

Bézi László

Az indonéz jogrendszer reformjának kihívásai

*“No one is born a good citizen; no nation is born a democracy.
Rather, both are processes that continue to evolve over a lifetime”¹
/ Kofi Annan /*

A Suharto elnök személyével fémjelzett autokratikus berendezkedésű rendszer 1998. májusában történt összeomlása után az indonéz szigettenger népei 1999. nyarán először járultak szabadon a szavazóurnákhoz. Egy szabad választás azonban még önmagában sehol sem csinál demokráciát. Az 1998 óta napirenden lévő állami – ideológiai nyitás, az indonéz “reformkor” fő követelése a szabad választások megtartása mellett elsősorban az igazi demokrácia bevezetésére irányult. A több, mint tíz éves magyar tapasztalatok alapján kijelenthetjük, hogy ez pedig egy lényegesen hosszabb, összetettebb feladat, mint a békés hatalomváltás lebonyolítása.

Mégis, mire van szükség ahhoz, hogy Indonézia valóban a világ harmadik legnagyobb demokratikus berendezkedésű államává válhasson? A politikai, gazdasági reformok mellett elsődlegesen a 220 milliós népességű ország jogrendszerének gyökeres reformjára, valamint arra, hogy kialakuljon az emberi jogok tiszteletben tartásának széleskörű gyakorlata. E két tényező azonban azonnal számos más kérdést von maga után. Mennyiben érvényesülhet a közvetlen demokrácia Indonéziában? Milyen esélyei vannak a kiegyensúlyozott és arányos hatalommegosztási gyakorlat kialakulásának és meggyökeresedésének? Milyen feltételek mellett alakulhatna ki az emberi jogok tiszteletben tartásának gyakorlata? Meddig terjedhet a decentralizáció az adott társadalmi – gazdasági – politikai viszonyok között az állam területi egységének veszélyeztetése nélkül? Érvényesülhet-e az iszlám jogrendszer dominanciája a világ legtöbb iszlám vallású állampolgárával rendelkező Indonéziában? Milyen lépések szükségesek a korrupció visszaszorítása, az igazságszolgáltatás tisztaságának és a bírói függetlenség érvényesülésének elérése érdekében?

Ez utóbbi kérdésekkel kívánok elsősorban jelen tanulmányomban foglalkozni.

A probléma természete

Az Indonéz Köztársaság 1945. augusztus 17-ei kikiáltása óta számos társadalmi, politikai és gazdasági transzformáción esett át. Jogrendszerének általános reformja azonban igencsak megkésett, noha szükségének állami szintű felismerése (elsősorban gazdaság-szabályozási megfontolások, így különösen a külgazdaság liberalizálása okán) majdnem egy évtizeddel előzte meg a szigettenger – állam demokratizálódásának politikai nyitányát, és tényleges kezdeti lépései a kilencvenes évek végére datálhatók. Egyes nézetek arra utalnak, hogy az indonéz jogi reformtörekvéseket egészen az 1950-es évekig lehet visszavezetni², véleményem szerint azonban ezen időszakra sokkal inkább a fiatal köztársaság gazdasági, biztonság- és társadalompolitikai progressziója mellett a jogrendszer posztkolonialista alapvonalainak kikristályosodása volt a jellemző.

A születendő állam *Alkotmányát (Udang – Udang Dasar - UUD)* 1945 -ben szükséghelyzetben, kapkodva, súlyos, ám végig nem vitt viták során, kiforratlanul fogadták el.

Ebből következően négy nagyon alapvető probléma észlelhető az eredeti Alkotmányban. Először is, egy olyan korlátlan hatalommal rendelkező szervet hoztak létre, amelyet egyetlen más szerv sem ellenőrizhet, és amely csak önmagának felelős. Ez a szerv az eredetileg ezer, jelenleg pedig hétszáz főt számláló *Tanácskozó Nemzetgyűlés (Majelis Permusyawaratan Rakyat – MPR)*, amely magában foglalja a *Képviselők Házának (Dewan Perwakilan Rakyat – DPR)* ötszáz tagját is. Másodszor, nem határozta meg az Alkotmány az igazságszolgáltatási garanciákat: a bírák függetlenségét és a többszintű jogorvoslat lehetőségét. Harmadszor, nem érvényesült a hatalommegosztás: a köztársasági elnök funkciójában a törvényhozó és a végrehajtó hatalom teljesen egybemosódott. Az elnök az államfő és a kormányfő is egy személyben. Ráadásul az Alkotmány első módosításáig az elnök korlátlan ideig volt újraválasztható. Ez a recept két diktatúrát is kiszolgált: Sukarno “irányított demokráciáját” és Suharto “Pancasila demokráciáját”. Negyedszer pedig az Alkotmány nem írta elő, hogy az MPR kizárólag választott képviselők közül állhat. Ebből következőleg alakulhatott ki az indonéz hadsereg ún. “kettős funkciója”, a *dwifungsi*, amely állandó képviselői helyeket és szilárd politikai – döntéshozói pozíciókat biztosított számára. Továbbá az 1985. évi 2. törvény alapján a hadsereg mellett az elnök által kijelölt és a különböző pártok és szervek által delegált személyek alkották az MPR felét. Mindezek eredményeképpen igen nehéz megállapítani, hogy az “alapító atyák” ezt a rendszert prezidenciális vagy parlamentális köztársasági modellként álmodták-e meg. (A kialakult gyakorlat azonban azt mutatta, hogy az államrendszer elsődlegesen prezidenciális, némi parlamentális jelleggel.)

Természetesen nem kizárólag ezek a hiányosságok voltak a kiváltói a jogrendszer reformja iránti igény megjelenésének. Az Alkotmány elfogadásakor az indonéz jogalkotók között a vita alapvetően arról folyt, hogy egy iszlám berendezkedésű egyházi államot hozzanak-e létre, ahogy azt a világ legnépesebb iszlám országának radikális, ámde kisebbségbe szorult csoportjai kívánták, avagy egy világi államot, ahol az iszlám jog is alkalmazható. 1945-ben végül is ez az utóbbi megoldás született meg, de a jogrendszer reformja során napjainkban ismét felerősödött a mindig is jelenlévő törekvés az állam “iszlámosítására”. Legutóbb 2002 januárjában, az *Indonéz Mujahidin Tanács (MMI)* szervezésében az iszlám profilú pártoknak és szervezeteknek a közép – jávai Yogyakartában tartott muszlim szeminárium foglalkozott az *iszlám jogrendszer, a shariah* (vagy ahogy Indonéziában nevezik: a syariah) beemelésének lehetőségével az Alkotmányba, annak esetleges újabb módosítása során.³ A kérdésben azonban egyelőre még az indonéziai iszlám szervezeteknek sincs egységes álláspontjuk.

Az Alkotmány – egységben a *Pancasila*⁴ szellemével - 29. §-ának (1) bekezdésében kimondja: "Az államnak az egyetlen és magában való Istenbe vetett hiten kell alapulnia."⁵ Az alapelv kommentárja kifejti, hogy az egyetlen Isten független minden vallástól, legyen az iszlám, keresztény, protestáns, buddhista, vagy más. Az állam azonban ragaszkodik a monoteizmushoz, valamint elveti az ateizmust, “mivel az ellentétben áll az indonéz nemzeti kultúrával”. Így tehát világnézeti szabadságról eleve nem beszélhetünk (a vallásszabadsághoz való jogot az Alkotmány a már fentebb idézett szakasz (2) bekezdésében deklarálja), és ez, valamint, hogy a vallásosság ennyire kihangsúlyozott szerepkört kap, erősen emlékeztet egy teokratikus államformára.⁶ Az államilag elrendelt monoteizmus ellenőrzése azonban a gyakorlatban nem, vagy csak igen kis mértékben realizálódik, és semmiképpen sem úgy, ahogy azt az iszlám szervezetek szeretnék. Igazság szerint az indonézek többsége nem is lát ellentmondást azon kérdésben, hogy mindenki szabadon gyakorolhatja vallását, de mindenkinek kell legyen vallása.

A shariah alkalmazásának lehetősége történelmi gyökerekből táplálkozik. A holland gyarmati uralom alatt kialakult jogalkalmazás – minden fonákságával együtt – szinte

változatlanul konzerválódott a független Indonéziában. A létező indonéz „*gyarmati pluralista jogrendszer*” ahogy azt Dr. Tim Lindsey, a Melbourne-i Egyetem Ázsia Jogi Központjának professzora nevezte⁷, három fő pillérré támaszkodik: *a holland jogrendszerre, az iszlám shariára, valamint az ősi indonéz szokásjogra, az adatra*.⁸ Ez a hármasság, továbbá a kezdeti időkben felállított – eléggé kaotikus és sokszor áttekinthetetlen döntésmechanizmusa, épp ezért a korrupció melegágyának számító - intézményrendszer a nyolcvanas évek közepére már tarthatatlannak bizonyult. Ugyanakkor az egységes jogrendszer bevezetése Indonéziában éppen kizárólag a sharia alkalmazását, vagy annak teljes elhagyását jelenthetné.⁹ Az előbbi sértene az ország nem iszlám vallású polgárait, az utóbbi pedig a többségben lévő iszlám hívőket.

Érdekes tény azonban, hogy 2002. januárjától Aceh tartomány (amely Irian tartománnyal együtt különleges autonóm státuszt kapott Dzsakartától és amely az egyik legradikálisabb iszlám tartománynak számít Indonéziában), hivatalosan a sharia-t jelölte meg a helyben alkalmazott jogként,¹⁰ utalva arra, hogy ez teszi ki a helyi adat nagy részét.

Az adat alkalmazása már egy központosított kormányzati rendszerben is eléggé sok problémát okozott. Az őslakosok tradicionális viszonyai, például az öröklés, a földtulajdon, a természeti kincsek tulajdonviszonyai és azok kiaknázása tekintetében nehezen értelmezhető a központi és a helyi államigazgatás számára, és gyakorta ellentétben áll a nemzeti joggal. (És gyakran a sharia által megszabott normákkal is, például a családjog területén.) Ráadásul ezek a szokások legtöbbször nélkülöznek minden írásos formát. 1999. márciusában a *Szigettenger Óslakosainak Kongresszusa (AMAN)*, mint Indonézia első nemzeti – szintű bennszülött fóruma, azért ült össze, hogy elfogadtassák az állammal az adat használatának teljeskörűségét és megtámadhatatlanságát, mint az őslakosok elidegeníthetetlen jogát.¹¹

A legmeghatározóbb társadalmi konfliktusok gyökereit Indonéziában az etnikai és vallási sokféleségben kell keresni. Ezeket a konfliktusokat az erős központi hatalom csak mérsékelni (vagy éppen szítani) tudta, megszüntetni nem. A rendelkezési jogkör pedig az elnök – és kisebb mértékben a belügyminiszter – kezében volt. A központosított hatalom a hadsereget és a meggondolatlanul erőltetett, tervszerű belső migrációt használta fel a népcsoportok közötti ellentétek elsimítására, de ez a politika csak további konfliktusokat szült. (Az elhibázott migráció és az etnikai türelmetlenség szomorú példája volt nemrég az őslakos, fejedelmek hagyományokkal és igen kegyetlen adattal bíró dayak törzsek által elkövetett vérengzés: a Madura – szigetről származó telepések fékevesztett lemészárlása Borneó déli részén.)

A Suharto – rezsim bukása után – hathatós külső sürgetésnek is engedve – az indonéz jogalkotók megpróbálták létrehozni a helyi önkormányzatok lehető legteljesebb rendszerét (erről rendelkezik az 1999. évi 22. törvény, valamint az 1999. évi 25. törvény az e területek részére átengedett igazgatási és pénzügyi eljárásokról, és az azt végrehajtó 25/2000. számú kormányrendelet), a konfliktuskezelést átadva az adott területi egység autoritásának.¹² Ez az intézkedés azonban nem járt sikerrel, mivel az egyes területi egységek vagy nem tudtak mit kezdeni a hirtelen nyakukba szakadt autonómiával, vagy teljesen félre- értelmezték azt. A változás túl gyors, túl széleskörű volt, és nem hagyott elég időt a helyi közigazgatás kiépülésére és felkészülésére. Az egyenlőtlen végrehajtás - a központi kormányzat és a helyi önkormányzatok, valamint maguk a tartományok közötti értelmezési és módszertani eltérések – újabb konfliktusokat szült.¹³ Sokan úgy értelmezték az autonómiát, hogy Indonézia átalakul szövetségi állammá, egyes, ásványkincsekben és infrastruktúrában gazdag tartományok pedig, fellelkesülve Kelet – Timor példáján, kiváló alkalomnak látták a decentralizációt a végleges önállósulásra. (Bizonyos tartományi tisztségviselők is kiváló alkalmakat találhattak a végleges

önállósulásra, mivel a belső pénzügyi egyensúlyról szóló jogszabály alapján az állam által a tartományoknak jutott szubvenciókból 2001. novemberéig azoknak kb. negyven százaléka, mintegy hatvan – trillió rúpia tűnt el nyomtalanul.)¹⁴ Ebből, és még sok más jellegű problémából adódóan pedig maga az ország területi egysége került veszélybe (a Pancasila harmadik parancsa Indonézia egysége). A kormány haladéktalanul úgy döntött, hogy a 1999. évi 22. törvényt teljes revízió alá veszi, és egyelőre felfüggeszti annak végrehajtását (a helyi kormányzás erősegítéséről és felülvizsgálatáról szóló 20/2001. Korm. rendelet).¹⁵ Természetesen ez a lépés is sok kritikával szembesült: míg a törvényhozók és a kormányzat a jogszabályokban talált ellentmondásokkal példálózva magyarázzák a múlhatatlan módosítás szükségességét, addig a régiók azzal vádolják Dzsakartát, hogy vissza akar táncolni a decentralizációtól, és hogy a kormány szítja a tartományok közötti viszályokat.¹⁶

Az új államigazgatási rendszer kidolgozása még tart, működésének feltételei így korántsem teljesek. Elkészült ugyan a köztisztviselőkről szóló 1974. évi 8. törvényt módosító 1999. évi 43. törvény – amely köztisztviselői rangra “emelte fel” a fegyveres erők és a rendőrség állományát is -, de a helyi önkormányzatok képtelenek megfelelő képzettségű és számú munkaerőt találni, és a központi államigazgatási szerveknél is elég nagy a bizonytalanság.

A történelmi folyamat nagy kihívásai között található a hadsereg, az egykor *Indonéz Köztársasági Fegyveres Erők (ABRI)*, jelenleg az *Indonéz Állami Hadsereg (TNI)* nevet viselő testület gyökeres megreformálása, “demokrácia-kompatibilissé” tétele. Az indonéz állam megalakulása és az azóta eltelt évtizedek során igen fontos politikai szerepet játszó tényezőként értékelt ABRI-t nem csak a már fentebb említett dwifungsi gyakorlatának veszni hagyására kellett rábírní, de szükséges volt a testület elválasztása az *indonéz rendőri testülettől (Polri)*, valamint a polgári irányítási modell, a DPR hadsereg feletti szupremáciájának megteremtése is.¹⁷

A hatalmi ágak közül a végrehajtási szorult a legnagyobb átalakításra: az eddigi elnöki – kormányzati szerepkör állami túlsúlya helyén a DPR megerősödésével és a területi önkormányzati rendszer bevezetésével kisebb hatásköri vákuum keletkezett, és ezt - külhoni mintára -különböző “fékező és egyensúlyozó” szervek felállításával próbálták meg ellensúlyozni. Az új, kardinális jellegű törvények végrehajtása rendszerint sokat késik, és nem érvényesül az államigazgatás és a DPR között a közvetlen visszacsatolás. Az elnöki funkciók meghatározása és értelmezése igen heves vitákat vált ki az MPR és a DPR tagjaiból, az “elnöki tekintély” kifejezés pedig Sukarno bukása óta eltűnt a pozitív jellegű kifejezések közül. 2000 -ben – tekintettel Wahid elnök betegségére – már ideiglenesen megosztásra került az elnöki és a kormányfői funkció, de ez az állapot csak a politikai helyzet efemer szülötte volt, és egyelőre nem látszik valószínűnek ismételt bevezetése.

A rendezetlenség persze nem kizárólag az államigazgatás sajátja: az igazságszolgáltatási rendszer felépítése és tagjai is hagynak maguk után kívánnivalót. A tavaly nyáron beiktatott új legfőbb ügyész, Baharudin Lopa szerint legalább két évtizedbe telik, mire az indonéz bíróságok teljes személyi állományát átszűrik és megtisztítják a korrupciótól. És ezt a vizsgálatot természetesen ki szeretnék terjeszteni az ügyvédekre, az ügyészekre és a rendőrségre is.¹⁸

A korrupció pedig az indonéz állam legnagyobb kerékkötője: az eddigi kísérletek a visszaszorítására nem voltak eléggé hatékonyak. Márpedig a jogrendszer reformja elsősorban ezen áll vagy bukik, tehát nem véletlen, hogy mind a nemzetközi közvélemény, mind maga az indonéz törvényhozás erőlteti és sürgeti a legátfogóbb fellépést ellene. Az átláthatóság, elszámoltathatóság és nyitottság hármasságának hiánya, valamint a még mindig erősen

bürokratikus és lassú ügykezelés gyakran elriasztja a külföldi nagybefektetőket, akikre pedig égető szüksége lenne az ország gazdaságának.¹⁹

Bizonytalanság uralkodik az állampolgárok körében is, ha azt kérdezik tőlük, hogyan oldják meg jogi problémáikat. Az Ázsia Alapítvány és az ACNielsen 2001 -ben végzett felmérése²⁰ szerint az indonézok igen kevéssé ismerik az ország igazságügyi rendszerét és a leggyakrabban nincsenek tisztában alapvető jogaikkal és kötelezettségeikkel. A 110 oldalas felmérés – amely eddig egyedülálló a maga nemében - kimutatta, hogy az állampolgárok kevéssé bíznak a bíróságok hatékonyságában és pártatlanságában, de többségben optimistának bizonyultak a rendszer megreformálhatóságának tekintetében. A problémák rendezésére inkább a klasszikus mediációs eljárásokat preferálják (értve ez alatt elsősorban az ősi szokásjogi intézményt, a *musyawarah*-t) és ellentétben a rendőrséggel vagy általános bíróságokkal, a vallási bíróságok intézkedéseit szívesebben tartják alkalmazhatónak. Az igazságszolgáltatási rendszerről kialakult általános képet jól jellemzi, hogy a megkérdezettek többsége saját maga, önbíráskodva intézné el jogvitáját, míg a kisebbség fordulna csak a *musyawarah* szokásához vagy vallási bírósághoz, és mindössze két százalék menne el az általános bíróságokhoz. Ez utóbbiak csak harmincegy százalékra tartja úgy, hogy azért kell a bíróságokhoz fordulni jogvitájával, mert ez a törvényes út.

Az indonéz jog által szabályozott tárgyak közül teljes egészében hiányzott a legalapvetőbb emberi jogok deklarálása és azok teljes körű védelmét biztosító garanciális támpontok kiépítése. Az eredeti, 1945-ös Alkotmány – egy jogállamban tarthatatlan módon - igen kevés utalást tett a polgárok állampolgári és politikai jogaival kapcsolatban (így két szakasz, a 27.§, amely a törvény előtti egyenlőséget, valamint az emberi méltósághoz és a munkához való jogokat deklarálta; illetve a 31.§ (1) bekezdése, amely a tanulásához való jogot mondja ki), sokkal inkább az állampolgárok *kötelezettségeinek* felsorolását tartalmazta.

Az új Alkotmány ígérete

Az eredeti, 1945-ös Alkotmány öt fő részből áll: a preambulumból, amely a Pancasila is tartalmazza; a tizenhat fejezetből (és ezen belül 37 szakaszból) összetevődő rendelkező részből; a négy klauzulát tartalmazó átmeneti rendelkezésekből; a két pontos kiegészítő záradékból; valamint az igen részletes magyarázó fejezetből, amelyet tulajdonképpen az Alkotmány indoklásaként is felfoghatunk. Az a kérdés, hogy e legutolsó komponens mennyire szerves része az Alkotmánynak, igen vitatott. A szövegmagyarázatok értelmezése ugyanis igen nagy fontossággal bírt tavaly, a Wahid elnök elmozdítása körüli jogi procedúrában. (Noha itt feltétlenül szükséges megjegyezni, hogy az eljárás inkább politikai, semmint jogi folyamatok összessége volt.) Az alaptörvény a Suharto – éra alatt politikailag szentnek és sérthetetlennek lett kikiáltva, így esetleges módosításának felvetése nem volt ajánlatos. Indonéziában ugyanakkor természetesnek számít, hogy minden egyes jogszabályt és az ezekben szabályozott viselkedési normákat igyekeztek visszavezetni az Alkotmányra. Így például a filmről szóló 1992. évi 8. törvény 2.§-a kimondja, hogy Indonéziában a filmforgatásnak a Pancasilaán és az Alkotmányon kell alapulnia.

Az MPR 2002. évi rendes ülészakának előre beharangozott fő attrakciója egy “modern és demokratikus” Alkotmány kidolgozása és elfogadása lesz.²¹ (Az MPR egyik elsődleges funkciója az Alkotmány elfogadása illetve szükség szerinti módosítása.) Példaként - a hírek

szerint - a kanadai alaptörvény is szolgálhat, mivel az indonéz törvényhozók sok hasonlóságot találtak a két ország társadalmi szükségleteiben. 2001. januárjában az MPR delegációja az 5/2000. számú MPR határozat alapján a helyszínen tanulmányozta az észak – amerikai ország kétkamarás parlamentjének, legfelsőbb bíróságának, önkormányzati és választási rendszerének, valamint az őslakosok jogainak és ezek érvényesíthetőségének gyakorlatát és alkalmazhatóságát.²²

Az alaptörvény – és ez által a jogrendszer – átformálása a leglényegesebb kérdésekben persze nem várható 2002-ig. Mindeközben azonban – megfelelő konszenzus és idő hiányában²³ – az MPR csak az általa legszükségesebbnek ítélt döntéseket hozta meg: 1999. szeptembere és 2001. decembere között háromszor fogadtak el alkotmánymódosítást. 1999-ben az *MPR jogszabály-előkészítő testülete (MPR Badan Pekerja)* két albizottságot (*PAH I.* és *PAH II.*) hozott létre: egyet az Alkotmány revíziójának kidolgozásával bízott meg, a másikat pedig ezzel összefüggésben azon MPR rendeletek tervezeteinek összeállításával, amelyek a módosított Alkotmány rendelkezéseinek végrehajtását teszik lehetővé. A két bizottság állásfoglalásai alapján az MPR frakciói elvetették a “nemzet alapító atyái által örökölt hagyott” 1945-ös szöveg azonnali kicserélését egy új alaptörvénnyel, és megállapodtak egy átmeneti időszakban, amikor csak részleges módosításokat fogadnak el. Ugyanakkor a PAH I. számára adott felhatalmazáshoz máris mellékeltek egy vázlatot az alaptörvény módosításáról (9/2000. MPR határozat).

Az Alkotmány eddigi módosításai

Az *első alkotmánymódosítás*, amelyet 1999. október 19-én szavaztak meg, az első, demokratikus választások után összeült, új MPR képviselőinek történelmi sodrású, magabiztos, korszakváltó lendületéből született. A képviselők – okulva a diktatúrák modelljéből - elsősorban az elnök feladat és hatáskörén kívántak profiltisztítást végezni, valamint a DPR-t, mint jogalkotó szervet óhajtották definiálni. Az elnök és az alelnök hivatali idejét öt évben határozták meg, és kimondták, hogy hivatali ciklusuk lejártával kizárólag egyszer választhatók újra (7.§).²⁴ Megnyirbálták az elnök hatáskörét azzal is, hogy – a sok visszaélésre lehetőséget adó gyakorlattal ellentétben – a nagykövetek és konzulok kinevezése átkerült a DPR feladatai közé. Deklarálták továbbá, hogy a DPR a törvényhozó testület, viszont egyeztetnie kell a jogalkotási folyamat során az elnökkel (20.§); és a DPR képviselőjének jogában áll törvényjavaslatot benyújtani a testületnek (21.§).

A 2000. augusztus 18-án (vagyis az eredeti Alkotmány hatálybalépésének ötvenötödik évfordulóján) meghozott *második alkotmánymódosítás* már jóval megfontoltabb és részletesebb, mint elődje. Először is a már fentebb vázolt decentralizációs koncepció érdekében kiegészítették a 18. paragrafus rendelkezéseit, és beiktattak két új szakaszt (18A.§ és 18B.§), amelyekben kimondják a tartományi, területi és helyi önkormányzatok autonómiáját, és meghatározzák a közigazgatás új alapvonalait a *Tartományi Népi Képviselők Házának (DPRD)* felállításával, valamint a központi közigazgatás és az önkormányzatok pénzügyi és hatásköri viszonyainak tisztázásával. A 18B.§ (2) bekezdése emellett deklarálja az adatnak, mint a tradicionális társadalom létező jogrendszerének állam által történő elismerését is.

Másodszor, a módosítás tovább tisztázza a DPR-nek, mint törvényhozó, államháztartási és ellenőrző funkciókkal ellátott testületnek a feladat és hatáskörét, garanciális biztosítókkal

erősítve meg azt. Kimondja a képviselők mentelmi jogát, és törvény általi szabályozást ír elő a Képviselőház ügyrendjére valamint a jogszabály-alkotási folyamatra.

Harmadszor, a nemzet biztonságáról és a honvédelemről szóló XII. fejezet kiegészítésével a módosítás rendelkezik a TNI és a Polri különválasztásáról, és meghatározva az előbbi funkcióit, elveszi a hadseregtől a politikai – szociális szerepkört, a dwifungsi-t. (Érdekes momentum, hogy a módosítás kétszer is szabályozza az állampolgároknak azon “jogát és kötelezettségét”, hogy a honvédelemben részt vegyenek (27. § és 30.§ (1) bekezdése). Ez a rendelkezés ugyanis a legutóbbi hivatkozásnál az eredeti szövegben is megtalálható volt.

Negyedszer, az MPR jogalkotói végre elérkezettnek látták az időt arra, hogy az állampolgárokról és a lakosságról szóló X. fejezet mellé beiktassanak egy XA. fejezetet az emberi jogokról. A tíz szakaszból álló új fejezet áttekinthetetlen, felépítésének koncepciója igen nehezen értelmezhető és a rendelkezések nemegyszer ellentmondanak egymásnak. A fejezet – hogy csak néhány elemet emeljek ki - egymás után tárgyalja az élethez, a családhoz, a házassághoz, a megélhetéshez, a tanuláshoz, a jogérvényesítéshez, a megfelelő munkavállaláshoz, az állampolgársághoz, az egyesüléshez és a véleménynyilvánításhoz, az információkhoz, az önvédelemhez valamint a tulajdonhoz fűződő alapvető emberi jogot. Van olyan szakasz, amelyet egy az egyben az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatából vettek át. A 28E.§ (1) és (2) bekezdése ismét deklarálja a vallás és lelkiismereti szabadsághoz való jogot, de a Pancasila első rendelkezése továbbra is érvényes. A 28B.§ (2) bekezdése előírja a gyerekek védelmét az erőszaktól és a diszkriminációtól, a 28I.§ pedig úgy fogalmaz, hogy minden embernek joga van arra, hogy ne legyen diszkriminatív eljárás alanya. A diszkriminációt magát azonban az alaptörvény sehol nem tiltja.

Ötödször, a 25E. § kimondja, hogy “az Indonéz Köztársaság egységes állama egy szigettengeri nemzet, amely alkalmazza a szigettenger – elvet (*wawasan nusantara*) és államterületének határait és a joghatóságot törvényben kell szabályozni.” E rendelkezés a nemzeti gazdaság és biztonság szempontjából életbevágóan fontos, az indonéz tengerjogról alkotott 1996. évi 6. törvény által már deklarált, az ENSZ 1982-es Tengerjogi Egyezményének IV. fejezetében tárgyalt “szigettenger állam”- rezsimjének implementálása az Alkotmányba.

És végül hatodszor, a módosítás rendelkezik az állami nyelvről és a lobogóról szóló XV. fejezetnek az állami címerrel és a nemzeti himnusszal való kiegészítéséről is.

A legutóbbi, 2001. november 9-én elfogadott *harmadik alkotmánymódosítás* az eddigi legátfogóbb, mind terjedelmét, mind a benne foglaltakat tekintve, és valószínűleg a függetlenség kikiáltása óta az eddigi legforradalmibb rendelkezéseket tartalmazza a fél évszázados köztársaság történelmében. Legelsőként két olyan tiszteletreméltó és megfontolt kiegészítés tündöklik a normaszöveg elején, amely azt mutatja, hogy megfogalmazói sikeresen megértették a feladat által rájuk ruházott történelmi felelősség nagyságát.²⁵ Az 1.§ (2) bekezdésének átfogalmazott formája végre megadja az igazán alaptörvényhez méltó alaphangot: “A szuverenitás a nép kezében van, és az Alkotmány által realizálódik.” Az új, (3) bekezdés pedig merész, ám a legnemesebb szándék diktálta válasz az indonéz történelem legújabb fejezetének legnagyobb kihívására: “Indonézia jogállam.” És mindez csupán a kezdet.

A jogalkotók, okulva a Wahid elnök hivatali ideje alatti és a visszahívása körüli szégyenletes események tanúságából, végleg szerették volna az elnöki funkciót, mint az állam egyik, de nem a legfontosabb tartópillérét pontosítani. Elsődleges garanciaként az elnök megválasztásának és az elnöki megbízatás megszűnésének szabályozására került sor. A

legfontosabb újítás, hogy a köztársaság elnökét és alelnökét az első fordulóban közvetlenül lehet megválasztani az általános választásokon (6A. § (1) bekezdés). A posztra minden politikai párt állíthat jelölteket (elnököt és alelnököt együtt) a választást megelőzően. Mindkét jelölt kizárólag született indonéz állampolgár lehet, és egyaránt alkalmasnak kell lenniük mentálisan és fizikailag a feladat ellátására.²⁶ Amennyiben a jelöltek megszerzik a szavazatoknak több, mint ötven százalékát, az MPR beiktatja őket hivatalukba. Amennyiben egy jelölt-páros sem kap ennyi szavazatot, úgy a második fordulóban már az MPR testülete dönt: a két legtöbb szavazatot elért páros közül választ elnököt és alelnököt. A hivatalban lévő államfőt és helyettesét pedig a DPR javaslata alapján az MPR menti fel tisztsége alól, amennyiben az “bizonyítottan jogellenesen járt el, hazaárulást követett el, korrupció aktív vagy passzív részesévé vált, vagy más kiemelkedően súlyos bűncselekményben vett részt, illetve ha bebizonyosodik, hogy nem képes többé ellátni a tisztségével járó feladatokat” (7A. §). Mindezek vizsgálatával egy újonnan felállított szervet bíz meg a 7B. §.-ban az alaptörvény: az *Indonéz Köztársaság Alkotmánybíróságát (Mahkamah Konstitusi RI)*.

A kilenctagú Alkotmánybíróság (24C. §) feladatkörébe tartozik a fenti vizsgálaton túl még az általános normakontroll, az állami szervek közötti hatásköri viták eldöntése, a politikai pártok alkotmányos felügyelete, valamint az általános választások tisztaságának ellenőrzése és az ezzel kapcsolatos vitás kérdések eldöntése. A testület tagjai közül hármat a *Legfelsőbb Bíróság (Mahkamah Agung)*, hármat a DPR és hármat az elnök jelölhet posztjára, és a bírakat ez utóbbi méltóság nevezi ki.²⁷

Annak biztosítékeként, hogy az új, végleges Alkotmány tervezete már 2002-ben az MPR elé kerülhessen, a PAH I. albizottság funkcióit egy másik új szervre, az állandó bizottságként felállított, politikailag el nem kötelezett szakértőkből álló, független *Alkotmányügyi Bizottságra (Komisi Kostitusi)* ruházták át. Ezt a Bizottságot az MPR általános ülésének megnyitását követő három hónapon belül kell felállítani, és a rá ruházott feladatokat hat hónapon belül teljesítenie kell. A Bizottság felállítását már több civil szervezet²⁸ is sürgette, és biztosítékként javasolták, hogy a testület által kidolgozott tervezetet az MPR kizárólag megtárgyalhatja, de azt nem módosíthatja.

Az Alkotmány új rendelkezései alapján felállításra kerül egy másik testület is: az *Igazságügyi Bizottság (Komisi Yudisial)*. A Bizottság tagjait a DPR javaslata alapján az elnök nevezi ki. Elsődleges feladata, hogy a Legfelsőbb Bíróság, az általános bíróságok, a vallási bíróságok, a katonai bíróságok valamint a közigazgatási bíróságok bírúinak kinevezésére javaslatokat tegyen a DPR-nek, valamint, hogy általános felügyeletet gyakoroljon az igazságszolgáltatás tisztasága és önállósága fölött (24B. §).

Az MPR elfogadta továbbá az Alkotmány 23. §-ában szabályozott *Állami Számvevőszékkal (Badan Pemeriksa Keuangan - BPK)* kapcsolatos kiegészítéseket (23E.- 23G. §-ok) is. Ezek szerint a BPK-nak továbbra is Dzsakartában lesz a székhelye, de a hatékonyabb ellenőrzés szolgálatában regionális irodákat fog létrehozni minden tartományban.

Ám az alkotmánymódosítás legfontosabb újítása kétségkívül - a 22. § kiegészítésével - a választási rendszer újraszabályozásához és a törvényhozási ág átszervezéséhez fűződik. Az eddigi rendszer szerint a DPR négyszázhatvan két tagját az általános választásokon nyertes pártok jelöltjeiből delegálták, az ötszáz fős testületből harmincnyolc főt pedig a fegyveres erők- és rendőrpáncsnokok által delegált TNI / Polri frakciója adja. Ez egészül még ki a tartományok százharmincöt; illetve a különböző vallási, kulturális és egyéb civil szervezetek hatvanöt képviselőjével: és ez a hétszáz fő alkotja az MPR-t. Az új szabályozás azonban

kétkamarássá teszi az indonéz rendszert. A DPR mellett felállításra kerül a *Tartományi Képviselők Házának (DPD)* testülete is. Ez a szerv nem azonos a már korábban említett, minden tartomány önálló jogalkotó szervével, a Tartományi Népi Képviselők Házával (DPRD). A DPD százhuszonnégy tagját Indonézia harmincegy tartományának négy – négy képviselője adja majd. A DPR és a DPD tagjait nem a pártok delegálják, hanem közvetlenül választják meg ezentúl az ötéves ciklusokra az általános választásokon. A TNI / Polri frakció a 2004. évi választásokra valószínűleg eltűnik majd. Így az új rendszer szerint a DPR és a DPD alkotja az MPR-t.

A fent részletezett három alkotmánymódosítás elfogadásával az indonéz jogalkotók csak az új Alkotmány alapvonalait kívánták meghatározni, de a szabályozás így is hihetetlen mértékű változást eredményezett az államszervezetet és a jogrendszert illetően. A módosításokkal párhuzamosan, azoknak megfelelően egyfajta “kodifikációs pezsgés” bontakozott ki Indonéziában: a társadalmi, politikai élet felélénkülése mellett megkezdődött a jogrendszer reformjának lépésről – lépésre történő keresztülvitele, az alkotmányos rendelkezések végrehajtása és a nemzetközi közösség által elvárt feladatok teljesítése érdekében történő jogalkotási munka.

A “kodifikációs pezsgés” legfontosabb lépései

Az első szabadon választott képviselők 1999. őszén valósággal felülmúlták önmagukat a történelmi jelentőségű jogszabályok kidolgozása során. Az MPR az év elején visszakapta az eredetileg neki szánt szerepet: amíg a Suharto – érában ötvenként egyszer ült össze a testület, hogy beiktassa az elnököt és éppen aktuális alelnökét, valamint hogy meghatározza a *ciklusban követendő politikai – gazdasági irányvonalat (garis- garis besar haluan negara)*, majd tagjai szabadságolták magukat; most évi rendes ülésszakokra tagolták munkáját. 1999. második felében, a timori népszavazás kiírása (5/1999. MPR határozat); valamint az állam elsősorú vezetőjének és helyettesének megválasztása és beiktatása után (6 - 8/1999. MPR határozatok), az MPR megalkotta az első alkotmánymódosítást, továbbá szabályozta saját belső ügyrendjét is (9/1999. MPR határozat). Természetesen már e határozat előtt is voltak az MPR működésére vonatkozó saját szabályok, így például a 7/1998. MPR határozat, amely kimondta, hogy az MPR elnöke nem lehet azonos személy a DPR elnökével.

A következő általános ülésszakon, 2000. augusztusában a testület kilenc határozatot hozott, valamint elfogadták a második alkotmánymódosítást. A határozatok közül az első és a második finomított az MPR ügyrendjét, és kimondta, hogy az elnök visszahívásának kezdeményezésére különleges ülésszakot kell összehívni. (Ez 2001. tavaszán meg is történt.) A 3/2000. MPR határozat szabályozza a jogforrásokat és a nemzeti jogalkotás hierarchiáját. A “Nemzeti egység és kohézió megerősítéséről” szóló 5/2000. MPR határozat többek között indítványozza egy, a múltban az emberi jogok sérelmére elkövetett bűntettek kivizsgálására felállítandó bizottság létesítését. A 6 és 7/2000. számú határozatok pedig a TNI és a Polri szétválasztásáról, valamint azok feladatainak szabályozásáról szólnak.

Tavaly összesen tizenegy határozatot fogadott el az MPR, ezek többsége (az MPR ügyrendjének újabb módosítása, hosszú-távú társadalmi-politikai tervek és állametikai kódex kidolgozása, a korrupció elleni küzdelem további eszközeinek felvázolása) mind a harmadik alkotmánymódosítás, valamint a további alkotmányozási feladatokról szóló 11/2001. MPR határozat politikai mellékterméke.

Persze, ez idő alatt a DPR sem tétlenkedett. Az első ciklusban egymás után olyan, az emberi jogok érvényesülése és az államigazgatás reformjának szempontjából meghatározó normákat fogadtak el, mint a Büntető Törvénykönyv állam ellenes bűncselekményekkel való kiegészítéséről szóló 1999. évi 27.; a korrupció-, összeférhetetlenség és nepotizmus mentes tiszta államszervezetről szóló 1999. évi 28.; vagy a faji megkülönböztetés minden formájának tilalmáról szóló 1965-ös nemzetközi egyezmény átvételéről készült 1999. évi 29. törvények. De elfogadták például a régóta várt, és az állam gazdasága és környezetvédelme szempontjából kiemelkedően fontos 1999. évi 41. törvényt az erdőgazdálkodásról is. A 2000-2001. közötti ciklusban pedig a már említett jogalkotás mellett főleg az egyes régiók közigazgatási újrászabályozásáról alkottak törvényeket, és megszületett a két speciális tartomány, Aceh (2001. évi 18. törvény) és Irian (2001. évi 21. törvény) helyzetét rendezni kívánó jogszabály is.

A DPR előtt álló feladatok száma azonban még mindig nem csökkent. A harmadik alkotmánymódosítás rendelkezéseinek értelmében a jogalkotóknak módosítaniuk kell a Habibie – kormányzat alatt meghozott, a választási rendszerrel összefüggő törvényeket, így a politikai pártokról szóló 1999. évi 2. törvényt, az általános választásról szóló 1999. évi 3. törvényt, valamint az MPR, a DPR és a DPDR felépítéséről és feladatairól szóló 1999. évi 4. törvényt is.

A jogrendszer és az emberi jogok viszonya

Az emberi jogok iránti elkötelezettség jogi garanciáit a már fentebb részletezett második alkotmánymódosítás mellett az emberi jogokról szóló 1999. évi 39. törvény, valamint az Emberi Jogok Bíróságáról szóló 2000. évi 26. törvény fektette le.

Mindazonáltal az első rendelkezést e tárgyban az 1998. novemberében, a Suharto - rezsim bukása után néhány hónappal elfogadott, az emberi jogokról szóló 17/1998. MPR határozat tíz fejezete tartalmazta. (Ugyanakkor még 1998-ban kidolgozták az emberi jogok érvényesítésének öt évre szóló nemzeti akcióprogramját is).²⁹ Ezt vette át és egészítette ki az egy évvel később, 1999. szeptemberében alkotott 1999. évi 39. törvény. E törvény jóval terjedelmesebb, százhat szakaszának rendelkezései között már az Emberi Jogok Nemzeti Bizottságának további munkájáról és az Emberi Jogok Bíróságának felállításáról szóló igény is megfogalmazódik.

Fentiekből könnyen leszűrhető az indonéz állam jogalkotóinak óvatossága: lépésről – lépésre, alulról fölfelé haladva közelítenek az emberi jogok érvényesíthetősége jogi háttérének kiépítése felé, és ez a munkafolyamat valószínűleg az új Alkotmány elfogadásával válhat csak teljessé. (Maga az emberi jogok tiszteletben tartásának alapelve már kezdetektől fogva része volt az indonéz jogrendszernek, lévén a Pancasila második elve az igazságos és civilizált emberiségről rendelkezik.)

Az Emberi Jogok Nemzeti Bizottságát (Komnas HAM) 1993-ban, az ENSZ kifejezett sürgetésére alapította Suharto az 50/1993. számú elnöki rendelettel. A Bizottság elméletileg független kormányzati szervezetként jött létre, és noha első huszonöt tagja között olyan kiemelkedő, nemzetközi tiszteletnek örvendő jogászok foglaltak helyet, mint a két későbbi legfőbb ügyész, Marzuki Darusman és Baharudin Lopa, a kilencvenes évek végéig nem igazán tudott a kormányzattól függetlenül dolgozni. Feladatai elsősorban a felvilágosítással –

oktatással; a végrehajtási ellenőrzéssel; valamint a nemzetközi eredmények megfigyelésével és átvételével kapcsolatosak.³⁰

A 2000. novemberében elfogadott, az Emberi Jogok Bíróságáról rendelkező 2000. évi 26. törvény eddig inkább csak írott malaszt volt. A törvényt – és ez által az egész indonéz emberi jogi politikát - komoly belföldi és nemzetközi kritikák is érték.³¹

Az emberi jogok érvényesítésének realizálása terén a legújabb fejlemény a 96 / 2001. számú elnöki rendelettel felállított *Ad – Hoc Emberi Jogi Bíróság* létrehozása. A testület széleskörű felhatalmazást kapott az elnöktől, aki meghatározta a bíróság előtt tárgyalandó bűncselekményeket és külön megnevezte ezek között az 1984-es Tanjung Priok-i és az 1999. áprilisi és szeptemberi kelet – timori vérengzéseket is. E rendelet az Abdurrahman Wahid elnök által kibocsátott 53 / 2001. számú elnöki rendelet régóta várt kiegészítése. Wahid elnök csak részben tett eleget az igazságszolgáltatás követelményeinek, mivel kizárólag az 1999. augusztus 30-i kelet – timori népszavazás után elkövetett bűncselekmények vizsgálatát írta elő.³² De igazság szerint még így is túl kevés a vizsgálható bűncselekmények köre, mivel az 1998-as Trisakti Egyetem – incidenst, valamint a két, 1999-ben Semarangban elkövetett politikai vérengzést a DPR 2000-ben kisebb súlyú jogsértésnek nyilvánította, és elrendelte azok emberi jogi bűncselekményként történő kivizsgálásának mellőzését. (És ez még mindig csak az a kör, amelyről eddig egyáltalán kivizsgálásukkal kapcsolatosan hivatalos említést tettek.)

Az *Ad – Hoc Bíróság* harminc bírójának (egyaránt hat –hat hivatásos bíró az elsőfokú és a fellebbviteli eljáráshoz, valamint tizennyolc ülnök) kiválasztását a Legfelsőbb Bíróság végzi el, de őket az elnök nevezi ki posztjukra. Ez sajnálatosan az eredetileg tervezett 2001. decemberi határidőig nem történt meg, a *Legfőbb Ügyész Hivatalának (Kejaksaan Agung)* és az *Indonéz Bírók Szövetségének (IKHI)* sürgetésére sem,³³ így először csak 2002. januárjának végén, a 6/2002 számú elnöki rendelet meghozatala után ülhetett össze a testület. Az *ENSZ Emberi Jogi Főbiztossága (UNHCHR)* máris jelezte, hogy végig figyelemmel óhajtja kísérni a bíróság előtti pereket, és számít arra, hogy Indonézia komolyan veszi az ezzel kapcsolatos feladatait.³⁴

Az ENSZ amúgy sincs megelégedve az indonéziai változások mértékével. 2001. novemberében az ENSZ Kínzás Ellenes Bizottságának genovai ülésén erősen kritizálta az indonéz kormány – mint a Kínzás Elleni 1984-es ENSZ Konvenció részese³⁵ - hozzáállását az elmúlt évek konvenció-ellenes gyakorlatának hiányos és lassú feltárásával kapcsolatosan, és javasolta egy független, hatékony szervezet felállítását a rendőrség és más szervek által elkövetett jogsértések azonnali kivizsgálására³⁶.

A fent vázolt jogforrási és intézményi reformok mellett Indonéziában az emberi jogok érvényesítésének széleskörű gyakorlata még igencsak gyerekcipőben jár. Szinte alig van olyan országrész, amely ne szenvedne valamilyen múltbeli vagy jelenlegi jogsértés emlékétől, illetve gyakorlatától. Mindezek közül kiemelkedik a két legrettenetesebb: a kelet – timori és az iriáni népirtások ténye.³⁷ És a leghatalmasabb, államilag irányított jogsértés: az 1965-ös vérengzések, az egykori *Indonéz Kommunista Párt (PKI)* tagjainak lemészárlása; valamint az azt követő üldöztetés és diszkrimináció. Jelenleg is hatályos például a 25/1966. számú MPR határozat, amely alapján az egykori PKI tagok családjának három generációig lemenően (sic!) kell diszkriminatív rendelkezések alanyává válniuk.³⁸ Az igazságszolgáltatás – vagy legalábbis, ahogy azt dél – afrikai mintára eredetileg tervezték, a tényfeltárás és a megbocsátás – várható időpontja pedig egyre csak késik. A kormány egyelőre fontosabb kérdésekkel van leterhelve: a jelenlegi jogsértések visszaszorítása és megakadályozása érdekében dolgozik³⁹

Pozitív változás viszont, hogy a sokáig igen jelentős mértékű, az indonéz népesség három százalékát kitevő kínai etnikum elleni állami diszkrimináció lassan megszűnni látszik – a kínaiak például 2000 óta nyilvánosan megünnepelhetik a kínai újév beköszöntét, az Imleket, amelyet a Pancasila-ra hivatkozva a Suharto rendszer betiltott – de elmaradások még itt is tapasztalhatók.⁴⁰

A jogrendszer reformjának távlati lehetőségei

Mint ahogy azt a jelen tanulmány elején megfogalmaztam, az Indonéz Köztársaságnak - jogrendszerének megreformálása kapcsán - igen sok kihívásra kell választ adnia. És mivel ez a folyamat még igencsak kezdeti stádiumában van, így a kihívások száma valószínűleg csak növekedni fog. Néhány kérdésről azonban már talán most is el lehet dönteni, hogy mennyire felel meg kialakítása és alkalmazása a mai indonéz viszonyok között, és hogy melyek azok a területek, amelyeket igazán érdemes lenne a jogrendszer reformjának továbbgondolása során jobban figyelembe venni, vagy éppen elvetni. Véleményem szerint a meghatározó pontok a következők:

I. *A közvetlen demokrácia intézményrendszere kiépíthetőségének és alkalmazhatóságának vizsgálata.* A jogalkotók a közvetlen elnökválasztás koncepciójának elfogadásával, valamint a helyi önkormányzatok koncepciójával nem csak a választási rendszert módosították (liberalizálták) gyökeresen, de hitet tettek a társadalmi önrendelkezés elve mellett is. Egy helyi népszavazás sikeres precedensével (Kelet-Timor, 1999) a közvetlen demokráciának kedvező, reformértékű lehetőség adódhat további helyi érdekű problémák egyszerűbb és hatékonyabb kezelési rendszerének kiépítésére, amely azonban a jelen politikai – gazdasági helyzetben kivitelezhetetlen az állam egységének veszélyeztetése nélkül.

