

Attitűd vizsgálatok az amerikai joghallgatók körében¹

Sokakat foglalkoztató kérdés, hogy honnan ered az a masszív, jogászokkal, de elsősorban ügyvédekkel kapcsolatos negatív előítélet, amely az egész világon tapasztalható. Emlékezetes Jerome Frank ezzel kapcsolatos írása, melyben kifejti, hogy az ambivalens, jogászokkal kapcsolatos érzés, ami az emberek többségét jellemzi, voltaképpen egyfajta apa-komplexusból táplálkozik. A társadalom a jogtól sem vár mást, mint az apától, aki a gyermek szemében a legbiztosabb pont a világon, s mivel a tapasztalat ezt az elvárást gyorsan cáfolja, természetes viszolygás ébred a jogászok iránt. Márpedig, állítja Frank, nem a perre éhes ügyvédek teszik bizonytalanná a jogot, hanem a jog természetéből adódóan bizonytalan. Frank maga is idéz egy kicsit földhözragadtabb elképzelést Roscoe Pound-tól, aki az ellenséges érzést a papok irigységével magyarázza, akik a jogász hivatás világivá válását nem nézték jó szemmel.

Lehet persze teóriákat gyártani a gyakori viszolygás magyarázatára, ám úgy tűnik, a tény egyelőre nem változott. Jónéhány –elsősorban amerikai - szociológiai vizsgálat igazolja, hogy a társadalom nem tekinti a jogászokat az erkölcs védőbástyáinak, s az irántuk megnyilvánuló bizalom igen csekély. Kaufman idézi az elhíresült mondást egyik könyvében, mely szerint az igazi és nem igazi ügyvédet az különbözteti meg, hogy míg az utóbbi azokat a módokat keresi, hogy miként tud ügyfele az erkölcsi határokat átlépve a törvény betűinek megfelelően cselekedni és így a „törvényesség” keretein belül maradni, addig az előbbi olyan jogelveket keres, amelyek ügyfelét meggyőzik arról, hogy a társadalom általános erkölcsi szabályait betartva lehet csak a jog szellemének megfelelően eljárni. Arra a kérdésre pedig, hogy miként lehet azt biztosítani, hogy az ügyvédek többsége e második megoldási módot válassza, különböző javaslatok olvashatók az ezzel foglalkozó irodalomban. Jóllehet az erkölcs tanítható voltát Platón óta fessegetik, abban a kérdésben máig ellentmondásos vélemények léteznek, hogy a fontosnak tartott posztulátumok bebifláztatásán túl van-e esély a nagyobb mértékű „erkölcskövető” magatartás előidézésére.

A megismerés értékén túl, tulajdonképpen a fent leírtakból következően válik különösen érdekessé a joghallgatók meggyőződéseivel, értékeivel, szocializációjával való foglalatosság. A joghallgatóból - bármilyen meglepő - előbb-utóbb jogász lesz, (ráadásul, legalábbis az amerikai felmérések szerint többségük az is marad...) aki a szakmai szocializáció újabb szakaszához érve meghatározott attitűdökkel rendelkezik. Személyisége, látásmódja különös szerepet játszik az ügyekhez, ügyfelekhez való viszonyulásában. Nem mindegy tehát, hogy milyen beállítottságú emberek töltik fel a jogi egyetemek padsorait és végképp nem mindegy, hogy a jogi egyetemi képzés során a hallgatók milyen változásokon esnek át. Amennyiben személyiségváltozáson egyáltalán átesnek, illetve át kell hogy essenek. Sokan vannak ugyanis, akik szkeptikusak ennél a kérdésnél, és azt állítják, hogy le kell számolni ezzel az idealista elképzeléssel. Az egyetemre már kialakult személyiséggel, erkölcsi értékekkel érkeznek a hallgatók, akiknek nevelésére már nincs is szükség. Aki végletesen egoista, abból úgyszemint lesz altruista és fordítva. A lényeg a jogszabályok, jogi doktrínák betanításán van. Amennyiben változik is a hallgatók személyisége, az nem egy szervezett képzés eredménye. Érhet persze valakit katartikus élmény, melynek hatására élete végéig csak karitatív cselekedeteken töri a

¹ Jelen tanulmány a szegedi Jogbölcseleti és jogszociológiai tanszéken folytatott, joghallgatókra vonatkozó kutatások keretében született meg. E vizsgálatok alapvetően a magyar joghallgatók motivációinak, attitűdjeinek feltárására illetve európai összehasonlításban történő elemzésére irányul. E tanulmány az empirikus kutatások elméleti megalapozásának része.

fejét, ám kicsi a valószínűsége, hogy ilyen gyökeres változás egy jogi kari szeminárium hatására következne be. Ráadásul kívánatos-e egyáltalán az, hogy morálfilozófusok gyözködjék ügyfeleiket magasztos erkölcsi elvekről, ahelyett hogy annak szakszerű érdekképviselőjét látnák el? Az esetek jórésztében ráadásul az ügyvéd nem önszántából lép át elfogadott erkölcsi elveket, hanem az ügyfél kifejezett kívánságára. Amennyiben nem követi az ügyfél utasításait, könnyen maradhat megrendelés nélkül. Mások (mint pl. a jogi realisták jó néhány képviselője) ezzel szemben azt állították, hogy a joghallgatók nevelése az egyik út ahhoz, hogy a jogászságról alkotott negatív kép megváltozzon. Ők ahhoz fűztek reményeket, hogy a joghallgatók igenis „jobbá” tehetők. Szerintük a gyakorlati jogi oktatást kiegészítő szociológiai, filozófiai, etikai tárgyú tananyagok elsajátítása vezethet el a társadalmi kérdésekre, erkölcsi problémákra érzékenyebb jogászsághoz. (A rendszerváltás időszakában a szegedi orvosi karon kívánták a filozófia oktatást beszüntetni. Ekkor hangzottak el többek között ilyen érvek, gyakran olyan külföldi kutatási adatokkal megfűszerezve, melyek kimutatták, hogy a filozófiaoktatáson átesett hallgatók mennyivel empatikusabbak társaiknál.)

A joghallgatók szocializációjával foglalkozó szakirodalom mindkét felfogást alátámasztó érveket szolgáltat, ám kétségtelenül azon vizsgálati eredmények vannak többségben, melyek az alapvető morális értékek területén szignifikáns változást a jogi kar elvégzésének időszakában nem mutatnak ki. Sokkal inkább beszélhetünk a joghallgatók önszelekciónjáról, vagyis arról, hogy meghatározott személyiségtípusok részesítik előnyben a jogi egyetemeket más karokhoz képest. Amint azt több kutatás kimatatta, a joghallgatók jellemzően racionálisak, kevésbé érzelmi beállítottságúak. Lényeges módosulás a szakirodalom tükrében inkább a motiváció tekintetében figyelhető meg. A változás lényege az, hogy az Egyesült Államokban a jogi karokra felvettek többsége nem tartja kizártnak, vagy kifejezetten azzal a szándékkal rendelkezik, hogy végzés után valamely hátrányos helyzetű társadalmi csoport érdekében fog tevékenykedni, ám a végzést közvetlenül megelőzően már csak elenyésző százalékuk gondolkodik hasonlóképpen. (Ez a módosulás természetesen tekinthető egyben a morális értékek egyfajta változásának is, hiszen egyes szerzők e folyamatot a joghallgatók „kihüléseként” értelmezik. Sok tanulmány igazolta ezt az állítást a hetvenes évektől kezdődően. (Egy 1992-es-es vizsgálat a Harvardon kimutatta, hogy míg az első éves joghallgatók 70 százaléka jelölte meg célként, vagy egyik lehetőségként a „köz érdekében művelt jog” (public interest law) területét, addig a végzés előtt már csupán 2 százalékuk. (Granfield 1992) A fogalom egyébként meglehetősen nehezen értelmezhető, hiszen elvileg minden jogász a köz érdekében tevékenykedik. Eredetileg egy baloldali aktivista felfogást és magatartást tükrözött e kifejezés egészen addig, míg konzervatív jogászok nem kezdtek hasonló, a szegényeket, elesetteket felkaroló tevékenységbe. Emiatt ma politikai szempontból inkább neutrális szféráról beszélhetünk, mely alatt azon karitatív célú, általában alapítványi támogatásokból élő intézmények szolgáltatásait értjük, akik a társadalmi különbségek kiküszöbölése érdekében ingyenes vagy kedvezményes díjért adnak jogi tanácsadást, vagy vállalnak védelmet.

A jogi karok hatása az amerikai vizsgálatok alapján tehát úgy fogalmazható meg, hogy hallgatóikat erőteljesen vezetik a hagyományosnak tekinthető gyakorló jogászi pályák felé. (Abel: 213.o.) Bár mint említettük, a „karrierkép” ezen módosulása attitűdváltozásként is felfogható, az eddigi vizsgálatok nem győztek meg bennünket erről. Nem bizonyított tény, hogy a módosulás a társadalmi problémák, vagy az elesettekkel szembeni közöny erősödésének következménye.

E sommás megállapítástól függetlenül persze számos érdekes eredményre vezettek az amerikai joghallgatókra vonatkozó kutatások. L. Eron és R.S. Redmount kutatókat pl. egy a Yale-en, orvostanhallgatók és Ápolástan hallgatók körében végzett vizsgálat ösztönözte egy

joghallgatókra vonatkozó kutatás elvégzésére. Az ugyancsak a Yale-en elvégzett vizsgálatok kimutatták, hogy a végzős orvostanhallgatók az első éves orvostanhallgatókhoz képest lényegesen nagyobb cinizmusról tesznek tanúbizonyságot. Az Ápolástan hallgatók esetében ilyen szignifikáns eltérés nem volt tapasztalható a cinizmus tekintetében, ám a humanitárius attitűdök terén igen. Ez utóbbi azt jelenti, hogy az ápolástant hallgatók humanitárius beállítottsága az évek során csökken. A kutatás kiegészült a hallgatók általános félelem érzetének mérésével is, s bebizonyosodott, hogy a cinizmus, illetve a humanitárius attitűd az általános félelem érzés nagyságával is összefüggést mutat. A joghallgatókkal kapcsolatos vizsgálat az alábbiakban összegezhető: A joghallgatók, mindhárom jellemző, vagyis cinizmus, félelemérzet, humanitárius beállítottság területén szignifikáns eltérést mutattak az első éves orvostanhallgatókhoz, vagy ápolástan hallgatókhoz képest. Nagyobb fokú cinizmust, és nagyobb fokú általános félelem érzetet lehetett kimutatni az orvostanhallgatókhoz, és kisebb mértékű humanitárius beállítódást az ápolástan hallgatókhoz képest. Ez nagyjából egybeesett a köztudatban elterjedt felfogásokkal. Ami viszont meglepetést, okozott, az a végzős jogászok és orvosok „cinizmus fokának” megközelítő azonossága volt. Vagyis az orvostanhallgatók cinikusabbá váltak a képzés során, míg a joghallgatók esetében lényeges változásról e tekintetben nem beszélhetünk. Az ápolástan hallgatók esetében a cinizmus foka a végzősök esetében lényegesen alacsonyabb volt mindkét másik mintához képest. Ami a humanitárius beállítottságot illeti, megállapítható, hogy ebben az esetben mindhárom csoportra vonatkozóan egyfajta kiegyenlítődésről beszélhetünk, vagyis a végzés idején szignifikáns eltérés a minták között nem mutatható ki.

A kifejezetten joghallgatókra vonatkozó vizsgálatok között módszertani szempontból paradigmaticus értékű, és éppen ezért bővebb elemzésre érdemes a tennessee-i egyetem jogi karán elvégzett felmérés, amelyet Gregory J. Rathjen vezetésével, 1975-76-ban végeztek el. (University of Tennessee College of Law). Ez a felmérés is részét képezte egy nagyobb, alapvetően politológiai indíttatású kutatásnak, amely az amerikai jogászság különböző csoportjainak a politikai élet alakulásában betöltött szerepét volt hivatva tisztázni. Közhelyszerű megállapítás, hogy a jogászok nemcsak törvényhozókként, de mint bírók, ügyészek, közigazgatási alkalmazottak és - a kormányzat és az állampolgárok közötti "közvetítő" funkciójuk révén - mint ügyvédek is komoly hatást gyakorolnak az amerikai politika mindennapjaira, elvi és gyakorlati síkon egyaránt. Hasonlóan egyszerű belátni annak a kijelentésnek az igazságtartalmát, mely szerint a politikai élet szereplőinek meggyőződései, attitűdjei és az általuk vallott értékek döntően befolyásolják a politikai célkitűzések megfogalmazását és azok megvalósítását (policy outcomes). Márpedig ha mindez valóban így van, akkor a politikai szféra működésének megértésében kitüntetett figyelmet érdemelnek azok a meggyőződések, attitűdök és értékek (valamint ezek változásai), amelyeket a jogászok professzió tagjai vallanak magukéinak. Az átfogóbb kutatás központi kérdései voltak, hogy miként határozódnak meg ezen értékek ill., hogy milyen módon alakítják a jogászok viselkedését.

Sokan úgy gondolják, hogy valamilyen jogász foglalkozás gyakorlása - minél hosszabb időn keresztül, annál erőteljesebben - hatással van bizonyos jogi és politikai meggyőződések, attitűdök és értékek kialakulására ill. rögzülésére, de szocializációjukat tekintve a jogászokat egyetlen szignifikáns tényező különbözteti meg a politikai élet egyéb résztvevőitől: a jogi egyetem elvégzése. Ezen megfontolásokból kiindulva a Rathjen-féle vizsgálat kizárólag joghallgatókra vonatkozott, és a jogi oktatásnak a hallgatók meggyőződéseire, attitűdjeire és értékeire gyakorolt hatását - és ennek mértékét - igyekezett megállapítani.

A felmérés teoretikus alapját a szociálpszichológia ún. attitűd-elmélete adta. Ez az elképzelés az emberi viselkedés egy egyszerűsített modelljére épít: minden organizmust sajátos

- "személyre szabott" - meggyőződések, attitűdök és értékek összessége jellemez, amelyek meghatározzák, hogy egy adott ingerre az adott organizmus milyen válaszreakciót alakít ki. A Milton Rokeach által kidolgozott fogalmi séma szerint a személyiség szerveződésének legmagasabb absztrakciós szintjét az *értékek* képezik. (Rokeach 1969) Olyan tartós és alapvető jelentőségű meggyőződésekről van szó, amelyek arra vonatkoznak, hogy milyenek kellene lennie a világnak. Az értékek véglegesek vagy instrumentálisak, funkciójukat tekintve pedig az attitűdök létrejöttéért és fenntartásáért felelősek. Az *attitűdök* olyan egymással összefüggő, kevésbé meghatározó súlyú meggyőződések készletei, amelyek " egy adott célhoz vagy helyzethez kapcsolódó cselekvés fogalmi megragadására, értékelésére és alátámasztására" szolgálnak. (Rokeach 1969: 132)

A survey- szociológiai módszerekkel készült felmérés az abban résztvevő első-, második-, és harmadéves joghallgatók meggyőződéseinek, attitűdjeinek és értékeinek természetesen csak bizonyos csoportjaira vonatkozott. A kérdések egy része a jognak és a jogászoknak a társadalom életében betöltött szerepére irányult, más kérdések a Supreme Court néhány kiemelt - tankönyvi példaként is ismert - döntésével foglalkoztak, valamint önálló kérdéskört képeztek a kérdőíveknek a nők, illetve a férfiak jogász professzió belüli helyzetéhez kapcsolódó pontjai.

A tipikus joghallgató, avagy az ismert állampolgár

*Ezt a márvány emlékművet
az állam... (W. H. Auden)*

A felmérésben a tennessee-i egyetem jogi karának 341 hallgatója vett részt. Az egyetemet illetően a minta reprezentatívnak tekinthető, hiszen a hallgatói létszám 54%-áról van szó. Az érték-orientált kérdéseket megelőzően a hallgatóknak számos demográfiai jellegű kérdésre kellett válaszolniuk. A válaszokból kirajzolódott Tennessee állam tipikus joghallgatójának portréja. Fehér, nőtlen, férfi, kb. 25 éves, politikailag független és - legalább névlegesen - a protestáns egyház tagja. Tennessee-ben vagy valamelyik környező déli államban született, és városban vagy metropoliszban nevelkedett Felsőbb iskoláit is itt végezte, korábbi egyetemi tanulmányainak *leginkább* a knoxville-i University of Tennessee volt a színtere, ahol *leginkább* politológiát vagy *egyéb* társadalomtudományt hallgatott. Iskoláiban az átlagnál jobb teljesítményt mutatott, és a jogi karra történő beiratkozást megelőző LSAT vizsgán is kielégítő eredménnyel jutott túl. A jogász hivatást személyes okokból - mint pl. karrierépítés, intellektuális kihívás, társadalmi ranglétrán való emelkedés vagy politikai ambíció - választotta, megszerzendő diplomáját pedig egy viszonylag hagyományosnak nevezhető munkahelyi környezetben kívánja hasznosítani (magánpraxis vagy cég). A végzős joghallgató - demográfiai jellemzőit tekintve - valamelyest különbözik az elsőévestől. Esetében nagyobb a valószínűsége annak, hogy nő és politikailag független, ugyanakkor kisebb a valószínűsége annak, hogy kötődik valamilyen valláshoz ill., hogy személyes okok miatt választotta a jogi pályát. Annak ellenére, hogy e különbségek ténylegesen fennállnak - bár valószínűleg leginkább az idő múlásából és a pályakezdés közeledtéből fakadnak -, azt lehet mondani, hogy a tennessee-i egyetem jogi karának hallgatói populációja sok szempontból homogén, és e populáción belül a tipikus hallgató portréja mintaként szolgálhat.

