

Jogelméleti Szemle 2012/4. szám

TARTALOM

Tanulmányok

Bérces Viktor: A védő kérdezési jogának gyakorlásával kapcsolatos kérdések bírósági eljárásban	3
Blutman László: Az analitikus jogdogmatika keservei: jogosultság, szabadosság, hatalmasság	15
Hegedős Soma: Eltérő demokrácia-felfogások az antikvitástól az újkorig	58
Kondorosi András: Gondolatok a pénzforgalom rendjét sértő bűncselekmények kapcsán.....	76
Mészáros Ádám Zoltán: A végszükség szabályozásának alakulása, tekintettel az új Btk.-ra	88
Müller György: A miniszterelnöki kormányról	97
Nótári Tamás: A színpadi művek és a zeneművek szerzői jogvédelmének fejlődéstörténete Magyarországon	106
Paksy Máté: Az alkotmánybíráskodás kezdetei Franciaországban: az „igazságosság ágya” metafora	123
Szaniszlai Peter: Governance instead of government – some theoretical considerations from the study of the postwar Japanese political system	127
Szmodis Jenő: Az etológiai tények hatása a jogrendszerekre	155
Tóth J., Zoltán: Animal Protection and Animal 'Rights' in Hungary	166
Ujházi, Lóránd: Possibilities of the solution of <i>lacuna legis</i> in the law of the catholic church (CAN. 19.)	176

Recenziók

Vigh Enikő: A jog mint multidiszciplináris tudomány	193
---	-----

Könyvismertetés

Hengl Melinda: Könyvismertetés Hautzinger Zoltán: „A magyar katonai	
---	--

büntetőeljárás fejlesztési irányai” című könyvéről204

Kiss Zoltán: Nótári, Tamás: Studia Iuridico-Philologica II. Studies in Classical and Medieval Philology and Legal History. Lectum, Szeged, 2012. 210 o.210

Portré

Az Alaptörvény és a történeti alkotmány – Csevár Nóra beszélget Szájer Józseffel.....213

A védő kérdezési jogának gyakorlásával kapcsolatos kérdések bírósági eljárásban

Bevezetés

A védő a kérdéshez való jogának gyakorlása körében a tényállás tisztázása, valamint ezen keresztül a terhelt felelősségét mentő, illetőleg enyhítő körülmények feltárása érdekében „közvetett oknyomozó” tevékenységet folytathat a bíróság előtti bizonyítási eljárásban. A pertaktikai okból legfontosabb kérdések általában a védenchez, a terhelttársakhoz, a tanúhoz, a szakértőkhöz, illetőleg a sértettekhez szólnak.

Amennyiben a kérdezési jog gyakorlásának közvetlensége az érintett személyek valamelyikének jelenlétének hiányában nem lehetséges, de a kérdések feltevése pertaktikai okokból feltétlenül szükséges, akkor a védő köteles a kérdéseit írásban megfogalmazni, és a tanú, terhelttárs, szakértő, vagy sértett megkeresése előtt azokat a bírósággal közölni. Utóbbi esetekben nem alapozhat arra, hogy kérzendő személy előbb-utóbb ügyis „felépül”, vagy „előkerül”, s így személyesen is képes lesz majd vallomást tenni.

Ehelyütt megjegyezném: némileg hiányolom a Be.-ből az arra való utalást, hogy a védő írásban is megfogalmazhatja a kérdéseit, és azokat benyújthatja a bíróság részére, ha azok személyes jellegű feltevése valamilyen rajta kívül álló okból nem kerülhet sor. A törvény ebben a körben - a tanú vonatkozásában - mindössze a következő szabályokat rögzíti: a tanács elnöke a tanúnak az eljárás korábbi szakaszában tett vallomását hivatalból ismertetheti vagy az ügyész, a vádlott vagy a védő indítványára felolvashatja, illetve a jegyzőkönyvvezetővel felolvastathatja, ha 1. a tanú a tárgyaláson nem hallgatható ki, vagy a tárgyaláson való megjelenése egészségi állapotára tekintettel aránytalan nehézséggel járna, vagy az tartós külföldi tartózkodása miatt nem lehetséges 2. a tanú a tárgyaláson a vallomástételt jogosulatlanul megtagadja 3. a tárgyalást a 287. § (3) bekezdése alapján előlről kell kezdeni 4. a tanú a 85. § (5) és (6) bekezdése alapján írásban tett vallomást, és a tanú tárgyaláson történő kihallgatását a bíróság nem tartja szükségesnek 5. a bíróság a tanút a 281. § (8) bekezdése alapján írásban történő vallomástételre hívta fel.

A védői kérdés metodikája

A kérdés alapvető követelménye, hogy a válasz befolyásmentes legyen, tehát tilos minden olyan kérdés, ami az arra adott válaszra is utal, avagy azt direkt módon tartalmazza. Tulajdonképpen ez az, ami „művészetté” teszi a megfelelő metódus megválasztását. Ezek az előírások ugyanakkor csak irányelvek, a kérdésfeltevés szabványosítása lehetetlen és jogszerűtlen volna megítélésem szerint. Természetesen vannak olyan esetek, amikor a kihallgatott személy egyénisége megnehezíti az irányításmentes kérdést – ilyenkor bírói engedéllyel lehet segíteni a válaszadást.²

¹ PhD, PPKE-JÁK, Büntető Anyagi, Eljárési és Végrehajtási Jogi Tanszék, mb. előadó

² Például elmagyarázni, hogy mit jelentenek az egyes idegen eredetű szavak, stb.

Fontosnak vélem azt is, hogy a kérdésfeltevés ne legyen modoros és ne párosuljon sokat sejtető mimikával. Ez persze csak a kommunikáció mikéntjével kapcsolatos kíváncsi, ugyanakkor tévedés lenne azt állítani, hogy a védő nem befolyásolhatja valakinek a vallomását. Ellenkezőleg: pont ez a célja a kérdezőnek az ügyész által indítványozott tanúk, szakértők, illetőleg az ellenérdekű terheltek kihallgatásakor. Az eredményességre viszont csakis a kérdések megfelelő tartalmi összeállításával lehet törekedni.³

Nem tartom helyesnek az olyan kérdezői gyakorlatot sem, amely már tisztázott tények újbóli felidézését célozza meg. Ez két okból is hátrányos a védő megítélése szempontjából: egyfelől felkészületlenségre vall, másfelől felveti az időhúzás szándékának „alapos gyanúját”. Ugyanakkor helye lehet adott kérdés ismételt feltevésének akkor, ha arra már született (érdemi) válasz, de a védő szerint azt a kérdező személy valamilyen félreértés okán tévesen adta meg.⁴

Gyakran előfordul, hogy a védő által indítványozott bizonyításnál a bíró egyből a védőre bízta a kérdezőt. Ilyenkor egyes kollégák hajlamosak arra, hogy kérdező helyett észrevételezzenek, ami az eljárási jog szempontjából jelen fázisban nyilvánvalóan szabálytalan. Mindemellett, a bíróság sok esetben feleslegesnek tartja az „ismétlődő kérdéseket”. Adott személy kihallgatásakor azonban gyakran kíváncsi látszik a „Fenntartja?” kérdés megfogalmazása. Merőben más azonban a helyzet megítélése akkor, ha az ismételtetés oka a védő figyelmetlensége vagy „feltűnési viselkedése”.

Soron kívüli kérdező csak engedéllyel történhet. Ezzel kapcsolatban megjegyezném, hogy gyakran valóban időpocsékolásnak tűnhet több személytől ugyanazt kérdező. Más kérdés, hogy a védő sohasem tudhatja teljes bizonyossággal, hogy az adott bíróság szempontjából hány vallomás szükséges a minden kétséget kizáró bizonyítottsághoz.

A tanúkihallgatásokkal kapcsolatos védői feladatok

A bírósági szakban a tanú kérdéséhez való jog teljes mértékben biztosított mind a vád, mind a védelem részére. A tanúvallomást gyakran említik a „bizonyítékok koronájaként”, emiatt különösen fontos, hogy annak szükséges objektivitása messzemenőig védelmet élvezzen. Feltétlen indokolt tehát a Be. azon szabálya, miszerint ha a kérdés a kérdező befolyásolására alkalmas, magában foglalja a választ, nem az ügyre tartozik, azt illetéktelen személy tette fel, a tárgyalás tekintélyét sérti, vagy ismételten ugyanazon tényre irányul, illetőleg ismételten ugyanazon kérdező részéről újbóli előfordulás esetén a tanács elnöke (egyesbíró) a kérdezőtől a kérdező jogát megvonja. /Be. 295. § (2) bek./ A 292. § alapján a tanú kihallgatása alatt a még ki nem hallgatott tanúk nem lehetnek jelen. A tanács elnöke az ügyész, a vádlott vagy a védő indítványára, illetőleg hivatalból a tanú kihallgatásának tartamára

³A védői taktika bevett eszköze a „beugrató kérdés”. Például: ellenérdekű terheltségre előadja, hogy a buszon még látta a sértettet. Védő megkérdezi: „Azt látta, hogy Kalocsán leszállt a buszról?” Erre a terheltségre: „Azt nem, mert amikor ott megállt a busz, én éppen beszélgettem!” Végül kiderül, hogy Kalocsán nem is volt megálló, amit a védő a kérdés feltevésékor is tudott. A védői kérdés ugyanakkor szabályosnak tekinthető.

⁴ Ld. ha a nyomozati, illetőleg vádszakaszban, valamint a tárgyalás előkészítése során kihallgatott személy később módosítja a vallomását, a védő elsőrendű feladata az eltérés tisztázását célzó kérdések megfogalmazása

a tárgyalóteremből eltávolíttatja azt a vádlottat, akinek jelenléte a tanút a kihallgatása során zavarná. E szabály szintén indokolt, hiszen nyilvánvaló, hogy a tanúvallomás csak akkor töltheti be valós eljárás szerepét, ha azt teljes mértékben befolyásmentesen teszik meg.

„Kétségtelen, hogy jelentőségét tekintve csak a terhelt beismerő vallomása előzi meg a tanúvallomás értékét, a gyakoriság szempontjából pedig jelen bizonyítási eszköz feltétlenül az első helyen áll” – írja Róth.⁵ A tanút ugyanakkor nem lehet úgy kezelni, mint „az eljárás tárgyát, akiből egyszerűen, nem is mindig a legszabályosabb eszközökkel, kipréselik az eljárás szempontjából fontos tényeket, adatokat, de magára hagyják és ha akaratlanul is, kiszolgáltatják annak a bűnözőnek, aki ellen tanúskodott.”⁶ Kabódi írja: „a bíró szájából parancsszerűen pattogó kérdések özönét hallgatva, a tanúkat örökösen félbeszakító, ellentmondást nem tűrő bírói türelmetlenséggel találkozva, mindig van egy olyan érzésem, mintha a bíró hivatása néhol érezhető presztízsveszteségéért így kívánná kárpótolni magát.”⁷ A helyes bírói kérdés problematikája nem tartozik e dolgozat témájába, ugyanakkor annyit leszögeznek, hogy a bíróságnak a tanúbizonyítás során két tényezőre feltétlen ügyelnie kell: 1. ki kell szűrnie a hamis tanúzás kategóriájába ugyan nem sorolható, de kétségkívül elfogult vallomásokat 2. lehetőleg minél több hasonló tartalmú vallomást kell beszereznie.⁸

Ami az általános kérdezési sorrendet illeti, ezzel kapcsolatban a főszabály az, hogy a vád és a védelem tanúit is először a bíró hallgatja ki, és az eljárás egyéb résztvevői csak ezután tehetnek fel kérdéseket (illetőleg tehetnek észrevételeket a vallomással kapcsolatban). Az eljárás ezen részével kapcsolatban három eltérő jellegű gyakorlati probléma merül fel kérdésként: 1. a tanúval szembeni fellépés a védelem részéről 2. a tanúvallomások jegyzőkönyvezése 3. a tanú távolmaradásából fakadó eljárási visszasságok.

Az 1. pont alá tartozó esetben arra hívnám fel a figyelmet, hogy a magyar rendszerben nem kristályosodtak ki olyannyira a „a vád, illetőleg a védelem tanúja” kategóriák, mint az USA-ban, holott mindkét oldalon lehetősége van ilyen eljárási szereplők bevonását indítványozni. A fő különbséget elsősorban abban látom, hogy hazánkban - mindkét relációban - csak nagyritkán kerül sor a kérdések és válaszok előzetes (tárgyalás előtti) egyeztetésére, emiatt a tanúnak idézett személyek nem mindig a várt vallomást teszik meg. Kérdés: adhat-e a védő felvilágosítást a tanúnak abban a vonatkozásban, hogy élhet a vallomástétel megtagadásának jogával? Fenyvesi szerint az a célszerű, ha a tanúnak más ügyvéd ad tanácsot, aki „egyoldalúan e tanú érdekeire orientálódhat.”⁹ Hovatovább, emiatt külön eljárási szereplőként lett nevesítve a Be.-ben a tanú érdekében eljáró ügyvéd intézménye.¹⁰

⁵ Róth Erika: Hogyan és kitől védjük a tanút? Kriminálpolitikai válaszok a bűnözés kihívásaira, különös tekintettel a szervezett bűnözésre és a büntetőjogi szankciórendszerre. A IV. Országos Kriminológiai Vándorgyűlés anyaga. Győr, 2000. október 13-14. In Róth Erika (szerk.) Kriminológiai Közlemények Különkiadás, Bíbor Kiadó, Bp., 2001, 119. o.

⁶ Farkas Ákos - Róth Erika: Tanúvédelem a büntetőeljárásban. In Magyar Jog, 1992/10. szám, 583. o.

⁷ Kabódi Csaba: Igazságszolgáltatás - szolgáltatás? In Tóth Mihály (szerk.) Büntető Eljárásjogi Olvasókönyv, Osiris Kiadó, Budapest, 2003, 366. o.

⁸ „A tanú hitelessége immár annál csekélyebb, minél nagyobb ellensége vagy barátja a vádlottnak, vagy minél közelebbi viszonyban áll hozzá. Egy tanúnál több kell, mert ha az egyik ember állít, a másik tagad, akkor nincs bizonyosság és az ártatlanság véelme áll elő, melyre mindenki hivatkozhatik. A tanú hitelessége annál csekélyebb minél borzasztóbb a büntett, és minél kevésbé valószínűek a körülmények.” Beccaria, Cesare: A tanúkról. In Tóth Mihály (szerk.): i.m. 221-222. o.

⁹ Fenyvesi Csaba: A védőügyvéd. A védő büntetőeljárás szerepéről és jogállásáról. Dialog-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002, 262. o.

¹⁰ Fenyvesi ugyanakkor nem lát kivétlnivalót abban, ha a védő a vádlott hozzátartozóinak ad ilyen

A tanúnak a feltett kérdésekre adott válaszai perdöntő fontosságúak lehetnek. Emiatt különösen fontos, hogy vallomását teljességgel befolyásmentesen tehesse meg, s e körülményt nemcsak a bíróságnak, hanem a védőnek is szem előtt kell tartania. Hovatovább, a kérdezési jog gyakorlásának módja során az eljárásjog és a gyakorlat nem tesz különbséget a védő és a terhelt között sem. Mindkettőjüknek egyformán törekedniük kell arra, hogy tartózkodjanak az indulatos fellépéstől, illetőleg a (sértően) provokatív megnyilvánulásoktól. Erre az elvre a védőnek feltétlenül figyelmeztetnie kell védencét is, a tárgyalást megelőzően.

A 2. pontban megfogalmazott probléma a tanúhoz intézett kérdések és az arra adott válaszok jegyzőkönyvezésével kapcsolatos. Előrebocsátanám, hogy a Be. 251. § értelmében a vallomást (illetőleg a szakvéleményt, a szemle eredményét, továbbá az ügyész, a vádlott, a védő, a magánvádló, pótmagánvádló és a magánfél indítványát) kimerítően kell a jegyzőkönyvbe felvenni.¹¹ Ha valamely kifejezés vagy kijelentés szó szerinti szövege jelentős, akkor azt szó szerint kell jegyzőkönyvbe venni. Az esetleges hiányosságok, illetőleg elírások látszólag könnyedén orvosolhatóak kiegészítés, vagy kijavítás indítványozásával. Ugyanakkor gyakran előfordul olyan eset, hogy a védő a bizonyítási eljárás során csak a magánjellegű feljegyzéseire tud támaszkodni, így ezekből idéz. Ezt a helyzetet nem tartom szerencsésnek, az eljárás minden szereplője előtt ott kellene lennie a korábbi tárgyalási jegyzőkönyvnek, amely egyben biztosítja a „fegyverek egyenlőségének” elvét, valamint az átlagosnál színvonalasabb bírósági ügyvitelt.¹² Ezzel kapcsolatban megjegyzendő, hogy az USA rendszerében „minden, a tárgyalással összefüggésben a tárgyalóteremben elhangzott szó rögzítésre kerül a {...} gyorsírási jegyzőkönyvben és szükség esetén később átírássra is kerül. Az európai modelltől eltérően a bíró nem diktál jegyzőkönyvbe semmit. A szó szerinti jegyzőkönyv rendkívül fontos, hiszen a másodfokú bíróság csak ennek alapján tudja megítélni a tárgyalásvezetés tárgyilagosságát.”¹³

Egyébiránt úgy vélem, hogy elsősorban a védő feladata a bírósági eljárásban annak kieszközlése, hogy a védekezés szempontjából releváns információk írásban rögzítésre kerüljenek. Persze előfordulhat, hogy a védő olyan körülményt kíván jegyzőkönyveztetni, amelyet a bíróság az ügy szempontjából nem tart fontosnak. Úgy vélem azonban, hogy ilyen esetekben a bíróság nem foglalhat állást a rögzítés szükségessége kérdésében, hanem feltétlen eleget kell tennie az ilyen tárgyú védői indítványoknak. Ne feledjük: a jegyzőkönyv funkciója elvileg a tárgyaláson elhangzottak kimerítő jellegű, szabatos megjelenítése.

A legnagyobb jogi visszásság a 3. pontban megfogalmazott esetekben és pedig akkor áll fenn, amikor a tárgyaláson nem jelenik meg a tanú, de korábbi vallomása mégis „visszaköszön” az ítéletben. Ilyenkor ugyanis sem a vádlottnak, sem a védőjének nem nyílik lehetősége arra, hogy a tanú szavahihetőségét megingassa, vagy vallomásának valódiságát megkérdőjelezze.¹⁴ A különösen védett tanú kategóriája

tartalmú felvilágosítást. Fenyvesi: i.m. 262. o.

¹¹ Nem kell jegyzőkönyvbe felvenni a vallomásnak vagy a szakvéleménynek azt a részét, amely a bíróság eljárásában korábban készült jegyzőkönyv tartalmával megegyezik, ehelyett a korábbi jegyzőkönyvre kell utalni. Ezenkívül: a bíróság indítványra vagy hivatalból elrendelheti valamely körülmény vagy nyilatkozat jegyzőkönyvbe vételét.

¹² Fenyvesi szerint ugyanakkor „a személyes feljegyzések nem helyettesíthetik a jegyzőkönyvet, miután annak kiegészítése, kijavítása nem történt meg, másrésztől nem is szerencsés hivatkozni rájuk, mert azzal nem válik iratszerűvé, perrendszerűvé az állítás {...}” Fenyvesi: i.m. 258. o.

¹³ Mahler, Gordon: Az amerikai büntetőeljárás vázlatja. In Tóth Mihály (szerk.): i.m. 79. o.

¹⁴ Más kérdés, hogy a tárgyalás előkészítése körében a feltett kérdések hatására a bíróság elrendelheti, hogy a nyomozási bíró ismét hallgassa ki védett tanút.

külön kitételként szerepel a törvényben: ha az ügyész a különösen védett tanú vallomását kívánja bizonyítási eszközként felhasználni, a tanács elnöke a nyomozási bírótól beszerzi a különösen védett tanú vallomásáról készült jegyzőkönyvet és a különösen védetté nyilvánításról szóló határozatot. A jegyzőkönyvet és az említett dokumentumot azonban csak a bíróság tagjai tekinthetik meg, és azokról másolat nem adható /268. § (3) bek./. Ugyanakkor, ha a vádlott, a védője vagy az ügyész a különösen védett tanúhoz kérdés feltevését indítványozta, illetőleg a különösen védett tanúhoz a tanács elnöke tesz fel kérdést, a bíróság a különösen védett tanú vallomásáról készült jegyzőkönyv és a különösen védetté nyilvánításról szóló határozat egyidejű visszaküldésével elrendeli, hogy a nyomozási bíró a vádlott, a védője vagy az ügyész által feltett kérdésekre ismételten kihallgassa a különösen védett tanút. /268. § (4) bek./. Etekintetben tehát már némi előrelépés tapasztalható a tárgyalás közvetlensége elvének irányába.

Az Európai Bizottság ezzel kapcsolatban számos – ellentétes irányú – észrevételt tett,¹⁵ ugyanakkor megállapította azt is, hogy sérti a tisztességes eljárás elvét, ha a bíróság által vizsgált bizonyítékok többsége névtelen tanúk vallomásából áll és más terhelő adat nem áll rendelkezésre az eljárásban.¹⁶ A lényeges ismérvek magam is azt tartom, hogy a bíróság csakis a tárgyaláson közvetlenül megvizsgált bizonyítékokra alapozza az ítéletét (beleértve a közvetett bizonyítékokat is). Megjegyezném, hogy a Be. már a különösen védett tanú intézményének megjelenése¹⁷ előtt is lehetőséget adott arra, hogy a bíróság felülírja a tárgyalás közvetlenségének elvét (pl. másik bíróság megkeresése esetében, avagy akkor, amikor a vádlottat eltávolíttatja a tárgyalóteremből, stb.). A jogalkalmazók ugyanakkor mindvégig szem előtt tartották azt is, hogy jelen princípium korlátozására csak minél szűkebb körben kerülhessen sor, hiszen ennek megsértése eljárási szabálysértés avagy megalapozatlanság körében gyakorta eredményezte az elsőfokú ítéletek hatályon kívül helyezését.¹⁸

Kérdés persze, hogy meddig mehet el a jogalkotó a tanúvédelem terén anélkül, hogy azzal sértene a vádlott, illetve a védő eljárási helyzetét?¹⁹ Erre még a strasbourgi ítéletek sem adnak egyértelmű állásfoglalást. „Meggyőző jogi lehetőségek hiányában ezért elsősorban azokkal kell egyetértenünk, akik a „részleges anonimitást” ítélik járható útnak.”²⁰ Ugyanakkor számomra egyértelmű, hogy a tanú érdekei legalább

¹⁵ Az Emberi Jogok Európai Egyezménye nem biztosít korlátlan jogot arra, hogy a védelem valamennyi terhelő tanúnak a megidézését megkövetelje a tárgyalásra azért, hogy ott a szükséges kérdések feltevésére sor kerülhessen. Az eljáró bíróság eltekinthet a tanú idézésétől akkor, ha a rendőrség az információ fejében garantálta a tanú anonimitásának megőrzését. (Appl. 8417/78, illetve 8414/70.) In Fenyvesi: i.m. 255. o.

¹⁶ Ld. Az osztrák állam ellen előterjesztett 12489/86. sz. panasz kapcsán hozott bizottsági döntést. In Fenyvesi: i.m. 255. o.

¹⁷ „Aligha vitatható, hogy az 1980-as évek végén, de különösen az 1990-es években Magyarországon egyre érzékelhetőbbé vált a szervezett bűnözés minőségi és strukturális változása, amely óhatatlanul magával hozta a tanúvédelem újraszabályozásának igényét. Alapvetően annak az igénye merült fel, hogy a szervezett bűnözés elleni jogalkotói, illetőleg jogalkalmazói tevékenység keretében olyan szabályok nyerjenek megfogalmazást, amelyek alkalmasak a kiemelkedő jelentőséggel bíró tanúk fizikai és lelki védelmének biztosítására, ugyanakkor nem sértik a vádlott tisztességes tárgyaláshoz való jogát. Emellett a tárgyalási kérdések feltevését óhatatlanul inspirálta a bizonyítási igény {...} annak érdekében, hogy a bizonyítási eljárás, illetve annak eredménye ne kerüljön kilátástalan helyzetbe. Ehhez azonban - a szervezett bűnözésre figyelemmel - a tanút védeni kell.” Csák Zsolt: A különösen védett tanú az Emberi Jogok Európai Bíróságának ítéletei tükrében. In Tóth Mihály (szerk.): i.m. 223. o.

¹⁸ Csák: i.m. 224. o.

¹⁹ Fenyvesi: i.m. 255. o.

²⁰ Farkas - Róth: Tanúvédelem a büntető eljárásban. In Magyar Jog, 1992/10. szám In Csák: i.m. 225.

annyira fontosak, mint a terhelti védekezés hatékonyságához való jog. Mindaddig tehát, amíg a bíróság számára más - bűnösséget alátámasztó - bizonyítékok is rendelkezésre állnak, nem kifogásolható a tanú tárgyaláson történő jelenlétének a hiánya. A hazai szabályozás emellett lehetőséget ad arra is, hogy a védő indítványozza a tanú különösen védetté nyilvánításának feloldását. (Más kérdés, hogy az ilyen indítványok csak nagyritkán eredményesek.)²¹

További kérdés: megfelel-e a tárgyalás közvetlensége elvének annak lehetősége, hogy bizonyos feltételek fennállása esetén a tanú kihallgatása helyett annak korábbi vallomását is ismertetheti a bíróság? Nyilvánvalóan nem, mégis vannak olyan körülmények, amelyeket a Be. ezen kivételes esetek közt taxál. Ennek megfelelően a 296. § alapján a tanács elnöke a tanúnak az eljárás korábbi szakaszában tett vallomását hivatalból ismertetheti vagy az ügyész, a vádlott vagy a védő indítványára felolvashatja, illetve a jegyzőkönyvvezetővel felolvastathatja, ha 1. a tanú a tárgyaláson nem hallgatható ki, vagy a tárgyaláson való megjelenése egészségi állapotára tekintettel aránytalan nehézséggel járna, vagy az tartós külföldi tartózkodása miatt nem lehetséges 2. a tanú a tárgyaláson a vallomástételt jogosulatlanul megtagadja 3. ha tárgyalást a törvényben meghatározott okból előlről kell kezdeni 4. ha a tanú a törvényben meghatározott esetekben írásban tett vallomást, és a tanú tárgyaláson történő kihallgatását a bíróság nem tartja szükségesnek 5. a bíróság a tanút a törvényben meghatározott esetben írásban történő vallomástételre hívta fel.²²

A szakértőhöz intézett kérdések a védelem oldaláról

A büntetőeljárás során szakértő kirendelésére akkor kerül sor, ha valamilyen bizonyítandó tény megállapításához vagy megítéléséhez különleges szakértelem szükséges (Be. 99. §). A törvény alapján a szakértőt a tanú kihallgatására vonatkozó szabályok alkalmazásával kell meghallgatni.²³

Ami a szakértők védő általi kérdésére vonatkozó tendenciákat illeti, az ügyvédek körében megállapítható, hogy sokkal inkább egyenrangú („értelmiségi”) partnerként tekintenek az eljárás ezen szereplőire, ami nagyban befolyásolja a kérdezési stílust is. A védők egy szakértő vonatkozásában általában nem törekednek arra, hogy a kérdezett személlyel szemben minél egyszerűbben, már-már „szájba rágósan” fogalmazzák meg kérdéseiket (mint például a tanúk esetében). Ez a védői

²¹ Stefan Trechsel strasbourgi bíró az ún. „Unterpertinger-ügyben” adott különvéleményében az alábbiakat fogalmazta meg: „ha a tanú vallomását a bíróság bizonyítékként kívánja értékelni, úgy a tanú megjelenésétől nem lehet eltekinteni és módot kell adni a védelemnek, hogy a tanúhoz kérdéseket intézhessen. Ha viszont a hatóságok a tanúnak garantálják, hogy a tárgyaláson nem kell megjelennie, úgy ebből le kell vonni azt a következtetést, hogy a korábbi vallomás tartalma sem lesz felhasználható. Az nem lehetséges, hogy az eljárási rendszer tanúkat a vádlott kárára privilegizáljon.” Fuchs, H.: Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Österreichische Straf- und Strafverfahrensrecht. ZStW Band 100 (1988) 466/467. o. In Fenyvesi: i.m. 255. o.

²² A Be. 297. § alapján a tanács elnöke az ügyész, a vádlott vagy a védő indítványára, illetőleg hivatalból ismertetheti a tanú korábbi vallomásának részeit, ha a tanú a történetekre nem emlékszik, vagy ha a tárgyaláson tett és a korábbi tanúvallomása között ellentét van. Az ismertetés - a törvényben meghatározott keretek között - kiterjedhet a tanúnak az eljárás korábbi szakaszában vagy más eljárásban gyanúsítottként vagy vádlottként tett vallomására is.

²³ Ha a szakértő a tárgyaláson az értesítés ellenére nem jelent meg, vagy a szakértő értesítését a bíróság a törvényben meghatározott okból mellőzte, az írásban előterjesztett szakvéleményt a tanács elnöke ismerteti vagy az ügyész, a vádlott, vagy a védő indítványára felolvassa, illetve a jegyzőkönyvvezetővel felolvastatja (299. §).

attitűd nyilvánvalóan indokolt, hiszen a szakértővel szemben nem szabad a „vizsgáztatás” látszatát kelteni, a védő ebben a körben nem tanár, hanem tanuló. A „védő - tanú” reláció esetében ugyanakkor sokkal inkább érvényesül a „kitanító - kitanított” viszony, ami alatt természetesen nem azt értem, hogy a védő bármilyen módon befolyásolhatja a tanút a vallomása megtételében. Csak éppen sokkal inkább érvényesül vele szemben az „atyáskodó stílus”, a „laikus contra profi” képletének kifejező jellegű szemléltetése. A védő a tanúval szemben egy-egy modoros hangsúllyal, vagy köhintéssel sokszor érzékelteti azt, hogy határozott álláspontja van az adott kérdésre adott válaszok valóságával kapcsolatban, ugyanakkor a szakértővel szemben ezt sohasem teheti meg.

A fentiek ellenére leszögezném, hogy a védőnek ugyanakkor indokolt minél behatóbban ismerkednie azokkal az általános szakértelmet igénylő kérdésekkel, amelyeknek a megállapítására, vagy kizárhatóságára a szakértői kirendelés irányul. Ez annál is inkább lényeges attitűd, mivel a „terminus technicusok” elsajátításával sokkal könnyebben megvalósulhat a lényegretörő kérdezés, amely egyben meggyorsíthatja a tényállás tisztázásának folyamatát. Félreértés ne essék, a védő nem lehet szakértő még akkor sem, ha a szakértővel megegyező végzettséggel rendelkezik és egyébként képes lenne az adott szakkérdésben objektív válaszokat adni!

A „keresztkérdéses” rendszer törvényi alapesetként történő szabályozásának szükséges volta

Ami a magyar büntető tárgyalási rendszer általános menetét illeti, tudvalevő, hogy a ki-, illetőleg meghallgatott személyekkel szemben szinte kivétel nélkül mindig a bíróság teszi fel elsőként az ügyre vonatkozó kérdéseit. A bíróság előtti bizonyítási eljárás szinte minden európai államban a vádlott kihallgatásával kezdődik, így elsőként neki lehet kérdéseket feltenni (a Be. is ezt a sorrendiséget követi - ld. 286. §). A tanúk közül rendszerint a sértettet kell elsőként kihallgatni. A vádlott és a tanú kihallgatását, illetve a szakértő meghallgatását követően hozzájuk a bíróság tagjain kívül az ügyész, a vádlott, a védő, a sértett, a magánfél, valamint az őt érintő körben az egyéb érdekelt és a szakértő kérdést tehet fel.²⁴

Fenyvesi nagy jelentőséget tulajdonít a kérdésfeltevő személyének, illetőleg sorrendjének.²⁵ E nézőpontot továbbgondolva úgy vélem, hogy valamennyi tárgyaláson foganatosított ki-, illetőleg meghallgatás esetében az lenne az elfogadható, ha a bírák csak a vád, illetőleg védelem irányában elfogult „felek” (ld. ügyész, illetőleg védő) után tehetnék fel kérdéseiket.

A terhelték esetében elsősorban azon szemléletet kellene látszólagosan is érvényesíteni, miszerint nem a bíróságnak van vádlottja, illetőleg védence, hanem az ügyészségnek, illetőleg a védőnek.²⁶ Ehhez pedig feltétlen arra lenne szükség, hogy

²⁴ A 288. § alapján a vádlottat rendszerint a még ki nem hallgatott vádlott-társai távollétében kell kihallgatni. A tanács elnöke az ügyész, a vádlott vagy a védő indítványára, illetőleg hivatalból a vádlott kihallgatásának tartamára a tárgyalóteremből eltávolíttatja azt a már kihallgatott vádlott-társat, akinek jelenléte a vádlottat a kihallgatása során zavarná. A vádlottnak lehetőséget kell adni arra, hogy röviden összefoglalva kifejtse a váddal kapcsolatos álláspontját. A vádlott, illetőleg védője már ekkor is kitérhet arra, hogy a védelem érdekében milyen bizonyítás lefolytatását indítványozza. A tanács elnöke a vádlottat figyelmezteti arra is, hogy a bizonyítási eljárás során kihallgatottakhoz kérdéseket intézhet, indítványokat és észrevételeket tehet. A figyelmeztetés kiterjed arra is, hogy ha a vádlott nem tesz vallomást, a terheltként tett korábbi vallomása ismertethető vagy felolvasható.

²⁵ Fenyvesi: i.m. 254. o.

²⁶ Fenyvesi szerint ugyanakkor az „ügyész-vádlott” relációt nem lehet ebben a kontextusban

elsőként a vádhatóság jelen lévő képviselője, majd pedig a védő kérdezzen annak lehetősége nélkül, hogy a bíróság tagjai *menetközben* kérdéseket fogalmazzanak meg. A kérdezés jogát a felek általi kihallgatás után természetesen a bírák számára is biztosítani kellene.

A tanúkihallgatások esetében már egy cizelláltabb problémáról van szó, hiszen először nyilván annak a hivatásos eljárás szereplőnek kellene kérdeznie, aki az adott tanú kihallgatását indítványozta. Ez pedig a védő, vagy az ügyész kellene, hogy legyen. Amennyiben pedig a bíróság hivatalból idéz meg tanúként adott személyt, nézetem szerint először akkor is át kellene engednie a kérdezés jogát az ügyésznek, majd a védőnek. Ennek ellenére mégis az az általános gyakorlat, hogy a vádhatóság, vagy a védelem által indítványozott tanú kihallgatását teljes egészében a bíróság folytatja le, a „felek” pedig pusztán asszisztálóként, vagy már elhangzott kérdések újbóli megfogalmazóiként vesznek részt a processzusok ezen részeiben.

A felek általi kihallgatáson alapuló („keresztkérdéses”) rendszer törvényi alapesetként történő bevezetése mellett szóló érvek közül talán az a legnyomatékosabb, amely szerint az sokkalta jobban biztosítja a bíróság kivülállóságát, az esetleges prejudikációk elkerülését,²⁷ mindemellett sokkal inkább garantálja a pártatlanság objektív mérce szerinti érvényesülését, mint a bíró általi kikérdezés. Utóbbi ugyanis könnyen azt a benyomást keltheti a vádlottban, hogy a bíró az ügyész mellett második vádlóként lép fel az eljárásban. A másik érv e szisztéma mellett az, hogy jobban megkívánja mind a vád, mind a védelem képviselői részéről a precízebb ügyismeretet, a tárgyalásokra való felkészülés alaposágát. Ezzel egyetértve úgy vélem, hogy mindez a tárgyalási kommunikáció, illetőleg az azzal kapcsolatos készségek fejlődésére is „jótékony hatással” lenne. Az ügyészi és a védői kar esetleges vonakodása mindazonáltal annak tudható be álláspontom szerint, hogy e személyi kör egyszerűen nem akar „kiesni” a megszokott ritmusból, az „innováció” szándéka tehát egyelőre meglehetősen csekélynek mondható.

Ellenérvként hozzák fel e rendszerrel szemben, hogy az a bíróságok, illetőleg ügyészségek jelenlegi létszáma mellett az eljárások indokolatlan elhúzódásához vezethet. Az ítélkezőnek így ugyanis csak közvetett lehetősége van a felek által felteendő kérdések számát befolyásolni és az ügyre nem tartozó kérdéseket kiszűrni. Mindez pedig azt eredményezheti, hogy a tárgyalások tervezhetetlenné válnak, az ügyben többször kell a tárgyalást elnapolni, ennek következményeként pedig a pertartam indokolatlanul meghosszabbodik.²⁸ A magam részéről azonban úgy vélem, hogy ez a körülmény csak a törvényi módosítás után bekövetkező „átmeneti időszakot” érintené. A bíróságok idővel hozzászoknának ahhoz, hogy a bizonyítást az ügyész, illetőleg a védő koordinálja, idővel a bírói kérdezés is háttérbe szorulna, ami sokkal inkább biztosítaná a független és függetlennek látszó (!) bírói munkát.

Ami a fenti problematikával kapcsolatos jogalkotói reflexiókat illeti, a *hatályos Be.* ebben a tekintetben „felemás rendszert” követ: a 295. § a felek általi kihallgatásra fakultatív lehetőséget biztosít akként, hogy azt a védő, illetőleg az ügyész indítványához, valamint a bíróság engedélyéhez köti. Eszerint az ügyész, a

értelmezni, mivel a terhelt maga is ügyfél. Fenyvesi: i.m. 254. o.

²⁷ Ami a strasbourg-i joggyakorlatot illeti, annak alapján a pártatlanság csak akkor biztosított, ha az a szubjektív és az objektív teszt szerint egyaránt megállapítható. Tekintettel arra, hogy az eljáró bíró személyes meggyőződését „aláásó” személyes elfogultság igazolása nehéz feladat, emiatt a strasbourg-i szervek az ún. objektív mérce alapján azt vizsgálják, hogy a „bíró eljárása nyújtott-e elégséges garanciát arra, amely kizárja az érintett legitim kételyeit az elfogultlanságát illetően.” Fantoly Zsanett: A keresztkérdés és a felek általi kihallgatás a büntetőeljárásban. In Jogtudományi Közlöny, 2008/8. szám, 506. o.

²⁸ Fantoly: i.m. 508. o.

vádolt vagy a védő indítványára a tanács elnöke engedélyezheti, hogy a tanút először az ügyész és a védő kérdések feltevésével hallgassa ki. Az indítványról a bíróság végzéssel dönt, elutasítása miatt pedig külön fellebbezésnek nincs helye (ld. azt az ügydöntő határozat elleni fellebbezésben lehet sérelmezni). A kérdésfeltevés szabályozása jelenleg a következőképpen alakul: 1. ha tanú kihallgatását az ügyész indítványozta, a tanút előbb az ügyész hallgatja ki, ezt követően a tanúhoz a vádlott és a védő kérdéseket intézhet, majd a sértett kérdések feltevését indítványozhatja 2. ha a tanú kihallgatását a vádlott vagy a védő indítványozta, a tanút előbb a vádlott vagy a védő hallgatja ki, ezt követően a tanúhoz az ügyész intézhet kérdéseket, majd a sértett kérdések feltevését indítványozhatja 3. ezt követően újabb kérdéseket az jogosult intézni a tanúhoz, aki a tanú kihallgatását indítványozta, de csak olyan új tényekre és körülményekre nézve, melyek a másik kérdező kérdése folytán merültek fel 4. a tanács elnöke és a bíróság tagjai mind a kérdés befejezése, mind bármelyik kérdésre adott felelet után kérdéseket intézhetnek a tanúhoz (Be. 295. §).

E szabályozás alapfilozófiáját tekintve mindenféleképpen kívánatos, ugyanakkor csak *átmeneti megoldásnak tűnik* az „ügyféli per” kiteljesedése szempontjából. Úgy vélem, hogy a 295. § által szabályozott szisztéma nem felelhet meg hosszútávon a jogpolitikai célkitűzéseknek, kétlem ugyanis, hogy az indítványozás lehetősége megadná a „kezdő lökést” az általam kívánatosnak tartott „vegytiszta keresztkérdéses” rendszer kikristályosodása szempontjából, s ez elsősorban nem a bíróságok, hanem az „elkényelmesedett” ügyészek, illetőleg védők hibája. A bírói szerepkör tradicionális hazai értelmezése e funkciónak évtizedek óta „oknyomozó” jelleget tulajdonít, „a bizonyítási eljárás vezére” pozíciót a gyakorló jogászok többsége a bírának tulajdonítja. Emiatt volna szükség szigorúbb törvényi szövegezésre, s arra, hogy a jogalkotó belátható időn belül döntsön a „keresztkérdéses” rendszer teljes felszámolása, avagy annak kötelezővé tétele között.²⁹ Utóbbi eshetőség mellett érvelve megjegyezném: 1. nem hiszem, hogy e konstrukció általánossá tételéhez további alkalmazkodási időre lenne szükség a gyakorló jogászok számára, mivel a büntetőügyekben jártas ügyészeknek, ügyvédeknek már eleve adva vannak e feltételek (ld. adott az indítványozás joga) 2. a szisztéma elutasítása nem alapulhat azon az egyszerű indokon, hogy a bírák „jobban kérdeznek” (ld. számos büntetőtárgyaláson fiatal, pályakezdő bírák ítéleznek) 3. a bíróságok „oknyomozó” jellegű tevékenységét semmiben sem érintené e szemléletváltás, mivel továbbra is meg volna az a joguk, hogy - a bizonyítás kiegészítése körében - különböző eljárási cselekményeket foganatosítsanak.

E kérdés megválaszolásánál mindazonáltal úgy vélem, hogy a *bírói szerepkör helyes értelmezéséből* kell kiindulnunk. Eszerint pedig a bíróság mindig és mindenkor olyan független vizsgáló kell, hogy legyen, amelynek elsősorban nem felderítési, hanem döntési kötelezettsége van. Ennek a kritériumnak a „keresztkérdéses” rendszer mindenképpen jobban megfelel, másfelől pedig sokkal inkább biztosítja a tanács elnökének (egyesbírónak) az elfogulatlanságát, hiszen az nem kényszerül automatikusan átvenni az ügyész, avagy a védő szerepkörét. *Fantoly* ennek ellenére megjegyzi, hogy a keresztkérdéses rendszer „ {...} a kontinentális büntetőeljárásokban csak nehezen képes magának utat törni. Alkalmazását az eljárási törvények általában a felek beleegyezéséhez vagy legalább az egyik fél kívánságához kötik.”³⁰

²⁹ Utóbbi beálltához természetesen szükség volna a bírósági tárgyaláson való kötelező védői jelenlét törvényi megfogalmazására is.

³⁰ Fantoly: i.m. 504. o.

A nemzetközi gyakorlat a „keresztkérdézéses rendszer” megvalósításával kapcsolatban

Olaszországban már az 1989-es büntetőeljárás törvény bevezette az ún. „ügyféli pert”, melynek következtében elsődlegesen a felek feladatává vált a bizonyítás lefolytatása (ezzel együtt megszűnt a nyomozati anyagok felolvasásának lehetősége is). Az olasz Alkotmánybíróság ugyanakkor a későbbiekben megjegyezte, hogy a bíróságoknak igenis biztosítani kell azon jogot, hogy a nyomozati és egyéb anyagokat felolvasással az eljárás anyagává tegyék.³¹

Németországban a büntetőeljárás törvény 239. §-a rendelkezik a felek általi kikérdezés (Kreuzverhör) jogintézményéről. A szabályozás alapján a kihallgatás az ügyész által indítványozott tanúkra és szakértőkre korlátozódik, ha az ügyész és a védő közös kérelmére a bíróság elnöke átengedi számukra a kihallgatás lehetőségét. Az ügyész által indítványozott tanút előbb az ügyész kérdezi ki, a vádlott által indítványozott tanú esetében pedig a védő élhet az elsőbbség jogával. Ezek után természetesen az elnök is felteheti az általa szükségesnek tartott kérdéseket. Megjegyzendő: a német gyakorlat e kihallgatási módszert nem alkalmazza, mivel a lényeg ebben a rendszerben is a tényállás felderítése, amely elsősorban bírósági funkciónak minősül. Az ügyész és a védő ugyanis általában nem eléggé felkészült ahhoz, hogy a tanúk kihallgatását „levezényelje.”³²

Az USA gyakorlatában a „keresztkérdés” módszerére úgy tekintenek, mint ami a leginkább alkalmas az igazság feltárására.³³ A tárgyaláson kívül tett tanúvallomások felhasználásának kizárása azon elven alapul, hogy a vallomástételre felhívott személyt keresztkérdézéses eljárásnak nem lehet alávetni. Ha pedig az említett eljárási cselekmény a tanú személyében beálló váratlan körülmény miatt nem végezhető el, illetve a tanú a jelen processzusban való vallomástételét megtagadja, a közvetlen kihallgatást a bíróság általában mellőzi, mivel azt az adott (jogi) cél szempontjából nem tartja kielégítőnek.³⁴

A magyar jogirodalom álláspontja a „keresztkérdézéses rendszer” megvalósításával kapcsolatban

Cséka szerint a keresztkérdézéses szisztéma „nem a felek rendelkezési jogának megnyilvánulása {...}, hanem szigorú kógens jellegű eljárási intézmény, amelynek igénybevételében a felek akaratnyilvánítása ki van zárva. Nagyon is vitatható ennek az intézménynek a büntető ügyek igazságosabb és alaposabb elbírálását elősegítő hatása, mivel a tanács elnöke a felek érdemi bizonyítási tevékenységéhez csak mintegy kiegészítő jelleggel, kérdések feltevésével kapcsolódhat. Így kicsúszhat kezéből az igazságkeresés irányítása, pedig az igazság-megállapítás kérdésében az általa vezetett bírósági tanácsnak kell felelősséggel döntenie.”³⁵

³¹ Farkas Ákos: A büntetőeljárás reformja. In Fundamentum, 2002/2. szám 55. o. In Fantoly: i.m. 506 - 507. o.

³² Lutz Meyer-Gossner: Strafprozess Ordnung, 47. Azflage. München, Verlag C.H.Beck, 2004 In Fantoly: i.m. 507. o.

³³ Badó Attila: Esküdtszéki ítéletek. Futni hagyott bűnösök? Studio Batiq, Szeged, 2004. In Fantoly: i.m. 504. o.

³⁴ Fantoly: i.m. 504-505. o.

³⁵ Cséka Ervin: Bevezető. In Jogtudományi Közlöny, 1998/4. szám, 114. o.

Király szerint kérdéses, hogy milyen hatása lesz az új tárgyalási rendszernek a vád eredményességére, a felmentő ítéletek mennyiségére. Ahogy írja: „végül is kettőn áll a vásár, az ügyészen és a védőn. De a viták hevében azt se feledjük, hogy a bíróság a kérdésben sincs passzív szerepre kárhóztatva és hogy nincs kötve a felek bizonyítási indítványaihoz, és hogy hivatalból elrendelheti a bizonyítási kiegészítést. A főkérdés tehát nem a felmentő ítéletek mennyisége, hanem az: igaz, igazságos ítéletek születnek-e?”³⁶

Bánáti szerint „nem helyes, ha a bíró a túl aktív tárgyalásvezetéssel, kikérdezéssel mintegy a küzdelem részévé válik, ez hasonlatos ugyanis ahhoz, mintha a döntnök a gladiátorok küzdelmét közvetlenül a küzdőtérről figyelné. Ekkor a gladiátorok által felkavart homok könnyen a szemébe mehet, ami a tisztánlátását veszélyeztetheti.”³⁷

Fantoly szerint ha a bíróság úgy látja, hogy a tanú vallomásából kitűnő bizonyíték feltehetőleg a védelemnek kedvez, akkor indokolt átadnia a vádlottnak és a védőnek a kérdezés jogát. A bírónak ugyanis először a felek számára kell megadni annak lehetőségét, hogy az általuk (kötelezően) képviselt jogi álláspontot tisztázzák.³⁸ Ezzel a véleménnyel - a már korábban kifejtettek okán - egyet tudok érteni, ugyanakkor továbbra is tartom magam ahhoz, hogy a jelenlegi konstrukció csak „átmeneti” szabályozásnak tekintendő és végérvényesen állást kellene foglalni a „keresztkérdéses” rendszer törvényi alapesetként történő szabályozása vonatkozásában, mégpedig valamennyi ki- és meghallgatott személy esetében.

Záró gondolatok

E publikáció három nagyobb gondolati egységében a védői kérdezés metodikájával, annak Be. általi szabályozásával, majd a „felek általi” avagy „keresztkérdéses” rendszer törvényi alapesetként történő szabályozásával kapcsolatos megjegyzéseimet ismertettem. A védő kérdezési jogának törvényi szabályozásával kapcsolatban az alábbi észrevételeket tenném:

Mindenekelőtt szólnék a tanúkihallgatásokra vonatkozó szabályozással kapcsolatos aggályaimról: bár e dolgozatnak nem tárgya a nyomozati szak, úgy vélem, hogy *a védőnek feltétlen meg kellene adni azt a jogot, hogy ne csak az általa, hanem az eljáró hatóságok által indítványozott tanúk kihallgatásán is jelen lehessen,*

³⁶ Király Tibor: A büntetőeljárás kódex tervezetének helye a magyar büntető eljárásjog fejlődésében. In Jogtudományi Közlöny, 1998/4 szám, 119. o.

³⁷ Bánáti János: Homokszemek és sziklatömbök a büntetőeljárás gépezetében. Előadásanyag. Az előadás elhangzott 2005. márciusában Kaposvárott a „Jogi beszélgetések” előadás-sorozat keretében. In Fantoly: i.m. 506. o.

³⁸ Fantoly a Szegedi Városi Bíróságon végzett empirikus kutatásáról ekként számol be: „a megkérdezett bírák túlnyomó többsége nem alkalmazza a Be. 295. §-át, elmondásuk szerint indítvány sem érkezik e tárgyban. Ugyanakkor több bíró jelezte, hogy létezik egy olyan - általunk nem helyeselt - gyakorlat, hogy ha a tanút a nyomozás során nem hallgatták ki (pl. az ügyész a vádiratban indítványozza a tanú kihallgatását, de nem derül ki, hogy mire, mert nincs korábban tett nyomozati vallomás), a bíró - a tanú személyes adatainak felvétele és a kioktatás megtörténte után - átadja a kérdezés jogát annak a félnek, aki a tanú kihallgatását indítványozta. Ez a megoldás nem csak azért nem helyeselhető, mert a tanú kihallgatása a bíró feladata, hanem azért sem, mert az összefüggő tanúvallomástétel krimináltaktikai jelentősége a kihallgatás e módszerével elveszhet.” A szerző szerint jelen eljárás azért aggályos, mert nem a Be. 295. § által rögzített felek általi kihallgatást jelenti, ugyanis a bíróság nem a felek indítványára, hanem „ex officio” dönt a kérdezés jogának átadásáról. In Fantoly: i.m. 507. o.

és az utóbbiakhoz is közvetlenül kérdéseket tehessen fel. A védelemhez való jog magában foglalja a hatékony védekezéshez való jogot is, s mint ilyet, azt nem lehet alárendelni az eljáró hatóságok bűnüldözési érdekeinek. Más kérdés, hogy a tanúvédelemre vonatkozó szabályok arányos és Európa-szerte ismert instrumentumait képezik a büntetőeljárásnak, emiatt még a közvetlenség elvére épülő bírósági szakban is indokoltnak tartom, hogy az ügyvéd legfeljebb írásban teheti fel kérdéseit a védettséget élvező eljárási szereplőknek. Az pedig már az általános ügyvitel kérdéskörébe tartozik, hogy valóban élnek-e a védők az írásbeli kontaktus felvételére irányuló lehetőséggel.³⁹

Mindemellett szükségesnek tartanám, hogy a Be. „felértékelje” a védő, illetőleg a vádhatóság képviselőjének feladatkörét a bíróság előtti bizonyítási eljárásban. Ennek első lépcsőfoka a „keresztkérdézéses” rendszer törvényi alapesetként történő szabályozása volna. Nemcsak gyakorlati, de elvi alapon is úgy vélem, hogy a bírósági szakban a valódi tényfeltáró-oknyomozó jellegű munka az ügyész, illetőleg a védő feladata kellene, hogy legyen. A vád, illetőleg a védelem irányába történő elfogultság, illetőleg az ügy tárgyának korábbi ismerete sokkal inkább lehetővé teszi az adekvát, célirányos kérdésfeltevést, s a bíró, mint „külső szemlélő” számára könnyedebbé válhat a bizonyítás anyagának értékelése, elkerülhetőek lennének az oly sokszor emlegetett „prejudikációs veszélyek”, ezáltal a komplett döntési szituáció aggálymentesebbé válhatna. Félreértés ne essék, a törvénynek továbbra is biztosítania kellene a bíróság számára a kérdezés jogát, de csak az ügyész, illetőleg a védő, tehát a „felek általi kikérdezés” befejeződése után. Azaz, nézetem szerint pusztán a tárgyaláson történő ki-és meghallgatások „dramaturgiáján” kellene változtatni. Ráadásul az általam preferált törvényi alapesettől a Be. természetesen - kivételes esetekben – eltérhetne, így például akkor, ha az ügyész, vagy a védő már a tárgyalás előtt lemond a kérdezés megkezdésének jogáról a bíróság javára.

³⁹ Ennek kezdeményezése egyébiránt azért is fontos része a védői munkának, mert az ügyvéd egyáltalán nem lehet biztos abban, hogy a különösen védetté nyilvánított személytől milyen tartalmú vallomás várható.

Az analitikus jogdogmatika keservei: jogosultság, szabadosság, hatalmasság²

1. Jogosultság *versus* tárgyi védettség
 - 1.1 *Alanyi jog vagy kedvezményezettség?*
 - 1.2 *Szászy-Schwarz százéves rendszere*
 - 1.3 *Fogalmi problémák a tárgyi védettséggel*
 - 1.4 *A jogosultság, melyet a tárgyi védettség ellenpontoz*
2. Alkalmazhatóak-e a magánjogi feltételek a nemzetközi jogban?
3. Jogosultság *versus* szabadosság (szabadság)
 - 3.1 *Terminológiai problémák – a szaknyelv hiányosságai*
 - 3.2 *Közbevetés: Hohfeld rendszere*
 - 3.3 *Mennyiben jogi jellegű a szabadság?*
 - 3.4 *Szabadság és jog három modellben*
 - 3.5 *A szabadság, mint összetett jogi pozíció?*
 - 3.6 *A szabadság, mint más jogi pozíciók eleme: a jogosultság, mint szabadság*
 - 3.7 *A szabadság, mint más jogi pozíciók eleme: a hatalmasság, mint szabadság*
 - 3.8 *A követelhetőség, mint jogszerű hatalmasság*
4. Mi egy jogviszony? A jogviszonyok szintje
 - 4.1 *A túlfinomított analízis, avagy a jogviszonyok szintje a hohfeldi rendszerben*
 - 4.2 *Jogviszonyok viszonyítási pontja: a szabadság és kötelezettség relativitása*
 - 4.3 *Elválasztható-e a kötelezettség pozíciójától a szabadság pozíciója?*
5. Mi egy jogviszony? A jogviszonyok időbeni lehatárolása
 - 5.1 *A jogviszony eleje – feltételes jogok (szabadságok, hatalmasságok, stb.)*
 - 5.2 *Jogosultság/kötelezettség előtti állapotok: hatalmasság és várományosság*
 - 5.3 *Jogviszonyok, jogi pozíciók átalakulása jogsértés esetén*
6. Az analitikus jogdogmatika használhatósága

Egy-egy kérdés alaposabb elemzése időnként megkívánja, hogy visszanyúljunk a jog legalapvetőbb fogalmaihoz. Mi a jogosultság? Egy jogi helyzetben, mikor beszélhetünk egy vagy több jogviszonyról? Van-e különbség aközött, ha egy jog más magatartására vagy a jogosult saját magatartására irányul? Ezek a kérdések időnként minden jogterületen felmerülnek az elemzések során. Ebben a tanulmányban a magánjogi dogmatikában kidolgozott, a jog legalapvetőbb fogalmaira irányuló, *Szászy-Schwarz Gusztáv és Wesley N. Hohfeld* nevéhez köthető fogalomrendszereket és alaptételeket vizsgálom. Teszem ezt abból a célból, hogy két lényeges, a nemzetközi jogban felbukkanó kérdésre választ keressek.

¹ Egyetemi tanár, Szegedi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar.

² Köszönöm Görög Márta segítő észrevételeit a tanulmány korábbi változatához.

1. Jogosultság versus tárgyi védettség

1.1 Alanyi jog vagy kedvezményezettség?

Az első probléma, hogy a magánfélnek (pl. egy természetes személy) keletkeznek-e alanyi jogai (jogosultságai) a nemzetközi jog szabályai alapján?³ Megszámlálhatatlan nemzetközi jogi norma biztosít magánfelek számára előnyöket. Mindig kérdéses, hogy a magánfelek jogosultak lesznek, illetve csak védettek vagy kedvezményezettek. Vegyünk egy egyszerű példát. A menekültek helyzetéről szóló 1951-es genfi egyezmény (Magyarországon beiktatta az 1989. évi 15. tvr.) 16(2) cikke alapján a menekült mentes a perköltség-biztosíték letétele alól, az adott állam állampolgáira alkalmazandó szabályok szerint. Keletkeztet-e jogosultságot önmagában ez a rendelkezés egy menekültnek minősülő konkrét személy vonatkozásában? Valódi jogosultság lenne ez? Ha igen, akkor bizvást tekinthető a menekült nemzetközi jogalanynak, akinek lehetnek alanyi jogai a nemzetközi jog alapján. Ha mégsem jogosultságról van szó, akkor mit is biztosít ez a szerződéses szabály?⁴

A *jogosultsággal* szembe lehet állítani a *kedvezményezettség* fogalmát, mivel a menekültegyezmény 5. cikke arra utal, hogy a szerződés *jogokat és kedvezményeket* biztosít a menekülteknek. Azonban e kétféle helyzet különbsége korántsem kézenfekvő esetünkben. Érdemes ezért visszanyúlni *Szászy-Schwarz Gusztáv*hoz, aki csiszolt pandektista elméjével nálunk először, átfogóan és máig tartó hatással foglalta össze az alapvető jogi fogalmakat, melyekkel leírhatóak a tipikus jogi helyzetek.⁵ Az ő rendszerében a jogosultság releváns alternatívája nem e kedvezményezettség, hanem a *tárgyi védettség helyzete*. Ez a fenti esetre lefordítva azt jelentené, hogy a szerződéses rendelkezés a menekült érdekében valamit parancsol (előír) vagy tilt olyképpen, hogy megszegésének jogi következményei a menekült akaratától függetlenül állnak be. A tárgyi védettség nem jogosultság, hiszen az érdek érvényesítése jogilag nem biztosított a menekült számára. A tárgyi védettség jogi helyzetében a menekült nem jogosult lenne, bár érdekei védelemben részesülnek.

Ez azért jelentős kérdés, mert a magánfeleket érintő rendelkezések a nemzetközi jogban hasonló típusúak. Ha ezek csak tárgyi védettséget jelentenek, akkor a magánfelek nem lesznek jogalanyok a nemzetközi jogban, a jogosultságok viszont jogalanyiságot jeleznek. A nemzetközi jogszövegek ugyan sokszor beszélnek jogokról magánfelek vonatkozásában, azonban nem biztos, hogy pontosan. Kérdés, hogy *Szászy-Schwarz* rendszere, mely a magyar magánjogi analitikus dogmatika egyik mérföldköve, kínál-e megfelelő keretet a kérdés megválaszolásához.

1.2. Szászy-Schwarz százéves rendszere

Szászy-Schwarz úgy vélte, hogy a tárgyi jog magánjogi joghatásai ötféle aktív (és

³ Az *alanyi jog, jogosultság, jogosítvány, szubjektív jog* azonos értelemben használatosak a magyar irodalomban. Én *Almás*i Antal követem, és a *jogosultságot* használom az alanyi jog szinonimájaként, Almási Antal: A jogok védelme. In Fodor Ármin (szerk.): Magyar magánjog. Általános rész. Singer és Wolfner, Budapest, 1899. 193. o.

⁴ A kérdés persze nemcsak hagyományos értelemben vett magánfelekkel összefüggésben vetődik fel. Felmerül például az „*emberiség*” jogalanyisága is, melyre több nemzetközi szerződés utal, mint valamilyen jog hordozójára, lásd Nagy Károly: A jogalanyok körének bővülése a nemzetközi jogban. Acta Jur. et Pol. Tom. 49. (1996) 414-419. o.

⁵ Szászy-Schwarz Gusztáv: A jogi helyzetek. In Szászy-Schwarz Gusztáv: Parerga. Vegyes jogi dolgozatok. Athenaeum, Budapest, 1912. 389-412. o. (eredetileg megjelent Jogállam VI (1907) 733-755. o., újranyomva Miskolci Jogi Szemle 2010/1. 159-172. o.).

azokkal korreláló öt passzív) jogi helyzettel leírhatóak. A jogi helyzet nála a jogviszony egyik végén mutatkozó jogi pozíciót jelenti.⁶ A magánjogi jelenségek tehát redukálhatók olyan alapvető fogalmakra, mint a jogviszony, a jogi helyzet (jogi pozíció), valamint a jogi helyzetek fajtáit jelölő fogalmak. A rendszer táblázatba foglalva a következőképpen néz ki:⁷

aktív jogi helyzetek (és alanyai)	leírás	hasonló vagy alternatív elnevezés	passzív, korrelatív helyzetek (és alanyai)
tárgyi védettség (tárgyilag védett?)	egy jogszabály (A) érdekében úgy ír elő vagy tilt valamit, hogy megszegésének jogkövetkezménye (A) akaratától független	kedvezménye zettségg oltalmazottság	tárgyi kötöttség (tárgyilag kötött?)
jogosultság (jogosult)	egy jogszabály (A) érdekében úgy ír elő vagy tilt valamit, hogy megszegésének jogkövetkezménye (A) akaratától függ	jog alanyi jog jogosítvány	kötelesség (kötelezett)
hatalmasság (hatalmas)	egy jogszabály (A) akaratától teszi függővé, hogy valamely jogparancs beálljon vagy megszűnjön	alakító jog	alávetettség (alávetett)
szabadosság (szabados)	a jogszabály (A)-t felmenti bizonyos körben fennálló jogparancs vagy tilalom alól	szabadságjog engedő jog	védtelesség (???)
várományosság (várományos)	az előző négy helyzet beálltát megalapozó tényállás teljesen nem valósult meg	várományi jog	passzív ~ passzív várományos

Szászy-Schwarz rendszere azért is figyelemreméltó, mert - feltehetően német példák ismeretében⁸ - hat évvel korábban (1907) jelent meg, mint *Hohfeld* hasonló (de több ponton jelentősen eltérő) rendszere,⁹ mely a mai napig tartó hatást gyakorolt az

⁶ Hasonlóan Szászy István: A magyar magánjog általános része. Egyetemi Nyomda, Budapest, 1947. 133. o. A jogi helyzet más értelemben inkább a körülmények azon összességét jelöli, melyben a vizsgált jogviszony vagy jogviszonyok megmutatkoznak, vö. Clark, Charles E.: Relations, Legal and Otherwise. Illinois Law Quarterly 5 (1922) 34. o. Már *Szladits* eltért *Szászy-Schwarz* felfogásától, és a jogviszonyt a jogi helyzet egyik formájának fogta fel, Magyar magánjog. Általános Rész. 2. füzet. Grill, Budapest 1939. 185. o. Éppen ezért, én inkább a jogi pozíció kifejezést használom a jogviszony egyik pólusára.

⁷ Szászy-Schwarz: i. m. 391-396. o.

⁸ Nem világos, hogy *Szászy-Schwarz* mennyiben támaszkodott a német előzményekre. *Bindinggel* és *Windscheiddel* inkább vitatkozik. *Jhering* az igazi támpont. Nem kerül azonban elő *Bierling* neve, aki a jogosultság (igény) - szabadság - hatalmasság hármasságára alapozva, valószínűleg a megelőző század egyik legegésőbb rendszerét dolgozta ki a német irodalomban (1877/1883), lásd Kocourek, Albert: Jural Relations. Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1928. (reprint 1973), 39-41. o.; Alexy, Robert: A Theory of Constitutional Rights. OUP, Oxford, 2010. 120. és 150-151. o., Pound, Roscoe: Legal Rights. International Journal of Ethics 26 (1915) 110-112. o.

⁹ *Hohfeld* rendszere kétrészes cikkben jelent meg: Hohfeld, Wesley N.: Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. First Part, Yale Law Journal 23 (1913) 16. o.; Second Part, Yale Law Journal 26 (1917) 710. o.; a két cikk javítva, újranyomva: Hohfeld, Wesley N.: Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays. (Second ed.) YUP, New Haven, 1920. 23-114. o. A cikk első része (1913) magyarul elérhető, Szabó Miklós – Varga Csaba (szerk.): Jog és nyelv. PPKE JÁK Jogbölcseleti Intézet, Budapest, 2000. 59-98. o.

analitikus jogtudomány egészére.¹⁰ Ez a keret alkalmas kiindulópont lehet arra, hogy iránymutatást kapjunk, magánfélnek mikor lehet valamilyen jogosultsága a nemzetközi jogszabályokból fakadóan. Én úgy gondolom azonban, hogy a tárgyi védettség, mint jogi helyzet fogalmi jellemzői abban a formában nem tarthatóak, ahogy *Szászy-Schwarz* leírta őket.

1.3. Fogalmi problémák a tárgyi védettséggel

Szászy-Schwarz a tárgyi védettség jellemző eseteként írja le, a gyermek helyzetét, amikor jogszabály írja elő, hogy őt a szülő beoltassa himlő ellen, vagy az állatkínzási tilalmak összefüggéseiben, az állat helyzetét. Ekkor a jog valamilyen védettséget nyújt, megjelenik a kötelesség (kötelezettség) másoknál (pl. szülő), azonban a védett helyzetben lévő vagy annak érdekképviselője nem követelheti a kötelezettség teljesítését, tehát nem keletkezik a részükön jogosultság.¹¹ A tárgyi védettség ilyen formában azonban kifogásokkal illelhető.¹²

(1) Nem világos, hogy a védettség helyzetébe valamilyen érdek kerül, vagy az érdek hordozója (alanya) maga. Van, ahol *Szászy-Schwarz* kifejezetten arra utal, hogy az érdek az, mely védett helyzetbe kerül,¹³ máshol viszont védett félről, vagy annak akarataról szól.¹⁴ Amennyiben a tárgyi védettség jogi pozíció, abban az érdek alanya állhat, és nem maga az érdek. Ráadásul az érdek alanya sem világos mindig: a gyermek beoltásához nemcsak az ő magánérdeke kapcsolódik, hanem közérdek is - az már kérdéses, hogy milyen arányban. Közérdek esetén, viszont az érdek alanya a közösség lesz, és nem a gyermek. A közérdek alanya, a közösség is tárgyilag védett helyzetbe kerül? Ennek nincs nyoma *Szászy-Schwarz*nál. Ezt csak az magyarázhatja, hogy a gyermek nem azért van tárgyilag védett helyzetben, mert ő a védett érdek egyik alanya, hanem azért, mert ő az érdek tárgya. Azaz őt oltják be. Ez így azonban nehezen tartható.

A köznyelv valóban védettnek tekinti az objektív valóság azon részét is, amire egy védett érdek irányul (az érdek tárgya). A természet védelméről szóló 1996. évi LIII. törvény 19. § (3) bekezdése szerint - többek között - tilos a karsztos kőzet szennyezése. A kőzetnek aligha lehet bármilyen érdeke, de a kőzethez kapcsolódnak emberi (közösségi) érdekek.¹⁵ Amennyiben védett helyzetben az érdek van, akkor a kőzet közvetlenül és jogi értelemben nincs védett helyzetben, annak ellenére, hogy nem szabad szennyezni. Viszont akkor a közbeszéd milyen értelemben mondja, hogy a kőzet (vagy a flóra vagy a fauna, vagy egy állatfaj, stb.) védett? Ekkor a kőzet védettségének van köze a tárgyi védettséghez? Vagy csak hétköznapi, és nem jogi

¹⁰ A hohfeldista irodalom legújabb, magyar leágazása, Ficsor Krisztina: A jogosultságok fogalmi problémái a bírói érvelésben: a tulajdonjog polgári jogi fogalma. Jogtudományi Közlöny 2011/10. 507-514. o.; ő viszont nem támaszkodik *Szászy-Schwarz*ra.

¹¹ A kötelesség és kötelezettség között a régi jogtudomány jogi különbséget tett (l. pl. Wenzel Gusztáv: A magyar magánjog rendszere. Egyetemi Nyomda, Budapest, 1879. 7-8. o.), de ez a megkülönböztetés a magyar jogdogmatikában később elenyészett, és már *Szászy-Schwarz* sem tett különbséget köztük, i. m. 395. o. *Somló* is azonos jelentésüként használja a két fogalmat, Somló Bódog: Jogbölcsezet. ME Jogelméleti és Jogszociológiai Tanszéke, Miskolc, 1995. 128. o. *Szladits* szerint a kötelezettséggel szemben, a kötelesség elsősorban erkölcsi jellegű, Szladits (1939): i. m. 240. o. Ennek megfelelően a következőkben a *kötelezettség* terminust használom.

¹² *Fürst* szerint már az elnevezéssel is baj van: a tárgyilag védett fél ugyanis ténylegesen nem védett, csak akkor, ha teljesítik vele szemben az előírást (a gyermeket beoltják), Fürst László: A magánjog szerkezete. Grill, Budapest, 1934. 226. o.

¹³ *Szászy-Schwarz*: i. m. 396. o.

¹⁴ *Szászy-Schwarz*: i. m. 391. 393-394. o.

¹⁵ Az általános álláspont szerint az érdek *valakihez* kötődik, Szladits (1939): i. m. 189. o.

értelemben védett?

Mivel *Szászy-Schwarz Jhering* érdekelméletének képviselője volt, nem csoda, hogy a tárgyi védettség fogalmának része a védett érdek. Nyilvánvaló, hogy embernek lehet érdeke vagy emberek csoportjának is tulajdonítható absztrakt érdek, és nyilvánvaló, hogy a karsztos kőzetnek nincs érdeke. Ennek ellenére, az érdekről, az érdek alanyáról és az érdek tárgyáról is mondható, hogy védett, tehát *a védettség fogalma megháromszorozódik*.¹⁶

(2) További gondot okoz azonban, hogy *Szászy-Schwarz* világosan utal arra, miszerint tárgyi védettség alanyi helyzetébe nemcsak az kerülhet, aki egyébként is rendelkezhetne jogosultsággal is (tehát egy jogalany), hanem pl. egy állat is. Az állatkinzás tilalma korlátozza, hogy kutyatulajdonosként miként bánhatok a kutyámmal. *Szászy-Schwarz* szerint a kutyám tárgyi védettség helyzetében van. Ebből kiindulva, kinek az érdeke védett itt? Az állatkinzás tilalma a közösség érdekét védi, vagy tulajdonosként az enyémet, vagy a kutyámét? Alapvetően morálfilozófiai probléma, hogy egy állatnak tulajdonítható-e érdek, de ezt itt nem is kell megoldani. *Szászy-Schwarz* rendszeréből az következik, hogy van a kutyának érdeke, ha azt feltételezzük, hogy tárgyilag védett pozícióban a védett érdek alanya áll. *Szászy-Schwarz* rendszeréből az is következik, hogy egy bizonyos kutya tárgyi védettsége többszörös jogviszonyt feltételez, melyekben változhat a védett érdek. Az állatkinzás tilalma ugyanis a kutyatulajdonos érdekét is védi, ha más akarja a kutyát bántani. Viszont nem védi, ha a kutyatulajdonos akarja a kutyát bántani.

(3) *Szászy-Schwarz* szerint a tárgyi védettség egy aktív jogi helyzet, melyhez egy korrelatív, passzív jogi helyzet kapcsolódik, a *tárgyi kötöttség*.¹⁷ A jogi helyzetek az ő szóhasználatában a jogviszonyhoz kapcsolódnak, azoknak egy-egy pólusát képezik. A tárgyi védettség is egy jogviszonynak az egyik pólusa. Amennyiben egy állat is lehet tárgyilag védett helyzetben, akkor az is valamilyen jogviszony pólusán van. Viszont hogy lehet egy állat a jogviszony egyik pólusán?¹⁸

A ma uralkodó jogviszony-elméletek alapján, problémának három megoldása lehet: (i) vagy a jogviszony fogalmát módosítjuk oly módon, hogy jogviszony nem jogalannyal is fennállhat; (ii) vagy a jogi helyzet fogalmát le kell választani a jogviszony fogalmáról, és más viszonyrendszerbe tenni; (iii) vagy a tárgyi védettség

¹⁶ A közbeszéd ésszerű leegyszerűsítéssel egyértelműen védettnek tekinti ilyen helyzetekben például a kérdéses kőzetet. Aligha érzékelne egy olyan megkülönböztetést például, hogy bár egy kőzetet nem szabad szennyezni, de a kőzet mégis védett helyzetben, csak a kapcsolódó közérdek. Ilyenkor jön a szokásos technika, hogy a jogász elkezd közvetlen és közvetett védelemről beszélni, a jog közvetlenül az érdeket védi, közvetve és járulékosan pedig az alanyt és a tárgyat l. pl. Villányi (Fürst) László: A magyar magánjog rövid tankönyve. Grill, Budapest, 1941. 27. o. Csakhogy ennek itt nincs értelme, mert ennek alapján tárgyilag védett pozícióba csak az érdek közvetetten védett alanya kerülne. De miért ne lehetne közvetlenül védve, aki a tárgyi védettség jogi pozíciójában van?

¹⁷ *Szászy-Schwarz* rendszerében az *aktív jogi helyzet* az, ahol valaki vagy valami javára (érdekében), míg *passzív jogi helyzet* az, ahol másvalaki terhére áll fenn a jogviszony. Ez aligha szerencsés szóhasználat. Egyrészt, ahol az érdek, az érdek alanya és az érdek tárgya elválik, ott nem biztos, hogy a tárgyilag védett javára (érdekében) áll fenn a jogviszony, tehát nem lesz aktív helyzetben e szóhasználat szerint sem. Másrészt, az „aktív” jelzőhöz inkább a tevést társítjuk, de még a tárgyilag védett személynél is a cselekvés hiányáról, esetleg türésről van szó. A tárgyilag védett gyermeknek, akit a himlő ellen be kell oltatnia a szülőnek, passzív szerepe van, de mégis ő van aktív jogi helyzetben. Az alanyi jogok vonatkozásában jegyzi meg *Tóth Lajos*: Magyar magánjog. I. füzet. Csáthy, Debrecen, 1914. 25. o.

¹⁸ Tekintetbe kell venni, hogy *Szászy-Schwarz*nak sajátos, ma már nemigen követett felfogása volt a jogalanyiságról (*célvagyon-elmélet*). Ezért vélheti úgy, hogy a velencei Szt. Márk tér galambjainak csak azért nincs alanyi joguk a közkölségen való etetésre (városi előírás), mert nincs külön-külön kijelölt képviselőjük (*célképviselő*), aki keresetet indíthatna az etetés elmaradása esetén, *Szászy-Schwarz*: i. m. 398. o.

és tárgyi kötöttség összefüggéseit ki kell zárni a jogviszonyok köréből. Bár a tulajdon esetében vannak nézetek, hogy jogviszony fennállhat egy jogalany és a tulajdon tárgya között (*Szladits*), ez azonban jelentősen kisebbségi nézet, és aligha lehet ebből kiindulni. Másrészt a jogi helyzet fogalmát nem tudjuk leválasztani a jogviszonyról, mert ez *Szászy-Schwarz* rendszerének alapvető fogalmi sajátossága. *Marad tehát az, hogy a tárgyi védettség és tárgyi kötöttség viszonya nem jogviszony.* A tárgyilag kötött fél egyszerűen valamilyen érdek védelmét szolgáló jogi előírást teljesít a jogviszony közvetett tárgyának védelmével (tárgyilag védett élőlény vagy dolog), egy más irányban megmutatkozó, jogalanyisággal rendelkező jogosulthoz való viszonyában.¹⁹ (Hangsúlyozni kell, hogy *Szászy-Schwarz*nak nem jelentett problémát a tárgyi védettség/tárgyi kötöttség jogviszonyként felfogása, az általa elfogadott jogalanyiség-elmélet alapján.)

(4) Akár az első, akár a harmadik megközelítést vesszük, akkor nemcsak egy állat, hanem a kőzet is lehet a tárgyi védettség pozíciójában. Viszont, ha elfogadjuk ezt a leegyszerűsítést, akkor egyben parttalanná is tesszük a tárgyi védettség fogalmát, hiszen tárgyilag védett helyzetbe kerülhet az objektív realitásnak bármely része, melyet jogi szabályozás érint (ember, más élőlény, élettelen dolog). A tárgyi védettség egyszerűen összeolvad egy jogviszony (közvetett) tárgyával, mindössze más perspektívát tükröz. Mi ez a jogviszony?

Az előbbi példában a szülő a gyermek irányában tárgyilag kötött, de egyben más irányban kötelezett is (ugyanazon magatartásra több jogi pozíciója áll fenn). Egy közigazgatási jogviszony keretében kötelezettsége van arra, hogy beoltassa a gyermekét. Bár az kérdéses, hogy ki a jogosult (vagy van-e jogosult), a közigazgatási szerv bírságot szabhat ki rá a kötelezettség elmulasztása esetén. E közigazgatási jogviszony közvetett tárgya lesz a gyermek, mint tárgyilag védett személy. A *jogviszony (közvetett) tárgya*, mint kifejezés egy jogviszony kereteiben, annak elemeként érzékelteti az objektív realitás egy részét, míg a *tárgyi védettség* a közvetett tárgy irányából, perspektívájából tükröz egy összefüggést. Akárhogy is van, a kettő ebből a szempontból egybeeshet: a tárgyilag védett valaki vagy valami egyben egy jogviszony közvetett tárgya is.²⁰

(5) Sejtethető, hogy *Szászy-Schwarz* miért nem ment el ebbe az irányba. Ugyanis ez gyakran átvezet a közjog területére, és az állam valamilyen közjogi jogviszony keretében követelheti a kötelezettől a jogviszony tárgyának védelmét (pl. a gyermek beoltatása). Beszélhetünk úgy, hogy a közérdeket képviselő, hatáskörrel és illetékességgel rendelkező jogalanyak ekkor „közjogi alanyi joga” van a kötelezettség teljesítésének követelésére. Ezt *Szászy-Schwarz* kifejezetten kizárja vizsgálódása köréből.²¹ A közjogi kérdések felvetődése az oka annak, hogy *Szászy-Schwarz* nem tárgyalja kielégítően azt a helyzetet, amikor az érdek, az érdek alanya és az érdek tárgya elválik.²² Ugyanis ez a közjog irányába visz el, hiszen az elváló érdek leggyakrabban közérdek lesz, melyet valamely közigazgatási szerv képvisel.

¹⁹ Hasonló állásponton van Szászy: i. m. 140. o.

²⁰ Van, ahol ez a tétel kérdéses lehet, pl. amikor a védettséget szankció nélküli *lex imperfecta* biztosítja.

²¹ Pedig a példa miatt a további elemzés megkerülhetetlen, hiszen a tárgyilag kötött személynek egy másik jogviszonyban egyben (közjogi) kötelezettsége is van a gyermek beoltására. Az alanyi közjogok összefüggéseit tárgyalja pl. Tóth (1914-I): i. m. 85–87. o. vagy Somló: i. m. 141. o.

²² Mindössze arra szorítkozik, hogy a tárgyi védettség és tárgyi kötöttség viszonyát jogviszonynak tekinti, ahol a tárgyi kötöttségnek megfelelő magatartás kikényszerítése *közjogi szankciókkal* érhető el, Szászy-Schwarz: i. m. 397-398. o. Ehhez hasonlóan csak közjogi szankcióról beszél pl. *Roscoe Pound* az olyan helyzetekben, mint az állatkínzás tilalma, és tagadja az alanyi közjog létét (*Austin* nyomán *abszolút kötelezettségről* beszél), Pound: i. m. 94. o.

Mindezekből az alábbi következtetéseket lehet levonni. (i) A tárgyi védettség és tárgyi kötöttség viszonya ma már nem tekinthető jogviszonynak, a tárgyi védettség így nem lehet a jogviszony egyik pólusa, azaz „jogi helyzet” sem. (ii) A tárgyi védettség fogalma egy sajátos nézőpontból egyszerűen azt tükrözi, hogy egy jogviszonynak lehet sokféle, a jog által engedett (közvetett) tárgya, melyre jogok és kötelezettségek irányulhatnak. (iii) A tárgyi védettség egy szempontból igen hasznos kategória lehet, amennyiben arra kell rámutatni, hogy a tárgyi védettség alanyának nincs jogosultsága egy adott összefüggésben. A tárgyi védettség fogalma arra jó, hogy lehessen ellenpontosítani a jogosultság fogalmát, és jelölni a jogosultság hiányát egy bizonyos összefüggésben. Így kaphat értelmet a menekült helyzetének jellemzése a jogosultság és tárgyi védettség fogalmainak felhasználásával. (iv) Ha a tárgyi védettség a jogosultság ellenpontosítására kell, akkor a kategóriát csak azokra érdemes alkalmazni, akik egyébként jogalanyok is lehetnek, tehát jogosultsággal rendelkezhetnek. Egy közetnél nem kell ellenpontosítani jogosultságot, mellyel amúgy sem rendelkezhet. A jogalanyisággal nem rendelkező élőlényeknél, dolgoknál megteszi a hagyományos, „a jogviszony (közvetett) tárgya” kifejezés, mely mindent elmond, amit ki szeretnének fejezni.

1.4. A jogosultság, melyet a tárgyi védettség ellenpontosít

Mi különbözteti meg a jogalanyoknál a tárgyi védettséget a jogosultságtól? Ehhez először önmagában a jogosultság mibenlétét kellene körülírni, mert azt nem szükséges a tárgyi védettségre vonatkoztatva leírni.²³ A jogosultság (alanyi jog) mibenlétére nézve a nézetek igen eltérnek. Például Szász-Schwarz úgy véli, hogy a jogosultság valamilyen érdeket véd, és nélkülözhetetlen kritériuma, hogy „a jogsértés szankciója a védett cél képviselőjének akaratára van bízva”.²⁴ Ami ennek nem felel meg, az csak valami kevesebb lehet, például tárgyi védettség. Szász-Schwarznál a jogosultsággal szembeállított tárgyi védettség leírásában valóban független az akarattól a jogkövetkezmény beállása, mert (i) vagy nem lehet akarata a tárgyilag védettnek (pl. védett állat); (ii) vagy azért, mert nincs jogkövetkezmény (pl. a jogi előírás *lex imperfecta*); (iii) vagy nem érvényesíthető az adott jogrendszerben a jogkövetkezmény (pl. *naturalis obligatio*).

A jogosultság vonatkozásában számtalan, egyéb megoldással is találkozunk. A magyar szakirodalomból két jellegzetes meghatározást emelnék ki. Szladits klasszikus meghatározása szerint jogosultság az, ha magánszemélynek jogilag biztosított *várakozása* van arra, hogy más magánszemélynek bizonyos magatartására irányuló érdeke - saját magának vagy érdekképviselőjének akaratához képest - a kötelezett rovására (terhére) jogi védelemben fog részesülni.²⁵ A modern irodalomban megjelenő egyik leírás szerint, a jogosultság „jogi kényszerrel biztosított *lehetőség* valamely jogi kötelesség teljesítésének követelésére”, amely a személy megengedett cselekvéséhez kötött.²⁶

²³ Ugyanakkor Szász-Schwarz egy helyen a tárgyi védettséget a jogosultság fogalmi elemének tekinti, amennyiben a *jogosultság összetett jogi helyzetként tárgyi védettségből és várományból áll*, ahol a váromány egy hatalmasság vagy szabadosság jövőbeni keletkezése a jogsértés helyreüritése céljából. Szász-Schwarz: i. m. 399. o.

²⁴ Szász-Schwarz: i. m. 398. o.

²⁵ Szladits 91-92.

²⁶ Lábady Tamás: A magyar magánjog (polgári jog) általános része. Dialóg Campus, Budapest-Pécs, 2002. 256. o.

Bármilyen változatos legyen a jogosultság leírása, a kontinentális jogtudományban három jellegzetes motívuma figyelhető meg (az extrém meghatározásoktól eltekintve).²⁷ (i) Van a jog által védett *érdek* (pl. *Szászy-Schwarz*)²⁸ vagy *akarat/hatalom* (pl. *Windscheid, Kiss Mór*)²⁹ vagy a jogosult *választási szabadsága* (pl. *Hart*)³⁰ vagy a *követelés* (pl. *Lábady*) vagy a *cél* (pl. *Tóth Lajos*)³¹ (ii) Jogilag biztosított lehetőség áll fenn annak érvényesítésére, amit a jog véd³² (a következőkben - az egyszerűség kedvéért - követelhetőségre utalok).³³ (iii) E lehetőség kihasználása a jogosult (vagy képviselője) döntésétől, vagy rendelkezésétől, vagy akaratától függ, (amennyiben az első kritériumból ez eleve nem következik).³⁴

Ezen általános kritériumok alkalmazása cseppet sem egyszerű. Különösen ott keletkeznek elhatárolási problémák, ahol van jogilag védett érdek (akarat, követelés, stb.), azonban a követelhetőség jogi értelemben nem mutatkozik szokásos formában. A jogilag biztosított követelhetőség (i) vagy eleve nem illeti meg a védett jogalanyt (*naturalis obligatio, lex imperfecta*);³⁵ (ii) vagy még nem illeti meg (*feltételhez kötött* vagy *kezdő határidős ügylet*); (iii) vagy már nem illeti meg (*elévült követelés*).³⁶ Az itt felvetődő problémák megoldásának módja függ attól, hogy az alanyi jogot miként értelmezi valaki. Viszont a jogosultság mégoly hasonló meghatározásai sem biztosítják e jogi pozíciók azonos értékelését.

Például - a jogosultság hasonló fogalmai alapján is - egészen eltérő megítélése van a *naturalis obligatio*-nak. (i) *Szászy-Schwarz* szerint *naturalis obligatio* esetén nincs kapcsolódó jogosultság, csak tárgyi védelem, mert az érdekvédelem jogilag nem biztosított (tehát a *naturalis obligatio* csak tárgyi kötöttség).³⁷ (ii) Mások szerint ehhez is alanyi jog kapcsolódik (pl. *Bíró, Lenkovics*).³⁸ (iii) Van, aki szerint ez egyszerűen alanyi jog nélküli kötelezettség (pl. *Lábady*).³⁹ (iv) Vannak, akik szerint ehhez *csökkent értékű alanyi jog* kapcsolódik, mert joghatások fűződhetnek hozzá (pl.

²⁷ A régebbi meghatározások ma már nehezebben használhatóak, pl. a jogosítvány „...személyeknek azon külső cselekvési vagy intézkedési hatalmát jelöli, mely a fennálló jogi renddel ... összhangzásban van.” Wenzel: i. m. 7. o.

²⁸ Lásd erre Somló: i. m. 137. o.

²⁹ Lásd erre Alexy: i. m. 116. o.; Somló: i. m. 136. o., Kiss Mór: Alanyi jogok. In Fodor Ármin (szerk.): Magyar magánjog. Általános rész. Singer és Wolfner, Budapest, 1899. 163-165. o.

³⁰ Alexy: i. m. 116. o.

³¹ *Tóth Lajos* szerint az akarat-, érdek- és célvédelem ugyanazon kérdés három oldala, összefüggnek, egymásból levezethetők, így mindegyik része a jogosultság fogalmának, *Tóth (1914-I)*: i. m. 15-16. o.

³² A gyakran használt „*követelési jog*” kifejezést mellőzöm. A követelés ugyanis lehet a jogviszony közvetett tárgya (egy pénzösszeg), lehet az alanyi jog specifikus megjelölése, és felfogható processzuális értelemben (az érvényesítési folyamat). A „*kereseti jog*” hasonló problémáira lásd Almási: i. m. 227. o.

³³ Szoktak ezzel kapcsolatban hivatkozni *bírói érvényesíthetőségre*, EBH 2004. 1040.; vagy *kereseti igényre*, pl. Somló: i. m. 131. o., vagy *kereshetőségre*, pl. Kiss: i. m. 167. o., vagy *alaki kénytetőségre*, Grossschmid Béni: Fejezetek kötelmi jogunk köréből. II/2. Grill, Budapest, 1933. 838. o. (120. §), vagy *exigibilitásra*, Szladits (1939): i. m. 203. o. A *jogilag biztosított követelhetőség* azonban nem csak a bírói érvényesíthetőséget jelenti: a jog védi a peren kívüli jogérvényesítést is, (például a nemleges kötelezettség *in natura* is kikényszeríthető), Almási: i. m. 194. o.; *Tóth (1914-I)*: i. m. 41. és 51. o.; Villányi: i. m. 29. o.

³⁴ Az alanyi magánjogi elméletek összefoglalására lásd Szászy: i. m. 155–159. o.

³⁵ A *lex imperfecta* inkább elvi lehetőség, nehéz bizonyossággal megállapítani. Ugyanis a jogban „sokszor távoli zugolyból üti ki fejét a sanctió”, Grossschmid: i. m. 848. o.

³⁶ Lásd erre Szladits (1939): i. m. 203. o.

³⁷ Szászy-Schwarz: i. m. 392. o.

³⁸ *Bíró György – Lenkovics Barnabás: Magyar polgári jog. Általános tanok. Novotni, Miskolc, 2010. 178–179. o.*

³⁹ *Lábady: i. m. 275. o.*

Szladits, Tóth Lajos).⁴⁰ (v) Van, aki szerint ehhez „virtuális jog” kapcsolódik, szemben a „reális jogokkal” (pl. Wenzel).⁴¹

2. Alkalmazhatóak-e a magánjogi feltételek a nemzetközi jogban?

A belső jogban az alanyi jogok (jogosultságok) léte más szempontból kérdéses, mint a nemzetközi jogban. A belső jogban nem annyira az a kérdés, hogy a követelhetőség jogilag biztosított-e (hiszen általános és kötelező bíraskodás van), inkább a jogosultság más feltételei lehetnek kérdésesek. A magyar joggyakorlatban tipikusan három esetben van akadálya az alanyi jog elismerésének: (i) még nem jött létre a jogosultság, mert hatóság vagy harmadik személy diszkrecionális döntéséhez kötött (ez csak *hatalmasság*, amikor a jogszerzés pl. hatósági döntéshez vagy engedélyhez kötött, l. EBH 2006. 1577.; BH 1991. 443.); (ii) a releváns jogszabály tartalmánál fogva nem keletkeztet alanyi jogot (pl. BH 2008. 17., BH 2006. 269.); (iii) a tárgyi jog tartalmi hiányosságainál fogva nem keletkeztet alanyi jogot, mert pl. a jogszabályba foglalt jog túl általános vagy értelmezhetetlen (alkotmányi jogoknál pl. 2093/B/1991. AB határozat III. pont, vagy 36/2007. (VI. 6.) AB határozat IV. 2. pont).

A nemzetközi jogban viszont az áll a középpontban, hogy van-e jogilag biztosított követelhetősége (érvényesíthetősége) valamilyen jogilag biztosított érdeknek. Azt, hogy a menekült jogosultsággal rendelkezik vagy sem a perkölségbiztosíték letétele tekintetében, az dönti el, miszerint ez jogilag biztosított követelhetőség lehet-e az állammal szemben (melynek igénybevétele az ő döntésétől függ). Itt azonban több bizonytalan pont mutatkozik.

(1) Az első bizonytalanság, hogy nem lehet eltekinteni a belső és nemzetközi jog kettősségétől. *Melyiknek kell biztosítania a követelés jogi lehetőségét* a menekült számára e tekintetben, hogy a nemzetközi jog keretében a menekült jogosultságáról beszélhessünk (és ennek következtében jogalanyiságáról is). A kézenfekvő az lenne, ha a nemzetközi jognak kellene biztosítania ezt, nemzetközi szinten. Egy alternatív, és bizonyos mértékig védhető megoldás lehetne, ha a nemzetközi jog arról gondoskodna, hogy egy állam a belső jogában jogilag biztosítsa a nemzetközi jog alapján fennálló követelés érvényesíthetőségét.

(2) A második bizonytalanság, hogy mit jelent a követelhetőség jogi biztosítása. A nemzetközi szintű igényérvényesítés a magánfél számára igen ritka, bár nő azon szervek köre, melyhez fordulhat jogsértés esetén. Ahol létezik nemzetközi eljárás, ott is kétséges lehet, hogy ettől jogilag biztosított-e a követelés lehetősége. Például a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányában (Magyarországon beiktatta az 1976. évi 8. tvr.) foglalt jogok megsértése esetén az egyezmény alapján létrehozott Emberi Jogi Bizottsághoz fordulhat a sértett. Azonban a Bizottság csak akkor járhat el, ha a bepanaszolt állam külön, fakultatív jegyzőkönyv részesévé vált és így elismerte a joghatóságát (ezt Magyarország 1988-ban tette meg, a jegyzőkönyvet beiktatta az 1988. évi 24. tvr.). Azonban a Bizottság véleménye, és jelentése nem kötelező. Mennyiben lehet az Egyezségokmány alapján beszélni

⁴⁰ Tóth (1914-I): i. m. 16. o. Bár Szladits szerint „izlés kérdése”, hogy csökkent értékű jogot kapcsolunk hozzá vagy egyszerű ténynek tekintjük, Szladits (1939): i. m. 193. o. Ugyanakkor kérdés, ha korrelatív pozícióként „csökkent értékű” jogosultság kapcsolódik hozzá, akkor a *naturalis obligatio* nem tény, hanem (legalább csökkent mértékű?) kötelezettség lehet, uo. 239. Máshol azonban, hasonló problémánál azt írja, hogy a *lex imperfecta* szabályból nem ered „igazi jogi kötelezettség”, uo. 243. o.

⁴¹ Wenzel: i. m. 362. o.

nemzetközi jogilag biztosított követelhetőségről? Ez aligha lehetséges, ha fogalmi feltételként bírósági igényérvényesítést foglalna magában, vagy általánosabban jogi kényszer igénybevételét jelentené.

(3) A harmadik bizonytalanság az, hogy nem feltétlenül a magánfélnek saját magának kell a követelést érvényesíteni. *Szászy-Schwarz* óvatosan hangsúlyozza, hogy a fél mellett annak érdekképviselője is szerepet játszhat a követelésnél. A nemzetközi jog összefüggéseiben lehet-e az államot a magánfél érdekképviselőjének tekinteni, ha az valóban a fél érdekében lép fel (pl. diplomáciai védelmet nyújtva)?⁴² A probléma itt az, hogy egy állam védheti saját állampolgárának, vagy honos jogi személyének megsértett érdekét nemzetközi eljárásban (jogvitában) azonban ezt nem képviselőként teszi, hanem a saját nevében.⁴³ A diplomáciai védelemben részesülő magánfél a tárgyi védettség helyzetébe kerül két állam jogvitájában. (A beoltandó kisgyermek sem lesz attól jogosult az oltásra, mert egy egészségügyi igazgatási szerv fellép az érdekében, és a szülőkkel szemben, bírsággal kívánja kikényszeríteni az oltást, ugyanis a gyermek érdekét közvetlenül nem annak képviselőjeként védi.)

Az állam esetleges fellépése éppen egy olyan helyzetet tükröz, amikor a magánfél csak tárgyilag védett helyzetben van. A nemzetközi szerződésben, a magánfélnek biztosított érdekvédelem ellenére, a szerződés jogosultjai és kötelezettjei államok, mint szerződő felek lesznek, és az egyik felléphet egy másikkal szemben a magánfél érdekében, azonban ettől a magánfél még nem válik jogosulttá, csak tárgyilag védett helyzetben marad. Ez csak akkor változhat meg, ha a jogosultság kritériumait kicsit tágítjuk, és a diplomáciai védelmet nyújtó államot valóban csak érdekképviselőnek tekintjük, és nem kívánjuk meg, hogy jogi értelemben is képviselő legyen.

Mindettől eltekintve, vannak esetek, amikor a magánfél követelése olyan értelemben is biztosított jogilag, nemzetközi eljárásban, hogy jogi kényszer és bírósági eljárás áll mögötte. Ilyen az emberi jogok területén például az Emberi Jogok Európai Egyezményét alkalmazó Emberi Jogok Európai Bíróságának az eljárása, valamint a beruházásvédelmi egyezményeken alapuló követelések érvényesítésére igénybe vehető választott bíróságok (pl. ICSID, UNCITRAL).

A fentiekből néhány következtetés adódik. (i) A belső magánjogban kialakított feltételek meglehetősen szigorúak, ha a nemzetközi jogra kívánjuk alkalmazni azokat. A követelhetőség jogi biztosításának követelménye beleütközik abba a ténybe, hogy a nemzetközi kapcsolatokban nincs általános és kötelező bíráskodás. Általában a nemzetközi szervek (bíróságok) jogviták megoldásánál csak akkor járhatnak el, ha az érdekelt államok a joghatóságukat elismerik. Ez az államok jogérvényesítési lehetőségeit is korlátozza, nemhogy a magánfelekét. (ii) Mivel a jogérvényesítési lehetőségek, a nemzetközi szervek eljárási jogosultsága, a kötelezettségek köre nemzetközi szerződésenként és államonként igen tarka-barka képet mutat, magánfelek sokszor tárgyilag védett helyzetben vannak, néhányszor valódi jogosultságokkal rendelkeznek a nemzetközi jog alapján is. Általános megállapításokat nehéz tenni, mert a nemzetközi jogorvoslat lehetőségét csak konkrét nemzetközi norma, konkrét állam és konkrét ügy tekintetében lehet körülírni, és nem általában. (iii) Általános megállapításként annyit lehet tenni, hogy magánfelek lehetnek jogosulti pozíciókban, még a legszigorúbb feltételek mellett is, tehát általában véve, a magánfelek a

⁴² Például az Egyezségokmány alapján, amennyiben X állam állampolgárának valamely, egyezményes jogát Y államban megsértik, akkor X állam is felléphet Y állammal szemben a Bizottság előtt, amennyiben a joghatóság tekintetében alávétési nyilatkozatot tettek.

⁴³ Lásd Schiffner Imola: Jog vagy kötelezettség – avagy a diplomáciai védelem az államok gyakorlatában. *De iurisprudentia et iure publico* 2010/2. szám 55–83. o.

nemzetközi jog alanyai. Az vita kérdése, hogy csak kivételes jogalanyokról van-e szó, vagy ma már olyan sok az őket érintő nemzetközi jogi norma, hogy a „kivételes” jelző használata nem indokolt. Az arányokat az dönti el, hogy a jogosultságot miképpen állapítja meg valaki.

A jogosultság megállapítására a következő főbb alternatívák léteznek, melyek természetesen tovább kombinálhatók. (A hat alternatíva egyre szigorodó feltételeket tartalmaz.) (i) Mindent alanyi jognak, jogosultságnak tekintünk, amit egy nemzetközi szerződés így nevez, függetlenül bármilyen elméleti kritériumtól. (ii) Jogosultság keletkezik akkor, ha a magánfél nemzetközi jogi normán alapuló követelésének védelme (jogi biztosítása) csak a kötelezett államok belső jogában történik a *pacta sunt servanda* általános nemzetközi jogi elve alapján.⁴⁴ (iii) Jogosultság keletkezik akkor, ha a magánfél nemzetközi jogi normán alapuló követelésének védelme az államok belső jogában történik, de a nemzetközi jog konkrét normája alapján.⁴⁵ (iv) Csak akkor keletkezik jogosultság, ha a magánfél nemzetközi jogi normán alapuló követelésének védelmére nemzetközi szinten van lehetőség, de ezzel diplomáciai védelem útján élhet a saját állama is, mint *de facto* érdekképviselő. (v) Csak akkor keletkezik jogosultság, ha a magánfél nemzetközi jogi normán alapuló követelésének védelmére nemzetközi szinten van lehetőség, és ha ezzel a magánfél a saját nevében él (és érdekét nem diplomáciai védelem útján érvényesítik), de a követelés érvényesítése nem feltételez jogi kényszert és/vagy bírósági eljárást. (vi) Csak akkor keletkezik jogosultság, ha a magánfél nemzetközi jogi normán alapuló követelésének védelmére nemzetközi szinten, a felekre kötelező határozatot hozó nemzetközi bíróság eljárásában (is) van lehetőség, ahol a magánfél a saját nevében léphet fel.

A fenti hat alternatíva bármelyike védhetőnek tűnik, és az első kivétellel a jogosultság magánjogban létező leírásaival többé-kevésbé alátámasztható. A nemzetközi jogban az alanyi jog hiánya pedig leírható a tárgyi védettség (kedvezményezettség, oltalmazottság) fogalmával.

Mindez azonban csak bevezetés a további problémákba. A jogosultság, (alanyi) jog nagyon lazán kezelt terminus a jogi közbeszédben. Az előzőekben felhozott meghatározások (leírások) elsősorban mások (a kötelezettek) magatartására irányulnak, és korántsem fedik le az összes esetet, amikor „jogról” beszélünk. A legfontosabb fogalom, amit szembe kell állítani a szorosán vett jogosultsággal, *Szászy-Schwarz szabadossága* (szabadság). Ennek a megkülönböztetésnek a nemzetközi jogban tételes jogi alapja is van: például az európai emberi jogi egyezmény „*az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről*” szól. A második nagyobb kérdés, hogy meg lehet-e különböztetni a jogosultságot a szabadságtól, és ennek van-e védhető fogalmi háttere. A következőkben ezt a fogalmi hátteret vizsgálom.

3. Jogosultság versus szabadosság (szabadság)

A magyar jogi közbeszéd manapság a szabadságot szinte mindig jognak tekinti.⁴⁶

⁴⁴ Vö. a szerződések jogáról szóló 1969-es bécsi egyezmény (Magyarországon beiktatta az 1987. évi 12. tvr.) 26. cikkét.

⁴⁵ Vö. az Emberi Jogok Európai Egyezményének (Róma, 1950. Magyarországon beiktatta az 1993. évi XXXI. tv.) 13. cikkével, mely szerint „[b]árkinek, akinek a jelen Egyezményben meghatározott jogait és szabadságait megsértették, joga van ahhoz, hogy a hazai hatóság előtt a jogsérelem hatékony orvoslását kérje az esetben is, ha e jogokat hivatalos minőségben eljáró személyek sértették meg.”

⁴⁶ Már *Frank Ignác* szerint is igazság (alanyi jog – *jus quod quis habet*) alatt: „szabadság, tehetség,

Szászy-Schwarz azonban elvi szinten is, határozottan és következetesen elválasztotta a jogot a szabadságtól, (talán elsőként a magyar magánjogi jogirodalomban).⁴⁷ Van ennek a megkülönböztetésnek indoka? Én abból indulok ki, hogy igen. Amellett, hogy a tételes jogban is létezik ilyen megkülönböztetés, bizonyos területeken az alapos jogi elemzés ezt aligha nélkülözheti: ilyen lehet az alapjogi dogmatika, vagy komplex joghelyzetek analízise, vagy a jogszabályokban biztosított mentességek, kiváltságok, kivételek jellegének feltárása, stb.⁴⁸ Miképpen tárhatóak fel például a „magánélethez való jog”, mint komplex „jog” dogmatikai jellegzetességei, ha ezt az alapvető megkülönböztetést sem tartjuk szem előtt?

Egy jogalany pozitív magatartása (cselekvése) alapvetően négy irányú lehet: (i) követelhet valamilyen magatartást másától; (ii) maga teszi azt, amit választ; (iii) maga teszi azt, amit köteles megtenni; (iv) joghatást idéz elő mások jogi helyzetében.⁴⁹ A nyilvánvaló elhatárolási problémák ellenére, ez megfelelő kiindulópont. A jogosultság és szabadság határvonala elvontan és nagyban úgy húzható meg, hogy *a jogosultság mások magatartására irányul, mint jogilag biztosított követelhetőség, míg a szabadság a jogalany saját magatartására, annak jogi korlát nélküli véghezvitelére, és sohasem más cselekvésére.* Ennek alapján eleve helytelen tehát a jogi közbeszéd olyan fordulata, hogy „X-nek joga van valamit megtenni”.⁵⁰ A jogosultság arra utal, hogy valaki másától követelhet valamilyen magatartást; a szabadság arra, hogy valaki maga tehet meg valamit jogi korlát nélkül.⁵¹ Ez az elvont elválasztás azonban problémákat hoz magával, melyek közül néhányra az alábbiakban térek ki.

