res iudicata* elv háttérbe szorítását, illetve a perújítási tendencia megerősödését. Ebből arra a következtetésre jut, hogy nem tartható már a Rawls által leírt különbség a tökéletes és tökéletlen, illetve tiszta eljárási igazságosság formák között. A perújítási hajlammal ugyanis feszültség keletkezik a rendszerben: fellazul az igazságosság és a bizonyosság közti viszony, mint ahogyan elmosódik a korábban kialakult pozíció is, amelyben a jogtudós képviselte a tökéletes, a gyakorló jogász pedig a tökéletlen eljárási jogot.⁸²

Guido Corso az olasz *közigazgatási jog* fejlődésében egy kettős mozgást fedez fel. Bár úgy látja, hogy az ez a jogág – az érintett fél értesítéséhez, részvételéhez, dokumentálódásához való jogával, az eljárás indoklásának kötelezettségével – főleg a L.241/90 törvénnyel kodifikálta a hatalommal való visszaélés tartalmi mozzanatait, amire a sértetteknek korábban hivatkozni lehetett a közigazgatási bíróságokon, visszaszorítva ezzel a hasonló indoklás lehetőségét.⁸³ Jóllehet, ezzel az olasz törvényhozás – ellentétben a némettel vagy a közösséggel – nem rendelkezik az arányosság elvéről. Csakhogy Corso felvet még néhány olyan esetet, amelyben mégis megkerülhetetlen az ésszerűégre való ráhagyatkozás, ez fennáll a meghatározatlan tartalmú jogi fogalmak esetén; a törvény által lehetővé tett alternatív választási lehetőségek alkalmával; és amikor az ésszerűség korrektív elvként, a kevésbé lényeges körülmények figyelembe vételével rekonstruál egy esetet.⁸⁴

Azt, hogy az ésszerű mérlegelés a jogi döntések esetében igen keskeny úton járhat el, jól tanúsítja Corso megjegyzése. Ha a bíró eltúlozza az ésszerűségi követelményt, akkor megsérti a hatalmak elválasztásának szabályát, egyszerre válik közigazgatási hatósággá, akinek elvonja a mérlegelési jogát és törvényhozóvá, ahogyan döntésével precedenst teremt. De a jogrendszer, amelyik lemond az ésszerűségi kritériumról, állampolgárait lényeges garanciáktól fosztaná meg, hiszen ezzel legitimé és elviselhetővé tehető a hatalom.⁸⁵

⁷⁸ Ball 1992, 130. A Betti-Gadamer vitához is érdekes adalékkal szolgál Ball: szerinte a Legfelsőbb Bíróság jogászainak feladata nem az alkotmányozó atyák szándékainak és idiómáinak rekonstrukciója, hanem feltehetően az, hogy mennyiben fogadható el számukra annak a diskurzusnak a hatalmi jellege, amiben amazok megfogalmazták az alkotmányt, illetve, hogy milyen jogi döntéseket ebből levonni. Nem eredetei, hanem büntetőjogi (criminal) szándék, ami érdekes adott esetben. Lásd i.m., 137-138.

⁷⁹ Ball 1992, 141. Ball Madison 37. számú esszéjére utal.

⁸⁰ Nivarra 323, 329. Nivarra azt is megjegyzi, hogy az Európai Szerződési Jog Alapelvei 1.302 pontja megjegyzi, hogy a feleknek ésszerűséget figyelembe véve kell kialakítaniuk a szerződés természetére, céljára, körülményeire, gyakorlatára vonatkozó igényeiket. U.o., 329.

⁸¹ Hermann 405-410.

⁸² Di Chiara 381-382.

⁸³ Corso 390-391.

⁸⁴ Corso 397-398.

⁸⁵ Corso 398-399.

Felhasznált irodalom

APEL, Karl-Otto

1990 A „hermeneutika” filozófiai radikalizálódása Heideggernél, és a nyelv „értelemkritériumának” kérdése. In: Bacsó Béla (szerk.): *Filozófiai hermeneutika*. Budapest, FTIK, 189-245.

BALL, Terence

1992 Constitutional Interpretation and Conceptual Change. In: Leyh, Gregory (ed.): *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice*. Berkeley, University of California Press, 129-143.

BETTI, Emilio

1992 A hermeneutika mint a szellemtudományok általános módszertana. In: *Athenaeum* 2. füzet, 3-52.

2000 Az értelmezés általános elméletéről. In: Szabó Miklós, Varga Csaba (szerk.): *Jog és nyelv*. Budapest, 195-215.

BLEICHER, Josef

1990 *Contemporary Hermeneutics : Hermeneutics as Method, Philosophy, and Critique*. London, Routledge

BÓDIG Mátyás

2001 Megértés, racionalitás, gyakorlati ész: Jogfilozófiai reflexiók a gadameri hermeneutikáról. In: Szabó Miklós (szerk.): *Ius humanum. Ember alkotta jog*. Miskolc, Bíbor Kiadó, 223-306.

CARTER, Lief H.

1992 How Trial Judges Talk: Speculations about Pragmatism in Legal Culture. In: Leyh, Gregory (ed.): *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice*. Berkeley, University of California Press, 219-240.

CHIARA, Giuseppe, Di

2002 Reasonableness and Criminal Trials. In: Zaccaria, Giuseppe (ed.): *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*. VII. kötet. Münster-Hamburg-London, Lit Verlag, 335-384.

CORSO, Guido

The Principle of Reasonableness in Administrative Law. In: Zaccaria, Giuseppe (ed.): *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*. VII. kötet. Münster-Hamburg-London, Lit Verlag, 385-400.

COUZENS HOY, D

1985 Interreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives. *Southern California Law Review* 58.1.135-276.

1990 Legal Hermeneutics: Recent Debates. In: Wright, Kathleen (ed.): *Festivals of Interpretation: Essays on Hans-Georg Gadamer's Work*. Albany : SUNY, 111-135.

DALLMAYR, Fred

1990 Hermeneutics and Justice. In: Wright, Kathleen (ed.): *Festivals of Interpretation: Essays on Hans-Georg Gadamer's Work*. Albany : SUNY, 90-109.

1992 Hermeneutics and the Rule of Law. In: Leyh, Gregory (ed.): *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice*. Berkeley, University of California Press, 3-20.

FARR, James

1992 The Americanization of Hermeneutics: Francis Lieber's Legal and Political Hermeneutics. In: Leyh, Gregory (ed.): *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice*. Berkeley, University of California Press, 83-101.

FISH, Stanley

1992 Play of Surfaces: Theory and the Law. In: Leyh, Gregory (ed.): *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice*. Berkeley, University of California Press, 298-316.

FRANKLIN, Julian

1963 *Jean Bodin and the Sixteenth Century Revolution in the Methodology of Law and History*. New-York-London, Columbia Univ.Press.

FÖLDI András-HAMZA Gábor

1998 *A római jog története és intézményei*. Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó.

HERMANN, Donald H. J.

1982 Phenomenology, Structuralism, Hermeneutics, and Legal Study: Applications of Contemporary Continental Thought to Legal Phenomena. *University of Miami Law Review*. Vol. 36, Nr. 5., 379-411.

HOLDHEIM, Wolfgang

1995 A hermeneutic thinker. *Cardozo Law Review* 16.4.2153-2167.

GADAMER, Hans-Georg

1984 *Igazság és módszer*. Budapest, Gondolat.

1990 Hermeneutika. In: Bacsó Béla (szerk.): *Filozófiai hermeneutika*. Budapest, FTIK, 11-28.

GOODRICH, Peter

1986 Historical Aspects of Legal Interpretation. *Indiana Law Journal* 61.Summer.331-354.

GRONDIN, Jean

2002 *Bevezetés a filozófiai hermeneutikába*. Budapest, Osiris Kiadó.

KELLEY, Donald, R.

1983 Hermes, Clio, Themis: Historical Interpretation and Legal Hermeneutics. *The Journal of Modern History* 55.4.644-668.

KARÁCSONY András

2000 Megjegyzések a jogi hermeneutikáról. In: Uő.: *Jogfilozófia és társadalomelmélet*. Budapest, Pallas Stúdió – Attraktor Kft.

KELEMEN János

1998 *Olasz hermeneutika Crocétól Ecoig*. (h.n.), Kávé Kiadó.

MOOTZ, Francis, J.

1988 The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur. *Boston University Law Review* 68.3.523-620.

LEYH, Gregory

1992 Legal Education and Public Life. In: u.ő (ed.), *Legal hermeneutics: History, theory, and practice*. Berkeley, University of California Press, 269-290.

NIVARRA, Luca

2002 Reasonableness and Private Law. In: Zaccaria, Giuseppe (ed.): *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*. VII. kötet. Münster-Hamburg-London, Lit Verlag, 321-335.

PESCHKA Vilmos

1980 *Jog és filozófia*. Budapest, KJK.

1992a Az esetenorma, avagy a jogszabály és a jogeset kapcsolatának problémája. In: u.ő: *Appendix a „Jog sajátosságához”*. *Tanulmányok*. Budapest, KJK - MTA Állam- és Jogtudományi Intézet, 81-135.

1992b A jog mint a hermeneutika modellje. In: u.ő: *Appendix a „Jog sajátosságához”*. *Tanulmányok*. Budapest, KJK - MTA Állam- és Jogtudományi Intézet, 135-170.

POKOL Béla

1994 A jogértelmezés alapjai. A szövegréteg működése. *Magyar Jog* 46.11.641-649.

RUGGERI, Antonio,

2002 The Principle of Reasonableness and the Distinctiveness of Constitutional Interpretation. In: Zaccaria, Giuseppe (ed.): *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*. VII. kötet. Münster-Hamburg-London, Lit Verlag, 239-298.

SHERMAN, Brad

1988 Hermeneutics in law. *The Modern Law Review* 51.5.386-402.

SPADARO, Antonino

2002 The Rights of Reasonableness and the Reasonableness of Rights. In: Zaccaria, Giuseppe (ed.): *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*. VII. kötet. Münster-Hamburg-London, Lit Verlag, 299-320.

SZÁJER József

1986 *Hermenutika és a római jog*. Budapest, Publicationes Instituti Iuris Romani Budapestinensis Fasciculus VI.

VOLPI, Franco

2002. Hermeneutique et philosophie pratique. In: Zaccaria, Giuseppe (ed.): *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*. VII. kötet. Münster-Hamburg-London, Lit Verlag, 11-43.

ZACCARIA, Giuseppe

1999 Trends in Contemporary Hermeneutics and Analytical Philosophy. *Ratio Juris* 12.3.274-285.

Mezei Péter

A női esélyegyenlőség kérdése – különös tekintettel az afgán helyzetre*

1. Bevezetés

Jelen tanulmány a lehetetlenre vállalkozna, ha megpróbálná a világ egyes pontjain a nők esélyegyenlőségének kérdését bemutatni, mivel egyes országokban ez a fogalom nem is létezik. Amivel próbálkozni lehet, az annak ismertetése, hogy bizonyos jogrendszerekben hogyan érvényesülnek a nők jogai.

A demokratikus nyugaton a női esélyegyenlőség fogalma hosszú ideje létezik, köszönhetően a több évtizedes, néhol több mint egy évszázados mozgalmaknak. Nyugaton a nők politikai (például választó- és választhatósági) jogait gazdasági és szociális jogok követték. Ma már nincs olyan *demokratikus* berendezkedésű állam, ahol a nők politikai jogai csorbát szenvednének, ezért ennek tárgyalása egy ideje nem szerepel a napirendi pontok között. A legnagyobb hangsúlyt az ilyen országokban a nők munkával kapcsolatos jogai – így például az egyenlő bérezés elve vagy a munkahely elvesztésének tilalma a terhes nők esetében – kapják.

A világ más részein, így például az iszlám országokban, ezzel szemben a nőknek politikai jogaik is alig vannak (például a Szaúd-Arábiában 2005-ben megtartott helyhatósági választásokon továbbra sem volt aktív vagy passzív választójoguk), nemhogy gazdasági illetve szociális jogaik. Sőt azt kell mondani, hogy például a Talibán gyakorlata Afganisztánban a nők oktatása és egészségügyi ellátása terén néha erős kétséget ébresztett atekintetben is, hogy a hölgyek gyakorolhatták-e egyáltalán legalapvetőbb emberi jogaikat.

Az esélyegyenlőség kapcsán a demokratikus országokban az egyik legfontosabb kérdés a diszkrimináció. Ennek több megjelenési formája létezik, s ezek közül csak az egyik a nőkkel szembeni hátrányos megkülönböztetés. Emellett a legtöbb szerző automatikusan megemlíti a kisebbségekkel, illetve a fogyatékosokkal szembeni diszkriminációt. Kétségtelenül jellemző ez hazánkra is, bár nálunk az előbbi leginkább a romákra korlátozódik. E hármassal felsorolást én megtoldanám egy negyedik elemmel, melynek komoly gyakorlati jelentősége van: ez a koron alapuló hátrányos megkülönböztetés.¹ Lehoczkyné Kollonay Csilla tette azt a megállapítást, miszerint a nőkkel szembeni társadalmi és jogi megkülönböztetés nyugatról keletre és északról délre folyamatosan növekszik. Ennek alapvetően társadalmi, kulturális és vallási alapjai vannak, de nagy hatással van a gazdasági és a jogi fejlettség is a diszkriminációra.²

A következőkben tisztázom a kérdéskörrel kapcsolatos néhány összefüggő, ám egymástól mégis eltérő fogalmat. Ezt követően röviden kitérek az ENSZ vonatkozó nemzetközi egyezményeire, különös tekintettel az ún. CEDAW-ra, illetve az amerikai és az Európai Unió

* A jelen tanulmány alapját a 2005. április 20-21-én Szegeden megrendezett ELSA Esélyegyenlőségi Konferencián elhangzott előadás anyaga adja.

¹ Így hazánkban a pályakezdők és az ötvenes éveiken túllépett munkavállalók komoly veszélynek vannak kitéve a munkaerőpiacon: a fiatalokat legkönnyebben a gyakorlati idő kikötésével akadályozzák a munkahely-találásban, az idősebbeket pedig a munkaadóknak „már nem éri meg” alkalmazni, hiszen esetükben a nyugdíjkorhatár reális közelségbe ér. Szeretném azonban azt itt megjegyezni, hogy ezek az indokok és módszerek erősebben támadhatók és bizonyíthatók, mint a másik három tényező mentén bekövetkező diszkrimináció.

² Lehoczkyné Kollonay Csilla: Amerikai sikertörténet – Európai változások, A női egyenjogúság a nemzetközi gyakorlatban, in: A hátrányos megkülönböztetés tilalmától a pozitív diszkriminációig – A jog lehetőségei és korlátai, AduPrint – Indok, Budapest, 1999: p. 188.

helyzet vázlatos ismertetésére. Végül a terjedelmében leghosszabb fejezetben az afgán nők viszonyairól kívánok áttekintést adni, történelmi alapokról kiindulva, egészen máig jutva.

2. Fogalomhatárolások

- a) A nők helyzetével kapcsolatosan használt legelterjedtebb fogalomnak, az **egyenlő bánásmód elvének** a megfogalmazása kettős természetű. Egyrészt alkotmányos alapjogként kerül rögzítésre, másrészt közvetlenül összekötődik a diszkrimináció tilalmával is. Éppígy kettős természetűnek lehet tekinteni amiatt, mert bár alapvetően az *emberi és polgári jogok* körében kerül elhelyezésre, mégis kihatással van az egyének *gazdasági-szociális* jogaira is.³
- b) A **nemi diszkrimináció** az egyik nem másikkal szembeni hátrányos megkülönböztetését jelenti.⁴ A diszkrimináció fogalma azonban legalább további két párosításban magyarázatra szorul.

1. A hátrányos helyzetbe hozás („*Benachteiligung*”) mindig csak a konkrét eset körülményei között értékelhető. A legnagyobb gyakorlati jelentősége a diszkriminációnak a munkajog területén található, ezért a példákat is erről a területről merítem. Ha a foglalkoztatásról döntő személy döntését kifejezetten a jelentkező nemére tekintettel hozza, a **közvetlen diszkrimináció** esete forog fenn. A nők esetében a nemi hovatartozás mellett a másik domináns „ok” a fennálló terhesség, vagy önmagában annak lehetősége, hogy a női jelentkező a felvételt követően hamarosan gyermeket szeretne vállalni. Éppígy megalapozza a hátrányos megkülönböztetést, ha egy olyan viszonylag objektív körülményt határoznak meg a munkakör betöltéséhez, melyet nagy valószínűséggel csak a férfiak tudnak teljesíteni (pl. testmagasság, bajusz). Akkor azonban, ha a munkaadót nem vezérelte semmi ilyen motívum, a *„megkülönböztetés” véletlen volt, nem beszélhetünk diszkriminációról.*

A **közvetett vagy indirekt diszkrimináció** arra utal, hogy a hátrányos megkülönböztetés nem közvetlenül a nemi hovatartozásra tekintettel történik, mégis egy adott intézkedés az egyik nemet hátrányosan sújtja. Ennek egyik gyakorlati megvalósulása az az eset, mikor a részmunkaidőben foglalkoztatottak óradíja alacsonyabb a teljes munkaidőben foglalkoztatottakétól. E megkülönböztetés természetesen nem a nemi hovatartozáson alapul, azonban következményei leginkább a nőkön csapódnak le, hiszen leginkább a fiatal gyermekeiket nevelő nők vállalnak részmunkaidős állást.⁵ A közvetett diszkriminációt azonban természetesen *kizárja az, ha az említett megkülönböztetés objektíve igazolható és nemi értelemben „semleges”.*⁶

2. Az eddig elhangzottak fényében nem nehéz kitalálni, hogy a **negatív diszkrimináció** mire utal: ez gyakorlatilag minden hátrányos megkülönböztetést magába foglal, beleértve tehát a közvetlen és a közvetett formát is. Ennél vitatottabb az „ellenpárja”: a **pozitív diszkrimináció**. Többekkel egyetértve én sem találok szerencsésnek e szóösszetételt, alapvetően nyelvtani okokból, noha a „pozitív” szó

³ Lehoczkyné: i.m., p. 187-197.

⁴ Georg Wilhelm: Gleichbehandlung der Geschlechter, Ecolox, 1993: p. 77-79. – Klaus Mayr: Diskriminierung(en) aufgrund des Geschlechts, Das Recht der Arbeit, 2002: p. 66-72. – 76/207/EGK irányelv és 2002/73/EK irányelv

⁵ Jenkins v. Kinggate Ltd. (EuGH 31. 3. 1981., Rs 96/80)

⁶ Wilhelm: i.m., p. 77-78. – Lehoczkyné: i.m., p. 194.

viszonylag érzékletes. Sokkal szerencsésebbnek tartanám például az előnyben részesítés kifejezést. A tartalma ugyanis ezzel áll összefüggésben: egy meghatározott személykörtől (leginkább az állami szférától) tevést, pozitív lépéseket várunk el az alapvetően hátrányosabb helyzetben lévő személykör védelme érdekében, elkerülendő, hogy hátrányos megkülönböztetés érje őket. A pozitív diszkrimináció legtipikusabb formái közé tartozik az az eset, mikor egy adott munkahelyre jelentkező, azonos képességű nő és férfi közül a nemek közötti egyenlő részvételre hivatkozással – anélkül, hogy egyéb körülmény másként indokolná – az előbbit veszik föl. Mindez természetesen addig tekinthető megfelelő döntésnek, amíg a nemek aránya egy adott munkahelyen nem egyenlő, hiszen ezt követően a hölgyek ily formában való előnyben részesítése már a férfiakkal szemben lenne hátrányos megkülönböztetés.

3. A nemzetközi gyakorlat rövid áttekintése

A) ENSZ: Az ENSZ alapokmánya volt az első olyan nemzetközi dokumentum, amely a férfiak és nők közötti egyenlőséget mint alapvető emberi jogot rögzítette; ezzel összhangban az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata is úgy rendelkezett, hogy minden ember szabadnak született, és egyenlő méltósággal és jogokkal rendelkezik.⁷

1979-ben fogadta el az ENSZ Közgyűlése a Nőkkel szembeni diszkrimináció minden formájának megszüntetéséről szóló egyezményt (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women – CEDAW), melyet sokan a nők nemzetközi „bill of rights”-ának tartanak. E dokumentum, mely egy preambulumból és további 30 cikkből áll, meghatározza a diszkrimináció fogalmát,⁸ és nemzeti fellépést sürget a hátrányos megkülönböztetéssel szemben. Ennek kiegészítőjeként az egyezményt aláíró államok kötelesek legalább négyévente jelentést tenni az egyezményben foglaltak gyakorlati megvalósításával kapcsolatban.⁹ Az egyezmény tartalmát illetően kiemelést érdemel a III. rész, mely a nők munkavégzésével, oktatásával, egészségügyi ellátásával kapcsolatos diszkrimináció tilalmáról szól.¹⁰

B) USA: Noha az amerikai alkotmány 1868-ban elfogadott 14. kiegészítése már rendelkezett a törvény előtti egyenlőségről, s ennek keretében a színes bőrűek szavazati jogáról, azonban egészen 1920-ig (a 19. alkotmány-kiegészítésig) kellett arra várni, hogy a nők is szavazati jogot szerezzenek. Ez hűen tükrözi azt, hogy Amerikában a nők helyzete talán még a színes bőrűekénél is rosszabb volt, melyet az a tény is tovább erősíteni tűnik, hogy az amerikai

⁷ Sandra Day O'Connor: The Legal Status of Women: The Journey Toward Equality, 15 Journal of Law and Religion, 2000-2001: p. 33.

⁸ A CEDAW 1. cikke a következőképp fogalmaz: „For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.”

⁹ Mellékesen jegyzem meg, hogy a későbbiekben bemutatásra kerülő Afganisztán már 1980-ban aláírta az egyezményt, az azonban csak 2003-ban lépett hatályba, vagyis jelentést legkésőbb 2007-ben lesz köteles tenni az ország.

¹⁰ A CEDAW-ot illetően lásd: Shannon A. Middleton: Women's Rights Unveiled: Taliban's Treatment of Women in Afghanistan, Indiana International & Comparative Law Review, 2000-2001: p. 430-435. – Brita Neuhold - Renate Pirstner - Silvia Ulrich: Menschenrechte – Frauenrechte, Internationale, europarechtliche und innerstaatliche Dimensionen, Studien Verlag, Innsbruck – Wien – München – Bozen, 2003: p. 49-63. – <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw>

Legfelsőbb Bíróság eltérő (a nőkre nézve hátrányosabb) ún. „ésszerűségi mércét” alkalmazott a diszkriminációt illetően. Így a nők kizárását olyan munkákból, melyek „férfiasak” voltak, azzal indokolta a Supreme Court, hogy mindezt alátámasztja az az ésszerű tény, hogy a nők „gyengébbek és félénkebbek”.

A változást, mely alapvetően csak a '70-es évektől vette kezdetét, egy 1964-ben elfogadott törvény, az ún. Civil Rights Act alapozta meg, mely megtiltotta az alkalmazás és az elbocsátás területén minden olyan hátrányos megkülönböztetést, amely a nemre tekintettel történik. Az amerikai törvény szövegét („intézkedés, minősítés, csoportosítás”) később a CEDAW egyezmény megszövegezésekor is átvették.¹¹

C) EU: Az Európai Unióban a nemek közötti egyenlőség kérdése az amerikaitól teljesen eltérő alapokról indult ki. Míg az USA-ban a kérdéskör politikai vetülete bír nagyobb jelentőséggel, addig Európában (és itt elsősorban az Európai Gazdasági Közösségre kell gondolni) a gazdasági-szociális (később társadalombiztosítási) oldal erősebb.¹²

Ennek megfelelően az Unióban már a fizetések egyenlőségére (*Lohnleichheitsgrundsatz*) vonatkozó 1957-es szabályozásnál központi szerepet töltöttek be a versenyjog, illetve a belső piac megvalósításának szempontjai. E hozzáállás azonban logikusan együtt járt a téma emberi jogi vonatkozásainak a háttérbe tolásával.¹³

A másodlagos jogforrások szintjén elsőként a 76/207/EGK irányelvben került megfogalmazásra az egyenlő bánásmód elve, melyet később – az Amszterdami Szerződés 13. cikkében foglaltak, valamint az időközben kiteretebélyesedő európai bírósági gyakorlat hatására – 2002-ben módosították számottevően (a férfiak és a nők közötti egyenlő bánásmóddal foglalkozó 2002/73/EK irányelvvel, melyet „nemi irányelvként” is szoktak jelölni).¹⁴

A 76/207/EGK irányelv a diszkrimináció fogalmát az egyenlő bánásmód kifejezéssel kapcsolta egybe, melynek szövege a 2002/73/EK irányelv által eszközölt módosításnak megfelelően a következőképp hangzik: „az egyenlő bánásmód elve azt jelenti, hogy semmiféle nemi megkülönböztetés nem áll fenn, sem közvetlenül, sem közvetetten, különös tekintettel a családi állapotra és a családi jogállásra történő utalással”.¹⁵ A közvetlen és a közvetett diszkrimináció (illetve például a zaklatás és a szexuális zaklatás) fogalmának meghatározására az 1976-os irányelvben még nem került sor, ahogy erre a 2002/73/EK irányelv preambuluma is utal, ezért e hibát az új jogforrással kívánták orvosolni.¹⁶ Az itt található fogalom-meghatározások viszont már összhangban állnak az Európai Bíróság és az Elsőfokú Bíróság joggyakorlatával is.

A 2002/73/EK irányelvvel módosított 76/207/EGK irányelv új 8/A. cikk (1) bekezdése alapján „a tagállamok olyan testületet vagy testületeket jelölnek ki, valamint megteszik a szükséges intézkedéseket, amely testületek minden személy számára elősegítik, elemzik, ellenőrzik és támogatják az egyenlő, nemi megkülönböztetéstől mentes bánásmódot. Ezek a testületek az emberi jogok védelmével vagy az egyén jogainak védelmével nemzeti szinten megbízott intézmények részét képezhetik.”

E szabállyal összhangban működik például Svédországban 1980 (vagyis jóval az EK irányelv megszületése előtti idők) óta az ún. *Equal Opportunities Ombudsman*, amelyhez hasonló

¹¹ A női egyenlőség kivívásának amerikai történetét lásd részletesen: O'Connor: i.m., p. 29-33. – Lehoczkyné: i.m., p. 191-193.

¹² Lehoczkyné: i.m., p. 190-191.

¹³ Astrid Epiney – Michael Duttwiler: Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und divergenzen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 2004/1: p. 39.

¹⁴ Elisabeth Sturm: Die Änderung der Gleichbehandlungsrichtlinie, Das Recht der Arbeit, 2003: p. 83-88.

¹⁵ 2002/73/EK irányelv 2. cikk (1) bekezdés

¹⁶ 2002/73/EK irányelv 2. cikk (2) bekezdés

szervezetet hoztak létre 1999-ben, az akkor még csatlakozás előtt álló Litvániában. Ausztriában e kérdéskörrel az ún. *Gleichbehandlungskommission* és az ún. *Gleichbehandlungsanwaltschaft*, Hollandiában pedig az *Equal Treatment Commission* foglalkozik.