Jogszemlélet és ideológia

A kérdőíves felmérés első része tehát a joghallgatók gondolkodásának jogszemléleti ill. ideológiai aspektusaira próbál rákérdezni. Ennek lehetővé tételéhez mindenképp a megfelelő fogalmi keret kialakítása volt szükséges. A Rathjen-féle vizsgálat Black és Casper klasszifikációs sémáinak kombinációjára épít.

Black a jog vállalkozói/piaci (entrepreneurial) és jóléti (social welfare) modelljei között tesz különbséget. (Black 1973) Míg az előbbi nem más, mint a piacgazdaság jogi analogonja, amelyben a jog funkciója konfliktusmegoldásra korlátozódik, az ügyvéd szerepe pedig - a bankárhoz vagy a brókeréhez hasonlóan - az ügyfél erőfeszítéseinek előmozdítására egy meghatározott cél megvalósítása érdekében, addig a másik - a jóléti modell - keretei között a jog társadalmi változások előidézésének eszköze is, és a jogász az egyedi ügyfél céljait szélesebb csoport- vagy társadalmi szintű preferenciák részeként kezeli.

E modellek egyben a jogi értékkontinuum két szélső értékét is jelzik, és a jogász professzió tagjai - a piaci vagy a jóléti megoldás híveiként - a fentieknek megfelelően szemlélhetik a jogot ill. saját tevékenységüket.

A vizsgálat konceptuális bázisának további elemeit Casper szolgáltatta, aki általános jogszemléleti és ideológiai alapon sorolta különböző csoportokba a jogászokat. (Casper) A klasszifikáció ideológiai aspektusát illetően *tradiconalisták* és *reformerek* között tett különbséget. Tradicionalistának számítanak azok, akik a jogot konfliktusmegoldó mechanizmusként határozzák meg, és a Bar visszafogottabb tevékenységét preferálják egy aktívabb fellépéssel szemben. A reformerek viszont - nyilván a pound-i társadalmi mérnökösödés koncepcióval párhuzamosan - a társadalmi változások vehikulumát és az alapvető szabadságjogok védelmének eszközét látják a jogban, valamint a jogász professzió aktivizmusát igénylik az igazságos viszonyok megteremtése és a demokrácia alapelveinek érvényesülése érdekében.

A jogszemléleti osztályozás három kategóriát foglal magában. *Ügyvédeknek* nevezi Casper azokat, akik elsődlegesen egyedi ügyfelek érdekeinek képviselőit tekintik feladatuknak, és nem foglalkoznak ügyeik egyéb - akár jogi, politikai vagy társadalmi - vonatkozásaival. *Csoportügyvédek* azok, akiknek klientéláját sokkal inkább meghatározott - faji, etnikai vagy ideológiai - csoportok és nem specifikus ügyfelek képezik. Végül a *civil libertariánusok* kategóriájába azok tartoznak, akik a társadalom egészét vélik képviselni, egyedi ügyeiket pedig az általános demokratikus elvek érvényesülésének a eseteiként kezelik.

Black és Casper konceptualizációinak átfedései ebből a rövid összefoglalásból is nyilvánvalóvá válhattak. Casper tradicionális és ügyvéd kategóriáinak párosításával például Black piaci modelljének funkcionális ekvivalenséhez juthatunk, míg a reform ideológia a csoportügyvéd vagy a civil libertariánus szemlélettel egyesítve a jóléti modell képét rajzolja ki. S bár mindezek a jogi értékkontinuum teljes spektrumát semmiképpen sem tölthetik ki, mégis megfelelő támpontokkal szolgálhatnak a joghallgatók érték alapú csoportosításához. Rathjen - a kérdőívekre adott válaszok alapján - három markáns álláspontot (és ennek megfelelően : hallgatói csoportot) különböztetett meg.² (Rathjen, 1976:93)

A válaszok feldolgozása révén nyert adatok nem támasztották alá az előzetes várakozásokat: sem azt, hogy a hallgatói populáció demográfiai homogenitása értékvonatkozásokban is megismétlődik, sem azt, hogy a 22-23 évesen már meglévő stabil attitűdöket és meggyőződéseket a jogászképzés nem igazán érinti.

² entrepreneurial, social welfarist, societal entrepreneurial

A teljes mintát szemügyre véve a jogszemléleti aspektust illetően a hallgatók 51,5%-a tekinthető az ügyvéd kategóriába tartozónak, 11,7%-uk vallotta magát csoportügyvédnek és a fennmaradó 36,8% civil libertariánusnak. Az ideológiai kérdések vonatkozásában a hallgatók 71,5%-a reformerként, 28,5%-a pedig tradicionalistaként határozta meg önmagát. A fentiek alapján a jogi értékkontinuumban a következőképpen helyezhetjük el a hallgatókat: 28,2%-uk található a spektrum piaci pólusán, 34,5%-uk a jóléti oldalon, míg 37,3%-uk foglal el köztes álláspontot.

Ha évfolyamonkénti bontásban szemléljük az adatokat, tisztán kirajzolódik, hogy a jogi oktatás igenis lényeges hatást gyakorol a hallgatók jogszemléletére és ideológiai megfontolásaira. Míg elsőévesként a hallgatók 41,5%-át jellemezte az ügyvédi szemlélet, addig a harmadéveseknél ez az arány már 67,3%, ami 25,8%-os emelkedést jelent. Ezzel szemben egyértelmű a civil libertariánus perspektíva visszaszorulása (18,1%), és – még ha igen enyhe mértékben is – a csoportügyvéd megközelítés pozíciójának gyengülése. Ideológiai vonatkozásokban is tapasztalható elmozdulás: azzal együtt, hogy a reformerek aránya még a harmadéves hallgatók körében sem csökkent 59% alá, az elsőévesekkel összevetve ez mégis 18%-os csökkenés.

Mindezekből az a következtetés vonható le, hogy a jogászképzés mechanizmusa megváltoztatja a hallgatóknak a jog társadalmi funkciójával kapcsolatos beállítódását, de még ennél is nagyobb mértékű hatást gyakorol a jogászság joghoz való viszonyulásával kapcsolatos képzetekre.

Ezt a mintát követve változnak a hallgatói pozíciók a jogi értékkontinuumban is: a piaci pozíciók aránya 18,5%-ról 41%-ra emelkedik, míg ennek fordítottja történik a jóléti oldalon (visszaesés 42,2%-ról 23,8%-ra), a közbenső álláspontok számának csekély mértékű csökkenésével. Tehát ismételten látható, hogy a jogászság szocializálás folyamatában az egyetem a piaci szemlélet felé való elmozdulást eredményezi.

Ezeket a következtetéseket azonban fenntartásokkal kell kezelni. Az adatoknak ez a fajta egyszerűsített összegzése ugyanis számos olyan tényező torzító hatásával nem számol, amelyek pedig jelentősen árnyalhatják az eddig kialakult képet. Mindenekelőtt: a vizsgálat nem ugyanannak a hallgatói csoportnak az egyetemi pályafutását követi végig, s ez komolyan megnehezíti a jogászképzés hatására vonatkozó általános kijelentések megfogalmazását. Másrészt: akármekkora legyen is az iskolát elhagyók száma egy adott évben, feltehetően mindig az altruista meggyőződésűek közül fognak többen kikerülni, azaz a jogi értékkontinuum jóléti oldalán elhelyezkedők száma csökken ezáltal. Ha valóban így van, akkor ugyancsak lényegesen nehezebb a jogi kari szocializáció hatásának tényleges erejét felbecsülni. Az is lehetséges továbbá, hogy az egymást követő évfolyamok a társadalmi, gazdasági és politikai környezet folyamatos változása okán eredendően más érték tudattal érkeznek az egyetemre, így külön figyelmet kell fordítani arra, hogyan kerülhető el az összehasonlíthatatlan dolgok összehasonlításának csapdája. De ezek csak a legelemibb ellenvetések, számos egyéb tényező hatását is fel kell mérni.

Mindez arra ösztönözte a kutatás vezetőit, hogy a *többszörös regressziós analízis* módszerével próbálják pontosabbá tenni eredményeiket. Leegyszerűsítve a módszer lényegét, a többszörös regressziós analízis lehetőséget ad a kutatónak arra, hogy több különböző, ún. független változónak egy adott ún. függő változóra gyakorolt hatásának a mértékét megállapítsa. Jelen esetben függő változóként a jogi értékkontinuumban elfoglalt hely szerepelt, a kérdés pedig az volt, hogy ennek elmozdulásaira milyen mértékben gyakorol hatást a jogászképzés, ill. hogy mennyiben befolyásolják azt más tényezők is. A független változók sorában az alábbiak kaptak helyet:

1. évfolyam
2. pártpreferencia és -aktivitás
3. szociális mozzanat jelenléte a jogász pályaválasztásában

4. anyagi megfontolások jelenléte a jogászi pálya választásában
5. a diploma nem hagyományos munkahelyi környezetben való felhasználásának a szándéka³
6. vallási preferenciák
7. a gazdasági jogi specializálódás szándéka
8. a születés és a tanulmányok folytatásának régiója.

A matematikai részletek ismertetése meghaladná jelen tanulmány kereteit, de a végeredmény ezek nélkül is meggyőző: egyértelműen megállapítható volt, hogy a nyolc független változó közül az évfolyamnak - azaz a jogi egyetemen eltöltött időnek - van a legnagyobb szerepe a hallgatók értéktudatának megváltozásában, ami bizonyítja az egyetemi képzés szemléletformáló erejének ténylegességét.

A Legfelsőbb Bíróság döntéseivel kapcsolatos hallgatói reakciók

Ahogy azt már korábban jeleztük, a felmérés második nagyobb önálló kérdéscsoportja a Supreme Court néhány olyan kiemelt döntésére vonatkozott, amelyek - tárgyuknál és horderejükénél fogva - viszonyítási pontként szolgálhattak a hallgatók meggyőződéseinek és attitűdjeinek, ill. ezek változásainak megítélésében.

A kérdőív 15 döntést nevezett meg, amelyekkel kapcsolatosan az alábbi kérdések megválaszolását határozta meg feladatként :

1. Az Ön megítélése szerint jónak tekinthetők-e azok a döntések, amelyeket a felsorolt ügyekben a Legfelsőbb Bíróság hozott?
2. Alkalmasnak tartja-e a Legfelsőbb Bíróság döntéseiben foglalt megoldásokat az egyes ügyek problémáit illetően?
3. Helyesnek tekinti-e a Legfelsőbb Bíróság állásfoglalását az adott ügyekben?

A hallgatóknak egy +3-tól -3-ig terjedő skálán kellett értékelniük az egyes bírói ítéleteket: jó, alkalmas, helyes versus rossz, alkalmatlan, helytelen. Az első kérdéssel arra keresték a választ, hogy a hallgatók vajon egyetértenek-e a Legfelsőbb Bíróság döntéseivel, a második kérdés a döntések praktikumára irányult, míg a harmadik arra, hogy a hallgatók helyesnek tartják-e, hogy a Legfelsőbb Bíróság döntést hozott valamilyen probléma kapcsán, ahelyett, hogy annak megoldását pl. a törvényhozásra hagyta volna. (Ez utóbbi kérdés persze a bírói aktivizmus/önkorlátozás problematikáját is érintette.) Az eredetileg megadott esetkör végül az 5 legismertebbre szűkölt, lévén, hogy több ügy kapcsán a hallgatók - leginkább az elsőévesek - jelezték, hogy megfelelő tájékozottság hiányában nem tudnának értékelhető válaszokat adni. A fennmaradt ügyek mindegyike kiemelt fontossággal bír az amerikai jog XX. századi történetében, s ezeket még az elsőéves hallgatók is jól ismerték. Az alábbi döntésekről van szó:

1. Brown v. Board of Education⁴, amely az afro-amerikaiak és a fehérek iskolai szegregációját nyilvánította alkotmányellenesnek,
2. Miranda v. Arizona⁵, amely a terhelt jogaira való figyelmeztetésének kötelezettségét írta elő,
3. Roe v. Wade⁶, amely az abortuszhoz való jogot rögzítette,

³ A hagyományos praxis itt vagy magánpraxist jelent vagy egy ügyvédi irodában/cégnél történő munkavégzést. Nem hagyományos karriernek számít pl. az ügyészi, kormányzati, vállalati elhelyezkedés, de egy egyetemi tanszéki állás is.

⁴ 347 U. S. 483 (1954).

⁵ 384 U. S. 436 (1966).

⁶ 410 U. S. 113 (1973).

4. Engel v. Vitale⁷, amely az iskolai imádkozás kötelező jellegét szüntette meg, és

5. Furman v. Georgia⁸, amely több esetben a halálbüntetés alkotmányellenességét mondta ki.

A hallgatói reakciókból az derül ki, hogy általában pozitívan értékeli a Legfelsőbb Bíróság tevékenységét, ugyanakkor a különböző értékelési dimenziókban komoly eltérésekkel rangsorolják az egyes ügyeket. Legjobbnak egyértelműen a Miranda-döntést tartották (2.40 pontátlaggal), szemben a legrosszabbnak gondolt Furman-ítélettel. Az ügy által megjelenített probléma megoldásában legalkalmasabbnak a Roe-, legalkalmatlanabbnak ismét a Furman-döntés bizonyult (1.51/0.56). S végül: a Miranda-ügy problematikáját érezték leginkább a Legfelsőbb Bíróság döntési kompetenciájába tartozónak, míg az iskolai imádkozás kötelező jellegének megítélését (Engel) a legkevésbé odaillőnek (2.29/1.14).

Ha az egyes esetek különböző dimenzióinak szemszögéből vizsgáljuk az eredményeket, viszonylag magas korrelációs értékeket találhatunk - valamelyest kivétel ez alól a Brown-ügy -, azaz a hallgatók egy adott ügy különböző aspektusait általában hasonlóan látszanak értékelni.

Szintén hasonlóságok mutathatók ki az egyes évfolyamok értékelései között, azaz az első- és harmadéves hallgatók reakciói a vártnál egyöntetűbben alakultak. Statisztikailag szignifikáns eltérést csak a Brown-döntés alkalmasságát illetően láthatunk (amikor is a felsőbb évesek már lényegesen kevésbé tartják megfelelőnek az ítéletet), illetve az Engel-ügy jó/rossz és helyes/helytelen vonatkozásaiban (itt a felsőbb éves hallgatók értékelése mindkét dimenzióban jóval pozitívabb).

Mindez felveti a kérdést, hogy amennyiben az egyetemen eltöltött időnek viszonylag kis szerepe van az értékelések eltéréseiben, akkor milyen tényezők okozzák a mégis meglévő különbségeket? Az elvégzett többszörös regressziós analízis szerint a különbségek magyarázatában a jogi értékkontinuumban elfoglalt pozíciónak van meghatározó jelentősége: a jóléti oldalon elhelyezkedők - sőt, még a "köztes álláspontot elfoglalók" is - általában sokkal kedvezőbb véleményt alakítottak ki a Legfelsőbb Bíróság döntéseiről, mint az értékskála piaci pólusához közelebb állók. Hatásának erősségében ezt követi a pártpreferencia és -aktivitás, ami az értékfaktorral együtt a meglévő eltérések döntő többségéért felelős. Az egyetemen eltöltött évek száma csak ezután következik, közel egy sorban a vallási preferenciákkal. (Természetesen a kutatás vezetői is tisztában voltak azzal, hogy a felsorolt tényezők hatásából le nem vezethető értékeléssel eltérések magyarázatára további vizsgálódásokat kellene folytatni.)

A felmérés e részének eredményeit akként lehetne összefoglalni, hogy a) a joghallgatók általában pozitívan értékeli a Legfelsőbb Bíróság tevékenységét; b) a megítélés különbségei döntően a jogi értékkontinuumban elfoglalt pozíciók és a pártpreferenciák eltéréseire vezethetők vissza; c) a jogi kari szocializáció pedig nem elhanyagolható, de másodlagos szerepet játszik az értékelés mechanizmusában (nem feledkezve el persze arról, hogy a képzés alakítja a hallgatók érték szemléletét, és így közvetett hatást gyakorol konkrét attitűdök módosulására).

(Étel, ital, férfi, nő)

A felmérés utolsó része a jogászai professzió férfi ill. női tagjaival kapcsolatos hallgatói attitűdökre vonatkozott. A hallgatóknak 31 állítással kapcsolatban kellett véleményt nyilvánítaniuk az egyes állítások pontozásos értékelése révén. Az alábbiakban idézzük mind a 31 kijelentést:

„A. NORMATIV ÁLLÍTÁSOK

⁷ 370 U. S. 421 (1962).

⁸ 408 U. S. 238 (1972).