3.1. Terminológiai problémák - a szaknyelv hiányosságai

A magyar jogi közbeszéd fogalomrendszere nem rendezkedett be azon megkülönböztetésekre, mint amit *Szászy-Schwarz* tett. A régi magyar jogirodalomban sokan kötelességszerűen felhívják *Szászy-Schwarz* rendszerét, és esetlegesen, utalásszerűen használják is a fogalmait (pl. hatalmasság), de az elemzések mégsem erre épülnek.⁵² Ezek oda futnak ki, hogy végül is minden jogi pozíció jogosultság vagy kötelezettség, és *Szászy-Schwarz* jogi helyzetei amúgy is az alanyi joghoz viszonyítva, annak sajátos változataiként kapnak jelentőséget. Ennek fogalmi vetülete,

hatalom, jószág, kereset, követelés” érthető, A közigazság törvénye Magyarhonban. Buda, 1845. 9. o. (3. §).

⁴⁷ Korábban is észlelhető a közbeszédben a jog és szabadság elválasztása, de elsősorban a közjogban, nagyobb közösségekre vonatkoztatva; így beszéltek *a nemzet, a rendek vagy városok* jogairól és szabadságairól.

⁴⁸ A jogosultság és szabadság megkülönböztetésének elmaradása, például jelentős zavart okoz a tulajdon közvetlen tárgyának a leírásánál, lásd Andorkó Imre: A tulajdonjog modelljének vizsgálata és kritikai elemzése. Jogtudományi Közlöny 2012/11. 464. o.

⁴⁹ Hasonlóan Kocourek (1928): i. m. 5–6. o.

⁵⁰ Vö. Szladits (1939): i. m. 195. o. Az alanyi jog mindenre alkalmazható, mindent átfogó fogalmát használja *Kiss Mór*, akinél az alanyi jog maga az általános egyéni szabadság, bármire irányuljon is, i. m. 163–165. o., hasonlóan Világhy Miklós – Eörsi Gyula: Magyar polgári jog I. Tankönyvkiadó, Budapest, 1973. 180. o.

⁵¹ Bár *Szászy-Schwarz* rendszerének észrevehető hatása volt a magyar magánjogi jogdogmatikára, ez a megkülönböztetés továbbra is esetleges maradt. Még *Szladits* is, annak ellenére, hogy maga is ismerteti *Szászy-Schwarz* rendszerét, a jogosultság alatt jogi érdekvédeltséget, vagy *cselekvési szabadságot* ért, Magyar magánjog. Általános Rész. 1. füzet. Grill, Budapest, 1938. 5. o.

⁵² Szladits (1939): i. m. 187–188. o., Tóth (1914-I): i. m. 34–41. o.; Fürst: i. m. 224–226. o. Kivételként említendő *Szászy István*, aki jelentősen módosított formában végigviszi a megkülönböztetéseket, Szászy: i. m. 134–146. o.

hogy ezek *másodlagos jogok*, melyek valamilyen értelemben csökkent értékűek a tiszta alanyi jogokhoz képest.⁵³ Például *Tóth Lajos* e jogi pozíciókat ki is hagyja a jogviszonyok köréből.⁵⁴ A jogi nyelv sincs felkészülve az alkalmazásukra. Mivel mindent a jogosultsághoz köt, így attól nem szívesen szakad el. Így beszélnek általában alakító vagy alakítási „jogról” (*hatalmasság*), várományi „jogról”. Így beszél *Fürst* a „szabadosság jogosultjáról”⁵⁵ vagy így tud a váromány következményeként csak alanyi jogot elképzelni.⁵⁶

A *szabadság* nem általános jogi kategória a magyar jogi közbeszédben. Inkább filozófiai vagy morális konnotációja van. Ráadásul, a jog keretén belül elsősorban a „*szabadságjog*” fogalma közvetíti, ami viszont erősen az alapjogi dogmatikához kötődik. Nehezen képzelhető el, hogy a magánjogban szabadságjogról beszéljünk, amikor az egyik fél *retentio*-val él. A magyar terminuskészlet eleve érzéketlen a témánkat jelentő megkülönböztetésre. *Szászy-Schwarz* „*szabadosság*” terminusa sem ment át használatba (szemben például a *hatalmasság*gal, mely időnként előfordul).⁵⁷ Pedig a szabadság jelentésmagva, mint „*szabad-ság*” alkalmas lenne az általános jogi fogalom közvetítésére.⁵⁸ Igaz, ez a jogi fogalom túl elvont, mely több, egymáshoz alig hasonlító jogi környezetet is átfog.

A jogi szabadság azon sajátossága, hogy jogi korlátoktól mentes cselekvési lehetőségre utal, sokféleképpen kifejezhető, akár pozitív, akár negatív oldalról is. *Szászy-Schwarz* szerint a szabadság egy jogi helyzet, ahol valakinek egy bizonyos magatartás nincs megtiltva, azaz meg van engedve.⁵⁹ Annak ellenére, hogy a két fordulat más perspektívát tükröz, és nem feltétlenül ugyanazt jelenti (l. az alábbiakban), ez a leírás kiindulópontnak jó lehet. Viszont az aligha védhető, hogy *Szászy-Schwarz*nál a szabadságot magában foglaló jogviszony másik pólusán a *védtelesség* található. Nem világos, miért védtelesség a kapcsolódó pozíció. A jogi korlátoktól mentes, szabad cselekvésnek nem mindig van kihatása másra. Amennyiben egyedül vagyok a szobámban, és egy könyvet leveszek a polcra, aligha lesz valaki védtelességi helyzetben.

A szabadsággal élővel szemben a másik fél nem mindig védtelességi helyzetben van, legfeljebb egyes esetekben és bizonyos értelemben az. Ezzel szemben a másik helyzetének általános sajátossága az, hogy nincs joga követelni a szabadon cselekvőtől bizonyos

⁵³ *Fürst* szerint e másodlagos jogok tartalma a várható tényelemekben van, azaz lényegüket azok a tényelemek alkotják, melyek hiányoznak belőlük, *Fürst*: i. m. 224–225. o.

⁵⁴ Nála a jogviszony az alanyi jogot és alanyi kötelezettséget magában foglaló kapcsolat, *Tóth* (1914-I): i. m. 72. o.

⁵⁵ *Fürst*: i. m. 227. o.

⁵⁶ *Villányi*: i. m. 28. o.

⁵⁷ Nem világos, hogy *Szászy-Schwarz* miért választotta a „*szabadosság*” szót: elképzelhető, hogy vagy el akarta kerülni a „*szabadság*” sokféle jelentését, vagy a hűbéri rendszer szabadosainak (*libertinus*) jogi fogalmára asszociált. Úgy néz ki, hogy a szabadság sokkal régebbi szó a magyar nyelvben, mint a szabadosság, és van, ahol ez utóbbit a szabadság szó rossz használatának, „fattyú kinövésének” tartják, lásd *Czuczor Gergely - Fogarasi János* (szerk.): *A magyar nyelv szótára*. V. kötet. *Emich Gusztáv*: Athenaeum, Pest, 1870. 967. o.

⁵⁸ A továbbiakban én a szabadság szót használom, (akkor is, ha *Szászy-Schwarz* rendszerére utalok), bár tudatában kell lenni, hogy a két szó egyes használataiban eltérhet egymástól. A köznyelvben a szabadosság pejoratív értelme dominál, és így szembe kerül a szabadsággal: „...szükség szabta meg cselekedeteim értékét és értelmét, bennem a szabadosság és a szabadság határai is összemosódtak.” *Nádas Péter*: *Emlékiratok könyve*. II. kötet. *Jelenkor*, Pécs, 1998. II. 383. o. *Jogi fogalomként véve is, van aki felfedez különbséget: így a szabadság fogalmától igyekszik elhatárolni Szászy-Schwarz szabadosságát pl. Szászy: i. m. 138-139. o. Ez azonban nem meggyőző, mert Szászy-Schwarz a szabadosságot nem csak az általánosabb jogi kötelezettségek alóli kivételként használta, i. m. 408-409. o.*

⁵⁹ *Szászy-Schwarz*: i. m. 408. o.

magatartást, abba nem szólhat bele. Tehát a beleszólási (korlátozási) jog, azaz a jogilag biztosított követelhetőség hiányáról van szó (*joghiány*), és nem védtelenségről. Ez már *Hohfeld* terminológiája (joghiány: „*no-right*”).⁶⁰ *Hohfeld* rendszere e tekintetben pontosabb, mint *Szászy-Schwarzé*, és van még egy előnye: a szabadság (nála: *privilege*) fogalmába negatív értelemben bevonja a jogosultság fogalmát, így a kettő logikailag is egymásra vonatkoztatható lesz. A következőkben tehát célszerű ezt a rendszert is szem előtt tartanunk. Bár *Hohfeld* rendszere nem ismeretlen a magyar irodalomban, rövid összefoglalása talán nem hiábavaló a könnyebb követhetőség kedvéért.⁶¹

3.2. Közbevetés: *Hohfeld* rendszere

Hohfeld célja az volt, hogy a jog (*right*, azaz alanyi jog) sokféle értelemben, differenciálatlanul használt fogalmának különböző használatait elkülönítse, a jogviszonyok lehetséges elemi összetevőit meghatározza, megtalálja ezen alapvető jogi fogalmak (jogi pozíciók) logikai összefüggéseit, ezáltal pontosabbá téve a komplex jogi helyzetek gyakorlati elemzését. Az élő, gyakorlati jogi nyelvet vizsgálva a jog (*right*) terminus négy elemi használatát különböztette meg (a szűkebb értelemben vett jog, azaz jogosultság, szabadság, hatalmasság és immunitás). E négy elemi jogi pozíciónak meghatározta a szükségszerűen kapcsolódó (korrelatív) pozícióit is a jogviszony másik oldalán.⁶² Ezzel összesen nyolc elemi pozíciót különböztet meg, és ezeket két négyes csoportra bontja belső logikai összefüggéseik alapján. Az első csoport a következő elemi pozíciókból áll: jog(osultság) (*claim-right*) és kötelezettség (*duty*);⁶³ szabadság (*privilege*) és joghiány (*no-right*).⁶⁴ A második csoport elemi pozíciói: hatalmasság (*power*) és alávetettség (*liability*);⁶⁵ immunitás (*immunity*) és tehetetlenség (*disability*).⁶⁶

Hohfeld nem adott pontos definíciókat az egyes pozíciókra nézve, azok lényege azonban leírható. A jog(osultság) nála is a követelés (*claim*) lehetőségéhez kötődik, és erre a sarokfogalomra épül fel az első négyes csoport: a korrelatív pozícióban lévő kötelezettség mibenléte adott. A szabadság az, amikor másnak nincs joga az alany kérdéses cselekvésének vonatkozásában, tehát más jogi korlátot képező

⁶⁰ Hohfeld: i. m. 36. o.

⁶¹ A következő ponthoz a forrás Hohfeld: i. m. 35–64. o.

⁶² A jogviszonyra két kifejezés is használatos a korabeli angolszász irodalomban: „*jural relation*” és „*legal relation*”. Mivel lényeges különbség nincs köztük, lásd Kocourek (1928): i. m. 75. o., ezért mindkettőre a jogviszony terminust használom.

⁶³ A *claim-right* viszonylag pontosan tükrözi a jogilag biztosított követelhetőséget magában foglaló jogosultság fogalmát, ugyanis a „*claim*” nem elsősorban a magyar magánjogban határozott jelentéssel bíró igényt jelöli (aktuális érvényesíthetőséget), hanem tágabban a követelést, ahogy eredetileg *Windscheid* értette az igényt (*Anspruch*), vagy az ő nyomán *Somló Bódog*, lásd Kiss: i. m. 169. o.; Szladits (1939): i. m. 207. o.; Somló: i. m. 130.

⁶⁴ A *privilege* inkább kiváltság (kivételes szabadság), mely a szabadság egy sajátos formája (osztályozástól függően), bár *Hohfeld* korabeli amerikai kommentálói is azonosították a hohfeldi fogalmat általában a szabadsággal (*liberty*).

⁶⁵ A *power* megfelel *Szászy-Schwarz* „*hatalmasságának*”. A *liability* terminus *Szászy-Schwarz* „*alávetettség*”-ével visszaadható, bár a „*függőség*” lenne talán a legtalálhatóbb. Ez viszont olyan helyzetekre is vonatkoztatható, ahol a későbbi keletkezése a jogviszonynak nem a hatalmasságot gyakorló jogalany akaratára, hanem más tény bekövetkeztére vezethető vissza (pl. *conditio casualis*), és egyben utal a függő jogi helyzet fogalmára. Ezért maradtam az alávetettség szónál.

⁶⁶ Az immunitást könnyedén fordíthatnánk mentességnek, ha a mentességet igen gyakran nem a szabadságnak feleltetnék meg a magyar jogban, már pl. Czuczor-Fogarasi: i. m. 967. o. Így inkább maradtam az immunitás terminusnál. Az immunitás korrelatív pozíciója a *tehetetlenség*, *Szászy István* elnevezése (i. m. 137. o.), melynél jobbat nem találtam.

követelést nem állíthat, és ezt tükrözi a szabadság korrelatív pozíciója is (joghiány). A második négyes csoportban a hatalmasság és alávetettség lényegét tekintve megfelel *Szászy-Schwarz* felfogásának. Viszont az immunitás (mely *Szászy-Schwarz*nál hiányzik), azt jelöli, hogy valaki mentes más hatalmassága alól egy bizonyos tekintetben, korrelatív pozícióként a tehetetlenség valaki hatalmasságának hiányát jelöli.⁶⁷

A nyolc elemi pozíció egymással különböző logikai kapcsolatban állhat a négyes csoportokon belül. *Hohfeld* két ilyen kapcsolattípust azonosított: a korrelatív és a szembenálló (*opposite*) pozíciókat.⁶⁸ Az összefüggésrendszer némi módosításon ment át azóta. Utóbb azonosítottak egy harmadik összefüggést is, mely az (egymást ki nem záró) „*ellentétes*” pozíció.⁶⁹ A következőkben a javított változatot veszem alapul, és e szerint a jogi pozíciók összefüggései a következőképpen alakulnak.

	jogi pozíció, (a viszonyítás alapja)	<i>korreláció</i>	<i>ellentét</i>	<i>szembenállás</i> (<i>oppozíció</i>)
első csoport	<i>jog(osultság)</i>	kötelezettség	szabadság	joghiány
	<i>szabadság</i>	joghiány	jog(osultság)	kötelezettség
második csoport	<i>hatalmasság</i>	alávetettség	immunitás	tehetetlenség
	<i>immunitás</i>	tehetetlenség	hatalmasság	alávetettség

A pozíciók összefüggéseinek meghatározása a következő.⁷⁰ (i) *Korreláció*: két jogalany közötti elemi jogviszonyban,⁷¹ X jogalany jogi pozíciója feltételezi Y jogalany azzal korrelatív jogi pozícióját. Amennyiben X-nek joga van ahhoz, hogy Y fizessen neki ezer forintot, akkor Y-nak kötelezettsége, hogy fizessen X-nek ezer forintot. (ii) *Szembenállás (oppozíció)*: két jogalany közötti elemi jogviszonyban, X jogalany jogi pozíciója feltételezi X jogalany azzal szembenálló jogi pozíciójának hiányát. Amennyiben X-nek joga van ahhoz, hogy Y fizessen neki ezer forintot, akkor X-nek nincs joghiánya, hogy Y fizessen neki ezer forintot. (iii) *Ellentét*: két jogalany közötti elemi jogviszonyban, X jogalany jogi pozíciója feltételezi Y jogalany azzal ellentétes jogi pozíciójának hiányát. Amennyiben X-nek joga van ahhoz, hogy Y fizessen neki forintot, akkor Y-nak nem áll szabadságában, hogy ne fizessen X-nek

⁶⁷ *Szászy-Schwarz*ot igazolhatja, hogy utóbb a hohfeldi immunitást (mint hatalmasságtól való mentességet) komoly kifogások érték, mert az nem jogi jellegű pozíció, és lényegében semmi gyakorlati jelentősége nincs, ráadásul a joggyakorlatban más értelemben használatos, l. pl. Kocourek, Albert: *The Hohfeld System of Fundamental Legal Conceptions*. Illinois Law Review 15 (1920) 34. o.

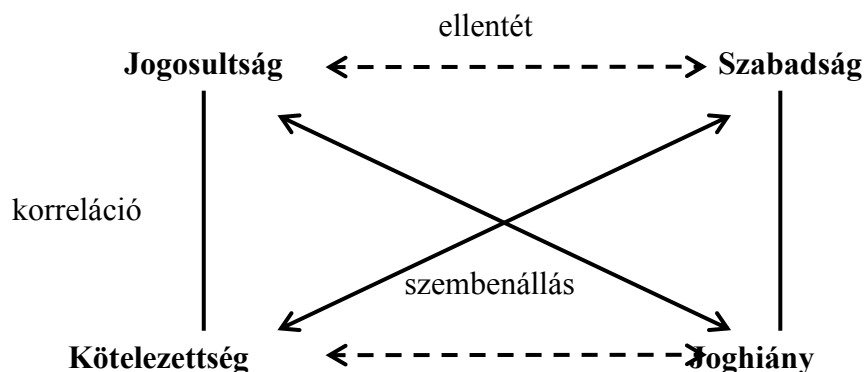
⁶⁸ Az *opposite* jelző elsődlegesen térbeli szembenállásra utal, és csak másodlagosan logikai szembenállásra. Azonban a jelző hohfeldi használatának összefüggései egyértelműen arra utalnak, hogy a szembenálló pozíciók egymást logikailag zárják ki, azok egymást kizáró ellentétben állnak (*contradiction*). *Kocourek* szerint az *opposite* terminus eleve hibás, mert az egymást ki nem záró ellentétet jelöl logikailag, Kocourek (1920): i. m. 27. o.

⁶⁹ *Glanville Williams* azonosította (1956), idézi Ratnapala, Suri: *Jurisprudence*. CUP, Cambridge 2009, 302. o.

⁷⁰ Hasonló meghatározásokra l. Ratnapala: i. m. 301–302. o.

⁷¹ Egy jogviszony *Hohfeld* rendszerében akkor elemi, ha az egy konkrét (egyszeri vagy folyamatos, de egyenmű) magatartásra vonatkozik.

ezer forintot.⁷² Mivel jelenleg bennünket csak az első csoport érdekel, csak erre nézve adom meg táblázatban az összefüggésrendszert.



Hohfeld rendszere a mai napig foglalkoztatja az analitikus jogtudományt, feltehetően egyszerűsége, átfogó jellege és az elemzésekben való alkalmazhatósága miatt. Ráadásul bizonyos mértékű logikai zárttságot tükröz.⁷³ Ennek okán alkalmas kiindulópont lehet a jogi tudás számítógépes megjelenítéséhez. Viszont akár *Hohfeld*, akár *Szászy-Schwarz* rendszeréről van szó, számos problémával szembesülhetünk. E problémák, melyek közül néhányat az alábbiakban kiemelek, megmutatják e fogalmi rendszerek alkalmazhatóságának korlátait, például a jogosultság és szabadság elválasztásánál.

3.3 Mennyiben jogi jellegű a szabadság?

*Szászy-Schwarz*nál (és hasonlóan *Hohfeld*nél) a szabadság - lényegét tekintve - a jogi korláttól mentes magatartás lehetőségét jelöli, azaz Y-nak nincs követelhetősége arra nézve, hogy a szabadsággal élő X valamit tegyen vagy ne tegyen. X szabadon járhat el saját telkén, Y nem követelheti, hogy ne tegye. A szabadság valahogy a joghoz kötődik, és nem faktuális. (Pl. az állatnak nem lehet szabadsága, mert a jognak nem lehet előírása vele szemben.)⁷⁴ Ez a leírás azonban gondokat okoz.

Alapkérdés, hogy amennyiben egy magatartás jogi korlátoktól mentes, akkor mennyiben tekinthető az így létező szabadság jogi jellegűnek. Ez döntő abból a szempontból, hogy például a nemzetközi jogban, amennyiben valaki valamilyen szabadsággal rendelkezik, csak akkor válhat ezen ok miatt jogalannyá, ha ez valódi jogi pozíció. Amennyiben a szabadság nem jogi jellegű, ezen nem alapulhat jogalanyiség, legfeljebb tárgyi védettség. A szabadság/védetlenség (*Szászy-Schwarz*) és a szabadság/joghiány (*Hohfeld*) viszony mindkét szerzőnél jogviszonyt jelöl, és valódi jogi pozíciókként kezelik. Ez azonban aligha kézenfekvő.

Hohfeld rendszerében kifejezetten, *Szászy-Schwarz*nál rejtetten, a szabadság lényege a kötelezettség hiánya (adott magatartásra vagy cselekvési körre értve). A szabadságra vonatkoztatott jogviszony így lényegében a jogosultság/kötelezettség jogviszony egyszerű tagadására épül. A szabadság elnevezés lényegében a „kötelezettség-hiány” fogalmát takarja. A szabadságra épülő jogviszony ezzel a kötelezettség-hiány/joghiány korrelációval írható le. Kérdés viszont, hogy jogviszony

⁷² Más rendszerekben a jogi pozíciók kapcsolatának leírására ettől eltérő kifejezéseket használhatnak, lásd pl. Kocourek (1928): i. m. 80–86. o.

⁷³ Emiatt csábít arra, hogy formállogikai eszközökkel is próbálják leírni; pl. Saunders, Kevin W.: A Formal Analysis of Hohfeldian Relations. *Akron Law Review* 23 (1989-1990) 465–506. o.

⁷⁴ *Szászy-Schwarz*: i. m. 409. o.

lesz-e az, amit a kötelezettség-hiány/joghiány negatív korrelációval írunk le?⁷⁵

Amennyiben jogviszonyról van szó, lényegében minden jogalany minden magatartási lehetősége jogviszonyként írható le. Az előbbi példát véve alapul, amennyiben egyedül vagyok a szobámban, és egy könyvet le akarok venni a polcra, ez a lehetőség számtalan jogviszonyt keletkeztethet. A szabadság, mint jogi pozíció így kezd az *in rem* jogokhoz hasonlítani, ugyanis bármilyen jogalany joghiánya (a könyv levételével kapcsolatos követelhetőség hiánya) jogviszonyt képez a szabadsággal, mint kötelezettség-hiánnyal.⁷⁶

Miképpen lehet szűkíteni a szabadságnak ezt a parttalanságát? Valahogy kötni kell *lehetséges* jogi kötelezettségekhez. Éppen ezért, mind *Szászy-Schwarz*, mind *Hohfeld* a szabadságot *nem valami eredendően szabad magatartásnak veszi, hanem olyannak, melyre egyébként kötelezettségek állnának fenn*, vagy legalább lehetséges lenne jogi kötelezettségekkel korlátozni azokat. Más szóval, a szabadságot valamely kötelezettség alóli felmentésként értelmezik.⁷⁷ Valószínű ezért használja *Hohfeld* a kiváltság (*privilege*) kifejezést az általánosabb szabadság (*liberty*) helyett.⁷⁸ (Vö. *Clark* álláspontjával: a kiváltságok, a kivételes szabadságok a védekezés eszközei kereseti kérelmekkel szemben.)⁷⁹

3.4 Szabadság és jog három modellben

A szabadon véghezvihető cselekvés (szabadon tanúsítható magatartás) és a jog kapcsolata a jog legalapvetőbb problémáit érinti. Például azt, hogy mennyiben lehet a jog a szabad cselekvés forrása, vagy hol húzódnak a jog határai. Bár itt óvakodom attól, hogy mélyebb jogfilozófiai kérdésekbe bocsátkozzam, látni kell, hogy a szabad cselekvés és a jog kapcsolata három modellben vagy perspektívából értelmezhető. Mindhárom védhető bizonyos összefüggésekben, és mindhárom megkérdőjelezhető másokban. A perspektíva kiválasztása meghatározza az analitikus rendszer alapjait is, váltogatása pedig következtetlenné teszi és megingatja azt.

a) *Eredendő szabadság axiómája (naturális megközelítés).*

A szabad cselekvési kör jogon kívüli terület, az ember természetes szabadságából fakad, a jogi szabályozás erre nem terjedt ki, ezt nem szabályozza.⁸⁰ Ebből az következik, hogy a szabadság és védtelenség (joghiány) nem tartozik a jogviszonyok

⁷⁵ *Hohfeld* követői ezért minden erőfeszítést megtettek, hogy igyekezzenek a szabadságot pozitívan megfogalmazni (pl. mint *facultas agendi*), és nem tagadásként, l. Corbin, Arthur L.: *Jural Relations and Their Classification*. Yale Law Journal 30 (1920-1921) 234. o., Clark: i. m. 29–31. o. Mivel a szabadság *hohfeldi* meghatározásának lényege a kötelezettség hiánya, ezek a kísérletek csak logikai mutatóványok maradtak.

⁷⁶ Ez alapján pl. *Kocourek* nem tekinti jogviszonynak a szabadság/joghiány viszonyt, *Kocourek* (1920): i. m. 27–29. o. Hasonlóan *Fürst* vagy *Roscoe Pound*, akik szerint a szabadság számos olyan helyzetet fog át, melyek a jog számára közömbösek, *Fürst*: i. m. 227. o., *Pound*: i. m. 100. o.

⁷⁷ Vö. *Szászy-Schwarz* szerint a szabadság esetén a jogrend úgy védi az érdeket, hogy a fennálló parancs vagy tilalom alól felment, tehát a fél irányában azt megszünteti. *Szászy-Schwarz*: i. m. 393. o. Ezen törekvés jegyében *Szászy-Schwarz* szabadosság fogalmát a mentességre és adósjogokra szorítja vissza, *Szászy*: i. m. 138–139. o., és egyben szembeállítja azt szabadság fogalmával.

⁷⁸ Erre munkatársa utal, l. Corbin, Arthur L.: *What is a Legal Relation?* Illinois Law Quarterly 5 (1922-1923) 51. o.

⁷⁹ Clark: i. m. 33. o.

⁸⁰ Pl. *Szladits* szerint a szabadság a jogrend részéről szabadon hagyott *cselekvési kör*, *Szladits* (1939): i. m. 195. o. (bár máshol más értelemben is használja).

közé, az a jog szempontjából irreleváns (pl. *Kocourek, Jellinek*).⁸¹ A megközelítést az a háttértétel támogatja, hogy amit a jog nem ír elő, vagy nem tilt, azt szabad.

b) Kivett szabadság axiómája (jogi megközelítés)

A szabad cselekvés forrása maga a jog (permisszív szabályok - engedő jog): ez mindig jogszabályon alapuló kivételt jelent valamilyen, egyébként általánosan vagy konkrétan előírt kötelezettség vagy tiltott magatartás alól (*beneficium juris*).⁸² A kivételes szabály elhárít lehetséges joghatásokat és szabaddá tesz egy cselekvési kört (pl. *Hohfeld, Somló, Tóth Lajos, Szladits*).⁸³ A megközelítést az a háttértétel támogatja, hogy egy állam joghatósága alá eső területen, amit nem enged a jog, azt nem szabad. Itt a szabadság és védtelenség (joghiány) valódi jogviszony.⁸⁴

c) A negatív szabadság axiómája, ahol a szabadság a jog negatív lenyomata (kvázi-jogi megközelítés)

A fenti két perspektívának sajátos kereszteződését jelenti. A szabad cselekvési kört ugyan a jog írja körül, de a jog ennek nem forrása. A természettől adott szabad cselekvési kört ugyan nem a jog teremti, de azt megerősíti általános vagy specifikus engedő szabályokkal, körbehatarolja korlátozó szabályokkal, és megerősíti, hogy nem fogja szankcionálni a szabadság körébe eső viselkedést (pl. *Corbin, Fürst*).⁸⁵ Egyrészt, a túlszabályozó, modern jog körülményei között a természettől adott cselekvési lehetőség csak úgy tud érvényesülni, ha a korlátozó szabályokkal általános, és kifejezett permisszív szabályokat, szabadságjogokat ütköztetünk (pl. magánélet szabadsága), mely pajzsként védi a jog korlátozó betüremkedéseivel szemben. Másrészt, a természettől adott cselekvési kör határait a jog húzza meg, negatív értelemben meghatározza a cselekvést, bár annak önmagában való tartalmát nem érinti. Itt a szabadság és védtelenség (joghiány) kvázi-jogviszony, mert a jog a szabad cselekvés tartalmát nem közvetlenül és pozitívan határozza meg, hanem a lehetséges korlátozás tartalmának azonosításával (negatívan, mi nem tartozik a cselekvési körbe).

A fenti értelmezési keretek különböző sikerrel alkalmazhatók a szabadság egyes formáinál.⁸⁶ (i) Az ember társadalmi létezésének legalapvetőbb feltételeit érintő

⁸¹ Kocourek (1920): i. m. 36. o.; *Jellinek*et idézi Alexy: i. m. 144. o.

⁸² A régi köznyelv és jogi nyelv a szabadságot szinte mindig, valamilyen szabály alóli kivételként kezeli, Czuczor-Fogarasi: i. m. 967. o., vagy éppen az immunitással (mentességgel) azonos értelmű szónak tekinti. Magyar Nyelvtörténeti Szótár. III. kötet. Hornyánszky V., Budapest, 1893. 10. o., hasonlóan Tóth (1914-I.): i. m. 8. o.

⁸³ Hohfeld: i. m. 48. o.; Somló: i. m. 133. o.; Szladits: i. m. 94. o.

⁸⁴ Az eredendő szabadság és kivett szabadság szembeállítására már *Locke*-nál előfordul, vö. a szabadság állapota (*state of nature*) és az engedélyezettség állapota (*state of license*), *Locke, John: Two Treatises of Government*. Mentor, Cambridge 1963, 311. o.; *Barnett, Randy E.: The Structure of Liberty*. Clarendon, Oxford, 1997. 2. o. Ez *Alexynél* kb. a védett és nem védett jogi szabadság fogalmaként jelenik meg, Alexy, i. m. 144–149. o., *Roscoe Poundnál* pedig átruházott és elismert szabadságként, *Pound*: i. m. 95. o.

⁸⁵ *Corbin* (1920/21): i. m. 234. o. *Fürst* a szabadság jogilag jelentős helyzeteit a jog fonákjaként fogja fel (egy terhes joghelyzetből kizárás), így ezen helyzetek leírhatók nemlegesen a jog/kötelezettség fogalmaival, *Fürst*: i. m. 227. o.

⁸⁶ *Kocourek* szerint ennek az az oka, hogy a hohfeldi szabadság voltaképpen három, elválasztandó fogalmat kever össze: (i) a szabadságot, mint szabályozatlan életviszonyt, (ii) a szabadságot, mint kivételt egy általános kötelezettség alól, (iii) és a szabadságot, mely a hatalmasság egy bizonyos formáját fogja át, *Kocourek* (1920): i. m. 35–36. o.; hasonlóan *Szászy*: i. m. 138–139. o.

alapjogi, emberi jogi felfogás a naturális megközelítésre épül, bár a kvázi-jogi megközelítéssel is magyarázható. A magánélet szabadsága értelmezhető természettől adott szabadságként, melyre vagy nem terjed ki a jog korlátozó hatálya, vagy a jog negatívan írja körül a lehetséges korlátozások azonosításán keresztül. E szinten az állam által adott állampolgári jogok XIX. századi, a kivett szabadság axiómájára épülő elképzelése a múlt század közepén háttérbe szorult. (ii) Van olyan szabadság, mely csak a jog nyelvén írható le, és melyet a jog teremt meg. Egy bérleti szerződés felmondásának lehetősége (ha erre fennállnak a feltételek), csakis a kivett szabadság alapján értelmezhető.⁸⁷ (iii) Egy jogalany ÁFA-mentessége talán a negatív szabadság alapján értelmezhető legjobban. Igaz, hogy az ember eredendően nem fizet ÁFA-t, ugyanakkor egy átfogó jogi kötelezettség alóli specifikus kivételről van szó, melyet kivételes jogi rendelkezés teremt meg. Ez a kötelezettség-hiány a jog által (újra) megnyitott szabadság, a jog negatív lenyomata.⁸⁸ (iv) Lehet azonban a szabadságnak számos olyan formája mely minden megközelítésnek egyaránt enged. Ilyen lehet az uratlan dolog okkupációja, mint szabad cselekvés, mely mindhárom értelmezési keretben elhelyezhető.

3.5 A szabadság, mint összetett jogi pozíció?

A szabadsághoz, mint jogi korlátoktól mentesen véghezvihető magatartáshoz, szinte természetesen kapcsolódhat egy olyan elvárás mással szemben, hogy az ne avatkozzon be. Ez már jogosultság lesz, mert más magatartására (a beavatkozástól való tartózkodás) irányuló követelhetőséget feltételez. Alapvető kérdés, hogy egy ilyen jogosultság fogalmilag, szükségszerűen kapcsolódik minden szabadsághoz, vagy annak csak eseti velejárója. A tét az, hogy a szabadság összetett jogi pozíció lesz-e, amelynek fogalmi eleme más pozíció. Egy ilyen jogosultság szükségszerű léte arra utalna, hogy a szabadság összetett pozíció. A szabadsággal rendelkezőnek ugyanis követelhetősége lenne arra nézve, hogy más tartózkodjon a beavatkozástól, ez más magatartására irányul, és így szükségképpen tartalmaz valamilyen, igaz meglehetősen specifikus jogosultságot.⁸⁹

Ennek tükrében nem csoda, hogy erőteljes hohfeldista törekvések vannak annak kimutatására, miszerint a szabadságnak nem szükségszerű fogalmi eleme a be nem avatkozásra vonatkozó jogosultság. A szabadság nem lesz összetett jogi pozíció, a szabadság létezhet jogosultság nélkül is. E törekvések a konkurens szabadságokra alapoznak, bár más-más összefüggésekben.

a) A párhuzamos, konkurens szabadságok problémája

Tegyük fel, hogy az utcán hever egy eldobott golyóstoll (uratlan dolog), mely felé két ember halad ellenkező irányból. Mindkettőnek szabadságában áll, hogy a tollat felvegye, eltegye, és rajta tulajdont szerezzen (okkupálja). Amelyik járókelő ezt hamarabb megteszi, meghiúsítja a másik szabadságának gyakorlását. A járókelőknek

⁸⁷ Természetesen ez hatalmasság is. A hatalmasság és szabadság néhány összefüggésére l. alábbiakban 3.7. pont.

⁸⁸ Kérdéses, hogy ez valóban szabadság-e, vagy hatalmasság alóli immunitás. Ez attól függ, hogy az ÁFA-fizetési kötelezettség egy bizonyos időpontban már kötelezettség, vagy még csak hatalmasság a hatóság oldalán.

⁸⁹ A magyar jogirodalomban a kettőt összekapcsolják. Így van olyan nézet, mely szerint a tulajdon birtoklásának nem az a jellegzetessége, hogy nem tiltott (szabad), hanem az, hogy a beavatkozástól a jog által védett, Tóth (1914-I): i. m. 80. o.

van ugyan szabadságuk, hogy okkupálják a tollat, azonban nincs jogosultságuk megkövetelni a másik be nem avatkozását, és egyben nincs kötelezettségük sem arra, hogy ne avatkozzanak be a másik szabadságának gyakorlásába. Az tud élni a szabadságával, aki gyorsabb.

Ez a példa azt látszik bizonyítani, van (jogi korlátoktól mentes) szabadság anélkül, hogy annak része lenne valamilyen jogosultság. A példából azonban ez nem feltétlenül következik. A gyorsabb járókelő nem beavatkozik a másik szabadságának gyakorlásába, hanem annak szabadságát egyszerűen megszünteti azáltal, hogy az uratlan dolgon tulajdont szerez. Aligha lehet a szabadságba való beavatkozásnak tekinteni azt, ha valakinek a szabadsága jogszerűen megszűnik, mielőtt azzal élhetne. Ráadásul még ilyen helyzetben sem lehet egyértelműen kizárni, hogy lenne jogosultság a be nem avatkozásra. A járókelőnek ugyan nincs jogosultsága azt követelni, hogy a másik ne okkupálja a dolgot, de azt követelheti, hogy a másik ebben őt ne akadályozza, ha a másik egyébként (ugyancsak szabadságával élve) mégsem akarja a tollat felvenni és eltenni.

A konkurens szabadság gyakorlása azonban nem csak a másik szabadságának megszűnését okozhatja. Szerződéses kikötés alapján, a konkurens szabadság elsődlegesen és jogszerűen arra is felhasználható, hogy a másik ne élhessen a fennálló szabadságával, amennyiben erre a közöttük lévő szerződés lehetőséget ad.

b) A be nem avatkozási kötelezettség szerződéses kizárása (Gray és Hohfeld ráksalátája).

Tegyük fel, hogy X-nek van egy tányér ráksalátája, és szóban szerződik Y-nal, mely szerint Y-nak szabadságában áll megenni a salátát, de a szerződésben kizárja a be nem avatkozási kötelezettségét. Y megeheti a salátát, és X nem követelheti tőle, hogy ne egye meg. Azonban X-nek nincs olyan kötelezettsége, hogy ne tegyen olyasmit, amivel megakadályozhatja Y-t abban, hogy a salátát megegye. (Pl. azt X kiöntheti a szemétkébe, mielőtt Y élhetne az erre irányuló szabadságával.)⁹⁰

A példa azt kívánja bemutatni, miszerint lehet valakinek szabadsága úgy, hogy azzal nem jár szükségszerűen (fogalmilag) együtt egy másik fél be nem avatkozási kötelezettsége. Így a be nem avatkozási kötelezettség csak egy elkülönülő, kontingens biztosító jogviszony része egy szabadság/joghiány jogviszony mellett. A példa ugyancsak konkurens szabadságról szól, ugyanis a be nem avatkozási kötelezettség hiánya X (mint salátatulajdonos) oldalán egyben szabadságot jelent. Itt azonban ez a szabadság arra szolgál, hogy valaki más szabadságának megvalósítását akadályozza. Tehát Y-nak van szabadsága a saláta megevésére, X-nek pedig szabadsága van annak megakadályozására, hogy Y ne élhessen a saját szabadságával. Viszont X nem követelheti Y-tól, hogy ne egye meg a salátát (joghiány), másrésztől Y nem követelheti X-től, hogy ne akadályozza meg a saláta megevését (ugyancsak joghiány). Lehet-e így mondani, hogy a szabadság fogalmilag feltételez egy be nem avatkozási kötelezettséget?

Természetesen ez a szabadság definíciójától függ. *Hohfeld* logikailag joggal állíthatja, hogy az általa adott szűk definíció alapján (tkp. kötelezettség-hiány), más oldalán nem következik szükségszerűen be nem avatkozási kötelezettség a szabadság részeként. Viszont kérdés, hogy lehet-e szabadságról beszélni akkor, ha másvalakinek ugyan nem lehet követelése a szabadsággal bíró személy magatartására nézve, de saját maga magatartásával jogszerűen megakadályozhatja azt, hogy az illető éljen

⁹⁰ Hohfeld. i. m. 41–42. o.

azzal (konkurens szabadság). A helyzetet tovább bonyolítja, hogy mivel a konkurens szabadság is szabadság, így lehet, hogy a másik mégis a be nem avatkozást választja. A konkurens szabadság az eredeti szabadság korlátozásának lehetőségét jelenti, de nem feltétlenül annak tényleges akadályozását.

Elfogadhatjuk *Hohfeld* szűk definícióját és ennek következményeit. Kizárhatjuk a jogosultságot a szabadság fogalmi köréből, és tekinthetjük azt elemi jogi pozíciónak, bár ekkor sok formáját a szabadságnak megfosztjuk egyetlen jogi vonatkozásától (a be nem avatkozás kötelezettsége). Azonban ekkor is mutatkoznak másirányú problémák. A szabadság, mint elemi jogi pozíció ugyanis szükségszerűen fogalmi eleme lesz más pozícióknak.

3.6 A szabadság, mint más jogi pozíciók eleme: a jogosultság, mint szabadság

Az általános, bár különbözőképpen megformulázott nézet szerint - és ide sorolható *Szászy-Schwarz* és *Hohfeld* felfogása is - a jogosultság a követelhetőséghez kapcsolódik, és természetesen annak léte nem függ annak tényleges érvényesítésétől. A jogosultság egy jogilag védett lehetőség, ahol a későbbi érvényesítés a jogosult döntésétől (választásától, akaratától) függ. Amennyiben ez így van, akkor a jogosultságnak része a szabadságnak egy specifikus formája is. A jogilag biztosított követelhetőség egyben (jogilag biztosított) szabad magatartást (döntést) is jelöl. Ezt már *Frank Ignác* is így tartotta: „A' kinek igazsága [alanyi joga] vagy, arról azt is mondjuk: hogy szabadságában, hatalmában áll...”.⁹¹ A jogosultság fogalmának eleme, hogy a jogosult akaratától (döntésétől) függ a követelés lehetőségének kihasználása. Hiába irányul a jogosultság más magatartására, az nem függetleníthető a jogosult saját magatartásának jogilag biztosított lehetőségétől (*követelhetőség*).⁹² Ha a jogosultságnak része valamilyen szabadság, akkor a jogosultság nem lehet elemi pozíció.

Szászy-Schwarz foglalkozott a kérdéssel, és tagadta, hogy a szabadság a jogosultságnak eleme lehetne. Tételét arra építi, hogy a jogosultság akkor is fennáll, ha még nem nyílt meg a követelés lehetősége. Pl. egy le nem járt követeléssel kapcsolatban nincs mit cselekedni. Ebben az időszakban a jogosult semmilyen magatartása nem merül fel a jogviszony keretében, tehát nem lehet szabadságról sem beszélni.⁹³ A neves professzor érvelése itt azonban nem kielégítő. Ha a tartozás lejárt előtt fennáll a jogosultság, akkor a követelhetőség is fennáll. A követelhetőség azonban nem aktuális, hanem potenciális (feltételes). Másként (abszurdumként) a jogosultság is csak a konkrét követeléssel keletkezne. A jogosultság nyugvó állapotában maga is csak potencialitás, míg aktív állapotában érvényesülése a jogosult konkrét döntéseitől függ. Mivel a jogosultság léte a *potenciális* (jogilag biztosított) követelhetőségen alapszik, nem lehet a szabadságot kizárni arra hivatkozva, hogy az annak tárgyát képező *aktuális* követelés csak később történhet meg. A jogosultság keretében a szabadság tárgya a potenciális követelhetőség, és nem az aktuálisan érvényesített követelés.

Szászy-Schwarz nem használja szó szerint a követelhetőséget, mindössze azt mondja, hogy a le nem járt tartozásnál is van „követelési jog”.⁹⁴ Ez a szóhasználat

⁹¹ Frank: i. m. 9. o. (3. §).

⁹² Az Alkotmánybíróság szabadságnak tekintette, hogy valaki igénybe veszi-e a jogilag védett érdekei érvényesítését szolgáló igényérvényesítési lehetőségeket. Pl. 20/1997. (III. 19.) AB határozat (sajtótörvény) III. 1. pont.

⁹³ Szászy-Schwarz: i. m. 402. o.

⁹⁴ *Ibid.*

azonban nem takarhatja el azt, hogy a követelés csak potenciális a jogosultság nyugvó állapotában. Ráadásul a „követelési jog” kifejezés konfúzzá teszi az érvelést. Egyrészt ez nem jog, hanem szabadság, hiszen a jogosult saját, jogilag biztosított magatartásáról van szó. Másrészt a „követelési jog” (alaki értelemben) nem maga a jogosultság. Követelni alaptalanul is lehet bármit, sőt ilyen gyakran meg is történik. Mindenkinek szabadságában áll követelni (amennyiben az még jogszerűnek minősül). A jogosultság mögött azonban jogilag védett érdek áll (a jogosultság anyagi vonatkozása), jogilag biztosított követelhetőséggel (a jogosultság alaki vonatkozása).⁹⁵ Természetesen sokszor csak utólag, a követelés során derül ki (bírószágon), van-e ilyen jogilag védett érdek. Nem a jogilag védett érdekből fakad a követelhetőség, (bár a követelhetőség alapján válik a jogilag védett érdek jogosultsággá). Sokszor a követelhetőség az előfeltétele, hogy bizonyítsa a jogosult, miszerint van jogilag védett érdeke.

Amennyiben a jogosultság magában foglalja a szabadságot, úgy a kötelezettség a joghiányt. A kötelezett oldalán fennáll a joghiány: nem követelheti a jogosulttól, hogy az tartózkodjon a jogilag védett érdek érvényesítését jelentő követeléstől.

3.7 A szabadság, mint más jogi pozíciók eleme: a hatalmasság, mint szabadság

Van azonban más olyan pozíció is, ahol a jogalany döntésének szerepe van, és a szabad magatartás lehetőségét átfogja. Ez a hatalmasság, amikor a hatalmas (jogalany) saját magatartásával joghatásokat kelthet.⁹⁶ A hatalmasság a jogalany cselekvési lehetőségét is jelezheti, másrészt a szabadság is magában foglal olyan cselekvési lehetőséget, mely jogváltozáshoz vezet. *Hohfeld* rendszerében a hatalmasság (*power*) egyben szabadságot is implikálhat.⁹⁷ *Szászy-Schwarz* az elhatárolással csak egy bekezdésben foglalkozik, megállapítván, hogy a kettő járhat együtt, de nem szükségképpen, viszont nem tesz általános és elvi különbséget a kettő között.

A kettő között a legfontosabb elvi különbség a következőképpen foglalható össze. A szabadság nem faktuális, hanem jogilag biztosított cselekvési lehetőség, azaz fogalmilag nem lehet jogellenes.⁹⁸ Jogellenes cselekvés nem lehet szabadság gyakorlása. Ezzel szemben a hatalmasság *Szászy-Schwarz* és *Hohfeld* rendszerében nem feltétlenül jogilag biztosított magatartás, mindössze arról van szó, hogy a jogrend bizonyos magatartáshoz valamilyen joghatást fűz.⁹⁹ Így az lehet jogilag biztosított

⁹⁵ Az kétséges, hogy a kereseti jog tekinthető-e alanyi jognak, l. Szladits (1939): i. m. 207. o.

⁹⁶ Tartja magát az a nézet, hogy ez csak akaratlagos magatartás lehet, pl. Saunders: i. m. 479. o.; Corbin (1920/21): i. m. 229. o. *Hohfeld* ennél kevesebbet kíván: a joghatást előidéző ténynek a hatalmas akarati kontrollja alatt kell lennie, *Hohfeld*: i. m. 51. o. Valószínű, ez is sok. A jogellenes hatalmasságok egy része nem teljesíti ezt a feltételt, pedig ezeket a hatalmasságokat nem akarta *Hohfeld* kizárni a hatalmasságok köréből (lásd alább). *Szászy-Schwarz* felfogásához még kevésbé illik az akaratra vonatkozó feltétel. A hangsúly nem az akaraton van, hanem a joghatást keltő magatartás lehetőségén.

⁹⁷ Lásd a *hohfeldista Clark* ezirányú megjegyzését, Clark: i. m. 33. o. Ugyanakkor, sokszor a hatalmasság gyakorlása kötelezettség és nem szabadság (pl. amikor egy hatóságnak a hatáskörét kötelező gyakorolnia, ha a feltételek fennállnak). Másrésztől *Szladits* kifejezetten kizárja, hogy az hatalmasság lenne, amikor kötelező a joghatást keltő magatartás, Szladits: i. m. 92. o.

⁹⁸ Az elkülönítésre lásd *Hohfeld*: i. m. 98. o.

⁹⁹ *Szászy-Schwarz* ezt szorosan veszi: a magatartásnak közvetlenül kell a joghatást keltenie. Nem hatalmasság, ha a joghatás a magatartásból fakadó ténybeli állapothoz kötött (pl. egy dolog megosztásával a tulajdon is kettőződik), *Szászy-Schwarz*: i. m. 406. o. E megkülönböztetéssel szemben kételyeim vannak, de itt erre nem tudok kitérni, mert ennek alátámasztására a hatalmasságot

cselekvés (szerződéses ajánlat elfogadása, szerződés felmondása, stb. - *jogszerű hatalmasság*) és jogellenes cselekvés is (bűncselekmény elkövetése, stb. - *jogellenes hatalmasság*).¹⁰⁰

Ebből meghatározhatóak a kétféle jogi pozíció lényeges összefüggései. (i) A jogellenes hatalmasság nem lehet szabadság, mert ez utóbbi jogilag biztosított cselekvés, míg az előbbi alá eső magatartást legfeljebb faktuális értelemben „szabad” (lehet) tanúsítani. (ii) A jogilag biztosított szabad magatartás - nem szükségképpen - előidézhet joghatást, tehát egyben jogszerű hatalmasság gyakorlását is jelenti, és ekkor szétválasztásuk szinte lehetetlen.¹⁰¹ (iii) A jogszerű hatalmasság, nem jogellenes, jogilag biztosított magatartás gyakorlásának lehetősége, (melyhez joghatás fűződik). A jogszerű hatalmasság - amennyiben nem kötelezettség - akkor szabadság is, annak egy sajátos formája.¹⁰² (iv) A jogszerű hatalmasság esetén a korrelatív pozícióban lévő *alávetett*, olyan értelemben alávetett, hogy nem tudja jogi eszközökkel elhárítani a joghatás beálltát. (v) A jogszerű hatalmasság körébe tartozik azon, nem jogellenes magatartás is, mely kedvezőtlen joghatással jár. Így a nem jogellenes károkozás – a károkozóra nézve kedvezőtlen joghatások ellenére – a szabadság körébe tartozik, hiszen nincs jogi értelemben korlátozva. (vi) Amennyiben a célzott és kedvező joghatás elmarad egy magatartásnál, ettől még az a szabadság körébe eshet. Ha egy nyolcéves gyermek maga aláír egy ingatlan-adásvételi szerződést, ez önmagában jogilag biztosított, szabad magatartás lesz (feltéve, ha egyéb, mögöttes körülmény nem teszi jogellenessé), de ilyen magatartáshoz nem kötődik a szerződés aláírásához köthető, megszokott, (és esetlegesen célzott) joghatás.¹⁰³

Joggal vethetné fel bárki, hogy a szabadság és a jogszerű hatalmasság ilyen egybeesése csak egy erőteljesen redukcionista álláspont alapján lehetséges. A hatalmasság ugyanis a joghatás előidézésében áll, míg a szabadság valamilyen magatartásra vonatkozik. Ez két különböző dolog. Azonban a probléma az, hogy a joghatás előidézése valamilyen magatartással történik, a kettőt nem lehet elválasztani. A szabadság és hatalmasság szembeállítását csak úgy lenne lehetséges, ha az alapul szolgáló magatartások négy alaptípusát szét lehetne ebből a szempontból választani.¹⁰⁴ A jogellenes magatartásokat elvileg ki lehet zárni a hatalmasság köréből, és a jogügyleteket lehet csak hatalmasságnak tekinteni. A legnagyobb probléma a nem célzott joghatást kiváltó, jogilag megengedett nyilatkozatok és magatartások esetén van: itt aligha lehetséges a szabadság és hatalmasság elkülönítése. Ezek a lehetséges módosítások viszont szakítanának *Hohfeld* és *Szászy-Schwarz* hatalmasságra vonatkozó leírásaival.

önmagában kellene részletesen elemezni.

¹⁰⁰ *Hohfeld* nem foglalkozott kifejezetten a jogellenes hatalmassággal, de azt is beleértette, l. Corbin (1920/21): i. m. 235. Viszont *Alexy* szerint a jogellenes hatalmasság nem lehet hatalmasság, mindössze ténybeli képesség joghatások kiváltására, *Alexy*: i. m. 152. o.

¹⁰¹ Ez a helyzet az elsajátítási „jogoknál” (pl. halászati jogok), melyek ugyan nem jogok, hanem szabadságok, viszont elválaszthatatlanok a jogszerű hatalmasságtól (tulajdonjog szerzésének lehetősége a kifogott hal felett), lásd pl. *Szladits* (1939): i. m. 228. o.

¹⁰² Például, amennyiben a dolgomat el akarom adni, abba senki sem szólhat bele: a dolog eladása egyben a mindenkit terhelő tūrési kötelem felvétele, *Tóth* (1914-I): i. m. 81. o. Ez azt jelenti, hogy ekkor a szabadság és a jogszerű hatalmasság egybeesik.

¹⁰³ *Bierling* és *Jellinek* hasonló megállapítására lásd *Alexy*: i. m. 151. o. Éppen ezért aligha tartható egy szerződésnél például a „*jogellenes felmondás*” kifejezés. A felmondó nyilatkozat megtétele nem korlátozott, legfeljebb nem fűződik hozzá olyan joghatás, mint a szerződés megszűnése. Lásd még erre *Tóth* (1914-I): i. m. 42. o., *Villányi*: i. m. 29–30. o.

¹⁰⁴ A négy típus: (i) jogügyletek; (ii) nem célzott joghatást eredményező, jogilag megengedett nyilatkozatok és magatartások; (iii) joghatással nem járó magatartások; (iv) jogellenes magatartások.

A hatalmasság és szabadság részbeni egybeesése tükröződik a magyar jogi nyelvben is. Így a joggyakorlat sokszor „szabadságról” beszél, amikor a jogalkotó eldöntheti, hogy a szabályozási alternatívák közül melyiket választja a jogalkotás során, noha ez a szabadság egyértelműen hatalmasság is (*jogalkotási hatalmasság*).¹⁰⁵

A hatalmasság és szabadság elhatárolására történtek erőfeszítések. Például *Kocourek* (feltehetően *John Stuart Mill*-re visszavezethető) álláspontja szerint a szabadság gyakorlása jogi értelemben nincs másra kihatással (nem keletkeztet más érintő joghatást), míg a hatalmasság másra kihatással van.¹⁰⁶ (Persze feltételezhető, hogy amennyiben egy magatartásnak bármilyen joghatása van, ez másra is kihat.) Így van a szabadság, melynek nincs joghatása, tehát nem jogi jellegű, és a hatalmasság, melynek van, és jogi jellegű. Ez persze teljes szakítást jelent a hohfeldi fogalomrendszerrel, mely a szabadságot a jogviszony egyik pozíciójának tekinti (és amely nem zárja azt ki, hogy a jogszerű hatalmasság a szabadságnak egy formája). Amennyiben a jog keretei között valaki szerződéses ajánlatot tesz, akkor *Kocourek* felfogása alapján ezzel csak hatalmasságot gyakorol (a másik félnél hatalmasságot keletkeztet az ajánlat elfogadására), míg *Hohfeld* rendszere szerint szabadságát gyakorolja, de ettől elválaszthatatlanul egyben hatalmasságot is gyakorol.¹⁰⁷ Azonban *Kocourek* kritériuma aligha alkalmas arra, hogy a szabadságot és a hatalmasságot biztonsággal elválaszthassuk, hiszen sokszor nem világos, hogy egy magatartásnak van-e joghatása, és milyen. Például, amennyiben X telektulajdonos engedélyezi Y-nak, hogy belépjen a telkére, *Kocourek* szerint ezzel Y-nak hatalmassága keletkezik, míg *Hohfeld* szerint szabadsága lesz belépni a telekre.¹⁰⁸

3.8 A követelhetőség, mint jogszerű hatalmasság

A hatalmasság és szabadság részbeni egybeesése a hohfeldi fogalmak további kellemetlen átfedését is implikálja. Látható, hogy a jogosultságnál a követelhetőség szabadság, és a jogszerű hatalmasság ugyancsak szabadság. Ehhez hozzáadódik, hogy a követelhetőség egyben jogszerű hatalmasság is lesz, hiszen a jogosult olyan pozícióba kerülhet, hogy joghatást, vagy más jogi helyzetében változást idézzen elő.¹⁰⁹ Az olyan jogilag biztosított magatartás, mint a kötelezett felszólítása a teljesítésre (elévülés megszakad) vagy a perindítás, joghatást érhet el, tehát (jogszerű) hatalmasság lesz.¹¹⁰ Ha a követelhetőség a jogosultság fogalmi eleme, akkor az visszavezethető jogszerű hatalmasságra is. Az átfedés ahhoz vezet, hogy *a jogosultság*

¹⁰⁵ Pl. 3/2007. (II. 13.) AB határozat (szabálysértési őrizet) III. 7. pont; 13/2002. (III. 20.) AB határozat (büntetési tétel középértéke) III.1.4. pont

¹⁰⁶ *Kocourek* (1920): i. m. 32. o. A tétel abból fakad, hogy *Kocourek* szerint a szabadság nem jogi jellegű, a hatalmasság viszont igen. Ugyanakkor *Kocourek* itt nem következetes: van, amit egyszerűen azért nem tekint szabadságnak, mert az adott magatartás hátrányára van másnak (uo.). Viszont a hátrányos következmény még nem jelent joghatást, tehát ez ettől még lehet szabadság.

¹⁰⁷ Hasonló példaként, ugyanez a kettős pozíció alakulhat ki egy szolgálat megszűntetésénél, Clark: i. m. 33. o.

¹⁰⁸ *Kocourek* (1920): i. m. 32. o. Hasonló gondolatmenet alapján az, hogy a telektulajdonos egy birtokháborítót elűzzön a telkéről, *Kocourek* szerint a tulajdonos hatalmassága, *Hohfeld* szerint a tulajdonos szabadsága (kiváltsága). Hozzátehetnénk, hogy *Szladits* szerint - bár ez nehezen tűnik védhetőnek - ez nem is jogi pozíció, pusztán a jogvédelem eszköze, *Szladits* (1939): i. m. 191. o.

¹⁰⁹ *Fürst* a bírói érvényesíthetőséget kifejezetten hatalmasságnak tekinti, *Fürst*: i. m. 227. o. Ez a hatalmasság, a jogosultság nyugvó állapotában feltételes, hiszen függ például attól, hogy a kötelezett ne teljesítsen.

¹¹⁰ A perindítás magánjogi hatásaira lásd pl. Almási: i. m. 234–237. o., vagy *Szladits* (1939): i. m. 209. o.

a jogszerű hatalmasság egy specifikus alfaja lesz, tehát nem tartozik a jog elemi fogalmai közé.¹¹¹ (Ez azt is jelenti, hogy a kötelezettség egyben alávetettség is lesz, mert a jogosult a jogosultság jövőbeni érvényesítésével szükségszerűen joghatásokat kelthet.¹¹² Ugyanakkor a kötelezettséghez is tapadhat hatalmasság: teljesítéssel a kötelezett kelthet joghatást.)

A hatalmasság fogalmi határai így beláthatatlanokká válnak. Hiszen Szász-Schwarz felfogásából következően ide számíthatóak a legáltalánosabb (egymást részben ugyancsak átfedő) jogi fogalmak is, így (i) a *jogképesség* a maga általánosságában; (ii) a *hatáskör*, mely a közjogban alapvető jogfogalomnak számít; (iii) *vétőképesség* (vétségi hatalmasság); (iv) *jogügyleti képesség* (jogügyleti hatalmasság); (v) *jogalkotó képesség* (jogalkotó szervek); (vi) *határozathozatali képesség* (bíróság).¹¹³

Szász-Schwarz hatalmasságra vonatkozó felfogása így tarthatatlan, mert alkalmazhatatlanná teszi a fogalmat, legalább három tekintetben. (i) A hatalmasság ilyen felpuffasztott fogalma lényegében elveszti magyarázó funkcióját. A jogosultságnak szükségképpen feltétele, a szabadságnak pedig esetleges formája lesz, míg a szabadság a jogszerű hatalmasság szükségszerű elemévé válik. Ráadásul a legáltalánosabb hatalmasságok („képességek”) még egyáltalán nem határozzák meg a hatalmasság folyományaként kilátásban lévő joghatás jellegét.¹¹⁴ (ii) További alapvető gondot okoz az, hogy a hatalmasságoknak nem látszik az eleje. A hatalmasság/alávetettség egy jogviszony. Mikor keletkezik? Erre szinte lehetlen válaszolni egy konkrét hatalmasság vonatkozásában is. Tegyük fel hogy X gépkocsijával hátulról beleszaladt Y gépkocsijába, amely egy útkereszteződés előtt piros lámpajelzésnél állt, és kárt okozott benne. A balesetet megelőzően nyilván fennállt X hatalmassága. Mikor kezdődött ez a hatalmasság? Ilyenkor a hatalmasságot aligha lehet időbeni lehatárolni megfelelően, bár különböző tények bekövetkeztével egyre határozottabb (konkrétabb) formát ölt. (iii) A fenti leírás alapján egy jogalany hatalmasságok özönében él, melyeket elválasztani sem nagyon lehet egymástól. Ha például a jogügyleti képesség is hatalmasság, ez relatívvá teszi sok egyéb hatalmasságát is a jogalanynak. Ugyanis ez a hatalmasság a jogalany más hatalmasságainak részévé (feltételévé) válik. Így a jogalany különböző hatalmasságai keverednek, egymás részeit képezik. A hatalmasságom, hogy szerződéses ajánlatot tegyek, (és ezáltal a másik félnél hatalmasságot keletkeztessenek az ajánlat elfogadására), magában foglalja legalább egy másik hatalmasságot, a jogügyleti képesség tekintetében.

Ilyen átfedések mellett,¹¹⁵ aligha lesz tartható az a tétel, hogy itt elemi (nem összetett), egyenrangú jogi pozíciókról van szó. Ezek az átfedések logikai értelemben

¹¹¹ Ez csak abban az esetben lenne kizárható, ha a jogosultság annak követelésével (érvényesítésével) egy időben keletkezne, és a jogosult az jogérvényesítéssel kapcsolatban a továbbiakban semmilyen döntést nem hozhatna. Én erre példát nem találtam.

¹¹² Erre közvetetten *Hohfeld* is utal, i. m. 58. o.

¹¹³ Ebből az utolsó négy Szász-Schwarz példája, i. m. 404–405. o.

¹¹⁴ *Szladits* és *Szász István* határozottan elutasítja, hogy a „képességek” hatalmasságok lennének, ezek pusztán a jogváltozás alanyi feltételei, *Szladits* (1939): i. m. 231. o., Szász: i. m. 133. *Roscoe Pound* szerint alapvető különbség, hogy valaki általában képes joghatások kiváltására, vagy képes egy bizonyos joghatás kiváltására, i. m. 98. o. *Fürst* szerint, pedig a képességek csak részleges előfeltételek, *Fürst*: i. m. 227. o. Ezen az alapon, viszont a jogellenes hatalmasságoknak legalább egy része ugyancsak kiesne ebből a körből.

¹¹⁵ Itt most nem térek ki a szabadság és immunitás (mint a hatalmasság korrelatív pozíciója) elhatárolásának nehézségeire. A kettő a régi köznyelvünkben is keveredett, hiszen a szabadságot *immunitás*, vagy *licentia*, vagy *privilegium* értelemben is használták, Magyar Nyelvtörténeti Szótár: i. m. 10. o.

kikezdik mind *Hohfeld*, mind *Szászy-Schwarz* fogalmi rendszerét.¹¹⁶ Mindezt csak súlyosbítja az, hogy e fogalmi rendszerek mögül hiányoznak a jogviszony mibenlétével kapcsolatos szilárd háttértételek. Ahogy látható volt, a szabadságnál ellentmondásokat hozott a felszínre az, hogy nem tudjuk mitől lesz jogi egy jogviszony. Jogviszonyban áll egymással két ember, akik ellenkező irányból az egyetlen üres parkolóhely felé közelednek, parkolóhelyet keresve, a szabadon álló parkolóhely elfoglalását tekintve (konkurens szabadságok)? Nem csak a szabadság jogi pozícióját, de az összes jogi pozíció fogalmát megfertőzheti viszont az a bizonytalanság, hogy nem tudjuk mi egy jogviszony.

4. Mi egy jogviszony? A jogviszonyok szintje

A vizsgált analitikus fogalmi rendszerek alkalmazhatósága nagyban függ attól, hogy mi a jogviszony. Erre nézve azonban sem *Szászy-Schwarz*, sem *Hohfeld* nem támaszkodhatott olyan általánosan alkalmazható meghatározásra, mely megfelelő keret adott volna fogalmi rendszereik működéséhez.¹¹⁷

A magyar magánjogi jogdogmatikában ezt még tetézi az a probléma, hogy nem tisztázott a *tipizált, összetett jogi helyzetek* (pl. „tulajdonjog” vagy „magánélethez való jog”) viszonya a jogviszony fogalmához.¹¹⁸ Pl. *Szladits* a tulajdonra egyszerre és egyenlően alkalmazza a jogviszony, alapjogviszony, jog (kizáró jog) és a jogi helyzet terminust.¹¹⁹ Amennyiben ezek jogi pozíciók, ebből az következne, hogy jogviszonyokhoz kapcsolódnak, annak részei. Jelentős viták tárgya, hogy ez a kapcsolódás miképpen történik. Például a tulajdonnál, a be nem avatkozás kötelezettségénél, tulajdonképpen öt megoldási lehetőség mutatkozik: (i) jogviszonyok tömege áll fenn a tulajdonos és mindenki más között (pl. *Hohfeld*,

¹¹⁶ Még a hohfeldista *Corbin* is elismeri, hogy *Hohfeld* pozíciói logikai értelemben redukálhatók a kötelezettségekre, jogosultságokra, illetve esetleg hatalmasságra; de *Hohfeld* célja nem egy logikailag zárt rendszer felállítása volt, hanem az elemzések során megfelelő megkülönböztetéseket lehetővé tevő fogalmi struktúra kiszűrése a gyakorlatból, *Corbin* (1920/21): i. m. 235–236. o.

¹¹⁷ Például *Szászy-Schwarz* meghatározása lényegében használhatatlan: e szerint jogviszony két, összefüggő jogi pozícióban (jogi helyzetben) lévő fél között e jogi pozícióik folytán fennálló viszony, i. m. 391. o. *Hohfeld* követői megpróbálták processzualizálni, és ezáltal szűkíteni a jogviszony parttalan fogalmát, de ők sem jutottak használható eredményre. Így *Corbin* szerint jogviszony: „minden helyzet, mely fennállását megállapítják, vagy az megállapítható egy bírósági eljárásban egy alanyi jog létének kinyilvánítása vagy tagadása, vagy szankció megállapítása végett, vagy bármely más célból”; *Corbin* (1922/23): i. m. 50. o., hasonlóan *Clark*: i. m. 31. és 34. o. Viszont joggal vethető fel a kérdés, hogy hol maradt el a szabadság, hatalmasság vagy immunitás, mely ugyancsak jogviszonyt képeznek *Hohfeld* szerint?

¹¹⁸ A tulajdon legalább két értelemben lehet összetett: egyrészt az elemi jogi pozíciók különböző típusait foghatja át (jogosultságok, hatalmasságok, szabadságok, stb., l. *Hohfeld*: i. m. 96–101. o., vagy *Pound*: i. m. 101. o.), másrészt megszámlálhatatlan joggal kerülni a tulajdonos azonos típusú jogviszonyba (pl. beavatkozás tilalma). Ezért meglehetősen megtévesztő és leegyszerűsített például a tulajdonjog kifejezés, hiszen itt mindig a különböző típusú jogi pozíciók lehetséges halmazáról van szó. Például *Villányi* „tulajdonjogról” mint egy alanyi jogról beszél, amelynek számos „részjogosítványa” van (használat, elidegenítés, stb.), *Villányi*: i. m. 28. o. Kétségeim vannak, hogy a részjogosítvány ebben az összefüggésben értelmezhető kifejezés-e. Kevésbé megtévesztő egyszerűen tulajdonról beszélni, és nem tulajdonjogról; jogosultságokról és szabadságokról, és nem részjogosítványokról, vö. különösen *Hohfeld*: i. m. 96–97. o. A tulajdon egy alanyi jogként való szemlélete elkerülhetetlenül ahhoz a következtetéshez vezet, hogy annak közvetlen tárgya vagy tartalma nem behatárolható, *Andorkó*: i. m. 466–468., 469. o.

¹¹⁹ *Szladits* (1939): i. m. 186. és 237. o.

Lenkovics);¹²⁰ (ii) a jogosult (tulajdonos) és a tulajdon, mint dolog között áll fenn jogviszony (pl. *Szladits, Nipperdey*);¹²¹ (iii) a tulajdonnál a beavatkozási tilalom egy nyíltvégű jogviszonyt jelent, ahol a jogosult ismert, míg a kötelezett pozíciójában lévő személy meghatározatlan, e pozícióba bárki beléphet (*Kocourek*);¹²² (iv) a tulajdon nem jogviszony, mindössze egyszemélyes jogi helyzet (pl. *Grosschmid*);¹²³ (v) a tulajdon nem jogviszony, a beavatkozást kizáró jog addig a pillanatig nem létezik, amíg meg nem sértik (*du Chesne*).¹²⁴ Ettől különálló kérdés, miképpen kezeli valaki azt a problémát, hogy ezen összetett, tipizált jogi helyzetek sok különböző típusú jogi pozíciót foghatnak át, de erre itt nem tudok kitérni.¹²⁵ A következőkben azt nézem meg, hogy a valóság mely szintjén alkalmazzák az egyes felfogások a jogviszony fogalmát. Használható meghatározás híján, ez szolgálhat iránymutatással a jogviszonyok lehatárolásához.

4.1. A túlfinomított analízis, avagy a jogviszonyok szintje a hohfeldi rendszerben

Azt, hogy a jogviszonyok az analízis milyen szintjén helyezkednek el (azaz a valóságfolyam mennyire apró vagy összetett, tipizált darabjaira alkalmazzuk a fogalmat), nem lehet mérni. Ehelyett a jogviszonyok alkalmazási szintjét érdemes paradigmákkal jellemezni. *Hohfeld* tételei rendszerre álltak össze, viszonylag világos tételekkel. A következőkben bemutatom azokat, az elemi jogviszonyok szintjét jellemző releváns, jellegzetes tételeket, melyek a hohfeldi rendszer sajátjai, absztrakciói, vagy abból közvetlenül következnek.¹²⁶

(A) *A jogviszony mindig egy természetes személy viszonya egy másik természetes személyhez.*¹²⁷ Ez a hohfeldi rendszer legjellemzőbb és a legnagyobb jelentőségű paradigmája, mely meglehetősen pontosan kijelöli a jogviszonyok helyét a a valóság összefüggéseiben. Ennek a tételnek sok folyamánya van. Például egy hatóságnak vagy gazdasági társaságnak nem lehet sem szabadsága, sem kötelezettsége (jogosultsága, hatalmassága stb.) mással szemben; a hatóság vagy a

¹²⁰ Hohfeld: i. m. 91. o., Lenkovics Barnabás: Polgári jogi alapok. Rejtjel, Budapest 2008. 32. Ezt az álláspontot *Szladits* bizarrnak tartja, *Szladits* (1939): i. m. 197. o.

¹²¹ *Szladits* (1939): i. m. 186. és 236. o.; Szászy: i. m. 147. o.

¹²² *Kocourek* (1928): i. m. 199–202. o.

¹²³ *Szladits* (1939): i. m. 236. o.

¹²⁴ Hivatkozva Szászy: i. m. 172. o.

¹²⁵ Csak példaként, kérdéses, hogy vannak-e olyan, sajátos tartalmú elemi jogi pozíciók, illetve ahhoz kapcsolódó jogviszonyok, melyek szükségesek ahhoz, hogy konkrét esetekben tulajdonról vagy magánéletről beszélhessünk. Az *esszencialista elméletek* szerint van „lényegük” az ilyen tipizált jogi pozícióknak, l. *Tony Honoré* nevezetes tizenegy feltételét, mely szükséges a modern értelemben vett tulajdonhoz, *Tony Honoré: Ownership*. In: *Making Law Bind: Essays, Legal and Philosophical*. Clarendon Press, Oxford, 1987. 161–192. o. (másodközlés). Más elmélet szerint (*rőzse-elmélet*), ezek az összetett helyzetek konkrétan mindig az elemi jogi pozíciók halmazából állnak, melyek közül önmagában egynek a léte sem szükséges ahhoz, hogy tulajdonról vagy magánéletről beszélhessünk, mindössze ezeknek megfelelően kell kombinálódni, vagy el kell érniük egy bizonyos kritikus tömeget. Az alkotmányos szabályozások némelyike az alapjogoknál a szóhasználat szintjén esszencialista, mert elismeri a különböző alapjogok (mint például a magánélethez való jog) „lényegét”, (vö. Alaptörvény I. cikk (3) bekezdése, vagy a hatályát veszített Alkotmány 8. §-a). Viszont az alapjogok lényegének meghatározására különböző módszerek vannak, melyek némelyike teret enged a rőzse-elméletek érvényesülésének is.

¹²⁶ A paradigmákat a jelen tanulmány témájának megfelelően a jogosultság és szabadság, valamint korrelációik viszonyaiban igyekeztem megfogalmazni, vagy ebből a körből venni a példákat. Azonban ezek az összefüggések – értelemszerűen – átfogalmazhatóak, vagy konvertálhatóak lehetnek más jogi pozíciókra is.

¹²⁷ Hohfeld: i. m. 91. o., Corbin (1920/21): i. m. 227. o.

gazdasági társaság nevében fellépő természetes személy az, mely jogviszonyban áll egy másik személlyel.¹²⁸ A magyar jogdogmatikában a jogviszonyok általában a valóság összetettebb részeit jelölik, így sok tekintetben nem férnek össze a hohfeldi analízis szintjével. A következőkben megjelölöm azokat a tételeket, melyek ezt bizonyítják.

A jogviszonyok magasabb szintjét (a valóság összetettebb részét átfogó jellegét) tükrözik a magyar jogdogmatikában megjelenő alábbi nézetek, melyek a hohfeldi tétel valamilyen irányból való tagadását jelentik: (i) jogviszony fennállhat gazdasági társasággal, hatósággal vagy bármely jogi személlyel;¹²⁹ (ii) jogviszony fennállhat tárggyal;¹³⁰ (iii) jogviszony fennállhat egyszerre több személlyel,¹³¹ azaz egy jogi pozíció több jogviszony pólusa lehet;¹³² (iv) a jogviszony egyik pólusának nincs mindig korrelatív pozíciója;¹³³ (v) nálunk jogviszony alatt értik esetenként az *absztrakt (tárgyi) jogviszonyt*, mely a tárgyi jogban rögzített két összefüggő, elvont jogi pozíció között áll fenn, nem konkrét, természetes személyek között (elvont, tipizált bérleti jogviszony bérlő és bérbeadó között);¹³⁴ (vi) egy jogviszonynak tekintik az *összefoglaló jogviszonyt*, mely számos létező alanyi jogviszonyt (s vele létező jogi pozíciókat) fog át (pl. konkrét bérlő és bérbeadó kapcsolatában a bérleti jogviszony, mint összefoglaló viszony);¹³⁵ (vii) nálunk *egy jogviszonynak tartják a keretjogviszonyt*, mely további tényállási elemek megvalósulásával jövőbeni elemi jogviszonyok keletkezésének nyithat teret (pl. a bérleti jogviszonyban jövőbeni hatalmasság/alávetettség az elmaradt bérleti díj megfizetésének követelése tekintetében, vagy adásvételnél a szavatossági jogviszony);¹³⁶ (viii) van olyan nézet, hogy léteznek többpólusú jogviszonyok is.¹³⁷

Az általános paradigmán túl vannak további paradigmák, melyeket elsősorban a jogosultság/kötelezettség és a szabadság összefüggéseire vonatkoztatok.

(B) *Egy kötelezettség egyben mindig szabadság is.* A kötelezettség, hogy ne lépjek be a szomszéd telkére, egyben szabadság is, hogy oda ne lépjek be.¹³⁸ Hasonló

¹²⁸ Ez a magyar jogban gyakorlati szempontból ma már aligha tartható nézet, korábban nálunk hasonló nézetet vallott, pl. Meszlény Artúr, utal rá Tóth (1914-I): i. m. 153–155. o.

¹²⁹ Pl. már Frank: i. m. 138–154. o. (a testületekről - 77–86. §§), Bozóky Lajos: A jogi személyekről. In Fodor Ármin (szerk.): Magyar magánjog. Általános rész. Singer és Wolfner, Budapest, 1899. 383–403. o.; Moór Gyula: A jogi személyek elmélete. MTA Jogtudományi Bizottsága, Budapest, 1931., stb.

¹³⁰ Pl. tulajdonjog esetében, l. Szladits (1939): i. m. 186. és 236. o.

¹³¹ Kolosváry Bálint: A magyar magánjog tankönyve I. Grill, Budapest, 1911. 72. o., Szladits (1939): i. m. 235., Bíró-Lenkovics: i. m. 166. o. *Hohfeldnél* a jogviszony pozíciójaként egy jogosultság vagy szabadság egy személyhez kötődik, így a rendszerével nem fér össze a többeket megillető jog (*jus colligatum*) vagy a „kollektív szabadság” fogalma, l. Wenzel: i. m. 362. o.

¹³² Somló: i. m. 129. o.

¹³³ Pl. a hatalmasság jogi pozíciójának nincs mindig korrelatív pozíciója, lásd Szladits (1939): i. m. 239. o., ugyanott hangsúlyozza, hogy jog nélküli kötelezettség viszont nincs. *Lábady* másrészt azt hangsúlyozza, hogy létezhet kötelezettség alanyi jog nélkül, pl. *naturalis obligatio* esetén, i. m. 275. o.

¹³⁴ Szladits (1939): i. m. 235. o.

¹³⁵ Szladits (1939): i. m. 236. o., Világhy-Eörsi: i. m. 180-181. o. Ennek összetevői az általánosságban nem határozhatóak meg (nagyreszt szerződéses kikötéseken múlnak), bár a tárgyi jog megjelölhet olyan, sajátos tartalommal rendelkező elemi jogviszonyokat, melyek bérleti jogviszonnyá teszik az összefoglaló jogviszonyt. Hasonlóan *Kolosváry Bálint*, aki egy jogviszonyon belüli önálló jogokat és mellékjogokat különböztet meg, i. m. 74. o.,

¹³⁶ Tóth (1914-I): i. m. 44. o., Szladits (1939): i. m. 236. o.

¹³⁷ Lenkovics: i. m. 32. o.

¹³⁸ Mivel a hohfeldi rendszerben a két jogi pozíció egymást kizáró ellentétben is áll egymással (vö. az első csoportra vonatkozó táblázatot), ugyanakkor ez a paradigma egyenesen következik a hohfeldi rendszerből (lásd a továbbiakat és a következő pontot), így ez a hohfeldi rendszer egyik alapvető ellentmondása.

állítás - bár nem pontos formában - *Szladitsnál* is előfordul: pl. egy tehen hasznobérlője nem csak jogosult a hasznokat szedni (megfejni a tehenet), de köteles is arra.¹³⁹ Ezt azért nem mondhatjuk így, mert a kötelezettség a saját, a jogosultság más magatartására irányul. Így a hasznobérlő köteles a hasznokat szedni, és egyben *szabadságában is áll.*¹⁴⁰

(C) *A szabadság, mint egy jogi pozíció (kötelezettség-hiány) nem feltételez választási lehetőséget.* A magatartási alternatívák mindig több jogviszonyt jelentenek. A szabadság, hogy a szomszéd telkére belépjek, és a szabadság, hogy oda ne lépjek be, két elkülönült jogi pozíció (két szabadság) lesz, melyek két jogviszonyt feltételeznek.

(D) *Amennyiben szabadságomban áll egy bizonyos magatartás tanúsítása, és erre a bizonyos magatartásra kötelezettséget vállalok, a szabadságom nem szűnik meg a kötelezettségvállalás miatt.* Egy telektulajdonosnak szabadságában áll átmenni a földjén, de szerződéses kötelezettséget vállalhat, hogy N napon át fog menni a földjén, akkor N napon egyszerre áll fenn szabadsága és kötelezettsége az adott magatartásra.¹⁴¹

(E) *Egy bizonyos, konkrét magatartásra fennállhat egy féllel szemben szabadság úgy, hogy egy másik féllel szemben egyidejűleg kötelezettség áll fenn e magatartástól való tartózkodásra.* Hohfeld rendszeréből az következik, hogy ha X-nek tulajdonában van egy telek, és szerződik Y-nal, hogy oda tulajdonosként egy bizonyos napon nem fog belépni, ettől még fennáll a szabadsága Z-vel szemben, hogy a kérdéses napon oda belépjen (Z joghiánya miatt).¹⁴²

(F) *Ugyanazon a magatartás – ha az nem teljesen egyoldalú, hanem bármilyen kölcsönösséget feltételez –, akkor eleve több jogviszonyt fog át.* Amennyiben a bérleti szerződés alapján a bérbeadónak a megadott határidőben a bérlő birtokába kell bocsátani a bérleményt (bérlői jog/bérbeadói kötelezettség), külön jogviszony lesz, hogy a bérlőnek azt birtokba kell vennie (bérbeadói jog/ bérlői kötelezettség).

A jogviszonyok magasabb szintjét jelzi az a nézet, hogy a kölcsönös magatartás egy jogviszonyt takar, és a kölcsönösség a jog és kötelezettség egybeeséséhez vezet. Így *Lábady* azt írja, hogy jog és kötelezettség egybeeséséről van szó a vevő oldalán (egy jogviszony egyik oldalán), amikor követelheti az áru átadását, de ugyanakkor köteles is azt átvenni.¹⁴³ *Tóth Lajos* ezen annyit puhít, hogy itt ugyanazon jogviszony két „részjogviszonyáról” van szó (mert egy jogcímből ered).¹⁴⁴

¹³⁹ Szladits (1939): i. m. 239. o.

¹⁴⁰ A magyar jogirodalomban kedvenc fordulat, hogy sokszor ami jogosultság az egyben kötelezettség is. Ez már *Franknál* megjelenik: „A’ mihez igazsága van valakinek, ugyan arra kötelessége is legyen”, Frank: i. m. 12. o. (4. §), és ő a szülőknél gyermekeik nevelését, valamint tisztviselőknél „hivatalok” teljesítését hozza fel (hasonlóan a családi jogra utal e tekintetben pl. *Lábady*: i. m. 277. o.). Ez azonban így csalóka: vagy szabadság és kötelezettség összefüggéséről van szó, vagy komplex, összetett jogviszonyra utalnak, melyben valóban keverednek jogosultságok, szabadságok, hatalmasságok és kötelezettségek.

¹⁴¹ Kocourek (1920): i. m. 28. o. Ez a paradigma következik a (B) és (C) paradigmákból. A példa furcsasága abból fakad, hogy a választási lehetőség megszűnése ellenére, továbbra is szó lehet szabadságról. A kötelezettségvállalás a kérdéses magatartás alternatívájára vonatkozó szabadságot, mint jogi pozíciót szünteti meg, és nem a kérdéses magatartás tanúsítására vonatkozó szabadságot.

¹⁴² Clark: i. m. 33. o. Persze ennek további folyománya lehet, hogy például amennyiben egy tulajdonos a tulajdonát képező tárgyat kézizálogba adja, ettől még mással szemben szabadságában áll azt használni.

¹⁴³ *Lábady*: i. m. 277. o., hasonlóan Szladits (1939): i. m. 239. o.

¹⁴⁴ *Tóth* (1914-I): i. m. 76. o.; (a kölcsönadónak nem csak joga van követelni a kölcsönösszeg visszafizetését, de köteles is azt átvenni). Nem vagyok meggyőződve, hogy a „részjogviszony” terminusnak itt bármilyen kivehető jelentése van.

Ez *Hohfeld*nél két elemi jogviszonyt takarna.

E paradigmákat tekintve nem merész az a megállapítás, hogy a hohfeldi rendszer túlfinomított analízisen alapszik, mely a jogi közbeszéd szitáján nagyrészt átfolyik, abban aligha tapad meg. Ez önmagában még nem lenne baj, azonban ezek a paradigmák nem képeznek egy jól védhető logikai rendszert. Itt átfogó elemzésre nincs hely, azonban röviden alátámasztanám e megállapításomat, és példaképpen rámutatnék e problémák némelyikére. Mivel a jogosultság és szabadság elhatárolásának fogalmi háttérét igyekszem feltárni, így a (B) paradigma alkalmas kiindulópont lehet, amely a szabadságnak és a jogosultság korrelatív pozíciójának (kötelezettség) furcsa egybeesésére utal, egy sajátos ellentmondást előidézve.

4.2. *Jogviszonyok viszonyítási pontja: a szabadság és kötelezettség relativitása*

Az elemi jogviszony fogalma függ attól, hogy miképpen húzzuk meg a magatartásoknak azt a körét, melyre vonatkozik. Egyes esetekben ez a viszonyítási pont kérdéses. Vegyük azt a hagyományos példát, hogy X-nek meg kell fizetni ezer forintot Y kezéhez egy kitűzött időpontig. Ez klasszikus kötelezettség. Azonban fel lehet úgy is fogni ezt a helyzetet, hogy X-nek szabadságában áll Y kezéhez megfizetni a kikötött összeget a kitűzött időpontig. E konkrét magatartást véve viszonyítási pontnak, X szabadsággal rendelkezik, hiszen nincs jogi kötelezettsége, hogy *ne* fizesse meg Y kezéhez a kikötött összeget.¹⁴⁵ E példánál kötelezettségről akkor beszélhetünk, ha a viszonyítás alapját megváltoztatjuk: e szerint X-nek kötelezettsége akkor van, ha nem választhat azon lehetőségek között, hogy megfizesse-e az összeget, vagy nem (alternativitás).

Sok esetben a viszonyítási ponttól függ, hogy milyen jogi pozícióról beszélhetünk. A konkrét példa pedig ahhoz az alapkérdéshez vezet el, hogy a szabadság, mint jogi pozíció feltételezi-e a választási szabadságot, és ha igen, milyen keretekben. A választási lehetőség feltételezése ugyanis megváltoztatja a cselekvés viszonyítási pontját. Fogalmilag ez úgy formulázható, hogy a szabadságot magában foglaló jogviszony egy *bizonyos magatartásra* vonatkoztatható-e, vagy e magatartással együtt, más összefüggő magatartási lehetőséget is magában foglaló *cselekvési körre*.¹⁴⁶

Természetesen a szabadság hétköznapi fogalma feltételezi a választási lehetőséget, és alternatívákat (*cselekvési kört*) fog át.¹⁴⁷ A hohfeldi rendszerből viszont ez nem következik, mert a jogviszonyokat *egy bizonyos magatartásra* vonatkoztatja.¹⁴⁸ Ezzel összhangban, a (B) és (C) paradigmának megfelelően, *Clark* (*Hohfeld* követője) szerint ugyanazon magatartással kapcsolatban fennállhat egyszerre kötelezettség és szabadság is: amennyiben valakinek kötelezettsége a szomszéd telkére be nem lépni, akkor szabadságában áll oda be nem lépni.¹⁴⁹ Ez logikailag

¹⁴⁵ Ugyanakkor nemcsak a konkrét kötelezettség keretein belül lehet szabadság, hanem annak határain túl is: pl. a határidő lejártá előtt fizesse meg az összeget (feltételezve az előtörlesztés lehetőségét), vagy ezer forintnál többet fizessen.

¹⁴⁶ Konceptcionálisan, ez a pozitív és negatív szabadság különbsége, Alexy: i. m. 140–141. o.

¹⁴⁷ A szaknyelvben pl. 46/2007. (VI. 27.) AB határozat V. 2. pont: „... általában mindenkinek szabadságában áll eldönteni, hogy jogai és törvényes érdekei védelmére nyitva álló és alkotmányosan biztosított hatósági igényérvényesítési utat igénybe veszi-e, vagy attól tartózkodik...”; a köznyelvben pl. „...Lesz még pöröm / s kört húzni, az lesz majd öröm / és szólni: Ez az én köröm.” Nadányi Zoltán: *Jósolták: nyakamat töröm...* (1921); In Nadányi Zoltán *összegyűjtött versei*. Argumentum, Budapest, 2006. 9. o.

¹⁴⁸ Ratnapala: i. m. 301–302. o.

¹⁴⁹ Clark: i. m. 33. o.

önmagában helytálló, bár így minden kötelezettség szabadságként is megfogalmazható. Viszont nem lehet tudni, hogy ez így egy jogviszony lesz vagy kettő. Erre nincs jó válasz. (i) Ha két jogviszonynak tekintjük, akkor ugyanazon magatartásra ugyanazon személynél két, ellentétes pozíciókat átfogó jogviszony létezik, és a kötelezettség és szabadság nem lesz egymást kizáró pozíció, pedig a hohfeldi rendszerben azok. (ii) Ha egy jogviszonynak tekintjük, akkor ez szemben áll azon alaptétellel, hogy elemi jogviszonyoknál egy személynél csak egy pozíció lehet. (iii) Ha egy jogviszonynak tekintjük, és egy pozícióról beszélünk, akkor ez úgy lehetséges, hogy a kötelezettségnek szükségszerű eleme lesz a szabadság. Ez megint nem tartható, mert egymást kizáró elemei a hohfeldi rendszernek. (És ez azzal is járna, hogy korrelatív kapcsolatként a jogosultság eleme lenne a joghiány, l. az áttekintő ábrát.)¹⁵⁰

Itt a hohfeldi rendszer ellentmondását abban látom, hogy - a közfelfogással szemben - a szabadság fogalma nem feltételezi a választási lehetőséget (a szabadság nem egy cselekvési körre utal, hiszen az pusztán kötelezettség-hiány lesz). Ugyanakkor egy bizonyos magatartásra vonatkoztatva egy kötelezettség és egy szabadság egybeeshet, a kettő nem lesz egymást kizáró pozíció, azaz oppozíció.

4.3. Elválasztható-e a kötelezettség pozíciójától a szabadság pozíciója?

Kérdés, hogy a problémákat megoldhatja-e, ha a szabadságot magában foglaló jogviszonyt az alternatívát magában foglaló „cselekvési körre” vonatkoztatjuk, és nem az alternatívát figyelmen kívül hagyó „egy bizonyos magatartásra”. Ekkor talán lehetőséget kapunk arra, hogy a kötelezettségről leválasszuk a szabadság pozícióját, és e tekintetben megóvjuk Hohfeld azon tételét, hogy a két pozíció egymást kizárja. *Miben utal alternatívásra, azaz választási szabadságra a cselekvési kör fogalma?*¹⁵¹

Tegyük fel, hogy X személynek a következő kötelezettsége áll fenn Y-nal szemben: az aktuális év május 31. napjáig köteles ezer forintot megfizetni, készpénzben, Y kezéhez, Z ügyvéd irodájában. Egy ilyen, klasszikus kötelezettségnek van egy fokális, elsődleges eleme (tartozás megfizetése), és vannak függő, másodlagos elemei (pl. készpénzben történő fizetés), melyek köre attól függ, mennyire részletesen vagy gondosan írják le a kötelezettséget. A kötelezettség szerkezetének ez a felfogása megelőzi, hogy a leírt kötelezettség tovább darabolható legyen. Például az, hogy X készpénzben köteles fizetni vagy május 31-ig köteles fizetni, nem két elválasztható kötelezettség lesz, és nem két további, elkülönült jogviszonyra utal, hanem a leírt pénzfizetési kötelezettség fokális elemének egy-egy járulékos, függő eleme lesz.

A kötelezettséggel szemben szabadságról akkor beszélhetünk, ha a szabadság feltételezi a kötelezettség *fokális elemének* jogilag lehetséges tagadását (jog szerint szabad, hogy X ne fizessen). A kötelezettség függő elemeinek lehetséges alternatívátása (ne készpénzben fizessen vagy ne Z irodájában fizessen) így nem a kötelezettséget tagadja, hanem a kötelezettség tartalmát módosítja. Mindez kézenfekvő. A következtetés pedig az, hogy a cselekvési kör fogalma (melyre a szabadság vonatkoztatható) egy lehetséges vagy létező kötelezettség fokális elemének

¹⁵⁰ Clark e tekintetben bizonytalan, egyszer két jogviszonynak tekinti (Clark: i. m. 33. o.), más helyen egy jogviszonyra utal ebben az esetben (uo. 34. o.).

¹⁵¹ A cselekvési kör fogalmát már Szladits is használta, Szladits (1939): i. m. 186., 195. o., hasonlóan Grossschmidhez („cselekvéskör”), lásd Fejezetek kötelmi jogunk köréből. I. kötet. Grill, Budapest 1932. (Ponte Press, Pécs, 2000.) 303. o. (6. §).

tagadását jelentő, magatartási alternatívát is magában foglalja. Ez a hohfeldi szabadság-fogalommal nem fér össze, de menti a kötelezettség és szabadság egymást kizáró ellentétét.

Azonban további, lényeges probléma adódik. Jóllehet a kötelezettségtől a fenti értelemben megkülönböztethető a szabadság, de az így felfogott kötelezettséget továbbra is körbeveszik szabad cselekvési lehetőségek X vonatkozásában. Milyen értelemben enged szabadságot a fent leírt kötelezettség? X szabadságának néhány típusa jól megkülönböztethető. (i) Marad szabadság a kötelezettség *kikötött elemeinek megvalósítási alternatíváira* (milyen címletekben fizessen X). (ii) Marad szabadság a kötelezettség további *lehetséges, de ki nem kötött elemeire* (pl. csak bizonyító erejű magánokiratba foglalt elismervény ellenében fizesse meg az összeget). (iii) Marad szabadság a kötelezettség fokális eleméhez nem kötődő *egyéb, irreleváns körülmény tekintetében* (milyen színű ingben teljesíti a fizetési kötelezettségét). Bár a kötelezettség és a szabadság leválasztható egymásról, de a kötelezettséget körbeveszi továbbra is a szabadság. (Persze a kötelezettség függő elemeinek szaporításával a kettő határai módosulhatnak.)

Kérdés, hogy a szabadságnak az a köre, mely körbevesz egy kötelezettséget, mennyiben lesz önálló jogviszony (szabadság/joghiány). Hiszen az így már elkülöníthető, és ellentétes a fent leírt kötelezettség/jogosultság jogviszonnyal. A probléma abból adódik, hogy a kötelezettséget körbevevő szabadság elemei diffúzak (az szerteágazó, sokféle magatartási lehetőségeket fog át), e szabadságnak nincs fokális eleme, és csak a pozitívan meghatározott kötelezettséghez való viszonyában írható le, mint annak negatív lenyomata. E szabadság koherenciáját tehát az ellentéte, a vonatkozó kötelezettség adja, így leírhatósága is attól függ. A kötelezettséget körbevevő szabadság jellegében negatív, járulékos és diffúz. (Kérdés persze, hogy ez a jellemzés alkalmazható-e minden szabadságra.)

Minderre tekintettel, egy kötelezettséget körbevevő szabadság leírására három lehetőség mutatkozik, melyek egyike sem kielégítő. (i) Ez a szabadság (és a korrelatív joghiány) egyetlen (negatív) jogviszonyt képez, mely kapcsolódik a pozitívan meghatározott kötelezettség/jogosultság jogviszonyhoz. Ez a jogviszony szükségszerűen fiktív és komplex lenne, hiszen szerteágazó, diffúz magatartási lehetőségeket fogna át. (ii) Egy kötelezettség/jogosultság jogviszonyt nem egy szabadság vesz körbe, hanem szabadságok sora (melyek a kötelezettség egyes elemeire vonatkoztatva írhatók le), és ennek megfelelően egy kötelezettség a szabadság/joghiány jellegű jogviszonyok tömegét hozná létre. (Szabadságában áll X-nek, hogy ötszáz forintot címletekben fizessen, hogy bizonyító erejű magánokirat kiállításához kösse a fizetést, hogy kék színű inget viseljen a teljesítés során, stb.) (iii) A harmadik lehetőség, hogy a kötelezettséget körbevevő szabadságot a korrelatív joghiánnyal nem jogviszonyként, vagy jogviszonyokként határozzuk meg, hanem a kötelezettség/jogosultság jogviszony szükségszerű elemének tekintjük. Ekkor a kötelezettség, mint jogi pozíció összetett pozíció lesz, mely szükségszerűen szabadságot is magában foglal, illetve a korrelatív, ugyancsak összetett jogosultsággal együtt jár, annak elemeként, joghiány is.¹⁵²

¹⁵² Természetesen ez a megoldás nem fér össze azzal a hohfeldi tétellel, hogy a kötelezettség és szabadság egymást kizárják ugyanazon jogviszony tekintetében. Továbbá, az előző pontban leírt, a szabadság és kötelezettség egybeesését implikáló felfogástól is lényegesen különbözik: itt ugyanis nem a kötelezettség lesz egyben szabadság is (a viszonyítási pont miatt), hanem a kötelezettségnek szükségszerű eleme lesz a szabadság, azaz a kötelezettség részben a szabadság fogalmára vezethető vissza, így az nem lesz elemi jogi pozíció.

Ezen alternatívák végigelemzésére itt nincs hely és lehetőség, mert messzire vezetne a jelen tanulmány tárgyától. (Értékelésük ugyanis attól függ, hogy a jognak és a jogviszonynak milyen fogalmához folyamodunk.) Mindenesetre mindezek mutatják a hohfeldi rendszer belső problémáit. Összegzésként az levonható, hogy az elemi jogviszonyok fogalma a valóság túl finom felbontásán alapszik a hohfeldi rendszerben (pl. azzal, hogy a szabadság fogalma nem feltételezi a választási lehetőséget). Így ellentmondásba kerül a jogi pozíciók viszonyára vonatkozó alaptételekkel (pl. szabadság és kötelezettség kizáró ellentéte).

5. Mi egy jogviszony? A jogviszonyok időbeni lehatárolása

Hohfeldet korai halála megakadályozta abban, hogy részletesen foglalkozzon a rendszerét mélyen érintő, két alapvető kérdéssel: a „feltételes” jogokkal és kötelezettségekkel, valamint a jogsértés, szerződésszegés következtében megnyíló másodlagos jogviszonyokkal (pl. felelősségi jogviszonyok).¹⁵³ Az elvégzett munkája a jogviszonyokat elhelyezte a felbontott valóság egy bizonyos szintjén. Az el nem végzett munka miatt hiányzik a jogviszonyok egy másik lehatárolása, amit röviden időbeni lehatárolásnak nevezhetnénk. Itt egyrészt az a kérdés, hogy mikorra tesszük egy elemi jogviszony, jogi pozíció létrejöttét (pl. jogosultság-e a feltételes jogosultság). Másrészt az, hogy egy elemi jogviszony mikor tekinthető megszűntnek, tekintettel a jogviszonyok gyakori átalakulására, változására (itt pl. megszünteti-e a szerződésszegés az eredeti jogviszonyt). A következőkben néhány problémát emelek ki mindezzel összefüggésben.

5.1. A jogviszony eleje – feltételes jogok (szabadságok, hatalmasságok, stb.)

Egy jogosultságot vagy szabadságot tartalmazó jogviszony elejének meghatározása azért hordoz sok bizonytalanságot, mert a megelőző, fejlődőben lévő jogi helyzetek önmagukban is jogviszonyok és jogi léttel bírnak (hatalmasság és várományosság).¹⁵⁴ Ráadásul a jogosultság és a szabadság tartalmilag és jellegénél fogva potencialitás: jogilag védett lehetőségeket jelöl.¹⁵⁵ Mikor nyílik meg egy ilyen lehetőség valaki számára? Mint bérbeadónak, fennáll-e már most jogosultságom a bérleti díjra, ha az csak egy hét múlva esedékes? A jogdogmatikának megvannak az alaptételei erre, melyek az időhatározás, feltétel, függő jogi helyzet, váromány, hatalmasság, potenciális és aktuális követelhetőség kulcsfogalmaival fejezhetők ki, és a jogosultság/kötelezettség jogviszony keretében a leginkább kidolgozottak. Röviden összefoglalom ezen alaptételeket az én értelmezésemben.

Az időben fokozatosan megvalósuló (szukcesszív) tényállások megvalósulásuk során sokáig hiányosak lehetnek, várnak a kiegészítő tény(ek) bekövetkeztére. A kiegészítő tény bekövetkezte (i) lehet bizonytalan (*dies incertus an et incertus quando*); (ii) lehet biztos, de ideje bizonytalan (*dies certus an et incertus*

¹⁵³ Ugyanakkor lásd Hohfeld: i. m. 101–102. o., vagy Corbin, Arthur: Rights and Duties. Yale Law Journal 33 (1924) 511-515. o.; elérhető http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2932 (2012.11.19.)

¹⁵⁴ Fürst: i. m. 227. o.

¹⁵⁵ Pl. Villányi: i. m. 28. o. *Tóth Lajos* szerint a jog nem lehetőség, hanem valóság, *Tóth (1914-I)*: i. m. 19. o. Valóban, de a jog azért létezik, mert követelhetőséget tartalmaz, és a jog lehet létező azért, mert fogalmi eleme egy lehetőség.

quando); (iii) lehet bizonytalan, de az ideje biztos (*dies incertus an et certus quando*); (iv) lehet biztos, és ideje is biztos (*dies certus an et certus quando*).¹⁵⁶ Az első kettő esetén a kiegészítő tény valamilyen szempontból bizonytalan, így *feltétele* lesz a jogviszony kialakulásának. A negyediknél, és a hagyományos nézet szerint, a harmadiknál, a bizonyosság miatt nem feltételről, hanem *időhatározásról* (pl. kitolt kezdő időpont, *ex die* időhatár) van szó.¹⁵⁷ (Megjegyzendő, hogy a harmadiknál, a biztosan bekövetkező, de bizonytalan idejű eseménynél bizonytalanabb lehet a besorolás.)¹⁵⁸ Így beszélhetünk témánk szempontjából *feltételes jogokról* (felfüggesztő feltételnél) és *ex die* jogokról (időhatározás kapcsán).¹⁵⁹ A kérdés, hogy ezek valódi jogosultságok-e.

Az *ex die* jogosultság már létezik az időhatár elérése előtt is.¹⁶⁰ A római jogi gyökerek mellett,¹⁶¹ ezt *Szladits* szerint az mutatja, hogy az idő előtti teljesítés nem követelhető vissza tartozatlan fizetés címén.¹⁶² Ugyanakkor *Tóth Lajos* szerint ekkor „a jogviszony még nincs készen”, így a jog és a kötelezettség sem lehet teljes.¹⁶³ Miképpen beszélhetünk akkor létező jogról? Ez úgy oldható fel, hogy *ex die* jogoknál nincs hiányos tényállás, a tényállás már megvalósult az időhatár elérése előtt is. Az időhatár a tényleges követelhetőséghez kötődik. A jogosultság létrehozásához viszont elég a potenciális követelhetőség. Az *ex die* jogok az időhatár elérése előtt aktuálisan nem, csak potenciálisan követelhetőek. Ez összhangban van azzal, hogy az alanyi jogok nem azok megsértésével keletkeznek, hanem az esetleges jogsértés előtt is léteznek. Mindez hogy érinti a feltételes jogokat?

Itt alaptételnek látszik, hogy a feltételhez kötött jogosultságok/kötelezettségek még nem léteznek, éppen a feltétel bizonytalansága miatt.¹⁶⁴ A feltétel bekövetkezte

¹⁵⁶ A negyedik esetben legtöbbször a kiegészítő tény az időmúlás mértéke maga, de kivétel lehetséges. Ha egy bérleti jogviszony a következő hónap első napján kezdődik, akkor a kiegészítő tény, mint esemény bekövetkezte és időpontja ugyanaz (a hónap első napjának beköszönte). Ugyanakkor a kettő elválhat: amennyiben valaki befizet egy boszorkány-tanfolyamra, melyet a szegedi Boszorkány-szigeten tartanak a megállapodástól számított második holdtöltekor, akkor a kiegészítő tény, mint esemény biztosan bekövetkezte (második holdtölte) és a biztos időpont (egy bizonyos nap éjszakája) nem ugyanaz.

¹⁵⁷ Pl. Frank: i. m. 594. o. (303. §); Kolosváry (1911): i. m. 112. o.; Molnár Imre – Jakab Éva: Római jog. Szeged, 2012. 278. o.