Ismerkedjünk meg röviden a fent említett szervek munkájával, jellegzetességeivel.

a) A **svéd biztos** feladata az 1991-ben lényegesen módosított esélyegyenlőségi törvényben foglaltak megvalósításának – az ombudsmanok hagyományos eszközeinek segítségével történő – biztosítása. A törvénynek, mely megtilt minden nemi megkülönböztetést a munkaerőpiacon, lényeges eleme, hogy a magán- és a közszféra munkaadóinak egyaránt kötelezővé teszi, hogy pozitív lépéseket tegyenek a nemek közötti egyenlőség kapcsán, egyidejűleg minden munkaadó, aki legalább tíz alkalmazottat foglalkoztat, évente köteles egy esélyegyenlőségi és kereseti egyenlőségi tervet készíteni.¹⁷

b) **Litvánia az esélyegyenlőségi ombudsman** intézményének felállításakor a nemek közti tényleges egyenlőség megteremtése céljából egyrészt az uniós irányelveket, másrészt az irányadó nemzetközi egyezményeket is átvette. Az ombudsman jogkörébe tartozik a munkavégzéssel, az oktatással és a szolgáltatószektorral kapcsolatos közvetlen vagy közvetett diszkriminációra, illetve szexuális zaklatásra vonatkozó panaszok kivizsgálása. Mivel Litvánia szintén aláírta a CEDAW-ot, kötelessége nemzeti jelentést készíteni. Erre utoljára 2000-ben került sor, melyben már az 1998/99-es törvényhozási folyamat és annak következményei is bemutatásra kerültek.¹⁸

c) 2004-et megelőzően **Ausztriában** mindössze két alkotmányos rendelkezés foglalkozott a nemek közötti egyenlőséggel, s jogsértés bekövetkezése esetén büntető- és közigazgatási jogi jogorvoslatra kerülhetett sor.¹⁹ Bár az új uniós irányelvek csak csúszva kerültek átvételre, a 2004. májusában elfogadott törvények azokkal (és a nemzetközi normákkal, így elsősorban a CEDAW-val) teljes mértékben összhangban állnak.²⁰

A legfontosabb változások között említhető, hogy Ausztriában létrehozták az ún. **Egyenlő Bánásmód Bizottságát**, melynek három szenátusából az első foglalkozik a nemek közötti egyenlő bánásmóddal. E szerv szenátusai a kérelemre indult eljárásokban szakértői véleményeket készítenek a feltételezett jogsértésekkel kapcsolatban, mely véleményeket ezt követően nyilvánosságra kell hozni (az eljárás azonban zárt ajtók mögött zajlik). Az **Egyenlő Bánásmód Hivatala**, mely a Bizottság három szenátusának megfelelő szervezeti felépítéssel jött létre, hagyományos ombudsmani feladatokat lát el, ennek keretében önálló vizsgálatokat folytat le, jelentéseket készít és ajánlásokat fogalmaz meg. E munkáját elősegítendő, az egész szövetség területén „konzultációs órákat és napokat” tart. A két említett intézmény között óriási különbség, hogy – bár mindkettőt az Egészségügyi és Nőügyi Szövetségi Minisztérium hozta létre, s a miniszter nevezi ki vezetőit – míg az utóbbinak a függetlenségét a hatályos alkotmány kifejezett rendelkezéssel garantálja, addig a Bizottságét egyáltalán nem. A kormányzó

¹⁷ Lásd: <http://www.jamombud.se/en>

¹⁸ Lásd: http://www3.lrs.lt/pls/inter/w3_viewer.ViewTheme?p_int_tv_id=805&p_kalb_id=2&p_org=0 és http://www.bayefsky.com/pdf/lithuania_t4_cedaw.pdf#search='Equal%20Opportunities%20Ombudsman'

¹⁹ Ezek a férfiak és a nők tényleges egyenlőségére vonatkozó 7. cikk (2) bekezdés és a férfiak és nők egyenlő választójogáról szóló 23/A. cikk (1) bekezdés és a 26. cikk (1) bekezdés.

²⁰ E három törvény a következő: a „*Gleichbehandlungsgesetz*” a munkavégzéssel kapcsolatban a nemre, fajra, etnikai származásra, vallásra vagy szexuális beállítottságra, illetve más területeken a fajra és etnikai származásra tekintet nélküli egyenlő bánásmóddal foglalkozik. Ez rendeli el azt is, hogy az osztrák tartományok saját törvényben szabályozzák a szövetség által meg nem határozott kérdéseket. A „*Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft*” a korábbi férfiakkal és nőekkel való egyenlő bánásmóddal foglalkozó törvényt váltotta fel, a nevében megjelölt két szerv feladatköreinek egyidejű megjelölésével. Végül a *Bundes-Gleichbehandlungsgesetz* segítségével a már említett két uniós irányelv vonatkozó rendelkezéseit illesztették be a nemzeti jogba.

pártoknak e helyzet felszámolására (vagyis a garancia alkotmányba foglalására) tett kísérlete az ellenzéki pártok ellenállásán, s így a kétharmados többség hiányában elbukott.

Az Ausztriában zajló alkotmányreform-folyamatok eredményeként a női esélyegyenlőséggel kapcsolatos lehető legtöbb rendelkezés belekerülhet az alaptörvénybe (általános egyenjogúsági klauzula, azonos értékű munkáért azonos bérezés elve, diszkriminációtilalom, valamint a hivatali megjelölések, tudományos fokozatok nemre utaló megjelenítésének kötelezettsége),²¹ azonban az említett szervek függetlenségére vonatkozó szabályanyagban nem várható változás.²²

d) A **holland *Equal Treatment Commission*** (ETC) feladata a többiekhez hasonlóan az esélyegyenlőségi törvény megsértésének kivizsgálása. Bizonyos értelemben ez a szerv egy bírósághoz hasonlít, azzal az alapvető eltéréssel, hogy a vizsgálatokat saját elhatározásból is elvégezheti, illetve eljárása során a feleket költség nem terheli, s ügyvéd közreműködése sem kötelező. Természetesen lehetőség van arra, hogy a személy, aki úgy érzi, hátrányos megkülönböztetés áldozata lett, megbízzon valakit a képviselői feladatok ellátásával, de a bizottság a panasszal csak akkor foglalkozik érdemben, ha a jogaiban sértett személy felfedi kilétét (vagyis nem maradhat anonimusan). Az ETC-hez érdekvédelmi szervezetek, munkaügyi tanácsok és munkaadók is fordulhatnak, mi több, a diszkriminációs ügyben eljáró bírák is véleményt kérhetnek a szervtől. Az ETC további feladatai közé tartozik, hogy kérésre felvilágosítást ad, illetve továbbképzéseket szervez az egyenlő bánásmód kérdéséről.²³

e) Érdemes megemlíteni azt is, hogy hazánkban a 2003. évi CXXV. törvénnyel létrehozott ***Egyenlő Bánásmód Hatóság*** (EBH) idén februártól kezdte meg működését, s az említett törvény 14.§ (1) bekezdésébe foglalt jogkörei alapján kérelemre illetve hivatalból vizsgálhatja, hogy megsértették-e az egyenlő bánásmód követelményét, majd ez alapján határozatot hozhat. Pert indíthat a jogaikban sértett személyek és csoportok jogainak védelmében, a jogalkotási mechanizmusban pedig konzultatív, véleményező szereppel bír, különös tekintettel az uniós jogszabályok harmonizációja vonatkozásában. Emellett tájékoztatási kötelezettséggel rendelkezik a közvélemény és – elsősorban az éves jelentéstétel útján – a kormány irányába, s köteles együttműködni a társadalmi és érdek-képviselői szervezetekkel valamint az érintett állami szervekkel.

Az EBH azonban ahhoz még túlzottan új intézmény, hogy munkájának hatékonyságát érdemlegesen vizsgálni lehessen, ám a június végéig lezárt 31 ügy közül mindössze öt esetben állapították meg az egyenlő bánásmód rendelkezéseinek megsértését, 24 esetben alaptalannak bizonyultak a vádak, s a további két esetben egyezséggel zárult le a vita. Az EBH működését nehezíti, hogy pénzügyi önállóságát elveszítette (jelenleg csak az Ifjúsági, Családi, Szociális és Esélyegyenlőségi Minisztérium mintegy „kvázi” főosztálya), s pénzügyi keretei is szűkösek, a Hatóság működését segítő tanácsadó testület tagjai is csak a napokban kapták meg hat évre szóló megbízólevelüket. Utóbbiakkal szemben ellenérvként hozzák fel egyesek, hogy a

²¹ Verfassungsentwurf des Vorsitzenden des Österreich-Konvents Dr. Franz Fiedler, 35. § - Lásd: http://www.konvent.gv.at/pls/portal/docs/page/K/DE/ENDB-K/ENDB-K_00001/imfname_036118.pdf

²² Harald Kaszanits: Bundesgesetz über die Gleichbehandlung, Arbeits- und Sozialrechts Kartei, 2003: p. 267-269. – Elisabeth Sturm: Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, Das Recht der Arbeit, 2004: p. 574-584. – http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/race_a.pdf#search=Gleichbehandlungscommission

²³ Lásd: <http://www.cgb.nl/english> – J. E. Goldschmidt: Anti-discrimination law in the Netherlands. Experiences of the first seven years, lásd: www.cgb.nl/english/download/anti-discriminationlaw.pdf

civilszféra szereplői kiszorultak, s csak jogászok vagy egyetemi oktatók tartoznak közéjük (még ha olyan nevesek is, mint például Majtényi László).²⁴

4. A női esélyek és egyenlőtlenségek Afganisztánban

Az Iszlámban a kezdetektől fogva az a felfogás uralkodik, hogy a férfiak és a nők egyenlő jogokkal rendelkeznek, feladataik azonban eltérnek. Ennek megfelelően a férfiak kötelessége a család eltartása, a nőké pedig a gyermeknevelés. S bár a hölgyek végezhetnek munkát és tanúskodhatnak is, az utcákon már nem járhatnak kihívóan. A Korán és a Szunna (mely az Iszlám második forrása) több olyan rendelkezést tartalmaz, amely a nőkkel szembeni kedvességre utal, így a férfiak kötelesek feleségüket eltartani, s a nőknek joguk van a lakáshoz, öltözködéshez, ápoláshoz és általános jóléthez.²⁵ Sőt a Korán után az iszlám jog második jogforrásául szolgáló Szunnának az alapját adó „*hadith*”, vagyis a Próféta feljegyzett mondásait tartalmazó dokumentum többek között azt mondja, hogy „az a legjobb közületek, aki a feleségéhez a legjobb”.²⁶

Bizonyos esetekben azonban a nők jogai korlátozottabbak, ami gyakran a Korán rendelkezéseinek téves értelmezésére vagy pusztán merev alkalmazására vezethető vissza. Így például az iszlám engedélyezi a többnejűséget, de a többférjűséget nem.²⁷ S mikor egyszer egy pakisztáni fiatal hölgy megkérdőjelezte ennek a rendelkezésnek az indokoltságát, a vallási és politikai vezetők egyaránt elítélték ezért, mondván, hogy jogellenes és felelőtlen kérdést tett fel, avagy egyszerűen csak elhagyta a hite. A hagyományos felfogás szerint ugyanis a Korán által nyújtott poligámia csak a férfiak előjoga, melyet a férfiak a koráni ideák megtartása érdekében gyakorolnak.²⁸

A Korán téves értelmezésére vezethető vissza többek között a szigorú ruhaviselet is. Mert míg Mohamed csak annyit mondott, hogy a férfiaknak és a nőknek egyaránt visszafogottan kell öltözködniük, s a nőknek emellett el kell fedniük a hajukat is, a Talibán rendszerben ezt annyira szélsőségesen értelmezték, hogy főbenjáró bűnnek számított, ha egy nő testéből a szemén kívül más részlet is látszódott.

²⁴ Szerény esély, HVG, XXVII. évf./27. szám, 2005. július 9., p. 92-94. – Sajnos az Interneten a Hatóságról különösebb információkhoz nem lehet hozzáférni, a Minisztérium honlapján található adatok is igen szűkösek, a gyakorlati tapasztalatokhoz így egy átlagos érdeklődő nehézkesen juthat maga hozzá.

²⁵ Az iszlám vallás és a nők helyzetének kapcsolatát – mind történeti szemszögből, mind a jelenkort tekintve – lásd részletesen: Leila P. Sayeh and Adriaen M. Morse, Jr.: Islam and the Treatment of Women: An Incomplete Understanding of Gradualism, Texas International Law Journal, 1995: p. 311-334.

²⁶ Middleton: i.m., p. 457., 389. lábjegyzet.

²⁷ A Korán szerint a férfi akár négy nőt is feleségül vehet, feltéve, hogy valamennyivel egyenlő módon tud bánni. A poligámia bevezetésének egyébként több oka is volt. Egyrészt maga Mohamed is több nővel szeretett volna összeházasodni, ezért – bár ez rendkívül furcsán hangzik – egyszerűen isteni parancsá nyilvánította a férfiak többszörös házasságkötésének lehetőségét. Másrészt ennél gyakorlatiasabb indokként szolgál, hogy a „hitetlenekkel” szemben folytatott háborúban rendkívül sok arab férfi odaveszett, hátrahagyva feleségét és leányait, akiknek viszont védelemre és támogatásra volt szükségük. Ezt a helyzetet pedig egész egyszerűen csak úgy lehetett megoldani, ha a megfogyatkozott számú férfinépeség több nőt is feleségül vehetett. Érdekességként álljon itt, hogy a jelenlegi helyzetben – orosz megszállást és polgárháborút követően – Afganisztánban a nők aránya 65-75 százalék közé tehető az össznépeségen belül! – Anastasia Telesetsky: In the Shadows and Behind the Veils: Women in Afghanistan under Taliban Rule, Berkeley Women's Law Journal, 1998: p. 293.

²⁸ Purva Desphande: The Role of Women in Two Islamic Fundamentalist Countries: Afghanistan and Saudi Arabia, Women's Right Law Reporter, 2000-2001: p. 195.

Az eddig elhangzottak fényében érdekesnek (s kétségtelenül eltérőnek) fog tűnni a nők helyzetének alakulása Afganisztánban.²⁹ A mai viszonyok megértéséhez elengedhetetlen a történelmi fejlődést is bemutatni.

Figyelemre méltó, hogy i.e. 5000 tájékán a mai Afganisztán területén matriarchális társadalmi berendezkedés működött, sőt i.e. 2000 tájékán női istent tiszteltek a lakosok.³⁰ Ekkor a férfiak és a nők teljesen egyenjogúak voltak. Még i.e. 1300 tájékán is, mikor Zarathusztra elterjesztette a vallását, a férfiaknak és a nőknek közös kulturális, vallási táncai és dalai voltak.

I.e. 545-ben az Akhaimenida perzsa törzsnek Afganisztánba (akkori nevén „Ariana”-ba) való bevonulása háborút vont maga után. A nők helyzetére ennél mégis nagyobb hatást gyakorolt az, hogy a hódítók „feudalista” berendezkedésű társadalmában a nőket tulajdonként kezelték. A helybéli lakosok (ariánusok) végül összefogtak és sikeresen kiszorították a hódítókat az országból. I.e. 333-ban azonban egy újabb hódító, Nagy Sándor foglalta el az országot, s bár sok szempontból nagy (sőt pozitív) hatással volt a hellenizmus e területen is, a nők helyzete a görög rendszerben sem sokat változtatott, hiszen sem a közéletben, sem a családban voltak jogaik.

A 15. században az akkor „Chorasan” nevet viselő Afganisztánban bekövetkező gazdasági és kulturális fellendülésben nagy szerepet játszott a király mellett annak felesége is, ennek ellenére a nők megbecsülése igen rossz volt, amit a következő korabeli előírások is híven tükröznek:

1. A nőknek nincs szükségük oktatásra.
2. A férfinak keménynek és hidegnek kell lennie a feleségével, aki így nem lesz engedetlen.
3. Ha egy férfi egy nővel beszédbe elegyedik, nem köteles igazat mondani.
4. A férfi ne kövesse feleségének semmilyen tanácsát.
5. A férfi őrizze meg titkait a nő előtt.
6. A férfi rejtse el vagyonát a felesége előtt.
7. A nőket nem pillanthatják meg idegen férfiak, és nem hallhatják meg beszédüket.
8. A férfi nem házasodhat össze gyermekes, özvegy vagy jómódú asszonnyal.³¹

Más körülmények is a tiszteletnek a hiányát támasztották alá. Míg az iszlám alapvetően ünnepnek tekinti a leánygyermek születését, addig ez Afganisztánban szerencsétlenséget jelent a családnak. Sőt, több leánygyermek szülése a férj számára válóokot jelentett.³²

Afganisztán a különféle külföldi intervenciók hatására több kis országra hullott szét. Az afgán törzsek összefogása eredményeképpen 1747-ben kivívott egyesítés hatására ekkortól szokás a mai Afganisztán létrejöttéről beszélni. A felső osztályból és a királyi családból származó nők ekkortól aktívan részt vettek a politikában és a társadalomban. Rajtuk kívül azonban a nők viszonyaiban különösebb változás nem következett be.

1880-tól Amir Abdurahman lett a király, akinek uralkodása alatt érte el Afganisztán a mai határait. Ő több olyan törvényt bocsátott ki, melyek a nőket férjeik szigorú ellenőrzése alá helyezte, így többek között a házukat csak férjük társaságában hagyhatták el. Emellett a nő büntetése házasságtörés esetén halál volt. E szigorú szabályok ellenére Amir néhány kérdésben haladó szemléletről tett tanúbizonyságot, így bár fennmaradt annak lehetősége, hogy a szülők

²⁹ A történelmi áttekintést lásd: J. Alexander Thier: Afghanistan: Minority Rights and Autonomy in a Multi-Ethnic Failed State, Stanford Journal of International Law, 1999: p. 361-365. – Sohalia Alekozai: Die Entwicklung der Stellung der Frau in Afghanistan – historische, traditionelle und religiöse Aspekte, STREIT, 2002/4: p. 147-151.

³⁰ Ezt Védá-kultusznak nevezték, mely Észak-Indiából került át erre a területre azzal a lényeges különbséggel, hogy itt nem vették át a kasztrandszert.

³¹ Forrás: Akhlaq-e Djalalie: Djalalie elképzelése a morálról, lásd: Alekozai: i.m., p. 148.

³² Marjon E. Ghasemi: Islam, International Human Rights & Women's Equality: Afghan Women Under Taliban Rule, 8 Southern California Review of Law and Women's Studies, 1998-1999: p. 446.

gyermeküket igen fiatalon eljegyeztessék, Amir egy törvénye alapján a gyermekek a pubertáskor elérésekor az eljegyzést elutasíthaták.³³

1903-tól a király unokafivére, Mahmud Tarzi vált a nők viszonyainak javításáért kifejlődő mozgalom egyik élharcosává. Véleménye szerint a nők a társadalomban lényeges szerepet töltenek be és sokkal szélesebb részvételre lennének feljogosítva. Gondolatai, melyek az afgán emberek szemében leginkább idegennek és sokkolónak tündek, csak 1919-től, Amanullah királlyá választásától kezdtek mélyebben gyökereket verni. E mozgalomban segítője saját lánya, Soraya királynő volt, aki többek között nyíltan hirdette, hogy a fátyolhordást meg kell szüntetni, mert az iszlám ezt sehol sem írja elő.³⁴

A fejlődés ekkortól felgyorsult. 1921-ben nyílt meg az első női- és leányiskola, s még ugyanebben az évben indult útjára egy női újság, mely a nők jogaival, a gyermekneveléssel és a háztartással kapcsolatos írásokat tartalmazott.³⁵

Mindez azonban annyira idegennek és gyorsnak tűnt, hogy 1929-ben az afgán egyháziak a korábbi gyarmattartó Anglia támogatása mellett Amanullahot és családját száműzték. A király a vérontást elkerülendő lemondott tisztségéről. Az ezt követő 9 hónap zavaros, kaotikus időszak volt, amelyet Nader parancsnok királlyá választása zárt le. Ő és fia (egyben utódja), Zaher, tovább folytatta az elődje alatt beindult modernizációt, bár jelentősen lassabb tempóban. Így csak 1950-től vehettek részt nők az egyetemi orvosi képzésben. Az afgán egész területet befedő, a Szasszanida törzs hódításaiig visszavezethető fátyol (burqa) viselésének kényszere 1959-től megszűnt, fakultatív lehetőséggé változott. A hatvanas évektől a női egyetemi hallgatók már egymás mellett ülhettek a férfiakkal. Az 1963-as afgán alkotmány elkészítésében négy nő képviselő vett részt, egy évvel később pedig már két miniszteri poszt is hölgynek jutott. Az 1963-as, az 1977-es, majd később az 1990-es alkotmány is egyenlő jogokat biztosított a nőknek és a férfiakkal.³⁶

Ezt a helyzetet a szovjet csapatok 1979-es bevonulása fordította az ellenkezőjére, máig ható változásokat előidézve.³⁷ Ők azon a véleményen voltak, hogy „a nőket ki kell szabadítani a feudalizmus béklyói közül”. A szovjetek által megfogalmazott célok megvalósítása (beleértve az előzőt is) azonban katasztrofális hatásokat gyakorolt az afgán társadalomra. Közel kétfélmillió embert öltek meg. A nők folyamatos erőszaknak, szexuális zaklatásnak voltak kitéve, a férfiakkal pedig bujkálniuk kellett, mert ellenkező esetben a halál várt rájuk. Épp ezért a munkavégzés mellett kizárólag a nők gondoskodtak a gyermekek neveléséről is. A szovjetek bombázásai előtt menekülő közel 9 millió ember 70%-át tették ki a gyermekek és az asszonyok. Bár az oroszok 1988-ban elhagyták az országot, egészen 1992-ig sikeresen támogatták pénzügyi és katonai eszközökkel a Kabulban felállított bábkormányt.

1992. áprilisától a Nadjibullah-rezsim feltűnésével a béke reménye pislantott Afganisztánra, ez azonban hamar szertefoszlott a hatalomvágyó hadurak egymással szemben folytatott csatározásai miatt, aminek eredményeként Afganisztán újfent számtalan részre hullott szét. Az ekkor kezdődött polgárháborúnak, majd az ezt követő – és 1996-ban Kabul elfoglalásával beteljesedő – Talibán-uralomnak ezúttal is rengeteg ember, köztük nem kevés nő esett áldozatául.³⁸ Utóbbiakat e zavaros időszakban egyszerű hadizsákmánynak tekintették, s

³³ Alekozai: i.m., p. 148.

³⁴ Soraya volt az első nő, aki burqa helyett kalapban jelent meg az utcákon. Ennek a jelzésértéke természetesen óriási volt.

³⁵ Alekozai: i.m., p. 149.

³⁶ Alekozai: i.m., p. 149. – Middleton: i.m., p. 422.

³⁷ Ezzel kapcsolatosan lásd: http://en.wikipedia.org/wiki/Soviet_invasion_of_Afghanistan

³⁸ A Talibán hatalomra kerülésének folyamatát lásd: Telesetsky: i.m., p. 294-296. – Shefali Desai: Hearing Afghan Women's Voices: Feminist Theory's Re-Conceptualization of Women's Human Rights, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1999: p. 818-820. – Middleton: i.m., p. 424-426.

mindennapos jelenség volt az emberrablás és a nemi erőszak. E kíméletlen cselekményeket az emberek származásukra, nyelvükre, vallásukra – vagyis nagyjából törzsi hovatartozásukra – tekintettel szenvedték el.³⁹

Afganisztán még jóval a talibok hatalomra kerülését megelőzően elfogadta a nők helyzetét érintő legfontosabb nemzetközi dokumentumokat, így többek között az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatát, a CEDAW-t, a Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmányát. A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezség-okmányának, valamint a Kínzás és más kegyetlen, embertelen vagy megalázó büntetések vagy bánásmód elleni egyezménynek pedig egyaránt 1995-ben lett részese az ország. Ezek a nemzetközi dokumentumok mind-mind olyan rendelkezéseket tartalmaznak, melyek a nők társadalmi, kulturális, gazdasági helyzetének stabilizálását, mindenféle visszaélés elkerülését, valamint a hátrányos megkülönböztetés megakadályozását hivatottak biztosítani, s melyeket a Talibán szisztematikusan megsértett. Ennek indokául egyszerűen annyit jelöltek meg, hogy ha bármely megállapodás, szerződés vagy egyezmény a sáriával (vagyis az iszlámok jogával) ellentétes lenne, akkor azt nem hajlandóak alkalmazni.⁴⁰

Érdekes azt már most leszögezni, hogy az alább ismertetésre kerülő esetek alapvetően az urbanizált, fejlett területekről származnak, mivel erre felé érezte legélesebben hatását a Talibán hatalomban megszilárdulása. Ennek többek között az volt az oka, hogy ezeken a területeken a tanárok többsége és az egészségügyi alkalmazottak közel fele nő volt, vagyis számukra a munka tilalma óriási korlátozásnak bizonyult. Az iskolai rendszer fejlett volt, és a lányok részt vettek legalább az alapfokú oktatásban, és az egészségügyi ellátás is biztosított volt. Szabadságjogaikat (például az utcán való sétálást) is sokkal szélesebb körben gyakorolhatták a városiak. Ezzel szemben vidéken a helyzet nem sokban különbözött a Talibán előtt és után, mivel itt a nők eleve alig jártak az utcán, tradicionálisan otthon tartózkodtak és a háztartási feladatokat látták el. Ha feltűnt az utcán egy nő, akkor az nagy valószínűséggel csak bevásárolni ment.⁴¹

A Talibán újra bevezette a fátyolkényszert, s ezzel együtt sok más olyan szabályt is, melyeket a városi afgán emberek addigra talán már csak hírből ismerhettek: így a nők csak férjük (vagy valamely közeli férfi rokonuk) társaságában és burqa-ban hagyhatták el a házukat, s otthonukon kívül nem is dolgozhattak.⁴² Mi több, a szent hónap (a ramadán) egyes periódusaiban egyáltalán nem léphettek ki az utcákra. Ha viszont az utcán sétáltak, akkor kötelesek voltak csöndben haladni, ezért nem nevelhettek vagy beszélhettek hangosan, sőt vérrokonaiikon kívül idegen férfiakkal szóba sem állhattak. A buszokon nem utazhattak, s taxiba is csak férfi társaságában szállhattak. Ha bármikor is megsértették e szabályokat, a nő mellett annak férjét és a taxisofőrt is megbüntették.⁴³

Ugyanilyen megalázó volt az, hogy annak a háznak az ablakát, amelyikben nő lakott, feketére kellett festeni, s éppígy, ha egy nő kocsiban akart utazni, akkor ezt csak olyanban tehette meg, amelynek – a szélvédőjén kívül – minden ablaka feketére volt festve.

A Talibán uralkodása alatt a nők és leánygyermeknek nem részesültek megfelelő orvosi ellátásban, hisz többek között már a kórházakba való eljutás is igen körülményes és nehézkes volt, de a Talibán egyben eltiltotta a doktorokat attól is, hogy érdemben foglalkozzanak a női

³⁹ Afganisztán etnikai berendezkedését – táblázatokkal együtt – lásd részletesen: Thier: i.m., p. 353-361.

⁴⁰ Middleton: i.m., p. 440.

⁴¹ Desai: i.m., p. 823-827.

⁴² A helyzet abszurditását jelzi, hogy az UNICEF jelentése alapján egy burqa ára közel kéthavi átlagkeresetnek (10 dollár) felelt meg 1997-ben, amire a nők tehető és segítőkész férfi-családtag és még inkább munka híján nehezen tehetek szert. Telesetsky: i.m., p. 296.

⁴³ Middleton: i.m., p. 442-443.

páciensekkel, mi több a férfi orvosok a szülést nem voltak hajlandók levezetni.⁴⁴ A nők egészségügyi helyzetét tovább rontotta a Talibán azon intézkedése is, mellyel 1996-ban bezáratta az ún. *hammamokat*, vagyis a nők nyilvános fürdőházait. Ez azért járt súlyos következményekkel, mert az afgán nők többsége az otthoni vízhasználat alacsony szintű kiépítettsége miatt kizárólag e helyeken juthatott ivó- és fürdővízhez.