II. *A hatalommegosztási modell kiegyensúlyozottságának megvalósítása és garanciái.* Tekintettel a fentebb vázolt eredményekre, leszögezhetjük, hogy a hatalommegosztás koncepciója sikeresen teret nyert az indonéz államszervezet – fejlesztési gondolkodásban. A törvényhozás és a végrehajtás elkülönítése gyakorlatilag megtörtént, de az igazságszolgáltatási és a végrehajtási ág viszonyai között még vannak tisztázatlan pontok. Ugyanígy találhatóak összemosódások a végrehajtási funkcion belül is – például az elnöki funkció jelenlegi túlsúlya és a kormány szerepének és felelősségének bizonytalansága – és ez még további tisztázásra szorul. Ideje végre felismerni, hogy a jelenlegi feladat – és hatáskörmegosztásnak nem annyira szakmai, mint inkább tradicionális és intézményi okai vannak.

III. *Az emberi jogok védelme és érvényesíthetősége.* A jogalkotóknak elsősorban árnyaltabb álláspontot volna célszerűbb kialakítani, jobban figyelembe véve a kérdéskör komplexitását. Az etnikai, vallási diverzitásból, valamint az évek során felhalmozódott negatív társadalmi tapasztalatokból adódóan az állampolgárok nem lesznek optimális befogadó közegei az új – esetenként az adattól is lényegesen különböző jellegű – gyakorlatnak. Ugyanez érvényes a múltbéli büntettek feltárásának és bírósági kezelésének gyakorlatára is.

IV. *A decentralizáció szükségessége és mértéke.* Talán ez jelenleg az egyik legnagyobb kihívás. Amennyiben a föderalista államberendezkedés gondolata nem váltana ki állandó hisztérikus tiltakozást Dzsakartában, talán egyszerűbben is meg lehetne közelíteni a kérdést. Ez azonban a jelenlegi politikai – gazdasági helyzetben ugyancsak kivitelezhetetlen az állam

egységének veszélyeztetése nélkül. Viszont a decentralizációs folyamat központi megakasztása is igen súlyos károkat okozhat.

V. *Az iszlám jogrendszer primátusa.* Ez az a kérdéskör, amit véleményem szerint egyszerűen nem szabad nyugati orientációval megítélni. Előfordulhat, hogy a jelenlegi pluralista jogrendszert egyszer felszámolják. De kizárólag a sharía miatti idegenkedés még nem elég indok a jelenlegi igen kétes hasznú állapotok konzerválására. Mindenesetre célszerű lenne egy ezzel kapcsolatos, társadalmi hatásvizsgálattal kiegészített elemző munka elvégzésére.

VI. *A korrupció elleni fellépés.* A szándék a jogalkotói oldalon egyértelműen tetten érhető; de ez sajnos kevés. Attól tartok, hogy ennek megoldását elsősorban nem a jogtól kellene várni, hanem a gazdaságtól és a társadalmi változásoktól.

VII. *A bírói függetlenség.* A modell jórészt adott, de tennivaló itt is akad még bőven. A probléma szorosan összekapcsolható a VI. pontban felvázoltakkal, de amíg pl. egy bírói átlagfizetés átszámítva kb. huszonhétezer forintnak felel meg, itt sem várható gyökeres változás.

VIII. *Jogi képzés, jogász utánpótlás.* A jogász - humán erőforrás területén szintén óriási gondok vannak: kevéssé biztosítottak a szakemberek képzésének és pályán tartásának technikai és anyagi feltételei. Itt elsősorban a nemzetközi tapasztalatok átvétele és kamatoztatása lehetne a célravezető gyakorlat.

IX. *Jogi tájékoztatás.* Ahogy arra az Ázsia Alapítvány és az ACNielsen 2001-ben végzett felmérése kapcsán már utaltam, jelenleg még nincs hatékony modellje a probléma rendezésének. Elképzelések és nagyon jó javaslatok (például a bírósági határozatok hozzáférhetőségének megteremtése, vagy a jogforrások széleskörű megismerése érdekében azok *olcsó* kiadványként való rendszeres publikálása) azonban vannak.⁴¹

XI. *Musyawah vagy bíróság.* A konfliktuskezelés módjainak jobb kiegyensúlyozása lehet a középtávú cél. Ennek érdekében – összefüggésben az előző ponttal – a társadalmi bizalmat kell megnyerni elsődlegesen. Ehhez viszont a VI. és a VII. pontokban vázolt problémákat kellene megoldani.

XII. *Az állam "demilitarizálása".* Az indonéz függetlenség kivívásában és az állam félévszázados fennállása során kialakult konfliktusok kezelésében mindig igen fontos szerep jutott a fegyveres erőknek. Ugyanakkor az adott viszonyok között a jogállam megteremtésének egyik kulcsa a polgári irányítás megteremtése a fegyveres erők fölött; valamint a hadsereg és a rendőrség szétválasztása és funkcióik demokratizálása volt. Ez az eddigi tapasztalatok alapján valószínűleg már sínen van, de további finomításokra még szükség lehet.

XIII. *A joganyag modernizálása.* Az indonéz joganyag nagy része - így például a nagy jelentőséggel bíró kereskedelmi-, polgári-, és büntető kódex alapos revízióra szorul. A kilencvenes években sok modern, elsősorban gazdasági jellegű jogszabályt hoztak – pl. fogyasztó-védelem, szerzői jogok védelme, csődtörvény, banktörvény – amelyek többé - kevésbé megfelelnek a XXI. századi jogviszonyoknak, de nagyon sok még a lemaradás és a joghézag; és sok a joganyagban az ellentmondás.

XIV. *Felkészülés a harmonizációra.* Bizony, az ázsiai integrációs folyamatnak is szükségzerű velejárója a jogharmonizáció. Természetesen - az integráció fokából adódóan -

ez jelenleg még nem jelenthet igazán nagy problémát, de a 2001-ben tartott Badar Seri Begawan-i csúcstalálkozó óta, amikor is a világ legnagyobb szabadkereskedelmi övezetének létrehozásáról állapodott meg Kína és a *Délkelet-ázsiai Országok Szövetsége (ASEAN)*, Indonéziának nagyon fel kell készülnie a következő évtizedekre, ha meg akarja tartani eddigi élenjáró szerepét az ASEAN-ban.

XV. *Mufakat vagy demokrácia.*⁴² Végül egy elvi kérdést kell tisztázni, amely lényegileg az indonéz tradíciók és a nyugati típusú demokrácia közötti választást hívatott eldönteni. Nos, lévén, hogy a mufakat állami szintű gyakorlatának elégtelensége igazolódott, és a szabadon választott jogalkotók egyértelműen a demokratikus berendezkedésre jellemző politikai érdekütköztetési modellt alkalmazzák, valószínűsíthető ez utóbbi szupremáciája a jövő Indonéziájának döntéshozatali rendszerében.

A reformfolyamat támogatói és annak anyagi fedezete

Végül szeretnék kitérni arra a kérdésre, amely nélkül a fentiek kivitelezhetetlenek lennének: a jogrendszer reformjának hazai és nemzetközi támogatói által végzett áldozatos munkára és nem utolsósorban magának a folyamatnak az anyagi fedezetére.

Az indonéz reformfolyamat és az emberi jogok védelmének fejlesztése mellett számos szervezet és kormány elkötelezett. Az ENSZ – a sok humanitárius, illetve a békefenntartó misszió mellett - igen nagy figyelmet fordít az indonéz jogrendszer reformjának támogatására is. 1999-ben például az ENSZ Fejlesztési Program segítette megszervezni és lebonyolítani az általános választásokat. Ugyanebben az évben az Ázsiai – Óceániai Technikai Együttműködési Munkaterv keretében, 952 ezer US dollár ráfordításával emberi jogi szakértők (egyaránt kormányhivatalnokok és civil aktivisták) szakképzését; 2000-ben pedig az indonéz igazságügyi terület emberi jogi büntettek felderítésével kapcsolatos adminisztratív munka hatékonyságának elősegítését vállalta el többek között a szervezet.⁴³ Az ENSZ egyes szakosított szervei (IMF, Világbank) állandó kapcsolatban állnak az indonéz kormánnyal annak érdekében, hogy a fejlődést szakértelmükkel és segélyeikkel előmozdítsák és ellenőrizzék az elért eredmények hasznosságát.

A reformok ösztönzéséből az Amerikai Egyesült Államok is kiveszi a részét. 2001. szeptemberében Bush elnök 130 millió dolláros támogatást ígért Megawati elnöknasszonynak a jogrendszer reformfolyamatának továbbvitelére, és még külön tízmilliót az indonéz rendőrség továbbképzésére, illetve technikai – műszaki ellátásának kiegészítésére.⁴⁴ Az *Egyesült Államok Nemzetközi Fejlesztési Ügynöksége (USAID)* pedig már több sikeres együttműködési programot is kidolgozott és keresztülvitt az indonéz reformok elősegítése érdekében.⁴⁵ Az amerikai civil szervezetek közül az *Indonéz Emberi Jogi Hálózatot (IHRN)* lehet kiemelni, mint a reformok egyik legaktívabb támogóját.

Az Európai Unió is lelkesen fogadta az indonéz erőfeszítéseket és a Tanács, valamint a Bizottság már többször értékelte annak eredményeit.⁴⁶ Az állandó politikai párbeszéd felvétele mellett az EU és annak tagállamai aktívan közreműködnek a reformfolyamat elősegítésében is. Hollandia és Svédország még donor szerepet is vállalt a kormányzati és a jogi szektor fejlesztésében. Ez utóbbi tavaly novemberben tízmillió svéd koronát adományozott a “Partnerség a kormányzati reformért” program keretében a jogintézmények fejlesztésére.⁴⁷

Ázsia nagyobb szervezetei, így az ASEAN, az APEC, vagy az *Ázsiai Fejlesztési Bank (ADB)* szintén segítenek az indonéz kormánynak. Ez utóbbi számtalan eddigi támogató programja mellé 2001-ben a következő három évre akár 1,2 milliárd dolláros értékhatárig

folyósítható kölcsönt is kilátásba helyezett, ha az állam továbbra is a megkezdett úton halad.⁴⁸ De az egyes ázsiai államok is hozzájárultak már Indonézia demokratizálódásához: a japán kormány például 1999-ben 34 millió dolláros támogatást adott az általános választások lebonyolítására. A kontinens nem kormányzati szervei közül pedig az Ázsia Alapítvány segítsége értékelhető a legjobbre.

Ausztrália - dacára a jelenleg talán kissé hideg diplomáciai párbeszédnek – nagyon is kimutatja, hogy érdekelt egy stabil jogrendszerű, demokratikus Indonézia megteremtésében. A déli szomszéd állam rendszeres miniszteri szintű értekezleteket szervez az indonéz kormánnyal való szorosabb együttműködés érdekében, és az *Ausztrál Kormány Tengerentúli Segélyprogramjának (AusAID)* indonéz jogi reform alprogramja több területen is igen hasznos segítséget adott már az indonéz intézményeknek és szervezeteknek.⁴⁹ De a jogi profilú ausztrál civil szervezetek – így például az *Ausztrál Nemzetközi Jogforrások Szervezet (ALRI)*⁵⁰ – és az egyes állami intézmények (Legfelsőbb Bíróság, Legfőbb Ügyészség) is jelentősen kiveszik a részüket a segítségnyújtásból.

Mindez a segítség mit sem érne az indonéz jogalkotók, a kormányzati szervek (mint például a 15/2000. számú Elnöki rendelettel felállított *Nemzeti Jogi Bizottság*), a bírói testület és a különböző jogi profilú civil szervezetek elkötelezettsége hiányában. Ez utóbbiak száma szerencsére ma már eléggé magas, ezzel is mutatva a probléma iránti nemzeti érzékenység és a történelem nyújtotta lehetőség találkozásának nagyszerűségét.

Jegyzetek

¹ *Adress of Secretary – General Kofi Annan to the Indonesian council on World Affairs in Jakarta, Indonesia, on 16 February 2000.* / in: <http://www.un.org/News/Press/docs/2000/20000215.sgs7303.doc.html> /

² *David K. Linnan: Indonesian Law Reform, or Once More unto the Breach: A Brief Institutional History / The Australian Journal of Asian Law, Volume 1, No. 1/*

³ *Only 50% of invitees attend seminar on 'syariah' - / The Jakarta Post, 2002.01.15. p.23 /*

⁴ A Pancasila, vagyis az Öt Alapelv az Indonéz Köztársaság államiságának filozófiai bázisa. Az első alapelv: “Hit az egyetlen és magában való Istenben”.

⁵ *The 1945 Constitution of the Republic of Indonesia (Department of Information, RI 1989.)*

⁶ Lásd bővebben: *Larissa M. Efimova: The State Ideology Pancasila as a Manifestation of Religious Revivalism in Contemporary Indonesia ; Temenos 32. (1996), 55 - 63. old*

⁷ *Indonesia – Post War Law – 50 years of independence / ABC Radio National – The Law Report Transcript; 15. August 1995 in: www.abc.net.au/talks/8.30/lawrpt/stories/lr150802.htm*

⁸ Lásd bővebben: *Bézi László: Az Indonéz Köztársaság jogrendszere / Jogtudományi Közlöny 2001 / 5. p. 250-256./*

⁹ A kérdést *Ulil Abshar – Abdala: Indonesia Needs One Universal Legal System (in: http://articles.ibonweb.com/webarticle.asp?num=943.)* cikkében fejt ki részletesen

¹⁰ *Sharia law formally introduced into Aceh / Indonesian Regional Autonomy News 2002. 02. 01. p.1./*

¹¹ *Indigenous communities and democratic control /Down to Earth, No.46, August 2000./*

¹² Az indonéz decentralizáció kihívásairól szól: *Trevor Buising: A century of decentralisation / Inside Indonesia* No. 63. Jul.-Sep.2000. in:<http://www.insideindonesia.org/edit63>

¹³ *Autonomy law reviewed to save unitary state* –riport Sudarsono úrral, az indonéz közigazgatási és területi önkormányzati miniszterrel / *The Jakarta Post*, 2001. 09. 04. p.1 /

¹⁴ *National parliamentarians accuse regions of corruption / Indonesian Regional Autonomy News* November 27, 2001. p.1/

¹⁵ A végrehajtással kapcsolatban a 4/2000. MPR határozat tartalmaz rendelkezéseket: utasítja a kormányt a végrehajtáshoz szükséges szabályozás elkészítésére, és előírja két törvényt Aceh és Irian tartományok speciális autonómiájáról. Az 1999. évi 22. és 25. törvények egyébként 2001. január 1.-én léptek életbe. A módosítások jelenlegi állásáról lásd: *Kuriawan Hari: Revision of autonomy law is meant to prevent federalism / The Jakarta Post* 2002-02-05. p.2/

¹⁶ Jelenleg Indonézia 33 tartományra oszlik, de ezek közül kettő még nem funkcionál, mivel ezek egy-egy nagyobb tartományból kiszakadt és önálló tartományi státuszt kapott egységek, ahol még nem sikerült befejezni az átszervezést. Ilyen új önálló tartomány pl. Riau. A tartományok száma azonban tovább fog alakulni, mivel a 2000-ben különleges tartományi státuszt kapott Irian Barat –ot további részekre kívánják osztani.

¹⁷ Mindezt a hadsereg irányításának aktív közreműködésével és támogatásával sikerült megvalósítani. Rácáfolva a történelmi előképre, a tábormokok – néhány kivétellel – a demokratikus átmenet áldozataiból annak védőbástyái lettek.

¹⁸ *Eriko Uchida: Indonesia's Corrupt Court System Would Take 20 Years to Clean Up: Attorney General / 12. June 2001.* in: <http://www.geocities.com/aroki.geo/0107/INA-sinboncleanup.html/>

¹⁹ *John McBeth: A Victim of Legal Anarchy / Far Eastern Economic Review*, 2001.04.26 p.42/

²⁰ *Survey report on citizens' perceptions of the Indonesian justice sector – preliminary findings and recommendations / The Asia Foundation*, 2001./

²¹ A 2002-es dátumot a 9/2000. számú MPR rendelet jelölte ki hivatalosan. Ennek megvalósíthatóságát elemzi: *J. Soedjati Djwandono: Judicial review may be problematic / The Jakarta Post*, 2001.11.26. p.4/; valamint a *Constitution Commission to be discussed at Annual Session / Kompas*, 28. August 2001. in:<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0108/28/ENGLISH/cons.htm>

²² *Indonesian parliamentary working committee (BP MPR) studies Canadian constitutional and judicial system / in: http://www.indonesia-ottawa.org/PressRelease/2001/011401_KBRI.htm*

²³ A késlekedés okairól, a módosítások megalkotásának eljárásáról és a második módosítás elemzéséről lásd bővebben: *Blair A. King: Constitutional tinkering / Inside Indonesia* Vol. No. 65. Jan.-Mar. 2001 /

²⁴ A köztársaság második elnöke, Suharto 1967 és 1998 között több, mint hat ciklust töltött az állam élén.

²⁵ A történelmi pillanat átérzésének hitelességét mi sem bizonyítja jobban, minthogy az MPR rendes éves ülészakán meghozott, elsöprő többségű döntést egy – az indonéz parlamentarizmusban - példátlan és szomorú botrány előzte meg: az ülészak első napján, az alkotmánymódosítás tárgyalásának kezdetén tömegverekedés alakult ki a képviselők között.

²⁶ Amien Rais, az MPR jelenlegi elnöke és a demokratikus reformok mérsékelt iszlám beállítottságú élharcosa még 1999-ben egy, az AsianTimes-nak adott riportban Wahidra célozva kifejtette, hogy semmilyen akadályát nem látja egy szívbeteg, félvak jelölt megválasztásának, hiszen Rooseveltt is toloszékából irányította az országot, és Haitinek is volt már vak elnöke.

²⁷ Lásd: *Mahkamah Konstitusi Hanya Akan Menangani Masalah Hukum / Tempo* 9. Nov.2001. p.20 /

²⁸ A civil szervezetek, köztük a több egyesületet tömörítő Koalíció az Új Alkotmányért, számos értékes javaslatot juttattak el az MPR-hez, amelyeket figyelembe is vettek. Jelenleg is lehetőség van arra, hogy bárki hivatalos javaslatot tehesen az új alaptörvény tartalmával kapcsolatosan a <http://www.mpr.go.id> internetes címen.

²⁹ Lásd: “Indonesia’s national plan of action on Human Rights 1998-2003” / in: <http://www.indonesiamission-ny.org/humanR/nataction.htm>

³⁰ A Bizottság munkájáról lásd bővebben: a <http://www.komnas.go.id> internetes címet.

³¹ Lásd : *A Human Rights Agenda for Megawati* / in: <http://www.gn.apc.org/tapol/163nhuma.htm/>, valamint az *Amnesty International’s Comments on the Law on Human Rights Courts (Law no. 26/2000) / AI Index: ASA 21/005/2001/*

³² *Indonesia stalls on human rights court* /in:<http://cnn.com/2002/WORLD/asiapcf/southeast/01/08/indonesia.rights../index.htm/>

³³ *Ad hoc trial delay could harm Indonesia’s image* / *The Jakarta Post*, 2002.01.10. p.1. /

³⁴ *Annastashya Emmanuelle and Tertiani B. Simandjuntak: RI told to get serious with rights tribunal* /*The Jakarta Post*, 2002.01.22.p.2./

³⁵ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment /Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984 /*

³⁶ *Eriko Uchida: United Nations Not Impressed with Indonesia's Human Rights Record* / 29. November 2001., in: <http://www.geocities.com/aroki.geo/0112/INA-un-humanrights.html> /

³⁷ A kelet – timori vérengzésekről 1999 óta igen nagy irodalmát publikáltak. 2001 óta pedig már az Irián tartományban elkövetett népirtásról is vannak hozzáférhető anyagok. (Az általánosan becsült adatok szerint 1969 és 1998 között Irián tartományban 614 körül volt az áldozatok száma.)

³⁸ Ilyen diszkriminatív rendelkezés például az, hogy ezen személyek és családtagjaik nem vállalhatnak közigazgatási, közalkalmazotti vagy katonai munkát, nem szavazhatnak, nem vállalhatnak politikai szerepet, és – hogy direktebb legyen a stigmatizáció - eltérő személyi igazolványt adnak nekik. Lásd: *Indonesia: The Rewards of Forgiveness* / *Newsweek* August 21, 1995. p.20/

³⁹ A legutóbbi elnöki döntés (10/2002. Elnöki határozat) alapján például külön nemzeti vizsgálóbizottságot állítanak fel a tavaly novemberben rejtélyes körülmények között meggyilkolt – valószínűsíthetően politikai gyilkosság áldozata lett - pápua függetlenségi vezető, Theys Hilo Eluay halála körülményeinek feltárására.

⁴⁰ Sukarnoputri elnök asszony az idejé vegyes társadalmi hozzáállásra reagálva, 2003-tól állami ünneppé nyilvánította az Ilmeket. Lásd még: *Indonesian Chinese celebrate Lunar New Year* / *The Jakarta Post* 2002.02.12. p.1/

⁴¹ Lásd a <http://www.legadir.co.id/recom.html> címen.

⁴² A mufakat – az indonéz típusú konszenzuson alapuló döntéshozatal - mibenlétéről lásd: supra 7.

⁴³ Lásd: a <http://www.unhchr.ch/html/menu2/4/asiaon.htm> címen.

⁴⁴ *U.S. Department of State, International Information programs, 19 Sept 2001* in: <http://usinfo.state.gov/topical/pol/terror/01091903.htm>.

⁴⁵ Részletesen lásd a <http://www.usaid.gov/id> internetes címen.

⁴⁶ *Developing closer relations between Indonesia and the European Union / Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament; Celex No. 52000DC0050; 2000.02.02/*

⁴⁷ *Statement by The Delegation of Sweden Consultative Group on Indonesia, 7-8 November 2001, Jakarta*

⁴⁸ *ADB President Offers Strong Encouragement To Indonesian President* / in: <http://www.adb.org/Documents/News/2001/nr2001102.asp/>

⁴⁹ 2001 és 2002 között az AusAID által folyósítandó segélyek becsült teljes összege 121,5 millió ausztrál dollárt tesz ki. Lásd a: <http://www.usaid.gov.au/country.cfm?CountryId=30> internetes címet.

⁵⁰ A szervezet hosszú távú indonéz jogi segítségnyújtási programja megtalálható a *http:// www.alri.org.au* internetes címen.

The defence lawyer in the aspect of the decisions of the European Court of Human Rights

The agreement of Human Rights of the Council of Europe established the European Board of Human Rights and the European Court of Human Rights, this way it has completed the existing legal remedy system in the member states with an international, appealing forum which is above states. The minutes 11 complementing the European Convention placed the permanently working Court of Human Rights instead of the Board and Court.

The Court, in the majority or the Council of Europe owing direct force, is the highest explanatory forum of the Agreement which decisions often lead to the modification of law, practice of the law. Thus its decisions in connection with the defence lawyer (the defence) can be a guidance, and – in my opinion – should be a guidance for EU compatibility, making efforts to legal harmonisation¹. That's why judicial decisions in the aspect of criminal defence in the past decades (reaching nearly a thousand judicial decisions and approximately fifty thousand board decisions)chronological survey can be useful – naturally not comprehensive nature - both for the examination of the current Hungarian regulation and for the creation of the national (or foreign regulations) de lege ferenda suggestions².

The analysis of the decisions of the Court in connection with the defence lawyer:

The decisions connected to the defence lawyer³ can be classified by several aspects. Partly on the basis of infringed sections of the Agreement where section 5 (right for freedom and safety), section 6 (fair proceedings), section 8 (honouring private and family life), section 10 (freedom of speech) and section 25 (personal right for complaint) belong. Partly – and I find it more important and it should be studied more thoroughly – from the aspect of infringed human rights.

¹ More details: László Kecskés: EC law and legal harmonisation. KJK. Bp. 1997.; Jenő Czuczai – Lajos Ficzere (eds.): Europe from A to Z. Handbook of the European Integration. Bp. 1997.; Zoltán Lomnici (ed.): European Institutions and legal harmonisation. HVG-Orac, Bp. 1998.; László Kecskés – Zoltán Lomnici – Mihály Maczonkai: The Court Of the European Community HVG-Orac, Bp. 2001.

² The Hungarian effects of case law, my – occasionally de lege ferenda – opinions concerning the modification of the internal law will be detailed in my monograph about 'The defence lawyer. About the role and legal status of the defence lawyer in the criminal procedure.' (Publisher Dialóg Campus, Budapest-Pécs, 2002. p. 493.) In my present study – without intending to be exhaustive – I am demonstrating only the main decisions and consequences drawn from those.

³ The cases appeared not only in original sources but in the supplements of Judicial Decisions such as in the followings: The Legal Practice of the European Court of Human Rights by Vincent Berger (HVG-Orac, Bp. 1999.), Handbook about the judgement of Human Rights of Strasbourg (HVG-Orac, Bp. 1998.).

For clearer understanding the components of certain human rights can be classified as follows:

I. Section 5: right for freedom and safety

Including emergency provisions emphasising arrest
(including custody).

- 1 circumstances of detention
- 2 excluding supplementary institution
- 3 infringing reasonable period
- 4 lack of judicial decision

II. Section 6: fair proceedings

Including: 1 finishing in a reasonable period

2 presumption of innocence

Emphasising: 3 equality of arms

Consisting: a) right for defence lawyer, legal representative and
effective defence

b) presence of the defence

c) enough time for the preparations for the defence

d) learning the case by the defence

e) defensive right for reflecting

f) balance of experts (prosecutor - defence)

g) defensive legal remedy

III. Section 8: respecting private life (private secret)

1 not controlling correspondence between the defence lawyer and
accused.

2 avoiding tapping the defence lawyer's phone calls

IV. Section 10: right for the freedom of speech

Including: The defence lawyer's statements connected to the criminal
procedure.

V. Right for legal remedy

Including: 1 right for effective remedy (section 13)

2 right for personal complaint (section 25)

The characteristics of the groups:

ad. I. (freedom and safety)

The right for freedom and safety concerns the defence lawyer in so far as it is one of the most important human rights, in case of infringing freedom one can almost always meet a defence lawyer in the proceedings. The decisions themselves are firstly about the rights of the accused but they touch the presumption of innocence, the burden of proof, the right for self-determination of the accused. This happened in the case against W. SWITZERLAND during which the Court put it down in its judgement (26.01.1993.) that the acting authorities didn't infringe the reasonable deadline, which is in the 3rd point in section 5 of the Agreement, since the dragging of the controversial detention was caused primarily by the complication of the case and the petitioner's attitude of refusing the co-operation with the authorities.

Judge Pettiti attached his dissenting opinion to the judgement differing on the decision, whose essence is that the burden of proof can't be reversed and the detainee can't be expected to prove that he won't escape which proof is practically impossible. He made it clear that construing section 5 and the custody preceding the judgement. We have to consider that the freedom, the rule and the custody are exceptions and the custody preceding the judgement can't harm the presumption of innocence. This presumption refers not only to the fact that the judge shouldn't consider the accused guilty or he can't be presented as guilty one before a third person but it also concerns the circumstance that possibility should be given to the accused to deal with his own situation as an accused until the proceedings. As an extreme case a person, who admits his being guilty, must be given possibility to stay a free man, to control his professional and family life and to take the necessary steps after being accused. The custody preceding the judgement can't be adopted as an early punishment; it cannot either reflect the judge's feelings or opinion about the guiltiness of the accused.

Refusing the co-operation is not suitable for verifying the lengthening of the custody for such a long term. The accused has the right for taking the risk of his negative behaviour during the investigation which can be disadvantageous during the proceedings.

During the previous investigation the accused has to stay free as a rule. The Agreement's 3rd point of section 5 includes the fight for freedom until the proceedings and wisely allows that this freedom should be attached to the guarantee of the presence in the proceedings.

The detailed description of the case also raises the theoretical question whether what kind of role the certain judicial opinion (which were set against decisions) can have or has for the tendency should be followed by the certain states. Surveying several decisions and regulations, in my opinion personal arguments can't be disregarded though they're not rules but as theoretical reasoning can be considered when creating rule parts of certain states.

Obviously there can also be overlaps between the projections of certain Human Rights' decisions such as in the judgement of KAMPANIS GREECE (13.07.1995.) where the Court stated the petitioner's right for freedom and safety (Agreement section 5) was infringed by not allowing the personal participation before the Prosecution of the Court of Appeal making decision in the question of temporary arresting in the proceedings.

The right for presence and personal freedom are interpreted in fair procedure. The overlap is confirmed by the fact that the decision mentions that the equality of arms, explained also in the fair procedure (section 6), must be enforced not only in the main stage but in the proceedings of custody (as the prosecutor was present but the accused wasn't). The accused one (defence) has to be given the possibility for replying for the prosecutor's proposal in this special proceedings.

Similar joining can be found in the case of BENHAM UNITED KINGDOM (closed in 10.06.1996.). Here the Court stated again that the British authorities didn't infringe the Agreement's 1st point of section 5 (right for freedom and safety) by the fact that the petitioner was kept confined and sentenced to custody by the magistral Court because of not paying the poll tax. On the other hand the 1st point in connection with 3rd/c in section 6 was infringed by not ensuring the right of the petitioner for using the help of any legal representatives before the magistral Court taken place in the trial.

The petitioner, in the proceeding of not paying the poll tax, didn't get the help of a defence lawyer, though before the opening of the trial, he asked for one in the Green Form Scheme and at the same time the magistratians could have had the opportunity to appoint a solicitor, who would have performed the defence at the expense of 'ABWOR' (a legal representative service) if he had been asked for that.

The Court also examined whether the interest of the jurisdiction had demanded that the petitioner employ a free legal representative before the magistral Court.

The Court thought that in the case when the deprivation of liberty can occur as a sanction, the interests of the jurisdiction demands the co-operation of the solicitor.

This latest reasoning support my first lines, naming that one of the outstanding human rights – freedom itself demands the solicitor's existence (free solicitor if necessary) in the procedure as the possible law infringement can be so serious that this element cannot be avoided.

The directions of the ECHR also confirms my de lege ferenda suggestions and my theoretical view point that in the Hungarian regulations in case of custody (and not only the arrest) that the participation of the solicitor should be required.⁴

In the judgement of AERTS BELGIUM (30.07.1998.), the Court also stated the infringement of section 6 besides the infringement of the Agreement's 1st point of section 5 (right for freedom and safety) because the insane perpetrator was kept in the psychiatric department of law enforcement institution which was unsuitable for compulsory treatment for a long time. Since the Judicial Office of Legal Aid denied the appointment of a legal representative so the petitioner couldn't turn to the Nullity Chair.

Among the decisions investigating the importance and proportion of detention, in the case of YAHIAOUI FRANCE (20.01.2000.), the Court stated the infringement of the reasonable period, explaining that everybody has the right for being given a judgement in a reasonable period or being released during the proceedings, which in the case of CABALLERO UNITED KINGDOM, the infringement of section 5 in 2000 was stated, because the arrested petitioner wasn't allowed to be released on bail till the proceedings because of having a criminal record.

In the case of BARABNOWSKI POLAND, the infringement was also stated by the Court, since the petitioner's detention was maintained without any judicial decisions, and at the same time the judgement of the petition for being released was dragged on.

ad. II. (fair proceedings)

⁴ The Parliamentary Commissioner's Report of the Civil Rights also refers to this about the investigation nr 6564/1996: the prevail of the right for defence of the detainees, having an assigned counsel, in the investigative period of the criminal procedure, 1996. Csongor Herke: Theoretical and practical questions of detention. Ph. D thesis. Manuscript, Pécs, 2001. p.418

It can also be seen from the initial chart that the most extensive licences are attached to fair proceedings explained in section 6, and its infringement is the most frequent in connection with the defence lawyer.

The ARTICO ITALY case, which might have been mentioned and quoted the most since it was risen, also belongs to this group, when the Court stated unanimously the infringement of the right for defence – the 3rd paragraph, point c of section 6 - in its judgement (13.05.1980.) as the petitioner was neither given a defence lawyer, nor an effective defence in the proceedings before the Nullity Chair.⁵

The concerned Italian government argued that the complaint about the lack of the solicitor shouldn't have been accepted, as Artico didn't use the possibilities of the legal remedies. Since Artico didn't give a report about the behaviour of the assigned counsel sent from the Law Society, namely that due to the assigned counsel being involved in too many activities he couldn't undertake further defence, and he didn't even provide for real substitution. According to the government Artico didn't take any steps for that any of the institutions, e.g. the Law Society should force the assigned counsel to accomplish his duty and it didn't submit any complaints for either the civil right action or disloyal defence.

The Court rejected the Italian government's argues, for example that the assignment of the defence lawyer completes itself the Agreement's regulations. It emphasised: the Agreement demands effective defence, which can't be completed simply by assigning a counsel, since the assigned counsel can die or can get ill seriously, he can be hindered permanently by his circumstances, or he can keep himself away from his duties. The authorities, if they are informed, are to solve the substitution of the defence lawyer, or they should force him to fulfil his duty. In this present case Artico didn't have a share in an effective defence before the Nullity Chair.

The point 'c' in the 3rd paragraph in section 6 makes compulsory the assignment of a counsel only if the interests of the jurisdiction demand it. In contrast with the

⁵ In my opinion introducing the concept and institution of the defence lawyer, belongs to the circle of efficiency. As only a professional and qualified person, who is specialised in this task, can be effective and successful, opposed to a prosecutor who is an expert in law. The only and most suitable circle for this task is the lawyer's. The law (XIX/1998), current from 2003, which is about the new criminal procedure, rightly lets only the defence lawyer into a defensive position. The phrase 'defence lawyer' is proper doubly. Partly it refers to the fact that the person is a professional lawyer, partly it differentiates the lawyer being in a defensive position from other lawyers in the criminal procedure. Since the lawyer can be the offended one, his other legal representative concerned, the one who is making the documents in the reconsolidation, then the lawyer of the witness in the new criminal procedural law (as a 'quasi solicitor')

government , the Court thought that in Artico's case, in the interest of the jurisdiction, a defence lawyer should have been needed. A qualified Defence lawyer would have dealt example with the question of lapse more effectively, thus the lack of the defence lawyer caused a real harm for the petitioner.

The Court emphasised that not all the faults and omissions, committed by the assigned counsel, can be brought against the government. In this present case, the Agreement only excepted from the authorities that they should have provided for the substitution of an assigned counsel or force him to fulfil his duty.

I emphasise among the complex messages of this ever since guiding judicial decision that not a single state can refer to the accused one's omission in the cases when state obligation is existing and not even in case of assuring effective defence. It is considerable in the course of further changing of the Hungarian regulations, which I think is needed, when a real free of charge and effective defensive institution has to be created, in this case the Hungarian state cannot either refer to accused one's omission or other argues as reasons for wriggling out of completing regulations.

In the judgement of PAKELLI GERMANY (25.04.1983.), the Court stated the same breaking of norms after the German Federal Supreme Court denied the assignment of a free counsel for the cassative proceedings of the accused one's case. This way the adversary system feature didn't occur besides the prosecutor at present as a lack of defence lawyer.

The lack of effective defence was stated by the Court in the case of GODDI ITALY (09.04.1984.), as the absent detainee's defence lawyer wasn't informed in the course of the proceedings before the Court of Appeal of Bologna, so he didn't take part in that either.

Not only the absence of the original defence lawyer contributed to the lack of an effective defence but the shortage of time of the assigned counsel, assigned all at once for the accused, on the Appeal Proceedings. The new defence lawyer didn't have either the time or the possibility to study the documents of the case, to prepare the plea, and to get in touch with the accused.

In connection with the experts using the evidence in the case against BÖNISCH AUSTRIA, the Court stated in its unanimous decision (06.05.1985.) that the principal of ‘equality of arms’ issued from the requirements of fair proceedings since the expert assigned by the authorities was emphasised against the expert of the defence.

In the case of POITRIMOL FRANCE the Court didn’t consider the procedure to be fair, as the Court of Appeal made his decision without the accused one’s report in the case, furthermore the Nullity Chair refused the complaint of the petitioner with the reasons that the person who didn’t obey the warrant for arrest, is not entitled for charging a defence lawyer and using legal remedy against the judgement.

The decision made against KEROJARVI FINNLAND (19.07.1995.) belongs to the right for knowing the case also in the scope of ‘equality of arms’. The Court stated the infringement of the law because the criminal case for compensation being in progress at the Finnish Supreme Court, the petitioner proceeding without a solicitor couldn’t study the documents and he didn’t take any steps to do so.

The Court have already suggested both in this and other cases that the main rules of fair proceedings are in force not only in the criminal procedure and it’s true vice versa: the basic human rights are ‘independent from the procedure’.⁶ At the same time it is obvious that the expectation enforced is valid before any courts. It can either be a procedure before a Court of first instance (e.g. English magistrative) or a Court of Appeal of second instance or a Nullity Chair of third instance or a Supreme Court.

The equality of arms is also infringed by the restriction of the defence lawyer’s rights for comments; In the judgement of NIDERÖST – HUBER SWITZERLAND (18.02.1996.) the Court declared the infringement of law since the petitioner wasn’t informed about the Court of Schwyz Canton handed in remarks to the Federal Court and this way he couldn’t make comments before passing the judgement of the Federal Court.

The fair proceedings involve the litigants’ right for knowing all the presented evidences and handed remarks and making comments for them.

The part of the judgement, which refers to the argument – is rather remarkable -, that the Court didn’t consider the fact that the case was a civil action, as the case law of the Court developed in connection with that the requirements derived from the right for

⁶ Miklós Kengyel also indicates well in the native literature examining the organisational principals of procedural law that their majority have already been drafted in the international norms, which are already human rights-like while the principals of operation are natural right-like. Miklós Kengyel: Hungarian Civil Procedure I-II-III. Pécs, 1991-92-93. Volume I. p. 19

adversary system procedure are the same in civil and criminal (administrative and magistrative) cases.⁷

The judgement of VACHER FRANCE (17.12.1996.) case is joined also to the remarks, in which the Court declared the infringement of the law because in the procedure before the French Nullity Chair – as a Forum of legal remedy of third instance – there wasn't a legal deadline to hand in the preparatory documents, the petitioner wasn't informed about the day of the proceedings either. This way he was deprived of the opportunity of the real and effective defence.

Here the Court also emphasised what I've already stressed in connection with the Artico case that the state should take care of the guarantees of the accused to be carried out. So the fact that the detainee in the criminal case is to be informed about the beginning and the end of certain deadlines, cannot be compared with the obligation towards the real enforce of the guarantee of section 6 by the contracting states.

In the judgement of MANTOVANELLE FRANCE (18.03.1997.) the Court confirmed its viewpoint that the right for fair trial is independent from the procedure namely it's valid in other procedures too, it means also before the administrative Court. In this case the medical expert opinion assigned by the administrative Court wasn't prepared in agreement with the principal of adversary system procedure, since the petitioner and his solicitor didn't get any information about the time of the expert's actions. Furthermore they didn't make them possible to take part in the questionings, and the expert's opinion referred to several documents which couldn't have been examined.

It has to be ensured that all the parties should be given the chance to express their opinions about all the evidences and remarks which were mentioned in the case to influence the decision of the Court.

Taking into consideration that other procedural guarantees in the 1st point of section 6, similarly to the ensuring the principal of adversary procedure refers only to the judicial proceedings and not in general. From this the abstract principal can also be drawn that in the case of an expert assigned by the Court, the participation on the interviews made by the expert must be made possible for the parties and the documents considered by

⁷ The 'legal gladiators', the opponents can carry out the litigation in their own method and wish according to the judicial rules and practice before the passive, non-committal and inactive Court who has to keep off 'getting into an arena'. Miklós Kengyel: The civil procedure at the turn of the millennium. Hungarian Law 2000/12. p.713

the expert also must be shown. It is essential to ensure the proper participation in the procedure before the Court to the parties.

It is important to point out that the adversary system is ordered by the practice of the Court to the judicial stage, it cannot be enforced indicated above and in a complete way. The references of the accused and the defence – either Hungarian or foreign – are unfounded and cannot meet with success on the international forum either. This way the adversary system shouldn't be fitted in any preparatory procedural legal regulation.

On the same day the Court also passed another judgement where the requirement of fair procedure was infringed in the magistral procedure. What happened in the case of FOUCHER FRANCE case was that the access to the criminal documents was denied, refusing to hand out the included documents concerning the petitioner in the summary jurisdiction before the police court where the petitioner defended himself. This way the petitioner's right for defence and the principal of the equality of clients was broken.

It turns out again from the reasons that the principals of the equality of clients and the equality of arms refer to the judicial stage. The court referred to the fact that since the petitioner was brought to a normal court without preliminary investigation, the question of ensuring the secrecy of the investigation didn't arise. This could have hindered the enforcement of the law.

I also emphasise in this decision that according to the Court it was important for the petitioner to have access to the file of his case and to get a copy about the included documents to be able to question the parts concerning him in the official report. As he didn't have such an opportunity the petitioner was not able to prepare his proper defence and the principal of the equality of clients wasn't enforced.

Getting a copy is an important part which includes the explanation that it is the person's due to get free copies in the procedure if he has an assigned counsel. Besides the lack of ensuring an effective and free defence lawyer by the state, the Hungarian regulation doesn't meet these human rights' requirements because of the anti-constitutional regulation of authorising the copies, and, in my opinion also because of the infringement of the agreement.⁸

⁸ I initiated that the change of the Hungarian regulations to be paid for at the Constitutional Court of the Hungarian Republic in 1998. Decision hasn't been made yet. See my viewpoint more detailed about this: Csaba Fenyvesi: Does the constitutional principal of the defence suffer damage by authorising copying documents? *Belügyi Szemle*, 3/1999. p. 45-52

The right for making remarks and replying was infringed in the case of VAN ORSHOVEN BELGIUM , the Court stated in its judgement (25.07.1997.) that the fact that the petitioner didn't have the opportunity to reply to the motion of the prosecutor in the disciplinary procedure before the Nullity Chair, was against the law.⁹

The fair proceedings and the equality of arms theoretically mean the parties' opportunity to know about all the attached evidences or remarks recorded in the minutes and to have the possibility to make remarks.

In the judgement against BELZIUK POLAND (25.03.1998.), according to the Court's point of view the Agreement's 1st and 3rd/c points of section 6 were infringed, because against the wish of the petitioner he couldn't take part in the appeals procedure, but the prosecutor was present and an assigned counsel wasn't sent officially to him either.

In this case the petitioner's right for being present on the trial was infringed and also the equality of arms because this principal and the right for adversary procedure demand that the petitioner should be authorised for the participation on the trial and to dispute the prosecutor's minutes. The inequality couldn't be corrected not even if the petitioner had sent his remarks in a written form to a local court, considering the fact that the prosecutor was present on the trial and the seriousness of his minutes.

The examination of the decision raises the thought (and also the demand) that in those particular cases where a prosecutor is involved and is present, the judicial procedure can't be held without a solicitor. Practically the presence of the prosecutor becomes a compulsion to have a defence, otherwise the fair and equal arms procedure can't be reached either according to the Court's message or my viewpoint. The Hungarian regulations don't put it down and don't make it obligatory for the acting court to join the defence lawyer the proceedings. He has the opportunity to join but there is no obligation. The accused can also ask for one but there's no obligation. As far as I'm concerned, I suggest the de lege ferenda obligation of the defence lawyer's participation parallel to the prosecutor's participation

⁹ The disadvantaged accused can't be hindered by unfairness, and making him much disadvantaged by this. Flórián Tremmel shows the accused one's situation using a proper remark: Magyar Büntetőeljárás. Dialóg-Campus, Pécs, 2001. p. 154

Approaching the equality of arms from another side is thought-provoking, namely if the prosecutor isn't present (e.g. in an offensive procedure or on the second instance) while there's a defence lawyer, whether the equality of arms enforces. The question can also be raised if there's only a one-sided viewpoint of the equality of arms or only the accused and defence lawyer's views can be found in the balance or the other party's too.

In my point of view an accuser is a participant in the fair procedure whose rights must be followed with attention and guaranteed by the court.

However if the prosecutor gives up his certain rights in a self-determinative way (as example the fight for presence in this present case) cannot involve negative consequences concerning the accused (the defence lawyer). Besides their situation is improved by the institution of 'favor defensionis', this can be understood as that. This way I. don't. find the 'backwards' or the opposite direction obligation acceptable to introduce them into the Hungarian regulations either.¹⁰

The Court made a decision with similar content and reasons in the judgement against K.D.B. THE NETHERLANDS (27.03.1998.) where the infringement of the 1st point of section 6 was declared because the petitioner wasn't give an opportunity to make remarks to the prosecutor's minute before the proceedings of the Nullity Chair.

The accused-defence order with the documents was infringed in the REINHARDT AND SLIMANE-KAID FRANCE case (31.03.1998.) since the petitioner and his legal representative in the procedure before the Nullity Chair didn't get those judicial documents before the trial which were available for the prosecutor.

Well before the trial of the Nullity Chair the public prosecutor got the draft of the judgement and the report made by the official judge, in a completely unknown way in the Hungarian practice, which were not sent over to the petitioners or to the legal representatives. This report consists of two parts: the first one contains the statement of the fact, the procedure and the nullity arguments, and second one is the analysis of the case in a legal point of view, moreover it contains an opinion about the merit of the nullity petition.

¹⁰ Not even despite the fact that one of the French lawyers' delegation, visiting Hungary in 2000, was shocked and astonished realising the lack of prosecutor's presence on the Hungarian judicial procedure which is unacceptable for them on both the theoretical and practical stages in the jurisdiction of their country.

The Court remarked that the petitioners' defence counsels – inasmuch as its intention would have been proved – could have acted properly in the case and after the official judge, they had the floor, this way they have the opportunity to learn and dispute the first part of this report. By all means the second part of the report and the legally protected draft of the judgement and the secrecy of the discussion still remained confidential; in the majority of the cases only the direction of the acting judge's opinion can be learned several days before the proceedings.

On the other hand the complete report and the draft of the judgement were sent to the public prosecutor, but the public prosecutor is not a member of the judge- division. His duty is to take care of using the laws properly if they are clear and in case if they are equivocal to their accurate explanation. He gives the judge some pieces of advice to the acceptable solution in every case and with his authority he can influence their decision. As the report made by the acting judge, the public prosecutor's role and the result of the case concerning the petitioners are very important, the Court judged unanimously, that the unbalanced situation between the parties and the public prosecutor, isn't suitable for the requirements of the fair judicial procedure.

As I've referred the principal of the equality of arms deduced from the fair procedure appears in the judicial procedure, it is valid there as a whole, including the adversary system, but in the case of DAUD PORTUGAL (12.04.1998.) the Court emphasised in its judgement that the effective defensive requirement,(including the right for presence, knowing the case, practising case advancing licenses, right for complaint, etc.) exists not only in the judicial but already in the preparatory (investigative) stage as well.

According to the Court, the Agreement's 1st point of section6 (right for fair procedure) was infringed by – connected with the 3rd/c point – that the petitioner couldn't get proper and effective legal defence in the investigative and judicial part of the criminal procedure having been involved.

The Court pointed out that the aim of the agreement is not theoretical or illusory but to ensure practical and effective rights, since assigning a counsel in itself doesn't ensure the efficiency of the legal support for the accused. The state cannot be responsible for all the defaults committed by the assigned counsel. It derives from the legal profession being independent from the state that the behaviour of the defence concerns only the accused and his defence lawyer, should he be whether a defence lawyer or an assigned counsel. The competent national authorities have to interfere – on the basis of the 3rd/c

point of section 6 – only if they notice, or if they are informed of the fact, the assigned counsel's fault acting for a proper representation.

In this present case the starting point is that concerning the assigned counsel's skill and behaviour, he was proved to be unsuitable for achieving the effect demanded by the 3rd point of section 6. The Court remarked that the first assigned counsel didn't carry out any actions in the interest of the petitioner before he would have announced his illness. This way the petitioner wasn't able to provide his own defence.

As far as the second defence is concerned, whose assignment was made known for the petitioner only three days before the criminal court, the Court thought he didn't have enough time to study the case, to visit the petitioner in the prison, and to get prepared for the defence. The time between the announcement of assigning a new counsel and the trial itself was too short for a serious and complicated case, in which there was no investigation and a serious penalty was to be expected. The Supreme Court didn't redress the infringement as he refused the appeal because of an unacceptable reason in his judgement.