¹⁵⁸ A harmadik eset (szokásos példa: valakinek a halála, mint biztosan bekövetkező, bizonytalan idejű történés) hagyományosan időhatározás. Ez azonban nem mindig egyértelmű (i) Például X szerződésben vállalja, hogy Y szomszéd halála esetén gondoskodik annak eltemetéséről. Itt a kiegészítő tény bekövetkezte materiális oka a kötelezettség teljesíthetőségének. X nem tudna előteljesíteni, és a kötelezettséghez képest nem lehet az „időhatárt” módosítani, tehát az esemény valódi feltételként viselkedik. (ii) Hasonló a helyzet, ha a kiegészítő tény bekövetkezte kombinálódik egyéb időhatározással. X öt évre kötött szerződésben vállalja (*dies ad quem*), hogy Y szomszéd halála esetén gondoskodik annak eltemetéséről. Ekkor Y halála általánosságban lesz bizonyos (*certus an*), de a szerződés hatályára vetítve bizonytalan (*incertus an*). Bármilyen is a viszonyítás alapja, Y halála nem időhatározás, hanem feltétel. (iii) Fokozottan vonatkozik ez arra az esetre is, ha X csak azzal vállalja a fenti kötelezettséget, hogy ő maga nem hal meg előbb, mint a szomszédja.

¹⁵⁹ A jogviszony kezdete szempontjából természetesen irreleváns a *bontó feltétel* vagy az *ad diem* jogosultságok kérdése.

¹⁶⁰ Frank: i. m. 594. o. (303. §); Szladits (1939): i. m. 248. o.

¹⁶¹ Pl. „...*praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.*” Digesta, 45, 1, 46. pr. (Paulus).

¹⁶² Hasonlóan Szász-Schwarz: i. m. 402. o.

¹⁶³ Kisebbségi véleményt hangoztatva, *Tóth* határozottan amellett van, hogy lejárat előtt nincs kötelezettség, így nincs alanyi jog sem (pl. a lejárat előtt a kölcsön nincs az alanyi jog állapotában). Alanyi jog a nem-fizetés pillanatában keletkezik, a lejárat előtti állapotra nincs külön megnevezés, de tekinthető várománynak, *Tóth* (1914-I): i. m. 32., 54–55., 57. o. Egy konkrét kérdésben (visszatérő kötelezettségek) hasonló *Villányi* a nézete, *Villányi*: i. m. 30. o.

¹⁶⁴ A feltételtől függő követelésnél az idő előtti teljesítés visszakövetelhető, mert még nincs

előtti állapot valamilyen jogosultság és kötelezettség előtti állapot. *Feltételes jogokról vagy feltételes kötelezettségekről* beszélni csak olyan értelemben lehet, hogy ezek valamilyen feltétel megvalósulásától függően, a jövőben kialakuló jogok vagy kötelezettségek. A többség ezt a jogosultság előtti állapotot általánosabban *függő jogi helyzetnek* mondja.¹⁶⁵ Szükséges, hogy a feltételek különböző formáit legalább egy szempontból megkülönböztessük.

A feltételeknél – témánk szempontjából – a legfőbb választóvonalnak az tűnik, hogy valamilyen értelemben a felektől függ-e a feltétel beállása, vagy azoktól független. A megkülönböztetés a gyakorlatban sok nehézséggel jár, ennek ellenére a feltételek egyik hagyományos felosztása ezen alapul.¹⁶⁶ Azonban a következő nehézségek külön kiemelendők. (i) A *conditio potestativa* szinte soha nem állhat tisztán, mert ahhoz rendszerint látens, objektív és nemleges mellékfeltételek is társulnak (pl. ne legyen akadályoztatva a fél, a hatalmának gyakorlásában). Éppen ezért a *conditio potestativa* legtöbbször megformulázható *conditio mixta* alakjában is. (ii) Megoszlanak a nézetek, hogy a *conditio potestativa* esetén melyik félnek álljon hatalmában a feltétel megvalósítása (akire nézve majd jog keletkezik, vagy akire majd kötelezettség hárul).¹⁶⁷ (iii) Amennyiben mindkét fél együttes hatalmában van a feltétel megvalósítása, a *conditio potestativa* meghatározásától függ, hogy ez az eset ennek minősül, vagy *conditio mixta* lesz.¹⁶⁸ (iv) A *conditio casualis* és a *conditio potestativa* esetenként nehezen elválasztható: az örökhagyó halála hagyományosan az előbbihez sorolható, de öngyilkosságának lehetősége (tényváltoztató hatalom) ezt megkérdőjelezi.¹⁶⁹ (v) A *conditio mixta* esetén mindig változó, hogy milyen mértékben függ a feltétel megvalósulása a féltől, és milyen arányban más körülményektől.¹⁷⁰

A fenti tételek elsősorban a jogügyleti feltételek tekintetében alakultak ki. Függő jogi helyzet azonban kialakulhat a tárgyi jogban állított feltételek fennállása miatt is (pl. az örökhagyó halála, mint az öröklés feltétele). Ez esetben a fenti tételek *mutatis mutandis* alkalmazhatóak. Viszont, amennyiben pl. egy jogosultság keletkezésének jogszabályi feltételeiről van szó, a függő jogi helyzet kezdete nehezen behatárolható. (A gyermek már születésével függő jogi helyzetbe kerül a jövőbeni törvényes öröklés tekintetében).

jogosultság, Szladits (1939): i. m. 249. o.

¹⁶⁵ A függő jogi helyzet: nem teljes, kiegészítésre alkalmas, szukcesszív tényállás, ahol bizonytalan, hogy a kiegészítő tény bekövetkezik-e, Szladits (1939): i. m. 245. o.

¹⁶⁶ E felosztás szerint van *conditio casualis*: a feltétel megvalósítása nem áll valamelyik fél hatalmában, annak megvalósulása esetleges, véletlen; *conditio potestativa*: a feltétel megvalósítása valamely fél hatalmában áll; *conditio mixta*: a feltétel megvalósulása részben valamely fél hatalmától függ, részben esetleges; l. pl. Wenzel: i. m. 370. o. A *conditio potestativa* megformulázása sokféle: a feltétel függhet például a fél *akarától, választásától, döntésétől*, vagy annak *hatalmában áll* a feltételt teljesíteni. Én az utóbbi, szó szerinti értelmet, és egyben *Wenzelt* követem.

¹⁶⁷ Ezen alapult *Grotius* és *Pufendorf* klasszikus vitája: *Grotius* a jövőbeni kötelezettre, *Pufendorf* a jövőbeni jogosultra vonatkoztatta a feltételt, l. *Pufendorf, Samuel: Of the law of nature and nations. J. Walthoe et al., London 1729. 299. o.* (Elérhető: books.google.hu; 2012.11.19.) Ugyanakkor a probléma nem értelmezhető visszerhes ügyleteknél. *Kolosváry Bálint* nem feltételnek, hanem *modus*-nak tekinti, ha a jogosított hatalmában áll valamely, a függő jogi helyzetet megszüntető jövőbeni tény létrehozása, és ezt vállalja, i. m. 113. o.

¹⁶⁸ Például az idősödő agglégény értékes ajándékot ígér megözvegyült gyerekkori szerelmének, ha hozzámegy feleségül.

¹⁶⁹ Kérdéses, hogy ilyenkor az öngyilkosság lehetősége hatalmasság-e vagy sem. *Szászy-Schwarz* ezt nem sorolja a hatalmasság körébe, i. m. 406–407. o.

¹⁷⁰ Vö. ha egy futballista fogad saját csapata győzelmére, vagy teszi ezt saját csapata vereségére, vagy teszi ezt egy ökölvívó saját győzelmére, vagy éppen saját vereségére.

A fenti helyzetek egy részében veszélyesen összeecsúszhat a hatalmasság és a várományosság, Szász-Schwarz két alapvető jogi helyzete. E tekintetben figyelemreméltó a hatalmasság és a *conditio potestativa*, másrészt a váromány és a *conditio casualis* kapcsolata. A hatalmasság és a várományosság megkülönböztetése szükséges, különben a fogalmi rendszer nem lesz működőképes.

5.2. Jogosultság/kötelezettség előtti állapotok: hatalmasság és várományosság

A várományosság (váromány) fogalma meglehetősen zavaros.¹⁷¹ Abban mindenki egyetért, hogy ez egy függő jogi helyzet, egy jogalany számára a jogszerzés reményével (*jogosultsági váromány*). Ennek a tételnek négy lényeges, lehetséges megszorítása vehető ki. (i) A reménynek megalapozottnak kell lennie (a jogosultság reális megszerzhetősége).¹⁷² (ii) Kellően konkrét legyen az a jogosultság, melynek megszerzése kilátásban van.¹⁷³ (iii) A jogszerzés alapjául szolgáló tényálláshoz szükséges tény bekövetkezte, mint feltétel, jogszabályon (és ne jogügyleten) alapuljon.¹⁷⁴ (iv) A várományost az ellenérdekű fél egyoldalúan ne foszthassa meg a jogszerzéstől.¹⁷⁵ A szerzők meghatározásai ezen elemek szerint kombinálódnak.¹⁷⁶

Szász-Schwarz a várományosságot jogviszonyban lévő jogi pozíciónak fogja fel.¹⁷⁷ A váromány irányulhat bármely jogi pozícióra (így van jogosultsági váromány, szabadossági váromány, hatalmassági váromány, és váromány tárgyi védettségre).¹⁷⁸ Nála a várományosságnak egy lényeges megszorítása van: a tényállás kiegészüléséhez szükséges tény nem lehet jogügyleti körülmény (feltétel: *conditio facti*) hanem jogszabályon kell alapulnia (*conditio juris*).¹⁷⁹ A jogügyleti feltételnél beszélünk *feltételes jogról* (jogosultságról), jogszabályi feltételnél, pedig *várományról*.¹⁸⁰ Ez a megszorítás mára kiveszett a magyar irodalomból.¹⁸¹ A hatalmasság és

¹⁷¹ A szakirodalom inkább várományról beszél, megduplázván annak jelentését. A váromány ugyanis eredetileg „*remélt jószágot*” jelentett, és majdnem kizárólag az örökléssel kapcsolatban használták, Czuczor – Fogarasi: i. m. 842. o. Itt a váromány az öröklés közvetett tárgyát jelentette. A fogalom azóta kiterjeszkedett. Ma már legtöbbször a függő jogi helyzet egyik formájának tekintik, és az öröklési jog mellett számos más magánjogi területen is használják. Így a váromány ebben az értelemben megfeleltethető a várományosságnak.

¹⁷² Pl. Szladits (1939): i. m. 248. o.; Lábady: i. m. 265. o.

¹⁷³ Pl. Lábady: i. m. 265. o.

¹⁷⁴ Pl. Szladits (1939): i. m. 248. o.

¹⁷⁵ Bíró – Lenkovics: i. m. 182. o., Világhy – Eörsi: i. m. 209. o.

¹⁷⁶ Van, akinél nincs semmilyen megszorítás, pl. Villányi: i. m. 28., 60–61. o. Néhányan duplazzák a fogalmat: van tágabb és szűkebb értelemben vett várományosság, pl. Lábady: i. m. 265. o.; vagy van váromány, és „biztosított” váromány, Villányi: i. m. 28. o., Világhy – Eörsi: i. m. 209. o.

¹⁷⁷ Több szerzőnél nem világos, hogy a várományosságot jogviszonynak kezelik-e, mert általában a függő jogi helyzet fogalmával jellemzik.

¹⁷⁸ Nem zárható ki a *várományi váromány* sem, de ilyet Szász-Schwarz nem említ külön (pl. az örökgyó megígéri a vele rokoni kapcsolatban nem álló szomszédjának, hogy hamarosan új végrendeletet készít, és abban ráhagyja majd bizonyos vagyontárgyait.)

¹⁷⁹ Az ügyleten kívüli körülménynél a joghatást a tárgyi jog nem a felek autonóm akaratán keresztül, hanem más tény által keletkezteti, Fürst: i. m. 298. o. (Másképp úgy tűnik, ha a jogszabályi feltételt a jogügylet tartalmává teszik, attól még az nem válik jogügyleti feltétellé, Molnár-Jakab: i. m. 277. o.) Szász-Schwarzhoz hasonló álláspontot foglalt el pl. Szladits, (1939): i. m. 248. o. Ugyanakkor korábban Szladits nem támasztott ilyen feltételt, sőt a váromány fogalmát kifejezetten jogügyleti feltételhez kötötte, Szladits Károly: A magyar magánjog vázlata. Ponte Press, Pécs, 1999. 158. o. Ma Lábady köti a várományt jogügyleti feltételhez, i. m. 266. o.

¹⁸⁰ Szász-Schwarz: i. m. 412. o. Szász-Schwarz elismeri, hogy a megkülönböztetés nem következetes a pozitív jogban, mert az a várományosnak is sokszor „*feltételes jogot*” tulajdonít.

¹⁸¹ A megkülönböztetés a gyakorlatban sokszor nehéz: pl. az ajánlati kötöttség fennállásának feltételei alapulhatnak jogszabályon és a nyilatkozaton is.

várományosság viszonyánál azonban szükséges figyelembe venni a *Szászy-Schwarz* által érvényesített megszorítást, hiszen hozzá tartozik a fogalmi rendszeréhez.

Szászy-Schwarz két vonatkozásban adós maradt: a várományosság korrelatív pozícióját nem tudta megfelelően leírni, másrészt nem határolta el megfelelően a várományosságot a hatalmasságtól.

A várományosság „passzív” oldalán lévő jogalanyt („ellenérdekű” fél, terhelt fél, passzív várományos) szinte minden szerző elhanyagolja. Ha a várományosnak a várományosság pozíciójában várománya van, neki mi van? Talán áthidaló megoldásként lehet mondani, hogy *várományi kötöttsége vagy terhe*. Még így is meglehetősen zavaros ez a jogi pozíció. *Szászy-Schwarz*nak a passzív várományosságra adott meghatározása éppen azon esetekre nem alkalmazható, melyre eredetileg használták, az öröklési várományosságra: „...ugyanabban a mértékben amint a kedvezett fél javára szóló valamely jogi helyzet a maga kialakulásához közeledik, közeledik a maga kialakulásához a terhelt fél terhére szóló jogi helyzet is.”¹⁸² A probléma az, hogy öröklési várománynál a terhelt fél, a passzív várományos (örökhagyó) nem kerül a várományosság folytán terhére szóló kialakult jogi helyzetbe. Ugyanis a saját halála az, amely megszünteti a függő jogi helyzetet, és a kialakuló jogviszonyban ő már nem vesz részt.¹⁸³

Szászy-Schwarz rendszerében a hatalmasság és a várományosság összeecsúszik. Láttuk, hogy *Szászy-Schwarz*nál a hatalmasságnak nincs eleje. Sokszor a *conditio jurison* alapuló várományosságnak sincs. Így mondhatja, hogy a jogképesség is váromány. Viszont ez egyben hatalmasság is (bár hatalmasságként kifejezetten a jogügyleti képességet említi). Elvi szinten is nehéz a teljes elkülönítés.

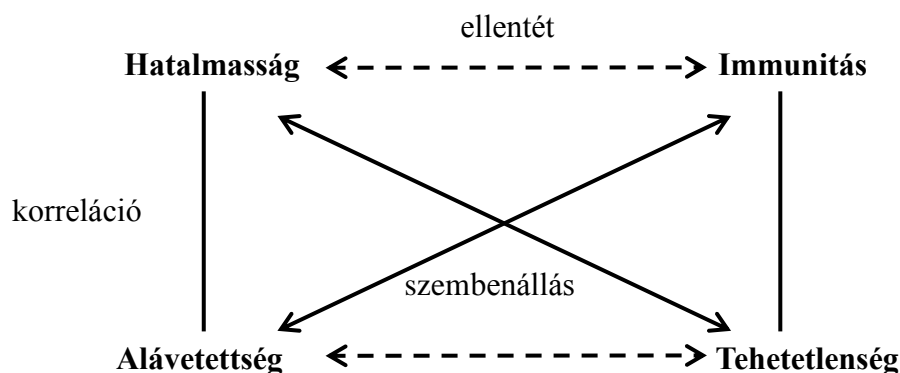
Szászy-Schwarz meghatározásából kiindulva, a várománynak két alaptípusa van. Az egyik, amikor a jogszabályi feltétel, melyen a váromány alapul, egy jogügylet kereteiben érvényesül (pl. a végrendelet alapján való öröklés feltétele az örökhagyó halála, mint jogszabályi feltétel). A másik, amikor a jogszabályi feltétel nem kötődik közvetlenül jogügylet(ek)hez (törvényes öröklésnél az öröklés feltétele az örökhagyó halála, mint jogszabályi feltétel). Mindkét típusnál a várományosság akkor lesz hatalmasság, ha a várományos hatalmában áll a feltétel teljesítése, vagy annak megghiúsítása (a *conditio potestativa* egy formája), mert ez joghatással jár. Ugyanakkor a várományosság egybeeshet az alávetettséggel, ha a jogszerzési feltétel teljesítése, illetve annak megghiúsítása, vagy a passzív várományos hatalmában (a *conditio potestativa* egy másik formája), vagy harmadik fél hatalmában áll (a *conditio casualis* egy formája).¹⁸⁴ Ezen összeecsúszásokat *Szászy-Schwarz* rendszerének legalább négy jellegzetessége teszi lehetővé: (i) a hatalmasság nem csak jogügyletekre terjed ki, hanem egyéb jogszerű (pl. reálaktusok) és jogellenes magatartásra is; (ii) azt a helyzetet is várományosságnak tekinti, aminek az alapja (jogszabályon alapuló) *conditio potestativa*; (iii) nem talált megfelelő fogalmi eszközöket, hogy lehatárolja időben is a hatalmasság és várományosság időbeni kezdetét; (iv) a rendszer bizonyos szerkezeti gyengesége.

¹⁸² Szászy-Schwarz: i. m. 395. o.

¹⁸³ Hasonló logika alapján, a méhmagzat feltételes öröklése esetén, a passzív várományos nyilvánvalóan nem lehetne az örökhagyó, hanem az, aki az ő részét kapná, ha a jogszabályi feltétel (élveszületés) nem teljesülne.

¹⁸⁴ Az a várományos, akinek széljegyzés alatti, bejegyzésre váró jogosultsága vagy szabadsága van az ingatlannyilvántartásban, alávetettségi helyzetben van a hivatallal szemben. Ugyanakkor a passzív várományos is alávetett ebben a helyzetben, mert a hivatal hatalmassága (hatásköre) vele szemben is fennáll joghatások kiváltására.

Miben áll *Szászy-Schwarz* rendszerének szerkezeti gyengesége ebből a szempontból? Láthattuk, a jogosultság és szabadság összefüggéseit, amelynek alapvető jellemzője, hogy a szabadság a vele ellentétes jogosultság korrelatív pozíciójának (kötelezettség) hiánya. Ez nem csak *Hohfeld*, de *Szászy-Schwarz* rendszerének is alapjaihoz tartozik. Amennyiben így van, a hatalmasságnak és várományosságnak ugyanilyen szerkezeti rendszerbe kellene illeszkednie. Mi lesz a hatalmassággal ellentétes pozíció? Az ismeretlen pozíció legyen P pozíció: a P pozíció a vele ellentétes hatalmasság korrelatív pozíciójának (alávetettség) lesz a hiánya. Ez a P pozíció *Hohfeld*-nél az *immunitás*, *Szászy-Schwarz*-nál nincs megfelelő jogi pozíció erre.



Ugyanez felmerül a várományosságnál is (ami viszont *Hohfeld*-nél hiányzó jogi pozíció). *Szászy-Schwarz* rendszerében a hatalmasság és várományosság (mint jogosultság előtti állapotok) csak két elvi esetben illeszthetőek össze. Az egyik, ha a várományosság megfogalmazható lenne P pozícióként, azaz a vele ellentétes hatalmasság korrelatív pozíciójának (*alávetettség*) hiányaként. A másik, ha a várományosság a jogi pozíciók egy harmadik csoportjának alapkövét képezné (hasonlóan a jogosultsághoz *Hohfeld* első csoportjában, vagy a hatalmassághoz, *Hohfeld* második csoportjában). Itt nincs lehetőségem, hogy e tekintetben elemzéseket végezzek. Az viszont biztos, hogy a várományosság fogalma egyik esetben sem hasonlítana a jogi szaknyelvben jelenleg használt várományosság (váromány) fogalmához.

5.3. Jogviszonyok, jogi pozíciók átalakulása jogsértés esetén

A jogviszonyok megszűnhetnek, illetve átalakulhatnak egy másik jogviszonyba. Meddig áll fenn egy jogviszony önazonossága? *Kocourek* gyakran ír a jogviszonyok „*fejlődéséről*”.¹⁸⁵ De egy jogviszony változása annak átalakulásához vezethet, amikor már egy másik jogviszonyról lehet szó. Milyen kritériumai vannak annak, amikor nem beszélhetünk már ugyanarról a jogviszonyról? Inkább a problémák felvetéseként néhány elemi, típushelyzetet emelek ki, a jogosultság/kötelezettség és a jogsértés összefüggéseiben.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Pl. *Kocourek* (1928): i. m. 71–74. o.

¹⁸⁶ A jogsértés lehetősége meglehetősen szűk megközelítést ad, hiszen más jogi tény bekövetkezte hasonló problémákat vet fel. Pl. pénzbeli tartozás felének teljesítése esetén, megszűnik-e az eredeti kötelezettség, és új, kisebb mértékű kötelezettség keletkezik-e? Megszűnik-e az eredeti követelés, ha annak a felét engedményezi a jogosult, és helyette két új követelés keletkezik? Vagy a régi jogviszonyok maradnak fenn, módosult tartalommal? Lásd *Kocourek* (1928): i. m. 124. és 244. o.

a) *Szerződésszegéssel változó igenleges (pozitív) kötelezettségek*

X köteles ezer forintot kamatmentesen megfizetni Y-nak N napig. A határidő eredménytelenül telik el. Ezután a tartozás megfizetése ugyanaz a jogviszony lesz? Közben ugyanis keletkezik másodlagos (felelősségi) jogviszony is, és keletkeznek további kötelezettségek (pl. késedelmi kamat). Viszont az eredeti tartozás megfizetésének kötelezettsége ezen felelősségi jogviszony, vagy az esetlegesen fennmaradó eredeti jogviszony része lesz? Más szóval, a szerződésszegés után a jogsértés jóvátételként kell megfizetni ezután az ezer forintot, vagy az eredeti jogosultság részeként? Többféle megközelítés alkalmazható. (i) Fennmarad az eredeti jogviszony (az ezer forint megfizetésére), míg a késedelmi kamat fizetése a másodlagos jogviszony keretében mutatkozó kötelezettség.¹⁸⁷ (ii) Az eredeti jogviszony megszűnik, és a tőketartozás is a felelősségi jogviszony keretében fizetendő. A szerződésszegés ugyanis átalakítja az eredeti jogviszonyt másodlagos, felelősségi jogviszonnyá (teljes jóvátételi kötelezettséggel), és így az megszűnik. Ekkor a tőketartozás megfizetése is jóvátétellé válik, amiatt, hogy a szerződés alapján a kitűzött határnapig X nem fizette azt meg.¹⁸⁸ (iii) A késedelmi kamat tekintetében sem keletkezik másodlagos jogviszony, a késedelmi kamat is az eredeti jogviszony keretében jelenik meg. Az eredeti kötelezettség fokális eleme (tartozás megfizetése) változatlan, azonban járulékos elemei változnak (pl. a tartozás nagysága, a határidő). Így nem lehet azt állítani, hogy a jogviszony változása annak átalakulásához vezetne, vagy - ebben az esetben - új jogviszony keletkezéséhez.¹⁸⁹ Ez a három megoldás más-más jogviszony-felfogást feltételez. Példaként a visszatérő egynemű szolgáltatást hozom fel, a második megközelítéssel összefüggésben.

b) *Visszatérő, egynemű, pozitív kötelezettségek megsértése*

X határozatlan idejű bérletben bérlőként késedelembe esett az Y bérbeadónak járó havi bérleti díj megfizetésével, és ezzel szerződésszegést követett el. Erről a helyzetről beszélhetünk úgy, hogy a bérlőnek *egy* kötelezettsége van a bérleti díj megfizetésére, melynek egyes részletei különböző időpontokban válnak esedékessé (ez így egy jogviszony lesz).¹⁹⁰ A bérleti díj meghatározott, de számszerű nagysága függ a bérlet időtartamától. Az egyes részletek megfizetése nem képez külön kötelezettséget, hiszen a bérleti díj egészének megfizetésére a kötelezettség már a jogviszony kezdetén fennáll.¹⁹¹ Mindössze a szolgáltatás egyes részleteire, és

¹⁸⁷ A „késedelmes teljesítés” gyakori fordulata jogszövegekben ezt az álláspontot tükrözi.

¹⁸⁸ Pl. *Villányi* az igényt az alanyi joghoz képest, és azzal szemben, már különálló másodlagos jogként kezeli, *Villányi*: i. m. 27., 29. o. Hasonló vehető ki *Hohfeldnél* is, *Hohfeld*: i. m. 101. o. Mindez utalhat arra, hogy az alanyi jog megszűnik lejáratkor, és új másodlagos jogviszony keletkezik, új jogosultsággal. Ezt látszik alátámasztani *Grosschmid* is, aki szerint a késedelem a szolgáltatás időbeni lehetetlenülése, és ennek jóvátétele hasonló ahhoz, amikor nem-teljesítés van (bár ő csak részleges átfordulásról ír), *Fejezetek kötelmi jogunk köréből*. II/1. kötet. Grill, Budapest 1932–33, 33. és 34–35. o. (84. §).

¹⁸⁹ *Szladits* sem tudta eldönteni melyik megközelítést válassza: szerinte a másodlagos jogok, vagy az elsődleges *helyében, vagy mellett* keletkeznek, *Szladits* (1939): i. m. 192. o.

¹⁹⁰ Kb. így *Szladits* (1939): i. m. 195. o., bár ő részjogosultságokról beszél.

¹⁹¹ Ez csak a bérleti díj megfizetésének kötelezettsége, mely egyike a bérletet alkotó számtalan elemi jogviszonynak. Persze kérdés, hogy a konkrét bérletet lehet-e egy átfogó jogviszonynak tekinteni X és Y között. Amennyiben beszélhetünk X és Y között *egy* (komplex) bérleti jogviszonnyal (*Hohfeld* nem tenné ezt), akkor az a régi terminológia kereteiben *összetett jogviszony* (számos létező elemi jogviszonyt tartalmaz), és egyben *keretjogviszony* (számos jövőbeni jogviszony keletkezhethet belőle).

különböző időpontokra történik időtűzés (*ex die* kötelezettség).¹⁹² Az előző pontban felhozott megközelítések közül az első és harmadik ilyen leírásnál alkalmazható, míg a második nem működik. A szerződésszegés csak kivételesen vezet a bérleti díj megfizetésére irányuló jogviszony (és az egész bérlet) azonnali megszűnésére. (A szerződésszegés tipikusan a bérbeadó oldalán új hatalmasságot keletkeztet a bérlet rendkívüli felmondására.)

A második megközelítés csak akkor működik, ha az egyes részletek megfizetését külön-külön kötelezettségnek (és így külön-külön jogviszonynak) fognánk fel. Itt viszont felvetődik, hogy van-e a bérlőnek e konkrét fizetési kötelezettségek mellett egy általános fizetési kötelezettsége (így egy általános jogviszony) is a bérleti díj megfizetésére. Az általános és konkrét jogviszonyokra vonatkozó felosztás lehetősége az egyik alapkérdése a jogviszony-elméleteknek. E megkülönböztetés legfőbb problémája, hogy az ilyen értelemben vett általános jogviszony és a kapcsolódó konkrét jogviszonyok bizonyos mértékig egybeesnek. Ugyanazzal a magatartással (nem-fizetés) X megsérti az általános jogviszonyt, és az egyik konkrét jogviszonyt is. A második megközelítés nem engedheti meg az ilyen általános jogviszony létét, mert megint nem lehet mondani, hogy az általános (teljes) fizetési kötelezettség a szerződésszegéssel egészében átfordulna jóvátételi kötelezettségbe. A második megközelítés itt csak olyan leírás mellett tartható, hogy a bérleti díj megfizetése részletenként külön-külön jogviszonyok keretében történik.¹⁹³

c) *Megújuló(?) nemleges kötelezettségek.*

X és Y szomszédok. X belép Y telkére, noha ettől tartózkodnia kellett volna. Mi történik X eredeti kötelezettségével (és a jogviszonnyal) a jogsértés után? Az egyik megoldás, hogy a belépési tilalom általános kötelezettség, megsértése nem szünteti meg, ugyanaz marad, de a jogsértéssel keletkezik egy másodlagos, felelősségi jogviszony, X jóvátételi kötelezettségével.¹⁹⁴ Ugyanúgy tartható az a megoldás, hogy a belépési tilalom egyedi, konkrét kötelezettség, megsértésével az eredeti jogviszony megszűnik, de mellette keletkezik egy új jogviszony, tartalmazván a jövőbeni belépési tilalmat, és egy másodlagos, felelősségi jogviszony, mely a jogsértés miatt X jóvátételi kötelezettségét fogja át.¹⁹⁵

d) *Feltétellel(?) megújuló(?) nemleges kötelezettségek*

X leszedi Y szomszédos telkén álló szilvafájának átnyúló ágáról a gyümölcsöt, noha ettől köteles lett volna tartózkodnia. A jogsértés után mi történik a nemleges kötelezettséget tartalmazó jogviszonnyal (amellett, hogy keletkezik egy felelősségi

¹⁹² Ez már fennálló, *ex die* kötelezettség, és nem jövőbeni kötelezettség, ahogy *Villányi* vagy *Corbin* mondja, *Villányi*: i. m. 30. o.; *Corbin* (1924): i. m. 511. o.

¹⁹³ Az általános és konkrét jogviszonyok megkülönböztetését aligha lehet mindig megkerülni. *Tóth Lajos* szerint egy katonának van egy általános kötelezettsége a parancs teljesítésére, ugyanakkor a konkrét parancsok teljesítésére konkrét kötelezettségei állnak fenn, *Tóth Lajos*: *Magyar magánjog*. II. füzet. Csáthy, Debrecen, 1914, 156. o. Még akkor is, ha a parancsnak való engedelmisség általános előírása nem kötelezettség, hanem *alávetettség*, (a feljebbvaló oldalán *hatalmasságot* jelent konkrét kötelezettség létrehozására), az általános és konkrét jogviszonyok kapcsolatának elemzése nélkülözhetetlen egy alapos jogviszony-elméletnek.

¹⁹⁴ *Szladits* szerint a kizáró jog nem változik követeléssé, hanem megmarad, de mellette keletkezik egy másodlagos és relatív jogviszony a jogsértővel szemben (követelési joggal), *Szladits* (1939): i. m. 198. o.

¹⁹⁵ Például ez *Tóth Lajos* álláspontja, *Tóth* (1914-I): i. m. 59–61. o.

jogviszony jóvátételi kötelezettséggel)? Újbóli gyümölcsstermés csak egy év múlva lesz. Az álláspontok nagyrészt attól függenek, hogy mit értünk jogviszonyon, feltételes kötelezettségen vagy várományon. Legalább három felfogás különböztethető meg. (i) *Szladits* azt mondaná, hogy a jogsértés ellenére a keretjogviszonyban továbbra is fennáll (változatlanul) ugyanaz az Y tulajdonát védő általános tartózkodási kötelezettség, mely alapján a következő évi szilvatermés, majd konkrét nemleges kötelezettség keletkezik. (ii) *Tóth Lajos* azt mondaná, hogy a jogsértés az eredeti kötelezettséget megszüntette, mert azt X nem tartotta be; de a tárgyi jog alapján egyidejűleg új, *de feltételes kötelezettsége* keletkezik, ahol a feltétel az új szilvatermés. (iii) *Szászy-Schwarz* azt mondaná, hogy X a *passzív várományosság* helyzetébe kerül, mert egy jövőbeni objektív tényről (gyümölcsstermés) függ az, hogy keletkezik-e majd kötelezettsége.

Ez a négy típushelyzet csak a kapcsolatos nehézségek alapvonalait érinti. Innen a lehetséges vizsgálat elvezet az általános/konkrét jogviszonyok dilemmájához, valamint a felelősség alapkérdéseinek elemzéséhez (pl. a felelősség jogviszony-modelljének értékeléséhez).

6. Az analitikus jogdogmatika használhatósága

Van-e értelme a jogosultság és szabadság megkülönböztetésének? Még általánosabban: miért ne maradjon annyiban, hogy mindent jognak (nevezünk) amit egy jogalany tehet vagy amije lehet (*quod quis habet*)? Szólnak érvek a mélyebb analízis mellett. A differenciáltabb megközelítés finomíthatja a jogi elemzéseket, vagy segíthet egyes jogi dogmatikai problémák megoldásában; vagy ha nem is a megoldásukban, de a megértésükben; vagy abban, hogy megértsük, miért nem lehet egy problémát megoldani. Rászoríthatja a gyakorlat nyelvét a pontosabb szóhasználatra. *Fürst*, aki nem fogadta be *Szászy-Schwarz* rendszerét, elismerte, hogy ezek a megkülönböztetések jól tudják érzékeltetni a jogvédelem fokozatait és a jogszabályok „reflexhatásait”.¹⁹⁶ És ott van a tételes jog: amennyiben például a jogosultság és szabadság jogi pozíciókként megtalálhatóak egymás mellett, akkor azt magyarázni kell.

Mindenekelőtt, azonban az analitikus jogdogmatika egy erőteljes kritikai eszköz. A jog gyakorlati nyelvének egyenetlenségeire, ellentmondásaira, pontatlanságaira ráirányíthatja a figyelmet. Nem azt kéri számon, hogy az immunitás vagy alávetettség fogalmát miért nem használja a gyakorlat. Azt kéri számon, hogy ami terminust használ, azt pontosabban, értelmének megfelelően, és ellentmondásoktól mentesen használja. Itt a kritika akkor hatékony, ha immanens. Nem kívülről erőltet egy fogalomrendszert, hanem belülről csiszolja a használatot. A jog elsősorban társadalmi gyakorlat. Saját magát teremti. Saját maga teremti a fogalomrendszerét is, mely a használattól kapja a legitimitását. Az a hatékony analízis, mely még emészthető a gyakorlat vagy az elemzők számára.

Itt nem lehet a végső építőköveket keresni, mint a fizikusok teszik. *Albert Kocourek* (*Hohfeld* és a *hohfeldisták* élénk kritikusa) a jogi alapfogalmaknak egy rendkívül differenciált rendszerét dolgozta ki.¹⁹⁷ Pontosabban írta le a jogi valóságot, mint *Hohfeld*, mégha több ponton kifogásolhatóak is a megkülönböztetései.

¹⁹⁶ Fürst: i. m. 227. o.

¹⁹⁷ Kocourek (1928): i. m.

Rendszere többé-kevésbé feledésbe merült.¹⁹⁸ A kifinomult elemzők sem tudták megemésztetni azt, a joggyakorlatnál pedig esélye sem volt. A funkcionális és deskriptív mezonomikus, valamint a zynomikus viszonyok a semmibe hulltak.¹⁹⁹ A túlfinomított analízis könnyen az irracionálisba fordulhat.²⁰⁰ Az analitikus metafizikában a filozófusok már régen rájöttek erre, a valóságra vonatkoztatandó elemi fogalmakkal való heroikus küzdelmük során.²⁰¹

Hohfeld másfelől indult ki. Összevetette a joggyakorlat által használt terminusokat és kifejezéseket. Igyekezett azokat egy logikailag zártabb, de még használható rendszerbe rakni.²⁰² Természetesen ehhez is kellett néhány zseniális meglátás. Igaz, hogy az így kialakult rendszer megalapozása, már túlfinomítottá vált (lásd az előzőekben). A kémikusként induló *Hohfeld* nem tudta megtagadni természettudományos analitikus vénáját. De az azonosított alapvető fogalmak és általános összefüggéseinek rendszere még azon a határon van, ami a joggyakorlat számára figyelembe vehető, hiszen kiindulásképpen a gyakorlaton alapul. *Saunders* írja, hogy a mégoly jogos logikai kritikák lepattannak *Hohfeld* rendszeréről, ugyanis az a gyakorlat és az elméleti elemzők számára is átlátható, egyszerű és használható.²⁰³ A gyakorlati nyelv pedig elbíri a fogalmi következetlenségeket és a logikai ellentmondásokat is.

Az előzőekben megvizsgáltam azt a fogalmi háttérrel, ami megalapozhatja a jogosultság és szabadság megkülönböztetését a nemzetközi jogban, illetve az alapjogi dogmatikában. Lehet-e ennek alapján nekifogni például a „magánélethez való jog” (természetesen ez alapvetően a magánélet szabadsága) elemzésének? Nem igazán megnyugtató a fogalmi háttér, amit találtam. Az analitikus fogalmak alkalmazási feltételei bizonytalanok, átfedik egymást, és széles a határeseteknek az a sávja, ahol alkalmazhatóságuk bizonytalan. De a szemantikai és logikai problémák nem indokolják, hogy elveszük a megkülönböztetést. Legfeljebb az analízisnek nem szabad túlfinomulttá válnia, nem szabad a legapróbb valóságelemekig lemenni. Az irracionálisan túlfinomított és a differenciálatlan megközelítés *Szküllája* és *Kharübdise* között el kell találni az analízisnek azt a szintjét, ami a gyakorlatban még érvényesülhet. A jogosultság és szabadság megkülönböztetése még mindenképpen ez a szint lehet, amit a tételes jogi alapok is támogatnak.²⁰⁴

¹⁹⁸ Viszont a magyar irodalomban némi hatással volt *Szászy Istvánra*, aki józan mérséklettel támaszkodott rá, i. m. 148–149. o.

¹⁹⁹ *Kocourek* (1928): i. m., különösen 68–72. és 75. o. Mindennek ellenére ő is elismeri, hogy bármely (valódi) jogi jelenség leírható a jogosultság és hatalmasság fogalmaival (i. m. 84. o.), azonban ő nem tekintette valódi jogi pozíciónak a szabadságot.

²⁰⁰ Nem lehet azonban látni a jövőt. A jogi tudás számítógépes reprezentációjának kidolgozása, a jogi valóság éppen ilyen túlfinomított analízisét kívánja meg. Itt *Kocourek* rendszerének jó alkalmazási lehetősége nyílhat, megfelelően módosított formában.

²⁰¹ Egy pohár bort tekinthetünk következőesen különböző molekulák halmazának, és feltehetően le is tudnánk írni ekként, csak egy kellemes borozgatás közben ennek nincs értelme. Az analízis rosszul megválasztott szintjén mindig elveszhet valami. Lehetnek azonban helyzetek, amikor valóban szükséges a molekuláris megközelítés (pl. minőségellenőrzés).

²⁰² Lásd erre kollégájának utalásait, *Corbin* (1922/23): i. m. 52.

²⁰³ *Saunders*: i. m. 471. o.

²⁰⁴ Ahogy már utaltam rá az európai emberi jogi egyezmény (Róma, 1950) az „emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szól”, így az Európa Tanács számos szerződése és dokumentuma megteszi ezt a megkülönböztetést. Ugyanez figyelhető meg az ENSZ égisze alatt született alapjogi, emberi jogi dokumentumok egy részénél. Már az ENSZ Alapokmány (Magyarországon beiktatta az 1956. évi I. tv.) 1. cikk 3. bekezdésében, 13. cikk 1. bekezdés b) pontjában, 55. cikk c) pontjában, 62. cikk 2. bekezdésében és 76. cikk c) pontjában találkozhatunk a megkülönböztetéssel. Nem csak az alapjogi dogmatikában fordul elő: így vannak *navigációs jogok és szabadságok* is, lásd pl. a biológiai biztonságról szóló Nairoiban, 2000-ben aláírt Cartagena Jegyzőkönyv 2. cikk 3. bekezdését

(Magyarországon beiktatta a 2004. évi CIX. tv.). A megkülönböztetés megtalálható számos magyar jogszabályban, lásd pl. a menedékjogról szóló 2007. évi LXXX. tv. 2. § h) pontját.

Eltérő demokrácia-felfogások az antikvitástól az újkorig

Bevezető gondolatok

Modern világunkra jellemző, hogy a politikum szférájának szövedékeivel körbefonódott mindennapi életünk során viszonylag gyakran találkozunk olyan kifejezésekkel, mint *népszuverenitás, alkotmányosság, parlamentarizmus, jogállamiság, szabadságjogok, demokrácia, egyenjogúság*, stb. Egymástól különböző, igaz nem feltétlenül konstans fogalmak, melyek az állam- és politikaelméletben körülhatárolt jelentéssel, társadalmi rendszerünk gyakorlatában pedig konkrét szereppel bírnak. Különbözőségük ellenére mégis, mintha átfedés, vagy inkább valamiféle közös mutatkozna bennük, nemcsak a média és a köznapi beszélgetések kommunikációs következetlenségeiből fakadóan. Ez a közös mindenekelőtt az a teoretikus szinten bonyolódó törekvés, amely a társadalom szervezése és irányítása során mutatkozó évezredek gyakorlati problémák megoldására és egy éhetőbb közösség kialakítására irányul. Ezen fogalmak által jelölt intézmények közös jegye tehát az irányuk, vagyis egészen pontosan inkább a céljuk.

Jelen tanulmány fenti kifejezések közül a demokrácia fogalmával foglalkozik. Némely nemzetközi és számos hazai közéleti esemény e témakör vizsgálatának aktualitására mutatott rá a közelmúltban. Elegendő, ha utalunk arra, hogy a 2011-es esztendő végén a tekintélyes német Frankfurter Allgemeine Zeitung hasábjain a világhírű filozófus, Jürgen Habermas folytatott eszmecsereét Frank Schirrmacherrel, aki cikkében úgy fogalmazott: „Demokratie ist Ramsch” (, vagyis a demokrácia ócskaság).² A demokrácia széles tartalomvilágának kutatása, távoli és kevésbé távoli idők demokráciafelfogásai, és egyáltalán, a demokrácia fogalmának időben változó jellege egyaránt jelentős tanulságokkal szolgálnak korunk társadalmi jelenségeinek árnyaltabb értelmezéséhez.

A demokrácia definíciós kísérletének nehézsége leginkább abból következik, hogy modern világunkban a fogalmat igen gyakran elvont morális, filozófiai kontextusban használják nemcsak a közbeszédben, hanem számos alkalommal még a politikai diskurzusok során is. A XIX–XX. század politikai-társadalmi változásai folyamánként jelent meg a köztudatban egyfajta „érzületi demokrácia”.³ A kifejezés arra utal, hogy a szót sok esetben konkrét közéleti értelmétől elvonatkoztatva, a társadalom részének-egészének szubjektív tudatában megjelenő demokrácia-képpel azonosítják. Ez a kép pedig egy sajátos érzésre, a politikai intézményekkel és az irányító pozícióban levőkkel való azonosulásra fókuszál. (Merthogy ők is „közülünk valók”, a „mi érdekeinket szolgálják”). Ilyen sajátos „érzületi demokrácia” volt jelen például hosszabb-rövidebb ideig a bolsevik, a nemzetiszocialista, vagy a fasiszta rendszerekben is.

¹ Jogi előadó, Multi Credit Holding Zrt.

² Demokratie ist Ramsch <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/euro-krise-rettet-die-wuerde-der-demokratie-11517735.html> (2011. 01.11) és Rettet die Würde der Demokratie <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/der-griechische-weg-demokratie-ist-ramsche-11514358.html> (2011.11.04.)

³ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 212. és Samu Mihály: Államelmélet, PÜSKI, Budapest, 1992. 196. alapján.

Az „érzületi demokrácia” vonatkoztatható azonban ma már egy másik szubjektív képre (érzésre) is, amely sokkal inkább a jóléti állam, illetőleg a jól működő piacgazdaság, tehát a társadalmi jólét érzésével hozható összefüggésbe. Mindezek mellett tovább nehezíti a fogalom letisztázását, hogy demokratikus paradigmákat, követelményeket politikai propaganda-célokból használnak és ferdítenek el, más esetekben pedig olyan általános kategóriákkal azonosítják a fogalmat, mint a méltányosság, egyenlőség, szabadság, igazságosság, humanizmus.⁴ Jászi Oszkár fogalmazott úgy, hogy a „demokrácia, szuverenitás és más hasonló kifejezések az átlagos emberekben olykor csak zavart fogalmakat keltenek fel, bizonytalan benyomások, előítéletek és szenvedélyek zavaros kellékeit”.

Jelen tanulmányhoz kapcsolódó felmérés alapján⁵ a demokráciát még a viszonylag tájékozottabbnak tekinthető társadalmi rétegek is olykor egészen különböző értékvilággal kapcsolják össze. Többségben vannak, akik társadalmi szerepét tekintve egy, az egész civil és közösségi szférát átható elvként (össztársadalmi berendezkedésként), de akadnak olyanok is, akik például csak az emberek és a társadalmak közötti viszonyulási módként tekintenek rá. Ellenpólusaként többen pedig leginkább a rabszolgaságot jelölnék meg. A demokrácia mindazonáltal nem határozható meg absztrakcióként, az államelmélet feladata a fogalom *történetiségének* és konkrét értelmének megvilágítása.

I. A demokrácia megjelenése és jelentéstartalma az antik közgondolkodásban

Maga a demokrácia kifejezés a Krisztus előtti 5. század környékén került be az ókori görögök közgondolkodásába. Már evidencia, hogy szótöve, a démosz ógörög szó jelentette egyszerre a „sokaság”-ot és a „mindenki-t”. (A demokrácia jelentése volt szó szerint a „néphatalom”. Eltérően az oligarchia és monarchia szavaktól, a kratein (-krácia) képzővel módosították a démosz kifejezést – utóbbi szótag „hatalomként” értelmezhető.)⁶

A közéleti gondolkodásmód, a politikai dimenzió, mint a végső célját soha el nem érő küzdőpálya startmezőjeként klasszikus módon Athént szokás megjelölni. Athént, az emberi eszmények és gondolkodók városát, a metropoliszt, melynek neve hallatán a köztereken komoly dolgokról vitatkozó férfiak szoborrá nemesülő vonásai tárulnak elénk. Érdekes módon azonban a később talán éppen a totalitárius államok mintájaként aposztrofálható Spárta a politikai progresszivitás nyomvonalán némely állomásokat hamarabb ért el, mint az attikai félsziget fővárosa. Spártában már Kr. e. 600 környékén a népgyűlésnek rendszeresen üléseznie kellett.⁷

Ami Athén-t illeti, a különböző társadalmi és gazdasági változások említése nélkül nehéz érdemben beszélni vizsgáldásunk jelentősebb intézményeinek megjelenéséről. A demokratikus intézmények kialakulásának folyamata már lényegében a rabszolgaság eltörlésével megkezdődött, Szolón arkhón reformjai, a polisz, mint a lehangsúlyosabb közösség kiformalódása és a környező városállamok lakosságára is irányuló egységes bíraskodás kiterjesztése pedig már egy folyamat

⁴ Samu Mihály: Államelmélet, PÜSKI, Budapest, 1992., 195–200. p.

⁵ Egyetemisták között készült felmérés (2011. november – 2012. január)

⁶ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1997. és Sartori, Giovanni: A demokrácia, Osiris Kiadó, Budapest, 1999. 13. alapján

⁷ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995. 14. p. Persze igaz az is, hogy a dór Spártában a demokratikus jellegű intézményekben általában kevesebben osztoztak, mint a nyitottabb és egyre nyitottabbá váló ión Athénban. Vö. Szmodis Jenő: A görögökről Nietzsche és Sengler nyomán. Argumentum. Budapest. 2012. 39–45. p.

elemeinek tekinthetőek. Éppen ezeknek az elemeknek a kialakulásán keresztül vált érezhetővé a jelentősége olyan eszméknek, mint a képviselő és a részvétel.

A híres történetíró, Hérodotosz szerint „Athénban Kleiszthenész teremtette meg a demokráciát”. Kleiszthenész Kr.e. a 6. század végén vezette be reformjait.⁸ Az ekkor megjelenő demokrácia szó itt még inkább kritikus, dehonesztáló kifejezés volt, s csak az 5. század közepére kristályosodott ki mélyebb tartalma. A demokrácia ebben az időszakban már lényegében úgy jelent meg, mint identitástudat, társadalmi rend és nem úgy, mint a hatalomgyakorlás egy technikája, vagy maga a hatalombirtoklás (ismerős ógörög kifejezéssel: dűnasztia). A perzsák elleni nagy jelentőségű győzelmet követően Athén már egyfajta birodalmi demokráciaként működött. (Igaz ekkor poliszok jelentős része néhány száz fős polgársággal bírt, Athén maximális lélekszáma a 310 ezret érte el.) Általános jellemzője, hogy egyenlő volt a szegény és a jómódú, vagyis a városi polgárok – politikai értelemben – teljes jogú állampolgárok voltak. A „nép uralmát” a választás (később sorshúzás) és a kormányzat éves váltakozása biztosította. A legfontosabb döntések a népgyűlés elé kerültek, melyekről többségi döntés alapján határoztak, ezen túlmenően pedig a köztisztviselők számadással tartoztak.⁹ Ez a „polgári rend” lényegében az izonómia eszmei táptalajából formálódhatott ki.¹⁰ Az izonómia a korban széles körben ismert kifejezés volt, lényegét tekintve a politikai jogok egyenlőségét, az állampolgárok jogegyenlőségét jelentette. A demokrácia vált az izonómia konkrét megjelenési formájává.¹¹ Ugyan a képviselői intézmények hiánya szembeötlő volt,¹² mégis elmondható, hogy az ókori Athénban működött minden idők egyik legteljesebb részvételi demokráciája.¹³ (Már ami a rendszer működésében résztvevők előjogait és hatásköreit illeti.) Periklész beszéde alapján az athéniak büszkén is tekintettek erre.

„Olyan alkotmánnyal élünk, amely nem igazodik szomszédaink törvényei után, s inkább mi magunk szolgálunk például, mintsem hogy utánoznánk másokat. A neve pedig, mivel nem kevesekre, hanem a többségre támaszkodik: demokrácia. Törvényeink szerint a személyes ügyeket tekintve, mindenki egyenjogú. Azonban ami a megbecsülést illeti, hogy a közösség előtt kinek miben van jó híre, itt nem a társadalmi helyzet, hanem a kiválóság ér többet, és ha valaki olyasmire képes, ami a város javára van, szegény sorsa és így jelentéktelen társadalmi rangja nem áll útjában. A szabadság szellemében intézzük el közügyeinket (...)” (Periklész)¹⁴

A demokratikus alkotmányforma megítélése a görögöknél (is) ellentmondásos volt. Az antik görög politikai filozófia egyes képviselői (így Thuküdidész vagy Démoszthenész) számára ennek a rendszernek a paradigmái testesítették meg a jól működő állam alapjait. Athén bukását követően azonban uralkodóvá vált az a nézet, mely szerint az izonómia (jogegyenlőség) és a demokrácia mint alkotmányforma *dűsznómia* – vagyis a torzult államberendezkedés formái közé tartozik. Ez részben azért alakulhatott így, mert az athéni rendszer legfeltűnőbb szembeötlő jelenségévé az állandósuló belpolitikai viszály és feszültség vált. Az athéni példa alapján hihetővé vált, hogy még a törvényes rend is instabillá válik egy ilyen rendszerben, mivel a népgyűlésben eluralkodó populizmus lezülleszt a közéletet és lehetségessé válik a politikai riválisok nyílt üldözése is, akár koholt vádak alapján. Ennek ellenére, a még

⁸ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995. 23. p.

⁹ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Jászóveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 18–19. p.

¹⁰ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Jászóveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 10. p.

¹¹ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 211. p.

¹² Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 16. p.

¹³ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995. 30–31. p.

¹⁴ Periklész gyászbeszéde (Thuküdidész, II. 37)

működő athéni demokrácia időszakában a polisz a külső szemlélők számára erősebbnek és stabilabbnak tűnt, mint más berendezkedéssel bíró városállamok.

Az athéni alkotmányformát és az adott közösséghez (poliszhoz) tartozó különféle társadalmi csoportok jogainak izonóm-, illetve „nem izonóm-” típusú szabályozását nagy viták övezték a görög filozófusok körében.¹⁵ Szókratész nem volt híve az egalitárius nézeteknek és nem állt a demokrácia pártján sem. Tőle származik vélhetően az a gondolat is, hogy az emberek a közügyek viteléhez szükséges bölcsességgel nem rendelkeznek egyenlő arányban. Modern korunkban is nagy jelentősége van felvetésének, mely szerint a demokratikus döntéshozatali mechanizmusokon keresztül menő határozatok sokszor nem szakszerűek.¹⁶

Platón politikai bölcelete az utókor számára óriási jelentőséggel bír, mondhatni, műfaj-teremtővé vált. Elképzeléseit sokan a XX. századi totalitárius államok előképének tartják, hiszen például a társadalmat osztályokra osztotta volna fel, a vezetők pedig az állam polgárainak a magánéletét is meghatározhatták volna már a csecsemőkortól. Konceptiója alapján a bölcsék közül kiválasztott vezetők között a magántulajdon is megszűntetésre került volna.¹⁷ Ahogyan az Államban fogalmaz: komolyan veszélyezteti a közösség érdekei szerinti irányítást, „ha koldusok és magánvagyonra éhes emberek lepik el a közügyeket, akik azt hiszik, hogy onnan kell az áhított jót elrabolniuk.”

Érdekes és a modern demokratikus társadalmak megközelítése szempontjából lényeges felfogása, amely szerint az állam az emberi természet jellege miatt nem képes megtartani formáját. Az ember ugyanis egyén, amely a saját, rá jellemző módján szabadságra és a javak megszerzésére törekszik. Tehát az egyén egyed, egyediségénél fogva pedig nem lehet „kompatibilis” semmilyen társadalmi renddel. Törvényszerűen ezért a különböző közösségekben kialakított harmónia egy idő után megbomlik és így alakulnak ki a különféle *válságok*.¹⁸ (Platón erre a problémára a hierarchikus társadalom kialakításában látta a megoldást; mivel a tudás és az értelem sem demokratikus, ezért az állam sem lehet az.)

A demokráciát nem sorolta a jó államformák közé: „*Sokan dicsérik a krétai és lakóniai alkotmányt, másodsorban magasztalják az úgynevezett oligarchiát, amely alkotmány sok bajjal terhelt; sorrendben ebből támad ellenlábasa, a demokrácia, mindezekről elüt a nemes türannisz, az állam negyedik és végső betegsége.*”¹⁹ Kiemelkedő Platónnak azon eszme-futtatása, amellyel az államformák közötti átmenetek szabályszerűségét kívánta megvilágítani.

„*Azt hiszem, demokrácia akkor támad, ha a szegények kerekednek felül, és ellenlábasaikat részben megölik, részben száműzik, a maradéknak pedig egyenlő alapon osztanak részt az alkotmányos jogokból és vezető állásokból, és a vezetőket többnyire sorsolással választják. (...) Először is a polgárok szabadok, az állam telve van szabadsággal és szabad véleménynyilvánítással. És bárki azt teheti, amit akar. Ebben az alkotmányban lehetnek leginkább sokszíniúak az emberek. És bizony sokan valóban ezt érzik a legszebbnek, mint a gyerekek és a nők, mikor a tarkabarka cifraságokat bámulják. Ebben az államban nem kényszerít senki, hogy vezető légy, akármilyen rátermett vagy is, se arra, hogy engedelmeskedjél, se hogy békében élj, ha a többiek is úgy élnek, de te nem vágyol békére; sőt ha egy törvény eltilt a vezetésről és bíraskodástól, attól te még nyugodtan lehetsz vezető, bíró, ha épp úgy tetszik. (...)*”

¹⁵ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 19. p.

¹⁶ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995. 52–55. p.

¹⁷ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 23–25. p.

¹⁸ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 27. p.

¹⁹ Platón: Az állam, Gondolat Kiadó, Budapest, 1989. 302. p.

Ez az állam mily megbocsátó, egyáltalán nem kicsinyes, hanem mindent megvet, amit mi a nagy komolyan hangoztattunk államunk szervezése közben. Mi azt hangoztattuk, hogy – hacsak nincsenek rendkívüli képességei – senkiből se lehet jó, igaz ember, ha még mint gyermekek, játszódba, nem szép dolgok közepette él és nem ezekkel buzgólkodik; milyen hetykén tapodja össze ezeket az elveket a demokrácia, semmibe veszi, milyen foglalatosságok után fog hozzá valaki az államvezetéshez, viszont mindenkit megtisztel, csak azt kerepelje, hogy jóakarattal van a tömeg iránt. Ilyen és más ezekhez hasonló vívmányokat nyújt a demokrácia, úgyhogy azt hiszem, édes alkotmány ez, anarchikus, tarkabarka, egyenlőknek, nem egyenlőknek szép egyenlősdit kiporciózó!”²⁰

Platón érvrendszere szerint sok esetben a zsarnoki államok éppen a demokráciákból nőnek ki. Szerinte ezt a rendszert annak a szabadságnak a túlhajszolása bomlasztja fel, amit pedig a legfőbb jónak ítél. *„Mikor a demokrácia megszomjazik a szabadságra, és véletlenül rossz bortöltőgetők jutnak uralomra benne, és a kelletténél több tiszta bortól megrészegül, ilyenkor a vezetőket, akik nem hízelegnek neki és nem engedik teljesen szabadjára, megfenyíti, ártóknak és oligarcháknak vádolja. (...) És befészkelődik a családba is a zabolátlanság. Az apa megszokja, hogy egyenrangú a fiaival, sőt retteg tőlük, a fiú meg nem féli, kutyába se veszi a szüleit, csakhogy szabad legyen; így lesz egyenrangú a jövevény az őslakossal és viszont, és az idegen is ugyanúgy. Ilyen és más efféle kicsiségek történnek: ilyen viszonyok közt a tanító retteg neveltjeitől, és hízeleg nekik: a növendékek lenézik tanítóikat, de még nevelőjüket is...A szertelen szabadságból támad a legvégső, legbőszebb szolgaság.”²¹*

Az athéni demokrácia katonai és politikai vereségét, majd eszményi államának szicíliai gyakorlati kudarcát is megélő filozófus élete vége felé írta meg a Törvények című művét. Ebben korábbi teóriáit valamelyest módosította. A filozófus bölcsek vezetése helyett a törvények szerepét emelte ki (lásd: alább a jogállam című résznél), s bizonyos szinten a demokráciáról is másképpen vélekedett: *„Két anyaállamforma van, a többi mind ebből a kettőből ered. Az egyiket nevezik monarchiának, azaz egyeduralomnak, a másikat demokráciának, vagyis népuralomnak; az első a perzsáknál, a második nálunk érte el legmagasabb fokát. A többi államforma ezekből van összevegyítve. Mármost ahhoz, hogy a szabadság, az összetartás és a belátás együttesen megvalósulhasson, mindkét államformának hozzá kell járulnia; (...) az olyan állam, amely ezeknek híjával van, sohasem rendelkezhet helyes kormányformával.”²²*

Arisztotelész – szemben Platón idealizmusával – nem az eszményi államra fókuszált, hanem azokat a politikai módszereket kereste, melyek itt a Földön a gyakorlatban megvalósíthatóak.²³ Arisztotelész szerint a demokrácia örök ismertetőjegye a szabadok összességének vagy majd mindegyiküknek a részvétele.²⁴ Tanítómesteréhez (Platónhoz) hasonlóan ő is meg volt győződve arról, hogy a résznél lényegesebbek az egész érdekei, az egyéni érdekviszonyokat alá kell rendelni a közösség érdekeinek. Mindazonáltal teóriájában nem rendelkezik olyan hatalommal a vezetés, mint Platón eszményi államában. Kiemelkedő jelentőséggel bír az általa megalkotott zóon politikon fogalma. A zóon politikon az embert, mint közösségi élőlényt jelölte meg. Vagyis egy olyan, a legbenső énből származó képességet

²⁰ Platón: Az állam, Gondolat Kiadó, Budapest, 1989. 321. p.

²¹ Platón: Az állam, Gondolat Kiadó, Budapest, 1989. 327. p.

²² Platón: Törvények, Atlantisz, 2008. 114. p.

²³ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995. 60. p.

²⁴ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Jóságos Tankönyvek, Budapest, 1999. 29. p.

határozott meg, amely a politikai szférában realizálódik és hozzátartozik az ember személyiségéhez. A görögök azonban a politikai létben nem pusztán az élet speciális aspektusát látták, hanem a létezés posztulátumaként ragadták meg azt.

A nem politikai lény a görögök szerint idion (ebből származik: „idióta), vagyis tökéletlen volt. A modern demokráciák működése kapcsán ez a fogalom még erőteljesebb megvilágítást kap.²⁵ Mai gondolkodásunk ugyanis másképpen értelmezi valamelyest az egyéni szabadságot, mint az ókori görög. Az ember egésze a zóon politikon alapján állampolgár, ily' módon egy bizonyos értelemben: az állam szolgája. Ennek a fajta antropológiai meghatározásnak az elutasítása a közvetlen részvételi demokrácia (nem) érvényesítéséhez fűződő viszonyunkban játszik óriási szerepet. A ma emberének individuum-fogalmában az egyéni függetlenség és biztonság biztosítása nagyobb szerepet játszik.

Arisztotelész államformatana Platónénál nagyobb hatást gyakorol az utókorra. Ez alapján három helyes és három hibás alkotmányformát különböztetett meg. Helyes a királyság, az arisztokrácia, a politeia, helytelen a zsarnokság, az oligarchia és a demokrácia.²⁶ *„Az apának a fiaihoz való viszonya a királyság formáját mutatja: az apa elsősorban gyermekeivel törődik; ugyancsak türanisz jellegű az úrnak a szolgálóihoz való viszonya is: itt az úr érdeke az irányadó. A férjnek a feleséghez való viszonya az arisztokratikus államformához hasonlítható: a férj az engedelmesség alapján tartja kezében a vezetést, de csak olyan dolgokban, amelyek őt megilletik; A timokráciának megfelel a testvérek viszonya (...) demokratikus viszonyok leginkább az olyan házakban uralkodnak, amelyeknek nincs uruk: itt aztán mindenki egyenlő.”*²⁷

A Kr. e. 4. század közepe táján vált közismertté a politeia kifejezés, amit Arisztotelész a legideálisabb államforma megjelölésére használt. (Leginkább talán úgy fordítható: „alkotmányos kormányzat”.²⁸) Szerinte az ideális az, ha a politeiában a középosztály uralkodik. A középréteg vezetése révén érvényesíti a vagyontalanok és a vagyonosok érdekeit is. Mindezek ellenére a politeia nem a középosztály városállama, hanem csak arra támaszkodik. PrINCÍPIUMAKÉNT a szabadságot és a bőséget jelölte meg.²⁹ A demokráciával szemben a következőképpen fogalmaz: „A demokráciából származik az, hogy állandó harcban áll az előkelőkkel, s azokat, mint ellenfeleket elűzni igyekszik.” Ezért az általa a gyakorlatban legideálisabbnak tartott államforma kialakításánál az oligarchia és a demokrácia egyes vonásait kívánta ötvözni. Úgy vélte ugyanis, hogy ezáltal az adott társadalomban kevesebb a forrongás. Egyes vélemények szerint Arisztotelész ezen elképzelése különösen időtálló, hiszen a tapasztalatok azt mutatják, hogy a középosztály hatalmán alapuló társadalmi berendezkedések stabilabbak.³⁰ Athénról írt művében azonban a demokrácia kialakulását is érthetőnek tartotta. *„A nép pedig jogosnak látta, hogy maga vegye kezébe a kormányzást azon az alapon, hogy a maga erejéből valósította meg a visszatérést. (...) A nép ugyanis mindennek urává magamagát tette meg, és mindent szavazások és törvényszékek útján intéz el, márpedig itta a nép az úr, minthogy a tanács jogkörébe tartozó ítélezések is a népre szállottak át. Nézetem szerint ezt is helyesen cselekedték. Könnyebben lehet ugyanis a keveseket megkörnyékezni, mint a tömeget, akár anyagi előnyök, akár kedvezés révén.”*³¹

²⁵ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 35. p.

²⁶ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 35. p.

²⁷ Arisztotelész: Nikomakhoszi etika, Európa Könyvkiadó, Budapest 1997. 282. p.

²⁸ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 37. p.

²⁹ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Jószoveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 25. p.

³⁰ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 40–41. p.

³¹ Arisztotelész: Az Athéni állam, Akadémiai Kiadó, Budapest 1995. 87. p.

A politeia kifejezés a későbbi századokban háttérbe szorult. *Polübiosz* a „jó alkotmány formájaként” a demokráciát nevezi meg³² Polübiosz meglátása szerint a demokrácia lényege abban áll, hogy egy adott közösségben a többség akarata a mértékadó. Úgy vélte, hogy nagyjából két generáción keresztül életképes egy ilyen berendezkedés, amíg az egyenlőség és a szabadság még nem magától értetődő.³³

A Római Birodalom határvonalait átlépve leszögezhetjük, ugyan a legújabb történeti művek hangsúlyozzák annak demokratikus jellemvonásait, a kifejezéshez kötődő, már kialakult negatív beidegződések miatt a rómaiak nem használták köztársasági berendezkedésükkel kapcsolatosan a demokráciát leíró fogalomként.³⁴ Azt ugyanis, mint csöcselékuralmat utasították el. A római állambölcselet egyik legnagyobb alakja kétségtelenül Marcus Tullius Cicero. Cicero a *De rei publica*-ban *civitas popularis*-ről, vagyis népi állam-ról értekezett, ahol minden a nép kezében van. Megkülönböztette a jó és a rossz népállamot, előbbiről „igazságos és mérsékelt nép”-ként, utóbbiról pedig úgy beszélt, mint „a tömeg dühe és szabadossága”.³⁵ Ahogyan a királyságot és a „legjobbak uralmát”, úgy nem tartotta a népállamot sem tökéletesnek, mert ebben az esetben nem érvényesülhetnek a polgárok méltóságának különböző fokozatai. „A királyok szeretetükkel, az *optimaták* (legjobbak) *megfontoltságukkal*, a *népek szabadságukkal nyernek meg bennünket*.”³⁶ Arisztotelész és Platón gondolatvilágától alapjaiban tért el azon elképzelése, mely szerint az emberek természettől fogva egyenlők és ezért legitim módon igényelhetik az egyenlő politikai részvétel lehetőségét.³⁷ Arisztotelész, de különösen nagy elődje, Platón szemében a polgári egyenlőség deklarálása az emberek társadalmi életben játszott pozitív, avagy negatív szerepe megítélésének a tagadása.

Platón részben ezért tartotta bomlasztónak a demokráciát, részben pedig azért, mert úgy vélte, a polisz polgárai egyenlőtlenül rendelkeznek azzal a morális, szakmai képességgel, amely szükséges lenne ahhoz, hogy egy ilyen szabad társadalom, ahol mindenki saját akarata szerint cselekedhetik, megfelelően működhessen. Az egyenlő részvételi jog Cicero-nál azonban nem azonosítható az egyenlő részesedéssel a különböző döntéshozatali pozíciókat és politikai tisztségeket tekintve. Ilyen interpretációiban Cicero egy olyan vegyes államformát tartott megfelelőnek, amelyben a kölcsönös hatalomkorlátozás érvényesül a meghatározó hatalmi pozíciók között.

II. A középkor demokrácia-képe

Az ókorból a középkorba áthaladva általánosan elmondható, a középkorban a demokrácia nem tartozott a társadalmi-politikai viszonyokat jellemző fogalmak sorába. Sőt, meglehetősen keveset találkozunk azzal, esetleg csak úgy, mint antik kifejezés. A középkori feudális társadalmak legfelsőbb szintjén a királyságok és a császárság helyezkedtek el, melyek erejüket, illetve törekvéseiket a távoli időkből

³² Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Jószoveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 30. p.

³³ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Jószoveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 30–31. p.

³⁴ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 212. p. Külön figyelmet érdemel, hogy Rómában a köztársaság az utolsó római király, Tarquinius Superbus elűzésével veszi kezdetét, mindez azonban távolról sem eredményezi a plebeiusok emancipációját, akiket még évszázadokig távol tartottak a szakrális tisztségektől. Vö. Szmodis Jenő: A jog realitása. Az etruszk vallástól a posztmodern jogelméletekig. Kairosz Kiadó. Budapest. 2005. 125–233. p.

³⁵ Brunner, Otto „et. al.”: Jószoveg Tankönyvek, Budapest, 1999. A demokrácia, 32. p.

³⁶ Cicero: *De re Publica*; 1, 35, 55

³⁷ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 47. p.

eredeztették. A feudalizmus kezdeti időszakában elevenen élt a monarchikus hagyomány, amely jóval régebbi volt, mint a hűbéresség, s emennél jóval hosszabb jövő is állt még előtte.³⁸ A hűbéri kor királyságainak „szentesítését” a katolicizmus végezte el, amely vallásos elemekkel telítette a trónra lépési szertartást, s a király személyét is. A vallásitól a mágikus szféráig emelkedő, egymásra épülő képzetek valójában arra voltak hivatottak, hogy a természetfölötti erők szintjén fejezzék ki a királyok sajátos politikai küldetését: a nép vezetését.³⁹ A királyságok ebben az időszakban sui generis hatalmakként jelentek meg, elvben minden más hatalom fölött álltak, sőt, egészen más természetűek is voltak. Ugyan abszolutista rendszerekről ekkor még nem beszélhetünk, hiszen az érett feudalizmus évszázadaiban erősödő tendenciaként jelent meg a hatalomkoncentráció.

Ezt egyfajta gondolkodásmódban bekövetkező változás is elősegítette: a 11. század végével beköszöntő kulturális reneszánsz nyomán az emberekben egyre inkább tudatosult az a némiképpen elvont társadalmi kötelék, amely az egyént a köz hatalom alá rendelte – szemben a későbbi liberális felfogással.⁴⁰ Ezen túlmenően alapvető társadalmi viszonyok is közrehatottak abban, hogy a demokratikus, illetve demokratikus jellegű hatalomgyakorlási módozatok legfeljebb csak az itáliai városköztársaságok vonatkozásaiban említhetőek. A legtöbb – elméletileg szabad – ember is a király alattvalója volt, valamint más, különböző hatalmasságoktól függött, s e függőségeknek szinte a végtelenségig eltérő árnyalatai szabták meg minden egyes esetben az egyén helyzetét.⁴¹

A középkori államfilozófiai állásfoglalásokat szemrevételezve elsőként *Aquinói Szent Tamás* államformatanával foglalkozunk. Tamás Arisztotelész műveit vizsgálva úgy fogalmaz: „Ha pedig többen gyakorolnak méltánytalan kormányzást, azt demokráciának nevezik, azaz néphatalomnak, amikor ugyanis a plebejusok népe a sokaság hatalma által (más fordításban: pusztá számánál fogva)⁴² a kiváltságosokat elnyomja. Tudniillik az egész nép olyan lesz, mint egy tirannus.” Úgy tartotta, hogy egyes demokratikus elemek elismerésre méltóak és egy vegyes államrend keretein belül alkalmazandók. „Mert ilyen a legjobb politeia: jól összevegyítve egyeduralomból, amennyiben egy áll az élen; és arisztokráciából, amennyiben többen az erény szerint; és demokráciából, vagyis néphatalomból, amennyiben a népből választhatók a vezetők, és ezek kiválasztása a népre tartozik. És ez az isteni törvény szerint lett így elrendezve.”⁴³ Meglátása szerint az államhatalom alapja, hogy az kielégíti a társadalmi élet gyakorlati szükségleteit egyfelől, másfelől az állam létezésében benne foglaltatik, hogy az egyik ember kényszerítő erőn alapuló hatalmat gyakorol a másik felett. Azonban mindezen kényszerítő erők folyama valamilyen általánosan elfogadott értékek irányában, törvények és különféle intézményi megoldások által mederbe helyezetten kell, hogy működjön.⁴⁴ Az optimális államforma megválasztása kapcsán – Ágostonhoz hasonlóan – úgy vélte, hogy az adott társadalmi körülményekre figyelemmel kell kialakítani a berendezkedési formát. Vagyis, az állam formájának tekintettel kell lennie a közösség erkölcsi természetére. Aquinói Szent Tamás lényegében tehát azt a modern világunkban is sokak által hangoztatott elvet vallotta, hogy nem alkalmazható bármely államforma bármely

³⁸ Bloch, Marc: *A feudális társadalom* Osiris, Budapest, 2002. 405–407. p.

³⁹ Bloch, Marc: *A feudális társadalom* Osiris, Budapest, 2002. 409. p.

⁴⁰ Bloch, Marc: *A feudális társadalom* Osiris, Budapest, 2002. 448–449. p.

⁴¹ Bloch, Marc: *A feudális társadalom* Osiris, Budapest, 2002. 279. p.

⁴² Dunn, John: *A demokrácia – Befejezetlen utazás*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995., 101. p.

⁴³ Brunner, Otto „et. al.”: *A demokrácia, Jószoveg Tankönyvek*, Budapest, 1999. 34–35. p.

⁴⁴ Takács Péter: *Államelmélet I.*, Szent István Társulat, Budapest, 2010. 77. p.

nép csoportnál.

Elméleti vélekedése szerint a monarchia a legideálisabb berendezkedési formula, a gyakorlatban pedig legtöbb esetben a vegyes kormányzati modell (ezen keresztül valósulhat meg a *tempera potestas*: a mérsékelt hatalom). Ha a népben mindazonáltal megvan a megfelelő felelősségtudat, akkor megengedhető, hogy maga válassza meg előjáróit. Ritkán kerül elő, de egyik tanulmányában az önkormányzatiság eszméjét is pozitív megvilágításba helyezi: „*Tapasztalatból tudhatjuk, hogy a választott s évente cserélt előjárók által igazgatott város sokkal többre képes, mint az a király, aki három vagy négy város felett uralkodik.*”⁴⁵

Az Arisztotelésztől átvett demokrácia-fogalomra Morbakei Vilmosnál is rábukkanhatunk, aki úgy fogalmaz: „A demokrácia az államrend egy fajtája, amelyben az uralom a népi tömegek kezében van.” Nála a 'demokratizálni' ige már erősen negatív jelentéstartalommal töltődik fel: a demagógok a közösség felé való hízlegéseként aposztrofálja azt. Az ún. Voctivus maximusban a 14. században még negatívabb kontextusban jelenik meg a demokrácia kifejezés: itt mint a tömeg féktelen hatalma szerepel.⁴⁶

Bár jelentőségét tekintve a nagy kortárs tudós-filozófusokhoz képest elmarad, mégis egyfajta kivételként emelendő ki *Admonti Engelbert* szerepe. Engelbert a 13. és 14. század fordulóján tanulmányában a demokráciát már pozitív tartalommal telíti: „*A demokrácia tehát (...) az olyan nép sajátja, amely törvény és választások, avagy a többség egyetértése szerint szerveződik.*”⁴⁷ Sokatmondó Engelbert összehasonlítása, aki az egyes államformákat a család viszonyrendszerén keresztül kívánta megvilágítani. Szerinte a családapa az asszony fölött arisztokratikusan uralkodik, a legkisebb gyermekeken monarchikusan, a fiatal testvérek fölött oligarchikusan, a szomszédos gazdaságokkal pedig demokratikus szövetkezést folytat.

Szükséges kitérni hosszabban a kortárs *Dante Alighieri*-re, aki a 13-14. században a teoretikus szinten (is) zajló inveszitúraküzdelmek kiemelkedő alakja. Legjelentősebb államelméleti munkájában, *Az egyeduralomban* fejti ki világosan álláspontját a helyes államformára vonatkozólag: „*Ha a családot nézzük, melynek célja a helyes életre nevelni a családtagokat, kell, hogy legyen egy valaki, aki irányít és uralkodik (...) Hasonlóképpen egy városban is, melynek célja a jó és kielégítő életmód biztosítása, egyetlen kormányzatnak kell lennie, akár jó, akár rossz kormányforma legyen az. (...) Ha egy különálló királyságot nézünk, itt is egyetlen királynak kell lennie, aki uralkodik és kormányoz, másként az alattvalók nem érnék el a szükséges célt, és a királyság elpusztulna. Miként a tévedhetetlen igazság mondja: „Minden megosztott ország elpusztul.”*”⁴⁸

Dante okfejtése szerint az egész emberi nem egy cél felé törekszik, s éppen ebből fakadóan szükséges az, hogy legyen valaki, aki e célnak megfelelően szabályt adjon és uralkodjék. Dante úgy látta, az emberiség egységessége az előrehaladás tekintetében kiváltképpen fontos; egy ilyen egység megvalósítására pedig egy fejedelem képes a leginkább.⁴⁹ Sőt, egyenesen úgy fogalmaz, az egység a jó, a többség a rossz gyökere. Az igazságosság érvényesülése tekintetében is hasonlóan vélekedik Dante. Szerinte a monarcha – szükségképpen – igazságos, mivel ugyanis „joghatóságának csak az óceán szab határt”, ezért uralkodásában nem kötik kapzsi vágyai.

⁴⁵ Aquinói Szent Tamás: A fejedelmi kormányzatról, 4. fejt. 1959:20.

⁴⁶ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 37. p.

⁴⁷ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 39. p.

⁴⁸ Dante Alighieri: *Az egyeduralom*, Kossuth Könyvkiadó, Budapest, 1993. 12–13. p.

⁴⁹ Dante Alighieri: *Az egyeduralom*, Kossuth Könyvkiadó, Budapest 1993. 15. p.

A modern liberális demokráciák szabadság-értelmezésével ellentétbe állítva lényeges Dante szabadságképe. „Az emberi nem akkor él legjobban, amidőn a leginkább szabad.”⁵⁰ – hangsúlyozza írásában. Kijelenti azonban azt is, hogy az emberiség szuverén akarata egy monarcha uralma alatt teljesebben ki leginkább. Elgondolásai szerint ez olyan egyeduralkodó esetében valósulhat meg, akit „kétségkívül mindenki más szolgájának kell tekinteni: ami az utat illeti, uralkodó, ami a célt, szolgál – ezáltal pedig mindenki más szabad.”⁵¹ Ugyancsak a demokratikus irányítással dialektikus párhuzamba vonva válik érdekessé azon okfejtése, amely szerint amennyiben valamilyen cél egy dolog által megvalósítható, elérhető, azt jobb azon egy, sem mint több dolog által megvalósítani.⁵² Ezt így fejt ki: „*Legyen a cél C, az egy dolog általi megvalósulás A* (pl. az egyeduralkodó döntése – a szerk.), *a több dolog általi megvalósulás A és B* (pl. politikai pozícióban levők vitája, eszmecseréje, szavazása a döntésről – a szerk.). *Nyilvánvaló, hogy hosszabb az út A-ból B-n keresztül a C-be, mint A-ból egyenest a C-be. Így hát az emberi nemet egyetlen legfőbb fejedelem képes a legjobban kormányozni, azaz a monarcha.*”⁵³

Érdemes ehelyütt utalni Montaigne-ra, aki alig kétszáz évvel később már nem osztotta Dante nézeteit az emberi társadalom egységességének jelentőségéről. A XVI. századi francia gondolkodó az embereket változékonyak és egymástól sok tekintetben különbözőnek tartotta, valamint szkeptikus volt az uralkodók erkölcsét illetően is. Vélekedése szerint a császár, akinek nyilvános pompája elkápráztat, a „függöny mögött” éppolyan közönséges ember, mint bárki más. Szerinte éppúgy a gyávaság, az állhatatlanság, a dicsvágy, a harag, s az irigység vezérli, mint bárki más. A láz, a fejfájás, az öregség, a halálfélelem, a féltékenység, stb. talán jobban megkíméli őt, mint bárki más? – teszi fel a kérdést Montaigne.⁵⁴

Dante és Montaigne világát jelentős történelmi események választják el természetesen, elegendő, ha Luther Márton fellépésére gondolunk. Dante egyértelműen a monarchia szükségességét igyekszik alátámasztani, azonban jelentőségteljes, hogy a hatalom voltaképpen alapját már a *közakaratban* jelöli meg.⁵⁵ Az itáliai költő és filozófus a hatalom néptől való eredeztetésével, deszakralizálásával, a társadalmi valóság ténylegességének és jogosságának azonosításával valójában jelentős lépést tesz a hatalomról való „másként gondolkodás” irányába.

Ahogy utaltunk rá, ez idő tájt a kifejezést nyilvánvalóan csak az ismert ókori alkotmányformák filozófiai-irodalmi taglalása folytán használták. Tényleges politikai helyzetekre való vonatkoztatása csak jóval később került terítékre. *Padovai* (Páduai) *Marsilius*-nál szintén az arisztotelészi államformához hasonló jelentéstartalommal jelenik meg a fogalom. Marsilius képes volt továbbgombolyítani a klasszikus állambölcselet vezérfonalát. Tamáshoz képest hangsúlyozottabban veszi védelmébe a választott hatalmat. Nála a „mérésékelt hatalom” az alattvalók egyetértésén alapuló választói „felülvizsgálat” lehetőségének megteremtéséből fakad. „A legjobb törvény az egész sokaság meghallgatása és irányítása mellett születik.”⁵⁶ – vallotta a ferencesrendi szerzetes. Bizonyos értelemben túllép Dante eszméin, amennyiben

⁵⁰ Dante Alighieri: Az egyeduralom Kossuth Könyvkiadó, Budapest 1993. 21. p.

⁵¹ Dante Alighieri: Az egyeduralom Kossuth Könyvkiadó, Budapest 1993. 22–23. p.

⁵² Dante Alighieri: Az egyeduralom Kossuth Könyvkiadó, Budapest 1993. 25. p.

⁵³ Dante Alighieri: Az egyeduralom Kossuth Könyvkiadó, Budapest 1993. 27–28. p.

⁵⁴ Montaigne: Esszék, Jelenkor Kiadó, Pécs, 2001. 331–334. p.

⁵⁵ Szmodis Jenő: A nyugati jogpozitivizmus kezdeteiről, Jogelméleti Szemle 2012/2. <http://jesz.ajk.elte.hu/szmodis50.pdf> 16

⁵⁶ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995. 105. p.

hangsúlyozza, hogy a *törvényhozó* és a *végrehajtó hatalom* a népet illeti. Nem tekinti azonban még szükségesnek az igazságszolgáltatás elkülönítését a kormányzástól.⁵⁷ A végső törvényhozó nála a nép, vagy legalábbis annak meghatározó része, „amely (...) választás vagy akarat révén megparancsolja, vagy elhatározza, hogy valamit meg kell tenni vagy nem szabad megtenni, evilági fenytések vagy büntetések terhe mellett.” Sőt, Marsilius ehhez azt is hozzáteszi, hogy abban az esetben is a polgárok universitas-ának kezében marad a törvényhozás joga, ha azt másra, vagy másokra bízta. Ebből pedig következik, hogy a választottak csak relatív értelemben és meghatározott ideig és csak az elsődleges törvényhozó akaratának megfelelően láthatják el illetén tevékenységüket! Tévedés lenne ezt összetéveszteni teljes egészében a modern *népszuverenitás* eszméjével, de tény, hogy bizonyos vonatkozásokban Marsilius következtetései megelőlegezték Rousseau népszuverenitás-elméletét.⁵⁸

William Ockham munkáiban⁵⁹ Dante közvetlen hatása érzékelhető. Dantéhoz hasonlóan a világi hatalmat maga is Istentől *közvetlenül* eredő jelenvalóságnak fogja fel. Vitatja tehát, hogy az igazságszolgáltatás jogát a pápa ruházhatná a világi fejedelmekre. Az evilági hatalom tehát nála sem származékos természetű, hanem sui generis entitás, amely egyedül Isten kegyelmén nyugszik. Ebből következően – álláspontja szerint – a császár a választófejedelmek döntésének következtében nyeri el hatalmát, nem pedig a felkenés révén, amely utóbbi semminemű világi privilégiumot nem biztosít az egyháznak a világi uralkodók felett.⁶⁰

Eltekintve néhány kivételtől, összességében látható, hogy a középkor demokrácia-képe inkább „egy valamikor az ősidőkben kipróbált és balul elsült” alkotmányformaként rögzült. Domináns volt az az ókori nézet – még ha kevésbé artikuláltan is –, mely szerint a fogalom alatt azt a berendezkedést kell érteni, amelyet a népgyűlések korlátlan hatalmi pozíciója és a politikailag éretlen, illetőleg alkalmatlan (és vagyontalan) néptömegek megnyeréséért folytatott versenyfutás jellemez. A kutatók meglátásai szerint a tényleges fordulat folyamata csak az 1700-as években kezdődött el.⁶¹ Mindaddig a fogalommal összefüggésbe hozható egyenlőség és együttes döntés elvein alapuló elgondolásokat kevésbé kapcsolták össze a demokráciával. Ezen elvek állambölcseleti elképzelésekbe való beépülését leginkább a „*libertas*”, a „*res publica*”, a „*status*”, „*populus*” és a „*civitas*” szavak megjelenése és fejlődése mentén követhetjük végig.⁶² Azonban ezekben az esetekben nem egy egységes alternatív alkotmányforma elemeiként, szemben az ókori felfogással. Ez még akkor is igaz, ha a középkor utolsó és az újkor legelső századaiban virágzó itáliai városköztársaságok ideológusai éppen a szabadságot emelték ki e „városállamok” legfőbb jellemvonásául. Sőt, a korban szokássá vált ezekről, mint a „szabadság államairól” írni.⁶³ Az *Értekezések* 2. című könyvében még maga az újkor hajnalán élő nagy itáliai politika-filozófus, *Machiavelli* is megjegyzi: „mihelyst zsarnoki hatalom

⁵⁷ Szmodis Jenő: A nyugati jogpozitivizmus kezdeteiről, In: Jogelméleti Szemle 2012/2. szám <http://jesz.ajk.elte.hu/szmodis50.pdf> 19.

⁵⁸ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010., 80. p.

⁵⁹ Opus nonaginta dierum, Compendium errorum Joannis papae XXII., Dialogus de imperatorum et pontificum potestate. Vö. Adams, Marilyn McCord: William Ockham. University of Notre Dame Press. Notre Dame. Ind. 1987.

⁶⁰ Szmodis Jenő: A nyugati jogpozitivizmus kezdeteiről, In: Jogelméleti Szemle 2012/2. szám <http://jesz.ajk.elte.hu/szmodis50.pdf> 19.; Uő. A jog prepozitivistá átalakulása Dantétól Kálvinig. Jogtud. Közl. 2010. november 576–582. p.

⁶¹ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010., 212–213. p.

⁶² Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Jószoveg Tankönyvek, Budapest, 1999., 40. p.

⁶³ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995., 111. p.

lesz úrrá valamely szabad közösség, a legkisebb káros következmény is az lesz, hogy megáll a város fejlődése, de legtöbbször, sőt mindig, vissza is fejlődik.” Még abban az esetben is, „ha történetesen egy kiváló képességű zsarnok jut hatalomra, aki elég ügyes és harcias, hogy birodalmát növelje, ebből sem a közösségnek lesz haszna...” Machiavelli szerint ebben az esetben a polgárok meg vannak fosztva attól a szabadságtól, hogy a városuk érdekében kibontakoztassák tehetségüket.

Az ókort követően a demokrácia lényegét abban vélték megragadni, hogy az intézményrendszer egészének működésére mennyiben volt befolyása az alsóbb néptömegeknek. Előbb Danténál még közvetetten, ezt követően később, Marsiliusnál jelent meg a politikai autoritás forrásának kérdése. Ahogy Szmodis összegzi e folyamatot „Dante, Marsilius és Occam a XIV. század második és harmadik évtizedében lefektették a világi monarchia és a világi jogszolgáltatás elvi alapjait. A monarchiát első lépésben tehát kivonták a katolikus egyház primátusa alól, és közvetlenül Isten gondviselő kegyelme alá helyezték. Második lépésben – igencsak reneszánsz módon – a római köztársaság, „res publica” antik elvei alapján minden hatalom evilági alapjának a népet, illetve a választófejedelmeket jelölték meg.”⁶⁴

Elmondható, a korban közvélekedésnek számított, hogy a demokrácia a(z egyik) legrosszabb kormányforma. Ugyan, a vegyes alkotmányformával szimpatizáló gondolkodók elismerték némely hasznos elemét, azonban az antik és késő-antik olvasókban leginkább az a tarka-barka kép rögzülhetett, melyen Arisztotelész az erkölcsi és közösségi szabályokat könnyelműen kezelő sokaság zsarnokságát ábrázolta.⁶⁵

III. A demokrácia fogalma az újkori államelméletben

A korszakot vizsgálva röviden szólnunk kell azokról a politikai, gazdasági, kulturális és vallási folyamatokról, amelyek alapvetően változtatták meg a középkorban kialakult és rögzült társadalmi kereteket és új irányt jelöltek meg az állambölcseleti vizsgálódások nyomvonalainak (pl. reformáció, pápai tekintély megrendülése, könyvnyomtatás, stb.). Még közvetlenebbül hatottak azonban a XVII.-XVIII. századi új politikai-intézményi megoldások (Hollandia, Svájc), leginkább pedig az angol, az amerikai és a francia forradalom és az azok mentén szövődő gyakorlati-közéleti változások a döntéshozatal és a közügyek intézésének rendszerében.

Az *angol forradalom* kapcsán a *levellerek* szerepét kell kiemelnünk. A levellerek mozgalma (, vagy másnéven egyenlősítők) az első újkori politikai mozgalom volt, amely a népszuverenitás elvét tűzte ki zászlaira. Ők követelték elsőként az írott alkotmányt, mely az állammal szemben megvédi a polgárok jogait. Ők fogalmazták meg elsőként, hogy a társadalom minden tagjának vannak elidegeníthetetlen jogai. Hangsúlyozták a lelkiismeret és a vita szabadságának jogát, a törvény előtti egyenlőséghez való jogot, valamint a szavazati jog jelentőségét is.⁶⁶ Ugyan nem nevezték magukat demokratáknak (ebben a korszakban ez még nem volt divatos kifejezés), azonban ők tekinthetők az első újkori demokraták és a liberális állam hirdetői elődeinek. Olyan társadalmat kívántak megteremteni, amely gyökeresen eltért a „rég világ” normáitól és amely a politikai egyenlőségen alapult.

Az *amerikai forradalom* a történelemtudomány és az eszmetörténet szempontjából

⁶⁴ Szmodis Jenő: A nyugati jogpozitivizmus kezdeteiről, In: Jogelméleti Szemle 2012/2. szám <http://jesz.ajk.elte.hu/szmodis50.pdf> 20. p.

⁶⁵ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995. 118. p.

⁶⁶ Dunn, John: A demokrácia – Befejezetlen utazás, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995. 119–143. p.

egyaránt szorosan kötődik a „ködös Albionban” a XVII. században lejátszódó forradalmi eseménysorhoz. Nem feledhető, hogy Angliában ekkor a „Bill of Rights” által szabályozottan bizonyos értelemben már a hatalmi ágak szétválasztásának elvei alapján működött a brit társadalom a király, nemesség és a nép három rendjére való felosztásával. Az amerikaiak azonban elég bátrak voltak ahhoz, hogy túllépjenek ezen.⁶⁷ Az amerikai forradalom teremtette meg az amerikai demokráciát és – a rabszolgaság intézményének fennmaradása ellenére is – az amerikaiak ezáltal lettek a modern világ első olyan népe, amelynek valóban demokratikus kormánya és társadalma volt. A forradalom következtében az amerikaiak valójában olyan kulturális és társadalmi jelentőséggel ruházták fel a hétköznapi embert, amellyel az a történelem során addig sohasem bírt.⁶⁸ A demokrácia politikai filozófiai tartalmának meghatározása Amerikában már az intézménytervezés összefüggéseivel kapcsolatban felmerült. Lényegében három olyan szerző nevét kell megemlíteni, akiknek egyedi és újszerű tételei a következő évszázadokra óriási hatást gyakoroltak: Thomas *Jefferson*, Alexander *Hamilton* és James *Madison*.⁶⁹ Számukra az önkormányzás elvének érvényesítése már magától értetődően vetődött fel. Egy olyan főhatalmat (kormányt) képzeltek el, amely tekintélyét a néptől eredezteti.

Tisztánlátásukat mutatja, hogy mégis fontosnak tartották elejét venni a populisztikus hatalomgyakorlásnak. Az antik demokrácia-beidegződésekre reflektálva úgy gondolkodtak, hogy még a nép hatalmát is fontos korlátozni. Rendkívül lényeges mondható, hogy el tudtak szakadni a korábbi klasszikus politeia-fogalomtól, vagyis a vegyes kormányzati modell eszméjétől. Ez azért volt jelentős, mert a vegyes kormányzati modell alapvetően olyan módszert kínál, amellyel különböző politikai fegyvereket ad a különböző társadalmi osztályok kezébe (egymással szemben). Ilyen vegyes megoldás például, ha a népgyűlés a népé, a szenátus azonban az arisztokráciáé. Az amerikai gondolkodók azonban megértették, hogy ez nem fér össze az önkormányzás paradigmájával. A nagy kérdés így azonban az lett, hogy hogyan képesek egymást ellensúlyozni olyan intézmények, amelyek egyaránt a nép ellenőrzése alatt állnak? A választ Jeffersonék a képviseleti rendszerben találták meg.⁷⁰ A 18. századi európai és amerikai briteket alapvetően nyugtalanította a tiszta demokrácia megvalósíthatatlansága és bizonytalansága, hiszen úgy gondolták, hogy a szó szerinti értelemben csak a görög városállamokban és az új angliai városkákban lehet ténylegesen megvalósítani „mindenki által mindenki kormányzását”. Ebben az időszakban a tényleges igény és a realitás közötti feszültségből származóan a demokrácia szót sértő értelemben használták bármilyen, a populáris kormányzás felé mutató, kedvezőtlen tendenciára.⁷¹ Ezt a dilemmát a képviselet drasztikus kiterjesztésével hidalták át. Ahogyan 1788-ban James Winthrop fogalmaz: „*Minden ember nem másokkal akar jót cselekedni a társadalomban, hanem csakis a saját érdekében teszi. Mivel a társadalom minden egyéne és csoportja egyaránt önző, egyedüli igazságos képviseletük a kormányban az lenne, ha a közösség valamennyi rendje részt vehetne benne. Tehát hagyni kellene, hogy hivatással bíró férfiak, boltosok, kereskedők, farmerek, mesteremberek és a többiek, igazságos arányban elküldhessék a törvényhozásba legtájékozottabb tagjaikat.*”

⁶⁷ Az európai értékek Amerikába való kiadásáról, ottani kiteljesedéséről, majd Európába való „exportálásáról lásd bővebben Szmodis Jenő: *Kultúra és sors*. Bíbor Kiadó. Miskolc, 2005. különösen 134. p.

⁶⁸ Dunn, John: *A demokrácia – Befejezetlen utazás*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995., 144. p.

⁶⁹ Takács Péter: *Államelmélet I.*, Szent István Társulat, Budapest, 2010., 216. p.

⁷⁰ Takács Péter: *Államelmélet I.*, Szent István Társulat, Budapest, 2010. 216. p.

⁷¹ Dunn, John: *A demokrácia – Befejezetlen utazás*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995., 145. p.

Winthrop rátapintott a politikumot körülövező viták és harcok legfőbb gyújtópontjára. Amerikában így a képviselők tanácskozásai során az (egymással szemben) akaratvényesítő csoportok érdekei már részben egymást neutralizálva kerültek megvitatásra.⁷² Legfőképp ez a megoldás járult hozzá az amerikai társadalom későbbi stabilitásához. A demokrácia kifejezés ugyan ekkor még sem teológiai, sem etikai, sem hitbéli tartalommal nem rendelkezett, mindazonáltal a XVIII. század második felére mindinkább felülvizsgálták az ahhoz való negatív viszonyulást.

A *francia forradalom* szóhasználatában jelent meg egy emphatikus demokráciafogalom.⁷³ Igaz, konkrétabb alkotmánypolitikai igények megfogalmazása nélkül. Volt, aki úgy nyilatkozott, hogy a demokrácia törvényeit maga Isten adta az embereknek. Megjelentek olyan kifejezések is, mint „testvéri demokrácia”, vagy „keresztény demokrácia”. Ez a magasztos viszonyulás a fogalomhoz csak a jakobinus uralommal és a Konvent-rezsimmel került be a politikai köztudatba. Robespierre szerint a lényeg valójában nem az egyes intézmények megformálásában áll, hanem a demokrácia szellemének követésében. Nála egyjelentésű volt a fogalom a közérénnyel, az egyenlőség szeretetével.⁷⁴

A francia forradalomnak végeredményben nem sikerült feloldani a fenntartásokat az abszolút demokráciával szemben. A radikál-demokratikusként felfogott alkotmánykísérletek zátonyra futása – átmenetileg – még erősítette is azokat (például Kantnál). Némelyek példáját vélték látni a már az antik korban is megfogalmazott demokrácia-türannisz átmenetnek a francia eseményekben (demokrácia, vagy demokrácia-jellegű kísérlet – Napóleon uralma).

Kissé visszaugorva az időben, az újkor politikafilozófiájáról összességében elmondható, hogy a 16.-18. században a fogalom alapvetően még mindig kötődött az arisztotelészi értelmezéshez és államforma-tanhoz. Ennek megfelelően a demokrácia pozitív interpretációja éppen úgy jelen volt az irodalomban, mint a negatív. Előbbi esetben a politeiával azonosították, utóbbi esetben az államhatalom elfajzásaként jelölték meg tartalmát. Mindezek mellett szót kell ejteni a fogalom teoretikus továbbfejlődésének kibontakozásáról is.

Ami a pozitív interpretációt illeti, találó Pufendorf megfogalmazása, aki a demokráciát szintén az arisztotelészi hármasság nyomán határozta meg. „*A legfőbb hatalom valamennyi családapa tanácskozásán múlik.*”⁷⁵ Pufendorf szerint egy demokrácia akkor működik jó alkotmányformaként (úgymond politeiaként), „ha az egyenlő szabadságban a kedélyek egyforma beállítódásúak, és a köztársaság általános jóléte lehetőség szerint a szívekhez juthat, amikor a jó tanács könnyen helyet kap és megfogadják, és mindig a legderékabb lesz a legfontosabb hivatalokban; viszont a többiek, ahogy illik, engedelmeskednek”. Minden egyéb esetben a hanyatlás intézményévé válik.

Alsted és Besold felfogása szerint ez a berendezkedés a nép parancsolási jogát ülteti a gyakorlatba, míg Ehrenbach tanácsosnak látta, hogy a fő tisztségeket maga a nép alkossa, s azok tőle is vegyék tekintélyüket. Utóbbi érvelésében a köztársasági Rómára hivatkozott, melyben a főtisztségek képviselőjét teljesen a nép akarata határozta meg. Sőt, a törvények fejvesztést parancsoltak arra a személyre vonatkozólag, aki nem a néptől szerezte hatalmát.⁷⁶ Számos esetben írják le a kifejezést a korszakban úgy, mint „köz nép uralmát”, „mindenek uralmának állapotát”,

⁷² Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 216. p.

⁷³ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999., 81. p.

⁷⁴ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 82. p.

⁷⁵ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 45. p.

⁷⁶ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 46. p.

„a republika szabályszerű formáját, ahol a legfőbb hatalom az egész népet megilleti”, stb.

Megjelenik mindazonáltal úgy is, mint az állami intézmények szisztémájának elfajzása. Baumeister 1758-ban úgy fogalmaz: „A demokrácia az az állam, ahol az egész nép egyedül a saját hasznát tartja szem előtt, elhanyagolja az állam jólétét és nyugalomát.” Még Montesquieunél, Rousseunál, Wielandnál és Kantnál is uralkodó a fogalom negatív hangsúlyozása és a kétely azzal szemben, hogy a demokrácia megvalósítható a legkisebb politikai rendeken kívül.⁷⁷

Az önkormányzás elve és a demokrácia összefonódási folyamatának kezdőpontja ugyan Marsilius állambölcseleti munkáiban lelhető fel, gyakorlatilag azonban *Jean-Jacques Rousseau* munkássága határozta meg az elméleti fejlődés irányvonalát. Rousseau szerint az *önkormányzás elve* csak olyan személyek tömegében érvényesülhet, akik között a politikai erkölcsiség tartóköteleit stabilizáló kapcsolatok alakulnak ki. Ebben az esetben lehet egy közösség (egy nép) szuverén, és így rendelkezhetnek az intézmények megfelelő tekintéllyel.⁷⁸ A közösség tagjainak személyes, speciális érdekei, szándékai együtt egy „általános akaratot” képeznek (közcélok?). A tagok ennek az általános akaratnak a legfőbb irányítása alatt egyesülnek, amely az általános akarat irányának megfelelően alkot törvényeket és teremt politikai intézményeket. Rousseau mindazonáltal mégsem vált a demokrácia nagy zászlóvivőjévé: nézetei szerint a szó szoros értelmében vett demokrácia sosem volt, és sosem lesz. Ennek oka pedig, hogy ellenkezik a természetes renddel az, hogy a többség kormányozzon és egy kis részt kormányozzanak. Nem gyakorlatias, hogy a nép állandóan idézve legyen a közügyek megoldására és megvitatására. Emellett úgy látta, a demokráciában nagy veszélyt jelent, hogy ugyanazok alkotják a törvényeket, mint akik végrehajtják. Az ő szemében egyetlen kormányzat sincs annyira kitéve a polgárháborúknak és a belső zavargásoknak, mint a „népuralom”. „*Ha egy isteni nép létezne, az demokratikusan kormányozná magát. Az embereknek egy ilyen tökéletes kormányzási mód azonban nem felel meg.*”⁷⁹ Rousseau elméletének egyik gyengesége, hogy nem tudta megjeleníteni azokat az általa fontosnak tartott morális kapcsolatokat, melyeknek össze kellene fogniuk a társadalmat.⁸⁰

Rousseau-hoz hasonlóan *Immanuel Kant* is egy szerződéselméleti alapról kiinduló elméleti vertikálison mozogva fogadta el az önkormányzás elvét. Jelentős eltérés azonban nagy francia elődjétől, hogy ő a despotikus berendezkedés valódi alternatívájának a *képviselői rendszert* tekintette. Kant összességében a képviselői rendszerrel átszőtt köztársaságot tekintette ideális formának. (Ezzel pedig ő vált az egyik legszilárdabb pontjává a demokráciát és a köztársaságot összekötő elméleti egyenesnek.) Kant számára ellenben a tiszta demokrácia, melyben a társadalom minden tagja részesül a hatalomból, úgy jelenik meg, mint kényuralom. Ezt azzal indokolta, hogy ez a berendezkedés olyan végrehajtó hatalmat alapít, amely által az emberek összessége adott esetben olyan egyvalaki fölött dönt, „aki nem ért egyet”. Ennél fogva olyan többség, amely mégsem teljes, így pedig ez az „általános akarat” ellentmondása önmagával és a szabadsággal. Számára ez azért jelentett problémát elsősorban, mert az egyénnek nem nyújtotta az általa szükségelt jogállami védelmet.⁸¹ Ezzel a német filozófus lényegében újra megerősíti azt az antik felfogást, amely szerint a demokrácia könnyen átcsap türanniszba. Kantnál az egyetlen maradandó

⁷⁷ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 49. p.

⁷⁸ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010., 215. p.

⁷⁹ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999., 50. p.

⁸⁰ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 215. p.

⁸¹ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 50. p.

államalkotmány ott lelhető fel, ahol a hatalommegosztás elrendezett, a törvényhozást képviseleti rendszer biztosítja, a törvény önuralmúvá vált. Csakis ilyen körülmények között alakulhat ki a „tisza köztársaság”.⁸² A képviseleti rendszer mellett érvelt Benjamin Constant is, aki szerint a modern ember számára a képviseleti rendszer a garanciája a valódi, gyakorlati, politikai szabadságnak. A képviseleti rendszernek pedig fontos eleme kell, hogy legyen a számonkérés lehetősége. Ezzel Kant és Constant vázolták fel elsőként a modern *parlamentarizmus* eszméjének struktúráját.

Kant kortársa, Wieland vélekedése szerint a demokrácia túlságos módon vélelmezi az erényes embereket, azonban nem képes ilyeneket kinevelni. (Véleménye szerint – az Egyesült Államokkal szemben – a korabeli Franciaországból hiányzott az erkölcs egyszerűsége és tisztasága, ezért is fordult ott más irányba a történelem kormánykereke.) Wieland úgy látta, „a demokrácia politikai evangélium.”⁸³

Ami a fogalomhasználat változásait, a teoretikai továbbfejlődést illeti, előbb a politikai filozófiai álláspontok átrendeződése kezdődött meg a XVIII. században. Ezt csak ütemkéséssel követte a nyelvhasználat átformálódása a XIX. és a XX. században.