1. Több nőt kellene felvenni a jogi karokra.
2. Néhány kivételtől eltekintve a jogászi hivatás nem nőknek való.
3. A jogászi szakma tekintélyét csökkentené, ha a Bar több nőt fogadna tagjai sorába.
4. Nincs ellenemre, hogy nők is dolgozzanak jogásként, de úgy gondolom, hogy bíróság előtt nem kellene eljárniuk.
5. A nagy ügyvédi irodák vezető tisztségviselői között több nőnek kellene lennie.
6. Több női bíróra lenne szükség.
7. Szeretném, ha az Amerikai Bar Szövetség elnöke nő lenne.

B. EGYÉNI VISZONYULÁST KIFEJEZŐ ÁLLÍTÁSOK

1. Szívesebben tárgyalnék női bíró előtt.
2. Ha egy ügyfél számára kellene választanom egy férfi és egy női ügyvéd között (feltéve, hogy egyforma képességűek), én inkább a férfit ajánlanám.
3. Ha egy ügyvédi iroda vezetője lennék, és választanom kellene egy férfi és egy női ügyvéd alkalmazása között, a férfit választanám.
4. Nehezen tudnék olyan ügyvédi irodában dolgozni, amelynek vezetője nő.
5. Ha súlyos bűncselekmény elkövetésével vádolnának, férfi ügyvédet választanék.

C. NŐI JOGÁSZOKRA VONATKOZÓ ÁLLÍTÁSOK

1. Ha egy nő jogásként sikeres akar lenni, akkor úgy kell gondolkozzon, mint egy férfi.
2. Az estek többségében a nők inkább bíróság elé viszik az ügyeket, és nem megegyezést próbálnak keresni.
3. A női jogászok számára megfelelőbb állami alkalmazottként dolgozni, mint magánpraxisban.
4. A nők túlságosan érzelmi beállítottságúak ahhoz, hogy jó jogászok legyenek.
5. A női jogászok úgy gondolják, hogy megkülönböztetett bánásmód illeti meg őket csak azért, mert nők.

D. A NŐI ÉS FÉRFI JOGÁSZOK KÖZÖTTI KÜLÖNBSÉGEKRE VONATKOZÓ ÁLLÍTÁSOK

1. Férfiak gyakrabban mennek jogásznak személyes haszonszerzés céljából, mint nők.
2. Női jogászok esetében az altruista indíttatás erősebb, mint a férfiaknál.
3. Általában véve a női jogászok naivabbnak bizonyulnak a férfiaknál a perelőkészítő tárgyalások 'finomságait' illetően.
4. A férfi jogászok nagyobb hatást tudnak gyakorolni az esküdtekre, mint a női jogászok.
5. A férfiak eredendően agresszívak, és így jobb jogászokká válnak, mint a nők.
6. A női jogászok hajlandóbbak elfogadni a vereséget, mint a férfiak.

E. FÉRFI JOGÁSZOKRA VONATKOZÓ ÁLLÍTÁSOK

1. A férfi jogászok nem érzik kötelességüknek, hogy a bíróság által kirendelt védőként a legjobb teljesítményt nyújtsák.
2. A férfi jogászok bármilyen ügyet elvállalnak, amennyiben az politikai előbbre jutásukat segíti.
3. A bírók kedvezőbb elbánásban részesítik a férfi jogászokat.
4. A férfi jogászok nem bánják, ha női jogászokkal kell együtt dolgozniuk, de csak addig, ameddig egyértelmű, hogy nem a nő irányít.

F. A NŐI ÉS A FÉRFI JOGÁSZOK KÖZÖTTI VISZONYRA VONATKOZÓ ÁLLÍTÁSOK

1. A férfi jogászok aláássák a női jogászok tekintélyét a bíróság előtti (el)túlzott udvariasságukkal.
2. Az esetek többségében a férfi ügyvédek nem hajlandóak női ügyvédekkel tárgyalásokat folytatni.
3. A női jogászok többre vihethék, ha a férfi jogászok dolgoznának, ahelyett, hogy kikezdenek velük.
4. A férfi jogászok úgy gondolják, hogy a nők csak azért vannak a szakmában, hogy férjket fogjanak maguknak.”
(Rathjen 1976:110-111)

Kifejezett egyetértés esetén +3, erőteljes elutasítás esetén -3 volt az állítások pontértéke, a közömbös viszonyulást pedig 0 pont jelölte. A válaszok feldolgozása során az értékelés két

módszerét alkalmazták: egyrészt az állítások kategóriáinak mindegyikét függő változóként kezelték (tehát a kategóriákon belüli kijelentések átlagos értéke működött függő változóként), másrészt a 31 kijelentés közül tizenötöt felhasználtak egy a hallgatói attitűdök jellemzésére szolgáló ún. nemi diszkriminációs index kiszámítására.

A minta egésze azt mutatta, hogy a hallgatók túlnyomó többsége mindegyik kategória vonatkozásában elutasítja a nemi diszkriminációt. (Bár annak a gyanúja is felmerülhet, hogy a hallgatók valódi attitűdjei valamelyest rejtve maradtak. A survey-szociológiában jól ismert az a jelenség, hogy a válaszadók időnként az ismereteik szerint társadalmilag elfogadható vélemények irányában módosítják álláspontjukat. Egyetemi környezetéről lévén szó – ahol a durván szexista kijelentések valószínűleg visszautasításra találnak – ez a helyzet is előállhatott, tehát a nemileg diszkriminatív nézetek hívei a felmérés „kedvéért” valamilyen mértékben közelíthették véleményüket a csoport egészének normáihoz, de a kérdőíven szereplő diszkriminatív kijelentések elutasításának mértéke még mindig árulkodó marad „eredeti” felfogásukat illetően.)

Az elutasítás a normatív kategória kijelentései vonatkozásában volt a legerőteljesebb (-1.55), leggyengébb pedig az egyéni viszonyulást kifejező kategóriában (-.89). (Ami csak annyit jelenthet, hogy absztraktabb – normatív – szinten talán egyszerűbb liberális nézeteket képviselni, mint a konkrétabb, praktikus szituációk közegében.)

Az évfolyamok szerinti bontás nem mutatott statisztikailag szignifikáns eltéréseket. Ebből az a következtetés adódik, hogy a jogi kari szocializációnak ebben a vonatkozásban is csak közvetett szerepe van, és a nemek közötti különbségtevéshez kapcsolódó attitűdöket más tényezők határozzák meg. Melyek ezek?

A jogi értékkontinuumban elfoglalt hely a hat közül három kategóriában nem okozott elmozdulásokat. Nem található lényeges eltérés a női és a férfi jogászok közötti különbségekre vonatkozó állítások, a férfi jogászokra, ill. a női és a férfi jogászok közötti viszonyra vonatkozó kijelentések hallgatói megítélésében. Ugyanakkor szignifikáns eltérések jelentek a normatív, az egyéni viszonyulást kifejező és a női jogászokra vonatkozó állítások kategóriáiban. Mindhárom esetben a jogi értékkontinuum piaci pólusán elhelyezkedők sokkal kevésbé erőteljesen utasították el a diszkriminatív kijelentéseket, sőt, ami az egyéni viszonyulás kérdését illeti, itt született meg az egyetlen az egyetlen pozitív érték, azaz a diszkriminatív jelleg itt mutatkozott meg a legerőteljesebben. Összességében viszont a hatás nem olyan erős, mint az a Legfelsőbb Bíróság döntéseinek megítélésénél volt.

Amennyiben azonban nemek szerinti megosztásban vizsgáljuk a válaszokat, látható, hogy két kategória kivételével igen komoly eltérések mutatkoznak a férfi és a női válaszadók reakciói közt. (Érdekes módon éppen az a két kategória – a férfi jogászokra valamint a férfi és a női jogászok viszonyára vonatkozó állításoké – képez kivételt, amelyekben inkább a férfiakkal kapcsolatos negatív tartalmú kijelentések találhatók.)

A fentieket támasztotta alá a többszörös regressziós analízis is, azzal együtt, hogy némileg módosította a képet. Megerősítette, hogy a női hallgatók jóval intenzívebben utasítják vissza a diszkriminatív állításokat, továbbá azt, hogy a jogi értékkontinuumban elfoglalt helynek is van szerepe a vonatkozó attitűdök alakulásában. Ezen túl viszont – eltérően a korábbi megállapításoktól – kimutatta, hogy a felsőbb éves hallgatók körében gyengébb a diszkrimináció elutasítása, azaz, ha nem is túlságosan nagy mértékben, de a jogi egyetem szocializációs hatása itt is érvényesül.

A Rathjen vezette kutatásból leszűrhető eredmények nagyjából egybecsengenek a tanulmány elején leírtakkal, mely szerint az amerikai jogi karok hatása a szocializációt illetően nem túl jelentős. Jóllehet bizonyos vizsgálatok a jogi karoknak még a legenyhébb szerepét is kizárják az attitűd változások tekintetében, a vizsgálatok többsége alapján ezt nincs okunk feltételezni.

A többszörösen megerősített motiváció változás viszont mindenféleképpen elgondolkodtató. Egyrészt felvethető, hogy a jogász munkáról a társadalomban uralkodó, mindenekelőtt a média által keltett kép és a valóság nyilvánvalóan jelentős eltérést mutat, amely egy-két év után szükségszerű illúzióvesztést eredményez az amerikai hallgatók körében. Ez pedig azzal a következménnyel jár, hogy a jogi karokra már eleve sajátos, és a társadalom többsége számára nem a legszimpatikusabb személyiséggel érkező hallgatói tömeg tovább erősítheti a jogászságról kialakult és rögzült negatív képet. Többen felvetik ezért, hogy a tananyag átstrukturálásával (ahogyan azt a jogi realisták elképzelték), egy változatosabb tantárgyi kínálattal és szelekciós mechanizmussal nem kellene-e ezt a tendenciát megváltoztatni? Az amerikai oktatási és jogászpiacot figyelembe véve azonban ez csak idealista felvetésnek tűnik, melyet magától értetődően elnyom az egyre terebélyesedő multinacionális cégek vagy ügyvédi irodák igénye.

IRODALOM

- Abel, Richard L., *American Lawyers*, Oxford University Press, 1989
- Barry, Kenneth H. – Connelly, Patricia A., „Research on Law Students : An Annotated Bibliography”, 1978 *American Bar Foundation Research Journal* 751
- Benjamin, A., Kasniak, A., Sales, B., Shanfield, S., „The Role of legal Education in Producing Psychological Distress among Law Students and Lawyers”, 1986 *Am.Bar Foundation Research Journal* 225
- Black, Donald, „The Mobilization of the Law”, 2 *Journal of Legal Studies* 125 (1973)
- Carlin, Jerome E., *Lawyers' Ethics.*, New York: Russel Sage Foundation ,1966.
- Casper , Jonathan, *Lawyers before the Warren Court*, University of Illinois Press, 1972
- Carrington, Paul D - James, P.C. „The Alienation of Law Students”, 75 *Michigan Law Review* 887;
- Eron, Leonard E. -. Redmount, Robert S „The Effect of Legal Education on Attitudes” 9 *Journal of Legal Education* 431;
- Heins, Marilyn, Fahey, Shirley Nichols and Henderson, Roger C. „Law Students and Medical Students: A Comparison of Perceived Stress” 33 *Journal of Legal Education* 511;
- Kay, Susan Ann, „Socializing the Future Elite: The Nonimpact of Law School” 59 *Social Science Quarterly* 347;
- Kennedy, Duncan, *Legal Education as Training for Hierarchy.* In David Kairys, ed. *The Politics of Law.* New York: Pantheon, 1982
- Lortie, Dan C. *Laymen to Lawmen: Law School, Careers, and Professional Socialization.* 29 *Harvard Education Review* 352(1958)
- Miller, Paul Van R „Personality Differences and Student Survival in Law School” 19 *Journal of Legal Education* 460
- Osborn, John Jay , *The Paper Case.*, Boston: Houghton Mifflin, 1971
- Turow, Scott ,*One L.*, New York: Putnam; 1977
- Pipkin, Ronald M., „Legal Education: The Consumers' Perspective” 1976 *American Bar Foundation Research Journal* 1161;
- Rathjen, Gregory J., „Impact of Legal Education on the Beliefs, Attitudes and Values of Law Students” 44 *Tennessee Law Review* 85 (1976)
- Shaffer, Thomas L - Redmount, Robert S., *Lawyers, Law Students, and People*, Colorado Springs: Shepard's, 1977
- Steele, Walter W Jr., „A Comparison of Attitudes of Freshman and Senior Law Students” 23 *Journal of Legal Education* 318(1970)
- Stevens, Robert B. „Law Schools and Law Students” 59 *Virginia Law Review* 551, 1973;
- Taylor, J. B., „Law Shool Stress and the 'Deformation Professional'” 27 *Journal of Legal Education* 251 (1975)
- Thielens, Wagner Jr., *The Socialization of Law Students: A Case Study in Three Parts* PhD dissertation, Sociology, Columbia University;
- Willging, Thomas E. -. Dunn, Thomas G., „The Moral Development of the Law Student: Theory and Data on Legal Education,” 31 *Journal of Legal Education* (1981)

Bóka János Autopoiézis és hierarchia

I.

A következő fejtegetésekhez az indítást Varga Csaba: Előadások a jogi gondolkodás paradigmájáról című művében újraközölt írása (Autopoiesis és a jog bírói újratermelése; Varga, 1998:358-369.) adta. Varga érdekes párhuzamot von Kelsen és egy alapvetően autopoietikus jogfelfogás között. Eszerint Kelsennek sikerült jól megragadnia a jogrendszer lezáródását a külvilág felé a jogi tények rendszerbeli létrehozása, illetve a rendszerbeli értékelési dimenziók autonómiája révén. Ezeket a megállapításokat csak helyeselni lehet (bár Kelsen hipotetikus alapnormája kapcsán még pontosítást igényelne), ugyanis egy autopoietikusan zárt jogrendszer esetén nincsen sem jogi input, sem jogi output (Luhmann,1986.), és a rendszer felé irányuló külső hatások belső megjelenési formáit maga a rendszer konstituálja. Másrészt a bináris kód egyik alapvető funkciója a rendszer elkülönítése a jog sajátos feladatainak elvégzéséhez (Luhmann,1987.), és egy luhmanni szigorú autopoietikus koncepció szerint ez az elkülönülés a bináris kód működésével szükségszerűen létrejön.

Varga ugyanakkor "felrója" Kelsennek, hogy - bár ez elméletében implicite megtalálható - nem viszi következetesen végig a jog önreferenciájának problematikáját, azt, hogy a jog minden elemében konstitutív, sőt önkonstitutív. Ennek köszönhetően kizorul elemzéseiből a jogrendszer dinamikus képe, átadva helyét a hagyományos statikus, hierarchikus elképzeléseknek. Varga egyébként általában véve tagadja a jog "quasi logikai" jellegét, "a jelentsnek mint valami állítólag, előzetesen az általánosság síkján már létezőnek a hierarchikusan szűkítő, deduktív lebontását." Véleményem szerint - ha az autopoietikus kiindulópontot elfogadjuk - ez az álláspont tartható, de pontosabb elméleti kidolgozást igényel két szempontból:

1. Az alapvető különbség Kelsen és az autopoiézis között nem a statika és a dinamika terén, hanem a rendszer/környezet nézőpont bevezetésében rejlik.
2. A jogrendszerbeli hierarchia léte, nemléte, illetve minősége nem határozható meg objektíven, erősen függ a megfigyelői pozíciótól. A jogrendszer autopoiézise során nem oksági, hanem érvényességi hálózatot épít ki, ami a belső szemlélő számára a logikaihoz hasonló hierarchiát eredményez.

II.

Egy rendszerleírás igen érzékenyen reagál a megfigyelő külső/belső státusára. Az alábbiakban követendő módszer a maga helyén mindkét nézőpontra tekintettel van, azonban igyekszik azokat külön tartani.

A megfigyelő státusa tehát alapvetően befolyásolja a rendszerleírás minőségét. Az autopoiesis alapállását nem nehéz felderíteni, hiszen a rendszer-környezet dichotómiából következően mindkét nézőpontot tárgyalja. Elsőbbséget a szociológiai megfigyelés élvez, maga Luhmann is attól várta a nagy áttörést, hogy a jogi normákat másképpen - kontrafaktuális elvárásokként - értelmezi mint tényeket, eltérően a megelőző szociológiai jogelméletektől. Ezzel közvetve azt is elismeri, hogy a jogrendszer lényegéből következően nem kezelheti a jogi normát tényként (ugyanakkor az önreferenciális jogrendszerben is létezhet tényszerű kapcsolat, de ez nem ontológiai, hanem "részleges", műveleti ténytételezés, amit részletesebben a III. részben elemzek). A két megfigyelői státus lényegében autonóm és mellérendelt, mert a szociológiai megfigyelés feltárja ugyan a jog önképében rejlő paradoxont, de

1. ez a paradoxon szükségszerűen következik az önleíró jellegből,
2. a paradoxon láthatólag nem gátolja a rendszer totális autopoiesisét,
3. a szociológiai " rendszerkorrekció" elvileg is beépíthetetlen a jogrendszer önképébe.