A Talibán egyik legsúlyosabb korlátozásai közé tartozott az, hogy – biztonsági okokra hivatkozva – eltiltották a leánygyermekeket a tanulástól, a nemzetközi szervezetek által finanszírozott és otthoni viszonyok között létesített magánoktatási intézményeket pedig betiltották.⁴⁵

Éppígy – néhány kivételtől eltekintve – tiltott tevékenységnek számított a nők munkavégzése, ami csak tovább fokozta kiszolgáltatottságukat, hiszen így többek azért, hogy gyermekeiknek ételt vásárolhassanak, prostitúcióra kényszerültek.⁴⁶

A nők helyzetét talán a következő eset mutatja meg a legkegyetlenebbül. 1996-ban a Talibán egyik előljárója járművével halálra gázolt egy utcán sétáló nőt. A balesettel kapcsolatos vádakra az adott tartomány kormányzója a következőket reagálta: „Mindig mondtuk, hogy a nőknek nincs joguk elhagyni a házukat. Ha férfi lett volna, akkor most kivizsgálnánk az ügyet. Kiváló lecke ez a többi nőnek, nehogy elhagyják az otthonukat. A nőknek a helye otthon vagy a sírban van”.⁴⁷ Nem is meglepő, hogy az afgán nők néha nem találtak más kiutat e helyzetből, mint az öngyilkosságot, s a jövedelemszerzés egyedüli útjának gyakran csak a prostitúció tűnhetett előtük.

Ugyan eredetileg 1977-ben a szovjet megszállókkal szembeni tiltakozás céljából hozták létre az *Afgán Nők Forradalmi Szervezetét* (RAWA), az oroszok kivonulását követően új kihívással, a Talibán uralmával kellett szembenézniük. Harcukat a nők egyenlőségének előmozdítására Pakisztánból folytatták, s főleg az oktatás és az egészségügyi ellátás javítását tűzték ki zászlajukra. Ennek keretében demonstrációkat és sajtótájékoztatókat tartottak, oktatták a nőket, valamint kórházakat és iskolákat működtettek, s munkalehetőségeket teremtettek.

Felmerül a kérdés, hogy a nemzetközi élet hogyan reagálta e rémtetteket, melyet egyesek már egyenesen „nemi apartheidnek” bélyegeztek.⁴⁸ Egyrészt elmondható, hogy az ENSZ, nemzetközi nem kormányzati szervek és a média több fronton is harcot indított a humanitárius jogok – így a nők – védelmében és a nemzetközi dokumentumok betartatására, mindezek eredményességét azonban megnehezítette az a körülmény, hogy a Talibán kevés diplomáciai kapcsolatot létesített, sőt maga az ENSZ sem ismerte el legitim hatalomként. Másrészről viszont a világ vezető nagyhatalmának tartott USA sokáig egészen más érdekeket előtérbe helyezve járt el. Így tárgyalásokba kezdett például a nagy üzleti lehetőségekkel kecsegtető Közép-Ázsiát és Afganisztánt összekötő olajvezetékek építésével kapcsolatban, s a Bush adminisztráció csak a 2001-es terrortámadások – vagyis az őket ért csapás – hatására fordult közvetlenül szembe az Al-Kaidát támogató afgán vezetéssel. Emellett – Pakisztán, Szaúd-Arábia és az Egyesült Arab Emírátsok kivételével – a legtöbb iszlám állam is elhatárolta magát a Talibántól, többek között azért, mert szerintük a Korán több rendelkezését – így a nőkkel kapcsolatosakat is –

⁴⁴ A gyermekhalál aránya elborzasztó: minden 1000 újszülöttből átlagosan 166 igen fiatalon hal meg. Lásd: <http://en.wikipedia.org/wiki/Afghanistan>

⁴⁵ Ghasemi: i.m., p. 449-453.

⁴⁶ Middleton: i.m., p. 447-450. – A nők gazdasági helyzetével összefüggő kérdéseket lásd részletesen: Kathryn J. Webber: *The Economic Future of Afghan Women: The Interaction Between Islamic Law and Muslim Culture*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003: p. 959-992.

⁴⁷ Desphande: i.m., p. 197.

⁴⁸ Eve McCabe: *The Inadequacy of International Human Rights Law to Protect the Rights of Women as Illustrated by the Crisis in Afghanistan*, UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs, 2000-2001: p. 419.

félreértelmezve indokolatlanul hátrányos helyzetet teremtettek a társadalmukon belül, rossz szint vetve ezáltal az iszlám világ többi országára is.⁴⁹

A 2002-es év azonban újabb lényeges változást hozott Afganisztánnak. A 2001. szeptember 11-ei terrortámadások hatására az ország területén lezajlott katonai hadműveletek eredményeként immáron tényleges közelségbe került a 23 éve folyó harcok befejezése, amelyet az amerikaiak, majd a NATO felügyelete mellett folyó „demokratizálódás” hivatott biztosítani. Ennek lényeges elemeként említhető egy új, demokratikus értékrendet képviselő, azonban a helyi, iszlám körülményekre éppoly nyitott alkotmány elkészítésére irányuló mozgalom.⁵⁰

A nemzetközi várakozás az alkotmánytól az alapjogok rögzítése mellett ezek gyakorlati érvényesülését is elvárja, az alkotmányba épített és érvényesíthető garanciák révén, annál is inkább, mert bár a korábbi alkotmányok tartalmuk alapján nem lettek volna rosszak, azonban hiányzott azok gyakorlati érvényesülése, megkérdőjelezve ezzel azok legitimitását. A nők helyzetével kapcsolatosan Baer szerint a nemzetközi dokumentumokkal összhangban az alkotmányban kell szerepeltetni az egyenlőségre, illetve az esélyegyenlőségre vonatkozó jogot, mindenféle diszkrimináció tilalmát és az esélyegyenlőség tényleges megvalósítására tett pozitív intézkedések kötelezettségét.⁵¹

Az Alkotmányozó *Loya Jirga* 2004. január 4-én fogadta el az új afgán alkotmányt. Ennek második fejezete foglalkozik az állampolgárok alapvető jogaival és kötelezettségeivel. Több mint valószínű, hogy az első rendelkezés (22. cikk), mely megtilt mindenféle diszkriminációt, és kijelenti az állampolgárok törvény előtti egyenlőségét, szándékosan foglalkozik e kérdésekkel, fellépve az elmúlt időszak megalázásaival szemben. Emellett a 43. cikk rendelkezik a fiúk és lányok által egyaránt igénybe vehető, ingyenes, kétfokú iskolarendszer kiépítésének kötelezettségéről. Mi több, a 44. cikk a nők oktatásának előmozdításával kapcsolatos hatékony programok kidolgozására vonatkozó parancsot fogalmaz meg az állam irányába. Az alkotmány 48-49. cikkei a munkavégzés szabadságáról és a kényszermunka tilalmáról szólnak.

Az új alkotmány előírja, hogy az alsóházi (*Wolesi Jirga, House of the People*) választások alapján tartományonként legalább egy képviselői helyet nőnek kell betölteni.⁵² A Felsőház (*Meshrano Jirga, House of the Elders*) tagjainak harmadát az elnök tudósok és nagytudású emberek közül nevezi ki, amelynek 50 %-a nő kell, hogy legyen (vagyis összességében a felsőházi képviselők 1/6-oda). Mindezek ellenére azok a nők, akik részt szeretnének venni a választásokon, folyamatos erőszaknak és fenyegetésnek vannak kitéve. Ez a probléma azért létezhet még ma is, mert a Talibánt megbuktató személyek többsége a nőket illetően ugyanazon a véleményen van, mint a korábbi rendszer képviselői.⁵³

A nők küzdelme a jogaikért a mai Afganisztánban újult erővel tör felszínre. Annál is inkább, mert ahogy arra az Amnesty International is rámutatott egy vizsgálatában: az afgán nők helyzete nem változott számottevően az országban, aminek leginkább az lehet az oka, hogy a kormány nehezen tud Kabulon kívül az akaratának érvényt szerezni.⁵⁴ A Hamid Karzai vezette afgán kormánynak ezért jelentős lépéseket kell tennie e helyzet felszámolása és az alkotmány, azon

⁴⁹ Telesetsky: i.m., p. 300.

⁵⁰ Az alkotmánnyal kapcsolatos előzetes elvárásokat illetően lásd: Susanne Baer: Eine Verfassung für Afghanistan: Gleichberechtigung als Verfassungsziel, STREIT, 2003/4: p. 172-176.

⁵¹ Baer: i.m., p. 174.

⁵² Ez az alkotmány alapján minimum 32 női képviselőt jelentene, tekintettel arra, hogy Afganisztánban ennyi tartomány létezik.

⁵³ Ezzel kapcsolatban lásd: http://www.hrw.org/english/docs/2005/03/01/afghan10229_txt.htm és <http://www.hrw.org/campaigns/afghanistan>

⁵⁴ <http://hvg.hu/print/0000000004F0F42.aspx>

belül a nők egyenlőségére vonatkozó rendelkezések betartatása iránt. A nők helyzetét javítandó magánszervezetek is mozgalmakat indítottak, ilyen pl. a „Help Afghan Women”.⁵⁵

Felhasznált anyagok:

Publikációk:

- Alekozai, Sohalia:** Die Entwicklung der Stellung der Frau in Afganistan – historische, traditionelle und religiöse Aspekte, *STREIT*, 2002/4: p. 147-151.
- Baer, Susanne:** Eine Verfassung für Afganistan: Gleichberechtigung als Verfassungsziel, *STREIT*, 2003/4: p. 172-176.
- Desai, Shefali:** Hearing Afghan Women’s Voices: Feminist Theory’s Re-Conceptualization of Women’s Human Rights, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1999: p. 805-843.
- Desphande, Purva:** The Role of Women in Two Islamic Fundamentalist Countries: Afghanistan and Saudi Arabia, *Women’s Right Law Reporter*, 2000-2001: p. 193-204.
- Epiney, Astrid – Duttwiler, Michael:** Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und divergenzen, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 2004/1: p. 37-68.
- Ghasemi, Marjon E.:** Islam, International Human Rights & Women’s Equality: Afghan Women Under Taliban Rule, 8 *Southern California Review of Law and Women’s Studies*, 1998-1999: p. 445-468.
- Goldschmidt, J. E.:** *Anti-discrimination law in the Netherlands. Experiences of the first seven years*, www.cgb.nl/english/download/anti-discriminationlaw.pdf
- Kaszanits, Harald:** Bundesgesetz über die Gleichbehandlung, *Arbeits- und Sozialrechts Kartei*, 2003: p. 267-269.
- Kreile, Renate:** Scharia oder Pashtunwali? Der Einfluss des traditionellen paschtunischen Rechts- und Wertesystems auf die Geschlechterdiskurse in Afganistan, *STREIT*, 2002/4: p. 152-155.
- Lehoczkyné Kollonay Csilla:** *Amerikai sikertörténet – Európai változások, A női egyenjogúság a nemzetközi gyakorlatban*, in: A hátrányos megkülönböztetés tilalmától a pozitív diszkriminációig – A jog lehetőségei és korlátai, AduPrint – Indok, Budapest, 1999: p. 187-197.
- Mayr, Klaus:** Diskriminierung(en) aufgrund des Geschlechts, *Das Recht der Arbeit*, 2002: p. 66-72.
- McCabe, Eve:** The Inadequacy of International Human Rights Law to Protect the Rights of Women as Illustrated by the Crisis in Afghanistan, *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, 2000-2001: p. 419-460.
- Middleton, Shannon A.:** Women’s Rights Unveiled: Taliban’s Treatment of Women in Afghanistan, *Indiana International & Comparative Law Review*, 2000-2001: p. 421-468.
- Neuhold, Brita - Pirstner, Renate - Ulrich, Silvia:** *Menschenrechte – Frauenrechte, Internationale, europarechtliche und innerstaatliche Dimensionen*, Studien Verlag, Innsbruck – Wien – München – Bozen, 2003
- O’Connor, Sandra Day:** The Legal Status of Women: The Journey Toward Equality, 15 *Journal of Law and Religion*, 2000-2001: p. 29-36.
- Sayeh, Leila P. and Morse, Adriaen M., Jr.:** Islam and the Treatment of Women: An Incomplete Understanding of Gradualism, *Texas International Law Journal*, 1995: p. 311-334.
- Sturm, Elisabeth:** Die Änderung der Gleichbehandlungsrichtlinie, *Das Recht der Arbeit*, 2003: p. 83-88.
- Sturm, Elisabeth:** Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, *Das Recht der Arbeit*, 2004: p. 574-584.
- Telesetsky, Anastasia:** In the Shadows and Behind the Veils: Women in Afghanistan under Taliban Rule, *Berkeley Women’s Law Journal*, 1998: p. 293-305.

⁵⁵ Ezzel kapcsolatosan információk a <http://www.helpafghanwomen.com> internetcímről szerezhetők.

Thier, J. Alexander: Afghanistan: Minority Rights and Autonomy in a Multi-Ethnic Failed State, *Stanford Journal of International Law*, 1999: p. 351-388.

Webber, Kathryn J.: The Economic Future of Afghan Women: The Interaction Between Islamic Law and Muslim Culture, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2003: p. 959-992.

Wilhelm, Georg: Gleichbehandlung der Geschlechter, *Ecolex*, 1993: p. 77-79.

Periodikák:

Szerény esély, HVG, XXVII. évf./27. szám, 2005. július 9., p. 92-94.

Internetes oldalak:

<http://en.wikipedia.org>

<http://europa.eu.int>

<http://hvg.hu>

<http://www.bayefsky.com>

<http://www.constitution-afg.com>

<http://www.cgb.nl/english>

<http://www.helpafghanwomen.com>

<http://www.hrw.org>

<http://www.icsszem.hu/main.php?folderID=1052&articleID=3998&ctag=articlelist&iid=1&accessible=0>

<http://www.jamombud.se/en>

<http://www.konvent.gv.at>

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw>

http://www3.lrs.lt/pls/inter/w3_viewer.ViewTheme?p_int_tv_id=805&p_kalb_id=2&p_org=0

FREDY PAEZ*

“DERECHO ALTERNATIVO” Y PRACTICA COMUNITARIA

Abstract: Droit alternatif et les pratiques des communautés. Usage alternatif du droit et droit alternatif.

Le droit alternatif est née des revendications spécifiques des communautés, des formes d'auto organisation et justice propres et indépendantes. Le droit alternatif remet en question le monopole étatique de la production juridique. En ce sens, le droit alternatif a un contenu et une aspiration d'émancipation fondé sur les principes fondamentaux d'une justice politique de la reconnaissance (égalité, différence et participation) en ciblant non seulement les pratiques juridiques injustes et illégitimes produites dans le sein de l'Etat mais aussi celles issues de la libéralisation global du marché. Par conséquence, le droit alternatif a une caractère locale, régionale et cosmopolite. Dans ce texte, on va tout simplement s'occuper de trois aspects, d'abord, de la tradition théorique d'origine du droit alternatif ; ensuite, de la spécificité du droit alternatif au niveau latinoaméricain ; et finalement, de ses implication générales dans les débats sur la production et reconnaissance des droits (individuels et collectif).

Összegzés: Az alternatív jog és közösségi gyakorlatok. A jog alternatív használata és az alternatív jog

Az alternatív jog a közösségeknek az önszerveződés, valamint a megfelelő és független igazságszolgáltatás sajátos követeléseként született meg. Az alternatív jog a jogalkotás állami monopóliumát kérdőjelezi meg. Ebben az értelemben az emancipáció az alternatív jog tartalma és célja. Az emancipáció talapzata az elismerés politikai igazságosságának alapelvei (egyenlőség, különbözőség és részvétel). Nem csak az állam, hanem a piac globális liberalizációjából eredő igazságtalan és illegitim jogi gyakorlatokat is célba veszi. Következésképp az alternatív jognak lokális, regionális és kozmopolita jellege van. E szövegben mindössze az alternatív jog három aspektusával foglalkozunk: először is azzal az elméleti hagyománnyal, amelyből ered, majd latin-amerikai sajátosságával, s végül, annak az egyéni és kollektív jogok megalkotásáról és elismeréséről szóló vitákra kifejtett általános következményeivel.

I. “Uso Alternativo del Derecho” y “Derecho Alternativo”

El “Uso alternativo del derecho” en la época de los años 70's se incriminó dentro de las críticas marxistas más fuertes y consistentemente dirigidas contra los principios que informaban el positivismo jurídico. El positivismo jurídico o los positivismos jurídicos presentan varios elementos particulares y comunes entre sí. El derecho positivo excluye cualquier relación con la moral y la política lo cual implica dos aseveraciones, de un lado, el solo referente de su existencia y validez se encuentra en el derecho positivo mismo, dicho de otra manera, el sistema jurídico positivo es autopoietico. De otro lado, el derecho positivo excluye toda consideración valorativa en tanto que la existencia de un sistema objetivo de valores no se puede constatar, lo único que se puede constatar es el derecho existente. Para los positivistas como Kelsen el objeto de la ciencia del derecho son las normas, es decir, su objeto lo constituye el deber ser y no el ser. Por el contrario, el “Uso Alternativo del Derecho” partía de las contradicciones que al

* Kutató, Nanterre, Párizs X. számú Egyetem, Jog- és Politikatudományi Doktori Iskola, Kutatási terület: Jogfilozófia és általános jogelmélet, PhD: „Természetjog és liberális demokrácia. Az elismerés szerepe a multikulturális közösségi viszonyok kontextusában ”

interior del sistema jurídico evidencian las relaciones antagónicas de los distintos estratos sociales en su correlación de fuerzas, las conquistas democráticas y demás beneficios provenientes de las luchas de las clases desfavorecidas de la escala social.

Las contradicciones al interior del sistema jurídico, con fundamento en lo anterior, se reflejan en lagunas, vacíos, fisuras inherentes al mismo. Un “Uso Alternativo del Derecho” debía permitir la reflexión sobre cual sería el tipo de norma que se adecue a los intereses de las clases desfavorecidas y sobre cual el sustento de su interpretación.

El derecho positivo se considera como coherente y completo, negando así la existencia de lagunas o antinomias. En esos términos la función del jurista será la elaboración de los conceptos a partir del derecho positivo, donde la principal guía tendría un carácter sistemático como solución en busca de la coherencia global del ordenamiento jurídico por encima si fuere el caso, de una solución justa o ajustada a la realidad. La labor del jurista se haría extensiva a la búsqueda de la coherencia del sistema, de la resolución de las antinomias y a suplir sus vacíos. Por el contrario el “Uso Alternativo del Derecho” consideraba el ordenamiento como un sistema abierto, incompleto, con vaguedades y amplias lagunas, en donde se reflejan y reproducen las contradicciones en los ámbitos económico, político y social.

El “Uso Alternativo del Derecho” en Europa, como es sabido logro aglutinar, durante algunos años, sobre todo en España e Italia a una gran franja de la Judicatura y la Ciencia Jurídica en ese entonces comprometida con los valores y la ideología de izquierda, desde el punto de vista político. El contenido de esa práctica jurídica ha sido reemplazada y desarrollada por la cabida y puesta en escena de otras formas de pensamiento, condicionadas por la transformación específica de las relaciones sociales.

Factores de orden político determinaron la decadencia del “Uso Alternativo del Derecho” en Europa, así fue como en España el paso de la dictadura a la democracia, el consenso creado en torno a la constitución y un poder legislativo del cual podía predicarse era el representante de la voluntad popular, tras décadas de dictadura, influyeron substancialmente. En Italia el cambio de posición del partido comunista que a mediados de los setenta adoptó una política de gestión y defensa de las instituciones frente a posturas radicales, de derecha como de izquierda, llevando a una revalorización del gobierno mediante leyes frente a algunos experimentos que desestabilizaban potencialmente el derecho judicial, fueron elementos decisivos.

El factor fundamental de la decadencia fue el cambio ideológico del marxismo, la crisis, abandono y marginalización de la lucha de clases como proyecto político tendiente a la transformación radical de la sociedad capitalista.

Los principios que sirvieron de base al “Uso Alternativo del Derecho” aún entrada la crisis se puede decir que son patrimonio común de la cultura jurídica, que hoy sigue profundizando en el antiformalismo, el abandono del legalismo y la ampliación de los límites de la dogmática jurídica.

El “Uso Alternativo del Derecho” concebía el papel de sus partidarios como operadores jurídicos protagonistas del cambio social a través de la interpretación y aplicación progresista de la legalidad vigente que redundase en interés de las clases y sectores sociales más desfavorecidos. El “Uso Alternativo del Derecho” inspirado en el imaginario político proveniente de la izquierda asumía una interpretación del conflicto social propio de la misma línea.

Hoy por hoy tiende a hablarse de “uso garantista del derecho”¹, o uso democrático del derecho, esto significa que aquellos que operan con el derecho garantizan los derechos y libertades consagrados en la constitución, puesto que el papel del jurista progresista consiste en realizar

¹ Saavedra, M.: *Estado constitucional y Derecho alternativo*. In: *Teia Jurídica* (1998), p. 5.

una política de afianzamiento y desarrollo de los derechos humanos. Se evidencia una importante oposición entre autoritarismo y libertad, al igual que entre igualdad y privilegio.

La referencia de alternatividad en otros países como Francia, partía del punto de vista de la presencia de una marcada apatía jurídica por parte de los ciudadanos que consideraban el tratamiento judicial y su utilización como una gran muestra de incivilidad, lo que conllevaba incluso a politizar los conflictos de naturaleza jurídica.

Debido a la antigüedad del Estado Francés, se buscaron cambios a partir de una desreglamentación de las actividades sociales, es decir, se pretendía una escasa intervención del Estado en estas, pero a su vez se presenta un proceso de regulación o gerencia de las actividades económicas.² Paralelamente, se presenta un movimiento de autorregulación de la sociedad civil buscando dejar de considerar el Estado como regulador central de las actividades sociales.

Sin embargo, este proceso presenta algunas contradicciones debido a que la desreglamentación de la actividad estatal desencadena la judicialización de las relaciones sociales, esta regulación societal busca poner en marcha funciones como la policía, justicia y defensa que antes estaban en manos del Estado.

En resumen, se presenta un fortalecimiento de la sociedad civil pero con la permanencia del Estado en última instancia como agente de regulación. En un primer momento este movimiento en Francia se caracterizó por la iniciativa estatal para la creación de los nuevos mecanismos como “Le conciliateur” y la “Boite Postale”. En un segundo momento surgieron respuestas de la sociedad civil encaminadas no hacia el proceso de flexibilización de las actividades judiciales sino a recuperar el tejido componente de su propia sociedad. Se destacan en éste sentido las “*Boutiques de Droit*” (Tiendas de Derecho), asociaciones privadas que utilizan la mediación como un proceso societal para lograr la solución de diferentes litigios a través de un restablecimiento del dialogo entre las partes.

Sin embargo, a estas agencias se les critica debido a que no surgieron como iniciativa de la comunidad sino como propuesta de algunas élites intelectuales, además no se podría hablar de una respuesta alternativa de resolución de conflictos, ya que muchas veces el Estado las financiaba y las utilizaba como estrategia de legitimación. Es necesario entonces una verdadera integración de estas instancias a la comunidad para consolidar este objetivo.

Las agencias alternativas de justicia no debían tener apenas la función de corregir la disfuncionalidad del aparato judicial sino que, debían crear modelos de regulación social con miras a una mayor descentralización, un menor formalismo y una mejor adaptación a las realidades sociales. Proceso que efectivamente ya se venía dando hacia mucho tiempo en América Latina a partir de la movilización de las organizaciones sindicales, campesinas e indígenas producto de las dinámicas propias de un contexto que se forzó a reconocer el multiculturalismo y la pluridiversidad. En América Latina este germen de derecho se denominó “Derecho Alternativo” Comunitario a diferencia de la tendencia europea en la que primaba el “Uso Alternativo del Derecho”.

Estas dos tendencias se diferencian debido a la diversidad de su origen. La experiencia latinoamericana se desenvuelve en el ámbito de la crisis del capitalismo periférico y en las condiciones creadas por los regímenes militares de finales de los años 60, mientras que en Europa tiene su origen en el capitalismo desarrollado de las naciones industrializadas a partir de la misma década.

² Jaques, M.: *Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho*. (1997), p. 19. El texto pretende hacer énfasis en que debido a la consolidación del Estado francés durante toda su historia hasta su consolidación liberal republicana después de la revolución de 1789, las alternativas de desregulación y autoregulación de las relaciones sociales se consolidaron auspiciadas por él y solamente dentro del cuadro de su estructura.

También se diferencian, en que las dos corrientes implican prácticas distintas: la una, la europea reivindica al juez como protagonista de la justicia, mientras la segunda, la concepción latinoamericana no pretende tal reivindicación, busca que sea la comunidad quien adopte mecanismos para la defensa de sus propios intereses sea que estén reconocidos o no por el estado.

La concepción europea a su vez se preocupa mucho por la formación del jurista para evitar que determinados intereses se conviertan en derecho. Por otro lado, en Latinoamérica la preocupación se orienta en la educación de la comunidad, para que esta pueda participar directamente en la solución de sus necesidades y en la organización de una sociedad verdaderamente democrática; de esta manera se construye una concepción del derecho, en la cual se opera un tránsito desde el monopolio del jurista hacia la integración del conocimiento popular.

A pesar de las diferencias estas tendencias no son del todo antagónicas, aunque la tendencia latinoamericana centre sus esfuerzos en la comunidad, no deja de lado la formación de un cuerpo judicial independiente, como una manera de conseguir una sociedad más democrática.

El “Derecho Alternativo” entonces, podría describirse formalmente como un proceso de creación del derecho paralelo y en algunos casos opuesto a la creación estatal. ““Derecho Alternativo” significa la existencia de un fenómeno de pluralidad jurídica, en el que no necesariamente es verdadero lo inverso: no todo fenómeno de pluralidad jurídica constituye “Derecho Alternativo””³ .

El pluralismo jurídico debe entenderse según Oscar Correas como:

”La coexistencia de normas que reclamen obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos... con una norma de reconocimiento o fundante.”⁴.

También lo define Camilo Borrero como:

“La coexistencia de dos o más ordenamientos jurídicos para la regulación de la vida cotidiana de una determinada comunidad, localidad, región o nación, cada uno con específicos niveles de eficacia. ... El simple antagonismo de normas o costumbres aisladas, o sin posibilidad de integrarse en un sistema coherente y con pretensiones unitarias, no constituyen pluralismo...”⁵

Ese tipo de alternatividad será eficaz en la medida en que se puedan subvertir los valores que inspiran el sistema jurídico hegemónico e incluso esa hegemonía.

Muchos autores lo consideraban como una práctica jurídica paralela en la medida en que su horizonte está establecido por los valores y principios del sistema constitucional democrático. Debe este por lo tanto contribuir a la realización del estado constitucional por considerar la constitución como el marco que garantiza el proceso de participación equitativa de todos en la toma de decisiones colectivas.

En términos de German Palacio se determina esta idea al decir que: “Así es como al estado ya no se le concede más el monopolio de producción del derecho y las acciones políticas alternativas no se restringen a la lucha por el control del estado o del sistema político”⁶. Las acciones alternativas pretenden una crítica a partir de los intentos de ampliar el acceso a la

³ Correas, O.: *Teoría general del derecho y el derecho alternativo*. In: *Revista El Otro Derecho*, N° 5., p. 83

⁴ Correas, *ob. cit.*

⁵ Borrero, C.: El derecho como arma de la reconstrucción social. In: *Revista El Otro Derecho*. ILSA, (1995), p. 23.