The Court also stated that it would have been the obligation of the mentioned authorities to act – besides respecting the principle of independence of the Law Society – in a way that the petitioner should get advantages deriving from his rights acknowledged also by the authorities. In other words both the investigative authorities and especially the acting courts should have examined and noticed the lack of proper legal aid and the assigned counsel's unfitness for the task and also it should have been their duty to assign another counsel besides the official adjournment of the trial.

In the case of VAN GEYSEGHEM BELGIUM (21.01.1999.) the Court stated the infringement of the 1st and 3rd/c point of section 6 since the petitioner's defence lawyer couldn't practice his rights in the absence of his client before the Court of Appeal.

The Court emphasised in the reasons that every accused has the right for a defence lawyer. This principle can be found in the right for fair procedure. The accused can't lose this right just because he doesn't appear on the trials. Even if it's the obligation of the legislation to hinder unjustified absence, he can't impose sanctions with the infringement of the right connected to the representation of the defence lawyer. The legal requirement for the presence of the accused on the trials can be ensured with other devices.

In the case of VOISINE FRANCE (year 2000) the Court stated the infringement of the right for knowing the case because the public prosecutor's suggestion wasn't expounded with the petitioner in advance.

In the case of ROWE and DAVIS UNITED KINGDOM (year 2000) also the right for fair procedure was infringed since the prosecution referring to public interest – without the acting judge's knowledge and approval – important evidences weren't made available for the defence. He didn't state the infringement of the law in the case of Jasper and Fitt, because the evidences weren't made available for the defence and the jury, but the acting judge – considering the nature of the given pieces of information – decided in the question of retaining the evidences and they made the most possible accessible evidences without making the secret pieces of information in the interest of the public open.

In the case of KRCMÁR and MÁŠOK CZECH REPUBLIC (year 2000) the right for fair procedure was infringed because the petitioners weren't ensured the possibility, in the trial before the constitutional court, to learn written evidences having arisen and concerning the merits serving as a basis in the case, and so that the petitioners could expound their remarks in the respect of the content, the importance and the authenticity of the evidences.

ad. III. (respecting private life and private secret)

In this group we can find decisions which state the infringement of other sections (e.g. section 13: right for complaint), including section 6 most often.

Primarily the infringement of the right for private – and family life was stated in the case of DOMENICHINI ITALY (15.11.1996.), as the correspondence of the person being in prison – including the correspondence with his defence lawyer – was checked by the prison authorities.

At the same time the 3rd/c point of section 6 (owning the devices for preparing the defence) was infringed by opening and reading the letter – written by the petitioner to

his defence lawyer – containing the reasons needed for handing in the nullity complaint. The defence lawyer was given the letter only after the legal deadline, - which is ten-day long at the Nullity Chair – this way he handed it in late.

Section 13 in the Agreement (right for effective legal remedy) was also infringed by the fact that there was no possibility for legal remedy against the law enforcer judge's decision ordering the supervision. They could only ask the change of the order in the discretionary petition from the judge passing his judgement.

In the case of CALOGERO DIANA ITALY- similarly to the above mentioned arguments – the Court founded guilty the Italian government in his judgement (15.11.1996.) since the correspondence between the accused completing his sentence and his defence lawyer was controlled by the authorities.

In the judgement of KOPP SWITZERLAND (25.03.1998.) the Court stated the infringement of section 6 because the phone was tapped in the defence lawyer's office.

In the case against PETRA ROMANIA (23.09.1998.) the Court stated that the Agreement's 2nd point of section 8 (right for respecting private and family life) was infringed when the detainee's correspondence with the Committee of the Human Rights was controlled.

ad. IV. (right for freedom of speech)

In the case against SCHÖPFER SWITZERLAND (20,05,1998,), the judgement set that the section of freedom of speech was infringed when a sanction was imposed against the defence lawyer who expressed his critical cutting opinion concerning the jurisdiction on a press conference.

The Swiss defence lawyer held a press conference in his office where he stated that the laws and human rights are seriously infringed in the field of the prefecture of Hochdorf for years. He stated that one of his

clients was taken into custody and kept in prison without any kind of written decision. His statements were published in several newspapers. The Supervisory Committee of the Law Society of Luzern started legal proceedings against the petitioner in December 1992. In 15th March, 1993 he was fined for 500 CHF because of infringing the professional rules of behaviour. The Law Society stated that the petitioner failed to inform the Public Prosecutor's Office and the Court of Appeal about his complaints (which were serious), though these were the Supervisory Organisations of the Prefecture. Consequently he didn't give proof of discretion which should be expectable from the defence lawyers during the actual cases. What's more he adopted hidden advertisement and poor sensationalism, so he infringed the prestige of the Judicial authorities of Canton Luzern.

The Court emphasised the defence lawyers' special status created a central position for them in the jurisdiction, since they are mediators between the citizens and the courts which explains the usual restriction of the behaviour of the Law Society's members. Regarding the defence lawyers' key roles on this field, they are to be expected to contribute towards the effective work of the jurisdiction and also to the continuance of the trust given to them.

It is obvious that the freedom of speech concerns the defence lawyers as well, who can naturally make their remarks in public but their judgement cannot exceed a certain level. In connection with this we must regard the insurance of the right balance between the concerning interests. This includes the citizens' rights for getting information of the question in connection with the requirements of the proper work of the jurisdiction and of the dignity of the legal profession.

The Court stated that the petitioner made remarks in connection with a criminal procedure which was current at that time before the Court. The Court had regards to the general nature seriousness and tone of the petitioner's complaints besides the fact that the petitioner held a press conference earlier stating that this was his last chance and he offered his appeal to the Court of Appeal of Luzern only after this, where he partly succeeded. He didn't turn either to the other organisation having supervision over district authorities or to the public prosecutor's.¹¹

¹¹ The reason for detailing the judgement was that it could be a guiding for the Hungarian legal practice and regulation too, which is still considered to be rather deficient and unsettled.

The limit of the defence lawyer's opinion appears in the scope of the defence lawyer's regulations. It's a well-perceptible demand for the Court that no statement is permitted in the current criminal procedure. Rejecting this, or the false fact-statements against the jurisdiction, must involve disciplinary sanctions (based on high-level ethical requirements) in certain national Law Societies.

ad. V. (right for legal remedy)

In the above mentioned case of CALOGERO DIANA ITALY (15.11.1996.), the Court stated in its judgement that the accused had no possibility for legal remedy against the decision of the law enforcer judge ordering control, and the alteration of the order could have been asked only from the judge passing the judgement in the petition of fairness. The right for effective legal remedy (section 13) was infringed by this.

In the case against PETRA ROMANIA (23.09.1998.) – which has already been cited above – the Court also stated that section 25 in the Agreement (right for personal complaint) was infringed, as the petitioner was threatened which hinders the petitioner in his effective legal practice.

The Human Rights' Committee of UN as a court of human rights:

The 'International Document of Agreement of Civil and Political Rights' also appearing as the source of the European Agreement (announced by the 8th law decree in Hungary in 1976.) and the Optional Minutes (announced by the 25th law decree in Hungary in 1988.) attached to that along with the Agreement introduced basically the same international human rights judging in the scope of this individuals can appeal to the Human Rights' Committee of UN, that makes a decision after examining the complaint.

It is remarkable that Hungary was also concerned in one of the decisions in connection partly with the examined topic.¹²

In the case against KOLUMIN HUNGARY the Human Rights' Committee of UN examined Vladimir Kolumin's complaint (a person used to be a Soviet, later a Russian citizen during the case), in which he objected to the infringement of his right for personal

¹²See the detailed description of this case: Tamás Bán: Kolumin contra Hungary: the decision of the Human Rights' Committee of UN. Birósági Határozatok 12/1997. p. 953-956

freedom (section 9 of the Agreement), right for fair treatment with detainees (section 10), right for fair judicial procedure (section 14), and the right for prohibition of disadvantageous distinction (section 26).

Concretely he felt injurious – among others – that after his detention till the end of the investigation and his transportation to the penal institution it was not possible for him to meet either his defence lawyer or the Soviet consul, to write letters to his friends and relatives, and to get his Hungarian grammar book and dictionary from his luggage to learn the language.

The defence of the Government was that Kolumin, during his detention in the police cells, filled and handed in seventeen so called application sheets to the authorities. Among these there is no request for a grammar book and a dictionary (there were no such books in his luggage according to the inventory made by the police).

Furthermore the defence pointed out that they assigned a counsel for Kolumin in 20.08.1988. with whom he asked for an appointment in his requests. These requests were sent to the defence lawyer and both of his written requests were also sent to the Soviet consul in which he urged their meetings.

Kolumin also stated that the procedure against him didn't meet the requirements of section 14 in the Document of Agreement in more respects. According to his statement he wasn't given enough time to study the documents of the investigation and to consult his defence lawyer after the end of the investigation; his defence lawyer was unprepared and unfitted for the task.

The Hungarian Government proved in contrast to this that Kolumin could study the 600-paged document of the investigation with the help of his interpreter for six whole days and this can't be considered short time. Besides he should have asked - might as well through his defence lawyer – for the extension of the time for studying the documents, but there is no trace of it as there is no trace of raising these complaints during the procedure either. He met his defence lawyer five times before the trial; there is no trace of his (defence lawyer's) unfitness, he didn't expressed this opinion either during the investigation or the trial, this way neither the Public Prosecutor's Office nor the Court didn't have the possibility to learn about his complaint, to consider whether it was needed to arrange for assigning an other counsel.

The Human Rights' Committee as a court passed its judgement in 26.03.1996. in which – basically accepting the arguments of the Government – it stated that Kolumin's rights according to sections 10 and 14 in the Document of Agreement (the right for preparing for the defence and the right for defence) weren't infringed.

Karácsony András Schelsky és az értelmiségi uralom

A kutatóként, tanárként, tudományszervezőként, politikai publicistaként jelentős hírnevet szerzett Helmut Schelskynek tudományos és a már korábban lezárult tudománypolitikusi pályája végén azzal kellett szembe nézni, hogy fizikai halála *előtt* társadalmilag halottá nyilvánították. Miként Horst Baier (1986:4) fogalmazott nekrológiájában: "jelképes erejű, hogy nem csupán az akadémiai intézményeken kívülre, hanem a német nyelvterület határára üzték" az utolsó éveit Burgenlandban töltő Schelskyt.

Miért ez a már-már érthetetlen elutasítás a háború utáni német szociológia egyik legjelentősebb alakjával szemben? E kérdés akkor is választ kíván, ha tudjuk, az elutasítás nem volt teljes körű, sőt igencsak nagyhatású gondolkodók - pl. Krawietz, Lübbe, Luhmann -, s mellettük a Schelsky-émlékkötetekben (Kaulbach-Krawietz, 1975; Pohlmann, 1980; Weinberg-Krawietz, 1985; Baier, 1986) publikáló fiatal társadalomkutatók a Schelsky-ellenes értelmiségi közvéleménnyel szemben fenntartották és hangsúlyozottan kifejezték a *tudományos* értékelés igényét, azaz a tudományos kritikára és nem pedig a politikai-morális megsemmisítésre való törekvést. Schelsky ugyanis a társadalomkritikai elkötelezettségű filozófusokkal, szociológusokkal vívott alapjában politikai relevanciájú viták eredményeként vált az értelmiségi diskurzusból "nem kívánatos személyiséggé". E kiűzetést nem teszi elfogadhatóvá, hogy maga Schelsky egyáltalán nem vágyott elismerésre ebben a közegben. És ezzel máris a szociológia egyik folyamatosan jelenlévő és központi problematikájába ütköztünk: szaktudományos kutatás-e a szociológia, aminek megítélése kizárólagosan a tudományos közösségre tartozik avagy kitüntetetten politikai relevanciájú, az "emancipációt" szolgáló társadalomkritikai látásmód, s mint ilyennek az alapvető értékelési színtere inkább a különböző indíttatású ám a társadalom egészére vonatkozó nézeteket fókuszáló értelmiségi közvélemény?

Noha e kérdésre adott válasz szociológiai összefüggése sem elhanyagolható, s ennyiben a szociológiai önreflexivitás része, azaz a válasz értelmezési horizontját körülírja a politika és a tudomány konkrét viszonyrendszere, a társadalom tagoltságának az formája, melyben a szociológus tevékenykedik; azonban egyúttal túlmutat a szociológiai önreflexión, mert nem mentes személyes meggyőződésektől.¹

Schelsky esetében e dilemmára "kevert" választ találunk. Ugyan folytonosan demonstrálta a tudomány autonómiáját - ezt mutatja az is, hogy amikor a szociológia átpolitizálódását tapasztalta, akkor önmagát "antiszociológusként" meghatározva átpártolt a jogtudományokhoz -, azonban a baloldali társadalomelmélettel folytatott elméleti és publicisztikai vitájában nem tartózkodott a politikai értékelésektől sem. Noha a szociológia problémavilágának vizsgálatát a hatvanas-hetvenes évek kordiagnózisává tágító Schelsky határozottan szemben állt a polgári világ uralma alóli emancipációt szorgalmazó társadalomkritikusok nézeteivel, sőt e transzcendáló törekvésekkel szemben megvédendőnek tartotta a köztársaságot, de a vitapozíció mögött kirajzolódott egy - bármennyire is meglepő - a legfőbb vitapartner, a Frankfurter Iskola gondolatvilágával rokonítható elkötelezettség,

¹ Hogy a szociológiai önreflexió nem menekülhet meg a szociológián kívüli előfeltevéstől, sőt éppen hogy arra kell támaszkodnia, ezt jól mutatja mind Weber tudomány metodológiai feltevése az "ideáltípus"-alkotásról, mind - a weberi megközelítés elméleti alternatívájaként jelentkező - Luhmann azon módszertani elképzelése, mely szerint a vizsgált jelenségek absztrakt módon tételezett valószínűtlenségéből kell kiindulnia az elemzőnek. Ezt az elméleti problémát Spencer Brown (1969) gyakran idézett formulája nagyon egyszerűen így fejezte ki: "*Draw a distinction*". Spencer Brown logikáját (a megkülönböztetés mint kiindulópont) követő gazdag irodalomból egy újabb összefoglalás: Jokisch, 1996:62-73. Továbbá a személyes meggyőzések szerepéről a tudományban: Polányi, 1994.

mégpedig az, hogy a tudományos álláspontok elemzésébe Schelsky is bevonandónak tartotta az eszmék *társadalmi-politikai következményeinek* vizsgálatát. Éppen ez magyarázza, hogy élete utolsó évtizedében publikált munkáiban kevésbé foglalkozott a "frankfurti" eszmék immanens-tartalmi elemzésével, kritikáinak tárgya inkább a filozófiai-szociológiai gondolatok tudományon kívüli hatása volt.²

Az alábbi oldalakon Schelsky munkásságának két egymáshoz erőteljesen kapcsolódó témakörét tárgyalom: miben áll a szociológia feladatköre, és a szociológia "kulcstudománnyá" válása miként függ össze az értelmiségi uralommal? Ezt megelőzően azonban szükségesnek látom pályafutásának rövid bemutatását, nemcsak azon okból, mert egy olyan gondolkodóról van szó, aki a hazai szociológia számára eddig szinte ismeretlen maradt, hanem mert így jelezhetem azokat a nem elméleti tényezőket is, melyek nem csekély mértékben hozzájárultak a fentiekben már említett Schelsky-ellenességhez.³

Egy provokatív életpálya

Schelsky Chemnitzben született 1912-ben, a königsbergi és lipcsei egyetemeken tanult történelmet, pedagógiát, filozófiát és szociológiát, tanárai Hans Freyer és Arnold Gehlen voltak.⁴ E két egyetemen tanított filozófiát, majd 1938-ban Gehlennél habilitált egy Thomas Hobbes-ról szóló munkával, melyben nemcsak a korabeli német Hobbes-értelmezésekkel (elsősorban Carl Schmitt-tel) vitázott, hanem megfogalmazta saját politikai-filozófiai antropológiájának alapvonásait is. 1939-45 között katonai szolgálatot teljesített. Közben 1940-től másfél évig Budapesten tartózkodott mint Freyer asszisztense, aki ekkoriban a budapesti német kulturális intézet vezetője volt. 1945-től 1948-ig a Vöröskeresztnél dolgozott, amikor is visszatért az akadémiai-oktatási pályára. Szociológus professzorként a hamburgi és a münsteri egyetemen töltött be meghatározó pozíciót. Rövid a felsőoktatási reformokkal összefüggő bielefeldi kitérő után 1973-ban tért vissza Münsterbe, ahonnét 1978-ban vonult nyugdíjba. Az utolsó éveit jórészt Burgenlandban töltötte (Schelsky, 1981, Krawietz, 1975: XIV-XVI.). 1984-ben hunyt el.

Fontosabb kutatási témái: család- és ifjúságszociológia (elsősorban a háború utáni helyzet elemzése), üzem- és iparszociológia (a technikai civilizáció problémáival

² A harmincas évek elején létrejött Frankfurti Iskola alapítói közül mind elméletileg, mind hatástörténetileg a legjelentősebb szerepet Horkheimer és Adorno játszotta. Az iskola gondolkodói által kialakított "kritikai elmélet" a polgári társadalom erősen marxizáló ihletésű elutasítását fogalmazta meg (pl. Adorno-Horkheimer, 1990), ehhez a látásmódhoz kapcsolódott Habermas is, mint a Frankfurti Iskola háború utáni, második generációjának legismertebb alakja. A hetvenes évektől viszont Habermas elméleti álláspontja részben és fokozatosan átalakult, a kritikai elméleten kívüli hagyományokat is megkísérelte elméletébe integrálni (Habermas, 1981). Ezt a változást azonban Schelsky már nem követhette figyelemmel. Habermas viszonyát a Frankfurti Iskolához és elméletének hangsúly eltolódásait részletesen tárgyalja: Felkai, 1993.

³ Schelsky nevével egy a nyolcvanas évek elején íródott tanulmányban találkozhatunk, melyben Schelsky mint a németországi újbaloldallal szembeni "német jobboldal vezénylője" (Szabó, 1989:79) tűnt fel, azonban ez a megközelítés, miként a "vezénylő" kifejezés is nyomatékosítja, alapvetően ideológiakritikai jellegű volt. Ennél pontosabban, noha csak érintőlegesen, idézte fel Schelskynek éppen az értelmiségi uralommal kapcsolatos elképzeléseit Somlai Péter (1993:197-204.) írása, melyben Molnár Attilának (1993:170-181.) a hazai szociológia és a vallás viszonyát elemző tanulmányával vitatkozott. A háború utáni német társadalomelméleti gondolkodást, s így Schelsky intézményelméletét és jogfelfogását is részletesen tárgyalja egy Balogh Istvánnal közösen írt hosszabb kézirat elemzésünk: Balogh-Karácsony, 1996, továbbá: Karácsony, 1995a.

⁴ Freyer kultúrfilozófusként és szociológusként kezdte pályáját (pl. Freyer, 1923), 1933. decemberében, Tönnis lemondását követően a Német Szociológiai Társaság elnökévé választották, 1936-ig töltötte be ezt a funkciót. A nemzetiszocializmus alatt a rezsim reprezentáns szociológusa volt "nép-metafizikai" műveivel (pl. Freyer, 1933, 1935). A háború utáni évtizedekben politikai eszmetörténettel (Freyer, 1951, 1967) és az ipari társadalom kérdéseivel foglalkozott (Freyer, 1957, 1960). E tanulmányban érintett szerzők közül Gehlen munkássága a legismertebb a hazai tudományos életben, antropológiai főműve magyarul is olvasható (Gehlen, 1976), emellett szociológiai és esztétikai tárgyú monográfiákat publikált (pl. Gehlen, 1987). A nemzetiszocializmus alatti német szociológiát, s ebben Freyer tevékenységét alaposan elemzi: Rammstedt, 1986.

összekapcsolva), tudomány- és oktatásszociológia, értelmiségkutatás, funkcionárius kutatás. A felsorolt témakörökben nemcsak elméleti munkák, hanem empirikus kutatások sokasága is említést kíván (Krawietz: 1985, 12-22). A kutató, egyetemi oktató tevékenység mellett politikai publicistaként, tudományszervezőként és oktatáspolitikusként is fontos szerepet töltött be.

Schelsky életrajzi vonatkozásban többszörösen is problematikus gondolkodóként jelent meg a német tudományos nyilvánosságban. Egyfelől tudományos pályájának korai, a nemzetiszocializmus alatti szakasza miatt folyamatosan tapasztalta a gyanakvást. A terhet elsősorban nem az egyetlen még egyetemistaként publikált "népi-szocialista" írása ("*Sozialistische Lebenshaltung*" 1934) miatt kellett viselnie - noha 1966-ban vezető szociáldemokrata politikusok ezt a szemére vetették -, nem is a katonai illetve a politikai-kulturális adminisztrációban Budapesten eltöltött szolgálat ténye jelentette, hanem az, hogy *intellektuálisan* a "lipcsei iskolából" származott. Ugyanis Schelsky - barátjával, a logika területén jelentőset alkotó Gotthard Güntherrel együtt (Schelsky-Günther, 1937) - Freyer és Gehlen tanítványként a háború utáni évtizedekben is a "lipcsei iskolát" reprezentálta (Üner, 1986:5-19). Hogy ez inkább hátránnyal járt, arról Schelsky (1981:135-159) visszaemlékezésében olvashatunk, csak egyetlen mozzanatra utalva: a hatvanas évek elején Plessner azzal az indoklással futtatta zátonyra Schelsky interdiszciplináris kutatási tervét - mely tervet a hatvanas évek végén a bielefeldi egyetem alapításakor sikerült csak Schelskynek megvalósítani -, hogy a német tudomány számára egy ilyen fontos fejlődés tekintetében nem lehet bizalmat szavazni egy "Gehlen-tanítványnak", a "lipcsei iskola" képviselőjének, s ez - Schelsky szerint - ki nem mondva azt jelentette, hogy egy egykori nácinak.⁵

Ezzel máris a második problematikus epizódhoz érkeztünk: Schelsky 1981-ben publikált visszaemlékezéséhez, mely főképp a háborút követő időszak bemutatásával érintett érzékeny pontokat. E könyv oldalain részletesen és kritikától egyáltalán nem mentesen olvashatunk, hogy kövessem az előbbieken már felidézett fonalat, Helmuth Plessnerről, ami természetesen Plessner tisztelőinek tetszését egyáltalán nem nyerte el. A kritika nem Plessner tudományos kvalitására és teljesítményére vonatkozott, hanem tudományszervezői, tudománypolitikai - az oktatás és a kutatás területén hatalmi funkciókat egyébként igencsak halmozó - szereplésére.⁶ Schelsky azt vizsgálta, hogy a jelentős befolyással rendelkező Plessner *viselkedése* a tudományos közösségben milyen mintát közvetített? A megvont egyenleg egyáltalán nem volt hízelgő Plessnerre nézve, ám igazán provokatív ebben a személyes beszámolóban az volt, hogy éppen Freyerrel szembeállítva marasztalta el Plessnert mint antidemokratikus magatartású tudóst. Azért volt ez a megállapítás különösképp provokatív, mert ismert, hogy Plessner svájci emigrációval tiltakozott a nemzetiszocializmus diktatúrájával szemben, miközben Freyer elfogadta a náci rezsimtől a tudományos-kulturális reprezentáns szerepét, budapesti tartózkodása is ennek jegyében telt el. Schelsky nem vitatta ezt a különbséget, de emellett azt is fontos kérdésnek tartotta, hogy a tudomány intézményeinek világán *belül* miképp viselkedett e két szociológus? És ebből szempontból Freyerre mint a tanítványok önállóságát elismerőre, intellektuális autonómiájuk segítőjére emlékezett - talán e minta követéséből is fakadt, hogy Schelskynek sem volt elméletét követő tanítványa -, míg Plessner a tudományos közösségen belül mások önálló döntéshozó képességét nem mindig hajlott elfogadni. Legalábbis ezt mutatja például, hogy amikor az ötvenes évek végén a német szociológiai társaság elnökségébe a választási eredmények alapján "frankfurti" nem került be,

⁵ Hogy a "*haladó*" (azaz a kommunista emberirtást "imperialista koholmánynak" tartó vagy éppen felsőbb szempontok alapján megmagyarázó) nyugati társadalomtudósok, értelmiségiek, akikről például Koestler (1997) és Semprun (1992) önéletrajzi könyveiben, illetve Hollander (1996) alaposan dokumentált elemzésében is olvashatunk, ilyen hátrányokat nem élveztek - egyik központi kérdése az értelmiség politikai szociológiai vizsgálatának.

⁶ Plessner tudományos munkásságának középpontjában a filozófiai antropológia állt (Plessner, 1980, 1981, 1982), emellett társadalomfilozófiai (Plessner, 1985), kultúrszociológiai (Plessner, 1966) és a német történelem "elkésztségét" elemző tanulmányai (Plessner, 1959) jelentősek.

akkor Plessner, mint elnök, ennek ellenére önkényesen meghívta az elnökségbe Adornót, mondván, lehetetlen állapot, hogy nem képviseli senki a Frankfurter Iskolát a német szociológiai társaság elnökségében. Akkor és ott senki sem mert tiltakozni az antidemokratikus eljárás ellen, maga Schelsky is csak később mondott le elnökségi tagságáról (Schelsky, 1981, 141-142).

A különbözőségeket erőteljesen kontrasztolva megállapítható, hogy amíg Plessner az antidemokratikus politika feltűnésével a tudomány autonómiájának értékteliségét demonstrálta a közreműködés megtagadásával, azaz emigrációjával, ám a demokratikus szabályokat elfogadó életben már nem tartózkodott e szabályok megszegésétől a tudományon belül; addig a tudomány szférájának politikai instrumentalizálását elfogadó Freyer a tudomány belvilágában az egyenrangúság elvét érvényesítette. E különbözőség mögött azonban hasonlóság rejtőzik, s ennyiben Schelsky értelmezése feltétlenül kiegészítésre szorul. Ugyanis mindkét említett szociológus egyaránt feltételezte, hogy a tudományon belüli világ normái elválaszthatók a tudomány - környezet viszony konkrét mibenlététől.

A visszaemlékező Schelsky a személyes benyomások rögzítése mellett arra is talált alkalmat, hogy tudományos elemző módján típust alkotva összegezze tapasztalatait. Felvetette, hogy gyakorta "szellemi ikrek" kibékíthetetlen viszályába ütközünk. Szellemi ikreknek nevezve azon gondolkodókat, akik elméleti alapállásukban, a világhoz való intellektuális viszonyukban nagyon hasonlatos álláspontot képviselnek, ám másodlagos - pl. politikai felfogásukból következő meggyőződésük vagy éppen saját originalitásukba vetett túlzottan erős hitükből fakadó - ellentétek miatt, igencsak vitatkoznak egymással. Schelsky szerint ilyen volt például Max Weber és Max Scheler, vagy az utóbbi két tanítványának: Gehlennek és Plessnernek viszonya, illetőleg Heidegger és Jaspers kapcsolata.

Schelsky pályafutásának kezdeti és záró időszakából felidézett momentumok után érdemes pillantást vetni a hatvanas években befolyásos oktatáspolitikusként szereplő Schelskyre is. A hatvanas évek közepén kezdetét vette NSZK-ban egy széles körű felsőoktatási reformfolyamat. A Szövetségi Köztársaságnak ugyanis, hasonlóképp a többi nyugat-európai országhoz, két fontos problémával kellett szembenézni, egyfelől azzal, hogy a társadalmi munkamegosztás fokozódó differenciálódását miként kövesse a felsőoktatás specializálódása, másfelől pedig az elitoktatást végképp lehetlenné tette a főiskolai-egyetemi hallgatók számának robbanásszerű növekedése.⁷ A tömegoktatás újféle intézményi szervezetet kívánt. A hatvanas évek elején az NSZK-ban ezt a régi egyetemek kibővítésével, átszervezésével még megvalósíthatónak gondolták, ám néhány évvel később már az az elképzelés nyert teret, mely új felsőoktatási intézmények alapítását állította középpontba (Ellwein, 1992:243-263). Néhány a reform által érintett egyetem: Dortmund, Bielefeld, Düsseldorf, Münster.

Schelskyt 1965. január 20-án kérték fel, hogy a tudománypolitikai koncepció kidolgozásával vegyen részt ebben a programban, s így hamarosan egyik főszereplővé lépett elő. A feladatok sokasága szinte lehetlenné tette a tudományos kutatás folytatását, ám kárpótolta Schelskyt, hogy egy régóta vágyott ötlete a német felsőoktatás reformjában megvalósíthatónak tűnt. És ez nem volt más mint, amit Plessner félévtizeddel korábban megghiúsított, azaz egy interdiszciplináris kutatóközpont létrehozása. A kutatóintézet a bielefeldi egyetemen alakult meg, mely egyetemet egyébként Schelsky az oktatáspolitikai elvei szerinti "mintaegyetemnek" szánta.⁸

⁷ Hogy az NSZK-ban már a hatvanas évek közepén intézményi változtatással reagáltak a felsőoktatásban felmerült új problémákra, talán ez is szerepet játszott abban, hogy a diákmozgalmak, Nyugat-Berlintől eltekintve, itt kevésbé tudtak annyira radikalizálódni mint pl. Franciaországban, ahol csak 1968-at követően, annak hatására vette kezdetét a felsőoktatás reformja. Azt is meg kell jegyezni, hogy az "egyetemek demokratizálódásának" jelszava alatt történt változtatások az NSZK-ban ugyan jelentősen tompították a baloldali radikalizmus (anarchisták, trockisták, maoisták stb.) harci mozgalmának életét, azonban az oktatás tartalmát illetően komoly problémákat vetett fel, miként erre határozottan felhívta a figyelmet 1968-ban a "Marburgi Kiáltvány" (Ellwein, 1992:316-318.).

⁸ Érdemes felidézni konkrét javaslatait is (Schelsky, 1969):

a) a hallgatók száma nem haladhatja meg a tanszékek számának 30-szorosát;

Schelsky egyetempolitikai elképzelései egy régi, sokak szerint már elavult gondolatba akartak újra életet lehelni, s ez a "kutatás és tanítás" egységét megfogalmazó humboldti eszmény volt. Miként Hermann Lübbe (1986:160) a reformra visszaemlékezve fogalmazott: Schelsky ekkori radikális újító elképzelései mögött radikálisan konzervatív koncepció állt.⁹

Schelsky szociológusként és egyetemi oktatói tapasztalata alapján is tisztában volt azzal, hogy noha az egyetemek "általában vetten" támogatják a reformot, azonban az oktatási intézmények konkrét megújítása csak "kívülről" valósítható meg, és ez az állami alapító feladata. Az egyetemek öngazgatása, mivel a már létező szerkezethez és a professzorok adott közösségéhez kapcsolódott, nem volt érdekelt a nagyobb változtatásokban. A felsőoktatás reformja tehát az egyetemekkel, azaz a német tudomány professzor társadalmával való összeütközés lehetőségét magában hordozta, s ez nem is váratott sokáig. Az oktatási-tudományos szféra elitje ahol tudott ellenszegült, hol az egyetemi lokálpatriotizmusból fakadó féltékenység miatt, hol pedig a pénzügyi forrásokért való küzdelem állította szembe a "régit" és "új" egyetemeket.

Schelsky tehát nem az egyetemek öngazgatásában csalódott, mert elsősorban nem is tőlük várta a támogatást. Inkább az állami adminisztráció bátortalansága miatt veszítette el reményét. Többet várt tőlük. Feltételezte, amennyiben megbízták a felsőoktatási reform szakmai irányításával, akkor szilárdan támogatják is ez irányú tevékenységét.¹⁰ Schelsky többek között a háború utáni évtizedek szisztematikus kutatását szorgalmazta, és a kutatások támogatása révén az állami adminisztrációtól a Német Szövetségi Köztársaság negyedszázados története melletti nyomatókos kiállást várta, mégpedig azokkal a törekvésekkel szemben, melyek ezt a történetet és ezzel a köztársaságot delegitimálni akarták. Egy Schelskyhez közelálló szociológus, Luhmann évtizedekkel később így emlékezett vissza Schelsky oktatáspolitikusi szereplésére: "Jóllehet szociológus volt, de alábecsülte az ellenállást, mégpedig az egyetemisták és asszisztensek emancipációs neuroziséját, és figyelmen kívül hagyta, hogy a minisztériumi bürokraták jobbra csak szónokolnak" (Luhmann, 1992:50).¹¹

Schelsky 1970-ben búcsút vett a felsőoktatás-politikától, majd a német egyetemek történetében egyedülálló módon a bielefeldi szociológia tanszékét a münsteri egyetem jogszociológiai tanszékére cserélte. Schelskyre nem illik az a séma, ami sok német professzorra igen - ne feledjük 1968 után vagyunk -, akik a diákmozgalmaktól megrémülve először rezignálták, majd végül konzervatívvá váltak. Nemcsak azért nem illik, mert Schelsky

b) a rendes professzoroknak lehetővé kell tenni a "kutatás-oktatás" váltását (egy év kutatás, egy év oktatás);

c) az egyetemeknek meghatározott kutatási irányokat kell kialakítani, azaz diszciplináris és interdiszciplináris súlypontokkal kell rendelkezniük;

d) az utóbbinak megfelelően mindenhol létre kell hozni egy "interdiszciplináris kutatási központot", ahol 30-40 belföldi, illetve külföldi tudós rendszeresen egy évig a saját szakterületének határán átlépő munkát végezhet. Ez két szempontból is fontos, egyrészt a kutató szabadság intézményi háttérét erősíti, másrészt pedig elősegíti a tudományos tudás cirkularitását az egyetemi életben.

⁹ A konzervatív társadalomfilozófusként ismert Lübbe legfontosabb munkái a felvilágosodás kritikai elemzését nyújtják (pl. Lübbe, 1965, 1980), legújabb monográfiájában az európai integrációval kapcsolatos kételyeinek adott hangot (Lübbe, 1994).

¹⁰ Hogy Schelskynek az állami adminisztrációtól való kénytelen visszavonulását vezették, valószínűleg nem pártpolitikai szimpátiákkal magyarázható - noha a kereszténydemokratáktól kapta a reformra a felkérést és 1969-ben a szociáldemokraták kerültek kormányra -, ezt nemcsak az mutatja, hogy mindegyik párt kifejezte egyetértését koncepciójával, hanem az is, hogy éppen a szociáldemokrata Johannes Rau tette lehetővé a bielefeldi tanszékének Münsterbe történő áthelyezését (Lübbe, 1986:162-163).

¹¹ Luhmannra mint Schelskyhez közelállóra utaltam, amivel emberi és tudományos kapcsolatuk minőségét akartam jelezni, de ez a szoros kapcsolat nem jelentette, hogy Luhmann teoretikus értelemben tanítványa lett volna Schelskynek. De nemcsak Luhmann nem volt tanítványa, hanem általánosabban fogalmazva azt is megállapíthatjuk, hogy egyáltalán nem volt a német szociológiai életben olyan Schelsky-tanítvány, aki elméleti értelemben szigorúan Schelskyhez igazodott volna. Ennek magyarázatát Schäfers (1996:14) abban látta, hogy "Schelsky tudatosan nem akart iskolát alapítani. Számára a tanítványok originalitása és önállósága sokkal fontosabb volt".

konzervativizmusa régebbi keletű, hanem mert a hatvanas évek végi diákmozgalmak egyáltalán nem okoztak meglepetést Schelskynek, sőt az ötvenes évek második felében a "szkeptikus generációt" elemző könyvében már előrejelezte, hogy várhatóak ezek a mozgalmak (Schelsky, 1957).

Az oktatás- és tudománypolitikai pálya elhagyása magyarázható az állami adminisztráció túlértékeléséből következő csalódással, ám hogy Schelsky ezt követően is heves támadásnak volt kitéve az értelmiségi közvéleményben, ez már mással függött össze. Ennek az ellenséges hangulatnak a létrejöttében alapvető szerepet játszott, hogy a német értelmiséget uralmi törekvésekben marasztalta el, sőt szent intézményeiket (pl. Heinrich Böllt és egy ismert hírmagazint, "Der Spiegel"-t) erőteljesen kritizálta. Schelsky a szociológia feladatainak elemzéséből kiindulva jutott arra a megállapításra, hogy a szociológia, pontosabban annak egyik változata kulcsszerepet kapott a tudományon kívül, a társadalom értelemvilágának meghatározójaként lép fel, s e szerepében az értelmiség uralmi törekvéseibe illeszkedik.

A következő oldalakon először azt tekintem át, hogy Schelsky miben látta a szociológia feladatát, majd az értelmiségi uralommal kapcsolatos elgondolásait elemzem, s végül azt, hogy ebben az uralmi kontextusban miként került központi helyre a baloldali társadalomelmélet?

A szociológia feladata és az értelmiség uralmi helyzete

Schelsky abból indult ki, hogy a társadalomtudós tevékenysége nem csupán *utólagos* és a reflexiójától *függetlenül* zajló társadalmi valóság távolságtartó reflexiója, hanem maga is része a társadalmi valóságnak. A világ társadalomtudományban megvalósított rekonstrukciója egyúttal az ember "újjáteremtése" is (Schelsky, 1965:439-480; 1975:259-266). Ebben az összefüggésben a szociológia *elméleti, empirikus és gyakorlati* feladatait hangsúlyozta.

- Schelsky számára a szociológia elsősorban mint a társadalmi cselekvés szisztematikus elméleti és empirikus tudománya értendő.

- Másodsorban - mint gyakorlati tudomány - orientációt ad, azaz közvetíti a társadalmi rendről, s benne az individuum helyéről szóló elképzeléseket. Ez az orientáció kétirányú:

a) Egyfelől a döntéshozókat orientálja, amit tanácsadásnak, szakértői közreműködésnek nevezünk. S itt világosan különbséget kell tenni a politikus és a tanácsadó között. A tudós szakértelmét sohasem lehet demokratikusan, azaz politikailag legitimálni, legitimációja a tudományhoz, a tudományos közösség értékeléséhez kötött. A politikus tevékenysége viszont demokratikus legitimációt kíván.

b) Másfelől a nyilvánosság médiumán keresztül különböző területekre (jog, politika, gazdaság stb.) vonatkozó döntésekkel kapcsolatosan orientálja a társadalmat. Schelsky szerint a szociológus ezen orientációs tevékenységében - noha a címzettek különböznek - ugyanazzal a kérdéssel foglalkozik (illetve kellene foglalkoznia), mégpedig azzal, hogy mennyiben maradhat szabad az ember a tudományos-technikai civilizációban?

- Harmadrészt pedig a szociológia nem nélkülözheti az önkritikát, azaz önreflexív módon a szocialitás és a szociológiai gondolkodás értelmét és határát meg kell határoznia. Ez utóbbi, a szociológia önreflexiója, különösképp közel állt Schelskyhez. Mindezek nem annyira leírását jelentik a szociológus tevékenységének, hanem inkább előírások, melyek alapján Schelsky megfogalmazta kritikáját - ennyiben feltétlenül kritikai gondolkodónak kell tekintenünk - a szociológus kollégáival szemben. Schelsky úgy gondolta, hogy a követelmények világos megfogalmazása segítheti a szaktudományon belüli kritikát.

A szociológia feladatkörének fentti meghatározás nem jelenti, hogy minden szociológiai munka mindhárom funkcióhoz szükségképp kapcsolódik - például az elmélettel foglalkozók, mint Parsons, Luhmann, Albert egyáltalán nem igényeltek orientációs publicitást -, hanem ez a szociológusok tudományos közösségének egészét jellemzi.

Schelsky kritikai pozíciójának alapja: nem feledkezhetünk meg az ember szabadságáról. Éppen ebből a szempontból került középpontba az intézmény problematikája. Az intézmények

nemcsak a cselekvés szükségletek társadalmi orientációs és tehermentesítő rendszerei, hanem az egyes emberrel szemben cselekvési kényszereket is teremtenek.¹² Schelsky az intézmények "reálfaktorai" közé a szükségletek, a szervezetek mellett az eszméket is besorolta. Meggyőződése szerint a modern intézmények csak úgy képesek stabilitást teremteni, ha tekintetbe veszik a célképzeteket, az eszméket, azaz a kritikai-reflektáló szubjektivitást. Az intézmény és a szabadság kérdése Schelsky szemében összekapcsolódó témakör volt. Ugyanis az alapvető kérdést abban látta, hogy a modern társadalomnak az ember autonómiáját, integritását fenyegető tényezői közepette milyen támogatást talál a szabadságra törekvő ember? A szabadság nem adható fel, mert "a szabadság az emberi egzisztencia kontrafaktuális életcélja" (Schelsky, 1979:211). Schelsky meggyőződése szerint a szabadságvédelem alapja nem a társadalmon kívül, hanem ellenkezőleg, meghatározott társadalmi intézmények működésében lelhető fel. Konkrétan abban, hogy az ember *jogokkal* rendelkező személy. S ezen a ponton vált érdekessé Schelsky számára a jog problematikája.¹³

A jogra nem mint a jogszociológia tárgyára tekintett, hanem úgy gondolta, hogy maga a szociológiai intézményelmélet nem fogalmazható meg a jog tematizálása nélkül. Amikor Schelsky a jog funkcióját a társadalmi változások "dinamikus stabilizáló faktoraként" határozta meg, akkor ezzel a jog révén történő társadalmi változás jelentőségére hívta fel a figyelmet.¹⁴

Hogy mennyire komolyan vette Schelsky a jog problematikáját azt nagyon jól mutatja, hogy a kortárs német társadalomelméleti gondolkodást éppen abból a szempontból elemezte és kritizálta erőteljesen, hogy a jog miért *nem* kapott szerepet elméletükben (Schelsky, 1980:77-146)? Gehlen, Dahrendorf és Habermas - noha egymástól igencsak különböző elméleti kiindulópontok miatt - egyaránt figyelmen kívül hagyta vagy más problematikába beolvasztva-feloldva közelített a joghoz. A negyedikként kritizált elmélettel, Luhmann rendszerelméletével, nem ez volt a problémája Schelskynek - hiszen Luhmannt pályakezdésétől a társadalomelmélet és a jog összekapcsolt vizsgálata jellemzett -, hanem az, hogy a parsonsiánus rendszerelmélet hagyományán belül maradván:

a, az individuum a rendszer "környezeti körülményeként" csak mint a szocialitás integrációs mechanizmusainak *tárgya* ("output") vagy *kiváltója* ("input") problematizálódott;

b, a funkcionalista látásmódból következően nem képes a többpárti demokrácia és az ideologikus-totalitárius államrendszer közötti különbség lényegét megragadni. Schelsky szerint ez nagyon világosan kitűnt akkor, amikor Luhmann a jog és politika kérdéseit vizsgálva arra a megállapításra jutott, hogy a nyugati társadalmakban a politikai integráció a pozitív jog alapján, keleten pedig az ideológia alapján történik, e kettő tehát mint "funkcionálisan ekvivalens" jelent meg.¹⁵ Schelsky kíméletlenül fogalmazott: "Luhmann rendszer kategóriáiban minden macska funkcionálisan szürke" (Schelsky, 1980:93).

Schelsky számára tehát az alapvető kérdés: miként alakítható ki egy olyan kritikai álláspont, amely megóvja a szociológia szaktudományos jellegét és egyúttal védelmezi a szabadság pozícióját is? Ez a kritikai szociológia - Schelsky meghatározása szerint -

¹² Schelsky intézményelméletének kiindulópontjai a szükségleteket funkcióként megragadó Malinowski elméletében és a "tehermentesítés" gehleni tézisében találhatók, erről bővebben: Karácsony, 1995a.

¹³ 1963-ban Schelsky ezzel a megállapítással kezdte münsteri jogszociológiai előadásait: "a jog fontosabb annál, semmint a jogászokra bízhatnánk". Mint Krawietz (1975:XIII) találóan megjegyezte: a hetvenes években Schelsky inkább így fogalmazott volna: "a jog fontosabb annál, semmint a szociológusokra bízhatnánk".

¹⁴ Egy egykori tanítványa, Schäfers (1996:188-189) véleménye szerint éppen a nyolcvanas-kilencvenes évek fordulóján elkezdődött kelet-európai átalakulás jogközpontúsága teszi újra aktuálissá Schelsky elfeledett intézményelméletét. Hogy a jog milyen szerepet játszott a politikai átalakulásban, erről: Karácsony, 1996.

¹⁵ Ez nem jelenti, hogy a nyugati társadalom ideológiamentes társadalom, hanem inkább arról van szó, hogy más az ideológia funkciója. Az eljárások útján történő demokratikus legitimitáció kétségkívül ideológia, de - miként Luhmann (1983:137-200) hangsúlyozta - a jogállami demokráciában az ideológiák funkciója éppen abban áll, hogy a pozitíválódás folyamatának *keretfeltételeit* szankcionálják, és a politikai küzdelemtől e keretfeltételeket megóvják.

"*antiszociológia*". Ezzel a kifejezéssel is hangsúlyozva az uralkodó szociológiai áramlatoktól való eltérést.¹⁶

Nem kerülhető meg a kérdés: szociológia maradna-e ez a bizonyos "antiszociológia"? Ha ugyanis a szociológiai gondolkodásmód és a tudásunkban megragadott szocialitás *feltételeinek* reflexióját nem csupán legitimációs, hanem eminensen a szociológia tudományos feladatának tartjuk - miként Schelsky elkötelezte magát -, akkor kísért a veszély, hogy a szociológia illetően történő meghatározásával a szociológia "filozófiájának" síkjára lépünk. Schelsky a szociológián belül maradás esélyét abban látta, ha nemcsak a szociológiai gondolkodás értelmével és határával foglalkozunk, hanem a szocialitás értelmével és határaival is, azaz a kanti "kritika" értelmében a szociológiai megismerés *határfeltételeire* reflektálunk.¹⁷ A filozófia gyanúja ennek ellenére fennáll, s ennyiben a fenti gondolatmenet korrekcióra szorul. Ugyanis a szociológia önreflexiója mint a határfeltételekre való reflexió - legalábbis a szociológia szemszögéből - a "*végző kérdéseket*" érinti, s mint ilyen a filozófiai hagyományban (is) gondozott problematika.

Schelsky "értelemkritikai társadalomelmélete" sem utópia, sem a társadalompolitika alkalmazási eszköze nem akart lenni. Központi témája: a rend és a szabadság lehetőségeinek, vagy másként fogalmazva: a szubjektív reflexió és a szocialitás kényszerének együtttematizálása. És éppen ez az, amit veszélyeztetni látott a társadalomkritikai, az ember felszabadulását hirdető "humanista" szociológiában, s annak "kulcstudományá" válásában.

A modern társadalom komplex társadalom. Az életviszonyok e komplexitása "redukciót" (Luhmann társadalomelméleti fogalmával kifejezve), vagy másként: "tehermentesítést" (Gehlen antropológiai szótára szerint) kíván. A társadalmi elit e feladat terhét azonban leveszi az emberek válláról. De pontosabban mely csoportok az eliten belül? Schelsky egy helyütt (1975:125) arról írt, hogy a tudomány manapság már nem képes közvetve sem normativitást adni a mindennapoknak, s az irányítás ezen vákuumába nyomult be az ideologikus értelmiség. Ide kevésbé a kognitív teljesítményük alapján, sokkal inkább az irányítási eszközök terén rendelkezésükre álló eszközök alapján (az információs apparátus, az oktatás és a művelődés intézményeinek uralása révén) került a "*reflexióselit*".

Schelsky hangsúlyozottan nem értelmiségről, hanem reflexióselitről beszélt - noha e két fogalom jelentéstartománya igencsak fedi egymást. Miért e fogalmi differenciálás? Mi szól az értelmiségfogalom használatá ellen, s mi a reflexióselit mellett?

Schelsky (1975:99-106) szerint a közvéleményben az értelmiség fogalma túlzottan átpolitizálódott, inkább agitatív módon használják, s ennek eredménye, hogy politikai szimpátiát vagy ellenszenvet hív életre. Gyakorta tisztázatlan a fogalom terjedelme, így olvashatunk pl. "technikai-kultúrateremtő-társadalomtudományi" értelmiségről, ám hogy mindhárom együtt vagy ezek közül csak egyik-másik jelenti az értelmiséget, ez a szövegekben többnyire bizonytalan.¹⁸ Az értelmiségyszociológiai szakirodalom neves szerzői (Alfred Weber,

¹⁶ Miként Lepenies (1988:419) hangsúlyozta: "Schelsky azon szociológusokhoz állt közel, akik - mint pl. David Riesman - kellő távolsággal tekintettek saját szakjukra."