E kérdéskörrel kapcsolatban még egyetlen problémát kell elemeznünk: a rendszerhatár kérdését. A rendszer saját maga jelöli ki határait műveleti segítségével, azonban ez a külső megfigyelő számára nem sok támpontot adhat a jövőbeli eseményekre tekintve. Viszont a rendszeridegen szemlélő a bináris kód létén kívül nem szükségszerűen lát műveleti konzisztenciát a rendszer működésében, így kénytelen továbbra is ezzel az egyetlen ismérvvvel operálni. A bináris kódon való orientálódás mint báziskritérium mellett a legtöbb elemző különböző segédkritériumokat állít fel, amellyel szerinte analitikai vagy empirikus alapon a rendszerelhatárolás elvégezhető. A jogi alrendszer esetében minél kevesebb segédkritérium felállítását tartom tanácsosnak. Luhmann kitétele a jogi normativitású elvárások folyamatszerűségébe való beilleszkedésről szükségesnek és elégségesnek tűnik a következők miatt:

1. Tény, hogy az intézményesülés és szervezatképződés is a jogi rendszer műveleteinek eredménye, ennek célja azonban nem a rendszerhatárok kijelölése, hanem az, hogy ezek műveleteihez speciális output kapcsolódhasson.
2. A jogi alrendszer nem tagadja meg a bináris kóddal való műveletvégzést az életvilág szereplőitől sem, aminek révén szintén output keletkezik.

Kelsen elméletében természetszerűleg nem jelentkezik a rendszer-környezet tudatos elválasztása ismeretelméleti szempontból. Vizsgálati pozíciója azonban megállapítható, ha figyelembe vesszük a jogelmélet tárgyáról szóló fejtegetéseit: "Csakis a normák - az arra vonatkozó előírások, hogyan kell az egyéneknek viselkedni - képezik a jogelmélet tárgyát; és sohasem az egyének tényleges magatartásai." Illetve: "Ha azt mondjuk, hogy a norma létezik, ezen azt értjük, hogy a norma érvényes." A norma mint előírás, amely érvényességénél fogva létezik - azaz külső megfigyelő számára nem szükségszerűen jelenik meg tényként -, egyedül a jogrendszer önképe szempontjából bír létrelevanciával. Ha a vizsgálat tárgya ilyen tulajdonságokkal rendelkezik, a vizsgálatot végző törvényszerűen a jogrendszer önreflexiójára támaszkodik, hogy érdemi információkat szerezhessen. Erre utal Varga is, amikor kimutatja, hogy Kelsen "a jog által önmaga felépüléséről és működéséről kialakított kép" axiomatikus kiindulópontként történő visszavetítésével kísérli meg magyarázni a jogot. Kelsen álláspontja eszerint nem feltétlenül egyezik a jogrend önképével, de axiomatikus kiindulópontjai a rendszeren belüli megfigyelő státusába kényszerítik.

Érdekes ezek után megvizsgálni a statika és a dinamika néhány alapkérdését. Varga szerint a fentiek alapján Kelsennek a jogról kialakított szemléletét a jogrend hierarchikus építményéről kialakított statikus kép formálta. A statika és a dinamika ettől eltérő értelmezését bontja ki Kelsen, mikor megállapítja, hogy a jogi hierarchia szükségszerűen dinamikus. Kritizálja Austin "statikus" elméletét, amelyben a jog egyenlő rangú normák teljes, alkalmazásra kész rendszereként jelenik meg. A dinamikus hierarchia létrejöttének alapja az, hogy alkotását a jog maga szabályozza. Szó sincsen itt valamilyen szigorúan deduktív rendszerről, hiszen az alacsonyabb normák a magasabb normáktól elsősorban érvényességüket, s csak másodsorban és esetlegesen egyes tartalmi összetevőiket nyerik. Kelsen szerint ez az érvényességi elv teljesen dinamikus elv.

Ha az érvényességi elvet egy autopoietikus rendszerkoncepcióba helyezzük, ez körülbelül annyit jelent, hogy a rendszer megköveteli azt, hogy az új művelet valamilyen műveleti végeredményhez kapcsolódjon. Ez kétségtől hierarchiaszerű jelenség. Ennél dinamikusabb állapot csak az előző feltétel hiánya esetén képzelhető el: ez a hierarchia teljes hiányához vezetne a rendszer zártságának és konzisztenciájának minimális biztosítása nélkül. A következőkben egy olyan elgondolást fejtünk ki, amely szerint a kapcsolódási követelmény a jogrendszer önképében szükségszerűen érvényességi hierarchiához vezet.

III.

Téziseink pontokba szedve a következők.

1. A jogrendszert autopoietikus rendszernek fogjuk fel. A jogrendszer minden egyes inputra outputtal felel. Ez a külső megfigyelő szempontjából tény, a jogrendszer szempontjából szükségszerűség. Ha nem következne minden inputra az inputtól eltérő output, a rendszer megszűnne létezni. A rendszer műveletei révén különbözteti meg magát a környezetétől, és a megkülönböztetés a jogrendszer szempontjából a művelet egyetlen értelmét: az önreprodukciónak jelenti.

2. Sem az input, sem az output nem része a rendszernek. A jogrendszer műveleteitől ezek lényegükben térnek el. Az input valamilyen jelzést tartalmaz a műveletek megkezdésére, de ezt az értelmet csak a jogrendszer szempontjából nyeri el. Az output a rendszer záró állapota által indukált eredmény, de nem azonos a rendszer záró állapotával. Az input és az output a külső szemlélő által megfogható és értelmezhető, de a jogrendszer számára a maga tényszerűségében irreleváns.

3. A jogrendszer egy inputra egy outputtal válaszol. Ebből a szempontból lényegtelen, hogy több helyes vagy a bináris kódnak megfelelő output létezik-e: a rendszer egyetlen outputot produkálhat. Az egyetlen inputtól az egyetlen outputig a külső környezet szempontjából tekintve műveleti láncolat fut.

4. A külső szemlélő számára a műveleti láncolat valamennyi eleme mellérendeltségi viszonyban áll. Csak az egyes műveletek eseti kapcsolódását érzékeli. A jogi műveletek legitimációja az érvényességi láncsal nem a környezet, hanem a rendszer számára funkcionális (a környezet felé nem az érvényesség, hanem a helyesség, igazságosság stb. legitimálna), a konzisztenciavizsgálat pedig a rendszer állapotára vonatkozik, ahogyan azt a rendszer maga látja. A külső megfigyelő számára a jogrendszer műveletei nem egymásból, hanem egymás után következnek. Elképzelhető, hogy bizonyos jogi műveletek eredményei megegyeznek más (pl. logikai) műveletek eredményével, de ez nem teszi a jogrendszer műveleteit ekvivalenssé a külső műveletekkel.

5. Tételezzük fel, hogy létezik valamilyen hierarchia a jogrendszer elemei között. Ezt a hierarchiát kizárólag a jogrendszer műveletei konstituálhatják és tarthatják fenn. Az autopoietikus rendszerek esetleges hierarchiája dinamikus viszony műveletek között. Ha azonban a külső megfigyelő számára a jogrendszer műveleteinek csak ténye jelenik meg, jogrendszeren belüli értelme nem, szükségszerűen kiesik megértéséből minden viszony általában, a hierarchia pedig különösképpen.

6. A jogrendszer önképét vizsgálva más eredményre kell jutnunk. A jogrendszer elemeit saját maga konstituálja a jogi relevancia és az érvényesség eszközrendszerével. Az elemek lényege nem létükből (ami pl. a fikció esetében teljesen hiányzik) fakad, hanem normatív elismertségükből. A rendszerbe emelt létező vagy nemlétező jelenség így az elismerés aktusa révén szükségszerűen kapcsolódik valamely már korábban a rendszerbe beemelt elemhez.

7. A jogrendszer elemein és elemei által műveleteket végez. A műveletvégzésbe bevonható elemek köre azonban a jogrendszer szempontjából "logikailag" is behatárolt. Nyilvánvaló, hogy egy adott elem nem tételezheti önmaga érvényességét.

8. Az érvényességet nyújtó elem a beemelt elem részéről kvázi-tényként értelmezhető. Kvázi azért, mert a rendszer egésze tekintetében - és az őt beemelő elem szempontjából különösen - konstituált. Tény, mert az általa bekapcsolt elemekkel szemben tényként viselkedik, amennyiben

a, a bekapcsolt elemek ugyanúgy nem alakíthatják azokat, mint a rendszeren kívüli jelenségeket;

b, érvényességének megítélése nem a beemelt elem kompetenciája, érvényessége e tekintetben nem normatív, hanem tényszerű (mivel az új elemet beemelhetette és be is emelte a rendszerbe, ezért létező).

Véleményem szerint ez a műveleti kapcsolódási kényszer és műveleti korlátozottság szigorúan az érvényességhez kötődik, ezért kizárólag a jogrendszer önképében jelentkeznek.

9. A rendszerelemek az általuk beemelt elemekkel különböző műveleteket végezhetnének el elvileg, de valójában a műveletet meg kell választani. Értelemrendszerről lévén szó a meg nem valósult állapotok is bírnak létrelevanciával, de megvalósult állapot csak egyetlen lehetséges, és csak ehhez az állapothoz kapcsolódhat a II. részben említett speciális output. A speciális outputhoz a jogrendszer önképének megfelelően műveleti és érvényességi lánc vezet. A választott műveletet nem az input, hanem a rendszer pillanatnyi állapota határozza meg. A műveletvégzéshez szükséges egyrészt valamilyen, a jogrendszer által érvényesként elismert művelet, másrészt a műveletválasztáshoz kapcsolódó érvényességi mező. Az első feltételnek nincs különösebb jelentősége: tulajdonképpen a jogrendszer létezésének kikötése. A második feltétel hiánya az alapszabály és az output tekintetében jelentkezik szélsőségesen, azonban mindkettő kívül esik a jogrendszer önértelmezési keretein. Az érvényességi mezőt a műveletvégző számára a jogrendszer egésze határozza meg.

10. A 9. pontból a jogrendszer érvénybeli és nem értelmi egysége következik érvénybeli hierarchia léte mellett. A jogrendszerben érvényesség pusztán logikai úton semmihez sem kapcsolható. A logikai formulák a jogrendszertől függetlenek, tehát számára irrelevánsak,

beemelésük esetén létüket érvényességük és nem logikumuk folytán nyerik. Egy művelet eredménye az érvényességi mező révén nyerhet létrelevanciát. Ez felfogható, mint a jog autopoieízisének teljessége: az érvényesség, egy szigorúan konstitutív jelenség válik a jogrendszer egyetlen formai és tartalmi mércéjévé.

IV.

Röviden összegezve az eddig leírtakat a következőket állapíthatjuk meg. A jogrendszeren belül valóban nem deduktív-logikai műveletsor fut. Egy ilyen megállapítás csak a külső, szociológiai megfigyelő oksági sémáinak kivetítése a jogrendszerre. Létezik azonban egy érvényességi láncolat vagy hierarchia, ami képes átvenni a logika integráló szerepét a rendszer szempontjából. Ez korlátozza ugyan a rendszer dinamizmusát, de az abszolút autopoieízist nem érinti.

Felhasznált és hivatkozott irodalom

Csányi Vilmos: Evolúciós rendszerek. Gondolat, Budapest, 1988.

Heidegger, Martin: Mit jelent a rendszer, és hogyan jutunk el a rendszeralkotáshoz a filozófiában? In: Filozófiai Figyelő, 1986/1.

Karácsony András: Niklas Luhmann társadalomelmélete és autopoieízise. In: Szociológia, 1990/1-2.

Karácsony András: Önépítés és megismerés - A radikális konstruktivizmsről. In: Világosság, 1988/7.

Luhmann, Niklas(1986.): A jog szociológiai megfigyelése. In: A társadalom és a jog autopoietikus felépítettsége. Szerk.: Cs. Kiss Lajos és Karácsony András. Budapest, 1994.

Luhmann, Niklas(1987): Jog mint társadalmi rendszer. In: A társadalom és a jog autopoietikus felépítettsége. Szerk.: Cs. Kiss Lajos és Karácsony András.

Pokol Béla: A funkcionalista rendszerelmélet kibomlása - Talcott Parsons és Niklas Luhmann társadalomelméletének kategóriáiról. In: Csepeli György - Papp Zsolt - Pokol Béla: Modern polgári társadalomelméletek. Gondolat, Budapest, 1987.

Pokol Béla: A szociológiaelmélet új útjai. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1988.

Pokol Béla: Szociológiaelmélet. Felsőoktatási Koordinációs Iroda, Budapest, 1997.

Teubner, Günther: Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems (Review Essay). In: 45, American Journal of Comparative Law 149,169 (1997)

Varga Csaba: Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról. Budapest, 1998.

Summary

In his essay, the author attempts to work out certain principles for facilitating the study of Kelsen's ideas on the legal system from an autopoietic point of view, or - if it is possible - their implementation into an autopoietic description of the legal system.

Using the valuable comparison of Kelsen and the concept of autopoiesis by Csaba Varga as a starting point, the author analyses the difference between a chain of logical reasoning and that of validity concluding that a strictly autopoietic legal system can be conceived as containing the latter. This chain of validity is capable of performing the functions exercised by the deductive or inductive logical chains in other cognitive systems. This way the integrity of the system is provided by a little bit reducing its dynamism, but maintaining its total autopoiesis.

Botos Viktor

A bírói jogértelmezés útjai a Legfelsőbb Bíróság gyakorlatában (munkajogi BH-k elemzése)

A bírósági jogértelmezési gyakorlat milyenségét magyarázó felmérések egyik csoportját a munkajog területével kapcsolatos Legfelsőbb Bíróság-i határozatok és a kapcsolódó jogi anyagok (jogszabályok, jogegységi határozatok, kollégiumi állásfoglalások, stb.) vizsgálata adja. Az évente átlagosan 65 db publikált munkajogi bírósági határozat (továbbiakban BH) több évre visszamenő vizsgálatával a jogrendszer egyik fontos területének jellemzőit és tendenciáit vázolhatjuk fel. Ez az elemzés az 1996-2000-ig terjedő időszak BH-inak és kapcsolódó joganyagainak elemzését foglalja magában.

Ügytípusok:

A Pp. 270. §-ának (1) bekezdése értelmében a jogerős ítélet ellen jogszabálysértésre hivatkozva lehet felülvizsgálati kérelmet előterjeszteni. A jogszabálysértés lehet anyagi jogi jellegű, de eljárásjogi is, amennyiben ez utóbbi olyan súlyú, hogy befolyásolta az érdemi döntést. Nem lehet azonban támadni a bíróság mérlegelési jogkörében eljárva hozott ítéletét, illetve nem lehet okszerűtlen érvre alapozva felülvizsgálatot kérni.

A Legfelsőbb Bíróság (továbbiakban LB) elé kerülő ügyek leggyakrabban munkaviszony jogellenes megszüntetése rendes, illetve rendkívüli felmondással. Emellett a közalkalmazotti bérbesorolással, a tanulmányi szerződéssel és szabadsággal kapcsolatos ügyek, továbbá a kollektív szerződés megsértését nehezményező keresetek gyakoriak még.

Kevés a gazdasági társaságokkal kapcsolatos -munkaügyi bíróság elé került- vita¹. Ezek is főleg a munkavállaló által a munkáltató gazdasági érdekeit veszélyeztető helyzetek miatt indított perek. Ilyen helyzet lehet, mikor a munkavállaló más gazdasági társaságban is tagsági viszonytal rendelkezik és annak tevékeny résztvevője; ez több BH állásfoglalása szerint lényeges kötelezettség-szegésnek minősül.

Az esetek igen nagy hányadában köztisztviselők és közalkalmazottak állnak peres félként a bíróság elé. Ezt magyarázhatja az a tény, hogy hazánkban az állam szerepvállalása a foglalkoztatásban jelentős, így nagy számú az állami alkalmazásban dolgozók köre. De ami ezen túl jogi szempontból is magyarázat, hogy a munkahelyük szervezeti felépítése, eljárás szabályai és munkájuk keretei jogszabályok által szorosan körülhatároltak, és így a jogviszonyban résztvevő mindkét fél részéről számonkérhetők.

Eljárás szabályok:

Az LB elé kerülő ügyek felülvizsgálati eljárása során a ténykérdéseken túl gyakran eljárásjogi kérdésben kell állást foglalnia a bírói tanácsnak. A nem ténykérdésben, hanem eljárásjogi kérdésben állást foglaló BH-knak két gyakori csoportja van: 1. A fegyelmi eljárásokkal és a rendkívüli felmondásokkal kapcsolatos határidők betartásának követelményét megfogalmazók:

A Kjt. a fegyelmi eljárás megindításának szubjektív és objektív határidejéről rendelkezik, amely szerint nem lehet fegyelmi eljárást indítani, ha a vétség elkövetésétől számított egy év, illetve a munkáltatói jogkör gyakorlójának a vétség elkövetésének alapos gyanújáról való tudomásszerzéstől számított egy hónap eltelt. (BH1997. 103.)

A rendkívüli felmondás jogát az ennek alapjául szolgáló okról való tudomásszerzéstől számított három napon belül, legfeljebb azonban az ok bekövetkezésétől számított hat hónapon - kollektív szerződés rendelkezése esetén legfeljebb egy éven - belül lehet gyakorolni (BH1996. 231.)

2. A másik csoportot a Pp. szabályai szerinti törvényes eljárás (due process of law) követelményét megfogalmazók alkotják. Eszerint felülvizsgálati eljárás keretében a bíróság mérlegelése körébe tartozó tényállás általában nem vizsgálható, és nincs lehetőség a bizonyítás adatainak újabb egybevetésére és értékelésére. A felülvizsgálati bíróság azt vizsgálhatja, hogy a mérlegelés körébe vont adatok megállapításánál és egybevetésénél nincs-e nyilvánvalóan helytelen, okszerűtlen következtetés.