⁶ Palacio, G.: *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (1993), p. 42.

justicia y las formas de “Derecho Alternativo”. Para el primer caso se pretende borrar los límites entre la sociedad y el estado mediante un “reconocimiento de la diversidad de modos de producción del derecho.” Y más adelante, continúa el autor: “...que cuestionan el peso que tradicionalmente se le ha concedido al estado y al derecho oficial” y por el otro, que las “formas del “Derecho Alternativo” en sus distintas versiones apuntan al desarrollo de nuevas formas de justicia ”⁷

II. El “Derecho Alternativo” latinoamericano una práctica comunitaria independiente

Ya la Escuela del Derecho Libre hizo mención en el siglo XX a la consolidación del paradigma del “pluralismo jurídico”. Esta concepción implicaba al lado del Derecho Estatal otros derechos u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquel, algunas veces de conformidad y otras en contra abiertamente del Derecho Estatal, pero en cualquier caso con independencia del mismo. Esta Escuela considera la existencia de un pluralismo social y un pluralismo jurídico, pues el derecho es manifestación propia de la vida de los distintos grupos sociales, los cuales, todos y cada uno puede disponer de un sistema jurídico particular. En este sentido el Estado es un grupo social más de los que crean derecho, con la particularidad de que se ha impuesto en la monopolización de su producción formal, mediante su fuerza coactiva. Pero, sostienen estos autores que el ámbito de lo jurídico es mucho más amplio que la expresión meramente estatal, sino que se hace extensivo a otros sistemas normativos de la vida social. En resumidas cuentas la Escuela del Derecho Libre tiene una concepción dualista del derecho: De un lado el Derecho del estado y del otro, el “Derecho Alternativo” denominado social o libre.

Gurvitch parte de dos ideas: la primera hace énfasis en el rechazo de la reducción del derecho al estatal, resultando la disyunción sociedad y estado. Y la segunda la defensa del principio del pluralismo jurídico y de existencia de un “Derecho social” de carácter extraestatal, contenido en sistemas existentes en asociaciones o grupos intermedios. Esta distinción da lugar a un tercer elemento defendido también por Ehrlich, el de la existencia de “hechos normativos” que como lo afirma Gurvitch son auténticas “fuentes de validez, esto es de positividad de todo Derecho”. Así para los dos autores mencionados estos hechos generados por las comunidades sociales tienen un carácter normativo. Estos hechos entonces generan al entender de Gurvitch el “Derecho social” basado en los fines, los valores y los objetivos defendidos por cada comunidad social.

Estos autores se esforzaron por defender la idea de la existencia de un derecho alterno al estatal. En un caso se habla del “Derecho vivo” o “vivido” o de Derecho libre, y en otro de un “Derecho social” de carácter extraestatal. De igual manera Duguit rechazaba todo tipo de formalismo jurídico. Basado en la idea de solidaridad social de Durkheim, afirmaba que el Derecho “es un producto natural del desarrollo social”. Duguit se limitó a constatar la existencia del derecho con anterioridad al derecho estatal; el cual reconoce e institucionaliza lo ya existente en la sociedad con el carácter de regla social. No por esto debe ser catalogada su postura como de reduccionismo sociologista.

Una distinción que es preciso determinar, habida cuenta del contexto colombiano, es la sugerida por lo definido como alternativo frente a lo definido como informal, a lo cual André-Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce consideran

“... lo alternativo puede definirse como aquella práctica o procedimiento de derecho propuesto o elegido deliberadamente por aquellos sujetos que han establecido un vínculo jurídico entre ellos, fuera de la esfera de regulación del derecho en vigor que sería normalmente aplicable a esta relación. Por informal se entiende toda práctica o procedimiento, de Derecho o nacido de la voluntad de los sujetos

⁷ Palacio: *ob. cit.*, p. 43.

afectados, que escapa a las formas ordinarias o extraordinarias fijadas por el Derecho en vigor aplicable a la hipótesis de que se trate”⁸.

Aunque esta distinción aporta elementos de juicio bastante amplios no logra demarcar claramente los límites entre una definición y otra, incluso tienden a confundirse entre sí.

Para lograr claridad al respecto, es necesario precisar lo concerniente a la disyuntiva entre Justicia Pública (Estado) y Justicia Privada, es decir, en primer lugar, la impartida por las instituciones encargadas de administrar justicia y que representan al estado en la solución de los conflictos surgidos entre los administrados y, en segundo lugar, la justicia impartida por los particulares de manera independiente. Disyunción ésta que, a la manera de Rodrigo Uprimny, es falsa, a ver por la presencia hasta ahora obviada del espacio social⁹, entre las dos, donde se forman los consensos y constituyen las identidades, son las formas sociales de resolver los conflictos, mediante los mecanismos de justicia comunitaria.

La incapacidad del Estado para resolver conflictos y sancionar delitos, según Uprimny, hace necesario fortalecer ciertos mecanismos en aras de la eficacia, entronizando el espacio de la justicia informal en este orden de ideas, con la intención de reducir precisamente ese halo de violencia que surca las relaciones sociales, y que le son provenientes de ese margen de justicia administrada por los particulares de manera arbitraria.

La evidente desconfianza generada por el aparato de estado entre los ciudadanos, permite entonces comprender la distinción entre una justicia administrada por el estado mediante los recursos legales destinados a la solución de los conflictos, es decir una justicia estatal y formal; una justicia informal caracterizada por escapar a los mecanismos ordinarios y extraordinarios del estado, pero que guardan una relación estrecha con los mismos, con la posibilidad de provenir incluso de ellos y que para el caso colombiano son los consagrados en la Constitución Política de 1991 (Jueces de paz y Conciliadores en equidad) y; una justicia alternativa establecida en las comunidades, creada por ellas fuera de la esfera de regulación del derecho estatal. Son formas organizativas autónomas que tienen por objetivo resolver las necesidades que en términos de justicia se muestran latentes e ineludibles. Lo alternativo sugiere la presencia de unos mecanismos anteriores al reconocimiento estatal y que han subsistido sin el reconocimiento de este, es decir mecanismos generados en el seno mismo de la comunidad.

Frente a los análisis teóricos y elaboraciones conceptuales del “Derecho Alternativo” se distinguen dos posiciones. La primera concibe las prácticas comunitarias ligadas a la dinámica estatal y con la presencia y el respaldo del derecho vigente. Concibe las prácticas jurídicas con capacidad transformadora del derecho vigente, como práctica judicial alternativa. La segunda concibe el “Derecho Alternativo” como práctica comunitaria independiente, que de por sí se constituye como práctica jurídica autónoma, como dinámica social autorregulada y posibilitadora de la transformación social y jurídica.

Dentro de esta concepción de la pluralidad jurídica se encuentran las manifestaciones del “Derecho Alternativo”, de un lado y el multiculturalismo y la pluridiversidad, del otro. Esta última expresión comprende evidentemente la pluralidad de discursos jurídicos desde el punto de vista de la diversidad cultural y hace relación directa con las minorías étnicas o comunidades de carácter nacional. Del otro lado el “Derecho Alternativo” comprende manifestaciones diferentes tales como aquellas sociales de las comunidades campesinas o urbanas que se organizan entorno a intereses comunes llegando justamente a incluir prácticas alternativas de justicia para la solución de conflictos, origen y resultado, de la dinámica propia su organización. Dos objetivos se persiguen a través de esta última forma de institucionalización. De una lado, se

⁸ Arnaud, A.-J. & Fariñas Dulce, M.-J.: *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III Madrid (1996).

⁹ Uprimny, R.: *Justicia social y construcción de consenso*. In: *Revista Pensamiento Jurídico*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (1999).

busca una forma de organización propia que haga frente a la ineficacia e ineficiencia de la intutucionalidad del Estado y que permita dar solución a sus necesidades más apremiantes. De otro lado, es una forma de resolver alternativamente los conflictos permitiendo el acceso a la modalidad de administración de justicia propia. Formas propias que no resulten tan onerosas y que hagan comprensible el conflicto en el seno de las relaciones sociales. El objetivo es visualizar el conflicto como dinamizador y posibilitador del desarrollo de la sociedad, excluyendo en lo posible el recurso a la violencia y en todo caso la destrucción del contradictor o una de las partes.

En Colombia las comunidades se han organizado para dar respuesta a la ineficiencia del aparato de justicia del estado, pero también y fundamentalmente para dar solución a las problemáticas de la dura realidad en el campo, no solamente producto del abandono, la distribución inequitativa de las tierras, la falta de políticas agrarias prácticas y reglamentaciones adecuadas, sino también de la violencia ejercida sobre la población tanto por las fuerzas militares como por paramilitares y guerrillas, la violación sistemática de los derechos humanos atentados directos contra la dignidad humana. De esta manera es como los indígenas se vienen agrupando en torno a organizaciones nacionales, regionales y locales (ONIC, CRIC, Cabildos, etc) y las organizaciones campesinas hacen lo propio, sea a través de asociaciones, gremios, sindicatos, juntas locales, etc. En cuanto a la justicia, del lado indígena tenemos los cabildos o las autoridades que cuentan con la anuencia tradicional de la comunidad y del lado campesino, las asociaciones autorizadas para resolver conflictos – un ejemplo es aquel de la ATCC (Asociación de Trabajadores Campesinos del Carare). Últimamente tanto los unos como los otros recurren a la figura de los Tribunales. Algunos con jurisdicción interna de administración de justicia y otros como Tribunales de Opinión que buscan denunciar y producir condenas morales más que jurídicas. Estos últimos han cobrado fuerza tanto al interior del país (Arauca, Barrancabermeja y en la región del Sur de Bolívar) como al exterior (Canadá, Angola, Francia, entre otros).

La cuestión por consiguiente sería la de si es necesario reconocer a estas comunidades su intutucionalidad? O, es que las comunidades indígenas y negras podrían ser titulares de derechos colectivos y culturales o solo basta con el reconocimiento de los derechos liberales de carácter individual? En esta parte final se pretende ilustrar la discusión en torno al debate liberal comunitarista en torno al reconocimiento de derechos culturales del punto de vista multicultural.

III. Derechos Individuales Vs. Derechos Colectivos

La discusión entre derechos individuales y colectivos recobra suprema importancia ahora más que nunca cuando se habla de la diversidad de culturas. En esa medida surge la controversia de si se deben reconocer estas diferencias culturales a las comunidades y si se reconocen por el Estado y la sociedad mayoritaria los derechos nacidos de su estructura cosmogónica, o simplemente por el hecho de los derechos individuales poseer un carácter universal no es necesario reconocer derechos colectivos.

Respecto de las minorías étnicas y los pueblos indígenas cabe la distinción propuesta por Boaventura de Sousa,¹⁰ donde las minorías étnicas, son definidas por su identidad cultural, apreciada en forma amplia - lenguaje, origen nacional, religión, raza, organización social. Con la característica de que las minorías lo son numéricamente como producto de discriminación, exclusión social o dominación en los países donde viven. En este sentido parafraseando al autor, los pueblos indígenas son minorías étnicas. Los pueblos indígenas son por lo general minorías numéricas salvo por Bolivia, Guatemala, Perú, Ecuador y norte de Canadá.¹¹

¹⁰ Boaventura de Sousa, S.: *Derecho y Globalisation*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho (1999).

¹¹ Zambrano, V.: *Etnopolíticas y Racismo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (2002), p. 173.

Estas identidades primordiales son consideradas para el Liberalismo, como residuos premodernos, obstáculo en la mediación política del Estado y los ciudadanos individuales, fundamento legítimo de la asociación política. Para el marxismo estas identidades primordiales, se enmarcan en la discusión surgida de la lucha de clases en el marco de las relaciones de producción, y eran vistas como interferencia para superar el desenvolvimiento de dichos procesos sociales.

Este debate entre los derechos individuales y colectivos se ha mantenido dentro la consideración de que los últimos son absurdos y superfluos, pues la protección jurídica colectiva es producto de la protección individual universal. Según esto los teóricos partidarios del liberalismo consideran que “los derechos pertenecen, en esos casos y en general, a los individuos y no a las entidades colectivas a las que estos pertenecen”.¹²

El paradigma liberal sufre una especie de aversión por los derechos colectivos que se encontrarían al interior de la diversidad de grupos sociales. A esto en Boaventura:

“Los derechos colectivos son vistos como amenazas al principio de soberanía y como combustible de las tensiones domésticas: perturbadores, en el nivel interno, de la obligación política que mantiene unidos a los ciudadanos y el Estado y, en el nivel internacional, del funcionamiento normal del sistema interestatal”.¹³

Esta discusión se traduce en la denominación de nación donde, la construcción del estado nación, la determino como monoétnica, posibilitando la conversión de la dominación étnica hacia el nacionalismo.

Kymlicka parte de que los principios del estado liberal son los de libertad individual, y los derechos de las minorías solo son consistentes con el respeto a la libertad y autonomía de los individuos. Defiende la idea de que la libertad encuentra sus bases en la autonomía de los grupos nacionales, partiendo del concepto de Barker. Kymlicka considera que el respeto a estos derechos de las minorías amplía la libertad individual, pues la libertad está íntimamente ligada con la Cultura. Pretende establecer “la conexión entre libertad y cultura”.

Pero como define una cultura Kymlicka para considerar en cierto momento a una colectividad como nación y como ente digno de reconocimiento? El autor parte de la definición de “Culturas Sociales”, “cuyas prácticas e instituciones comprenden toda la gama de las actividades humanas, abarcando la vida pública y privada”, estas culturas societales se asocian con los grupos nacionales.

Kymlicka considera necesario demostrar el valor de la libertad de elección como condición *sine qua non*, determinada por factores culturales, y como factores de pertenencia cultural integrados a los principios liberales.

La cultura societal es entonces:

“Una cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente, y se basan en una lengua compartida”.

Este concepto incluye además instituciones y prácticas comunes.

Consiguiente a esto, la libertad individual hace referencia a la posibilidad de elección, como la forma en que los individuos dirigen sus vidas, es decir, el concepto de vida buena que las gentes adoptan. La vida buena está determinada por dos factores, en primer lugar, la forma como

¹² Bobbio, N.: *Libéralisme et démocratie*. Paris: Les Edition du Cerf (1991), p. 56.

¹³ Boaventura de Sousa: *ob. cit.*, p. 35.

dirijamos la vida desde dentro, de acuerdo con las convicciones sobre lo que le da valor a la vida, para lo cual los individuos deben poseer los recursos y libertades suficientes para guiar sus vidas según sus creencias y valores sin temor de discriminación o castigo alguno. En segundo lugar, como condición previa, la libertad de cuestionar las creencias, examinarlas a la luz de cualquier argumento que la cultura proporcione. Así las cosas las personas eligen las practicas que conciernen a su entorno, en función de las creencias sobre el valor de esas practicas. La cultura proporciona las opciones, proporciona las pautas mediante las cuales se identifica el valor del cumulo de experiencias.¹⁴

A donde pretende llegar Kymlicka¹⁵ es al punto de que solo mediante el acceso a una cultura societal es posible que las personas puedan tener acceso a opciones significativas. La cultura tal como la concibe es un elemento necesario para el desarrollo individual, es el marco que define las actividades y comportamientos, y solo en esa medida el individuo puede optar. En conclusión la conexión entre libertad individual y cultura hace referencia a determinados derechos diferenciados en función del grupo.

Waldron considera que las culturas están aisladas y son impermeables a las influencias externas, las concibe como insulares y no abiertas a nuevas y diversas posibilidades, punto este que hace distinto su planteamiento. Conexo, considera que las culturas se han influido mutuamente, no siendo por eso fácil de identificar los limites de las mismas es decir no se puede identificar donde empieza una y termina otra. Waldron acepta las significaciones culturales que condicionan las opciones, pero rechaza que tales opciones del individuo provengan de una cultura concreta:

“del hecho de que cada opción debe tener un significado cultural no se sigue que deba haber un marco cultural dentro del cual cada opción disponible tenga asignado un significado. Las opciones significativas pueden llegar a nosotros como elementos o fragmentos de diversas fuentes culturales...”.

Kymlicka no niega la importancia que le da Waldron al intercambio cultural, pero a diferencia de este, considera que la interacción y aprendizaje aportan al enriquecimiento cultural y no constituyen amenaza a la pureza o a la integridad de la misma.

Waldron cree que las culturas son sistemas aislados que dificultan el intercambio, el proceso de enriquecimiento y diversificación cultural, Kymlicka considera las culturas como posibilidades abiertas de interacción y en esa medida, del individuo en particular, de optar de acuerdo a los referentes de su entorno, sobre lo que es o no conveniente siempre y cuando contribuya al enriquecimiento de su cultura.

Esto frente a las comunidades indígenas sugiere dos posiciones: la primera, interpreta el autogobierno de las comunidades indígenas como preservación de la “pureza” y “autenticidad” de sus culturas. Y la segunda, las culturas de las comunidades indígenas capaces de autogobernarse en constante intercambio y desarrollo cultural sin que esto desdiga y se oponga a su enriquecimiento y diversificación, partiendo eso sí del principio de libertad individual. Las culturas mayoritarias son las que propenden por mantener las comunidades indígenas como puras, y al referirse a la distribución de las tierras solo se las otorgan a las comunidades estructuradas y mantenidas herméticas, el resultado obvio es que las tierras que por años pertenecieron a los indígenas ahora van a quedar libres para los fines codiciados, esto sucedió en Brasil por disposición del gobierno. En Colombia sucede algo un tanto parecido al delimitar los territorios indígenas en resguardos, para posteriormente beneficiarse la clientela política de los beneficios de estas tierras baldías y fértiles.

¹⁴ Dworkin, R.: *La Comunidad Liberal*. Universidad de los Andes Colombia, comentarios de Cesar Rodriguez.

¹⁵ Kymlicka, W.: *Ciudadania Multicultural*. Paidós (1996), p. 25. Ilustración del debate entre los dos autores.

Las comunidades no entienden la naturaleza de su identidad como estática sino dinámica, por eso en el proceso de intercambio y transformación paulatina, exigen el derecho a emplear esos recursos tradicionales. En este orden de ideas, según Kymlicka, los principios de justicia liberal exigen determinados derechos diferenciados en función del grupo.

Boaventura de Sousa respalda la idea – la cual es la del presente texto – de que las comunidades indígenas han sido producto de la discriminación, incluso respaldada jurídicamente a lo largo de los años, por eso “los derechos étnicos deben ser concebidos y contextualizados, como derechos de pueblos y colectividades para poder proteger en forma adecuada, bajo la forma de derechos humanos, a los individuos que pertenecen a dichos pueblos y colectividades”.¹⁶ Stavenhagen agrega al respecto:

“los derechos colectivos que las minorías étnicas han estado exigiendo en todo el mundo tienen que ver con la supervivencia de los grupos étnicos como tales, la preservación de las culturas étnicas, la reproducción del grupo como entidad diferenciable y la identidad cultural vinculada a la vida grupal y la organización social.”¹⁷

Las protecciones a los derechos de las comunidades indígenas han sido variadas, reducidas a un mero papel sin significación y concreción real alguna para los indígenas, a ver por las violaciones y la destrucción o “Etnocidio” a que son sometidas cotidianamente. Con el reconocimiento de derechos culturales y colectivos de las comunidades no se pretende la sumisión de los derechos individuales a un tipo de concepción de la vida buena como se podría entrever de una concepción organicista – comunitarista – sino de una relación de interdependencia y complementariedad entre la autonomía privada y la autonomía pública. La idea de una contextualización de los derechos individuales de inspiración liberal obedece simplemente a la necesaria realización de los mismos dentro de un cuadro de representaciones específicas dadas por la cultura o al menos por las condiciones sociales necesarias para la subsistencia del individuo. Estas dos autonomías la privada y la pública juegan de manera constante e interdependiente una a favor de la otra recíproca y dinámicamente.

Es también esta la posición de la Corte Constitucional Colombiana a través de la jurisprudencia. Para la jurisprudencia tanto los derechos individuales como los colectivos hacen parte de la categoría general de derechos fundamentales consagrados en la constitución de 1991 y en esa medida son igualmente dignos de protección y garantía. El método propuesto para su interpretación coextensiva se hace por conexidad entre las dos modalidades. Pero frente a los esfuerzos por garantizar una cierta autonomía y reconocimiento progresista, las reacciones provenientes de sectores partidarios del integracionismo no se han hecho esperar.

Justamente hablar de “Derecho Alternativo” nos permite utilizar categorías mucho más amplias pero no por ello ilimitadas a la hora de reconocer la existencia de manifestaciones comunitarias alternativas más allá del solo fenómeno étnico analizado anteriormente. Estas mismas reflexiones en torno a la cultura de las comunidades indígenas sería prudente hacerlas para nuestro país en las comunidades campesinas y en las urbanas, como respuesta a perspectivas de organización y proyección de las necesidades. Si bien es cierto existen limitaciones por los procesos ancestrales de conformación de las culturas a la manera de las organizaciones indígenas, en Colombia las comunidades campesinas y urbanas en torno a la autoorganización y autodeterminación se han estructurado como procesos de emancipación que reclaman sus derechos, planean sus mecanismos de solución de los conflictos, diseñan las estrategias para

¹⁶ Boaventura de Sousa este punto de vista está perfectamente claro tanto en *Derecho y Globalización* (ob. cit.), como en *De la mano de Alicia* [Bogotá: Edit. Universidad de los Andes, (1998)].

¹⁷ Stavenhagen, R.: *Los derechos Indígenas*. Algunos problemas conceptuales. In: *Etnopolíticas y Racismo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, (2002), p. 160.

proteger el medio ambiente, crean los medios de cooperación económica de subsistencia y formas solidarias de participación.

Pokol Béla

Jegyzetek az erkölcs és a morál szerepéről a modern társadalmakban

A nehezen lokalizálható jelenségeket, intézményekkel csak kevésbé rendelkező „puhább” társadalmi jelenségeket csak állandó félreecsúsítások mellett lehet elemezni, így amíg lehet a társadalomtudósok igyekeznek elkerülni ezeket, különösen, ha megszokott vizsgálati tárgyaik pontosabb kontúrokkal és intézményekkel bőven adnak kutatási feladatokat. Számomra a jog, a politika, a tudomány és egy sor más alrendszer vizsgálatánál így került mindig háttérbe morál és az erkölcs vizsgálata, noha így háttérbe toltan mindig igyekeztem bevonni e tárgyak rész-aspektusait, például a jog esetében a szokáserkölcst vizsgáló William Graham Sumner „Népszokások” c. vagy Tárkány Szücs Jenő „A magyar népszokások” c. monográfiáit, de ugyanígy fontos volt számomra a normavilág egészére rátekintésnél Horváth Barna „Az erkölcsi norma természete” c. könyve. Ám ha az ember nem teszi közvetlenül vizsgálata középpontjába e jelenségeket, a rész-aspektusok megragadása - épp puhább jellegük miatt - szinte „lepereg” a vizsgálódóról, és oldalra sodródik. Az erkölcs és a morál egészének behozatalát e tanulmány elemzésébe ezek a korábbi tapasztalatok is ösztönözték.

Fogalmi tisztázás

Nézzünk meg először két eltérő megfogalmazást az erkölcs és a morál fogalmának jelentéséhez és használhatóságához a modern társadalom viszonyai között először az amerikai Alasdair Macintyre-től, majd a magyar Nyíri Tamástól:

„A latinban akárcsak az ógörögben, nincs olyan szó amelynek a mi „morális” szavunk pontos fordítása lenne, vagyis nem volt ilyen szó, amíg a mi „morális” szavunkat vissza nem fordították latinra. A „morális” etimológiailag természetesen a moralis-ból származik. De a moralis szónak, akárcsak görög előzményének, az éthikosznak - Cicero a De fatóban e görög szó fordítására használja a moralis-t - az a jelentése, hogy „a jellemhez tartozó”, ahol is az ember jelleme nem más, mint állandósult diszpozíciói, amelyeknek megfelelően szisztematikusan inkább így, mint úgy viselkedik, ezeknek megfelelően van sajátos életvezetése. A moral jelentése korai előfordulásaiban nem más, mint a latin moralis fordítása, majd használják főnévként is. Ez utóbbi értelemben egy irodalmi mű „moral”-ja a szöveg által adott gyakorlati tanítás. A moral szó jelentése korai használatában nem ellentétes a „bölcst”, az „önérdekű”, vagy a „legális” és a „vallásos” szavak jelentéseivel. Jelentésben valószínűleg egyszerűen a „gyakorlati” szóhoz áll legközelebb. További története során kezdetben többnyire az „erkölcsi erény” (moral virtue) kifejezés része, majd önálló predikátummá válik, miközben jelentése folytonosan szűkül. A 16. és 17. században veszi csak fél felismerhetően modern jelentését, és válik használhatóvá az imént említett kontextusokban. A 17. század vége felé használják először a legszűkebb értelemben, amikor is elsősorban a szexuális viselkedésre vonatkozik. Hogy következhetett be, hogy „erkölcstelennek lenni” annyit jelentett,

ráadásul speciális, idiomatikus használatban, hogy „szexuálisan szabadosnak lenni?” (Macintyre 1999:61.)

Nyíri Tamás az etika alapjainak tárgyalásakor így ír e témáról: „A latin *mos* - ebből ered a morál - alapjelentése „akarat”. Mégpedig elsősorban az objektív értelemben vett akarat, ami szokásban erkölcsben, törvényben nyilvánul meg. Távollabbi értelemben a *mos* jelentheti az egyén akaratát is, szemléletét és lelkületét, de mindig vonatkoztatva a szokásra, erkölcsre és törvényre. A magyar erkölcs szó - legrégebb előfordulása a 14-15. század körül - eredete ismeretlen (...) Az eddigiekből nyilvánvaló, hogy az erkölcs vagy morál az *ethosz* jelentésének felel meg, az elvont erkölcsiség vagy moralitás pedig ahhoz áll közel, amit az *éthosz* fejez ki: a cselekvés olyan minőségét, amely vállalja a jó iránti feltételen elkötelezettséget.” (Nyíri 2003:12-13.) Az *ethosz* és az *éthosz* eltéréseinek jelzése mögött az a különbség áll, amit egy közösség konvencionális erkölcsé és absztraktabb szintű eszmékben megtestesülő erkölcsi értékrendje szintkülönbsége jelent, mely utóbbi egyetemesebb, mint a konkrét szokáserkölcs. De az egyetemes erkölcs gondolatával szemben azért szkeptikus Nyíri: „Már említettük, hogy az erkölcs azoknak a szabályoknak és értékeknek az összessége, amelyet általánosan elismer és magára kötelezőnek tart valamely emberi közösség. (...) Az erkölcs ilyenformán történelmileg kialakult képződmény, szabályok összessége, amely nem vihető át minden további nélkül más csoportok tagjaira, s amely együtt változik az ember történelmileg kibontakozó szabadságfelfogásával (...) Mindaddig nem sikerült még részerkölcökből mintegy lepárolni az emberiség egyetemes erkölcsét. Nem azért mintha nem volna nagyon komoly egyetértés bizonyos alapértékekben és normákban, Nem nehéz belátni, hogy egyetlen erkölcs sem boldogulhat a szabadság, egyenlőség, emberi méltóság, igazságosság stb. eszméi nélkül. A probléma nem az általános szabályokból adódik, hanem alkalmazásukból (...) Miként alkalmazhatók az általános eszmék a különféle, történelmileg kialakult életformák és kultúrák kontextusában, azaz hogyan közvetíthetők a különböző klímájú, földrajzi helyzetű, vallási meggyőződésű, gazdasági fejlettségű, civilizációjú csoportoknak” (Nyíri 2003:17.)

A fogalmi megközelítések jelzésszerű bemutatása után kiindulópontként úgy foglalhatjuk össze az erkölcs fogalmát, mint a társadalom közösségének bevett meggyőződéseit, normáit és értékeit tagjai viselkedéseit illetően a jó és a rossz, illetve a helyes és a helytelen dimenziójában. Mivel a társadalomban felnövekvő egyén szocializálja ezeket a meggyőződéseket, normákat és értékeket ezek belső döntési meghatározókká válnak nála, és a lelkiismeretben összegződik ezek működése, büntudatot kiváltva az egyénben, ha az egyes szituációkban viselkedésében eltért ezektől, vagy jó lelkiismeretet biztosítva, ha ezekkel egyezően cselekedett, és ez megsokszorozza cselekvési energiáit. Az erkölcs mellett a „morál” kifejezést az egyes egyén erkölcsiségére, az erkölcsi renddel való egyezésére használhatjuk, így az egyéni morál és a társadalmi erkölcs ugyanannak a dolognak két oldalát jelenti, és attól függően, hogy melyik végéről közelítjük meg ugyanazt a kérdéskört, használjuk az egyik vagy a másik fogalmat.