¹⁷ Schelsky a "kritikai" kifejezés inflálódása miatt szívesebben beszélt a "társadalom transzcendentális elméletéről". A "transzcendentális" jelző itt az általános szociológiai rendszer és az empirikus, konkrét kutatások mint egymás kölcsönös feltételeinek az elgondolására utal. E fogalomhasználat azért meghökkentő, mert Schelsky évtizedeken keresztül éppen azon munkálkodott, hogy a német szociológia diszciplináris önállóságáért küzdve elszakadjon a német filozófiai hagyománytól.

¹⁸ Ha csak egyetlen, ám a huszadik századi értelmiség önleírását folytonosan irritáló kérdésre tekintünk, nevezetesen arra, amit nagyhatásúan először Julien Benda tett fel 1927-ben "*Az írástudók árulása*"-ban: mi az értelmiség hivatása, s e feladatának megfelelt-e századunk értelmisége? Akkor az erre adott válaszok, kordiaagnózisok erőteljes divergenciáját láthatjuk. Benda szerint az értelmiség a professzionalizálódással, a szakértelmiség szerepének elfogadásával elárulta hivatását, az Ész szolgálatát; ezt Bendához fűzött jegyzeteiben Babits (1978/II.:216) így fogalmazta meg: "Az 'áruló' írástudó tehát nem avval lesz árulóvá, ha lába nem megy egyenesen a Csillag felé, melyre ujjá mutat. Az árulást akkor követi el, ha nem is mutat többé a csillagra". Molnár Tamás (1996a, 1996b) ezzel szemben annak szentelt monográfiákat, hogy bemutassa: éppen a felvilágosodás

Mannheim, Scheler, Schumpeter, Geiger) sem adtak Schelskynek egyértelmű útmutatást. Az intellektuelleket vagy társadalmi csoportként vagy pedig sajátos társadalmi funkcióként határozták meg.

Amennyiben a társadalmi csoport fogalma alatt a társadalmi osztályt értik, s Marxot követve az osztályképződés kritériumát a gazdasági helyzettel (a termelőeszközök birtoklása illetve az attól való megfosztottság) definiálják, akkor ebben a kontextusban az intellektuel réteggként jelenik meg, mégpedig olyanként amely a felépítményben elhelyezkedve a "kapitalizmust" szolgálja.¹⁹ Mindezzel szemben Alfred Weber és Karl Mannheim elemzéseiben a "szabadonlebegő értelmiségről" olvashatunk. Schelsky szerint azonban ez a fogalomalkotási mód sem megfelelő, mert azt a téves feltevést erősíti, mely szerint az értelmiség mentes a saját uralmi érdektől mind társadalmi, gazdasági és politikai dimenzióban.

Nem kevésbé problematikus Schelsky számára a funkcionista megközelítés sem, amely az eltérő funkciók mentén sorolja különböző csoportokba az értelmiséget. Ebből a szempontból a következőképp tagolható az értelmiség:

- a technikai-szervezeti specialisták és szakértők, azaz az állami, gazdasági és más területeken működő igazgatási szakértelmiségek,
- a szellemi értékek független létrehozói, azaz a kultúrateremtők (művészek, színészek, írók, filozófusok stb.),
- a társadalomtudományi értelmiség, akik a társadalmi kritika, a felvilágosodás, a társadalomtudományban megfogalmazott racionalitás képviselői (pl. szociológus, politológus),
- korszak elemzők, azaz a társadalmi fejlődés prognosztizálói és tervezői,
- a tanító értelmiség,
- az informáló értelmiség (újságíró, propagandista stb.),
- az üdvözülést gondozó értelmiség minden fajtája.

Schelsky alapvető problémája a funkciócsoportok elkülönítésével, hogy ebben feltételeződik: egy funkcióhoz csak egyetlen társadalmi csoport rendelhető, holott a felsorolt funkciócsoportok között jelentős átfedés figyelhető meg. Ennek ellenére Schelsky nem utasította el a funkcionista kiindulópontot, csak éppen módosította. Egyrészt az említett elkülönítést nem tartotta exkluzívnak,²⁰ másrészt a megjelenített csoportok társadalmi jelentőségét az uralom szempontjából nem látta ekvivalensnek, hanem ezek közül kiemelte az üdvözülést gondozó, az üdvjavak megfogalmazóinak és közvetítőinek szerepét. Hangsúlyoznám, hogy az uralmi helyzetben lévő értelmiség alatt egyaránt értette Schelsky az üdvjavak megfogalmazóit ("*reflexióselit*") és a közvetítőket ("*értelemközvetítők*"). Ezt azért fontos kiemelni, mert ezen a ponton különböztethető meg Schelsky és Hayek egyébként egymáshoz közelálló álláspontja. Hayek (1995:221-238) eredetileg 1949-ben publikált tanulmánya, az értelmiség és a szocializmus viszonyáról, az értelmiség hatalmát szintén a

ész kultuszának következménye, hogy az értelmiség racionalizálta, gépesítette, bürokratizálta az értelmet, és mindezek jegyében társadalommérnöké vált. Szelényi Iván (1990:477) pedig úgy értékelte a Konrad Györggyel közösen írt értelmiség-szociológiai munkájukat, hogy a szerint az értelmiség "árulása" akkor következett be, amikor "teleokrataként" túl akar lépni a szakértelmiségi funkcióján. S hogy egy posztmodern álláspontra is utaljak: Lyotard (1985:11-19) szerint az univerzalitás eszme szétesése miatt az univerzális szubjektum eszméjét gondozó értelmiség is elvesztette vezető erejét, feladat éppen abban áll, hogy végképp megszabaduljon a "modernség paranoiájától", az univerzálissal szemben elégedjen meg a lokálissal. Nem szaporítva a példák sorát, már e felsorolt elképzelések is mutatják az értelmiségfogalom jelentésadásának képlékeny határmegvonását.

¹⁹ Schelsky (1975:101) kritikai megjegyzése, mely szerint "Marx nem reflektált a saját szerepére mint a proletár 'felépítmény' létrehozójára", csak Marx törekvéseire vonatkozik, és ebben az összefüggésben csakis arra vonatkozhat, mivel e törekvés csak félévszázaddal később vált realitássá. Egyébként az elmúlt évtizedek hazai ideológiai életének tapasztalata mutatja az "értelmiség mint réteg" koncepciónak valóságosságát és egyúttal azt, hogy e réteget gazdasági-politikai függőségben definiálták: a piacgazdaságban a kapitalisták "kiszolgálója", a szocializmusban pedig a munkásosztály "szövetségese".

²⁰ Az "exkluzív" kifejezést itt a luhmanni terminológia szerint használom, azaz a differenciálódás olyan formájára utal, melyben egy meghatározott csoportba való tartozás kizár minden másféle csoportba tartozást.

közvélemény formálásához kapcsolta, és ezt plasztikusan bemutatta a tudományos reputáció nagyközönség előtti átalakítás példáján, konkrétan abban, hogy miként juttatnak hírnevet azoknak a tudósoknak - tudományos teljesítménytől függetlenül -, akik "progresszívnek" tartott politikai nézeteket vallanak. Azonban Hayek az értelmiségi osztályhoz nem sorolta sem az eredeti gondolkodókat, sem valamely konkrét területen tevékenykedő szakembereket, hanem csak "az eszmék másodkézből vett közvetítőit" (Hayek, 1995:222).

Schelsky tehát egy olyan csoportot látott uralmi helyzetbe kerülőnek, mely nem rendelhető meghatározott társadalmi rétegekhez, hanem a hívőknek a társadalmi státusztól független üdvözülési érdekét képviseli. S ezzel elérkeztünk Schelsky társadalomelméleti elemzésében főszerepet játszó fogalmakhoz: a *reflexióselithez* illetve az *értelemkövetítőkhöz*. A következő megfontolás alapján javasolta ezt a terminológiát: a modern világ értelemadása a racionalitás, a világ nyomorúságát megfogalmazó kritika monopolizálásának formájában történik, mégpedig úgy, hogy az emberi és társadalmi lét végső céljainak, értékeinek meghatározását, magyarázatát igényli. Mivel ennek módszere korunkban egy nagyhatású filozófiai-szociológiai áramlat (a Frankfurter Iskola) által "*kritikai reflexióként*" (kritikai elmélet) határozódott meg, ezért az üdvjavak megfogalmazóira a "reflexióselit" kifejezést tartotta a legmegfelelőbbnek, s őket, együtt a különböző területeken tevékenykedő népszerűsítőkkel "értelemkövetítőknak" nevezte (Schelsky, 1975:94-94, 118). Meg kell jegyezni, hogy a fogalmi precizizációhoz nem ragaszkodott Schelsky konzekvensen, az "értelmiségi osztály", "értelmiségi uralom" kifejezések gyakorta olvashatók a politikai polémiaiktól egyáltalán nem mentes értelmiségyszociológiai monográfiájában ("*Die Arbeit tun die anderen*", 1975).

A hatalomért folyó uralmi harcot mint egy újféle típusú osztályharcot ragadta meg Schelsky, s ebben egy az európai történelemben évszázadok óta jelenlévő vita megújulását látta, mégpedig a világi és szellemi uralom vitáját. Az az újdonság ebben a vitában, hogy már nem a "régik" egyház gyakorolja az élet értelemadását, hanem a vallásos uralmi pozíciók hatalomvesztése után egy csoport megkísérelte a történéseket az értelmiségi "klérus" célképzetei közé helyezve értelmezni.²¹ Mivel Schelsky meglátása szerint a modern értelmiségi uralom olyan cselekvési és gondolkodási formákat alakított ki, melyek feltűnően hasonlatosak a klérus kora újkorig jellemző uralmi és cselekvési formáihoz, ezért papi uralomról, illetve értelmiségi klérusról ír. A felvilágosodás után ez az értelmiségi ("szekuláris") vallásosság, aminek leírását különben Schelsky már Sorel munkáiban is felfedezte, szerinte nem mentes a "reprimítíválódástól".

Az új osztályellentét alapdimenziója: az egyik oldalon találhatóak a javak létrehozói, azok akik teljesítménynyomás alatt végzik a dolgukat, a másikon pedig az "értelemtermelők", mely vidéken nem oly erős a teljesítménykényszer (Schelsky, 1975:168).²² Ez a küzdelem nem esik egybe a demokratikus politikai rendszerben versengő pártok vetélkedésével, hanem ezt a politikai tagoltságot mintegy keresztbemetszve "az uralmi formák és ezek alapjául szolgáló uralmi eszközök ellentétét jelenti" (Schelsky, 1975:13). Az új osztály tevékenysége nem redukálható politikai ideológia gyártásra, törekvése nagyigényűbb. Egyfelől egy újklerikális üdvözülésuralmon nyugszik, másfelől erre mint az értelemkövetítő osztályuralmára is tekinthetünk. Schelsky szerint tehát az alapvető probléma éppen abban rejlik, hogy *az üdvjavak egybeesnek az értelemkövetítéssel*.

²¹ Hogy ez a munka mennyire felfokozta az ellenérzéseket, ezt nem csak a megjelenést követő vita mutatja (erre különben Schelsky a második kiadásban reflektált, 1975: 381-440.), hanem az is, hogy az első higgadt elemzésig másfél évtizedig kellett várni: Stehr, 1991:160-171.

²² Schelsky (1975:189-191) a szellemtudományokkal foglalkozó egyetemi professzort és az író említette mint olyanokat, akik *lehetősége* a teljesítményorientáltságtól való függetlenedésre modellértékű, mivel e két területen könnyedén elválhat a szakmai és a médiában hangsúlyozott értékelés, ez persze önmagában nem kivételes esemény, a probléma az, hogy a társadalmi nyilvánosságban megszerzett reputáció képes maga alá gyúrni az adott szakterület kompetenciáját. V.ö.: a "francia entellektüel" típusával: Pokol, 1996:144-154.

Schelsky (1975:119-123) a tudás és uralom kapcsolatának tipológiájában Weber és Scheler megállapításaira támaszkodott. Weber uralomelméletéből azt hangsúlyozta, hogy a tekintély nem csupán a fizikai erőszak monopóliumára támaszkodhat, hanem az értékkepzetek, hitek befolyása révén is fennállhat uralom. A társadalom ellenőrzése nemcsak az erőszak alkalmazásával valósul meg, hanem értelemadás révén is.

Scheler tudásszociológiai elgondolásait részben átalakítva Schelsky az alábbi tudásformákat különítette el:²³

- a) a munkához szükséges tudás, amely a gyakorlati, a "technológiai" uralomhoz szükséges;
- b) az információs és orientációs tudás, azaz röviden: értelemadó tudás;
- c) a társadalmi és emancipatórikus üdvözüléstudat, mely az értelemadó tudáshoz kötődik, abból alakul ki, ha a társadalom meghatározott csoportja a teljesítménykényszerrel járó munka alól tehermentesül és a mindennapi valósággal szemben áll.

A társadalmi és emancipatórikus üdvözüléstudat uralmi lehetőségét a modern civilizációban jelentősen növelte, hogy a dolgozó rétegek nem birtokolják azokat a képességeket, és nem is képesek kialakítani, melyekkel különbséget tehetnének a számukra szükséges világ-informáló, normatív orientáló tudás (a második típus) és az üdvözüléshez vezető tudás (a harmadik típus) között. Az új uralom létrejöttének titka: az értelmiségnek sikerült *mint* értelemközvetítést megjeleníteni az üdvjavak egy meghatározott készletét. Más szóval: az értelmiség mint új osztály monopolizálta az "értelemközvetítés" és az "üdvtanok" termelését. Ennek az uralmi törekvésnek az a sajátossága, hogy értelemadás útján valósul meg. Az értelemadás nem más mint azok a gondolati, érzelmi építmények, melyek az emberek számára világmagyarázatot adnak, azaz életcélokat tűznek ki és konkrét cselekvési útmutatást adnak. Olyan szellemi útmutatás, mely rendezi az életvezetést, tehermentesít a belső ellentmondásoktól, megvéd a tények és a véletlenek hatalmától. Az élet egészének ad értelmet. S aki az ehhez való eszközöket monopolizálja, az uralja az életet. Az igazság uralása megy végbe, amikor az igazság kritériumait *moralizálják és monopolizálják* (Schelsky, 1975:96).

Az uralomlehetőség új stratégiái: *felvilágosítás, gondoskodás, tervezés*. "A tervezés az intellektuális osztályuralom egyik legmagátólértetődőbb formája" - jegyezte meg Schelsky (1975:301), ugyanis a terv ajánlódik az életproblémák megoldására, mint az üdvözülés segédeszköze. Az értelmiségi uralom eminensen nyelvi uralom, melynek hatása azonban nem korlátozódik a kultúrára, hanem ezen túlmutatva az élet különböző területén megfigyelhető.

A nyelvi uralom kérdésköre jelentős teret kapott értelmiségszociológiai elemzésében (Schelsky, 1975:233-249), azonban ezirányú álláspontját legpontosabban egy sokat idézett 1974-es cikkében fogalmazta meg.²⁴ "Szuverén az, aki a tényeket meghatározza. Carl Schmitt elhíresült tételének ez a parafrázisa arra kíván utalni, hogy a politikai erők között lényeges különbségek ma már nem alkotmányos és kormányzási konfliktusokban érhető tetten, hanem az emberek társadalmi viszonyainak jogilag nem formalizált mélystruktúráiban. A nyelv révén történő uralkodás, úgy tűnik, egyelőre utolsó formája az ember rabszolgává tételének, mivel a társadalmi létezés ugyanúgy ráutalt a nyelvi kapcsolatokra, mint minden élő szervezet az oxigénre és az élelemre. A nyelvi uralom révén az embernek emberek feletti uralkodása olyan fokra jutott, amellyel szemben a fizikai hatalom tehetetlen és egyben idejét múlta. Az ember szembeszállhat a fizikai erőszakkal szabad akaratából és élete feláldozásával; de a nyelvtől és

²³ Scheler tipológiája a következő volt: a) a világ gyakorlati uralására törekvő pozitív tudás; b) a műveltséghez vezető metafizikai tudás, melynek célja a személyiség tökéletesítése; c) és az üdvözüléshez vezető vallásos tudást, mellyel az ember minden dolgok végső létében és alapjában, az isteniben részesülhet. Scheler tudásszociológiájáról részletesebben: Karácsony, 1995b:20-33. Maga Schelsky (1975: 122-123) is jelezte a Schelertől való eltérés tudásszociológiai alapjait.

²⁴ Hayek (1992:119) szerint Schelsky 1975-ös könyve az egyik legjobb vitaanyag a nyelvvel történő politikai visszaélésekről.

így a gondolkodástól való tartózkodás útján ellenállni a nyelv legyőzetésének, nos ez aligha teljesíthető embertelen követelmény." (Schelsky, 1995:3).²⁵

E gondolatmenet tagadhatatlanul provokatív, s mint ilyen, ellentéteket kielező a megfogalmazása. Túlfeszített a fizikai erőszak és a nyelvi uralom szembeállítás. A kelet-európai szocializmus története egyértelműen azt mutatja, hogy a nyelvi uralom oly végletes foka, melyről Schelsky írt, ott valósítható meg, ahol fizikai erőszakra támaszkodik. Nem kívánom súlytalanítani a nyelvi uralom önmagában vett veszélyét, az elmúlt években egyre nagyobb erőre kapott "politikailag helyes" nyelvre törekvő értelmiségi mozgalom fényében egyáltalán nem tűnik elhibázott prófécianak Schelsky tétele, azonban a hetvenes évek közepének német szellemi életében nem tudta homogenizálni a baloldali értelmiség a társadalomelméleti-politikai nyelvet.²⁶ Az tagadhatatlan, hogy az uralmi törekvés ereje kivetette Schelskyt az értelmiségi diskurzusból, ám - hogy csak e tanulmány elején idézett gondolkodókra utaljak - a tudományos diskurzus résztvevői között voltak, akik függetlenek tudtak maradni az értelmiségi divattól. Az értelmiségi diskurzus mintái nem voltak képesek "transzkontextuálissá" válni - hogy a Konrád-Szelényi szerzőpáros értelmiségi tudás definícióját az eredeti kontextusából kiforgatva alkalmazzam -, azaz maguk alá gyűrni a nyilvánosság minden fontos részterületét.

Nem véletlenül utaltam a magyar szerzőpárosra, akik szintén a hetvenes évek első felében írtak az értelmiség osztályhatalmi törekvéseiről. Amíg Schelsky elemzése csak a nyugati társadalmakra vonatkozott, addig Konrád György és Szelényi Iván (1989) esszéje az újkori Európa történetének egészére utalt, ugyanis az értelmiség európai történetébe illesztette a kelet-európai szocializmusban megvalósulni látszó osztályhatalmát.²⁷ Itt csak, terjedelmi korlátok miatt, koncepciójuk jelzésére szorítkozom. Szerintük a piaci viszonyok közepette a technokrata, professzionális értelmiség nem tud osztályá szerveződni, ez csak a racionális redisztribúció rendszerében, miként a szocializmust nevezték, valósulhat meg (Konrád-Szelényi, 1989:182).²⁸ Azért tartják racionálisnak a szocializmust, mert abban a redisztribútor a hatalmát az "újraelosztó tevékenységének ésszerűségével legitimálja" (Konrád-Szelényi, 1989:181), ez a racionalitás nem az eszközök, hanem a célok megválasztására terjed ki, azaz teleologikus racionalitás.²⁹

²⁵ Kopperschmidt (1991:77) rekonstrukciója azt hangsúlyozza, hogy Schelsky problémája a nyelvi uralommal nem egyszerűen a hamis nyelvhasználat volt, hanem ennek azon típusa, mely a nyelvben a *valóság hamisságát* fogalmazza meg vádként. Ekkori ugyanis a nyelvpolitikai értelmezések és definíciók nem a valósággal mérődnek össze - hiszen az hamis -, hanem a *vágyott* igazsággal.

²⁶ Pokol (1996:4-24) szerint például a háború utáni évtizedek francia szellemi életében, a némettel összehasonlítva, homogénebb értelmiségi nyelvi uralom valósult meg.

²⁷ Könyvük egyik erőteljes kritikusa többek között éppen ezt a folytonosságot kérdőjelezte meg, vagyis azt, hogy a szocializmusban egy régi ("örök"?) értelmiségi törekvés érkezett révben, v.ö.: Vajda (1990:123): "véleményem szerint a létező szocializmus hatalmi csoportja új társadalmi csoportosulás, amely korábban semmiféle formában nem létezett". E kritika súlyát nem csökkenti a szerzőpáros egyikének (Szelényi, 1990:67) azon utólagos korrekciója, mely szerint tévedtek, amikor úgy látták, küszöbön áll az értelmiségiek osztályhatalma, "1986-ban a kelet-európai értelmiségiek távolabb vannak az uralmon lévő osztály helyzetétől, mint voltak 1965-ben vagy 1975-ben." A kelet-európai uralmi rendszernek egy másféle, nem az értelmiséget, hanem a "kaderigazgatást" középpontba állító koncepciója: Balla, 1972.

²⁸ Ez az egyik legfontosabb koncepcionális vitapont Gouldner (1980) tézisével, mely éppen a nyugati értelmiségnek a professzionalizációból fakadó osztályá szerveződését fogalmazta meg. S e különbségnek Szelényi (1990:27) egy a nyolcvanas évek elején írt tanulmányában, melyben a saját koncepciójukat részben szembeállította Gouldnerével, hangsúlyt is adott. Meg kell jegyezni, hogy a Konrád-Szelényi könyvre reflektáló Gouldner (1980:193) ezt a különbséget nem látta oly nagyknak. E közelséget látszik alátámasztani az a gondolatmenet, amikor a Konrád-Szelényi (1989:258) könyvben arról olvashatunk, hogy a szocializmusban a technokraták valósíthatják meg az állami és pártbürokraták uralkodó rendjével a kiegyezést, s így "az egész értelmiségi osztály érdekeinek szóvivői".

²⁹ Hogy erre alkalmazható-e a "racionális" kifejezés, ezzel kapcsolatban Gouldner (1980:179) a kétségeit fogalmazta meg. A másik, ezzel szorosan összefüggő gondolatra - mármint, hogy a "Központi Bizottság hatalmát a racionális redisztribúció alapvető legitimációs elvéből nyeri" (Konrád-Szelényi, 1989:204) - Kemény István

A Konrád-Szelényi szerzőpáros és Schelsky koncepciója annyiban, de csak annyiban rokonítható, hogy mindegyik a fizikai erőszakra nem támaszkodó hitek, s ebből következően a hitek megfogalmazóinak uralomlehetőségére hívja fel a figyelmet. Azon nem elhanyagolható szempont mellett - s ezt Kemény már idézett kritikája világosan megfogalmazta -, hogy a kelet-európai szocializmusban a teleologikus értelmiség uralma nem függetleníthető a fizikai erőszaktól, Konrád György és Szelényi Iván az értelmiségi osztályuralom alapját a racionális redisztribúció éthoszában egyesülő, a politikai bürokrácia és a kulturális (marginális?) értelmiség érdekeit is képviselő technokrácia kiegyezésében látja. Schelsky számára viszont az a kérdés, hogy miként tudták a reflexióselitben központi szerepet játszó szociológusok a médiára támaszkodva monopolisztikus értelemkövetítő szerephez jutni?³⁰

"Amennyiben az úgynevezett "értelmiségi uralmat" mint egy új társadalmi üdvtan létrejöttét ragadjuk meg, akkor szociológiailag fel kell tennünk a kérdést: ki a hit vezetője és ki a hívő, a vezetők és a hívők milyen ismérvek alapján határozhatók meg és különböztethetők meg?" (Schelsky, 1975:118) - ez a kérdés már az uralmi helyzetben lévő reflexióseliten belül konkrétan a szociológusok szerepét firtatja. Schelsky szerint a szociológusok azáltal kerülhettek befolyásos pozícióba, mert tevékenységük eredménye jelentős mértékben kihatott a mindennapi élet individuális körére és viselkedésmódjára; egyszerűbben fogalmazva: a társadalmi valóság *mindennapi* megértését egyre fokozottabban a szociológiailag meghatározott látásmódok uralják.

A reflexióselit által megfogalmazott új társadalmi üdvtanok az individuum emancipációjának és a tökéletes társadalomnak a képét birtokolják fejben. A "tulajdonképpeni" valóságot áthelyezték a jövőbe, ám "a jövőre szóló csekkük fedezetlen a jelenben" (Schelsky, 1975:81) - mindez nem más mint a valóság felszámolása.³¹ De Schelskyt elsősorban nem önmagában vetten a kritikai elmélet "valóságellenessége" foglalkoztatta - ez az elméleti vitákra tartozik -, hanem ennek a társadalmi hatása, az, ahogy ezt a szociológiát követi a teológia, a pedagógia, az írók és az újságírók társadalma. Egy tudományszaknak a tudományon belül és kívül szerteágazó hatása izgatta. Meggyőződése volt, hogy a szociológiai gondolkodás ezen uralma nem tudományos belátáson alapszik, hanem témakörök, fogalmi formák elfogadásán.³² Ebben a közegben a szociológiát mint tudományt kevesebben üzik a szociológusok közül. A háború utáni francia "elkötelezett irodalom" hatására a baloldali elkötelezettség vált divattá, az elkötelezettség viszont háttérbe szorítja a reflexiót, a tudományos vizsgálódás igényét.

Hogy miért növekedett meg a szociológusok befolyása? Schelsky szerint azért, mert az információ, a tudományos ismeretek, a művelődés orientálásának közvetítésében jelentős szerepet kaptak a *média* által.³³ A szociológia lett a modernség "kulcstudománya", s mint ilyen

(1991:96) így reflektált: "szerzők magyarok, de feledékenyek. Ha nem lennének azok, emlékeznének: a Központi Bizottság hatalmát hernyóalpaktól nyerte."

³⁰ Szelényi (1990:155-157) hevesen vitatta, sőt hiteltelennek nevezte azokat az elméleteket, melyek szerint az újbaloldali értelmiség moralizáló világ- és politikaszemlélete terrorizálná a társadalmat, a jelentésvilág monopolizálásával aláásná a demokratikus nyelvet. Mégpedig azért tartotta hiteltelennek, mert egyfelől csupán néhány tucat baloldali ideológusról beszélhetünk, másfelől pedig ezek az elméletek figyelmen kívül hagyják a teret nyerő jobboldalt. Mint írja: "ha igaza van Schelskynek, vagyis ha a kritikus újbaloldali értelmiséget egyfajta új "papságnak" tekinthetjük, akkor mit mondjunk a fundamentalista keresztény jobboldali értelmiségről?" (Szelényi, 1990:157). Ha a posztmodern és a multikulturalizmus jelenlegi intellektuális divatjára tekintünk, akkor éppen másféle fundamentalistákba ütközünk.

³¹ Ugyanerről a beállítódásról írta még a hatvanas évek elején Molnár (1996b:309), hogy "a létező világ utálata és az utópia reménye az a kapocs, mely összeköti az ideologikus értelmiségit és a társadalommérnököt."

³² Ezt nagyon röviden és Schelsky munkásságától nem eltávolodva úgy is megfogalmazhatom, hogy a "*fogalmak elfoglalásán*" nyugszik. A fogalmakért folytatott nyelvpolitikai küzdelmekről egy újabb elemzés: Liedtke-Wengeler-Böke, 1991.

³³ Schelsky (1982:59-60) szerint a "médiauralmat" a náci Németország valósította meg először. A nemzetállamban a nép (das Volk) még érületi-közösség (Gesinnungsgemeinschaft) és a meglévő média alárendelt szerepet játszott. Majd a náci korszakban a "nép" nemzeti érületi-közösségből ideológiai "véleményközösséggé"

az "értelem- és az üdvjavak közvetítője" (Schelsky, 1975:14). Szembetűnő a szociológia behatolása más tudományokba, főként a szellem- és természettudományokba, azokat folytonosan terhelve a "társadalmi faktorról".³⁴ Ebben a kivételes helyzetben - mely nem annyira primer befolyást jelent, hanem a problémák tematizálását - az igénybevett fogalmiság meghatározza a lehetséges értelemkeretet. A Schelsky által kritizált szociológusok az érületet, a gondolkodást akarják megváltoztatni, vagyis a gyakorlati cselekvést uraló "tudatirányító tudományként" kívánnak működni.³⁵ A szociológia ezen válfaja által üzött és a szociológiától a médiában erőteljesen igényelt felvilágosítás meghatározott intézmények és tekintélyek ellen irányul. Ez a tekintélyellenes álláspont ugyanakkor önmaga tekintélyét illetően egyáltalán nem volt kritikus, önreflexióval különösképp nem terhelt.

Az uralomnélküliség, a minden oldalú véleménynyilvánítás egyenrangúságának hangoztatása könnyen új "társadalmi vallássá" válhat - figyelmeztet Schelsky (1975:77).³⁶ Sőt erre a szociológiára úgy tekinthetünk, mint egy új társadalmi osztálynak és uralmi csoportnak, az "értelem és üdvjavak közvetítőinek" az ideológiájára. Ebben a felfogásban az ismeret és az ismeretközvetítés érvényességi igénye nem korlátozódik a tudósok körére, hanem ki akar lépni a társadalmi nyilvánosságba. Amikor a szociológia a társadalmi fejlődés fő faktorává válik, akkor önmagát túlértékelő öncsalásba esik. A veszélyt Schelsky éppen ebben látta, azaz ha a szociológia a *szakmai ismeretekből* kiindulva az emberi öntudatot fokozatosan uralva "az élet értelmének" ismeretét is közvetíteni akarja. Mint már említettem, Schelsky szerint ebben a folyamatban nem csupán azt kell meglátnunk, hogy a szociológia társadalmi üdvanná válhat, hanem általánosabban a "kortudat tematizálás" veszélyét is. Miről van szó pontosan?

Ha egy tudomány fogalmaival és probléma megjelöléseivel egy korszak evidenciáinak, életcéljainak, vágyakozásainak kifejezését célozza meg, s ezt a média segítségével terjeszti, akkor ezzel éppen az önálló személyiség biztonságának és értelemhorizontjának *leépítéséhez* járul hozzá. Noha "humanista" retorikával az emberről beszél, de az egyes ember csak mint meghatározott életcélokkal megtöltendő tartály érdekes számára, irányítani akarja az individuumot, s nem pedig az ember szabadságát szolgálja.

Schelsky számára elfogadhatatlan volt ez a gondoskodó értelmiségi attitűd. Elemzése nem csupán a tudományos magyarázat szándékával íródtak, egyúttal nyílt politikai vitát is folytatott a reflexióselittel. Ám *ezt* a vitát, miként pályafutásának utolsó évtizede mutatja, elvesztette. Értelmiségkritikáját önbeteljesítő prófécianak is tarthatjuk, hiszen Schelsky a saját nyilvános életét illetően megtapasztalhatta a véleményirányítók hatóerejét. Monográfiái, politikai publicisztikája, s az általuk kiváltott reakció, a nyelvpolitikai küzdelmek tétjére hívja fel a figyelmet. A politikai küzdelem, mint jól ismert, a fogalmak elfoglalásáért is folyik, éppen ezért folytonos követelmény a véleménynyilvánítás szabadságának megőrzése.

(Meinungsgemeinschaft) alakult. A nép nem más mint egy média által létrehozott-irányított egységes vélemény (Meinungseinheit).

³⁴ Schelsky megállapítását félévtizeddel később Luhmann (1981:175-177) is megerősítette, amikor arról írt, hogy a szociológia "export" tudománnyá vált. Politológiai, pedagógiai, teológiai, jogi sőt filozófiai munkákban is fellelhető a szociológiai sikerművek, a szociológia zsargon nyoma. Csak nem került a szociológia abba a helyzetbe, hogy a társadalmi realitás meghatározását önmagában ellenőrizze? - tette fel a kérdést Luhmann. Ám azonnal válaszolt is, s ez lakonikus "nem" volt.

³⁵ Ezt Schelsky a jogászképzéssel kapcsolatosan látta a legveszélyesebbnek. Noha a bírói tevékenységben sohasem lehet teljesen kizárni a szubjektivitást, ám amikor az oktatásban éppen emiatt a leendő bírót "érületi" lényé képezik, akkor etikailag bagatellizálják a törvényekhez való kötődést, és így elveszítheti a jogász a törvények kontextusából fakadó objektivitásra, önkorlátozásra való képességét.

³⁶ Löwenthal (1970) az "uralomnélküliség" utópiájának feléledésében a német romantikus antikapitalista gondolkodáshoz való visszatérést látta, s erre olyanként tekintett mint ami a politikai szabadság lerombolására irányul.

Irodalom

- Adorno, T. W. - Horkheimer, M.* (1990): A felvilágosodás dialektikája. Budapest, Atlantisz
- Babits M.* (1978): Az írástudók árulása. In: Uő.: Esszék, tanulmányok. II. Budapest, Szépirodalmi Könyvkiadó, 207-234.
- Baier, H.* /Hrsg./ (1986): Helmut Schelsky - ein Soziologe in der Bundesrepublik. /továbbiakban: *H.S.*/ Stuttgart, Enke
- Balla, B.* (1972): Kaderverwaltung. Stuttgart, Enke
- Balogh I. - Karácsony A.* (1996): Német társadalomelméletek: témák és trendek. Budapest, kézirat
- Ellwein, T.* (1992): Die deutsche Universität. Frankfurt a. M., Anton Hain
- Felkai G.* (1993): Jürgen Habermas. Budapest, Áron Kiadó
- Freyer, H.* (1923): Prometheus: Ideen zur Philosophie der Kultur. Jena, Eugen Diederichs
- Freyer, H.* (1933): Herrschaft und Planung. Hamburg, Hanseat
- Freyer, H.* (1935): Pallas Athene. Jena, Eugen Diederichs
- Freyer, H.* (1951): Politische Grundbegriffe. Wiesbaden, Kesserling
- Freyer, H.* (1957): Das soziale Ganze und die Freiheit der Einzelnen unter den Bedingungen des industriellen Zeitalters. Göttingen, Musterschmidt
- Freyer, H.* (1960): Über das Dominantwerden technischen Kategorien in der Lebenswelt der industriellen Gesellschaft. Wiesbaden, F. Steiner
- Freyer, H.* (1967): Theorie des gegenwärtigen Zeitalters. Stuttgart, Dt.-Verlag
- Gehlen, A.* (1976): Az ember. Budapest, Gondolat
- Gehlen, A.* (1987): Kor-képek. Budapest, Gondolat
- Gouldner, A. W.* (1980): Die Intelligenz als neue Klasse. Frankfurt/New York, Campus
- Habermas, J.* (1981): Theorie des kommunikativen Handelns. 1-2. Frankfurt a.M. Suhrkamp
- Hayek, F. A.* (1992): A végzetes önhittség. Budapest, Tankönyvkiadó
- Hayek, F. A.* (1995): Az értelmiségiek és a szocializmus. in: Uő.: Piac és szabadság. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 221-238.
- Hollander, P.* (1996): Politikai zárandokok. Budapest, Cserépfalvi
- Jokisch, R.* (1996): Logik der Distinktionen. Opladen, Westdeutscher
- Karácsony A.* (1995a): Helmut Schelsky "antszociológiája". in: Elméleti Szociológia 1985/2. 5-17.
- Karácsony A.* (1995b): Bevezetés a tudásszociológiába. Budapest, Osiris-Századvég
- Karácsony A.* (1996): Übergang - in systemtheoretischer Sicht. in: Balla, B. - Sterbling, A. (Hrsg.): Zusammenbruch des Sowjetsystems. Herausforderung für die Soziologie. Hamburg, Krämer, 139-150.
- Kaulbach, F. - Krawietz, W.* /Hrsg./ (1975): Recht und Gesellschaft. Berlin, Duncker & Humblot
- Kemény I.* (1991): Két könyv egy kötésben. in: Uő.: Közélről s távolból. Budapest, Gondolat, 96-105.
- Koestler, A.* (1997): A láthatatlan írás. Budapest, Osiris
- Konrád Gy. - Szelényi I.* (1989): Az értelmiség útja az osztályhatalomhoz. Budapest, Gondolat
- Kopperschmidt, J.* (1991): Soll man um Worte streiten? in: Liedtke, F.-Wengeler, M.-Böke, K. (Hrsg.): Begriffe besetzen. Opladen, Westdeutscher, 70-89.
- Krawietz, W.* (1975): Helmut Schelsky - ein Weg zur Soziologie des Rechts. In: Kaulbach, F.-Krawietz, W. /Hrsg./: Recht und Gesellschaft. id. k. XIII-LXXVIII.
- Krawietz, W.* (1985): Über die Fachgrenzen der Soziologie hinaus. In: Weinberger, O. - Krawietz, W. (Hrsg.): Helmut Schelsky als Soziologe und politischer Denker. Wiesbaden-Stuttgart, F. Steiner, 12-22.
- Lepénies, W.* (1988): Die drei Kulturen. Reinbek bei Hamburg, Rowohlt

- Liedtke, F.-Wengeler, M.-Böke, K. /Hrsg./*(1991): *Begriffe besetzen*. id. k
- Löwenthal, R.* (1970): *Der romantische Rückfall*. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer
- Luhmann, N.* (1981): *Soziologische Aufklärung 3*. Opladen, Westdeutscher
- Luhmann, N.* (1983): *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt a. M., Suhrkamp
- Luhmann, N.* (1992): *Universität als Milieu*. Bielefeld, Cordula Haux
- Lübbe, H.* (1965): *Säkularisierung*. Freiburg, Alber
- Lübbe, H.* (1980): *Philosophie nach der Aufklärung*. Düsseldorf, ECON
- Lübbe, H.* (1986): *Helmut Schelsky als Universitätsgründer*. in: *H.S.* id. k. 157-166.
- Lübbe, H.* (1994): *Abschied vom Superstaat*. Berlin, Siedler
- Lytard, J-F.* (1985): *Grabmal des Intellektuellen*. Graz-Wien-Böhlau, Edition Passagen
- Molnár A.* (1993): *A vallás és a társadalomtudósok*. in: *Replika 11-12.* (1993) 170-181.
- Molnár T.* (1996a): *A filozófusok Istene*. Budapest, Európa
- Molnár T.* (1996b): *Az értelmiség alkonya*. Budapest, Akadémiai Kiadó
- Plessner, H.* (1959): *Die verspätete Nation*. Stuttgart, Kohlhammer
- Plessner, H.* (1966): *Diesseits der Utopie*. Düsseldorf-Köln, Eugen Diederichs
- Plessner, H.* (1980): *Anthropologie der Sinne*. Frankfurt a. M., Suhrkamp
- Plessner, H.* (1981): *Die Stufen des Organischen und der Mensch*. Frankfurt a. M., Suhrkamp
- Plessner, H.* (1982): *Ausdruck und menschliche Natur*. Frankfurt a. M., Suhrkamp
- Plessner, H.* (1985): *Schriften zur Soziologie und Sozialphilosophie*. Frankfurt a. M., Suhrkamp
- Pohlmann, R. /Hrsg./* (1980): *Person und Institution*. Würzburg, Königshausen+Neumann
- Pokol B.* (1996): *Modern francia szociológiai elméletek*. Miskolc, Bíbor
- Polányi M.* (1994): *Személyes tudás I-II*. Budapest, Atlantisz
- Rammstedt, O.* (1986): *Deutsche Soziologie 1933-1945*. Frankfurt a. M., Suhrkamp
- Schäfers, B.* (1996): *Soziologie und Gesellschaftsentwicklung*. Opladen, Leske+Budrich
- Schelsky, H. - Günther, G.* (1937): *Christliche Metaphysik und das Schicksal des modernen Bewusstseins*. Leipzig, Hirzel
- Schelsky, H.* (1957): *Die skeptische Generation*. Düsseldorf-Köln, Eugen Diederichs
- Schelsky, H.* (1965): *Auf der Suche nach Wirklichkeit*. Düsseldorf-Köln, Eugen Diederichs
- Schelsky, H.* (1969): *Abschied von der Hochschulpolitik*. Bielefeld, Bertelsmann
Universitätsverlag
- Schelsky, H.* (1975): *Die Arbeit tun die anderen*. Opladen, Westdeutscher
- Schelsky, H.* (1979): *Die Erfahrungen vom Menschen in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 24.*
- Schelsky, H.* (1980): *Die Soziologen und das Recht*. Opladen, Westdeutscher
- Schelsky, H.* (1981): *Rückblicke eines "Anti-Soziologen"*. Opladen, Westdeutscher
- Schelsky, H.* (1982): *Politik und Publizität*. Stuttgart, Seewald
- Schelsky, H.* (1995): *A nyelvi uralom*. in: *Elméleti Szociológia 1995/2.* 3-4.
- Semprun, J.* (1992): *De szép vasárnap!* Budapest, Európa
- Somlai P.* (1993): *A "negyedik stádium"*. in: *Replika 11-12.* (1993) 197-204.
- Spencer Brown, G.* (1969): *Laws of Form*. London, George Allen and Unwin Ltd.
- Stehr, N.* (1991): *Praktische Erkenntnis*. Frankfurt a.M., Suhrkamp
- Szabó, M.* (1989): *A svéd modell válsága*. in: *Uő: Politikai kultúra Magyarországon 1896-1986*. Budapest, Medvetánc könyvek, Atlantis program
- Szelényi I.* (1990): *Új osztály, állam, politika*. Budapest, Európa
- Vajda M.* (1990): *Marx után szabadon, avagy miért nem vagyok már marxista?* Budapest, Gondolat
- Weinberger, O.-Krawietz, W. /Hrsg./* (1985): *Helmut Schelsky als Soziologe und politischer Denker*. id. k.
- Üner, E.* (1986): *Skizzen zu Helmut Schelskys Aktualisierung der "Leipziger Schule"*. in: *H.S.* id. k. 5-19.

Kigyóssy Katinka Louk Hulsman abolicionizmusa

[d1] megjegyzést írt: Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Büntetőjogi és Kriminológiai Tanszék

“Az, hogy egy cselekményt ‘büntetnek’ – vagy ‘vétségnek’ – hívunk, rendkívül leszűkíti nemcsak annak lehetőségét, hogy megértsük mi történt, hanem az adható válaszok körét is. Ha a büntető igazságszolgáltatás redukáló, absztraháló szűrője helyett egy olyan természetes szűrőt alkalmaznánk, ami az állami-társadalmi struktúra helyett az egyénekből indulna ki, sokkal többféle válasz fejlődhetne ki. Egy parabola talán jobban szemlélteti ezt.

Öt hallgató él együtt egy albrétben. Egy alkalommal az egyikük (1. számú hallgató) – talán dühében, talán idegességében – összetöri a közös tévét. Vajon hogyan reagálnak a többiek? Természetesen egyikük sem örül. De mindegyikük, a saját módjukon egyenként elemelve a helyzetet, különböző hozzáállást tanúsíthat.

A 2. számú hallgató nagyon mérges, és kijelenti, hogy nem hajlandó tovább együtt lakni az 1. számú hallgatóval, ezért javasolja, hogy rakják ki a ‘bűnöst’. A 3. számú hallgató azt mondja, hogy csupán egy új tévét kell venni, amit természetesen az 1. számú hallgató fog kifizetni. A 4. számú hallgató szerint, akit nagyon megviseltek az események, az 1. számú hallgató bizonyára beteg, ezért meg kell nézetni egy orvossal, pszichiáterrel, stb. Végül, az 5. számú hallgató azon gondolkodik, hogy eddig úgy tűnt, jól megértik egymást így öten, bizonyára azonban valami mégsem működik jól a kis közösségükben, ha ez megtörténhetett; ő azt javasolja, hogy üljenek le, s beszéljék meg közösen mi is történt, illetve miért.

Íme a lehetséges reakciók egész skálája : a büntető, a kompenzatórius/jóvátételi, a terápiás és a békítő stílus...Ha elfogadnánk, hogy a közvetlenül érintett személyek legyenek a konfliktus feloldásának urai, láthatnánk, hogy a *büntető* válasz mellett gyakran alkalmaznának más, a társadalmi kontroll körébe tartozó stílust; egészségügyi, nevelő jellegű intézkedéseket, pszichológiai vagy anyagi támogatást, kártérítést, jóvátételt, stb.

Számomra nincs büntetés, sem vétség, hanem ‘problémás helyzetek’ léteznek. S a közvetlenül érintett személyek részvétele nélkül ezen ‘problémás helyzeteket’ lehetetlen megoldani emberséges módon.”

/Louk Hulsman¹/

¹ Louk Hulsman et Jacqueline Bernat de Celis : Peines perdues, Le système pénal en question, Edition du Centurion, Paris, 1982. 114-116. oldalak.

Louk Hulsman a Leideni Egyetem jogi karán szerzett diplomát. A jogi diploma megszerzését követően a holland Honvédelmi Minisztériumban dolgozott, ahonnan több mint két éves kiküldetést kapott Párizsba, hogy az Európai Védelmi Közösség ideiglenes bizottságának munkájában vegyen részt. A holland Honvédelmi Minisztériumban töltött öt év alatt a katonai büntetőjog területével foglalkozott, ezen belül is a kegyelmi és a feltételes szabadlábra helyezés iránti kérvényekkel. A Minisztériumban szerzett tapasztalatai alapján világossá vált számára, hogyan készülnek a törvények, illetve hogy társadalmunkban semmi sem működik a felállított modellek szerint².

A Honvédelmi Minisztérium után az Igazságügy minisztériumban helyezkedett el, emellett pedig a strasbourgi székhelyű Büntető Kérdések Európai Bizottságának elnökévé választják.

1964-ben hívják meg a Rotterdami Egyetem újonnan felállított jogi karának Büntetőjog Tanszékére. Az abolícionizmus gondolata itt fogant meg, illetve teljesedett ki, amikor is – ahogyan Hulsman írja – “észrevettem, hogy a büntető igazságszolgáltatási rendszer, a kivételes véletlenektől eltekintve, nem úgy működik, mint ahogyan az azt legitimáló elvekből következne”³. Ezt támasztotta alá *Thomas Mathiesen*⁴ könyve is.

Hulsman úgy látja, hogy nagyrészt az egyetemnek az államrendszert, így az igazságszolgáltatást igazoló tevékenysége, szerepe van, ugyanakkor kritikai hozzáállás is jellemzi. Emellett az egyetem lehetővé teszi az empirikus kutatásokat, valamint a jogi megközelítésen kívül egyéb megközelítések alkalmazását. Ez hozzásegítette Louk Hulsmant a büntető igazságszolgáltatási rendszer új, globális megközelítéséhez, s ezáltal az abolícionista nézeteinek megszilárdulásához. A jogtudományt tanítván, gyakorolván úgy tűnik számára, hogy a jog nem a várt válaszokat adja. Egy a büntetés kiszabással kapcsolatos kutatás megerősítette ezt. A kutatás arra irányult, hogy olyan normatív modellt fejlesszen ki, amely alapján – a büntetőjogászok és kriminológusok nagy része által elfogadott elvek szerint (a

² idem 13. oldal

³ idem 20. oldal

⁴ Thomas Mathiesen : Politics of abolition.

“Kialakítunk egy absztrakt rendszert, hogy biztonságban érezzük magunkat a civilizált világban, majd tökéletesítjük ezt a rendszert. De idővel olyan részletesen dolgozzuk ki, illetve az alapként szolgáló feltételek olyannyira megváltoznak, hogy a kialakított konstrukció már nem válaszol semmire. Az élet és a tökéletesített konstrukció közötti szakadék áthidalhatatlanná válik.”

büntetés tetterányossága, a büntetőjog szubszidiaritása, stb.) – 'igazságos' büntetés szabható ki. Majd ezt a modellt számítógépre telepítette, hogy konkrét esetekben 'kiszámítható' legyen a büntetés, illetve annak mértéke. A kísérlet meghökkentő eredményre vezetett. "Megkérdeztük a számítógépet, hogy egy adott esetben mi lenne a megfelelő büntetés. A számítógép azt a választ adta : nincs büntetés. Akárhogyan változtattuk meg az adatokat, a feltételek sosem vezettek arra, hogy a rendszeren belül igazságos büntetést lehessen kiszabni. Ez 1970-ben történt.⁵" S ez lett a kiindulópont.