A másodfokú bíróság jogerős ítélete ellen anyagi vagy eljárási jogszabálysértésre tekintettel lehet felülvizsgálatot kérni. Az eljárási jogszabálysértés esetén azonban csak akkor, ha az olyan súlyú, hogy az az érdemi döntést is befolyásolta. (BH1996.346.)

Alaptalan a felülvizsgálati kérelem, ha a kérelmező a jogerős ítélet tekintetében nem jelöl meg jogszabálysértést. Ha a kérelmező a jogerős ítélet hatályon kívül helyezését a tényállás okszerűtlen megállapítása miatt kéri, nem elégséges általánosságban erre utalni: konkrétan meg kell jelölni, hogy szerinte a bíróság milyen bizonyítékokból vont le okszerűtlen következtetést, illetőleg milyen bizonyítási hiányosságok miatt nem tekinthető az ítélet

¹ Pl.: BH 1996. 174., 502., 666.

megalapozottnak. Ennek hiányában a kérelem nem alkalmas arra, hogy a Legfelsőbb Bíróság a jogerős ítéletet ebből a szempontból felülbírálja. (BH1999. 390.)

Továbbá a másodfokú bíróság tanácsában nem járhat el az a bíró, aki a per elsőfokú elintézésében részt vett. Ezen nemcsak az érdemi határozat hozatalát, hanem minden olyan cselekményt érteni kell, amely az érdemi döntés előkészítését célozza vagy arra kihatással lehet. Ennek megfelelően a per másodfokú elintézéséből ki van zárva az a bíró is, aki az elsőfokú eljárásban tárgyalást tartott, a bizonyításról rendelkezett. (BH1997. 214.)

Konzisztencia:

A BH-kból a különböző szintű munkaügyi bíróságok döntései közötti összefüggések statisztikai jellemzői nem szűrhetők le precízen, hiszen nem kerül minden ítélet BH-ként publikálásra, csak amelyeknek elsődleges céljuk támpont (precedens) nyújtása a jogalkalmazói szempontból érdekes és problémás esetekhez. Mégis -hangsúlyozva, hogy statisztikailag hiányos és pontatlan a minta- a publikált BH-kból a különböző szintű ítéletek közötti következetességre nézve, tehát hogy az LB mennyire konzisztensen követi az előző bírósági döntés(ek)e)t, a következő állapítható meg:

Az ítélkezés egységére és ezáltal a megbízható jogszolgáltatásra való törekvés mutatkozik abban, hogy ha a másodfok helyben hagyja az elsőfokú döntést, az LB csak minden negyedik esetben minősíti alaposnak a benyújtott felülvizsgálati kérelmet. Így négy esetből háromban helyesnek, megalapozottnak és okszerűnek tartja az alsóbb fokú bíróságok "harmonizáló" döntéseit. Azokban az esetekben, amikor a másodfokú bíróság megváltoztatja az elsőfokú ítéletet, az LB már nem áll ki egyértelműen az új döntés mellett. Ez csak az esetek felében történik így, az esetek másik felében a másodfokú bíróság döntését jogellenesnek minősítve az elsőfokú ítéletet helyezi vissza hatályába.

Jogértelmezés:

A továbbiakban a jogértelmezés tradicionális módszereinek alkalmazásával keresünk választ a hazai felsőbírósági jogalkalmazás milyenségére. Ezen elemzési mód kiindulási pontját a Savigny nyomán kialakított kategória-rendszer adja, mely négy alapvető jogértelmezési módszert különít el: a nyelvtanit, a logikait, a rendszertanit és a történetit. Az alábbiakban ezekből kiindulva, de minden elméleti csoportot tovább bővítve kerül sor a jellemző vonások felvázolására:

I.

Nyelvtani értelmezés:

A nyelvtani értelmezés (interpretatio grammatica) a jogi norma nyelvi megfogalmazása és a konkrét tényállás közötti kapcsolat vizsgálatát jelenti. Ez a jogszabályokban -és a munkaviszonyt szabályozó egyéb normákban- leírt szavak, kifejezések, fogalmak, illetve mondatrészek elemzését jelenti nyelvtani szabályok alapján, és összevetésüket az elbírálni kívánt tényállással.

Ez az értelmezési mód alapvető szerepet tölt be a magyar munkaügyi bíráskodásban. A BH-k alapján megállapítható, hogy az esetek több mint 1/3-ában valamilyen nyelvtani kérdéssel kapcsolatos értelmezés is történik. Azért alapvető és elkerülhetetlen értelmezési forma ez, mert 1. a konkrét tényállások egyedi elemei gyakran nehezen sorolhatók be a jogszabályok mindig általános fogalmai alá. (pl.: Kötelezettségzegés-e a munkáltatói utasítás teljesítésének megtagadása? Jutalom-e a prémium?), 2. a társadalmi viszonyok változásával és az idő múlásával párhuzamosan a szavak értelme is változik. (pl.: A munkanélkülit a kommunista rendszerben azonosították a munkakerülővel, és mint ilyen, büntetőjogi szankcióra számíthatott), 3. a teljesen új jelenségek új viszonyokat teremtenek, melyek új jogi (nyelvi) szabályozást tesznek szükségessé. (pl.: A számítógépek időben limitált munkahelyi alkalmazásának meghatározása.)

1. Szó szerinti nyelvtani értelmezés:

Amennyiben a jogalkotó eleget tesz a jogszabályok közérthetőségét célzó igénynek, lehetségessé válik a szöveg szó szerinti nyelvtani értelmezése. Ekkor a jogalkalmazó a köznyelvben, a hétköznapi életben használt értelmet adja a szavaknak.

Az LB munkajogi ítélkezésében a szavak tisztán(!) szó szerinti értelmezése az összes nyelvtani értelmezés kevesebb mint felében fordul elő. Ennek egyik okaként jelölhető meg, hogy hétköznapi-szó szerinti nyelvtani értelmezés -egyszerűnek mondható technikája miatt- már az alsóbb fokú bíróságokon megtörténik. Az LB elé került ügyek átfogóbb, komplexebb értelmezési szemléletet igényelnek. Másik oka lehet a tisztán szó szerinti értelmezés ritka előfordulásának, hogy az esetek szinte mindegyikében valamely más (általában rendszertani, vagy logikai) értelmezés is szükséges az adekvát eredményhez, így mintegy azokat kiegészítő értelmezésként jelenik meg.

2. Speciális nyelvtani értelmezés:

Speciális nyelvtani értelmezésre egyrészt akkor kerül sor, ha a jogalkotó nem tudott eleget tenni a közérthetőség követelményének, és olyan fogalmakat és kifejezéseket használ a jogszabályban, melyek értelme eltér a hétköznapi, köznyelvi jelentéstől. Ilyen speciális szavak 1. a jogi terminus technikusok (pl.: fellebbezés, kereset, hatály, jogerő), 2. a szakmai kifejezések (pl.: kollektív szerződés, participáció, üzemi tanács), 3. a köznyelv által pontatlanul használt, elmosódott értelmű kifejezések (pl.: felmondási idő, felelősség, bér, juttatás, túlmunka, telephely). Ezek a kifejezések azon túl, hogy -laikusok számára- érthetlenné tehetik a jogszabályt, a precizitásuk révén fenntartják a jog rendszerszerűségét, a doktrinális-jogdogmatikai struktúra hatékonyságát.

Másrészt abban az esetben kerülhet sor speciális nyelvtani értelmezésre, ha a megítélendő tényállás vagy életviszony által vonódik olyan idegen szó a vizsgálati körbe, mely értelmére a jogszabályokból nem lehet egyértelműen következtetni.

A magyar munkaügyi bíraskodásban mindkettőre van példa, de az előbbi a gyakoribb.

Egy Legfelsőbb Bíróság-i tárgyaláson², azért került sor az ítélethozatal elhalasztására, mert egy speciális nyelvtani kifejezés elbizonytalanította az ítélkező tanácsot: Az OTP egyik vidéki irodájában csoportos létszámcsökkentést hajtottak végre. Az elbocsátott dolgozók pert indítottak a volt munkáltatójukkal szemben mondván, hogy az nem tett eleget az ilyen esetekre szóló jogszabályi előírásoknak. Az Mt. 94/A.§ (5) bek. kimondja, hogy *a munkáltató a csoportos létszámcsökkentésre vonatkozó döntéséről az érintett munkavállalókat, továbbá a munkáltató székhelye, illetve az érintett telephely szerint illetékes munkaügyi központot a rendes felmondás közlését megelőzően legalább harminc nappal írásban tájékoztatja*. A felperesek azt tartották jogszerűtlennek, hogy az OTP központi vezetősége csak az adott vidéki város munkaügyi központját tájékoztatta a várható létszámleépítésről. Véleményük szerint a budapesti munkaügyi hivatalt is tájékoztatni kellett volna, tekintettel arra, hogy a vidéki OTP iroda nem telephely, hanem -és erre a felperesek ügyvédje a tárgyaláson hívta fel a bírák figyelmét- csak egy, a budapesti központhoz szorosan kapcsolódó fiókintézmény. Ami véleményük szerint azt jelenti, hogy a Fővárosi Munkaügyi Központ tájékoztatása nélkül jogellenes a felmondás.

A tanács döntésképtelenségét az a kérdés okozta, hogy a pénzügyi világban elterjedt "fiókintézmény" kifejezés értelmezhető-e a törvényben rögzített "telephely"-ként?

Továbbá, hogy a megye, mint közigazgatási egység -és így a munkaügyi irodák elhelyezésének is alapját adó elv-miként egyeztethető össze a bank(ok) üzletpolitikájának alapját képező régiókkal.

Ez az eset például szolgál arra nézve, hogy a társadalom más szféráiban létrejött fogalom miként befolyásolhatja és "devalválhatja" a bevett és bevált jogi terminus technikusokat, hogy más tudományterület nyelvezete mennyire bizonytalanra teszi a szavaknak tulajdonított értelmet.

Egy másik esetben -és ez is példa a jogrendszeren kívülről kényszerített speciális nyelvtani értelmezésre- a munkaviszonyt szabályozó szerződés egy olyan idegen szót tartalmazott, melyre a bíróság nem tudott adekvát magyar kifejezést "ráhúzni". Az üzleti életben használt "Cash-flow" terminus technikus szakértők kirendelését és állásfoglalását tette szükségessé.

A vizsgált időszakban született BH-k közül egyetlen egyben hivatkoznak expressis verbis nyelvtani értelmezésre, de még ebben sem csak és kizárólag ez alapján született meg a döntés. Ebben az esetben, mely egy bíró helytelen bérbesorolásából eredő bérkülönbözetre vonatkozó igényét rendezte, az LB kimondta, hogy a Kjt. *nyelvtani értelmezése szerint az oklevél megszerzésétől számított időből kell levonni két évet, nem pedig az egyetemi végzettség megszerzésétől még visszaszámolni, amint azt a felperes állítja*. A bíróság nyelvtani értelmezésnek nevezi, holott -ha a további indokolást is figyelembe vesszük- egy konkrét joglogikai maxima³ alá is besorolható az ítéletben testet öltött értelmezés. *Ez valójában olyan időszak elismerését jelentené, amikor a felperes nem hogy szakvizsgával nem rendelkezett, hanem még az egyetemet sem végezte el*. Eszerint ha a felperes keresetében megfogalmazott módon számítanak az éveket, az abszurditáshoz vezetne. *A felperes értelmezése a kedvezményt a rendelkezés nyelvtani és logikai értelmezésével megállapítható tartalmán túl terjesztené ki, ami nyilvánvalóan helytelen következtetést eredményezne*. Csak nyelvtani értelmezéssel a probléma továbbra is fennáll, szükséges a logikai végiggondolása is, mellyel már egy olyan pontig juthatunk el, ahol egyértelművé válik az egyik alternatíva ellentmondásossága és a másik helyessége. (BH1999. 330.)

Speciális nyelvtani értelmezésre került sor a következő esetben is. Az LB ítélkező tanácsa szerint a Ktv. és az Mt. egybevetéséből nyilvánvalóan kitűnik, hogy *a köztisztviselőnek az előírt felmentési idejére - a közalkalmazottakhoz és a munkaviszonyban állókhoz hasonlóan - az átlagkeresetnek megfelelő díjazás jár és ezt nem zárja ki az, hogy Ktv.-nek a végkielégítésről szóló szabálya a köztisztviselőt megillető díjazás mértékére - a*

² Munkaviszony jogellenes megszüntetése rendes, illetve rendkívüli felmondással (Legfelsőbb Bíróság 1999. november 23.)

³ Lásd II. fejezet 3. pontja.

végkielégítés szabályozása kapcsán - nem az átlagkereset műkifejezéssel, hanem illetmény szóval utal. Ehhez az állásponthoz mintegy logikai megerősítésként fűzi a határozat, hogy az ellenkező értelmezés sértené az Mt. 5. §-ában foglalt diszkrimináció tilalmát is. (BH1996.67.)

Egy kifejezés technikai pontosítását végezte az LB egy másik illetménnyel kapcsolatos ügyben is. *A Ktv. 71. §-ának (3) bekezdése szerint a köztisztviselői jogviszonyban távolléti díjon illetményt kell érteni, ami azzal a következménnyel jár, hogy a felperesnek a munkavégzés alól történt felmentése idejére az illetménye jár, ami a Ktv. 42. §-ának megfelelően az alapilletményből, az illetménykiegészítésből és az illetménypótlékból áll.* (BH1998. 400.)

Tágító nyelvtani értelmezés:

A szöveghez tapadó értelmezéstől való elrugaszzkodás a polgári és büntetőjog szféráján túl kimutatható a munkajog területén is. Ez azt jelenti, hogy a szavak, fogalmak elsődleges értelmétől eltérve szűkítik vagy tágítják azokat. Ebben a jogágban a tágító értelmezés a jellemző, a fogalmak szűkítő értelmezése ritka.

A munkáltató utasítási jogának kitágított értelmezése a figyelmeztetési jogot is magában foglalja. Ez a jog, mint külön nevesített munkáltatói intézkedés sem az 1992. előtti sem az azutáni Mt.-ben, sem pedig a Kjt.-ben nem került szabályozásra. Mégis töretlen volt a gyakorlat abban a kérdésben, hogy a figyelmeztetés joga a munkáltatót megilleti. (...) A munkáltató az utasítási jogából eredően bármikor felhívhatja a munkavállaló - a Kjt. hatálya alá tartozó munkáltató esetében a közalkalmazott - figyelmét olyan, általa helytelennek tartott magatartásra, ami kötelezettségzegésnek minősül. (BH1998. 510.)

A munkavállaló a munkaköréből adódó lehetőségét jogosulatlanul kihasználva (...) az alperes érdekeit jelentősen sértette, (...) a cég hírnevét rontotta, így (...) az Mt. 103. §-a (1) bekezdésének c) pontjában előírt kötelezettségét is megszegte (BH1997. 463.)

Ebben az esetben a lehetőség jogosulatlan kihasználását kitágított értelemben kötelezettség-zegés megállapítására is alkalmazhatónak találta a bírói tanács. Ide illeszkedik egy már említett állásfoglalás is, mely szerint egy gazdasági társaság munkavállalójának tagsági viszonya más gazdasági társaságban is, lényeges kötelezettség-zegésnek minősül.

A kitágító értelmezés korlátja azokban az esetekben látszik megnyilvánulni, mikor a jogszabály taxatív felsorolást tartalmaz. Ezekben az esetekben a bíró(k) -tulajdonképpen a jogalkotó szándékát figyelembe véve- úgy gondolják, hogy éppen azért részletezi a jogszabály az adott kérdést, mert nem kíván lehetőséget teremteni tágító vagy szűkítő értelmezésre. Ha az adott tényállásra nem alkalmazható precízen a felsorolás valamelyik kifejezése, akkor nincs mód elrugaszkodni a szövegtől:

Az 1993. évi LXXIX. törvény 17. §-a határozza meg az iskolai végzettség tekintetében, az oktatási-nevelési intézmény típusához igazodóan, a pedagógus munkakörben történő alkalmazás feltételeit. Ezek tételes felsorolása azonban nem minimális feltételeket jelöl meg, hanem az alkalmazás kizárólagos és egyben elegendő feltételeit állapítja meg. (BH1998. 560.)

Szűkítő értelmezés tagadása:

Az adott perben azt kellett eldönteni, hogy a felperes munkaviszonyának rendes felmondással történő megszüntetése létszámcsökkentésnek vagy átszervezésnek minősül-e, mivel az alperes kollektív szerződése az átszervezés esetén többlet-végkielégítés megfizetését írja elő. A létszámcsökkentés csak akkor ad erre alapot, ha technikai, technológiai váltás miatt munkahelyet számolnak fel. Az alperes az elsőfokú tárgyaláson elismerte, hogy a felperes által vezetett gépkocsit kapcsolt munkakörben más személy vezeti. Ez a szervezeti változás hiányában is átszervezésnek minősül, mivel az alperes a felperes munkaviszonyának megszüntetésével a munkaköri feladatokat nem szüntette meg, hanem annak ellátásával mást bízott meg. Az átszervezés fogalmának leszűkítése lenne, ha azon kizárólag a szervezeti felépítést érintő változtatást kellene érteni, a korábbi munkaköri feladatelosztás megváltoztatását azonban nem. (BH1998. 508.)