Az erkölcs és a morál mai társadalmakban betöltött szerepét elemző írások egyik vitás pontja arra vonatkozik, hogy mennyiben maradt fenn még ma is egy társadalom erkölcsi normarendje, vagy ezzel szemben ez már eltűnt, és ma már csak absztrakt kulturális eszmék szintjén létezik a társadalom erkölcsé. Ez utóbbi álláspont egyik kifejeződése az ún. diskurzusetika, amely szerint a mai társadalom egyéneinek egy-egy szituációban maguknak kell „kitárgyalni” és definiálni az absztrakt eszmék alapulvételével és azok konkretizálásával, hogy mi a morálisan helyes magatartás az adott szituációban. Azt a magatartási szabályt, amit egy mai társadalomban kényszerűen követni kell, ma már nem az erkölcsi normák mondják ki, hanem a jog szabályai. A konvencionális erkölcs e nézet szerint már eltűnt, és míg a normavilág területén a jog mellett már csak a szakmai és az illemtörvények maradtak, az erkölcs absztrahálódott, és csak a kulturális eszmék szintjén fejtik ki hatásukat. Habermas megfogalmazásában: „...a poszt-tradicionális morál csak kulturális tudást jelent, míg a

jog ezen túl még az intézményes síkon is kötelező erővel rendelkezik. A jog nem csak szimbólumrendszer, hanem ezen túl még cselekvési rendszert is jelent” (Habermas 1992:137). Nézzük meg közelebbről e nézet helytállóságát.

Nem vitás, hogy a társadalom szélesebb tömegeinek magasabb iskolázottságával, a munka világa és az életkörülmények komplexitásának növekedésével az egyes egyének reflexívebben viszonyulnak a közösségeik felől feljük irányuló elvárásokhoz és viselkedési mintákhoz, mint az a tradicionális közösségekben a múltban lehetséges volt. Ezen a komplexebb társadalmi fokon a konvencionális erkölcsi-viselkedési szabályok absztrakt értékek és normák fényében megítélések alá esnek, és csak ha ezek fényében megfelelőnek tűnnek, követik az egyes emberek az ilyen elvárt magatartási mintákat. E mellett megfigyelhető, hogy az városiasodás következtében óriásivá növekedett komplexitás miatt egy sor szituációra már egyáltalán nincs pontos viselkedési szabály, és az embereknek maguknak kell kiválasztani a megfelelő magatartást. Ez az első ránézésre ’szabad döntést’ jelent, de ennek kereteit azért sokszorosan meghúzzák azok az absztraktabb normatív támpontok, melyek az adott közösség harmóniáját és funkcionálását védik tagjaik érintkezéseiben. Épp e szabad döntések - és naponta sok száz ilyen döntést kell meghozni egy-egy városi embernek - meghatározása történik meg az erkölcsi normák által adott keretek által. Nem viselkedhetünk „visszataszítóan” egy metrószerelevényben, nem foglalhatjuk el az egyetlen szabad helyet az idős embert függően megelőzve, aki alig áll a lábát, és még ezernyi erkölcsi norma létezik, amit ha valaki megsért, a környezete megvetést fejez ki iránta, és ha egy ismerőse egy ilyen cselekedetét látja, akkor „nem tekinti többé embernek”. A normálisan szocializált ember pedig büntudatot fog érezni, és több büntudat-érzést kiváltó viselkedése után minden külső helytelenítés nélkül, belső ösztönzéstől hajtva is az erkölcsi normák szerint fog cselekedni.

Fontos megjegyezni, hogy a nagyvárosi személytelenségben sokszor elesik a környezet helytelenítésének megnyilvánulása az erkölcsi normákból következő magatartás megsértése esetén - idegen emberre, főként felnőttre rászólni ezért kötekedésnek minősülne, és a rosszálló pillantások nem mindig jelentenek elegendő szankciót -, így ha fontos egy magatartási minta kikényszerítése, akkor a jogi normának és megsértése esetén jogi szankciónak kell belépni erre. Például a mozgássérültek autójának fenntartott parkoló helyekre közvetlenül az áruházak bejárata mellett másnak beállni erkölcsileg elítélhető magatartást jelent, de igazán visszatartó a nagyvárosi személytelenségben csak az lehet, ha jogi szabálysértési eljárás követi az ez ellen vétőt. A morálisan tudatos emberek azonban a jogi szankció fenyegetésétől függetlenül sem állnak be ilyen helyre.

Itt kell kitérni Lawrence Kohlberg erkölcsszociológiai felméréseire az egyes ember morális tudatosságának fejlődéséről. Kohlberg fő tézisei a következők: az erkölcsi ítéloképesség fejlődése függ az intellektuális fejlődés színvonalától, és ettől függ az erkölcsi ítélet érettsége is. Az erkölcsi fejlődés világosan elkülönülő szakaszokból áll, kezdetben az erkölcsi megítélés fejlődése a gyermeknél a büntetés elkerülésére irányuló igyekezettől és a külső tekintélyektől függ, de autonómmá válásával később ez megváltozik, és e fejlődés mindenkinél ugyanazokon a szakaszokon megy végbe, még ha nem is mindenki jut el a legfelső szakaszokig. Kohlberg egy több évtizedig tartó empirikus vizsgálatsorozatot indított el, melyben kis gyerekek fejlődését kísérte végig, mindig visszatérve ugyanannál a csoportnál évtizedenként az erkölcsi ítéloképesség fejlődésének állására. Ez alapján egy ötszakaszos sémát dolgozott ki: az első és a második szakasz prekonvencionális szint, itt csupán a külső tekintély, és a cselekvést közvetlenül fizikailag befolyásoló tényezők - büntetés, jutalom - a fontosak. A konvencionális szint a következő, ez a 3. és 4. szakasz, ahol a közvetlen következményektől való függés csökken, és a család, illetve más fontos csoportok elvárásait, mint kötelességeket követnek. Itt a „jó fiú”, a „kedves lány”, a „jó feleség” mintájából származó normákat mint kötelességet követnek már, függetlenül a közvetlen büntetéstől vagy jutalomtól, és ezen a szakaszon a mások véleményére való figyelés a központi fontosságú, így a sztereotípiák rabjai is

lehetnek ezen a szinten az erkölcsi ítélkezésben az emberek (3. szakasz), de a 4. szakaszon is - már átfogóbb eszmékkel felvértezve - a társadalmi rend és a tekintélykövetés a fontos. Végül a harmadik szint a poszt-konvencionális szint, az 5. és a 6. szakasz. Az 5. szakasz a társadalmi szerződések, a hasznosság és a személyiségi jogok erkölcsi ítélkezésben való érvényesítésének szakasza, ahol az emberek tudatában vannak az értékek és álláspontok viszonylagosságának, és megpróbálják kritikusan szemlélni a készen kapott normákat, és az egyének jogaiból kiindulva kritizálják ezeket, ha kell. Végül a 6. szakasz az elvi alapokon nyugvó „egyetemes princípiumok alapján való erkölcsi ítélkezés” szakasza. Ezt nem találta meg ugyan Kohlberg az empirikus felmérésében, csak feltette, hogy ez következik, mint legfelső szakasz. Igaz, hogy kritikusan ezt mint a liberális ideológiájából származó nézetet bírálták.

E szakaszok gyakorisága a felmérés szerint: az amerikai férfiak 60%-a tíz éves korukra a második szakaszra jutott, 26%-uk még az 1. és 14%-uk már a 3. szakasz szerint volt jellemezhető. De 18 éves korra az 1. szakasz már teljesen eltűnt, és 20% lett a 2. szakasz gyakorisága, illetve 58% a 3. szakaszé, és 20% a 4. szakaszé. Később, 30 éves korukra a vizsgáltaknál eltűnt mind az 1. mind a 2. szakasz, és 31% lett a 3. szakasz és 60% a 4. szakasz szerinti jellemzők aránya, és 7% lett az 5. szakasz szerinti jellemzők aránya. (lásd Váriné Szilágyi Ibolya 1994:61) Váriné Szilágyi Ibolya megjegyzi, hogy már a 4. szakasz aránya is a valóságosnál magasabbnak tűnik, és ez azért lehet, mert Kohlberg mintájában nagyon sok volt a középosztálybeli és felsőfokú végzettséggel rendelkezők aránya, és ténylegesen a teljes amerikai férfilakosságban ez nem áll meg. Kohlberg sémáját leellenőrizték Törökországban, Tajvanon és Mexikóban szintén longitudinális vizsgálati módszerrel, és az eredmény az volt, hogy az első négy szakasz mindenhol megtalálható, de az 5. szakasz csak a nagyvárosi életben élők közül azoknál, akik még ráadásul magasan is képzettek. Vagyis más kultúrákban és más oktatási rendszernél az 5. szakasz sem létezik. Még egy kritika, hogy ez a modell túlhangsúlyozza a racionális gondolkodás szerepét a morális fejlődésben, és az érzelmeket és kötődéseket leértékeli a valóságos hatásokhoz képest. Továbbá fontos tudni, hogy később Kohlberg részben maga is korrigálta a konvencionális erkölccsel szembeni lekezelő álláspontját, de korai és váratlan halála megakadályozta az alaposabb revízióban.

Kohlberg felméréseiből tehát nyilvánvaló, hogy ténylegesen létezik a mai társadalmakban is konvencionális erkölcs, és az emberek nagyobb tömegei számára ezek fontosak a magatartási minták formálásában. A realitást elvétő „intellektualizmus” az, ha a társadalom, képzettségben legfelső néhány százalékát kitevő szellemi elit reflexívebb viselkedési és gondolkodási mintáit terjesztjük ki a teljes társadalomra. Nem vitás azonban, hogy erre az elméleti hibára van egy ösztönzés hatalmi-politikai szempontból is, mivel az utóbbi évtizedekben érezhető egy küzdelem az európai és az amerikai társadalmakban, amely során a helyi társadalmak erkölcsi normáival szemben egy átfogóbb emberi jogi normarendszerre hivatkozva sokszor elvetendőnek minősítik az előbbit, és az egyes országok jogi szabályait is olyan irányba kényszerítik, amely szemben áll az adott közösség erkölcsi támpontjaival.

Ezt a küzdelmet akkor tudjuk megérteni, ha látjuk hogy az elmúlt évtizedekben a nyugati világban egy olyan gazdasági és uralmi rendszer kezdett kibontakozni, amely az egyes nemzeti társadalmak felett szerveződik meg mind erősebben (lásd részletesen ehhez: Pokol 2005).. Ez a változás egy sor küzdelmen keresztül alakult ki, és a helyi társadalmakon belül működő tőkés csoportok felett azoknak a tőkés csoportoknak a győzelmével végződött, melyek a nemzetállami határok lebontását és a helyi politikai demokrácia helyett a globális piac szervező erejét tették a társadalmi működés középpontjába. E globális gazdasági és uralmi rend felé törekvés másik irányát jelentette a nemzeti társadalmak belső szolidaritásának és erkölcsi normarendjének elporlasztására irányuló küzdelem. A kulturális és a tudományos szférában hegemon pozíciókat szerzett globális csoportok befolyásának (alapítványainak, ösztöndíjrendszereinek stb.) a számlájára is írható azoknak az etikaelméleteknek

és morálfilozófiáknak a széleskörű terjesztése, melyek mint ósdi maradványt vetik el a nemzeti társadalmak konvencionális erkölcsét, illetve ennek általános értékeit és normatív támpontjait, és ezek helyett az absztrakt emberjogi eszmék globális szinten kialakított kódexeit állítják be mérvadónak.

Niklas Luhmann moráleméletének kritikája

A modern társadalmak átfogó szerkezetének, benne az erkölcs és a morál szerepének megértéséhez érdemesnek tűnik Niklas Luhmann elméletéből kiindulni, és ennek kritikáján keresztül keresni az itt felmerülő kérdésekhez a megfelelő válaszokat. Luhmann a modern társadalom funkcionális differenciálódását tartja szem előtt, és a mai állapotok tekintetében a funkcionálisan differenciálódott társadalom keretei között veszi szemügyre a morál szerepét. Nézzük meg először az ide vonatkozó legfontosabb megállapításait: „Ich verstehe unter Moral eine besondere Art von Kommunikation, die Hinweise auf Achtung und Mißachtung mitführt. Dabei geht es nicht um gute oder schlechte Leistungen in spezifischen Hinsichten, und etwa als Astronaut, Musiker, Forscher oder Fußballspieler, sondern um die ganze Person soweit sie als Teilnehmer an Kommunikation geschätzt wird. Achtung und Mißachtung wird typisch nur unter besonderen Bedingungen zuerkannt. Moral ist die jeweils gebrauchsfähige Gesamtheit solcher Bedingungen. Sie wird keineswegs laufend eingesetzt, sondern hat etwas leicht Pathologisches an sich. (...) Der Bereich der Moral wird hiermit empirisch eingegrenzt und nicht etwa als Anwendungsbereich bestimmter Normen oder Regeln oder Werte definiert”. Még jelzi hogy Parsons az „Achtung” értelmében használta az „esteem”-et, az „approval”-tól elkülönítve, és innen merítette ő is morál megbecsülés/megvetés kódját (Luhmann 1990:25).

Az első megjegyzés ehhez, hogy ezzel Luhmann negatívra leszűkíti már a kiindulópontokban a morál szerepét, csak ha „baj van”, sértés, akkor merül fel a morális megítélés. Ezzel pedig a pozitív irányú morál-teljesítményeket, pl. a szolidaritást és ami ezzel összefügg eleve kimetszi a morál vizsgálatából. Másrészt szűkít azzal is Luhmann, hogy csak a futó kommunikációban résztvevők esetében látja a morális megítélés lehetőségét és nem a tartós intézményekben megtestesülve, ami a módszertani punktualizmusa következménye lehet. Később még pontosítja az ebben a értelemben beszűkített felfogását: „Empirisch gesehen ist moralische Kommunikation nahe am Streit und damit in der Nähe von Gewalt angesiedelt” (26.)

Luhmann egy másik jellemző megállapítása, hogy a differenciálódott funkcionális alrendszerek már a morális kódon kívül, „egy magasabb amorális szinten” vannak. Így nincsenek befogva a morálba, és nincs közöttük morális integráció sem, vagyis a társadalom többé morálisan már nem integrálható: „Vor allem muß zugestanden werden, daß keines der Funktionssysteme durch Moral in das Gesellschaftssystem eingebunden werden kann. Die Funktionssysteme verdanken ihre Autonomie einer jeweils verschiedenen Funktion, aber auch einer je besonderen binären Codierung (..) In keinem dieser Fälle können die beiden Werte dieser Code mit den beiden Werten des Moralcodes kongruent gesetzt werden (...) Also muß eine in Funktionssysteme differenzierte Gesellschaft auf die moralische Integration verzichten. Aber zugleich behält sie die kommunikative Praxis bei, Menschen durch Konditionierung von Achtung und Mißachtung als ganze Personen anzusprechen (...) Moralische Inklusion also wie gehabt, aber ohne moralische Integration des Gesellschaftssystems.” (28.)

A morál tehát azoknak a kommunikációknak az összessége, melyekben a megbecsülés és a megvetés feltételeinek szabályai (kondicionálásai) meghatározásra kerülnek. Ez nem mint speciális

szerepet betöltőknek, hanem mint az egész személynek a megítélésére megy ki. A morális felhang bevetése egy kommunikációba azt jelenti, hogy az ember magát is mint egész személyt, mint az egész személyi identitását veti be, vagyis ezzel élesíti a vitát, mert a másikat is mint egész személyt vonja be a kommunikációba. Ez élezi a konfliktust, mert ebből csak teljes döntésekkel lehet visszahúzódní. „Es fällt dann schwer, den Rückzug anzutreten und das als leere Hülse hinterlassen, was vorher als eigene Identität aufs Spiel gesetzt hatte” (Luhmann 1989:370.). Fontos felhívni a figyelmet, hogy Luhmann itt a morál bevetését a kommunikációba, mint a teljes egységes személyi identitás bevetését jelzi, így a morál mint a teljes személy identitása is megjelenik-becsúszik ebben a megfogalmazásába implicate!

Az etika – noha művelői a tudományhoz akarják sorolni - Luhmann szerint a morál kódja alá tartozik, annak a reflexiós elmélete, így mint a jogban a jogdogmatika szerepét lehet ezt jelezni, és lehet ezt tovább vinni gondolatilag. Igaz a jog részrendszerként és belül professzionálisokkal el tud különülni, szemben a morálnak nem lehetnek professzionálisai. (Egy-egy morális példakép, aki elvei melletti kitartása miatt a kópádon, a keresztfán végzi, vagy csak félresodort életre szorítottan él, lehet morálisan kiemelkedő, de őt sem lehet a morál professzionalistájaként felfogni!)

Egy másik jellemző Luhmann morál- és társadalom felfogásában a mindennapi élet területének elvetése a funkcionálisan differenciálódott társadalomban: „Denn dann gibt es jene multifunktionale Einheiten nicht mehr, denen der Einzelne voll und ganz angehören, in denen er leben kann”. Ehhez képest fel lehet vetni, hogy minden professzionális alrendszerben a specifikált kommunikációk között és a résztvevők között szövődnek olyan multifunkcionális kapcsolatok és kommunikációk, amelyben megjelenik az egész személy is tendenciájában, és a sokmillió, professzionális keretek közötti mindennapi kapcsolatok által kialakított normatív támpontok, az interakciók révén a családban, a szomszédságban, a baráti társaságokban még stabilabb alapot kapnak. De főleg a gyerekkori szocializáció éveiben döntően még így viszonyul a gyerek a legtöbb szituációban, és ítéli meg teljes személyiségében a vele kapcsolatba kerülőket, és ekkor szocializálódik bele az erkölcsi értékkerete, és erénykövetési készsége.

Luhmann korholja a morálteoretikusokat, hogy nem akarják feladni a társadalom morális integráltságának tézist (Luhmann 1989:402.). Ezzel kapcsolatban fontos kritika lehet Luhmann-nal szemben, hogy mivel ő csak a világtársadalmat fogadja el ma már társadalomnak, itt tényleg nem lehet morális integráció. De ha a professzionális rendszerek világ egészében való szerveződése mellett a mindennapi élet társadalom-részt szűkebben ragadjuk meg fogalmilag, akkor itt már lehet civilizációs körön belüli közösségeket, vallási, nemzeti és más morális közösségeket megragadni.

Luhmann kritikája a diskurzusetikáról figyelemreméltó: „Eine andere Lösung reicht vom politischen Liberalismus bis zur modernen Diskursethik. Sie besteht im Prinzip darin, Teilnahmebedingungen moralisch zu neutralisieren, sei es unter der Firma der Autonomie des Subjekts, sei es durch die verfassungsmäßig gesicherte Neutralität des Staates im Hinblick auf moralische Ideen, mit denen Private sich identifizieren” (426.) Vagyis a politikai liberalizmus és a diskurzusetika egyszerűen megszünteti a megbecsülés és a megvetés szabályozását, és csak a jó és a rossz kódokat hagyja meg, de ennek szabályozása helyett a véleménypiacra bízza a keretek megadását vagy az uralommentes diskurzus mindenkori eredményeinek szolgáltatja ki. Ezzel azonban elvágják az alapokat a morálnál, hisz annak lényege éppen a feltételek megadása az egész személyt érintő megbecsülésnek és megvetésnek - mondja Luhmann.

Álljon itt Luhmann-nak egy érdekes megoldása arra a téziséhez, hogy a differenciálódott alrendszerek között nem lehet morális integráció: „Indifferenz heißt also nicht, daß Moral für Operationen der Funktionssysteme keine Bedeutung hätte. Indifferenz heißt nicht: vollständige

Immunisierung gegen Infektion durch Moral. Wie Bakterien im Körper mag auch die Moral in den Funktionssystemen eine Rolle spielen. Nur richtet sich die Art und Weise, in der dies geschieht, nicht nach einem gesellschaftseinheitlichen Metacode, sondern nach den Strukturbedingungen der jeweiligen Funktionssysteme” (431.) Még a következő oldalon annyi funkciót ad a morális kódnek az alrendszeren belül, hogy ha baj van a saját kóddal, azt sabotálják, akkor jelenik meg a morális kód szerinti kommunikáció. Pl. ha a bírót megvesztegetik, vagy a tudományon belül a tézist alátámasztó adatokat meghamisítják a siker érdekében stb. „Man kann diese Beispiele zu der Regelhypothese verdichten, daß die Funktionscode überall dort, wo sie auf „unsichtbare” Weise sabotiert werden können und deshalb auf Vertaruen angewiesen sind, auf Moral zurückgreifen. Aber das ist keineswegs der einzige Punkt, an dem Moral in Funktionssysteme eindringen kann. Es gibt zahlreiche, oft ganz zufällige Koinzidenzen, die dann aber mit codeabhängigen Operationen ausgenutzt werden können” (432.).

Vagyis az egyes belső kommunikációkban a morális kód mint egy baktérium ráakaszkozik és formálja a specifikált funkcionális kommunikációt. Igaz, dehonesztáló hasonlattal és a pozitív érték nélkül, de itt csak elismeri így Luhmann az alrendszeren belüli morális hatásokat. Ezt máskülönben elvei ellen kell, hogy legyen, mert sokszor leírta – főként a Zwölfte Kamel-ben – hogy a politika kódja mindenre rá akar akaszkodni mint egy parazita... Itt a morál kódja esetén nem ennyire elvető, de azért ez a megjegyzése csak lóg a levegőben. Én lényegében az előbb leirt megjegyzéseimben a mindennapi élet mellett az alrendszeri belső kommunikációkban pozitívan írtam le a morál szerepét, ami hozzájárul a személy morális tartásának reprodukciójához. De főként Habermas elemezte ezt kitűnően az életvilág elemzéseivel Luhmann-nal szemben. Ehhez a kérdéshez álljon itt egy személyes beszélgetésem e témában Luhmann-nal, amikor ösztöndíjasként Bielefeld-ben voltam 1989-ben mellette. Akkor Luhmann azt válaszolta nekem, amikor az egyetemi szférán belül a gazdasági kalkulációk alrendszerbeli helyét kérdeztem tőle, hogy az nem a tudomány, az a gazdaság, és minden pillanatban a kódhasználat dönti el, hogy egy kommunikáció mely alrendszerhez tartozik. *Vagyis nincsenek tartós funkcionális alrendszerek, csak a pillanatnyi kommunikáció kódja dönti el, hogy hová tartozik az adott kommunikáció, és egymás után az alrendszerek sokasága jelenhet meg és tűnhet el a kódváltásokkal.* Ez alapján azt lehet mondani, ha a morális kódot használják, akkor az nem lehet már más alrendszeren belül, annak kódjára „nem akaszkothat rá mint a baktérium” a morális kód. Luhmann tehát vagy ott rögtönzött, vagy itt, bár az ott elmondottak jobban belevágnak az autopoietikus-pillanatnyi alrendszer koncepcióba, mint az itteni képből következő.

Elemezett 1989-es tanulmányában a morál részrendszerré szerveződésének „képtelenségét” említi, és miután leírta, hogy az etikák rendszerint csak a jóval azonosítják magukat, és retusálják a gonoszt, és ha nem ezt tennék, akkor őket ítélnék meg gonosznak. Ezután jelzi, hogy ez a morál részrendszer-képtelenségéből ered: „Diese Reflexion ist jedoch nicht schlichtweg ein Fehler, der schleunigst zu korrigieren wäre. Die Erklärung dafür lautet: daß die Moralreflexion nicht als Teilsystemreflexion durchgeführt werden kann. Moral ist eine gesellschaftsweit zirkulierende Kommunikationsweise. Sie läßt sich nicht als Teilsystem ausdifferenzieren, nicht in einem dafür bestimmten Funktionssystem derart konzentrieren, daß nur in diesem System und nirgendwo außerhalb moralisch kommuniziert werden kann. Durch Ausdifferenzierung eines Normbezugs entsteht ein Rechtssystem, kein Moralsystem” (434.) „Eine Reflexionstheorie der Moral, sie mag weiterhin „Ethik” heißen, kann nicht auf Teilsystembasis entwickelt werden, sondern nur auf Grundlage einer Theorie der Gesellschaft” (435.)

Még egy fontos megjegyzése, amely a morált csak a személyekre vonatkoztatja, de a csoportokra, nagyobb közösségekre ezt kizárja: „Über Moral wird jedoch die personale Attribution zementiert. Moral beruht ja auf Zuweisung von Achtung und Mißachtung an Personen. Da diese Zuweisung konditioniert (geregelt) sein muß, sind Generalisierungen möglich; aber diese beziehen sich immer

nur auf die Bedingungen bzw. Regeln der Verteilung von Achtung und Mißachtung, nie auf ganze Gruppen, Völker oder sonstige Aggregatbegriffe” Az ehhez fűzött lábjegyzetben folytatja: „Daß dies auch vorkommen kann, soll nicht bestritten werden; aber es handelt sich dann deutlich um funktionslose „survivals” oder um dagegen entwickelte Empfindlichkeiten.” (442.)

Az erkölcs és a morál lehetősége a modern társadalmakban

Luhmann-nak abból a megállapításából kiindulhatunk, hogy a morál esetén az egyes egyén egésze, teljes személyisége felmerül, szemben a modern társadalmak legtöbb intézményével, melyek csak egy-egy aspektusban vonják be az embert mint jogászt, mint újságíró, mint tudóst, vagy ügyfélként, mint nézőt, páciens. De a luhmanni társadalomelméletből következő többi megállapítást a morálra csak kritikával vehetjük át.

A legelső probléma, amit meg kell oldani, a morál és az erkölcs elhelyezése a funkcionálisan differenciálódott társadalomban. E probléma megoldásánál abból a korrekcióból lehet kiindulni, amit a luhmanni társadalomelmélet kapcsán a korábbiakban megtettünk (lásd Pokol 2004:71-200). Ezek közül most az a kettős változtatás a fontos, amellyel először kettéosztottuk a társadalom rendszerszintjét a diffúz kommunikációik millióit összefoglaló mindennapi életre és az ebből kiszakadó professzionális funkcionális alrendszerekre. Míg a mindennapi kommunikációkban az egyes résztvevő jellemzően inkább a teljes személyiséggel vesz részt, és ezen belül az intim-érzelmi közösségekben (családi, baráti, szomszédági közösségek) különösen ez a helyzet, addig a professzionális tevékenységekben - akár mint professzionálisan teljesítő, akár ügyfélszerepben - tendenciájában egy-egy szerepre redukáltan, a teljes személyiség többi részének fegyelmezett visszaszorításával vesz részt. Így látható, hogy e megbontás után az erkölcs és a morál teljes személyiséget érintő jellemzője a mindennapi élet intézményei között minden probléma nélkül helyt kaphat. Luhmann e megbontás nélkül nem tud mit kezdeni a funkcionálisan differenciálódott társadalomban ezzel a kérdéssel. E megbontás másik oldala, hogy így felszabadul az út annak észleléséhez, hogy míg a funkcionális alrendszerek valóban egyre inkább a világ egészébe ágyazódnak bele, mint világgazdaság, világ-tudomány, világirodalom, világ-jog stb., addig a diffúz mindennapi élet közösségei és kommunikációi ennél szűkebb közösségek szintjén, mint a civilizációs körök (nyugati iszlám, kínai, hindu stb.) közösségei, ezen belül egyes civilizációs körökben a nemzeti-etnikai társadalmak szintjén levő szerveződésként léteznek. Luhmann ezt nem észlelve - fogalmi distinkciói által eltakarva - vetette el a társadalom erkölcsi integráltságának lehetőségét, ugyanis az ő világtársadalma ily módon tényleg nem integrálható. A jórészt mindennapi élet struktúráin szerveződő és a professzionális alrendszerek (Luhmann-nál: funkcionális alrendszerek) szintjén csak visszaszorítottan létező nemzeti társadalmakban és civilizációs-vallási közösségekben azonban erőteljesebben megmaradt az erkölcsi integráltság, és ennek meghatározó mechanizmusai az egyéni cselekvések és gondolkodás felé.