A XIX. század kezdetéig leginkább két irányban mozdult el a demokrácia jelentéstartalma az államfilozófiában. Egyrészt a politeia-val való azonosítás, másrészt pedig a köztársaság és a demokrácia tartalmának közelítése irányába. Emellett (ritkán) jelentkezett már a kifejezés más speciális tartalommal is.⁸⁴ Köster megkülönböztette a tiszta és a képviseleti demokrácia fogalmát. Köster szerint a valódi ilyen berendezkedés csak akkor valósul meg, ha a nép egésze részt vesz a törvényhozó hatalomban. Ha viszont a többiek csak néhány személy helyettesíti, vagy reprezentálja, akkor ez már nem tiszta demokrácia, de ha a nép maga választja reprezentánsait, akkor mégis megközelíti azt. A képviselők azonban másképp nem szavazhatnak, mint ahogyan megbízták őket.⁸⁵ Köster szerint a demokrácia eredeti formája ugyan a legmegfelelőbb, azonban az gyakorlati problémák miatt soha nem fog bevalni. Külön kiemelendő *D’Argenson*, aki még 1789 előtt a német fejedelemségek működési elveit vizsgálva már a *demokrácia különböző fokairól* írt. Ő már a francia történelmet a demokrácia fejlődésének szemszögéből vizsgálta. *D’Argenson* felfogásában a kifejezés az eredeti alkotmánypolitikai értelmezésen túl a polgári felemelkedés törekvésének és a szociális egyenlőség igényének történelemfilozófiai kulcsszavává vált.⁸⁶

Az 1780-1800 közötti évek váltak döntő jelentőségűvé a demokrácia-felfogás modern értelmezésének kialakulásában. Egyfelől a demokrácia a tudományos nyelv kifejezéséből egy általános politikai fogalommá vált, másfelől pedig túlnöve államforma-jelölő funkcióján, szociális és filozófiai vonatkozásokat is nyert. Ebben a tekintetben lényeges az 1820-as évek Amerikája is, leginkább Andrew Jackson elnök politikai programja, később pedig a Demokrata Párt megalakulása jelezte a fogalomhasználat átalakulását.⁸⁷

Lényegében az 1800-as években vált használatos kifejezéssé a *demokrata* és a *demokratikus*. A demokrata, mint cselekvés- és teljesítménymérő-, a demokratikus, mint társadalmi rétegeket és politikai társulásokat jelölő fogalom.⁸⁸ Olyan

⁸² Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 67. p.

⁸³ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Józseveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 63. p.

⁸⁴ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Józseveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 51. p.

⁸⁵ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Józseveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 52–53. p.

⁸⁶ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Józseveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 58. p.

⁸⁷ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 217. p.

⁸⁸ Brunner, Otto „et. al.”: A demokrácia, Józseveg Tankönyvek, Budapest, 1999. 77. p.

személy(közösség), amely kívánja, hogy a nép uralkodjék képviselői által, ő maga pedig nem akar egyedül uralkodni. Azt ugyanis a demagóg akarja. Egy korabeli szótárban mint *szabadpolgári gondolkodású*, szabadságpárti, néppárti is szerepel.⁸⁹ A „demokratikus párt” kifejezés Németalföldön bukkan fel már 1790-ben.

A nagy változás mindazonáltal ebben a században mégis az volt, hogy a demokrácia, mint *a társadalmi mozgás viszonyításpontja* jelent meg a teoretikai diskurzusokban. Ezt fejezi ki a XIX. század közepén a német Steger fogalmazása is lényegében. „*Egy társadalmi forma, melyet gyakran mintaként magasztaltak, hirtelen közöttünk vált valósággá. Az elméleti fejtegetés most egy hús-vér lényel találja szemben magát; a demokrácia megtette a könyvekből az életbe vezető lépést.*”⁹⁰

A híres angol filozófus, John Stuart Mill ezekben az években fogalmazott úgy: „Világunkban jól megfigyelhető a társadalom demokratikus felépítése felé mutató erős tendencia, akár követik ezt a demokratikus politikai intézmények, akár nem.”⁹¹ Ugyancsak a demokráciát alkalmazta iránymutatóként, azonban gyökeresen másként gondolkodott a híres német filozófus, Georg Friedrich *Hegel*. Hegel a forradalmakkal való viszonya szerint tekintett a demokráciára, azt teljes egészében az államra vonatkoztatta. Ugyan elismerte, hogy szükségszerű helye van egy ilyen berendezkedésnek a szabadság szellemének kibontakozásához (önmegvalósulásához), azonban úgy vélte, az mégsem a megbékéléshez vezet, hanem az újabb viszály magjait veti el. Hegel jogfilozófiájában a demokrácia visszamaradt az észállam legmagasabb foka mögött. Megfogalmazása szerint a demokrácia amorf tömeggé alakítja a társadalmat, amely már nem minősül államnak valójában.⁹² Hegelnél az állam olyan tagok szervezetéből épült fel, amelyek maguk között ún. köröket alkotnak. Nézetei szerint az állam semmiféle mozzanatának sem szabad szervezetlen sokaságnak mutatkoznia. A népszuverenitást a nép zavaros, sivár képzetéként fogta fel. Egyenesen úgy tekintett a demokráciára, mint elavult jelenség, amelyet a történelmi folyamat éppen meghalad. Nála a magasabb állameszmény a demokráciához viszonyítva nem lehetett hasonlóan reakciós és védekező jellegű.

Visszatérve az állambölcseleti nézőpontok kifejtéséhez, meghatározó *Alexis de Tocqueville* szerepe. Ahogyan korábban D’Argenson-nál is utaltunk rá, mind inkább megjelent a demokráciáról való gondolkodásmódban egy olyan új elem, amely azokat a szociológiai tényeket veszi alapul, melyek a demokrácia institutionális kiépülésével, az ehhez köthető mozgalmak (pl. pártok) tevékenységével kapcsolhatóak össze. Lényegében tehát a részvételi és önkormányzati elvek megjelenésével összefüggő társadalmi változásokkal. Nevezhetjük ezt a demokrácia társadalmi hatásainak is.⁹³ Ennek a hatásnak volt a leírója Tocqueville. Amikor ugyanis Tocqueville demokráciáról írt, elsősorban arra az egalitárius társadalomra gondolt, amely a megelőző évszázadokban alternatívájává vált az európai rendi, arisztokratikus berendezkedésnek. Úgymond a demokrácia nála a horizontális társadalom megvalósulását jelentette a vertikális helyett. Tocqueville világosan látta, hogy egy ilyen társadalom kialakításával oda lesz a „dicsőség, a kifinomult ízlés, a fennköltég”, mindazonáltal szélesebb körben érvényesülhet a jólét és a kölcsönös bizalom.

A francia politikai gondolkodó fontosnak tartotta ebben a rendszerben azokat a garanciális intézményeket, amelyek a zsarnok elleni biztosítékként érvényesülhettek.

⁸⁹ Brunner, Otto „et. al.”: *A demokrácia*, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 79. p.

⁹⁰ Friedrich Steger: *Kiegészítések*, 207. sz, 4. kötet, H. 4 (Lipcse, 1849.) 801. p.

⁹¹ Dunn, John: *A demokrácia – Befejezetlen utazás*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1995., 193. p.

⁹² Brunner, Otto „et. al.”: *A demokrácia*, József Tankönyvek, Budapest, 1999. 121. p.

⁹³ Takács Péter: *Államelmélet I.*, Szent István Társulat, Budapest, 2010. 217. p.

Szintén pozitívan vélekedett a népnek juttatott politikai jogokról. Kétségeit fogalmazta meg azonban az általa tartott legnagyobb veszéllyel, a többség zsarnokságával szemben felállított biztosítékokkal kapcsolatosan.⁹⁴ Tocqueville világosan látta, hogy a többség hatalmával szemben ugyanis nincsen kihez fordulni. A többségnek döntő befolyása van a közvéleményre, a törvényhozásra és a végrehajtásra is. Ebből fakadóan a részvételi elvnek nem lehet korlátlanul teret engedni, hiszen ezáltal túlságosan megnő a többségben levők politikai hatalma. Így ugyanis az uralkodó és az arisztokrácia régi fajta zsarnokságát a többség újféle zsarnoksága váltja fel. Logikailag érthetőbben Hans Kelsen vezette le később ezt a problémát majd egy évszázaddal később: „Már az sem kizárólag a saját akaratának van alávetve, aki a többséggel szavaz. Ezt akkor veszi észre, ha megváltozik a véleménye; ugyanis „ahhoz, hogy ő, az egyén újra szabad legyen, többséget kellene találnia új véleménye mellett.” Tehát ha valaki kisebbségi véleményt fogalmaz meg, azonnal mindazok sorába kerül, akiknek nincs joguk érvényt szerezni a saját véleményüknek. Ebben az esetben lényegében az is probléma, hogy a szavazáskor még többségi állásponton levők sem rendelkeznek igazi szabadsággal, hiszen nincs lehetőségük a véleményváltoztatásra.”⁹⁵

A korszak összefoglalásául elmondható, hogy a demokráciát körülövező jogfilozófiai álláspontok megváltozása és a fogalom köztudatba kerülése a XIX. század végére növelte egyúttal azt a felismerést is, hogy az antik és a modern demokrácia jelentéstartalma, valamint a fogalmi elemek és a gyakorlati realitás között erőteljes határvonal húzódik. Erre a nagy jelentőségű változásra reagálva írja a XX. századba átlépve Hans Kelsen, hogy a demokrácia olyan ideális típus, amely „a tételes jog valóságában teljesen soha meg nem valósulhat”. Az újkorban szembesültek ugyanis azzal a gyakorlati problémával, hogy egyetlen embernek „sem lelki, sem testi erői nem elegendőek arra”, hogy képessé tegyék őt valamely állami rend minden normájának minden fokozaton való megalkotásához való hozzájárulásra, különösen, hogy „az állami rend érvényességének térbeli körzete növekszik.”⁹⁶

⁹⁴ Takács Péter: Államelmélet I., Szent István Társulat, Budapest, 2010. 218. p.

⁹⁵ Sartori, Giovanni: A demokrácia, Osiris Kiadó, Budapest, 1999. 23. p.

⁹⁶ Kelsen, Hans: Az államelmélet alapvonalai, Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997., 94. p.

Gondolatok a pénzforgalom rendjét sértő bűncselekmények kapcsán²

Bevezetés

A pénzforgalom rendjét sértő deliktumok, s köztük első helyen a pénzhamisítás, mint a mindenkori hatalom monetáris érdekeit veszélyeztető cselekmény, egyike a legősibb – mai szóhasználattal élve: gazdasági – bűncselekményeknek. A pénzhamisítók mindemellett a család, embertársaik tévedésbe ejtése révén nyereségre törekvő bűnelkövetők archeotípusának is számítanak, nem véletlen tehát, hogy e deliktumot az 1843. évi Deák Ferenc-féle törvényjavaslat kifejezetten a vagyon elleni bűncselekmények körében kívánta szabályozni, egyes szerzők pedig a pénzhamisítást napjainkban is – Csemegi-kódex idején még „ravasz fondorlattal” elkövethető³ – csalás speciális eseteként fogják fel.⁴

A pénzhamisítás eredete nem csupán a modern értelemben vett pénzforgalom létrejöttének kezdeteire, hanem az azt megelőző időkre is visszanyúlik.⁵ A bűncselekmény tényállása hazai fejlődésének állomásait áttekintve megállapítható, hogy a fizetőszközökön megvalósuló manipulációk tárháza már a középkorban is igen nagy volt, így a korabeli kodifikátorok mindenkor nagy hangsúlyt fektettek az efféle magatartások következetes – bár sokszor kazuisztikába hajló kivitelezésű – üldözhetősége lehetőségének megteremtésére.⁶ Mindez a későbbi magyar büntetőtörvény-tervezetekből⁷ és az első büntetőkódexből is visszaköszön.⁸ Szembetűnő az is, hogy míg a klasszikus vagyon elleni bűncselekmények büntetése kapcsán a jogalkotói szigor jócskán enyhült a kezdeti időkhöz képest⁹, addig a

¹ SZTE-ÁJK Doktori Iskola, PhD hallgató (2009-2012.), Budakörnyéki Ügyészség, ügyész

² A tanulmányt lektorálták: Prof. Dr. Nagy Ferenc, tsz. egyetemi tanár, kand., habil. (SZTE-ÁJK) és Dr. Vida Mihály, c. egyetemi docens, ny. megyei főügyészségi ügyész

³ 1878. évi V. törvénycikk *a magyar büntetőtörvénykönyv a büntettekről és vétségekről*, 379. §

⁴ Így Molnár Gábor: *Gazdasági bűncselekmények*. HVGORAC, Budapest, 2009, 466. o.

⁵ Derzsi Júlia szerint már a római jog is önálló bűncselekményt formulázta a pénzhamisítást, és pedig a legsúlyosabb, közbizalmat és közhitelt sértő deliktumok egyikeként. Lásd Derzsi Júlia: *A pénzhamisítás bűncselekmény az erdélyi szászok jogkönyvében (1583)*. Korunk. 3. folyam, 20. évf., 6. sz. (2009. június). Forrás: <http://epa.oszk.hu/00400/00458/00150/indexc91b.html> (letöltés: 2012. augusztus 30.)

⁶ Luxemburgi Zsigmond király 1405. évi törvénykönyve szerint például tilalmazott volt a pénzt „körülmetszeni, a sulyosakat a könnyüektől külön választani, vagy valami mesterséggel avagy fuffanggal meghamisítani”. (Luxemburgi) Zsigmond, 1405. évi (I.) XVIII. törvénycikk *a pénzek forgalma, és azok büntetése, a kik e tárgyban vétkeznek*. Forrás: www.1000ev.hu (letöltés: 2012. augusztus 30.) Azonban, mint Tóth Mihály utal rá, a pénzhamisítást mint a felségsértés egyik formáját már Károly Róbert törvényei is büntették. Lásd Tóth Mihály: *Gazdasági bűnözés és bűncselekmények*. KJK Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó, Budapest, 2000, 321–322. o.

⁷ Ezek részletes bemutatásához lásd pl. Balogh Elemér: *A pénzhamisítás bűncselekménye a XIX. század első felének néhány német kódexében és a korabeli magyar büntetőtörvény-tervezetekben*. Universitas Szegediensis. Acta Juridica et Politica, Szeged, 1988, 21–36. o. Értékes megállapításokat fogalmaz meg a téma kapcsán Kahler Frigyes is. Lásd pl. Kahler Frigyes: *A pénzhamisítás bűncselekményének alakulása Magyarországon*. Jogtörténeti Tanulmányok, 5. évf, 97–113. o.

⁸ Részletesen szabályozta a pénzhamisítás egyes eseteit a Csemegi-kódex XI. Fejezete (203–212. §-ok)

⁹ Lásd pl. a XI. század magyar királyainak jogszabályait, amelyek kivétel nélkül krudélis büntetéseket helyeztek kilátásba a vagyon ellen vétőkkel szemben. Vö. Szent István Dekrétomainak Második Könyve, 29., 39., 41., 55., vagy Szent László Dekrétomainak Második Könyve, 1-5. Fejezeteit. Forrás: www.1000ev.hu (letöltés: 2012. augusztus 30.) Ezzel szemben napjainkban többnyire legfeljebb 2 évig terjedő szabadságvesztéssel rendeli büntetni a vagyon elleni (nem erőszakos) bűncselekmények

pénzhamisítás – a maga alapesetre kiszabható 2-8 évig terjedő szabadságvesztés-büntetésével – továbbra is a súlyos deliktumok körébe tartozik.¹⁰ Fenntartja e szigort a 2013. júliusában hatályba lépő 2012. évi C. törvény (az új Btk.) 389. §-a is.

Klasszikus, a joggyakorlatban kiforrott szabályrendszerű bűncselekményről, és hozzá kapcsolódó, a pénzforgalom rendjét sértő tényállásokról van tehát szó, amelyeknek jogtudományi-dogmatikai megítélése is meglehetősen egységes. Egy e tárgy körben készült tanulmány azonban mégis több okból is aktuális lehet.

A pénzhamisítás a rendszerváltozás időszaka óta kiemelt helyet foglal el a gazdasági bűncselekmények között. Számuk az 1991. évi 142-ről 1999-re majdnem elérte a 3000-et (2833 elkövetés), majd hazánk Európai Unió csatlakozását követően, 2006-ban tetőzött (3413 elkövetés). Habár ezt követően némi visszaesés volt tapasztalható, 2010-ben azonban az előző évhez képest 12 %-os növekedés volt ismét tapasztalható (a 2009. évi 1748 elkövetésről 1970-re).¹¹

Tehát a bűncselekmény kiemelt jelentősége, a legutóbbi idők gyakorlatának vizsgálata, a tényállás (és a hozzá tartozó bűncselekmény-változatok) új Btk.-beli módosulása, s a gyakorlati jogalkalmazóktól is elvárt elméleti felkészültség elmélyítése is megkívánja, hogy az alábbiakban vázlatosan összefoglaljuk és megfogalmazzuk a téma kapcsán felmerülő kérdések körében kialakult álláspontunkat. Szintén időszerűvé teszi dolgozatunk elkészítését, hogy bár a szakközönséget bizvást élénken foglalkoztató témakörrel van szó, abban közelmúltban – tudomásunk szerint – viszonylag kevés munka látott napvilágot.¹²

I. A bűncselekmény jogtárgya

A pénzhamisításnak a jogirodalom által egybehangzóan elfogadott jogi tárgya a pénz- és értékgazdaság rendje, továbbá a törvényes pénzbe, közelebbről annak valódiságába és értékébe vetett bizalom.¹³ E felfogás lényegében a bűncselekménynek csupán ún. közösségi jogi tárgyát ismeri el, az azonban nézetünk szerint némileg elsikkad, hogy a pénzhamisítás nem ritkán individuális érdekeket is veszélyeztethet vagy sérthet. Ennek okát abban látjuk, hogy e deliktum az esetek jelentős részében a forgalomba hozatal révén, például a hamis pénzzel történő fizetést elfogadó sértettekkel szemben vagyoni kárt is okoz.¹⁴ Mindez kitér abból is, hogy az egységes gyakorlat nem is állapít meg a speciális pénzhamisítás mellett csalást is az ilyen esetekben, mivel valamennyi jogvédte érdek védelmére alkalmas a Btk. 304. §-ában szabályozott

alapeseteit a jogalkotó, s a gyakorlat büntetlen elkövető esetén ilyenkor többnyire beéri pénzbüntetéssel vagy próbára bocsátással, sőt több esetben ügyészi (vagy bírósági) megrovással is.

¹⁰ Vö. a Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény (Btk.) 304. §

¹¹ Az adatok a Belügyminisztérium Koordinációs és Statisztikai Osztálya, valamint a Legfőbb Ügyészség Számítástechnika-alkalmazási és Információs Osztálya által kiadott 2010. évi „Tájékoztató a bűnözésről” c. kiadvány 6. és 26. oldalairól származnak.

¹² Így Kőrösmezeiné Virág Regina: A pénzhamisítás hatályos törvényi tényállása. In Rendészeti Szemle, 2010/5. szám, 88-105. o. és Goricsán Tamás Károly: A Fővárosi Ítéltábla ítélete egy pénzhamisítási ügyben. A pénzhamisítás elkövetési magatartásainak egymáshoz való viszonya, illetve a pénzhamisítás elősegítése és előkészülete elhatárolásának gyakorlati kérdése. In Jogesetek Magyarázata, 2010/3. szám, 39-44. o.

¹³ Így Varga Zoltán et al.: A büntető törvénykönyv magyarázata. 2. kötet. CompLex Kiadó, Budapest, 2009, 1295. o., Belovics Ervin – Molnár Gábor – Sinku Pál: Büntetőjog. Különös Rész. 8., átdolgozott kiadás. HVGORAC, Budapest, 2009, 631. o., Molnár Gábor: i. m. 450. o., Tóth Mihály 2000, i. m. 323. o., Wiener A. Imre: Gazdasági bűncselekmények. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1986, 254. o. és Kereszty Béla: A gazdasági bűncselekmények (Btk. XVII. Fejezet). In Nagy Ferenc (szerk.): A magyar büntetőjog különös része. Korona Kiadó, Budapest, 2005, 699. o.

¹⁴ Vö. például Legfelsőbb Bíróság Bfv.III.158/2007/5. sz.

bűncselekmény.¹⁵ A pénzhamisító tevékenysége révén tehát nemcsak az állampolgároknak a pénz valódiságába vetett bizalma rendülhet meg, hanem annak bizony sok esetben pénztárcájuk is kárát látja.

Mindezt nézetünk szerint a jogi tárgy meghatározásánál sem lehet figyelmen kívül hagyni. Erre tekintettel a kizárólag közösségi jogtárgyat konstatáló felfogásnál helyesebbnek tartjuk azt az álláspontot, amelynek értelmében a pénzhamisítás jellegzetes jogi tárgya valóban a pénzforgalom rendje, másodlagosan azonban – legalábbis a forgalomba hozatallal és a jogügylet kapcsán megtévesztéssel megvalósított cselekmények viszonylatában – individuális jogtárgyként a sértettek vagyoni jogai is kiemelhetők és kiemelendők. A jogtárgy ilyen felfogása egyébként a forgalomba hozatallal kárt okozó csalás ítéletbeli mellőzését is megalapozhatja, annak ellenére, hogy nézetünk szerint a csalás bűnhalmazatban való felhívása mellett is lehet érveket találni.¹⁶

II. A bűncselekmény elkövetési tárgya

A bűncselekmény elsődleges elkövetési tárgyának alapvetően maga a forgalomban lévő (vagy a jövőben törvényes fizetőeszközként forgalomba kerülő) valódi pénzhez viszonyítva hamis pénz tekintendő, habár figyelemre méltó az a Fonyó Antaltól származó álláspont, amely szerint „a pénz bizonyos esetekben elkövetési tárgya, más esetekben eredménye (produktuma) a bűncselekménynek”.¹⁷

A pénz fogalmát napjainkig nem a Btk., hanem annak hatályba léptetéséről rendelkező törvényerejű rendelet, a Btké. 24. §-a határozza meg. Ezt a megoldást már Tóth Mihály is bírálta, alapelvi szempontból aggályos lehet ugyanis, hogy egy bűncselekmény tényállási elem tartalmát törvéynél alacsonyabb rangú – és eredetileg köztudottan a már régóta nem létező Elnöki Tanács által alkotott – jogszabály állapítsa meg.¹⁸ Részünkről e kritikát – napjaink megváltozott jogszabályi háttérének ismeretében – azért nem találjuk annyira élesnek, mert a Btké. 24. §-ának teljes tartalmát törvénnyel történt módosítás tölti ki, így tulajdonképpen a tvr. eredeti szövegéből semmi sem hatályos.¹⁹ Az biztosan leszögezhető azonban, hogy jogállami szempontból megnyugtatóbb és egyben tetszetősebb az új Btk. megoldása, amely a jelzett problematikát kiküszöböli: a pénz fogalmát ugyanis közvetlenül a pénzhamisítás tényállásához kapcsolt értelmező rendelkezés határozza meg [új Btk. 389. § (5) bekezdés a) pont]. Az értelmező rendelkezések jogforrási áthelyezésén túl – amely amellet, hogy lényegében teljesen elaltatja a pénzhamisítás kerettényállási jellegét felvetők ezen gyanúját²⁰ – az új Btk. az elkövetési tárgy vonatkozásában újításokat az alábbiak szerint tartalmaz.

II.1. A Btké. „fém- vagy papírpénz és bankjegy”-ről szól, mely az új szabályozásban

¹⁵ BJD 2614., BH 1999.198.

¹⁶ Miként tette azt Földvári József: Az egység és a halmazat határesei a büntetőjogban. KJK, Budapest, 1962, 229. o.

¹⁷ Fonyó Antal: A gazdasági bűncselekmények. In Bogdál et al.: Magyar Büntetőjog különös rész. BM, Budapest, 1981, 455. o.

¹⁸ Tóth Mihály 2000: i. m. 323. o. és Erdősy Emil – Földvári József – Tóth Mihály: Magyar Büntetőjog Különös Rész. Osiris, Budapest, 2004, 463. o.

¹⁹ A 24. § (1) bekezdésének szövegét a 2001. évi CXXI. törvény 84. § (1) bekezdése, a (2) bekezdés szövegét az 1994. évi IX. törvény 34. §-a határozta meg. Ezt követően a (2) bekezdés b) pontjának szövegét módosította a 2003. évi II. törvény 84. § (1) bekezdése, a (3) bekezdés szövegét a 2001. évi CXXI. törvény 84. § (2) bekezdése határozta meg, végül a (4) bekezdés szövegét a 2005. évi XCI. törvény 25. §-a iktatta be a Btké. Szövegébe.

²⁰ Körösmezeiné: i. m. 95. o.

már „bankjegy vagy érme”-ként szerepel. A fém pénz és az érme kitétel a köznapi felfogás szerint tartalmilag azonos fogalmakat fed, így a módosításnak gyakorlati jelentősége szerintünk nemigen van. A papírpénz szó elhagyása kapcsán pedig felfogásunk egybevág Molnár Gáboréval, aki a gazdasági bűncselekményeket elemző monográfiájában rámutat arra, hogy korábban a közgazdaságtani nézőpont ugyan különbséget tett bankjegy és papírpénz között, ez a megkülönböztetés azonban napjainkra megszűnt, a kettő fogalom szinonimnak tekinthető, erre figyelemmel az új Btk. egyszerűsítésre törekvő szóhasználatával egyet lehet érteni.²¹

II.2. Egyszerűsítésre került sor az értelmező rendelkezések körében a pénzzel egy tekintet alá eső értékpapírok kapcsán is. Elhagyta továbbá a jogalkotó azt a lényegében felesleges kitételt, amely szerint „külföldi pénz alatt az eurót is érteni kell” [Btké. 24. § (3) bekezdés 2. mondat].²² Az Európai Unió hivatalos fizetőeszköze ugyanis ilyen kitétel hiányában is aggálytalanul a pénz fogalma alá vonható.²³ Éppen ezért nem teljesen érthető számunkra az a módosítás, amely az új Btk. 389. § (5) bekezdés a) pontjának pénz-fogalmában a „az európai unió jogi aktusát” is külön nevesíti a jogszabályi rendelkezés mellett, ezáltal olyan látszatot keltve, mintha a magyar jogban közvetlen hatállyal bíró közösségi jogi normák ne lennének jogszabálynak tekinthetőek.

II.3. A fenti módosításokról megállapítható, hogy a korábbi pénz-fogalom kapcsán nem elementáris változásokról, inkább egyszerűbb módosításokról van csupán szó. Ebből a körülményből véleményünk szerint okszerűen következik, hogy a jogalkotó helyesnek tekinti a korábbiakban a joggyakorlatban az elkövetési tárgy kapcsán kialakult nézeteket is.

Így töretlen az ítélkezési gyakorlat abban a kérdésben, hogy milyen ismérveknek kell megfelelnie a pénzhamisítás elkövetési tárgyának. E szerint a primitív hamisítványként értékelhető hamis (vagy meghamisított) pénz készítése/megszerzése/forgalomba hozatala révén is elkövethető a bűncselekmény (vagy legalábbis annak kísérlete), a feltétel mindössze annyi, hogy valamely ország létező pénzeszközének meghatározott címletéről legyen szó.²⁴ E felfogás szerint tehát a megtévesztésre alkalmasságának nem a bűnösség megállapítása, hanem a büntetés kiszabása szempontjából van jelentősége. A fentiek alapján pénzhamisítás megállapításának van helye akár egyszerű fekete-fehér fénymásológéppel, de már létező (vagy az erre feljogosított szerv hivatalos közleménye alapján a jövőben, meghatározott időponttól törvényes fizetőeszköznek minősülő) bankjegyről készített másolatok esetében. A nem létező címletek (ún. álpénzek) forgalmazása azonban csalást valósíthat meg.²⁵

A fentiekkel szemben véleményünk szerint utóbbi feltételt (vagyis azt, hogy létező, vagy a jövőben deklaráltan forgalomba kerülő pénzről legyen szó) megkövetelni de lege ferenda nem feltétlenül lenne indokolt. Extrém példaként említhető az a 2008-ban megtörtént jogeset, amelyben egy fiatal férfi a Jász-Nagykun-Szolnok megyei Kétpón két darab, általa korábban a szemétdombon talált, Deák Ferenc arcképével díszített 54.000,-Ft-os bankjeggyel fizetett az eladónak

²¹ Molnár Gábor: i. m. 451. o.

²² Ugyanígy Tóth Mihály 2004: i. m. 463. o.

²³ Megjegyezhető, hogy napjainkban hazánkban is rohamosan terjednek az euróra elkövetett pénzhamisítások. Lásd például a Pesti Központi Kerületi Bíróság 8.B.X.24.754/2010/63. számú, a Nyíregyházi Városi Bíróság 26.B. 44/ 2007/67. számú, vagy a Kúria egy friss ítéletét, Bfv.III.757/2011/6. szám alatt.

²⁴ BH 1984.482., 1988.391., 1989.346., 1997.7.

²⁵ Így Tóth Mihály 2000: i. m. 329. o.

három birkáért.²⁶

Az eset kapcsán többekben felmerült, hogy a cselekmény helyes minősítése csalás helyett a forgalomba hozatallal elkövetett pénzhamisítás lehet, figyelemmel arra, hogy e bankók nemcsak alkalmasak voltak a megtévesztésre, hanem a sértett tévedésbe ejtése ténylegesen meg is történt. Más nézetek szerint kizárható, hogy az 54.000,-Ft-os mint a pénzhamisítás abszolúte alkalmatlan elkövetési tárgya (s jelen esetben egyben eszköze) tényállási elemként megalapozza büntetőjogi felelősséget. Kérdéses azonban, hogy ha a fenti „pénz” a pénzhamisítás elkövetésére abszolút alkalmatlan, ebben az esetben hogy kerülhetett sor általa a sértett tévedésbe ejtésére és a károkozásra? Nem vitás ugyanis, hogy a pénzforgalom rendjét a nem létező címletű hamis „pénz” (álpénz) forgalomba hozatala is megzavarja, ezért a teleologikus (vagy jogtárgyharmonikus) értelmezés²⁷ szerint sem feltétlenül lenne indokolt az ilyen esetektől a pénzhamisítás tényállása révén biztosítható fokozottabb büntetőjogi védelmet megtagadni.

Szintén figyelemreméltó eredményre juthatunk, ha a logikai értelmezési módozatok egyikét, az argumentum a minore ad maius (kevesebbről a többre történő következtetés) tételét²⁸ alkalmazzuk esetünkre. A hamisítványként jó minőséget képviselő 54.000,-Ft-os bankjegy kapcsán ugyanis vélhetően nagyobb eséllyel kerülhet sor arra, hogy azt valamely alacsony műveltségű sértett valódi pénznek fogja gondolni, mint például egy fekete-fehér fénymásológéppel készült, de létező címletet utánzó bankó²⁹ esetében, utóbbiról ugyanis jó eséllyel akár egy gyermekkorú személy is felismerné, hogy az nem valódi pénz. Ugyanez lehet a helyzet egy olyan 1000 forintos pénzjegy esetében, amelyet az elkövető egyszerűen, egy nullának a bankjegyre való rábiggyesztésével hamisít meg, és próbál 10.000 forintosként „eladni”. Ebből következően, tekintettel arra, hogy utóbbi esetben a bíróságok aggálytalanul megállapítják a pénzhamisítás bűncselekményét, szerintünk nem volna ez helytelen az előbbi – megtévesztésre adott esetben alkalmasabb – esetben sem.

A fenti jogértelmezés képviselhetőségének alátámasztására egyébként a fentinel némileg életszerűbb példa is könnyedén hozható. Így különösen arra figyelemmel, hogy a Btké. 24. § (3) bekezdésének 1. mondata alapján a külföldi pénz is a belföldivel azonos védelemben részesül, nem nehéz elképzelni egy olyan magyar állampolgár sértettet, aki – miután elhiszi a pénzhamisító állítását, amely szerint létezik, avagy a jövőben forgalomba kerül 100 angol fontos³⁰ bankjegy – az álpénzt tőle megvásárolja vagy fizetségként elfogadja. Egy ilyen cselekmény pedig álláspontunk szerint jócskán magasabb fokú társadalomra veszélyességről árulkodik, mint például a fekete-fehér fénymásolóval készült ötszáz forintosok esete, így a pénzhamisítás megállapításának – annak ellenére, hogy valójában nem létező, várhatóan a jövőben sem (feltétlenül) forgalomba kerülő bankjegyről van szó – a teleologikus értelmezésre, a kevesebbről a többre való logikai következtetés módszerére és a társadalomra veszélyesség helyes értékelésére figyelemmel helye kellene hogy legyen.

Mindazonáltal tisztában vagyunk vele, hogy a fenti felfogás csak

²⁶ Lásd például <http://www.mon.hu/hirek/magyarorszag/cikk/214tvennegyezer-forintos-bankjeggyel-fizetett/cn/mon--20081203-0940147569>, illetve <http://www.mrl-kossuth.hu/hirek/magazin/otvennegyezer-forintos-bankjegyert-vett-birkakat-egy-ferfi.html> (letöltés: 2012. szeptember 5.)

²⁷ Vö. Nagy Ferenc: A magyar büntetőjog általános része. HVG-ORAC. Budapest, 2010, 73. o.

²⁸ Uo. 71–72. o.

²⁹ BH 1984.482.

³⁰ A pénznem hivatalos elnevezése: *font sterling*, legnagyobb papíralapú címlete az 50 fontos. Forrás: http://hu.wikipedia.org/wiki/Font_sterling#Bankjegyek (letöltés: 2012. szeptember 5.)

törvénymódosítás révén foghatna helyt, tekintettel arra, hogy a pénzhamisítás elkövetési tárgya a valódi pénzhez viszonyulóan a „hamis pénz”, a „valódi pénz” fogalmát pedig törvényi értelmezés határozza meg. A pénzhamisítás elkövetési magatartásainak valamennyi fordulata – jelenleg – csupán a „valódi pénz” utánzásával vagy meghamisításával létrehozott „hamis pénz” vonatkozásában valósulhat meg. Ebből pedig az is következik, hogy felfogásunknak a jelenlegi jogszabályi környezet változatlanul hagyása mellett történő érvényesítése a büntető anyagi jogban általános jelleggel tilalmazott, az elkövető büntetőjogi felelősségét súlyosító analógiának (vagy más megfogalmazás szerint: valódi kiterjesztő értelmezésnek) lenne minősíthető.³¹ Éppen ezért a pénzhamisítás tényállása de lege lata nem terjeszthető ki a pénzhez hasonló, a pénzfizetéssel kapcsolatos megtévesztésre alkalmas dolgokra, mint például az álpénzre. De lege ferenda azonban részünkről – fenti érveink alapján – örömmel látnánk egy olyan irányú törvénymódosítást, amely ilyen esetekben is pénzhamisítás megállapítását tenné törvényesen lehetővé.

Vonatkoztatjuk fenti nézetünket – Tóth Mihállyal egyetértve³² - azon esetre is, amelyben a Legfelsőbb Bíróság pénzhamisítás helyett csalást állapított meg azon elkövető terhére, aki a kocsmai nyerőgéphez az ekkoriban használatos 10 Ft.-os érmék méretével és súlyával megegyező külsejű fémkorongokat készített a nyerőautomata kijátszása érdekében. A döntés indoka, hogy a terhelt ez esetben nem törekedett arra, hogy az általa gyártott érmékről bárki azt gondolja, hogy valódi pénzzel van dolga.³³ Részünkről a jövőben az ilyen esetekben is pénzhamisítás megállapítását szorgalmaznánk, figyelemmel arra, hogy az elkövető fenti cselekményéből is nyilvánvalóan kitűnik, hogy az általa készített fémkorongokkal a pénz egy funkcióját – ti. a nyerőgépen való játékokra való alkalmasságot – kívánta elérni. Továbbá ez esetben a csalásként minősítés szintén problematikus lehet: ti. kérdéses, hogy a „más” tévedésbe ejtésével (vagy tévedésben tartásával) megvalósítható csalás tényállásánál a megtévesztés megvalósulhat-e egyáltalán egy számítástechnikai rendszer működésének kijátszásával, közvetett úton, avagy csupán közvetlenül ember megtévesztése révén.

III. A bűncselekmény elkövetési magatartásainak egymáshoz való viszonya

A pénzhamisítás valamennyi elkövetési magatartásának részletes áttekintése e dolgozatnak nem célja, erre figyelemmel az elkövetőkben csak néhány kérdés kiemelésére szorítkozunk.

A klasszikus felfogás a pénzhamisítás utánzással vagy meghamisítással (avagy megszerzéssel), illetve forgalomba hozatallal elkövethető alakzatai egymáshoz való viszonya kapcsán az, hogy a – forgalomba hozatali célzatú – utánzás vagy meghamisítás (és megszerzés) mint elsődleges fordulat megvalósulása az, amit elsődlegesen vizsgálni indokolt a büntetőeljárás során, a forgalomba hozatal pedig mindaddig nem jut önálló jelentőséghez, amíg az utánzás vagy a meghamisítás (megszerzés) miatt a megalapozott gyanú fennáll. A forgalomba hozatal mint szubszidiárius fordulat tehát olyan esetekben kerülhet megállapításra, amennyiben előbbiek valamilyen okból nem.

Elképzelhető például mindenekelőtt, hogy az elsődleges fordulatok

³¹ Vö. Nagy Ferenc 2010: 51. és 74–75. o.

³² Tóth Mihály 2000: i. m. 324. o.

³³ BH 1986.312.

valamelyikének megállapíthatóságához szükséges forgalomba hozatali célzat nem nyer bizonyítást az eljárásban. Ilyenkor – amennyiben az elkövető a hamis/meghamisított pénzt forgalomba hozta – a bűncselekmény forgalomba hozatallal elkövethető fordulata előtérbe lép. Ha például az elkövető vallomása szerint csupán találta a hamis pénzt, a célzatos készítés vagy birtokba jutásra törekvés hiányában a forgalomba hozatal releváns csupán büntetőjogi szempontból.³⁴

Ugyanez lehet a helyzet azon esetekben, amikor a készítésre vagy birtokba jutásra ugyan forgalomba hozatali céllal került sor, az utánzásos/meghamisításos/megszerzéses fordulat büntethetősége azonban már elévült. Ha azonban az akár évekkel később bekövetkezett forgalomba hozatal az elévülési szabályok szerint még üldözhető, szintén a forgalomba hozatallal megvalósuló fordulat állapítandó meg. Ennek indokát abban látjuk, hogy a pénzhamisítás szerintünk nem tartozik az ún. állapot-bűncselekmények körébe, így a jogalkotó e bűncselekmény kapcsán tisztán az utánzást/meghamisítást/megszerzést, s nem a jogellenes birtokban tartást rendeli büntetni.

Kiemelést igényel, hogy az elsődleges fordulatok megállapíthatósága esetén a forgalomba hozatal külön bűncselekményként sosem értékelhető (természetesen azon esetekben, ha ugyanaz a személy a készítő/megszerző, mint aki a pénzt forgalomba hozza). Ennek indoka kapcsán egyetértünk azzal a jogirodalmi állásponttal, amely szerint „a halmazat látszólagosságának magyarázata az, hogy ha már egyszer a készítés vagy szerzés kapcsán értékeltük a forgalmazás célzatát, akkor ugyanazt a körülményt halmazatban elkövetési magatartásként még egyszer nem szabad értékelni”.³⁵ Az azonban az eseti döntésekből leszűrhető, hogy az ítélkezési gyakorlat a hamisításon felül a hamis pénzt forgalomba is hozó elkövető ez utóbbi cselekményét többnyire súlyosító körülményként értékeli.³⁶

IV. A hamis pénz kiadása

IV.1. A hamis pénz kiadása (Btk. 306. §) röviden a pénzhamisítás egy privilegizált esetének tekinthető, amelyet már a Deák-féle 1843. évi büntetőtörvény-javaslat is hasonlóan fogalmazott meg.³⁷ Lényege szerint az elkövető itt azért részesülhet kedvezőbb elbírálásban, mert bár hamis pénzt hoz forgalomba, annak megszerzésekor a pénz hamisságáról nem tud, s az felismerve csupán „szabadulni” akar tőle. A Legfelsőbb Bíróság egy felülvizsgálati eljárásban a pénzhamisítás egyik elkövetési magatartása, a megszerzés kapcsán mutatott rá arra, hogy megszerzésről csak annyiban lehet szó, amennyiben az elkövető tudata már a birtokba jutáskor átfogja, hogy hamis pénzt szerzett meg.³⁸ Amennyiben erre csak később döbben rá, majd ezt követően szánja el magát a forgalomba hozatalra, a jelenlegi szabályok szerint a hamis pénz kiadása bűncselekményét követi el. Ha azonban a megszerzés maga jogellenes, pénzhamisítás megállapításának lehet helye.³⁹

Helyesnek tartjuk e deliktum kapcsán Nagy Ferenc álláspontját, aki itt a csekélyebb büntetési tétel jogalkotó indokát abban látja, hogy e tényállás kapcsán a törvényhozó tulajdonképpen a korlátozott elvárhatóságot értékeli.⁴⁰ Az elvárhatóság

³⁴ BH 1984.347.

³⁵ BH 1986.312.

³⁶ BH 1997.7.

³⁷ Idézi Tóth Mihály 2000: i. m. 331. o.

³⁸ Legfelsőbb Bíróság Bfv.I.706/2010/6. sz.

³⁹ BH 1997.518.

⁴⁰ Nagy Ferenc 2010: i. m. 165. o. E gondolatot korábban már Fonyó Antal is felvetette, lásd Fonyó

ugyanis a bűnösség egyik fogalmi eleme, ezért annak korlátozott volta esetén a bűnösség foka is kisebb.

IV.2. A hamis pénz kiadása kapcsán az új Btk.-ban a jogalkotó lényegében szakít korábbi felfogásával, és külön tényállásban szabályozott privilegizált eset helyett már a pénzhamisítás új Btk. 389. § (4) bekezdésében rendeli büntetni a valódiként jogszerűen szerzett hamis pénz forgalomba hozatalát. Lényeges változás azonban, hogy a privilegizáció immár nem jelenti az alapeseti pénzhamisításhoz képest e bűncselekmény büntetési tétele speciális maximumának csökkentését is, csupán – változatlan felső határ mellett – a büntetés korlátlan enyhítésére van lehetőség. Ezzel az eddigi minimum értelemszerűen nem változik, hiszen a jelenlegi 306. § speciális büntetési minimumról nem rendelkezik. Szintén lényeges változás, hogy míg jelenleg bármekkora értékű pénz kapcsán megvalósulhat a hamis pénz kiadása [bár a Btk. 306. § (2) bekezdése alapján a különösen nagy vagy ezt meghaladó érték minősített esetnek számít], addig az új Btk. szerint a korlátlan enyhítés kedvezményében csak az a terhelt részesülhet, aki kisebb vagy azt el nem érő értékű pénzt hoz forgalomba. Aki tehát 2013. július 1. napján vagy azt követően nagyobb vagy azt meghaladó értékű pénzt szerez valódiként jogszerűen, ugyanúgy felel, mintha már a megszerzéskor tudott volna a pénz hamis voltáról. Ezt az új Btk. miniszteri indokolása azzal magyarázza, hogy „a pénzforgalom biztonsága érdekében fokozottabb védelem megteremtése indokolt. Nem értékelhető az elvárhatóság hiányaként a nagyobb összeget kitevő hamis vagy meghamisított pénzt forgalomba hozatala, hiszen az elkövető tisztában van ennek fokozott veszélyességével, ezért a törvény a jövőben csak bizonyos körben, értékhatárhoz kötötten (kisebb vagy azt el nem érő értékű pénzre) a büntetés korlátlan enyhítésre ad lehetőséget” (kiemelés tőlem: a szerző).⁴¹

Ezzel a felfogással nem tudunk egyetérteni. Véleményünk szerint ugyanis a korlátozott elvárhatóság kategóriája nem azonos az elvárhatóság hiányával, a hamis pénz kiadása tényállása kapcsán pedig egyértelműen az előbbivel állunk szemben. Erre figyelemmel, a pénz értékétől függetlenül, a jogalkotás szférájának mindenkor figyelembe kellene vennie mindezt, és a kisebb fokú bűnösséget legalább kis mértékben már a büntetési tételekkel érdemes lenne kifejezésre juttatni.

IV.3. A fentiekén túl a hamis pénz kiadása kapcsán – a jogalkalmazó szemszögéből – megállapíthatjuk, hogy e bűncselekmény megállapítása nem ritkán eljárási akadályba ütközik. Ennek oka, hogy az esetek többségében „magányos” elkövetőről van szó, aki megpróbál a hamis vagy meghamisított pénzzel fizetni. Miután a fizetőhelyen megállapítják, hogy a pénz nem valódi (vagy hamisítatlan), a nyomozó hatóság sokszor csak a terhelt vallomására tud támaszkodni. Ő természetesen azt fogja közölni, hogy még a befizetés megkísérlésekor sem volt tisztában a pénz hamis voltával, így ténybeli tévedése miatt [Btk. 27. § (1) bekezdés] büntetőjogi felelőssége kizárt, az eljárás – a terhelt ismeretlensége okán – a Be. 188. § (1) bekezdés c) pontja alapján felfüggesztésre, majd – a Btk. 33. § (1) bekezdés b) pontja szerinti elévülési idő elteltét követően – a Be. 190. § (1) bekezdés e) pontja alapján megszüntetésre kerül.

A jobb gyakorlati alkalmazhatóság érdekében, a hamis pénz kiadása privilegizációja territóriumának leszűkítése helyett ezért véleményünk szerint megfontolandóbb lett volna a jogalkotó részéről a pénzhamisítás forgalomba hozatallal megvalósuló (tehát nem célzatos) fordulata kapcsán annak gondatlan alakzatának törvénybe emelését megfontolni, hogy ezáltal a pénz hamis voltáról

Antal: i. m. 458. o.

⁴¹ A 2012. évi C. törvény Indokolása. Részletes Indokolás a 389. §-hoz. Forrás: Complex DVD Jogtár

gondatlanságból nem tudó személyek cselekményének társadalmi veszélyessége is – például a gondatlanságból elkövetett hamis vád (Btk. 234. §) tényállásának mintájára – büntetőjogi értékelést nyerhessen és a pénzhamisítás visszaszorítása hatékonyabb legyen. Legalább akkora – sőt globális szempontból akár nagyobb – társadalmi érdek fűződik ugyanis véleményünk szerint annak elkerüléséhez, hogy (akár) gondatlanságból hamis pénzzel fizetők, majd e fizetést elfogadók közreműködése révén hamis bankjegyek/érmék kerüljenek a pénzáramlásba, mint ahhoz, hogy a valóság történéseiről gondatlanságukból kifolyólag nem megfelelően meggyőződő személyek bűncselekménnyel történő hamis vádolásától más állampolgárokat megóvjunk. S míg jelenleg utóbbi cselekmény bűncselekményként értékelhető, előbbi nem. Ugyanez lehet a helyzet, ha – az arányosság elvének szem előtt tartása mellett – a Btk. 274. § (3) bekezdés szerinti, gondatlanságból elkövetett közokirat-hamisításra gondolunk, amely szintén – ha csak pénzbüntetéssel is, de – büntetendő.

A gondatlan elkövetés bizonyítására véleményünk szerint csakis szakértő bevonásával volna szabad lehetőséget biztosítani. A nyomozó hatóságoknak tehát szakvéleményt kellene ilyen esetekben beszerezniük abban a vonatkozásban, hogy az adott hamisítvány mennyire volt tökéletes, amelyből egy általános elvárhatóságra nézve lehetne következtetést levonni (ti. hogy egy átlagember rájönne-e, hogy hamis pénzzel van dolga). A büntetőbíróóság ezután e szakvélemény birtokában dönthetne abban a kérdésben, hogy a hanyag gondatlanság alapjául szolgáló elvárhatóság (az elkövetőtől elvárható ismeretanyag, tudás, stb.) alapján az elkövető büntetőjogi felelőssége megállapítható-e. Természetesen, ha a szakértő a hamisítványról azt állapítja meg, hogy a hamisítvány olyan jól sikerült, hogy arról nemcsak egy átlagember, hanem adott esetben még egy szakember sem tudná „puszta kézzel” megmondani, hogy hamis (például mert profi pénzhamisítók készítették), az elkövető büntetőjogi felelőssége – vétlensége okán – már objektíve, a tőle elvárhatóság vizsgálata nélkül is kizárható lenne.

V. A pénzhamisítás előkészülete és a hamis pénz kiadásának viszonya

V.1. Elidőzve még az alapeseti pénzhamisítás elkövetési magatartásainál, szembevetendő, hogy a forgalomba hozatali célzattal megvalósuló megszerzés valójában nem tűnik másnak, mint a forgalomba hozatal – érdekes módon azonos büntetési tétellel fenyegetett – előkészületi tevékenységének. Egy 2011-ből származó döntésében megjegyezte ezt a Legfelsőbb Bíróság is, miután kimondta, hogy a megszerzéses fordulat „a jogtárgy előre hozott védelmét” jelenti.⁴²

Ennek szükségességével ugyan egyet lehet érteni, az azonban a büntetőjogi eszköztárnak messze az ultima ratio jellegén történő túlterjeszkedésének látszik, hogy a célzatos megszerzés, mint kvázi előkészületi cselekmény büntetni rendelésével a jogalkotó nem érte be, hanem külön pönalizálja a pénzhamisítás előkészületét, illetve sui generis tényállásként annak elősegítését is.⁴³

V.2. A pénzhamisítás előkészülete vonatkozásában a Btk. 18. §-ának rendelkezései

⁴² BH 2011.126.

⁴³ Hasonlóan érdekes számunkra az a jogalkotói megoldás, amely a Btk. 292. § (1) bekezdésében a rossz minőségű termék forgalomba hozatala kapcsán külön – befejezett bűncselekmény megállapítását eredményező – elkövetési magatartásként rendelni büntetni a rossz minőségű termék jó minőségű termékként történő forgalomba hozatala mellett az *ez iránti intézkedést* is, emellett azonban a törvényhozó nem tartotta feleslegesnek a fenti törvényhely (4) bekezdésében büntetendővé tenni a deliktum *előkészületét* is. Kérdés, hogy a gyakorlatban elképzelhető-e egyáltalán olyan magatartás, ami fogalmilag már előkészület, de még nem valósítja meg a forgalomba hozatal iránti intézkedést. Nézetünk szerint aligha. Az új Btk. 415. §-a szerencsére ezt a jogalkotási problémát kiküszöböli.

irányadóak, míg a pénzhamisítás elősegítése kapcsán – melyet Nagy Ferenc rendszeridegen sui generis előkészületi deliktumnak nevez⁴⁴ – a jogalkotó részletesen felsorolja, hogy mely magatartásokat rendeli büntetni (pl. pénzhamisításhoz szükséges anyag, eszköz készítése, megszerzése, forgalomba hozatala, stb.). Varga Zoltán szerint e bűncselekményt az követi el, akinek „tette pusztán abban merül ki, hogy általa is tudottan pénzhamisításhoz szükséges anyagokat [...] tart a birtokában”.⁴⁵ A szerző ezt követően – véleményünk szerint ellentmondásosan – hozzáteszi, hogy „a tartás önmagában még nem jelent elősegítést”.⁴⁶

V.3. Miután a magyar büntetőjogban hasonló előkészületszerű magatartás önállóítására a korábbiakban nem volt példa⁴⁷, a jogirodalomban vita támadt annak kérdésében, hogy amennyiben egy magatartásra látszólag mind a pénzhamisítás előkészületének, mint a pénzhamisítás elősegítésének diszpozíciója ráilleszhető, melyik nyerhet alkalmazást. Hollán Miklós a kérdés kapcsán egyértelműen úgy foglalt állást, hogy „ha pénzhamisítás előkészülete a pénzhamisítás elősegítésével találkozik, akkor az előbbi látszólagos alaki és anyagi halmazatban is háttérbe lép”.⁴⁸ Ezzel szemben Kereszty Béla állásfoglalásából az tűnik ki, hogy szerinte a pénzhamisítás elősegítését megelőzi a pénzhamisítás előkészülete, miután előbbi kapcsán úgy fogalmaz, hogy „ha bárki a Btk. 304/A. §-ban írtakat megvalósítja, nehezen képzelhető el, hogy nem a pénzhamisítás célzata vezérli, így meglehetősen életszerűtlen e bűncselekmény, s legfeljebb arra alkalmas, hogy a célzat bizonyíthatatlansága esetén az elkövető büntethetőségét biztosítsa”.⁴⁹

A Kúria egy friss döntésében a vitát az utóbbi álláspont javára döntötte el. Kimondta, hogy „az 1978. évi IV. tv. 304/A. §-a szerinti pénzhamisítás elősegítésének vétségét az 1978. évi IV. tv. 304. § (4) bekezdése szerinti pénzhamisításra irányuló előkészület vétségétől az elkövető célzata határolja el; az utóbbi esetben az előkészületi cselekmény elkövetőjének célja a pénzhamisítás, a külön tényállásban szabályozott előkészületi cselekmény elkövetője viszont a cselekményt nem ezzel a célzattal követi el; amennyiben megállapítható, hogy az elkövető szándéka a pénzhamisítás elkövetésére is kiterjed, cselekménye már a 304. § szerinti bűncselekmény (4) bekezdése szerint büntetendő előkészületét valósítja meg [1978. évi IV. tv. 304. § (4) bekezdése, 304/A. §-a]”.⁵⁰

Véleményünk szerint a Kúria által megfogalmazottak tekinthetők helyesnek. A pénzhamisítás elősegítése körében meghatározott valamennyi magatartás ugyanis – a tárgyi oldalt tekintve – megfeleltethető a pénzhamisítás előkészülete elkövetési magatartásainak. Akár a pénzhamisításhoz szükséges anyag, berendezés, számítástechnikai program átadásáról, tartásáról, forgalomba hozataláról, stb. van is szó, valamennyi ilyen és hasonló cselekmény belefér abba a kategóriába, hogy ha valaki „a bűncselekmény elkövetéséhez szükséges vagy ezt könnyítő feltételeket biztosítja”. Ebből következően minden pénzhamisítást elősegítő cselekmény szükségképpen megfelel a pénzhamisítás előkészülete objektív oldalának is, különbség csupán a szubjektív oldalon található. A pénzhamisítás elősegítése ugyanis eshetőleg szándékkal, pénzhamisítási célzat nélkül is elkövethető, míg az

⁴⁴ Nagy Ferenc 2010: i. m. 195. o.

⁴⁵ Varga Zoltán: i. m. 1303. o.

⁴⁶ Uo. 1304. o.

⁴⁷ Arra az Európai Unió Tanácsának 2000. május 29-i 2000/383/IB Kerethatározata alapján került sor.

⁴⁸ Hollán Miklós: A gazdasági bűncselekmények. In Hollán Miklós – Kis Norbert: A magyar büntetőjog tankönyve. Budapest, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2008, 650. o.

⁴⁹ Kereszty Béla: i. m. 702. o.

⁵⁰ Kúria Bfv.1.1129/2011. sz. (EBH 2012.2.) Hasonlóan már korábban a Fővárosi Bíróság 22.Bf.9602/2010/41. sz. ítélete

előkészület – fogalmának megfelelően – szükségképpen egyenes szándékot, célzatot tételez fel. Így amennyiben a büntetőeljárásban bizonyítható a pénzhamisítási célzat, ám az elkövető magatartása még nem lépett a kísérlet szakaszába, pénzhamisítás előkészülete megállapításának van helye. Ellenkező esetben – azaz ha a célzat nem nyer bizonyítást – kvázi maradékcselkményként a pénzhamisítás elősegítésének megállapítása jöhet szóba.

Felmerülhet még a pénzhamisítás elősegítésének elsődlegessége mellett olyan álláspont (Vida Mihály véleménye), amely szerint a specialitás elve mentén a pénzhamisítás előkészülete az elősegítéssel szemben háttérbe lép, miután a pénzhamisítás elősegítése kapcsán ismert magatartások (pénzhamisításhoz szükséges anyag, eszköz, berendezés, stb. megszerzése, tartása) a pénzhamisítás előkészületéből kerültek kiemelésre, így mint speciális törvény előtérbe lépnek. Ezzel az állásponttal azért nem tudunk egyetérteni, mert ezáltal értékelés nélkül maradna az elkövető célzata. Fogalmazhatnánk úgy is: a két diszpozíció a koncentrikus körök viszonyában van, tehát a pénzhamisítás előkészülete teljes egészében lefedi a pénzhamisítás elősegítését (amely az objektív oldalon valóban speciálisabb), viszont a célzat vonatkozásában túl is nyúlik azon, így valamennyi körülmény ilyenkor csak a pénzhamisítás előkészületének megállapítása esetén értékelhető.

V.4. E megoldásról egyébként megjegyezzük, hogy az véleményünk szerint logikai ellentmondásba mindaddig nem ütközik, amíg a pénzhamisítás előkészületének büntetési tétele a pénzhamisítás elősegítésénél magasabb (habár a büntetni rendeltség ilyen előrehozása ilyenkor is érdekes jogalkotói megoldásnak tekinthető). Problémásabb lesz azonban az új Btk. megoldása, amely már nemcsak a 390. § (1) bekezdés szerinti pénzhamisítás elősegítését ismeri majd, hanem (2) bekezdésként – a pénzhamisítás előkészületével azonos, 3 évi szabadságvesztéssel fenyegetett – minősített esetét is. Így az elkövetőnek akár van célzata, akár nincs, ugyanolyan súlyú bűncselekmény miatt felel, ez a szabályozás azonban a logikai értelmezésbe ütközik, hiszen a célzathiányos elkövetés esetére semmiféle kedvezményt nem biztosít az elkövető részére.

Még inkább problematikus az új tényállás, ha szemügyre vesszük, hogy milyen minősítő körülmények fennforgását bünteti a jogalkotó súlyosabban. Ezek: a bünszövetségben és az üzletszerűen történő bünelkövetés. A bünszövetségben való elkövetés azonban rendszerint, az üzletszerű pedig szükségképpen célzatos bünelkövetést feltételező bűncselekményi alakzat. Innen nézve tehát már teljes a pénzhamisítás előkészületének és például az üzletszerű pénzhamisítás elősegítésének az átfedése, mivel álláspontunk szerint jóformán kizárható egy olyan elkövető felbukkanása, aki például rendszeres haszonszerzésre törekszik ugyan magatartásai révén, a pénzhamisításra magára azonban nincs célzata.

V.5. Végül valamennyi előkészületi jellegű, pénzhamisításhoz kapcsolódó magatartás kapcsán le kell szögezni, hogy azok hatóköre kizárólag addig tarthat, amíg a pénzhamisítás kísérleti stádiumba nem kerül, és pedig akár maga az előkészületi magatartásokat tanúsító, akár más személy cselekménye által. Ez alapján helytelen volt tehát a Nyíregyházi Városi Bíróság azon ítélete, amelyben pénzhamisítás elősegítése miatt marasztalta azt a személyt, aki „a pénzhamisításhoz szükséges biztonsági papírt megszerezte, és átadta” a pénzhamisítás tettesének. Döntését a városi bíróság azzal indokolta, hogy e személy „tevékenysége kimerült a pénzpapír beszerzésében, és átadásában, ezt követően nem követte nyomon a pénzpapír útját, és a forgalomba hozatalban való közreműködésére adat nem merült fel”.⁵¹

⁵¹ Nyíregyházi Városi Bíróság 26.B. 44/ 2007/67. sz.

Ha azonban a későbbi tettes a kísérlet szakába juttatja az alapcselekményt, a pénzpapírt átadó magatartása társadalomra veszélyességének helyes értékelése csak az alapcselekményhez járuló bűnsegély megállapítása esetén valósul meg – feltéve természetesen, hogy az alapanyag beszerzésében segédkező személy tudata a hamis pénz készítését átfogta és abba legalábbis belenyugodott. Helyesen foglalt ezért állást a fenti ügyben másodfokú döntést hozó Szabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Bíróság, amely jogerőre emelkedett ítéletében kifejtette, hogy „a pénzhamisítás elősegítésének vétsége sui generis – előkészületi magatartás –, amelynek megállapítására vonatkozó büntető anyagi jogszabályok összevetése alapján akkor kerülhet sor, ha a pénzhamisítás még a kísérleti stádiumig sem jut el. Ellenkező döntés arra az eredményre vezetne, hogy a pénzhamisításhoz a szükséges anyag, eszköz, berendezés vagy program biztosításával bűnsegélyt nyújtó személy cselekménye lényegesen enyhébben lenne büntethető, mint a bármilyen más módon fizikai bűnsegélyt nyújtó személy, továbbá a pszichikai bűnsegéd és a felbujtó cselekménye, melyekre a tettesekre megállapító büntetési tételt kell alkalmazni”.⁵²

Összegzés

A fentiekben kifejtett gondolatokat összegezve megállapíthatjuk, hogy bár a pénzhamisítás és a hozzá kapcsolódó tényállások egy része nagy jogtörténeti múltra tekint vissza és kialakult dogmatikája létezik, egyes vitás kérdések napjainkban is felmerülhetnek, amelyek lehetőség szerint megválaszolást igényelnek. Nézetünk szerint mindenekelőtt felvetésre indokolt mindenekelőtt e bűncselekmények másodlagos jogi tárgyának meghatározása, illetve a jövőben az elkövetési tárgy kategóriáját annyiban lenne érdemes tágabban értelmezni, hogy adott esetben a nem létező, de a sértett megtévesztésére valójában alkalmas hamisítványokat is ebbe a körbe kellene vonni. A hamis pénz kiadását a jövőben is helyesebb lenne általános jelleggel, enyhébb felső büntetési határral pönalizálni, mint a pénzhamisítást, illetve felvethető ez utóbbi deliktum gondatlan változatának törvénybe emelése. Végül indokolt lehet felülvizsgálni a pénzhamisítás előkészülete és elősegítése egymáshoz való viszonyát, mert a jelenlegi jogszabályi környezetben, nem várt esetben alapvető jelentőségű problémák is jelentkehetnek a két bűncselekmény elhatárolása kapcsán.

⁵² Szabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Bíróság 1.Bf.695/2010/8. sz.

A végszükség szabályozásának alakulása, tekintettel az új Btk.-ra

I. A végszükségről általában

A végszükség jogunk egyike a jogirodalom legkevesebb gondra érdemesített kérdésének², írta Gerőcz Kálmán a századelőn. Ezen gondolat igazság tartalma csaknem száz év óta mit sem változott. Habár ezen kizáró ok már a legelső büntető törvénykönyvünk részét képezte, és képezi azóta is, illetőleg az új Btk. kodifikációs javaslatai is foglalkoztak vele, komolyabb összefüggő tudományos értékelés alá nem került hosszú idő óta³. Abból a szempontból tartom ezt meglepőnek, hogy az élethez való jog büntetőjogi szempontból való legitim korlátozásának egyik méltányolható helyzetéről van szó. Végig tekintve a kontinentális jogi kódexeket, megállapíthatjuk, hogy csaknem kivétel nélkül szabályozásuk alá vonják a kérdéskört, és természetesen kicsit eltérően a common law alapú jogrendszer országai is kizáró okként tartják számon. Az új Btk. kodifikációja alkalmával végeredményben belátták, hogy szükséges a megújulás elsősorban a védekező személy pozíciójának erősítése végett. Fontosnak tartom bemutatni azt a fejlődési ívet, amit a jogintézmény jogtörténeti fejlődése hozott magával, de emellett az új Btk. megoldására is szeretnék kitérni, ami a jövőbeli jogalkalmazói gyakorlat szemszögéből indokolt. Előljáróban megjegyezném, hogy a büntetőjogi kodifikáció kezdetén abban mindenki egyetértett, hogy van működőképes anyagi büntetőjogi törvénykönyvünk, de indokolt, hogy legyen egy újabb és jobb. A kodifikáció első periódusának (2000-2009) kifulladását követően, 2012 elejétől újból lendületet vett, annak reményében, hogy egy teljesen új kódex születhessen. A 2012. évi C. törvény (továbbiakban: új Btk.) szakított a végszükség szabályozását illetően mind a korábbi Btk. megoldásával mind a kodifikáció során felmerülő törvényjavaslatok elgondolásával is. A továbbiakban tehát ezen új irány képezi vizsgálatom központi elemét, kitérve a korábbi szabályozások elemzésére is.

II. A végszükség szabályozásának alakulása

Már az 1795-ben megalkotott büntetőjogszabály tervezet (Kódex a büntettekéről és azok büntetéseiről, mely elsőként fogta át a büntetőjog egész területét) Alapelvek című fejezetében közvetett módon tesz utalást a végszükségi veszélyhelyzetre, mint ami a beszámítást kizárja. *A két rossz közötti választást nem lehet büntetni, hacsak jelentős aránytalanság nem járul hozzá*⁴. A tervezet példát is állít az arányosság magyarázataként, miszerint a börtön kínjainak elkerülése miatt elkövetett emberölés éppen a jelentős aránytalanság miatt büntetendő. Véleményem szerint a mai értelemben használt végszükség fogalmunk tartalmi elemei még nem jelentek meg, az arányosságot leszámítva, de a tervezet tett egy nagyon fontos lépést: Büntető Törvénykönyvi szinten kívánta volna elismerni a végszükségi helyzetbe sodródó

¹ PhD-hallgató (PPKE-JÁK), ügyészeti fogalmazó.

² Gerőcz Kálmán: A büntetőjogi végszükség, Grill, Budapest, 1914, 24. o.

³ A legutoljára megjelent átfogó mű címe: Bodnár M. László: A végszükség a büntetőjogban, JATE, Szeged, 1981.

jogalany cselekményét, tekintettel a beszámítási hiányára. Ami az arányossági mércét illeti, nem egy meghatározott mértékről rendelkezik, hanem akár az aránytalan cselekmény is részesülhet a jogrend védelmében, kivéve, ha az jelentős mértékben eltér az arányos magatartástól. Ennek a kritériumnak a kimunkálása feltehetőleg a bírói gyakorlatra támaszkodott volna. Az alapelvi szinten túl a konkrét megoldási javaslat enyhítő körülményként kívánta kezelni a végszükséget, kiterjesztve az élet védelmén túl az egyéb javakra is⁵. Ezen tervezetet megelőzően a Hármaskönyv (ami tipikusan szokásjogi gyűjtemény és nem büntetőjogszabály tervezet) tett utalást csekély mértékben a végszükségre életveszélyes helyzet címén, ám ott csak az elnevezésből is következően csupán az élet védelmének méltányos helyzetekén tartották számon⁶. Mindent egybevetve a jogalkalmazói gyakorlat 19. század első feléig következetesen a Praxis Criminalis gyakorlata követte, azaz csak az élet megmentése végett lehetett rá hivatkozni, de más életének kioltására még ekkor sem⁷.

Az 1843-as Büntető Törvénykönyv-javaslat mérföldkőként értékelhető mind a hazai jogalkotás magas színvonala, mind a végszükség alapvető tartalmi elemeinek kezdetleges megjelenése miatt. Büntethetőséget kizáró általános oknak minősült a jogintézmény, így a jogtudomány általi akceptálása az enyhítő körülmény után előrelépést mutat. A javaslat következőképpen definiálta a végszükséget: *Azok, kik törvényszegést csak azért követtek el, mert valamely életveszéllyel fenyegető szükségből, melybe büntetlenül kerültek magukat vagy olyanokat, kik a 72. paragrafus szerint hozzátartozóéknak tekintendők, egyébként kiszabadítani képesek nem volt*⁸. Több fogalmi eleme a kizáró oknak már felsejlik előttünk különösen a másként el nem háríthatóság, ill. a veszély előidőzésben való vétlenség, ami pozitívumként értékelhető. Kissé visszafogottan a védendő személyi kör tekintetében kizárólag a saját vagy a hozzátartozók életének védelmét nevesíti. Felfoghatjuk a végszükségi veszélyhelyzet egyik speciális helyzetének a javaslat azon rendelkezést, amikor büntetlenséget biztosít azon orvosnak, sebésznek vagy szülésznek, aki az anya életének megmentése érdekében a magzatot az anya méhében orvosi szabályok által meghatározott körülmények között elpusztítja. A végszükségi főszabály kiegészítését látom a rendelkezésben, mivel a segítségnyújtási kör jóval szélesebb, azaz hozzátartozókon kívül más személyeknek is nyújtható. Tudniillik itt két olyan jog (élethez való jog) léte forog veszélyben, amelyek közül nyilván valóan egyik sem áll a jogtalanság talaján, tehát mindkét fél számára elviekben megnyílik a végszükséghez való jog (jogos védelem semmiképp). Annak a kérdésében döntést hozni, hogy az anya vagy a magzat életének védelme közül milyen jog alapján részesíti előnyben az előbbit, Fayer László azt a választ adja, hogy egy valóságos és egy valószínű élet összeütközése esetén a meglévő előnyt élvez⁹. Ezt az álláspontot nem tartom helyesnek, hiszen a magzat is jogalany, így az anyával egy sorban az ő érdekében is indokolt lehetne a fellépés. A probléma megoldása véleményem szerint a helyzet sajátosságából ered. Talán az egyetlen olyan élethelyzet, amelyben sem a magzat sem az anya saját érdekében nem tud fellépni és hivatkozni végszükségre, hanem ehhez szükséges egy harmadik személy igénybevétele (aki megmenti valamelyiket). A továbbiakban, hogy a harmadik személy a két végszükségben lévő személy közül kinek a javára lép fel úgy gondolom nagyon komoly, de felelősséggel nem járó döntés (ezt a szakmai szabályok természetesen

⁴ Mezey Barna: A magyar jogtörténet forrásai, Osiris, Budapest, 2006, 438. o.

⁵ Gárdus Ferenc: A végszükség a magyar büntetőjogban, Ludvig Ny., Miskolc, 1938, 18. o.

⁶ Geröcz Kálmán: i. m. 89. o.

⁷ Gárdus Ferenc: i. m. 18. o.

⁸ Mezey Barna: i. m. 471. o.

felülírhatják), mivel a cselekménye társadalmilag hasznos, hiszen egy veszélyközösségi helyzetet szüntet meg.

Hazánk első Büntető Törvénykönyve a Csemegi Kódex (1878. évi V. tc.) a beszámítást kizáró vagy enyhítő okok között helyezte el a végszükséget, a következő megfogalmazással: 80. § *Nem büntetetik a cselekmény, ha az a tettes vagy hozzátartozói életének vétkesen származott, más módon el nem hárítható, közvetlen veszélyből való megmentése végett, végszükségben követtetett el.* A törvény a végszükségi veszély fogalmának ma is elismert elemeit tartalmazza (azaz a közvetlenség, a másként el nem háríthatóság és az előidőzésben való vétkesség), ám kissé anakronisztikusan két irányban is szűkíti az alkalmazásának a lehetőségét. Egyrészt az 1871-ben elfogadott német Btk. mintájára továbbra is csak meghatározott személyek vonatkozásában (tettes és azok hozzátartozói) áll fent, másrészt még e körön belül is kizárólag az élet megmentése érdekében (hozzáteszem a német Btk. ezen kívül a testi épséget is a védendő jogtárgyak közé sorolta). Ezen felül az elhárító magatartás proporcionalitását és a túllépés lehetőségét sem szabályozta a törvény, előbbi a bírói gyakorlat alakította ki, hogy kizárólag kisebb sérelem okozása révén maradt büntetlen a tettes. Úgy vélem, hogy a jogalkotó történelmi lehetőséget szalasztott el azzal, hogy csak ilyen szűk körben szabályozta a végszükséget (ellentétben például a jogos védelemmel) de ennek ellensúlyozására kezdett kialakulni a törvény feletti végszükség fogalma, *mivel a törvényi fogalmán kívül eső számos esetben is hiányzott a materiális jogellenesség*¹⁰. Előbb említett esetek a későbbiekben már a különböző országok büntetőtörvénykönyveiben adaptálódva jelentek meg (például az osztrák Btk. a védendő jogtárgyak csoportját kiterjesztette a személyes szabadságra és a vagyonra is¹¹). A korabeli szerzők alapján, a szűkkörben megvont kizáró ok vonzataként számos dogmatikai hiba és kerülő út született a gyakorlatban. Példának okáért a túllépés lehetőségének a kizártsága miatt a bíró véltvégszükség címén (azaz a tévedés szabályainak az alkalmazásával) fel tudta menteni az elkövetőt, tekintettel a méltányos körülményekre. Hasonlóan hibásnak tartom a Curia azon döntését, amikor azt a szülőt mentette fel tűzifa lopás alól, aki gyermekei érdekében követte el a cselekményt, ugyanis tüzelőanyag hiányában megbetegedtek volna és életveszélynek lettek volna kitéve¹². Azon túl, hogy teljes mértékben a jogalkalmazó figyelmen kívül hagyta a közvetlen veszély létének a hiányát még a veszély vétkes előidőzésének a feltárását sem végezte el. Több olyan ítélet született¹³ továbbá amely jogos védelmi helyzetnek minősítette a kutyák általi támadást, ami tekintettel a jogtalan támadás fogalmára (amit kizárólag ember követhet el) helyesebb lett volna végszükségnek tekinteni. A védendő jogtárgyak körének kiterjesztésére való igény a jogirodalomban egységes volt. Maga a Csemegi Kódex is tett egy ilyesfajta kiterjesztést a vagyon tekintetében a vízáradás okozása büntette alóli enyhítő körülményként. Miszerint ha a tettes, vagyonának megmentése végett okozta a cselekményt, a büntetési tétel felső határa kevesebb volt.

Gárdus Ferenc 1938-ban készített tervezete¹⁴ a végszükségi jog akkori fejlettségi szintjén állt (európai értelemben is) és összegezte azokat az igényeket, amit az akkora már hatvanéves Btk. újragondolása kapcsán mindenféleképpen figyelembe kellett venni. A tervezet nívumai két oldalról is megragadhatóak.

Elsőként kiterjesztette a védendő jogtárgyak körét a testi épségre és az egyéb jogos

⁹ Fayer László: A magyar büntetőjog kézikönyve, Franklin társulat, Budapest, 1905, 347.o.

¹⁰ Balás P. Elemér: Degré Lajos és a végszükség problémája, Városi Ny., Szeged, 1937, 22. o.

¹¹ Fayer László: i. m. 346. o.

¹² 1897.3790/B. számú ítélet.

érdekre, mint gyűjtőfogalomra, másodsorban bármely érdekeltségében álló egyén érdekében fel lehetett lépnie az elkövetőnek, melynek elméleti alapjaként elég, ha csak a keresztény gondolkodó Szent Tamás arany szabályára gondolunk, azaz *tedd a másiknak azt, amit te is szeretnél, hogy veled tegyenek*. Ezen nemes cél álláspontom szerint nehezen illeszthető be az új Btk. arányossági szabályai közé, továbbá a javak védelme tekintetében különösen igazolhatatlannak tartom a létét, mivel az elhárító cselekmény ártatlant sújt, így egy harmadik személy fellépésének a lehetősége a szabályozás újragondolását igényelhetné. Harmadrészt a tervezet meghatározott arányossági korlátot állít fel, azaz azonos sérelem okozása révén mentesülést enged a büntetés alól, hasonlóan az új Btk. megoldásához.

Az 1950. évi II. törvény (Btá.) sok tekintetben merőben új megoldást hozott, újragondolva a korábbi törvénykönyvvel szembeni jogos kritikákat. Elsőként kiterjesztette a köz alapvető érdekeire és a javakra is a védelmi kört az életen és a testi épségen kívül, továbbá törvényi szinten rögzítette az arányossági korlátot (azaz hogy azonos sérelem is okozható). Itt jelent meg először a végszükségre való hivatkozás azon korlátja, miszerint ha a hivatásánál fogva elvállalta valaki a veszélyhelyzettel járó kockázatot, nem hivatkozhat a cselekményének jogellenességének a hiányára.

Az 1961. évi V. törvény tartalmilag lényegében megegyezett a Btá. megoldásaival. Az azonos módon megállapított arányosság vizsgálatánál Földvári József véleménye szerint¹⁵ a végszükségre is alkalmazni kell a Legfelsőbb Bíróság 63. számú állásfoglalását, amely szerint életveszély esetén az arányosság kérdésének a vizsgálata az elhárító cselekmény esetében fel sem merülhet a jogos védelmi helyzetekben. Álláspontom szerint ilyenkor akár arányosságra való tekintet nélkül bárki, életének veszélyeztetése esetén, számtalan más életének árán is mentesülhetne a felelősség alól. Az ilyen tág körben értelmezett végszükség bizonyosan nem zárja ki a cselekmény társadalomra veszélyességét, ezért elvetendőnek tartom.

A jelenleg hatályos Btk. (1978. évi IV. törvény) megalkotásakor éles bírálat érte a korábbi törvényi rendelkezés több részét, ezen bírálatok egy része módosította a korábbi szabályozást, egy részük pedig megmaradt azóta is a kritika állapotában. A kodifikáció alkalmával az arányossági korlát mértékével és a védendő jogtárgyak körével foglalkoztak legfőképpen. Akadt azonban olyan álláspont is, hogy tulajdonképpen nincs is szükség a végszükség fenntartására, a jogos védelem és társadalomra veszélyesség hiánya címén való felmentés elégséges volna¹⁶. A javaslatok többsége támogatta az arányossági korlát szigorítását, ennek fényében csak kisebb sérelem okozása zárja ki a cselekmény jogellenességét. Az ugyanakkora vagy nagyobb sérelem okozása esetén pedig a bűnösség kizárása vagy korlátlan enyhítés intézménye méltányolja a szükséghelyzetben cselekvő tettét. Ezzel kapcsolatban akadt olyan vélemény, miszerint az élet veszélyeztetésekor az azonos sérelem okozásának a lehetősége privilegizált eset lehessen. Már ekkor felmerültek az arányosság mértékével kapcsolatban olyan észrevétel, amely szerint az 1961. évi V. törvény sokkal realisabb volt e téren és túlzott kíváncsi az, hogy az elkövető kisebb sérelmet okozzon. Az azóta tartó bírói gyakorlat igen csekély mértékben alkalmazta a végszükség intézményét, nem mintha nem volna valójában sokkal több ilyen eset.

¹³ BJT. XVI. 265. I. – VII. 54. 1. – XVII. 300. 1. számú ítéletek.

¹⁴ Gárdus Ferenc: i.m. 107. o.

¹⁵ Földvári József: Büntetőjog Általános rész, Tankönyvkiadó, Budapest, 1974., 134. o.

III. Az új Btk. megoldása

A 2012. évi C. törvény egyik, eddig létező Büntető Törvénykönyvünk megoldását sem vette vakon át, hanem bizonyos tekintetben vegyítette azokat, kissé szokatlan módon a megjelent kodifikációs javaslatok egyikére sem emlékeztet, néhány alapvető sarokkövet leszámítva. Az új Btk. végszükségre vonatkozó rendelkezése tehát a következő:

23. § (1) *Nem büntetendő annak a cselekménye, aki saját, illetve más személyét vagy javait közvetlen és másként el nem hárítható veszélyből menti, vagy a közérdek védelme érdekében így jár el, feltéve, hogy a cselekmény nem okoz nagyobb sérelmet, mint amelynek elhárítására törekedett.*

(2) Nem büntethető, aki azért okoz nagyobb sérelmet, mint amelynek elhárítására törekedett, mert ijedtségből vagy menthető felindulásból nem ismeri fel a sérelem nagyságát.

(3) Nem állapítható meg végszükség annak javára, akinek a veszély előidézése felróható, vagy akinek a veszély vállalása foglalkozásánál fogva kötelessége.

Elsőként, szeretném kiemelni azt a már régóta kívánatos és dogmatikailag helyes fogalomhasználatot, amit az új törvény a büntetendőség – büntethetőség éles szétválasztásával megteremtett. A bűncselekmény fogalmi eleme a jogellenesség illetve a bűnösség is többek között. Az új Btk. alkotója ennek szellemében az első bekezdésben szabályozott jogellenességet kizáró végszükség tekintetében nem az elkövetőt vizsgálja, hanem magát a cselekményt és ennek fényében a nem büntetendő kitéttel él. A második bekezdés szerinti végszükség a túllépést szabályozza, ahol már ugyan a cselekmény társadalomra veszélyes magatartás, azonban az elkövető méltányolható helyzete miatt nem büntethető. Ami a védendő jogtárgyak körét illeti, az új Btk. megőrizte a korábbi három oltalmazott kört, azaz a személyeket, javakat és a közérdeket. Utóbbi kettő helyzete azonban felvetett néhány szerzőnél kételyeket. A vagyon védelmét illetően érdemes megemlíteni a szükséghelyzet polgári jogi oldala felőli megközelítésmódot. A szerző szerint¹⁷ mivel a tulajdonos viseli a kárt, hiányzik a közvetlen veszély ellenállhatatlan erejű mozzanata, ezért és az arányossági korlát megfejtetlensége miatt (tényleges és az előszereteti érték különbözősége esetén) vagyon elleni veszélyt nem lehet még kisebb sérelmű vagyon elleni támadás elkövetésével sem elhárítani. Álláspontom az, hogy polgári jogi fogalmakkal egy büntetőjogi dogmatikai kérdést eldönteni meglehetősen hibás jogászi gondolkodásmód, azaz egyik jogág megoldását sem lehet a másokra ráerőltetni, bár kétségtelen tény, hogy a szabályozott élethelyzet hasonló.

Akinek a vagyona tehát csak olyan esetben őrizheti meg állapotát, hogy ez által egy ártatlan személy vagyonában okoz kárt, álláspontom szerint arányos károkozás mellett mentesülnie kell a büntetőjogi felelősség alól. Annál is inkább mivel kisebb sérelem okozása sokszor műszakilag lehetetlen vagy értelmezhetetlen lenne. Természetesen a károkozás megtérítését a károsult követelheti a Polgári Törvénykönyv rendelkezései szerint, ami egy polgári jogi reparációt ad, társadalomra veszélyes cselekménynek szerintem csak nagyobb sérelem okozása mellett kell

¹⁶ Az 1978. évi IV. törvény (BTK) előkészítése (II. kötet), IM., Budapest, 1985, 173. o.

¹⁷ Kovács Levente: A végszükség magyar szabályozásának ellentmondásai. Javaslat egy újszabályozásra, Magyar Jog, 1994/9., 547. o.

tekinteni, mint ahogyan azt az új törvény szabályozza is.

A kodifikáció során készült olyan javaslat¹⁸, amely szerint a közérdek elleni támadás mindig végszükségi helyzetet teremtene, jogos védelmet sohasem, így csak kisebb mértékű elhárítás lenne megengedett. Ezek szerint jogtalan támadással szemben senki sem járhatna el a közérdek védelmében, csakis végszükségi veszély fennforgása esetén. Elhibázott gondolkodásnak tartom azt, hogy nem veszik figyelembe a két kizáró ok eltérő rendeltetését, tekintettel arra, hogy a legtöbb köznyugalom elleni bűncselekmény sérti a közérdeket és jogos védelem címén való fellépés indokolt. A hatályos Btk. előkészítése során is felmerült a kérdés, hogy lehet-e fogalmilag menteni a közérdeket illetve, hogy szükséges-e fent tartani, vagy tulajdonképpen mit is jelent maga a fogalom. Földvári József meghatározása szerint *ide vonható a közrend, közbiztonság, köznyugalom, államigazgatás, igazságszolgáltatás zavartan működése, a politikai közhangulat*¹⁹. Véleményem szerint a közérdek fogalma több személyek és javak összességénél²⁰, ha ez így lenne, a közérdek egy üres fogalom lenne. A közérdek alkotó elemei a személyek és javak, azonban a veszély itt egy akkora kört ölel át, ami nem azonosítható pusztán egyéni érdekekkel, továbbá az elhárítás érdekében egy közösségi cél lebeg, mely cél más megoldási módozatot követel (pl. egy gátszakadás esetén). Álláspontom szerint az a végszükségi veszélyhelyzet, amiben a jog által elismert közösségi érdek sérül, helye van elhárító magatartás tanúsítására, ennek fényében megtartandónak tartom ezt a védendő jogtárgyat a jövőben is.

Az új Btk. legnagyobb és egyben szerintem legtöbb vitát kiváltható újítása az elhárító magatartás arányossági mértékének a megváltoztatása. A jogalkotó jogellenességet kizáró oknak tekinteni az azonos sérelem okozását, így visszatértünk a Btk. ill. az 1961. évi Btk. megoldásához. Előjáróban szeretném megjegyezni, hogy kizárólag akkor kerülhet sor az arányosság mennyiségi szempontú mérésére, amikor azonos jogtárgyak feszülnek egymásnak (azaz az élet az élettel a vagyon a vagyonnal és így tovább), ennek hiányában minőségi kollízióról van szó, ahol a fontosabb jog által védett érdek élvez előnyt. A jogtudomány két fajta végszükségi helyzetet tart számon a veszélyközösséget és a veszélyáthárítást. Előbbi esetben két jog oly módon forog veszélyben, hogy vagy mindkettő megsemmisül vagy az egyik a másik árán megmenekül, tehát azonos sérelem okozása mellett óvja meg saját vagy más jogát. A Cícero által megjelenített kép, amikor is két hajótörött egy deszkán lebeg a tengeren és csak az egyik életének feláldozásával menekülhet meg a másik máig a végszükség erkölcsi megítélésének legellentmondásosabb helyzetét teremtette meg és a legnagyobb filozófiai kérdéssé vált a büntetőjogon belül is. Álláspontja szerint, ha az egyik a másikat nem löki bele a tengerbe és ez által mindkét személy odaveszik, igazságosan cselekszik, de egyben ostoba is. Nagy Ferenc említi azt esetet²¹, amikor a léghajóból az egyik személy a másikat a lezuhanás elkerülése végett kidobja és így, mivel a túlsúly már megszűnt megmenekül a biztos haláltól. Hasonló esetet említ Finkey Ferenc is²², amikor a folyó közepén felboruló csónakba ketten belekapaszkodnak, de az csak egyiküket bírja el. Az életek mennyiségi, azaz dologias megközelítése vagy összevetése ellenkezik az erkölcsi értékrenddel, de hatása a jogtudományra már a római jogban megjelent és jelenkorunkban is ez próbál utat törni magának, szemben a középkor etikai értékszemplélevel. A veszélyközösség bírálói abból az alaptételből indulnak ki, hogy az emberi élet, mint legfőbb érték nem

¹⁸ Büntetőjogi Kodifikáció, 2006/1. Törvénytervezet a Büntető Törvénykönyvről.

¹⁹ Földvári József: Magyar Büntetőjog Általános rész, Osiris, Budapest, 1997. 127. o.

²⁰ Róth Miklós: Végszükségben a közérdek, Magyar Jog, 1991/4. számában a közérdeket a személyek és javak összességének tekinti, így nullára redukálva a közérdek fogalmának tartalmát.

lehet mennyiségi összevetés tárgya, nem állíthatunk fel olyan tételeket, amelyek az életeket számtani hasznosság alapján adják veszik, Roxin egyenesen kijelenti, hogy feladnánk azt, hogy a halálba menő élet a jogrend védelme alatt áll²³. Ezen álláspont ellentmondásossága szembeűnő. Ha több ember életének a megmentése egy ellenében megengedett, akkor ez is mennyiségi összevetésen nyugszik, és a kevesebb számú feláldozott emberi élet is a jogrend védelme alatt áll. Emellett azon szerzők, akik elutasítják eme jogintézmény alkalmazhatóságát, véleményem szerint csak a sérelmet elszenvedő fél szemszögéből próbálják igazolni állításukat, és az elkövető nézőpontjára nem terjed ki a figyelmük. Sokak által hangoztatott elv, hogy a jog heroizmust senkitől sem vár el, így nem is nevezhető hősnek az, aki ezt megteszi, mert az emberi mivoltával megy szembe, aki életéért nem harcolva belenyugszik végzetébe. Etikai szempontból vizsgálódva, nem akkor járunk el helyesen, ha engedélyt adunk emberi élet(ek) megmentésére (?), hiszen ha ezt nem tesszük, pontosan az élethez való jogot vesszük el, mivel a biztos haláltól menekülne meg a veszélyben lévő, vagy azoknak egy része. A hatályos szabályozás túlságosan leszűkíti a végszükség alkalmazhatóságának körét, hogy csak kisebb sérelem okozható, mivel a veszélyközösség a társadalomra nem veszélyes, sőt egyenesen hasznos, így nem is tekinthető jogellenesnek. Már a törvény kodifikációja alatt is tudható volt, hogy a legsúlyosabb büntetés fenyegetése is hatástalan, mivel a veszély közvetlen és bizonyos így a generál preventív hatás nem csak hogy nem érvényesülhet, hanem ténylegesen az átgondolására, felfogására sincs ideje az elkövetőnek. Veszélyáthárítás alkalmával álláspontom szerint a jelenlegi szabályozás kívánatosabb volna, azaz ha legalább akkora sérelmet okoz az elkövető, mint amelynek elhárítására törekszik akkor azt már a bűnösség körében kellene vizsgálni, ugyanis ez esetben arról van szó, hogy egy jog léte forog csak veszélyben, ám a veszély átkerül egy eddig azon kívülállóhoz. Amely ugyan méltányolható, de társadalomra veszélyessége az előbb említett arányossági keretek között úgy vélem megállapítható.

A továbbiakban kitérek a túllépés szabályozásának új formájára is, mivel a fent említett körrel szorosan összefüggő kérdéseket vet fel. A végszükség vonatkozásában a Btk. az arányosságbeli túllépés (excessus) formáját szabályozza. A Btk. megalkotásával vált lehetővé az arányosságbeli túllépés gyakorlása, korábban a szakirodalom elvetette ezt, például Gerőcz Kálmán fogalmaz úgy, hogy nem léphető túl a végszükség, mert *a túllépés bennfekszik a tényálladékban*²⁴. Szerinte azért is lehetetlen túllépni, mert már eleve ijedtségben vagyunk, és a túllépés túllépéséről értelmetlen beszélni. A Btk. a túllépés lehetőségét az elkövetőnél az elhárításkor fellépő ijedtségre vagy menthető felindulásra alapítja. Mit is jelentenek ezen fogalmak? Tudni kell, hogy a veszély miatt fellépő ijedtség vagy menthető felindulás nem keverendő össze a beszámítási képességet kizáró vagy korlátozó állapottal. A kóros elmeállapot patológiás jellegű elváltozás, az ijedtségnek és menthető felindulásnak pedig ép lélektani alapjai vannak. Az ijedtségnél a fellépő pszichés állapot nincs arányban az elhárítás mértékével, míg a menthető felindulás egy erkölcsi megítélésű kérdés. Utóbbi esetben vélhetően a jogos védelem korábbi szabályozásából került át (szerintem helytelenül), amely felindulás egyfajta jogtalan támadás meglétét feltételezi a legtöbb esetben. Ennek fényében elegendőnek tünik az ijedtségen alapuló túllépésnek a lehetősége, bár Tokaji Géza hívja fel arra a

²¹ Nagy Ferenc: A végszükségről európai kitekintéssel, In: Györgyi Kálmán ünnepi kötet, KJK, Budapest, 2004., 438. o.

²² Finkey Ferenc: A magyar büntetőjog tankönyve, Politzer, Budapest, 1902., 200. o.

²³ Roxin Claus: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, Beck, München, 1998. 168–169. o.

figyelmet²⁵, hogy a veszélyben lévő dönthet akár higgadtan is, az elhárító magatartás kifejtéséhez nem szükséges feltétlenül ijedtség vagy menthető felindulás. Ezért de lege ferenda szerintem megfontolandó a túllépés szabályozásának egy általánosabb megfogalmazása, amely az időbeli túllépésre is kiterjedne. A még hatályos szabályozás említi a túllépés másik esetét is, ahol az elkövetőt az ijedtség vagy menthető felindulás csak korlátozza a szükséges mérték felismerésében, így ilyenkor korlátlan enyhítésnek van helye. Az új szabályozás a beszámítási képességre gyakorolt tényleges hatásától függetlenül ítéli meg az ilyen eseteket. Így az a veszély áll fenn, hogy a bíró vagy nem alkalmazza a túllépés szabályait vagy nem rendeltetészerűen.

Gárdus Ferenc szerint, aki magára vállalja külön *a felelősséget akár kifejezetten, akár bizonyos magatartással, végszükségre nem hivatkozhatik azzal szemben, akivel szemben a lekötelezettséget magára vállalta*²⁶. Álláspontja szerint ebbe a veszéllyel járó hivatásokon kívül beletartozik, például a hegyi túra vezetője (aki szakmailag jártasabb), vagy azon felnőtt, akire egy kiskorú életét bízják. A katonák tekintetében az elvállalást az állam magasabb szempontjai pótolják. Utóbbi megítélése véleményem szerint felvet bizonyos alkotmányossági aggályokat. A 46/1994. számú AB határozatban, a már nem hatályos, honvédelemről szóló 1993. évi CX. törvény egyes alkotmányossági dilemmákat is felvető kérdései kerültek vizsgálat alá. Az egyik indítványozó többek között kifogásolta a katonai esküben található, az élet feláldozására vonatkozó rendelkezést, amiből következik, hogy se jogos védelem se végszükség címén nem mentesülhet a felelősség alól, ami véleménye szerint sérti többek között az élethez és emberi méltósághoz való jogot. Az Alkotmánybíróság okfejtése során, a halálbüntetéssel kapcsolatos határozatra támaszkodva megerősítette, hogy ezen jog lényeges tartama korlátozhatatlan alapjognak számít, de *exceptio probat regulam*, amikor a jog eltűri az emberi életek közötti választást. Az indoklás alapját a kockázatvállalás adta, tehát nem az életét kell feláldoznia, hanem elvesztésének a kockázatát kell vállalnia, a *conclusio* szerint ez nem alkotmányellenes rendelkezés. Álláspontom szerint a végszükség egy mindenkit megillető jogosultság, hasonlóan a jogos védelemhez az emberi természettel ellentétesnek tartom azt, hogy bizonyos foglalkozás űző személyeket eleve kizár a hatóköréből.

IV. Összegzés

A végszükség szabályozásának újragondolása álláspontom szerint szükséges volt, tekintettel az arányossági korlát túlzott elvárására. Tekintettel azonban arra, hogy a bírói gyakorlatmindig is tartózkodott a végszükség címén való felmentés lehetőségének alkalmazásától, az új szabályok csak akkor fognak értelmet nyerni, ha a jogalkalmazói gyakorlatban is bekövetkezik egyfajta szemléletváltás. Mindenesetre a lehetőség adott, az eszköz kész, a veszélyhelyzetbe sodródó elkövetők száma úgy gondolom lényegesen magasabb, mint amit az eddigi három darab eseti döntés mutat. Ami az új szabályozást illeti, a veszély fogalmi elemei megfelelőek, de az arányosság szempontjából szükséges lenne a veszélyközösség, ill. a veszélyáthárítás különböző

²⁴ Gerőcz Kálmán: A szükségállapot túllépése a büntetőjogban, Református Főiskola Nyomda, Sárospatak, 1915., 58. o.

²⁵ Tokaji Géza: A bűncselekménytan alapjai a magyar büntetőjogban, KJK, Budapest, 1984. 270. o.

²⁶ Gárdus Ferenc: A végszükség a magyar büntetőjogban, Ludvig Ny., Miskolc, 1938., 61. o.

módon való szabályozása, ahogy azt fent említettem. A túllépés esetében pedig kifejezetten veszélyesnek tartom azt, hogy nagyobb sérelem okozása esetén ugyan a cselekmény társadalomra veszélyes, de nem bűnös magatartás, elzárva a bírót a büntetés korlátlan enyhítésének a lehetőségétől. Álláspontom szerint, az hogy bizonyos foglalkozást űzőket a törvény eleve kizár a végszükségre hivatkozás lehetőségéből, az élethez való jog érvényesülése kerül veszélybe, ám e témának bővebb kifejtésére a későbbiekben vállalkoznék. Összességében előremutató és jobb megoldásnak tartom az új Btk. rendelkezését e kizáró ok tekintetében, mint a jelenleg hatályost, főként a védekező személy pozíciójának erősítése végett, ugyanis az lehetséges, *hogy nincs jog mely bármi körülmények között az önérdeket fölébe helyezné a jognak, azonban ilyen rettenetes igazságot nem tűr el az emberi természet*²⁷.

²⁷ Edvi Illés Károly: A magyar büntető törvénykönyv magyarázata, Révai, Budapest, 1909, 356. o.

Müller György¹

A miniszterelnöki kormányról

1. A rendszerváltás utáni magyar kormányzati viszonyok egyik jellemző vonásaként – a német kancellárhoz hasonlóan – a miniszterelnök kiemelkedik a kormányból (pontosabban a kormányából), szokásos elnevezésével alkotmányos helyzete szerint 1990 óta miniszterelnöki, más fogalmazással miniszterelnöki vagy kancellárelvű kormány jön létre; a kormány működését meghatározó három elv közül a testületi elv és a rezortelv (miniszteri önállóság) terhére a miniszterelnöki elv került előtérbe.² A miniszterelnök kormányon belüli meghatározó szerepéhez a közjogi háttérrel 1990-től az Alkotmányban szereplő kormányfői jogok biztosították: még miniszterelnök-jelöltként a kormányprogram előterjesztése, majd a kormányalakítás, a helyettesének kiválasztása és a kormányülés vezetése (az abból levezetett ügyrendi jogosítványai). A kormányfői jogok (a bizalmatlansági és felelősségi szabályokkal együtt) magukba foglalták a miniszterelnöki kormány lényegét, a miniszterelnök kormányon belüli főnöki pozícióját, irányító szerepét, de nyílt kimondása – szemben több más ország alkotmányával – az alkotmányszövegből eredetileg kimaradt. Először csak 2006-ban és 2010-ben két – alkotmányossági szempontból formálisan vitatható és nem is kétharmados – kormány szervezeti törvényben (2006. évi LVII. és 2010. évi XLIII. törvény), majd 2011-ben az Alaptörvénnyel most már alkotmányi szinten [18. cikk (1)-(2) bekezdése] fogalmazódik meg kifejezetten az irányító szerep és a kormányon belüli irányítási viszony. Német mintára rögzítik, hogy a miniszterelnök határozza meg a kormány általános politikáját (a törvényekben még némileg másképpen a kormánypolitika általános irányát), amelynek keretei között – akár a kormányfő által megszabott feladat teljesítésével, ami utasításadási jogot jelent – a miniszter tevékenykedhet. A korábitól eltérően az új alkotmányszöveg már nem szól a leendő miniszterelnök által előterjesztett kormányprogramról, amely nem a kormányfői jogok csökkentését, hanem az egyébként vitatható parlamenti jóváhagyásának meg előtte a vitájának a megszüntetését célozta.

A miniszterelnöki kormánnyal szemben a másik lehetséges változatot, a testületi kormányt korábban közelebről a szocializmus államszervezeti berendezkedéséből ismerhettük meg. Ennek lényegéül a kormányból (minisztertanácsból) a kormányfő (a helyzetét jól kifejezve nem miniszterelnökként, hanem a minisztertanács elnökeként) nem emelkedett ki, még kormányalakítási joggal sem, csupán első az egyenlők között, akinek szerepköre a testület elnökeként alig több mint az ülésvezetés. Az Alkotmányban leírt rendeltetése szerint [37. § (1) bekezdés] a minisztertanács elnöke vezeti a minisztertanács üléseit, gondoskodik a minisztertanács rendeleteinek és határozatainak végrehajtásáról. (A testületvezetői feladat az alkotmányszövegben az Alaptörvényig – szinte leplezve a kormányon belüli irányító szerepét – a miniszterelnök alapvetően megváltoztatott alkotmányos

¹ Habilitált egyetemi docens (Nemzeti Közszerződési Egyetem, Közigazgatás-tudományi Kar, Állam- és Társadalomelméleti Intézet). A cikk írásakor támaszkodom a Miniszterelnöki Hivatal jogi helyettes államtitkáráként 1990-2006 között szerzett kormányzati tapasztalataimra és korábbi munkáimra: Kormányról kormányra a rendszerváltás utáni Magyarországon. Antalltól Gyurcsányig. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2008, Magyar kormányzati viszonyok. Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2011.

² Az elnevezésről például Sári János: A kormány és a miniszterelnök. In Társadalmi Szemle, 1990/12. szám, 83. o. vagy Petrétei József: Az alkotmányos demokrácia alapintézményei. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2009, 343. o.

helyzetére is megmaradt.) Nem alkotmányjogi, hanem politikai értelemben a kormányfő – az első számú politikai döntéshozó testület, a Magyar Szocialista Munkáspárt Politikai Bizottsága tagjaként, időszakonként akár a párt fő- vagy első titkáráként – mégsem csak első volt az egyenlők között, hanem a kormányon belül meghatározó szerephez jutott. állt. Ami pedig külön megerősítette, és a későbbiek miatt nem felesleges a részletezése, a kormányfő a kormány helyébe is léphetett: 1988-ig az akkori szokásoknak megfelelően a nyilvánosság számára nem is megismerhető (3000-res határozattal kiadott, hivatalos lapban nem közölt) kormányügyrend alig korlátozott felhatalmazást adott, hogy a minisztertanács elnöke – nem mellesleg bármelyik helyettese is – a kormányülések között a testület jogkörében járjon el.³ (Az utólagos tájékoztatás formális kötelezettségével és azzal a puha megszorítással, hogy az ülés helyettesítése csak a közelebről nem meghatározott testületi döntést nem igénylő ügyekben lehetséges.) A helyzet a Grósz- és a Németh-kormány alatt alaposan megváltozott; a kormány testületként – különösen a kormánybizottsági rendszer leépítésével – megerősödött, és ezzel összefüggésben az innentől nyilvános, a Magyar Közlönyben közzétett ügyrendben a kormányt helyettesítő lehetőség kizárólag tételesen felsorolt egyedi ügyekre – például feladatok kijelölésére, személyi döntésekre, nemzetközi megállapodások jóváhagyására – szűkült.⁴

A miniszterelnök és a kormány viszonya 2012 őszén az életfogytiglani szabadságvesztésre ítélt Ramil Safarov büntetés végrehajtásának átadása Azerbajdzsánnak (a köznyelvben az azeri baltás gyilkos kiadatása) kapcsán keltett érdeklődést. A nyilvánosság – a miniszterelnök, a külügyminiszter és az egyik miniszterelnökségi államtitkár nyilatkozataiból – ekkor szembesült egy kevesek által ismert, nem is könnyen és többféleképpen érthető ügyrendi szabállyal, amely szerint a kormány döntését a miniszterelnök mondja ki.⁵ Amit a médiában és a szembenálló politikai oldalon általában akként fordítottak le, hogy a miniszterelnök egy személyben döntött a kiadatásról. (Az ügyben folytatott eljárás lényegét a miniszterelnök egy sajtótájékoztatón foglalta össze: minden érintett tárca elmondta a véleményét – az igazságügyi minisztérium a jogszerűségről, a külügyi tárca a diplomáciai következményekről –, majd megszületett a döntés, amelyet „természetesen – mint mindig – a miniszterelnök mond ki, most is így történt.” A kiadatást vélhetően ellenző külügyminiszter magyarázata szerint, amit a miniszterelnök dönt, az a kormány döntése is, ezért a kormányfő és a kormány döntése között lényegében nincs különbség. Ugyanakkor a megnyilatkozások – közöttük a miniszterelnöké és a külügyminiszteré – a kormányfő egyszemélyi jogosultságát mégis cáfolva vagy legalábbis tompítva aláhúzták azt is, hogy a nagy vihart kavaró ügyben összkormányzati koordinációval összkormányzati döntést hoztak. Nem kapott hangsúlyt, hogy a büntetés végrehajtásának átadása egyébként az igazságügyért felelős miniszter hatásköre, az ügy csak politikai jelentősége és kényes jellege miatt került a kormány, illetve a miniszterelnök szintjére. Talán inkább

³ 3580/1977. MT határozat 3. pont.

⁴ 1062/1988. (VII. 22.) MT határozat 34. pont.