A különböző pótlékok megállapításának és folyósításának azonban mindig valamilyen különleges, az átlagostól eltérő munkavégzési körülmény, feltétel fennállása képezi az alapját, amit nem lehet feltételezéssel bizonyítottak tekinteni. Az idegennyelv-ismereti pótléknak ebből eredően az az alapja, hogy valaki az igazolt nyelvtudását a munkakörével összefüggésben ténylegesen hasznosítja. A munkaköri feladatot valóban nem lehet a napi munkavégzésre leszűkíteni, mert a bírói munka jellegéből eredően más feladatok ellátása is szóba jöhet. Ilyen lehet a kodifikációban való részvételnél a külföldi tapasztalatok összegyűjtése és feldolgozása, szakmai cikkek írása stb. Mindezeknél azonban feltétel a bizonyos rendszeresség is, ha a pótlékot állandó jelleggel állapítják meg. (BH1998.100.)

Munkaviszony -területi hatály alapján- szűkítő értelmezésének tilalmára példa az alábbi eset: A felperes orvosként diplomázott Romániában. Később áttelepült Magyarországra, ahol néhány év letelte után kérte az "F" fizetési osztályba sorolását. Ezt a munkáltató azzal az indokkal utasította el, hogy az átsoroláshoz szükséges közalkalmazotti jogviszonyban töltött idő nem elegendő. Bár a Romániában töltött idővel együtt meglenne, de az a jogszabály területi hatályának korlátja miatt nem számítható be. Az LB nem így ítélte meg a tényállást, a munkaviszony területi hatály alapján szűkítő értelmezését tagadta. A határozat szerint az irányadó rendelkezések a külföldi munkaviszony beszámítását általában megengedik, azok körét nem lehet a magyar törvény általános szabálya alá eső, illetve a belföldi munkaviszonyokra korlátozni. (BH1997. 156.)

Nyelvtani értelmezésre a szavak tágan értelmezése a jellemző, de legalábbis a szűkítő értelmezés tagadása. Szűkítő értelmezésre nincs példa. Másik konklúzió, hogy nincs par excellence nyelvtani értelmezés, az leggyakrabban valami más értelmezési móddal együtt jelentkezik. A fenti példákban is található olyan, mely a kontextuális, joglogikai vagy más értelmezési móddal együtt alkalmazza a nyelvtanit. Ezek a későbbiekben kerülnek kifejtésre. Ami lényeges, hogy a grammatikai vizsgálat alapvető, de ritkán kizárólagos a jogalkalmazás során.

Kollektív szerződés:

Már a nyelvtani értelmezés kapcsán ki kell térni a kollektív szerződésekre, hiszen -az írott törvényeken túl- ezek a normaszövegek is gyakori tárgyai a grammatikai vizsgálatnak.

A kollektív szerződés olyan munkaviszonyt szabályozó jognyilatkozat, mely jogokat és kötelezettségeket keletkeztet a munkáltatóra és a munkavállalóra egyaránt. Így szabályozhatja: *a munkaviszonyból származó jogokat és kötelezettségeket, ezek gyakorlásának, illetve teljesítésének módját, az ezzel kapcsolatos eljárás rendjét; valamint a kollektív szerződést kötő felek közötti kapcsolatrendszerét.* (1992. évi XXII. tv. 30.§)

A munkajogi BH-k vizsgálatából megállapítható, hogy az ezen szerződésekkel kapcsolatos ügyek a munkaügyi viták 10-20%-át teszik ki. Az évente 5-10 db publikált ügyből⁴ tematikus csoportok alkothatók, melyek egyben a bírák kollektív szerződésekkel kapcsolatos attitűdjének jellemzőit is mutatják. Ezek a csomópontok a következők: 1. A kollektív szerződés a munkaügyi viszonyokat szabályozó törvény(ek) kvázi speciális szabálya. Az Mt. csak a minimális keretfeltételeket határozza meg, az ezekkel összhangban álló -és a munkavállalók jogszabályban rögzített jogait nem szűkítő- szabályokkal a kollektív szerződés tölti ki.

Példa erre egy olyan ügy, melyben a felperes azt kritizálta, hogy a rendszeresen vasárnap végzett munkája után nem részesül pótlékban. Az Mt. 124. §-a rögzíti, hogy a munkáltató az általánostól eltérő munkarend esetén a heti pihenőidőt a hét más napján is kiadhatja. Mivel jelen esetben a felperes -az általánostól eltérő- *folytonos munkarendben dolgozott*, a heti pihenőidő kiadásáról a kollektív szerződés rendelkezett. Mivel a *pihenőnapok ilyen módon történő kiadása nem ütközött jogszabályba* a bíróság relevánsnak tartotta a kollektív szerződés szabályait, és erre tekintettel hozta meg döntését, mely szerint a *vasárnapi munkavégzés rendes munkaidőnek minősült...* (BH1999. 232.)

2. A kollektív szerződés jogszabályellenes, ha negatív irányban eltér az Mt. előírásaitól. Ezen elv védelmének gyakorlati példája a következő BH: *Az alperes kollektív szerződése felhatalmazás nélkül szűkítette a közalkalmazottaknak az Mt. 115. §-ában biztosított jogát, ezért ez a rendelkezés jogszabálysértés miatt semmis.* (BH1999. 276.)

3. Ha nincs kollektív szerződés, illetve egy adott tényállásra nincs benne szabály, akkor -értelemszerűen- a törvény alapján születik meg a döntés.

Egy kerékpár-lopási ügy(!) kapcsán a bíróság megjegyezte, hogy a munkáltató tárgyi felelősséggel tartozik a munkavállalónak a munkahelyre bevitt dolgaiban (kerékpár) bekövetkezett kárért. Ez alól csak abban az esetben mentesülhet, *ha a munkavállaló az öltözőben (megőrzőben) való elhelyezést vagy a bevitel bejelentését előíró szabályt megszegi. A hatályos kollektív szerződés ilyen kifejezett rendelkezést nem tartalmaz, ennél fogva az alperes kártérítési felelőssége az Mt. (...) alapján áll fenn.* (BH1997. 502.)

4. Kollektív szerződés szövegének nyelvtani értelmezése a szavak hétköznapi értelméből indul ki. Ez egy precedens értékű döntésben került megfogalmazásra a kollektív szerződésben rögzített minőségi prémiummal kapcsolatban:

A kollektív szerződés mint jognyilatkozat értelmezésénél a szavak általánosan elfogadott jelentéséből kell kiindulni. (...) nem lehetséges azt a megkötő felek olyan fenntartása alapján értelmezni, amely a szerződésből egyébként világosan nem tűnik ki. (BH1998. 451.)

5. A bíróság munkáját nagyban segíti a kollektív szerződés léte, az abban foglaltak megkönnyítik a felelősség megállapítását. A felelősség alapvetően (törvény alapján) szűken értelmezendő, az csak kollektív szerződésben foglaltak alapján tágítható

A munkaügyi bíróság szerint a felperes követelésére a megőrzési felelősség szabályait kell alkalmazni, mert kollektív szerződés hiányában a leltárfelelősség nem érvényesíthető. (...) Az alperes elismerő nyilatkozata (...)

⁴ Az alábbi BH-kban tesznek említést róla: BH 1996. 69, 231, 450, 502, 621, 668; 1997. 215, 371, 374, 422, 502, 607, 609; 1998. 97, 148, 149, 196, 197, 451, 453, 508, 509, 555, 611; 1999. 136, 232, 275, 276, 333.

semmis, mert leltárhány megtérítését vállalta, de ez a felelősség vele szemben -kollektív szerződés hiányában nem érvényesíthető. (BH1999. 136.)

A kollektív szerződéssel kapcsolatos további jellemzők kifejtésre kerülnek az ebből a szempontból releváns, kapcsolódó témájú pontokban.

II.

3. Joglogikai értelmezés:

A logikai maximák alapján történő értelmezés (Interpretatio logica) -hasonlóan a grammatikai értelmezéshez- közvetlenül a jogszabály szövegrétegéből indul ki, és nem is lép át tágabb vizsgálati körbe. Az írott norma fogalmaiból kiindulva vizsgálja ezeknek és a tényállás elemeinek egymáshoz való logikai viszonyát. A jogrendszer egyik legfontosabb jellemzője a logika. Enélkül nem működne a szillogisztikus érvelés, nem lehetnének sem bővíthetők, sem szűkíthetők (racionalizálhatók) a jogszabályok, és jog hiányosságainak pótlására is kevesebb módszer lenne (az analógia, a fictio és praesumptio, amelyek azonban már inkább a jelenségek hasonlóságán alapulnak, mintsem logikai kapcsolatukon.)

A munkajogban az esetek közel 20%-ában van ilyen értelmezés.

1. Argumentum a contrario:

Az ellenkezőből való következtetés érve. Ha egy jogszabályban taxatív felsorolással határozták meg az alkalmazás eseteit, a jogalkalmazó arra következtet, hogy a hasonló, de a felsorolásban mégsem szereplő esetet a jogalkotó szándékosan nem kívánta bevonni a szabályozás körébe.

Munkajogban ez az egyik leggyakoribb logikai értelmezési mód.

Tipikus példája: *A 150/1992. (XI. 20.) Korm. rendelet 5. §-a értelmében e munkahelyen vezető beosztásúnak kizárólag az intézmény igazgatója minősül.* Mivel a igazgatóhelyettesként dolgozott az adott munkahelyen, *nem vezető beosztású személy.* (BH1998. 250.)

Gyakori az a fajta logikai "okoskodás" is, mely szerint ha valami nincs tiltva, akkor kötelező, de legalábbis szabad. Például: *a Ktv. nem tartalmaz olyan rendelkezést, amely a vezetői beosztás visszavonása esetére a vezető személyi illetményének csökkenését tiltaná, ezért erre az esetre is vonatkozik a Ktv. 45. §-ának (3) bekezdésében az illetmény újra meghatározására meghatározott munkáltatói kötelezettség.* (BH1999. 40.) Mivel a jogalkotó nem épített be a törvénybe tiltást az illetmény csökkentésére vonatkozóan, ebből logikailag következik, hogy az illetmény megállapításával kapcsolatos -írásban rögzített - munkáltatói kötelezettség viszont annál inkább vonatkozik minden a jogszabály hatálya alá tartozó személyre. Mivel nincs kivétel (tiltás) beiktatva, így feltételezhető, hogy a jogalkotó szándékosan nem kívánt kivonni a szabályozás köréből senkit.

Ez a logikai gondolatmenet a kollektív szerződések kapcsán is érvényesül. *Az Mt. 109. §-ának (1) bekezdése szerint a munkaviszonyból származó kötelezettségeknek a munkavállaló által történt vétkes megszegése esetére kollektív szerződés (...) egyéb jogkövetkezményeket is megállapíthat.* Ebből logikailag következik, hogy abban az esetben, ha a kollektív szerződés a kiszabásra irányuló eljárást nem szabályozza, (...) még bizonyított vétkes kötelezettségszegés esetében sem lehet a munkavállalóval szemben hátrányt alkalmazni. (BH1998. 198.)

2. Argumentum a simile:

A hasonlóságon alapuló következtetés érve. Példálózó felsorolás esetén a jogalkalmazó arra gondol, hogy a jogalkotó nem kívánt minden esetet felsorolni az alkalmazásra, így a hasonló eset bevonható a szabályozás körébe. Ezzel az érveléssel ugyanabból a rendelkezésből kiindulva éppen ellenkező eredményre juthatunk mint az argumentum a contrarioval. Munkajogban ritkább ez az érvelési forma.

A kollektív szerződésben rögzített határidőket a bíróság a hasonlóságon alapuló következtetés érvével kiterjesztheti más eljárásokra is. *Az Mt. 109. §-ának (3) bekezdésében foglalt rendelkezés szerint nem lehet a munkavállalóval szemben hátrányos jogkövetkezményt tartalmazó intézkedést hozni, ha a vétkes kötelezettségszegés óta egy év már eltelt. (...) A kollektív szerződés (...) az Mt.-ben foglalt egyéves határidőn kívül, a munkavállalók előnyére, tartalmaz az intézkedés meghozatalára egy megszorító rendelkezést is. Eszerint a munkáltatói intézkedést a vétkes kötelezettségszegésnek az eljárásra jogosult munkáltatói jogkör gyakorlója tudomásszerzésétől számított 15 napon belül lehet alkalmazni. Egyetért a Legfelsőbb Bíróság a jogerős ítéletnek azzal az értelmező megállapításával, hogy az erre vonatkozó külön szabályozás hiányában az eljárás nélkül hozott határozatra is az előző határidők vonatkoznak.* (BH1999. 275.)

3. Argumentum ad absurdum:

Az abszurditáshoz vezető következtetés érve. Több értelmezési lehetőség közötti választás esetén segít kiválasztani a megfelelőt azzal, hogy a többi végiggondolásával feloldhatatlan ellentmondásra jut.

Munkajogban jellemző ez az érvelési mód: ...*az akkori rendelkezések szerinti háromnapos tudásszerzési határidőt is alkalmazni kellene, ami nyilvánvalóan lehetetlen volt a fegyelmi eljárás során.* (BH1999. 388.)
A rendelkezés nyelvtani értelmezése szerint az oklevél megszerzésétől számított időből kell levonni két évet, nem pedig az egyetemi végzettség megszerzésétől még visszaszámolni, amint azt a felperes állítja. Ez valójában olyan időszak elismerését jelentené, amikor a felperes nem hogy szakszavával nem rendelkezett, hanem még az egyetemet sem végezte el. (BH1999. 330.)

4. Argumentum a fortiori:

Az erősebb alapján való érvelés. Akkor használatos, amikor valamely tény nyilvánvalóbb, mint egy másik. Munkajogban ritkábban alkalmazott logikai eljárás. Az a tény, hogy egy munkáltató szerződésben vállal kötelezettséget egy juttatás kifizetésére, jogot keletkeztet annak követelésére a munkavállaló részéről. *A prémium kifizetése a munkáltató joga. Ha annak fizetésére a munkaszerződésben vállal kötelezettséget, ez önmagában megalapozza a munkavállaló igényét a prémiumra* (BH1997. 257.) Mivel a munkáltatói szándék meg lett erősítve az írásba foglalás által, a munkavállaló juttatásra vonatkozó igénye egyértelműbb, mintha nem lenne ilyen írásos nyilatkozat.

5. Argumentum a maiore ad minus:

A többről a kevesebbre következtetés érve. (NON DEBET, CUI PLUS LICET, QUOD MINUS EST NON LICERE. Akinek a többhöz van joga, jogosult a kevesebbre is.) A megengedő és a parancsoló normák esetén van jelentősége.

Munkajogban élő és alkalmazott logikai formula, melyet a következő idézet példáz: *A helyi önkormányzat által működtetett oktatási intézmény esetében a képviselő-testület határozattal állapíthatja meg az iskola megfelelő létszámát, ebből eredően létszámcsökkentést rendelhet el.* (BH1997. 422.) Az iskola létszámának megállapítására való jogosultság magában foglalja a létszámcsökkentésre való jogosultságot is.

6. Argumentum a minore ad maius:

A kevesebbről a többre következtetés érve. Tiltó normáknál van jelentősége: ha a jogszabály a keveset tiltja, akkor az annál többet is.

Munkajogban elhanyagolható számban fordul elő, mert inkább az engedő és az előíró normák dominálnak.

További logikai formulák: 1. argumentum a similibus ad similia (hasonlóságból való következtetés), 2. argumentum per analogiam (az előző egyik alelete, mely mindig új jogi norma létrehozatalára irányul), 3. argumentum per coherentiam (koherenciával -a jogrendszer értelmi egységével- való érvelés), 4. argumentum per consequentiam (normaal alkalmazás vagy bizonyos döntés következményeivel való érvelés), 5. argumentum per auctoritatem (tekintéllyel való érvelés), 6. argumentum ad personam (a jogi érv gazdájára történő utalással való érvelés), 7. argumentum ad finem (céllal való érvelés), 8. argumentum a generalis sensu (az általános értelmezés alapján történő érvelés), 9. argumentum a ratione legis stricta (a szorosán vett törvényértelmezésen alapuló érvelés), 10. argumentum a rubrica (a jogrendszerbeli hely jelentése alapján történő érvelés), 11. argumentum pro subiecta (a jogalkotó elképzeléseire alapuló érvelés). Ezek a logikai formulák már átvezetést jelentenek a következőkben vizsgálatra kerülő értelmezési módokhoz. Ezek léte azt bizonyítja, hogy a logika az értelmezési folyamat alapvető komponense, mely már a bizonyítékok mérlegelése során szerepet kap. A logikával ellentétes mérlegelés ugyanis tiltott.: *Jogszabálysértést a bizonyítékok kirívóan okszerűtlen vagy a logika szabályaival ellentétes mérlegelése alapozhat meg.* (BH1999. 44.)