Ebből a korrekcióból egy sor ponton más irányba tudunk lépni, mint ahogy az Luhmann számára lehetséges volt.

1. Nemcsak az egyéni kommunikációkban jelenik meg a „teljes egyént” involváló morális kommunikáció, hanem tartós intézmények is létrejönnek ehhez, mint a nemzeti identitás intézményei: a zászlók, himnuszok, kollektív rítusok az ezekkel való egyesülésre - a tömeges

himnuszéneklés felemelő élményei ünnepekkor, tömeges sportrendezvényeken, amelyek visszatérően megerősítik a résztvevőkben a teljes személyiségük nemzeti identitását, vagy a vallási és kulturális közösségi találkozóknál más identitások megerősítése (pl. az istentisztelet), mely tendenciájában szintén a teljes személyiségen rajta hagyja meghatározó erejét. A teljes egyént meghatározó identitások pedig közvetlenül meghatározzák az egyén morális választásait, értékeit és normatív támpontjait. Egyáltalán: a teljes egyént diffúzan érintő ösztönzőknek és kommunikációknak mindig van a morális tartásra és a társadalom erkölcsi reprodukciójára is kihatása, így a mindennapi élet diffúz intézményeinek szerepe a morál és az erkölcs működésében könnyen beláthatóvá válik.

2. Ebből következik, hogy az egyénen túl átfogó csoportok és népek erkölcsi-morális megítélése is állandóan felmerül, méghozzá a saját nemzeti, vallási közösség, kulturális közösségek, helyi patrióta közösségek stb. pozitív, míg a többiek negatív megítélése. A szolidaritás csak ilyen negatív beállítódásokkal együtt helyezhető el a modern társadalmakban, és Luhmann ezt épp a világtársadalomhoz ragaszkodása miatt nem tudta hová tenni. A szűkebb, partikulárisabb közösségek szintjén levő szolidaritásokkal tehát együtt jár az ettől eltérő partikuláris közösségekkel és tagjaikkal szembeni idegenkedés és az ezekkel való érzelmi szembenállás, de nem lehet belátni, hogy e negatív irány nélkül tudna-e egyáltalán működni a pozitív irányú szolidaritás. A nemzeti tudatosság fejlődése talán annyit példázhat a nyugat-európai társadalmak esetén, hogy a korábbi, más nemzetekkel szembeni ellenségeskedés és gyűlölet, azért neutrális elfogadássá szelídülhet. Ám a globális gazdasági és uralmi rend csoportjainak azok a törekvései, melyek a multikulturális együttélés kedvéért a nemzeti szolidaritások végletes leépítésére irányulnak, jóvátehetetlen károkat okoznak a létező erkölcsi integráltságban.
3. Az előbbi korrekciókkal a morális kommunikáció negatív irányba való szűkítése, a konfliktusok keletkeztetőjének szerepébe való beszorítása is feloldható. Az átfogó közösségi szolidaritások megerősítésének alkalmi állandóan a teljes személyiséget érintik, a közösséget reprezentáló szimbólumok rítusai – a himnuszéneklések, a vallásos közösségek istentiszteletei, közös imái, körmenetei stb. – mind-mind az erkölcsi integrálás mechanizmusait jelentik, melyek az egyes egyén morális tartását, az ahhoz tartozó normatív támpontok követését cselekvéseiben és gondolkodásában biztosítják. Vagyis a morális kommunikáció nemcsak a konfliktusos szituációkban merülhet fel, és nem lehet ezt a „patológiai” jelenségek mellé telepíteni, ahogy Luhmann tette.
4. Beilleszthetővé válik a morál az egyes funkcionális alrendszerbe, ha korrigáljuk Luhmann-t a bináris kódok szerepét illetően. Ő ugyanis úgy fogja fel az elkülönült alrendszereket, hogy azok az elkülönülés létrejöttétől kezdve egyetlen értékduálon orientálódnak. Ezzel szemben a realitást jobban meg tudjuk ragadni, ha egy-egy alrendszeren belül az irányító értékduál - a jognál a jogos/jogtalan, a tudománynál az igaz/hamis stb. – csak domináló szerepben fogjuk fel, de elismerjük, hogy alárendelten egy sor más értékelés is formálja az alrendszereken belüli cselekvéseket. Mintegy a bináris kód „prizmáján megtörve”, ezáltal alárendelt helyzetbe kényszerítve tud ettől kezdve csak a többi értékduál hatni az egyes alrendszereken belül, de így azonban megmarad behatásuk (lásd részletesen ehhez Pokol 2004:71-200). Például a jogos/jogtalan kiderítésében egy bűnygyben a kémiai vegyelemzések, és egy sor további igaz/hamis kommunikáció lezajlik a tények kiderítése közben, de itt az igaz/hamis kommunikációk határait a jogos/jogtalan duál (az ez alapján létrejött büntető-törvénykönyvi tényállás) jelöli ki, azt saját szolgálatába kényszerítve. És így alárendelten nagyon is fontos az egyes alrendszereken belül a többi alrendszer duáljának érvényesülése. Egy-egy alrendszer tehát egy sajátos értékhierarchiát jelent, tetején a saját bináris kóddal, és ennek megfelelő cselekvési/gondolkodási folyamatokat, döntően a bináris kód által formáltan, de alárendelten egy sor más értékduált is használva. Így korrigálva a funkcionális alrendszerek koncepcióját már könnyen beláthatóvá válik a morális értékelés

befolyása az alrendszeren belüli cselekvésekre is, és elvethető Luhmann „ráakaszkodó baktérium”-hasonlata. A tudományban például az igaz/hamis dimenzióban ítélem meg a kommunikációs partnerem teljesítményét, és fogadom el, vagy vetem el az igaz/hamison megmérve a tudományos kommunikációját, de e közben, ha visszafogottan is, de felmerül - különösen a személyi interakciókban (konferenciákon, szakmai megbeszéléseken) a résztvevők egész személyisége, és ez is megítélésre kerül. De nem vitásan a teljes személyiség bevetése - vagy e nélkül is ennek megmutatkozása - a funkcionális alrendszeren belül csak kis mértékű, és ennek területe a mindennapi élet diffúzabb közösségeiben van.

A társadalom professzionális alrendszereinek hatásai az erkölcsre

Fogalmilag különválasztva a mindennapi élet diffúz közösségeit és a főbb társadalmi funkciókat ellátó professzionális alrendszereket a rögtön szembeötlő strukturális eltérést e két társadalom-rész között az jelenti, hogy míg az utóbbiak, ha különböző erősséggel is, de a világtársadalom egészében szerveződnek, addig a mindennapi élet szűkebb közösségi szinteken. E strukturális eltérés ellenére a két társadalom-rész intézményei és mechanizmusai folyamatosan hatnak egymásra, ezért ha most a mindennapi élet közösségeihez tartozó erkölcsöt és morált vizsgáljuk, akkor be kell vonni a professzionális alrendszerek felől ezekre irányuló behatásokat. E behatások közül itt a politika és a tömegművelés alrendszerei felől érkezőket tudjuk most szemügyre venni. (A jogi alrendszer és az erkölcs összefüggéseinek elemzésére egy későbbi tanulmányban kerítünk sort.)

(A globális politikai uralmi rend behatása) Bár az egyes nemzeti társadalmakra mindig is hatottak átfogóbb kulturális, vallási, politikai és gazdasági összefüggések, az 1970-es évek végéig a nyugat-európai társadalmak életét a belső közösségeikhez tartozó elitjeik - sajtó-, jogász-, művészeti-, politikai stb. elitek - határozták meg, és a piac illetve a tulajdon működtetésében is a hazai tőkés csoportok voltak a meghatározók. A társadalmat és egyes részeit a széles feladatokat ellátó állam a milliók által választott politikai demokratikus testületek irányítása mellett határozta meg döntően, a pénz felett felügyelő jegybankokat erősen kézben tartva, és a tőke mozgását az országhatároknál szigorú ellenőrzés alá véve. Ebben a helyzetben a társadalom mindennapi életének diffúz közösségei a szerveződési szintet illetően nem szakadtak el túlzottan az országhatárok közé zárt professzionális alrendszerektől, különösen az erkölcsi reprodukcióban fontos politika, média és a jog tekintetében.

Ez a helyzet változott meg az 1970-es évek folyamán a nyugati társadalmakban, és fokozatosan egy globális uralmi rend alakult ki, felmorzsolva a nemzeti társadalmak erőforrásainak belső meghatározó csoportjait, és ennek menetében az egyes társadalmak politikai demokrácia általi vezérlése helyére a globális piaci vezérlés került (részletesen ehhez lásd Pijl 1984; 2001; magyar nyelven Pokol 2005). E folyamatok együtt jártak a korábban országhatárok közé zárt tőkés csoportok politikai ellenőrzés alóli kiszabadulásával, és globális szinten való megszerveződésükkel, melynek küzdelmei során az amerikai-angol-holland pénztőkés csoportok kerültek ki győztesen, a német és a francia-belga tőkés csoportok alárendelt helyzetbe

szorításával. A stabilizálódó globális uralmi rend a szovjet blokk eltűnése után az 1990-es évekre az említett győztes globális tőkés csoportok vitathatatlan pozícióját hozta létre.

A globális uralmi rend, amely a politikai demokrácia intézményein nyugszik továbbra is - noha egy sor szféra (egészségügy, oktatás, rendfenntartó-katonai szféra stb.) piacosításával visszaszorította az állam szerepét - a média és a kulturális szféra (filmszektor, populáris irodalom) közvetlen befolyás alá vonásával az uralmat a tömegek tudati befolyásolásával is igyekszik alátámasztani, még hozzá az eddigi uralmi rendszerekhez képest sokkalta inkább erre támaszkodva. Az erkölcsi reprodukciót illetően különösen fontos, hogy a kulturális eszmék szintjén a globális uralmi rendnek akadályt jelentő nemzeti közösségi szolidaritások bomlasztásán keresztül igyekeznek megvalósítani céljaikat. Ennek két fő irányát jelenti egyrészt felülről az univerzális emberi jogokra támaszkodva - erre létrehozott és szorosan kézben tartott globális szervezeteken keresztül, mint az Európai Tanács - a nemzetállami törvényhozások ellenőrzés alá vétele, másrészt alulról a nemzeti közösségek „kisebbségi” politikával való felbontása a feministák, a színes bőrűek, a homoszexuálisok, a mozgássérültek, a hajléktalanok, az állatvédők stb. stb. aktivistáinak célzatos támogatásával és ezek ellenőrzés alá vonásával. Ezt a politikát az amerikai banktőkés csoportok és - hogy neo-gramscsiánus terminológiával éljünk - „organikus értelmiségi köreik” már az 1900-as évek elejétől kialakították, és először a feketék problémáinak, majd a nők hátrányos helyzetének előtérbe állításával, később a leszbikus és homoszexuális aktivista csoportok felkarolásával egyre inkább szétbomlasztották a korábban velük szembenálló masszív amerikai többséget (lásd ennek kitűnő elemzéséhez: Epp 1998, és a már kidolgozott kisebbségi fegyver időszakának leírására a „jó ügy jogászainak” mozgalmairól Sarat/Scheingold 1998). Ami az utóbbi években az európai, köztük a rendszerváltás óta a közép-európai társadalmakban e téren történik, az nem más, mint az Amerikában már kialakított „kisebbségi fegyver” alkalmazása a globális banktőkés uralmi rend előli akadályok elhárítása érdekében. Fontos ehhez még hozzátenni, hogy ezzel egy sor, ténylegesen létező gondot is felkarolnak az egyes kisebbségek esetében, de mivel ez instrumentális jellegű - vagyis elsősorban a globális uralmi rend érdekében szükséges kisebbségi konfliktusok élezésére irányul a nemzeti közösségek lebénítása érdekében - ezért torzán alakul ez a „kisebbségvédelem”. Ez különösen jól látható Magyarországon a cigány kisebbséget illetően, akik számára az oktatás, az lakáskörülményeik javítása, neveléssel a kulturális normáik közelítése az európai civilizáció megkövetelte támpontokhoz, illetve a születésszám szabályozása lenne elsőrendű fontosságú, ám ezzel szemben a cigánykérdést állandóan politikai konfliktussá tevő, amerikai támogatottságú balliberális körök kormányzati részvétele idején szinte semmivel nem mennek ezek előbbre. Mint a politikai életben bevett vélekedés mondja, a „cigánykártyát” akkor húzzák elő, amikor a politikai ellenfeleken akarnak ezzel ütni, és nem a cigányság helyzetének tényleges javítása érdekében használják ezt.

A globális uralmi rendnek ezek a jellemzői mélyen érintik a kialakult erkölcsi normákat és eszméket a család, a gyereknevelés, az oktatás és az iskolai élet vonatkozásában, nem is szólva a nemzeti identitás és szolidaritás kérdéseiről.

(A tömegmédiák hatása) Az urbanizációval és ezen túl is a kis településeken élők korábbi intenzív érintkezési formáinak visszaszorulásával, a kialakuló tömegkommunikációs eszközök, különösen a televízió és a szórakoztatásra-zenélésre épülő rádióadók veszik át jórészt a közösségi kommunikáció helyeit. Ez a változás átalakította a fiatal generációk felé az erkölcsi normák és értékek átadási mechanizmusait, és a közvetlen-személyes természetes kisközösségeket (család, baráti közösségek stb.) részben visszaszorítva, a tömegmédiák válnak az erkölcsi szocializáció és a morális tartás fontos meghatározóivá. Ezt különösen

fokozza az az új tendencia, amely a szórakoztató-zenélő rádiócsatornákat mintegy kiterjesztett baráti csevegéssé alakítja át, professzionálisan felépítve az intim-fesztelen hangvételre alapozott műsorokat, és a betelefonálók állandó szerepeltetésével, interakciókba bevonásával a hallgatók százezrei számára mint az ő részvételükkel folyó fesztelen társalgást mutatja be az adást. Ugyanígy a televíziók talk-show műsorainak hasonló a felépítése, és a fesztelen társalgás itt szintén a tudati befolyásolás magasabb fokait tudja biztosítani,

Az erkölcsi szocializációban illetve a kialakított erkölcsi normák és értékek megváltoztatásában tehát óriási szerepet és lehetőséget kapnak a tömegmédiák, ezért fontos ezek szemügyre vétele az erkölcs és a morál modern társadalmakban elfoglalt helyére irányuló elemzésben (lásd ehhez részletesen Tellér 2005). A globális uralmi rend kialakításának egyik kísérő folyamata volt az elmúlt másfél évtizedben Közép-Kelet-Európa országaiban, hogy a nagy amerikai médiakonszernek - összefonódva a globális uralmat elért amerikai-angol-holland banktőkés csoportokkal - szerezték meg a főbb televíziós és rádiós csatornákat, illetve építettek ki újakat, de ugyanígy az írott sajtó nagy része mögött is különböző közvetítéseken keresztül ez a csoport áll. Bár a francia, és a német médiacsoportok is hadállásokat építettek ki Közép-Kelet-Európa térségében, de ezek közül csak azoknak volt esélyük erre, melyek mögött az említett amerikai és a velük összefonódott banktőkés csoportok álltak. A holland Kees van der Pijl egy tanulmányban elemezte 2001-ben, hogy a közép-kelet-európai rendszerváltás folyamán az amerikai-angol-holland tőkéktől független német tőkés körök a legnagyobb német bankcsoportosulás, a Deutsche Bank vezetésével szembeszálltak a domináns amerikai csoporttal a változások levezénylésért, de végül merényletek és más hatalmi machinációk után ez megghiúsult 1989-re. Németországban az amerikai tőke belső hídfőállása már 1905-től a Dresdner Bank és az ezt körülvevő ipari konszernek voltak, és ez a csoportosulás azóta is a második legnagyobb gazdasági erőt jelenti a németeknél. A tömegmédiák szférájában pedig ez a „német” csoport jelent meg nálunk és Közép-Európa többi országában is az 1990-es évektől. De ugyanez a helyzet az amerikaiaktól valóban független francia banktőkés csoportok és az oda kívülről már az 1920-as évekre behatolt amerikai-angol-holland tőkés körök esetében is. (lásd Pijl 1984; 2001.).

A globális uralmi rendnek ez a médiabehatolása különböző erősséget ért el az egyes közép-európai országokban, például a lengyeleknél a bő pénzügyi és más forrásokkal rendelkező katolikus egyház szellemi intézményei jelentős szerepet töltenek be a behatolt külső médiabefolyással szemben, vagy a csehekénél is tudatosan törekedtek egy idő után - miután észlelték ennek veszélyeit - az amerikai média- és szellemi befolyás korlátok közé szorítására. Például a globális uralmi rend fő közép- és kelet-európai kiépítőjét, Georg Sorost egyetemével együtt eltávolították Prágából. Magyarországon ezzel szemben szinte minden komoly ellenállás és akadály nélkül át tudták venni ezek a csoportok a tömegmédiák teljes rendszerét. A két nagy országos televízió - fenntartás nélkül a globális uralmi csoportokat támogatva - a nézettség 65-70%-át birtokolja, és a közszolgálati televízió belső meghatározó körei is csak akkor elnézőbbek az ezekkel szembenálló erőket illetően, ha történetesen ezek pártjai vannak kormányon, és ez nyomást fejt ki rájuk, de máskülönben itt is a globális uralmi rend törekvései kapnak támogatást. A rádióban a Sláger Rádió és a Danubius együttesen a hallgatottság felét birtokolja, és a közszolgálati rádió csak 15% körüli aránnyal rendelkezik, és a helyzet itt is a televízióéhoz hasonló. Napi- és hetilapok szintjén kb. 80%-os fölényben vannak a globális uralmi rendet támogatók a 20%-ot kitevő nemzeti közösség felé húzókkal szemben (lásd az adatokat Vető 2003).

Ez a média pedig mindent megtett az elmúlt másfél évtizedben a nemzeti közösségek erkölcsi normáinak is és eszméinek bomlasztása érdekében, és a globális uralmi rend szellemi körei és

intézményei felől érkező emberjogi ideológia terjesztéséért. Ennek egyik aspektusát jelenti a „politikailag korrekt” viselkedési- és beszédmod szabályozó kódex terjesztése, melyet az 1960-as évek végétől az amerikai szellemi körökben és egyetemi campusokon alakítottak ki a balliberális szellemi körök a tömegművelés támogatása mellett, és amely a legrészletesebben meghatározza, hogy milyen szavakat lehet használni, milyen mozdulatokat lehet tenni az egyes szituációkban stb. (lásd ehhez részletesen Behr 1995). A „politikailag korrekt” kódexei mintegy a hagyományos szokáserkölc utódként funkcionálnak, azzal a nagy különbséggel, hogy ez nem spontán, belső közösségi létrehozással terjed át más közösségekre, hanem a globális uralmi rend kisebbségi fegyverének segítőjeként, ennek tudatos médiaterjesztésével. Nálunk ez még éppen, hogy csak megjelent, de a nemzeti közösségben kialakult erkölcsi normák bomlasztásának egy pontja után - ha ezt nem lehet megállítani - várhatóan tovább nő majd ennek szerepe.

Irodalom

- Behr, Edward (1995): *Une Amérique qui fait peur. La liberté est-elle devenue l'instrument d'une nouvelle tyrannie?* Editions Plon. Paris. 1995.
- Epp, Charles (1998): *The Rights Revolution.* Chicago-London. Chicago Univ. Press.
- Habermas, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.* Suhrkamp. Frankfurt am Main.
- Horváth Barna: *Az erkölcsi norma természete.* A Budavári Tudományos Társaság kiadványa. Budapest. 1926.
- Luhmann, Niklas (1989): *Ethik als Reflexionstheorie der Moral.* In: uő: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Band 3.* S. 358-447. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Luhmann, Niklas (1990): *Paradigm lost: Über die ethische Reflexion der Moral.* Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1990.
- Macintyre, Alasdair (1999): *Az erény nyomában. Erkölcselméleti tanulmány.* Osiris. Budapest, 1999.
- Nyíri Tamás: *Alapvető etika.* Szent István Társulat, az Apostoli Szentszék Könyvkiadója. Budapest, 2003.
- Pijl, van der, Kees (1984): *The Making of an Atlantic Ruling Class.* London. Verso.
- Pijl, van der, Kees (2001): *What Happened to the European Option for Eastern Europe?* In: Bieler, Andreas/ A. D. Morton (eds.) (2001): *Social Forces in the Making of the New Europe.* Palgrave. Hampshire. 2001. 185-206.p.
- Pokol Béla: *Társadalomtudományi trilógia I. Szociológiaelmélet.* Századvég, Budapest, 2004.
- Pokol Béla: *Globális uralmi rend.* Kairosz Kiadó. Budapest, 2005.
- Sarat, Austin/ S. Scheingold ed. (1998): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities.* New York-London. Oxford Univ. Press.
- Sumner, William Graham (1978): *Népszokások. Szokások, erkölcsök, viselkedésmódok szociológiai jelentősége.* Gondolat. Budapest. 1978.
- Tárkány Szücs Jenő (1981): *Magyar jogi népszokások* Gondolat. Budapest, 1981.
- Tellér Gyula: (2005): *Elektronikus médiumok és közszolgálatosság. Kritikai helyzetvázlat.* Budapest Kézirat. 2005.
- Váriné Szilágyi Ibolya (1994): *Amit Lawrence Kohlbergről tudni érdemes: Kohlberg hozzájárulása az erkölcs pszichológiájához.* In: Uő (szerk.): *Az erkölcs a néző és a cselekvő szemszögéből.* Scientia Humana Budapest, 1994:11-41.
- Vető Balázs (2003): *A médiamonopólium tézise.* Századvég 2003. Február. 34-56.

Prugberger Tamás
Lentner Csaba: Rendszerváltás és pénzügypolitika
(Akadémiai Kiadó, Budapest, 2005.)

I.

Lentner Csabának, a Soproni Egyetem Közgazdaságtudományi Kara tanárának nem régen az Akadémiai Kiadónál megjelent könyve az 1990-es évek első éveiben megkezdett eddigi kutatásainak az összegzését tartalmazza. A könyv látszatra tanulmánykötet, amit a szerző úgy mutat be, mintha a benne összegyűjtött tanulmányok keletkezésük időrendi sorrendjében kerültek volna csak csoportosításra.

Valójában azonban a tanulmányok – még akkor is, ha a szerzőben ez nem is tudatosult - egy mélyebb összefüggéseket tartalmazó zárt logikai rendszerben kapcsolódnak egymáshoz. A kötet a magyarországi privatizáció értékelésével indít, majd a hazai mezőgazdaság finanszírozásának a problémáival, ezt követően az adópolitikával foglalkozik, majd áttér a magyar bankrendszer rendszerváltás utáni fejlődésének és mai helyzetének a bemutatására. Logikusan követi mindezt az államunk monetáris politikájának a bemutatása. A továbbiakban a szerző uniós csatlakozásunk nyitott kérdéseit veti fel, majd a magyar vállalkozások helyzetével, tőkeellátásának, tőkésítésének a kérdéseivel foglalkozik, ide kapcsolva a nemzetközi tőkepiacoknak és pénzügyi intézményeknek a szerepét a hazai vállalkozások működésében.

A szerző tehát lényegében hat téma köré csoportosítja mondanivalóját, amelyhez az európai uniós és a hazai pénzügyi- és gazdaságpolitikát, valamint a privatizációt és a pénzintézetek tevékenységét elsősorban a magyar mezőgazdaság és a kis- és középvállalkozások szempontjai szerint értékeli.

Mivel arra egy recenzió keretében nem nyílik mód, hogy a könyv igen gazdag és szerteágazó témaanyagát bemutassuk, ezért elsődlegesen a társadalmi és gazdaságjog-szociológiai szempontból a leglényegesebb és a legneuralgikusabb kérdéseket emeljük ki, ráirányítva az olvasó figyelmét a továbbgondolásra.

II.

Ad 1, Kezdve a privatizációval, Lentner Csaba helytállóan mutatja ki, hogy a rendszerváltást követően az új polgári hatalomnak az a célkitűzése, mely a polgári középréteg kezébe kívánta juttatni az állami vagyon egy részét, eltorzult és a magánosításnak a magyar társadalom minden rétege kárvallottja lett. Kárvallottja lett az a társadalmi réteg, amelytől a működő tőkét a kommunista hatalom elvette, és legfeljebb csak töredékeiben kapta vissza a részleges kárpótlás során, kárvallottja lett az a kis- és középvállalkozói iparos-, kereskedő- és földműves réteg, amely működő tőkéhez való hozzásegítés nélkül jutott hozzá működtetésre váró cégvagyonhoz, s ezen kívül kárvallottja lett a magánosításnak az egész társadalom, beleértve a lakosság széles körét, az energia és az energiát szolgáltató cégek külföldi multinacionális cégek részére történő eladása, valamint amiatt, hogy a külföldi, túlnyomóan multinacionális cégek egy igen jelentős része nem továbbüzemeltetésre, hanem a magyar cégek likvidálása és piacainak a megszerzése végett vettek részt a privatizációban. Emiatt az élelmiszer feldolgozó vállalatoknak korábban beszállító mezőgazdasági termelők egy jelentős része ment tönkre, és a munkanélküliség egyre nagyobb mértékeket öltött. Reálisan utal a szerző arra, hogy a közvagyon eladása során számos törvénytelenység is megnyilvánult, különösen akkor, amikor egyrészt a belső kapcsolatokra

tekintettel a volt politikai nómenklatúra tagjai, vagy pedig a külföldi cégeknek olcsón a hazai munkaerő és beszállítók foglalkoztatásának, illetve igénybevételének, valamint a reorganizáció melletti továbbműködtetés kikötése nélkül olcsón, rosszabb esetben korrupcióval terhelt, jobb esetben pedig csak pénzbevételi célokat szem előtt tartva adták el az állami tulajdonba tartozó cégeket. A hazai magánosítást segíteni hivatott Egzisztencia hitel (E-hitel) kizárólag tulajdonszerzésre szolgált, nem pedig arra, hogy az új vállalkozó ezen keresztül egyfelől a folyamatos üzemvitelhez, forgótőkéhez, valamint a szükséges fejlesztésekhez beruházási hitelekhez is jusson. A szerző eme helytálló megállapítását érdemes kiegészíteni még azzal, hogy maguk a bankok sem adtak az alacsony kamat miatt szívesen E-hitelt. Ugyanakkor sok hazai bank felelőtlen hitelezési politikával felelőtlen gazdálkodásra ösztönözte a hazai vállalkozások egy jelentős részét, amiből származó behajthatatlan követelések túlméretezetté válása okán több hazai bank vagy csődfelszámolásra, vagy az államháztartás terhére konszolidálásra került. A magyar bankok túlnyomó privatizálásával, valamint a külföldi bankoknak a magyar pénzpiacra bekerülésével és uralkodóvá válásával a közép- és kisvállalatok a hitelkondícióknak a nyugat-európai mércéhez viszonyított bekeményítésével hitelfelvételi lehetőségei erőteljesen beszűkültek. A hazai tulajdonban lévő vállalkozások és cégek működését ezen kívül jelentősen megnehezíti a társadalombiztosítás magas szintje, a magas és az összegében állandóan változó adóteher, aminek kiszámíthatatlansága szintén hozzájárul ahhoz, hogy a hazánkban letelepedett külföldi befektetők egy része keletebbre vándorol. Mindez oda hat, hogy „a nyugati termelők versenyképes, jó minőségű termékei áramolnak be az országba, amelyek a magyar piacot teljesen ellepik” (14.o.).