1. Az abolíció szükségessége⁶ - a büntető 'gépezet' kritikája

Azt hisszük megvédhetjük a rendszert. Azt mondjuk : "Létezik egyrészt a büntető törvénykönyv, ami definiálja – és körülhatárolja – a büntetendő cselekményeket; létezik másrészt a büntető eljárásjogi törvénykönyv, ami garantálja, hogy senkit ne lehessen indok nélkül elfogni, letartoztatni. A bírák függetlenek a végrehajtó hatalomtól, az eljárás nyilvános... valamint a Legfelsőbb Bíróság őrökdi az eljárások szabályossága felett." Valóban ezt tanítják az egyetemen, s ezt az érvelést alkalmazza számos intézmény, s terjeszti a média. De mindezek a formális szabályok, elvek, amelyek a higgadt és független igazságszolgáltatást igyekeznek szolgálni, vajon tényleg megvédik-e az egyéneket minden önkényes kényszertől? S valóban érvényesek, megfelelőek a mai társadalom számára?⁷

Amikor a politika, a tudomány a büntető igazságszolgáltatás rendszerre utal, mindenki egy az emberek által kigondolt, megalkotott és ellenőrzött ésszerű rendszerre gondol. Úgy hisszük, hogy a rendőrség, a bírák, a büntetésvégrehajtás, illetve a törvényeket megalkotó Parlament úgy léteznek egymás mellett, hogy

⁵ idem 21. oldal

⁶ Szükséges megjegyeznünk, hogy Louk Hulsman abolicionista nézeteit mindig a 'hagyományos bűnözés'-re nézve kell értenünk, tehát a tulajdon elleni cselekményeket (lopás, csalás, garázdaság, magánlaksértés, stb.), a személy, az élet, a testi épség elleni cselekményeket (testi sértés, rablás, stb.). Így e körön kívül maradnak a közlekedési, a politikai, a gazdasági cselekmények. S hogy miért éppen a 'hagyományos bűnözést' veszi alapul? Azért, mert a büntető igazságszolgáltatással kapcsolatos közvélemény is ezt a kört érinti, illetve az érintett személyek ezen cselekmények esetén érzik magukat károsultnak, veszélyeztetve. S végül azért, mert a büntető igazságszolgáltatási rendszer tevékenysége ezen cselekmények esetén torkollik leginkább szabadságvesztés büntetésbe.

⁷ Idem 58. oldal, La machine

mindegyik a maga idejében beavatkozik az eljárásba, és összhangban működik a többivel. A gyakorlatban azonban mindegyik szerv zárt rendszerben dolgozik, s minden egyes személy, aki a büntető gépezet működésébe beavatkozva úgy hajtja végre feladatát, hogy nem törődik azzal mi történt a gépezetben előtte, vagy hogy mi következik utána⁸. Következetes összefüggést ne keressünk a között, hogy a jogalkotó mit akart elérni egy adott pillanatban – mit fogadott el törvényként – s hogy ezt a különböző szervek, személyek hogyan alkalmazzák. Az intézmények egymás közötti viszonyát csupán a büntető törvényekhez fűződő globális kapcsolat hatja át. Ezen kívül azonban függetlenségükbe zárkoznak. Éppen ezért senki nem ura a büntető gépezetnek.

A holland Igazságügyi Minisztérium dokumentumfilmét készítette arról, hogyan működik a büntető igazságszolgáltatás – a letartóztatástól a börtönajtó zárjának kattanásiáig végigkísértek egy terheltet az útvesztőben. Meglepő felismeréshez vezetett! Világossá vált, hogy az eljáró szervek, személyek intervenciója mennyire tagolt, elkülönülő. A film⁹, ami természetesen kedvezően kívánta bemutatni a rendszert, csupán a mechanikus, rideg eljárás benyomását tudta közvetíteni. Az eljáró személyek – személy szerint – nem érezték megvetést a terhelttel szemben, egyikük sem alkalmazott megszégyenítő eszközöket, de a szerepük, illetve a szerepek egymásutánja alakította ki azt az egyes személyektől idegen gyakorlatot, ami csakis lealacsonyító lehetett a terhelt számára. Hasonló módon, az eljáró személyek egyenként nem feltétlenül represszív érzületűek, s jó néhányan közülük sajnálják is, hogy büntetniük kell. De *sajnos* a rendszer adott, őket pedig azért fizetik, hogy az ügyet egyik szakaszból a másik felé juttassák. A terhelt tehát egyfajta futószalagon halad, ahol minden alkalmazott húz egyet a csavaron, s a futószalag végére kész a termék : az esetek negyedében *egy rab*.

Mindez persze a *rend*, a *közérdek*, az *értékek* végelmét szolgálja. De ne felejtjük el, hogy a börtön egyfajta testi büntetés is, hiszen a börtön degradálja a testet – a levegő, a napfény, a fény, a tér hiánya, a négy fal közé zártság...Az egyik rossz pedig hozza a másikat. A családtól elszigeteltség, a gyermekek megbélyegzése : "Az apja sitten van". A börtön nem egy pozitív, konstruktív, hanem értelmetlen szenvedés, ami elidegenít az emberektől és a társadalomtól¹⁰. A társadalom viszont úgy ítéli meg, hogy

⁸ idem 60. oldal, Bureaucratie

⁹ idem 62. oldal, Un film étonnant

¹⁰ idem 64. oldal, Vu du dedans

az elítélt megérdemelte, hiszen bűnt követett el, amiért szabadságvesztés büntetéssel sújtották. De mit tekintünk bűnnek; hogyan határozzuk meg, hogy mi büntetendő és mi nem?

A büntető tudományokban ismert, hogy a bűncselekmény definíciója relatív, időben és térben változó oly módon, hogy ami egy adott hely 'bűnös', az máshol elfogadott. A szerint, hogy hol és mikor születtünk, cselekményünk szabadságvesztés büntetés alapja lehet. Azonban a cselekmény (belső) természete alapján nem tudjuk meghatározni, hogy büntettről – avagy vétségéről – van-e szó. A cselekmények meghatározásaiban nem találhatunk közös nevezőt, sem az alkalmazható büntetésekben, sem pedig a megelőzés módjában. Csupán egy mesterséges szál köti össze ezen cselekményeket, ez pedig a büntető igazságszolgáltatás formális kompetenciája. Tény, hogy a bűncselekmény meghatározása egy *változtatható* emberi döntés eredménye : a törvény határozza meg mi a bűncselekmény, s ezáltal a *törvény* az, aki meghatározza, hogy ki a *bűnöző*¹¹. Ugyanakkor, a büntető igazságszolgáltatás rendszer közelség jár el minden esetben, amikor kompetenciája ezt lehetővé tenné, hanem csökkentett ütemben működik¹². Így viszont a bűncselekmény ontológiai fogalma látszik megrendülni. Ha a büntető törvény hatálya alá tartozó cselekmények jó része felderítetlen marad, vagy ha azokat az áldozatok - illetve az eljáró hatóságok diszkrecionális jogkörben - nem úgy értékelik mint bűncselekményt, azt jelenti, hogy a törvény által büntettnék – vagy vétségnek – tekintett cselekményt nem úgy élik meg, mint a más események természetétől lényegesen eltérőt¹³. Az áldozati megkérdések, felmérések ezt alátámasztják. Így azonban, minden elv és érték, amelyeken a rendszer nyugszik (törvény előtti egyenlőség, biztonság, stb.), alapvetően sérül, ha csupán az esetek jelentéktelen – felderített és nyilvántartásba vett cselekmények - hányadában érvényesül.

A büntető igazságszolgáltatás rendszer a skolasztika légkörében alakult ki, ezért - a tudatunkban évszázados hagyományként meggyökerezett módon - a büntető rendszer egybecseng a világról alkotott vallási nézetekkel. A skolasztikától örökölt manicheusi erkölcs hatására ezért könnyen elfogadjuk az ártatlan-bűnös dichotómiát, amelyen a büntető rendszer alapul¹⁴. Érdekes megfigyelni, hogy azok az emberek,

¹¹ idem 68. oldal, Rélativité

¹² Gondoljunk itt az áldozat feljelentésének hiányára, a rendőrség, illetve az ügyészség diszkrecionális jogára.

¹³ Idem 70. oldal, Chiffre noir

¹⁴ idem 72. oldal, Fille de la scolastique

akik személyes kapcsolataikban meghaladtak ezt a kettősséget, visszatérnek a fekete-fehér látásmódhoz, amint a büntető igazságszolgáltatásról esik szó. Aki tehát bekerült a büntető gépezetbe, az bűnös – de egy életre. Ez lenne a mi *igazságunk* – a végleges kirekesztés? Így azonban a büntető rendszer pontosan az ellenkezőjét éri el annak, amit szándékozott : az elítélt megjavítását. Megkeményíti, szembehelyezi az elítéltet azzal a közreaddal, társadalommal szemben, ahova “vissza akarta vezetni”. A végeredmény *egy újabb áldozat*.¹⁵

A büntető igazságszolgáltatás rendszer növeli a társadalmi egyenlőtlenséget. Az ítélkezők bürokratikus 'szériája' nem áll – társadalmi – kapcsolatban az elítélendővel. Ugyanakkor a tekintély tisztelete tovább növeli a győztes-legyőzött közötti távolságot. A politikusok, a törvényhozó absztrakt módon lát. Ha időnként meg is tekintenek egy börtönt, azt mint 'turisták' teszik. Amikor tehát egy újabb inkriminációról szavaznak, el sem képzelik milyen következményekkel lehet az az emberek életére. Ugyanígy a bírák, a politikusokhoz hasonlóan, pszichológiai értelemben távol vannak attól az embertől, akit elítélnék, hiszen a büntető igazságszolgáltatás előtt tömegesen megjelenőkétől eltérő társadalmi rétegbe tartoznak. És a szerep, amit a büntető rendszer szab a bírónak, a rendszert az emberi közelség számára átjárhatatlanná teszi. Így a bíró számára a szabadságvesztés büntetés kiszabása ebben a rendszerben csupán egy hivatali aktus. A börtön, a rabok mégkevésbé állnak közel hozzánk, akik szabadon mozognak az életben¹⁶.

A büntető igazságszolgáltatási rendszer eltulajdonítja a közvetlenül érintett személyek konfliktusát. Amint egy probléma bejut a büntető gépezetbe, megszűnik a 'főszereplők' rendelkezési joga, s a gépezet egyszerre a 'bűnöző' és az 'áldozat' bélyeget üti rajuk. Mégis az 'áldozat' úgy érzi, hogy ez az ő 'ügye', s elképzelhető, hogy nem is akarta mindazt a kellemetlenséget, amit a büntető gépezet beindításával ért el. Gyakran, az áldozat – még az erőszak áldozata is - szemtől szemben szeretné megbeszélni az elövetővel a történetet, hogy megértse az elkövetés indokait. De ez lehetetlen, ha az elkövető börtönben van. A büntető gépezet sztereotip beavatkozása

¹⁵ idem 78. oldal, Les contrecoups

¹⁶ idem 84-86. oldalak, Des distances sidérales

ugyanúgy kezeli az áldozatot is, mint az elkövetőt¹⁷. Nincs tekintettel az egyénre, s az absztrakció oda vezet, hogy a védeni kívánt személynek is kellemetlenséget okoz.

A büntető igazságszolgáltatás rendszer egyetlen típusú reakciót ismer, a represszív, büntető reakciót. Ritka azonban, hogy az érintett valóban az elkövető *megbüntetését* kívánja a neki okozott szenvedésért cserében. Egy viktimizáló eseménnyel szemben a reakciók igen különfélék lehetnek. Tegyük fel például, hogy a politikai-vallási összeütközésekkel tarkított Belfastban bomba robban, ami megsebesít egy embert. Nézzük meg, hogy ennek az embernek milyen reakciói lehetnek. Az első hipotézis szerint úgy fogadja a sérülést, mint egy balszerencsét, mint egy balesetet. Az 'eseményt' tehát természetes értelemben fogja fel; a robbanásnak tulajdonítja a balesetet, s nem kérdezi mi volt a robbanás oka. A második hipotézis értelmében természetfeletti okokhoz köti az esemény bekövetkeztét : nem járt rendszeresen misére, ezért Isten megbüntette. A harmadik hipotézis az az eset, amikor a bombarobbanás miéértjére keresi a választ, amit sem a természetes, sem pedig a természetfeletti rendben nem talál, hanem a társadalmi rendre kell hivatkoznia. Ekkor az értelmezés több útja áll előtte : a társadalmi struktúrának – az észak-ír helyzetnek - vagy pedig egyetlen embernek tulajdoníthatja a sérülés okát. De térjünk vissza egy pillanatra a büntető igazságszolgáltatás rendszerhez. Amennyiben megtalálják azt a személyt, aki a bombát elhelyezte, hosszú évekig tartó szabadságvesztés büntetésre ítélik. Vajon ezt kívánná a megsebesült személy is? A büntető reakció elképzelhetetlen az első két hipotézis (természetes és természetfeletti értelmezés) esetén. A harmadik hipotézis esetén is különbséget kell tennünk. Nehéz elképzelni, hogy az adott politikai-vallási kontextusban a sérült személy egyetlen személy, nevezetesen a bombát elhelyező megbüntetését kívánná. A büntető szándék, ha egyáltalán, csakis akkor merülhet fel, ha a bombát elhelyező személyt hibáztatja egyedül a sérülés bekövetkeztéért. A sérülést elszenvedett személy a büntetés helyett lehet, hogy sokkal inkább meg akarja érteni mi történt; az is előfordulhat, hogy megbocsát. Ha pedig azt kívánja, hogy az elkövető fizessen meg tettéért, a neki okozott szenvedésért, akkor is egy *valódi büntetést* kívánná, nem pedig egy *bürokratikus* – a büntető igazságszolgáltatás rendszerben sztereotip - büntetést¹⁸.

¹⁷ idem 93. oldal, Stéréotypes

¹⁸ idem 95. oldal, Fictions

Louk Hulsman gyakran említi a büntetés eltörlését; azét a büntetését, amit a büntető gépezet alkalmaz – s ahogyan azt felfogja : egy állami szerv hatalma, hogy az érdekelt felek beleegyezése, megállapodása nélkül 'rossz'-at helyezzen kilátásba. Az államnak tulajdonított büntetés jogának megcsönkítése azonban nem jelenti azt, hogy semmilyen kényszerítő eszközt ne lehetne alkalmazni, vagy hogy a büntetőjogi felelősség megszűnne. A 'büntetés', ahogyan azt a civilizáció érti, két összetevőt tartalmaz : 1) tekintélyen alapuló kapcsolat a megbüntető és a megbüntetett között, hogy az előbbi azt mondhatta : amit tettél az rossz, s te ezért felelős vagy...az utóbbi pedig elfogadja, hogy cselekményét elítélik; 2) az ítélet hatását erősíti a bűnbánat, a vezeklés, a szenvedés, amit ugyanezen tekintélyelv alapján lehet kiróni, illetve elfogadni. A valódi büntetés tehát az, ami feltételezi a felek egyetértését. A büntető igazságszolgáltatás rendszer bürokratikus működése azonban nem teszi lehetővé a felek megfelelő megegyezését, egyetértését. Egy olyan rendszer, ahol egy állami szerv áll szemben az egyénnel nem képes emberi büntetést produkálni¹⁹.

A büntető igazságszolgáltatás rendszert könnyedén el lehetne törölni, hiszen egyike azon ritka 'társadalmi berendezkedéseknek', amelyek különösebb probléma okozása nélkül eltűnhetnének²⁰, mivel a rendszert felépítő szervezetek függetlenek.

A rendőrség szerepe például nem korlátozódik a feljelentések felvételére, illetve a bűncselekmények megállapítására, felderítésére. Talán végre a közrend őrei lehetnének. A bírák és az ügyészek ugyanazon képzettséget szerzik meg, s ezért a rendszeren belüli mobilitásuk nem lehetetlen. A büntető igazságszolgáltatás rendszer eltörlése nem kívánná meg tehát a hivatalok alapvető reformját. A büntetésvégrehajtást érintené leginkább a változás, de ez sem jelentené feltétlenül a teljes felszámolást, emellett a segítő szolgálatok, pártfogói szolgálatok szerepének növekedésével új munkaerőre is szükség lenne.

A büntető gépezet megszüntetésével azok, akik a működtetésében jelenleg részt vesznek továbbra sem maradnának munka nélkül. Állítsuk meg hat ezt a megvadult lovat !²¹

¹⁹ idem 98. oldal, De la peine légitime

²⁰ idem 102. oldal, Ailleurs et autrement

²¹ idem 104. oldal, Ailleurs et autrement

Meg kell szüntetni a létező büntető igazságszolgáltatási rendszert, ezt a más korok ideológiájára és hamis konszenzusokra támaszkodó vak gépezetet, melynek feladata, hogy steril szenvedést termeljen. Az ilyen rendszer egy társadalmi 'rossz'.

Létezik azonban egy másfajta megközelítés. A büntető igazságszolgáltatás rendszer abolíciója a társadalom számára az újjászületést jelentené. "Elképzeléseim szerint – mondja Louk Hulsman - a büntető rendszer eltörlése egyet jelentene : a közösség, az intézmények és az emberek visszavezetése az életbe."²²

2. Vissza az életbe

Szamos büntetőjogi iskola kísérelte meg a büntető rendszer embertelen hatásának korlátozását. Úgy vélték, hogy a büntetés céljának átalakításával, a szabadságvesztés büntetést javító-nevelő intézkedéssé transzformálva, maga a büntető rendszer és a büntetésvégrehajtás újul meg. Sajnos azonban a gyakorlat azt mutatja, hogy a rendszer mindezek ellenére represszív maradt. Más irányzatok a büntetés eltörlését javasolták akár úgy, hogy helyette gyógyító vagy pedagógiai eszközöket alkalmazzanak, akár úgy, hogy mindenféle beavatkozást szüntessenek meg. Azonban mindezen megközelítési módok, még az utóbbi is, a büntetést az 'elkövető'-re nézve kívánják eltörlölni. Az irányzatok egyre megértőbbek, egyre emberségesebbek, s mégis a cselekvőt úgy tekintik, mint a sajnálatos eseményért felelős személyt. Ördögi kör...

A tapasztalat azt mutatja tehát, hogy nem elég társadalmi, vagy jogi megoldásokat keresnünk/találnunk, hanem magát a *bűncselekmény* fogalmat kell kérdésessé tennünk, s vele együtt az *elkövető* fogalmat²³. Először tehát a nyelvezetet szükséges megváltoztatnunk. A büntető igazságszolgáltatási rendszer jelenlegi logikáját csakis úgy haladhatjuk meg, ha az azt alátámaszto nyelvezetet, szókinccset elvetjük. A következő szavak : bűncselekmény, bűnöző, bűnözés, büntető politika, stb... mind a büntetőjogi dialektus részei. Tükrözik az állami büntető igazságszolgáltatási rendszer *büntető*, represszív jellegét. A szókinccs, a nyelvezet megválasztása nem csupán játék a szavakkal : tudjuk mennyire megváltoztatja a társadalmi megítélést, ha valakit

²² idem 105. oldal, Délivrance

²³ idem 108. oldal, Cercle vicieux

szobalány helyett háztartási alkalmazottnak, leányanya helyett elvált asszonynak titulálunk. Hasonló módon, a *kriminológia*, *kriminalszociológia*, *büntető tudományok*, stb. szavak is diszkriminatorius fogalmakat takarnak. Helyettük egy olyan új nyelvezet elfogadása válna szükségessé, amely nem bélyegzi meg az embereket, eseményeket. Így, a 'sajnálatos esemény', 'nem kívánatos viselkedés', 'érintett személy', illetve 'problémás szituáció' kifejezések maris egy új mentalitást sugalmaznának²⁴.

Azonban a nyelvezet atalakítása sem bizonyul elegendőnek, ha az új szavak a régi kategóriákat takarják. Felmerül ekkor a kérdés, hogy akkor mivel helyettesítsük a büntető igazságszolgáltatási rendszert; vagyis *csere*-megoldásokat keresünk – ez azonban nem a jó megközelítés. Hiszen nem arról van szó, hogy megpróbálunk újragyártani egy gépezetet, ami tökéletesen beleillene a régi öntőformába, hanem arról, hogy a valóságot más szemmel nézzük.

Szamos esetben, például, egy cselekmény megszűnik bűncselekmény lenni anélkül, hogy a régi büntető igazságszolgáltatási rendszert bármilyen struktúrával helyettesíteni kellene. Gondoljunk itt a Platón által megénekelt, s az antik görög világban szabadon gyakorolt homoszexualitásra, amit a modern világ büntetni rendelt, s néhány állam még ma is teszi. De ugyanígy említhetném a prostitúciót, az alkoholfogyasztást, a kábítószer-problémát, stb²⁵. Természetesen, a dekriminalizáció után bizonyos cselekmények továbbra is gondot jelenthetnek a társadalom számára, ekkor azonban olyan megoldásokat, eszközöket kell keresni, amelyek nem igénylik a rendőrség, a bíróság beavatkozását, s nem jelentik a quasi automatikus bebörtönzést. Hollandiában például a gyermekek – családon belüli - bántalmazásának problémája úgy oldottak meg, hogy a gyermekek sérelmére elkövetett testi sértések nem kerülnek be a büntető gépezetbe. Minden régióban létezik egy ún. 'bizalmi orvos' (*médecin de confiance*), akihez fordulhatnak a családi orvosok, amint ilyen jellegű problémát észlelnek, gyanítanak. A bizalmi orvos mellett egy szociális munkásból álló csoport dolgozik, akik kivizsgálják az ügyet, nem a hagyományos rendőrségi vizsgálat útján, amely megbélyegzi a családot, hanem diszkrét módon. A szociális munkások beszélnek az érdekeltekkel, esetleg a helyi szervekkel anélkül, hogy állandó kapcsolatot alakítanának ki ez utóbbiakkal, hiszen csakis *valság*-beavatkozásról van szó. A helyzet megváltoztatásához elegendőnek bizonyul a pszichológiai, anyagi támogatás, kioktatás. Végső esetben, amelyre ritkán kerül sor, értesíthetik a

²⁴ idem 110. oldal, Vocabulaire

²⁵ idem 111. oldal, Une autre logique

Gyermekvédelmi Szervezetet. Látható, hogy ahol a büntető igazságszolgáltatási rendszer – teljesen eredménytelenül – helyrehozhatatlan drámát okozna, egy másféle megközelítés eredményes, emberi megoldáshoz vezethet²⁶.

A cselekmény 'súlya' nem a megfelelő kritérium a válasz, a reakció meghatározásában. Jól tudjuk, hogy a büntető reakció nem feltétlenül a legalkalmasabb a nehéz helyzetek feloldására. Vegyünk egy példát. Egy családban különös fegyelem uralkodik, mindenképpen, ha a pontosságról van szó. Az egyik fiatal családtag azonban folyamatosan elkésik a közös étkezésekről. Hogyan reagál a család? Elsőképpen büntető módszerhez folyamodnak : megvonják heti zsebpénzét, vagy a vacsorát, amelyről 'lekésett', stb...De mi történik, ha a fiatal, megelégedve a túlzott fegyelmet, elhagyja a családot, elköltözik? Sok család ilyenkor megváltoztatja a 'modellt'; nem alkalmazza tovább a hatékonyságát veszített büntető modellt, hanem inkább a gyógyító, békítő modellt...Ugyanezt megfigyelhetjük a mindennapi életben, hogy a büntető modell működésképtelenség bizonyul, amint komoly dolgokról van szó. Jóllehet, azt hisszük, hogy a 'súlyos' esetekben nem léphetünk ki a büntető modellből²⁷. Ha nem hagynánk, hogy a cselekmény súlya korlátozza a reakciók körét, egyfajta 'súlytalansági' állapotot érnénk el, akkor lehetővé válna, hogy más, megfelelőbb – társadalmi válasz - modelleket helyezzünk kilátásba.

Kiindulópontként el kell fogadnunk, hogy bizonyos problémákat nem lehet megszüntetni, rendezni – mint ahogy egyes betegségeket sem lehet. Sokan úgy vélik, hogy a 'normális' élet a problémamentes élet. De élni annyit jelent, hogy folyamatosan szembe nézünk a nehézségekkel, s megtanuljuk azokat felvállalni, kezelni. Társadalmi szinten ez annyit tesz, hogy megtanulunk kiegyezni, kompromisszumot kötni konfliktushelyzetben, hiszen ez az alapja a szociális létnek.

A társadalmi lét feltételezi a nézetkülönbségek, érdekek, mentalitások összeütközését. Nem vagyunk egyformák. A helyzetek sem egyformák. Az egyezség mindig a különbözős kölcsönös (f)elismerésének és elfogadásának gyümölcse. Ugyanakkor az egyezség fenntartja, hagyja továbbélni a feszültséget. Ez

²⁶ idem 122. oldal, Structures parallèles

²⁷ idem 117. oldal, Apesanteur

elkerülhetetlen. És termékeny...Ne akarjuk hat megszüntetni a feszültséget, csökkenteni a különbségeket. Tanuljunk meg inkább velük együtt élni, átélni azokat²⁸.

Gyakran hallok – mondja Louk Hulsman -, hogy a büntető igazságszolgáltatási rendszer eltörlése egyet jelentene azzal, hogy a gonosztevők zöld utat kapnak! Először is, a 'gonosztevők' tevékenysége a bűnözés igen kis hányadat teszi ki. Másrészt, ha azt mondjuk, hogy a rendszer felszámolása magával hozna az erőszakos cselekmények elterjedését, akkor bizonyítanunk kell, hogy a jelenlegi rendszer hatékony védelmet biztosít ilyen fajta kockázatok ellen, illetve, hogy ez az egyetlen mechanizmus, amely garantálni képes a védelmet. Eddig ezt senkinek nem sikerült igazolnia. Mindannyian tudjuk, hogy a jelen büntető igazságszolgáltatási rendszer nem képes megakadályozni az emberölést, a rablást, a betöréseket. Szükségtelen elvárunk a rendszertől, hogy a bűnözést megszüntesse. A megoldást inkább – az állami szint helyett – ott kell keresnünk, ahol az emberek ismerik egymást, gyakran találkoznak, együtt tudnak gondolkodni annak érdekében, hogy egy konkrét problémára közös védelmi taktikát alkalmazzanak. Ez sokkal ígéretesebb útnak mutatkozik a kockázatok csökkentése felé, anélkül, hogy azt hihetnénk, létezik egy abszolút hatékony védelmi mechanizmus²⁹.

Néhányan azt bizonygatják, hogy a büntető igazságszolgáltatási rendszer az maganbosszút, a megtorlást váltja fel; így ha ez előbbi eltűnne, a bosszú újra színre lépne. Ne gondoljuk! Az emberek arra vágyanak, hogy a veszély ellen megvédjék őket. De túl könnyű lenne ezt úgy értelmezni, hogy ez a vagy a zord büntető rendszer fenntartása mellett szól. Az bűnözés áldozatait, illetve a megfélemlített személyek hatékony védelmet, segítséget varnak. Sokan tudják – sokan tapasztaltak -, hogy a rendszer sem a segítséget, sem a védelmet nem biztosítja. Ezért az aktuális helyzet megváltoztatását szeretnék. Sokan, a rendszer hatékonyságában nem bízva, maguk alakítanak ki változtatásokat annak érdekében, hogy az esetleges veszélyt csökkentsék, vagy hogy segítséget találjanak³⁰. Az abolicionalista megközelítés csatlakozik ezen emberek mozgalmához abban, hogy elismeri a rendszer tehetetlenségét az emberek, az áldozatok védelme, segítése terén.

²⁸ idem 120. oldal, Bonne santé

²⁹ idem 125. oldal, Et la violence?

³⁰ Gondoljunk itt a feminista mozgalmakra – akár a magyar NANE, vagy Eszterlanc egyesületekre -, a kereskedelemben a lopás elleni szerveződésekre, stb.

Elvi szinten nehéz bizonyítani, hogy az elkövetőt meg kell büntetni annak érdekében, hogy az áldozat visszanyerje békéjét. De az embernek valójában szüksége van a bosszúra, s hogy az erőszakra erőszakkal válaszoljon? A tapasztalat azt mutatja, hogy nem a szenvedés tartama, borzalma az, ami megnyugtatja azt, aki bosszúért kiált, hanem a büntetés szimbolikus dimenziója, vagyis a hozzá kapcsolódó társadalmi rosszallás.³¹

A XX. században nem szabad összekevernünk a társadalmat és az államot, az állami szerveket. A társadalom mindenki számára a személyes kapcsolatokat, munkakapcsolatokat, szomszédsági, baráti viszonyokat jelenti, valamint a másokkal megosztott érdekeket, legyen szó egyházzal, a kerületről, a közösségről. Miért hagyjuk, hogy az állam, a gyakran anonim és távoli hatalom – és kizárólag ő – gondoskodjon legszemélyesebb kapcsolatainkban felmerülő problémák megoldásáról? Általában, de legalábbis a demokratikus országokban – a személyi szabadság nevében -, csökkenteni szeretnénk az állam beleavatkozási lehetőségét az egyes személyek életébe. Az emberi jogokért küzdő minden mozgalom az egyént szeretné megszabadítani a kollektív elnyomás és uralomtól. A politikai irányzatok is a decentralizációt, az önkormányzatot helyezik előnybe. Talán vannak olyan – döntési és cselekvési - területek, ahol előnyt jelent, ha az állam marad az 'úr'. De sok téren ennek ellenkezője figyelhető meg; jobb lenne, ha maguk az emberek, vagy a hozzájuk közel álló szervezetek vennék kezükbe a problémák kezelését. A személyek közötti konfliktusok is erre a területre tartoznak³².

A primitívnek mondott társadalmakat gyakran úgy tekintjük, mint alul-civilizált szerveződéseket, mint akik még nem érték el a 'nyugati' szintet. Szánakozás helyett azonban sokkal inkább tanulhatnánk tőlük.

Egy antropológus rámutatott, hogy a mi bűncselekmény-fogalmunk teljesen ismeretlen a primitív társadalmakban. Két példával szemléltette ezt. A bantu mentalitás értelmében, amikor valakit megölnek nem az számít, hogy a gyilkost megöljék, vagy megbüntessék, hanem hogy helyrehozza vétkét, általában azzal, hogy az áldozat családjának segít, dolgozik. Vagyis a gyilkosság következménye nem büntető jellegű, s az egyetértés nem a büntetésben, hanem a reparációban nyilvánul meg. Az

³¹ idem 139. oldal, *Dimension symbolique de la peine*

³² idem 147-148. oldalak, *Léviathan et société*

eszkimóknál ugyanezen szituációban – azaz gyilkosság esetén – az érintett családok *ének-párbajt* rendeznek. Minden nap az egyik család a másik családot szatirikus énekkel illeti, akinek ugyanígy kell válaszolnia. Egy független személy pedig jegyzi a pontokat. Az a család veszít, amelyik már nem tud tovább replikázni. S ezután következik a megbékélés : közös étkezéssel ünneplik meg az esemény végét. Ez a mi európai mentalitásunk számára furcsa szokás pszichológiai értelemben egészséges, hiszen békés úton vezeti le a két család agresszivitását.³³

Az európai felfogásban is meghonosodhat a konfliktusok békés *szemtől-szemben* kezelése. Több forma is létezik. Az első forma, amely kisebb jelentőségű büntető ügyekben már alkalmaznak is, a rendőrség által szervezett szembesítés, konfrontáció. Mielőtt az ügy az ügyészségre, illetve bíróság elé kerülne, a fejelentőt szembesítik az 'ellenféllel', s megkérdezik, valóban kívánják-e a büntető eljárás megindítását. A szembesítés gyakran kompromisszumhoz vezet. A szemtől-szemben találkozás, megbeszélés lehetősége már is kifejezi a konfliktust enyhítő hatását.

A második forma a választott-birosági modell. Bizonyos ügyek eleve békéltető elé kerülnek, akár azért, mert a felek így akarják, akár mert a társadalmi támogató-segítő szervezetek ide küldik, hogy a belső – például egyházon belüli, családon belüli – ügyeket így oldják meg.

A harmadik forma a *community boards* modellje. A *community boards* egy nagy számú békéltetőből álló *ad hoc* bizottság. A lényeg, hogy a békéltetők az érintett felekhez közelálló személyek, akik nincsenek felkészülve – felkészítve – a konfliktus megoldására, arra azonban igen, hogy ne adjanak megoldási javaslatokat. A bizottság feladata, hogy segítse az érintetteket abban, hogy önmaguk ismerjék fel a konfliktus természetét, eredetét, s hogy egymást meghallgatva értsék meg a helyzetet, s döntsék el mit kezdenek vele : eljárást indítanak vagy feloldják. Továbbá, két évnél tovább senki nem vehet részt a bizottság munkájában, így lassanként a közösség egésze sorra kerül a békéltető szerepre. Hosszú távon a közösség egésze 'békülékennyé' válik bármiféle intézményesítés nélkül.³⁴

Ha elvágánk a büntető igazságszolgáltatási rendszer szerveit összekötő bürokratikus szálát, s ha azon munkálkodnánk, hogy a problémás szituációban közvetlenül érintett személyekkel pszichológiai közelségen alapuló megoldást

³³ idem 150. oldal, Les chemins de la concorde

³⁴ idem 156-158. oldalak, Les "face-à-face" organisés

teremtsünk, az imént említett szervek pótolhatatlan segítséget tudnának nyújtani a konfliktusok megoldásában.

A represszív gépezetet felszámoló reform értelmében minden bíró polgári (vagy közigazgatási) bíró lenne; s ez a bíró akkor járna el, ha az érdekeltek így kívánják, akár azért, mert a közvetítő utak járhatatlannak bizonyultak, akár mert a felek eleve így akarják. Elsősorban azonban arra törekednének, hogy az állami gépezetbe ne kerüljön a probléma.³⁵

A büntető igazságszolgáltatási rendszer abolíciójával a konfliktusok kezelésének rendszere – új nyelvezet és más logika segítségével – megújulna. Az új rendszer természetesen nem szüntetné meg a problémás szituációkat, de a jelen rendszer magasról és távolról jövő sztereotip válaszainak hiányában lehetővé válna a megoldási módok sokaságának elterjedése.

“Ha a kertemből elmozdítom azokat a falakat, amelyek meggátolják, hogy a napfény és a víz termékennyé tegye a földet, olyan növények sarjadnak, amelyek létezéséről sejtelmem sem volt.”³⁶

Louk Hulsman egyedien újító gondolkodása minket is arra ösztönöz, hogy elgondolkodjunk a büntető igazságszolgáltatási rendszer paradox voltáról, legitimitásáról. De vajon a javasolt új rendszer (hogyan) működne?

³⁵ idem 159. oldal, Proximité

³⁶ idem 166. oldal, Renouveau

Felhasznált irodalom :

Louk **Hulsman** et Jacqueline **Bernat de Celis** : Peines perdues, Le système pénal en question (Hiábavaló fáradság, hiábavaló büntetések; A büntető igazságszolgáltatási rendszer problémája), Edition du Centurion, Paris, 1982.

Néhány szó a könyvről :

A két nagy fejezetre tagolt könyv első fejezetében Jacqueline Bernat de Celis – jogi doktor, kriminológus, valamint a párizsi székhelyű Kriminálpolitikai Kutató Központ munkatársa – Louk Hulsmannal folytatott beszélgetéséből ismerhetjük meg, ki is valójában Louk Hulsman, s körvonalazódik számunkra, hogy vajon mi vezette Hulsmant a büntető rendszer teljes eltörlésének, abolíciójának gondolatához.

A második fejezet Hulsman elméletét két témakörbe csoportosítva részletezi; elsőképpen a jelenlegi büntető igazságszolgáltatás 'kritikáját' ismerhetjük meg *Quelle abolition?* (Milyen abolíció?) cím alatt, majd pedig Hulsmannak a represszív büntető igazságszolgáltatásnál hatékonyabbnak vélt megoldási javaslata jut kifejezésre a *Pour quelle liberté?* (Miféle szabadságért?) címben.

A gondolatsort két büntetőjogász, nevezetesen *Mark Ancel* – a francia Semmitőszék tiszteletbeli elnöke, illetve a Nemzetközi Társadalomvédelmi Társaság elnöke – és *Claude Faugeron* – a párizsi székhelyű Büntetőjogi és Kriminológiai Tanulmányok Hivatalának kutatója – Louk Hulman abolicionista nézeteiről alkotott véleménye zárja, megnyitva azt a vitát, amelyet e könyv keltett, s kelthet ma is.

Mezei Péter

A joghézag kérdése régen és ma

A témakör ezen összefoglalása arra törekszik, hogy az elmúlt évtizedekben kialakult jelentős nézeteket egy keretbe foglalva megmutassa, hogy ki, milyen formában fogadta el a joghézagok létét, ellenkező oldalról pedig kik, milyen alapon utasították el azt. Másrészt felvillant egy lehetséges utat, ami a joghézagok létezését illetően jelenlegi jogrendszerünkben elfogadhatónak tűnik.

A dolgozat első felében így jelentős elméleti irányzatok koncepcióit, emellett további gondolkodók véleményét vázolom fel, majd a második részben e problémakörrel alkotott saját elképzelésemet fejtem ki.

I. A joghézag problematikája egyes elméletekben

1. Bevezetés, avagy a joghézag-elméletek közös vonásai

Sokan törekedtek már arra, hogy a joghézagot definiálják, és az egyes véleményeket elnézve a következőkre juthatunk: joghézag az, ha *a jogalkotói hatalommal felruházott szervek által kiadott (hatályos) normák nem tartalmaznak olyan rendelkezést, amely alapján a bíró az eléje kerülő ügyet eldönthetné.*

E tétel többek felfogásában is megjelenik, persze más-más hangsúllyal. Így például **Canaris** véleménye szerint “hézagról akkor beszélhetünk, mikor egy törvényi szabályozás hiányosnak mutatkozik, mikor tehát a jogrend a maga egészében – beleértve a törvény feletti elveket és a dolgok természetéből levont eszméket is – szabályozást követel^[1]”. Mikor **Coing** *törvényi joghézag*ról szól, azt hangsúlyozza, hogy “egy meghatározott esettel és az ezáltal létrejövő problémával a törvényhozó nem, vagy nem teljes egészében számolt, és emiatt a felmerült problémákra a törvénytől még az értelmezés segítségével sem lehet egy szakmailag megfelelő megoldást találni^[2]”. Máshol azt olvashatjuk, hogy “joghézagról akkor beszélünk, amikor egy adott tényállás kapcsán megjelenő magatartásról nem lehet eldönteni, hogy jogosnak minősíthető-e vagy sem”^[3].

Az alább elemzésre kerülő, a joghézagok létét elismerő nézetek között alapvető hasonlóság, hogy a hiányosságok pótlására elsősorban a *bírakat* látják felhatalmazottnak. Ebből a szempontból a különbséget ott találjuk meg, hogy egyesek a hézagpótlást csak a jogalkalmazó munka egy részeként fogták fel, mások viszont a bírának jogalkotói szerepet is szántak.

Nagyjából mindenkinél fellelhetőek azok az elemek, amelyek a *társadalmi változásokat* ismerik el a joghézag kialakulásának okaként, míg többek *a már meglévő jogrendszerben* is felfedezhetőnek vélték egyes hiányokat.

Az egyes nézetek között leginkább abban van különbség, hogy melyikük *hogyan látja elképzelhetőnek a hiány pótlását*. Vannak, akik a bíró személyiségét helyezik az előtérbe, mások az észjogi megfontolásokat. Többek hangsúlyozzák a dogmatikai kategóriák, illetve a logikai/értelmezési korrigálás szerepét.

2. A bírák, mint a joghézag kitöltői

2.1. A Szabadjogi iskola

Ezen irányzat a jog alakítását illetően a bírának juttatta a legnagyobb szerepet. Az egyedi jogalkalmazás során kerül sor a jog szabad "megtalálására". Elismerték ugyan a törvényhozó szerepét is, azt azonban a lehető legszűkebbre kívánják szabni. Csak akkor kerülhet sor a törvény figyelembe vételére, ha az a konkrét esetre konkrét és világos szabályt rögzít – ekkor viszont kötelező jelleggel kell alkalmazni. A szabadjogi iskola alapvetően arra törekedett, hogy "a bírót szabadítsák fel a 'törvény járszalagja' alól, mert a törvény is csak eszköz a bíró kezében az igazság megállapítására és érvényesítésére"^[4]. A jogtudománynak alapvetően a "gyakorlati élet kiségitője" szerepet szánták.

Ehrlich (aki később inkább a szociológiai irányzathoz sorolható) a törvényt a bíróhoz intézett parancsként fogalmazta meg, viszont kihangsúlyozta azt is, hogy a jog alakítása a "nagy egyéniség teremtő gondolataitól is vár valamit". A dogmatikus (az egyetemi jogász) pedig csak felvilágosítást adhat. A jogszolgáltatásban a szabadjogászt a jogi norma értelme, a tudomány megállapításai és az életviszonyok segítik^[5].

Nála még szűkebben határozta meg a törvényhozó szerepét **Isay**: csak a jogérzeten alapuló bírói döntés eredményének az ellenőrző szerveként tekintett rá^[6].

Fuchs még arra is lehetőséget látott, hogy a bíró a jogszabály egyértelmű rendelkezésével ellentétesen döntsön^[7].

Kantorowicz írja, hogy – szemben a törvénypozitivistá felfogással – a *szabadjogász elismeri a joghézagok létét, azok betöltése a dogmatika eszközeivel lehetséges*.

Követendő példaként a Svájci Polgári Törvénykönyvet (ZGB-t) említi, amelynek 1.§-a a következőképp szól: "alkalmazható törvényi rendelkezés híján a bíró a szokásjog szerint, szokás hiányában pedig azon szabály szerint dönt, amelyet ő alkotna, ha törvényhozó lenne. A bíró ennek során az elfogadott tanokat és hagyományokat követi".

A hézagok pótlására véleménye szerint tehát csak a következő esetekben kerülhet sor: *egyrésztől*, ha a törvény ténylegesen nem tartalmaz irányadó rendelkezést, *másrésztől*, ha a bíró lelkiismeretes meggyőződése alapján úgy véli, hogy a jogalkotó az eset eldöntésének időpontjában nem úgy döntene, mint ahogyan azt a jogszabály megalkotásakor tette volna.

Mindkét esetben úgy köteles meghozni ítéletét a bíró, ahogy a törvényhozó tenné, s csak ha nem tud erre nézve helyes meggyőződést kialakítani, akkor jogosult a "szabad jog" alkalmazására^[8]. Ekkor viszont már a jogszolgáltatás teljesen a bíró személyiségén, az általa birtokolt tudás helyes felhasználásán alapul.

2.2. Az érdekkutató jogtudomány (Interessenjurisprudenz)

A leginkább Philipp **Heck** nevével fémjelzett irányzat a Begriffsjurisprudenzre adott válaszként értékelhető, kritikája elsősorban a Puchta-féle "összecsiszolt fogalmi piramis" ellen irányult.

Ebben a felfogásban is a jogalkotónak a bírákhoz intézett parancsaként tekintettek a törvényekre. A bíró az ezekben lefektetett érdekek közötti választásra hivatott az egyes esetek eldöntésekor, de nem

pusztán mint egy “jogi automata”. A jogtudomány által kidolgozott tételeket szubszumpció segítségével kell bevonnia a jogszolgáltatásba.

Bár a tudományos fogalmak primátusát elvetették, szerepük semmiképp sem elhanyagolható. A jogszabályok rendszerbe foglalása, és az azokban rögzített érdekek megvilágítása volt a jogtudósi szféra feladata^[9].

A joghézagok léte nem vitatott ezen elmélet szerint sem. A szabadjogászok koncepciójával szemben azonban az érdekjogász bíró a joghézagok kitöltésére *csak akkor jogosult*, ha kifejezett törvényi rendelkezés az adott esetre nincs, és a végső döntést is csak a jogalkotó által preferált érdek tükrében hozhatja meg. Vagyis igazából sem a jogelveket, sem az észjog szabályait nem vonhatja be ítélete meghozatalába.

Az érdekjogászok a joghézagoknak két nagy kategóriáját különböztették meg: a *tudatos* és a *véletlen* joghézagot. Előbbinél a jogalkotó szándékosan mulasztott el valamely életbeli tényállásra szabályt rögzíteni, utóbbinál erre a véletlenség folytán került sor. Az irányzat képviselői egyébként e második kategóriát tartották csak valósnak.

Ennek három csoportjaként a következőket jelölték meg: vannak a kezdetektől fogva fennálló joghézagok, vannak, amelyek csak az idő múlásával jöttek létre, végül jogszabályok kollíziója is keletkeztet hézagokat^[10].

2.3. További jelentős vélemények

A Kantorowicz által másodikként megjelölt változathoz hasonlóképp vélekedik Karl **Larenz** is, aki “*rejtett joghézagként*” fogalmazza ezt az esetet. Erről akkor beszélhetünk, ha “bár a törvény tartalmaz egy alkalmazható szabályt az adott esetsoporra, de e szabály a jogszabály egészének értelme és célja szempontjából nem illik erre az esetsoporra, mivel a szabály egy meghatározott releváns sajátosságot figyelmen kívül hagyott”^[11].

A különbség a két elképzelés közt ott található, hogy Larenz szerint a bírónak a *jogszabály vonatkozó jogelvéből* történő levezetéssel (vagyis *teleológiai redukcióval*) az adott esetre alkalmazható kivételt kell beiktatnia. Ezen túlmenően azonban nincs lehetősége semmiféle “szabad jogtalálásra”.

Joseph **Esser**, aki a politikai jogalkotó szerepét elhanyagolhatónak tartja, a jogi normák használhatatlanná válása során keletkező hiányok pótlását ugyancsak a bírák kezébe teszi le. Véleménye szerint a jogalkalmazónak a kialakult *jogdogmatikai kategóriákat és egyes morális elveket kell figyelembe vennie* a helyes út megválasztásakor^[12].

Kriele egyértelmű jogszabályi rendelkezés hiányában szintén a bíróra bízta a jogeset eldöntéséhez szükséges norma kialakításának lehetőségét. Mindössze egy megkötést rögzít: mindezt *észjogi megfontolások alapján* köteles tenni. Kriele a *bírói normahipotézis* kifejezést használja, mikor mindezekről beszél^[13].

Helmut **Coing** szerint a jogalkalmazás során a bíróra hármas feladat hárul: egyrészt “döntést kell hozni minden olyan igényről, amit előtte érvényesítenek”, másrészt “alá van vetve a törvénynek”, végül “nem elég ítéletét a törvény alapján meghoznia, hanem ennek méltányosnak és igazságosnak is kell lennie”. A bíró azonban nem mindig tud megfelelni mindhárom kritériumnak, hisz ha egy keresetet azért utasít el, mert nincs rá nézve jogszabály, akkor megsértheti az igazságos döntés iránti igényt, míg ha pont ez

utóbbi miatt túlzottan eltávolodik a jogalkotó utasításától, a másodikként említett kötelességét szegi meg. Coing ezt tartja a *joghézag gyakorlati* problematikájának.

A hézagok kitöltése a bíró feladata, melyben a *jogtudományi előmunkálatok* is a segítségére vannak. Az eljárás során a következő elvárásoknak kell eleget tenni: a szóba jöhető érdekek vizsgálata, a lehetséges szabályozási szempontok megkeresése, összehasonlítása és egymással szemben mérlegelése (melyben a jog-összehasonlítás lehet a bíró segítségére), a probléma megoldásához felhasználható támpontok keresése a törvényi szövegben, az *igazságosság* alapelveinek figyelembe vétele.

Kiemeli, hogy “a bírói jogalakítás olyan egyedi problémákkal lesz kapcsolatos, melyek a bíró elé kerülnek eldöntés végett”. Vagyis *a bíró mindig csak a konkrét jogeset kapcsán pótolhatja a hézagot, és mindezek során kötött ahhoz a “kodifikációhoz”, amely kiegészítésre szorul*^[14].