⁵ Orbán döntött, Jereván megdőbönt.

http://index.hu/belfold/2012/09/11/orban_dontott_jerevan_megdobont/# (2012. szeptember 13.), a külügyminiszter nyilatkozatairól: Martonyi János: hamarosan Budapestre látogat a román külügyminiszter <http://www.kormany.hu/hu/kulugyminiszterium/hirek/martonyi-janos-hamarosan-budapestre-latogat-a-roman-kulugyminiszter> (2012. szeptember 13.) és Népszabadság, 2012. szeptember 13. 2. o., illetve a Szijjártó Péter miniszterelnökségi államtitkárral folytatott interjú: Csuhaj Ildikó-Inotai Edit: Csak derülök azon, ha árnyék-külügyminiszternek hívnak. In Népszabadság 2012. szeptember 19., 13. o.

érezhető volt a kormányfő és a minisztere közötti kompetenciaprobléma, amikor 2011 nyarán az illetékes tárcavezető miniszterelnöki instrukcióval szemben, de jogkörében, kinevezte az Állami Operaház főigazgatóját, akinek aztán szinte azonnali lemondása oldotta fel az ütközést.⁶) A szóban forgó ügyrendi szabály mellett érdemes figyelni a miniszterelnöknek a szocializmus kormányzati viszonyaiból megtartott kormányt helyettesítő lehetőségére is, amely 2004 őszéig, amikor a Magyar Közlönyből kiderült, hogy az első Gyurcsány-kormány ügyrend-módosításával – legalábbis a látszat szerint – tovább szélesedett, szinte észrevétlen maradt.

2. A mi berendezkedésünknek megfelel, legfeljebb konzervatívabb ízléssel szerénytelennek ítéljük ezért (emlékezetem szerint Antall József, Boross Péter, Horn Gyula alatt még nem is volt szokás), ha a miniszterelnök birtokos személyjellel a "kormányom" fordulatot használja, de azt már nem engedi meg, hogy egyes szám első személyben, mintha ő hozta volna meg azokat, beszéljen a kormánydöntésekről. A miniszterelnök dominanciája jogi értelemben és működési formáját tekintve sem szüntette meg a kormány testületi jellegét. A miniszterelnökből és a miniszterekből álló kormány – az alaptörvényi definíció szerint a többi hatalmi ágtól megkülönböztetve a végrehajtó hatalom általános és emellett a közigazgatás legfőbb szerveként – döntéshozó testület, amely alkotmányos szerepkörét – jellemzően rendeletekkel, határozatokkal és törvényjavaslatokkal – az ülésein valósíthatja meg. Ezen nem változtat, hogy a testületi működés gyakran, de nem kizárólagosan formális és szentesítő jellegű, a kormányülések alkalmanként – valószínűleg a jelenlegi viszonyok között is – érdemi viták színterei. Ráadásul az erős kormányfői modell ellentmondásaként a miniszterelnök saját szabályozási jogköre is szűkös, és nem jut fontos szerephez; ebből a szempontból az 1989-90. évi alkotmánymódosítások és az Alaptörvény után is csak egyszerű kormánytag, mert a jogforrásokban a miniszterekkel azonos helyet foglal el. 2010-ben az új jogalkotási törvény minden eshetőségre felkészülő kivétellel csak annyit változtatott, hogy a jogforrások hierarchiájából a miniszterelnök-helyettest kijelölő miniszterelnöki rendeletet kiemelte, mert törvény és kormányrendelet nem helyezheti hatályon kívül.⁷ Bizonyára azzal a céllal, hogy a parlamenttel és a kormánnyal szemben, mintha különben előfordulhatna, hogy elvonják tőle, megóvja a kormányfő jogát. (Nehéz elképzelni azt a helyzetet, amikor a parlament ilyen módon kellemetlenkedik a miniszterelnökkel, vagy amikor a többi kormánytag ellene összefogva rendelettel, amelyet persze alá sem írna, megpróbálkozik helyettesének a leváltásával. Szerintem az igazi kérdés, de nem a mostani kodifikátorok bírálataként, mert a helyettes rendelettel való kijelölése 1990 óta töretlen szokás, hogy ehhez a személyi döntéshez nem a határozati forma illene-e inkább.)

Abból kiindulva, hogy az alkotmányszövegek a kormányt a miniszterelnökből és a miniszterekből álló testületként írják le, értelmezéseként az alkotmányjogi irodalomban megfogalmazódik, hogy a kormány szerepét a miniszterelnök sem veheti át, a kormánytagok kormánydöntést csak együttesen hozhatnak.⁸ (Legfeljebb annak

⁶ Horváth Ádám lett az Operaház főigazgatója. <http://www.origo.hu/kultura/20110601-horvath-adam-lett-az-operahaz-foigazgatoja.html> (2012. november 4.), Elfogadta Horváth Ádám lemondását az Operaház éléről a miniszter. <http://www.origo.hu/itthon/20110603-felajanlotta-lemondasat-a-nemzeti-eroforras-miniszternek-horvath-adam-a-magyar.html> (2012. november 4.)

⁷ 2010. évi CXXX. törvény 10.§. Érthetőbb tartalommal élvez hasonló védelmet az önálló szabályozó hatóság vezetőjének helyettest kijelölő rendelete is.

⁸ Jogszabályoktól eltekintve ritka kivételeket engedve Kilényi Géza: A Kormány és a Miniszterelnöki Hivatal. In Kilényi Géza – Hajas Barnabás (szerk.): Fejezetek az alkotmányjog köréből. A magyar államszervezet. Szent István Társulat, Budapest, 2008, 158–163. o., illetve Herbert Küpper – Térey

tolerálásával, hogy kivételesen rendkívüli esetben, ha ezzel nem élnek vissza, fizikai együttlét nélkül a rendszerváltás előtről átvett távsvavazással – az ősrégi szöveg szerint írásban vagy távbeszélő útján közölt állásfoglalással – is dönthetnek.⁹ Ez a kormányügyrendekben mindig szerepel, de egészen ritka kivételtől eltekintve a kormányzati gyakorlatban 2006-ig biztosan nem, és feltehetően utána sem jutott jelentőséghez.¹⁰) Az alkotmányos háttér értelmezéséből következően a miniszterelnök kormányjogkört egy személyben támadhatatlanul és kétségbe vonhatatlanul akkor gyakorolhat, ha lehetőségét maga az alkotmány ismeri el. A testületi döntéshozatal követelménye alól kivételt engedő szabállyal, de valamilyen korláttal és feltétellel, mert különben kiüresedhet a kormány döntéshozó szerepköre. Ilyen felhatalmazásra (és a hiányából eredő esetleges alkotmányossági problémákra) 1989-90-ben, amikor az új kormányzati berendezkedés formálódott, nem is gondoltak, 2010-ig pedig a miniszterelnök alkotmánymódosítással együtt járó megerősítése a kormánypártok kétharmados parlamenti többsége nélkül, kivételesen a Horn-kormány alatt ennek megléte ellenére a koalícion belüli viszonyok miatt szóba sem jöhetett.

Határozati formában 1990 óta összesen négy – a viszonyok és az elképzelések változásaihoz igazodó, de jellegében, terjedelmében és szövegezésében egyébként hasonló – kormányügyrend készült. (Az Antall-kormány ideiglenes és végleges ügyrendje, majd a Horn-kormányé, amelyet számos jelentős módosítással 2010-ig a következő kormányok is megtartottak, a második Orbán-kormány megalakulása után pedig új ügyrendet hozott.¹¹) Ezek a testületi működés lényegéeként szabályozzák a kormány határozatképességének feltételét és a szavazás rendjét, majd a döntéshozatali eljárás befejezésekként azt, hogy a kormány döntését a miniszterelnök mondja ki.¹² Formális szavazás esetén nyilván azzal az értelemmel, hogy a szavazatok megszámlálása után a miniszterelnök rögzíti az elfogadott döntést. Más országok gyakorlatához hasonlóan azonban – a Horn-kormány alatt már elkezdődően, utána pedig általánossá válva – a kormánydöntések nálunk sem formális szavazással születnek, amely a kézenfekvőnek látszó okkal szemben nem annyira a miniszterelnöki hatalom megerősödésével, hanem sokkal inkább a konszenzusos döntéshozatal igényével és a koalíciós szemponttal magyarázható.¹³ Ezzel persze egybemosódhat a döntés meghozatala és a kimondása, még inkább a miniszterelnök kezébe kerülhet a kormány irányítása, amely pedig döntéshozó szerepének elvesztésével konzultatív-tanácsadó testületté alakulhat át. Másik útként azonban (negatív szavazásos módszernek is nevezve¹⁴) informálisan megmaradhat a szavazás, ha a miniszterelnök nemcsak meghallgatja a minisztereket, hanem a kormányülésen elhangzott vélemények, álláspontok figyelembevételével mondja ki a döntést. Egyik vagy másik – akár ugyanazon kormányülésen is cserélődhető – változat alkalmazása a

Vilmos: 33. § A Kormány szervezete és megalakulása. In Jakab András (szerk.): Az Alkotmány kommentárja. II. kötet. Századvég Kiadó, Budapest, 2009, 1338. és 1410. o

⁹ Kilényi Géza uo. 160–161. o.

¹⁰ Hacsak nem erről szolt a miniszterelnök által 2012. október 19-én tartott „telefonos kormányülés”, amelyen kikérte a kormánytagok jóváhagyását a Brüsszelnek adandó válaszhoz. Orbán Brüsszel kívánalmairól: "Akármit csinálunk, sose elég" <http://inforadio.hu/hir/belfold/hir-525182> (2012. október 19.)

¹¹ 1006/1990. (VII. 17.) Korm. határozat, 1025/1991. (VI. 15.) Korm. határozat, 1088/1994. (IX. 20.) Korm. határozat, 1144/2010 (VII. 7.) Korm. határozat.

¹² Legutóbbiként lásd az 1144/2010 (VII. 7.) Korm. határozat 68. pontját.

¹³ Erről részletesen Müller 2011: 75–77. o.

¹⁴ Bragyova András: Az új alkotmány egy koncepciója. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó – MTA Állam- és Jogtudományi Intézete, Budapest, 1995, 160. o., Verebélyi Imre: A kormányzás és a közigazgatás reformjának tervezete. (Részletes vitaanyag) In Magyar Közigazgatás, 1996/4. szám, 200. o.

kormányfő személyiségétől és a tárgyalt ügytől függhet, meg a kormányon belüli erőviszonyoktól is. (Nem vehető például semmibe a számára fontos kérdésben a koalíciós társat képviselő vagy az erős politikai háttérű más miniszter álláspontja.)

3. Utólag értékelve lehet, hogy a kezdettől bizonytalan, de tulajdonképpen csak 2004 óta vitatott alapon mindegyik ügyrend megengedi a miniszterelnöknek, hogy helyettesítse a kormányt, ami hosszabban azt jelenti, hogy a testület nélkül (ahogy fogalmazzák, a kormány ülései között), egy személyben a kormány jogkörében kormánydöntéseket hozhat. Korlátok között és kikötésekkel: kivételesen indokolt esetben meghatározott ügyekben vagy külön felhatalmazással, a kormány utólagos jóváhagyásával (ami formailag fontos, de meghozott és publikált döntések jóváhagyásának megtagadása szinte képtelenség), sőt a Horn-kormány alatt a koalíciós partner egyetértésével. A kormány helyettesítésének lehetősége persze értékelhető és alkalmazható a miniszterelnök hatalmi eszközeként, amely szinte kipótolja a meglehetősen jelentéktelen saját jogalkotási hatáskörét, de a döntéshozatali eljárás egyszerűsítését, hatékonyabbá tételét és gyorsítását is szolgálja. A helyettesítési jogkör gyakorlása általában azzal jár, hogy a miniszterelnökre bízott ügygel a kormány – a felhatalmazáson és a döntés utólagos jóváhagyásán túl – nem foglalkozik. Azonban gyakran előfordul, hogy az előterjesztés megjelenik a kormányülésen, meg is tárgyalják, de a döntéshozatal a viták, további munkálatok vagy egyeztetések szükségessége miatt nem zárul le. Ilyenkor az anyag lekerül a napirendről, és visszarendelik egy következő kormányülésre, vagy a célszerű másik megoldással, amely, mivel a szigorúan vett testületi elven már lazít, felfogható a helyettesítési jogkör mérsékeltebb és könnyebben befogadható változataként is, a miniszterelnök felhatalmazást kap a befejező lépésre, a döntés kiadására.

A Grósz- és a Németh-kormány idézett ügyrendi szabályának a továbbvitelével az Antall-kormány ideiglenes ügyrendjében átmenetileg még szűkre szabott kormányt helyettesítő jogkör előbb 1991-ben, majd 1994-ben tágult ki, mert a miniszterelnök lehetőséget kapott, hogy a konkrétan meghatározottak mellett külön felhatalmazás alapján és további feltételhez (kivételes indokoltság) nem kötve más ügyben is kormánydöntést hozzon.¹⁵ Habár az ügyrendszöveg mindkét változatában hiányosan csak határozatokról szólt, a kormány által adott felhatalmazásokkal erre is feljogosítva, és persze utólagos jóváhagyással, az egymást követő miniszterelnökök mindegyike kibocsátott ülésen kívül kormányrendeleteket is. Ez a gyakorlat, ahogy ma sem, soha nem volt átlátható, mert a miniszterelnök által hozott kormánydöntések megjelenésükben és megjelölésükben nem különböztethetők meg a többitől. (De titok sem, aki olvasta a Magyar Közigazgatást, Mónus Lajostól 1996-ban a jogi problémával együtt már megtudhatta, hogy a miniszterelnökök az ülések között kormányrendeleteket is kiadnak.¹⁶ Valóságos jogalkotási csemegeként bő 22 év alatt egyedi kivételként 2006-ban a kormánnyal szemben bizalmi szavazást kezdeményező határozat használja azt az elborzasztó fordulatot, hogy „a kormány – ülésen kívül – úgy határoz”.¹⁷)

2004-ben az első Gyurcsány-kormány megalakulásakor – szemben a 2006-os kormány szervezeti törvény több rendelkezésével még nem a miniszterelnöki hatalom erősítésének, hanem csak a kormányzati jogászokat nyugtalanító helyzet rendezésével biztosabb jogi háttér teremtésének a céljával – módosult az ügyrend, és kiegészült

¹⁵ 1025/1991. (VI. 15.) Korm. határozat 70. pont, 1088/1994. (IX. 20.) Korm. határozat 77. pont.

¹⁶ Mónus Lajos: Gondolatok a kormány testületi működésének kérdéseiről. In Magyar Közigazgatás, 1996/ 6. szám, 277. o.

¹⁷ 1096/2006. (X. 2.) Korm. határozat.

azzal, ami addig kimaradt, hogy a miniszterelnök a kormány felhatalmazása alapján kormányrendeletet is hozhat.¹⁸ Feltételezve ebben az ügyben az előzmények miatt a szembenálló politikai oldalak érzékenységi, és ezért nem számolva azzal, hogy a korábbi miniszterelnökök által kialakított, mindegyikük által alkalmazott és kedvelt gyakorlat legalább ügyrendi szintű legitimitása pártpolitikai küzdelem tárgyát képezheti. Ez tévedésnek bizonyult, az ellenzéki pártok az alkotmányosság védelmével könnyen álcázható napi politikai érdeken és haszonszerzésen túl más szempontot – még hozzájuk tartozó lehetséges jövőbeni miniszterelnökök helyzetét sem – nem mérlegeltek. A Fidesz országgyűlési képviselője, Répássy Róbert „Az állam én vagyok” címmel 2004. november 2-án kérdéssel fordult Petrétei József igazságügy-miniszterhez, amelyben az ügyrendi felhatalmazás, illetve a miniszterelnök kormányrendelet-alkotási lehetőségének alkotmányosságát és az igazságügyi tárca szerepét firtatta.¹⁹ A miniszter válaszában elismerte az ügyrend-módosítás félreérthető szövegezését, nem szerencsés megfogalmazását, mert a miniszterelnök felhatalmazását csak a helyettesítési jogkör mérsékeltebb változatára szűkítve úgy értelmezte, hogy a tartalmukban a kormányülésen hozott döntések pontosítását, végrehajtását szolgálja.²⁰ Visszavágásként a múlttal érvelt, hivatkozott az összes előző kormány gyakorlatára, és felhívta a kérdező figyelmét, hogy az első Orbán-kormány alatt a miniszterelnök a kormányrendeletek majdnem egyötödét a kormány két ülése között, de akkor még ügyrendi felhatalmazás nélkül adta ki. Végül, nehogy akár csak az a látszat keletkezessen, hogy a miniszterelnök elvonhatja a kormány rendeletalkotási jogkörét, ígéretet tett az alkotmányossági aggályok elhárítása érdekében az ügyrend szövegének az egyértelműsítésére is. (Az aggályok vizsgálatára egyébként a miniszterelnök is felkérte.²¹)

Az ügyet az MDF vitte tovább, és 2005 márciusában az ügyrend-módosítással szemben az Alkotmánybírósághoz fordult.²² Szerintem ezzel – félretéve a két parlamenti ciklusban betöltött kormányzati szerepét és felelősségét – nemcsak az éppen akkori kormányfő felhatalmazását támadta meg, hanem visszamenőleg megkérdőjelezte a miniszterelnököknek a rendszerváltás után először az Antall-kormány ügyrendjeiben elismert kormányt helyettesítő lehetőségét meg gyakorlatát, különösen pedig az általuk hozott összes kormányrendelet alkotmányosságát is. A kiadott közlemény szerint „... példátlan, hogy miniszterelnök ilyen felhatalmazással rendelkezzen, mely súlyosan veszélyezteti a jogállami normákat.” Mintha a történet 2004-ben és nem 1990-91-ben kezdődött volna, majd folytatódott 1998-2002 között is, amikor az MDF elnöke – az első Orbán-kormány igazságügy-minisztereként – még nem érezte szükségesnek a fellépést az alkotmányellenesnek ítélt gyakorlattal szemben. Másképpen fogalmazva, érve persze a jogszabály és a határozat közötti

¹⁸ 1102/2004. (X. 20.) Korm. határozat 3. pont. Azóta az ügyrendi szabály szerint: a miniszterelnök a kormány ülései között – kivételesen indokolt esetben – feladatok kijelölése, nemzetközi tárgyalások lebonyolítása és megállapodások aláírása, jóváhagyása, látogatások szervezése, egyes kinevezések és felmentések ügyében, kitüntetések adományozása céljából kormányhatározatot, továbbá más esetben a kormány felhatalmazása alapján kormányrendeletet és kormányhatározatot adhat ki.

¹⁹ A kérdés és a viszontválasz:

<http://www.parlament.hu/naplo37/180/180.htm>, http://www.parlament.hu/naplo37/180/n180_172.htm (2012. augusztus 23.)

²⁰ A miniszter válasza és viszontválasza: http://www.parlament.hu/naplo37/180/n180_170.htm, http://www.parlament.hu/naplo37/180/n180_174.htm (2012. augusztus 23.)

²¹ <http://www.meh.hu/kormany/kormanyulesek/leirat/20041105.html>

²² Az MDF közleménye:

http://www.gondola.hu/cikkek/41128-Gyurcsany_egyszemelyes_dontesei_Alkotmany_sertenek_.html (2012. augusztus 23.)

különbséget, véleményem szerint a kérdés lényegét nem a miniszterelnök rendeletalkotási felhatalmazásának, hanem általánosabban a kormányt helyettesítő lehetőségének a megítélése alkotja.

Az Alkotmánybíróság majdnem hét éven keresztül 2011 végéig, ameddig hatáskörében tehetette, a miniszterelnök kifogásolt felhatalmazásáról nem hozott döntést. Hallgatásának okát csak keresgélni lehet, eredhet az ügy bonyolultságából vagy kényes jellegéből, a testületen belüli vitákból, mert talán a bírák mégsem látták olyan egyértelműnek az alkotmányellenes helyzetet. Az elmulasztott döntés esetleges tartalmának találgatása semmire sem vezet, de az Alkotmánybíróságnak az ügy keletkezése után született és a tárgyához közeli két határozata figyelmet érdemel. Az egyik lényegét illetően a kormányon belüli viszonyokról szól, és az akkor még csak törvényi előírással megállapított feladatkörként elfogadta, hogy a miniszterelnök határozza meg a kormánypolitika általános irányát, mert az Alkotmány őt állítja a kormány működésének a középpontjába.²³ Ezzel lehetne érvelni a miniszterelnök felhatalmazása mellett is, de a kérdést nagyon közelről érintő másik határozattal aligha, amely azzal az indokkal, hogy a jogalkotási hatáskör átruházásának az alkotmányon kell alapulnia, kizárta a rendeletalkotásban az államtitkár minisztert helyettesítő jogkörét.²⁴ (Az egyébként hivatalból indított eljárásban az Alkotmánybíróság nem magát a hosszú évekig jogi aggályoktól mentesen fennálló helyettesítési felhatalmazást találta alkotmányosértőnek, hanem mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenes helyzetet állapított meg, mert a miniszter helyettesítése kapcsán törvényi előírás nem rögzítette a jogalkotó hatáskör átruházásának tilalmát.)

Megkockáztatható az a feltételezés is, hogy az Alkotmánybíróság megfelelő alkalomra vagy helyzetre várva addig taktikázott a döntéshozatallal, míg kicsúszott az időből. Ilyen hajlamot sejtet és a hasonlóság miatt nem felesleges felidézni a kormányzati autonómia tartalma szempontjából szintén fontos és nagy vihart kavarázó másik ügyben folytatott, a kormányulések dokumentálásával kapcsolatos eljárását, amellyel két parlamenti cikluson keresztül elkerülte az állásfoglalást és a konfrontációt a megtámadott intézkedést hozó kormánnyal. 1999-ben fordultak az Alkotmánybírósághoz, mert az első Orbán-kormány ügyrend-módosítással megszüntette a kormányulésekről a szó szerinti hangfelvétel készítését. A döntés 7 évig váratott magára, miközben a probléma magától megoldódott, de legalábbis elveszítette az időszerűségét, mert 2002-ben a kormányváltás után ügyrendi előírással visszaállt a hangrögzítés. A végül 2006-ban meghozott határozat mulasztásos alkotmányosértéssel az Országgyűlést, habár hatásában közvetlenül mégis az ügyben vétlen második Gyúresány-kormányt, marasztalta el, mert nem szabályozta törvényben a kormányulések tartalmi dokumentálásának a rendjét.²⁵ (A téma szempontjából nincs jelentősége a történet különben érdekes folytatásának. 2006 óta a kormány szervezeti törvények kimondják, hogy – kormányzati szempontból okkal kevesellhető és többféleképpen értelmezhető garanciával nem titkos, de nem is nyilvános dokumentumként – a kormányulésről hangfelvétel készül, amelyet azonban a második Orbán-kormány ügyrendje az eredeti céljával és jelentésével szemben nem az elhangzottak folyamatos és ebből következően szó szerinti rögzítéseként értelmez. A szó szerinti hangfelvétel ismételt megszüntetése miatt az ügy 2010-ben megint az Alkotmánybíróság elé került, de újabb határozat már nem született.)

2004 novemberében az igazságügy-miniszternek a képviselői kérdésre adott

²³ 122/2009. (XII. 17.) AB határozat.

²⁴ 37/2006. (IX. 20.) AB határozat.

²⁵ 32/2006. (VII. 13.) AB határozat.

válaszát visszavonulásként értékeltem; nemcsak a hiba beismerése vagy az ügyrend-módosítás kijavításának a vállalása miatt, hanem főként azért, mert a vitatott szabály céljának magyarázata a mozgásteret a jövőre nézve korlátozta. A beígért pontosítás azonban 2004-ben és később is elmaradt, most már felhatalmazással folytatódhatott a korábbi gyakorlat, sőt a szűkebb megfogalmazása helyett a miniszterelnök kormányt helyettesítő lehetőségének a biztonságosabb alapra helyezését célzó lépések is következtek. Először a helyettesítési jogkör nem általános jelleggel, hanem konkrét ügyfajtaát illetően 2005-ben észrevétlenül törvénybe emelkedett: azóta a nemzetközi szerződésekkel kapcsolatos eljárásban a miniszterelnök a kormány helyett két kormányülés között kormányhatározatot adhat ki.²⁶ (Erről a 2003-ban az igazságügy-miniszter által előterjesztett eredeti törvényjavaslatban még nem volt szó, hanem 2005 áprilisában – éppen az MDF alkotmánybírósi beadványa után – kormánypárti képviselők, de sejtethetően az előterjesztő tárca által kezdeményezett és ott megírt, módosító javaslatával került a szövegbe.²⁷) Nagyjából egyidejűleg és bizonyára összefüggésben a két ülés közötti döntéshozatal körül zajló vitával – nem a helyettesítési jogkör mérsékeltebb változatára korlátozva, hanem teljes terjedelmében – a jogrendszer szabályai között fogalmazódott meg a miniszterelnök rendeletalkotási felhatalmazása az első Gyurcsány-kormány alatt az igazságügyi tárcánál zárt körben készített és féltve őrzött alkotmánytervezetben, amely csak 2011 áprilisában került nyilvánosságra.²⁸ (A határozattal külön nem foglalkozott és azzal az érdekességgel, hogy a kormányfő a kormány hatáskörének keretei között halaszthatatlan esetben nem kormány-, hanem miniszterelnöki rendeletet adhat ki. Valójában, ha az ügyrendek ismerik az említett távszavazást, főleg a modern telekommunikációs eszközökkel, a miniszterelnök felhatalmazását legkevésbé az ügy sürgőssége vagy a döntés halaszthatatlansága indokolja meg.)

Az új iránnyal szemben, de nem véletlenül 2006-ban a kormány szervezeti törvény, amely a miniszterelnök eszköztárát a kormánypolitika irányának meghatározásán túl – mások között kinevezési jogokkal vagy a kormánybiztosok irányításával – több ponton kibővítette, nyilván éppen az alkotmányos háttér hiánya vagy bizonytalansága miatt a kormányt helyettesítő jogkör rögzítésére nem vállalkozott. Ami – legalábbis számomra – meglepetést okozott, hogy ebből a szempontból a miniszterelnök helyzetének újrafogalmazása, amikor a szükséges parlamenti többség rendelkezésre állt, 2010-ben a miniszterelnök-helyettesi tisztség beállításával vagy az új jogalkotási törvénnyel összefüggő alkotmánymódosítással, majd 2011-ben az Alaptörvénnyel sem történt meg.²⁹ A miniszterelnök jogkörét

²⁶ A 2005. évi L. törvény 5.§ (2) bekezdése szerint: A Kormány - kivételesen indokolt esetben, a Kormány két ülése között a miniszterelnök - a miniszternek a külpolitikáért felelős miniszterrel és az igazságügyért felelős miniszterrel egyetértésben tett előterjesztése alapján, a létrehozott nemzetközi szerződés szövegének vagy ennek hiányában a szerződés részletes tartalmi elemeinek ismeretében ad felhatalmazást a nemzetközi szerződés szövegének végleges megállapítására, továbbá az ennek során eljáró személy kijelölésére, valamint határoz a szerződés és a belső jog összhangjának megteremtéséhez szükséges feladatokról.

²⁷ <http://www.parlament.hu/irom37/4489/04489-0024.pdf>. (2012 augusztus 26.)

²⁸ http://hirszerzo.hu/belfold/20110401_Petretai_alkotmanytervezet_Fidesz (2011. április. 2.)

²⁹ Egy 2011-ben az igazságügyi tárca, majd a Miniszterelnöki Hivatal volt munkatársai által készített civil-alkotmánytervezet sürgős ügyekben vagy egyedi felhatalmazás alapján elismerné a miniszterelnök kormányt helyettesítő lehetőségét, mert indoklása szerint: „A kormányzati működés hatékonyságát biztosító alapvető feltétel, hogy a testületi működésből akadó esetleges idővesztéseket indokolt esetben ki lehessen küszöbölni: ezt szolgálja a Kormány két ülése között a miniszterelnök által meghozott döntések húszéves gyakorlatának alkotmányszintű elismerése.” Gáli Csaba – Sepsi Tibor – Tordai Csaba: Az új alkotmány egy tervezete. A szerzők magánkiadása. Felelős kiadó és szerkesztő: Tordai Csaba. <http://www.tordaicsoaba.hu/newconst/ALK%20I-XIV%20final.pdf> 56–57. o. (2012. augusztus

azonban – 2004-es változata szerint – a második Orbán-kormány ügyrendje is megtartotta. (Mit válaszolna Répássy Róbert most már igazságügyért felelős államtitkárként „Az állam és vagyok” címmel feltett valamikori képviselői kérdésére?) A helyettesítési lehetőség 2012-ben a miniszterelnök általános felhatalmazásával is kiegészült, amellyel az akkor felállított Nemzeti Fejlesztési Kormánybizottság egyes kormányoknak szánt döntési javaslatait határozatként vagy rendeletként két ülés között kiadhatja.³⁰ Nem újdonságként, mert hasonló megoldás (csak még rendelet nélkül) érvényesült a Horn-kormány alatt rövid ideig működő Európai Integrációs Kabinet állásfoglalásaira is.³¹

30.)

³⁰ 1221/2012. (VII. 2.) Korm. határozat 7. pont.

³¹ 1006/1996. (II. 7.) Korm. határozat, 1045/1998. (IV. 3.) Korm. határozat.

A színpadi művek és a zeneművek szerzői jogvédelmének fejlődéstörténete Magyarországon

Írásunkban szerzői jogi törvényeink, az 1884. évi XVI. törvénycikk, az 1921. évi LIV. törvénycikk és az 1969. évi III. törvény fényében kívánjuk a színpadi- és zeneművek, valamint az előadáshoz kapcsolódó szomszédos jogok fejlődéstörténetét vizsgálni. Először a színpadi művek (I.), majd a zeneművek (II.), végül pedig az előadóművészek szomszédos jogok védelmének történetét mutatjuk be.

I. A színpadi művek védelme

Az 1884. évi XVI. törvénycikk² a nyilvános előadás jogát a színművekre, zenés színművekre és a zeneművekre korlátozza.³ Az ilyen műveket ugyanis rendszerint arra szánják, hogy művészek előadásában jussanak a közönség elé, és ilyen műveknél a szerzőnek a munkája ellenértékét is legjobban a nyilvános előadás biztosítja, ami egyébként különösen zenei művek értékesítését az ország határain túl is leginkább lehetővé teszi. Ezért fontos érdeke a szerzőknek, hogy ilyen művek nyilvános előadásához kizárólagos joguk legyen. Ezek a művek tehát csak a szerző beleegyezésével adhatók elő nyilvánosan. Jogfenntartás nem szükséges, amit a Berni Egyezmény külön ki is emel; ezzel szemben egyéb írói művek nyilvános előadását, ha közzétételük már megtörtént, a törvény nem köti a szerző engedélyéhez, mert a szerzőnek nem fűződik jelentősebb érdeke ahhoz, hogy már közzétett ily művének elszavalása, felolvasás a beleegyezésétől tétessék függővé. Az ilyen műveknek csak rádió útján való közléséhez kell a szerző hozzájárulása.

Színmű állhat egy szereplőből is azzal a jelleggel, hogy azt a műben megírt színpadi beállításban játssza el az előadóművész. Színműveknek a szerző számára fenntartott nyilvános előadása alatt általában azok színpadszerű előadását kell érteni, vagyis olyan előadást, amely szerepek eljátszásával, színtéri elrendezéssel megy végbe. Megengedett a már közzétett színműnek vagy egyes részeinek felolvasása, mert az ilyen felolvasás nem tekinthető a színmű szerzői jogi értelemben vett nyilvános előadásának. Ellenben a nyilvános előadás tilalma alá esik a színműnek felolvasása szerepek szerint, amiben már a szerepeknek bizonyos alakítása nyilvánul meg. Színműveknek rádió útján való közléséhez pedig – akár szereposztással, akár anélkül történjék az – már a szerző beleegyezése szükséges. A színmű színpadi előadása történhet élő személyekkel, „mozgófényképészeti úton”, vagyis valamely élő személyekkel történt előadásának reprodukálásával film útján, illetve bábokkal (marionett).

Zenés színmű alatt olyan színművet kell érteni, amelynél a szöveg és a zene szerves kapcsolatban áll, ilyenek az operák, operettek. Nem válik zenés színművé a színmű, ha néhány alkalomszerű zene- vagy énekszám van benne. A népszínmű

¹ Dr. habil. Nótári Tamás, PhD, tudományos munkatárs, MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont, Jogtudományi Intézet, egyetemi docens, KRE ÁJK Polgári Jogi és Római Jogi Tanszék

² Az itt említett törvények történeti háttéréhez lásd Nótári Tamás: A magyar szerzői jog fejlődése, Lectum, Szeged, 2010.

³ 1884. 49. § A színművek, zeneművek és zenés színművek nyilvános előadásának kizárólagos joga a szerzőt illeti.

rendszerint tehát nem zenés színmű, amennyiben csak a darabtól elválasztható dalbetéteket foglal magában. A zenés színművek és színművek között foglalnak helyet az oratóriumok, ha karokkal és magánszólamokkal vannak felszerelve. A törvény a színműveket, zenés színműveket és zeneműveket csak olyan előadással szemben védi, amely nyilvánosan történik. Az előadás nyilvánossága kérdésében a kir. Kúria elvi állásfoglalását hozott nagyjelentőségű ítélete tünteti fel. Kimondta, hogy „*a Szjt akkor, amikor a színművek, zenés színművek és zeneművek nyilvános előadásának jogát védelmi idő alatt szerző kizárólagos jogának nyilvánítja és a mű szerzőjének ebbe a jogába ütköző cselekmények megtorlása iránt intézkedik, a családiasság és háziasság körén túlmenő előadásokkal szemben kívánta a szerzőt védelemben részesíteni, s így az előadás nyilvánosságának fogalmát – szerzői jogi vonatkozásaiban – nem lehet a hozzáférés korlátlanosságának, vagy belépő díjhoz kötöttségének szűk körére szorítani.*”⁴ Ehhez képest kiemelte a kir. Kúria ítéletében, hogy a nagyobb taglétszámú kaszinók, klubok és más hasonló elnevezések alatt megtartott külön összejövetelek már a részvételre jogosítottak számánál fogva nélkülözik a családiasság jellegét, az Szjt.-t alkalmazása szempontjából tehát nyilvános előadás számba mennek már akkor is, ha az egyesületek ezeket a külön összejöveteleket saját helyiségeikben belépődíj nélkül rendezik is, ha azokon csak az egyesület tagjai és esetleg családtagjaik, vagy magukkal hozható vendégeik jelenhetnek meg. Ezzel az állásfoglalással minden kétely eloszlott a tekintetben, hogy az törvény szempontjából valamely előadás mikor esik a nyilvános előadás fogalma alá.

Az 50. szakasz a némajátékokra (pantomimikák) és koreográfiai műveket (táncszöveg műveket) szerzői jogi szempontból tartalmuk szerint vagy színműveknek, vagy – ha zenéjük is van – zenés színműveknek tekinti, hangsúlyozva, hogy ezek a művek minden vonatkozásban, tehát nyilvános előadásuk kizárólagos joga tekintetében védett művek. A Berni (Római) Egyezmény szerint a szóban lévő művek védelemben csak akkor részesülhetnek, ha színre hozásuk módja írásban vagy másként, tehát valamiféle módon meg van örökítve (rögzítve). A törvényünk a védelmet ily előfeltételhez nem köti, bár a törvény miniszteri indokolása utal az egyezmény említett rendelkezésére. A rögzítésnek kétség kívül nagy jelentősége van, mert e nélkül a szerzői jog megsértésének bizonyítása nagy nehézséggel jár. De mivel a bizonyítás lehetősége rögzítés hiányában is fennforog, ezért törvényi rendelkezés hiányában szerzői jogunk szerint nem lehet a rögzítést a védelem előfeltételének tekinteni.

A törvény a fordítás, felhasználás, átdolgozás folytán keletkezett színművet, zenés színművet és zeneművet a nyilvános előadás tekintetében is védelemben részesíti. Az, hogy a felhasználó, átdolgozó é felhasznált eredeti mű szerzőjét megillető mű sérelme nélkül rendelkezhet, azt jelenti, hogy a fordítás, felhasználás, átdolgozás folytán keletkezett művet csak az eredeti mű szerzőjének engedélyével értékesítheti nyilvános előadás útján is. A még védett színmű fordítója az elkészült fordítás nyilvános előadásának kizárólagos jogával csak akkor rendelkezik, ha a színmű szerzője ezt a jogot a fordítóra ruházta.

Az 52. szakasza szerint a nyilvános előadás joga kiterjed a 6. szakasz 9. pontjában említett mechanikai előadásra is. A nyilvános előadásnál nincs különbség a tekintetben, hogy a színmű, zenés színmű, vagy zenemű közvetlenül, vagy mechanikai készülékkel közvetített módon kerül-e a hallgató vagy nézőközönség elé. A törvény tehát a színművek, zenés színművek és zeneművek nyilvános előadását

⁴ P.I. 980/1928.

nem csak abban az esetben tiltja, ha ilyen műveket közvetlenül személyek adnak elő nyilvánosan, hanem akkor is, ha a nyilvános előadás mechanikai előadás céljára szolgáló készülék közvetítésével történik nyilvánosan egy meghatározott helyen egybegyűlt közönség előtt. Az a szórakozóhely tulajdonos, aki készülék útján kívánja a nyilvános helyiségében egybegyűlt közönséget szórakoztatni, az a nyilvános előadás tekintetében védett művek nyilvános előadási jogát a szerzőtől vagy az ily joggal rendelkező szervtől köteles azt beszerezni.

Az 53. szakasz a szerzőtársakra vonatkozó rendelkezés alól azt a kivételt állítja fel, hogy szöveges zenemű előadásához a szerzőket egymással szemben megillető jogok sérelme nélkül elég a zeneszerző beleegyezése, így nincs szükség a szövegíró hozzájárulására is, feltéve, hogy a szöveg szerzője a beleegyezést művének megzenésítéséhez megadta. E kivételes rendelkezés alól a törvény kiveszi a zenés műveket, amelyeknek nyilvános előadásához úgy a szövegíró, mint a zeneszerző beleegyezése szükséges. Amikor más zeneműveknél a törvény elegendőnek tartja a zeneszerző beleegyezését, kiemeli, hogy ez a szerzőket egymással szemben megillető jogokat nem érinti. A szövegíró tehát megállapodhat a zeneszerzővel, hogy az ő hozzájárulása nélkül a zeneszerző nem rendelkezhet a zenemű nyilvános előadás felett. Azonban azokkal a harmadik személyekkel szemben, akik a megállapodásról tudomással nem bírnak, joghatása nincsen. A kir. Kúria ítéletében kimondta, hogy zeneműveknek gramofonlemezre való felvétele tekintetében nem lehet alkalmazni az törvény 1. szakaszának 3. bekezdésében a többszörösítésre, közzétételre és forgalomba helyezésre vonatkozóan felállított 53. szakaszban foglalt és csak a nyilvános előadásra vonatkozó azt a rendelkezést, mely szerint szöveges zenemű nyilvános előadásához a szerzőket egymással szemben megillető jogok sérelme nélkül elég a zeneszerző beleegyezése.⁵ Magától értetődik, hogy ha a szövegíró hozzájárul a szöveges zeneműnek gramofonlemezre való felvételéhez, akkor beleegyezettnek kell tekinteni abba is, hogy a szöveget a lemezre rányomják, ami csak rövid szövegű daloknál fordulhat elő.

Az 54. szakasz a szerzői jog tartalmára nézve az írói műveknél megállapított szabályokat, amennyiben erre alkalmasak, kiterjeszti a nyilvános előadás jogára is. Az 55. szakasz arról rendelkezik, hogy a nyilvános előadás jogának tartamára nézve a 11–17. szakaszok rendelkezéseit kell megfelelően alkalmazni, de az álnév alatt vagy a szerző nevének kitétele nélkül szerzett művek, valamint a hátrahagyott művek tekintetében a törvény külön rendelkezik. A törvénycikk szerint alkalmazandó a műnek a rádió útján nyilvánossággal való közzélése esetén is, és nem csak színművek, zenés színművek, hanem bármelyik írói mű közzélése tekintetében. A még meg nem jelent, de már rádió útján előadott művek szerzőjének tehát az ellenkező bizonyításig azt kell tekintetni, akit a rádió előadás hirdető jelentésben, mint szerzőt megneveztek.

Az 57. szakasz szerint az, aki valamely színművet, zenés színművet, vagy ilyen művekből egyes részeket a szerző beleegyezése nélkül szándékosan vagy gondatlanságból előad vagy előadat, bitorlást követ el. A kir. Kúria 18. számú jogegységi döntvénye szerint kávéházi vagy vendéglői helyiségben előre megállapított műsor nélkül játszó zenekar által jogosulatlanul eszközölt előadás esetében az illető tulajdonos azon az alapon, hogy a zenekart játszásra felfogadta, a szerzői jog bitorlása miatt büntethető és kártérítésben marasztalható. Abból a célból, hogy a vendéglők, kávéházak és egyéb nyilvánosnak tekinthető szórakozóhelyek a zeneművek nyilvános előadása szempontjából hatékonyan ellenőrizhetők legyenek, illetve hogy a jogosulatlan előadásokat megelőzzék, alakult nálunk is a Magyar

⁵ P.I. 2763/1931. szám alatt hozott

Szövegírók, Zeneszerzők és Zeneműkiadók Szövetkezete. Célja a tagjainak gazdasági érdekeit védeni és előmozdítani. A Szövetkezet a zeneműveknek színpadon kívüli nyilvános előadása (*petit droit*) védelmére jött létre. A szövetkezet körében nem tartozik a zenés színművekben azokkal szerves összefüggésben lévő zeneszámoknak a színművel kapcsolatos színpadi előadása. Alapszabályai szerint minden újonnan belépett tag köteles egy nyilatkozatot kiállítani, melyben az összes zeneműveinek nyilvános előadási jogát a Szövetkezetre ruházza át. Ekként a Szövetkezet a szerzőtől már a belépés tényénél fogva megszerzi a szerző összes zeneműveinek kiadási jogát, kivéve azokat a zeneműveket, amelyek egy meghatározott mulató vagy színpad részére készültek, továbbá az ilyen célra megszerzett idegen nyelvű szöveggel bíró zeneműveket, ezeket a műveket a Szövetkezet a lapjában az ügyfelei tudomására hozza. Azok, akik zeneműveket nyilvánosan előadnak, vagy előadatnak, a Szövetkezettől meghatározott összegű jogdíj megfizetése ellenében jogot szereznek a védett zeneművek nyilvános előadására, előadatására. A jogdíjak révén befolyó tiszta jövedelem pedig meghatározott kulcs szerint a szerzők között kerül felosztásra, ekként megélhetésüket teszi lehetővé. A szövetkezet a külföldi hasonló szervezetekkel kölcsönösség alapján összeköttetésben áll. Magyarország az egész kultúrvilág zeneműveinek előadási jogával rendelkezik, és hivatott védeni a külföldi alakulatok jogait is, valamint üldözni azok zeneműveinek jogosulatlan előadásait is. Lehetővé kívánja tenni annak elkerülését, hogy a zeneművek előadásából kifolyóan a jogdíjat befizető vendéglők, kávéházak tulajdonosai a zeneművek előadásából kifolyóan felelősségre vonassanak.

A kir. Kúria ítéletében kiemelte, hogy a Szövetkezet tagjai közé tartozó zeneszerzőnek zeneműveire vonatkozó nyilvános előadási jog már a belépés tényénél fogva a szövetkezetre száll, tekintet nélkül arra, hogy a szerző a zeneművét a Szövetkezetnek bejelentette-e, vagy sem.⁶ Ezzel az állásfoglalással azt akarták elkerülni, hogy azok, akik a szövetkezettől meghatározott összegű jogdíj megfizetése ellenében jogot szereznek védett zeneművek előadására, az előadásból kifolyóan felelősségre vonassanak. Színművek és zenés színművek nyilvános előadási jogával maga a szerző, de legtöbb esetben a kiadó az, akire a szerző a kizárólagos előadás jogát átruházta. A színmű szerzője azért, hogy a színdarabjának színpadi előadását és általában annak értékesítését minél eredményesebben biztosítsa, rendszerint a színpadi kiadóval köt szerződést. Az ilyen szerződésekben a szerző a kiadónak engedi át a színpadi előadás felett való rendelkezés kizárólagos jogát azzal, hogy a szerződés alapján a kiadó jogosult és kötelezve a szerzői jog védelmére szükséges lépések megtételére. A kiadó a jövedelmeket meghatározott elszámolás alapján a szerzőnek kiszolgáltatni köteles, levonva azokból az őt a szerződés értelmében megillető jutalékot. A szerződésben gyakran a szerző a darab fordítására, adaptálására, a megfilmesítésre és a rádió útján való közlésre vonatkozó jogot is a színpadi kiadónak szokta átengedni. A szerző és a kiadó között létrejött szerződés tehát a szerző részéről a nyilvános előadás jogának, esetleg más szerzői jogosítványoknak a szerződésben meghatározott korlátok és feltételek mellett való átruházását tartalmazza. Egyúttal bizományi jellege van annyiban, hogy a kiadó a saját nevében, de a szerző javára jár el a nyilvános előadási jog és egyéb jogok értékesítése és érvényesítése tekintetében. A színpadi szerzők érdekében nálunk is megalakult a Magyar Színpadi Szerzők Egyesülete, melynek célja a nemzeti irodalom fejlesztése, a színpadi szerzők és fordítók szellemi és anyagi érdekeinek képviselése és védelme. Tagjai javára a színpadi művek nyilvános előadása után járó jogdíjakat beszedi, és a szerzői

⁶ P.I. 3935/1928. szám alatt hozott

jogdíjakat nem fizető színházakkal szemben a törvényes lépéseket megteszi. Tagjainak színművei felett azonban nem rendelkezik. Joga van azonban a színművek műkedvelői előadására engedélyt adni, megfelelő jogdíj megfizetése ellenében olyan művekre is, amelyeknek szerzői nem tagjai az Egyesületnek. Az Egyesület kezeli tagjai megbízásából a műveik rádióközléséből befolyó tagdíjakat is.

Az 58. szakasz a bitorlás jogkövetkezményeire vonatkozó rendelkezéseket megfelelően kiterjeszti a nyilvános előadás jogaira is. A szakasz nem hivatkozik a 22. szakaszra, a miniszteri indokolás szerint azok nem vágnak ide, tehát a 22. szakasz a maga egészében nem alkalmas arra, hogy a nyilvános előadásra kiterjesszék. Kétségtelen azonban, hogy az ott említett üzletszerű használt történhet nyilvános előadás útján is. Az 59. szakasz a bírói eljárásra, a szerzői jog szakértői bizottságra, az elévülésre és a beiktatásra az írói műveknél egállapított szabályokat, amennyiben erre alkalmasak, megfelelően kiterjeszti a nyilvános előadás jogra is.

A nyilvánosságra hozott színpadi művek előadása tekintetében a műkedvelő művészeti csoportok számára külön kedvezményt biztosított az 1921. évi LIV. törvénycikk. A kulturális érdekeket méltányoló könnyítés egyrészt abban áll, hogy az előadáshoz nem kell a szerző előzetes hozzájárulása, másrészt szerzői díjat sem kell fizetni akkor, ha az előadás jövedelemszerzés vagy jövedelemfokozás célját közvetve nem szolgálja és a közreműködők sem részesülnek díjazásban. A szerzői díj alól nem mentesülnek a műkedvelő művészeti csoportok, ha az előadáson közreműködők díjat kapnak.

A színpadi előadási szerződésre vonatkozó szabály a szerző és a színház alapvető kötelezettségeit, illetőleg jogait határozza meg. Kiegészítő szabállyal biztosítja a törvény a szerző jogait (ellátás és díjfizetés), ha a színház által elfogadott mű előadására – a szerzőknek fel nem róható okból – a szerződésben meghatározott vagy ésszerű határidőn belül nem kerül sor.

II. A zeneművek védelme

A zenemű szintén szellemi termék, melynek előállítása és értékesítése ugyanolyan formában történik, mint az irodalmi terméké. A gondolatok helyére az összefüggő hangok, a betűk helyére pedig a hangjegyek lépnek. A zenei mű tartalmát zenei gondolatoknak is szokták nevezni, mely dallamból és összhangzatokból áll. Ebből következik tehát, hogy az a szellemi tevékenység, amely egy zeneszerző szerzeményében valósul meg, ugyanolyan jogvédelmet igényel, mint az irodalmi termék. Természetesen a többszörözés kizárólagos joga ez esetben sem lehet a szellemi felhasználás szabadságának gátja, csak a lényegileg azonos közzétételé.

A zenei művek megjelenési formája nagyon változatos. Az 1884. évi XVI. törvénycikk szerint lehet a zenemű egyszerű dallam, téma vagy egy variáció. Emellett még például szonáta, szimfónia, kórusmű, futam, oratórium, induló, tánc, opera, operett, egyveleg, *quodlibet*. Lehet még hangverseny, kamarazene, egyházi ének, színházi zene, énekhang kísérete vagy egyetlen hangszerre írt szóló. Bármely megjelenési formáról is legyen szó, az szerzői jogvédelem alá esik, ha bizonyos kélekkel rendelkezik. Ilyen kélek, hogy szerző szellemi tevékenységének terméke és olyan zenemű legyen, amely kiadható. Azt, hogy kiadható-e nem befolyásolja az a tény, hogy oktatás vagy szórakoztatás céljából készült, vagy hogy közzétették-e már, hogy még papírra nem jegyezték le, de már előadták, illetve az sem, hogy improvizáció, vagy pedig több szerző tevékenységét összefoglaló gyűjteményes mű.

A védelem indokát a törvény abban látja, hogy a zeneműveket is, mint az írói műveket, nyomtatással és metszéssel terjesztik, illetve, hogy a zeneszerző épp úgy

viszonyul saját szerzeményéhez, mint a szerző az írói művéhez. A zeneszerzőt illeti tehát az a kizárólagos jog, hogy művét gépileg többszörözze, közzétegye, és forgalomba hozza. Ezért mondja ki a 45. szakasza azt, hogy a törvény 1–6. szakaszainak és 9–44. szakaszainak határozatai a zeneszerzőt megillető többszörözési, közzétételi és forgalomba helyezési jogára is alkalmazandók. A 7. és a 8. szakasza rendelkezései a zeneművekre azért nem vonatkoznak, mert a zeneművek fordítása fogalmilag kizárt.

Zeneszerzemények esetében nem csupán akkor valósul meg szerzői jogbitorlás, amikor azt egyszerűen lemásolják (utánnyomás), hanem amikor a művet bármely formában úgy dolgozzák át, amely lényegében nem tekinthető egyedi szerzeménynek. Ellenben azt megengedi a törvény, hogy meglévő zeneműveket szabadon felhasználhassanak egy új mű alkotásakor, amelyből saját szellemi termék születik, így például megengedett olyan variációk, fantáziák, etűdök komponálása, amelyek önmagukban szabad átdolgozásnak számítanak, mert az idegen szerzeményből átvett téma csak az alapot, a mű tárgyát képezi. De a kivonatok, átírások (*transscriptio*) készítése kifejezetten tilos. A *quodlibetek*, ha azok egyes művekből átvett kis részekből, ütemekből állnak, még nem valósítják meg a jogbitorlást, ha úgy, mint az írói művekbe átvett idézetek esetén, megjelölik a forrást.

A 47. szakasz azokat a kivételeket nevezi meg, melyek megegyeznek az írói művekre vonatkozó kivételekkel és amely esetekben nem valósul meg szerzői jogbitorlás. Ebben a szakaszban kis eltéréssel ugyanazokat a kivételeket állapítják meg a zeneművekre, mint a 9. szakasz az írói művekre. Így megengedett a szerzemények egyes részeinek idézése és egy már megjelent kisebb terjedelmű zeneműnek vagy egy nagyobb, önálló tudományos munkába vagy iskolai, oktatási célra használandó gyűjteményes műbe való felvétele. A különbség az írói művekhez képest tehát annyi, hogy egyházi használatra szánt gyűjteményes műbe nem engedi meg a zeneművek felvételét. Az idézés és átvétel feltételeként csupán annyit szab meg a törvény, hogy a szerzőt vagy a forrást meg kell nevezni.

A 48. szakasza a kizárólag csak a zenei művekre vonatkozó kivételes eseteket említi, amelyek fennállása szintén nem valósít meg jogsértést. Ez a szakasz kiemeli a szerzői jogbitorlást megvalósító magatartások közül azt, amikor az írói művet egy zenei mű szövegéül használnak fel, amennyiben ezt a szöveget a zenei kísérettel együtt írják le, nyomtatják ki. Ennek indoka, hogy ilyen esetekben az alkotás lényeges részét maga a zene képezi, és az írói mű ilyen fajta felhasználás által komolyan nem is károsodik. Azonban ekkor is érvényesül az a feltétel, hogy vagy már megjelent írói műről legyen szó, vagy a még meg nem jelent mű (kézirat) felhasználásához a szerző beleegyezését adja. De nem ezt az esetet valósítja meg valaki azon cselekvése, hogy egy írói mű szövegét, egy tőle független zenei művel együtt többszöröztesse anélkül, hogy a két alkotás egymással összefüggésben állna, mert ekkor nem egy új mű keletkezik, hanem két idegen szellemi terméket kötnek össze csak azért, hogy látszólag egy műnek álcázva azt, büntetlenül többszörözthessenek. A szövegül felhasználható írói művek közül a törvény kiveszi azokat, melyeket természetüknél fogva csak zeneszerzés céljából írnak, mint például az operát, operettet és oratóriumot. Ugyanis azzal, ha ezek szövege is szabadon felhasználható lenne, akkor egyrészt elveszítenék a lényegüket, hiszen azért készülnek, hogy majd zenei kísérettel adják elő azokat, másrészt természetesen anyagi veszteséget is jelentene a szerző számára, aki haszonszerzés céljából írja azokat. E szakasz azt is kimondja, hogy a szerző beleegyezése szükséges a szövegek zenei kíséréte nélküli kiadásához. Ez azokra a művekre vonatkozik, melyeket általában csak zenei kísérettel együtt szoktak előadni, mint például az operát. Az opera kinyomtatott szövegét általában az

előadások színhelyén veszik meg, amikor elmennek meghallgatni az operát. A szerző tehát okkal, csak innen számíthat bevételekre. Vagyis ha az opera szövege bárki által kiadható, és ezért máshol is megjelenhet, szabadon hozzáférhetővé válik, akkor a jogosult (a szerző) még ettől a haszontól is elesik.

Az 1921. évi LIV. törvénycikk szerint zenemű ugyanúgy, mint az írói mű védelem alatt csak akkor áll, ha alkotó szellemi tevékenységének önálló, egyéni terméke és így a szerzőjének egyéniségéből eredő sajátossággal bír. A művészeti érték itt is közömbös. Valamely védelem alatt álló zenemű dallamának felhasználása megengedett (6. szakasz), ha a felhasználással új eredeti zenemű keletkezik, mint ahogy a zene terén mesterművek jöttek létre régebbi művészeti alkotások témáinak felhasználásával. Hogy jött-e létre új, eredeti zenemű, azt a bíróság esetenként, esetleg szakértő véleménye alapján dönti el. A törvény szerint a zenemű többszörösítésére, közzététele és forgalomba hozatalára a védelmi időn belül a szerzőnek kizárólagos joga. Többszörösítés történhet nyomtatvány, kézi másolás útján hangjegyekkel vagy gramofonlemezre, filmre való felvétellel. Forgalomba helyezés a nyomtatvány, kézi másolás, gramofon vagy filmfelvétel egyes példányainak forgalomba bocsátása.

A zenemű többszörösítése, közzététele és forgalomba hozatala lehet kiadói ügylet tárgya is. A 46. szakasz a szerzői jog tartalmára az írói műveknél megállapított szabályokat, amennyiben erre alkalmasak, megfelelően kiterjeszti a zeneművekre is. A 6. szakasz 9. pontjának zeneművekre alkalmazható rendelkezése a zeneművek szerzőinek a mechanikai előadás céljára szolgáló alkalmazásuk ellen nyújt mechanikai védelmet, tehát védelmet ad a zeneműveiknek gramofonlemezre, filmszalagra, mechanikai zongorák tekerceire való átvitele ellen, valamint rádió útján való közlés ellen is. Valamely írói mű megzenésítéséhez az írói mű szerzőjének engedélye szükséges. A régi törvény megengedte, hogy a már megjelent írói művek zenemű szövegéül felhasználását együttes lenyomatásra az írói mű szerzőjének beleegyezése nélkül is. Az új törvény a régi törvény e rendelkezését elejtette, mert nem összeegyeztethető a berni egyezmény szellemével, és mert méltánytalan azt kívánni, hogy a költő egyrészt tűrje, hogy a versét még akarata ellenére is bárki megzenésítse, de másrészt a szöveg a zenemű anyagi eredményéből ne vegye ki az őt jogosan megillető részt. Tulajdonképpen bárki jogosult valamely írói művet megzenésíteni, de ha a megzenésített írói művet az írói mű szerzőjének engedélye nélkül többszörösíti, fogalomba hozza, akkor az 5. szakaszban meghatározott bitorlást követi el.

A 47. szakasz első bekezdése megfelel az írói művekre vonatkozó a 9. szakasz 1. pontjában kimondott rendelkezésnek. A különbség csak az, hogy amíg írói műveknél a törvény megengedi a már megjelent egyes kisebb írói műveknek vagy nagyobb művek egyes kisebb részeinek a cél által indokolt terjedelemben való felvételét egyházi célra szerkesztett gyűjteménybe is, addig a 47. szakasz 1. bekezdése ezt a zenei művek tekintetében tiltja. Ennek a tilalomnak az az oka, hogy az egyházi használatra készült énekes gyűjteményes művek nagyon elterjedtek, így a szerzők jogos érdekeit jelentősen sértené, ha zeneműveknek ilyen gyűjteménybe való szabad felvétele megengedett lenne. A 2. bekezdés lehetővé teszi, hogy a hangverseny közönsége az előadott zenedarab szövegét olvasással kísérhesse, ami az előadás megértését elősegíti és élvezetét fokozza. A törvény a szövegírók érdekeinek megóvása céljából e műsorpéldányoknak kizárólag a hangverseny közönsége részére való készítést engedi meg, ilyen példányok a hallgatóság körén kívül nem hozhatók forgalomba.

Csak a hangverseny színhelyén megjelent hallgatóság használatára és csak nyilvánvalóan zenei előadás céljára megengedett a szövegnek a többszörösítése.

Zenés színmű előadásaira tehát nem többszörösíthető a szöveggönyv sem részben, sem egészben. A szöveg többszörösítésének ez a joga a vonatkozó nyilvános zenei előadás rendezőjét illeti. A törvény itt kétségkívül arra a mindennapi esetre gondolt, amikor a meghatározott helyen egybegyűlt közönség előtt előadó művészek személyesen adják elő a zeneművet, nyilván az ilyen művészi előadás érdekében tette a törvénycikk a szóban forgó kivételes rendelkezést. Messze menne ennek a rendelkezésnek a szerzők érdekeire már sérelmes oly értelmet adni, hogy az azokra az esetekre vonatkozik, amikor egy meghatározott helyen egybegyűlt közönség előtt mechanikai előadás céljára történik gramofonlemez, vagy más mechanikai előadás céljára szolgáló készülékkel. Csak műsorral együtt megengedett a szóban forgó többszörösítés és forgalomba helyezés. Tilos tehát külön árusítani a szöveget és külön a műsort. A 48. szakasz a védelem időtartamára, a bitorlás jogkövetkezményeire, a bírói eljárásra, a szerzői jogi szakértő bizottságra, az elévülésre és a beiktatásra az írói művek tekintetében megállapított rendelkezéseket megfelelően kiterjeszti a zeneművekre is.

A mindennapi forgalmi életben a szerző mechanikai jogai alatt azt a jogát értik, amely szerint kizárólag ő jogosult a művet gramofon (hanglemez) és más hasonló készülékek útján értékesíteni. Aki tehát valamely műre a szerzőtől megszerzi a mechanikai jogokat, az jogot nyer a műnek hanglemezek, stb. útján való sokszorosítására, forgalomba helyezésére, de mechanikai jogok alatt nem értjük a filmre való felvétel és rádióleadás jogát is. A forgalmi életben kifejlődött gyakorlat szerint csak olyan gramofonlemezek és más hasonló eszközök hozhatók forgalomba, amelyeken az engedélydíjat lerótták. A gramofonlemezekre annak a félnek az engedélyjegyeit ragasztják fel, aki a műre vonatkozó mechanikai jogokkal rendelkezik. Az engedélyjegyek annak az igazolására szolgálnak, hogy a védett művet tartalmazó gramofonlemez a mechanikai jogok alanyának engedélyével van forgalomban és hogy a védett műért a jogdíjat lerótták, tekintettel arra, hogy az engedélyjegy magában foglalja a szerzői jogdíjat. A kir. Kúria ítéletében kimondta, hogy a szerzői jog szempontjából jogosulatlanok kell tekinteni az olyan gramofonlemezek árusítását is, amely engedélyjeggyel el van látva, de amelyről a ráragasztott engedélyjegy utóbb leesett, ez esetben az árusításhoz jogokkal rendelkező személy (szerv) külön engedélye (pótgegy) beszerzése szükséges, ellenkező esetben az engedélyjegy nem szolgálja kellőképpen a szerzői jog biztosításának célját.⁷

A már nyilvánosságra hozott zeneművek nyilvános előadását – a zeneművek színpadi előadásának (például oratórium) vagy színpadra szánt zenemű (opera) teljes előadásának esetét kivéve – a szerzői jogi törvények és nemzetközi megállapodások világszerte megkönnyítik és díj fizetése ellenében az előadáshoz a szerző hozzájárulásának megadását vélelmezik. Ezt az elrendezést az 1969. évi III. törvény is érvényre juttatta. A zeneművek egy részéhez szöveg áll rendelkezésre, amely mint szerzői mű önállóan is védelem alatt áll. A törvény ezt a kérdést úgy oldja meg, hogy miután a zenemű eladásánál a zene az elsődleges, és a szövegnek csak kisegítő járulékos szerepe van, a szerzői jogi védelem keretében a díjfizetési kötelezettség a zenemű védelméhez igazodik.

III. Az előadóművészek szomszédos jogainak védelme

Az 1884. évi XVI. törvénycikk színművek, zeneművek és zenés színművek nyilvános előadásának kizárólagos jogát a szerzőnek ítéli. A színművek és zenés színművek

⁷ 557/1933. sz.

abban különböznek az írói művektől, hogy a szerzőt megillető jogok (a többszörözés, közzététel és forgalomba hozatal) mellett kiegészülnek a nyilvános előadás kizárólagos jogával is, ugyanis vagyoni haszon a színművek esetén leginkább a nyilvános előadásból származik, nem a sajtó útján történő többszörözésből. A gépi többszörözés és a nyilvános előadás joga egymástól különböző, egymástól elkülöníthető, és önmagában is átruházható, ezért ha a szerző a színművet gépi többszörözés céljából adja át a kiadónak, azzal még a kiadó a nyilvános előadás kizárólagos jogát nem szerzi meg, és fordítva. Természetesen a nyilvános előadás tárgyai csak olyan színművek, zeneművek és zenés színművek lehetnek, melyek a nyilvános előadásra alkalmasak.

Az 50. szakasz a színművek és zenés színművek nyilvános előadhatóságának részleteit szabályozza.⁸ E szakasz intézkedését az indokolja, hogy a szerző attól még, mert színműve, zenés színműve nyomtatásban megjelent, nem veszíti el azon jogosultságát, hogy kizárólag ő dönthessen arról, hogy azt nyilvánosan előadják-e. Az ok, amiért a törvény azt engedélyezi, hogy az ilyen színművekből, zenés színművekből színpadon kívül, illetve a színházakban a felvonások között nyitányokat vagy más zenei részleteket a szerző beleegyezése nélkül is előadhassanak az, hogy ezzel a szerzőnek hátránya, kára nem származik, sőt, ezzel nagyobb közönséggel ismertetik meg az adott darabot.⁹

Az 51. szakasz az előzővel ellentétben a zeneművekre nézve megengedi a nyilvános előadást.¹⁰ Ennek a szabálynak abban látta indokát a jogalkotó, hogy a zeneművek kinyomtatásának rendszerint az a célja, hogy ezáltal eljátszhatók azokat, és ez esetben az nem mérvadó, hogy a hallgatók kisebb vagy nagyobb létszámához jut-e el így a mű. A szerzőnek kifejezetten érdekében áll, hogy művét minél szélesebb körben ismerjék meg, azonban a törvény azt a jogot biztosítani akarta a szerző számára, hogy amennyiben úgy akarja, akkor az előadás jogát magának fenntarthassa. Ehhez az szükséges, hogy a szerző kifejezetten (és nem általánosítva) a mű előadási jogát a mű címlapján vagy elején minden egyes kiadott példányon, kinyilatkoztassa, ugyanis a fenntartás csak arra a kiadásra vonatkozik, amelyen szerepel, mert ez esetben mindegyik kiadást eredeti kiadásnak kell tekinteni, e jogot az iktatókönyvbe nem kell bejegyeztetni.¹¹

A törvénycikk azon intézkedéséből, hogy a színművek és zenés színművek a szerző beleegyezése nélkül nem adhatók elő arra lehetne következtetni, hogy az előadáshoz mind a szöveg, mind a zene szerzőjének beleegyezése szükséges, azonban ez nagyon megnehezítené az előadások lehetőségét, hiszen így több személy beleegyezését kellene kérni, amely olyan vitás helyzeteket idézhet elő, melyek bíróság elé is kerülhetnek. Ezért kimondja a törvény, hogy csak a „szerző” beleegyezése szükséges, és ekkor a szöveg, nem pedig a zene szerzőjére gondolt a jogalkotó (a „szerző” megnevezés alatt), ez a törvénycikk 48. szakaszából¹²

⁸ 1884. évi XVI. tc. 50. § *A színművek és zenés színművek, a jogosult beleegyezése nélkül, színpadon akkor sem adhatók elő, ha nyomtatásban megjelentek és áruba bocsátottak is. Színpadon kívül az ilyen művekből nyitányok, felvonásközi és egyéb zenerészek, a jogosult beleegyezése nélkül is előadhatók.*

⁹ Knorr Alajos: A szerzői jog magyarázata. Ifj. Nagel, Budapest, 1890, 146. o.; Kenedi Géza: A magyar szerzői jog. Athenaeum, Budapest, 1908, 155. o. skk.

¹⁰ 1884. évi XVI. tc. 51. § *A többszörözve megjelent és áruba bocsátott zeneművek, nyilvánosan a jogosult beleegyezése nélkül is előadhatók, a mennyiben a szerző a mű címlapján, vagy annak az elején, az előadási jogot magának fenn nem tartotta.*

¹¹ Knorr 1890: 147. o. sk.; Kenedi 1908: 155. o. skk.

¹² 1884. évi XVI. tc. 48. § *A szerzői jog bitorlásának nem tekintetik továbbá a megjelent írói műnek a zenemű szövegéül felhasználása, ha a szöveg a zenekísérettel együtt nyomatik le. Kivétetik az olyan szöveg, mely természeténél fogva csakis a zeneszerzésre nézve bír jelentőséggel, a milyen az opera,*

következik. Az ilyen műveknek csak a szövegének a zene nélküli előadásához pedig nem szükséges a zeneszerző beleegyezése. Azzal, hogy e szakasz a „rendszerint” kifejezést használja, arra akar utalni, hogy megengedett, sőt általában a gyakorlatban az a szokás, hogy ha több szerző alkot egy művet, akkor előzőleg megállapítják, hogy az előadáshoz kinek, illetve kiknek a beleegyezése szükséges.¹³

A színmű jogosult fordítója, saját fordításának nyilvános előadása tekintetében a szerzővel egy tekintet alá esik, vagyis a színművek fordítását a védelmi idő alatt jogosulatlanul többszörözni, közzétenni, forgalomba helyezni, illetve nyilvánosan előadni nem lehet. A színmű fordítója azonban csak az általa készített fordítás előadását tilthatja meg, de azt nem, hogy a színművet más le ne fordítsa, és elő ne adja, a színmű szerzője viszont megtilthatja a fordítás előadását, ha a fordítási jogot a 7. szakasz¹⁴ értelmében magának fenntartotta, a fordítást hat hónap alatt teljesen befejezte és azt beiktatás céljából bejelentette. Ez a tilalom a jogos fordítás első megjelenésétől számított öt évig tart, azt követően a fordítás a szerző beleegyezése nélkül is előadható.

Jogosulatlan egy színmű fordítása, ha a fordítási jog fenntartása mellett, a védelmi idő öt évén belül teszik azt közzé (7. szakasz és 17. szakasz).¹⁵ Jogosulatlan átdolgozás pedig a zenemű szerzőjének beleegyezése nélkül kiadott olyan átdolgozás, amely új, egyedei szerzeménynek nem tekinthető (46. szakasz).¹⁶ Mindkettő nyilvános előadása szerzői jogbitorlást valósít meg, mert a szerzőnek azon joga, hogy megtiltsa a fordítást és az átdolgozást magában foglalja ezek nyilvános előadásának tilalmát is. Ha azonban a zenemű már többszörözve megjelent, és eladásra kínálták, illetve a szerző a mű címlapján vagy annak elején magának az előadási jogot nem tartotta fenn (46. szakasz), akkor sem a zenemű előadását, sem az abból készült

oratórium stb. szövege. Az ilyen szövegek, a zenekísérettel együtt, csak szerzőjük beleegyezésével nyomathatók ki. A szerző beleegyezésének tekintendő, ha a szöveget felhasználás végett a zeneszerzőnek fenntartás nélkül átadta. A szövegnek zenekíséret nélküli kiadásához a szöveg szerzőjének vagy jogutódának külön beleegyezése szükséges.

¹³ Knorr 1890: 145. o.; Kenedi 1908: 152. o. skk.

¹⁴ 1884. évi XVI. tc. 7. § *Az eredeti műnek a szerző beleegyezése nélkül történt fordítása a szerzői jog bitorlásának tekintendő:*

- 1. ha a mű, mely először holt nyelven jelent meg, valamely élőnyelvre lefordítva adatik ki;*
- 2. ha a mű, mely egyszerre több nyelven jelent meg, e nyelvek valamelyikére lefordítva adatik ki;*
- 3. ha a szerző az eredeti mű címlapján vagy elején a fordítási jogot magának fenntartotta; feltéve, hogy a fordítás közzététele, az eredetinek megjelenésétől számítandó egy esztendő alatt megkezdett és három esztendő alatt befejeztetett. A védelem azon nyelvek tekintetében megszűnik, melyekre a fordítás az első év alatt meg nem kezdett. Ha a fenntartás csak bizonyos nyelvekre szól: a mű azon nyelvekre, melyekre a fenntartás nem szól, azonnal lefordítható. Az olyan eredeti műveknél, melyek több kötetben vagy részekben jelentek meg, minden kötet vagy rész külön munkának tekintendő és a fordítási jog fenntartása minden kötetben vagy részen ismétlendő. A naptári év, melyben az eredeti mű megjelent, a fordítási időbe be nem számítatik. Színműveknél, a fordításnak az eredeti mű megjelenésétől számítandó hat hó alatt, teljesen be kell fejezteni. A fordítás megkezdése és befejezése, a jelen törvény által megállapított határidőn belől, beiktatás végett bejelentendő. (42. és 44. §) A még meg nem jelent és a jelen törvény által védett írói művek (6. § 1. és 2. p.) fordítása, a szerzői jog bitorlásának tekintendő.*

¹⁵ 1884. évi XVI. tc. 17. § *A fordítás tilalma a 7-ik § 2-ik pontja esetében az eredeti mű megjelenésétől számított öt évre, ugyanazon § 3-ik pontja esetében pedig a jogosult fordítás első megjelenésétől számított 5 évre terjed.*

¹⁶ 1884. évi XVI. tc. 46. § *A szerzői jog bitorlásának tekintetik, a zeneműnek a szerző beleegyezése nélkül kiadott minden olyan átdolgozása, mely sajátlagos szerzeménynek nem tekinthető. Ilyenek a zeneművekből készült kivonatok, a zeneműnek egy vagy több hangszerre vagy szólamra berendezése, továbbá egy és ugyanazon mű egyes részeinek vagy dallamainak művészileg fel nem dolgozott lenyomata.*

kivonatok előadását nem tilthatja meg (51. szakasz).¹⁷

A védelem időtartama, melyet a törvény a nyilvános előadások esetén biztosít a szerzői jogbitorlás ellen, a következőképp alakul. A szerző egész életén át és halálától számított ötven évig részesülnek védelemben azok a színművek és zenés színművek, amelyek: még sem többszörözve, sem nyilvános előadás formájában nem jelentek meg; még többszörözve nem jelentek meg, de amelyeket már a szerző valódi vagy elismert irodalmi neve alatt nyilvánosan előadtak; a szerző valódi vagy elismert irodalmi neve alatt többszörözve megjelentek; álnéven, vagy név nélkül jelentek meg, de amelyek szerzője vagy annak jogutódja az ötvenévi határidő alatt a szerző valódi nevét beiktatás céljából bejelentették; álnéven, vagy név nélkül jelentek meg, de amelyeket az ötvenévi határidő alatt közzétettek.

A szerző egész életén át és halálától számított ötven évig részesülnek védelemben azok a zeneművek, melyek már többszörözve megjelentek, és amelyeken a szerző a mű címlapján vagy elején az előadás jogát magának fenntartotta, illetve a szerző valódi vagy ismert irodalmi neve a mű címlapján szerepel, vagy azt beiktatás céljából bejelentették.¹⁸

Az álnéven vagy név nélkül megjelent színművekre és zenés színművekre, melyek első nyilvános előadásuk idején még nem voltak többszörözve, az első előadás napjától számított ötven évre terjed a védelem. Az álnéven vagy név nélkül megjelent színművekre és zenés színművekre, melyek első nyilvános előadásuk idején már többszörözve megjelentek, az első kiadás idejétől számított ötven évre terjed a védelem. A szerző halála után hátra maradt színművek és zenés színművek a szerző halálától számított ötven évig részesülnek védelemben. Az olyan zeneművekre, amelyek már többszörözve megjelentek, ha a szerző a mű címlapján vagy elején az előadás jogát fenntartotta és a szerző valódi neve vagy ismert irodalmi neve kitéve nincs (álnéven vagy név nélkül megjelent művek) első kiadásának idejétől számított ötven évig terjed a védelem.¹⁹

A színművek és zenés színművek olyan fordítására, melyek egyszerre több nyelven jelentek meg, az eredeti mű megjelenésétől számított öt évre terjed a védelem. A színművek és zenés színművek olyan fordítására, melyekre a szerző a fordítási jogot fenntartotta, a jogosult fordítás első megjelenésétől számított öt évre terjed a védelem.²⁰

Mindezen védelmi időkbe a mű vagy fordítás első megjelenésének naptári évét, illetve azt az évet, amelyben a szerző meghalt, nem kell beleszámolni. Azoknál a színműveknél és zenés színműveknél, melyek első nyilvános előadásuk idején még nem voltak közzétéve, a védelmi időt az első előadás napjától kell számítani (év alatt minden esetben naptári évet kell érteni).²¹

Az 56. szakasz vélelmet állít fel a még meg nem jelent, de már nyilvánosan előadott művek szerzője kapcsán.²² E szakasz rendelkezésének az a célja, hogy a szerzői minőség, illetve a szerző kereseti joga minél könnyebben bizonyítható legyen. A szerző jogosult a keresetet benyújtani a még meg nem jelent, de már nyilvánosan

¹⁷ 1884. évi XVI. tc. 51. § *A többszörözve megjelent és áruba bocsátott zeneművek, nyilvánosan a jogosult beleegyezése nélkül is előadhatók, a mennyiben a szerző a mű címlapján, vagy annak az elején, az előadási jogot magának fenn nem tartotta.*

¹⁸ Knorr 1890: 82. o.

¹⁹ Knorr 1890: 70. o. skk.

²⁰ Knorr 1890: 82. o.; Kenedi 1908: 159. o. skk.

²¹ Knorr 1890: 82. o.

²² 1884. évi XVI. tc. 56. § *A még meg nem jelent, de már nyilvánosan előadott színművek, zeneművek és zenés színművek szerzőjének, az ellenkező tényállás igazolásáig, az tekintendő, aki az előadást hirdető jelentésben mint szerző neveztetett meg.*

előadott színművek, zeneművek és zenés színművek jogosulatlan előadása esetén (28. szakasz).²³ Azoknál a színműveknél, zeneműveknél és zenés színműveknél pedig, amelyek álnéven vagy név nélkül jelentek meg, a szerzői jog a kiadót, illetve ha kiadó nincs megnevezve, akkor a bizományost illeti. Ezen intézkedések mellett tehát megjelenik az a vélelem, hogy azoknál a színműveknél, zeneműveknél és zenés színműveknél, amelyek még meg nem jelentek, de nyilvánosan már előadtak, az tekinthető szerzőnek, akit az előadást hirdető jelentésben mint szerző neveznek meg. Van még egy eset, amelyről azonban a törvény külön nem rendelkezik: hogy az álnéven vagy név nélkül megjelent színművek, zeneművek és zenés színművek esetén, amelyek többszörözve nem jelentek meg, de már nyilvánosan előadták őket, kit illet a kereseti jog. Arra lehetne következtetni, hogy ilyenkor az előadás létesítőjét illeti meg, azonban előfordulhat, hogy ez az első nyilvános előadás jogosulatlanul történt, és ilyenkor, az előbbi következtetésből kiindulva, a bitorlónak kellene fellépnie saját maga ellen. Ez esetben tehát az lehet a megoldás, ha a szerző felfedi valós nevét és bebizonyítja, hogy ő a valós szerző.²⁴

A színműveket, zeneműveket és zenés színműveket ért jogbitorlás büntetéseit az 57. szakasz állapítja meg.²⁵ Nyilvános előadásnak azt az előadást kell tekinteni, amelyen bárki jelen lehet, e minőség megállapításánál az nem mérvadó, hogy hol adják azt elő, így lehet például az előadás állandó, ideiglenes vagy vándorszínpadon, illetve előadhatják hangversenyen, templomban vagy köztéren. Nem tartozik az előadás fogalmába azonban a színművek nyilvános felolvasása, illetve a zenés színműveknél a szövegnek zenei kíséret nélküli és a zeneműveknek zenéjének szöveg nélküli előadása, ha a zenés színmű már megjelent többszörözve és a szerző az előadási jogot fenntartotta (51. szakasz).²⁶ Ezekon kívül nyilvános előadásnak tekintendő az az előadás, melyet a bíróság az adott ügy körülményeire tekintettel annak ítél.²⁷

Ahhoz, hogy a jogosulatlan előadást az előírt büntetéssel sújtsák, a törvény egyrészt megköveteli azt, hogy az előadást szándékosan vagy gondatlanságból tartásuk, vagyis azt, hogy az elkövető tudja, hogy az előadással más szerzői joga sérül, illetve kellő gondosság mellett tudnia kellene, másrészt hogy az előadáson csak jelentéktelen változtatásokat hajtsanak végre. Büntetésképpen ugyanazokat a büntetési tételeket határozták meg, mint az írói mű bitorlása esetében azzal az eltéréssel, hogy elkobzásról jelen esetben nem beszélhetünk ugyanis az előadáshoz szükséges készülékek, jelmezek, díszletek és partitúra, habár közvetlen kapcsolatban is állnak az előadással, de csak annak kiegészítésére szolgálnak, nem pedig azokkal tartják meg az

²³ 1884. évi XVI. tc. 28. § *A szerzői jog bitorlása miatt keresetet indíthat az, akinek szerzői vagy kiadói joga megsértetett, vagy veszélyeztetve van. A már közzétett műveknél az ellenkező tényállás igazolásáig, az tartandó szerzőnek, aki a művön szerzőül meg van nevezve. Az álnév alatt, vagy a szerző nevének kitétele nélkül megjelent műveknél, ha a kiadó megnevezve nincsen, a művön kijelölt bizományos van jogosítva a szerzőt illető jogok érvényesítésére. A művön megnevezett kiadó, illetve bizományos, az ellenkező tényállás igazolásáig, az álnévű, vagy a meg nem nevezett szerző jogutódának tekintetik.*

²⁴ Knorr 1890: 153. o. sk.; Kenedi 1908: 163. o.

²⁵ 1884. évi XVI. tc. 57. § *Aki szándékosan vagy gondatlanságból a színművet, zeneművet, vagy zenés színművet teljesen, vagy jelentéktelen változásokkal jogosulatlanul nyilvánosan előadja, köteles a szerzőnek, vagy jogutódának az okozott kárt megtéríteni, és a 19. §-ban meghatározott pénzbüntetéssel büntetetik. Arra, aki a jogosulatlan előadást eszközölte, a 20. § akképp alkalmazandó, hogy a kártérítés összege az 58. § szerint állapítatik meg.*

²⁶ 1884. évi XVI. tc. 51. § *A többszörözve megjelent és áruba bocsátott zeneművek, nyilvánosan a jogosult beleegyezése nélkül is előadhatók, a mennyiben a szerző a mű címlapján, vagy annak az elején, az előadási jogot magának fenn nem tartotta.*

²⁷ Knorr 1890: 154. o. skk.; Kenedi 1908: 164. o. skk.

előadást.²⁸

A pénzbüntetés és kártérítés első sorban azt sújtja, aki nyilvánosan előadja a művet, például a színgazgatót, a karmestert, a hangversenyrendezőt, de azt is, aki a nyilvános előadás megtartását javasolja vagy szorgalmazza, vagyis aki mint felbújtó működik közre. Ilyen lehet az, aki a színgazgatóknak, karmestereknek, hangversenyrendezőknek a művet mint saját, eredeti művét adja át, hogy abból nyilvános előadást tartsanak, holott a mű jogosulatlan fordítás vagy átdolgozás, rájuk szintén a tettes büntetése vonatkozik. Részt vehetnek még a jogbitorlásban egyéb részesek is, akik a jogosulatlan előadásnál éppúgy büntetendők, mint a szerzői jogbitorlás vétségénél, mint például az előadásban közreműködő színészek, énekesek, zenészek, művészek, feltéve, hogy tudják, hogy az előadás jogosulatlan.²⁹

Abból, hogy a szerzői jogbitorlás kísérletét nem bünteti a törvény (22. szakasz),³⁰ illetve, hogy a büntető törvény is kimondja, hogy vétségek esetén a kísérlet csak akkor büntethető, ha a törvény arról kifejezetten rendelkezik (66. szakasz)³¹ az következik, hogy a nyilvános előadás kísérlete sem büntethető.

Az 58. szakasz a kártérítés szabályát állapítja meg.³² Színmű vagy zenés színmű jogosulatlan előadása a szerzői jogok birtokosára nézve valós kárt nem okoz, és amennyiben vagyoni hátrányról mégis szó esik, akkor az csak az elmaradt hasznot (*lucrum cessans*) foglalhatja magában, amely még azon a feltevésen alapul, hogy a szerző vagy annak jogutódja ugyanazon előadást, ugyanazon helyen és időben tartotta volna meg, mint a jogosulatlan előadó. Ha azonban a per folyamán bebizonyítják azt, hogy a szerző ugyanolyan előadást tartani nem akart, és nem is lehetett szándékában, vagy ha tartott is volna, abból sem haszna sem kára nem származhatott volna, akkor, az általános szabályok alapján, az elmaradt hasznot sem igényelhetné. Hogy mégse váljon erre hivatkozással minden alkalommal kétes a szerző kára és kártalanítása, a törvény megállapítja, hogy a jogosulatlan előadás tartója mindig fizessen kártérítést, mégpedig a befolyt jövedelem egészét, a ráfordított költségek levonása nélkül. A per során azonban kiderülhet, hogy az előadásból jövedelem nem származott, vagy azt a sértett nem tudja bebizonyítani, ekkor a kártérítés összegét a bíróság állapítja meg. Ugyanez igaz akkor is, ha az elkövetőt sem szándékosság, sem gondatlanság nem terheli és meg kell fizetnie a gazdagodása erejéig terjedő kártérítést.³³

A mechanikai előadás céljára szolgáló művészi tevékenységgel járó alkalmazások is az eredeti művekkel egyenlő védelemben részesülnek, s a törvény szerint ez a zeneművekre is megfelelően alkalmazandó.³⁴ Az 1921. évi LIV. törvénycikk e rendelkezése azokra az esetekre vonatkozik, amikor valamely írói vagy zenei művet szín-, ének- vagy zeneművész előad, és művészi tevékenységét gramofon, film vagy

²⁸ Knorr 1890: 154. o. skk.; Kenedi 1908: 164. o. skk.

²⁹ Knorr 1890: 157. o. skk.; Kenedi 1908: 166. o.

³⁰ 1884. évi XVI. tc. 22. § *A szerzői jog bitorlása be van fejezve, mihelyt valamely műnek a törvény ellenére többszörözött első példánya elkészült, illetőleg a kézirat közzétételét. A többszörözés pusztán megkísérlése sem büntetést, sem kártérítést nem von maga után: de az elkészült részek és készülékek ez esetben is elkoboztatnak*

³¹ 1884. évi XVI. tc. 66. § *Az építészeti művekre, iparkészítményekre és az iparkészítményeken alkalmazott képzőművészeti alkotásokra a jelen törvény intézkedései nem alkalmazhatók.*

³² 1884. évi XVI. tc. 58. § *Kártérítésül (57. §) fizetendő a jogosulatlan előadásokból befolyt egész jövedelem, az arra fordított költségek levonása nélkül. Ha a mű más művekkel együttesen adatott elő: a kártérítés összegéül a bevételnek aránylagos része állapítandó meg. Ha bevétel nem volt, vagy ha az meg nem állapítható: a kártérítés összegét a bíró szabad belátása szerint határozza meg. Ha az előadás eszközlőjét sem szándékosság, sem gondatlanság nem terheli, büntetésnek helye nincsen; és az előadás eszközlője az okozott kárért csak saját gazdagodása erejéig felelős.*

³³ Knorr 1890: 157. o. skk.; Kenedi 1908: 164. o. skk.

³⁴ Alföldy Dezső: A magyar szerzői jog, Grill, Budapest, 1936. 70. o.

mechanikai előadás céljára szolgáló más eszköz adja vissza, valamint akkor is, amikor a művészi teljesítményt, annak egyéni sajátos művészi jellegénél fogva illeti meg védelem. Az előadóművész szerzői jogáról tulajdonképpen nem lehet szó, mert a szerzői jog tárgya csak valamely mű lehet, és nem a mű előadása³⁵. Az előadóművész nem alkot művet, hanem valamely már létező művet művészi előadásában teszi a közönség számára érzékelhetővé, ehhez képest azonban több államban az előadóművészek a szerzőkéhez hasonló védelemben részesülnek, hiszen az előadóművészeknek fontos érdeke fűződik ahhoz, hogy művészi teljesítményük filmek, hanglemezek vagy rádió útján való jogosulatlan felhasználása ellen védelemben részesüljenek. Amit az előadóművészek a hanglemezek, filmek, rádió útján a közönségnek nyújtanak, az mégis az ő eredeti tevékenységüknek az eredménye, e teljesítményüket terjesztő készülékek felhasználásából eredő előnyből őket annál is inkább részesíteni kell, mert az ilyen készülékek felhasználása folytán elvesztik hallgatóságuknak és a nézőközönségüknek egy részét. A törvénycikk idézett rendelkezésével kíván az előadóművész teljesítményének a szerzők műveire hasonló védelmet nyújtani.³⁶

Mivel ennek e védelem terjedelme a törvényből nem tűnik ki, a Királyi Kúria határozta meg a védelem határait. A 8. szakasz a mechanikai előadás céljára szolgáló művészi jellegű teljesítményt részesíti védelemben, és utal azokra a szakaszokra, amely a szerző beleegyezéséhez köti a műnek átvitelét mechanikai előadás céljára szolgáló készülékekre.³⁷ A mechanikai előadás céljára szolgáló előadóművészi teljesítmény az eredeti művekkel egyenlő védelemben részesül. A helyes értelmezés szerint a művész kizárólagos joga: engedélyt adni arra, hogy a művészi előadásáról gramofonra, filmre, más készülékekre való átvitelt többszörösítsék, közzétegyék és forgalomba helyezték,³⁸ hogy művészi teljesítményét közvetlenül rádió útján közzéadják a nyilvánossággal,³⁹ a gramofonlemezre, filmre való átvitel megengedésében az átvitel többszörösítésének közzétételének, forgalomba helyezésének megengedése (ha az eset körülményeiből az ellenkező nem következik).⁴⁰

A törvénycikk szerint az előadóművész teljesítményéről jogszerűen készült és fogalomba helyezett gramofonlemez, film, rádió útján való közlése felhasználható az előadóművész beleegyezése nélkül. A zenemű szerzőjének engedélye szükséges ahhoz, hogy a védett művéről készült gramofonlemez nyilvános előadására, vagy rádió útján a nyilvánossággal való közlésre kerüljön. Ha ehhez a szerző engedélyén túl még az előadóművész beleegyezésének megszerzése is megkívánná, ez a szerzőket korlátozná műveik értékesítésében.⁴¹ Figyelembe kell venni továbbá, hogy az előadóművészek előadásaik gramofonlemezre való felvétele alkalmával a felvételhez való hozzájárulásért megkapják díjazásukat, olyan méltánylást igénylő okok pedig nem forognak fenn, amelyek indokolttá tennék, hogy az engedélyükkel készült lemezek további felhasználása után biztosítsanak számukra részesedést. A

³⁵ Szalai Emil: Előadóművész, gramofonlemez, rádió, Dante, Budapest, 1935. 15. o. sk.

³⁶ Alföldy 1936: 68. o. skk.

³⁷ 1921. LIV. tc. 8. § *Fordítások, alkalmazások (adaptálások), ideértve a mechanikai előadás céljára szolgáló (6. § 9. p.), művészi tevékenységgel járó alkalmazásokat is, úgyszintén átdolgozások (arrangement), kivonatok, feldolgozások, eredeti műnek közvetett elsajátításai, bárminemű átalakításai vagy felhasználásai, ideértve a mozgófényképeszeti mű céljára szolgáló felhasználásokat (6. § 10. p.) is, továbbá különböző művek gyűjteményei (2. §) – az eredeti mű szerzőjét megillető jogok sérelme nélkül – az eredeti művekkel egyenlő védelemben részesülnek.*

³⁸ Szalai 1935: 25–35. o.

³⁹ Szalai 1935: 25. o.

⁴⁰ Alföldy 1936: 70. o. sk.

⁴¹ Alföldy 1936: 73. o.

felvételért fizetett díjazás egyúttal a lemezzel való nyilvános előadás és rádióközlés díjazásának is tekinthető.⁴²

Az előadóművész teljesítménye az eredeti művekkel egyenlő védelemben részesül, de ez korántsem az akarja kifejezésre juttatni, hogy az előadóművész védelme annak terjedelme tekintetében mindenben egyenlő a szerző védelmével, hanem csak azt, hogy azon korlátok közt, amelyek közt művészi teljesítménye a törvény helyes értelmezése szerint védelemben részesül, őt is a magánjogi védelemnél fokozottabb védelem illeti. A törvénycikk tehát – annak helyes értelmezése szerint – a jogosan készült és forgalomba helyezett gramofonlemeznek felhasználását nyilvános előadásra és rádió útján való közlésre nem köti az előadóművész engedélyéhez, ellenkező nemzetközi megállapodás hiányában közömbös, hogy akár magyar, akár külföldi az előadóművész. Mindezek alapján a Királyi Kúria úgy döntött, hogy a gramofongyár azon az alapon, hogy az előadóművészek művészi teljesítményeikre vonatkozó jogait ráruházták, nem tiltakozhat az ellen, hogy a gramofonlemezre felvett művészi teljesítmények nálunk az ő hozzájárulása nélkül rádió útján a nyilvánossággal legyenek közölve.⁴³

A törvénycikk az előadóművész művészi tevékenységét tehát kifejezetten az eredeti művekkel egyenlő védelemben részesíti, őt a védelem körén belül olyan, a rendes magánjogi védelemnél fokozottabb védelem illeti, amit a törvény a művek szerzőjének biztosít. Ehhez képest az, aki az előadóművész teljesítményéről készült hangfelvételt, filmet jogosulatlanul többszörösíti, teszi közzé, helyezi forgalomba, vagy közli rádió útján, az előadóművész sérelmére bitorlást követ el. A jogosulatlanul forgalomba lévő lemezek árusítása, terjesztése esetén az előadóművész felléphet.⁴⁴ A hangfelvételen, filmen, a védelem alá eső rádióközlésnél az előadóművész nevének jogosulatlan mellőzése vagy jogosulatlan kitétele is jogkövetkezéssel jár, s a teljesítményének hangfelvételen vagy filmen történő jogosulatlan változtatások megjelölése bitorlásnak tekintendő. A művészi teljesítmény javára biztosított védelem az előadóművészt, ének- és zenekaroknál pedig a kar vezetőjét illeti, figyelemmel arra, hogy a kar nem jogi személy, és bonyodalmakhoz vezetne, ha minden egyes tagnak megadnák a védelmet.⁴⁵

Valamely színmű vagy opera színházi előadásának gramofonra vagy filmre történő rögzítéséhez a színházi vállalat hozzájárulása is szükséges, de már a gramofon- vagy filmfelvétel többszörösítéséhez, forgalomba helyezéséhez nem kell a filmvállalat beleegyezését kérni, mert erre engedélyt adni éppen az előadóművész törvény adta joga. Természetes, hogy emellett érintetlenül maradnak a szerző jogai.

Az előadóművész azon jogát, hogy művészi teljesítményét gramofonra vagy filmre történt átvitelét többszörösítsék, közzétegyék, forgalomba helyezték, bárkire átruházhatja. Ez esetben az előadóművész átruházott jogának sérelmére elkövetett bitorlás miatt a vállalat jogosult fellépni, s ezen felül felléphet a szerző, illetve jogutódja is, ha az ő szerzői joga is sérelmet szenvedett.⁴⁶

A törvénycikk szerint az előadóművészt művészi teljesítménye tekintetében csak az eredeti mű szerzőjét megillető jogok sérelme nélkül illeti védelem, ami azt jelenti, hogy az előadóművész csak a védelem alatt álló mű szerzőjének beleegyezésével adhat engedélyt arra, hogy a művészi teljesítményéről készült gramofon- vagy filmfelvételt többszörösítsék, közzétegyék, forgalomba helyezték,

⁴² Alföldy 1936: 71. o.

⁴³ Alföldy 1936: 72. o. skk.

⁴⁴ Szalai 1935: 28. o.

⁴⁵ Alföldy 1936: 73. o. skk.

⁴⁶ Alföldy 1936: 73. o.

közönséggel rádió útján közöljék.⁴⁷ Ellenkező esetben a szerzőnek bitorlásért felelősséggel tartozik, de mint jogosulatlanul alkalmazó – a saját teljesítménye tekintetében – harmadik személyekkel szemben védelemben részesül. Mivel a törvény szerint maga a művészi tevékenység az önálló védelem tárgya, ezért ez a védelem megilleti az előadóművészt akkor is, ha az előadott mű nem áll szerzői jogi védelem alatt. A törvényhozás a művészi tevékenységet különösen a gramofon szempontjából kívánta védelemben részesíteni, és tekintettel volt bizonyára emellett az akkor már régen elterjedt némafilmekre is. Magától értetődik, hogy a művészi teljesítmény védelme szempontjából utóbb ismertté vált hangosfilm a gramofonnal egy megítélés alá esik. A rendelkezés alkalmazása azonban főképp a rádió tekintetében bizonyos óvatosságot igényel. Abban nem lehet kétség, hogy ha valamely előadóművész vagy zenekar hangversenyt ad, a művészi teljesítményét a rádió útján csak az ő engedélyével szabad közvetíteni, az már ugyanis nyilván sértené az előadóművész (zenekar) jogos érdekeit, ha művészi teljesítménye az ő beleegyezése nélkül egy másik, korlátlan számú közönségnek is hozzáférhetővé tennék, így elesnének a másik közönségnek való közlés ellenértékétől.⁴⁸

A színházaknál felmerül a kérdés, hogy a színházi előadás rádió útján való közléséhez elegendő-e a színház beleegyezése, vagy szükséges-e minden egyes előadóművész hozzájárulása – ez sokszor nehézségekbe ütközik, és bonyodalmakhoz vezet. Az élet igényeinek és a gyakorlati lehetőségeknek az az álláspont felel meg, hogy a színház beleegyezése esetén úgy tekintik, hogy az előadásnál alkalmazott művészek is hozzájárultak ahhoz, ugyanis a gyakorlatban ezt a kérdést rendszerint a színház a tagjaival szokta intézni. Egyébként a bíróság feladata a rádióközlések alkalmából esetenként eldönteni, hogy olyan művészi tevékenységről van-e szó, amely a törvény kivehető célja szerint az eset körülményeire való figyelemmel különös védelemre érdemes-e.⁴⁹ Amikor a rádió például valamely művészi célt nem szolgáló gyűlésről vagy összejövetelről közöl tudósítást és azon egy odahívott zenekar zenedarabokat játszik, akkor feleslegesen bonyolult lenne a zenekar külön engedélyét megkívánni a rádió útján való közvetítéshez, ilye esetben úgy tekintik, hogy a zenekar a közléshez hozzájárult. Mérlegelendő tehát az egyes eseteknél, hogy a napi eseményekről való tudósításokhoz fűződő fontos érdekekkel szemben fennáll-e az előadóművész részéről olyan méltányolható érdek, amely a védelmet indokoltá teszi, s ugyanez áll a filmtudósításokra is.⁵⁰

Lényeges rendelkezése az 1969. évi III. törvénynek az előadóművészek teljesítményének bevonása a jogi védelem körébe. A védelem a művészi teljesítmény rögzítéséhez vagy közvetítéséhez megkívánja az előadóművészek hozzájárulását, kiterjeszti rájuk a díjazás szabályát, valamint biztosítja számukra a névfeltüntetési jogát és a torzítás elleni védelmet.

Az előadóművészek jogi védelmét azonban a törvény a reális keretek közé szorítja, ennek megfelelően művészi együttes esetében a hozzájárulás, névfeltüntetési és a torzítás elleni védelem jogát csak a vezető, valamint a főbb közreműködők számára biztosítja és alkalmazza ugyanazokat a korlátozásokat, amelyek a szerzői jogi védelem alatt álló mű szerzőjére vonatkoznak. Így például a rádió és a televízió mentesül az előadóművészek hozzájárulásának megszerzése alól, ha valamely nyilvános előadást kíván közvetíteni, mert a törvény 22. szakasza szerint a

⁴⁷ Szalai 1935: 33. o.

⁴⁸ Alföldy 1936: 73. o. sk.; Szalai 1935: 11. o.

⁴⁹ Szalai 1935: 21. o. skk.

⁵⁰ Alföldy 1936: 74. o. sk.

közvetítéshez a nyilvánosan előadott mű szerzőjének hozzájárulása nem szükséges.⁵¹

⁵¹ Petrik Ferenc (szerk.): A szerzői jog, KJK, Budapest, 1990. 266. o. skk.

**Az alkotmánybíráskodás kezdetei Franciaországban:
az „igazságosság ágya” metafora**

1. Amint az jól ismert, Franciaországban az alkotmányvédelem bírói úton történő gyakorlását igazoló tanokkal összefüggésben a kételyek mind a mai napig igen erősek.² Ennek az egyik fő oka az általános akarat megbonthatatlan egységét hirdető és a francia alkotmányban megváltoztathatatlan formában megjelenített republikánus ideológia. Ilyen szemszögből is érdekes, hogy Georges Vedel, a vezető alkotmányjogász az intézményt a republikanizmus elterjedését megelőző középkori előzményekre visszautalással vette védelmébe, annak előrebocsátása mellett, hogy a címben szereplő „igazságosság ágya” [*lit de justice*] metafora nem csak igazolja, hanem korlátozza is az alkotmánybíráskodást: arra szolgál, hogy az alkotmánymódosítás lehetőségét mint egy vitatott alkotmánybíráskodási döntésre adott választ fenntartsa az alkotmányozó hatalom részére.³

Talán nem felesleges megjegyezni, hogy ugyanezt a mechanizmust *mutatis mutandis* Kanadában is leírták és ott dialógus-modellnek nevezték el.⁴ Ha azonban az alkotmányozó hatalom materiális korlátozásának elméleti igazolását keressük, úgy azt gondolom, hogy arra nem ezekben a pozitivisták tanokban, hanem elsősorban a Locke-iánus,⁵ sőt még inkább az azt megelőző középkori⁶ természetjogi gondolkodásban akadhatunk rá.⁷ Jelen dolgozat szerzője a Vedel által felhasznált metafora történeti forrásának kutatásához kíván hozzájárulni, annak ismeretében, hogy a történeti alkotmányra vonatkozó alaptörvényi utalás révén annak használatára akár Magyarországon is sor kerülhet.

2. A Georges Vedel nevéhez fűződő tanban az „igazságosság ágya” eljárásra hivatkozás tehát arra szolgál, hogy – materiális-természetjogi referencia nélkül, de – igazolja az alkotmánymódosítás hatalmával felruházott szervnek az alkotmányt értelmező intézmény döntésére vonatkozó „válaszolási jogát”.

¹ Egyetemi adjunktus, PPKE JÁK Jogbölcséleti Tanszék.

² A tanulmány a szerző doktori dolgozata egyik fejezetének jelentősen átdolgozott változata. [Vö. *Hart visszatérő kérései és a francia jogbölcséleti hagyomány* Budapest: 2011. Kézirat, 3. Alkotmánybíráskodás és demokrácia, A) Az alkotmányos dogmatika elemei, a. alpont]. A szerző ezúton szeretné megköszöni Aczél-Partos Adrienn, Komáromi László, Könczöl Miklós valamint Varga Zs. András észrevételeit és megjegyzéseit. A dolgozat esetleges hibái természetesen a szerzőt terhelik.

³ Pl. Vedel, Georges: Schengen et Maastricht. (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991). VIII. *Revue Française de Droit Administratif* (1992) [Mars-Avril], 173–180. p.

⁴ Ld. erről Paksy, Máté: Az alkotmányértelmezés művészete Kanadában. VIII. *Iustum, Aequum, Salutare* (2012) 2, 71–84. kül. 78–84. p.

⁵ Pl. Frivaldszky, János: A kormányzat természetjogi kötöttségéről. *Vigília* (2007) 4, 266–276. p.

⁶ Pl. Frivaldszky, János: A fejedelem és a méltányosság a középkorban – az aequitas mint a hatalom normatív korlátja, mint a normaalkotási kompetenciakiterjesztés eszköze és mint az alattvalókhöz való viszonyulási norma. In István H. Szilágyi – Máté Paksy (eds.): *Ius unum, lex multiplex Liber Amicorum: Studia Z. Péteri dedicata*. (Tanulmányok a jogösszehasonlítás, az államelmélet és a jogbölcsélet köréből.) Budapest: Szent István Társulat 2005. 283–309. p.

⁷ Ld. Paksy, Máté: Az originalizmusról. In Paksy Máté (szerk.): *Európai jog és jogfilozófia*. Budapest: Szent István Társulat 2008. 73–91. p.

De mi is volt ez a procedúra eredetileg? A *lit de justice*-re a leggyakrabban Párizsban és Versailles-ban került sor.⁸ A király rendszerint csak akkor utazott, ha ediktumainak bejegyzését számos helyi parlament megtagadta. (Mindössze emlékeztetőül: a hatalmi ágak elválasztását nem ismerő középkori közjogban a parlamentnek igazságszolgáltatási, jogalkotási és végrehajtási funkciója is volt.) A király kanapéhoz hasonló ágyát [*lit*] különféle, az igazságszolgáltatást is szimbolizáló kellékek díszítették [*draps de parement*]. Az emelvényre felhelyezett kanapé mögé függönyt állítottak fel. Az ágyat párnákkal rakták tele és takaróval ékesítették. A király ezen helyezkedett el, és ez választotta el őt a parlament tagjaitól is. A *lit* szó először pusztán erre a kanapészerű ágyra utalt és csak később jelent meg a „felállítani az igazságosság ágyát” [*faire le lit de justice*] kifejezés, ami idővel továbbalakult, oly módon, hogy azt mondták, „a király a parlamentben »igazságosság ágyát« tartott [*tenir le lit de justice*]”.