Teljesen helytálló a szerzőnek az a megállapítása, ami sem a hazai mezőgazdasági, sem az ipari-szolgáltató beszállító, sem pedig a fogyasztói rétegeknek, sem pedig a munkaerőpiacnak nem jó, de az államnak sem, mivel a privatizációs bevételi érdek sem teljesült a jelentős mértékű költségvetési hiány további fennmaradása miatt. Jól látja a szerző, hogy mindennek oka a központi gazdaságpolitika rossz működése, aminek a monetáris politika is része.

Ad 2, Az előbbi témakör a gazdaság és a gazdaságpolitika egészére vonatkozott. A szerző a további témákban mindennek egy-egy szelvényét mutatja be. Legelőször ezt a magyar mezőgazdaság vonatkozásában teszi meg. Kimutatja, hogy a rosszul megvalósított termőföldkárptól és privatizáció következtében túlnyomórészt irremediális egy hektár alatti gazdaságok jöttek létre (79,4%). Emiatt csak a magángazdaságoknak alig 10%-a tekinthető árutermelésre alkalmasnak. A magántulajdonosoknak már az 1990-es évtized harmadik harmadának a kezdetén alig 60%-a művelte a földjét, a többit területük 40%-át a megmaradt termelősövetkezeteknek és mezőgazdasági társas vállalkozásoknak adták haszonbérbe. A megmaradt termelősövetkezetek túlnyomó része csődközeli helyzetben vegetál, csupán néhány kapitalista mezőgazdasági társas vállalkozás működik jól. A közép- és nagyvállalati gazdaságok előbb megemlített néhány rétege pénzügyi nehézségekkel küzd, mivel nem alakult ki mindeztáig a Magyarországon az I. és a II. Világháborút megelőző nagyon hatékonyan működött és államilag szubszencionált olyan mezőgazdasági és szövetkezeti hitelintézeti rendszer, amely a gazdáknak a gazdaságfejlesztésre a Raiffeisen-i hitelszövetkezeti koncepció alapján hosszúlejáratú, a természetéhez pedig rövidelejáratú ún. „zöldhitel” nyújtana, az ország területére bejött nyugati pénzintézetek pedig a mezőgazdaságnak nem adnak hitelt.

Lentner megalapozottan hibáztatja e tekintetben a magyar gazdaságpolitikát, amely „az ágazatnak hitelt nyújtani képes kereskedelmi bankok átgondolatlan, a magyar nemzeti érdekkörből ellenőrizhetetlenül és megfelelő garanciák nélkül kiengedett privatizációjával függ össze” (34.o.). Ehhez kapcsolódott az ugyancsak ilyen módon megvalósított élelmiszergazdaság már tárgyalt privatizációs átalakítása is (u.ott).

A következőkben a szerző a mezőgazdaságnak az általa lehetségesnek tartott finanszírozási technikáival foglalkozik (24-28.o.), majd pedig bemutatja az ezredfordulónak Magyarországot

sújtó agrárdilemmáit. Kimutatja, hogy a magyar mezőgazdaság termékeinek bel- és külföldön egyaránt szűkültek a lehetőségei, amiben a világ mezőgazdasági piaci telítődésén kívül a magyar mezőgazdaság már tárgyalt elhibázott privatizációja következtében beállott üzemméret-torzulás is közrejátszik. A szerző megalapozottnak tűnő álláspontja szerint a szűkített újratermelésre képes és kényszerített magyar mezőgazdaság fellendítését „az állami költségvetés csökkenő értékeit pótlandó, vagy akár megteremtendő stabilizációt a hitelintézetek segíthetnék elő. A hitelexpanziót azonban a Magyar Nemzeti Bank agrárium irányában megnyilvánuló refinanszírozási politikája zárja el, a magyar kereskedelmi bankokban pedig a külföldi pénzintézetek privatizációs tényerése után a mezőgazdaság fellendítése iránti empátia hiányzik”(29.o.) Ezért – egyetértve a szerzővel – ezen a hozzáálláson volna szükséges sürgősen mind az MNB, mind pedig a kereskedelmi bankok részéről változtatni. Kitörési lehetőségként a szerző szerint a Földjelzálog Hitelbank jöhet számításba, egyúttal azonban szkepticizmusának is hangot ad, mivel 1998-as megalapítása óta 2000-ig még egyetlen mezőgazdasági hitelt sem folyósított (30-31.o.). Ezért jelenlegi áthidaló hitelezési megoldásként a mezőgazdaság számára a közraktározás jöhet szerinte számításba. Ily módon a termékét közraktárba elhelyező gazda, ha azt később kívánja értékesíteni, rövidlejáratú hitelhez juthat általa, csakhogy a közraktárak egy jelentős része csődközeli állapotban működik. Mindez paradigmaváltásra kényszeríti a közraktárakat. Mindezzel a szerző a magyar agrárpénzügyi politikának és finanszírozási rendszerének erőteljes kritikáját adta, melynek során kifejt, hogy hatékonynak a 2000-ben meghozott agrárfinanszírozás mutatkozott, amely kiegészült a családi gazdaság intézményrendszerével. Az egész folyamat a 2002-es kormányváltással szerintem megszakadt. Probléma azonban az is, hogy egyik kormányzat sem fektetett súlyt a magángazdaságokat összefogó, segítő, integráló és érdekeiket védő beszerző-értékesítő, termékfeldolgozó és kiszolgáló szövetkezetek kialakítására. Ezt helyesen látja a szerző. Magam is számos tanulmányban sürgettem az 1980-as évek végén és az 1990-es évek elején az ilyen szövetkezetek kialakítását, sajnos azonban eredménytelenül. Abban azonban eltérő álláspontot vallok a szerzőtől, melynek értelmében - ellentétben vele és különösen Raskó Györggyel - én nem a nagyméretű gazdaságokban, allodális jellegű és mezőgazdasági alkalmazottakat foglalkoztató nagy farmokban, hanem a családi gazdaságok létrehozásában látom a magyar mezőgazdaság optimális szerkezetét. Az előbbieket az USA-ban és a latin-amerikai államokban, valamint az Egyesült Királyságban honosodott meg, nem pedig a kontinentális nyugat-európai államokban. A nagy gazdaságoknak a közép-kelet-európai régióban történő kialakítása a teljes körű földliberalizáció igénylésével egybekötve az itteni régióknak a mezőgazdaság területén jelentkező kolonizálását jelenti a globalizáció igényei szerint. Az viszont egy jó felvetés a szerzőtől, hogy az eredeti termelők visszalizingelhessék volt birtokaikat, amelyek visszaszerzését a kárpótlási törvény nem tett lehetővé. Ehhez viszont állami költségvetési támogatásnak és garanciavállalásnak kellene kapcsolódnia.

Ad 3, A könyv harmadik nagy témacsomagját az adózási rendszerrel kapcsolatos problémák jelentik. Az adópolitikai dilemmák c. fejezet elején (68.o.) a szerző lerögzíti, hogy olyan adóelőírásokat indokolt bevezetni, amelyek fedezetet biztosítanak az államháztartás kiadásaira, ami Magyarországon rendszer-specifikus elemmé vált. Kimutatja, hogy ennek függvényében az állami pénzügyek területén az állam gazdaságszervező funkciójának leépülése és a jövedelemcentralizáció csökkenése okán „az állami pénzügyek területén decentralizációs adózási folyamatok indultak el” (69.o.). A reálértékben apadó állami források és aránytalanul megemelt helyi adóterhek az önkormányzatok és a településeken működő vállalkozások körülményeit kedvezőtlenül befolyásolhatják, mivel ha a helyi adók emelkednek, úgy a társadalom oldaláról a központi adók csökkentése jelenik meg elvárásként (70.o.). Így a központi vállalat támogatás lehetőségei szűkülnek. Meg kell jegyeznünk azonban, hogy ez egyben európai uniós igény is. Magyarországon azonban az egyre növekvő mértékben

állandósult államháztartási hiány okán beállott adópolitikai kényszerhelyzetek miatt a helyi adók emelkedése nem csökkentette a központi adókat, a vállalkozások támogatása viszont csökkent. 1998-ra a privatizációnak a költségvetést finanszírozó lehetősége ugyanis gyakorlatilag bedugult. (72.o.). Ez a körülmény – miként a szerző kimutatja – paradigmaváltást kényszerített ki az adópolitikában. A privatizáció kifulladásával ugyanis a központi adók a jövedelemadó tekintetében folyamatosan szigorodtak, a társasági adó viszont nem. A szerző helytállóan mutatja ki, hogy ez már csak azért sem tartható, mert mind a lakossági, mind pedig a kis- és középvállalkozási szektor jövedelemviszonyait az uniós szinthez kell igazítani. Ezért javasolja a vagyonadó bevezetését és „a működőtőke-befektetések közteherviselésbe való bekapcsolását” (74.o.).

A 7. és a 8. tanulmány és/vagy fejezet lényegét tekintve a magyar adózási rendszer kritikáját adja saját korrigálási javaslataival együtt. Kritikájában utal arra, hogy „nincs összhang a jövedelemképződés helye, időpontja, társadalmi csoportja, az adóterhelési eljárás célja és időrendisége között”. Ezen kívül „a gyakorta változó adózási szabályok nyomon követhetlenségét rója fel, ami gátolja a termelés optimális erőforrás-allokációját” (79.o.).

A továbbiakban Lentner leírja az 1998-2003 közötti adózási és államháztartási reformintézkedéseket, utalva arra, hogy a legnagyobb változást a polgári kormányzat a személyi jövedelemadó tekintetében valósította meg. Ebbe beletartozott a., a családi adókedvezmény kiszélesítése; b., az adóztatás egyszerűsítése; c., az adminisztráció csökkentése; d., az egyéni vállalkozók működési feltételeinek a javítása. Igen lényeges változtatást jelentett a társasági- és osztalékadó tekintetében, hogy a kis- és középvállalkozások a beruházási hitelek után adókedvezményt érvényesíthettek 2002. január 1-et követően. E reformintézkedések közül többet a második polgári kormányt felváltó második szociál-liberális kormány – ide értve a családi adókedvezmény szélesítését – sajnos visszarendezett (megállapítás tölem - P.T.). A szerző a bevételi struktúra átalakulásának és a magyar adórendszerben a nemzetközi trendek érvényesülésének bemutatását követően a magyar adórendszerben történő további átalakulási irányjaival foglalkozva a szükséges nemzetközi trendek változtatásaként:

a., az adóalapok szélesítésében; b., az adókulcsok mérséklésében; c., a behajtás feltételeinek szigorításában; d., az adórendszer progresszivitásának a mérséklésében; e., a társadalombiztosítási járulékok csökkentésében; f., a forgalmi adó kulcsainak a mérséklésében; g., valamint az inflációs hatások semlegesítésében jelölte meg (99.o.).

Ad 4, A magyar bankrendszer és a gazdaság, valamint az államadósság finanszírozásának a problémáit az állampapírpiaccal összekapcsolva három fejezeten (9-11.) keresztül vizsgálja.

A szerző először azt mutatja ki, hogy amikor a kétszintű bankrendszer Magyarországon az 1980-as évek végén kialakult, az újonnan létesült kereskedelmi bankok részben szakmai hozzáértés hiányában, részben korrupciós kapcsolatok alapján „nyakló nélkül” adtak fedezet nélküli hitelt, igen gyakran nem is gazdasági célokra vagy ha azokra is, nem vizsgálták azok megalapozott és komoly jellegét. Ugyanakkor a fenti jellegű kapcsolatokkal nem rendelkező kis- és középvállalkozások nem jutottak hozzá a hitelekhez, pl. az E-hitelhez, mivel a bankoknak ez nem állt érdekében. Az újonnan létesült magyar kereskedelmi bankok egy jelentős része csődhelyzetbe került, amit az államnak kellett tetemes költségráfordítással konszolidálnia. Eme bankok jelentős része a konszolidálást követő privatizáción keresztül külföldi bankok tulajdonába került. A külföldi tulajdonba került bankok vezetői viszont, miként erről már szó esett, kockázatosnak tartják a mezőgazdaság, valamint a kis- és közepes vállalkozási szféra részére a hitelnyújtást. Biztonságosabb pénzügyi műveletnek tartják az állampapírokba történő befektetést. A magyar állam ugyanis az államháztartás egyre növekvő hiányát kötvénykibocsátásokkal igyekezett és igyekszik csökkenteni, mutat minderre a szerző. Felhívja a figyelmet Lentner Csaba ezen kívül arra is, hogy a Magyarországra betelepül

külföldi bankok az itt gyűjtött forrásokat más – kedvezőbb gazdasági és pénzügyi feltételekkel rendelkező – országok gazdaságába fektetik be (111.o.).

Az MNB tevékenységét elemezve a szerző foglalkozik a nemzeti valuta problémájával, utalva arra, hogy az csak rövid távon javítja az export teljesítményeket, hosszú távú stabilizációs folyamatot azonban sehol sem testesített meg (130.o.). Ezt figyelembe véve a 2003-as év során az MNB politikája helyes volt, amikor nem engedett a PM ezzel ellentétes kívánságának (megállapítás tölem – P.T.). Ugyanakkor azonban helyteleníti a szerző, hogy az MNB a mai világtendenciát követve eladta az aranytartalékának egy jelentős részét, amivel teljesen függő helyzetbe hozza az országot a világgazdaság kedvezőtlen folyamataitól, a gazdasági válságoktól is. Ezért indokoltnak tartaná, ha az MNB a mai kedvező árfolyamviszonyok között visszavásárolná az aranytartalékait (154-162.o.). Ezzel összefüggésben a szerző rámutat arra is, hogy igen kedvezőtlen pénzügyi hatása van a Magyarországról elinduló tőkefinanszírozásnak, ami a nemzeti valutaárfolyamot mérsékli, mivel a nemzeti valuta megcsappan (130.o.). Lentner Csaba szerint fennáll egy általános világgazdasági-pénzügyi válság bekövetkezésének a veszélye, amely elsősorban a feltörekvő országok piacait érinti a legkedvezőtlenebbül. Ezért tartja szükségesnek a jegybanki tartalékok körében az arany korábbi arányainak a visszaállítását (162.o.).

Ad 5, A hazai pénzügyi politikát és a pénzügyi helyzetet vizsgálva először is arra utal a szerző, hogy a lakossági jövedelmek és a feldolgozóipari termelékenység növekedési szintjei közötti szakadék egyre nagyobb a lakossági jövedelemnövekedés terhére. A külkereskedelmi cserearányok is kedvezőtlenül alakulnak, a mezőgazdaságból megélhetést kereső családok helyzete pedig egyre válságosabb. Felveti Lentner helytállóan azt is, hogy a társadalombiztosítási alapok költségvetési tervezésekor alábecsülik a hiányt, a magánnyugdíjpénztáraknak az állami rendszerből való pénzszívása ugyancsak államháztartási hiányt gerjeszt (166.o.). E problémák közepette a szerző fontosnak tartja a belső felhasználás növelését (174.o.), valamint, hogy a magyar vállalkozások számára is olyan adókedvezmények termelődjenek meg, mint amilyenben a külföldről idetelepült vállalatok részesülnek (181.o.).

Ad 6, E témakörhöz kapcsolva még a szerző az EU-ba történt belépésünkkel összefüggő kihívásokkal foglalkozik. Utal arra, hogy már a csatlakozás előtt is gazdasági kapcsolatainknak mintegy 78%-a az EU irányában áll fenn. Ugyanakkor az EU gazdasága mind az USA-hoz, mind pedig Kínához viszonyítva lefelé tendál. Ugyanakkor rámutat arra is, hogy az EU közösségi vívmányait is meglehetősen felemás módon vettük még át. Ezzel kapcsolatban sürgeti a külföldiek földvásárlását akadályozó korlátok minél előbbi leépítését, de úgy, hogy „ez ne okozzon traumatikus átmenetet a magyar gazdák számára” (207.o.). Ez az óhaj a 7+3 éves derogációval részben teljesült. Álláspontunk szerint azonban a külföldiek és a magyar állampolgárok számára egyaránt a kontinentális nyugat-európai államokban ismert korlátokat (területi mérték, helyben lakás meghatározott ideig, agrárgazdálkodási ismeretek igazolása) fenn kellene továbbra is tartani.

Nagyon helytállóan veti fel a szerző a magyar gazdaság- és pénzügypolitika komoly szakmai gyengeségeit, valamint önálló arculatának a hiányait. A különböző cikkcakkokat, a nyugatnak való behódolást, a bal-liberális vonalnak a nemzeti érdekérvényesítésről való lemondását. Mindezek következménye, hogy „a Magyar Köztársaság az önálló gazdaságpolitikai státuszában megjeleníthető érdekei ellenére liberalizálta a gazdaság feltételeit a nyugat-európai vállalatok és a nyugati társadalmi érdekek javára, ugyanakkor az EU tagállamai a saját gazdasági érdekeik védelmében protekcionista intézkedésekkel védekeznek a kelet-európai országokkal szemben” (210.o.). A recenzens álláspontja szerint ebben óriási felelőssége nemcsak a két bal-liberális kormánynak, hanem az első polgári kormánynak is van, mivel ily módon írta alá az EU-val a társulási megállapodást is, amelynek anti-dömping és védzáradéki

kikötései teljesen egyenlőtlenek voltak az EU és tagországai javára.(I. Marescu/Balázs (szerk.): Az európai megállapodások, OMIK kiadás, Bp. 1990.). Eme függő helyzeten akart változtatni a magyar kis- és középvállalkozások sikeres elindítását támogató Széchenyi-tervvel az Orbán-kormány, amit az azt követő második bal-liberális kormány visszasorvasztott. A Széchenyi-tervnek ezt az elsorvasztását a szerző a 15. fejezetben részletesen leírja.

III.

Egy recenzió terjedelme részletes könyvelemzésre nem terjedhet ki. Több kérdésről ezért csak utaló jelleggel szólhattunk. Összegző jelleggel azonban meg kell említenünk, hogy komoly erénye a könyvnek, hogy azokat a pénzügyi és pénzügypolitikai intézményeket és intézkedéseket, amelyeket hazai vonatkozásokban bemutat és elemez, összehasonlítja, illetve párhuzamba állítja az Európai Unió és régi tagállamainak ide vonatkozó intézményi normáival és praxisával. Így pl. a tőkebevonásnak a bankhitelhez jutás nehézségei miatt hazánkban alkalmazott kerülő útját, a lízingelési gyakorlatot összeveti a nemzetközi praxissal. Szerkesztési szempontból talán az vethető fel a könyv hibájaként, hogy a legutolsó fejezetekben gyakran ismétlődnek olyan kérdések, amelyekről korábban már szó esett. A kronológiai sorrendbe szedett tanulmányok alapos átnézésével ez kiszűrhető lett volna. E formai hiba ellenére azonban a tartalom olyan magas színvonalú és tanulságos, amely megéri a könyv elmélyedő elolvasását.

Toldi Judit

Az élettársi kapcsolat értékelése a német alkotmányban

1) A társadalmi változások és a jog "spät"-reakciója

Az élettársi kapcsolat manapság a házasság és a család mellett elfogadott párkapcsolati formaként jelentkezik. Az elmúlt tíz évben a házasságon kívüli együttélések száma egész Európában folyamatos növekedést mutat, így jelentősége a család- és háztartásstruktúrákban egyre nagyobb. A német modell vizsgálata mintaértékű, hiszen az európai államok közül itt a leginkább meggyőző az élettársi kapcsolatok aránya.¹ Írásomban arra keresek választ, milyen garanciákat biztosít a német alaptörvény e napjainkban igen elterjedt kapcsolati forma számára.

A házasságon kívüli együttélés alkotmányjogi szabályozása sok problémát vet fel, amelyek főként annak köszönhetőek, hogy *a német alaptörvény kihirdetése óta bekövetkezett társadalmi változások² gyökeresen módosították a kapcsolattípus morális megítélését, és ennek következtében új szabályozási igények fogalmazódtak meg.* Ezekre a tendenciákra a jog csak hosszú idő elteltével reagált, és az élettársi kapcsolatot sokáig jó erkölcsbe ütközőnek tekintette.³ A törvényi szabályozás – kevés kivételtől eltekintve - egészen napjainkig őrzi tradicionális értékeit, melynek alapja az alkotmányban rögzített alapértékek védelme.

2) A Grundgesetz és az élettársi kapcsolat, mint védendő érték

A német alkotmány a házasság és a család intézményének védelmét állami kötelezettségként nevesíti (Art. 6 Abs. 1 GG), míg az emberek időleges és "kötetlen" együttélését nem tekinti önmagában védendő értéknek.⁴ Következésképpen minden egyéb együttélési forma csak alacsonyabb szintű normában kaphat védelmet és az alaptörvény erre vonatkozó szakasza a lazább kapcsolatok fékeként minősíthető.

¹ 1999-ben 19,5 millió német állampolgár élt házasságban és 2,1 millió élettársi kapcsolatban. Egy 2000-ben készült statisztika alapján az élettársi kapcsolatokban élők aránya Németországban valamennyi kapcsolattípust figyelembe véve 5,3 %. In: Niemayer: Wirtschaft und Statistik 2000, S. 504.

² Rendkívül összetett folyamatokra kell gondolni, melyek legfontosabb elemei a következők: a házassodási kedv fogyatkozása, a nemi szerepek és szexuális viselkedési normák megváltozása, a válások számának ugrásszerű növekedése, az érték- és normavilág megváltozása és ezzel együtt a kapcsolatok törvényes elismertetésének átalakulása.

³ Példaként szolgál erre egy 1953-as bírósági határozat (BGH), melynek értelmében egy elvált asszony házasságban való együttélése az alapvető erkölcsi értékek negligálásának minősül, amely súlyosan sérti az alkotmányos rendet. A házasságon kívüli kapcsolatban történő, közös lakásban folytatott együttélést oly módon is szankcionálták, hogy a vadházasság ill. házasságtörés a bérleti jogviszonyt megszüntető okként került szabályozásra. In: Hausmann-Hohloch: Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft E.S.V, Berlin, 1999 S. 52.

⁴ Mindazonáltal egy ilyen jelentős társadalmi tendenciát nem lehet figyelmen kívül hagyni, így ha szövetségi szinten nem is történt meg e kapcsolatformák védelmének alapjogi normába foglalása, Berlin és Brandenburg saját alkotmányába felvett bizonyos állami célkitűzéseket, amelyek az élettársak javát szolgálják. In: Hausmann-Hohloch: Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft E.S.V, Berlin, 1999 S. 55.

Amennyiben szigorúan az alaptörvény keretein belül maradunk, azt kell megvizsgálni, hogy az alkotmányból hiányzó rendelkezés ellenére a nevezett szakasz, vagy az alaptörvény másik rendelkezése alapján van-e lehetőség az élettársak számára kedvező következtetések megfogalmazására. *Az alapkérdés az, hogy a házasság és család intézményének védelmét biztosító hatodik szakasz első bekezdése tekinthető-e olyan átfogó rendelkezésnek, amely kizárólag a törvény megalkotásakor létező és ismert társadalmi viszonyokra vonatkozik, vagy inkább olyan nyitott törvényi tényállás amelyben a jogalkotó lehetőséget teremt a család és házasság fogalom szociális változásokkal adekvát értelmezésére.* Véleményem szerint az első megoldás a célravezető. Amennyiben az alkotmány jogrendszerben elfoglalt helyéből indulunk ki, elengedhetetlen, hogy a társadalmi változások által indikált tendenciákra a jogalkotó egy olyan szabályrendszer létrehozásával reagáljon, amely kellőképpen rugalmas és lehetőséget biztosít egy hosszabb időintervallumon belüli eredményes alkalmazásra. Ennek pedig alapvető követelménye, hogy normáinak és védendő értékeinek tartalma a fogalmak konkrét jelentésén túl magában foglalja az esetleges későbbi, a társadalom fogalomrendszerének bővülésével kialakuló és a mindenkori társadalmi értékkel megegyező értéktartalommal bíró jelentéseket.

3) Az alkotmány “hallgatólagos módosításának” feltételei

Az alkotmánynak alaptörvényi jellegéből adódóan – a tradicionális alapértékek védelmével párhuzamosan – nyitottnak kell lennie az új fejlődési tendenciákra, és a gyakorlati jogalkalmazás terén jelentkező követelményeknek megfelelően kell alakítania normarendszerét. *Egy alkotmányban szereplő rendelkezés jelentésének bővülése azonban csak abban az esetben következhet be, ha a vonatkozó szakasz alkalmazási területén új, előre nem látható tényállások tűnnek fel, vagy ha már ismert tényállásokon belül egy fejlődési folyamat eredménye, valamint annak normarendszerbe történő beillesztése révén új kapcsolódási pontok, illetve jelentéstartalmak keletkeznek.*⁵ Ezekben az esetekben megoldás lehet az alkotmányban szereplő fogalmak analógia alkalmazásával történő kibővítése, természetesen kizárólag szigorú korlátok között, ha az adott kifejezés nem foglalja magában az újonnan keletkező tartalmat. Ebben az esetben az értékek megváltozása, illetve a sokak által emlegetett “értékválság” a jogszabályi rendelkezések tényleges és tudatos változtatása nélkül eredményezheti az alkotmányjogi normák módosulását. Ilyen különös jelentőséggel bíró kifejezéseket számos alapjogi szakaszban találunk, ilyen pl. a véleménynyilvánítási-, művészeti, foglalkozási szabadság stb.⁶

Nem szabad megfeledkeznünk arról, hogy *az alaptörvény normáinak valóságához történő igazításakor mindig egy kölcsönhatásos mechanizmus keletkezik.* Azáltal, hogy bizonyos intézmények részére alkotmányjogi garanciát biztosítunk, azok nyomban hatni kezdenek a társadalmi folyamatok valóságában, és a változások ösztönzőiként jelentkeznek. Más részről a társadalmi és szociális fejlődés minden alkotmányban szereplő normára kihat aszerint, hogy mi annak tartalma és célkitűzése.

Egy alkotmánybeli norma flexibilitását és a benne szereplő kifejezések tartalmi bővítésének lehetőségét minden egyes új jogintézmény, vagy a régiekhez kapcsolódó modern jelentéstartalom felbukkanásakor külön-külön kell vizsgálni. Ez a differenciált elbírálási módszer azért szükséges, mert *az élettársi kapcsolat alkotmányos védelme attól függ, hogy az alaptörvény vonatkozó szakasza (Art. 6 Abs. 1 GG) mennyire tekinthető a társadalmi változásokat rugalmasan követő “nyitott” normának, azaz van-e lehetőség a házasság és család fogalmának kiterjesztő értelmezésére.*

⁵ In: Hausmann-Hohloch: Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ESV. Berlin, 1999, S. 56.

⁶ In Art. 5. Abs. 1.GG, Art 5. Abs.3 GG, Art. 12 GG.

4) A házasságon kívüli életközösség bevonása az Alkotmány hatodik szakaszának védelmi körébe

A házasság és család különös állami védelméről szóló rendelkezés vizsgálatakor két kérdésre kell választ találnunk. Az egyik, hogy *az adott szakasz mennyire alkalmas a társadalmi változásokhoz való alkalmazkodásra*, a másik pedig *a házasság és család intézményével való hasonlóság értékelése*, vagyis a szabályozás kiterjesztésének alapfeltétele.

a) házasság

Az első kérdésünkre könnyen választ kaphatunk, ha a konkrét norma tükrében vizsgáljuk az elmúlt évtizedek társadalmi változásaira adott jogi reakciókat. *A házasság-fogalom ártértékelődése az intézmény örök életre szóló jellegének elvesztésével kezdődött.*⁷ A házassági életközösség megszüntetésének jogi lehetőségével új jelentéstartalom született, és a válások egyre növekedő száma igazolta a társadalom igényét. A Német Szövetségi Köztársaság Alkotmányának erre vonatkozó rendelkezése ugyan változatlan maradt, azonban láthatjuk, hogy a társadalmi folyamatok a törvényhozóra és az alkotmányjogi védelmet élvező házasság jelentésére is jelentős hatást gyakoroltak – megtörtént a hallgatóságos alkotmánymódosítás.