Elmondható tehát, hogy a joglogikai értelmezés a munkaügyi bíráskodásban is gyakori, rendkívül hasznos értelmezési módszer. Önmagában azonban nem biztosít megfelelő mélységű ismeretet, hiszen nem von be más szempontokat a vizsgálatba, nincs tekintettel a szabály más jogi, társadalmi jelenségekbe ágyazottságára, keletkezésének és fejlődésének okait nem magyarázza. Továbbá ugyanabból a törvényhelyből kiindulva, különböző argumentumai -logikus érveléssel- egymásnak ellentmondó eredményre juthatnak. Elég utalni a contrario és a simile viszonyára.

III.

A Savigny-féle jogértelmezési módszerek közül harmadikként a rendszertani (Interpretatio Systematica) kerül vizsgálatunk tárgyává. A jogi norma tartalma az alábbi esetekben már az adott jogággal, a jogrendszerrel, a jogintézményekkel és a jogtételekkel összefüggésben, azokra tekintettel kerül meghatározásra.

4. Kontextuális értelmezés:

Ez az értelmezési mód átsegítő formulának tekinthető a nyelvtani és a rendszertani értelmezés között. Alapvetően itt is szavak, kifejezések, mondatok értelmezése folyik, de a szó szerinti értelmezésénél rugalmasabb módon, hiszen azokat tágabb (jogsabályi, jogági, diszciplináris) körben elhelyezve átfogóbb kép alkotható.

A szavak értelmének átfogóbb összefüggésekbe való ágyazása különböző -egymással koncentrikus- szinteken valósulhat meg:

1. Ezek közül a legtágabb szint, mikor társadalomtudományi érvekre, paradigmákra is kiterjed a kontextuális vizsgálat. Ennek az esetnek egyik pregnáns példája az USA Legfelsőbb Bíróságának múlt század végén hozott egyik döntése. Ekkor kongresszusi határozat tiltotta, hogy a munkaadók -olcsó- idegen munkaerőt alkalmazzanak, mert az kiszorítja a -drágább- amerikai munkavállalókat a piacról. A Szentháromság Egyház, figyelmen kívül hagyva a törvényhozás döntését, külföldi lelkészt alkalmazott. Büntetés kiszabására került sor, mely ellen az egyház fellebbezett. Az LB döntésében mentesítette az egyházat a fizetés alól -többek között- kontextuális értelmezéssel kialakított véleménye miatt. A testület szerint figyelemmel kell lenni arra a társadalomtudományi összefüggésre is, hogy az amerikai polgárok vallás iránti tisztelete sérülne, ha az adott egyházzal szemben elmarasztaló ítélet születne.

2. A kontinentális -és így a magyar- bírói jogértelmezésre nem jellemzőek az ennyire tág értelmezési keretek. Európában a jogrendszeren belüli kontextus figyelembe vételével születnek a döntések.

Ennek egyik módja más jogszabály -és így esetleg más jogág- beemelése a vizsgálati körbe. Munkaügyi kérdésekben ez lehet a Ptk., vagy a Pp., hiszen a polgári jog a legközelebbi "rokonjogág", lehet a kollektív szerződés, mint a munkaviszonyt szabályozó jogi jellegű norma, de ide sorolhatók a Legfelsőbb Bíróság írott vagy szokásjogi normái is. Írott és kötelező normák a jogegységi határozatok, melyek kis számuk miatt napjainkban még kevés befolyással vannak a napi ítélkezési gyakorlatra. Szokásjogi és nem kötelező erejűek a bírósági határozatok, elvi döntések, kollégiumi állásfoglalások, kommentárok, esetleg törvény-előkészítési anyagok is. Mindezek mellett rendkívül fontos szerepet tölt be a tulajdonképpen normának tekinthető -és a munkaügyi bírók által annak is tekintett- bírói gyakorlat is.

A jogrendszeren belüli kontextuális értelmezés szoros kapcsolatot mutat más értelmezési módszerekkel. A -fent említett- jogszabályok összevetése egy ponton túl jogdogmatikai vizsgálattá, vagy analógiává válhat, az adott törvény szövegének összevetése a felsőbb bírósági normákkal pedig precedens fényében történő értelmezéshez vezethet. Ez azokban az országokban jellemző, ahol nem kötelező a jogszabályok szöveghez tapadó értelmezése.

A kontextus figyelembe vételének másik lehetséges módja, ha az adott jogszabályon belüli (Mt., Kjt., kollektív szerződés) más szövegrészek alkalmazásával nyer értelmet a kérdéses szó, kifejezés, vagy mondat.

A munkajogi BH-k negyedében használnak kontextuális értelmezést is.

1. A munkaügyi bíraskodásban a más jogszabállyal történő összevetésre példa az az eset, melyben egy "megrovás" fegyelmi büntetéssel súlytott bíró sérelmezte, hogy a későbbi anyagi juttatásokból nem részesült. A döntéshez több jogszabály (1990. évi LXXXVIII. tv. 4. és 18. §, 1992. évi XXIII. tv., 170/1992. (XII. 22.) Korm. r. 3. §, 13/1993. (VIII. 17.) IM r. 5. § (4) bek.) összevetésére és értelmezésére volt szükség. (BH1997. 157.)

2. Az adott jogszabályon, vagy jogi szabályon belüli részek összevetésével történő értelmezésre pedig a következő esetek szolgálnak példaként:

Egy megszűnő költségvetési szerv közalkalmazottja nem kívánt a jogutód közhasznú társasággal munkaviszonyt létesíteni. Mivel a volt munkáltatója végkielégítést nem állapított meg számára, a jogutód ellen keresetet nyújtott be a bírósághoz. A perben eljáró bíróságoknak -és így a Legfelsőbb Bíróságnak is- azt kellett elsőként megállapítani, hogy a régi, vagy az új szerv a per alperese. Az LB a vonatkozó jogszabály szövegrészeinek összevetésével jutott eredményre: A felperes helytállóan indított pert a volt munkáltató jogutódja ellen, mert *a közútközlelési rendszer átalakításáról szóló 15/1996. (V. 7.) KHVM rendelet (...) a felperes volt munkáltatóját, az 1. számú melléklet 11. pontjában feltüntetett közúti igazgatóságot, a 2. számú melléklet 11. pontjában a megyei állami közútközlelési közhasznú társasággént jelöli meg.* (BH1998. 151.)

Egy üzemtanács-választással kapcsolatos ügyben az LB több törvényhely összevetésével végezte az értelmezést: *Az Mt.-nek a munkáltatónál működő szakszervezet jelöltállítás jogáról szóló 49. §-ának (3) bekezdésében foglaltak értelmezésénél figyelembe kell venni a választhatóságra és választásra vonatkozó rendelkezéseket is.* (BH1997. 154.)

Az ítélkezési gyakorlatban⁵ gyakran megjelenő nyelvtani értelmezési probléma az "illetve" szó jelentésének megállapítása. Ez is csak kontextusba ágyazva értelmezhető, mely során a szövegekörnyezet vizsgálata által arra kell választ kapni, hogy a mondatrészek -esetleg mondatok- között "vagy" (alternatív), vagy "és" (konjunktív) kapcsolat van-e.

⁵ Legfelsőbb bírósági ítélkező tanáccsal folytatott konzultáció alapján.

A kollektív szerződés szinte minden esetben az Mt.-vel, vagy valamely más jogszabállyal (pl.: Kjt., Ktv., Ptk., stb.) összevetve, kontextusba ágyazva kerül értelmezésre: A munkavállalók kollektív szerződésben meghatározott leltárfelelőssége kapcsán a "vezető" (és "vezetőhelyettes") fogalmának meghatározására került sor. A felülvizsgálati eljárás során a tanács megállapította, hogy a másodfokú bíróság helyesen járt el, mikor a "vezető" fogalmát a kollektív szerződés egyéb rendelkezéseinek összevetésével, tehát kontextusban értelmezte. (BH1999. 333.)

5. Precedens fényében értelmezés:

A precedensre hivatkozás gyakori komponense az értelmezési folyamatnak; minden negyedik BH-ban fellelhető. Többféle jogi forrása van, mint a jogegységi határozat, bírósági határozat, kollégiumi állásfoglalás, alkotmánybírósági határozat, valamint a "kialakult bírói gyakorlat".

1. Jogegységi határozatra hivatkozás

Az 1997. évi LXVI. tv 27. § (1) bek. szerint *a bírósági jogalkalmazás egységének biztosítása a Legfelsőbb Bíróság feladata*. Ezen feladatának ellátása érdekében jogegységi határozatokat hoz és elvi bírósági határozatokat tesz közzé. Jogegységi eljárásra van szükség a joggyakorlat továbbfejlesztése vagy az egységes ítélkezési gyakorlat biztosítása céljából.

A jogegységi határozat olyan kötelezően alkalmazandó precedens, mely több, az adott témakörhöz kapcsolódó - esetleg egymásnak ellentmondó- ügy szubsztanciájaként az egységes ítélkezési gyakorlatnak kíván támpontot adni.

A munkajog területén két munkaügyi jogegységi határozat van, melyekre egyik publikált BH sem hivatkozik. A vizsgált időszak BH-i között azonban van egy, mely polgári jogegységi határozatra hivatkozik: *Az 1/1998. polgári jogegységi határozat szerint a Pp. 259/A. §-ában meghatározott kifogás intézményét is csak azokban az ügyekben lehet és kell alkalmazni, amelyekben a keresetlevelet -nem peres eljárásban a kérelmet- a Pp.-t módosító 1996. évi CXXII. törvény hatálybalépése után nyújtották be.* (BH1999. 389.)

Látható tehát, hogy a jogegységi határozat mint kötelező norma még nem gyakori, a rá való hivatkozás pedig még kisebb számú. Ennek az lehet az oka, hogy (1) új jogintézmény lévén még nem tudott kifejlődni, (2) a BH-kban és az egyéb mértékadó jogi anyagokban (állásfoglalások, döntések, kommentárok) rögzítettek az ítélkező bírók előtt felmerülő kérdések és problémák teljes szféráját lefedik, és segítségükkel adekvát döntés hozható. Vagyis használatuk egységes bírói gyakorlathoz vezet.

2. BH-ra hivatkozás

A BH-k mint precedensek megidézése gyakori. *A munkaviszony megszüntetéséről szóló írásbeli munkáltatói igazolás átadása és átvétele egymagában nem tekinthető írásba foglalt közös megegyezésnek. Ha azonban a szóbeli megállapodás alapján a megszüntetést mindkét fél végrehajtotta, egymagában az írásba foglalás elmaradása miatt nem állapítható meg a megszüntetés jogellenessége (Legfelsőbb Bíróság Mfv. I. 10.961/1995. sz.)* (BH1999. 331.)

Marasztalás hiányában a beltag a végrehajtási eljárásban nem lehet adós (BH 1994. 260. szám). (BH1997. 318.)

Előfordul az is, hogy egy határozaton belül több BH-t is megemlítenek. Az egyik esetben 5db BH-ra hivatkoztak: *BH1965/3/4379, BH1996/2/126, BH1995/2/132, BH1994/9/515, BH1995/5/323* (BH1997. 214.)

3. Kollégiumi állásfoglalásra hivatkozás

A BH-khoz hasonlóan gyakran kerülnek kollégiumi állásfoglalások megidézésre. Ezek is mint mértékadó precedensek élő részei a jogalkalmazásnak.

A felmentési korlátozásnak, illetve a különös indoknak a felmentés idején kell fennállnia (Legfelsőbb Bíróság MK 10. állásfoglalása). (BH1999. 41.)

A munkáltató által vagyonbevittelal alapított gazdasági társaság a nála változatlan feltételekkel továbbfoglalkoztatott munkavállalók munkaviszonya tekintetében jogutód munkáltatónak minősül (MK 154. sz.). (BH1996. 174.)

4. Konkrétum nélküli (bírói gyakorlatra) hivatkozás⁶

Rendkívül gyakori ez a típusú hivatkozás. Évente átlagosan 10 db (ami az összes BH-nak majdnem 20%-a, a precedensre hivatkozó BH-knak pedig több mint a fele.). Leggyakoribb nyelvi megfogalmazásai: *A kialakult gyakorlat szerint...* (BH1999. 388.), *...az ítélkezési gyakorlat szerint...* (BH1997. 105.), *...a Legfelsőbb Bíróság több eseti döntésében kifejtettek szerint...* (BH1999. 181.), *...megfelel az állandó bírói gyakorlatnak...* (BH1999.

⁶ A bírói gyakorlatra hivatkozás (konkrét precedens megjelölése nélkül) 1997-ben 9 db (Pl.: BH 1997. 105, 156, 372, 424, 501, 502, 556, 607, 608.); 1998-ban 11 db (Pl.: BH 1998. 50, 52, 150, 195, 197, 358, 359, 361, 510, 559, 610); 1999-ben 8 db (Pl.: BH 1999. 86, 139, 181, 273, 274, 279, 334, 388.)

334.), ...a kialakult bírói gyakorlat szerint... (BH1999. 87.), A hosszabb idő óta egységes bírói gyakorlat értelmében... (BH1998. 50.)

Egy betegállománnyal kapcsolatos ügyben a bírói gyakorlatra hivatkozással szembeni kritika is megfogalmazódott az alperes részéről, melyet az LB akceptált: *A jogerős ítélet ellen az alperes terjesztett elő felülvizsgálati kérelmet. (...) Álláspontja szerint jogszabály rendelkezése hiányában nincs lehetőség a kiadott és megkezdett szabadság megszakítására és újrabiztosítására a munkavállaló közbejött betegállománya miatt. (...) A másodfokú ítéletben hivatkozott bírói gyakorlat nem pótolja a törvény hiányát.* (BH1999. 87.)

A kialakult bírói gyakorlatra való hivatkozás mögött tulajdonképpen konkrét precedens-normák állnak (határozatok, állásfoglalások,...), csak bizonyos okok miatt nem kerül rögzítésre. Ennek oka alapvetően az, hogy (1) az ítélkező bíró számára az általánosságban hivatkozott precedens olyan fokú evidencia, amit nem tart fontosnak az ítéletben számszerűen kiírni, (2) másrészt infrastruktúrális okok (számítógépes rendszer elmaradottsága) miatt nehézkes és hosszadalmas a precedensek felkutatása az adatállományból. Ez lassítja az igazságszolgáltatást és komoly megterhelést jelent a bíró számára is.

A bírói gyakorlatra utaló általános formula kerül nevesítésre a következő példában, bizonyítva, hogy a gyakorlatra hivatkozás mögött konkrét precedens áll: *Az eljáró bíróságok a fegyelmi határozat jogszerűségét illetően a Ktv.-nek a perben alkalmazandó rendelkezésével kapcsolatban kialakult gyakorlatnak (BH 1994/457) megfelelően döntöttek.* (BH1999.336.)

A bírói gyakorlat -mint a jogértelmezést és az ítélkezést segítő etalon- fontossága 1991-ben egy az apaság vélelmével kapcsolatos ügyben kapott központi szerepet. Az eset mint alkotmányjogi panasz került az Alkotmánybíróság elé, hatásköri vitát indukálva az AB és az LB között. A határozat szerint szerint, ha egy adott jogszabály normaszövegének több értelmezése is lehetséges és azok közül a kialakult és állandó bírói gyakorlat csak egyet preferál, akkor a testület (alkotmánybírók) is ebben az értelemben vizsgálja annak alkotmányosságát. Mert a jogszabály tartalma és értelme az, amit annak az állandó és egységes jogalkalmazási gyakorlat tulajdonít.(57/1991. ABH).

Tekintettel az AB ezen határozatára és a BH-kban megjelenő rendszeres utalásokra, a kialakult bírói gyakorlat kvázi jogi-értelmezési normaként való érvényesülése figyelhető meg a felsőbbbírósági ítélkezésben.

5. AB határozatra hivatkozás⁷

Az AB határozatra hivatkozás évente néhány esetben fordul elő. Ez a néhány eset is egy vagy két határozatot említ precedensként.

Leggyakrabban a 34/1992. AB hat. kerül megidézésre, ami a pénzbeli kártérítést határozza meg nem vagyoni károknál. Az egyik esetben a felülvizsgálatot kérő hivatkozik az AB ezen határozatára, mint precedensre, amit az LB akceptál. Sőt még a kialakult bírói gyakorlatra hivatkozással meg is erősíti azt: *A másodfokú bíróság helytállóan állapította meg a felperesnek a nem vagyoni kártérítésre irányuló követelése alapjául szolgáló tényállást, abból a jogalap szempontjából helytálló jogi következtetésre is jutott, de nem vette figyelembe az Alkotmánybíróság 34/1992. (VI. 1.) AB határozatában kifejtett elveket, valamint az e kérdésben kialakult bírói gyakorlatot.*

Az Alkotmánybíróság - egyebek mellett - kimondta, hogy a pénzbeli kártérítésnek a nem vagyoni károknál az a funkciója, hogy az elszennvedett sérelem hozzávetőleges kiegyensúlyozásáról olyan vagyoni szolgáltatás nyújtásával gondoskodik, amely az elszennvedett sérelemért körülbelül egyenértékű, más nemű előnyt nyújt. A nem vagyoni kártérítést - a bírói gyakorlat - a késedelemmel összefüggésben kamattal állapítja meg; ha ez nem történik meg, vizsgálni kell, hogyan változtak az életviszonyok az elszennvedett sérelem és az ítélethozatal között eltelt időben.