A középkori alkotmányosság mítoszának jó tett, hogy erre az ágyra nem csak akkor ült a király, amikor „igazságosság ágyát” tartott, hanem máskor is. A rendekkel folytatott párbeszéd (vagy inkább: alkotmányos vita) lefolytatása mellett a király ezen az ágyon ült akkor is, amikor a parlament a király jelenlétében tartotta ülészeit [*royal séance*], avagy az előkelők büntetőügyében kellett döntenie. Így aztán nem volt nehéz megteremteni a reneszánsz idején azt a mítoszt, hogy az „igazságosság ágya” a középkori alkotmányból levezett intézmény, hiszen a feljegyzésekben újra és újra feltűnt a kifejezés – igaz, jogi értelemben a legkülönbözőbb eljárásokra utalva ezzel. Később az eljárás a rendek kezében a legfontosabb alkotmányos fegyverré vált, s létezésének alkotmányos érvekkel való körülbástyázása közvetlen politikai célt szolgált, hiszen a rendek a szuverén korlátozására, sőt –bizonyos esetekben – akaratának végső letörésére is felhasználták az eljárást.

3. A király tehát a szuverén; szuverenitása pedig nem csak törvényhozói, hanem jogszolgáltatási funkciót is felölelt. A helyi parlament mint bírói és törvényhozó fórum a királynak volt alárendelve, ám ebből az alárendelt szerepből adott esetben hirtelen kilépett és alkotmányvédő szervvé vált, legalábbis addig, amíg a király meg nem jelent a színen a maga testi valójában.

A király különleges státuszának egyik árulkodó bizonyítéka az volt, hogy amikor belépett a parlamentbe, mindenkinek, még az ott székelő bírácoknak is el kellett hallgatnia [*adveniente principe, cessat magistratus*].⁹ A király testi jelenléte tehát fontos jogi tény volt. A „két test” elmélet egyébként ugyancsak összekapcsolódik az „igazságosság ágyának” intézményével¹⁰: „meghalt a király, éljen a király!”; „a király mindig nagykorú” jogi fikciók azt fejezték ki, hogy a király ugyan váltakozó testekben lakozhat, a szuverenitása viszont állandó: az egyedi király tehát lehet gyermek, avagy eltávozhat ugyan az élők sorából, de a legfőbb igazságszolgáltatási funkciót reprezentáló király, a *persona ficta* létezik továbbra is. A két „ágy” (a „halálé” és az „igazságosságé”) néha nem is volt olyan messze egymástól. Az új király rendszerint már a temetési szertartás megkezdése előtt „igazságosság ágyát”

⁸ Az intézményről ld. elsősorban Sarah Hanley: *The Lit de Justice of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse*. Princeton: Princeton University Press 1983. kül. 3–13.; 329–344. p.

⁹ *Uo.* 215. p. s.kk.

¹⁰ A király két testének metaforájáról ld. Kantorowicz klasszikus munkáját: *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*. Princeton: Princeton University Press 1957. A magyar alkotmányozási folyamat kontextusában és a metafora magyar vonatkozásait illetően ld. még Pokol Béla: Alkotmányozás és a Szent Korona-eszme. *Jogelméleti Szemle* 2010/3. számban megjelent írását is.

tartott, s ennek keretében a parlament elnökei nem is öltötték magukra a gyászruhát, hanem maradtak a vörös posztó ruhájukban.¹¹

Másfelől viszont a helyi parlament mint hatalmi centrum is állandó volt. A jogi regula szerint ugyanis a parlament „nem megy szabadságra” [*parlamentum Franciae non servat ferias*].¹² A szuverenitást megtestesítő király a misztikus test feje, s alattvalói pedig e test részei. A fejre tartozik, hogy döntsön a tagok javáról, és hogy kifejezze e misztikus test (a nemzet) legmélyebb akaratát, amely nem feltétlenül ugyanaz, mint az aktuális akarat. A parlament létezésének feltétele a Király, de az egyre inkább függetlenedésre törekvő parlament viszont – az Általános gyűlés, a *Parlamentum*, a frank nép, és a Király valóságos tanácsának örököséiként – azt követelte, hogy a király jelenléte nélkül döntsenek és szavazzanak. A misztikus test metaforájának lényeges eleme volt, hogy a szuverén nem különül el attól a politikai közösségtől, amelynek vezetése rá van bízva.¹³

4. Ha a királyi és a rendi akarat egymással szembekerült, a parlament rendszerint négy-nyolc ellentmondásig [*juisson*] bírta a szembeszegülést. Ezután a szuverén „igazságosság ágya” ceremóniát tartott. A Parlamentben már díszes ruhákban várták a királyt, aki államtanácsosokkal, és díszes kísérettel (testőrök, kardinálisok, hercegek, etc.), a kancellárral, az igazságügy miniszterével [*garde des sceaux*] – vagyis a végrehajtó hatalom és a két rend vezetőivel – körülvéve érkezett. A király levette, majd visszahelyezte a fejfedőjét. Engedélyt adott a kancellárnak, hogy kifejezze az ő akaratát, aki miután térden hajtott, bemutatta a kialakult helyzetet, s elmagyarázta a király szándékát és akaratát. A parlament képviselője erre válaszolt. A kancellár felolvastatta az írnokkal [*greffier*] az ediktumot, majd megparancsolta a „király embereinek”, hogy fejtsék ki álláspontjukat és érveiket. Majd visszatért a helyére. Végül kihirdette az álláspontot, valami ilyesféle cirkalmas formában: „A király az igazságosság ágyán székelve elrendelte és elrendeli eme nyilatkozatot, amelyet felolvastak, s amelyet a parlament írnoka bejegyez, hogy az [megfelelően] legyen végrehajtva ... az összegyűjtött példányokat küldjék ki a bíróságoknak és az e feladattal megbízott királyi törvényhozói hivatalnak, hogy ezek hasonlóan elolvassák, közlétegyék és bejegyezzék [s ezt] ... a bíróság igazolja.”¹⁴

Az abszolút monarcha rendelkezéseit a helyi parlamentek kötelesek voltak bejegyezni, s ennél az aktusánál fogva a jogszabály végrehajthatóvá vált. A király a családjából származó herceget [*principe du sang*] és a tartományi kormányzót elküldte, hogy a rendelkezésének bejegyzését [*enregistrement*] elvégezzék. Amennyiben a helyi parlament nem volt hajlandó azt regisztrálni, úgy maga utazott oda, és a rendelkezés ezen aktus tényénél fogva végrehajthatóvá vált. A XVIII. századtól kezdve a parlamenti „igazságosság ágya” eljárás után, a kikényszerítendő rendelkezés bejegyzése elleni tiltakozásul is összegyűlt, hogy azt mint (a szokásjogi alapon működő) alkotmányba ütköző rendelkezést semmissé nyilvánítsa. A király és a

¹¹ Vö.: „*Et du lict funèbre de son pere il s'élève à son lict de justice.*” (Paris: Bibl. Mazarine, MS 4395. fol 1.) Idézi Kantorowitz: *The King Two Bodies*. 414., 332. jp.

¹² *Maxima Grassaille, Regalia Franciae, I, ius XII. Ad quartum*. Paris: 1545. 120. Idézi Kantorowitz: *The King's Two Bodies*. 418. p.

¹³ Később ezt az érvet használja fel Maritain is a klasszikus szuverenitás tanok kritikájához. Ld. Jacques Maritain: *Man and the State* Chicago: Chicago University Press 1951. [fr. kiad. *L'Homme et l'État* [1953] Paris: Presses Universitaires Françaises 1965] részlete magyarul: A szuverenitás fogalma. (Tattay Szilárd ford.) In Takács Péter (szerk.) *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből*. Budapest: Szent István Társulat 2003. 615–633. p.

¹⁴ Flammeront *Remontrances*, II. 312. Idézi Roland Mousnier *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*. II. Paris: Presses Universitaires Françaises 1980. 379. p.

királyi tanács viszont éppen ellenkezőleg érvelt: az ellenálló parlament ezen eljárását tekintette a szokásjogi alkotmányba ütközőnek.¹⁵ Érdemes megjegyezni, hogy ez a konfliktus gyakorlatilag ugyanaz, mint aminek Anglia volt tanúja kicsivel korábban, s akár a Bonham-ügyben is¹⁶ elhangozhatott volna az, amit XV. Lajos a renitenskedő bíróságoknak (parlamenteknek) címzett egyik beszédében: „A bíróságok nem alkotnak testületet [*corps*]; sem a királyság három rendjétől elválasztott önálló rendet; a bírák hivatalnokok, akiknek az a valóban királyi feladatuk, hogy igazságot szolgáltatassanak ... Én vagyok egyedül az, akinek bíróságaim köszönhetik létezésüket és tekintélyüket, amelyet csak az én nevemben gyakorolnak, továbbra is az én nevemben.”¹⁷

5. Mint már említettem, a kortárs alkotmányjogi felfogások az „igazságosság ágya” metaforát arra használják, hogy az alkotmányozó hatalom alkotmánykontrollt végző szerv feletti primátusát igazolják. Ez a metafora-használat az igazolási elméletben azonban nem problémamentes.

A problematikus jelleg egyfelől a fent leírt történeti háttérből fakad. A szuveréntól elválasztott „alkotmányozó hatalom” fogalomnak ugyanis kizárólag írott alkotmány esetében van létjogosultsága, mivel íratlan (vagy történeti) alkotmány esetében a szuverén és az alkotmányozó hatalom nem válik el egymástól. (Ez volt a helyzet a középkori Magyarországon, de említhetnénk példaként a jelenleg Izrael alkotmányos berendezkedését is.) Az alkotmányozó hatalom „válaszadási jogának” kérdése ezért nem is merülhet fel problémaként.

A másik problematikus pont az, hogy a régi rend nem ismerte a hatalommegosztás elvét: a szuverénként fellépő király, valamint a parlamentek egyszerre láttak el törvényhozói és bírósági funkciót is. Így azonban az alkotmánybíráskodás igazolásával összefüggő legfontosabb kérdés aligha vethető fel. Azaz, amennyiben a hatalmi ágak nincsenek megosztva, úgy az alkotmánykontrollt végző szerv éppannyira tekinthető egy pozitív vagy „negatív”¹⁸ törvényhozónak (második kamara vagy elkülönült alkotmánybíróház), mint egy rendes vagy közigazgatási bíróságnak.

¹⁵ Uo. 378. p. sk.

¹⁶ Ld. erről Paksy: „Az originalizmusról ...

¹⁷ Idézi Mousnier: *Les institutions de la France ...*

¹⁸ Vö. Paczolay Péter: Hans Kelsen és az alkotmánybíráskodás európai modelljének fejlődése. In Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről.* Budapest: Gondolat Kiadó 2007. 446–467. p., kül. 458. p. sk. A kifejezéshez ld. Hans Kelsen: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.* In Heinrich Triepel – Hans Kelsen – Max Layer – Ernst von Hippel (Hrsg.): *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte* Berlin & Leipzig: Walter de Gruyter 1929, 54. p.

Governance instead of government – some theoretical considerations from the study of the postwar Japanese political system

I. Introduction

This paper presents the system of postwar Japanese political institutions in the theoretical framework of contrasting the „good government” and „good governance” models by reviewing the relevant English and Japanese literature. First, the elements of the two models are presented. Second, the appearance of the elements of the “governance” model in Japan is analyzed. Third, Japan’s recent structural reforms are presented. The point of the argument is that while the original form of the institutions are close to a model of „governance” and this system was able to collect legitimacy by efficiency, after the 1990’s economic crises, the reform of the institutions got them closer to the „government” model. Finally, some theoretical conclusions are drawn.

II. The two models of governance

Governance in a *broad sense* means every method how a society’s common problems are dealt with. This way, “regulators” like law, market, social norms, self-regulation and architecture can also belong to governance methods.

There are two basic models of governance. One is called “good governance” (governance in a *narrow sense*) and the other is “good government”. Since the literature on these is broad and well-known², their discussion can be short.

II.1. Good governance

“Good governance” is a concept connected to the changes in public policies after the 1990’s. The Commission on Global Governance, led by Willy Brandt, defined it in the following way:

“Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, *public and private*, manage their common affairs. It is a continuing *process* through which conflicting or diverse interests may be accommodated and *co-operative* action may be taken. It includes *formal* institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as *informal* arrangements that people and institutions either have agreed to or

¹ Nagoya University, Graduate School of International Development, Ph.D. program

² Kaufmann, Daniel (2003): *Rethinking Governance: Empirical Lessons Challenge Orthodoxy*, Discussion Paper, The World Bank; Koozinmann, Jan (2003): *Governing as Governance*. London, Sage; Pierre, Jon – Peters, B. Guy (2000): *Governance, Politics and the State*. University of New York Press; Rosenau, James N. – Czempiel, Ernst-Otto (ed.) (1992): *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge University Press; Ringen, Stein (2006): *The Possibility of Politics*. Transaction Publishers; Ringen, Stein (2007): *What Democracy Is For: On Freedom and Moral Government*. Princeton University Press

perceive to be in their interest.”³

The reason why these changes were needed is globalization, and this way, governance is in close connection with globalization. The most important elements of governance include rule of law, transparency, accountability and lack of corruption, participation of civil organizations and privatization/deregulation (giving opportunities to the market and third sector). Besides these, new communicative and controlling forums, self-regulating institutions, fair competition and civic activism are required. It is not the state which should act, but there is the *civil society* and *market* as means to govern. The state can only create the *conditions* of governance, but it is not the main actor anymore.

In summary, the governance model has the following elements:

- It consists formal and informal institutions (formal elements by the state /government/ just consist the rules of the game, but state itself does not play)
- Mostly based on self-regulation and cooperation of the actors
- Based on horizontal and not vertical structures (decentralized)
- Communication-centered: debate, negotiation and consensus make it work
- It makes a *connection* between state affairs and private sphere, and
- Instead of building on an actor, it builds on a process.

II.2. Good government

According to the “(good) government” model, the state should not only create the conditions of governance, but take the responsibility of governing: the provision of public good to all members of the political community, and this can be done only by a concrete *actor*. Governmental performance can be evaluated and government can be made giving an account for his performance. Welfare state and democracy are closely associated in this model: good government means the economic *efficiency* of democratic governments. It is argued that social integration can be only provided by the institutions of democracy and the sustainability of welfare state depends on the *quality of democracy*. Democracy has an instrumental value; it is not a value for itself. It is good if – and because – it provides good life to everyone, provided by an *actor* which should take the responsibility for it. This actor is the government.

Thus, elements of the good government model are the following:

- The government is the actor who is responsible for the public good
- Formal institutions and legal democracy
- Vertical structure
- Decision-centered
- Strictly separates state (government) and society

³ Commission on Global Governance (1995): Our Global Neighborhood: The Report of the Commission on Global Governance. Oxford University Press

III. The elements of governance in the Japanese political system

By reviewing the literature on the institutions of the Japanese political system, I would like to show that however surprising it is, Japan is originally closer to a system of governance in the meaning of the “governance model” above, but far from the “government” model. This system worked well while it could gather legitimacy by effectiveness; but it may fail because the lack of the mechanism to effectively correct serious mistakes coming from institutional failures. After the 1990’s, experiencing crises, there were several steps from “governance” to the direction of “government”. This can be seen especially in the changes of the relation of the governing party and the legislative process and the finally realized regime change⁴.

Thus, I show how the following elements of the governance model appear in the Japanese political process:

- Coexistence of formal and informal institutions
- Self-regulation and cooperation of the actors
- Horizontal structures
- Communication-centered, negotiation and consensus-seeking
- Instead of building on an actor, building on a process

Note that we should be aware that in the governance model these elements are strongly connected with each other, composing a coherent system, and it is hard to separate which elements belong to which institution. This paper attempts to do this but it is important to remember the interconnectedness of these features in the different institutions. Thus, while I connect some of these elements to certain institutions, I always have to refer back to the appearance of the other elements in the same institution.

Also, I would like to emphasize that the phenomena and institutions I mention here are mostly connected to the system *before the structural reforms*, because these elements defined the tradition of the Japanese political system for decades, and they got into crisis, but remained existing after the 1990’s, too.

III.1. Coexistence of formal and informal institutions

In Japan, the importance of informal elements points out the lack of rule of law or at least a limited importance of rule of law (here I take rule of law’s thinnest definition: “government officials are bound by law”⁵). In connection with public law and constitutional structure it can be pointed out that several institutions actually have a hidden informal meaning, while the legal regulation is a mere display.

As an illustration of this, take the following case, reported in 2004. A member of the House of Representatives attempted to propose a bill in accordance only with the formal legal rules:

“Further, informal norms gave top party leaders, including the chair of PARC [Policy Affairs Research Council], the power to block any bills proposed by

⁴ Except a short interval in 1993, Japan was governed by the Liberal Democratic Party (LDP) for almost 50 years when finally it was replaced by the Democratic Party of Japan (DPJ) in 2009

⁵ Tamanaha, Brian Z. (2004): *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*. Cambridge University Press, p. 138–140.

backbenchers independently, despite the fact that this contradicts Diet law. *Diet law allows bills to be proposed with the support of 20 members.*⁶ Yet when the Diet member cited above and others introduced a bill, the House of Representatives' Secretariat (Shugiin Jimukyoku) refused to accept it without the seals (*hanko*) of four party leaders: the secretary-general, the chair of PARC, the chair of the Executive Council, and the chair of the Diet Strategy Committee. When the member threatened *legal action*, they said, "Go ahead." He shrugged when he mentioned how other Diet members had tried it and the Supreme Court refused to intervene on the grounds that it was an *internal Diet matter*.⁷

The preliminary inspection of laws by the governing party and the importance of the Policy Affairs Research Council (PARC) and its divisions have to be pointed out here. This organization has long tradition. When legislator-initiated bills - designed to promote the interests of the legislators' own electoral districts - appeared in a great number in the 1940-50's, there was a need to restrict them. Thus, an agreement was reached that legislators would consult with the government before submitting budget-increasing bills and the government will consult with the governing party first.⁸ This is called "preliminary check", started in the early 1960's. After that, the *norm requiring consensus* in each division of PARC gradually appeared. These divisions were specialized in certain policy areas. In the beginning, they had exactly this function: to cultivate experts in those areas. Later, this process led to the appearance of "*zoku giin*" ("policy tribes"), which tried to utilize this organization to get more benefits to their own area, attempted to provide benefits to their supporters, and at the same time, to reach consensus about the distribution of these benefits. PARC was the *institutionalization* of the originally *informal rules* which helped the representation of the interests of several groups and industries.

For this reason, PARC can be understood as a *non-legal institution used for veto* both by politicians and bureaucrats. Using it to create a consensus on the content of bills beforehand, usually bills accepted here were expected to pass the Diet's plenary discussion without modification. Bureaucrats were allowed to take part in PARC discussions. A research in 1995 pointed out that "spending ministries report to the relevant PARC divisions before they submit their requests to the Ministry of Finance".⁹ This meant that *bureaucrats communicate informally* with groups of Diet members and *not formally* with the governing party's leadership as a single entity representing the whole party. What party leaders did was mostly balancing and negotiating in this process.

Also, departments of PARC were assigned to the specific departments of the government: divisions were organized parallel with ministries. Those legislators who were not members of the divisions could not give a significant effect on the content and acceptance of the bills later. Specialists of the relevant policy area had to approve the planned measure here, before it could go up to the party leadership, and *finally*, in front of the Diet. In other words, this structure made possible controlling legislation coming from independent legislators (even if the right of the independent legislators

⁶ See the Diet Law of Japan, Article 56

⁷ Krauss, Ellis S. – Pekkanen, Robert (2004): Explaining Party Adaptation to Electoral Reform: The Discreet Charm of the LDP? The Journal of Japanese Studies, Volume 30, Number 1, Winter 2004, p. 21–22.

⁸ Kawato, Sadafumi (1999): 1950-nendai Giin Rippo to Kokkaiho Kaisei. In: Hogaku 63 (4), page 481-518, quoted by Nemoto, Kuniaki (2009): Committing to the Party: the Cost of Governance in East-Asian Democracies. PhD dissertation, University of San Diego, p. 138.

⁹ Cowhey, Peter F. – McCubbins, Mathew D. (1995) (eds.): Structure and Policy in Japan and the United States, New York, Cambridge University Press, p. 66.

was provided by law). Committees of the governing party “took the place” of standing committees of the House of Representatives, suggesting that the real decision and discussion was organized not in the *formal legally* established ground, but within this *institutionalized informal framework*. Bills supported and initiated by the Cabinet first had to pass in this forum. Since cabinet members could attend in PARC divisions, they can also have power to modify them.¹⁰

Several historical contingencies contributed to the appearance and long continuity of this structure and it is especially important to understand the role of the electoral system in this. According to the original single non-transferable vote (SNTV) system, several (3-5) candidates were elected from every district, and political parties tried to nominate as much nominees as possible. This way, single nominees could not be differentiated based on the party label, so they had to appeal to the electors using different methods – for example, by providing benefits to their constituencies (or rather, for some *groups of voters* in their constituencies to whom they provide benefits)¹¹. In other words, the activities of representatives were turned into votes and support in elections. The fund for their campaigning was not provided by a central state or party fund¹², so individual representatives had the incentive to seek for it by themselves. In order to get this support, they were in constant debate and negotiation with the executive and with other party members. To make a Diet member’s informal power (and resources) rise, it was important to go higher in the PARC executive hierarchy. This also required specialization on certain policy areas. If one could specialize and join a “policy tribe”, than he was able to get more benefits also from bureaucrats. Thus, there is a pejorative view which states that policy experts eventually become *lobbyists of special interests*, as ministries also seek benefits through influential politicians.¹³

In this section, I showed how *informal elements* gave an impact on the legislative process of Japan. By pointing on PARC, its role to desuetude the rule of law in the context of the political process was shown. Of course the preliminary check of laws by the governing party is also closely connected with consensus-seeking, cooperative and horizontal coordination, mentioned in the next point.

III.2. Cooperation and horizontal structures in the political process

The meanings of self-regulation, cooperation and horizontal structure are close, so they will be discussed together. From the perspective of governance, horizontal structure can be seen within the organization of the governing party and in the form of factionalism. In the discussion of the PARC above it was already emphasized that the

¹⁰ Ohyama, Reiko (2001): Kokkai ni okeru ishikettei – genan fuzai no rippokatei wo tou. In: Inoue, Tatsuo – Kawai, Mikio (eds.) (2001): Taiseikaikaku toshite no shihokaikaku. Tokyo, Shinzansha, p. 158.

¹¹ Shiratori, Rei (1995): The Politics of Electoral Reform in Japan. International Political Science Review, Vol.16, No. 1, p. 79–94

¹² As Scheiner puts it „access to funding is controlled by the central government and thus local organizations, politicians, and voters have strong incentives to affiliate with the national ruling party”. See: SCHEINER, Ethan (2005): Democracy without Competition in Japan: Opposition Failure in a One-Party Dominant State. Cambridge University Press, p. 4.

¹³ This structure was characterized as “Japanese-style corporatism without labor”. It has to be noted, however, that small business interests were also represented, and welfare measures were taken from the 1970’s

governing party needed to coordinate between several diverging interests. These diverging interests appeared in the form of factions in the framework of the governing party.

According to a generally accepted definition, a faction is “any relatively organized group that exists within the context of some other group and which competes with rivals for power advantages within the larger group of which it is a part”.¹⁴ Factionalism, the name of this phenomenon in case of inside political parties, refers to the importance and systematic role of factions. Factionalism in Japan was regarded as the result of the SNTV electoral system briefly mentioned above.¹⁵ It was a problem of Japanese politics for decades and it has extended literature which tries to explain its causes, forms, appearance, and consequences. Factionalism was obviously not included in the constitutional structure; it emerged for reasons of historical contingency. It is defined by the Constitution of Japan that both Houses of the Diet are consisted of “*elected members, representative of all the people*”¹⁶, which, according to the interpretation of Higuchi Yoichi, means that the members of the Diet are the representatives of *the whole political community*, not the particular district where they were elected, and not the representatives of special interests¹⁷. Factionalism made this rule practically ignored.

In Japan, the first reason for factionalism was that the governing party – the governing parties so far, since the LDP and DPJ are the same in this sense – was composed from the *mergers of independent parties*. Thus, there was an initiative to keep their profiles while governing together. Factionalism was also regarded as something connected to *clientelism*. Scheiner points out that the Japanese political system it is a clientelistic system which “create[s] direct and personal bonds, usually through material side payments... economic actors who do not control votes directly give politicians money in exchange for favors”¹⁸ and “it is much less likely that voters will bring an opposition to power... voters support the ruling party simply because it provides them clientelist benefits”.¹⁹ In a clientelist system, if a nominee wants to win an election, has to include personal elements to his campaign and using personal network for this purpose.

It is also important to notice that factions in the governing party did not base on certain ideologies²⁰, simply because of the large diversity of thought within each of them. Parties tend to gather according to common interests and not political visions. Party mergers and breakups are often, and parties usually consists members with several seemingly incoherent views. At the same time, local party organizations are usually not developed, so they can not be used to mobilize voters. Coalition governments are also not created on the basis of similar views on political vision, but in order to gain governmental power. Besides, because of historical contingency,

¹⁴ Beller, Dennis C. – Belloni, Frank P. (1978): Party and Faction: Modes of Political Competition. In: Belloni, Frank P. – Beller, Dennis C. (ed.): Faction Politics: Political Parties and Factionalism in Comparative Perspective. Santa Barbara, CA: ABC-Clio, page 419. Quoted by: Bettcher, Kim Eric (2005): Factions of Interest in Japan and Italy. The Organizational and Motivational Dimensions of Factionalism. In: Party Politics, vol. 11, no. 3, p. 340.

¹⁵ Nominees had to differentiate themselves from other nominees at the same electoral district and they needed funding for their campaigns.

¹⁶ The Constitution of Japan, Article 43.

¹⁷ Sugihara, Yasuo – Tadano, Masahito (2007): Kenpo to Gikaiseido. Horitsu Sobunsha, p. 214.

¹⁸ Scheiner (2006) p. 14.

¹⁹ Ibid, p. 30.

²⁰ Richardson, Bradley (2001): Japan’s “1955 System” and beyond. In: Diamond, Larry – Guthner, Richard (ed.): Political Parties and Democracy. Johns Hopkins University Press, p. 157.

leftist political parties' participation was traditionally restricted in East-Asia after the war. Most parties became "catch-all" parties remaining centrist, without questioning the status quo.²¹

This system was mostly "person-oriented" and not "policy-oriented". It can be stated that a policy-oriented system contributes to create the rule of laws and not the rule of persons. But in the Japanese context it seems to be that persons do not "rule", just *negotiate* and *coordinate*. The most important element of the rule of laws is that persons who fulfill a position and the position itself are separated, as the person is bounded by the formal legal rules. In the Japanese political system, on the one hand, the rule of persons was restricted, not so much by formal legal rules, but by the need of coordination with others.

Factionalism initiated by the electoral system²² is connected to the factionalism within the governing party, which feature served as an "effective functional equivalent of formalized procedures and norms of party management".²³ These institutionalized informal rules served as a centripetal force against the centrifugal force of the different interests within the party. Size of factions was always very important, especially in case of presidential elections. Because of this, leaders of factions tried to support as many candidates as they could, regardless to their views. As they could gain more members with offering positions and support, they did so.

There was always a problem how to avoid the fragmentation of factions and thus the collapse of the governing party. According to researches, the method of this in the Japanese context was the allocation of positions, also for "anti-mainstream factions". The party's leadership was formed from the "mainstream factions". Until the 1970's, at times when the party's majority was certain, mainstream factions tended to monopolize positions. Later they had to allocate more the non-mainstream factions.²⁴ This point shows that an important element of "governance" – horizontal structure, coordination and consensus-seeking – was formed gradually.

A basic evaluation of this system of factions as institutionalized informal norms of the system can be that it is "ambivalent". There was a certain degree of pluralism in this system, together with some flexibility and adaptability. Still, if changes made it necessary to revise some of the basic presumptions of the system, than these institutions are not capable to do that. The problem is that "these mechanisms have been unable to contain a more fundamental instability in the basic relationship that existed between the party as a governing entity and the electorate it served"²⁵. But on the other hand, the positive function of factions can be also emphasized. "It has to be noted though that the existence of factions has permitted a substantial degree of pluralism... within the LDP. Factionalism has also constrained

²¹ Curtis, Gerald L. (1999): *The Logics of the Japanese Politics: Leaders, Institutions and the Limits of Change*. Columbia University Press, p 143; Reed, Stephen R. (2009): *Party Strategy or Candidate Strategy: How Does the LDP Run the Right Number of Candidates in Japan's Multi-Member Districts?* In: *Party Politics* Vol. 15 No. 3, p. 295–314.

²² It is important to point out that factions were not only the features of the LDP but every Japanese political party, with the exception of the Communist Party.

²³ Köllner, Patrick (2006): *The Liberal Democratic Party at 50: Sources of Dominance and Changes in the Koizumi Era*. In: *Social Science Japan Journal*, Vol. 9, No. 2, p. 248.

²⁴ Fukui, Haruhiro (1970): *The party in power: The Japanese Liberal-Democrats and policy-making*. University of California Press; Cox, Gary W. – Rosenbluth, Frances M. (1996): *Factional competition for the party endorsement: The case of Japan's Liberal Democratic Party*. In: *British Journal of Political Science*, Vol. 26, no. 2 (April 1996), p. 259–269.

²⁵ Browne, Eric C. – KIM, Sunwoong (2003): *Factional rivals and electoral competition in a dominant party: Inside Japan's Liberal Democratic Party, 1958–1990*. In: *European Journal of Political Research* Volume 42, Issue 1, p. 131.

the power of individuals... serve as a ‘check-and-balance mechanism’ to prevent a dictatorship by the party president”.²⁶ This may show that factionalism makes cooperation and horizontal structure central, avoiding strong leadership, which is vertical and more decisive, not cooperative. The importance of cooperation will be also seen in the next point.

III.3.The role of negotiation and consensus-seeking

The significance of consensus-building and negotiation was already seen in the unanimity rule of PARC and the allocation of positions between factions. In a broader meaning, negotiation between politicians, bureaucracy and business can be mentioned. But there is another possible meaning of consensus-seeking and negotiation: that is, the consensus-building between (1) rival political parties in general (in the form of possible coalitions), and (2) between governing and opposition parties. These will be discussed in two points. The first one is connected to the possible models of parliamentary democracy, the second is to the opportunities of the opposition to influence legislature.

III.3.1.Japan: a majoritarian or consensual democracy?

“Majoritarian” and “consensual” models of democracy (using Lijphardt’s classical terminology) are closely related to the electoral system of a country. It is a widely known commonplace in political science that single-member districts tend to create a two-party competition giving absolute majority for one party, while proportional systems tend to create a multi-party system, where the single parties may not have the majority in themselves to form a government, so they are forced to form coalition governments (Duverger’s law). Also, there are elements which are associated with the former and the latter model in the structure of the parliament itself. In the majoritarian model, there is no veto right of the minority, however, the possibility of regime change is always easily provided. Thus, the place of political responsibility is also clear. Because of the single-member districts, accountability of the individual representatives is also emphasized as a positive point and according to some opinions, this can make the general public more sufficient with the political system overall.²⁷

On the other hand, under “consensus” model, there are lots of smaller parties, so there is usually a need for a coalition building. Also, several laws and constitutional amendment require the 2/3rd of representatives, so in this sense the minority has a veto right. However, in the level of actual functioning, a system can be called majoritarian if a single party is able to get the absolute majority of the votes.

At the time of the occupation of Japan after the Second World War, the General Headquarters of the Allied Forces sketched the plan of a governmental reform, proposing a system which is closer the British Westminster model than to the

²⁶ Köllner, Patrick (2004): Factionalism in Japanese political parties revisited or How do factions in the LDP and the DPJ differ? In: Japan Forum, Volume 16, Issue 1, 2004, p. 94–95.

²⁷ Norris, Pipa (2001): The Twilight of Westminster? Electoral Reform and its Consequences. In: Political Studies, Vol. 49, Issue 5, p. 877–900.

American type of presidential democracy.²⁸ The first central feature of the model is a strong cabinet government, which is able to set the political-legislative agenda. Secondly, policy-making functions executed within the cabinet. The approval of the governing party is not needed, as party is subordinate to the executive. And the third element is that central party leadership which executes control over the nomination of individual members in constituencies.

If one only looks at the structure seen in the Cabinet Law and the Constitution, he can think that Japan also operates this way. Just by looking at the institutions themselves, they look like as if it was always a strong cabinet government. But remember the practice of “preliminary check” from the side of the governing party and the existence of factionalism as introduced above. “Cabinet policies, new laws, and the budget... are... introduced to the Diet only after review and debate by the ruling party”.²⁹ It can be concluded that PARC is an utmost important veto point based on the unanimity rule, dominated by several veto player groups.

Bureaucracy is said to be another constraint of the cabinet power. In fact, there is a huge literature stating that the Japanese bureaucracy had more power than politicians, and they can be credited for the Japanese economic miracle by using continuous economic planning and administrative guidance. Here we focus on their connection with legislators and the executive (cabinet). In Westminster, the support of bureaucracy towards the cabinet is typical. Ministers appointed by the Prime Minister are the absolute leaders of their ministerial organization. Thus, bureaucracy is not treated as *independent from the government*. However, in the Japanese case, this is not so. Rather, cabinet ministers used to be under the authority of their own ministries. It can be said that ministers do not represent the cabinet, but the interest of their own ministry. Bureaucrats have the information amount and power to set up policy initiatives. The branch they can negotiate with is not the cabinet, but the ruling party. This is separated from communication of politicians within the PARC. One commentator calls this separation as the difference of “interference” (bureaucrats) and “intervention” (PARC)³⁰. In strict administrative rules where the bureaucrats’ discretionary decisions are not allowed, this kind of negotiations would not have been possible.

The influence of bureaucrats on policy-making process can be seen the most easily in their contribution to legislation. Masuyama Mikitaka’s research on legislation also found the agenda priority is given to bills proposed by administrative agencies,³¹ which means that these kinds of bills have a bigger possibility to become enacted laws within that session.

At the same time, bureaucrats do not dominate the legislative process, since the governing party has the power to totally control the agenda. According to Masuyama, “the extent to which the parliamentary majority exercises legislative authority within the Diet must have enormous impact on the extra-parliamentary stages where administrative agencies draft legislative proposals and implement policies.”³² This way, bureaucracy has to “internalize parliamentary preferences”. In

²⁸ Sugihara – Tadano (2007), p. 128.

²⁹ Yamato, Hiroshi (1983): Political Parties and the Diet. In: Valeo, Francis R – Morrison, Charles E. (eds.): The Japanese Diet and the US Congress. Boulder, Colo., Westview Press, p. 35–36.

³⁰ Mulgan, Aurelia George (2003): Japan’s Un-Westminster System. In: Government and Opposition, Vol. 38, Issue 1, p. 73–91.

³¹ Masuyama, Mikitaka (2003): Gikaiseido to Nihonseiji. Tokyo, Bokutakusha; Cox, Gary W. – Masuyama, Mikitaka – McCubbins, Mathew D. (2000): Agenda Power in the Japanese House of Representatives. In: Japanese Journal of Political Science, Vol. 1

³² Masuyama, Mikitaka (2001): The Japanese Diet in the 1990’s. Presentation at the Annual Meeting of

the time of coalitional government, this structure included the negotiation with coalition partners. Thus, it does not mean that big difference from the former governing methods, especially that the other coalition parties also applied the methods of preliminary screening.

Westminster model also has another condition which Japan lacked: party cohesion. This problem was already discussed above in the framework of factionalism. Historically, there were several methods to reach party cohesion, which was not a given condition but gradually appeared even in the UK.³³ In the Japanese case, the factor which helps the most in reaching is the distribution of positions and benefits; there were several rules and norms emerged to maintain the order of the party in times of implementing its legislative policy. Without effective whips from leadership, leaders offered positions and benefits to representatives. At the same time, representatives followed the party line in legislative politics, which led to a more consistent policy.

These rules also appeared gradually: “in the 1950s and 1960s, backbenchers most often complained about leaders’ tyrannical nature of policymaking and personnel management, while leaders most often ignored the career ladder and picked up their favorites to the highest posts... the career ladder only emerged gradually after the late 1960s and was finally stabilized in the late 1970s to the early 1980s. Therefore the more correct story is that the monopolized control by party leaders over policy and personnel issues in the 1950s was gradually replaced by the stable career ladder”.³⁴ In other words, in the 1950-60’s there was a duality in the party leadership between mainstream factions and non-mainstream factions, but from the 1970’s, all-coalition of factions became the rule because of the centripetal force of losing elections in a new environment where the LDP majority is very fragile, even if the opposition parties are ideologically inconsistent, thus do not mean a credible threat (the threat was only realized one time in 1993).

In this section it was shown that there was an attempt to create a parliamentary democracy close to Westminster system in Japan, but there were also several deviations from the real Westminster model. Some elements of this (factionalism, preliminary check of laws by the governing party) were already introduced in details above. Now let us see the relationship of governing and opposition parties.

III.3.2. Relationship of governing party and opposition

The view that the Japanese legislative and political process is basically consensual dates back to the 1970’s when the ruling LDP experienced a slow decreasing of votes due to several factors – mostly urbanization³⁵. As the proportion of its seats went down as 40% in the Lower House, thus, the party needed to listen to the opposition parties in several fields. Krauss analyzed this dynamics in legislation, pointing out that while in the 1950’s and 60’s a confrontational majoritarian politics was the typical for the LDP, later from the 1970’s it became more consensual³⁶. While the

the Public Choice Society, San Antonio, Texas, March 9-11, 2001

³³ Cox, Gary (1987): *The Efficient Secret: The Cabinet and the Development of Political Parties in Victorian England*. Cambridge, Cambridge University Press

³⁴ Nemoto (2009), p. 256.

³⁵ LDP’s supporters are traditionally the rural districts, where this party has deep imbeddedness.

³⁶ Krauss, Ellis S. (1984): *Conflict in the Diet: Toward Conflict Management in Parliamentary Politics*.

LDP majority was not threatened by until the 1970's, but after that, its majority was reducing slowly but continuously. "The LDP's vote margin continued to shrink during the 1970s. In the early 1950s, the LDP's predecessor parties together obtained about two thirds of the votes nationally. The LDP's official candidates vote shares declined to 41% in 1976. Despite this declining vote share, the party was able to maintain its lower house majority due to malapportionment and the fragmentation of the opposition into multiple parties".³⁷ From the 1970's, a multiparty system appeared gradually and voters also become to float between parties.

Some works in the 1970's and 1980's³⁸ argued that the opposition has no effect on the legislative procedure at all. The first research which questioned this view was Mochizuki in 1982. He pointed on consensus rules in committees and showed how it is used to postpone and delay legislation, also by using the rule limited length of Diet sessions and the non-continuity of bills (in Japan, bills which are not voted until the end of the parliamentary term are automatically dropped). Thus, it was shown that actually there *are* negotiations between governing parties and opposition parties on legislative topics.³⁹ From 1970's, the LDP began consultations with opposition parties over controversial bills.⁴⁰ "Instead of compromising only with the new centrist parties, the LDP increasingly sought to find common ground with all parliamentary groups. The share of bills winning the support of all parties in the Diet rose from 45.2 percent in 1970–72 to 50.3 per cent in 1973–76 to 64.5 per cent in 1977–80... 'this wise attitude is the reason for the long stability of the predominant party system'".⁴¹

It is important to remember that as opposition party has the opportunity to delay the votes with obstruction because of the non-continuity rule of bills. Thus it is important to reach a minimum level of consensus with the opposition on the bills before they appear on the agenda. If opposition parties prolong the discussion on a bill, they can cause its failure. Government – opposition negotiation also appeared in a formalized but not opened structure by the negotiation of the parties' "Diet Affairs Committee". It was regarded as a key structure of inter-party coordination politics (not intra-party – that was the role of the PARC). "The members of the committee not only scheduled Diet sessions but also developed the electoral and financial relations between the ruling and the opposition parties"⁴². As mentioned before, it had role especially at times when the governing party's majority was especially small. Also, as

In: Krauss, Ellis S. – Rohlen, Thomas P. – Steinhoff, Patricia G.: Conflict in Japan. Honolulu, Hawaii: University of Hawaii Press, p. 243–293.

³⁷Rosenbluth – Saito – Yamada (2011), p. 8. "Malapportionment" refers to the serious unbalance of certain electoral districts, to the favor of countryside

³⁸Baerwald, Hans H. (1974): Japan's Parliament: An Introduction. Cambridge: Cambridge University Press; Dore, Ronald (1986): Flexible Rigidities: Industrial Policy and Structural Adjustment in the Japanese Economy 1970–80, Stanford University Press

³⁹Misawa, Shigeo (1973): An outline of the policymaking process in Japan. In: Itoh, Hiroshi (ed.) (1973) Japanese Politics: An Inside View, Cornell University Press, pp. 12–48; Kobayashi, Naoki (1973): The small and medium enterprises organization law. In: Itoh, Hiroshi (ed.): Japanese Politics: An Inside View. Cornell University Press, p. 49–67.

⁴⁰Mochizuki, Mike (1982): Managing and Influencing the Japanese Legislative Process: The Role of Parties and the National Diet. PhD Dissertation, Harvard University; Richardson, Bradley (1997): Japanese Democracy: Power, Coordination, and Performance. Yale University Press, p. 127–151; Stockwin, J. A. A. (1999): Governing Japan, 3rd ed. Oxford, MA: Blackwell Publishers, p. 113–121.

⁴¹Wolfe, Eugene L. (2004): Creating Democracy's Good Losers: The Rise, Fall and Return of Parliamentary Disorder in Post-war Japan. In: Government and Opposition, Vol. 39, Issue 1, p. 75.

⁴²Kato, Sota (2009): Caught Between Two Worlds: Political Change in Japan. Global Asia Volume 4, no. 1, p. 37.

Ohyama puts it, the Diet Affairs Committee's control "can be understood as a result of struggle to enhance certainty for the cabinet brought bills, in the Diet without the Cabinet"⁴³. Even after the 1990's, opposition parties usually supported governmental legislation, since the opposition considered that they have a bigger participation in decisions, especially under the coalition government⁴⁴ – this continued until 2007.^{45 46}

This may be not an exceptional phenomenon, since it is widely recognized that there are consensual issues in other parliaments as well.⁴⁷ But once again, the quasi-formal institutionalization of this practice in the form of the real meaning under the *mere display of the legal rules* is quite special.

However, besides emphasizing the changes by time, several researches expressed doubts on this point. It is true that the schedule of bills has to be decided in a consensual way (unanimity rule) in the Standing Committee of Rules and Administration. Viscosity theory supposes that a bill will become more viscous and deliberation becomes longer if a bill is important or controversial. All in all, this can be called as "agenda power".⁴⁸ But Ramseyer and Rosenbluth pointed on the limits of the explanation based on unanimity norm and the limited length of Diet sessions since the unanimity norm is frequently violated in practice and institutionally the majority has the opportunity to use restrictions on the length of deliberation.⁴⁹

Fukumoto Kintaro's research⁵⁰ examined bills between 1947 and 1996 to prove or disprove viscosity theory. He found three types of bills: non-conflict mode, viscous mode and deliberative mode ("confrontation in discussion"), and viscous mode were only around 22% of all of the bills. More important bills seem to be debated for a longer time; both the average length and the frequency of the deliberation are longer/higher.

However, this analysis seems to methodologically overlook the preliminary check of the bills. Masuyama Mikitaka criticized Fukumoto's research because of using aggregated data, this way he tends to not realize critical issues besides the non-formalized grounds of legislation. He points out that bills with strategic importance of the government and bills previously desired by administrative agencies are more likely to pass. At the same time, if there is no conflict on proposals between parties,

⁴³ Ohyama (2003), page 54. Quoted by: Ohya, Takehiro (2008): Twisted Diet: a Failure in Legislating Politics in Japan. *Legisprudence*, Vol. 2, No. 3, p. 260.

⁴⁴ See: Masuyama, Mikitaka (2001): The Japanese Diet in the 1990's. Presentation at the Annual Meeting of the Public Choice Society, San Antonio, Texas, March 9-11, 2001.

⁴⁵ Inoguchi, Takashi (2008): Parliamentary opposition under (post) one party rule: Japan, In: *The Journal of Legislative Studies*, Volume 14, Issue 1 & 2 March 2008, p. 113-132, especially p. 129.

⁴⁶ From 2007, the opposition parties got a majority in the Upper House; thus, Article 59 of the Constitution has to be used in order to succeed legislation. In the Japanese case, a law has to pass both in both Houses with a simple majority; but if the Upper House rejects it, it can still be accepted with the qualified majority of the Lower House. Of course it is a serious systematic problem if the governing parties do not have a qualified majority in the Lower House in this kind of case, since this system creates a new veto player and makes the whole structure more far from Westminster model. See Matsuura, Yusuke (2010): 2007 nen "shusan nejire" ni okeru seifu no rippo senryaku. *Keio SFC Journal*, Volume 10, No. 1, 2010, p. 71-81.

⁴⁷ Richardson (1997), Loewenberg, Gerhard – Pattenson, Samuel C. (1988): *Comparing Legislatures*. Lanham, MD: University Press America.

⁴⁸ Masuyama et al define agenda power as "the power to determine (a) which bills are considered in the plenary session of the legislature, and (b) restrictions on debate and amendment for these bills". Cox – Masuyama – McCubbins (2000), p. 1.

⁴⁹ Ramseyer, Mark – Rosenbluth, Frances (1993): *Japan's Political Marketplace*. Harvard University Press, page 30; Ohyama, Reiko (2003): *Kokkaigaku Nyumon*. Sanshoto, p. 45.

⁵⁰ Fukumoto, Kintaro (2000): *Nihon no Kokkaiseiji: Zenseifu Rippo no Bunseki*. Tokyo Daigaku Shuppankai.

we can not tell whether this was because the opposition is powerless or the bill was prepared in accordance with their preferences.

Masuyama tried to understand how legislative time affects agenda power and at the same time to “conceptualize the broader policymaking process including *pre-parliamentary stages*”⁵¹. Based on the formalized para-legal institutional structure reviewed above, we can conclude that the creation of consensus with the opposition – if it was needed – was not in plenary debates or committees, although the basic rule of committees was also consensual, but the process which led to consensus may have happened behind the scenes, in informal framework. In any case, even if Masuyama is right in emphasizing the opportunity of the majority to exercise power, the bicameral structure of the Diet gives a very strong veto point to the opposition parties, if they are able to get the majority in the Upper House. Under these circumstances, the *importance of consensus-seeking* is clear.

III.4. The importance of process instead of some dominant actors

The importance of process and the lack of a dominant actor were already included into the former elements (factions, coordinated interests within PARC, consensus-building with the opposition); here let us focus on the lack of effective political leadership.

In the level of laws on governmental structure, there was always a system of cabinet government in Japan. However, due to the importance of the governing party and the bureaucracy, it is stated by some commentators that Japan does not have a cabinet government but it has a party-bureaucratic government⁵² because of the special relationship of the cabinet with the governing party and the bureaucracy. This is not only because of the traditionally “bottom-up” structure of policy-making, instead of the “top-down” way; not only because of the prior approval in PARC and the custom from the 1960’s that proposals must be approved by the LDP General Affairs Committee, too, as one part of the preliminary inspection, but also because of the custom that a bill has to pass the administrative vice-ministers meeting before cabinet meetings.⁵³ Under this system, the Cabinet is not the “executive” in the sense of Westminster system. Looking only at the level of the legal framework, the governing party is *the only* important veto player. However, because of factionalism, there are several potential veto players within the governing party. Almost everywhere, including the Cabinet’s decisions, we can find a unanimity rule (this is especially important in PARC); and since ministers are factional nominees, instead of being loyal to the Prime Minister who appointed them, they are loyal to their own factions.

Originally, under this kind of legislative environment, the person of the Prime Minister was not that important. Under the former SNTV electoral system, campaigns were not organized according to policy issues. Thus, the Prime Minister nominee, who would propose these policies for the general public did not get importance. Even

⁵¹ Masuyama, Mikitaka (2000): Legislative time and agenda power in the Japanese Diet. Review of Asian and Pacific Studies, Volume 20, p. 66.

⁵² Mulgan (2003), p. 84.

⁵³ Estévez-Abe, Margarita (2006): Japan’s Shift toward a Westminster System: A Structural Analysis of the 2005 Lower House Election and Its Aftermath. In: Asian Survey, Vol. 46, No. 4 (July/August 2006), pp 632-651, p. 637.

in the system's level, the Prime Minister lacked the right to propose policies to the Cabinet.⁵⁴ Thus, if he wants to realize his political will, he has to negotiate and build informal support.

Also, as a practice, there was a rotation in the position of the Prime Minister among the factions of the governing party. This is the explanation why Japan had so many Prime Ministers throughout the years. Of course not only the Prime Minister but other ministers were also factional nominees, so they were also rotated as the power balance was needed to be kept; and at the same time, ministers were more loyal to their faction leaders than to the Prime Minister. It is worth to notice that policy experts in PARC had long-standing influence compared to the limited period of most ministers and Prime Ministers.

The meaning of leadership in this system is obviously different from usual political leaders in other context. Bargaining, negotiating and coordinative skills seem to be more important than presenting a public vision or effective communication. Also, coordination and consensus-seeking means that the leadership tends to maintain status quo and distribute something to everyone; but radical alternatives do not appear.

IV. Political, administrative and judiciary reform in Japan – turning towards the government model?

In this point, we focus on the significance of the several changes and reforms after the 1990's, which were not included so far. Referring to the two models of governance, let us examine which model the Japanese structural reforms' aims belong. What I would like to show is that there is an overall change from "governance" to the direction of the "government" model.

IV.1. Electoral reform: a quest for reversibility and majoritarian democracy

Since the causes and effects of the old SNTV electoral system were already mentioned above, the discussion on the electoral reform can be brief. The Diet accepted the reform bills in 1994 March. The new electoral system became a complicated dual electorate. Electors have two votes, one casted on single members in their district (SMD), and one on party lists (PR). There is no compensational list, which means that votes given on candidates of parties, who finally did not get majority, are lost. But there is an opportunity to run nominees on both lists, and those who are elected in a single-member district are deleted from the list; those, who are not elected in their district, can gain position in the Diet from the list.

It was expected that the new, more majoritarian electoral system would lead a two-party system. It should be emphasized, however, that this new system can rather be called mixed than majoritarian (pure single-member district) or proportional, although the majoritarian element is more important than the proportional; a dual listing of candidates without proportionality (closer to Italy and unlike Germany,

⁵⁴ There is a rule in the Cabinet Act that "The Prime Minister shall propose the measures as Cabinet brought Bills, Budgets and other measures to the Diet representing the Cabinet" (Act no. 5, 1947, Article 5) but no rule like the above-mentioned.

which has proportional mixed member system). But as it is pointed out, under the old system “normal vote shifts tended to produce no more than a change in one seat per district”⁵⁵ from the possible 3–5 seats. In the old system, independent candidates tended to win, and in the parliament they joined the LDP. However, since then, “two-candidate races featuring one candidate from the government and one from the opposition have already become the norm in Japanese SMDs. The PR tier may allow small third parties to survive and might muffle the swing to some degree”⁵⁶ and “legislative organization both reflects the different reelection incentives facing MPs elected in the SMD and PR portions of the mixed member electoral system and also their collective interests in building a strong party label and maintaining their position in government”.⁵⁷ In this new system, factions were expected to disappear since there is no more systematic factor which makes specialization necessary; and a new campaign finance law erased the funding function of factions. The main purpose of the reform – to not let more than one candidate from the same party compete for the same chair in the Diet – was reached per definition, but for a long time it was a question however whether the real purpose – the creation of a two-party, reversible system – was reached.

What changed in the role of Policy Affairs Research Council with this reform? Originally, it was expected to disappear after the reform since one important factor which contributed to the importance of PARC was the need for specialization for politicians. After the electoral reform there was no need for specialization anymore⁵⁸ or at least an important incentive disappeared for it. Before, it was possible to gain a Diet seat by searching for a smaller amount of votes, so it was enough for lots of politicians to specialize on representation of the interest of some groups.

It is true that after 1994 there was a need to represent more and diverse interest for a politician if he wants to win an election. Also, there is no need to differentiate between the single nominees, since there is only one nominee for one district, and the others are on list. It is notable that after the electoral change, the rules of PARC affiliation were also changed by the (that time) governing party: “Prior to the 1994 electoral changes, LDP Diet members could belong to only two PARC committees. This limitation created specialization. Since 1994, however, the LDP now permits LDP Diet members to belong to as many PARC committees as they wish.”⁵⁹ Why? According to a possible explanation, SMD nominees have to concentrate on bigger groups to win elections now. So they *still* specialize, but not on that narrow interests as before. Nominees on party list also try to differentiate themselves from others.

Even after the 1994 reform, PARC remained existing, since its role is not only help in electorate but also “career advancement and specialization for deputy ministers and helps to train future party leaders” and “a means for specialized [groups to control] the policy and legislative agenda of individual Diet members and the bureaucracy in the party’s and government’s lawmaking process”.⁶⁰ The appearance

⁵⁵ Reed, Stephen R. (2002): Evaluating Political Reform in Japan: a Midterm Report. In: Japanese Journal of Political Science (2002), Vol. 3, Issue 2, p. 259.

⁵⁶ Ibid

⁵⁷ Pekkannen, Robert – Nyblade, Benjamin – Krauss, Ellis S. (2006): Electoral Incentives in Mixed-Member Systems: Parties, Posts and Zombie Politicians in Japan. In: American Political Science Review, Volume 100, No. 2 (May 2006), p. 184.

⁵⁸ Although there were some doubts towards this claim. See: McKean, Margaret – Scheiner, Ethan (2000): Japan’s New Electoral System - La plus ca change... In: Electoral Studies 19 (2000), p. 447–477.

⁵⁹ Krauss – Pekkannen (2004), p. 19.

⁶⁰ Pekkannen (2004), p. 14.

of coalition government in the 1990's then gave an "up-down" dynamics to policy-making, which is different from the traditional "bottom-up" dynamics in PARC. These were continuing to be in conflict until the regime change of 2009. But the function which is important in connection with the informal elements of the governance (preliminary check of legislative politics) still remained.

Factions also changed after the 1990's. From the functions they formerly had – distributing party, government and Diet posts, channeling funds to faction members and securing party endorsements for faction candidates standing in national elections⁶¹ – the structural incentive which led to their functions within the LDP – namely the SNTV electoral system – disappeared, thus, the third one was destroyed. As for the second one, the funding function, since political financing was also regulated in the framework of the political reform of 1994, politicians now do not depend on factions but on their own networks and connections. It is only the third which largely remained: the factions' "role in distributing party and government posts remained largely intact during the 1990s"⁶² except the members of cabinet under Koizumi Junichiro's leadership, but even at that time, vice-ministers and lower bureaucrats were still allocated proportionally to the different factions.⁶³

However, discipline in factions clearly reduced; leaders can not count on members' support on presidential elections. This weakened faction discipline gave more opportunity to the government and the Prime Minister to exercise influence. It became atypical that factions support other candidates for the Prime Minister's seat than the party's official candidate.

This shows that negotiation and coordination between factions remained important even after the structural reforms. One thing which is quite noteworthy is that while factions were existing for a long time, there was no major split in the LDP for decades and party discipline was maintained effectively in case of votes for legislation. The LDP mostly split over prime minister's non-confidence votes, but the most famous split was the case of the postal privatization bill under Koizumi. It is stated that Koizumi's reforms attacked some core points of the distributive politics; that is why they met with strong resistance from the side of party members.⁶⁴

But besides this, LDP was able to take the advantage of agenda power for decades, and put bills on the agenda which was favorable for them. Even after the electoral reform, in several elections, the electoral performance of nominees depended on their performance for their district, which could be reached negotiation within PARC and with the bureaucracy.

It is clearly seeable that the purpose of the political reform was a more effective and responsible government, especially by ending factionalism and promoting change of the governing party. It can also be stated that the electoral reform tried to achieve two aims for the same time. One is a possibility of regime change (reversibility). The other is a movement towards more party- and less candidate-based selection; toward a clear Westminster model. However, the two aims seem to be contradictory since the first one requires a change to SMD districts, and

⁶¹ Park, Cheol He (2001): Factional Dynamics in Japan's LDP since Political Reform: Continuity and Change. In: *Asian Survey*, Vol. 41, No. 3 (May/June 2001), p. 428–461.

⁶² Reed, Steven R. – Thies, Michael F. (2001): The Consequences of Electoral Reform in Japan. In: Shugart, Matthew Soberg – Wattenberg, Martin P. (ed.): *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds?* Oxford University Press, pp 380-403, especially p. 393.

⁶³ Uesugi, Takashi (2007): *Kantei hokai*. Shinchosha; Yomiori Shinbun Seijibu (2008): *Shinku kokkai*. Shinchosha.

⁶⁴ Mulgan, Aurelia George (2003): Japan's 'Un-Westminster' System: Impediments to Reform in a Crisis Economy. In: *Government and Opposition*, Vol. 38, Issue 1

the second requires more proportional representation, emphasizing the role of party lists. Any case, if we take a look at historical developments, it can be seen that reversibility was finally reached in a form of regime change; and consensus-seeking gradually became less important. Thus, this is clearly a *movement* from the direction of the governance model to the direction of the government model, although a “movement towards it” does not mean its total adaptation.

IV.2. Administrative reform: strengthening leadership

Several elements of the administrative reform were already mentioned above in connection with the problem of the Cabinet and the Prime Minister’s leadership. This reform is dated from 1997⁶⁵, as one important element of the response strategy to the recession after the 1990’s. The primary aim is stated in the final report of administrative reform as to restructure “the shape of the country”, aspiring to form a society that is free and fair and composed of autonomous individuals” by reforming the “governmental organization that has grown excessively large and rigid, and to realize a streamlined, *efficient and transparent government*”⁶⁶.

What measures could be done in order to reach this purpose? These can be categorized into four groups. The first one is to “reinforce the Cabinet’s functions; define the “leadership of the Prime Minister in terms of legal authority vested in that office”. This means that “the Prime Minister shall exercise control and supervision over the administrative branches in accordance with the policies to be decided upon at Cabinet meetings”. Detailed changes embrace measures like creating a Cabinet Office, which is under the Prime Minister’s direct control and it replaced the former Prime Minister’s Office, created in order to expand the coordination of the Prime Minister above overall governmental policies and “reinforce the support of the Cabinet and the Prime Minister”.⁶⁷

This way, “the Cabinet Office gained financial and human resources to craft their own policies... the Cabinet [can] develop its own policy alternatives”.⁶⁸ According to the new rule, the Cabinet has to approve the state minister’s decision.⁶⁹ At the same time, state ministers are allowed to appoint more party politicians as deputy ministers.

Overall, this is the centralization of leadership and concentration of power in the hand of the Prime Minister. “The prime minister had to act through unanimous cabinet action to direct the bureaucracy previously [but now] the Cabinet Office Establishment Law allows him to more directly control the bureaucracy”.⁷⁰

⁶⁵ Even the creation of a new administrative procedure law (Law No. 88 of 1993, in effect from 1994 October) can be mentioned as one part of the reform.

⁶⁶ All quotes in this section, if not signed otherwise, are from the Final Report of the Administrative Reform Council, available online: <http://www.kantei.go.jp/foreign/971228finalreport.html> (Last access: 2012.05.01.)

⁶⁷ Mulgan (2003), p. 87–88.

⁶⁸ McElwain, Kenneth Mori – Umeda, Michio (2011): Party Democratization and the Salience of Party Leaders. In: *Shakaigaku Kenkyu*, Vol. 62, Issue 1, p. 176.

⁶⁹ Shinoda, Tomohito (2004): *Kantei Gaiko: Seiji Ridashippu no Yukue*. Asahi Shinbunsha, Tokyo, p. 20.

⁷⁰ Krauss, Ellis – Nyblade, Benjamin (2005): ‘Presidentialization’ of Japan? The Changing Role of the Japanese Prime Minister, *British Journal of Political Science*, Volume 36, p. 358.

The second group of measures connected to the first one is: "...strengthening the functions of the Cabinet and reorganizing the government under large functional areas in accordance with administrative objectives" and "enhance the government's policy-drafting and execution capabilities, based on the principle of a separation of the policy-drafting function from the policy-execution function..." One can show to the reduction of the number of ministries as the most important element of this "reorganization".

Based on the changes brought by the administrative reform, it was Koizumi Junichiro who attempted to change the bottom-up structure to a real Westminster style "top-down" policy-making. The attempt was to centralize more power for the leader of the party who is the prime minister for the same time. Koizumi also did not regard the interests of PARC members, and finally he managed to impose a limit of terms of LDP committee presidents. He also disregarded the proportionality of factions in choosing his ministers; this way, ministers were able to have bigger influence on policy-making and at the same time, more dependent from the Prime Minister. Koizumi attempted to shape the most important policies in the framework of the Cabinet. Thus, he was regarded as a "presidential" style prime minister, blamed as being "undemocratic" by some politicians.

On the other hand, he had to accept some compromises from the side of policy tribes, and "only in the first few months after the electoral triumph of 2005 was Koizumi genuinely able to practice a centralized top-down style of decision-making".⁷¹ Also, "at the sub-cabinet-level, vice ministers were still proportionally allocated to factions".⁷²

The attempts of Koizumi were continued under the DPJ government: the centralization of decision-making under the Cabinet. "Hatoyama [the first DPJ Prime Minister] ended the practice of administrative vice ministers meeting the day before each Cabinet meeting to determine the Cabinet agenda, and he forbade bureaucrats from calling press conferences... also indicated that Cabinet ministers no longer would rely on bureaucrats in meetings and Diet discussions, and the DPJ would closely supervise the bureaucracy and review promotions in order to ensure bureaucratic compliance with Cabinet mandates".⁷³

Generally in connection with the changes is pointed out that the administrative reform strongly increased the powers of the prime minister in policymaking⁷⁴ and show that certain *actors* become more important in the process.

The third principle of the final report is "from the public (= state, government, administration) to the private sectors" and "from the national to local governments". This shows to the direction of deregulation, which was already promoted by the Economic Planning Research Group which submitted this report for request of the government of Hosokawa Morihiro (1993-1994).⁷⁵ Privatization and deregulation would normally suggest a turn to the direction of the governance model, since it is usually regarded as an important element of good governance. But the Japanese case is not general. First, the Japanese state never had that enormous amount of state

⁷¹ Köllner (2006), p. 253.

⁷² Nemoto (2009), p. 129.

⁷³ Arase, David (2010): Japan in 2009: a Historical Election Year. In: Asian Survey, Vol. 50, No. 1 (January/February 2010), pp 40-55, especially p. 47-48.

⁷⁴ Asano, Masahiko (2006): *Shimin Shakai ni okeru Seido Kaikaku: Senkyo Seido to Kohosha Rikuruto*. Tokyo: Keio Daigaku Shuppankai; Shimizu, Masato (2005): *Kantei Shudo*. Tokyo: Nihon Keizai Shimbunsha; Takenaka, Harukata (2006): *Shusho Shihai*. Tokyo: Chuo Koron Shinsha

⁷⁵ Uchihashi, Katsuto (2002): *Kiseikanwa to iu akumu*. Bunshun, p. 5. of the appendix

property which could be privatized⁷⁶ although there was a wide range of regulation which could be reduced.⁷⁷ However, a large amount of regulation appeared not in formal legal framework, but in forms like administrative guidance. Thus, one meaning of “legalization” of the society can be that this kind of informal regulation is replaced with more formal legal procedures. Due to lack of space, we can not enter to the details here, but one interesting point is that Japan lacked a law on the rules of administrative procedure until 1993.

Finally, some other directions are mentioned in the report like “the strengthening of the check functions of the Diet and the reform of the judiciary (extending the “rule of law”)”. These lead to the direction of the judicial reform.

IV.3. Judicial reform: stronger judiciary and rule of law

The third of the large-scale structural reforms began in 1999. As the primary aim, the final report of the Judicial Reform Council in 2001 offers “a justice system that is easy for the people to utilize, participation by the people in the justice system, achievement of a legal profession” and also “improvements in the infrastructure of that system”.⁷⁸

Compared to the political and administrative reforms, the judicial reform does not seem to give such a huge impact on governance, since its target is not the political process. In this case, why is it important to at least mention it from the viewpoint of our topic?

The answer lies in the reform’s significance connected to the other structural reforms. “What commonly underlies these reforms is the will that each and every person will break out of the consciousness of *being a governed object* and will *become a governing subject*, with *autonomy* and bearing *social responsibility*, and that the people will participate in building a free and fair society in mutual cooperation and will work to restore rich creativity and vitality to this country.” What is it that has been sought in the various reforms is to “transform the excessive advance-control/adjustment type society to an after-the-fact review/remedy type society and, in promoting decentralization, to reform the bloated administrative system and improve the quality of governing ability... of the political branches (Diet, Cabinet)...”

This is an important element of the concept of rule of law which is sought by the reforms: “to transform... the rule of law... into ‘the shape of our country’” and “what is necessary to realize, in the true sense, respect for individuals (Article 13 of the Constitution) and popular sovereignty (Article 1).” As for the meaning of rule of law, there are some further points: “rule of law constitutes an essential base for promoting deregulation, aiming at *abolishing unclear advance administrative control*...”

According to the former views, bureaucracy of the government was entrusted with the development of the nation, in the form of a “developmental state”⁷⁹. Thus,

⁷⁶ Jinno, Naohiko (1998): *Shisutemukaikaku no seijikeizaigaku*. Iwanami Shoten, p. 97.

⁷⁷ *Ibid*, p. 175.

⁷⁸ If not signed otherwise, all quotes in this section are from the final report of the Judicial Reform Council, available online: <http://www.kantei.go.jp/foreign/judiciary/2001/0612report.html> (Last Access: 2012.05.01.)

⁷⁹ Carlile, Lonny – Tilton, Mark (1998): *Is Japan really changing?* In: Carlile, Lonny – Tilton, Mark

“instead of rule of law, a rule of bureaucracy” could be seen in the Japanese context. Of course as it was seen above, it is better to say that no one “ruled”; simply there was coordination and cooperation between several influential groups.

But since the informational governing mechanisms were breaking down by the slower economic growth and the lack of resiliency from the side of bureaucracy⁸⁰ - which seems to be an element of governance model; with a legal system which becomes very restricted in the end – a need for a reform appeared, to “establish a flourishing, self-responsible society where the rule of law extends everywhere...”

Publications⁸¹ also emphasized these features: the connection of rule of law, governance, responsibility, accountability and transparency. These evaluations can be also seen as general opinions on the topic of governance and the structural reforms. Tanaka Shigeaki mentions that law was originally regarded as a mere method of governance in Japan. By the structural reforms, however, a movement began from “ex ante” regulation by administration to “ex post” regulation by judiciary.

According to Inoue Tatsuo, the need for these three reforms goes back to the same problem of the society: the fact that intermediary groups have strong privileges in several fields of social, political and economic life.⁸² Also, as there is a basic consensus among them, they can decide on the distribution of merits and privileges. As everyone agrees in everything in a form of total consensus, this way, no one takes responsibility for any decisions. At the same time, intermediary groups appear not as the subjects of rule, but the objects of protection, therefore, they do not have the consciousness of responsibility as a subject of rule. Instead, they maintain each other in a connection of mutual dependency. In reality, this system leads to the powerlessness of the state; actually, Japanese administrative power is not too strong, but too weak. Also, those intermediary groups who are strong in reality have a consciousness of weakness. This may be because without formalized structure of rules and authorities, their influence is rather informal. At the same time, the state is also powerless in a sense that it does not protect the rights of the weak by universal law and litigation system.

IV.4. Regime change: reversibility reached?

Although it is not considered as a part of the structural reforms, the regime change in 2009 as a historical event has to be mentioned here, since the lack of reversibility was one important feature of the political process in Japan. All of the elements introduced above were based on the long-time rule of the Liberal Democrat Party and on the assumption that LDP would stay in power. For a long time, this remained the presumption of every criticism and political initiative in Japan. Thus, it is important to ask: what changed with the regime change? Is there a difference in the leadership and factionalism of the DPJ?

(eds.) (1998): *Is Japan Really Changing its Ways?: Regulatory Reform and the Japanese Economy*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, p. 199.

⁸⁰ Milhaupt, Curtis – Miller, Geoffrey (1997): Cooperation, conflict and the convergence in Japanese finance; evidence from the ‘jusen’ problem. *Law and Policy in International Business*, Vol. 29, p. 1–78.

⁸¹ Tanaka, Shigeaki (2000): *Tenkanki no Nihonho*. Iwanami Shoten; Inoue, Tatsuo – Kawai, Mikio (eds.): *Taiseikaikaku toshite no shihokaikaku*. Shinzansha Shuppan; Miyazawa, Setsuo (2001): The Politics of the Judicial Reform in Japan: The Rule of Law at Last? In: *Asian-Pacific Law & Policy Journal*; Vol. 1, Issue 2 (Spring 2001)

⁸² Inoue (2001b), p. 16.

DPJ is also a party without a clear profile, even if it is different from LDP in some policies and connections with interest groups. In economic policy, the DPJ emphasized equality more (they are critical to the postal privatization); and it is more closely connected to labor unions (the Japanese Trade Union Confederation supports it).⁸³

Still, not every members of DPJ embrace the idea of being a modern labor's party. There is some sign of factionalism within DPJ; but obviously, since factions did not have that much time to be institutionalized, they do not have the same function as in the case of LDP. Some of the factions are based on the former party affiliation (since DPJ was also created as a result of a party merger) some are based on ideologies, and some on simply trends of interests. Researches⁸⁴ pointed out factions have identity, but they are not as official as in the LDP; and they are more flexible, for instance it is possible to be in more than one for the same time. Several factions are just "cliques and tendencies" and some of them are more institutionalized.

What are the functions of factions in the case of DPJ? Mostly "mutual aid in times of campaigns" and representation of some interests; however, factions closer to labor unions tend to emphasize that they are not the "political arms" of the unions. Besides, factions have some role in allocating positions. It is also pointed out that "representing external groups, providing mutual aid and fulfilling subjective needs, factional groups in the DPJ have one more function, which is perhaps the most important, namely *the articulation of views and positions in areas of central interest to the individual factions*"⁸⁵ which may show to the direction of the creation of new "policy tribes".

Another question is whether the change to DPJ means a real reversibility in the Japanese government? Is the DPJ fundamentally different from the LDP?

DPJ consist lots of politicians who left the LDP, in order to defeat it in 1993. The "old" DPJ, formed in 1996, consist representatives from the Social Democratic Party and the Harbinger Party (*Shinto Sakigake*). After this, in 1998, members from *Shinshinto* also merged to it. Thus, former party affiliations remained important in a certain range, showing to the direction of factionalism.

As for terms of policy vision on the level of individual members, based on Asahi-Today Elite Surveys in 2003-05, it is pointed out that "the two parties widely overlap with each other, mainly because each of the parties indeed has diverse membership" and the difference of the two main parties "do not represent clear-cut ideological cleavages in society".⁸⁶ DPJ can be regarded as a "catch-all" opposition party, which was created simply in order to be a challenger of LDP, composed from several elements who are linked together only by this aspiration.

Despite this, DPJ tried to differentiate itself from LDP. In 2005 the Koizumi election they were against postal privatization. In the 2007 Upper House election they managed to win with mobilization of rural voters alienated from the LDP. An evaluation in 2009 said: "the DPJ puts more emphasis on public investments, fiscal

⁸³ Shiota, Ushio (2007): *Minshuto no Kenkyu*. Tokyo: Heibonsha

⁸⁴ See: Köllner, Partick (2004): *Factionalism in Japanese political parties revisited or How do factions in the LDP and the DPJ differ?* Japan Forum, Volume 16, Issue 1, 2004, p. 87–109.

⁸⁵ Ibid

⁸⁶ Kabashima, Ikuo – Yamamoto, Koji (2005): 2003-nen Tokyo Daigaku, Asahi Shimbunsha Kyodo Seijika Chosa Kodo Bukku. *Nihon Seiji Kenkyu*, Vol. 2, Issue 2, page 392-418; and Kabashima, Ikuo – Yamamoto, Koji (2008): 2005-nen Tokyo Daigaku, Asahi Shimbunsha Kyodo Seijika Chosa Kodo Bukku. *Nihon Seiji Kenkyu*, Vol. 5, no. 1/2, p. 283–297.

expenditures, and redistribution, all targeted at rural areas, making some researchers say that ‘the DPJ is becoming more like the old LDP’.⁸⁷ Since then, the growing inequality gave opportunity to the party to emphasize the protection of labor market and welfare.

The reason why the DPJ was able to appear and be united despite its being a franchise party like the old LDP is partly its balanced personnel policy; and partly the incentives of the current electoral system. And it managed to win is that it produced itself to the electorate as an alternative which is able to govern.⁸⁸

At the same time, DPJ tries to continue the process of taking the ground of policy-making from bureaucrats and informal party councils; they stated that legislation is placed under the responsibility of the cabinet.⁸⁹ Besides, more importance is taken on plenary deliberation.

Also, the DPJ does not have the long-time institutionalized practice of PARC and policy tribes. Since it is merged from several political parties, and its merger happened recently compared to the LDP several decades practice, its leaders had a more prominent role in its leadership and coordination.

All in all, the change of government may be an irreversible shift in party-bureaucrat and party-interest group relations. “With the DPJ victory, popular sovereignty became a genuine foundation of legitimacy, marking the beginning of a new political life in Japan”.⁹⁰ Some possible failures of the decision-making process in the systematic level, however, can easily reduce the opportunity to reach real reversibility.⁹¹ As it can be seen, several elements are different in the two parties, but even if the systematic problems are solved, there is no guarantee that political culture, brought by the new government, will be totally different from the one cultivated by old system of governance. It can be stated, at least, that the structural reforms and the regime change created the possibility of it; namely, that Japan can move from the original “governance” to the direction of “government”.

V. Conclusion

If the analysis is correct and the Japanese system is originally a system of “governance” changing to the direction of “government”, than deregulation and privatization seem to be unfitting to it. “Governance” is strongly associated with neoliberalism in the sense that one point is common between them: the governing role of some “groups” or “mechanisms” (civil society, market) which are hard to identify as “responsible for the public good”. But actually, Japan was closer to neoliberalism in the sense that as it was pointed out above: it was *not known who actually governs* (and this is why there are contradictory theories on the economic success and order of the Japanese society). After this governance became a target of criticism, demands appeared for a government which is capable to take the responsibility of decisions. Thus, strengthening decisive capacity, transparency and accountability were emphasized in order to decide the place of responsibility for a certain decisions and

⁸⁷ Uenohara et al. (2007), p. 59.

⁸⁸ Ushiro, Fusao (2009): *Seikenkotai e no kiseki: shosenkyokusei-gata minshushugi to seito no senryaku*. Kadensha, Tokyo.

⁸⁹ Kan, Naoto (2009): How the DPJ will govern, Japan Echo, October issue, p. 27–32.

⁹⁰ Satoh (2010), p 586

⁹¹ See the “Twisted Diet” problem. Kato, Kazuhiko (2010): *Gikaiseiji no Kenpogaku*. Nihon Hyoronsha

policies.

But transparency and accountability should be a composing element of any possible model of governance. Governance model lacks them in reality. And unfortunately, in case of governance, it is not easy to reach these if several actors have the best interest to not be transparent, and under several circumstances, they can avoid the demand to be transparent. On the other hand, the definition of “public good” which should be provided by the state in the “government” model – if it is not reduced to a simplified welfare state – also remains an opened question.

Bibliography

ARASE, David (2010): Japan in 2009: a Historical Election Year. In: Asian Survey, Vol. 50, No. 1 (January/February 2010)

ASANO, Masahiko (2006): “Nihon gikai seiji by Masuyama Mikitaka”, book review, Social Science Japan Journal Vol. 9, No. 1, 2006

ASANO, Masahiko (2006): Shimin Shakai ni okeru Seido Kaikaku: Senkyo Seido to Kohosha Rikuruto. Tokyo: Keio Daigaku Shuppankai

BAERWALD, Hans H. (1974): Japan's Parliament: An Introduction. Cambridge: Cambridge University Press

BELLER, Dennis C. – BELLONI, Frank P. (1978): Party and Faction: Modes of Political Competition. In: BELLONI, Frank P. – BELLER, Dennis C. (ed.): Faction Politics: Political Parties and Factionalism in Comparative Perspective. Santa Barbara, CA: ABC-Clio

BETTCHER, Kim Eric (2005): Factions of Interest in Japan and Italy: the Organizational and Motivational Dimensions of Factionalism. In: Party Politics, vol. 11, no. 3

BROWNE, Eric C. – KIM, Sunwoong (2003): Factional rivals and electoral competition in a dominant party: Inside Japan's Liberal Democratic Party, 1958–1990. In: European Journal of Political Research Volume 42, Issue 1

BURUMA, Ian (2003): Inventing Japan 1853-1964. Weidenfeld & Nicolson

CAMPOS, Jose Edgardo – ROOT, Hilton L. (1996): The Key to the Asian Miracle: Making Shared Growth Credible. Brookings Institution Press

CARLILE, Lonny – TILTON, Mark (1998): Is Japan really changing? In: CARLILE, Lonny – TILTON, Mark (eds.) (1998): Is Japan Really Changing its Ways?: Regulatory Reform and the Japanese Economy. Washington D.C.: Brookings Institution Press

COX, Gary W. (1987): The Efficient Secret: The Cabinet and the Development of Political Parties in Victorian England. Cambridge, Cambridge University Press

COX, Gary W. – ROSENBLUTH, Frances M. (1996): Factional competition for the party endorsement: The case of Japan's Liberal Democratic Party. In: British Journal of Political Science, Vol. 26, no. 2, 1996

COX, Gary W. – MASUYAMA, Mikitaka – MCCUBBINS, Mathew D. (2000): Agenda Power in the Japanese House of Representatives. In: Japanese Journal of Political Science, Vol. 1

COWHEY, Peter F. – MCCUBBINS, Mathew D. (eds.) (1996): Structure and Policy in Japan and the United States, New York, Cambridge University Press

CURTIS, Gerald L. (1999): *The Logics of the Japanese Politics: Leaders, Institutions and the Limits of Change*. Columbia University Press

DORE, Ronald (1986): *Flexible Rigidities: Industrial Policy and Structural Adjustment in the Japanese Economy 1970–80*. Stanford, CA: Stanford University Press

ESTÉVEZ-ABE, Margarita (2006): Japan's Shift toward a Westminster System: A Structural Analysis of the 2005 Lower House Election and Its Aftermath. In: *Asian Survey*, Vol. 46, No. 4 (July/August 2006)

FAUNDREZ, Julio (ed.) (1997): *Good Government and the Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. MacMillan Press Ltd

FUJITA, Hiro (2010): *Kokyosei no hikakushakaigaku*. In: FUJITA, Hiro (ed.) (2010): *Higashi-Ajia ni okeru kokyosei no hen'yo*. Keio Daigaku Shuppankai

FUKUI, Haruhiro (1970): *The party in power: The Japanese Liberal-Democrats and policy-making*. University of California Press

FUKUMOTO, Kintaro (2000): *Nihon no gikaiseiji*. Tokyo Daigaku Shuppankai

GOODMAN, Carl F. (2008): *The Rule of Law in Japan – a Comparative Analysis*. Kluwer Law International

HASHIMOTO, Akikazu (2004): *Mutohaso no Kenkyu*. Tokyo: Chuo Koronsha

HIGASHIJIMA Makoto (2006): *Nihongata "Oyake" no koekata – "shimin" wa "kokumin" e to kaishu sarenai tame ni*. Ratio 1, Kodansha

HIGUCHI, Yoichi (1994): *Kindaikokka no kenpokozo*. Tokyo Daigaku Shuppankai

HIRAI, Ryosuke (2001): *Kokyosei to "shi" – Takikawa Hirohide e no komento*. In: *Nihon Hotetsugakukai Edition (2001): Ko-shi no saikosei*

INOUCHI, Takashi (2008) *Parliamentary opposition under (post) one party rule: Japan*, In: *The Journal of Legislative Studies*, Volume 14, Issue 1 & 2 March 2008

INOUE, Tatsuo (2001): *Gendai no hinkon*. Iwanami Shoten

INOUE, Tatsuo – KAWAI, Mikio (eds.) (2001): *Taiseikaikaku toshite no shihokaikaku*. Tokyo, Shinzansha

INOUE, Tatsuo (2007): *Kenpo no kokyosei wa ika ni shite kano ka*. In: INOUE, Tatsuo (ed.) (2007): *Iwanami Koza – Kenpo 1: Rikkenshugi no tetsugakuteki mondaichihei*. Iwanami Shoten

JINNO, Naohiko (1998): *Shisutemukaikaku no seijikeizaigaku*. Iwanami Shoten

KABASHIMA, Ikuo – YAMAMOTO, Koji (2005): *2003-nen Tokyo Daigaku, Asahi Shimbunsha Kyodo Seijika Chosa Kodo Bukku*. *Nihon Seiji Kenkyu*, Vol. 2, Issue 2;

KABASHIMA, Ikuo – YAMAMOTO, Koji (2008): *2005-nen Tokyo Daigaku, Asahi Shimbunsha Kyodo Seijika Chosa Kodo Bukku*. *Nihon Seiji Kenkyu*, Vol. 5, no. 1/2

KAN, Naoto (2009): *How the DPJ will govern*, Japan Echo, October issue

KATO, Kazuhiko (2010): *Gikaiseiji no Kenpogaku*. Nihon Hyoronsha

KATO, Sota (2009): *Caught Between Two Worlds: Political Change in Japan*. In: *Global Asia* Volume 4, Issue no. 1

KAUFMANN, Daniel (2003): *Rethinking Governance: Empirical Lessons Challenge Orthodoxy*, Discussion Paper, The World Bank

KAWATA, Junichi (2011): *The End of Liberal Democratic Party-led Politics? From*

- the Point of View of Political Clientelism and Corruption. In: Osaka University Law Review no. 58, February 2011
- KAWATO, Sadafumi (1999): 1950-nendai Giin Rippo to Kokkaiho Kaisei. In: Hogaku, Volume 63, Issue 4
- KOBAYASHI, Naoki (1973): The small and medium enterprises organization law. In: ITOH, Hiroshi (ed.): Japanese Politics: An Inside View. Ithaca, New York: Cornell University Press
- KÖLLNER, Patrick (2006): The Liberal Democratic Party at 50: Sources of Dominance and Changes in the Koizumi Era. In: Social Science Japan Journal, Volume 9, No. 2
- KÖLLNER, Patrick (2004): Factionalism in Japanese political parties revisited or How do factions in the LDP and the DPJ differ? In: Japan Forum, Volume 16, Issue 1, 2004
- KOOIMAN, Jan (2003): Governing as Governance. London, Sage
- KRAUSS, Ellis S. (1984): Conflict in the Diet: Toward Conflict Management in Parliamentary Politics. In: KRAUSS, Ellis S. – ROHLEN, Thomas P. – STEINHOFF, Patricia G.: Conflict in Japan. Honolulu, Hawaii: University of Hawaii Press
- KRAUSS, Ellis S. – PEKKANEN, Robert (2004): Explaining Party Adaptation to Electoral Reform: The Discreet Charm of the LDP? The Journal of Japanese Studies, Volume 30, Number 1, Winter 2004
- LOEWENBERG, Gerhard – PATTENSON, Samuel C. (1988): Comparing Legislatures. Lanham, MD: University Press America
- MASUYAMA, Mikitaka (2000): Legislative time and agenda power in the Japanese Diet. Review of Asian and Pacific Studies, Volume 20, Issue 1
- MASUYAMA, Mikitaka (2001): The Japanese Diet in the 1990's. Presentation at the Annual Meeting of the Public Choice Society, San Antonio, Texas, March 9-11, 2001
- MASUYAMA, Mikitaka (2003): Gikaiseido to Nihonseiji. Tokyo, Bokutakusha
- MATSUMURA Toshihiro (2008): Kiseikanwa – mineika no ho to keizaigaku. In: Nihon Hoshakaigakukai edition (2008): Kokyosei no hoshakaigaku. Yuhikaku
- MATSUURA, Yusuke (2010): 2007 nen “shusan nejire” ni okeru seifu no ripposenryaku. Keio SFC Journal, Volume 10, No. 1, 2010
- MCELWAIN, Kenneth Mori – UMEDA, Michio (2011): Party Democratization and the Salience of Party Leaders. In: Shakaigaku Kenkyu, Vol. 62, Issue 1
- MCKEAN, Margaret – SCHEINER, Ethan (2000): Japan's New Electoral System - La plus ca change... In: Electoral Studies, Volume 19 (2000)
- MCNEIL, Frank (1993): Japanese Politics: Decay or Reform? Washington, DC: The Carnegie Endowment for Peace
- MILHAUPT, Curtis – MILLER, Geoffrey (1997): Cooperation, conflict and the convergence in Japanese finance; evidence from the 'jusen' problem. Law and Policy in International Business, Vol. 29
- MISAWA, Shigeo (1973): An outline of the policymaking process in Japan. In: ITOH, Hiroshi (ed.) (1973) Japanese Politics: An Inside View. Ithaca, NY: Cornell University Press
- MIYAZAWA, Setsuo (2001): The Politics of the Judicial Reform in Japan: The Rule of Law at Last? In: Asian-Pacific Law & Policy Journal; Vol. 1, Issue 2 (Spring 2001)
- MIWA, Yoshiro – RAMSEYER, Mark (2002): Capitalist Politicians, Socialist Bureaucrats? Legends of Government Planning from Japan. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series,

Paper 385

MOCHIZUKI, Mike (1982): *Managing and Influencing the Japanese Legislative Process: The Role of Parties and the National Diet*. PhD Dissertation, Harvard University

MORRISON, Charles E. (eds.): *The Japanese Diet and the US Congress*. Boulder, Colo., Westview Press

MULGAN, Aurelia George (2003): Japan's 'Un-Westminster' System: Impediments to Reform in a Crisis Economy. In: *Government and Opposition*, Vol. 38, Issue 1

MURAMATSU, Michio – KRAUSS, Ellis S. (1987): The conservative policy line and the development of patterned pluralism. In: YAMAMURA, Kozo – YASUBA, Yasukichi (ed.): *The Political Economy of Japan, Vol. 1: The Domestic Transformation*. Stanford University Press

NEMOTO, Kuniaki (2009): *Committing to the Party: the Cost of Governance in East-Asian Democracies*. PhD dissertation, University of San Diego

NORRIS, Pipa (2001): The Twilight of Westminster? Electoral Reform and its Consequences. In: *Political Studies*, Vol. 49, Issue 5

OHYA, Takehiro (2008): *Twisted Diet: a Failure in Legislating Politics in Japan*. *Legisprudence*, Vol. 2, No. 3

OHYAMA, Reiko (2001): Kokkai ni okeru ishikettei – genan fuzai no rippokatei wo tou. In: INOUE, Tatsuo – KAWAI, Mikio (eds.) (2001): *Taiseikaikaku toshite no shihokaikaku*. Tokyo, Shinzansha

OHYAMA, Reiko (2003): *Kokkaigaku nyumon*. Tokyo, Sanseido

OHYAMA, Reiko (2010): *Strengthening Political Leadership Institutional and Historical Analyses of Japan's Political Reform*. Discussion Paper, The Suntory Centre, Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines, London School of Economics and Political Science

PARK, Cheol He (2001): Factional Dynamics in Japan's LDP since Political Reform: Continuity and Change. In: *Asian Survey*, Vol. 41, No. 3 (May/June 2001)

PEKKANEN, Robert (2004): *Sources of Policy Innovation in Japanese Democracy*. In: *Japanese Political Reform: Progress in Process*. Asia Program Special Report, Woodrow Wilson International Center for Scholars

PEKKANEN, Robert – NYBLADE, Benjamin – KRAUSS, Ellis S. (2006): Electoral Incentives in Mixed-Member Systems: Parties, Posts and Zombie Politicians in Japan. In: *American Political Science Review*, Volume 100, No. 2 (May 2006)

PEMPEL, T.J. – TSUNEKAWA, Keichi (1979): Corporatism without labor? The Japanese anomaly. In: SCHMITTER, Philippe C. – LEMBRUCH, G (ed.): *Trends toward Corporatist Intermediation*. London/Beverly Hills, CA: Sage

PIERRE, Jon – PETERS, B. Guy (2000): *Governance, Politics and the State*. University of New York Press

RAMSEYER, Mark J. – ROSENBLUTH, Frances (1993): *Japan's Political Marketplace*. Harvard University Press

REED, Steven R. – THIES, Michael F. (2001): The Consequences of Electoral Reform in Japan. In: SHUGART, Matthew Soberg – WATTENBERG, Martin P. (ed.): *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds?* Oxford University Press

REED, Stephen R. (2002): *Evaluating Political Reform in Japan: a Midterm Report*.

- In: Japanese Journal of Political Science (2002), Vol. 3, Issue 2
- REED, Stephen R. (2009): Party Strategy or Candidate Strategy: How Does the LDP Run the Right Number of Candidates in Japan's Multi-Member Districts? In: Party Politics Vol. 15 No. 3
- RICHARDSON, Bradley (1997): Japanese Democracy: Power, Coordination, and Performance. New Haven and London: Yale University Press
- RICHARDSON, Bradley (2001): Japan's "1955 System" and beyond. In: DIAMOND, Larry – GUNTHER, Richard (ed.): Political Parties and Democracy. Johns Hopkins University Press
- RINGEN, Stein (2005): Citizens, Families and Reform. Transaction Publishers
- RINGEN, Stein (2006): The Possibility of Politics. Transaction Publishers
- RINGEN, Stein (2007): What Democracy Is For: On Freedom and Moral Government. Princeton University Press
- ROSENAU, James N. – CZEMPIEL, Ernst-Otto (ed.) (1992): Governance without Government: Order and Change in World Politics. Cambridge University Press
- ROSENBLUTH, Frances – SAITO, Jun – YAMADA, Kyohei (2011): Electoral Adaptation in Japan. In: Shakaigaku kenkyu, Volume 65, Issue 1
- SCHEINER, Ethan (2005): Democracy without Competition in Japan: Opposition Failure in a One-Party Dominant State. Cambridge University Press
- SHINKAWA, Toshimitsu (1999): Sengo Nihon Seiji to Shakai Minshu Shugi: Shakaito Sohyo Burokku no Kobo. Horitsu Bunkasha
- SHIMIZU, Masato (2005): Kantei Shudo. Tokyo: Nihon Keizai Shimbunsha
- SHINODA, Tomohito (2004): Kantei Gaiko: Seiji Ridashippu no Yukue. Asahi Shinbunsha, Tokyo
- SHIOTA, Ushio (2007): Minshuto no Kenkyu. Tokyo, Heibonsha
- SHIRATORI, Rei (1995): The Politics of Electoral Reform in Japan. International Political Science Review, Vol.16, No. 1
- STOCKWIN, J. A. A. (1999): Governing Japan, 3rd ed. Oxford and Malden, MA: Blackwell Publishers
- STROM, Kaare (1990): Minority Government and Majority Rule. Cambridge University Press
- STORM, Kaare (2000): Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies. In: European Journal of Political Research, Volume 37, Issue 3
- SUGIHARA, Yasuo – TADANO, Masahito (2007): Kenpo to Gikaiseido. Horitsu Sobunsha
- TAKENAKA, Harukata (2006): Shusho Shihai. Tokyo, Chuo Koron Shinsha
- TAMANAH, Brian Z. (2004): On the Rule of Law – History, Politics, Theory. Cambridge University Press
- TANAKA, Shigeaki (2000): Tenkanki no Nihonho. Iwanami Shoten
- TANAKA, Aiji – MARTIN, Sherry (2003): The New Independent Voter and the Evolving Japanese Party System. Asian Perspective Volume 27, Issue 3
- TSEBELIS, George – MONEY, Jeannette (1997): Bicameralism. Cambridge University Press
- UESUGI, Takashi (2007): Kantei hokai. Shinchosha; Yomiori Shinbun Seijibu (2008): Shinku kokkai. Shinchosha
- UCHIHAHI, Katsuto (2002): Kiseikanwa to iu akumu. Bunshun
- USHIRO, Fusao (2009): Seikenkotai e no kiseki: shosenkyokusei-gata minshushugi

to seito no senryaku. Kadensha, Tokyo

WOLFE, Eugene L. (2004): Creating Democracy's Good Losers: The Rise, Fall and Return of Parliamentary Disorder in Post-war Japan. In: *Government and Opposition*, Vol. 39, Issue 1

YOSHIOKA, Masatsugu (2007) Is Japanese Politics 'Un-Westminster'? Examining the Role of the PARC. In: *Electronic Journal of Contemporary Japanese Studies*, available online:

<http://www.japanesestudies.org.uk/discussionpapers/2007/Yoshioka.html>

Az etológiai tények hatása a jogrendszerekre²

A jogi vizsgálódások szintjeiről

A nyugati, különösen a kontinentális jogi kultúrában – amelyet alapvetően, sokszor látens vagy éppen indirekt módon határoz meg a jogpozitivizmus szemlélete – a *jogosultságok* fogalmához igen különleges képzetek kapcsolódnak. Először is, a jog, ami megillet valakit, előzetesen lefektetett normán kell, hogy alapuljon, az alanyi jogosultság a szabályból nyeri létalapját. Másodsor, a normák, amelyekből a személyek jogai és kötelezettségei származnak, önálló és szigorúan elhatárolandó rendszert képeznek az egyéb társadalmi szabályokhoz, valamint az egyéb – Kelsen kifejezését alkalmazva – metajurisztikus tényezőkhöz képest. Ebben a felfogásban élesen elválik tehát egymástól a *ius* és a *non-ius terrenum*, tehát egyfelől a jog, másfelől pl. az erkölcs, a szokás és a vallás előírásai.

Akkor azonban, amikor jogrendszerünk fejlesztésére törekszünk, vagy más fontos célból és megfontolásból igyekszünk mélyebb vizsgálat alá venni jogrendszerünk pillanatnyi állapotát és jellegét, nem takaríthatjuk meg azt a fáradságot, hogy a szabályokon túl alaposabban szemügyre vegyük *jogi gondolkodásunk* valódi természetét, annak korlátait, szükségszerűségeit és esetlegességeit. Fontos számolnunk azzal a körülménnyel, hogy míg a korlátok leginkább jogi fogalmainkból, intézményeinkből, az esetlegességek pedig kulturális hagyományainkból adódnak, addig a szükségszerűségek emberi minőségünkől, többek között biológiailag kódolt szociabilitásunkból erednek.

Jogi jellegű szabályok szinte minden ismert emberi társadalomban léteznek, és ez a körülmény arra utal, hogy a jognak a kultúrától független, a kultúrát megelőző biológiai-evolúciós gyökerei vannak. Látnunk kell azonban azt is, hogy a jognak mint a társadalomirányítás eszközének a szerepe igencsak eltérő a különböző kultúrkörökben. Ez nagyban összefügg azzal, hogy az egyes kultúrákban a jog mennyiben szerves része az egyéb társadalmi (vallási, erkölcsi, vagy éppen szokásokban megnyilvánuló) szabályrendszereknek, avagy éppen ellenkezőleg, mennyiben jelenik meg a jog mint önértékkel rendelkező sajátos entitás. A jog eltérő társadalmi szerepe kihat egyúttal a különböző jogrendszerek kidolgozottságára, strukturáltságára, fogalmi tisztaságára is.

A jog vizsgálatának ebből következően három alapvető szintje különböztethető meg.

1) A *fogalmi-intézményi* vizsgálatok szintje (amely során az *analitikus* módszer kiemelt jelentőséghez jut), legalábbis ott, ahol a jogfejlődés létrehozott speciális és fogalmi analízisre alkalmas (de legalább arra érdemes) jogi fogalmakat, kategóriákat és intézményeket; tehát a jog *formalizálódása* előrehaladt állapotba jutott.

2) A *kulturális* vizsgálódások szintje, amely különösen alkalmas az adott kultúrán belüli jogképzet természetének és e képzetnek az egyéb kulturális jelenségekkel való összefüggései feltárására.

3) *Evolúciós-biológiai* vizsgálódások szintje, amelyben főként a humánológiai tényezőkből vonhatók le következtetések a legkülönbözőbb jogi szisztémák

¹ PhD, egyetemi adjunktus, ELTE ÁJK Állam- és Jogelméleti Tanszék.

² Jelen tanulmány a Kinek van joga a Világhoz? című, a Francia Intézet és a Védegyelet által szervezett nemzetközi konferencián elhangzott előadás kiegészített változata.

valóságára, legáltalánosabb elemeire vonatkozóan.

Az első, a fogalmi-intézményi vizsgálódási szint elsősorban az analitikus természetű *jogpozitivist* irányzatok kutatásait jellemzi (John Austin, Hans Kelsen, Adolf Merkl, a korai Somló Bódog, Jozeph Raz). A kulturális megközelítés igen hangsúlyosan jelentkezik a *történeti jogi iskola* (Savigny, Puchta, Henry Maine, Vinogradoff), a *szociológiai* irányzat (Ludwig Gumplowicz, Max Weber, Eugen Ehrlich), illetve a *jogi antropológia* irányzatának (Malinowski, Pospisil, Llewellyn) módszereként. A biológiai-evolúciós szint – ide nem számítva a sajátos minőséget képviselő ún. természetjogi törekvéseket – az utóbbi évtizedekben került a vizsgálódások homlokterébe (Margaret Gruter, Wolfgang Fikentscher, Owen D. Jones, Michael Guttentag), összefüggésben a humánétológia és általában a magatartástudományok kialakulásával és gyors fejlődésével.

A természetjogi törekvésekről

A különféle természetjogok sajátos minőségéről azért indokolt beszélni, mert az *antik* természetjog nélkülözötte (de különösebben nem is igényelte) a megfelelő természettudományos ismereteket, az *újkori nyugati* természetjog pedig – azon túl, hogy szintén jellemezte az emberi és társadalmi jelenségek természetére vonatkozó modern ismeretek hiánya – számos vonatkozásban konkrét ideológiákhoz, elsősorban a keresztény teológiai megfontolásokhoz kötődött. Igaz ez még Hobbes elképzeléseire is, aki úgy vélte, hogy nézeteit az ember valós természetére alapozza. Valójában azonban a „*homo homini lupus est*”, a „*bellum omnium contra omnes*” teóriájával csupán sötét tónusú *negációját* adta a keresztény testvériség tanításának. A keresztény ideológia tehát indirekt módon is képes volt hatni, kiprovokálván logikai ellentétét, amely utóbbi azonban szintén nem azonosítható a természet valóságával.

Látnunk kell azonban, hogy az antik természetjog helyesen ismerte fel, hogy a minden népnél előforduló, tartalmukban hasonló jogi jelenségek (pl. a család, a tulajdon) nem pusztán a szokás, vagy a hatalmi rendelkezés *esetlegességén* alapulnak, hanem azoknak *természeti* okai kell, hogy legyenek. A sztoicizmus, Zénón tanításai – amelyek a természetben rejlő, a logosztól eredő *ésszerűségnek* kitüntetett jelentőséget tulajdonítottak – igen nagy hatással voltak a római jogra is. Paulus szerint a természetjog mindig megfelelő és jó (D. 1.1.11.), Cicerónál a jog zsinórmértéke a természet ereje, az értelmes ember gondolkodása (De legibus 1.19.). Gaius szemlélete az, ahol leginkább előtérbe kerül az a modern gondolat, amely a népek közös vonásai mögött magát a természetet feltételezi. Ő ugyanis a természetes ésszerűséget a népek által követett gyakorlatnak tekinti (Gaius 1.1.), így tulajdonképpen egyenlőségjelet tesz a *ius gentium* és a *ius naturale* között. Fontos azonban, hogy nála – a sztoikus hagyományokból következően – a természetjog, amely a népek joga is, egyúttal *észjog*. Az antik természetjog nem számol tehát a jog természeti gyökereinek *irracionális* vonatkozásaival. E tényezőket csupán a Nyugat gondolkodása tárja fel, és jóval a racionalizmus nagy századát, a XVIII. századot követően.

A modern humánétológia és evolúciós pszichológia az antik természetjog logikájához hasonlatos módon – de természetesen más alapokból kiindulva, mint a sztoicizmus racionális felfogása – véli az emberi magatartások bizonyos köréről és vonásairól, hogy azok természeti eredetűek, tehát az evolúció, az emberré válás során alakultak ki. E feltételezés leginkább akkor indokolt, amikor a kutatás olyan jelenségekkel találkozik, amelyek egymástól a legtávolabb élő olyan népeknél is előfordulnak, amelyeknek még közvetett kulturális kapcsolatát sem tételezhetjük fel. Ilyenkor ezeknek a viselkedési mintázatoknak a legtöbb esetben jól feltérképezhető az

ún. *adaptív* értéke, tehát, hogy az adott viselkedési mód az egyedek vagy a csoport sikeres *túlélését* segítette.

Az emberi viselkedés biológiai alapjai azonban igen tág teret engednek a lehető legkülönbözőbb konkrét magatartási formának. Olyannyira, hogy John Locke kétségbe vonta egy mindenhol érvényes morál létezését, annyira, hogy Joseph Kohler úgy vélte, hogy minden civilizáció a maga számára megfelelő jogot alakítja ki. Ők azonban a *kulturális eltérések* szerepét értékelték túl, mintegy másik végleteként annak a felfogásnak, amely *egy bizonyos* erkölcsi rend mindenhol érvényes létét tételezték fel, szem elől tévesztve egyúttal azokat a vonásokat, amelyek az emberi magatartásra többé-kevésbé mindenhol jellemzőek.

A vizsgálódások kulturális szintjéről

Mielőtt az etológiai tényezők jogra gyakorolt hatását közelebbről szemügyre vennénk érdemes egy rövid kitekintést tennünk a jog jelenségének kulturális szintjére. Tesszük ezt annak érdekében, hogy megóvjuk magunkat azoktól az illúzióktól, amelyek az etológiai tényezőknek kizárólagos, és egy irányba mutató szerepet tulajdonítanak. Sir Henry Maine volt talán az első, aki arra a különös jelenségre hívta fel a figyelmet, hogy a társadalmak legalább két nagy létformáját különböztethetjük meg. Szerinte India és általában a Kelet *stagnáló* társadalmak képét tárja elénk, míg létezik egy kifejezetten nyugati típusú társadalmi létforma, a *haladó* társadalmaké. Ide sorolta a római fejlődésen kívül a nyugati, ezen belül pedig az angol társadalmi létformát, amely a feudalizmus intézményeitől, amelyben a személy családi-társadalmi *státuszának* van kitüntetett jelentősége, eljut egy olyan dinamikusabb állapotba, amelyben a *kontraktusok* rendszere formálja tovább a fejlődést. Max Weber már teokratikus, karizmatikus, formális, racionális-bürokratikus uralmi formákról értekezik, de jól érzékelhető nála is, hogy ezeket sajátos fejlődési stádiumoknak látja. Maine a stagnáló-haladó társadalmak distinkcióját pusztán megállapította, de nem kísérelte meg okát adni az eltérő fejlődéseknek. Magam Nietzsche és Huizinga és Jung nyomán úgy sejttem, hogy a fejlődés megindulásához legalább két, határozottan eltérő, többé-kevésbé kiegyenlített helyzetű, de egymással beszélő viszonyban lévő kulturális entitás szükséges, amint azt megfigyelhetjük Mezopotámia sumer-akkád civilizációjában, a görögök ókori keleti hagyományokat őrző „pelaszg” és a későbbi hellén bevándorlók kulturális rétegeinek kölcsönhatásából kibontakozó sajátos kultúrája esetén, Róma etruszk-italikus szimbiózisánál, és a mediterrán és nordikus hagyományokból kinövő Nyugat esetén. E kultúrkörökben jól megfigyelhető az a sajátos fejlődési-hanyatlási ív, amelyről Spengler oly találóan ír.