Peczenik *technikai* és *valódi* joghézagok között különböztet. Előbbinél a problémát a jogrendszer valamely belső ellentmondása okozza, melynek a betöltését a jogalkalmazó a “*dogmatikában kikristályosodott elvek és módszerek* segítségével” teheti meg. Utóbbinál pedig a jogalkotó a társadalmi változások következtében előálló olyan viszonyokkal kerül szembe, amelyet “a jog eddig még nem szabályozott, de szabályoznia kellett volna (*eredeti joghézag*), vagy szabályoznia kellene (*származékos joghézag*)”. E probléma megoldására a jogalkotó hivatott^[15].

Canarisnak a joghézagra adott definícióját már a bevezetőben említettem, így elméletének további elemeivel kell megismerkednünk. A hézagok kitöltését három körülmény indokolhatja:

- a) a jogszabály kiegészítés nélkül nem alkalmazható, ez a *déni de justice* esete;
- b) a ratio legis ütközik a szöveggel, így a bíró értékelése jogfejlesztést igényel;
- c) az általános jogelvek vagy a dolgok természete ezt követeli.

A bírónak a joghézag kitöltéséhez a tipikus és az általános vonásokat kell meglátnia, döntését egy homogén eszme alapján, a fennálló hazai és külföldi gyakorlathoz kapcsolódóan kell meghoznia^[16].

Horváth Barna a joghézagoknak két típusát különböztette meg^[17]. Az *elméleti joghézag* a “jogtétel és jogeset között nyitva álló logikai út”, mely mindig fennáll. Ez éppúgy lehetetlenné teszi, hogy “minden esetre illő jogtételt szerkeszthessünk”, mint hogy a “jogtételt a jogesetre tisztán logikai műveletekkel alkalmazhassuk”. A *gyakorlati joghézag* “annak a hídnak esetenkénti beszakadása, amelyet a konvencionális értékelés és tapasztalat ver az elméleti joghézag fölé”. Ez utóbbi kategória csak alkalmi, ám komoly zavara a jogéletnek.

A joghézagok létét Horváth a szillogizmus eszközével bizonyította. Véleménye szerint a jogtétel tartalmaz egy (első) premisszát (propositio maiort), a jogeset pedig egy második premisszát (propositio minort). Logikailag következik, hogy a jogtételből hiányzik a második premissza, és ez az, ami a joghézagot jelenti. Ennek betöltése szubszumpcióval, vagyis a jogesetnek a jogtétel alá vonásával történhet. E feladat ellátására pedig, Horváth eljárásjogi jogszemléletéből kikövetkeztethetjük, a bíró hivatott.

Az általában vett joghézag-elméletek a hézagot abszolút folytonossághiányként értékelik. Horváth viszont, mikor azt hangsúlyozza, hogy a jog csak “az elméleti

joghézag kitöltése után készül el teljesen, az így elkészült jog pedig folytonos, mert hézagai ki vannak töltve”, gyakorlatilag feloldja a két kategória ellentétét^[18].

Somló Bódog Jogbölcsezet című könyvében írja: “a jog hézagosa azt jelenti, hogy a jog kiegészítésre szorul”^[19]. E kiegészítésnek különböző okai lehetnek. Ha azért szorul pótlásra a jog, hogy helyes legyen: *helyességi joghézagról*, ha azonban azért, hogy alkalmazhatóvá váljon: *alkalmazási joghézagról* szólhatunk.

Ez utóbbinak Somló szerint a következő változatai vannak: “amikor a bíró tisztán logikai tevékenységgel képes az alkalmazandó tételhez eljuttatni”, *logikai joghézagról* beszélünk. *Vagylagossági joghézag* névvel látta el azt az esetet, ha a törvény több alkalmazható tételt rögzít, mégsem mondja meg, hogy a konkrét esetben melyiket kell igénybe venni a jogeset eldöntéséhez. Harmadik változat az *értékelési hézag*, melynek fennállása esetén a bíró erkölcsi értékelés alapján hivatott a jog kiegészítésére.

Egy speciális eset az, ha ténylegesen van hézag, viszont nincs hatóság, ami kitölthetné azt (szemben az előzőekkel, ahol a bíró járhat el), így a szabály továbbra is hiányos marad. E normák tipikusan olyanok, amelyek a legfőbb hatalom kötelességét szabályozzák^[20]. Mivel a törvény kizárja a kérdés legitim megoldását, a hézag csak jogsértéssel, vagyis illegitim úton egészíthető ki. Ez az *abszolút joghézag* esete.

Bár mára némely elemében meghaladottnak tekinthetjük a szocialista jog felfogását a joghézagokról, mégis említést érdemel az a vita, amely több szerző közt a hatvanas évek végén kialakult^[21]. Előre hagy jelezsem, hogy ezen koncepció nem hagy olyan szabad mozgásteret a bírónak, mint az eddig elhangzottak, ám nem is zárja ki a hézagpótlás mechanizmusából a jogalkalmazókat.

Az említett vitának **Szabó Imre** A szocialista jog c. könyvében kifejtett véleménye az alapja. Ez úgy szól, hogy “a joghézag ott jelentkezik, ahol az adott társadalmi viszonyra, *tényállásra nézve kifejtett jogi szabályozás nincsen* ugyan, de olyan *általános pozitív jogi norma igen*, amelyből kitűnik, *hogy a jogalkotó a szóban forgó esetet is rendezni kívánta*”. Ez utóbbi feltétel mellett még az is szükséges, hogy a törvényhozó az analógiát (a törvényalkotás/módosítás mellett, mint a hézagkitöltés másik lehetséges módját) engedélyezze, ami a büntetőjog területén kívül gyakorlatilag mindenhol lehetséges. Az analógia alkalmazásának harmadik feltétele, hogy azt értelmezés előzze meg, és amennyiben az értelmezés segítségével már megoldható a jogeset, akkor a bíró nem nyúlhat az analógia eszközéhez.

Lukács Tibor egyetért abban Szabóval, hogy az analógia a jogszabályi rendelkezést nem alakíthatja át, mert az már jogalkotás, és ez szemben áll a jogalkotó akaratával. Fontosnak tartja azonban azt rögzíteni, hogy a jogszabályt olyan eltérésekkel alkalmazhatja a bíró, amely még nem változtatja meg magát a jogszabályt, vagy annak valamely alapvető tételét. Nem fogadja el azonban Szabónak a jogalkalmazás útján kitölthető illetve ki nem tölthető hézagok közötti különbségtételét. Azt mondja ugyanis, hogy “ami nem tölthető ki, az nem hézag”.

Peschka Vilmos szerint itt Lukács alapvetően ellentmond magának, legalábbis a büntetőjog területét illetően, amelyre nézve egyébként Lukács az előbbieket rögzítette. Először is felhívja a figyelmet arra, hogy Szabó *jogalkalmazással kapcsolatosan* beszél kitölthető és ki nem tölthető joghézagokról. Ez tehát nem érinti a jogalkotót, aki a bíró által ki nem tölthető hézag “betömésére” hivatott. Lukács viszont szemmel láthatólag úgy értelmezte, hogy az egész jogrendszerre nézve teszi e distinkciót Szabó. Az említett önellentmondás pedig az, hogy Lukács maga rögzíti, hogy a hézagot a jogalkotó is

kitöltheti. Márpedig ha ez lehetséges, miért tartja hézagmentesnek a büntetőjogot, mikor az esetlegesen fellépő történeti változások által indokolt valamilyen kriminalizációt csak a jogalkotó végezhet el?

Vagyis Szabó véleménye szerint a büntetőjog területén az analógiát tiltó nullum crimen/nulla poena sine lege elvek ellenére találhatunk joghézagot (ez az, ami tehát a jogalkalmazás útján ki nem tölthető hézagok körét jelenti), Lukács viszont azon a téves véleményen van, hogy ahol az analógia tiltott, ott nincs is hézag.

3. A törvénypozitivisták szemlélet

“A normák, amelyek az embereket kötelezik vagy feljogosítják, csak jogalkotói autoritásból eredhetnek” – írja Hans Kelsen egyik munkájában^[22]. Ebből egyértelműen kiderül, hogy az irányzat a jog meghatározásának (alkotásának és változtatásának) folyamatában az elsőbbséget a jogalkotói szférának biztosította.

A jogot alkalmazó szféra pedig csak az így elé tárt normák szerint járhat el, ahogy Montesquieu is hangsúlyozta: a bíró pusztán a “törvény szája”. A jogtudós, ha egyáltalán jutott neki valami, csak egy utólagos rendszerező, letisztító szerepet töltött be, ám semmiképpen sem léphetett fel alkotó szándékkal.

Ez a szemlélet külföldön a francia “exegétikus iskola” és Hans Kelsen jogelméletében került a legszélesebben kidolgozásra, de előfutáraként kezelhetjük Montesquieu mellett Hobbes-t és Rousseau-t is. Hazánkban Pikler Gyula, Moór Gyula és (első alkotói korszakában) Somló Bódog nevét kell kiemelni.

A joghézagokról kialakított jogpozitivisták felfogás talán legtisztábban **Moór Gyula** elméletében került kifejezésre.

Egyértelműen rögzíti: “*ha a jog valamilyen részletet nem szabályoz, az nem hézag*”^[23]. Vagyis, ha a jogalkotó a törvény megszövegezésekor valamely élethelyzetre nem alkotott szabályt, akkor azt szándékosan tette. Ilyenkor szabadon lehet cselekedni az adott kérdést illetően (például a büntetőjogban: ami a Büntető Törvénykönyvben nem kerül pönalizálásra, az nem bűncselekmény, vagyis felmentést von maga után).

Ha azonban a jogszabály kihirdetését követően olyan változás következik be, amelynek folytán az eset az addigiaktól eltérő elbírálást igényel, Moór véleménye szerint ez a törvény parlamenti módosításával, és nem a bírói gyakorlat útján történhet^[24].

Ehhez képest Hans **Kelsen** – ha csak egy fokkal is, de – enyhébb álláspontot foglal el: a törvények szövegei közt fellelhető hiányosságok pótlása során a bírák tekintettel lehetnek az erkölcsi-igazságossági szempontokra, de sosem a jogtudósi véleményekre. Ám hogy elméletének – melyben a jog a törvénnyel egyenlő – ne mondjon ellent, azt is kifejti: *ez a bírói “belenyúlás” már nem tekinthető jognak*^[25].

A **Bergbohm** és **Brinz** által képviselt *üres jogi tér elmélete* szerint “ami nincs szabályozva, az kívül esik a jogon”. **Zitelman** pedig azt hangsúlyozta, hogy “minden rendelkezés mellett egy olyan implicit norma található, amely minden más magatartást kizár a szóban forgó rendelkezés köréből”. Ez a *kizáró általános norma elmélete*. Ezek szerint “ahol a törvény nem szolgál döntéssel, ott minden esetben el kell utasítani a keresetet, vagy felmentő ítéletet kell hozni”^[26].

Foriers azonban minden olyan felfogással szemben kritikával élt (így a fenti kettővel szemben is), mely szerint a jogban nem fordulhatnak elő hézagok, kiemelve, hogy a jog hézagmentességet a jogtörténet, a jogdoktrína és a joggyakorlat egyaránt kizárta^[27].

Utóbbival összefügg **Coing** nézete is, mikor hangsúlyozza, hogy “a XIX. században uralkodó nézetek hitték és hirdették, hogy a törvény teljes”, és arra az esetre, ha mégis figyelmen kívül maradt valamely eset, különös eljárások álltak készenlétben, mint például Franciaországban a *référé obligatoire*, vagy a porosz igazságügyi minisztériumhoz benyújtandó *kérvényezési rendszer*. “Mindazonáltal... hosszabb vagy rövidebb idő után ismét a bírók feladatává vált, hogy megoldják azokat a problémákat, melyek a törvényi hézagok miatt vagy a homályos törvényi szabályozások révén felmerültek”^[28].

4. A fogalomkutató jogtudomány (Begriffsjurisprudenz)

Az egyetemi jogászság szerepét a végletekig hajszoló “régi iskola” nézete szerint a jogalkotó szerepe pusztán parancsok kiadásában merül ki. Itt lép be a fogalomkutató irányzat elképzelése szerint a jogtudós, akinek a parancsokban található fogalmakat a deduktív logika módszerével kell fellelnie, és hézagmentes egységbe szerkesztenie.

A bírának ezek szerint a törvényi parancsokat a jogtudósi fogalmak tükrében kell alkalmazniuk.

Az irányzat érdeme többek közt az volt, hogy az adott rendszerben elfogadottnak tekinthető jogi kategóriákkal ellentétes szabályok törvénybe foglalását (így kötelezővé tételét) kizárta, valamint teljes mértékben hozzájárult a modern magánjogi törvénykönyvek kialakításához. Fel kell vetni ellene azonban, hogy a merev fogalmi rendszere legalább olyan irreális elvárásnak tekinthető, mint a fent említett törvényt pozitivisták koncepciója.

A legjelentősebb képviselőknek Puchtát, Labandot, Gerbert és Windscheidet tekinthetjük.

A pandektisták logikailag lehetetlennek tartották, hogy a *jogrendszer* hézagokkal bírjon. Hangsúlyozták ugyanis, hogy munkájukkal a törvényhozók által kiadott normákat és az azokban rögzített fogalmakat koherens egészbe foglalják. Kivételesen, ha a törvény hiányos (esetleg zavaros), továbbfejlesztik azt az (általuk kifejlesztett) jogelvek, fogalmak segítségével. Ilyen például az *argumentum a contrario*, vagy az analógia.

Coing említett művében kritikával él ezen felfogással szemben is, mert hangsúlyozza, hogy bár e logikai eszközök lehetnek helyesek, ám nem mindig világos, hogy adott esetben melyiket is kell alkalmazni. Például egy törvényi felsorolás kapcsán mi indokolná az analógia, vagy éppen az “ellenkezőre következtetés” technikájának alkalmazását? Véleménye szerint itt jön be az *értelmezés* lehetősége, és taxatív felsorolás esetén a bíró az *argumentum a contrario*, példálózó felsorolás esetén pedig az analógia alkalmazását állapíthatja meg^[29]. Hasonló véleményre jutott Ulrich **Klug** is, mikor azt mondja: “logikailag... bizonytalan az *argumentum a simile* és az a *contrario* alkalmazása is, mivel a kettő elhatárolására a normák gyakorlatilag pontatlan megfogalmazása gyakran nem ad lehetőséget”^[30]

A **Kohler**, **Binding**, **Wach** nevével fémjelezhető objektív jogértelmezés elméletét felfogása szerint a törvényhozó eredeti szándékát előtérbe helyező történeti értelmezést figyelmen kívül kell hagyni a jogszabály tartalmának felfedésekor, és csak az “objektív” alapú (nyelvtani, logikai és rendszertani) módozatokat lehet alkalmazni. Így nyílhat csak lehetőség “a rendelkezésre álló szövegnek az értelmező kora körülményeinek megfelelő értelmezésére”. **Gény** ezzel szemben azon a véleményen van, hogy az olyan értelmezés, amely elszakad a jogalkotó szubjektív akaratától, az pont emiatt az értelmezőknek biztosítja a szubjektivitást, az önkényességet. Így válhat a jog “tetszőlegessé, játékjellegűvé”^[31].

Továbbá, ha az életben változások következnek be, amelyek jogi szempontból is relevánsak lehetnek, akkor arra nézve ugyancsak ők jogosultak a megfelelő “szabály” kialakítására^[32].

5. A szociológiai irányzat

Ha a jogpozitivisták a “lex lata”, a fogalomkutatók pedig a feszes logikai piramisuk tükrében tartották elképzelhetetlennek a joghézagok létét, akkor ezen (a kései **Ehrlich**, **Duguit**, **Sumner** vagy **Petrasziczkij** nevével fémjelezhető^[33]) irányzat felfogása a legegyszerűbben megérthető.

Ha feltételezzük, hogy a jog a mindennapi gyakorlatban lelhető fel, amibe sem a “jogalkotó”, sem a “jogalkalmazó” nem szólhat bele, akkor egyértelműen megállapíthatjuk, hogy kizárt a hézag léte, mert minden eset eldöntésére találhatunk valamely megoldást, amely az emberek közt kialakult szokásokban, társadalmi viszonyokban, tényekben, vagy (ahogy azt Petrasziczkij véli) az egyének pszichikumában lelhető fel.

6. Összegzés

Kétségtelen, hogy a társadalmi erkölcsök és normák szerves részét képezik jogunknak, még ha csak – kimondva-kimondatlan – a bírói jogalkalmazásban is, ám a mai rohamosan fejlődő világban az együttélés úgy látszik biztosítottnak, hogy több ponton a jogalkotó mondja meg, hogy mit szabad és mit nem. Ehhez kapcsolódhat a jogtudói szféra rendszerező szerepe, mely a nagy dogmatikai múlttal rendelkező jogágak esetén, de a fejlődő területeken is elengedhetetlen. Persze optimálisabbnak tekinthetjük azt az esetet, ha a már kialakult jog(dogmatika)i összefüggésrendszerbe történő beleillesztés már a jogszabály-előkészítés során megtörténik.

Egy összetett jogrendszer eredményes és életszerű működése csak az eddig elhangzott szférák összekapcsolódásával biztosítható. Ám kétségtelen, hogy a *jogrendszernek* minden esetben tartalmaznia kell hézagokat, ha az életviszonyok egésze nincs kötelező normák formájában szabályozva. Márpedig ez utóbbi gondolat legalább olyan helytelen, mint az, hogy a mindennapok alakulását pusztán az egyének között kialakult társadalmi szokásokra bizzuk, ahogy ezt a szociológiai központú koncepció vallja.

II. Egy “modern” joghézag-elmélet

Hogy a témával kapcsolatos saját véleményem lehető legteljesebb mértékben érthetővé váljon, néhány elemre vissza szeretnék utalni. A bevezetésben elhangzott definíció ismételt megtekintésére hívom fel a tisztelt olvasót. Ebből a következőket szűrhetjük le:

a) véleményem szerint joghézag *csakis a már rögzített jogszabályokat illetően keletkezhet*, vagyis nem tekintem joghézagnak azokat az eseteket, amiket például Horváth gyakorlati, vagy Somló helyességi joghézagként említ. Ekkor felvetülhet az az alapvető kérdés, hogy mi van a Legfelsőbb Bíróság jogértelmező tevékenységével? Például Varga Csaba is, egy régi cikkében a joghézag definícióját így határozta meg: “a

jogalkotó szervek által kibocsátott normák... gyakran nem adnak felvilágosítást egyes olyan, meghatározott helyzetekben kívánatosnak tekintendő magatartás mintáiról, amelyek megállapítását *vagy* konkrét vita állami szervek által való eldöntése, *vagy általában a jog teljesebb funkciómegvalósulása igényli*^[34]". Véleményem szerint *a jogértelmezési eljárások* (legyen annak eredménye jogegységi határozat, kollégiumi állásfoglalás stb.) bár nem kétséges, hogy a jog teljesebb funkciómegvalósulását segítik elő, ám nem tekinthetők hézagpótlásra hivatottak, hisz alapvetően "csak" (ám nem lebecsülve jelentőségüket) *már létező*, legfeljebb nem kellően világos *normák pontosítását végzik el*. Ha azt mondanánk, hogy ezek is hézagokat töltenek ki, akkor jogpótló eljárásoknak kellene hívni és tekinteni őket. Azonban azt külön ki kell hangsúlyozni, hogy a Legfelsőbb Bíróság, mint fellebbezési fórum, maga is eldönt másod-, vagy harmadfokon jogeseteket. Ezen eljárása alatt viszont kifejthet olyan tevékenységet, amely hézagpótló jellegű.

b) másrészt a joghézag *csak a konkrét jogesetben válik nyilvánvalóvá*, ilyenkor tapasztalja a bíró, hogy nincs egyértelmű forrás, amely alapján eldönthetné az ügyet. Ezek után válik tehát szükségessé, hogy – a lentebb ismertetésre kerülő feltételek mellett – maga "pótolja" azt, vagy sor kerüljön jogszabály-módosításra. Vagyis, ha nem kerekedik ki semmi vita az emberek között, akkor igazság szerint nincs is semmi, ami jogpolitikailag indokolná a módosítást.

Ezek után néhány alapvetően fontos tételt még le kell fektetnünk.

- *vannak olyan jogterületek, ahol a joghézagok jogalkalmazás útján történő pótlása tiltott*. Ilyen az adójog, vagy a büntetőjog. Ez utóbbi kapcsán fentebb részletezett vita tanulságaként elmondhatjuk, és egyben az adójogra is vonatkoztathatjuk: abból, hogy valamely területen tiltott a bírói pótlás^[35], még nem következik az, hogy ott ne lenne hézag. *Ilyenkor a pótlásra* viszont, ha erre valamilyen kriminál- vagy adópolitikai indok is van, *csak a jogalkotó hivatott*; itt kívánom megjegyezni, hogy nem fogom külön-külön megemlíteni, hogy "vannak olyan jogterületek, ahol a bírói hézagpótlás tilos...". Vagyis alapvetően a többi jogterületet hangsúlyozom majd, ahol a bírónak nincs megtiltva az analógia;

- látnunk kell, hogy a jelenlegi jogrendszerünkben ténylegesen jogszabály alkotására a bírák nem jogosultak^[36]. Így ha valamely esetben hézagra lel, teszi fel a kérdést Lukács, köteles-e mindene esetben dönteni? Válasza az, hogy nem, mert akkor esetleg eljuthatna oda, hogy jogot alkot^[37]. Véleményem szerint ez egy helytelen válasz, mert *dönteni minden esetben köteles* (hova jutna el a jogszolgáltatás, ha a bíró azt mondaná a pereskedni vágyó feleknek: "nincs kedvem dönteni"?!), *azonban nem mindig köteles a hézag pótlására!* A kereset elutasítása ugyanúgy döntés, de legalább ennyi tennie kell. Azonban a gondolatának második részét igenis figyelembe kell venni, és erre nemcsak ő hívta fel a figyelmet. Gény szerint *az analógia többé nem törvényalkalmazás, hanem "szabad kutatás", ami gyakorlatilag már jogalkotás*^[38]. Azt persze nem hagyhatjuk figyelmen kívül, hogy Gény e kijelentését más hangsúllyal, a szabad jogkutatók koncepciójának támogatása miatt tette, azt pedig tudjuk, hogy ezen felfogás szerint a bírák jogot alkotnak. Ám tételét igazoltnak tekinthetjük a jelenlegi időkre is, ha azt tapasztaljuk, hogy a bíró túlzottan eltér a jogszabály szövegétől. Ezért kifejezetten hangsúlyozni szeretném Coing azon tételét, amit már fentebb említettem: "a bíró... kötött ahhoz a "kodifikációhoz", amely kiegészítésre szorul", amivel mindenképpen egyet kell értenünk.

Ezek után pedig térjünk át a joghézagok csoportosítására.

1. Keletkezés szerint megkülönböztethetünk “eredeti” és “változási” joghézagot. **Eredeti joghézag** alatt képletesen azt az esetet értem, mikor “*valamely tény létezett, de a jogszabályba nem vették bele*”. Ha egy bíró ilyen esetet észlel, az értelmezés eszközehez kell nyúlnia avégből, hogy megállapíthassa, a jogalkotói mulasztás szándékosan, vagy véletlenül történt-e? Ha arra a következtetésre jut, hogy az adott eset kodifikálását *szándékosan* hagyták el, akkor *nincs joga a hézagot pótolni, ezt legfeljebb csak a jogalkotó teheti meg*. Így például a jövedékkel visszaélés bűncselekménye címén (melyet legújabban a 2001. évi CXXI. törvénnyel vettek bele a Büntető Törvénykönyvbe) nem ítélt el a bíró azt, aki bár a jelenlegi szabályok szerinti elkövetési magatartást fejt ki, azonban mindezt akkor tette, amikor még nem volt büntetendő.

Véletlen mulasztás akkor fordulhat elő, ha egy létező esetet a véletlenség folytán figyelmen kívül hagytak a jogalkotáskor. Ezesetben a *bíró* az analógia alkalmazásának fentebb elhangzott általános elve szerint, vagyis hogy nem mehet túl az eredeti rendelkezésen, a már meglévő hasonló normából levezetheti az eset eldöntéséhez szükséges szabályt.

Változási joghézagot az szül, ha *az adott jelenség a jogalkotáskor még nem létezett, későbbi megjelenése folytán jelentkező perek megoldásához azonban szabályozása indokolt lenne*. Az ilyen változásokat részben hazai jogszabályok, illetve nemzetközi (például Európai Unió) normák vagy szerződések módosulásai, másrészt a mindennapok történései keletkeztethetik. Előidézhetnek ezek teljes vagy részleges hézagot (pontos megértéséhez lásd a következő pontot). A betöltésére alapvetően jogszabályi módosítások, vagy új normák alkotásával kerülhet sor, de kivételesen a bírák is eljárhatnak. Utóbbi egyébként csak részleges hézag esetén történhet.

2. Terjedelme szerint pedig “teljes” és “részleges” hézag között tesztek különbséget.

Teljes joghézag esetén *egyáltalán nincs rendelkezés az eldöntendő esetre nézve*. Logikusan következik azon tételből a megoldás, mely szerint a bíró nem alkothat jogot, hogy egy teljesen új és kötelező szabályt csak a jogalkotó fektethet le. Mind az eredeti, mind a változási joghézag előidézheti, és utóbbi esetben látványos, hogy a hézagpótlás a bírósági gyakorlat fényében történik. Így például még a hatvanas években a Legfelsőbb Bíróság vezette le a polgári jogi kármegosztás elvéből azt, hogy a munkavállaló nem köteles megtéríteni a kár azon részét, amelyet a munkáltató felróható magatartása folytán maga idézett elő. Ezen szabály akkor hamarosan belekerült a Munka Törvénykönyvébe is, és jelenleg is a munkavállalói kártérítési szabályok egyik alapvető tétele.

Részleges joghézagról akkor szólnunk, ha *egy már meglévő rendelkezés hiányos*. Ilyen fordulhat elő egy konjunktív vagy épp vagylagos feltételeket, esetleg felsorolásokat tartalmazó normánál. A hézag pótlására való jogosultság annak megfelelően alakul, hogy például a konjunktív vagy vagylagos *feltételek* konkrétak-e vagy olyan elemet is tartalmaznak-e, mint például “más hasonló módon”. Ha ez utóbbiról van szó, akkor a bírák tölthetik ki azon hézagot, mely szerint egy konkrét eset csak “más hasonló mód”, és nem egy a konkrétan meghatározottak közül. Egyebekben,

ha a feltételek egyértelműek, újabb betoldását csak a jogalkotó végezheti el. Ugyanígy, ha egy *felsorolás* példálózó, a jogalkalmazás gördülékenysége érdekében a bíró is elvégezheti a tényállásnak a hiányos norma alá vonását, ám ez taxatív rögzítettség esetén kizárt.

Vagyis láthattuk, hogy a hiányosságok pótlására a bíró és a jogalkotó van felhatalmazva. Utóbbi tehát “szándékos” eredeti, valamint változási, illetőleg mind teljes, mind részleges joghézag esetén felléphet. Mégis sokkal érdekesebb a bíró szerepe. Ahogy az már fentebb elhangzott, akik tagadják magának a hézagok a létét, azok a bírók szerepét is elvetik. Akik viszont az ellenkező oldalon vannak, azok a bírót tekintik a pótlásra elsősorban hivatottnak.

Mindig felmerül a kérdés, hogy mely eszközzel kerülhet sor a hézagpótlásra? A válasz elég egybehangzó: analógia útján. Azonban azt már most rögzíteni kell, hogy az analógia alkalmazását az értelmezésnek meg kell előznie. Részben azért, hogy megállapíthassa a bíró: hozzá nyúlhat-e egyáltalán az analógiához vagy sem. Ha olyan típusú joghézagot állapít meg a bíró, amelynek kitöltésére a jogalkotó hivatott, így ő nem teheti meg: jelen keresetet el kell utasítania, vagy az eljárást meg kell szüntetnie (az persze más kérdés, hogy ezt fellebbezés követheti, majd a legvégén hozott legfelsőbb bírósági döntés hathat a jogpolitikusokra is, ami végül jogszabály-módosításban csapódhat le). Másrészt azért, mert, ha lehetséges, előbb egyéb megoldást, mint például a nyelvtani, vagy a logikai, esetleg rendszertani értelmezést kell alkalmazni.

Érdekes annak vizsgálata, hogy egyesek, ha már a bírót felhatalmazottnak látják a hézagpótlásra, akkor véleményük szerint mi áll az analógia háttérében. Így láthattuk, hogy egyesek a jogelvek, vagy más morális elvek, mások az igazságosság, esetleg a már kialakult dogmatikai kategóriák fényében képzelik el a hézagok kitöltését. Saját magam úgy gondolom, hogy a bírónak a kiegészítéskor a jogszabályban, a jogágban vagy magában az egész jogrendszerben fellelhető jogelveket éppúgy, mint a hosszú évtizedek alatt kifejlődött dogmatikai kategóriákat szem előtt kell tartania, azt pedig egyszerűen nem lehet megakadályozni, hogy legalább részben a moralitás is bekapcsolódjon a munkájukba.

Végül még azt is tekintsük át, hogy a hézag, amely pótlásra került, *milyen “jövővel bír”*? Az nem kétséges, hogy a jogalkotó által véghezvitt kiegészítés, akárcsak maga az alapszabály, kötelező erővel fog bírni. Azonban mi van a jogalkalmazó hatóságok által kitöltött szabályokkal? Ismét csak arra tudom felhívni a figyelmet, hogy a bíró nem alkothat jogot, vagyis *az ilyen pótlás csak az adott esetre nézve alkalmazható*, és egyébként kötelező erővel nem bírhat.

Vagyis összességében a bírák csak a következő feltételek együttes teljesítése mellett jogosultak a hézagpótlásra:

- csak az elé kerülő ügyben teheti;
- először az értelmezés eszközét veheti igénybe, és ha azzal nem jut eredményre, azokon a területeken, ahol egyáltalán szabad számára, analógiát használhat;
- azonban ekkor sem távolodhat el az alapul szolgáló “kodifikációtól”;
- döntése csak az adott esetre nézve hatályos.

Mégis elmondhatjuk, hogy a Legfelsőbb Bíróság itt is sajátos szerepet vívott ki magának. Az általa hozott határozatoknak “BH-k” formájában való közzététele

alkalmas arra, hogy az eljárás során hozott esetleges analógiás megoldások átmenjenek a mindennapos bírói gyakorlatba, nyilvánvalóan azzal az alapvető feltétellel, hogy a későbbi esetről az analógiát (és nem magát a döntést) csak akkor alkalmazhatják, ha a két ügy egészében megfelel egymásnak. Ennek hiányában is azonban a BH-ban lefektetett eljárás, amellyel az “eredetitől eljutottak a megfelelőig”, igénybe vehetőnek tűnik.

Jegyzetek:

- [1] Canaris e definíciót “Décision, Complétude, Clóture. A propos de lacunes de droit” c. tanulmányában rögzítette, melyet összefoglalt Varga Csaba: Jogi logikai tanulmányok c. írásában; megjelent: Állam- és Jogtudomány, 1968/1. szám, p. 169.
- [2] Helmut Coing: A jogfilozófia alapjai, Osiris Kiadó, Budapest, 1996: p. 267.
- [3] H. Szilágyi István – Loss Sándor, in: Bevezetés a Jog- és Államtudományokba, Prudentia Iuris 2., 3. kiadás, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2001: p. 92.
- [4] Lukács Tibor: Analógia és törvényesség, Jogtudományi Közöny, 1965/3. szám, p. 62.
- [5] Eugen Ehrlich: Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 32-46.
- [6] Nizsalovszky Endre: Fogalomkutató és érdekkutató jogtudomány, a szabadjogi iskola és a tiszta jogtan – Tanulmányok a jogról, Akadémiai Kiadó, Budapest. 1984: p. 26.
- [7] Pokol Béla: A jog elmélete, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001: p. 290.
- [8] Hermann Kantorowicz: Küzdelem a jogtudományért, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 53-54. és 66-67.
- [9] Az irányzat felfogása szerint a fogalmaknak három csoportja van: a “parancsfogalmakat” a jogalkotó, a “szerkezeti fogalmakat” és az “érdekfogalmakat” pedig a jogtudósok alkotják
- [10] Nizsalovszky: *uo.*, p. 16-32.
- [11] Idézi: Pokol: *i.m.*, p. 376-377.
- [12] Pokol: *uo.*, p. 370-371.
- [13] Pokol: *uo.*, p. 379-380.
- [14] Coing: *i.m.*, p. 258-259. és 264-265.
- [15] H. Szilágyi István – Loss Sándor: *i.m.*, p. 93.
- [16] Varga: *i.m.*, p. 169.
- [17] Horváth Barna: A jogelmélet vázlatja, Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., Szeged, 1937: p. 170-173.
- [18] Horváth: *i.m.*, p. 171.
- [19] Somló Bódog: Jogbölcselet, Prudentia Iuris 1., Szerk: Szabadsfalvi József, Anders Kft., Miskolc, 1995: p. 123-125.
- [20] Tipikusan ilyen, ha a törvény szerint a trón csak egy dinasztian belül maradhat, azonban az kihal, vagy ha az uralkodó halála előtt nem nevezi meg utódját, pedig ez kötelessége volna; a példákat lásd: Somló: *i.m.*, p. 125.
- [21] Ehhez lásd: Szabó Imre: A szocialista jog, Budapest, 1963: p. 283-289.; Lukács Tibor: *i.m.*, p. 61-72.; Peschka Vilmos: Gondolatok a joghézagokról és a jogi analógiáról, Jogtudományi Közöny, 1966/3. szám, p. 129-141.
- [22] Hans Kelsen: A tiszta jogtan és az analitikus jogszemlélet, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 141.
- [23] Pokol: *uo.*, p. 342.
- [24] Pokol: *uo.*, p. 343.
- [25] Pokol: *uo.*, p. 302.
- [26] Kantorowicz: *i.m.*, p. 52-53.
- [27] Foriers “Les lacunes de droit” c. tanulmányát összefoglalta: Varga Csaba: Jog és logika, a joghézagok c. írásában; megjelent: Állam- és Jogtudomány, 1969/1. szám, p. 191.
- [28] Coing: *uo.*, p. 258.
- [29] Coing: *uo.*, p. 259-260.
- [30] Klug “Observations sur le problème des lacunes de droit” c. tanulmányát lásd: Varga: *i.m.*, p. 191.
- [31] Coing: *uo.*, p. 259-261.
- [32] Az egyetemi jogászok ilyesfajta felfogása talán nem meglepő, ha a középkorban kialakuló, és egészen a XIX. századig élő Aktenversendung gyakorlatára gondolunk, mely szerint, ha a bíró egy ügy eldöntése során nem bízott kellőképpen saját ismereteiben, véleményezésre felküldte az eset iratait valamelyik neves egyetemi oktatónak. Ezen szerepkör a fogalomjogászat képviselőinek beállítódását, úgy gondolom, erőteljesen befolyásolta.

[33] Jogfelfogásukat az “élő jog”, az “objektív jog”, a “népszokások” és az “intuitív jog” kifejezésekkel illették, lásd: Pokol: u.o., p. 292-293.

[34] Varga Csaba: Kodifikáció – joghézag – analógia, Állam- és Jogtudomány, p. 566.

[35] Ez a büntetőjogban a nullum crimen/nulla poena sine lege elvekből következik, illetve például az államháztartásról szóló törvény 10.§ (3) bekezdése kimondja: “fizetési kötelezettséget előírni... csak törvényben, illetve törvény felhatalmazása alapján önkormányzati rendeletben lehet”.

[36] Ellenben külön vitát is megérne annak megvizsgálása, hogy *jogot* alkothatnak-e.

[37] Lukács: u.o., p. 67.

[38] Coing: u.o., p. 260.

Irodalom:

Coing, Helmut: *A jogfilozófia alapjai*, Osiris Kiadó, Budapest, 1996: p. 258-267.

Ehrlich, Eugen: *Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány*, in: *Jog és filozófia*, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 32-52.

Horváth Barna: *A jogelmélet vázolata*, Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., Szeged, 1937: p. 170-173.

H. Szilágyi István – Loss Sándor, in: *Bevezetés a Jog- és Államtudományokba*, Prudentia Iuris 2., 3. kiadás, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2001: p. 91-93.

Kantorowicz, Hermann: *Küzdelem a jogtudományért*, in: *Jog és filozófia*, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 53-67.

Kelsen, Hans: *A tiszta jogtan és az analitikus jogszemlélet*, in: *Jog és filozófia*, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 141.

Lukács Tibor: *Analógia és törvényesség*, Jogtudományi Közlöny, 1965/3. szám, p. 61-72.

Nizsalovszky Endre: *Fogalomkutató és érdekkutató jogtudomány, a szabadjogi iskola és a tiszta jogtan – Tanulmányok a jogról*, Akadémiai Kiadó, Budapest. 1984: p. 13-39.

Peschka Vilmos: *Gondolatok a joghézagról és a jogi analógiáról*, Jogtudományi Közlöny, 1966/3. szám, p. 129-141.

Pokol Béla: *A jog elmélete*, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001

Somló Bódog: *Jogbölcészlet*, Prudentia Iuris 1., Szerk: Szabadfalvi József, Anders Kft., Miskolc, 1995: p. 123-125.

Szabó Imre: *A szocialista jog*, Budapest, 1963: p. 283-289.

Varga Csaba: *Jogi logikai tanulmányok*, Állam- és Jogtudomány, 1968: p. 168-171.

Varga Csaba: *Jog és logika, a joghézagok*, Állam- és Jogtudomány, 1969: p. 190-192.

Varga Csaba: *Kodifikáció – joghézag – analógia*, Állam- és Jogtudomány, 1970: p. 566-572.

Patyi Gergely

Gondolatok a bírósági eljárásban megállapítható ügyvédi költségek új szabályairól

A Magyar Közlöny 2002. március 30-án megjelent számában került kihirdetésre a bírósági eljárásban megállapítható ügyvédi költségekről szóló 8/2002. (III. 30.) IM rendelet (a továbbiakban: rendelet).

Az ügyvédi költségek újra szabályozása nem vitathatóan szükséges lépés volt, tekintettel arra, hogy a 12/1991. (IX. 29.) IM rendelet és annak módosítása felett eljárt az idő, ugyanakkor talán az új szabályozás néhány vonatkozásában talán kéréletlennek minősíthető.

A rendelet hatályba lépéséig a bírósági eljárásban az ügyvédi költségek az alábbiak szerint alakultak:

Az első fokú bírósági eljárásban a bíróság magánvádas büntetőügyben legalább ezer forintot, legfeljebb tízezer forintot, polgári peres ügyben legalább ezer forintot, legfeljebb a perérték öt százalékát kitevő összegű, személyi állapotra vonatkozó peres ügyben legalább kétezer forintot, legfeljebb tízezer forintot, a meg nem becsülhető perértékű polgári peres ügyben legfeljebb hétezeröttszáz forintot állapíthatott meg. A nem peres eljárásban a peres eljárásban megállapítható munkadíj legfeljebb ötven százalékát kitevő összegű ügyvédi munkadíjat állapíthatott meg a bíróság.

A másodfokú bírósági eljárásban, a felülvizsgálati eljárásban és a hatályon kívül helyezés folytán megismételt eljárásban megállapított ügyvédi munkadíj az elsőfokú eljárásban meghatározott összeg ötven százalékáig terjedhetett.

A korábbi szabályozás lehetőséget adott a bíróságnak arra is, hogy különösen bonyolult ügyben a bíróság az ügyvédi munkadíjat legfeljebb ötven százalékkal megemelje.

Az új rendelet 5. §-ának (1) bekezdése alapján a jogszabály a kihirdetését követő 30. napon, azaz 2002. április 31-én lépett hatályba méghozzá úgy, hogy rendelkezéseit a folyamatban lévő ügyekben is alkalmazni kell.

A cikk témája ezzel a kitételrel vált igazán aktuális és akut kérdéssé, mivel a folyamatban lévő ügyekre történő alkalmazás elrendelése a peres feleket és az ügyvédeket kényes és váratlan helyzetbe hozta.

2002. május 2-án a Pesti Központi Kerületi Bíróság korábban már berekesztett polgári peres ügy tárgyalását azért nyitotta meg újra, mivel a felek a korábbi jogszabály alapján terjesztettek elő perköltség igényt, azonban a per a rendelet hatályba lépése miatt "eldönthetetlené" vált. A bíróság a perköltség eldöntésére a jogszabályváltozás folytán már nem rendelkezett kellő ténnyel és ismerettel, így kénytelen volt a feleket felhívni arra,

hogy perköltség igényüket az új szabályozás alapján állapítsák meg és terjesszék az eljáró bíróság elé.

A feladat teljesítése érdekében a rendeletet áttekintettük, de a felettebb alapos áttanulmányozás után is számos kérdést homályosnak vélünk, ezért kívánjuk gondolatainkat a nyilvánosság előtt is ismerté tenni.

Sorra véve a rendelet szakaszait, az alábbi problémákat fedeztük fel.

A rendelet 3. §-ának (1) bekezdése alapján a pernyertes fél indítványozhatja, hogy részére a bíróság az eljárásbeli képvisellel felmerült költség címén állapítsa meg az ügyvédi költségeket.

Tekintettel arra, hogy a peres eljárás lényege a jogkérdés eldöntése, amely az ítélelhozattal következik be, így a pernyertesség kérdésében csak az ítélelhozattal követően van lehetősége a feleknek állást foglalni.

Figyelemmel arra azonban, hogy a per – első fokon nem jogerősen de - a határozathozattal lezárul a pernyertes fél indítványt már nem terjeszthet elő. Ameddig pedig a pert a határozat nem zárja le addig a pernyertes fél személye sem derül ki, így a fentiek alapján a rendelet idézett megfogalmazása értelmetlennek tűnik.

Tovább bonyolítja a helyzetet, hogy a Pp 81. §-ának (1) bekezdése alapján részleges pernyertesség esetében a bíróság a perköltség felől a pernyertesség arányának, valamint az egyes felek által előlegezett költségek összegének figyelembevételével határoz. A magunk részéről ezt a rendelettel összefüggésben teljességgel értelmezhetetlennek tartjuk ugyanis részleges pernyertesség esetén pernyertes félről beszélni fogalmilag kizárt.

A fentiek miatt véleményünk szerint a jogalkotónak célszerűbb lett volna pontosabb megfogalmazást választania. Elképzelhető szövegváltozat lehetett volna például, hogy a fél pernyertessége estére indítványozhatja, hogy részére a bíróság az eljárásbeli képvisellel felmerült költség címén állapítsa meg az ügyvédi költségeket.

Az ügyvédi költség továbbra is két elemből, a munkadíjból és a készkiadásokból tevődik össze, azonban a költség tényleges megállapításában jelentős eltéréseket tapasztalhatunk a korábbi szabályozáshoz képest.

Az ügyvédi munkadíjat a korábbi "százalékos" számítási módtól eltérően a jövőben a fél és képviselője között létrejött ügyvédi megbízási szerződésben kikötött munkadíj alapján kell megállapítani.

Az ügyvédekről szóló 1998. évi XI. törvény (a továbbiakban: Ütv.) 9. §-ának (2) bekezdése szerint az ügyvédi megbízási díj szabad megállapodás tárgya, és azt a 23. § (2) bekezdése szerint a megbízással, (tényvázlattal) írásba kell foglalni.

Kérdésként merül fel azonban a rendelet szabályozási elgondolásának összevetése az Ütv. 8. §-ának (1) bekezdésében rögzített titoktartási kötelezettséggel, tekintettel arra, hogy az ügyvédet titoktartási kötelezettség terheli minden olyan tény és adatot illetően, amelyről a hivatásának ellátása során szerzett tudomást.

Véleményünk szerint az írásba foglalt megbízási díj és a megbízási további részletei az ügyvédi titok körébe tartoznak és nem képezhetik a per tárgyát, azok titokban tartása az ügyvéd kiemelt kötelezettsége. Amennyiben a megbízásiban rögzített ezen ügyvédi titok nyilvánosságra kerülne, úgy az a megbízó részéről súlyos bizalomvesztéssel járhatna.

Kérdésként merül fel az is, hogy az ügyvédi munkadíjban történt megállapodás mennyiben tartozik a másik félre, és azt hogyan lehet elkülöníteni a megbízási (tényvázlat) egyéb elemeitől? Tekintettel arra, hogy a beadványokat a Pp. szerint meghatározott példányban kell előterjeszteni így az ügyvéd által képviselt fél ellenfele is tudomást szerez a megbízásiban foglaltakról, az ügyvédi titokról.

További kérdésként merül fel az is, hogy amennyiben az ügyvéd a perben átalány megbízás vagy óra alapú elszámolás alapján jár el, akkor az ügyvéd a bíróság felé hogyan tudja igazolni az átalány megbízásból vagy az időráfordításból ténylegesen az ügyre jutó összegeket?

A fenti kérdések áthidalását jelenthetné talán – a titokra vonatkozó álláspontunktól eltekintve -, ha az ügyvéd és a megbízó a jövőben a munkadíjról külön iratban állapodna meg, azonban folyamatban lévő ügyekben még ezt a megoldást sem tartjuk alkalmazhatónak.

A munkadíj kérdésköréhez tartozik még a rendelet 3. §-ának (2) bekezdésében foglalt rendelkezés is, mivel ha a bíróság az ügyvédi munkadíjat eltúlzottnak tartja, a képviselő ellátásával felmerült költség összegének megállapítása során az ügyvédi munkadíj perkölségként érvényesíteni kívánt összegét az általa indokoltnak tartott mértékre leszállíthatja.

Anélkül, hogy kétségbe vonnánk a bíróság mérlegelési jogát kissé parttalannak érezzük a rendelet megfogalmazását, tekintettel arra, hogy a bíróság számára kizárólag az ügyvéd által benyújtandó dokumentumok fognak rendelkezésre állni, azok elvetése esetén pedig nem lesz mivel alátámasztani a munkadíjban való döntést.

További problémaként merülhet fel, hogy az ügyvéd a megbízásban kikötött munkadíj elvetése esetén a saját megbízójával szemben miként fogja tudni érvényesíteni az immár bíróság által “eltúlzottnak” ítélt munkadíját? Egyáltalán a bíróság hogyan fog az Ütv-ben rögzített joggal ellentétesen dönteni? Emlékeztetőül ismételtelen annyit, hogy az Ütv. szerint a munkadíj szabad megállapodás tárgya, tehát a megbízó által elfogadott bármilyen ügyvédi munkadíj jogszerű. (Az etikai kérdések vizsgálatától jelen munkában eltekintünk.)

A korábbi szabályozáshoz hasonlóan az ügyvédnek az eljárásban felmerült készkiadásait a rendelet szerint a bíróság az ügyvéd által benyújtott tételes kimutatás alapján állapítja meg. A korábbi szabályozásban azonban a bíróság felhívhatta az ügyvédet, hogy a készkiadásait részletezze, illetőleg egyes kiadásait igazolja és ha az ügyvéd a bíróság által megszabott határidőn belül a készkiadásait nem részletezte, vagy nem igazolta, a bíróság az ügyvéd készkiadásait a rendelkezésre álló adatok alapján állapította meg. A készkiadások megállapításának mellőzése vagylagos lehetőségként állt fenn.

Az új szabályozás szigorúbb, hiszen ha az ügyvéd a bíróság által megszabott határidőn belül készkiadásait nem részletezi és nem igazolja, a bíróság a készkiadások megállapítását mellőzi.

Véleményünk szerint a készkiadások igazolásával csupán egy probléma van, hogy azok tételes igazolása szinte lehetetlen feladat, hiszen az ügyvel kapcsolatos telefonhívások, irodaköltségek tételes elszámolása szinte lehetetlen, de feltehetően legtöbbször nem éri meg az energia ráfordítást, így szinte bizonyosnak tartjuk, hogy ezen a jogcímen még ritkábban fog a bíróság az ügyvédnek készkiadást megítélni.