Az alkotmány idézett szakaszának látszólagos rugalmassága ellenére *az élettársi közösség mégsem vonható közvetlenül az alkotmányos norma védelme alá, hiszen a házasság és a „puszta” együttélés között jelentős különbségek tapasztalhatók.* Az élettársak biztosítani kívánják a későbbi különválás jogi procedurától mentes lehetőségét, közösségük csupán kettőjük elhatározásán alapul, és a külvilág felé sem kötelesek felvállalni kapcsolatukat. Ezzel szemben a házasság egy hivatali közreműködéshez kötött közjogi jogintézmény, mely a kívülállók számára is felismerhetővé teszi két ember viszonyát. Az élettársi kapcsolatok működhetnek próbaházasságként is, melyet tényleges frigy követ, de a legtöbb esetben alternatív párkapcsolati formaként jelentkeznek. A házasságban való együttélés családjogi viszonynak minősül, amelyre családjogi normák tartalmaznak iránymutatást,⁸ míg az élettársakra vonatkozó szabályozás külön jogszabályban szerepel.⁹ A házasság csak két különmű fél között állhat fenn, míg élettársi kapcsolatban – a német jogban törvény adta keretek között – homoszexuálisok is élhetnek. Különbségek jelentkeznek továbbá több jogosultság gyakorlásának lehetőségében, illetve mértékében. Ilyen például a névviselés és a tartási kötelezettség, az adózási kötelezettségek stb. A két intézményhez fűződő joghatások – néhány kisebb jelentőségű kérdéstől eltekintve – a házasság felé billentik a mérleg nyelvét, mivel az ilyen közösségben élők számára jóval kedvezőbb helyzetet biztosítanak. Az élettársak jogaiknak egy részét csak egy hosszabb időszak együttöltését követően gyakorolhatják, vagy azonnal, de a házassagnál jóval szűkebb körben. E két korlátozás együttes megnyilvánulására is találunk példát.¹⁰

Az analógia alkalmazására csak abban az esetben lenne mód, ha azokat a tényállásokat sorakoztatnánk fel, amelyek a házassághoz hasonlóképpen szabályozzák az élettársak közösségét. A jogalkalmazás, vagyis a gyakorlat segíthetne abban, hogy a társadalom által értékkel felruházott, de az alaptörvény védelmi körén kívül eső kapcsolatforma előnyeit megvilágítsa, ennek megfelelő döntéseket hozzon, és szorgalmazza a gyakorlattal adekvát

⁷ Németországban 1977-ben történt jelentős módosítás a válásra vonatkozó szabályokban.

⁸ Ez a német szabályozásban a BGB keretein belül található.

⁹ Németországban 2000. augusztus 1-én lépett hatályba az a törvény, amely a homoszexuális párok kapcsolatát rendezi. A különműekre vonatkozó jogszabály megalkotására még nem került sor.

¹⁰ Tóth Ádám: Az élettársak jogainak bővítéséről In.: Családi Jog, I. évfolyam 2. szám 14.o.

szabályozást. *Azonban így sem tehet olyasmint, ami a törvényalkotó egyértelműen kifejezésre juttatott akaratával ellentétes, hiszen az Alaptörvény az iránymutató valamennyi alacsonyabb szintű szabályozás tekintetében.* Mivel az Alkotmány konkrétan a házasság tekintetében biztosítja az állami védelmet, nem kétséges, hogy a hatósági formát mellőző együttélés nem kaphat ilyen oltalmat.¹¹Ezt támasztja alá az azonos nemű élettársakról szóló külön törvény megalkotása is, hiszen ha a jogalkotói koncepció a két intézmény teljes egyenjogúságának biztosítása lenne, annak legegyszerűbb módjaként a hasonló fogalommal megegyező, de legalább azonos szintű jogforrásban történő szabályozás mutatkozna. Az élettársi törvény így egyrészt bizonyíték a pusztá együttélés társadalmi elterjedtségének jogalkotás irányában megnyilvánuló pressziójára, másrészt arra is, hogy a törvényhozó a házasságon kívüli együttélést a hatodik szakasz alapján nem tekinti alkotmányos védelemre szoruló jogintézménynek. Más kérdés, hogy ha az alkotmányos védelem fogalmát kiterjesztően értelmezzük, elvben az alkotmányon kívüli egyéb jogszabályok intézményei is kaphatnak hasonló oltalmat.¹²Ez a gondolatmenet azonban az analógia alkalmazására vonatkozó érvrendszerrel már távolabb vinne, így inkább az alapjogi védelem kérdésének elemzésekor érdemes rá visszatérni.

b) család

A házasság fogalmának meghatározásával szemben a család közösségének definíciója nem egyértelmű, azért *az analógia alkalmazási lehetőségének feltárása előtt tisztáznunk kell, mit is tekint a német jog családnak. Amennyiben az élettársi kapcsolatban élők is családot alkotnak, nagyobb esély mutatkozik az alkotmányos védelem kiterjesztésére.* Az alaptörvény e tekintetben nem ad segítséget, a védelem konkretizálását más rendelkezésekben kell keresnünk. Az ENSZ Közgyűlésén 1948-ban meghirdetett Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata alapján “A család a társadalom természetes és alapvető egysége, melynek joga van a társadalom valamint az állam védelmére.”¹³Ebben az általános érvényű meghatározásban is csupán a védelem szükségességét hangsúlyozzák, de nem adnak választ arra, milyen közösséget tekintenek családnak. A BGB az élettárs fogalmát nem rögzíti,¹⁴és – különös módon - a család fogalmáról is hallgat. Az örökbefogadásra vonatkozó részben az örökbefogadás feltételeként jelöli meg a családi kapcsolat létesítését.¹⁵ Ebből levonhatjuk azt a következtetést, hogy *ahol van szülő-gyermek kapcsolat, ott_*ebben a viszonylatban *családi_kapcsolat is létesül* függetlenül

¹¹ A kérdés kezelését tovább nehezíti, hogy az analógia alapjául szolgáló házassági intézmény védelmének jellege is erősen vitatott. Egyesek szerint ez alkotmányos tétel, és a társadalom védelme érdekében a családi élet kereteit a jognak védelmeznie és preferálnia kell. Ennek formája a tradicionális férfi-nő szövetség formalizálása – többek között – a felbonthatóság szabályozásával. Az ezzel szemben álló nézet azt hangsúlyozza, hogy a házasság csupán formális aktus, tartalmát tekintve egyenértékű az élettársi kapcsolattal. Itt is alkotmányos szabadságjogokra hivatkoznak, pl. a párkapcsolat formájának szabad megválaszthatóságára.

¹² A magyar szabályozásban láttunk már példát arra, hogy egyes, alaptörvényen kívüli törvényben szabályozott jogintézmények alkotmányos védelemben részesültek, és megsértésüket is ennek megfelelően szabályozták (pl. jogalkotási törvény).

¹³ 16. Cikk (3) bekezdés

¹⁴ Az egyneműekről készült törvényi szabályozásban is csak a “bejegyzett partnerkapcsolat” definíciója szerepel (LPartG). A Szövetségi Alkotmánybíróság egy 1993-as ítéletében határozta meg az élettárs-fogalmat: “...eine Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt, und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Einstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts – und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.”

¹⁵ A törvény a szülő-gyermek viszony fennállását követeli meg, az örökbefogadás feltétele pedig a házasság. (§ 1741 BGB).

attól, hogy a gyermek házasságból vagy házasságon kívüli tartós együttélésből származik.¹⁶A fogalom meghatározásához érdemes segítségül hívnunk a szociológiai szakirodalmat. Giddens szerint “A család olyan emberek csoportja, akiket közvetlen rokonsági kapcsolat fűz össze, s amelynek felnőtt tagjai vállalják a gyermekek gondozásának felelősségét. A rokonság azon emberek közötti kapcsolatokat foglalja magában, amelynek házasság vagy leszármazás révén jönnek létre...”¹⁷A vérségi kapcsolat tehát minden esetben családot jelenthet. Az Európai Emberi Jogi Bíróság szerint nemcsak a jogi értelemben vett családi élet, hanem annak tényleges, szociológiai formája is védelemben részesül. Ez azonban nem alkalmazható a nem hagyományos értelemben vett – például homoszexuális – együttélésekre.¹⁸*A gyermeket nevelő párok élettársi kapcsolatát a fentiek alapján családnak minősíthetjük.* Ez persze nem jelenti azt, hogy az ilyen “családmódel” minden tekintetben azonos alkotmányjogi jogállással rendelkezik, mint a házasság. A két jogintézmény csak akkor vethető össze, ha gyermeknevelésről és gyermekvédelemről is szó van. Emellett a szülők helyzete előnyösebb a házasságban, mint pusztán együttélés esetén.¹⁹További különbség, hogy a házassággal ellentétben az élettársi kapcsolaton nyugvó családok bármikor, minden nehézség nélkül felbonthatók. Összegzésképpen elmondhatjuk, hogy *az alaptörvény hatodik szakaszának első bekezdése által nyújtott intézményi védelem (Art 6 Abs. 1 GG) az élettársi kapcsolatra csak akkor terjeszthető ki, ha ez a közösségben élő gyermek védelmét szolgálja.* Azok a házasságon kívül élő szülők, akik gyermekükkel nem tartanak kapcsolatot, illetve gyermektelenek, az alkotmány ezen szakaszának védelmére semmilyen igényt nem támaszhatnak.

5) az Alkotmány további alkotmányos védelmet biztosító rendelkezései és a személyi szabadság, mint az élettársi közösség létesítésének alapjoga

Az alaptörvény második szakaszának első bekezdése (Art 2 Abs. 1 GG) az *általános cselekvési szabadságról* szól,²⁰melynek korlátjaként mások jogai, az alkotmányos rend, valamint az erkölcsi szabályok sérelmét nevesíti.²¹A cselekvési szabadságot a személyi szabadság alapjogából vezethetjük le. *Mivel az élettársi kapcsolat létesítése is a cselekvési szabadság része, mint legszemélyesebb döntés közvetve igényt tarthat az alkotmányos védelemre.* Nem kétséges, hogy az intim kapcsolat kialakítása egy másik emberrel az egyik legszemélyesebb elhatározás, melynél a hatósági közreműködés mellőzhető. A személyi szabadság joga tartalmi és terjedelmi korlátokkal nehezen behatárolható. Ez olyan általános alapjog, amelyre abban az esetben hivatkozunk, ha speciális alapjogi rendelkezés – jelen esetben a család és házasság védelmét kimondó tétel - nem alkalmazható. Amennyiben az élettársi kapcsolat alkotmányos védelmének igazolásánál a cselekvési szabadságból indulunk ki, nem hagyhatjuk figyelmen kívül e szabadságjog kétarcúságát. *A kapcsolat létesítése lehetősége mellett ott áll a házasságkötés választásának lehetősége is, mely ugyanerre az alkotmányos normára vezethető vissza.* Ez komoly érv lehet az élettársi viszonyt és ennek törvénymódosítással vagy törvényhozással történő szabályozását ellenzők kezében. Az ő álláspontjuk szerint a házasság joga adott, és önmagában az a tény, hogy valaki nem él vele

¹⁶ Az 1969-es családjogi reform következtében az apa a házasságán kívül született gyermekével is jogi értelemben véve rokonságban, családjogi viszonyban áll. Az Alaptörvény külön is kimondja a házasságon kívüli gyermek egyenjogúságát a testi és szellemi fejlődéséhez szükséges feltételek megteremtésében (Art. 6. Abs. 5. GG).

¹⁷ Anthony Giddens: Szociológia. Osiris Kiadó, Budapest, 1977.

¹⁸ Lábady Tamás: A magánélet alkotmányos védelme (A házasság és család védelme, a magánszférához való jog.) Acta Humana, 1995. 18-19.o.

¹⁹ In: Handbuch des Verfassungsrechts (1. Aufl.): Zeidler, S. 558

²⁰ a német szóhasználatban: a “személyiség szabad kibontakozása”

²¹ “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.” In: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung S. 13.

nem teremt az állam számára jogalkotási kötelezettséget. Ez a szemlélet a hagyományos erkölcsi értékeket őrző, a jelenleg elterjedt nézetrendszerénél némileg konzervatívabb szemléletmódot takar, de úgy vélem, mindenképpen érdemes rajta elgondolkozni.

Az élettársi kapcsolat alkotmányos jogokra történő visszavezetésével egy kulcsfontosságú kérdéshez jutunk. *Azt kell megvizsgálnunk, hogy a házasságon kívüli életközösség megteremtéséhez való jog alapjognak minősül-e.* Amennyiben igenlő választ kapunk, a házasság és család intézményével egyenrangú létforma születik. Láthatjuk, hogy mindhárom fogalom levezethető a személyi szabadság jogából.²² Mindazonáltal úgy gondolom, hogy ez a következtetés önmagában nem elég ahhoz, hogy az élettársi kapcsolat létesítésének jogát alkotmányos alapjognak tekintsük. *Az alapjogi jelleg ugyanis két kritériumot foglal magában. Alanyi oldalon az érvényesíthetőséget, intézményi oldalon az állam védelmi kötelezettségét. Előbbi feltétel teljesülni látszik, de az Alaptörvény az élettársi viszonyhoz nem rendeli hozzá az állam "különös védelmét".*²³ Következésképpen a házasság és család intézménye, amely valóságos alapjog, mindenképpen előnyben részesül az élettársi kapcsolattal szemben. Ennek megfelelően az alapjogi intézmények preferálása az alkotmány egyenlő elbánást kimondó harmadik szakaszát sem sérti.²⁴

6) Az élettársak helyzetének javítása – a jog eszközei az alkotmányos védelem biztosítására

Amennyiben az intézményt a személyi szabadságból vezetjük le, alapjogi jelleg hiányában csupán a közvetett eredetnek köszönhetően részesülhet alkotmányos védelemben. *Tekintettel arra, hogy az alaptörvényből kimaradt a nevesítés, a jogalkotónak alacsonyabb szintű jogszabályokban kell megteremtenie e speciális szabadságjog gyakorlásának garanciáit.* Ez kétféle módon valósulhat meg: a már hatályban lévő jogszabályok élettársi szempontból kedvező módosításával illetve újak megalkotásával.²⁵ A jogalkalmazónak szintén jelentős szerep jut, hiszen az ítélelhozatalkor már hatályban lévő joganyag felhasználásával arra kell törekednie, hogy az élettársi viszony elbírálásánál egyrészt biztosítsa az alkotmány szellemének megfelelő eljárást, másrészt törekedjen a házassághoz képest hátrányos helyzet méltányosság alapján történő kompenzálására. Mivel az egyes ügyek konkrét megoldása a bíróság kezében van, *az élettársi kapcsolat kezelése és ennek kapcsán a hatályos analógia útján történő alkalmazása első sorban jogalkalmazási kérdés.*

7) Törvény a regisztrált partnerkapcsolatról - az egyneműek élettársi közösségével kapcsolatos alkotmányjogi kérdések

A jogalkalmazó szerepét vizsgálva főként a hiányzó fogalmi meghatározások kikristályosodásának lehetünk tanúi, ezen túlmenően pedig a taláros testület segítséget nyújt a házasságon kívüli együttélés alkotmányos alapjainak értelmezésében.

²² A magyar szabályozás ezzel párhuzamosan az emberi méltósághoz való jogot is megemlíti.

²³ "unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung" (Art. 6 Abs. 1 GG) In: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung S. 14.

²⁴ "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich" (Art. 3 Abs. 1. GG) In: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung S. 13.

²⁵ Van néhány olyan kérdés, amelyet már eleve azonos módon szabályoznak a házastársak és az élettársak esetében (pl. házastársi tartás, a közös lakás), de ugyanakkor a házasság privilegiuma marad a névviselési jog, a mindennapi szükségletek fedezésére szolgáló jogügyletek kötelező hatása a házastársra, az állami támogatások, tényleges mentesülés az ajándékozás és az öröklés adóvonatkozásai alól, alanyi jogon járó TB és nyugdíjbiztosítás) In: Jochen Duderstadt: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – Der aktuelle Leitfadens für junge Rechtsanwälte – Rechtsverhältnisse 2. Auflage, Luchterhand 2004. S. 131.

Az élettársi kapcsolat eddigi legrészletesebb német szabályozása – különös módon – az azonos nemű párok jogi helyzetét körvonalázó törvény (LPartG),²⁶ amely 2001. augusztus 1.-től hatályos. Ebben az ún. *“regisztrált partnerkapcsolat”* fogalmát rögzítik, melynek érvényes létrejötte hatósági bejegyzéshez kötött. A pár tagjainak egymással szemben meghatározott tartási kötelezettségük van, melyről lemondani nem lehet.²⁷ A szerzeményi közösség mintájára a jogalkotó az ún. kiegyenlítési kötelezettséget nevesíti, a felek ugyanakkor vagyonuk megosztott kezeléséről is megállapodhatnak.²⁸ A partnerek egymás után törvényes örökösnek minősülnek, továbbá megilleti őket a közös név viselésének joga.²⁹ Az együttélés szabályai – a gyermeknevelés, illetve az örökbefogadás, bizonyos adójogi szabályok, valamint az özvegyi nyugdíjra vonatkozó rendelkezések kivételével – a házasokhoz hasonló helyzetet teremtenek az azonos nemű párok számára. A szabályozás célja az egyneműek együttélésének törvényes kereteken belüli szabályozása. *Felmerül azonban a kérdés, hogy a házassághoz közelítő státus létrehozása mennyiben feleltethető meg az alaptörvény hatodik szakaszában foglalt kötelezettségnek, illetve az együttélés ezen formájának legalizálása nem ütközik-e az alkotmány vonatkozó rendelkezésébe.* A törvény ellenzői azzal érvelnek, hogy a regisztrált partnerkapcsolat a házasság mellőzéséhez vezet, ezért alkotmányellenesnek minősül. *Az új együttélési forma alkotmányos jellegének vizsgálatakor először azt a kérdést kell tisztázni, milyen következményekkel járhat az azonos neműek házasságának engedélyezése.* Ez különös fontosságú, hiszen a bejegyzett partnerkapcsolatban élők jogállása nagyon közelít a házások helyzetéhez és a törvényjavaslat elkészítésekor az eredeti cél a melegek házasságának legalizálása volt. A német alkotmány házasságról szóló szakaszának (Art. 6 Abs. 1 GG) intézményi védelme a tradicionális kapcsolatforma szerkezeti alapelveinek konzerválását célozza. Ezek a princípiumok az alaptörvényben konkrétan nem szerepelnek, a Német Szövetségi Alkotmánybíróság – a továbbiakban Alkotmánybíróság – jogalkalmazása során azonban egyértelműen megfogalmazta őket. A házasság intézményének megnyitásával a hagyományos forma nem kerül hátrányosabb helyzetbe, hiszen az egyneműek csupán ahhoz hasonló pozíciót nyernek.³⁰ Továbbá az alkotmány nem a házasság “egyedüli”, hanem “különös” védelmét nevesíti, vagyis nem zárja ki a hasonló jogintézmények alkotmányos oltalmát. Az élettársi kapcsolatot ellenzők gyakori érve, hogy a házasság a családalapítás előfeltétele, és ilyen minőségében előnyt élvez a homo-friggyel szemben. Az adekvát válasz azonban kézenfekvő: a hatodik szakasz intézményi védelme akkor is érvényes, ha a házaspár nemzöképtelen, illetve valamilyen más oknál fogva gyermektelen. Ebből egyértelműen következik, hogy az ilyen párok semmiben sem “értékesebbek”, mint a társadalmi reprodukcióból más okból kimaradó egyneműek. Gyakran érvelnek azzal, hogy az azonos neműek gyűrűváltásának tilalma az alkotmány egyenlő elbánást biztosító rendelkezésébe³¹ ütközik. Ez a feltevés megalapozatlan, hiszen az alkotmány házasságfogalma egyértelműen férfi és nő szövetségét takarja, és diszkriminációról csak akkor beszélhetnénk, ha az egyes nemek közötti különbségtétel folytán kizárólag férfi vagy női partnerekből álló egynemű kapcsolatok kapnának jogot a frigyre lépéshez. Ennek megfelelően a szabály fordított értelmezése a “különbözők” házasoktól elkülönülő kezelésének szükségessége. Amennyiben az élettársak a felhívott alkotmányszakasznak megfelelően azonos jogi védelmet, és ezáltal házassági jogot kapnának, akkor az alaptörvény hatodik szakaszába foglalt különleges védelem tartalma kiüresedne.

²⁶ Lebenspartnerschaftsgesetz

²⁷ § 5 LPartG

²⁸ 6, 7 §§ LPartG

²⁹ 10, 14 §§ LPartG

³⁰ Nem szabad megfeledkeznünk arról, hogy az egyneműek házasságának bevezetésére már találunk európai példákat is (Hollandia 2000, Belgium 2003, de a német alkotmány merev intézményvédelme miatt ez a megoldás itt egyelőre nem alkalmazható).

³¹ Art 3 Abs. 1 GG

Az alkotmány sérelmének látszatát azonban még egy házasságot nem engedélyező, de az ahhoz fűződő jogosultságok nagy részét biztosító – fent ismertetett – törvény³² sem kerülhetett el. Bajorország és Szászország a törvény hatályosulását készült megvétózni, de ezt az indítványt az Alkotmánybíróság elutasította. A jogszabály életbe lépését követően a nevezett tartományok – Thüringiával kiegészülve – a törvény alkotmányellenességének vizsgálatát kérték a taláros testülettől.³³ Az eljárást kezdeményezők attól tartottak, hogy a regisztrált partnerkapcsolat, mint sui generis jogintézmény bevezetésével a házasság szánára biztosított “különleges” védelem jelentése kiüresedik. A törvényt formai és tartalmi szempontból egyaránt kifogásolták.

Az alaki alkotmányellenesség vádja két pontban foglalható össze. Egyrészt vannak a törvénynek olyan szakaszai, amelyek csak a 2000. November 10-én életbe lépő kiegészítő rendelkezésekkel³⁴ együtt értelmezhetők, másrészt az új jogintézmény létrehozásakor mellőzték a Bundesrat hozzájárulását.

A kiegészítő rendelkezések vonatkozásában az Alkotmánybíróság nézete a következő. A szabályozás kifogásolt módja annak a koncepciónak köszönhető, hogy a jogalkotó célszerűbbnek tartotta az eljárásjogi rendelkezéseknek külön törvény keretein belül történő szabályozását. A törvényhozási folyamat ilyen felosztása nem tekinthető önkényes aktusnak, mivel a parlament elfogadta a törvénytervezetet. A jogalkotási folyamat demokratikus keretek között zajlott. A másik vitás kérdésre az Alkotmánybíróság azt a választ adta, hogy az anyagi jogi szövetségi szintű törvények vonatkozásában a Bundesrat kizárólag abban az esetben bír hozzájárulási joggal, ha a törvényhozó beavatkozik a tartományok illetékességi körébe. Az élettársi jogviszonnal kapcsolatos fenti anyagi jogi rendelkezések csupán kiegészítő jellegűek, és nem tartalmazznak iránymutatást a közigazgatási eljárás vonatkozásában. Következésképpen nincs szükség a szövetségi gyűlés egyetértésére.³⁵

Az anyagi alkotmányellenességi probléma lényege a német alaptörvény hatodik szakaszában rögzített, a házasságnak különleges védelmet biztosító rendelkezés³⁶ esetleges sérelme. Az Alkotmánybíróság 2002. júliusában közzétett ítéletében első ízben mondta ki az egynemű párok házassághoz hasonlóan szabályozott életközösségének alkotmányosságát. Korábban egyetlen azonos nemű személyeket érintő alkotmánybírósági döntés született 1993-ban. Az új határozat elsőként konkretizálta az élettársi kapcsolatnak és az alkotmány fent nevezett szakaszának viszonyát. A korábbi állásfoglalással összhangban megállapította, hogy a házasság intézményének valamennyi alkotóeleme alkotmányos védelmet élvez, és bármelyik megváltoztatásához az alaptörvény módosítása szükséges. A 2002-es döntés abban különbözik a korábbitól, hogy a törvényhozó számára nagyobb mozgásteret biztosít az alkotmány hatodik szakaszának megfelelő, hosszú távú partnerkapcsolati intézmények kialakítására.³⁷

Az Alkotmánybíróság megállapította, hogy a bejegyzett élettársi kapcsolat bevezetésével a házasság és család privilegizált státusa nem szenved csorbát.³⁸ Hivatkozott a joggyakorlatra, miszerint a házasság következetesen férfi és nő szövetségét jelenti. Kimondta, hogy az idézett alkotmánybeli rendelkezés,³⁹ mint erkölcsi értéket őrző alapszabály kizárólag a házasság és a család számára biztosít intézményi védelmet. Álláspontja szerint az alaptörvény harmadik szakaszának egyenlő elbánásról szóló bekezdése⁴⁰ sem sérül a regisztrált partnerkapcsolatot rendező törvény hatályba lépésével. A különemű párok számára ugyanis –

³² LPartG

³³ A kérelmet 2002. Április 9-én nyújtották be.

³⁴ LPartErgänzungsgesetz

³⁵ http://www.lsvd.de/lpartg/LpartG-Fampra_ch.pdf53

³⁶ Art. 6 Abs. 1 GG

³⁷ 1 BvT 1/01, 1 BvF 2/01

³⁸ “Die ”Homo-Ehe” ist verfassungsgemäß und verletzt nicht den besonderen Schutz der Ehe und Familie.” In: <http://www.bverfg.de>

³⁹ Art. 6 Abs. 1 GG

⁴⁰ Art. 3. Abs. 1 GG

a korábbi helyzettel megegyezően – csupán a házasság az egyedüli, törvényes keretek között gyakorolható kapcsolatforma. *Az Alkotmánybíróság a fentiekre hivatkozással elutasította a tartományok indítványait.*

8. Összegzés

A házasság és a család a német alkotmány olyan megkülönböztetett védelemben részesülő entitásai, melyek az állam “különös” intézményi oltalmát élvezik. *Az élettársi kapcsolat alapjogi garanciáit a hatodik szakasz első bekezdéséből nem vezethetjük le, ez a csupán a cselekvési illetve személyi szabadság jogával rokonítható. Az állam intézményi védelme hiányzik ahhoz, hogy alkotmányos alapjogként kezeljük az ilyen együttélési modellt, de a törvényi szintű nevesítés, valamint a bírósági ítéletek kialakítják e jog gyakorlásának garanciáit.* A regisztrált párkapcsolatról szóló törvényi szabályozás alapján a Szövetségi Alkotmánybíróság 2002-es ítéletében kimondja, hogy az egyneműek élettársi kapcsolata nem sérti az alkotmány család- és házasság- különös mértékben óvó rendelkezését. Az együttélés új formájának szabályozása nemcsak a német jogban vet fel alkotmányos kérdéseket. Valamennyi, az adekvát jogi megoldást kereső állam szembesül ezzel a problémával. A jogintézmény vizsgálatára emellett nemzetközi civilszervezetek és jogösszehasonlító műhelyek is egyre nagyobb számban vállalkoznak.⁴¹ Az információcsere különösen fontos, hiszen az egyes szabályozási modellekkel kapcsolatos gyakorlati tapasztalatok bemutatása a jövőbeni európai törvényhozás számára is iránymutató lehet.

⁴¹ 2004. Április 2-3. A hamburgi Max Planck Intézet jogösszehasonlító ülést is tartott “A házasságon kívüli életközösségek jogállása” címmel.