Mindennek azonban már hangsúlyosan vannak humánológiai vonatkozásai is. Az emberre jellemző önkéntelen és tudatos *mintakövetés* ugyanis – amely szorosan összefügg a hitszerű képzetekkel is – jól érvényesül a homogén kulturális közegben, de legalábbis ott, ahol egy hegemónisztikus helyzetben lévő kulturális entitással szemben nem áll egy másik, legalább olyan befolyásos kulturális tényező. Ilyen, viszonylagosan monisztikus struktúrákban nem válik szükségessé a hagyományos (vallási, erkölcsi, szokásban gyökerező) társadalmi szabályoktól elkülönülő szabályrend, tehát a jog felértékelődése. A heterogén struktúrákban azonban a hitszerű képzetek már csupán korlátozott mértékben érvényesülnek, tehát egy összetett struktúra részstruktúráin belül. Ekkor azonban felértékelődnek a hatalmi szóval kimondott, jogi jellegű szabályok, amelyek nélkül az egész társadalom kiszámítható működése aligha volna biztosított. Külön érdekes, hogy az egyes civilizációkban a fejlődés centruma általában ott alakult ki, ahol az eltérő entitások leginkább

találkoztak egymással. A sumer eredetű, de később akkádizálódott Babilonban, az ősi Thébai és az újabb Spárta között fekvő Athénban, az Etruria és Latium határán fekvő Rómában, illetve a Nyugaton ott, ahol az egykori Római Birodalom a leginkább ki volt téve az ún. északi barbárság hatásának: Észak-Itáliában, Franciaországban, Dél-Németországban és Angliában.

A sajátos fejlődési ív, ami a Nyugatot is jellemzi, jól megfigyelhető a jogi gondolkodásban. A jogkonceptió néhány évszázad alatt bekövetkezett nyugati változása ugyancsak jól megvilágítja, hogy a kulturális tényezőknek nem elhanyagolható szerepük van a fejlődésben, és hogy a humánológiai tényezők nem mutatnak egy kitüntetett jogi felfogás irányába, még kevésbé igazolják azt. Aquinói Szent Tamásig egy teológiai-biblikus jogi gondolkodás a jellemző, amelyben az isteni igazságtétel reális tényezőként tűnik fel. A pápaság és a császárság küzdelmei nyomán Dante emancipálni igyekszik a világi hatalmat. Nyomában Páduai Marsilius, William Occam, John Wycliff előkészítik az utat Machiavelli számára, akinél már nem csupán a világi és az egyházi hatalom válik el, de a politika és a köznapi morál is. A XVI. századra aztán a jog a világi szuverén akarataként tűnik fel. Bodin teoretikus interpretációjában bizonyos morális hivatkozással, ám Montaigne-nek a hétköznapi jogélet valóságát ábrázoló leírásban már meglehetősen pozitivistikus, formális jelenséggént, ahol az elítelt ártatlanok kivégezhetők, ha nincs megfelelő formula az ítélet után megtalált bizonyítékok figyelembe vételére. Aztán Grotius, Pufendorf, Wolff természetjoga következik, amelyben az inga visszalendül egy morális, de folyamatosan szekularizálódó jogkonceptió felé, hogy aztán a XIX. század már teoretikus igénnyel éltesse a jogpozitivismust, amelynek kezdeményei a XVI. században csupán a gyakorlat extrémításaiban volt megfigyelhető. És tart mindez egészen a XX. század közepéig, amikor is a náci korszak tapasztalatai ismét felértékeltek a természetjogi elgondolásokat, a pozitív jog határaitól vallott nézeteket. Ez a változás alighanem ama híres radbruchi fordulatban ragadható meg, amikor a II. világháború után a német jogfilozófus feladta azt az elképzelését, hogy a jogban vetélkedő értékek (igazságosság, célszerűség, jogbiztonság) közül végső soron a jogbiztonság eszméjének nyújtandó előny.

Jól látható, hogy egyazon kultúrkörön belül is a legváltozatosabb alakot öltethi a jogról való gondolkodás. Hogy mi módon alakul át az etruszk eredetű, fatalista vallásosság közegében kibontakozó, kezdetben szigorúan formakötött római jog előbb egy, a szubjektív igazságérzetnek jobban megfelelő rendszerré, később pedig a sztoicizmus szellemétől átítatott észjoggá, ezen a helyen nincs módunk részletesen bemutatni. Az azonban mindebből is jól látszik, hogy az etológiai tényező szerepe, ha mégoly alapvető jelentőségű is a jog világában, ám távolról sem határoz meg egy bizonyos minőséget sem a kultúrában, sem pedig a jogban.

A legalapvetőbb humánológiai vonásokról

A humánológiai tényezők számbavételekor legelőször is azt kell tehát látnunk, hogy azok egy olyan sajátos készletet képeznek, mint a festő palettája vagy a zenei hangok sora: szinte korlátlan számú árnyalat és variáció nyomán a végtelenhez közelítő tényleges gyakorlat megvalósulását teszik lehetővé. Ez természetesen nem jelenti azt, hogy valamennyi gyakorlat egyaránt tartós és a legtöbb ember boldogságát is szolgáló rendszerré képes alakulni.

Az emberre jellemző magatartások néhány elemének kezdeményét már bizonyos főemlősöknél is megfigyelhetjük. Ezek közül talán a legfontosabb a csoporton belüli agresszió csökkenése, valamint ezzel szoros összefüggésben a

szociabilitás,³ a társas kapcsolatok iránti vonzódás. Az emberek szeretik a közös akciókat, ám ez nem jelenti a versengésre való hajlam eltűnését. Épp ellenkezőleg. Amint azt szociálpszichológiai megfigyelések igazolták, az emberek egymás jelenlétében az átlagosnál jobb teljesítményre törekszenek, tehát egy alapvető hajlammal rendelkezik az ember a versengésre. Ebben a mozzanatban azonban megvalósul a szociabilitásnak egy másik aspektusa. Az nevezetesen, hogy a teljesítménnyel kedvező megítélést igyekszünk kialakítani magunkról, mert – és ez egy lényegi mozzanat – sokat adunk társaink véleményére. Ez az alapja az ún. normatív agresszióknak is, amelynek lényege, hogy a normaszegőkkel szemben a közösség részéről tanúsított elutasító magatartás igen fontos motivációs tényezőként jelentkezik. Vagy ahogy mindezt a filozófiában Sartre megfogalmazta, mások véleménye megfoszt önmagunktól.

A saját csoport – idegen csoport megkülönböztetésének kezdeményei ugyancsak előtűnnek a főemlős „társadalmakban”, ezzel összefüggésben pedig az idegen csoportok közötti agresszió növekedése is.⁴ Különösen elgondolkodtatóak a csimpánzhordák között olykor lezajló, szinte háborúszámba menő véres konfliktusok, amelyekben az egyes csoporthoz tartozó egyedek mintha nem is tekintenék fajtársuknak a másik csoport tagjait. Nem nehéz ebben meglátnunk a biológiai kezdeményeit a totális háború lehetőségének és az ellenség démonizálásának. A dominanciahierarchia számos főemlős faj esetében már nem kizárólag a fizikai erőnlétén és az agresszió fordulóira, hanem a szövetségek létrehozására vonatkozó „egyéni képességen”⁵ Ebben nagy szerepet játszanak a békítő-engesztelő gesztusok éppúgy, mint a domináns egyed azon készsége, hogy az alacsonyabb pozíciójúak versengésében aktív szerepet vállaljon, egyfelől az agresszív magatartások megfékezése, másfelől a saját pozíció erősítése céljából.⁶ Figyelemreméltó, hogy utóbbit (ti. a saját pozíció erősítését) a domináns azzal éri el, hogy általában a gyengébbet veszi védelmébe, ezáltal pedig saját potenciális riválisát korlátozza. Hogy mindez nagy hasonlóságot mutat a türannisz rendszert majd a Nyugaton az abszolutizmust megelőző viszonylagos egyensúlyi állapothoz a vetélkedő társadalmi csoportok között, és az ilyenkor tipikus egyeduralkodói magatartáshoz, egyáltalán nem véletlen. A gyengébbek segítségének morális parancsa mögött – számos más, adott esetben altruisztikus elem mellett – felismerhetjük a dominancia harcok ősi forgatókönyvét. Különösen érdekes, hogy gyermekcsoportokban végzett kísérletek is arra mutatnak, hogy a döntőbírói szerep szorosan összefügg a vezetői pozícióval.

Különösen érdekes a főemlősöknél megfigyelt bosszúálló magatartás.⁷ Alighanem

³ Vö. GRUTER, M. – MASTERS, R.: Common Sense, and Deception: Social Skills and the Evolution of Law, in Festschrift for Wolfgang Fikentscher Mohr Siebeck. Tübingen. 1998.

⁴ HOOFF, J.A. van: Intergroup competition and conflict in animals and man. In: Sociobiology and Conflict Evolutionary Perspectives on Competition, Cooperation, Violence and Warfare, van der Dennen, J. and Falger, V. Eds Chapman and Hall, London 1990. 23–54.; Vö DENNEN, J.M.G. van der: Of badges, bonds and boundaries: In-group/out-group differentiation and ethnocentrism revisited. In: In-group/Outgroup Behavior in Modern Societies: An Evolutionary Perspective, Thienpont, K. and Cliquet, R., Eds Brussel: Vlaamse Gemeenschap, 1999. 37–74. p.

⁵ DE WAAL F.B.M.: Coalitions as part of reciprocal relations in the Arnhem Chimpanzee Colony. In: Coalitions and Alliances in Human and Other Animals, Harcourt, A.H. and de Waal. Oxford University Press. Oxford 1992. 233–257. p.; DUNBAR R.I.M.: Primate Social Systems. Chapman and Hall. London 1994.; LEE, P.C.: Comparative Primate Socioecology. Cambridge University Press. Cambridge. 1999.

⁶ BERECZKEI T.: Evolúciós pszichológia. Osiris Kiadó, Budapest. 2008. 96. p.; A „döntő bíráskodás” fontosságát az emberi dominanciahierarchia kialakulásában I. ARCHER, J.: Ethology and Human Development. Harvester Wheatsheaf: Barnes and Noble Books. Savage, Maryland 1992.

⁷ CSÁNYI V.: Az emberi viselkedés. Sanoma Budapest Kiadói Zrt. Budapest. 2007. 18. p.

tehát a hagyományos szellemű *megtorló*, bosszúálló, represszív büntetőjogok – és minden keresztény törekvés és deklaráció ellenére ilyen a Nyugat középkori büntetőjoga is – valami *ősi, érzelemtől* vezérelt jelenségnek a lenyomatai. Sőt, még a modern társadalmak büntetőjoggal kapcsolatos elvárásai is – különösen egy-egy kirívó bűneset nyomán – alapvetően a *bosszú* eszméjéhez állnak közelebb, mint a Beccaria által oly szépen formulázott ama elgondolásokhoz a nevelő célzatról.⁸ A bosszúálló viselkedést a főemlősök közül egyedül az emberhez igen közelálló *csimpánzoknál* tudta kimutatni az etológia.⁹ A *büntető funkcióval* még ma is igen közeli kapcsolatban lévő *bosszúálló attitűd* tehát az állatvilág igen *ritka és magasrendű* jelensége, noha más vonatkozásban, *emberi mércével* tekintve talán méltatlan és szégyellni valóan *alacsonyrendűnek* tűnő evolúciós termék. Igyekszünk is elrejtteni szép teóriákkal. Olyanokkal, amelyek bár igazak, ám emberi mivoltunknak csupán egyik, napfényes oldalát fedik fel.¹⁰

A főemlősök fejlett szociabilitása a gorilláknál egyúttal olyan magatartásformákat is képes kialakítani, amelyek arra utalnak, hogy a gorillák valamely tárgy és valamely egyed között speciális kapcsolatot „tétéleznek fel”.¹¹

E különleges jelenséget éppúgy a tulajdon képzet kezdeményének fogadhatjuk el, mint a territoriális viselkedés fejlett formáit.¹² Noha a tulajdon kezdeteiről a felvilágosodás francia filozófusa, Rousseau úgy vélekedett, hogy az az *ember* bűnbeesésének legfőbb állomása, mostanra be kell látnunk, hogy a tulajdon jelenségének kezdeményei már az ember megjelenését megelőző időkben kialakulhatott. A tragikus sorsú Diana Fossey örökített meg egy igen megejtő, szép jelenetet. Megfigyelései során egy vadonélő gorilla miután elvette ceruzáját, vissza is adta azt neki, ahogy ugyanez történt a jegyzetfüzetével. A gorilla tehát valamilyen különleges kapcsolatot „tétélezett fel” a tárgy, valamint annak korábbi birtokosa között.¹³ Ez ugyan még nem az emberi tulajdonfogalom, azonban annak vitathatatlan előképe, egyfajta feltétele.¹⁴ A „sajátnak tekintés” bizonyos „érzetével” vélhetően összefügghet egyes főemlősök – különösen a csimpánzok – *territoriális viselkedése* is,¹⁵ az azzal kapcsolatos *agresszió*, illetve megfordítva, a fajtárs üldözésével való felhagyás, ha az a szokásos tartózkodási helyére visszamenekül.¹⁶ Mindez igencsak arra mutat, hogy a tulajdon több pusztá jogintézménynél, tetszés szerint létrehozható vagy eltörölhető társadalmi gyakorlattól. Arra mutat, hogy a tulajdonnak olyan mély humánológiai gyökerei vannak, amelyeknek kezdeményei már az emberszabásúak viselkedésében is megfigyelhetők. Különösen érdekes, hogy az ember gyermekei már három éves koruk körül *kavicsok gyűjtésébe* kezdenek. Akkor tehát, amikor pedig a

⁸ Vö. HOFFMAN, Morris B. – GOLDSMITH, Timothy H.: The Biological Roots of Punishment, 1 Ohio State Journal of Criminal Law 2004, 627–641. p.

⁹ CSÁNYI i. m. 18.

¹⁰ Az ún. *kulturális evolúció* során pontosan formulázott *szabályok* születnek, amelyek igen gyakran vallási képzetek közegében jelentkeznek, hiszen a spontán szabálykövetésen túl – mint láttuk – leginkább a *hítszerű elgondolások* képesek megszilárdítani a normákat, erősíteni a normaszzerű magatartásformákat. Mindez azonban nem változtat azon, hogy néhány fontos jogintézmény tartalmát és lényegét illetően is a legközvetlenebb kapcsolatban áll az ember humánológiai sajátosságaival.

¹¹ FOSSEY, D.: Gorillas in the Mist, Houghton Mifflin Company, Boston. 1983.

¹² CSÁNYI i.m.

¹³ Vö. BROSNAN, Sarah F. – Jones, Owen D. 2008: Law, Biology, and Property: A New Theory of Endowment Effect, 49 William – Mary Law Review 1935–1990.

¹⁴ A skandináv jogi realizmus értékelése szerint a jogi fogalmak, így a tulajdon képze is alapvetően pszichológiai kondicionáláson nyugvó érzetek. Vö. Hägerström 1941; Hägerström 1929; ROSS 1958.

¹⁵ A territoriális viselkedés és a territoriális ösztön természetesen nem kizárólag a főemlősökre, hanem még számos fajra jellemző.

¹⁶ CSÁNYI i.m.

tulajdon természetéről még vajmi kevés fogalmuk lehet.¹⁷ A kibucban nevelt gyermekek – noha a számukra mutatott magatartásminta a tárgyak, a játékok közös birtoklása volt – mindig ragaszkodtak ahhoz, hogy valamelyik játék *kizárólag az övék* legyen.¹⁸ Vélhetően tehát *Platón állama* és a *kommunista társadalom* és *gazdaságfelfogás* csupán az emberi *konstrukciós képesség túlhajtása* egy *ősibb* és *erősebb* készítés ellen. Ám az *ajándékozás*,¹⁹ a csere és a táplálékmegosztás²⁰ minden kultúrában megfigyelhető jelensége ugyancsak azt feltételezi, hogy az ajándékozó, illetve a dolgot átadó személy a *sajátjának*, a *tulajdonának* tekinti az átadott dolgot, és e pozícióját a többiek *respektálják* is. Ez utóbbi körülmény – tehát az ösztönös készség az elismerésre – emeli a pusztá *birtoklást* és az arra való vágyat magasabb szintre. A tulajdon tehát nem pusztán jogintézmény – bár kétség kívül az is – hanem egyúttal *természeti*, humánológiai jelenség is.

A főemlősök között már kifejezetten az emberre jellemző tulajdonságnak ismerhető el a *szövetségek szövetségeinek* létrehozására való készség. Hasonló jelenséget csupán a palackorrú delfinek körében figyeltek meg.²¹ Ez túl azon, hogy igen fejlett agyi működést igényel, a társadalom szerveződésének olyan magas szintjét képviseli, amely – eddigi ismereteink szerint – az emberiség történetében is viszonylag későn jelenik meg (noha a prehisztórikus időkben már létrejöhettek ilyen struktúrák), és az emberszabásúaknál sem találjuk meg kezdeményeit. Igen találóan és szépen fogalmaz Csányi Vilmos, aki maga is intelligens társainkként tekint a delfinekre: „Lehet, hogy sohasem tanulnak meg emberi nyelven beszélni, nem fognak embervédelmi bizottságokat és nagyipart teremteni, de szeretnek élni”²²

Az embernél a főemlősökhöz képest is tovább csökkent a csoporton belüli agresszió,²³ és megjelenik az altruizmus.²⁴ Utóbbi jelenség szoros kapcsolatban áll az ún. csoportszelekcióval, amely kiemelt jelentőségre tett szert fajunk életében. A szelekciónak ez a módja a legegyszerűbben megfogalmazva azt jelenti, hogy az ember bizonyos tulajdonságai nem a faj egyedei közötti versengést és annak eredményességét szolgálja, hanem a *csoportnak*, illetve a *fajnak* más csoportokkal, illetve fajokkal szembeni versenyelőnyét. Az altruista magatartások a társadalmak működése szempontjából alapvető fontosságúak, és olyan jelentős intézmények biológiai alapját képezik, mint a központi elosztás ínséges időkben az ókori Keleten, az ingyen gabona mint egyfajta segély Rómában, a társadalombiztosítás bonyolult rendszere a Nyugaton.

¹⁷ CSÁNYI i.m. 12. p.

¹⁸ CSÁNYI i.m. 145. p.

¹⁹ MAUSS, Marcell: *The Gift: Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies*. New York. Norton 1967/1925; CSÁNYI i.m. 142. p.

²⁰ CSÁNYI i.m. 69. p.

²¹ Vö. CONNOR, R.C. – HEITHAUS, M.R. – BARRE, L.M.: Complex social structure, alliance stability and mating access in a bottlenose dolphin 'super-alliance'. *Proceedings of the Royal Society of London, Biological Sciences*. 2001. 268. 263-267.; CONNOR, R.C. – SMOLKER, R.A. – BEJDER, L.: Synchrony, social behavior and alliance affiliations in Indian Ocean bottlenose dolphins (*Tursiops aduncus*). *Animal Behavior*. 2006. 72. 1371–1378. p.; CONNOR, R.C. – WELLS, R. – MANN, J. – READ, A.: The bottlenose dolphin: social relationships in a fission-fusion society. In: *Cetacean Societies: Field studies of whales and dolphins*, eds: J. Mann; R.Connor, P.Tyack, and H. Whitehead.. University of Chicago Press, 2000. 91–126. p.

²² CSÁNYI Vilmos: *Kis etológia*. Kossuth Kiadó. 2008. Budapest. 64. p.

²³ COSMIDES, L.: The logic of social exchange: Has natural selection shaped how human reason? *Studies with The Wason selection task*. *Cognition* 1989. 31. 187–276. p.; TOOBY, J.: Cognitive adaptations for social exchange. In: *The adapted Mind: Evolutionary psychology and the generation of culture*. Barkow, J. Cosmides L. Tooby, J. Oxford University Press New York 1992. 163–228. p.

²⁴ CSÁNYI V. i.m. 69. p.

A viszonylag stabil rangsor, a dominanciahierarchia az ember esetén különösen gyorsan és többnyire békésen alakul ki. Ez alapvetően függ össze az emberre igencsak jellemző csökkent agresszióval. A hierarchia gyors kialakítására való hajlamunk a fölösleges konfliktusokat kerülő, egyúttal kooperációra hajló természetünk érvényesülését „szolgálja”, amely utóbbi vonások többek között azért szelektálódhattak, mert ezek az emberi faj túlélését jelentősen segítették. Mindennek a kezdeményei egyes főemlős fajoknál is megfigyelhetők. Különösen érdekes ebből a szempontból az a már említett jelenség, hogy a csimpánzoknál nem a pusztán a fizikailag legerősebb egyed válik dominánssá a csoportban, hanem a legerősebb szövetségek létrehozására képes példány. E faj magatartására ráadásul igen jellemzők a béketeremtő, a gyengébb egyedet védő akciók. Az ember esetén tehát a dominanciahierarchia, voltaképpen a hatalom számos ösztönös és tudattalan mechanizmuson keresztül alakul ki, és azt megelőzően jön létre, hogy teoretikus vizsgálódásaink tárgyává tennénk. A jog szempontjából kitüntetett jelentőségű legitimitás kérdése tehát minden teoretikus előfeltevésünk ellenére sem tisztán racionális természetű problematika. Maga az *auktoritás, a hatalmat is birtokló tekintély* tehát alapjaiban evolúciós természetű, a maga konkrétságában pedig jobbra ösztönös mechanizmusok által kialakuló jelenség, amelynek *legitimációja* konstrukciós készségünkől (e szintén humánológiai vonásunkból) adódó teoretikus hajlamunk szükséglete és produktuma. A hatalom természetének és eredetének tisztázásakor nem tekinthetünk tehát el az engedelmességek humánológiai tulajdonságaitól és készleteitől, az ösztönös szubmisszív magatartásoktól. A később még említendő ösztönös *szabálykövetési készség*, az altruizmus és a szubmisszió igen kérdésessé teszi, hogy a lefektetett szabálynak való engedelmeskedés csupán akkor következik be, ha azt kifejezetten hatalmi parancs formájában adják ki, így a jogbólcsélet ún. parancselméletei (Austin, Kelsen) aligha fedik fel a jog természetének teljességét. A most említett humánológiai tényezők az ún. *elismerési elméleteket* is továbbfinomítják, hiszen megvilágítják az *elismerés* evolúciós, *nem tudatos* természetét. Az ember számos humánológiai sajátossága, a hatalom ösztönös mechanizmusok útján való létrejötte egyúttal kellőképpen cáfolják mindazokat a társadalmi szerződéses elméleteket, amelyekről többek között Hobbes, vagy Locke oly nagy gonddal írt.

Különleges emberi vonásnak tekinthető az ún. csoportthűség,²⁵ amely azt jelenti, hogy az ember nem pusztán csoportja tagjaihoz kötődik, hanem csoportjának elvont eszméjéhez, szimbólumaihoz is.²⁶ Az emberi szemléletben maga a közösség mint az őt alkotó egyedektől függetlenül is megragadható entitás jelenik meg. A csoportthűség többek között bizonyos szimbólumokhoz való erős, érzelmi kötődés útján valósul meg, amely szívósan ellenáll a racionális érvelésnek. A csoportthűség egyúttal fontos alapját képezi mind a vallási, mind pedig az etnikai közösségek szerveződésének és fennmaradásának.

A csoportthűség és a szimbólumokhoz való kötődés vélhetően összefügg az ún. *konstrukciós készséggel*, amely azt teszi lehetővé, hogy az ember a közvetlenül tapasztalt dolgoknak azokon túlmutató jelentőséget tulajdonítson. Az emberre

²⁵ BOYD, R., RICHERSON, P. J.: Culture and the Evolutionary Process. The University Press of Chicago. Chicago 1985; BOYD, R. and RICHERSON, P. J.: Why culture increase human adaptability? Ethology and Sociobiology 1995. 16. 125-143.; Vö. CSÁNYI i.m. 72. p.

²⁶ GOETZE, D.: Evolution, mobility, and ethnic group formation. Politics and Life Sciences 17. 1998. 59-71. p.; RICHERSON, P. J. – BOYD R. 1998: The evolution of human ultra-sociality. In: Indoctrinability, Ideology, and Warfare, Eibl-Eibesfeldt, I. and Salter, F. K. (Eds.) Berghahn. New York. 1998. 71-95. p.

különösen jellemző, hogy az őt körülvevő tárgyakkal kapcsolatosan az elmében szinte önkéntelenül jelennek meg ún. *másodlagos reprezentációk*. Ez azt jelenti, hogy a megpillantott tárgy egyfelől elsődleges reprezentációként önmagát jelenti, azonban másodlagos reprezentációban egy *további tárgyat* is, ami például készülhet belőle. Az ember ún. másodlagos reprezentációk megalkotására való készségének megléte, feltételét jelenti minden *tudatos konstrukciónak*, akár *tárgykról*, akár pedig *ideákról* van szó.²⁷ Témánk szempontjából az ún. *gondolati* és *szociális* konstrukciónak²⁸ van kitüntetett jelentősége, amelyek a tudatban sokszor, mint különféle *szabályok* jelennek meg. Igen fontos ebből a szempontból a *nyelvnek*, mint sajátos reprezentációs rendszernek a kialakulása. A konstrukciós készség azonban igen kétélű fegyver. A gondolati konstrukciók ugyanis egyfelől modelleket szolgáltathatnak a különféle problémák megoldásához, másfelől alkalmasak arra is, hogy veszélyes csapdába csalják az embert. Ennek tipikus megnyilatkozási formája például bizonyos jelenségek elvonatkoztatása valós környezetüktől, és azoknak abszolút értékűként való bemutatása. Ilyen gondolati csapda az ember szociabilitásának mentális megragadása és túlértékelése, ennek nyomán pedig a közösségi intézmények felértékelése, az egyéni és a társadalmi lét kollektivizálásának erőltetése. Platón Államának nő-, gyermek- és vagyonközössége, a kommunizmus kollektívizmusa, a kibuc-életformára való törekvés mind az ember túlműködésre hajlamos konstrukciós készségének köszönheti létalapját. Ugyanez vonatkozik másfelől a szabad verseny liberalizáció ideológiájára, amely az ember versengő, individuális vonásaiból konstruál abszolút társadalmi értéket, vagy éppen a növekedés és a fogyasztás egyébként nem elvetendő jelenségét abszolutizálja. Ebből is látható, hogy az ember humánológiai vonásai távolról sem vezetnek egy bizonyos társadalmi gyakorlat felé, csupán azt előlegezik, hogy az ember egyáltalán gondolkodjék egyén és társadalom kapcsolatán, és megkíséreljen hasznosíthatónak tűnő modelleket kidolgozni.

A konstrukciós készséggel függ össze az ún. szabálykövetés is, amelynek során egy elvont eszme a domináns egyed pozíciójába lép. Ennek különös jelentősége van a társadalmi létezés során, hiszen ez teszi lehetővé, hogy az együttműködéshez ne legyen szükség valamilyen auktoritás, domináns egyed folyamatos pressziót jelentő jelenlétére. A jog létrejöttével kapcsolatban hasonló folyamatokról értekezett Gumpłowicz, azt hangsúlyozva, hogy a jog veszi át azt a hatalmat, amelyet egy másik népegyesületen uralkodó közösség tagjai korábban közvetlenül és személyesen gyakoroltak. Gumpłowicz lényegében helyes sejtéséhez képest az igazság azonban az, hogy a szabálykövetés már a történelem előtti időkben, az emberré válás során alakult ki.

A más fajokra is jellemző összehangolódáson túl az embernél megjelenik az imitáció készsége.²⁹ Ez a különböző divatok és egyéb kulturális jelenségek kialakulásának előmozdításán túl segíti a szabálykövetés gyakorlatát is. Ezért is hangsúlyozhatta Eugen Ehrlich a XX. század elején a tudattalan, önkéntelen mintakövetés jelentőségét a jog léte és működése szempontjából. Az imitáció az ember indoktrinálhatóságával,³⁰ befolyásolhatóságával valamint alacsony parancsmegtagadási készségével együtt különös stabilitást biztosít az emberi közösségeknek.

²⁷ Vö. GRUTER 1991.

²⁸ CSÁNYI i.m. 177. p.

²⁹ MELTZOFF, A.N. – MOORE, M.K.: Early imitation within a functional framework: The importance of personal identity, movement and development. *Infant Behavior and Development* 1992. 15. 479–505. p.

³⁰ MILGRAM, S.: *Obedience to Authority: An Experimental view*. Harper and Row. New York. 1974.

Mindazonáltal e vonások számos veszélyt is magukban rejtenek. Mert igaz ugyan, hogy az embernél megjelent egyfajta sajátos *egyezkedő viselkedés*,³¹ valamint az arra való alapvető készlet, hogy közös akcióit konszenzusra alapozottan végezze,³² ám az utóbbi vonások sokkal inkább a kisebb közösségekben határozzák meg hangsúlyosan a társadalmi cselekvéseket. Nagyobb csoportokban a konszenzuskereséshez képest sokkal nagyobb jelentőséghez jut az emberi indoktrinálhatóságból, befolyásolhatóságból adódó lehetőségek kiaknázása.

Az itt vázoltakból azonban nem csupán az következhet, hogy a szociális ember altruizmusától vezérelve a közjó szolgálatát és az egyén kiteljesedését szolgáló társadalmi struktúrákat és szabályokat alkot, hanem az is adódhat, hogy konstrukciós készségének szabadjára engedésével megalkot egy olyan emberképet, amelynek már nem sok köze van valós önmagunkhoz, és olyan szabályokat fektet le, amely ezt a hamis emberképet igyekszik valósággá formálni. És indoktrinálhatóságunk, alacsony parancsmegtagadási készségünk, szubmisszív adottságaink adott esetben hosszú időre szolgálatába szegődhetnek ez utóbbi emberidegen koncepcióknak és szabályrendeknek.

Néhány gondolat a jogoknak az élővilágra való kiterjesztéséről

Előjáróban említettük, hogy a különböző kultúrákban egyáltalán nem azonos a jognak a társadalomirányításban betöltött szerepe. Ahol a jog többé-kevésbé alárendelt helyzetben van az egyéb társadalmi szabályokhoz képest, aligha várható a különféle jogi deklarációktól és szabályoktól olyan hatás, mint amit ezektől méltán várunk el a nyugati kultúrkörben, ahol a jog a konfliktusok békés rendezésében egyfajta végső érvnek számít, figyelemmel e kultúrában a jog önértéket képviselő jellegére. Ugyancsak megfontolandó, hogy az élővilág egyes egyedeinek speciális jogokkal való felruházása eltérő fogadtatásra találhat a különböző kultúrkörökben.

Sajátos módon zömmel azokban az erősen tradicionális társadalmakban található kedvező fogadtatásra egy ilyen kezdeményezés, amelyekben a jognak ugyan viszonylag csekélyebb a szerepe a Nyugathoz képest, ám amelyekben – Glasenapp megfogalmazásával élve – az Örök Világtörvény jut kifejezésre.³³ A brahmanizmusban, a buddhizmusban, az ún. kínai univerzizmusban az ember teremtése nem tűnik fel úgy, mintha valaminő új, és korábban sosemvolt minőség jelenne meg. Épp ellenkezőleg, az ember a legszorosabb kapcsolatban áll a természettel, amelynek maga is része, a természettel, amely az ember lényegét jelenti. Ember és természet tehát nem szemben áll egymással, hanem egy és oszthatatlan egységet képez.

Az ember megteremtése, a halál visszavonhatatlanságának, és az emberi élet megismételhetetlenségének felismerése, amely néhány évezrede a mezopotámiai sumer-akkád eposzokban oly drámai erővel jelent meg, a legnagyobb hatást gyakorolta mind a zsidó vallásra, mind a kereszténységre, mind pedig az iszlámra. Az e vallások által uralt kultúrkörökben a jog szerepe ugyan szintén eltérő, azonban – minden szekuláris hatás ellenére – az ember olyan speciális minőséget képvisel, amivel nem könnyű összeegyeztetni, hogy az élőlények általában az emberhez hasonló jogok alanyai legyenek. Persze a jogpozitivizmus hagyományai, az ember indoktrinálhatósága és szabálykövető volta, nem utolsó sorban a kereszténység

³¹ CSÁNYI i.m. 82. p.

³² CSÁNYI i.m. 105. p.

³³ GLASENAPP, Helmut von: Az öt világvallás. Gondolat. Budapest. 1987.

csökkenő társadalmi súlya a Nyugaton akár még a legszélsőségesebb jogkiterjesztéseket is lehetővé teszi.

Roscoe Pound a XX. század elején hívta fel a figyelmet arra, hogy a XIX. század jogtörténete az individuális jogok fokozatos elismerésének históriája. Lehet, hogy mára, a XXI. században már annak is eljött az ideje, hogy a nem-humán élőlények individuális jogait elismerjük. E tekintetben aligha lehet szó szükségszerűségről, de történelemfilozófiai összefüggésben gyaníthatjuk, hogy az ilyen jellegű törekvések éppúgy kapcsolatban állnak morális felelősségérzetünk növekedésével mint hagyományos, keresztényalapú értékrendünk hanyatlásával. Mindenesetre mindaz, amit az állatvilág, különösen a főemlősök és a cetek magatartásáról, intelligenciájáról a legutóbbi évtizedekben megtudtunk, igencsak abba az irányba mutat, hogy nagyobb alázattal volna célszerű önmagunkról gondolkodni, egyúttal nagyobb tiszteletet kell tanúsítanunk a teremtett világban velünk együtt élő társaink iránt. Mindettől természetesen különböző kérdés, hogy bárminemű jogkiterjesztést célzó deklarációnak kellően mértéktartónak, életszerűnek – Radbruch kifejezésével célszerűnek – kell lenni ahhoz, hogy a megfogalmazását indokoló nemes célokhoz illő pozitív hatást tudjon elérni. Mindazonáltal nem árt egyúttal szem előtt tartanunk Jung figyelmeztetését: *„A nyugati ember nem igényli a külső és belső természet fölötti uralmat. Mindkét uralomnak ugyanis csaknem ördögi tökélytel birtokában van. Aminek azonban nincs a birtokában, az annak tudatos elismerése, hogy kívül és belül alá van vetve a természetnek.”*³⁴

³⁴ Carl Gustav Jung: Gondolatok az értelemről és a tételről. Kossuth Könyvkiadó. Budapest. 2005. 50. p.

Animal Protection and Animal 'Rights' in Hungary

I. A brief theoretical historical introduction

The animals' welfare is not an ancient postulate; it is only the product of the modern era. After the World War II. the idea of 'humanity' spread out to such spheres that had been imaginable prior to that. In the philosophical thinking the idea that animals, or at least certain kinds of animals, are *sentient beings* that deserve protection from being harmed, both physically and psychically, appeared in the '70s in the Western countries. This view, however, had a long journey to go. For example, Descartes deemed that animals are, simply, machines, no different in principle from clocks. He denied that they have minds, and, consequently, thought they lack reason.² Kant did not recognise animals as moral agents either, viz., on the ground that they are not autonomous, that is, they are not ends-in-themselves, in contrast to humans, but he stated it is immoral to be cruel to them. He claimed that those people who hurt animals are more likely to be capable of hurting other humans, too.³ The first real pioneer of the case for animals' weal was, however, Jeremy Bentham, the English utilitarian philosopher. He believed that particular animal entities are *sensitive beings*⁴ at least to the same extent as certain humans. As he wrote: "The day *may* come, when the rest of the animal creation may acquire those rights which never could have been withholden from them but by the hand of tyranny. ... It may come one day to be recognized, that the number of the legs, the villosity of the skin, or the termination of the *os sacrum*, are reasons equally insufficient for abandoning a sensitive being to the same fate?"⁵ Namely, "the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?"⁶ And the answer, that is being recognised at present, is that yes, they as living entities capable of feelings can suffer and feel pain.⁷ On the basis of this recognition did the regulations come into being across the Western countries in the 70's, 80's and 90's which began to protect certain kinds of animals from unnecessary physical pain and mental suffering that humans can cause, either with intent or by recklessness, to them.

Nevertheless, these regulations do not ban people from killing animals, only prescribe that this killing is legally possible in certain instances and without causing

¹ Associate Professor, Department of Jurisprudence, Faculty of Law at Karoli Gaspar University, Budapest, Hungary

² Taylor, Angus: *Animals & Ethics: An Overview of the Philosophical Debate*. Broadview Press, Peterborough, Canada, 2003, pp. 35-40.; Regan, Tom: *The Case for Animal Rights*. University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California, USA, pp. 3-5.

³ Taylor, *op. cit.* pp. 44-49.

⁴ Bentham, Jeremy: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. In: *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. I., Edinburgh, 1843, p. 142.

⁵ Bentham, *op. cit.* p. 143.

⁶ *Ib.*

⁷ The term "animal 'suffering'", according to Marian Step Dawkins, "[c]learly refers to some kinds of subjective experience which have two distinguishing characteristics. First, they are unpleasant. They are mental states we would rather not experience. Secondly, they carry connotations of being extreme." (Dawkins, Marian Step: *Scientific Basis for Assessing Suffering in Animals*, p. 28. In: Singer, Peter (ed.): *In Defense of Animals. The Second Wave*. Blackwell Publishing, Malden, MA, USA – Oxford, UK – Carlton, Victoria, Australia, 2008, pp. 26-39.

animals needless suffering. For example, slaughter in abattoirs is not legally forbidden and this is also the case concerning animal experiments, albeit in the most modern philosophical debates there are standpoints which deem that using animals for, among others, drug experiments or eating them is morally unjustifiable and, consequently, ought to be prohibited by national laws.⁸ In Hungary, in accordance with the international trends, there are no explicit rules on animal 'rights' like that; the Hungarian law merely limits the cruel treatment of animals.⁹

II. The regulation in Hungary

In Hungary, the first law on animal protection was enacted in 1998 (numbered and named as Act XXVIII of 1998 on Protection and Careful Treatment of Animals, hereafter: 'Act on Animal Protection' or 'Animal Protection Act') and it entered into force in 1999. The preamble of this law declares the principle that "animals are living entities capable of feeling, suffering and expressing happiness"; therefore, "respecting them and ensuring that they would generally feel good shall be everyone's moral obligation". (In this way, the doctrines formed by Bentham two centuries ago are now basically accepted.) The justification for this Act confirms that legislative motive that some animals (typically vertebrates) are living creatures capable of emotions and expressing happiness, satisfaction, and terror. The declared purpose of the Act is to advance the protection of entities in the animal world, which means that protection shall be granted not to human beings but rather to animals as individual living creatures. The former regulation on nature and environment, and even the nineteenth-century prohibition of animal torture in Act XL of 1879 (the so called "Code on Petty Offences" which supplemented the Hungarian Penal Code) focused on the protection of human beings' living conditions, calmness, and sense of morality instead of the emotions, pains, and needs of animals.¹⁰ Consequently, the Hungarian Act on Animal Protection is a significant advancement in the way of treating animals as individuals and self-values, and it considers the protection of these entities important for itself (and not for the reason for ensuring people's interests). In Hungary, this Act protects animals in many ways. It forbids, for example, animal torture, training animals for

⁸ "[w]e demand an end to raising animals for food, an end to killing them for their fur. <<Not larger cages>>, we declare, <<empty cages>>." (Regan, p. xiv.); "[a]ll research that harms animals should be abandoned, even if that means foregoing the benefits that would have accrued." (Taylor, p. 143.); "What we must do is bring nonhuman animals within our sphere of moral concern and cease to treat their lives as expendable for whatever trivial purposes we may have." (Singer, Peter: *Animal Liberation*. Pimlico, London, 1995, p. 20.)

⁹ For the results of the animal rights movement see e.g.: Cassuto, David – Lovvorn, Jonathan – Meyer, Katherine: *Legal Standing for Animals and Advocates*, *Animal Law*, Vol. 13 (2006-2007), pp. 61-86.; Favre, David: *Integrating Animal Interests into Our Legal System*, *Animal Law*, Vol. 10 (2004), pp. 87-98.; Chilakamarri, Varu: *Taxpayer Standing: A Step toward Animal-Centric Litigation*, *Animal Law*, Vol. 10 (2004), pp. 251-282.; Lovvorn, Jonathan R.: *Animal Law in Action: The Law, Public Perception, and the Limits of Animal Rights Theory as a Basis for Legal Reform*, *Animal Law*, Vol. 12 (2005-2006), pp. 133-149.; Otto, Stephan K.: *State Animal Protection Laws - The Next Generation*, *Animal Law* Vol., 11 (2005), pp. 131-166.; Druce, Clare – Lymbery, Philip: *Outlawed in Europe*. In: Singer, Peter (ed.): *In Defense of Animals. The Second Wave*. Blackwell Publishing, Malden, MA, USA – Oxford, UK – Carlton, Victoria, Australia, 2008, pp. 123-131.

¹⁰ This is also proven by the fact that, according to this Code, animal torture or abuse ought to have been deemed as a petty offence not in itself, but only if it was committed in public and in a scandalous way.

fighting, and force-feeding animals. It is against the law to force animals to perform activities substantially above their abilities or to subject them to unnatural and self-abusive activities.¹¹ The justification for the Act also argues that animal-keepers shall have certain obligations with regard to animals; they shall look after them, and this legal obligation is morally grounded and established.

It is interesting to note, that the Act provides an exception to the prohibition on force-feeding animals: it is still permissible to force-feed ducks and geese by domestic and traditional methods. One of the most important products exported by Hungary is fat goose-liver. 1800-1900 tons of fat goose-liver are produced by Hungary annually,¹² and approximately 75% of that amount will be exported.¹³ The most significant demand market is France,¹⁴ so it is not accidental that French farmers regularly protest against the import of Hungarian fat goose-liver, and they demand protectionist measures by the French government. The other noteworthy exception of an agricultural nature applies to goose-feather stripping. It must be noted, however, that in connection with goose-feather stripping some hysteria has been generated in an artificial way. Nowadays, goose-feathers are not 'stripped' as in the past; feathers are not torn out of the live tissue of the animal, only the feathers whose end has become keratinized are pulled out from the goose. This method, if appropriately applied, should not cause any pain or suffering to the goose since the animal would shed such overmature feathers anyhow. By the way, rather rigorous regulations apply to feather stripping. It is forbidden, for example, to wet geese feather, choke the windpipe of the birds, or to carry out feather-plucking in a temperature below an average of 15 degrees Celsius. Should skin injury occur, then it should immediately be treated by veterinary medical products.

A further provision of the Act on Animal Protection regarding individual animal entities is to guarantee that animal-keepers are obliged to provide animals with living conditions suitable for their physiological needs, adequate and safe shelters, and enough space for their normal healthy movement. It is forbidden to oust, get rid of, or desert a (domesticated) animal. No surgical interventions are allowed for non-medical or non-sterilization reasons, but purely for altering animals' appearance.¹⁵

The Act generally stipulates that animals shall not be killed for reasons and under circumstances that are unacceptable or intolerable. The crucial and debatable point of this regulation is the question of what is to be considered 'an acceptable reason or circumstance'. Pursuant to the Act on Animal Protection the purpose of nutrition, fur production, animal stock control, incurable diseases, injuries, the danger of infections, pests clearing, the prevention of otherwise unavoidable attacks and, finally, scientific research are deemed to be such acceptable reasons and circumstances.¹⁶ This section of the Act was modified not long ago, namely in November, 2011 by the Hungarian Parliament,¹⁷ and it now regulates that only

¹¹ Act XXVIII of 1998, 6. §.

¹² Cf.: Toaso, Szilvia – Birkas, Endre – Vincze, Judit: The Present State and Prospects of Hungarian Goose Farms after EU Accession, p. 70. In: *Gazdálkodás: Scientific Journal on Agricultural Economics*, Vol. 49, Special Issue, No. 12, 2005, pp. 70–77.

¹³ *Ib.*

¹⁴ *Op. cit.* p. 71.

¹⁵ Act XXVIII of 1998, 10. §.

¹⁶ Act XXVIII of 1998, 11. §.

¹⁷ This amendment (named and numbered as Act CLVIII of 2011 on the Amendment of Act XXVIII of 1998 on Animal Protection) was promulgated in the Hungarian Official Journal on 29th November, 2011 and will enter into force on 1 January, 2012. In the following, as it is usual in the Hungarian law, I will refer not to the sections of this amendment act but the sections of the amended original Act

chinchillas and angora rabbits may be used for purposes of fur production. (The rationale for this regulation is that, besides these animals, others have practically never been bred for the sake of their fur for almost two decades now. It is interesting to note, by the way, that should anyone insist on breeding other animals for fur production, and should the authorities become aware of such an activity, if those animals could not be sheltered in a zoo, then they would have to be killed in order to preserve the present state of Hungary's fauna.¹⁸ This may be regarded as a rather strange provision in a law on animal protection.

As a further modification in the new regulation, the Act stipulates that in the case of breeding dogs and cats, the *purpose* of nutrition and fur production shall not be deemed as acceptable reasons. Moreover, irrespective of the *aim* of breeding, it is unacceptable that dogs or cats *be used for* nutrition or fur production.¹⁹ According to the justification for the amendment of the Act, the explicit enactment of such prohibitions are necessary because, due to globalization, more and more minorities live now in Hungary who from time to time are suspected or alleged to eat dogs or cats although none of these suspicions or allegations have ever been proven to date. Since this is alien to Hungarian customs, the amendment of the Act on Animal Protection has set forth these prohibitions with preventive intentions; however, Regulation 1523/2007/EC, which shall be directly applicable in all EU Member States including Hungary as well, also sets forth such prohibitions.

Finally, a further curiosity in the amendment is that in the future, after the entry into force thereof, dogs can be declared dangerous only in cases if the behaviour of the *individual* dog itself gives grounds for that, and complete *races* of dogs cannot be declared dangerous. The score of it was a decision by the Hungarian Constitutional Court²⁰ in which it held that the Government Decree No. 35/1997. (II. 26.) which declared the pitbull terriers dangerous is unconstitutional because pitbull terriers cannot be differentiated unequivocally from staffordshire terriers. Hence, the amendment of the Act on Animal Protection enacted a new provision in the Act which disposes that "dangerous dog is a dog that is declared dangerous by the animal protection authority".²¹

Returning to the original text of the Act on Animal Protection, the Act – in order to ensure humane treatment (*sic!*) (this term expressly appears in the Act's justification as it is) – also stipulates that animals are only allowed to be killed after they are drugged (except for some special cases, *e.g.* the cutting of rabbits or poultry).²² Animals therefore can be killed, but their unnecessary suffering must be prevented and this applies to both physical and mental suffering.

Based on this, if animals which are raised, for example, for their meat and dairy products are not slaughtered immediately, then they have to be fed and provided with a restful environment for the period awaiting their eventual slaughter.²³ (At the same time, it must be mentioned that not only compulsory but ritual slaughter of animals is allowed as well.)²⁴ Slaughter methods regarded to be 'humane' by the implementation degree of the Act may include use of pistols, trauma caused by fatal

XXVIII of 1998.

¹⁸ Act XXVIII of 1998, 19/A. §.

¹⁹ Act XXVIII of 1998, amended 11. §.

²⁰ Decision 49/2010. (IV. 22.) AB of the Constitutional Court of the Republic of Hungary.

²¹ Act XXVIII of 1998, 24/A. § (2).

²² Act XXVIII of 1998, 12. § (1).

²³ Act XXVIII of 1998, 15. §

²⁴ Act XXVIII of 1998, 19. § d).

head concussion (*i.e.* striking animals dead), electrocution, carbon-dioxide gas, beheading, and twisting the neck of poultry and other birds, or in the case of some birds (like quails, partridges or pheasants) use of vacuum-chambers, and with respect to furred animals use of various gases, electrocution or pistols in addition to drugs with hypnotic effects.²⁵

Furthermore, during the transportation of animals, causing unnecessary suffering or pain must be avoided, adequate drinking water, food, and appropriate litter must be provided, injuries must be avoided, enough space for movement and protection against adverse weather conditions should be provided, enough air should be supplied as well as a solid slip-proof flooring.²⁶ The same must apply to the circumstances and conditions of animal retention in the case of animals kept for experimental purposes. Consequently, animal experiments are allowed in Hungary, but only by obeying strict rules.

Animal experiments are forbidden, for example, for the purpose of producing and manufacturing cosmetics, tobacco, other luxury goods, guns or ammunition.²⁷ For all animal experiments, a license issued by the competent authority is required.²⁸ Animal experiments have to be carried out in a way that would cause animals the least possible pain and suffering, and should affect the least number of animal subjects.²⁹ If there is an alternative scientific method which would lead to the same result without carrying out animal experiments, then animal experiments are forbidden.³⁰ Finally, if an animal during the experiment suffers serious health impairment, then it should be killed in a humane way.³¹ (In fact, the implementation decree of the Act goes as far as regulating that smoking is forbidden in the premises where animals are kept, an optimal level of humidity must be provided, noises, unexpected sounds and vibrations must be eliminated, and light and dark periods must be alternated *etc.*)³²

The amendment adopted in November, 2011 also prohibits using live animals as raffle prizes.³³ The reason for that is that the winners of such animals are usually unprepared to keep them in proper conditions; therefore, the animals' welfare is threatened in many cases of them. Another interesting thing related to this is that the Hungarian regulation ensures the so-called '*animal euthanasia*', *i.e.* mercy killing of animals in order to avoid or prevent the unnecessary prolongation of their suffering.³⁴ Should the survivorship of animals be accompanied by suffering that cannot be terminated or alleviated, and the recovery of such animals cannot be expected, then their owners or, in absence of their owners or when the owner is unknown, the animal health control authority (the *Central Agricultural Office /CAO/*) is obliged to take

²⁵ FVM Decree No. 9/1999. (I. 27.), Appendix 3, 6 and 7.

²⁶ Act XXVIII of 1998, 36-38. §§; Joint KHVM-FVM Decree No. 13/1999. (IV. 28.) on Transportation of Animals.

²⁷ Act XXVIII of 1998, 25. § (6).

²⁸ Act XXVIII of 1998, 25. § (2) – (5).

²⁹ Act XXVIII of 1998, 27. §.

³⁰ Act XXVIII of 1998, 26. §.

³¹ Act XXVIII of 1998, 29. § (2).

³² Government Decree 243/1998. (XII. 31.) on Animal Experiments, Appendix 1.

³³ Act XXVIII of 1998, 8/A. §.

³⁴ Killing, for example, stray dogs does not come within the category of '*animal euthanasia*', even if many deem it does. Hence, for instance, the Romanian law passed in November 2011 that allowed the municipal authorities for ordering to kill those stray dogs that nobody rescues from the pound in three days after capture, and which law was held unconstitutional by the Constitutional Court of Romania in January 2012, cannot be considered '*animal euthanasia*' since it is (it was) not for the sake of the animals. (See *e.g.*: <http://www.romania-insider.com/romanian-constitutional-court-deems-stray-dogs-euthanasia-law-unconstitutional/45467/#>)

measures for killing the animals in a way that would not cause them pain.³⁵ If these regulations are violated, the CAO is entitled to impose an animal protection fine³⁶ ranging from 5,000 HUF to 150,000 HUF (about from 16 up to 500 EUR).³⁷ Along with or instead of such fine, the CAO may prohibit offenders from keeping animals (or from keeping certain animals) for a period of 2-8 years, or it may require them to participate in special programs on animal protection, with the purpose of ensuring that all the above mentioned regulations are obeyed.^{38 39}

In the most severe cases, however, when animals are killed or tortured without any reason, even criminal sanctions can be imposed following 2004⁴⁰ (see: Hungarian Act on the Criminal Code Section 266/B. on “Cruelty to Animals”).⁴¹ Nevertheless, Hungarian courts have not sentenced any animal torturer to imprisonment so far although suspended prison sentences have already been imposed in several cases.

III. An outlook: On the rights of animals – in abstracto

The distribution of legal rights (in this case: entitlements, further: ‘rights’) and obligations among the members of society, and defining their contents depend on the substantial sources of law (on the conscious lawmaker or – in the case of customary law – on its unconscious creators as such). (And the actual substantial source of law depends on the related existing belief of a large part of the community. /The essence of this concept is expressed in the best way possible by the „*rule of recognition*” category of Hart⁴²./) Briefly: from among the members of the community regulated by

³⁵ Act XXVIII of 1998, 45. § (1).

³⁶ Act XXVIII of 1998, 43. §.

³⁷ Government Decree No. 24/1998. (XII. 31.) on Animal Protection Fine, 2. §.

³⁸ Act XXVIII of 1998, amended 43. § (6) – (12).

³⁹ It is worth mentioning here that the institution of the Hungarian *ombudsman for environmental cases* (officially, *the Parliamentary Commissioner for Future Generations*; colloquially, the ‘*green ombudsman*’) was abolished on January 1, 2012. On this date the new Constitution of Hungary entered into force that new provisions introduced into the Hungarian law. For example, among others, the ombudsman system was rearranged, viz., in lieu of the four up to now autonomous ombudsmen only one remained. The ombudsman for data protection and freedom of information was totally ceased, and the up to now ombudsman (parliamentary commissioner) for the national and ethnic minorities rights, the ombudsman for future generations and, finally, the ombudsman for civil rights were fused into one, ‘general’ ombudsman. This general parliamentary commissioner now has two ‘deputy ombudsmen’, amongst them the up to now ‘green ombudsman’, however, without own authority.

⁴⁰ Act X of 2004.

⁴¹ Subsection (1) “Any person:

a) who is engaged in the unjustified abuse or mistreatment of vertebrate animals resulting in permanent damage to the animal's health or in the animal's destruction;

b) who abandons, dispossess or expels a domesticated mammal or a dangerous animal raised in a human environment;

is guilty of a misdemeanor punishable by imprisonment for up to two years, community service, or a fine.”

Subsection (2) “Any person who is engaged in hunting or fishing using implements and methods forbidden by the Act on Hunting and in the Act on Fishing, respectively, shall be punishable in accordance with Subsection (1).”

Subsection (3) “The punishment shall be imprisonment for a felony for up to three years if the criminal conduct specified in Subsections (1)–(2) is carried out in a manner to cause undue suffering to the animal.”

⁴² See: Hart, Herbert Lionel Adolphus: *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 100-

a given legal order that member has a right and in that respect, for whom and for which respect the legislator (precisely: the lawmaker) acknowledges it in any of the positive rules of law. In the lack of such an acknowledgment, from the aspect of positive law, we cannot talk about 'rights' ('entitlements').

Therefore the source of legal rights in the modern positivized law systems is the lawmaker; however, first of all we should clarify what these so called 'legal rights' are. In generally we say the following: if a person has legal rights (in other words if he or she is the subject of entitlements) means that certain things advantageous for him or her may be due to that person, and, also, that acknowledging and honouring it is the obligation of everyone else. It is a consequence of this that the rights always imply the obligations; the legal relationship ('legal right relationship') is a relation that has an absolute structure: on one side there is the possibility of the subject to use the option that is defined by his or her entitlement and to enjoy it or its consequences, while on the other side everybody else is obliged to refrain from limiting, hindering or preventing the exercising or enjoyment of the given entitlement.⁴³ There is only one exception therefrom: in case a right of mine in a specific situation would infringe the right of other legal subject(s), then from among the competing rights that right will prevail which had been declared by the lawmaker to be of a higher level. (If this cannot be decided, then this interpretation will have to ultimately be decided by the judge within the frameworks of positive law.)⁴⁴ Moreover, the existence of a legal right does not require that the subject of the entitlement should be able to enforce it; it is only required that somebody (lawful representative, prosecutor, NGO entitled to initiate an *actio popularis* etc.) should be able to enforce the right.

Therefore in the above we defined the essence of the existence of entitlements and what conditions have to be met if we wish to talk about rights (*facultas agendi*). Now we already may look for accurately answering the question to whom the entitlements are due, that is, theoretically who can be and who cannot be their subjects. Our definition concerning this is the following: *the subject of a legal right can be a person, who is able or potentially will be (may be) able in the future to exercise the opportunity that is ensured by the legal right or to perceive the consequences of such an advantage.*⁴⁵ Therefore it is not a prerequisite that this entity should also know or should recognise in the future at any time that this (the situation ensured through the advantage) is the realisation ensured by law of the possibility favourable for him/her/it (that is it is the consequence of his/her/its entitlement), and it is not a prerequisite either that he/she/it should be able to perceive, recognise or feel

110.

⁴³ This approach may be applied not only in the area of private law, but it also refers to the relations of public law and criminal law entitlements and obligations as well. (For an example of a standpoint different from this see e.g.: Cane, Peter: *Corrective Justice and Correlativity in Private Law*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16, No. 3, 1996, pp. 471–475.)

⁴⁴ A legal right therefore cannot exist without a correlating obligation, however this obligation always exists on the non-entitled side of the 'legal right relationship'. Since a right conceptually is a right due to the fact that it provides an opportunity for the subjects of the entitlement to do something, or not to do something or to enjoy something free from impacts. There is no „mandatory right“ that would require the subject of the entitlement not only to be authorised but obliged to do something, etc., because in this case it already would not be a right, but an obligation. At the same time, naturally on the non-entitled side of the legal relationship there has to be an obligor (one or more defined persons or everybody else beyond the subject of the entitlement).

⁴⁵ Therefore the essential function of entitlement is not to ensure the restriction free exercising of a behaviour that corresponds to the will of the subject (as it was thought by Bernhard Windscheid and the believers of the will theory), but it serves the protection of an interest that is recognised by the state (according to the concept of Rudolf von Jhering and the interest theory).

that he/she/it has so-called 'rights'. In this sense any entity may be the subject of a legal right, who or what is able to feel, either now or in the future, the advantages and their impacts as facts; this beyond dispute (even according to the effective Hungarian Civil Code as well) refers to children, the mentally retarded and the *nascituri/nasciturae* (unborn children) as well,⁴⁶ but it does not refer to lifeless matters, since they can be brought under regulation purely as legal objects.

This is the point where the question may be raised whether anything outside humans having at least potentially mental powers *e.g.* animals can be the subjects of legal rights as well. As regards animals (more exactly as regards a certain part of them), today it may still seem to be a little bit strange that we are talking about 'rights', however, according to the above definition (the subject of a legal right can be a person, who is able or potentially will be /may be/ able in the future to exercise the opportunity that is ensured by the legal right or to perceive the consequences of such an advantage), animals are not excluded *ab ovo* from the possibility of becoming subjects of rights;⁴⁷ for this only one condition has to be met: the law (the legal order, that is, the effective laws in the given legal system /*norma agendi*/) should acknowledge that they have certain defined rights. Therefore the subject status of animals depends only on state recognition: positive law may have any kind of provisions in this regard, the same way as it can have any kind of provisions as regards people (or specific group of people).⁴⁸ If according to the positive law animals are not subjects of law, that is, they do not have any rights in any respect, then in the given law system animals will not have any rights. (This was the situation in the case of most of the legal systems till the 20th century, disregarding some exceptions – for example according to preceding Indian law(s) cows were considered to be saint animals and were given rights.) However, if the rules of a positive law system recognise the legal subject status of certain animals (at least as regards certain issues), then the given animals (in respect of these issues) will be actually the subjects of these entitlements.

The main question is whether for a modern 21st century state it is proper, morally justifiable or rational to apply this recognition. If we start out from the requirement of moral consistency (which says that objects that are, as regards their relevant attributes, identical with one another have to be managed the same way, and for managing them in a different manner we have to certify the actual difference between the objects that we wish to manage differently), then no other answer than yes may be given to this question, at least in respect of certain animals.

As we have mentioned above, the legal subject status of animals depends up to a certain extent (up to the point it is conceptually not excluded) from its recognition by positive law, that is, from its definition. And this „border” obviously (due to the *nature of the thing*) is the (existing or potential future) capability of perception of a certain level, therefore an animal that does not have this capability and may not have

⁴⁶ An unborn child, according to the currently effective Hungarian law, has legal capacity only if born alive (see: Act IV of 1959 on the Civil Code of the Republic of Hungary, 8. §); however, there are or there may be such law systems, where, independently of this condition, in view of potentiality, certain rights are due to an unborn child the same way as for example to an infant born alive.

⁴⁷ They may not have obligations due to their nature, the same way as unborn children and infants that obviously do not have the sense of understanding also cannot have obligations.

⁴⁸ Based only on the fact that a slave society or a state recognising slavery does not consider the slaves as legal subjects, only as legal objects, it cannot be said as regards positive law that these systems are not law systems, it can only be stated that this is not 'just' or 'fair', however, law or „legality” is not an issue of evaluation, but it is an issue of fact. (Otherwise we could not recognise the rules created by the organisations of the Roman Empire to be a „law”.)

such a capability, conceptually cannot have a legal subject status. Consequently, conceptually (due to the nature of the thing) it is excluded to give rights to those animals (or, for example, to any plants, of course) that do not have this minimal mental capability. At the same time due to the requirement of moral consistency it is not justifiable that, if a positive law system ensures the rights of an injured, mentally ill or mentally retarded person, who is unable to think or who is hardly able to think, moreover of an anencephalic infant, who does not have a brain core responsible for cognitive functions (as it is, certainly, proper that a law system does so), then why this same positive law system should not ensure at least certain rights, *e.g.* being free from torture, of at least those animals that are capable of certain, elementary (or even more developed), level of thinking.⁴⁹ Denying this is nothing else but *speciesism*, that is, discrimination between the species which morally is not different at all from racism or sexism.⁵⁰

As regards the Hungarian legal system, the above-mentioned Section 266/B of the Criminal Code, which protects the animal entities from suffering pains by declaring 'cruelty to animals' a criminal act, may be considered to by such a right (albeit this rule refers only to vertebrates),⁵¹ but it is not excluded that Hungarian courts will interpret in the future in a similar manner certain provisions of the *Animal Protection Act* as well (even if they do not do so at present).

Conclusion

It is obvious, that Hungarian animal protection has caught up with the practice of modern European countries, and even if it is problematic whether animals are entitled to *subjective rights* to avoid physical and mental torture,⁵² or if these

⁴⁹ With this we are not denying that the value of the specific living entities cannot be different, but we recognise that causing pain is harmful for all sentient beings capable of feeling pain, and not only for those who have developed cognitive capabilities, therefore narrowing down protection exclusively to the latter ones cannot be justified from moral aspect. (In respect of this see: Singer: *Animal Liberation /op. cit./* pp. 20-21.)

⁵⁰ As Tom Regan writes: "An individual's race, gender, ethnicity, and class provide no basis whatsoever for ascribing different moral or legal rights. The same is no less true of a difference in species. Only prejudice permits the contrary." (Regan, Tom: *The Day May Come: Legal Rights for Animals*. In: *Animal Law*, 2004, p. 23.) And the same from Peter Singer: "[t]o discriminate against beings solely on account of their species is a form of prejudice, immoral and indefensible in the same way that discrimination on the basis of race is immoral and indefensible." (Singer: *Animal Liberation /op. cit./* p. 243.)

⁵¹ The criminal code rule that prohibits the torturing of vertebrates authorises these animal entities with the right that they do not have to endure the pains that are caused by people intentionally and needlessly, and it makes the obligors of this absolute structure legal relation all humans (the same way as the rules that protect human life, the intactness of the human body or human health ensure the right of humans to the physical integrity of their bodies, making it an obligation for all other humans to refrain from these kind of activities). That is, if we compare for example the fact of 'injuring the body' and 'animal torture', then we can see that the former one does not differ structurally, as regards its impact and implications from the latter one (the only difference exists as regards the subject side).

⁵² This seems to be proven by the fact that Act X of 2004, which made 'cruelty to animals' part of the Hungarian Act on the Criminal Code, acknowledges individual animals as subjects of legal protection and thus as obligees of the crime. Pursuant to the justification of this act, the legal object defended by the crime (apart from the maintenance of public order) shall be "the protection of the life and health of the animal as a creature capable of emotions". (See: Norbert Kis /ed./: *The Commentary of the Penal Code*. Volume III.: *Criminal Law Special* (2). p. 988.)

provisions simply embody *people's* obligations against other *people* in order to protect their sense of morality, there is no doubt that the Hungarian regulation regards the individual animal lives as extraordinary *value*, and that the provisions in the Act on Animal Protection or another legal norms grant all possible guarantees required in our days. However, the next step in the stair of right-giving has to be the recognition of at least certain animal entities' subjective rights, not only in Hungary but in all the other modern, developed countries with the idea of *rule of law* as well.

**Possibilities of the solution of *lacuna legis* in the law of the catholic church
(CAN. 19.)**

The definition and the possibilities of solution for a *lacuna*, or “loophole”, are one of the most important functions and tasks of every juridical system. *Lacuna* can arise from the fact that life can create new situations which are not covered by the rules of law. Questions about *lacuna* – for instance: what its definition is, what do we consider as a loophole, do we interpret it terms of an absence of positive law, or also absence of custom or divine law, how can we cover it: only with means of positive law, or also with means of divine and natural law – are not only technical juridical questions. The definition of *lacuna legis* and its dissolution reveals a lot about the legislator’s, the executor’s concepts of law in relation to the law, juridical institutes and their work.

That is the reason why we find a rich civil and canonical literature when speaking about *lacunae* and the possibilities of resolving them. It is understandable, as a *lacuna* and its resolution raise – and this is especially true for canon law – deep philosophical questions concerning law. Such is the understanding of general principles and the equity of law or their application in the case of *lacuna* are profound elements of this question.

Besides the profound legal-philosophical questions covering up *lacuna* also technical questions regarding ecclesiastical structure are concerned. What do we mean by jurisprudence and the practice of the Roman Curia? Is there a hierarchical order among the offices of the Holy See in terms of law practice? How strong is the binding-force of this practice and this jurisprudence? Do they obligate other lower ecclesiastical offices in the case of a *lacuna*? The problem of *lacuna* and its resolution raises the issue of role, freedom and limit of canon-lawyers to resolve the *lacuna*. The Church and its varicolored law are connected to the question of *lacuna*: can we apply the two Codes (Latin and Eastern) to resolve the *lacuna* when one of them does not regulate a juridical question and there is no custom? Finally, what is the reason why canon 1501 in the Code of Eastern Catholic Churches significantly differs from canon 19 of CIC.

From these problems it can be seen that a *lacuna* is one of the most interesting and most complicated juridical questions.

I. THE CONCEPT OF LACUNA

A loophole of a legal system is when in a certain question there is neither universal or particular law, nor custom. Apart from the fact that some canonists consider the summary and the compilation of a doctrine about *lacuna* as great value and an innovation of the last Code in 1917,² we cannot speak of say that only the age of codification paid heed to resolve *lacuna* in canon law/we cannot speak of a novelty in terms of codified canon law. However, it is true that the complete system of *lacuna* as a legal institute was elaborated mostly in the preceding Code. At the same time, we cannot accept the theory either that the 20th canon of the previous Code - which

¹ PhD, kánonjogász, a Sapientia Szerzetesi Hittudományi Főiskola oktatója, a Nemzeti Közszolgálati Egyetem doktori tanácsának tagja.

² Cf. D’ANGELO, S., *Le lacune vigente ordinamento giuridico canonico*, in AA.VV., *Saggi su questioni canonico giuridiche*, Torino, 1928, p. 63.

spoke of lacuna and the possibilities of dissolving and resolving them - was motivated only by civil jurisprudence and by civil law theories.³ It is also true that Greek philosophers and Roman jurists felt a keen interest toward resolving possibilities of legal loopholes, and for that very reason the concept of lacuna and the possibility of resolving them have been very well and profoundly elaborated in European legal culture and in Civil Codes of single countries. Nevertheless, we have to add that the creation of a system of resolving legal loopholes in the Church was not inspired solely by civil law systems.⁴ Since legal lacuna is a well-known juridical institute both in civil law and in different juridical systems, there are many common expressions which are used also by canon law. We can appreciate the distinctiveness and difference of canon law from civil law. This difference is conspicuous, especially in the practice and application of the possibilities for resolving lacuna.⁵ As for the terminological questions, canon 19 of the New Code of Canon Law repeats canon 20 of the previous one. Nevertheless, there are some modifications with very different importance in the text of canon 19 of the new Code.⁶ The most important modification in the text of canon 19 refers precisely to custom. Although it was pointed out in the last Code that there had been a custom as a norm which could not be called a loophole in canon law,⁷ it was only in the new Code that certain reference was made to custom in the legal text. Thus, today it is very evident: if there is only custom without a universal or particular law, there is no lacuna. Therefore, the text of canon 19 became more elaborated, but even nowadays there are canonists who are not content with the specification of this canon believing that the text lacks certain references to general decrees as, according to the canonical norm, general decrees actually are laws (can. 29.). According to them we cannot speak of a loophole of a law if a general decree equaling a law exists.⁸ We must not confuse a legal lacuna with *dubium* –doubt of law -, because in case of the former, in contrast with the case of doubt -where the existence of law is out of question - there is no law in that certain legal matter. Lacuna also differs from ignorance of law (can. 15) as there is none to be enforced. Lacuna can occur in the scope of universal as well as particular law, but it needs to be carefully examined which to fill in as legal issues may vary in their nature and, therefore, also the auxiliary implementations and their way of application may differ.⁹

In case of lacuna the principle of freedom is generally applicable; this means that it is not necessary to get a solution to the unresolved legal question. Nevertheless, sometimes life can generate unresolved legal problems which must be answered. Canon 19 says nothing about the person or authority that can fill a legal loophole. Thus, like in the case of interpretation of law (can. 16.), it seems evident that it is authorities with a legislative, executive or juridical power who are supposed to cover legal lacunas within their jurisdiction.¹⁰ Canon lawyers may also have their own

³ Cf. FEDELE, P., *Generalia iuris principia, cum aequitate canonica servata*, Roma, 1936, 51. Falco goes against it when he says that birth of canon 20 of last Code was motivated by forceful effect of civil law. Cf. FALCO, M., *Introduzione allo studio del Codex Iuris Canonici*, Torino, 1925, p. 103.

⁴ Cf. RAVÀ, A., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, Milano, 1954, p. 98.

⁵ Ibidem.

⁶ Cf. PIÑERO CARRIÓN, J. M., *La ley de la Iglesia*, Madrid, 1985, p. 125–126.

⁷ Cf. JONE, H., *Gesetzbuch*, Wien-Zürich, 1940, I. 41-42; SIPOS, S., *Enchiridion*, Romae, 1954, p. 20.

⁸ Cf. DE PAOLIS, V., *Le leggi ecclesiastiche*, in AA., VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, Roma, 1995, I, p. 301.

⁹ Cf. GARCÍA MARTÍN, J., *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Roma, 1996, p. 125.

¹⁰ Cf. AYMANS, W.-MÖRSORF, K., *Kanonisches Recht*, Paderborn, 1991, I, p. 185.

personal opinions to solve the lacuna, but this – just as in the case of private interpretation of laws – will not result in an obligation to follow. Accordingly, the further applicability and juridical value of a resolution strongly depends which office dealt with it and what its means were. Before the implementation, however, it must be ascertained that there is neither universal or particular law nor custom concerning the juridical problem. Furthermore, it must also be made sure that no similar case has been solved with a new, relevant law or one outside the Code of Canon Law; moreover, there is no extensive authentic interpretation given by a legislator (can. 16. §. 2.). Resolving a lacuna does not create an obligatory legal norm to follow, but it may help authorities tackle similar legal situations in the future.¹¹

II. APPLICABLE POSSIBILITIES TO RESOLVE LACUNA OF LAW

All the principles that one might benefit from in cases of unresolved legal issues were summarized in one canon (can. 19.). But the authors have not yet come to an agreement whether the possibilities offered in canon 19 are an exhaustive list or there are alternatives one might resort to.¹² Resolving a lacuna is a very important legal institute in the system of canon law, thus the opinion of canonists who maintain that canon 19 covers all possibilities to reach a conclusion for unresolved juridical question seems more logical, and we do not have the possibility to complete the list determined by canon 19.¹³ But it is also true that none of the mentioned complements is equivalent to any custom or particular and universal law; that is, the possibility and application of appendages do not substitute law or custom, they only offer an answer to unresolved legal questions. The phrasing of New Code also seems to confirm this opinion. In the Code of 1917 the expression of norm – *norma sumenda est* – (can. 20.) was applied to cases where it spoke about the possibilities of appendages. The last Code characterized the situation of lacuna as a situation where “an express prescription of law has been lacking” and it added to this situation that “the rule (the sum of possible appendages) is to be surmised”. Unlike the old Code of Canon Law, the new Code does not use the expression *norm*; instead, it says *causa dirimenda est* – “the question is to be decided”. All of this underlines the fact, that the possible appendages for resolving lacuna are not equivalent to law or custom.¹⁴ The possible appendages for recovering lacuna in comparison with each other are equivalent, thus their determined order means no hierarchical order in canon 19.¹⁵

The given possibilities of the Code of Canon Law to fill a lacuna are applicable to every unresolved juridical problem. However, the text of canon 19 uses the word *causa*, which is a typical expression of legal process; this would not mean that the canon would be applied to lacuna only in procedural questions. In penal matters, invalidating or incapacitating laws are exceptions from the general application of possible resolutions. Penal matters are expressly mentioned in canon 19. This is in accordance with the general norm of the application of penal law, because Christ's

¹¹ Cf. OTADUY, J., *Commentary to Canon 19.*, in MARZOA, Á.–MIRAS, J.–RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., (ed.) *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, Montreal, 2004, I, p. 348–349.

¹² *Ibidem.* p. 348.

¹³ „Taxative sunt intelligenda, ita ut ad adimplendas legislationis canonicae lacunae ad nullam aliud permitatur recursus.” MICHIELS, G., *Normae generales iuris canonici*, Parisiis-Tornaci-Romae, I, 1949, p. 596.

¹⁴ Cf. *Communicationes*, 17 (1985) p. 34–35.

¹⁵ Cf. JONE, H., *Gesetzbuch*, I, p. 42.

faithful have the right that no canonical penalties should be inflicted upon them except in accordance to the law (can. 221. §. 3) – *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege poenali*. Although invalidating or incapacitating laws are not expressly mentioned, it is logical that the possibilities filling lacuna are not applicable to invalidating or incapacitating laws and to laws which must be interpreted strictly according to canon 18.¹⁶

1. Taking into account laws enacted in similar matters – analogia legis

Taking into account laws enacted in similar matters is the first possible resolution of lacuna mentioned in canon 19. This mode of resolving is classically called the *analogia legis*.¹⁷ Before the application of a similar law, we should determine the nature of the question (administrative action, sacramental, patrimonial or process law, etc.) in order to find solution to a lacuna. Sometimes this is not so easy to determine, taking into account the array of the nature of juridical questions either in the Code of Canon Law or in other juridical regulations. Furthermore, the same lacuna can be examined from several sides. This reality does not mean the absolute application of a similar law. It is also true that some criticism has been formulated regarding the applicability of *analogia legis* in the case of lacuna. This criticism was concentrated on law's goal – *ratio legis* – which is usually essential to the creation of every single juridical norm. They realized that the *ratio legis* – as one of the most important elements of juridical principles – is not taken into consideration. However, concerning this criticism, we have to say that the application of a similar legal norm does not forecast an absolute usage when dealing with a similar law and does not presuppose its ultimate application to the unresolved juridical problem. On the other hand, the *ratio legis* as a legal principle can be kept when implementing other possible resolutions concerning the *analogia iuris* which is the collection of juridical principles included in the *ratio legis* as well.¹⁸

When talking about similar laws we are not referring to any juridical norm which would be applicable in the case of lacuna but only to operative canonical legislation. Earlier civil law, particularly Roman law appeared both in canonical literature and in ecclesiastical jurisprudence as a norm which is fully applicable in the absence of ecclesiastical legal regulation.¹⁹ In contrast with that, the legislation in force

¹⁶ Cf. MICHIELS, G., *Normae*, I, 593. – Some author observe that it would have been better if canon 20 of previous Code had not been phrased as “nisi agatur de poenis, applicandis” but rather as “nisi a iure prohibetur” STAFFA, D., *Imperfezione e lacune del primo libro del Codice di diritto canonico*, in *Apollinaris*, 33 (1960) p. 59.

¹⁷ We can find some certain examples to *analogia legis* among the juridical norms in Code of Canon Law. For instance that also personal prelate can give *dimissorial letter* to candidates of personal prelature before their ordination, however the personal prelate is not mentioned in canon 1018, which regulates the order of *dimissorial letter*. Nevertheless according to canon 295, personal prelate is also a proper ordinary of his subordinates, and he has right to incardinate and ordain the candidates of personal prelature, (or – when he is not a bishop – has right to have them ordained) following from this he has right to give *dimissorial letter* too and norms of *dimissorial letter*, like *analogia legis* must be applied to the personal prelate too. Or another example is that principle of removal and transfer of parish priest (cann. 1740-1747.) are applicable to transfer and removal from every office (can. 193. §. 1). Or norms which ones regulate juridical act of ecclesiastical juridical person (119. k.) are applicable to other bodies and groups in the Church.

¹⁸ Cf. OTADUY, J., *Commentary to Canon 19.*, in *Exegetical Commentary*, I, p. 352.

¹⁹ Cf. WERNZ, F. X., *Ius decretalium*, Romae, I, 1898, 195; MESTER I., *A világi jog hatályossága az egyházi jog területén*, Budapest, 1941, p. 20–21; CASSOLA, O., *De receptione legum civilium in iure canonico*, Tortona, 1941, p. 4–5; CONRAT, M. C., *Römischen Rechts im fruehesten Mittelalter*, in

(can. 19) does not allow of either civil or Roman law to supplement – as *analogia legis* – the ecclesiastical law system in the case of lacuna.²⁰ This is also true even when a given civil law regulates a very similar or the same legal matter, which, because of its silence in this aspect, would be necessary in a certain situation inside of the Church. The only imaginable exception is when civil law has been canonized – integrated with its total juridical effect – into the canon law (can. 22.).²¹ A similar, but already extinct canon law – as *analogia legis* – cannot be used either in case of the lack of ecclesiastical regulation.²²

Furthermore, divine and natural laws may be conducive to the resolution of a legal lacuna as *analogia iuris* – principles of law – but they cannot be considered as laws enacted for similar matters, since here positive ecclesiastical laws are discussed under *analogia legis*.

2. General principles of law – *analogia iuris*

Consideration of the *general principles of law – analogia iuris* – is another option to resolve a legal lacuna in the system of canon law. Neither the Code nor external sources contain a full list of these general principles. There was a need for compiling a list of such legal fundamentals²³, but it failed to materialize considering the fact that is technically impossible. However, the central problem is not the absence of detailed list of general principles but how we regard the *analogia iuris*. Are we to consider it only as positive juridical-canonical principles or are the principles of natural and positive law to be deemed under the general principles of law, too? Another open question is if we should or could include principles of other legal cultural systems, like, for instance, the principles of Roman law.²⁴ In the absence of any canonical disposition in this regard concerning the limit of *general principles of law*, the estimation of this question would depend on the position of the given jurist or juridical school.

For that very reason some authors emphasize that the fundamentals of law, which are applicable in resolving unsettled juridical questions are extremely complex in the canon law. There are principles which originate from divine and natural law while

Zeitschrift Sav. Stift., 34 (1913) p. 27–45; Ua., *Geschichte der Quellen u. Literatur des Römischen Rechts im früheren Mittelalter*, I, p. 5–30.

²⁰ Cf. PINTO, V. P., *Commentary to canon 19*, in ID., (a cura di), *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano, 2001, 22. – But other authors value civil laws given in same or similar juridical matter from the point of view of juridical and technical comparability. Cf. AYMANS, W.-MÖRSBACH, K., *Kanonisches Recht*, I, p. 186.

²¹ Cf. JONE, H., *Gesetzbuch*, I, p. 42.

²² Cf. GARCÍA MARTÍN, J., *Le norme*, p. 127.

²³ Cf. FEDELE, P., *Generalia iuris principia, cum aequitate canonica servata*, p. 51.

²⁴ Some authors emphatically underline that we understand principles of Roman law too under the general principle of law. Cf. CAPPELLO, F. M., *Summa Iuris Canonici*, Romae, 1935, I, p. 90; CHELODI, I., *Ius de personis iuxta codicem iuris canonici praemisso tractatu de principiis et fontibus*, Tridenti, 1922, p. 68; DE MEESTER, A., *Iuris Canonici Compendium*, Bruges, 1926, I, p. 276; WERNZ, F.-VIDAL, P., *Ius Canonicum*, Romae, I, 1934, p. 181; OJETTI, B., *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, Romae, 1927, I, 150; SIPOS, S., *Enchiridion*, p. 20; MICHIELS, G., *Normae*, I, p. 620; CLAEYS BOÛAERT, F. – SIMENON, G., *Manuale juris canonici ad usum seminariorum*, Gandae et Leodii, 1930, p. 175. In this concept the opinion of Ravà would seem extreme, who understands only the principles of Roman law under the general principles of law. She draws this conclusion from the dependence between the structure and juridical disciplines of the early Church and Roman law. According to her early Church received the regulation of Roman law, while she retained her independence. Cf. RAVÀ, A., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, p. 154–161. For the principles of Roman law in the Code of 1917 see BARTOCETTI, V., *De regulis juris canonici*, Romae, 1935.

others are created by juridical science.²⁵ The latter principles, which are created by jurisprudence as a rule, are found in the first book and in the first part of the second book (can. 208-223) of CIC. Such general principles are canonical equity, the consideration of human and Christian dignity, the simultaneous application of justice and equality. Other authors heavily emphasize the importance of the application of principles of natural law with principles of jurisprudence.²⁶ A logical question arises here, namely how we can determine the principles of natural law, because it is obvious that schools that consider questions concerning natural law establish these principles in different ways.²⁷ At the same time, it seems a rather exaggerated opinion that we should mean only the principles of natural law by the fundamentals of law, as, according to the representatives of this theory, positive law has to follow the principles of natural law. This theory has been a decisive recurring thought in work of *Fedele*.²⁸ Examining this theory, we must say that positive law and jurisprudence cannot disregard the principles of natural law. However, if we cannot consider basic technical and scientific principles of positive law under the concept of general principles of law as well, we will lose many very useful technical instruments of law which could help resolve of lacuna (for example, general norms and processes or penal law, etc.). In fact, these principles of positive jurisprudence are exact, precise and defined; thus, they may foster the due process of law. A common opinion is shared that only the exact and well-composed principles of positive jurisprudence should be meant by the general principles of law in cases of lacuna instead of the undetermined principles of “natural law”.²⁹ Moreover, the invocation of general and technical principles of civil law can be useful when these principles are not in contrast with divine law.³⁰ We can acknowledge that some technical and juridical principles are the same in every juridical system, but basically canon and civil law are distinct; thus, both can have different general principles and not all of them can be indiscriminately applied when resolving a canonical lacuna.

An evidence for the complexity of fundamentals of law is shown by the expression of *iuris canonici principiis*, principles of canon law in the first draft of the new Code of Canon Law. Later this expression was modified to general principles of

²⁵ Cf. HUELS, J., *Commentary to canon 19*, in BEAL, J.– CORIDEN, J.– GREEN, TH., (ed.), *New Commentary on the Code of Canon Law*, Washington, 2000. 78; PINTO, V. P., *Commentary to canon 19*, in ID., (a cura di), *Commento*, p. 22.

²⁶ Cf. OJETTI, B., *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, I, 150; VERMEERSCH, A.– CREUSEN, I., *Epitome iuris canonici*, I, Romae, 1949, 127; D’ANGELO, S., *Le lacune vigente ordinamento giuridico canonico*, 77-79; MICHELS, G., *Normae*, I, 620; SIPOS, S., *Enchiridion*, p. 20.

²⁷ For different concepts of natural law see FRIVALDSZKY J., *Klasszikus természetjog és jogfilozófia*, Budapest, 2007. For instance some examples of principles which are composed as principle of natural law in works of *Horváth Sándor*: Law of Individual, community, family, motherland, state. But level of interpretation of natural law depends on every single school or jurist. Cf. HORVÁTH S., *Örök eszmék és eszmei magvak Szent Tamásnál*, Budapest, 1944, p. 252–336; ID., *A természetjog rendező szerepe*, Budapest, 1941.

²⁸ „(...) secondo me, generalia iuris principia del can. 20 non possono significare altro, nell’ordinamento canonico, che *ius naturale*: il puro e semplice richiamo all’aequitas canonica sarebbe stato sufficiente ad indicare il riferimento allo *ius naturale* e la sua applicazione ai singoli casi concreti non disciplinati da una norma né disciplinabili mediante il procedimento proprio dell’analogia sia *leges* sia *iuris*.” FEDELE, P., *Discorsi sul diritto canonico*, Roma, 1973, p. 81.

²⁹ Cf. TOSO, A., *Ad codex juris canonici commentaria minora*, Romae, 1924, I, p. 62; BLAT, A., *Commentarium textus codicis iuris canonici*, Romae, I, 1922, p. 77; DEL GIUDICE, V., *Istituzioni di diritto canonico*, Milano, 1936, p. 78; PETRONCELLI, M., *Diritto Canonico*, Napoli, 1953, p. 113; JEMELO, C. A., *Elementi di diritto ecclesiastico*, Firenze, 1927, p. 57.

³⁰ Cf. HUELS, J., *Kommentár a 19. kánonhoz*, in *New Commentary*, p. 79.

law in order to avoid the consideration of principles created only by positive law.³¹ In addition to that, the reference to *equitas canonica* - canonical equity - in canon 19 also means that under the principles of law it is not just the technical principles of law that should be taken into consideration.

3. Application of equity

Canonical equity is one of the most important principles of canon law, which must be applied by ecclesiastical superiors, authorities and tribunals during the administration of law.³² Equity is a metajudicial element, which can become concrete in certain canonical institutes.³³ Equity is concretized, for instance, in the activity and praxis of ecclesiastical governance, in the interpretation of law, in the jurisprudence of ecclesiastical tribunals,³⁴ and in administrative praxis.³⁵ Equity imbues the entire legislation of the Church; in fact, in some cases, when the Code speaks about important legal institutes, it again underlines the observance of equity.³⁶ This is the reason why equity is listed as well among the eliminating possibilities of lacuna in canon 19. Moreover, equity seems to be mentioned as an applicable measure for reducing possibilities.³⁷ Equity does not mean the ignorance of the objectivity of the law³⁸ or the ignorance of law but the application of law with consideration towards the individual circumstances³⁹ of justice, of human and Christian charity, and of mercy.⁴⁰ We can say that equity is a benevolent application of law whereby the executor of law aims to foster the supernatural aim of the Church – the salvation of souls.⁴¹ The Code mentions *equity* on diverse occasions, but in the case of lacuna it speaks about *canonical equity*.

³¹ Cf. *Communicationes*, 19 (1987) 57, 94–95, 23 (1991) 158.

³² Paul VI. assisted a lot to promote the equity in the operative law. Principles of reconstruction of the Code of Canon Law were composed in such a manner that not only the positive juridical and technical elements of law but metajudicial elements were taken into account as well. It stands to reason that these metajudicial elements were introduced in the new Code of Canon Law too. Cf. *Communicationes*, 1 (1969) 70-72. Furthermore these principles of law are join to the pastoral mission and goal of the Church. Afterwards Paul VI. emphasized forcefully the importance of equity in his speech to the Roman Rota. The Pope added that it is important that equity must appear in judgments of Rota too. Cf. Paul VI. *Alloc.*, 1969.I.27, in AAS, 61 (1969) 174-176; *Alloc.*, 1970.I.29, in AAS, 62 (1970) p. 111–113. Speech of 1973 is totally dedicated to canonical equity. Paul VI. *Alloc.*, 1973.II.8, in AAS, 65 (1973) p. 95.

³³ Cf. LA RANA, A., *L'aequitas negli istituti giuridici e nelle norme, in genere, dell'ordinamento della Chiesa*, in AA.VV., *Il diritto della Chiesa Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano, 1996, p. 104–105.

³⁴ Cf. VI.Pál, *Alloc.*, 1970.I.29, in AAS, 62 (1970) p. 111.

³⁵ Cf. BERLINGÒ, S., *Diritto canonico*, p. 140–141.

³⁶ Other places of the Code refer to canonical equity *generally* like canon 19 (cf. cann. 221. §. 2; 1752.), but some canons of the Code which regulate other canonical institutes underline *expressly* the importance equity (for example. Cann. 271, 686. § 3, 702. §. 2, 1148. §. 3).

³⁷ „L'equità canonica è la regola delle regole – norma normans.” BERLINGÒ, S., *Diritto canonico*, Torino, 1995, p. 29–30.

³⁸ Cf. Paul VI, *Alloc.*, 1970.I.29, in AAS, 62 (1970) p.111.

³⁹ Cf. WERNZ, F.-VIDAL, P., *Ius Canonicum*, I, p. 69.

⁴⁰ „Tale servizio, per essere evangelico, eviterà qualsiasi forma di assolutismo o di egoismo; si compirà nel rispetto della persona, libera e responsabile; consisterà nel guidare senza opprimere, nell'amare un fratello che accetta l'obbedienza come dovere, e non come necessità estrinseca, come un bene per il cristiano e beneficio per la comunità. (...) Il giudice terrà conto, grazie all'aequitas canonica, di tutto ciò che la carità suggerisce e consente per evitare il rigore del diritto, la rigidità sua espressione tecnica (...). VI. Pál, *Alloc.*, 1973.II.8, in AAS, 65 (1973) 95. For the canonical equity see URRUTIA, F. J., *Aequitas canonica*, in *Periodica*, 73 (1984) p. 34–78.

⁴¹ Cf. SCHÜLLER, T., *Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der salus animarum*, Würzburg, 1993, p. 431–432; JONE, *Gesetzbuch*, I. p. 43.

Except canon 19, the CIC uses the term canonical equity only once more, in canon 1752. The Code of 1917 used the expression of canonical equity only once, when it spoke about lacuna (can 20.), and in other places it used the expression of equity or natural equity. As a result, it became a subject to debate whether there was difference or not between the expressions: canonical equity and equity or natural equity. Some believe that there is a difference between the two expressions. According to them canonical equity is a more objective form of equity, because in this case canonical tradition is also joined to the general principle of natural equity.⁴² The conclusion is that canonical equity is not identical to natural equity, but the latter is the base of the former.⁴³ Others think that equity and natural equity designate the „natural moral” and canonical equity (can. 19, 1752.) refers to an equity which must be applied in the application of analogia iuris.⁴⁴ Another theory is that equity has the same meaning which is independent from the words used in the Code – equity, natural equity and canonical equity.⁴⁵ Equity always has to be applied in accordance with canonical tradition in canon law, without reference to the used expression of the given canon or law.⁴⁶ The way of considering equity can also influence how the canonists interpret and use the principle of equity when resolving an unsettled juridical question. This means that some authors interpret equity in a broad sense and apply it to every possibility of eliminating a lacuna.⁴⁷ Others explain equity as a principle which must be applied only to principles of analogia iuris and analogia legis.⁴⁸ Yet if we imagine equity as a principle which imbues the total canonical system it is much more logical if we consider equity to be applicable to all of the possibilities of eliminating (jurisprudence, praxis, theories of jurists) and not only to analogia iuris and legis. It is true even when the construction of canon 19. seems to justify just the opposite.⁴⁹

⁴² Cf. D'ANGELO, S., *De aequitate in Codice iuris canonici*, in *Apollinaris*, 1 (1928) 370-371; DE PAOLIS, V., *Le leggi ecclesiastiche*, in *Il diritto nel mistero*, I, p. 301.

⁴³ „Aequitas canonica propria non est idem ac aequitas naturalis.” CAPPELLO, F. M., *Summa Iuris Canonici*, I, 71. – For the equity in the civil law see FRIVALDSZKY J., *A fejedelem és a méltányosság a középkorban – Az aequitas mint a hatalom normatív korlátja, mint a normaalkotási kompetencia-kiterjesztési eszköze és mint az alattvalókhöz való viszonyulási norma*, in UA., *Klasszikus természetjog és jogfilozófia*, Budapest, 2007, p. 176–196.

⁴⁴ „Das Wort aequitas bedeutet dem Wortsinne nach „Einheitlichkeit, Gleichmäßigkeit, Gleichheit. Im kanonischen Recht nahm es früh die den römischen Juristen bekante Bedeutung von Billigkeit an, und in diesem Sinne werden aequitas naturalis und aequitas im Kodex gebraucht. Strittig ist die aequitas canonica in c. 20. Der Sinn ist (...) daß bei dem Heranziehen allgemeiner Rechtsgrundsätze auf eine „gleichmäßige rechtliche Behandlung gleicher oder ähnlicher Rechtsverhältnisse im Sinn und Geist des kirchlichen Rechts (aequitas canonica) Bedacht zu nehmen ist.““ MÖRSDORF, K., *Rechtssprache des Codex Iuris Canonici*, Paderborn, 1937, p. 42. For this opinion see EICHMANN, E., *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des CIC*, Paderborn, 1934, p. 71; ERDŐ P., *Méltányosság a mai egyházjogban*, UA., *Az élő egyház joga*, Budapest, 2006, p. 49.

⁴⁵ Cf. VAN HOVE, A., *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, Romae, 1930, I, 291-292; LEFEBVRE, C., *Équité*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, Paris, 1953, V, p. 408.

⁴⁶ Cf. MICHIELS, G., *Normae*, I, p. 620.

⁴⁷ Cf. BERLINGÒ, S., *Diritto canonico*, Torino, 1995, p. 143.

⁴⁸ Cf. MICHIELS, G., *Normae*, I, p. 621.

⁴⁹ „Si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum; aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principiis **cum aequitate** canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia.” Can. 19. the original text shows that „Cum aequitate” refers only to similar cases and to the principles of law. From this we can not conclude that we shall not take equity into account by the other ways of resolving of the lacuna.

4. Jurisprudence and praxis of the Roman Curia

The jurisprudence of the Roman Curia and its praxis – administration – can also help resolve lacuna. The operative Code does not use the expression of *stylus*, which was applied together with *praxis* in the Code of 1917 (CIC, 1917, can. 20.). *Stylus* or *stylus formale* referred to the applicability of the practical elements of applied law in the last Code.⁵⁰ During the preparation of the new code, the text of the canon at first was only extended– *iurisprudentia ecclesiastica, praesertim stilo et praxi curiae romanae*⁵¹ –, and it was only later that the word “*stylus*” came to be deleted. In this word usage an underlying intent can be conveyed, according to which it is easier to find a solution when a lacuna occurs either from administration or from jurisprudence, because canon 20 indicates the applicable implementations to both with a very clear differentiation.⁵²

Neither jurisprudence nor the praxis of every ecclesiastical tribunal or office is applicable to resolve a lacuna, but only the jurisprudence and praxis of the Roman Curia. The first reason for this originates from the preparedness and professionalism of the Roman Curia. The second reason can be derived from the *communio Ecclesiarum*, which means that a relative unity is desired between governing activity of the local and universal ecclesiastical authorities.⁵³ It seems, however, that the implementation of praxis in offices of local churches is not hindered by any legal obstacles provided there is neither universal nor particular law, but this praxis cannot be contradictory to the praxis of the Roman Curia.⁵⁴ This means that lower ecclesiastical authority can also create its own praxis, but this must be accord with that of the Roman Curia.⁵⁵

a, Jurisprudence of the Roman Curia

By the aforementioned jurisprudence in canon 19 only the judgment of the tribunals of the Holy See are meant not those of lower tribunals. From the importance of jurisprudence in canon law some authors realize a stronger connection between the Anglo-Saxon case law and the new canon law system.⁵⁶ The jurisprudence of the Roman Curia has always had a significant influence on the jurisprudence of local ecclesiastical tribunals. When we refer to the jurisprudence of the Holy See, we always think primarily of the emanated judgments of the *Roman Rota*, but we cannot exclude the competence of other ecclesiastical supreme tribunals of the Holy See from the text

⁵⁰ Cf. JONE, H., *Gesetzbuch*, I. 43. – Some authors say that the word of *stylus* can be understand in wide sense, thus there is no great difference between the two words: *stylus* and *praxis*. „formula canonis *stylus* et *praxis curiae romanae* intelligatur per modum unius.” MICHIELS, G., *Normae I*, 593. From this we can conclude that the change of words in the text of canon and cancellation of the expression “*stylus*” did not result a great diversity in the canon and its effect to resolve a lacuna. Nowadays the *praxis* means the formal element of administration– *stylus formalis*, - and the substantive elements of *praxis* – *stylus materialis* too. Cf. ARRIETA, J., *Il valore giuridico della prassi della curia romana*, 100.

⁵¹ *Communicationes*, 19 (1987) 57; 94–95; 23 (1991) p. 158.

⁵² Cf. OTADUY, J., *Commentary to canon 19*, in *Exegetical Commentary*, I, p. 360.

⁵³ Cf. ARRIETA, J., *Il valore giuridico della prassi della curia romana*, in AA.VV., *Il diritto della Chiesa Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano, 1996, p. 104–105.

⁵⁴ Cf. VAN HOVE, A., *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, p. 338.

⁵⁵ „Diocesan curia can likewise generate a proper jurisprudence and practice in those matters of particular law that concerns them. This jurisprudence and practice will normally (if they do not fulfill the conditions of a custom contrary to law) never be contrary to those of Roman Curia.” OTADUY, J., *Commentary to canon 19*, in *Exegetical Commentary*, I, p. 363.

⁵⁶ Cf. OMBRETTA, F. C., *Diritto suppletorio e consuetudine*, in UA (a cura di) *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, p. 54.

of canon 19. It is true that article 126 of *Pastor Bonus* specifies directly the *Roman Rota*; as an office of the Holy See, it has special functions to establish unity in ecclesiastical jurisprudence.⁵⁷ Still, it is not only the *Roman Rota* that has the competence and the duty to establish and help the unity of local jurisprudence. This competence cannot be withheld from other dicasteries of the Holy See which occupy a function with delegated judicial power. This is particularly true in the case of the Apostolic Signature, which is also a supreme tribunal of the Holy See. The Apostolic Constitution of Paul VI, the *Regimini Ecclesiae Universae*⁵⁸ or the internal statute of the Signature (17. p. 1. §) points explicitly to this role of the Signature.⁵⁹ It is a fact, though, that the competence of the Apostolic Signature is not limited to judicial cases only, but administrative matters also belong to its jurisdiction. This means that the legal activity of the Apostolic Signature may be indicative to lower ecclesiastical authorities and offices in judicial cases as well as in the praxis of administrative matters whenever a lower ecclesiastical authority encounters with a legal lacuna.⁶⁰ Beside the Apostolic Signature it is the Congregation for the Doctrine and Faith who proceeds – in certain matters – either administratively or judicially. In such matters the administrative decisions or the judicial judgments of the Congregation could assist in the resolution of legal loopholes, providing there is no certain law regarding the question.⁶¹

Judgments of the Roman Rota can help the lower judicial authorities only if these judgments – or at least a selection of these – are widespread and well-known among the members of lower ecclesiastical tribunals. Thus, in 1912 the Roman Rota published the first collection of selected rotal judgments to assist in the jurisprudence of lower ecclesiastical tribunals. This collection of selected judgments became very quickly well-known and liked in the work of local tribunals. The original title of the publication was *S. Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, which has been changed after erasing the title of saint – *sanctae* – from the name of every dicastery of the Roman Curia. Today the selection of judgments is published in a CD-ROM format as well. Although the advantages of publication are undeniable, it is also subject to heavy

⁵⁷ „Hoc Tribunal instantiae superioris partes apud Apostolicam Sedem pro more in gradu appellationis, agit ad iura in Ecclesia tutanda, unitati iurisprudentiae consulit et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio est.” John Paul II, Const. Ap., *Pastor Bonus*, 1988.VI.28, 126. art., in AAS, 80 (1988) 892. Another time John Paul II emphasized again this role of Roman Rota in his annual speech to the tribunal. Cf. John Paul II, *Alloc.*, 1992.I.23, n.4, in ASS, 84 (1992) 142; *Alloc.*, 1993.I.29, in AAS, 85 (1993) p. 1258.

⁵⁸ „Per SECTIONEM PRIMA Tribunali ea cognoscit, aut ex potestate ordinaria aut ex potestate delegata, quae eidem tribuntur in Codice iuris canonici; competentiam tribunalium, etiam pro causis matrimonialibus constitutorum, prorogat; forum peregrinorum in Urbe, donec aliter provideatur, extendit ad processus nullitatis matrimonii, extraordinariis dumtaxat in adiunctis et gravissimis de causis; ad normam sacrorum canonum invigilat pro munere suo rectae administrationi iustitiae, **tribunalium regionalium** vel interregionalium erectionem curat; iuribus gaudet, quae eidem tribuntur in Concordatis inter Sancram Sedem et varias Nationes.” Paul VI, Const. Ap., *Regimini Ecclesiae Universae*, 1967.VIII.15, 105. art., in AAS, 59 (1967) p. 921.

⁵⁹ Cf. GROCHOLEWSKI, Z., I tribunali, in BONNET, P.-GULLO, P. (a cura di), *La curia romana nella Cost. Ap. Pastor Bonus*, *Città del Vaticano*, 1990, 412-413; DE DIEGO-LARA, C., *Vigilancia y control de legalidad de los tribunales eclesiásticos por el Tribunal Supremo de la signatura apostólica* (Desde el código de 1917 a la Constitución apostólica "pastor bonus"), in *Ius canonicum*, 30/59 (1990) 133-149.

⁶⁰ Cf. POMPEDDA, M. F., *Introduction to article 121-125 of Apostolic Constitution of Pastor Bonus*, PINTO, P. V. (a cura di), *Commento alla Pastor Bonus e alle norme susidiarie della Curia Romana*, *Città del Vaticano*, 2003, p. 173.

⁶¹ Cf. John Paul II, Const. Ap., *Pastor Bonus*, 1988.VI.28, 48, 51, 52, art, in AAS, 80 (1988) 873, 874. See also GÄNSWEIN, G., *La procedura della Congregazione per la Dottrina della Fede per l'esame delle dottrine*, in AA., Vv., *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*, Milano, 1999, p. 368–371.

criticism, which results from linguistic difficulties. The compilation of judgments is published in their original language, which is in Latin, but nowadays the classical language of canon law and rotal judgments is being more and more overshadowed; therefore, the less judges and members of ecclesiastical tribunals can make use of it compared to the years when the first volumes were published. For this reason, in some canon law magazines they get translated to the original Latin judgments, or the essence of them, and get published in one of the frequent European languages.⁶²

When we speak of an open question in jurisprudence, we automatically think of a lacuna which occurred in the jurisprudence and praxis of lower ecclesiastical tribunals or offices. It is true that mostly lower ecclesiastical tribunals and offices need help from higher ones. Lacuna, however, can occur in the work and the life of the Rota, of the Apostolic Signature or of other dicasteries of the Holy See. We cannot conclude from the text of canon 19 that their praxis and jurisprudence should be applied as a means of resolving a lacuna which occurred in their work,⁶³ but we cannot exclude its contrary either.

Beside the prevalence of supreme jurisprudence its uniformity is important, too. The judgments of supreme tribunals can be helpful and can promote the unity of lower jurisprudence only if there is a relative unity among the judgments of supreme tribunals in similar cases. That possibility of real unity in jurisprudence, nevertheless, is strongly doubted by some canonists, emphasizing that it is impossible to have an absolute uniformity in jurisprudence because of its nature. According to them, jurisprudence cannot have unity neither in the case of lower nor in the case of supreme tribunals. Moreover, this is particularly true in the life of the Rota, as the *rotal turn* consists of judges with very different concepts and juridical mentality, and thus the judgments in similar cases (mostly in similar marriage nullity cases) can differ from each other.⁶⁴ All of this has a great influence on local tribunals, too.

Finally, we should mention that sometimes the rotal jurisprudence can have an effect not only to the practical side of jurisprudence but it can help understand some questions of natural law. As a result, the applicability of jurisprudence can be broader and it can concern deeper questions that are not merely practical.⁶⁵

b, The Praxis of the Roman Curia

Not only the jurisprudence of supreme tribunals but also the administrative practice of law – *praxis* – can be a point of reference in the case of legal lacuna. What can be said concerning the applicability of *rotal* judgments that they should be made

⁶² For example a selected English translation of Rotal judgments from 1971 to 1988: MENDONÇA, A., *Rotal Anthology, An Annotated Index of Rotal Decisions from 1971 to 1988*, Washington, 1992.

⁶³ Cf. OTADUY, J., *Commentary to canon 19*, in *Exegetical Commentary*, I, p. 363.

⁶⁴ Cf. MONTINI, P., *L'unità della giurisprudenza: Segnatura Apostolica e Rota Romana*, in AA., VV., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, Milano, 1998, p. 222, 228–230.