Észrevételünk továbbá az is, hogy a rendelet a beavatkozót képviselő ügyvéd költségeiről nem rendelkezik. Kétségtelen, hogy a beavatkozót képviselő ügyvédre a korábbi rendelet sem tartalmazott határozott állásfoglalást, ennek ellenére a bírói gyakorlat megfelelően tudta a kérdést rendezni, azonban talán a szabályozási kör pontosabb definiálása sem ártott volna az új szabályozásnak.

Fentiek alapján érdeklődve várjuk a felvetett kérdésekre a lehetséges megoldási javaslatokat véleményeket, addig is próbálunk megfelelni a rendelet által elének tárt kihívásoknak.

Pokol Béla

A joghoz jutás esélyei*

A modern társadalmakban az emberek joggal, jogi előírásokkal szembesülése mindennapi eseménnyé válik. A társadalom modernizálódásának egyik alapvető vonása, hogy a hierarchikus közösségekbe befogott egyéni élet helyett sokoldalúan függetlenített individuumokból álló társadalmi szerveződés jön létre. Így a tartós és változatlan kapcsolatokban zajló élet helyett a nagymértékben atomizált egyének állandóan változó, egyszeri kapcsolatokból felépülő élete lesz a jellemző. Ebben a szerveződésben a termékek piaca és a szolgáltatások piaca a pénzen keresztül nyújtja az individualizálódott egyéneknek azt, amit korábban a hierarchikus kisközösségekben (többgenerációs nagycsaládok, szomszédságok, zárt falvak közösségei stb.) a szokások szerint szabályozottan a közösség tagjai teljesítettek egymás iránt. Régebben a gyereknevelés, öregkori gondozás, de a napi munka és a többi tevékenység is, tartós, változatlan közösségekben zajlott le, míg a modernizáció mai szakaszán ezek egyre inkább különböző szolgáltatási piacokon szerveződnek meg, és pénzen keresztül, személytelenül jutnak el az egyénekhez. Ez a modernizációs fejlemény a minimálisra szorítja vissza a valamikori közösségeken belüli ellenőrzési és konfliktus-megoldási mechanizmusokat az egyének között, és egyre inkább az állam által biztosított jogszolgáltatást teszi ezek eszközévé. A jog tehát egyre fontosabbá válik a modern társadalmak működésében, és az egyes ember életében egyre több szempontból válnak fontossá a jogi előírások és a jogi garanciák.

Ezzel a modernizációs fejleménnyel párhuzamosan jött létre az európai civilizációs fejlődésmenetben - már a felvilágosodásban - a törvény előtti egyenlőség, a jogegyenlőség eszméje, amely a feudális rendi társadalom egyenlőtlen jogi státusai helyére minden ember egyenlőségét írta elő a jogi bánásmód számára. Ez nagy előrelépést jelentett a nyílt jogegyenlőtlenség korábbi állapotához képest, de az 1800-as évek folyamán nagyon hamar kiderült, hogy a vagyoni, iskolázottsági stb. egyenlőtlenségek az egyes egyének között sok szempontból semmissé teszik a törvény előtti egyenlőséget a mindennapi bírói perekben és más jogi eljárásokban. Ennek megfelelően a szociálisan érzékenyebb országok törvényhozásai már az 1800-as évek második felében léptek ebbe az irányba, és például a német polgári perrendtartás 1877-ben az ún. "szegényjog" keretében igyekezett költségkedvezményekkel segíteni az alsóbb társadalmi rétegek bírósághoz fordulását (lásd Kengyel 2001:179).

Ebben az időben azonban az emberek túlnyomó többsége még zárt kisközösségekben élte életét, és csak az élet ritka pillanata volt a joghoz fordulás,

a bírói perben való részvétel. Csak az 1900-as évek gyorsuló iparosítása és átfogóbb modernizációja hozta létre a már jelzett széleskörű individualizációt és a hagyományos kisközösségek szerepének háttérbe szorulását, és ezzel a jogi előírások illetve a jogi garanciák egyre erősödő szerepét a mindennapokban. Ennek megfelelően a formális jogegyenlőség mellett a joghoz jutásban való tényleges egyenlőség követelése is csak az 1900-as évek második felétől erősödött fel a modern társadalmakban. Az “access to justice” körülményeinek elemzése és a társadalom szegényebb rétegeinek e téren való szélesebb körű segítése Nagy Britanniában és az Egyesült Államokban indult az 1940-es évek végétől, de a kontinentális nyugat-európai országokban is hamar visszhangra találtak ezek a törekvések, és itt is átvették ezeket az 1970-es és 1980-as évektől kezdve. Először szűkebb jogszociológiai műhelyekben vitatták meg az itteni problémákat, majd az így kibontakozó kritikák hatására a törvényhozások is léptek, és a jótékonsági alapon szerveződő magánszervezések mellett az állami jogsegély formáit is megteremtették.

Közép-Kelet-Európában az állampárti rendszerek bukása óta, az 1990-es évek elejétől gyors léptekkel halad a társadalom átalakítása abba az irányba, ahol a kiterjedt állami kontroll helyett a legkülönbözőbb életszférában a piaci szolgáltatások és a jog szervezi az életet. A megnövekedett jogi szerep így nálunk is sürgetővé teszi a joghoz jutás feltételeinek és az itteni esetleges akadályoknak a vizsgálatát.

Ebben a tanulmányban ezt fejleményt tartjuk szem előtt. Először megvizsgáljuk, hogy a jogkoncepcionális szembenállások milyen eltéréseket hoztak létre a joghoz jutást segítő utak kiépítésében (1), ezután megnézzük, hogy az angol-amerikai illetve a kontinentális európai jogrendszerek eltérő bírói szerepfelfogása milyen következményekkel jár a joghoz jutás biztosításában (2), ezután szemügyre vesszük az eltérő jogrendszerekben a perköltségek nagyságát és az ebből fakadó akadályokat a joghoz jutásban (3), és végül a legterjedelmesebb részben az állami és más, jótékonsági jogsegély-formákat vizsgáljuk meg rendszeresen (4).

Mivel hazai vonatkozásban rendszeres empirikus jogszociológiai vizsgálatok csak nagyon kis mértékben állnak rendelkezésre, ezért elsősorban a Nyugat-Európában és az USA-ban található megoldásokat elemezzük majd, de ahol magyar adat – legalább felbecsülhető nagyságban - található, ott az elemzés kapcsán ez is említésre kerül.

1. Jogkoncepciók és a joghoz jutás modelljei

Az eltérő jogkoncepciók a jog más és más mozzanatát emelik a jog középpontjába, és ennek fényében szemlélik az egész jogrendszer működését. Ebből következően a joghoz jutás biztosítását is eltérő irányokban és eltérő megoldásokkal lehet megközelíteni az egyes jogkoncepciókból. Ha a gyakorlati megoldásokat és az ezek közötti rivalizálásokat vesszük szemügyre, melyek az elmúlt évtizedekben a nyugati országokban kialakultak, akkor három főbb megközelítést tudunk elkülöníteni a joghoz jutás segítése terén. Az egyik megközelítést a szövegpozitivista és a jogdogmatikai pozitivista jogkoncepciókból kiindulók hozták létre, egy másik irányzatot e téren az alapjogi jogkoncepció hívei alakítottak ki, akik a jogot első sorban az alkotmányos alapjogokkal azonosítják, és a jog többi mozzanatát csak kiegészítő és alárendelt szerepben fogják fel, és végül a gazdasági jogelmélet híveinek álláspontja különíthető el a joghoz jutás vizsgálata terén. Ez a harmadik azonban csak alárendelt szerepet játszik a gyakorlati megoldások alakításában, és inkább csak a polgári pereket illetően vannak markáns elképzeléseik. Főként az elsőként említett két irányzat rivalizálása érhető tetten az egyes országok joghoz jutást segítő megoldásainak alakításában.

Legcélszerűbb megvizsgálni az Egyesült Államok joghoz jutási segítő formáit, mert itt épült ki legmarkánsabban ez a szembenállás, és más országokban csak az itteni ösztönzések hatására és csak kisebb mértékben jött ez létre.

Történetileg először az a fajta jogsegély épült ki, amely a szegényebb és információhoz jutás terén hátrányos helyzetben lévő társadalmi rétegek számára a *hagyományos ügyvédi képviselői és jogi tanácsadási tevékenységet nyújtotta ingyenes alapon*. Jótékonsági társaságok, karitatív tevékenységként hozták létre már az 1800-as évek végétől a nagyobb amerikai városokban a "Legal Aid Societies" (Jogsegély Társaságok) rendszerét, melyek ügyvédek alkalmaztak abból a célból, hogy az alacsony jövedelemmel rendelkezőket ingyenesen segítsék jogi problémáik megoldásában (lásd Knoppke-Wetzel 1978: 197). Ezek ma is működnek, és minden nagyobb amerikai városban megtalálhatók a Legal Aid Bureau-k, de mivel az alacsony jövedelem igazolását nagyon szigorúan veszik, ezért rendszerint a kérelmezők 20%-át elutasítják az igazolás nehézsége miatt. Hasonlóan ehhez a jogsegélyi formához, a büntető ügyek területén két jogsegély-forma alakult ki, melyek szintén a hagyományos ügyvédi tevékenységet nyújtják ingyenes alapon. Az egyiket a kirendelt védő (Assigned Counsel) másokat a "közvédő" (Public Defender) rendszere jelenti. A kettő között a különbség abban áll, hogy míg a kirendelt védőt a gyanúsított számára a hatóság illetve a bíróság rendeli ki az ügyvédi irodák listájától, akik jelentkeztek kirendelt védői feladatokra, ha a gyanúsított nem tud maga számára ügyvédet fogadni,

addig a közvédő az önkormányzatok által felállított közvédői hivatalokban tevékenykedik alkalmazott ügyvédként, vagy tartós megbízásban. Ennek fontos hatása van a két eltérő rendszer hatékonyságára. Míg a kirendelt védői listára az egyes ügyvédek közül rendszerint a fiatalabb és tapasztalatlanabb ügyvédek jelentkeznek, akik csak kevés ügyféllel rendelkeznek, addig a közvédői hivatalokba az amerikai ügyvédség nagy létszáma folytán kialakult óriási konkurencia lehetővé teszi a nagy tapasztalatokkal rendelkezők kiválogatását, és másrészt ezek jól megfizetve, és erre szakosodva látják el a büntető ügyvédi feladatokat. Így ez utóbbiak rendszerint hatékonyabbak, mint a kirendelt védők (lásd Knoppke-Wtzel 1978:200). Az egyes amerikai városokban váltakozva vagy az egyik, vagy a másik rendszert alkalmazzák, de valamelyik mindenképpen létezik. Még ebbe a hagyományos ügyvédi tevékenységet nyújtó körbe tartozik a "Judicare-System" jogsegélyi formája, amely a büntetőjogi ügyeken kívüli magánjogi jellegű ügyekben működik. Ezt a szövetségi pénzekből az 1960-as évek végétől kezdték kiépíteni, és lényege hogy - büntető ügyeken kívül - a jogi képviselőre és jogi tanácsadásra rászorult alacsony jövedelműek a helyi szociális hivatal vezetőjénél egy "jogsegély-kártyát" igényelhetnek, és ha a hivatal engedélyezi ezt, akkor kapnak egy jogsegély "hitelkártyát", amellyel bármely ügyvédhez fordulhatnak bírói eljárásban képviselőért, vagy más jogi tanácsadásért. Az ügyvéd a szokásos tarifája szerint ezután leemelheti munkadíját és eljárása közben keletkezett kiadásait a hitelkártyáról, amely mögött a Judicare Fond-ok szövetségi pénzei állnak. Ez a megoldás a legteljesebben eltünteti a vagyonos és a szegény rétegek között a joghoz jutásban az egyenlőtlenségeket, mivel közvetlenül az ügyvédi szabadpiacra engedi be a jogosultat, míg az előbbieket a jótékonyági rendszerben valamiképpen alacsonyabb szintű jogász munkát biztosítanak csak. Igaz, hogy ez a megoldás háromszoros kiadást igényel az állam részéről egy-egy igénybevevő felé, az ügyvédi piac magasabb tarifái miatt, ezért nem is terjedt el az USA teljes területén, csak néhány tagállamban működik ez.

A hagyományos ügyvédi tevékenység jogsegélyi formákba befogása mellett az 1960-as évektől, az alkotmányos alapjogok középpontba nyomulása és az erre épülő jogkonceptiók kibontakozása menetében, új jogsegélyi formák jelentek meg, illetve néhány régi forma új tartalmat kapott. A változás három irányban ragadható meg: 1) Egyrészt *a jogsegély iránya eltolódott* abból a szempontból, hogy nem a hagyományos törvényi és precedensjogi anyagból igyekeznek a jogi garanciákat biztosítani a jogsegély igénybevevője számára, hanem az alkotmányos alapjogokból és az ezeket konkretizáló felsőbbbírói precedensekből. Ez az irányeltolódás megfelel annak, hogy a jogot ez a jogkonceptió elsősorban az alkotmányos alapjogokkal és az ezeket kibontó legfelsőbb bírói döntésekkel azonosítja. 2) Egy másik változást az jelent, hogy *az egyéni jogvédelemről eltolódik a hangsúly az adott egyén átfogóbb csoportjának problémái felé*. E jogfelfogás híveinek körében ugyanis az a -

máskülönben helyes - meggyőződés, hogy az egyéni jogi probléma mögött általános társadalmi problémák állnak, ám ők a politikai eljárások helyett a jogi perben törekednek e mögöttes általános társadalmi probléma orvoslására. Így próbaperek, tömeges perlések stb. szükségesek e nézet szerint abból a célból, hogy megváltozzon a jogrendszer vonatkozó része maga, és így kevésbé az egyéni jogi ügy a fontos. Vagyis a hagyományos ügyvédi munka helyett inkább mozgalmi jogászharcosokat és ezek politikai aktivitását állítja be jogsegély címen a bírói eljárásba ez változás (lásd Epp 1998, Scheingold 1998). 3. Egy harmadik eltolódás abban áll, hogy itt már *elcsúszik a hangsúly a szegénység okán rászorultakról a más szempontból hátrányos helyzetben lévők felé*. Itt már inkább a bőrük színe miatt, nemi irányultságuk miatt és más okok miatt kisebbségben levők kerülnek be a csoportossá váló jogsegély középpontjába. Vagyis a jogsegély eredetileg “szegényjogi filozófiai” alapozottsága az “alapjogi filozófia” felé csúszik el (lásd Knoppke-Wetzel 1978:205).

Az 1960-as évek “alapjogi forradalma” a demokrata párti (Kennedy, Johnson) elnöki adminisztrációk elkötelezett támogatásával ment végbe, és a szövetségi szintű törvények illetve a ezek által létrehozott pénzalapok ekkor jórészt ezeket a nem hagyományos, “mozgalmár jogász”-formákat részesítették előnyben. Az 1964-es “Equal Opportunity Act” egy önálló jogsegély rendszert hozott létre, amely sokmillió dolláros támogatásokat adott a fekete kisebbséget felkaroló mozgalmi jogász szektornak, és az itt kiépített technikák terjedtek el később a feminista, majd a homoszexuális-leszbikus mozgalmak jogászaktivistái tevékenységébe. De ugyanígy a korábban is létező *pro-bono ügyvédi tevékenység*, amelyet egy-egy ügyvédi iroda jótékonyági alapon nyújt a szegényebb rétegek tagjai számára, egy hangsúlyváltáson ment át, és a mozgalmár jogászi egyesületek kezdték ezeket szervezni az 1960-as évek közepétől. Így például a Lawyers Committee for Civil Rights under Law (LCCRUL) 1964-től szervezi a pro bono tevékenységeket, és igyekszik átfordítani ezeket a hagyományos ügyvédi tevékenységből a mozgalmi jogászat céljaira (lásd Knoppke-Wetzel 1978:211).

A jogsegély-formáknak ez a jogkonceptcionális szembenállása kisebb mértékben felbukkant a nyugat-európai országokban is az 1970-es évek közepétől, de itt a mozgalmi jogászi irányzat csak egészen kis jelentőségre tett szert - majd látni fogjuk, hogy az angoloknál volt erre ekkor egy kísérlet - és a hagyományos ügyvédi tevékenység jogsegélyi formákba befogása maradt a domináns mindvégig. Ám az új közép-európai demokráciákban - így nálunk is - az amerikai impulzusok már az eddigiekben is nagyobb hatást értek el.

Magyarországon jól megfigyelhető, hogy az államilag finanszírozott jogsegély-formákon túl, a magánszféra által szervezett jogsegélyek az Egyesült Államokban már kimutatott szembenállás mentén kezdtek kiépülni a rendszerváltás utáni évektől. A hagyományos ügyvédi tevékenység jogsegélyi formákba befogása

mellett a mozgalmi jogvédelmi szervezetek is gyors ütemben kezdtek teret nyerni az 1990-es évek közepétől.

A tradicionális ügyvédi tevékenység jogsegély formájában való megszervezését - alapvetően munkajogi kérdésekre szűkítetten - egyes országos szakszervezeti szövetségek vállalták fel. Így az MSZOSZ - a legnagyobb országos szakszervezeti szövetség - megyei szinten szervezve, az egész országban létrehozott egy jogsegély hálózatot, megyénként egy-egy, de néhány helyen két ügyvéd beállításával, szakszervezeti tagoknak, munkaügyi problémák esetén. Az így alkalmazott ügyvédek neve, címe, fogadó órája az interneten is elérhető az érintettek számára. Ugyanígy a Liga Szakszervezet egy ügyvédet állított be jogsegély-szolgálatra, szintén munkaügyi problémákra. (Sajnos, ügyforgalmi adatok és az erre fordított pénzügyi háttér adatai nem állnak rendelkezésünkre.) De található az interneten a "Segélyhely" honlapon olyan jogi tanácsadást nyújtó hely, amely néhány soros, tényállás-leírást tartalmazó kérésre néhány sorban összefogva jogi felvilágosítást és tanácsokat ad, és a néhány száz, jogi tanácsadási e-mail levélváltást átolvastva, szakszerű jogász tanácsoknak minősíthetők ezek (lásd: <http://www.segelyhely.hu>)

A magánszférát tekintve kiterjedtebbnek tűnik az előbbi mellett az amerikai impulzusokra visszamenő mozgalmi jogsegély-formák rendszere, és kiépülésének menete is dinamikusabbnak minősíthető. Döntően a Soros-Alapítvány által finanszírozott jogsegély szervezetekről van itt szó, melyek nagy része a cigány kisebbség illetve a nemi irányultság szempontjából kisebbséget jelentő homoszexuális-leszbikus csoportok részére szervez jogvédelmet, lényegében az emberjogi ideológia mentén, és ahogy az Egyesült Államokban már láthattuk, az egyéni ügyektől sok esetben az átfogóbb csoportproblémák politikai küzdelmei felé eltolódva. Például 2001-ben a "Döntések a joghoz jutás és az esélyegyenlőség" szekcióban 19 millió forintot osztott szét a Soros-Alapítvány ilyen fajta jogvédő szervezetek között. Jelezni kell persze, hogy az így támogatott jogsegély szervezetek egy része a hagyományos "szegényjogi" filozófia mentén épül fel a Soros-támogatásoknál is, ám ezek tevékenységéről kevesebbet tudhatunk, mert e jogpolitikai csoportosulás médiaháttere elsősorban az emberjogi harcokat tárja a nyilvánosság elé. Szintén a Soros-Alapítvány jogvédő rendszerébe tartozik az a kezdeményezés, amely egy "Mozgó Jogsegély Szolgálat" kiépítését célozta meg, és kisbuszokkal "mozgó ügyvédi irodákat" szándékozik köröztetni az ország egyes régióiban. Erre 2001-ben további nyolcmillió forintot fordítottak, és az interneten elérhető leírás szerint ez is az emberjogi szektorba tartozik, a cigányság körében, a velük szemben feltárható diszkrimináció ellen igyekszik majd jogi védelmet nyújtani.

2. A bírói szerep eltéréseinek hatásai

A törvény előtti formális egyenlőség és a ténylegesen egyenlő esély a mindennapi jogszolgáltatás menetében erősebben elszakadhat egymástól azokban a jogrendszerekben, ahol a bíró passzívabban, csak a felek által elért tények alapján és csak a felek által döntésre kiemelt jogi kérdésekben köteles dönteni. Ezzel szemben, ahol a bíró aktívabb tevékenységre kötelezett az elért eset tényei összegyűjtésében és ezek tisztázása terén, illetve a vonatkozó jogi kérdések feltárásában, ott ez az elszakadás csak kisebb mértékű. Az első esetben a bíró az objektív igazság kiderítésére kötelezve, a felek közötti eltérő tudást és jogi képviselővel alátámasztottságban meglévő eltérést részben maga is kiegyenlítheti. Ám ahol a bíró nem mehet túl a felek által elért tényeken és az általuk feltett jogi kérdéseken, ott a felek közötti eltérés a jogi képviselet terén végzetes lehet a gyengébben képviselt, vagy ügyvéddel egyáltalán nem képviselt fél számára.

A modern jogrendszerekben ez az eltérés található meg egyrészt az angol-amerikai jogrendszerek, illetve az ide tartozó régi angol gyarmatok jogrendszerei (India Ausztrália stb.), másrészt a kontinentális európai országok jogrendszerei között. Az angol-amerikai jogrendszerek passzív bírói szerepével szemben a kontinentális európai jogok aktív bírói szerepe áll. Így érthető, hogy a "joghoz jutás" témaköre az angol és az amerikai jogirodalomban illetve jogpolitikai törekvésekben jelentkezett először, és ma is szélesebben kiépült itt, mint a kontinentális európai jogrendszerekben (lásd Blankenburg 1979:231-249). A büntető perekben például mind Nagy-Britanniában, mind az Egyesült Államokban az állami költségvetésből biztosított kirendelt védő (vagy közvédő) már akkor jár a gyanúsítottnak, ha az általa elkövetett bűncselekmény szabadságvesztéssel büntethető, míg Németországban csak akkor, ha a kiszabható szabadságvesztés törvényi minimuma eléri az egy évet. Ez pedig csak a legsúlyosabb bűncselekmények (emberölés, nemi erőszak, fegyveres rablás stb.) esetében ad jogot a gyanúsítottnak a kirendelt védőre (lásd Dannemann 1996:276).

A különböző fokú bírói aktivitás a perek lefolyása kapcsán tehát eltérő fontosságot ad az állami és magánalapon szervezett jótékonyági jogsegélyformáknak, de a komplexebb jogi ügyekben a bírói aktivitás magasabb foka sem képes kiegyenlíteni a felek eltérését a jogi képviseleti háttérben. Jelezni kell itt, hogy az angol jogéletben törekvések mutatkoznak a passzív bírói szerep változtatására, és több törvényhozási reformbizottság felmutatta már az ebben rejlő hátrányokat. Az 1995-ben a Lord Woolf által irányított széleskörű elemzés kimutatta, hogy elsősorban a passzív bírói szerep az oka a perek elhúzódásának, mivel a tehetősebb perbeli felek ügyvédei a széleskörű bizonyítással - sokszor a per szempontjából lényegtelenebb részleteket is bevonva és ezeket is tüzetesen

megvizsgálva - el tudják érni, hogy az anyagilag gyengébb háttérrel rendelkező fél a hosszú per folyamán anyagilag ellehetetlenül, és ezzel a taktikával számára előnytelen egyezségkötésbe is belekényszeríthető a hosszúra nyúlt per egy pontján (lásd: Woolf-Report 1995:25). A passzivitásra kötelezett bíró pedig semmit nem tehet ez ellen. Egy sor hasonló hátrány miatt az angolok a Woolf-Report nyomán 1999-ben egy széleskörű törvényhozási reformot vezettek be a polgári perrendtartás terén, amely közelítette az angol bíró szerepét a kontinentális európai bíróéhoz. A jogrendszer egészét szemlélve azonban még ma sem lehet eltekinteni a joghoz jutás vizsgálatánál és az erre vonatkozó megoldások elemzésénél a bírói szerep eltéréseinek hatásaitól a két nagy jogcsalád között.

3. A perköltség hatása a joghoz jutásra

A széles értelemben vett magánjogi - gazdasági jogi, munkajogi, családjogi - perekben a perköltség mértéke nagyban befolyásolja a jogosultak hozzájutását jogaikhoz, joggal alátámasztott követelésükhöz. Az ügyvédi munkadíjak és készkiadásaik fizetése vagy az egyes bizonyítási cselekmények költségeinek, a per illetékeinek fizetése a per folyamán a kisebb jövedelműeket - pernyerési esélyeiktől függetlenül - eleve megakadályozhatja jogaik bíróság előtti érvényesítésében. Így az absztrakt szinten biztosított jogok és jogi garanciák illetve a törvény előtti egyenlőség ellenére a társdalom bizonyos részei hátrányos helyzetbe kerülhetnek a jogszolgáltatás igénybevételénél. A joghoz jutás elemzésénél és az itteni esélyegyenlőség biztosításánál így elengedhetetlen a perköltség kérdésének vizsgálata.

A probléma érzékeltetésére érdemes összevetni az angol, a német és a magyar polgári perek eltérő költségkihatásait. Ha egy angol peres fél egy havi átlagkeresetének megfelelő kb. ezer angol fontot kitevő követelésért perel, a solicitornak (a perelőkészítő ügyvédnek) és a barristernek (a tárgyalótermi ügyvédnek) kifizetett munkadíj - amely óradíjas alapon történik, és így az ügyvédek a minél nagyobb idő perbe investálásában érdekeltek - minden valószínűség szerint már eleve nagyobb lesz, mint a perelt követelés értéke (lásd Dannemann 1996:289, Woolf- Report 1995). A bírósági illetéket hozzáadva pedig teljes bizonyossággal mondható, hogy havi átlagkereset nagyságú követelésért Nagy-Britanniában nem célszerű perelni. A pernyertes fél ugyan visszakapja a per folyamán kifizetett költségeit, az ügyvédi munkadíjjal együtt. De a hosszan elhúzódó perek, és az anyagilag erős, de pervesztésre álló ellenfél széleskörű lehetősége a vég nélküli bizonyításra, a per elnyújtása érdekében, szinte

bizonyosan egyezségkötésre kényszerítheti már az ítélet előtt a másik felet, és így a megosztott perköltségek még mindig többre fognak kerülni, mintha egyáltalán nem perelt volna. Mindez eleve elriasztja a kis értékű követelések perlésétől a gyengébb anyagi háttérrel rendelkező feleket (lásd Dannemann 1996, Woold-Report 1995). Gerhard Dannemann leírása szerint 1993-ban még egy 100 ezer font követelésért küzdő angol házaspár is - végső pernyertessége ellenére - végül több kiadást fizetett ki a perre, mint amit végül követelésével elért.

Németországban - szemben az angol helyzettel - nem a szabad ügyvédi alku, az óradíjas rendszerben, hanem a jogszabályilag rögzített ügyvédi munkadíjak és bírósági illetékek rendszere létezik. E szerint, ha egy német perlő fél a hazai átlagkeresetének megfelelő másfélezer euró nagyságú követelésért perek, akkor az ügyvédi munkadíj és a bírósági illeték címén kb. ezer euró perköltség fizetésére lesz köteles, tehát majdnem az egész követelése értékével azonos összegre rúg a perköltsége. Az 1990-es évek második felében még 50 ezer márkát (ma kb. 25 ezer euró) követelésnél is 12 ezer márkát (hatezer eurót) tett ki a perköltség (vagyis a követelés negyedét), de az átlagos tízezer márkát követelések esetén még ennek felét is elérte a perköltség. Az angolhoz képest azonban még ez is olcsóbb perlést jelentett, és főként a perek rövidebb időtartama és a fix perköltség előre kalkulálhatósága miatt a német polgári perekben a joghoz jutás nagyobb mértékben biztosított, mint az angol polgári perekben. (Az átlagos angol polgári per, ha végig viszik az ítéletig, több mint három évig tart, míg a németeknél az esetek döntő többségénél fél éve alatt megtörténik az első fokon az ítélelhozatal.)

Végül, ha a magyar helyzettel hasonlítjuk a fentieket össze, akkor látni kell, hogy nálunk az átlagosan a pertárgyérték hat százalékát kitevő bírósági illetékek és a mostanáig fennálló egy-öt százalékos ügyvédi munkadíjak sokkal olcsóbbá teszik a hazai perlő fél helyzetét, mint akár a németeknél, nem is beszélve az angol helyzetről. Az elmúlt hónapokban persze egy igazságügyminiszteri rendelet eltörölte az ügyvédi munkadíj 1-5% közé szorítását, és a perbeli fél és ügyvédje szabad megállapodására bízta azt, de még nem tudni, hogy a gyakorlat milyen irányba megy el, és az említett rendelet amúgy is lehetővé teszi a bíróságnak, hogy mérsékelje az ügyvédi díjat a pereszes fél felé megfizetendő perköltség meghatározásakor, ha azt eltúlzottnak látja. (lásd a 8/2002. (III. 30) IM rendeletet). Ez az alacsony perköltség csak két kiegészítés szem előtt tartásával érhető meg. Az egyik abban áll, hogy a bíróságok működését az alacsony bírósági illetékek csak egészen kis mértékben fedezik, és például a 1998. évi költségvetés bírósági fejezetében a 27 milliárdos bírósági költségvetésnek csak a tíz százalékát adták az ezekből származó bevételek, és 90%-ban az állami támogatás fedezte ezt. A bírósági rendszert tehát szinte ingyenesen bocsátja a jogszolgáltatás feladatára az állam a magyar szervezésben, és ennek költségei alig jelennek meg a perköltségben. A másik kiegészítést úgy adhatjuk meg, ha jelezzük, hogy még a 90%-os költségvetési hozzájárulás is szegényes állapotban tartja a bírósági

szférát, az épületeiket, a technikai berendezéseket és a bírák illetve alkalmazottak fizetéseit tekintve. Az alacsony szinten tartott perköltség tehát, miközben a joghoz jutásban segíti a perlés elkezdését, még a szegényebb rétegekhez tartozók számára is, a bírósági szféra anyagi problémáit hozzák létre. (Lásd az 1980-as években az "olcsó perlésre" az állampárti közép-európai rendszerekben Kengyel Miklós megállapításait : Kengyel 1990:121).

A perköltség kapcsán fontos kitérni a jogvédelmi biztosítás helyzetére, amely a szélesebb elterjedtség esetén hozzájárulhat a joghoz jutás terén az esélyegyenlőség garantálásában. Biztosítás abban a szektorban tud széleskörűen elterjedni, ahol a biztosítási kockázat a számba jöhető események költségkihatásainál kiszámítható. Ezzel szemben, ahol ez a kalkulálhatóság csekélyebb mértékű, a biztosítók csak magas biztosítási díj ellenében vállalják a biztosítást, ez pedig csökkenti az igénybevevők körét. A jelen eseten döntő fontosságú az ügyvédi munkadíj rögzített rendszerű modellje, illetve az óradíjas ügyvédi díjak közötti különbség. Az óradíjas alapú modellben ugyanis az egyes ügyvéd eleve a hosszas perlésben érdekelt, és a szembenálló felek ügyvédeknek kifogyhatatlan bizonyítási ötletei kiszámíthatatlanná teszik a per indításánál a végső perköltség nagyságát. Ez a kalkulálhatatlanság pedig csak magas biztosítási díj mellett teszi vállalhatóvá a jogvédelmi biztosítás vállalását (lásd Partington 1979:150-160, Dannemann 1996:283). Ezzel szemben a fix perköltségek rendszere a németeknél az elmúlt évtizedekben a legszélesebb körben elterjesztette a jogvédelmi biztosítást, és az 1990-es évek közepén már a német háztartások fele kötött ilyet. A havi néhány márkás (ma: eurós) jogvédelmi biztosítás pedig lehetővé teszi a szegényebb rétegekhez tartozók számára is a per könnyű elkezdését, mert az ügyvédi munkadíjat, a bírósági illetékeket és a többi felmerülő költséget a biztosító még pervesztesség esetén is fizeti. A németek magas perlési arányait összehasonlítva például az angolokéval, ez is magyarázza, de a jelen esetben a joghoz jutásban az esélyegyenlőség kapcsán ez mint fontos tényező jön számba (lásd a jogvédelmi biztosítás átfogó elemzését: Blankenburg 1996).

Magyarországon csak az 1990-es évek közepén kezdődött el a jogvédelmi biztosítás kiépítése, de ma ez még csak egésze szűk körben létezik (lásd Zavodnyik 1996:106).

4. Az állami és a jótékonyági jogsegély formái

A jogászi segítség nyújtását - rászorultsági alapon - három területen lehet vizsgálni: a büntető eljárásokban felelősségre vont esetében, a jogait polgári perben érvényesíteni kívánó rászorultnál és végül a bírósági eljárásokon kívüli jogi tanácsadás területén. Történetileg is ebben a sorrendben jöttek létre az állami/jótékonyági jogsegélynyújtás formái, először a büntető perben, majd az ezen kívüli bírósági perekben és végül a bírósági eljárásokon túl is. Ez utóbbi különösen azért is terjed nagy léptekkel az elmúlt évtizedekben több országban is, mert nyilvánvalóvá vált, hogy a bíróságon kívüli jogi tanácsadás az esetek egy részében lehetővé teszi a jogi konfliktusok perléssé alakításának elkerülését is. Az e nélkül perbe szállás mellett döntő fél számára, a jogi tanácsadás folyamán evidenssé válhat, hogy perlése amúgy is kilátástalan lenne, vagy az, hogy a peren kívül még más mód is nyílik az ügye kezelésére.

4.1. Kirendelt védő a büntető eljárásban

E téren a következő főbb szempontok szerint vizsgálhatjuk a büntetőeljárásban a terheltet (a tett elkövetésével gyanúsított, vádolt személyt) állami pénzből védő ügyvéd tevékenységét: 1) *Tárgyilag* milyen széles a büntető eljárások köre, amely kirendelt védő igénybevételére jogosítja fel a terheltet. 2) *Időbelileg* mely ponton léphet be a büntetőeljárásba a kirendelt védő. 3) *Minőségileg* milyen mértékben közelít a kirendelt védő tevékenysége a szabad ügyvédi piacon választott ügyvéd tevékenységéhez.

1)Tárgyilag a kirendelt védőre jogosultság attól függően eltérő terjedelmű a különböző országokban, hogy csak a legsúlyosabb bűncselekményekkel gyanúsítottaknak jár ez, vagy már önmagában az, hogy szabadságvesztéssel fenyegetik a bűncselekményét, jogosulttá teszi erre. Nem függetlenül attól, hogy a bíró milyen aktív vagy passzív szerepet játszik a büntető per vezetésében, a szélesebb körben való igénybevételre az angolszász jogrendszerekben van lehetőség. Mind Nagy-Britanniában, mind az Egyesült Államokban kirendelt védő illeti meg a gyanúsítottat már akkor, ha szabadságvesztés kiszabását írja elő a jogi szabályozás arra a bűncselekményre, amellyel gyanúsítják, illetve vádolják (lásd Knoppe-Wetzel 1978:198, Dannemann 1996:287). Ezzel szemben Németországban csak akkor jár a kirendelt védő a terhelt részére, ha az által elkövetett bűncselekményre a törvényben előírt törvényi minimum eléri az egy év szabadságvesztést. Mivel a német büntető törvénykönyv egy év minimumot csak a legsúlyosabb bűncselekményeknél ír elő (a szándékos emberölésnél, a nemi erőszaknál, a fegyveres rablásnál stb.) így a büntető eljárások nagyon nagy részében, ahol a törvényi minimum ennél kisebb, nem vehet részt kirendelt védő.

Magyarországon hasonló a helyzet, mint a németeknél, noha itt nem a törvényi minimumhoz, hanem egy meghatározott maximumhoz köti a büntető eljárási törvény a kirendelt védőre való jogosultságot. A Be. 47. §-a szerint a védő részvétele kötelező a büntetőeljárásban, ha a bűncselekményre a törvény öt év szabadságvesztésnél súlyosabb büntetést rendel, de ezentúl lényeges az is, hogy fiataalkorú ellen folyó büntetőeljárásban és néhány más esetben is, kötelező a kirendelt védő, ha maga a terhelt nem hatalmazott meg védelmére ügyvédet (lásd Nagy 2000:7). A gyakorlatban ez azt jelenti, hogy az összes büntetőeljárásban érintett terheltet tekintve az esetek 20%-ban van kirendelt védő, és ezentúl 10%-ban meghatalmazott védő található, vagyis tíz esetből hétben egyáltalán nem vesz részt védőügyvéd a büntetőeljárásban (lásd Fenyvesi 2001:1). Az ügyésszel szemben így a jogban járatlan és az eljárási garanciákat, bizonyítási lehetőségeket nem ismerő vádlott jogait a bíró védheti csak.

Itt jelezni kell azt a változást, amely 2003 januárjától beállhat, ha hatályba lép a már korábban halasztott hatállyal elfogadott új büntető eljárási törvénykönyv. Ez a kódex, sok szempontból szakítva az európai jogi hagyományokkal, a büntető bíró passzív pervezetését írja elő, és a fő súly a bizonyítási javaslatok terén a perbeli felek kezébe megy majd át. Amennyiben ez a törvénykönyv tényleg hatályba lép a több éves csúszás után, akkor a kirendelt védő szűkebb körű részvétele tarthatatlanná válik, és e helyett indokolt lesz majd az angolszász országokban látott szélesebb igénybevétel végig gondolása.

2) Időbelileg is nagy eltérések vannak az egyes országok között a kirendelt védő bevonásának időpontját illetően. A legkorábbi időpontban az Egyesült Államokban kapcsolódik be a kirendelt védő a büntetőeljárásba, és már az első kihallgatáson közölni kell a gyanúsítottal, hogy ügyvéd jelenléte nélkül nem köteles válaszolni, és amennyiben maga nem képes ügyvédet meghatalmazni, akkor kérhet kirendelt védőt. Ennek elmaradása esetén nem lehet figyelembe venni a gyanúsított kihallgatásakor elhangzottakat (Fenyvesi 2001:4). Nagy-Britanniában, ha ilyen szigorúan nem is járnak el, szintén mód nyílik a kirendelt védő biztosítására a nyomozás kezdetétől. Itt 1984-től vezették be a "Duty Solicitor" intézményét, aki a nyomozás egész szakasza alatt védi a gyanúsítottat, ha az maga nem tud védőt meghatalmazni. Hasonló a helyzet Magyarországon is, és itt is jelen van a kirendelt védő már a nyomozati szakaszban, de itt csak a nyomozás első napjai után kerül erre sor. A magyar szabályozás ugyanis úgy rendelkezik, hogy kötelező védelem esetén fel kell hívni a gyanúsítottat a kihallgatáskor, hogy ha három napon belül nem hatalmaz meg ügyvédet védelmére, akkor a hatóság rendel ki számára védőt. Ám így a döntő fontosságú első napokban, amikor a nyomozás fő irányait és az alapul fekvő tényeket összeállítják, nincs még jelen védő a gyanúsított mellett (Fenyvesi 2001:1). A német szabályozás még ennél is később teszi kötelezővé a kirendelt védő

bevonását, és fő szabály szerint erre csak akkor kerül sor, amikor az ügyész benyújtotta a vádiratot a bíróságra (Dannemann 1996:198). Vagyis itt a nyomozati szakasz egészéből kiesik a kirendelt védő, és csak a bírói szakaszban kap szerepet. De a túlzott következtetések levonásának elkerülésére ismét említeni kell itt a különbséget a passzív angol bíró és az objektív igazság kiderítésében aktivistára kötelezett német bíró eljárási szerepe között.

3) Minőségileg az eltérést a kirendelt védő tevékenysége és a ügyvédi szabad piacon kiválasztott védő tevékenysége között egy sor körülmény befolyásolja. Az első és legfontosabb az, hogy az állami kirendelés mennyiben csak a kezdő és tapasztalatlanabb illetve az ügyvédi piacról kiszorult gyenge ügyvédek terepére lesz, vagy ezzel szemben a tapasztaltabb és aktívabb ügyvédek is be tudják vonni ebbe a körbe. Ez a különbség pedig elsősorban attól függ, hogy mennyiben közelíti meg a kirendelt védőre fordított állami költség a meghatalmazással elérhető ügyvédi jövedelmeket. Az Egyesült Államok esetében már láttuk az előzőkben, hogy az “assigned counsel”, a kirendelt védő rendszerint csak csekély összeget kap, és ezért csak a kezdő ügyvédek kérik felvételüket a kirendelt védői listára. Ezzel szemben a közvédői hivatalokba alkalmazottként foglalkoztatott ügyvédek (“public defender”) már tapasztaltabbak, rendszeres jövedelmet biztosít számukra ez a tevékenység, így a közvédő hivatalok válogathatnak a jelentkező, kiváló ügyvédek közül. Az igazi megoldás ezen a téren az amerikai “judicare-system” formája jelentené, amely egy hitelkártyát biztosít a jogosult számára, és ez maga választhatná meg az ügyvédi szabadpiacról az ügyvédjét, igaz, hogy ez háromszoros összegbe kerülne az állam számára a közvédői hivatal költségeihez képest. De ez a forma az Egyesült Államokban is csak a büntető ügyeken túli polgári jellegű ügyekre vonatkozik.

Nagy-Britanniában a jogi piacon kialakuló ügyvédi óradíjakat veszik alapul a kirendelt védő díjazásánál is, és az állam erre fordított pénzüsszegeinek nagyságát mutatja, hogy 1990-ben - az összes lakosra vetítve - majd tíz font volt az állami kiadás a bűnügyi védelem költségeire, míg a németeknél ugyanez az összeg - szintén angol fontban számítva - csak egynegyed fontot ért el (Dannemann 1996:184). Igaz, ebbe a nagyságrendű különbségbe belejátszik az is, hogy a sokkal hosszabb ideig tartó angol büntetőpercek a némethez képest időbeli ráfordításban is sokkal több munkát követelnek meg a kirendelt védőtől. Mindenesetre a németeknél a piaci díjazásnál alacsonyabb a kirendelt védő munkadíja, és ez eleve szelektálást hoz létre az erre vállalkozó ügyvédek között. És ez még csak fokozódik a közép-európai országokban, Csehországban, Szlovákiában és Lengyelországban alacsony tarifákkal dolgoznak a kirendelt védők, illetve a lengyeleknél jó ideig még ingyenes is volt ez az ügyvédek számára kötelező kirendelt védői tevékenység ellátása (lásd Fenyvesi 2001:5-6).

A magyar helyzetre rátérve látni kell, hogy itt is alacsony munkadíjak határolják be a kirendelt védői feladatokra jelentkezők körét, és ezek jórészt a kezdő és tapasztalatlanabb ügyvédek közül kerülnek ki, akiknek egészen mostanáig 500 és ezer forint közötti forint óradíj is vonzó lehetett, de ezentúl motiválta őket az is, hogy tapasztalatokat tudtak így szerezni a perbeli tevékenységet illetően, és ezen az úton is növelni igyekeztek a későbbi ügyfélkörüket (lásd Nagy Zsolt empirikus felmérését a hazai ügyvédek motívumait illetően: Nagy 2000b). Egy új igazságügyminiszteri rendelet megnégyszerezte ezt az összeget, óránként kétezer forintot megállapítva. és ez valamivel több, mint amit az 1994-től - az 500 forintos óradíj megállapításától - az infláció felemésztett. A felmérések szerint fiatalabbak mellett még az idősebb ügyvédi korosztályból is kerülnek ki kirendelt védők, és ezeknél a háttért az jelenti, hogy az 1990-es évek elején felvirágzó gazdasági jogi ügyvédi tevékenységbe nem tudtak bekapcsolódni - ezekben az akkori kezdő ügyvédek voltak fürgébbek és sikeresebbek - így az idősebb ügyvédek maradtak a hagyományos tárgyalótermi ügyvédi feladatoknál, és ehhez közel áll a kirendelt védő tevékenysége is (Nagy 2000b). Csökkentette a kirendelt védők aktivitását az alacsony óradíjak mellett az is, hogy az állam nem fizette számukra az iratmásolásokat, pedig az oldalanként 100 forint/oldal másolási díjat a nagy tömegű iratcsomóknál saját zsebből a kirendelt ügyvéd nem tudta fizetni. Így pedig a kirendelt védő felkészülése a védelemre csak csekély fokú lehetett, a védencétől pedig annak anyagi helyzete miatt rendszerint nem tudta ezt kérni (lásd Fenyvesi 2001:2). Ezen is változtatott az új igazságügyi rendelet, és befogta ezt és más készkiadásokat is a kirendelt ügyvédnek megtérítendő összegek közé.

Összességében tehát a legtöbb megoldás a büntető eljárásokban csak csökkentett színvonalú kirendelt védői tevékenységet biztosít, és ez nagymértékben érvényes a hazai állapotokra is.

4.2. A jogsegély formái a magánjogi perekben

A büntetőeljárásokban a gyanúsított, a vádlott büntető szankciókkal sújtása áll a középpontba, és ez a tét nem alkalmas a gyanúsított és ügyvédje között a cserekapcsolatok kialakítására. Ezért itt csak az ezen kívüli díjazás fejében várható el az ügyvédtől - most eltekintve az emberbaráti szeretetből fakadó esetleges védői motívumoktól - hogy vállalja a fél jogi képviselését. Ezzel szemben a magánjogi követelések és különösen a kártérítési követelések terén *már maga a perbeli követelés bevihető az ügyvéd motiválásába*. Így ezen a téren

a rászorultság és az alacsony jövedelem sem feltétlenül követeli meg az állami dotációval való perlés garantálását - alkalmazhatjuk témánkra a gazdasági jogelmélet kiindulópontját. Ebből a jogkoncepcióból inkább az következik a magánjogi perekre nézve, hogy tegyük lehetővé a perjogi szabályokkal az ügyvédi piac megfelelő működését, és akkor az ügyvédi piac maga keresi meg a pernyertességre alkalmas ügyeket, és ajánlkozik akár a szűkös anyagiakkal rendelkezők számára is perbeli képviselőre. A követelés megnyerése után, az abból való osztozkodás garantálja az ügyvéd számára, hogy érdemes minden erejét bevetni az ügy megnyerésére. Így, ha egy magánjogi követelés nem talál ügyvédet az ügyvédi piacon, akkor az csak annak bizonyítéka, hogy a perbeszállás reménytelen az ügyvédi piac értékelése szerint (lásd Posner 1990:342, Cohen 1984). Ahol ez a jogkoncepció befolyást talál a törvényhozásra és az igazságügyi adminisztrációra, ott visszaszorulnak az állami jogsegély-formák és a mögéjük telepített állami pénzalapok, és inkább az ügyvédi piac megfelelő aktivitását célozzák meg a perjogi szabályozás megfelelő alakításával. Ez történt az Egyesült Államokban az 1980-as évektől, ahol az extrémításig hajtott ügyvédi konkurencia és az ügyvéd "vállalkozóként" megjelenése a magánjogi perekben amúgy is hagyományokkal rendelkezik. Az európai országokban - noha egyetemi jogászörökben már vannak hívei ennek a jogkoncepciónak – még nem tett hatást az állami jogsegély terén a jogpolitikai elképzelésekre. Sőt, éppen ellentétes, növekvő állami feladatvállalás a jellemző itt az elmúlt évtizedekben, ami pedig érdekes feszültségben áll az amúgy sokoldalúan végrehajtott "államtalanítási", "piacosítási", "privatizálási" törekvésekkel. (Lásd ennek konstatacióját Dannemann 1996:287).

Ha az állami jogsegély-formákhoz fordulunk a magánjogi perlés területén, akkor az Egyesült Államokkal kezdve, a már elemzett "judicare-system" megoldását kell kiemelni. Ez, mint láttuk, a teljes összeg kézhez tartásával vállalja át az alacsony jövedelem igazolása után, hogy az arra jogosult az ügyvédi piacon állami pénzből fogadjon fel jogi képviselőre ügyvédet. Ám épp a jelzett, polárisan szembenálló gazdasági jogkoncepció befolyása miatt, ez nem terjedt el teljesen az Egyesült Államokban, és csak néhány tagállamra kiterjedően működik. Általában megfigyelhető volt az elmúlt évtizedekben, hogy ha republikánus elnök és ennek igazságügyi adminisztrációja alakította a jogsegély-politikát, akkor inkább visszaszorították az állami jogsegély-alapokba fektetett összegek nagyságát, illetve leálltak új állami jogsegély-formák bevezetésével, ezzel szemben a demokrata kormányzatok - melyek több szempontból az európai szociáldemokratáknak megfelelő törekvéseket vallanak - inkább hajlottak és hajlanak az állami jogsegélyekkel az ügyvédi piacba való beavatkozásra.