⁶⁵ In the last years John Paul II emphasized the importance of Rotal jurisprudence in advance of legislation. He underlined that the rotal judgments have moral and juridical prestige, thus these judgments could assist noteworthy to the lower ecclesiastical tribunals. Cf. John Paul II, *Alloc.*, 1983.II.26, n.4, in AAS, 75 (1983) 558. Today the judgments and jurisprudence of Roman Rota helps to understand the more complex canonical and juridical questions too. John Paul II particularly mentioned questions which ones join to marriage. One of these difficulties was the psychological capacity to get married. Psychological suitability (can. 1095.) was explained in relatively broad sense. According to the Pope the good jurisprudence of Roman Rota can help to understand which difficulties can have effect to the validity of the marital consents, because of psychological problem and which ones not. Cf. John Paul II, *Alloc.*, 1984.I.26, n.7, in AAS, 76 (1984) p. 648.

widely known among the members of lower ecclesiastical tribunals applies also to the case of *praxis*. The *praxis* of the Roman Curia can assist lower offices only if the decisions are recognizable and well accessible. Some of the general or customized executive decrees or instructions are published in the *Acta Apostolicae Sedis* or/and in the official bulletin of the given dicastery.⁶⁶ Not every dicastery has its own bulletin, in which the dicastery could publish its more important administrative documents. Instructions of dicasteries, given that these are more noteworthy and significant are sometimes published in a separate volume. Even so, there is no collection of administrative decrees better systematized and involving administrative measures exclusively alike that of the royal judgements. There are only some unofficial compilations of texts that exist mostly in English (for example *Canon Law Digest, Roman Replies és CLSA Adversary Opinions*) which also include bountiful matters concerning the administrative *praxis* of the Roman Curia.

Beyond the administrative decisions of dicasteries the own statutes of every single dicastery may be conducive to resolving a lacuna.⁶⁷ As dicasteries have their own defined sphere of activity, it is worth clarifying the nature of a lacuna, and, accordingly, identifying the problem in order to scrutinize the statute, *praxis* and administrative decisions of the competent dicastery. This might be of importance because of the nature of lacuna that might be a matter of *materia mixta*, that is, more dicasteries of the Roman Curia may have competence in it. If the dicasteries of the Roman Curia proceeded in a different way in a question which is not regulated by law, or the competence is not yet decided, the *praxis* of the *Apostolic Signature* may determine for lower ecclesiastical offices the way a lacuna is to be resolved because of its precedence among the dicasteries.⁶⁸ Beyond this diversity some stability is also required in the *praxis* of the Roman Curia in order to help lower ecclesiastical offices more effectively at least in the administration of the same juridical matters.⁶⁹

We should presume certain awareness and a sense of duty by lower ecclesiastical authorities towards the administrative *praxis* of the Roman Curia because of its importance. In fact, it is sometimes the CIC itself who orders lower ecclesiastical authorities to follow the *praxis* of the Roman Curia (cf. can. 14; 87.) that presupposes that lower ecclesiastical offices possess the necessary information about its *praxis*.

Nevertheless, lower ecclesiastical offices generally are not obligated to fully adopt or not entirely bound to accept either the administrative decisions or the juridical judgments of the Roman Curia when the ecclesiastical law is lacking, since they generally oblige only the persons to whom the judgment or administrative decision was given (can. 16; 1642. k.). *Praxis* and jurisprudence can forcefully affect legislation later

⁶⁶ For example *Notizia* is the bulletin of Congregation for Divine Worship and for Discipline of Sacraments. Here we find the regulations which are emanated by the Congregation regarding to sacraments or to the liturgy. This does not mean that the most important decisions of this Congregation are not published in the *Acta Apostolicae Sedis* or in the *Enchiridion Vaticanum*, or in a separate publication too.

⁶⁷ Beyond the general rules of dicasteries which are found in *Pastor Bonus* apostolic constitution and in *Regolamento Generale della Curia Romana* –, the single offices must have their own inner statutes. „Unicuique Dicasterio proprius sit Ordo servandus seu normae speciales, quibus disciplina et negotia tractandi rationes praestituantur. Ordo servandus uniuscuiusque Dicasterii suetis Apostolicae Sedis formis publici iuris fiat.” John Paul II, Const, Ap., *Pastor Bonus*, 1988.VI.28, 38. art., in AAS, 80 (1988) 869. See too PALAZZINI, P., *Le Congregazioni*, in BONNET, P.-GULLO, P. (a cura di), *La curia romana nella Cost. Ap. Pastor Bonus*, Città del Vaticano, 1990, p. 204–205.

⁶⁸ Cf. 1445. k. 2. §. 1; John Paul II., Const, Ap., *Pastor Bonus*, 1988.VI.28, 122. art. 1, in AAS, 80 (1988) 891; POMPEDDA, M. F., *Commentary to articles 123-124 of Pastor Bonus*, in PINTO, P. V. (a cura di), *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, p. 180–181.

⁶⁹ Cf. OTADUY, J., *Commentary to canon 19*, in *Exegetical Commentary*, I, p. 362.

on, but they themselves do not equal the law.⁷⁰ According to some authors, judicial judgments and administrative measures of the Roman Curia should be much more influential when an unresolved legal matter occurs in the praxis or in the jurisprudence of lower ecclesiastical authorities. The conclusion that should be drawn based on the analysis of canon 19 is that judges and superiors – as there is no hierarchical order in the execution determined – are absolutely free to choose among the given possibilities to answer a lacuna when a problem arises in the sphere of jurisprudence or praxis. They are not obligated to opt for the jurisprudence and the praxis even if this was logical because of the nature of lacuna. For this reason, some authors promote a more binding force of the rotal judicial judgments and the administrative praxis of the Roman Curia in regard to the lower offices and tribunals in the case of an unresolved question of jurisprudence or praxis.⁷¹ Their idea is to increase the significance of the jurisprudence and the praxis of the Roman Curia, and these judgments should be reconsidered as a legal custom.⁷² This is, however, a misunderstanding or at least a very broad interpretation of custom. By custom we mean a legal habit which is introduced by the people of God and not by the ecclesiastical authorities (can. 23.).⁷³ Another notion that reinforces the prestige of the decisions of the Roman Curia is that the rotal judgments should have papal approbation. This concept is absolutely contrary to the operative juridical norms concerning papal approbation and the Roman Rota.⁷⁴

5. *The common and constant opinion of learned authors*

The common and constant opinion of learned authors is the last principle for resolving an unanswered juridical question in canon 19. The opinions of canonists have always had great importance in the history and development of law; however, the reception of the value and importance of the *common and constant opinion* was quite mixed in the past. Its significance was generally measured in the light of the activity of the legislator. When the legislator was able to precisely resolve juridical matters, the evaluation and importance of his authorial opinions were lower. On the contrary, when the legislator left much unanswered juridical matter, authorial opinions became more important and significant. For instance, before the age of codification opinions of canonists were more important because of the large number of regulations and inaccurate wording.⁷⁵ In the Church, however, the authorities possessing legislative, judicial or executive powers have never been obliged to accept and follow an authorial opinion without criticism, not even if this opinion was common among authors or was

⁷⁰ Cf. POMPEDDA, M.F., *La giurisprudenza come fonte di diritto nell'ordinamento canonico matrimoniale*, in AA., Vv., *Studi di diritto processuale canonico*, Milano 1995, p. 25–26.

⁷¹ Cf. MONTINI, P., *La giurisprudenza dei tribunali apostolici e dei tribunali della chiese particolari*, in AA.Vv., *Il diritto della Chiesa Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano, 1996, p. 123–124.

⁷² Cf. MAROTO, PH., *Institutiones iuris canonici*, I, Matriti, 1919, 433; LEFÉBVRE, CH., *Les pouvoirs du juge en droit canonique. Contribution historique et doctrinale à l'étude du canon 20 sur la méthode et les sources en droit positi*, Paris, 1938, p. 256–257.

⁷³ Cf. MÖRS DORF, K., *Die Autorität der rotalen Rechtsprechung*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 131 (1962) 431. For the critic of connection between jurisprudence and praxis of Roman Rota and custom see VARALTA, Z., *De jurisprudentiae conceptu*, in *Periodica*, 62 (1973) p. 47.

⁷⁴ „Summi Pontificis approbationi subiciendae sunt decisiones maioris momenti, exceptis iis pro quibus Dicasteriorum Moderatoribus speciales facultates tributae sunt exceptisque sententiis Tribunalis Rotae Romanae et Supremi Tribunalis Signatura Apostolicae intra limites propriae competentiae latis.” John Paul II, Const., Ap., *Pastor Bonus*, 1988.VI.28, 18. art., in AAS, 80 (1988) p. 864.

⁷⁵ For the importance and effects of common opinions of jurists in various ages see SZABÓ B., *Doktor alkotta jog Communis opinio doctorum és más jelenségek* in SZABÓ M., (szerk.), *Ius Humanum Ember alkotta jog Műhelytanulmányok*, Miskolc, 2001, p. 146.

represented by a more significant author.⁷⁶ This has been a correct stance in ecclesiastical legislation and its practice, as the overwhelming quantity of mostly subjective authorial opinions may result in a doubt of law. The question of what the standard is for considering someone a legal scientist and what we mean by constant and common opinion, however, still persists. According to some authors of canon law, we can consider a jurist as a legal scientist if he is able to accomplish a scholarly commentary or handbook and he has observations in various canonical questions.⁷⁷ Others, when referring to authors, mean every canonist and theologian in general, without any academic and scholarly specification.⁷⁸

As far as common opinion is concerned, it is not expected to be unanimous. The number of authors representing an opinion does not determine the value of a consideration but their reputative arguments.⁷⁹ An opinion can be more valuable if various authors reach the same conclusion with different argumentations.⁸⁰ Constancy of opinion means constancy with the teaching of the Catholic Church, not constancy with a subjective conviction of the authors. It seems that if there are more consequently deducible opinions in the same unresolved juridical matter and these are in accordance with Church doctrine, you may apply them freely in order to resolve unanswered juridical matters.⁸¹

III. POSSIBILITIES TO RESOLVE A LACUNA IN THE CODE OF CANON LAW OF THE EASTERN CATHOLIC CHURCHES

The Code of Canon Law of The Eastern Catholic Churches, like the Code of the Latin Church, offers possibilities to resolve an unanswered juridical matter. But canon 1501 of the CCEO, which represents the system of lacuna and the possibilities for resolving them, differs significantly from canon 19 of CIC.⁸² The CCEO speaks of the lacuna of law when there is no law in the question. Legal custom is mentioned in Canon 1501 of CCEO too, but, unlike in the CIC, here legal custom is not considered as if it was equivalent to the law. Legal custom is found among the offered possibilities of resolving lacuna in the Eastern Code of Canon Law. Therefore, we must define lacuna in a broader sense in the Eastern legislation. Because of this, in the Eastern legislation, unlike the Latin, if there is a legal custom but there is no custom, we

⁷⁶ The marital consent is one of the typical examples. Significant canonists from the school of Bologna – Gratianus too – thought that the two substantial elements - consent and consummation - create the marital bond. Alexander III, identified himself with the opinion of the school of Paris, which is the traditional teaching of the Church, that the legally expressed marital consent of the parties is the only constitutive element of marital bound. Cf. KUMINETZ G., *Katolikus házasságjog*, Budapest, 2002, p. 41–44.

⁷⁷ Cf. HUELS, J., *Commentary to canon 19*, in *New Commentary*, p. 80.

⁷⁸ Cf. PINTO, V. P., *Commentary to canon 19*, in IDEM., (a cura di), *Commento*, 23.

⁷⁹ Sometimes - mostly in the civil legislation – the importance of an authorial opinion is appreciated by number of authors, who are representing the opinion. We find experience to a criterion creation to determine value and rank among the authorial opinions. For example if the work of an author is better diffused, the opinion is more valuable. Cf. SZABÓ B., *Doktor alkotta jog Communis opinio doctorum és más jelenségek* in SZABÓ M., (szerk.), *Ius Humanum Ember alkotta jog Műhelytanulmányok*, Miskolc, 2001, p. 146.

⁸⁰ Cf. AYMANS, W.-MÖRS DORF, K., *Kanonisches Recht*, p. 187.

⁸¹ Constant and common opinion of canonist is the valuation of circumstances when the Christ-faithful can put aside from duty to frequent the dominical mass. (Can. 1247.)

⁸² „Si certa de re deest expressum praescriptum legis, causa, nisi est poenalis, dirimenda est secundum canones Synodorum et sanctorum Patrum, legitimam consuetudinem, generalia principia iuris canonici cum aequitate servata, iurisprudentiam ecclesiasticam, communem et constantem doctrinam canonicam.” CCEO, can. 1501.

encounter a lacuna. It is true that lacuna, like other legal apparatuses, can help solve an open juridical matter but lacuna itself is not equivalent to the law. Moreover, the mentioned apparatuses are not in a hierarchical order in the CCEO. The executor of law has the liberty to choose among the legal apparatuses and the liberty to decide whether he wishes to resolve the unanswered question by means of legal custom or with other possibilities offered in canon 1501.

There is another significant difference between CCEO and CIC. CCEO refers directly to the ancient canon of the fathers and the councils as a means of resolving a canonically unanswered problem.

Furthermore, the CCEO, as opposed to the CIC, does not say the principles of law – *analogia iuris* – but the principles of canon law as possible means of recovering a lacuna. CCEO excludes more precisely the applicability of the principles of civil law with this wording. Yet from the text of canon 1501 of CCEO, we cannot exclude the applicability of principles of natural or divine law as a possibility to assist in resolving a lacuna, because these are integral elements of canon law.

CCEO says nothing about *praxis* as a possibility of filling up lacuna. It only mentions jurisprudence – *iurisprudentia* – which may be used as a source to resolve an unanswered legal matter. Moreover, it does not refer to the jurisprudence of the Holy See, – like canon 19 of CIC – but to the ecclesiastical jurisprudence – *iurisprudentiam ecclesisticam*. Even if we were to accept that jurisprudence includes *praxis*, – the administrative juridical practice too –, it would be unreasonable for us to infer from the text of the CCEO that by ecclesiastical jurisprudence only the *praxis* and jurisprudence of the Holy See is meant as in canon 19 of the CIC. It seems more logical that, because of the privileges of metropolitans and major archbishops and the broader freedom of *sui iuris* churches, we suppose that the jurisprudence of local tribunals and the *praxis* of local ecclesiastical offices can assist each other in resolving juridical matters.

The last significant difference between the text of CIC and CCEO is that the Eastern Code offers the common and constant teaching of canon law as a possibility to resolve a lacuna and not the common and constant opinion of learned authors as in the CIC. The wording of the text of the CCEO cannot be restricted solely to the opinion of authors, but it includes canonical tradition with its diversity.⁸³

IV. THE RELATIONSHIP BETWEEN THE TWO CODES IN THE CASE OF LACUNA IN ECCLESIASTICAL LAW

We have already mentioned that it is not possible to extend the principle of *analogia iuris*, the laws enacted in similar matters either to civil law or to extinct ecclesiastical laws. But what about the operative laws of Eastern Catholic, *sui iuris*, Churches, or the Code of the Eastern Catholic Churches in particular?⁸⁴ The Code of the Eastern Catholic Churches was promulgated by the same supreme ecclesiastical legislator and it is a canonical norm in effect. The two Codes of Canon Law - the Latin and the Eastern - compose one corpus, but their relation to each other is a controversial question among canonists.⁸⁵ It is even true that the CCEO treats similar questions as the CIC, but the two Codes differ from each other in their structure and way of

⁸³ Cf. DE PAOLIS, V., *Commentary to canon 1501 of CCEO 1501*, in PINTO, V. P., (a cura di), *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano, 2001, p. 1173.

⁸⁴ Cf. John Paul II, Const. Ap., *Sacri Canonici*, in AAS, 82, 1990, p. 1033–1044.

⁸⁵ Cf. GEFAELL, P., *Rapporti tra i due Codici, dell'unico Corpus Iuris Canonici*, in ARRIETA, J.–MILANO, G. P., *Metodo, Fonti e Soggetti del Diritto Canonico*, Roma, 1999, p. 654–669.

presenting topics.⁸⁶ According to a conception of civil law, the Code, as a type of law, has to be exclusive or at least has to have precedence in those questions which are presented to them (for instance: common law, penal law, etc.).⁸⁷ Thus, civil lawyers cannot accept absolutely that two Codes exist side by side in the life of one entity (the Church), and both of them have the same rank concerning the same questions. It is also a highly debated question among canonists whether the two Codes can be mutually used as explanatory sources to resolve unresolved legal matters in one another.⁸⁸ Some authors would prefer different ways of application of the Codes to find a solution for lacuna.⁸⁹ As opposed to the opinion of the canonists by whom the one Code is more or less reckoned as a source of interpretation for the other the opinion that refuses to consider the two Codes complementary sources for one another seems more logical.⁹⁰ It would seem strange that – in such closed cases such as marital impediments or penal law – one Code would complement the other.

SUMMARY

The operative Code of Canon Law and other canonical norms attempt to cover every juridical question of the Church. Life, however, may bring new circumstances and problems, which are not considered in the law. We speak about lacuna of law only in cases of the absence of juridical norms and legal custom. It is an innovation of the new Code of Canon Law that it expressly mentions not only universal and particular law but legal custom as well. If a juridical matter is not answered in a system of canon law, canon 19 of the Code of Canon Law can be applied. According to canon 19 a lacuna can be resolved by laws enacted for similar matters, the general principles of law observed with canonical equity, the jurisprudence and practice of the Roman Curia, and the common and constant opinion of learned authors in the case of lacuna. The list of canon 19 is exhaustive, but the elements of the list can be applied in the sphere of every juridical matter, except in the sphere of penal matters which is mentioned expressly by canon 19. Logically, the possibilities offered by canon 19 are not applicable either for invalidating or incapacitating laws even if it is not mentioned in the same canon.

Basically under the first offered possibility of canon 19 (*analogia legis*) we only understand the operative canonical norms neither the old and not operative ecclesiastical nor the civil norms. The only exception is when canon law canonizes –

⁸⁶ Cf. ERDŐ P., *Questioni interrituali (interecclesiali) del diritto dei sacramenti (battesimo e cresima)*, in *Periodica*, 84 (1995) 317-219; URRUTIA, F. J., *Canones preliminares Codicis (CIC). Comparatio cum canonibus praeliminaribus Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium (CCEO)*, in *Periodica*, 81 (1992) p. 158.

⁸⁷ Vö. GARCÍA-HERVÁS, D., *La significación para la Iglesia del Nuevo Código Oriental*, in COPPOLA, R., (a cura di), *Atti del Congresso Internazionale – incontro fra canonisti d'oriente e d'occidente* – Bari, 1994, 2, p. 41–43.

⁸⁸ Cf. GEFAELL, P., *Rapporti tra i due Codici, dell'unico Corpus Iuris Canonici*, 664-665; CHIAPPETTA, L., *Il Codice di Diritto Canonico, commentato giuridico-pastorale*, Napoli, 1988, I, p. 4.

⁸⁹ Cf. ABBASS, J., *Canonical Interpretation by recourse to parallel passages a comparative study of the Latin and Eastern Codes*, in *The Jurist*, 51 (1991) 295-296; FÜRST, G., *Interdipendenza del Diritto Canonico latino ed orientale, Alcune osservazioni circa il diritto canonico della Chiesa cattolica*, in BHARANIKULANGRA, K., (a cura di), *Il diritto canonico orientale nell'ordinamento ecclesiale*, Città del Vaticano 1995, 16. The latter one would apply the principle of analogy between the parallel parts of the two Codes in broader sense.

⁹⁰ Cf. OTADUY, J., *Commentary to Canon 19.*, in *Exegetical Commentary*, I, 348; BROGI, M., *Il Nuovo Codice orientale e la Chiesa Latina*, in *Antonianum*, 66 (1991) 35-61; ŽUŽEK, I., *Presentazioni del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 115 (1990) p. 591–612.

receives a civil law with its total juridical effects – (can. 22.). In this case a civil norm could become a solution for a lacuna.

Analogia iuris is the second possible solution for lacuna. We do not find an exhaustive list nor the definition of *analogia iuris* either within the Code or without it. It is possible to compile a not-exhaustive list of operative and historical sources for canon law containing principles of law (for instance justice, logic, stability, protection of persons and community). Under the *analogia iuris* we understand not only the positive juridical norms but also principles of divine and natural law.

We consider also the praxis and jurisprudence of the Roman Rota as a means to resolve an unanswered juridical matter. When we refer to the jurisprudence of the supreme tribunals, under this we understand not only the Roman Rota, but every dicastery which may have juridical power (The Apostolic Signature, and in certain cases the Congregation for Doctrine and Faith as well). It is very important to take the nature of lacuna into account, particularly in the application of the praxis of dicasteries, in order to find a solution, because the sphere of competency of the authorities of the Holy See is well determined. When more dicasteries of the Holy See have competence in the same juridical matter, the praxis of the *Apostolic Signature* can be a point of orientation because of its precedence. The jurisprudence and the praxis of the Holy See can be helpful to lower ecclesiastical tribunals and offices only if their judgments and administrative decisions are well-published, well accessible and well known among the members of lower tribunals and lower ecclesiastical offices. Moreover the judgments and the decisions must have a relative stability in the same juridical questions as well as being easily accessible.

Finally the common and constant opinion of learned authors can be a means to find a solution for an unresolved juridical matter. Not the number of the authors determines the real value of an opinion, but the given arguments and its harmony with Church teaching.

There is no hierarchical order among the given possibilities of canon 19, thus the executer of law can apply all of the possibilities either together or separately to find a solution for a lacuna. But we always have to pay attention to the principle of equity which has proper characteristics and tradition in Canon Law, and it imbues the whole canonical structure.

The single solution of an unanswered canonical question can also be helpful to ecclesiastical authorities, but the mode of resolution does not obligate the ecclesiastical authorities to follow this solution in the future as well.

The Code of Canon Law of the Eastern Churches – even though it was emanated by the supreme authority of the Church as a compulsory juridical norm – does not create a source of possible resolutions, when a lacuna appears in the sphere of Latin law, because CCEO is an independent source of one corpus of Canon Law.

Vigh Enikő

A jog mint multidiszciplináris tudomány

Szmodis Jenő *Multidiszciplináris jogi tanulmányok* című kötete (Bíbor Kiadó, Miskolc, 2012. 234 p.) - amint arra a könyvhöz írt ajánlásában Szabadfalvi József professzor is utal - „a hazai elméleti jogi irodalomban úttörő vállalkozásnak számít.” A mű alcíme (Jogról az evolúciótól a kultúráig) is sejteti a megközelítések sokszínűségét, ami a szerzőnek már *A jog realitása*¹ című monográfiáját is jellemezte. A szerző előszavában kitér arra, hogy a jog deklaráltan multidiszciplináris aspektusú megközelítésének újszerűsége nem jelenti azt, hogy „a hazai irodalomban nem voltak olyan kutatások, amelyek a jogot és annak jelenségeit multidiszciplináris természetű vizsgálódás közegében közelítették meg.” Sőt, éppen ellenkezőleg, a szerző azt hangsúlyozza, hogy a joggal kapcsolatos kérdések legtöbbször más tudományozások vizsgálati (etikai, logikai, történeti, szociológiai, stb.) perspektíváit feltételezik. Nem jelentek meg azonban eddig olyan munkák, amelyek kifejezetten a multidiszciplinaritást helyezték volna előtérbe, illetve magának a jognak az interdiszciplinaritását, mégpedig olyan kísérlet keretében, amely a jog multidiszciplináris kutatási lehetőségeinek belső struktúráját is tisztázni igyekszik.

A kötet három nagyobb egységből áll. Az első rész metodológiai kérdésekkel foglalkozik, körülhatárolva a multidiszciplináris jogi tanulmányok tárgyát, célját, módszerét, valamint bemutatva a jogot mint multidiszciplináris tudományt. A második rész a multidiszciplináris jogi kutatások eddig kialakult gyakorlatát mutatja be, vázlatosan ismertetve a jog más tudományozások szempontjából történt vizsgálatát. A kötet talán legizgalmasabb, harmadik egysége a multidiszciplináris jogi tanulmányok perspektíváit kutatja. A szerző itt nem csupán új vizsgálati aspektusok lehetőségeit veti fel, de saját kutatásai eredményei alapján igazolja a javasolt új szempontok létjogosultságát. E körben a jog humánológiai, személyiségpszichológiai, vallástörténeti és történelemfilozófiai vonatkozásai tárulnak fel. A szerző e nagyobb fejezetet – és magát a kötetet – a további kutatási perspektívák lehetőségeinek tárgyalásával zárja.

Amint a szerző rámutat, a multidiszciplinári jogi tanulmányok egy, a gyakorlatban már létező tudományos praxis, mely *tágabb* értelemben a jognak az egyéb tudományterületek oldaláról való vizsgálatát, a jog, és egyéb társadalmi jelenségek határterületeinek megismerését és leírását, *szűkebb* értelemben azoknak a tudományterületeknek a feltérképezését jelenti, amelyeket célszerű tekintetbe venni a jog *elméleti* és *gyakorlati* művelése során. A jog mint a multidiszciplináris kutatás tárgya meghatározásánál nem hagyható figyelmen kívül a minden elméleti kutatás kiindulópontjának meghatározásánál elkerülhetetlenül fennálló bizonyos *önkényesség*. A szerző több oldalról bizonyítja, hogy önkényességünknek csupán a fokozataiban lehet különbség, azonban magában az önkényesség fennállásában nem, amely magára a kutatási eredményre is szükségképpen kihatással lesz. Szmodis nagyobb problémát lát abban, ha a jog lehetséges megközelítési módjai közül a kutató valamelyiknek *kizárólagos érvényt* kíván biztosítani. Az előzőeket figyelembe véve, a szerző szerint a multidiszciplináris jogi tanulmányok tárgya a jognak illetve a jog különböző vonatkozásainak olyan sajátos bemutatása, amely az egyes megközelítési módokban

¹ Szmodis Jenő: *A jog realitása – Az etruszk vallástól a posztmodern jogelméletekig*. Kairosz Kiadó, Budapest, 2005.

rejlő lehetőségeket korlátozottságuk hangsúlyozása mellett igyekszik vázolni. A multidiszciplináris jogi tanulmányok célja, hogy (1) a jogot mint összetett emberi és társadalmi jelenséget vizsgálja több tudományág eszközeivel, módszereivel; (2) kérdéseket tegyen fel a jog természetére vonatkozóan; (3) szélesítse a jog kutatásának és gyakorlati alkalmazásának szemléleti horizontját, és (4) segítsen egy szemantikusan, vagy épp az öncélú problémásokszorozást elkerülő, széles látókörű jogi szemlélet kialakításában. A multidiszciplináris jogi tanulmányok módszere a jogi jelenségek összetettségének bemutatása az egyéb tudományágak szempontjainak alkalmazásával és módszereivel.

A *jogelmélet hagyományos megközelítési módjai* két jól elhatárolható iskolába sorolhatók: a *konceptualista* (fogalomelemző, a jogot dogmatikai-technikai oldalról vizsgáló), és a *funkcionalista* (a jogot társadalmi jelenségként, a társadalomban betöltött szerepe oldaláról vizsgáló) elméletbe. Szmodis rámutat, hogy – mivel a jog társadalmi funkcióval mindig rendelkezik, de egzakt fogalmakat nem mindenhol hoz létre – a konceptualista megközelítés nem minden szisztémában tekinthető alkalmas megközelítésnek. A *jog kialakulását illetően* a szerző hangsúlyozza, hogy a korábban elkülönülten élő embercsoportokban hatékonyan működő, hihetően rögzült normarendnek már nem működnek hasonló hatékonysággal más csoportokban. Szmodis Eibl-Eibesfeldt, Gumpłowicz, Ortega és Zlinszky nyomán meggyőzően érvel amellett, hogy ha ilyen eltérő szokású csoportok kényszerülnek együttélésre, akkor kerül előtérbe a jog mint sajátos szabályrend. Ilyenkor az egyes szokásrendekből bizonyos normák jogi jellegűt kapnak, s követésüket immár hatalmi szó írja elő. E folyamatot Szmodis a „jog kicsapódása” jelenségének nevezi. A szerző a *jogelméletet többszintű gondolati struktúrájának* ábrázolja, amelyben a jog vizsgálatát (a) humánológiai és evolúciopszichológiai; ezután (b) kultúrantropológiai, ezzel összefüggésben jogszociológiai, történelemfilozófiai és vallásfilozófiai; és ahol a feltételek adottak: (c) fogalmi, analitikus szinteken véli lehetségesnek és szükségesnek.²

A szerző ezután a jogot mint multidiszciplináris tudományt a „*helyes jogtan*” illetve a „*leíró jogtan*” oldaláról közelíti meg, és arra a következtetésre jut, hogy valamennyi jogelméleti perspektíva többé vagy kevésbé már alkalmazta a multidiszciplináris megközelítést, ennyiben tehát a multidiszciplináris jogi tanulmányok kategóriáját alkalmazni feltétlenül jogosult és elmélettörténetileg megalapozott. A szerző interpretációjában „helyes jogtan” olyan, a jogot „megkettőző” megközelítés, mely szerint a tételes jog mellett (felett) létezik egy természeti, logikai vagy isteni eredetű „szociális ideál”, és a tételes jog annyiban „helyes”, amennyiben ennek a „felettes” ideálnak megfelel. A másik megközelítés, a leíró jogtan - függetlenül a jog értéktartalmától - a jogi jelenségek leírásával és elemzésével foglalkozik, és számos jogelméleti iskola gyűjtőfogalmául szolgálhat: így a történeti jogi iskola, a jogszociológia, a jog kultúra alapú megközelítése, a jogösszehasonlítás és a jogpozitivizmus számára is. Az előző megközelítésekben többé-kevésbé mind jelen van a multidiszciplinaritás mint a jog megközelítésének módja.

A szerző a jog mint emberi és társadalmi jelenség vizsgálata során kimutatja, hogy a jog multidiszciplináris vizsgálata nem csupán jogosult a korábban tárgyaltak szerint, hanem *szükségszerűség is*. A társadalom fejlődésével az egyes szaktudományok megjelenése nagy hatással volt a jogi vizsgálódásokra. Így a XVIII. században a történetírás mint elkülönült tudományág kialakulása a jogtörténet; a

² Vö: Szmodis Jenő: Adalékok a nyugati jog problematikájához. (Válasz Péteri Zoltán tanulmányára) *Állam- és Jogtudomány* 2010. II. 203–218. p.

pozitivizmus kialakulása a jogpozitivizmus; a XIX. században a lélektan megjelenése a jogi realizmus; az antropológia kialakulása a jogszociológia/jogtörténet/antropológiai jogelmélet és a szabadjogi iskola megjelenéséhez vezettek. Fennmaradt és a II. világháború után új erőre kapott a természetjog is, amely azonban ideologikusan erősen töltött volt, és kevésbé volt tekintettel a természettudományok felfedezéseire. A XX. században Konrad Lorenz etológiai kutatásai, majd ezek nyomán a humánetológiai kutatások szükségessé teszik mindezen új tudományágak következtetéseinek levonását a jogelmélet területén is, egyrészt a jog mint szabályrend kialakulásának, másrészt az egyes jogintézmények megértésének oldaláról. Az előzőekből következik, hogy a jogbölcsélet mindinkább multidiszciplináris tudománnyá fejlődik, amelynek során egyre nagyobb hangsúlyt kap a jog emberi és társadalmi jelenség volta.

A szerző részletesen vizsgálja a jog és kultúra kapcsolatát, és megállapítja, hogy még az egymástól eltérő nézetek is egyetértenek abban, hogy a jog és a kultúra egymást közvetve és közvetlenül többszörösen befolyásoló intézmények. Köztük létezik egy „közbülső kapcsolat”, a jogszemlélet, mely az adott kultúrában gyökerezik, meghatározza a normák tartalmát és a normákról alkotott vélekedéseket. Széleskörű összehasonlítást tesz a Nyugat és a Kelet joga között mindezek alátámasztására. A *Nyugat jogpozitivizmusát* annak többgyökerűségével magyarázza: a kora-középkorban állammá szerveződő törzsek törzsi joga továbbél a kánonjog primátusa mellett, majd a XI. századtól elindul a római jog recepciója - azonban ezt a folyamatot a keresztény teológia szelekciós (az egyes római jogi intézményeket a Szentírás tanításainak tükrében átvenni engedő) funkciója sokáig keretek között tartotta.³ A XV. században a humanizmus már elutasítja az egyház primátusát, a reformáció korában pedig az egyház feletti világi hatalom megvalósulásával párhuzamosan kialakul az „észjog”. Ezek a továbbélő római jog struktúráival együttesen kialakítják az államról és jogról alkotott ma is élő nyugati felfogást, melyben a jog mint állami akarat jelenik meg, a jog teste a normaszöveg, amelynek értelmét nem valamely transzcendens tanítás fényében, hanem magából a normaszövegből kell kibontani. Ezzel a szakralitástól megfosztott nyugati jog ismét közeledni kezd az antik Róma formalizmusához, amelyben a szöveg az elsődleges és legitim.⁴ Ez a felfogás vezetett utóbb a szélsőséges jogi normativizmushoz, a jogpozitivizmushoz, amely a jogot önreferenciális, zárt rendszerként kezeli. A Nyugat jogában a „binaritás” a „jogszerű-nem jogszerű” kettősségében jelenik meg (nem pedig a vallási/morális szempontú „helyes - nem helyes” kettősségben).

Ezzel szemben a *Kelet jogfelfogásában* jellemző maradt a *teokratikus felfogás*, a jog isteni eredete, melyet áthat a valláserkölcsei tartalom. A bíraskodást a konkrét méltányossági szempontok uralják (Weber). A „binaritás” itt a valláserkölcsei szempontból helyes - nem helyes ellentét-párban fogalmazódik meg. Kevésbé jellemző a jogágak elkülönülése (pl. az iszlám jog, a saria polgári, családjogi, büntető és eljárási kérdéseket is rendez; Kínában hagyományosan a jog sokáig elsősorban a mi fogalmaink szerinti „közjog”, ezen belül is elsősorban büntetőjog, az állam és az egyén viszonyát rendez, hiányzik az egyén-egyen viszonyát szabályozó jogterület). Általánosságban elmondható, hogy kevésbé fontos a jognak mint társadalmi szabályozónak a szerepe a többi normarendhez képest (hagyomány, erkölcs, nevelés, melyek összefüggenek a szilárd társadalmi hierarchiával, békeltetésre való

³ Vö: Szmodis Jenő: A nyugati jogkonceptió változása a kora középkortól Dante prepozitivizmusáig. *Collectio Iuridica Universitatis Debreceniensis* VIII. évf. 2012. 311–324. p.

⁴ A kérdés bővebb kifejtését lásd Szmodis: A jogpozitivizmus néhány korai jelenségéről és azok montaigne-i bírálatáról. *Jogtudományi Közöny* 2011. (66. évf.) január 50–55. p.

törekvéssel, a közjó és a kollektivitás eszméjével). A hatalmi ágak elválasztása e jogokban nem merül fel, mert a jog minden megnyilvánulásában a felsőbbrendű akaratnak megnyilvánulása. Hagyományosan nem alakul ki a joggal professzionálisan foglalkozó réteg sem (a mandarin inkább filozófus, a muszlim kádi pedig leginkább vallási tisztséget viselő személy). Következtetésként levonható, hogy a jogszemlélet és egy jogrendszer természete a legmélyebben gyökerezik az adott kultúrában. Helytelen ezért a jogot vagy annak valamely intézményét az adott kulturális közegből kiragadva vizsgálni.

A jog mint tudomány vizsgálatának körében a szerző először *Popper „tudomány - nem tudomány” demarkációjának tételével* foglalkozik, mely szerint tudomány mindaz az elmélet, amely cáfolható, amelynek tévességét bizonyítani lehet; ezzel szemben nem tudomány mindaz, ami nem cáfolható, tehát, amely csupán hihető vagy elutasítható. A szerző Popper tételét éppen Popper logikája és érvrendszere alapján cáfolja, rámutatva, hogy az aligha bizonyítható vagy cáfolható popperi demarkációs elmélet saját rendszerében maga is áltudományosnak minősül. Cáfolja továbbá a popperi elméletet annak hangsúlyozásával is, hogy az ismeretek a tudomány állásának bizonyos szintjén nem biztos, hogy alátámaszthatók vagy cáfolhatók, a megfelelő ismeretek és eszközök hiányában. Annak kimondása pedig, hogy egy elmélet *mai ismereteink* szerint nem tudományos, meglehetősen relatív értékűvé teszi tudomány és nem tudomány elhatárolását. Cáfolja továbbá azon megfontolásból is, hogy igaz felismerésekre sokszor nem racionális, hanem *intuitív* módon jutunk, az elme működésének „divergens” (kreatív, asszociatív) funkciója révén (nem pedig a „konvergens”, a lehetőségek körét logikus úton leszűkítő gondolkodás útján). Ez utóbbi okfejtést támasztja alá az a pszichológiában jól bizonyított tétel, hogy objektívnek tűnő ismereteink is tele vannak szubjektív mozzanatokkal, amennyiben értelmi műveleteink tapasztalatainkon és emlékezetünkön alapulnak, amelyek viszont érzelmileg erősen meghatározottak. Szmodis megállapítja továbbá azt is, hogy logikánk maga is a tudattalanban gyökerezik. Részletezi e körben Jung „kollektív tudattalan” tételét, mely szerint minden lényeges eszmének megvan a történelmi előzménye egy olyan korból, amikor „a tudat még nem gondolkozott, hanem észlelt”. A logika fogalmai (ellentétazonosság, végeesség-végtelen, véletlen-okozatosság) mind az emberiségnek ebbe az „észlelő” korszakába nyúlnak vissza. Összegezőképpen elveti a popperi tudományosság-demarkációt egyfelől magának a tételnek a saját rendszerén belüli áltudományos volta, másrészt annak egyoldalú racionalizmusa miatt.

Ezek után Szmodis arra az álláspontra helyezkedik, hogy – noha a jogtudomány mint társadalomtudomány a természettudományokhoz képest erősen polemikus – a jogtudományt *objektív szabályszerűségek uralják*, és ez a tudományosság ismérve. A jog léte és működése feltárható törvényszerűségekkel rendelkezik, és sok esetben maga teremt a maga számára szilárdnak tekinthető tényezőket pl. dogmatikai tételek és jogelvek formájában, amelyek objektivitását szakmai közmegegyezés adja. A szerző ugyanakkor hangsúlyozza a *jog sok szempontból irracionális* voltát is. Ezt döntően annak tulajdonítja, hogy a jog mint emberhez kötődő jelenség, csak annyiban racionális, amennyiben maga az ember is az. Aronsonra hivatkozva kifejti, hogy az ember nem racionális, hanem „racionalizáló” lény: alapvetően érzelmi-indulati-szociálisan rögzült értékrendje alapján hozza meg ítéleteit, amelyeket aztán igyekszik racionális, logikus ítéleteknek beállítani. A jogalkalmazás körében eme irracionálitási elem érvényesülésének a kontinentális jogrendszer jogpozitivistája volt némileg gátat szab. Bár nem teljesen, mert a pozitivistikus jogfelfogásban is sok irracionális elem is van. A

jogpozitivizmus ugyanis a „kiszámíthatóság” és a „forgalombiztonság” eszméjének oltárán gyakran feláldozza a „funkcionalitást”, és társadalmilag és morálisan nem védhető magatartásokat is elismer. Az inkább igazságosság-alapú (pl. common law) jogrendszerekben, ahol a normaközpontúság kevésbé érvényesül, sem áll másképp a helyzet az irracionálissal, mivel ott a jogszolgáltatás van jobban kiszolgáltatva az irracionális elemeknek (bírói mérlegelés).

Szmodis a tudományfejlődés körében vizsgálja a szakosodás és interdiszciplinaritás problémáját, mint az integráció és dezintegráció szükségszerű ciklusait. E körben kifejti, hogy a tudás olyan tudattartalom, amely alapvetően hiten alapul. Az embernek ugyanis a saját tudattartalmához való viszonya alapvetően az a feltételezés, hogy az (ti. tudattartalma) megfelel az attól objektíve függetlenül létező külső realitásnak. Azonban a „reális” világnak már ez a tudatunktól független léte sem bizonyított, ezért tudásunk alapvetően hiten alapul. Így a tudás és a hit nem választható el egymástól élesen, és a szétválásuk sem történetileg, sem földrajzilag nem ment végbe valamennyi nagy civilizáció esetén. Nyugaton a görög szofistáktól kezdve viszonylag élesen elvált a tudás és a hit, majd a tudás további területekre bomlott, létrejöttek az egyes szaktudományok, majd a tudomány további fejlődésével a szaktudományok határai ismét „összeérnek”, így érkezte el az interdiszciplinaritáshoz. Ez a folyamat a természettudományok területén viszonylag zökkenőmentesen zajlott, azonban a társadalomtudományok területén - mint a jogtudományén is - mindenfajta inter- és multiszciplinaritásra való törekvést sokszor kísért és kísér gyanakvás. Ennek okát a szerző elsődlegesen a társadalomtudományok ideologikus jellegében látja, hiszen ahol a hitszerű képzetek erősebbek, ott a „hitviták” hamarabb fellángolnak.

A jog multidiszciplináris megközelítésének eddigi gyakorlatát elemezve Szmodis különböző tudományágakat és azoknak a jogelmélet szempontjából jelentős megállapításait, alkotásait vizsgálja. A *jog és a filozófia* kapcsolatát illetően megállapítja, hogy a kapcsolódási pontok, követve a filozófia belső tagozódását, ontológiai (lételméleti) természetűek: mi a jog, melyek annak okozatos összefüggései; gnoszeológiai (ismeretelméleti) természetűek: mit jelent a jogi megismerés, hogyan és milyen ismereteket szerezhet a jogtudomány, és mi a jogi megismerés módszertana; etikai jellegűek: mi a helyes jog; logikai természetűek: a különböző logikai eljárások (kevesebből többre, többről kevesebbire következtetés, következtetés az ellenkezőből, dedukció, indukció, szillogizmus) nagy jelentőségűek a jog gyakorlati alkalmazásában. Az általános-különös viszonyának logikai szabálya - a jog esetében a törvény általánosságának és az egyedi tényállás különösségének ellentéte - kapcsán veti fel azt a kérdést, hogy a formálisan meghozott jogi norma mennyiben tekinthető a jog forrásának. Utal a klasszikus görög álláspontra (Arisztotelész), mely szerint ami törvénnyel meghatározható, azt nem szabad bírói mérlegelésre bízni, mely rendszer ugyanakkor a méltányosságot nem a törvény lerontójának, hanem az igazságosság érvényesítése érdekében való kiegészítőjének tekinti. Szmodis szembeállítja ezzel a modern jogrendszereket, melyekben - különösen a pozitivisták jogi kultúrákban - a szélsőséges normativizmus eluralkodása diszfunkciókat eredményez.

A *jog és etika* kapcsolatát illetően hangsúlyozza a kettő különösen szoros kapcsolatát, melyek mind a jogalkotás, mind a jogalkalmazás területén felmerülnek. E vonatkozásban vizsgálja azt a kérdést, hogy a jog/etika kontextusában felvetődő etikai ítélet vajon a harti értelemben vett kritikai erkölcsből (Szmodis itt utal a weberi lelkiismeret-etikára is) vagy a konvencionális, pozitív (azaz köz)erkölcsből származzon-e. Helyesli a tételes jognak a „jó erkölcsre” utaló szabályait, amelyek azonban ha a bírót a közmorálhoz utalják vissza, nem engednek teret a közmorál

jobbitásának (bár a bírói önkényt is korlátozzák).

A *jog és a teológia* kapcsolatát illetően ismerteti azok összefonódásának mély gyökereit a Nyugat társadalmában, mely a keresztény középkorra vezethető vissza, melyben a kánonjog és a profán jog kettőssége volt jellemző, a kánonjog primátusával. A kánonjog - mely szakrális eredete mellett sokat merített a római jogból - befolyását több csatornán keresztül fejtette ki: a IV. századtól kiépülő egyházi jogszolgáltatás, a királyi kancelláriák és a templomok és kolostorok mint hiteles helyek útján; spirituális-kulturális csatornán: egyrészt a római egyház kulturális-civilizációs fölényének köszönhetően, másrészt a keresztény államok uralkodóinak a pápával szembeni alávetettsége folytán (a „felkenés” mint az uralkodóvá válás aktusával a királyok a pápa vazallusai lettek). A kánonjog primátusát alapozta meg és tanúsítja Szent Tamás jogbölcselete, melyet a „Summa theologicá”-ban foglalt össze: a Lex aeterna Isten bölcsességéből ered, ennek az ember általi helyes megismerése Lex naturalis-ként jelenik meg az ember előtt, és erre kell épüljenek az ember alkotta törvények, a Lex humana. Ez utóbbiak megerősítése Istennek a Szentírásban kinyilatkoztatott törvénye, a Lex divina. A lex humana, a tételes jog csak annyiban kötelező, amennyiben azt a lelkiismeret helyesként ismeri fel, azaz összhangban állónak az isteni eredetű törvénnyel. A keresztény moralitásban a jog tehát nem önérték, csak az isteni akarat alárendelt eszköze. A reneszánsztól és különösen a reformációtól kezdve a teológiának a jogra való befolyása korlátozottá vált, és inkább csak a keresztény szellemű filozófián és természetjogon át hatva érvényesült. Megvalósult az állam és az egyház emancipációja, és a XVI. századtól a római jog recepciója is nagy lendületet vett. A későbbi századok során ugyan megtörtént a teljes szekularizáció, és az állam által alkotott jog formálisan mentesült a szakrális jellegtől, azonban az évszázados közös gyökerek folytán a Nyugat jogának tanulmányozásakor nem vethető el, sőt hangsúlyosan esik a latba a nyugati jog teológiai szempontú szemlélete.

A *jog és történelem* és a *jog és szociológia* kapcsolatának vonatkozásában a szerző kifejti, hogy a történelemtudomány kialakulásával a „helyes jog” kutatása helyett előtérbe került a jog *okozatosságának* és *időbeli változásának* vizsgálata, a jog normatív természetének vizsgálatáról annak társadalmi vonatkozású megközelítésére került át a hangsúly (mely utóbb a jogszociológia kialakulását is lehetővé tette). Alapmű e körben Vico *La Scienza Nuova* című munkája, mely a történelem folyamatában a Gondviselés munkálkodását látta, azonban okozatosságot tárt fel a szükségletek, a hiedelmek és a társadalmi cselekvések között (ezzel a jogtörténeti iskola előfutára volt). Megállapítja a szerző, hogy a jog történeti és szociológiai szempontú kutatása még távolról sem merítette ki lehetőségeit. Amennyiben a történelemben nem események véletlenszerű adatsorát, hanem események okozatos összefüggéseit látjuk, a jog történeti kutatása egyben szociológiai relevanciával is bír, melyben különös figyelmet érdemel pl. a jogkövető és a normaszegő magatartások okainak vizsgálata, és a társadalomnak a jogról és igazságosságról alkotott vélekedése, továbbá az előbbieket egybevetése a tényleges joggyakorlattal.

A *jog és az irodalom* kapcsolata tekintetében Szmodis kifejti, hogy egyrészt a jogi művek mint irodalmi alkotások (törvénykönyvek, perbeszédék, jogi tárgyú retorikai művek), másrészt azon szinte megszámlálhatatlan mennyiségű irodalmi alkotás képezheti vizsgálat tárgyát, melyekben a jogra vonatkozó információk vannak, ez utóbbiak körében különbséget téve a kifejezetten állam- és jogbölcseleti művek (pl. Platón *Állama*, az utópia-művek (egyebek között Morus, Bacon, Swift művei), az ún. utaztató államregények (egyebek között Voltaire, Montesquieu, Huxley művei) és az egyéb, jogi utalásokat tartalmazó művek között.

A *jog és kultúranropológia* kapcsolatát illetően kifejti a szerző, hogy ez a terület a történeti jogi iskola működése nyomán bontakozott ki. A jogot nem mint normát, hanem mint társadalmi praxist vizsgálja, kiterjedve a nem nyugati népek tanulmányozására is. Vinogradoff mellett – akit Krader az antropológia szempontjából releváns szerzőként tárgyal – utal Herman Post eszméire (melyek a népszellemmel magyarázzák a különböző jogrendszerek eltéréseit), Kohlerre (akinél a történelem mint fejlődés tűnik fel, s mely fejlődésnek egyik előmozdítója maga a jog), Malinowski munkájára (melyből kitűnik, hogy a korábban „barbárnak” tartott tradicionális társadalmak korántsem voltak vadak és barbárak, hanem nagyon is racionálisak, sok vonatkozásban hasonlóak „civilizált” társadalmunkhoz, mely hasonlóság mögött egy időtlen és ősi emberi jelleg létezését feltételezi). A jogi antropológia későbbi irodalmában is erős hangsúlyt kapott a civilizált és barbár társadalmak közötti korábban túldimenzionált különbség cáfolata, így e művek előfutárai voltak a XIX. század második felétől kibontakozó humánetológiának. Anthony Amsterdam és Jerome Bruner mai kutatásai a halálbüntetés, a faji megkülönböztetés, a család intézményének kérdését kulturális, antropológiai és pszichológiai kontextusban tárgyalják.

A *jog és pszichológia* kapcsolatát tárgyaló fejezetben a szerző – a többi terület (például a jogtörténet és a jogszociológia kapcsolatát elemző részek) feldolgozásához hasonlóan – figyelemreméltó, kifejezetten eszmetörténeti megközelítéssel tárja fel új tudományterületek kialakulásának történetét. A szerző e körben kifejti, hogy a XVIII század egyoldalúan racionalista világképe mintegy kiprovokálta az e felfogással teljesen szembe forduló azon vélekedést, mely a történelmet és az életet mint vak erők játékterét fogta fel (Schopenhauer, Kirkegaard), és amely inspirálta a kibontakozó modern pszichológiát. A XIX. század elején a pszichológia még kifejezetten megkülönböztette a beteg elmét a normálistól, egyúttal beteg- és betegségek központú volt. Az előbb említett filozófusok és mások (pl. Nietzsche) hatására a pszichológiában szemléletváltás történt, a XIX. század második felétől annak fókuszja az embernek mint olyannak (nem pedig a *beteg* embernek) a lelki sajátosságai felé fordult. Freud projekciós elmélete, Adler kompenzációs teóriája és Jung lélektani típusai mind azon felismerés körül mozognak, hogy nem csak a beteg elme, hanem az emberi elme általában is, meghatározott, legtöbbször tudattalan korlátok között működik, és akaratlagosan alig befolyásolható törvények irányítják. Ehrlich a kötelezettségek teljesítésére való hajlamot pl. a környezethez való alkalmazkodásra irányuló kényszerből vezette le; Petrazycki az intuitív - az egyéni jogtudaton és belső tapasztaláson nyugvó - joggal veti össze a racionális, intellektuális eredetű tételes jogot, amely bár motiválja a magatartásokat, befolyásoló ereje lényegesen kisebb, mint a belső, intuitív indíttatású jogtudaté. A skandináv jogi realizmus általánosságban hangsúlyozta a jog pszichés vonatkozásait, de értékükön alul kezelte az ember viselkedését befolyásoló tudati és tudattalan tényezőket. Jeles képviselői Hägerström (a jogi fogalmakat üres kategóriáknak tekinti), Olivecrona (a jog eredetét a társadalomban és nem az államban keresi, és tagadja a jog és az erkölcs különbözőségét), és Lundstedt (a jog valódi lényege vonatkozásában a társadalmi jólét és a társadalmi érdek kategóriáinak tulajdonít kitüntetett szerepet, az „igazságosság” fogalmát relativizálja, azt csak a címzettek szubjektív érzése által tekinti meghatározottnak).

A szerző álláspontja szerint a különböző tudományterületek vonatkozásában még igen sok lehetőség vár kiaknázásra. Kiemelten tárgyalja a *jog és a humánetológia*

kapcsolatát.⁵ E terület kényes voltára Csányi Vilmos professzor a könyvhöz írt ajánló soraiban hívja fel a figyelmet, utalva arra, hogy a társadalomtudományi megközelítések gyakorta hajlamosak a humánetológia által feltárt tényeket helytelenül interpretálni, és azokból téves következtetéseket levonni. Csányi professzor külön üdvözli Szmodis munkájának humánetológiai szempontból való szakszerűségét, és azt a tényt, hogy ez az új tudományterület immár a jogtudomány perspektíváját is gazdagítja. A jogtudomány eddig néhány elszigetelt kísérlettől eltekintve ugyanis nem foglalkozott az ember közösségi létét alapvetően érintő természettudományi tényekkel. Az etológia és a humánetológia által feltárt jelenségek a jog szélesebb horizontú megközelítését ígérk, és alkalmasak a jog általános, minden jogrendszert érintő vonásainak megragadására. A főemlősök etológiai tulajdonságait a szerző a következőkben foglalja össze: a tulajdon képzetének kezdetleges megjelenése; a territoriális viselkedés és azzal kapcsolatos agresszió; a szociális vonzódás, az összeütközések feloldására az engesztelés; a bosszúálló viselkedés; a dominancia megalapozásánál a szövetségek létrehozására való képesség és a dominanciaharcokat követő békülési igyekezet; a saját csoport - idegen csoport éles megkülönböztetése és a csoportok közti agresszió. A *humánetológia* az emberi faj sajátos viselkedésmintáival foglalkozik, melyek kialakulásában a szelekciónak és az adaptációnak tulajdonít jelentőséget. Az emberi fajra jellemző főbb tulajdonságok: a szociális vonzódás, a csoporton belüli agresszió csökkenésével, a szociális relációk kiemelkedő jelentőségével; altruizmus (csoporton belül); a csoportok közötti agressziós hajlam növekedése, mely párosul a csoporthoz (magához a csoporthoz, annak absztrakt szimbólumaihoz) való hűséggel; képesség a szövetségek szövetségeinek kialakítására; egyezkedő viselkedés a csoportok közötti kapcsolatokban a csoport autonómiájának megőrzése mellett; imitációs készség; összehangolódási készség, empátia, részvétel; indoktrinálhatóság, azaz a csoport belső szabályrendjét közvetítő közös eszméssel való hitszerű azonosulás; igen alacsony parancsmegtagadási képesség; a vezetői ranghoz egyfajta igazságszolgáltató funkció kapcsolódása; konstrukciós készség, ezzel összefüggésben a szabálykövetés (amikor a domináns egyed helyébe egy elvont szabály követése lép); a rítusok megjelenése; konszenzuseresés.

E humánetológiai tényekből következtetések vonhatók le az egyes jogelméleti iskolákra vonatkozóan is. A *társadalmi szerződés elméletek*, bár részmegállapításaikban igen különbözők, közösek annak feltételezésében, hogy *egyének tudatos* megállapodása hozta létre a társadalmat. Ezzel szemben a humánetológia megállapításai szerint a társadalmak megszerveződése az ösztönök és hajlamok mentén történt, melyek elsősorban a fajt és csak másodsorban az egyént jellemzik. A *parancselméletek* a jogot általában olyan hatalom parancsaként fogják fel, amely szokásszerűen nem engedelmeskedik más hasonló személynek. Azt sugallják, hogy a jog hatalmi jelenség és a parancsot a szankció emeli joggá. Ennek ellentmond az ember ösztönös utánpótlási és szabálykövetési készsége, alacsony szintű parancsmegtagadási képessége, altruizmusra és szubmisszióra való hajlama. A *jogpozitivisták elméletek* a jogot elvileg tetszőleges tartalmúnak vélik (figyelmen kívül hagyva a jogfunkció lényegét). E felfogásban elvileg lehetséges tehát olyan jog is, amely kizárólag „rossz” szabályokból áll, ennek azonban ellentmond az ember

⁵ E témát a szerző több korábbi tanulmányában tárgyalta, s vizsgálódásainak legfontosabb következtetéseit összegzi az itt ismertetett kötetben. Lásd Szmodis Jenő: Egyes jogintézmények és jogelméleti irányzatok a humánetológia tükrében. *Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Jur. et Pol.* 2010. 111–143. p.; Szmodis Jenő: A jog a humánetológia tükrében. *Magyar Tudomány* 2011. 05. 548–557. p.

konstrukciós készsége és bizonyos racionális és szociális tulajdonságai (és a történelem gyakorlatában ezt igazolja például a kommunizmus, a spanyol tekintélyuralmi rendszer bukása, a vadkapitalizmus megszelídülése). A *természetjog* elidegeníthetetlen jogokat tulajdonít az embernek abból kiindulva, hogy az ember „más”, mint a természet. A szerző úgy véli, hogy a természetjogias elidegeníthetetlen emberi jogok csak az ún. saját csoporton belül tekinthetők viszonylagosan garantálhatóknak, míg az idegen csoportok relációjában e jogok helyzete már lényegesen kevésbé egyértelmű. A csoportok közötti konfliktusok ugyanis magukban hordozzák az ellenfél démonizálásának, és annak a veszélyét, hogy a szemben álló csoport tagjait az ember ne tekintse fajtársának. A minden korszakban előforduló rabszolgaság is ellentmond az elidegeníthetetlen emberi jogok egyébként rokonszenves, és társadalmi ideálként támogatandó képzetének. Szmodis álláspontja szerint a humánológia egyfajta demisztifikált természetjog alapját veheti meg.

A jog és a szociálpszichológia kapcsolatát illetően a szerző leszögezi, hogy a szociálpszichológia a pszichológia és a szociológia kialakulásának, és egymáshoz való kapcsolódásának eredményeképpen jött létre a XIX. század második felétől kezdődően. A jogszociológia a jog jelenségeinek társadalmi aspektusból való elemzésével foglalkozik, a pszichológia pedig főleg a skandináv és az amerikai jogi realizmusban, majd az ún. Critical Legal Studies nevű mozgalomban hatott a jogi gondolkodásra. Amikor a tudományos érdeklődés az egyén és a közösség viszonyának vizsgálata felé fordult, voltaképpen akkor jött létre a szociálpszichológia, melynek fő kérdései, hogy miként viselkedik az egyén a társadalmi interakciókban, hogy szerveződnek és működnek a formális és informális emberi csoportok, hogy alakul azoknak egymáshoz való viszonya, és hogy az ember hogyan, és mennyire befolyásolható. A szociálpszichológia megközelítésmódja e kérdésekkel kapcsolatban alapvetően leíró jellegű. A szociálpszichológia fontos felismerése, hogy az egyén viselkedésére nagymértékben befolyással bír más személyek jelenléte (ösztönző erő, versenyhelyzet, gátlások oldódása), hogy az ember alapvetően nem racionális, hanem „racionalizáló” lény.

A jog és a szociálpszichológia néhány fontos kapcsolódási pontja például a jogalkotással összefüggésben azoknak a mozzanatoknak a feltárása, amelyek meghatározott irányú szabályok kialakulását kikényszerítik. Fontos továbbá azoknak a tényezőknek a figyelembevétele, amelyek a jogkövető magatartást elősegítik, illetve annak vizsgálata, hogy az új normák egy társadalom adott kulturális közegébe miként illeszkedik. A jogalkalmazás során is vannak tanulságai a szociálpszichológia tényeinek, ezekre például az amerikai jogi realizmus mutatott rá az ítélezési tevékenységet befolyásoló tényezők társadalmilag meghatározott természete kapcsán. Végül bizonyos szociálpszichológiailag releváns tények a jog speciális szabályozási területeit képezhetik (például a büntetőjogban a csoportos elkövetés jelentősége, reklámjog, médiajog, a piac szabályozása vagy a választási kampányok szabályozása).

A jog és a személyiségpszichológia kapcsolatát illetően Szmodis hangsúlyozza, hogy a pszichológiai forradalom, különösen a freudi tudatalatti és a jungi tudattalan arra figyelmeztetett, hogy az ember távolról sem tisztán racionális lény, ezért magatartása nem modellezhető kizárólag ésszerűségi alapon. Szmodis egy saját, korábbi kutatásának példáján mutatja be a személyiségpszichológia és a jogtudomány eddig feltáratlan kapcsolódási lehetőségeit. A régi – vélhetően etruszk eredetű – római jog szorongásokkal teli fatalitásának és formaközpontúságának összefüggéseit pszichológiai alapon vizsgálva rámutat, hogy a tudattalan szintjén a szorongások szinte szükségképpen hívják elő a szigorúan formalizált rituális cselekvéseket.

Mindezzel kapcsolatban a szerző hangsúlyozza, hogy az egyes jogi szisztémák jellegzetes jelenségei mögött nem csupán a kulturális mozzanatokot célszerű meglátnunk, hanem a kultúra szintjénél archaikusabb pszichológiai réteget is. Utóbbi jelentősen befolyásolni képes a kultúra egyes jelenségeit és magát a jogi gondolkodást.

A jog és vallástörténet kapcsolatát tárgyalva Szmodis arra figyelmeztet, hogy a vallási képzetek hangsúlyosan képesek kifejezni egy társadalom értékrendjének súlypontjait. Vallás és jog kapcsolata a kifejezett vallásjogok estén kézenfekvő. A jog és vallás összefonódásának vizsgálatakor nagyon lényeges körülmény, hogy bár a formálisan is vallási alapú államokban (néhány törzsi és iszlám állam és a Vatikán) a világ lakosságának csak elenyésző hányada él, azonban szinte valamennyi iszlám országban, Izraelben és Indiában a vallásnak kiemelt jelentősége van a jogban, illetve gyakorlatilag valamennyi modern jogrendszer eredetében vallási mozzanatokot hordoz. Még azoknál a jogrendszereknél is, ahol kifejezetten hiányozni látszik a hitbéli megalapozottság, kimutatható, hogy legitimációs forrásként valamely racionálisan nem igazolható elvre építkeznek, valamilyen metajurisztikus hiedelemrendszerre, pl. a kommunista rendszerek a marxizmus-leninizmus ideológiára, a liberális kapitalizmus az emberi jogok és a tulajdon szentségére, a szabad versenyre. Ez utóbbiak hiedelemszerűségét támasztja alá az is, hogy minden kritikát elutasítanak, részgazságaikat abszolutizálják és univerzális igénnyel lépnek fel.

A jog és történelemfilozófia kapcsolatát elemezve a szerző rámutat, hogy a jogfilozófia szempontjából kiemelten releváns, ún. szubsztantív történelemfilozófiák azzal a fő kérdéssel foglalkoznak, hogy a történelem alakulásában felismerhető-e általános törvényszerűségek.⁶ A történelem *eshetőleges* alakulását valló, racionalista koncepció (Popper, Nietzsche, Burckhardt, Huizinga) nagyjából megfeleltethető a pozitivistá jogszemléletnek. A *teleologikus* történelemfilozófiák az emberi viselkedési komplex egy-egy elemének túlhangsúlyozásával gyakran erősítenek olyan jogkoncepciókat, amelyek ideológiájuknak leginkább megfelelnek. A jogpozitvizmust általában magukévá teszik, akár az ember szociabilitását eltúlzó kommunista eszméről (szocialista normativizmus), akár a „fajok” harcát ideológiája középpontjába helyező náci államról legyen szó. Hangsúlyos kivétel a keresztény teleologikus történelemkép, amely kifejezetten szemben áll a jogpozitvizmussal és a katolikus természetjogra támaszkodik. A *ciklikus* történelemfilozófia (pl. Spengler), amely minden kultúra mulandóságát hirdeti, szintén elveti a történelem szabad alakíthatóságának gondolatát, nem feltételez végső célt és olyan jogi felfogást preferál, amelyben az egymást követő kultúrák jogi jelenségei kissé más formában, de megismétlődnek.

A jogfilozófia perspektíváit illetően a szerző kifejti, hogy a jogbölcseletre is igaz az a tudományfejlődést általánosan jellemző jelenség, hogy gyakran megszokások és szekuláris dogmák határozzák meg az állásfoglalásokat mindaddig, amíg ezeket egyesek meg nem kérdőjelezzik és utóbb rámutatnak azok hitszerű természetére. Azután ezek az új elgondolások kanonizálódnak, újabb dogmarendet alkotnak és a régi tudás helyébe lépnek. A jog kutatása is az ilyen kritikai vizsgálódások és a kritikák kritikája révén vált heterogén tudományos tevékenységgé. Ez is egyik oka és bizonyítéka annak, hogy a jogelmélet szükségképpen tekinthető

⁶ A szerző eddig két jogfilozófiai szempontból is releváns történelemfilozófiai kötetében foglalkozott e tudományterület alapvető kérdéseivel, valamint e problémáknak a jogfejlődéssel és jogi gondolkodással való kapcsolatával. Lásd Szmodis Jenő: *Kultúra és sors*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2007.; Szmodis Jenő: *A görögökről – Nietzsche és Spengler nyomán*. Argumentum, Budapest, 2012.

multidiszciplináris tudományterületnek. A *nyugati jog jövőjét illetően* a szerző rámutat, hogy a római alapú nyugati jogkoncepció expanzióját elsősorban a Nyugat katonai, gazdasági befolyása tette lehetővé, így ennek hanyatlásával egyre inkább várható, hogy a nemzetközi kapcsolatok jogát mindinkább meghatározza majd a feltörekvő Kelet jogszemlélete.

Szmodis Jenő új könyvének érdemeit Szabadfalvi József professzor – igen pontosan fogalmazva – így összegzi, s magam is ekként ajánlom a kötetet az olvasók figyelmébe: „A jog jelenségvilágának bemutatását, elemzését a címben jelzett multidiszciplináris módon közelíti meg. Így a hagyományosnak tekinthető filozófiai, etikai, teológiai, szociológiai, pszichológiai stb. kontextuson túl a kevésbé, vagy egyáltalán nem alkalmazott szociálpszichológiai, kultúrantropológiai, humánológiai vizsgálódások új értelmezési keretet, lehetőséget biztosítanak a jog tanulmányozásának kitágítására, korábban a jogelméleti vizsgálódások részéről figyelmen kívül hagyott területeknek a jogfilozófiai diskurzusba való beemelésére. A könyvet ajánlom nemcsak a jogelméletben járatos kollégák, hanem e kérdések iránt affinitást érző egyetemi hallgatók számára is.”

Hengl Melinda¹

Könyvismertetés Hautzinger Zoltán: „A magyar katonai büntetőeljárás fejlesztési irányai”² című könyvéről

Hautzinger Zoltán (a pécsi jogi kar oktatója) „A magyar katonai büntetőeljárás fejlesztési irányai” című könyve, 2011-ben jelent meg a Dialóg Campus Kiadó és a PTE ÁJK közös gondozásában, az Institutiones Juris, Dialóg Campus Szakkönyvek, Doktori értekezések a Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karán sorozat köteteként.

A borítón August Querfurt festménye, az „Egy katona bírói tárgyalása, 1740 körül” látható, amely ráhangol a témára. Vizuálisan is megjelenik az, amiről a monográfia szól.

Az előszót Fenyvesi Csaba egyetemi docens írta, amelyben véleményét így összegezte: „*Örvendetes tény, hogy jogelméleti használhatóságán túlmenően a jogalkotás és jogalkalmazás számára is ad muníciót.*”³

A jogirodalomban régen divatos, majd idővel háttérbe szoruló téma újjászületésének lehet tanúja, aki kezébe veszi a könyvet. A szerző a téma elméleti és gyakorlati ismerőjeként mutatja be a magyar katonai büntetőeljárás fejlesztési irányait. A monográfia hosszú, szenvedéllyel végzett kutatómunka eredménye, amelyben érezhető az elhivatottság és a téma iránti szeretet. Mindezek elmélyült, alapos kutatásra készítették a szerzőt, aki így tudományosan megalapozott művet teremtett.

A könyv szerkezete jól felépített. Az értelemszerűen tagolt témakörökben, átlátható szerkesztés mellett kap használható ismereteket, a katonai büntetőjog iránt érdeklődő. A fejezeteket mottóként idézetek is színesítik. A monográfia nyolc részre tagolódik.

A bevezető fejezet első mondatában egyértelműen kifejti Hautzinger Zoltán a katonai büntetőjog vázlatos tartalmát: a katonai rendre veszélyes magatartás definiálása, felderítése, vizsgálata, a megtorlás, valamint a kiszabott büntetés végrehajtása.

Ezt követően a katonai büntetőjog elveiről ír a szerző. Kikristályosodik a katonai büntetőjogi szabályok kettős szorításának jelentése (forrásai a polgári és a katonai társadalomra vonatkozó szabályok közt is megtalálhatók), valamint az, hogy rendeltetése ún. puha elveken keresztül valósul meg (amelyek kizárólag a katonai büntetőjogi szabályokra jellemzőek, de nem ellentétesek az általános büntetőjogi elvekkel sem). Célelvként a katonai rend védelme emelhető ki, amely egyben a specialitás elvét is alátámasztja, ezt követi a normák gyorsabb alkalmazásának igénye, és a parancsnoki felelősség elve.

A rövid interdiszciplináris kitérő alapján megállapítható, hogy a katonai büntetőjogi gondolkodásra több társadalomtudomány is hat: a hadtudomány, a

¹ jogász, pszichológus, grafológus, PhD hallgató, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar Büntető Eljárásjogi és Kriminológiai Tanszék

² Hautzinger Zoltán: A magyar katonai büntetőeljárás fejlesztési irányai. Dialóg Campus Kiadó, Budapest–Pécs, PTE ÁJK, Pécs, 2011.

³ Hautzinger: i.m. 7. o.

rendészettudomány, a kriminológia és a kriminalisztika is.

Nemzetközi kitekintésként más országokban megvalósuló modelleket is ismertet.

Elsőként a katonai büntető-jogalkalmazás legszűkebb értelmezését tárgyalja, amely szerint nem léteznek önálló katonai igazságügyi szervek és külön katonai büntetőeljárás sem. Az ezt alkalmazó országokban csak a katonai szakértelem megjelenésében van eltérés, szinte egyáltalán nem érvényesülnek a sajátos alapelvek Belgiumban, Csehországban és Dániában, míg Hollandiában, Finnországban és Norvégiában a katonai szakértelmet a katonai életviszonyokra rálátással rendelkező személyek képviselik.

Másodikként a katonai fegyelmi bíráskodás modelljét említi, amely a katonai büntetőhatalom gyakorlásának egy sajátos formája Németországban és Ausztriában.

Harmadik megoldásként, a katonai büntető-igazságszolgáltatás széles körben alkalmazott modelljéről ír (főleg európai modell), amely szerint speciális hatóság vizsgálja a katonai bűnügyeket, és a katonai bíróságok, mint rendes bíróságok speciális tanácsai működnek. Ez a rendszer valósul meg Magyarországon is.

Negyedikként, a katonai büntetőjog legszélesebb kompetenciáját adó modellt fejti ki, amelyben a katonai büntető-jogalkalmazás kizárólag az általánostól eltérő intézményrendszerből és szabályokból építkezik. Ebben az esetben az eljárás lefolytatására a civil hatóság egyáltalán nem rendelkezik jogkörrel. Ez a típus él az Amerikai Egyesült Államokban, Ausztráliában, az Egyesült Királyságban, Írországon, Kanadában, Dél-Koreában, az olasz vagy spanyol mintát követő dél-amerikai államokban, az egyes afrikai, ázsiai és szláv országokban is.

A bevezető fejezetet a katonai büntetőjog három területének (katonai büntető anyagi jog, katonai büntetés-végrehajtási jog, katonai büntető eljárásjog) felvázolása zárja.

A katonai büntető anyagi jog alapszabályai a katonai bűncselekmények, amelyek az általános deliktumokhoz hasonlóan aktív vagy passzív magatartások lehetnek. Központi személye a büntetőjogi értelemben vett katona. A katonai bűncselekmények szankciói a sajátos tartalmú katonai büntetések. A katonai bűnfelelősség speciálisan alakul, egyrészt korlátozott, vagyis nem minden esetben tartozik abszolút egyéni felelősséggel a katona, másrészt a katonai büntethetőség elévülésének kérdése is problematikus.

A katonai büntetés-végrehajtási jog fő célkitűzése, egyrészt a büntetőjogi felelősségre vont katonával szemben kiszabott szankció érvényesítése, másrészt a szolgálatban megtartható katona nevelése a büntetés végrehajtása alatt. A katonai büntetés-végrehajtási jog speciális területként kapcsolódik az általános büntetés-végrehajtási joghoz, sajátos szabályai különös normaként a büntetés-végrehajtási kódexben és annak végrehajtási rendeletében található. A magyar büntetés-végrehajtási szabályozás egyik alapvető követelménye a klasszifikáció.

A monográfia tárgya a katonai büntető eljárásjog, így a következőkben ennek alapos kifejtése olvasható.

A II. fejezetben a magyar katonai büntető eljárásjog története található. A szerző bemutatta azt a történelmi fejlődést, amelynek során már az ősmagyarok korában kialakultak a katonai berendezkedést segítő szokások, majd a honfoglalás után a katonai és a civil büntetőnormák elkülönülése következett. Az első jelentős, a katonai életviszonyokat szabályozó büntetőtörvény a XVII. században született meg. Ezután következett II. Rákóczi Ferenc Regulamentum universaléja (általános katonai szabályzat, regularizálási összefoglaló) és Edictum militaréja (a tábori rendet és fegyelmet szigorúan szabályozó norma, olyan általánosan elfogadott jogi tételek

kimondásával, mint a bűnösség, a büntethetőség akadályai, a büntetési nemek meghatározása, a vádhoz kötöttség, valamint a perorvoslati rendszer kiépítése).⁴ Ehhez a fejedelmi katonai büntetőjoghoz képest, a császári büntetőjog recipiálása visszalépést jelentett. Az inkvizitórius büntetőeljárás normák, az írásbeliség, a titkosság, az erősen korlátozott védelem, és a vizsgálóbíró hatalmi túlsúlya által jellemzett korszakból azonban pozitívumként emelhető ki, hogy kiépült a katonai büntető-igazságszolgáltatási rendszer, letisztult a katonai eljárás személyi hatálya, valamint megjelentek egyes különös katonai büntetőeljárások is. E korszak után a hazai katonai jogterület szabályozása a magyar jogalkotás kezében volt. A Magyar Országgyűlés 1912-ben alkotta meg azokat a katonai büntetőeljárás törvényeket, amelyeknek 2012-ben a monográfia megírását követő évben ünnepeltük a centenáriumát. A katonai büntetőeljárásra vonatkozó speciális normákat az 1951. évi 31. számú törvényerejű rendelet helyezte be a rendes büntetőeljárás törvénybe, amellyel egyszerre kodifikációs és szervezeti integráció is megvalósult. Egységessé vált a büntetőeljárás alaki megjelenítése, de tartalmi oldala napjainkig megőrzi speciális, a katonai életviszonyokra tekintettel lévő jellemzőit.

A III. fejezet témája a katonai büntetőeljárás helyének kifejtése a magyar büntetőeljárás rendszerében. A szerző vizsgálja a katonai büntetőeljárás kapcsolatát az alapelvekkel, az általános szabályozástól eltérő eljárási formákkal (különeljárásokkal) és a különleges eljárásokkal összefüggésben is.

Az alapelveket tekintve egyrészt megállapítható, hogy a katonai büntetőeljárás elsősorban az általános eljárási szabályok szerint, az általános alapelvek szellemében, de a speciális katonai életviszonyokból adódó, eltérő többlettartalomra figyelemmel folytatható le. Másrészt fontos szereppel bírnak a sajátos katonai elvek is, amelyek a katonai büntetőeljárás szakeljárás létjogosultságát igazolják. Az általános eljárási szabályok szerint érvényesül a bírósági eljáráshoz való jog, a tisztességes büntetőeljáráshoz való jog, a kontradiktórium elve és az anyanyelv használatának joga. Sajátosan alakul az officialitás elve, a katonai és rendvédelmi szervek általános jelentési és feljelentési kötelezettsége miatt. A speciális többlettartalomból következően az ártatlanság vélelmének körében tekintettel kell lenni arra is, hogy a büntetőeljárás során a katonát az eljárás ténye miatt ne érje a katonai szolgálati viszonyát érintő olyan hátrány, amelyről bűnösítő ítéletében a katonai bíróság jogerős határozatában dönthet. Az önvádra kötelezés tilalmánál fontos megemlíteni, hogy az elv katonai esetében, a katonai érintkezési szabályok közt hangsúlyos jelentési kötelezettség alól is mentesít. A védelem elvével összefüggésben, a katonai védő szerepét kell kiemelni, aki nemcsak általános büntető eljárási és kriminalisztikai ismeretekkel rendelkezik, hanem a sajátos katonai élet- és jogviszonyokban is jártas. A katonai büntetőeljárásban alkalmazható jogorvoslati jogosultságok köre is bővebb (ideértve elsősorban a fegyelmi határozattal szemben benyújtható bírósági felülvizsgálati kérelmet).

Más különeljárásnak a katonai büntetőeljárással való együtt alkalmazása általában lehetséges. Gyakori azokban az esetekben, amikor a katonai büntetőeljárás gyorsítását és egyszerűsítését segíti (bíróság elé állítás, tárgyalás mellőzése), de nem vehető figyelembe a katonai büntetőeljárás belső a magánvádas eljárás szabályrendszere, és egyes esetekben a fiatalokra vonatkozó rendelkezések.

A különleges eljárások főszabályként az általános törvényi rendelkezéseknek

⁴ A 2007. május 18-ai, a Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara és a Kaposvári Katonai Ügyészség által rendezett Tudományos Emlékülés anyaga a következő kötetben olvasható: Bögöly Gyula – Hautzinger Zoltán (szerk.): Az önálló katonai büntető kodifikáció tricentenáriuma. Kódex Nyomda Kft, Pécs, 2007.

megfelelően érvényesek a katonai büntetőeljárásban is. Gyakorlati megvalósulásukat befolyásolja, hogy a járulékos kérdésekben pótlólagos, kiegészítő vagy módosító határozatok meghozatala a katonai életviszonyok szem előtt tartásával lehetséges-e?

A IV. fejezet a katonai büntetőeljárás hatályáról szól. Azt a személyi és tárgyi kört elemzi, amelyre a büntetőeljárás általános szabályaitól eltérő, katonai büntetőeljárási rendelkezések vonatkoznak. A külföldi modellek bemutatását (tágabb vagy szűkebb kompetencia), a hazai vegyes elvű szabályozás leírása követi. Kiterjed a büntetőjogi értelemben vett katonák katonai bűncselekményeire, a hagyományos értelemben vett katonák és a szövetséges fegyveres erők tagjai által magyar joghatóságú területen elkövetett bármely deliktumokra, valamint az egyes rendvédelmi szervek hivatásos állományú tagjai által a szolgálati helyen, illetve a szolgálattal összefüggésben elkövetett bűncselekményekre, továbbá elismeri a konnexitás intézményét is.

A fentieket követően a szerző hazai és egyes külföldi szabályozások tanulmányozása alapján kialakított nézetét fejt ki, miszerint a katonai büntetőeljárás nem jelent az általános büntető-igazságszolgáltatáson kívüli fórumrendszert, szabályai és hatóságai megfelelnek az Emberi Jogok Európai Egyezményében rögzített tisztességes büntetőeljáráshoz kapcsolódó elveknek.

A magyar szabályozás történeti vetületéből megemlítendő, hogy a kilencvenes évek elejének hatáskör elvonási hullámaait, az évtized közepétől a bővülési tendencia váltja fel, de még napjaikban is konkurál egymással az általános és a katonai büntetőeljárás.

A szerző kifejti a személyi és a tárgyi konnexitásról alkotott véleményét is, miszerint a konnexitás feloldása csak tárgyi összefüggés esetén indokolt, személyi összefüggés esetén nem. Ez utóbbi törvényi feloldását jelentené, ha a katonai büntetőeljárás minden katonailag szerveződő fegyveres szerv tényleges vagy hivatásos állományú tagja által elkövetett valamennyi deliktumra kiterjedne (véleménye szerint ez alól kivételt kellene képeznie - a mindennapi szolgálat és az intézkedési kör eltérő jellege miatt - a katasztrófavédelmi szervezet hivatásos állományú tagjainak).

Az V. fejezetben a katonai büntetőeljárásban eljáró speciális hatóságok kifejtése olvasható, amelyeknek létjogosultságát a katonai büntetőeljárás központi személye, maga a katona terhelt indokolja. Az időszerűség és a szakszerűség követelményének a katonai büntetőeljárásban is érvényre kell jutnia. Katona terhelt esetén a vád, a védelem és az ítékezés katonai viszonyokhoz kötődik, így a büntetőjogi felelősség megállapítása és a szankció kiszabása is katonai nyomozó (katonai ügyész, állományilletékes parancsnok) és vádhatóság (katonai ügyész) eljárásán alapulva, katonai bírói tanács előtt történik. A fejezetben a speciális hatóságok szervezetének kialakulásán és hatályos szabályozásán túl, egy az illetékes parancsnok által lefolytatott eljárásról, a katonai vétség fegyelmi eljárásban való elbírálásáról is képet kap az érdeklődő.

Fontos megemlíteni, hogy a monográfia megjelenése után a katonai ügyészi rendszer, jelentős átalakuláson ment át. A katonai ügyészségek 2012. január 1-jei megszűnését követően, azok a Legfőbb Ügyészségbe integrálódva működnek tovább.

A VI. fejezet a katonai büntetőeljárásban részt vevő személyek körét tárgyalja. Ebben az eljárásban az általános büntetőeljárásban szereplő alanyokhoz képest sajátos jogokkal és kötelezettségekkel bíró természetes személyek is megjelennek, akik eljárási helyzetüknél fogva terhelték, védők, sértettek, tanúk vagy szakértők lehetnek.

A katonai büntetőeljárás központi alanya a büntetőjogi értelemben vett katona, akinek sajátos státusza és környezete nagymértékben különbözik az általános

életviszonyoktól. Ezért speciális jogállással rendelkezik, többletjogosítványok illetik meg (a katonai állományban maradásra, a szakképzett védelemre, a klasszifikációra, és az illetékes parancsnok útján történő elővezetésre vonatkozóan), valamint az általánostól kevesebb kötelezettség terheli (legfontosabb a tőrési kötelem). Abban a különleges esetben, amikor a polgári személy a katonával közösen, társtettesként követi el a deliktumot, és a tényállás közvetlen, szoros összefüggése miatt az elkülönítés nem lehetséges, nem katonára terhelhető is megjelenik a katonai büntetőeljárásban. Ebben az esetben vegyes eljárást kell alkalmazni. Nyomozó hatóságként és vádhatóságként a katonai ügyész, igazságszolgáltatási fórumként a katonai bíró vagy bírói tanács jár el, de a civil terhelte tekintetében nem a katonai büntetőeljárásra vonatkozó szabályok szerint.

Fontos követelmény, hogy olyan védő⁵ lássa el a katonára terhelte védelmét, aki ismeri a katonai szolgálati viszony és hierarchia sajátosságait. A katonai védői intézmény kialakításának egyik lehetséges módja a szakosodott védőügyvédek újbóli lajstromba vétele, másik a katonai szervezeten belüli önálló védőszolgálat megteremtése.

A további személyeket tekintve összefoglalóan elmondható, hogy a sértett általános büntetőeljárásból ismert multipozíciója⁶, itt csak erősen korlátozottan valósul meg. A tanúk esetében a tanúvédelemre vonatkozó jogintézmények válnak hangsúlyossá, és a sajátos szakmai kérdésekre specializálódott katonai szakértők szerepe jelentős.

A VII. fejezetben a katonai büntetőeljárás sajátos szabályai olvashatók. Mindenekelőtt rögzítendő, hogy a katonai büntetőeljárás a legfőbb kérdésekben nem különbözik az általános büntetőeljárás szabályoktól, csak sajátos jellemzői miatt, speciális rendelkezéseket is tartalmaz, amelyek szakeljárási jellegét alátámasztják.

Eltérő szabályai a büntetőeljárás megindítása, a nyomozás, a bizonyítékok, a kényszerintézkedések, a jogorvoslatok, az ügyészi revízió és a vádemelés tekintetében tárgyalhatók. A büntetőeljárás megindításánál a feljelentési kötelezettség intézményét említi meg a szerző. A nyomozási szakban az időszerűség fontossága hangsúlyozódik. A bizonyítékok témakörében egyes bizonyítási eszközök sajátos szerepéről és jelentőségéről, a bizonyítási eljárások esetében a szembesítés katonai büntetőeljárásban való alkalmazásának problematikájáról esik szó. Ezt követi a katonával szemben alkalmazható személyi szabadságot korlátozó vagy elvonó kényszerintézkedések⁷ többletfeltételekkel, vagy csak nehézségek árán való foganatosítása. A katonai nyomozás során benyújtható jogorvoslatok közül, az a tipikusan katonai jogorvoslat - panasz - emelhető ki, amelynek célja, hogy a katonai vétség elbírálását fegyelmi eljárásra utalja. Ezután a szerző az általánostól eltérően megvalósuló a vádemelést megelőzően elvégzett ügyészi revíziót, a szigorúbb rendelkezésekkel érvényesülő váddal való rendelkezést és ügyszakosított határozattal szembeni ügyészi perorvoslat előterjesztését ismerteti.

A fejezet záró részében annak kifejtése található, hogy a bírósági (elsőfokú és fellebbviteli) eljárásban nem tapasztalhatók az általánostól eltérő rendelkezések, mert

⁵ A védőügyvédről írt monográfiájában Fenyvesi Csaba a katonára terhelte védelmével kapcsolatos véleményét is kifejtette. (Fenyvesi Csaba: A védőügyvéd. A védő büntetőeljárás szerepéről és jogállásáról. Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2002. 339–341. o.)

⁶ A sértett multipozíciójának bővebb kifejtése a következő könyvben található: Herke Csongor – Fenyvesi Csaba – Tremmel Flórián: A büntető eljárásjog elmélete. Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2012. 116. o.

⁷ A letartóztatásról írt monográfiájában Herke Csongor - a most bemutatandó könyv lektora - is kitér a katonai büntetőeljárásra. (Herke Csongor: A letartóztatás. Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2002. 113–114. o.)

az indokolatlan különbségek fokoznák a katonai büntetőeljárással szembeni bizalmatlanságot.

A VIII. az összegző fejezet, amelyben a magyar katonai büntető eljárásjog alapvető sajátosságainak és fejlődési irányainak összefoglalását a szerző javaslatai követik. A fejlesztési irányok tíz témakört fognak át: (1) a katonai büntetőeljárás személyi és tárgyi hatálya kiterjesztésének igénye, (2) az általános és a katonai büntetőeljárás elhatárolása, (3) a katonai büntetőeljárás kizárólagossága, (4) a katonai büntető tanácsok hatásköre, (5) a katona terhelt fogalma megállapításának fontossága, (6) a katona terhelt jogainak meghatározása, (7) a katonai védő intézménye, (8) a katona tanú védelme, (9) a bizonyítás katonai sajátossága, és (10) az ítélettel szembeni perorvoslatra jogosultak körének kiterjesztése.

Hautzinger Zoltán végkövetkeztetése szerint a katonai büntetőjogra nem önálló, az általános büntetőjogtól eltérő jogágként, és nem önálló, az általánostól eltérő tudományterületként kell tekinteni. Álláspontja szerint a katonai büntetőeljárás nem külön eljárás, inkább olyan szakeljárás, amelyben az általános büntetőeljárási jogtételek és fő kérdések követelményszerűen, a katonai életviszonyokra való tekintettel, eltérő hatósági intézményrendszer szerint érvényesülnek.

Nagyon hasznos az egyes fejezetek végén elhelyezett rövid összefoglaló, így egyszerűen áttekinthető az adott rész tartalmának lényege. A gyors eligazodást tárgymutató is segíti.

Annak ellenére, hogy speciálisan magyar vonatkozású a téma, ez a magas színvonalú mű megérdemelné egy rövid idegen nyelvű összefoglalót, hogy nemzetközi szinten is hozzáférhető legyen, és az érdeklődők szélesebb köréhez juthasson el.

Példa értékű a lábjegyzetelés formája, pontossága és az irodalomjegyzék alapossága. A 149 tételből álló irodalomjegyzék, amely 1849-től 2011-ig a monográfia megjelenésének évéig tartalmaz hivatkozásokat, 162 évet fog át.

Mint ahogyan Hautzinger Zoltán könyvének hátsó borítóján is olvasható: „*E monográfia arra tesz kísérletet, hogy történeti vetületeinek átfogó ismertetését követően a katonai büntetőjog gyakorlati érvényesítésének legfontosabb területeként mutassa be a katonai büntető eljárásjogot. Számbaveszi annak magyar és nemzetközi vonatkozásait, a hazai szabályozás sajátosságait és jellemzőit.*”⁸ Ajánlható jogászoknak, katonáknak, elméleti kutatóknak, gyakorlati szakembereknek, valamint „civil” érdeklődőknek is.

⁸ Hautzinger: i.m. hátsó borító

Nótári, Tamás: *Studia Iuridico-Philologica II.*² *Studies in Classical and Medieval Philology and Legal History. Lectum, Szeged, 2012. 210 o.*

Nótári Tamás *Studia Iuridico-Philologica II. Studies in Classical and Medieval Philology and Legal History* című tanulmánykötete Szegeden jelent meg a Lectum Kiadónál. A munka a 2007-ben Debrecenben megjelent megjelent első kötet folytatása. Ismertetésünkben nem tárgyaljuk a kötet minden tanulmányát, csupán négyet mutatunk be alaposabban.

Az első tanulmány a *Handling of facts and forensic tactics in Cicero's Pro Cluentio* címet viseli. A szerző ebben a tanulmányban az Aulus Cluentius Habitus büntetőügyében tartott cicerói védőbeszédet elemzi. Cluentius ellen az volt a vád, hogy megmérgezte mostohaapját, Oppianicust. A vád alapját a Kr.e. 81-es, Sulla-féle *lex Cornelia de sicariis et veneficis* képezte. A vádló ugyanakkor felhozta azt a körülményt is, hogy nyolc évvel korábban Cluentius ellene elkövetett mérgezési kísérlet miatt emelt Oppianicus ellen vádat. E vád miatt Oppianicus száműzetésbe ment, azonban a Cluentius elleni perben azzal érveltek, hogy Oppianicus csak azért kényszerült száműzetésbe, mert Cluentius megvesztegette a bírakat. A szerző tanulmányában először kitér a beszéd történeti hátterére a források és a szakirodalomfényében. Kiemeli, hogy Quintilianus úgy jellemezte e beszédet, mint amelyben Cicero homokot szórt a bírák szemébe. Ezt követően Nótári a *lex Cornelia de sicariis et veneficis* alkalmazását elemzi a beszédben. Ennek legfőbb kérdése, hogy a Cluentius elleni vád a *lex Cornelia de sicariis et veneficis* alapján csak az emberölésre vonatkozott-e, vagy a törvényszék nyolc évvel korábbi, az idősebb Oppianicus elleni perben történt megvesztegetését is felölelte-e. Cicero úgy érvel, hogy a törvényszék csak a mérgezés ügyében illetékes, de a *lex Cornelia de sicariis et veneficis*nek a vesztegetéséről szóló pontja csak a szenátori rendre korlátozódik, tehát nem vonatkozik Cluentiusra. Ez után a szerző a *iudicium Iunianum* kapcsán felhozott vesztegetési vádat, majd a Cicero által röviden tárgyalt mérgezési vádat elemzi a szónoki taktika és a jogi tényálláskezelés szempontjából. A szerző szerint a *Pro Cluentio* Cicero szónoki pályafutása egyik csúcsteljesítménye, lévén hogy a szónok jól váltogatja a stíluselemeket, ötvözi a pátoszt és a humort, kiválóan ábrázolja a jellemeket, és plasztikusan köti össze az érveket és az elbeszélés idősíkjaikat.

A kötet második tanulmányában (*Translatio imperii – Thoughts on Continuity of Empires in European Political Traditions*) a szerző a *translatio imperii* elméletét vizsgálja. E tanulmányában a szerző elsősorban az ókori és a középkori elméleteket mutatja be, amelyek sorát Hésiodos *Munkák és napok* című eposzával kezdi. Hésiodos a világtörténelmet a mítosz szintjén öt korszakra bontja: aranykorra, ezüstkorra, rézkorra, a Thébaiban és Trójában harcoló hősök korára és vaskorra. Ezt követően *Dániel könyvének* elbeszélését elemzi, amelyben már nem korszakokról, hanem birodalmakról van szó. *Dániel Könyvének* Nabukodonozor király álmában egy különféle anyagokból álló szobor jelenik meg, amelyet Dániel úgy interpretál, hogy az az egymást követő világbirodalmakat jelképezi. Többek között ezekre a forrásokra épít Tertullianus *Apologeticum* című vitaíratában, amelyben a keresztényeket igyekezik azzal a váddal szemben megvédeni, hogy a római állam fennmaradását

¹ PhD-hallgató, PPKE JÁK.

² Nótári, Tamás: *Studia Iuridico-Philologica II. Studies in Classical and Medieval Philology and Legal History. Lectum, Szeged, 2012. 210 o.*

veszélyeztetik. Tertullianus értelmezi *Dániel könyvét*, s a négy nagy birodalom közül az utolsót Rómával azonosítja. Pompeius Trogus *Philippicáinak* összefoglalását megíró Iustinus, szintén négy világbirodalomról szól, azaz az asszír, a perzsa, a makedón és a Római Birodalomról. Szent Jeromos, a *Vulgata* fordítója *Dániel könyvéhez* írt kommentárjában a próféta által említett birodalmakat Babilonnal, Perzsiával, Görögországgal és Rómával azonosítja. A *translatio imperii* középkori gondolköréből a szerző a Bizánc mint második Róma (*deutera Rhómé*) elméletére tér ki először. Ezt követően a Moszkva mint harmadik Róma elméletét mutatja be, amit Filofej szerzetes fogalmazott meg először, és amely 1917-ig jelentős maradt az állami ideológiában. Nyugat-Európa tekintetében Nagy Károly *renovatio imperii* gondolatát, valamint III. Ottó birodalomalapításának Gerbert d'Aurillacól, a későbbi II. Szilveszter pápától származó *renovatio imperii Romanorum* programját emeli ki. Ezen kívül kitér Freisingi Ottó *Chronica sive Historia de duabus civitatibus* című művére, amelynek középpontjában szintén a *translatio imperii* elmélete áll: Freisingi Ottó egyrészt világtörténeti síkon, az asszírok, a perzsák, a görögök, a rómaiak és a germánok, másrészt Európán belül, vagyis Róma, Bizánc, Nagy Károly Birodalma, a Longobárd Birodalom, és a Német-Római Birodalom sorrendjének elemzésével támasztja alá elméletét.

A következő nyolc tanulmány (*Remarks on Gesta Sancti Hrodberti confessoris, Bishop Virgil – Author of Aethicus Ister's Cosmography, Remarks on dating and localising Lex Baiuvariorum, Remarks on the 8th century registers of Salzburg, Social structure of Bavaria in the mirror of the estate registers and Lex Baiuvariorum, De conversione Bulgarorum – On the legal background of the christianisation of the Bulgarians, Legend of „dux” Ingo and his carta sine litteris*) kora középkori jogtörténeti tárgyú.

A *Remarks on Gesta Sancti Hrodberti confessoris* című tanulmány a Virgil salzburgi püspök által írt legendát elemzi. A *Gesta Sancti Hrodberti confessoris* kapcsán felmerülő kérdések közül ki kell térni azokra amelyek választ adnak arra, hogy mikorra tehető Rupert érkezése Salzburgba, érkezését mi motiválta, illetve Rupert halálának idejére és helyére. Rupert legkésőbb 696-ban Wormsból érkezett Bajorországba, melyet az Agilolfing-dinasztiával fennálló rokoni kapcsolatai is indokoltá tettek, azonban felmerülhet a politikai motiváció lehetősége is. Rupert tehát letelepedett Salzburgban, ahol szervezett formát és új lendületet adott a már meglévő keresztény életnek és közösségnek; templomokat és szerzetesi közösségeket alapított. Salzburgban nem hozott létre egyházmegyét, tehát sem salzburgi püspöknek, sem salzburgi apátnak nem tekinthető. Halála 715 körül következett be Wormsben, ahová ezelőtt nem sokkal tért vissza.

A *Remarks on the 8th century registers of Salzburg* című tanulmány a kora középkori salzburgi birtokjegyzékeket elemzi. A *Notitia Arnonis* megszületésének okaként Nagy Károly Bajorország feletti hatalomátvétele adható meg, amelyre III. Tasziló, az Agilolfing-dinasztia utolsó hercegének trónfosztása révén kerülhetett sor.

A frank uralkodó kül- és belpolitikailag is elszigetelte III. Taszilót, ezután a vazallusává tette 787-ben, majd 788-ban végleg megfosztotta hatalmától. A Taszilóval szembeni koncepciós perre 788-ban, Ingelheimban került sor a frankok és az uralmuk alatt álló *nationes* találkozásánál, ahol Taszilónak is meg kellett jelennie. Mind Tasziló gyermekei kolostorba zárásának, mind Bajorország a Karolingok birodalmába történt anektálásának jogi megalapozottsága igen kétséges, hiszen de iure fiának kellett volna az Agilolfingek öröklési jogát biztosító *Lex Baiuvariorum* rendelkezése szerint átvennie a hercegséget. A bajor hatalmi és birtokviszonyok rendezése után Károly megkísérelte az Agilolfingek uralmának felszámolását immáron végleges, jogszerű

formába önteni: Taszilót kolostorából 794-ben, Frankfurtban egy zsinat elé citálták, ahol a frank egyházi és világi méltóságok, valamint a pápa követői előtt le kellett mondania hercegségéről a maga és összes utódai nevében. A *Breves Notitiae* keletkezése szorosan összefügg Salzburg 798-ban történő érsekséggé emelésével, s Nagy Károly bizalmasa, Arn e jegyzékkel igyekezett primátusát bizonyítani a többi bajor püspök felé. Arn annál is inkább kiérdemelte Nagy Károly bizalmát, mivel készségesen végrehajtotta utasításait a III. Leó pápa körül Rómában kibontakozott kényes helyzetben.

Nótári Tamás tanulmánykötete, amely kutatásainak fő súlypontjainak megfelelően Cicero és a római jog, valamint a kora középkori jogtörténet területéről tartalmaz írásokat, alapos forrásismereten és szakirodalmi feldolgozáson alapul. Ennek megfelelően méltó folytatása az öt évvel korábban megjelent a *Studia Iuridico-Philologica* sorozat első kötetének.

**Az Alaptörvény és a történeti alkotmány –
Csevár Nóra beszélget Szájer Józseffel**

- Tesz Ön különbséget Alkotmány és Alaptörvény fogalma közt? Ha igen, mi alapján lehet megkülönböztetni?

Szájer József: „Az alkotmány az 1949 előtti magyar történeti hagyomány szerint több, különböző korokban megfogalmazott dokumentumból, a joggyakorlatból, szokásjogból, gyakran íratlan, de közösen vallott elvekből, a jogirodalom munkáiból álló gyűjtemény. Mivel Magyarországnak 1949-ig nem volt kartális alkotmánya, az alkotmány kifejezés a fent vázoltakat fedte le. Az 1949-ik évi XX. törvény kisajátította, eredeti történeti jelentésétől megfosztotta az alkotmány kifejezést. (Megjegyzem, tartalmi értelemben sem volt modern alkotmánynak tekinthető, mert nem felelt meg sem az emberi jogok tiszteletben tartásának, sem a demokrácia, a hatalmak elválasztása elveinek sem.) Az Alaptörvény, amint neve is mondja egy egységes dokumentum, ami alapja, vagy más Kelsen-i nézőpontból csúcsa formális jogrendszerünknek. Része egyben az alkotmánynak is, de kevesebb annál.”

- Mit ért Ön a történeti alkotmány vívmányai és mint csak vívmány kifejezés alatt?

Szájer József: „A vívmány szó a mai, a társadalom által közösen vallott alkotmányos felfogás szemszögéből szelektál a történelmi alkotmány szabályai között, azokra utal, amelyek kiállták az idő próbáját és ma is iránymutatóak. Technikai értelemben a vívmány kifejezést az európai jogból kölcsönöztük (acquis communautaire), de kicsit eltérő értelemben, mert az acquis minden uniós szabályt, döntést, gyakorlatot magában foglal, a magyar vívmány szó viszont tartalmi alapon különböztet, válogat, kiemel.”

- A vívmány fogalmának értelmezése elég szubjektív, nyelvtanilag sok mindent jelenthet. Hátránya következhet a joggyakorlatban, még pedig különböző bíróságok a jövőben más-más jelentést tulajdoníthatnak neki, így ez nem egységes bírói gyakorlathoz fog vezetni. Az Alkotmánybíróság hogyan tudja majd ezt kontrollálni, illetve esetleg ezt megakadályozni?

Szájer József: „Vívmány szó valóban nem bevett az eddigi magyar jogban, ezért értelme, és tényleges tartalma a jogalkalmazók (és részben a jogirodalom) munkájának eredményeképpen fog kibontakozni. Ez a nyitottság persze éppen a rugalmasságot kívánja szolgálni. Egyben elvégzi azt a feladatot is, ami az új Alaptörvény egyik fő célja volt: hogy mai alkotmányos rendszerünk történelmi alapjait újraépítsük, a gazdag, ezer éves magyar alkotmányos hagyományt felélesszük, kontinuitását helyreállítsuk. Ezt a munkát az értelmező-alkalmazók végzik majd, kiemelten az Alkotmánybíróság (a bírói nyugdíjkorhatárral kapcsolatos ítéletében el is kezdte) és az Alaptörvényt közvetlenül alkalmazó bíróságok.”

- Az R) cikk (3) bekezdése legitimáló vagy kiegészítő érvként szerepelhet-e esetleg a későbbi jogalkalmazásban?

Szájer József: „A történeti alkotmány vívmányira való hivatkozás jogértelmezési segédelv, nem helyettesíti a tételes szabályokat, hanem azok értelmezését segíti a történeti alkotmány fényében. Több mint hatvan éves szünet után ennél erősebben nem tudtuk visszahozni az eredeti történelmi alkotmányt a jogbizonytalanság jelentős kockázata nélkül.”

- Önálló ítélkezésben vagy csak jogértelmezési szinten lehet alkalmazni?

Szájer József: „Az Alaptörvény minden alkalmazása során használható-használandó kiemelt jogértelmezési elvként, de nem tételes jogként.”

- Miként vélekedik Ön arról az esetleges felvetésről, hogy az R) cikk (3) bekezdés által felvetődhet, hogy Magyarországnak nincs kartális írott Alkotmánya? Vagy ez ettől függetlenül is kartális Alkotmány marad?

Szájer József: „A magyar jogrendszer tetején egy egységes írott jogi dokumentum, az Alaptörvény áll. A jogszabályok a hierarchikus rendben alatta vannak, és azzal összhangban kell lenniük. A történeti alkotmányra hivatkozás az Alaptörvény által kiemelt jogértelmezési segédelv. Az Alaptörvény formális értelemben megfelel a modern demokratikus európai kartális alkotmányok kritériumainak, azonban a magyar jogirodalmi hagyományban az alkotmány szó foglalt, azt csak bitorolta az 1949. évi XX. törvény. Ennek az újraélesztett alkotmányfogalomnak szélesebb értelmében az alkotmány magában foglalja az Alaptörvényt, de egyben nem sajátítja ki az alkotmány szót. Az Alkotmánybíróság nevének megtartása nem tévedés, hanem tudatos alkotmányozói törekvés volt, mert az AB mostantól nem csak az Alaptörvényt, hanem annak explicit felhatalmazása alapján az alkotmányt, pontosabban a történeti alkotmány vívmányait is értelmezi. (Ahogy egyébként ezt minden az Alaptörvényt alkalmazó szerv is teszi.)”

- Az Alaptörvény a magánjog »anyajoga« is egyben. Milyen jogterületen látja Ön a vívmányok intézményesülését?

Szájer József: „Véleményem szerint nem csak a magánjogban, hanem minden jogterületen átvezetendők az Alaptörvény szabályai, illetve azok közvetlenül is alkalmazhatók-alkalmazandók. Az Alaptörvény szabályai elsőbbséget élveznek a jogszabályokkal szemben, de ezzel kapcsolatban még van ellenállás. Ez egy hosszú folyamat lesz. (Egy konkrét példa: a bírói nyugdíjkorhatárról szóló AB határozatban, a testület tévesen állította, hogy a magyar jogrendszerben ne lenne "általános öregségi nyugdíjkorhatár", hiszen a kifejezés éppen az Alaptörvényben szerepel. A jogalkotó feladata ilyenkor nem az Alaptörvény explicit szövegének a figyelmen kívül hagyása, hanem a jogszabályi kifejezések hozzáigazítása ahhoz. A jogalkalmazóé, a jogértelmezőé pedig az, hogy a jogszabályokat Alaptörvénnyel összhangzó értelmük szerint értelmezzék, ne azzal ellentétesen. Ebben a tekintetben bírálható az AB fenti értelmezése.)”