A nyugat-európai országokat szemügyre véve a magánjogi perlést támogató állami jogsegélyek terén, azt lehet látni, hogy itt még nagyvonalúbbak rendszerint, mint a büntető perek kirendelt védőinek kérdésében. A leírásokból kitűnően mind

az angolok, mind a németek a szokásos ügyvédi munkadíjakra kapják az állami pénzösszegeket, ha alacsony jövedelmük bizonyítása sikerül, és megkapják az engedélyt az állami költségen való perlésre (lásd White 1978, Dannemann 1996:288). A '90-es évek elején mind a két országban évente 380 ezer körül volt azok száma, akik perlésükre megkapták az állami jogsegély igénybevételét, noha ez a németeknél a jóval nagyobb perlési kedv, így a magasabb itteni pergyakoróság miatt csak a perlő felek kisebb hányadát segíti, míg az angoloknál ez az összes magánjogi perlés nagyobb százalékánál jelenik meg. Másrészt fontos látni, hogy az angoloknál a hosszabb ideig elhúzódó és óradíjas ügyvédi munka miatt ez sokkal költségesebb perlés állami átvállalását jelenti, szemben a sokkal gyorsabban befejeződő és jogszabályilag rögzített, fix összegű ügyvédi munkadíjakkal folyó perlés hazájában, Németországban. Ezért míg egy állami pénzen pereskedő félre az angol költségvetés 2120 fontot költött a '90-es évek elején, addig a németeknél ez - angol fontban számítva - csak 450 font nagyságú összeget tett ki (lásd Dannemann 1996:276).

Jelezni kell, hogy a németeknél színezi a képet a magánjogi perléseknél az állami jogsegélyre jogosultságot illetően az, hogy az elterjedt jogvédelmi biztosítások révén a perköltséget, benne az ügyvédi munkadíjat nagyon széles körben a biztosítók fizetik, így a joghoz jutás realizálását ezen az úton is segítik. Ennek kapcsán érdemes kitérni a németeknél az állami jogsegélyre jogosultságban való döntés menetére, mert ez túlmutat ezen az ügyön, és a per menetétnek egészét is sokszor nagymértékben befolyásolja. Ugyanis szemben Nagy-Britanniával és az Egyesült Államokkal, ahol a szociális hivatal illetékes vezetője dönt erről, a németeknél a per folyamán maga a bíró dönt ebben a kérdésben is, mintegy a per előkérdéseként. A polgári perrendtartás azonban a németeknél a rászorultság igazolása mellett attól is függővé teszi a per költségeinek állami átvállalását, hogy a per érdemében való pozitív döntés valószínűsíthető-e a kérelmező fél számára. Az engedélyező bíró ezért a kérelem beérkezése után a benyújtott iratok alapján megvizsgálja a pernyertesség valószínűségét. Ez az eljárás aztán azt a helyzetet hozta létre, hogy az okosabb perlő felek kérik a jogsegély engedélyezését, és így az ügy érdemében való későbbi döntésről nagyon gyors úton, amikor még nem merültek fel komolyabb perköltségek, támpontot kaphatnak. Ekkor kiszállni egy esélytelennek ígérkező perből, még kis perköltség mellett lehetséges, és e mellett ez hozzájárul ilyenkor az egyezségkötésre való gyors áttérésre (lásd Dannemann 1996:285).

Ha a fejlettebb nyugati országokban a magánjogi perlésben a joghoz jutást segítő állami jogsegélyek teljes évi összegét összehasonlítjuk, akkor a következő képet kapjuk. Az Egyesült Államokban 1998-ban 600 millió dollárt költöttek a magánjogi perek alacsony jövedelmű perbeli feleinek támogatására, ez egy lakosra vetítve két és egy negyed dollárt tett ki. Németországban dupla ekkora volt az egy lakosra vetített állami jogsegély összege e perekben, Franciaországban

szintén ugyanennyi. Hollandiában még ennek dupláját is meghaladta, és majd tíz dollár volt ez az összeg, végül az angoloknál még ennek két és félszeresét sem sajnálták e célra, és - szintén amerikai dollárban számolva - 25 dollárt tett ki az összes lakost tekintve az egy lakosra jutó, magánjogi perlésre kiadott költségvetési támogatás összege (lásd Comparative Statistics 2002). A világon a legbőkezűbb angol támogatás tehát több mint tízszerese az amerikaiakéhoz képest, de hogy érzékeljük a összeg nagyságát érdemes említeni, hogy ha Magyarország a felsorolt országok közül a legalacsonyabb amerikai összegeket fordítaná erre, akkor a tíz millió lakosra a két és egynegyed dollár 22,5 milliót jelentene, forintban hat milliárdot.

Áttérve a magyar helyzetre, két intézményt kell kiemelni. Egyrészt a *pártfogó ügyvéd*, másrészt a *bírósági panasznap* intézményét. A pártfogó ügyvédet a polgári perekben a bíró rendel ki a rászorult számára, ha valamelyik perbeli félnek nincs ügyvédje, és a bíró szükségesnek látja. Ez azt illeti meg, aki “kereseti, jövedelmi és vagyoni viszonyai folytán a perköltséget, vagy annak egy részét fedezni nem tudja (lásd a PP 84.§ (1) bekezdését). A gyakorlatban ez azt jelenti, hogy a teljes költségmentességet akkor kapja meg a kérelmező, ha a családjában az egy főre eső jövedelem nem haladja meg a létminimumot. Ezentúl néhány területen - pl. a munkajogi és a családjogi perek egy részénél - rászorultságtól függetlenül ún. tárgyi költségmentesség áll fenn. Sajnos nincsenek empirikus adatok még a hazai jogirodalomban arról, hogy milyen gyakori a pártfogó ügyvéd kirendelése, milyen hatékonysággal tevékenykednek ezek, mekkora költséget jelent ez az állami költségvetés számára. A pártfogó ügyvéd munkadíja még a kirendelt ügyvéd munkadíjánál is alacsonyabb volt az eddigiekben, és 1988-tól mostanáig polgári peres eljárásban a bíróság legfeljebb 1.300 forintot állapíthatott meg erre, nemperes eljárásban pedig legfeljebb csak 400 forintot. Az új igazságügyi rendelet ezeket felemelte - szinte csak az infláció azóta végbement mértékét kompenzálva - kb. hatszorosára (lásd a 7/2002. (III. 30) IM rendeletet). Ez a szokásos ügyvédi munkadíjhoz képest továbbra is nagyon alacsony. Ez azt valószínűsíti, hogy erre is a fiatalabb és gyakorlatlanabb ügyvédek jelentkeznek ezután is, más ügyfélkör híján (lásd Nagy 2000b).

A *bírósági panasznap* a korábbi, állampárti időkből maradt vissza, amikor a bíró a felek és ügyvédek fölött állva közvetlenül az államhatalmat testesítette meg, és a polgári perben nemcsak a szokásos európai bíró aktivitásával rendelkezett, hanem a legszélesebb körben kitanítási kötelezettsége volt még az olyan felek részére is, akit ügyvéd képviselt. Mint a polgári jog fő letéteményesei, ekkor evidens módon merült fel, hogy a szabad idejében a bírák segítsék a felek bírósághoz fordulását, és erre alakult ki a bírósági panasznap intézménye, amikor “a bíróság a szóban előterjesztett kérelmeket (költségmentesség iránti kérelem, keretlevél, panasz, feljelentés stb.) jegyzőkönyvbe foglalja, ha az ügy bírósági hatáskörbe tartozik” (Kengyel 2001:83). A bírói semleges döntési pozícióval

nehezen fér össze, hogy a bírák mellékesen ilyen ügyvédi feladatokat is végezzenek, és például a bíró a saját maga által megfogalmazott keresetlevél ügyében pártatlanul döntsön, így a rendszerváltás után fel is merült, hogy ez sérti a bíróságok alkotmányos helyzetét, ám praktikus okokból - ti. ennek megszüntetése más intézmény híján még csak tovább rontotta volna a joghoz jutás esélyegyenlőségét – az alkotmánybírák az intézmény fenntartásáról döntöttek (lásd Kengyel 2001:83). Kengyel Miklós és egy általa vezetett team empirikus felmérése szerint az 1980-as években a peres felek mintegy 21%-a vett igénybe a bírósági panasznapot ingyenes jogsegélyként, de ügyvédi körökből származó információk szerint ma is jelentős mértékű a bírósági panasznapok igénybevétele. Igaz ezek az információk azt is jelzik, hogy a heti néhány órás fogadónap alatt a bírósági fogalmazók a felkészülési idő minimuma mellett teljesítik ingyenesen a sorban állók jogi kéréseit, és ez nem hasonlítható össze a megfizetett ügyvéd ilyen munkájával.

4.3. Állami jogsegélyek a bírósági eljárásokon kívüli jogi tanácsadásban

A perléshez rászorultsági alapon nyújtott állami jogsegély már túl későn jön - vált elismertté az utóbbi évtizedekben a témával foglalkozók körében (lásd Kengyel Miklós elmélyült és kitűnő elemzését ehhez: Kengyel 1990:92-95) Egyrészt egy sor pert meg lehetne előzni, ha már a jogi tanácsadás szintjén megfelelő felvilágosítást kapnának a konfliktusba keveredett jogkeresők, másrészt a mai, komplex közigazgatási szférával átszőtt, modern társadalmakban egy sor jogi ügy eleve nem bíróságra tartozik, hanem más hatósági utakra, és a jogi előírások labirintusában való eligazodáshoz professzionális jogász segítsége szükséges itt is. Az ügyvédi praxis eléggé nagy része ma már eltolódott ebbe az irányba, és megfelelő jövedelem mellett mód nyílik ennek igénybevételére. A szegényebb társadalmi rétegekhez tartozók joghoz jutásban való esélyegyenlősége így itt is megköveteli az állami/jótékonyági jogsegély-formák kiépítését. A kontinentális európai országokban hosszú ideig csak a már megindult perekben építették ki az állami jogsegély-formákat, és csak az angol és az amerikai példák nyomán indult meg az 1970-es évektől ebben az irányban a nyitás.

A bíróságokon kívüli ingyenes jogi tanácsadás rendszere - eltérő modelleket kialakítva - történetileg első esetben Nagy-Britanniában és az Egyesült Államokban jött létre. Nagy-Britanniában 1949-ben hozták létre az alacsony jövedelműek segítésére a jogi tanácsért ügyvédhez fordulást biztosító állami támogatási rendszert ("Legal Aid and Advise Act"), melyet 1973-ban alaposan kiterjesztettek, és lényegében egy jövedelmi szint alatt mindenki folyamodhatott

ettől kezdve támogatásért (lásd White 1979:139-149). Ez az összeg 1974-ben 25 angol font volt, de 1994-ben már átlag 88 fontot tett ki az egy-egy jogosult számára kiutalt támogatás (lásd Dannemann 1996). Jogi tanácsadás, iratok készítése, a barrister véleményének beszerzése egy jogi probléma perbeli esélyeiről stb. mind benne van ebbe a jogsegélybe, és az solicitor-ügyvéd a kliensével kitöltetett jövedelembevallás nyomtatványával maga fordulhat az állami jogsegélyalaphoz, az összeg lehívásáért. E rendszer kiterjedtségét mutatja, hogy 1994-ben valamivel több mint másfélmillió ilyen jogi tanácsadási jogsegély-támogatást engedélyeztek Angliában és Wales-ben (lásd Dannemann 1996:283). A költségvetés számára ez 1994-ben 139 millió angol font kiadást jelentett, (kb. 50 milliárd forintnak megfelelő ez az összeg). Ezt a jogsegélyi formát a Citizen Advice Bureau-k (Állampolgári Tanácsadó Hivatalok) rendszere egészíti ki, amely kb. 600 ilyen hivatalból áll Angliában és Wales-ben. Itt szintén az alacsony jövedelmű rétegek számára adnak jogi tanácsokat, és ki kell emelni, hogy nem ügyvédek dolgoznak ezekben, hanem jogi problémák terén tapasztalatokkal rendelkező más diplomások. Erre azért van itt lehetőség, mert - szemben pl. Németországgal és Magyarországgal - Nagy-Britanniában nincs ügyvédi monopólium a jogi tanácsadás terén. E két rendszer mellett egy kiegészítő harmadikat a Jogi Központok ("Law Centers") hálózata jelenti a jogi tanácsadásban. Ezeket az 1970-es évek első felében a baloldali-kritikai mozgalmár jogászok hozták létre, és az akkori baloldali munkáspárti kormány erősen támogatta ezt a kezdeményezést. Ám ezután a konzervatív oldal került hosszú évekig kormányra, és noha a munkáspárti parlamenti többség még törvénybe is foglalta ennek intézményesítését, megakadt ezek terjeszkedése. De amúgy is jellemző volt a Law Center-ek működésére, hogy az egyedi jogi ügyeket inkább átfogó politikai ügyként kezelték, és lényegében a konzervatív kormányzat, illetve a helyi önkormányzatok politikai támadásait célozták működésükkel, vagyis inkább jogi ruhába öltöztetett politikai harci szervezetek voltak ezek, és kevésbé valódi semleges jogi tanácsadási szervezetek. (Lásd ennek bevallását a máskülönben velük szimpatizáló Richard H. H. White tanulmányában: White 1978:147-148).

Az Egyesült Államokban, a már jelzett szembenállás mentén, egyrészt a hagyományos ügyvédi munkát karitatív alapon vagy állami költségen nyújtó jogi tanácsadási jogsegélyi formák, másrészt a mozgalmi jogászat jogsegély-formái jöttek létre. Lényegében ugyanazok a formák, amelyek a magánjogi perlésben adnak ingyenes jogi képviseletet, jelennek meg az ingyenes jogi tanácsadás terén is (lásd Knopke-Wetzel 1978:196-205).

A kontinentális Európában az 1970-es években indultak meg az angol és az amerikai példák utánzására a törekvések. Németországban ezek nyomán 1981-ben vezették be a jogi tanácsadásra az állami támogatások rendszerét (lásd Dannemann 1996:283). Kezdetben csak néhány tízezer kérelmező volt erre, de a

'90-es évek elejére már évi 240 ezer igénylőt mutattak a statisztikák, amelyből átlagban hat százalékot utasítottak el a jövedelemhatár túllépése miatt. Az angol másfélmillió támogatotthoz képest ez elenyésző szám, különösen, ha ismerjük a németek erős perlési kedvén túl általában is a magas joghoz fordulási kedvet. A vélekedések szerint az alacsony kérelmezési szám oka a kiterjedt jogvédelmi biztosítási rendszerre vezethető vissza, amely keretében a biztosító néhány euró havi díjért vállalja a felmerült jogi költségeket, de e mellett ok lehet az is, hogy kevésbé publikált ez a jogsegély-forma a közvélemény előtt, így nagyon sokan nem is tudnak róla (lásd Dannemann 1996:283).

A franciáknál a bírósági eljárásokon kívüli, államilag támogatott jogsegély-formák az 1990-től kerültek bevezetésre. Egy meghatározott jövedelemszintig kapják meg az igénylők az állami támogatásra az engedélyt, és ezzel fordulhatnak az ügyvédi piacon a jogi tanácsadásért. Az összeg azonban alacsonyabb az ügyvédi piacon kialakult tarifáknál, így ez feszültségeket okozott (lásd a 2001. évi "Projet de loi relatif à l'accès au droit et à la justice" interneten levő indokolását). Ezért az 1998-ban elfogadott törvénymódosítás emelte a jövedelemhatárt, amelyig igénybe lehet ezt venni, másrészt a magasabb ügyvédi tarifákhoz igyekezett közelíteni a támogatások összegét. Ettől kezdve a lakosság kb. 20%-a vált jogosulttá erre az állami jogsegély-formára, de 2001-ben egy ezt tovább emelni szándékozó törvényjavaslat 40%-ot célzott meg. (Sajnos, nincs információnk a törvényjavaslat további sorsáról.)

Magyarországra áttérve azzal kell kezdeni, hogy az 1970-es évektől indulóan az akkori államosított szakszervezetek keretén belül kifejlődött egy széleskörű ingyenes jogi tanácsadási szolgálat, de mivel ez együtt járt az akkori politika által nyomás alatt tartott ügyvédség félreszorításával, a rendszerváltás alatt, mint a "múlt rendszer örökségét" felszámolták (lásd ennek opponálását már akkor: Kengyel 1990:92-95). Így ma állami jogsegély-forma a bírósági perekben belüli jogsegély (kirendelt védő, pártfogó ügyvéd) mellett nem létezik, noha a 2002 májusában kormányra került szocialista körökből jelent meg korábban törekvés az átfogó állami jogsegély rendszer kiépítésére (lásd Vastagh Pál sajtótájékoztatójáról készült tudósítást: Jogi Fórum 2001). Említeni kell persze azt is, hogy a két új koalíciós kormánypárt, a szocialisták és a szabaddemokraták az eddigi törekvésükből levonhatóan egymás között reprodukálják ezen a téren azt a szembenállást, amit az Egyesült Államokban és Nagy-Britanniában már jeleztünk a hagyományos ügyvédi formák és mozgalmi jogászat jogsegély formái között. A hazai jogéletben ezt a szembenállást már láthattuk a szakszervezeti jogsegély és jogi tanácsadási formák és a Soros-Alapítvány bázisán szerveződő formák között. Így nyitott még, hogy melyik irányba megy tovább 2002 után ezen a téren a fejlődés.

*Meg szeretném köszönni Kengyel Miklósnak a tanulmány kéziratának átolvasása után adott hasznos észrevételeit, annál is inkább, mert mint a perjog és a perszociológia elismert hazai művelője ő már az 1980-as évek közepén egy empirikus vizsgálatot vezetett ebben a témában és egy kismonográfiában feldolgozta az itt felmerülő összefüggéseket (Lásd az irodalomban: Kengyel Miklós: A polgári bírászkodás hétköznapijai).

Irodalom

- Blankenburg, Erhard (1978): Rechtshilfebedürfnis und Rechtsberatung – Theoretische Überlegungen zur rechtspolitischen Diskussion. In: Blankenburg/Kaupen(Hg.): Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich. Westdeutscher Verlag, Opladen. 231-249.
- Cohen, George M. (1985): Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View from the Bench. In: University of Pennsylvania Law Review. 1985 (Vol. 133.) NO. 5. 1117-1166.
- Comparative Statistics (2002): Comparative Statistics About Equal Justice in Different Countries. In: Internet, <http://www.equaljusticelibrary.org.cnchost.com/international/comparative.asp>
- Dannemann, Gerhard (1996): Acces to Justice: an Anglo-German Comparison. In: European Public Law. 1996. No. 2. 271-292.
- Epp, Charles R. (1998): The Rights Revolution. Chicago and London. Chicago University Press.
- Fenyvesi Csaba (2001): A kirendelt védői intézmény problematikája. In: Jogelméleti Szemle 2001/2. sz.
- Kengyel Miklós (1990): A polgári bírászkodás hétköznapijai. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest.
- Kengyel Miklós (2001): Magyar polgári eljárásjog. Osiris. Budapest.
- Knoppke-Wetzel, Volker (1978): Rechtshilfe in den USA. In: Blankenburg/Kaupen(Hg.): Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich. Westdeutscher Verlag, Opladen. 196-229.

- Nagy Zsolt (2000a): A kirendelt védő szociológus szemmel. In: Jogelméleti Szemle 2000/2. sz.
- Nagy Zsolt (2000b): A kirendelt védő intézményének szociológiai elemzése. In: Jogelméleti Szemle 2000/4. sz.
- Partington, Martin (1978): Die Entwicklung der Rechtshilfe in England. Aktuelle Reformbestrebungen. In: Blankenburg/Kaupen(Hg.): Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich. Westdeutscher Verlag, Opladen. 150-160.
- Posner, Richard A. (1990): The Problems of Jurisprudence. Harvard University Press.
- Projet de loi (2001): Projet de la loi relatif à l'accès au droit et à la justice, In: Internet: <http://www.ifrance.com>
- Scheingold, Stuart (1998): The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press. 1998 118-150 p.
- White, Richard H. H. (1978): Rechtshilfe in England. In: Blankenburg/Kaupen(Hg.): Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich. Westdeutscher Verlag, Opladen. 139-149.
- Woolf-Report (1995): Acces to Justice. (Internet).
- Zavodnyik József (1996): A jogvédelmi biztosítás szabályozásához. Állami Biztosításfelügyelet. Műhelytanulmányok 3. Budapest 1996.

The Concept of the Multi-Layered Legal System

By Béla Pokol

If one decides to make a comparative analysis of the various modern legal systems, one will inevitably encounter the following phenomenon; namely, that the very same component which one finds in the legal systems of different countries is of varying importance; in certain countries it plays a major role, while in others it is much less important. Such a comparative study which examines components of several different countries will reach a far more comprehensive result than research which only focuses on a single legal system. Therefore, an attempt to create an overall legal concept will be more precise if it is based on a comparative study of the various legal systems of the present, and further compared with the opposing influential legal theories of the last centuries. The result of such a comparison will show that these legal theories restrict the actually existing multi-layered legal systems. This can be easily integrated into an overall theory of law, which is the aim of this brief study.

1. Restricting legal theories and multi-layered legal concepts

If one examines the development of the legal theories of the past two-hundred years, one observes the formulation of certain opposing legal concepts which identified law with phenomena that determined the rulings of court. Montesquieu's surprising statement, which declared that the judge is the mere mouthpiece of law, appeared in numerous tendencies of legal theory in the last two-hundred years. First, it was the French "école de l'exegese" in the first half of the 19th century; later on it appeared in German legal theories by Julius Bergbohm and, some time later, by Hans Kelsen. Subsequently it made its appearance in the theories of the Soviets.

The legal concept which identified law with the text of the past decisions made by state bodies was opposed by the leading German legal concept of the 19th century, namely the pandectist jurisprudence, known under several designations, such as "Begriffsjurisprudenz" or "jurisdiction built on legal-doctrines", according to the terminology of its critics. This concept defined law as a "touched up", refined system of legal-terms. Its main representatives, Georg Puchta and Bernhard Windscheid, for instance, saw the determination of the judicial decisions through the hierarchical order of the legal terms, and when the first draft of the German BGB (civil code) was completed with the participation of Windscheid in 1884, the practicing judges of the time labeled it a "monstrosity of jurists" (Fikentscher 1975; Larenz 1979). It is impossible to deal with everyday cases, with all their tiny divergences, if legislation is based upon an abstract system of legal terms - this was the opinion of the practicing judges.

This clarity of legal notions and the identification of law with the clear-cut system of legal terms appeared in the United States in the 1870's, almost contemporaneously with Windscheid's works, through the participation of Christopher Columbus Langdell, the dean of the Faculty of Law of Harvard University (Duxbury 1991; Grey 1996). It remained the leading tendency of the American legal practice and influenced works on legal science for the next several decades.

An opposing tendency emerged which defined law as the collection of all judicial decisions. In Germany, it was supported by the members of the so-called School of Free Law, while in the United States its representatives were the exponents of the trend of “legal realism”.

From time to time, although a few influential jurists appeared who endeavored to include the multiple layers of law in their legal concepts, although the authority of the ruling tendency always oppressed these random attempts. The authors of multi-layer legal concepts therefore abandoned their ideas, and they too adopted the mainstream direction. The German Carl Friedrich von Savigny can be mentioned, for instance, who, in his earlier works wrote about legal institutions and legal dogmatics which analyze them and formulate general rules. Later on, however, influenced by Georg Puchta himself, he also shifted his attention towards a legal concept built on legal terms in spite of being one of the main supporters of the idea of a school of legal history. Another example is Francois Géný who, at the end of the 19th century in France, opposed textual positivism propagated by the “*école de l’exegese*”, and emphasized the importance of the multiple components of law. In 1921 in the United States, Benjamin Cardozo emphasized the role of the multi-layered legal components in his book “The Nature of the Juridical Process” (Cardozo 1921). Later on, however, he adopted the views of the legal realists, who emphasized the central role of the rulings of the court.

Thus, these theories define law as a “textual layer”, “legal dogmatic layer”, and “a layer of judge-made law”, though it must be said that these theories only recognized one of the three layers as law at a time, and sometimes the coming into existence of one of these theories was in reaction to another.

Another layer of the law was emphasized by an emerging legal theory in the United States in the 1960’s, which can be identified with the name of Ronald Dworkin (Dworkin 1977). This theory found the essence of law in the fundamental constitutional rights and basic constitutional principles. Dworkin’s thesis was set out in his book “Taking Rights Seriously”, though his legal theories are more clearly expressed if we paraphrase the title as “only basic rights should be taken seriously!”. In the United States from the 1960’s the extension of the judicial process based directly on the constitution led to the relegation of simple laws to the background while, in parallel, the doctrinal conceptual system of certain legal branches also lost its importance. These developments, which began in the United States, have emerged in several other countries in the past years, while in the U.S. they fell into the background (Posner 1990; Grey 1996).

The textual layer, the doctrinal layer, the layer of judge-made law and, above all, the layer of fundamental constitutional rights - these notions summarize the most influential legal theories of the last two-hundred years. How is one to create an overall theory, a multi-layered legal concept out of these opposing legal concepts?

2. The layers of the law

If one examines the development of the modern legal systems, a striking feature of its progressive tendency is that the rules of law tended to take the form of decisions of the sovereign power, and that judicial decisions had to be made according to the texts of the state power. Based on the medieval continental European jurisdictions, which already possessed collections

of customary laws, the legal practice that can be always amended by the central state power was rapidly accomplished with the influence of the absolutist rulers of the 1600's (Caenegem 1980). Later on, with the sovereign power's growing democratisation and the development of parliamentarism, it was only the place of making the final decisions that shifted from the royal authority to the parliaments. With this progress, law became the collection of the decisions of the sovereign power, but it primarily became a collection of legislated texts in countries with a democratic political system. In England and in countries influenced by England's common law system, however, it was attenuated by allowing the high courts to create judge-made law.

With the adoption of a multi-party system and within the sphere of mass-media based on freedom of speech, the parliament became the culminating point of the society's political common will; so the law that appeared in legislative texts more or less depended on the will and majority opinions of society. The court decisions that depend on legislation fulfill society's self-governing nature: society itself decides when the judges apply these fixed laws in each individual case and dispute. Because law fundamentally appears in legislative texts and is a result of a democratic decision of the state power, it tends to express the empirical common will of society.

When textual positivism identifies law with legislative texts, it emphasizes an important aspect, but it also commits two fundamental mistakes. One of these concerns the following: in the complex and intricate social context, thousands and thousands of legal regulations have to be perpetually created if they are to be consistent. If this is not done properly, they may end up canceling each other's effects through contradictory content. It might be well imagined what sort of legal chaos would result on the level of judicial case-law. It is only a carefully prearranged system of legal concepts that can provide harmony amongst the many thousands of legal regulations. Furthermore, it is the unified application of these concepts in many legal rules that can maintain this intellectual systemic quality and consistency in a heightened form. Thus without a legal dogmatic layer, the layer of legal texts cannot function. Overlooking this fact is one of the errors of textual positivism.

The other source of error is the failure to take into account the openness of the legal regulations. It is very typical of code-like laws to use overall, rather general notions and regulations, which renders divergence possible in its application. This could result in several different judicial decisions in a country in similar or even identical cases, which would easily create legal chaos. Thus without a Supreme Courts' use of concretizing precedents, the imprecise legal regulations could not properly function. (For the growing role of the precedents in the contemporary legal systems see MacCormick/Summers 1997).

Textual positivism, a concept of law built on legal dogmatics and the concept of judge-made law can be integrated into a multi-layer legal concept, if their striving for absoluteness is set aside. The textual layer of law, that can function as a consistent intellectual organization due to its prearranged doctrinal conceptual system, is connected to a democratic political common will, and among the existence of many thousands of legal provisions, it keeps the functioning of law in consistent order. The openness of the regulations that the texts of laws, that are formed from a legal-dogmatic point of view, contain, are counterbalanced by the jurisdiction of the Supreme Courts. It is a jurisdiction built on precedent, and together with the doctrinally formed texts of laws, it renders a unified law for each country.

The importance and function of the aforementioned three layers of law can be easily observed in continental European legal systems, as well as those built on the common-law system, though

in different proportions. It can be stated, that the more abstract the codified law gets in a legal system, the more inevitable it becomes to concretize the doctrinal categories, and to shape the judicial processes accordingly. Furthermore, the loose regulations that the codes contain have to be concretized and updated with the current judicial precedents. In contrast, the more specific and concrete the legislative provisions, the less necessary it becomes to have a doctrinal layer or a concretizing body of judicial precedents. Accordingly, judicial precedent would instead function as a method of independent regulation, and not as a concretizing legal layer. The English legal system can be characterized as such a system, while the legislation of the United States started to shift in the last century towards that of the continental European countries' codified legal system and, compared to the English system, a stronger legal-dogmatic categorical system was established in certain fields of law (Dawson 1968). However, among the continental European countries' legal systems, a visible difference can be observed concerning the importance of each of the three legal-layers; while in the German legal system and in the other continental legal systems influenced by it, the doctrinal layer is of high importance, it is much less so in the French legal system.

There is a divergence amongst the continental legal systems with regard to the development of the layer of judicial precedent. Although its significance seems to be increasing everywhere in the course of the last few decades, it is mostly in the Scandinavian countries and Germany where it is of marked importance, while in the southern-European countries and France it is still not so highly emphasized (see Alexy/Dreier 1997; La Torre/Taruffo 1997; Peczenik/Bergholz 1997). Among the post-socialist countries, it is in Hungary and Poland that a visible development can be observed concerning the importance of the aforementioned layer of judicial precedents (Wróblewski 1991). Besides the mere textual layer of official regulations, the layers of doctrine and judicial precedent are also an essential part of the legal systems of these countries. In Hungary, the empirical statistics which analyze the rulings of the courts prove that the position taken by the Courts is based on the texts of law, as well as on the interpretations of certain doctrinal notions, together with the precedents of the Supreme Court which provide solutions for some of the legal dilemmas which were left unsolved by the former legal regulations (see Pokol, 2000a; 2000b).

The cooperation of these three layers of law is not recent; it can be observed in the legal history of the past centuries and, in some countries where a Constitutional Court was established, it was even accompanied by a layer of constitutional rights. If we do not accept Ronald Dworkin's overemphasizing attitude on this field, and we attempt to integrate fundamental rights into an extensive legal concept, as a recently established legal layer, the following connections have to be emphasized.

As a starting point it has to be stressed that this recent legal layer may have a different impact on the three already existing layers within the legal systems of various countries. Wherever the new legal layer comes into being with the establishment of a Constitutional Court, it inevitably influences the creation of the textual layer. A judicial decision which is declared unconstitutional loses its validity - this is the sole influence of the layer of fundamental rights. Its other important influence is due to the procedure of considering the essential normative basis of the previous constitutional decisions before issuing new judicial decisions.

A third influence can be observed if the fundamental constitutional rights and their concretizing constitutional restrictions are included in each legal branch's doctrinal activity, and the doctrinal system of legal terms of the criminal law, family law, labour law, etc. is (also) altered according

to the legal layer of fundamental rights. If this is accomplished, the new legal layer, besides its effect on the textual layer, will have an influence on the doctrinal layer as well.

Finally, a third influence is that of fundamental rights on certain court rulings; either through its inclusion in the analysis of judicial decisions - together with other evaluations, or through their exclusion - or relegating the relevant judicial decision itself to the background, and issuing a ruling based on fundamental constitutional rights. If the latter occurs - as it did in the United States during the period of the activist Warren Court in the 1960's and 70's, then fundamental rights push all other legal layers into the background. In most legal systems which have constitutional courts, the layer of fundamental rights only influences the layer of the legal text, and jurists also form their "de lege ferenda" suggestions that consider fundamental rights according to the legislation and not with the aim of influencing the judicial decisions.

In this restricted solution the traditional cooperation of the three legal layers remains, and the fundamental constitutional rights only slightly modify its final outcome. Aspects of righteousness, and influences that have a short-term pacifying effect on the empirical common will, improve the functioning of the legal system.

If the aforementioned ideal arrangement is established, the layer of legal texts, together with the layer of legal dogmatics and that of judicial precedents and fundamental constitutional rights together provide a unified legal system. This is the goal of the concept of a multi-layered legal system. Besides defining the ideal concept of law, it also points out the shortcomings of other legal concepts that strive for the absoluteness of one of the legal layers.

3. The implications of the concept of the multi-layered legal system

The broadening of the concept of law and the recognition of other legal layers engenders the necessity of reconsidering several legal phenomena. In the following, we shall examine a few of these.

(The definition of law) One of the first aims of the necessary reconsideration has to be to redefine what law itself means. In other words, if we include the doctrinal system as an inevitable part of the law then, accordingly, it has to be expressed within the definition of law itself.

There is another aspect in which law differs from non-legal norms. Namely, it produces an intellectual system, and after a certain stage of development this emphasizes the notions and categories that are used by legal norms from other notions of everyday-thinking. The only way to eliminate the (possible) inconsistencies that might occur among the many thousands of legal norms is to deliberately create specific legal terms, expressions and classifications, and then systematically use these when dealing with any legal norm in question. Contrary to this, other non-legal, social norms rely on notions that are used in everyday-life, and the solutions based on these notions do not constitute a unified intellectual system.

Taking all this into consideration, the definition of law can be given as the following: law is a system of norms and their terms that express regulations and prohibitions which, failing all else, is sustained by coercion of the state.

(Legal dogmatics as a barrier of legislation) The prearranged system of legal terms that the legal norms are based on also has an influence on the modifiable nature of certain legal norms. Namely, the modified norm has to fit the already existing unified intellectual system and, for instance, a new legal norm can not use a classification that would clash with the classifications used by the already existing legal norms. For example, in the criminal law of most of the modern legal systems, the intentional character is separated from negligence when judging culpability - or rather these concepts are divided into different degrees. If a new legal rule contained a new classification of guilt, regardless of the already existing ones, the numerous restrictions of the criminal code would simply collapse. To replace a legal norm with a new one is only possible if it is doctrinally verified. The emphasis of this connection sheds a different light on the ability to modify legislation and the role of legal dogmatics which ensures the law's intellectual unity.

Often it is sufficient to include well-trained lawyers in the parliamentary apparatus and legislative committees in the ministries in order to verify the consequences of certain amendments. But if a more significant amendment or a new enactment of the legislature is at stake, the consideration of the doctrinal questions should be done by a specialized legal experts in the relevant field. This is especially so in the case of codified laws.

Inasmuch as the politicians in parliaments often amend and interfere with laws which rely on a prearranged notional system, or rather establish new codes, and this does not affect the fundamentals of the legal-dogmatics, we have to hypothetically assume that there has to be a transformational-mediator sphere in existence between the legislation and the legal dogmatic sphere, that somehow connects legislators following a political logic and the legal dogmatic sphere itself. In order to verify this hypothesis, the following things have to be taken into consideration: the methods of codification, the political intentions of the parties, or rather the professional organizations of legislation. As a result, *the outlines of a legal-political sphere* can be detected which, in some form or another, is present in every modern democracy, particularly in the case of the continental European countries.

On the one hand, this legal-political sphere exists as a part of the legal subsystem that is directed towards politics, and on the other hand, some institutions can be found as part of the political subsystem that are involved with issues of legislation. Ideally, these two elements of the legal-political organization adopt parts of the "de lege ferenda"-type restrictions in a two-step transformational process, and in the course of a selected borrowing the political side gradually tables bills which were originally formed as part of a doctrinal activity, according to the logic of politics (for instance the method of aspiring to maximize the number of votes).

The part of legal-politics that is established as a part of the legal subsystem, typically consists of bodies and assemblies of the various legal professions. The conferences, programs, membership-meetings and publications of these bodies mostly emphasize proposals about amendments that react to the recent social problems, and that were previously outlined and supervised from a doctrinal point of view and already published in some of the legal periodicals. Thus, a part of the numerous "de lege ferenda"-type propositions that the legal experts of universities and the members of the high courts etc. outlined only from a juridical point of view, become the object of a certain filtering process. As a result, those propositions will come to the

foreground that are the reactions on the current social problems. At the same time, non-topical propositions that concern academic-scientific issues only excite attention in scientific circles and are the subject-matter of the legal periodicals, without having any influence on the functioning legal sphere.

The other part of the legal-political sphere that is founded as part of politics, consists of the legal experts of the parties, the legal groups of the parliamentary party-factions, and of the groups of the jurists who are the members of the so-called “background-institutions” of the political parties, such as the political foundations and party-schools. Though the aspirations of the parties are mostly determined by the maximization of the votes (and due to this they try to include motions in the party’s program that are likely to enhance the number of votes), the adequacy of the programs inquires aspirations that are more or less workable. On account of the latter reason, the legal experts of the parties can only choose from propositions concerning amendments that are adaptable from a legal-dogmatic point of view. Although it becomes very important method to start looking for such motions among the lot that would fit the interest of a certain party the best, or rather to look out for those that would be against their interest the most. The jurists of the parties mostly concentrate on those “de lege ferenda”-type regulative propositions that were already emphasized on the assemblies and conferences of the associations of the lawyers, and the social consequences of which were already stressed in relation to certain propositions. Thus with a double transformation - despite the pushing of the pure legal-dogmatic point of view into the background and emphasizing the logic of politics - those regulatory models will appear in legislation, that do not violate the intellectual coherence of law. The legal experts of parliamentary committees are continually on the watch for motions concerning amendments that would violate the established legal-dogmatic system.

It is only this legal-politic sphere that mediates between law and politics, that can assure the proper operation of legislation, and the intellectual systematic character of law.

(The expansion of the circle of legal sources) The inclusion of more legal layers into the concept of law requires the expansion of the circle of legal sources. As the multi-layer legal concept can be best observed in the legal systems of the continental European countries, let us look at their legal sources.

It is the state bodies that are in charge of the textual layer of law, and the sources of the textual layer are those forms of decision making, that contain the textual layer of law. The most characteristic of these are the forms of decision making in the case of parliamentary acts, the forms of decision making of the governmental orders, the orders of the ministers, or rather the locally prevailing forms of decision making of the local authorities.

The first outcome of these forms of decision making is a series of open legal norms, that can only be accurately interpreted according to the legal-dogmatic categories that the norms contain. The reduction of the occurring disparate possibilities and the establishing of a more unified interpretation can be achieved with the consensus of the legal profession. The employment of the accepted legal opinion in legal case-decisions, and - due to juridic decisions that refer to these - also the legal-dogmatic works that express legal consensus, all contain characteristics of legal source. This is typical of Germany, for instance, where in the case of legal dilemmas that have to be decided by the Supreme Court, the judges often refer to works of certain jurists (Alexy/Dreier 1991). It is characteristic of numerous countries that when a decision has to be made about a legal dilemma, it is the commentaries of the law that they refer to, and not directly to the law as it applies to the case. According to this - although on a comparatively small scale

- , some systematizing legal-dogmatic works may also serve as a kind of a legal source in certain legal systems.

The legal textual layer's regulations - even if it is amplified with the legal-dogmatic interpretations - still remain open, and the layer of the concretizing judicial precedents that supplements it and creates a further legal source, has to be perpetually observed by lawyers, if they want to know what they should expect in their cases. These judge-made laws, that gained considerable importance in the legal systems of the continental European countries, were mostly created by the Supreme Courts of the countries in question, and the forms of decision making of these judicial forums function as a legal source.

Finally, wherever a constitutional court is in existence, its concretizing decisions concerning fundamental constitutional rights and basic principles also serve as a legal source. These constitutional decisions have to be separated from the concretizing precedents that concern basic legal decisions, because the fundamental rights that these are based on are not systematized dogmatically, they are usually more abstract and compared to certain legal restrictions their openness is greater, or the fundamental rights contradict each other in some cases, respectively. This is one of the various reasons why, based on these, in the continental countries it is the constitutional court that decides in these cases, and their influence is reduced to legislation, furthermore, they do not directly affect the judicial decisions. Naturally, there are great differences between the degree of influence that they have on a countries' legislation , and apart from most of the countries where the impact of fundamental rights and the decisions of the constitutional court (that serve as the interpretations of them) is restricted to the role of controlling legislation, in Germany they also influence certain judicial decisions. In theory the judge, based upon the constitutional court decisions and the constitutional basic rights, could simply set aside the given judicial provisions that should be applied under those circumstances and directly refer to these in a constitutional case, as it was achieved in "the rights revolution" in the United States in the 1960's (see Epp, 1998). However, this did not become customary in Europe. In other respects, if this is not established, then it can result in the falling of the other legal layers to the background, and furthermore, in the course of the re-politicization of the law it can lead to the corrosion of the predictable judicial decisions - as it could be seen as one of the consequences of the "rights revolution" in the United States. (For the politization of the law in the United States see Scheingold 1998).

The existence of these degrees show that the constitutional court-decisions would only be of full value as a legal source if they had direct influence on certain judicial decisions, though this only appears as an exception in the continental legal systems. In most places their impact is narrowed down to the control of legislation, therefore their function as a kind of a legal source is limited.

(Broadening the methods of statutory interpretation) Having included numerous other legal layers into the theory of law and the legal system, and the discovery of the determined relations between them, influences the ways of legal interpretation as well. Let us look at a few connections visible on this field.

The recognition of the importance of the textual layer of law brings forth the recognition of the primary importance of grammatical interpretation. It is the parliament, as the chosen representative of society's political common will, that is in charge of the proper interpretation and usage of the textual layer of jurisdiction, therefore to take the grammatical meaning of the text seriously is identical with taking the empirical common will seriously. The several ways

of interpretations that rely on the other legal layers can only advance as far as it does not contradict the clear grammatical meaning of the legal text.

The legal-dogmatic layer and the emphasis on the intellectually systematic character of law in the course of the functioning of legislation impels the employment of those ways of legal interpretation, that, beyond the grammatical meaning of the textual layer, help the judge in decision making in a given case. One of the possibilities is the interpretation based on the use of legal-logical maxims, that, starting from the text's perceivable meaning, but not encroaching it or using judicial autocracy, manages to control the judicial procedure. The so-called "argumentum a minore ad maius" (to reach more from the less by inference), and the "argumentum a maiore ad minus" (to reach the less from more), their collective designation is "argumentum a fortiori", or the "argumentum a contrario" (induction from opposites) etc. can control jurisdiction with the extrapolation of the text's perceivable meaning. In order to remedy a situation when a legal gap occurs, the judicial decision that relies upon analogies shall also end up leaning on the legal-dogmatic layer, as it constructs the verdict directly from the legal principles (this process is called legal analogy), or it transfers a legal provision that was created in a similar case, so to base the current regulation on the former example (the method of statutory analogy). As to the doctrinal interpretation, it implements the embedding of the notions found in the textual layer, therefore it binds the textual and the legal-dogmatic layer together, in relation to the current case.

The interpretation based upon precedents connects the textual legal layer with the layer of judicial precedents, and it specifies the open regulations, and therefore assures the nationwide unity of jurisdiction. Thus, this is of primary importance in the concept of the multi-layer legal system.

From the multi-layer legal system's point of view it can be qualified as dangerous, when in relation to a current case, the verdict relies on an interpretation that is based on such constitutional court decisions that concretize fundamental constitutional rights and basic principles. The American legal practice that carried this into effect is a proper example to show how this process "re-politicizes" law, and how it instigates to push the other legal layers - besides the layer of the fundamental rights - into the background (see MacCann/Silverstein 1998; Scheingold 1998). The German legal practice is also liable to experience such a shift, and the only reason why it has not yet shown such negative signs is because - despite having accepted the fundamental rights as directly prevailing through the German constitution - in practice they are rarely included into the current judicial procedures.

In Central Europe it was in Poland where, for only a few years, the constitutional court's legal interpretations were obligatory, that is, the judges were bound to take it into account. But the judicial opposition to the functioning of a re-politicized constitutional court led to its exclusion from the new constitution of 1997 (Poplawska 1998). The Hungarian constitutional court - even on an international scale - has a very great competence, and it has a right to eliminate laws, though the constitutional court decisions do not directly influence judicial decisions. In fact there are some lawyers and smaller groups of legal experts who - based on the American pattern achieved by "the rights revolution" - support the introduction of the constitutional court's direct influence on judicial decisions, but this has not been put into practice yet.

Thus in order to conclude, the concept of the multi-layered legal system supports the idea of a law on a larger scale, accepting the parallel operation of several methods of legal interpretation

at the same time, therefore it is against legal concepts that place a single legal layer into the center.

Literature

- Alexy, R./Ralf Dreier (1991): Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MacCormick/Summers(ed.) *Interpreting Statutes. A Comparative Study.* Dartmouth. 73-122 p.
- Alexy, R./Ralf Dreier (1997): Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCormick/Summers(ed.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study.* Dartmouth. 17-64 p.
- Caenegem. Raoul C. (1980): *Das Recht im Mittelalter.* In: Fikentscher, W. (Hg.): *Entstehung und Wandel rechtlichen Traditionen.* Alber Verlag. 1980. München. 609-667.p.
- Cardozo, Benjamin N. (1921): *The Nature of Juridical Process.* New Haven: Yale Univ. Press.
- Dawson, John P.(1968): *The Oracles of Law.* Ann Arbor. The University of Michigan Law School.
- Duxbury, Neil (1991): *The Theory and History of American Law and Politics.* In: *Oxford Journal of Legal Studies.* 1991/4. 589-597 p.
- Dworkin, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously.* (Cambridge, Mass. and London, 1977)
- Epp, Charles R. (1998): *The Rights Revolution.* Chicago and London Chicago University Press.
- Fikentscher, W. 1975: *Methoden des Rechts.* (Band I.: Romanischer Rechtskreis; Band II. Anglo-amerikanischer Rechtskreis; Band III. Mitteleuropäischer Rechtskreis) Tübingen: Mohr.
- Grey, Thomas C. (1996): *Modern American Legal Thought.* In: *Stanford Law Review.* 1996.
- Larenz, K. (1979): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* 4. Auflage. Berlin/New York. Duncker und Humblott.
- La Torre, M./M. Taruffo (1997): *Precedent in Italy.* In: MacCormick/Summers (ed.) *Interpreting Statutes. A Comparative Study.* Dartmouth. 141-188. p.
- MacCann, M./ H. Silverstein (1998): *Rethinking Law's "Allurements": A Relational Analysis of Social Movement Lawyers in the United States.* In: Sarat, Ausl In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities.* New York. Oxford University Press. 1998. 261-292 p.
- MacCormick, N./Summers, R. S. ed. (1991): *Interpreting Statutes. A Comparative Study.* Dartmouth.
- MacCormick, Neil/R. S. Summers ed.(1997): *Interpreting Precedents. A Comparative Study.* Dartmouth.
- Peczenik. A./G. Bergholz (1997): *Precedent in Sweden.* In: MacCormick/Summers(ed.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study.* Dartmouth. 293-314 p.
- Pokol, Béla (2000a): *Statutory Interpretation and the Precedent in Hungary.* In: *Osteurope Recht.* 2000 Heft 3-4, 262-277.p.
- Pokol, Béla (2000b): *Rechtauslegung und höchstrichterlichen Prajudizien in Hungary.* In: *Zeitschrift für öffentliches Recht.* 2000 Heft 3.
- Poplawska, Eva (1998): *Constitutionalization of the Legal Order.* In: *Polish Contemporary Law. Quarterly Review.* 1988. NO. 1-4. 115-133.
- Posner, Richard A. (1990): *The Problems of Jurisprudence.* Harvard University Press.
- Scheingold Stuart (1998): *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case*

Study of Left-Activist Lawyering in Seattle. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press.1998 118-150 p.
Wróblewski, Jerzy (1991): Statutory Interpretation in Poland. In: MacCormick/Summers. Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. 257-310 p.

Béla Pokol (1950)

- Professor of law, political science and sociology at the Eötvös Lóránd University of Science in Budapest.
 - Head of Department of the Sociology of Law and Legal Theory at the Szeged University.
- Adress: H-1053. Budapest, Eötvös Lóránd University of Science, Egyetem tér 1-3.
E-mail: pokolbela@matavnet.hu