A Legfelsőbb Bíróság azért is találta jogszerűnek a keresetnek e vonatkozású teljesítését, mert a másodfokú bíróság az orvos szakértői véleményre hivatkozva maga rögzítette az ítéletben, hogy a felperesnél a károsodással összefüggésben a környezetével szemben türelmetlen, ingerült magatartás alakult ki, csökkent az elhelyezkedési esélye, más az életmódja és ritmusa, kisebbségi érzése alakult ki. (BH1999. 273.)

További megidézett AB határozatok: 8/1990. AB hat., 24/1990. AB hat., 591/1992. AB hat.

Fentiek alapján megállapítható, hogy a precedensek a felsőbbbírósági jogértelmezés egyik fontos módszerének alapját adják, melyek közül a konkrétum nélküli hivatkozások vannak a legnagyobb számban, a konkrét hivatkozások pedig ennek átlagosan a felét teszik ki.

⁷ BH 1996. 285.; 1997. 215., 317., 556.; 1998. 99, 612; 1999. 273.

6. Analógia útján való értelmezés:

Az analógikus jogalkalmazás alapját is a rendszertani értelmezés adja, mert ezzel az elemzési módszerrel lehet megállapítani az analógia kiindulási alapját képező joghézagokat és az ezek kitöltésére felhasználható jogi normákat. A joghézag jelenségével kapcsolatos elméleti álláspontok azonban nem egységesek. (1) A jog logikai zártságának tételét vallók szerint a bíró csak és kizárólag a törvénynek -pontosabban a törvény szövegének- van alárendelve, így nem dönthet írott jogi norma által nem szabályozott kérdésben. A jog rendszerében nincsenek hézagok, a jogalkotó mindent szabályozott, amit akart. Ha valamely viszonyra nincs adekvát szabály, az csak azért van, mert nem is állt szándékában a jogalkotónak. A joghézag nemlétéből következően nincs hiány, amit a bírónak ki kellene tölteni analógiával. Ez a vélemény napjainkra anakronisztikussá vált, hiszen tömegével alakulnak ki új társadalmi viszonyok, amelyeket a törvényalkotó mindig csak némi késéssel tud jogi szabályozás alá vonni. Ezen túl pedig mindig akadhat egy olyan életbeli tényállás, mely a konkrétsága miatt nem sorolható be egyetlen általánosan megfogalmazott szabály alá sem. (2) A másik tétel szerint a jog logikailag nyitott, a rendszer -az említett ok miatt- tele van "lyukakkal", melyeket a bírónak az értelmezés során kell kitölteni. A bíró "szabad jogtalálásának" lehetősége a "denegatio iustitiae" tilalmából következően, mely szerint az ítélkező nem utasíthatja vissza a döntést a szabályozás hiányára hivatkozva; a döntés minden esetben kötelező. Ebben a helyzetben a bíró gyakran kvázi jogalkotóvá válik, mely további problémákat vet fel az analógikus jogértelmezés kapcsán. A pozitív jogtól való további eltávolodást eredményezi az "érdekkutató" jogalkalmazás is, mely -Jhering, Heck és Stampe nyomán- a joghézagokat az ügyben megjelenő érdekek mérlegelésével tölti ki. Ez a fajta döntéshozás a magyar munkajogra annyiban jellemző, hogy a szabályok alapvetően a munkavállalók érdekeit védik szemben a célok megvalósításához elegendő eszközt birtokló munkaadókkal, így a jogszabályok szövegpontos értelmezésével is inkább a "dolgozók" érdekei befolyásolják a döntést.

A joghézag kitöltése megvalósulhat törvényi, vagy jogi analógiával. Törvényi analógiának tekinthető, mikor egy tényállásra nincs szabály, de mégis eldönthető a hasonló eseteket szabályozó jogi rendelkezéssel. Jogi analógia esetén az alkalmazott jogtétel, törvényhely már jogágra is kiterjedhet.

1. A törvényi analógia kapcsán fontos megjegyezni, hogy csak abban az esetben beszélhetünk (törvényi) analógiáról, ha valóban létezik joghézag. Amennyiben kiterjesztő nyelvtani vagy logikai (argumentum a simile) értelmezéssel pótolható a törvényszöveg hiánya, nincs helye analógikus értelmezésnek. Mivel a munkajog fogalmi-dogmatikai rendszere kidolgozott, jogintézményi struktúrája pedig "összecsiszolódott" tekinthető, az analógia nem kap hangsúlyos szerepet a napi gyakorlatban. Inkább az említett -analógiához hasonló- "trükkök", ezek közül is a kiterjesztő nyelvtani értelmezés az elterjedt.

2. Jogi analógia esetén tulajdonképpen a jogtételek egy "szisztematikus csoportja", vagy általános jogtételek kerülnek alkalmazásra más jogterületen egy más tényállásra. Problémát jelent azonban, hogy így lehetőség teremődik a pozitív jogtól eltávolodó, új jogtételek kialakítására törvényhozási processzus nélkül. A jogalkalmazásnak ez az "aktivista" módszere jogalkotói szerephez helyezi át a jogalkalmazót.

A jogi analógia mint a munkajog és a polgári jog közötti joghasonlóságon alapuló értelmezési módszer jelenik meg a BH-kban.: *A Ptk.-nak a joghasonlóság alapján alkalmazandó 242. §-ának (1) bekezdése szerint a tartozás elismerése a tartozás jogcímét nem változtatja meg, de az elismerőt terheli annak bizonyítása, hogy a tartozása nem áll fenn, bírósági úton nem érvényesíthető, vagy a szerződés érvénytelen.* (BH1999. 136.)

A munkaviszonnyal kapcsolatos jognyilatkozatok alakiságára és az alakiság elmulasztásának következményeire az Mt. 6. §-ában foglaltak vonatkoznak. A Ptk. meghatározott rendelkezése a joghasonlóság elve alapján akkor alkalmazható, ha az Mt. az adott kérdésben nem tartalmaz tételes szabályt, és a polgári jogi szabály alkalmazása nem vezet a munkaviszonyra vonatkozó elvekkel ellentétes eredményre. (BH1998. 506.)

Ha nincs joghézag, nincs szükség analógia alkalmazására sem. Mivel az élethelyzetek sokszínűek, és ezek mindegyikét a munkaügyi jogszabályok nem képesek teljesen "felölelni", hangsúlyos szerephez kerülnek a további -jogszabályok keretein belüli- szabályozó eszközök. Ilyen, az ítélkezést nagyban segítő eszköz a kollektív szerződés. Azzal, hogy a törvénybe foglalt keretszabályokat finomított, részletező tartalommal tölti ki, a joghézag valószínűségét is jelentősen csökkenti. Ami végső soron a káros mértékű analógikus érvelés háttérbeszorulását eredményezi. Bár a munkajogi gyakorlatban a kollektív szerződések diszfunkciói is érezhetők, alapvetően pozitív hatással vannak, támpontot ad a bírónak a korrekt döntések meghozatalához.

7. Doktrinális, jogdogmatikai értelmezés:

A bírói jogértelmezés jogdogmatikán nyugvó módszere szoros összefüggésben van a (speciális) nyelvtani és kontextuális értelmezéssel. Akkor beszélhetünk grammatikai értelmezésen túl doktrinális-jogdogmatikai értelmezésről, ha az adott szó, vagy kifejezés értelme a jogág rendszertani összefüggéseire tekintettel kerül meghatározásra. Az átfogó intézményi keretbe foglalással az értelmezés súlypontja távolabb kerül a jogszabály szövegétől, ami a doktrinális értelmezés szabadságának kérdését veti fel. Megállapítható, hogy a kidolgozottabb dogmatikával rendelkező jogágakban -így a munkajogban is- a jogalkalmazó értelmezési mozgástere szűk, nincs

lehetőség alapjaiban új alternatívák felvázolására. Ennek magyarázataként érdemel említést J. Esser álláspontja, aki szerint a jogdogmatika legfontosabb funkciója, hogy a meglévő szabályok változtathatóságát -a de lege ferenda javaslatok koherens fogalmi rendszerbe illeszthetőségének követelményével- nehezítse.

Mivel a munkajog is a politikai szférától relatíve távol van és a tudományos jogászság között sem feszülnek alternatív modellek miatti ellentétek, a jogdogmatikai rendszert szilárdnak és nehezen változtathatónak jellemezhetjük.

Míg az írott jogot alkalmazó bírót a jogalkotás utáni jogdogmatikai szűrőnek tekinthetjük, addig az egyetemi-tudományos jogászságot a jogalkotás előtti rendszerező szférának. A törvény-előkészítési folyamat során a de lege ferenda javaslatok ezen az ellenőrző közegen mennek keresztül, amiből a törvényhozóig -elvileg- csak a meglévő rendszerbe illeszkedő alternatívák jutnak el. Így a jogdogmatikai értelmezés forrásának az itt megszülető tudományos munkák, jogi paradigmák tekinthetők. A magyar munkajogi ítélezésben mégsincs utalás ilyenre.

Az alperes vállalat prémiumfeladatokat tűzött ki az egyik részlegénél igazgatóként dolgozó felperes részére. Bár a felperes a kitűzött feladatot teljesítette, a vállalat vesztesége miatt a munkáltató a már kifizetett prémiumot visszakövetelte. Az LB állásfoglalása szerint *a prémium meghatározott feladat teljesítéséért jár, amit a munkavállalónak a munkaviszonya keretében vagy arra tekintettel kell teljesítenie ahhoz, hogy arra jogot szerezzen. A prémium ennek megfelelően munkabér, amelynek visszakövetelésére a speciális rendelkezések irányadók.* (BH1997. 50.) Mivel a prémium kifejezés tartalma átfogó dogmatikai intézmény (munkabér) részeként került meghatározásra, így a nyelvtani értelmezésnél többről, jogdogmatikai rendszerbe való illesztésről van szó.

Egy másik hasonló perben az alperes cég igazgatója jogszabály vagy kollektív szerződés kötelező rendelkezése nélkül -tehát önként- ösztönzőbért állapított meg az egyik munkavállalója részére. Mivel a dolgozó egy alkalommal alkoholos befolyás alatt volt, megvonta tőle ezt a díjazást. A sikertelen egyeztetés után a dolgozó keresetet adott be a bíróságra a megvont ösztönzőbérének kifizetése céljából. A perben azt kellett eldönteni, hogy a munkaadó a meghatározott ösztönzőbért az Mt.-ben megjelölt hátrányos jogkövetkezményként megvonhatta-e a munkavállalótól. Az LB bírói tanácsa szerint *ez a díjazás nem prémium, mert a munkavállaló nem valamilyen előre megállapított feladat teljesítése esetén vált arra jogosulttá, hanem a munkaviszony fennállása és a munkavégzési kötelezettség teljesítése folytán.* (BH1997. 371.) Így tehát a díjazás bérnek minősül, ami egy jogdogmatikai-intézményi szempontokat is alkalmazó értelmezéssel került megállapításra.

Mivel az eljárási szabályok fogalmihoz, kifejezéseikhez valamilyen következmény is fűződik (pl.: jogok és kötelezettségek keletkeznek), legtöbbször csak a doktrinális-dogmatikai keretben kerülhet sor ezek értelmezésére. Jogdogmatika eljárási kérdésben: *Ki kell azonban emelni, hogy mind a 15 napos, mind az egyéves határidő jogvesztő határidő és nem elévülési idő.* (BH1999. 275.)

A dogmatikai értelmezés a munkajogban fontos szerepet tölt be, mint a speciális nyelvtani értelmezéssel egységben lefolytatott vizsgálat. Mivel a speciális fogalmak, kifejezések szinte minden esetben a dogmatikai-jogintézményi rendszer részeként kerülnek értelmezésre, gyakran alkalmazott módszernek tekinthető.

IV.

Az eddigi értelmezési szempontoknak az a közös jellemzőjük, hogy a jog anyagi jellegére helyezik a hangsúlyt. Ezekben az értelmezési módokban a jog szövegrétege, (koherens) dogmatikai rendszere adja az alapot a bírói döntésekhez. A nyelvtani értelmezés természetes módon a norma szövegéhez tapadó. A magyar munkaügyi bíráskodásban egy adott tényállás kontextuális vizsgálata sem éri el egyes angolszász országok bírósági értelmezésének szabadsági fokát⁸. Itt inkább csak jogszabályon belüli (esetleg jogszabályok közötti) összefüggések felkutatása a jellemző. Az analógia mint értelmezési módszer is szövegközelinek tekinthető, hiszen itt is egy adott, írásban rögzült törvényhely többféle tényállásra való alkalmazásáról van szó joghézag, vagy nem egyértelmű szabályozás esetén. A logikai értelmezés kiindulási pontja is törvényszerűen valami konkrét -tehát írott- szabály, amittől aztán fokozatosan távolodva jut a bíró eredményre. Ugyanígy van a precedensekkel is, bár a kialakult bírói gyakorlatra utalás -mint speciális precedens- kivételt jelent.

A következőkben már leginkább olyan vizsgálati szempontok szerint kerül elemzésre a felsőbbbírósági jogértelmezés, melyek jogforrás fogalma eltávolodik a jog anyagi jogi szemléletétől és felveszi a "gnoszeológiai" értelmezés jellemzőit. Ez azt jelenti, hogy a jog írott, tárgyi megnyilvánulása már nem domináns az értelmezési folyamatban, helyét átveszi annak formális, alanyi oldala. A vizsgálat középpontjába érvényességének és kötelező erejének forrása, oka kerül. Ilyen források az általános (jog)elvek, az alkotmányos alapjogok, a morális, etikai

⁸ Például az USA-ban a Szentháromság egyház ügyében hozott legfelsőbb bírósági döntés igen tág, társadalomtudományi kontextusba ágyazódva született meg.

értékek, az adott jogszabállyal megvalósítani kívánt össztársadalmi cél, de akár a jogalkotó egyedi célja, akarata is. A munkajogban a következőképpen jelennek meg ezek:

8. Jogelvek alapján értelmezés:

A jogelvek az egyes jogágak rendszeréből, koherens fogalmi készletéből letisztult és rögzült szabályok általános megfogalmazásai. Az egyes jogágak jogforrásainak azon axiomákká szilárdult komponenseit, szabályait jelentik meg, melyekről egységes a jogászság álláspontja.

Így az elvek a jogágak eddig kialakult rendszerének külső romboló hatásokkal szembeni védelmezői és a precíz jogalkalmazás elősegítői. Védelmező a tekintetben, hogy a jogintézményeket megszüntetni, átalakítani, esetleg újakat beiktatni célzó de lege ferenda javaslatok csak az általános jogelvekkel összhangban lévőek, az azokban megfogalmazott követelményeket kielégítők lehetnek. A jogelv jogalkalmazást segítő abban a tekintetben, hogy keretet ad más értelmezési módszerekhez, kijelöli annak elméleti határait, és így az ítélkezést is kiszámíthatóbbá teszi. Erre a védelmező és segítő funkciójára példa a következő határozat: *A Polgári Törvénykönyv meghatározott rendelkezése a joghasonlóság elve alapján akkor alkalmazható, ha a Munka Törvénykönyve az adott kérdésben nem tartalmaz tételes szabályt, és a polgári jogi szabály alkalmazása nem vezet a munkaviszonyra vonatkozó elvekkel ellentétes eredményre.* (BH1998. 506.)

A jogelvek figyelembevételével történő jogértelmezés a munkajogi vitákat eldöntő ítéletekhez vezető gyakori módszer. Az esetek közel 8-10%-ában jelenik meg. A legtöbb jogelvi hivatkozás a rendeltetésszerű joggyakorlás elvére hivatkozik.

A rendeltetésszerű joggyakorlással ellenkezik, ha a munkáltató a közalkalmazottal szemben akkor érvényesíti a fegyelmi jogkörét, amikor tudomást szerez annak közérdekű bejelentéséről. (BH1996. 345.)

A rendeltetésszerű joggyakorlás elve még akkor is megköveteli, ha a kollektív szerződés erre nézve nem rendelkezik. (BH1999. 275.)

Gyakran fogalmazódik meg a szabad bizonyítás elve is. *A bíróság a perben a szabad bizonyítás elve alapján a büntető ügyben feltárt bizonyítékokat - ennek keretében a felperesek által tett vallomásokat is - a tárgyaláson történt ismertetést követően a perbeli bizonyítékok körében mérlegelheti.* (BH1999. 140.)

Bár a jogelvek mindenkor kiindulópontként kell hogy szolgáljanak a bíró számára, mégsem alkalmazhatók korlátlanul. A szabad bizonyítás a munkajogban ilyen korlátozottan érvényesülő elv: *A bíróságnak az igazság kiderítését célzó kötelezettsége [Pp. 3. §-ának (1) bekezdés] nem jelenti azt, hogy korlátozás nélkül, más jogszabályok rendelkezéseit figyelmen kívül hagyva, bármilyen bizonyítást elrendelhetne, illetőleg bármilyen bizonyítási eszközt felhasználhatna. A szabad bizonyítás elvét [Pp. 6. § (1) bekezdése] sem lehet akként értelmezni, hogy a felek minden korlátozás nélkül, bármilyen eredetű és tartalmú eszközt felhasználhatnak az igényük érvényesítése érdekében.* (BH1997. 54.)

Sok más elv mellett a "káron szerzés tilalma" is szerepet kapott egy esetben. Egy kártérítésként megállapított jövedelempótló járadék kapcsán leszögezte az LB ítélkező tanácsa, hogy az -adómentes- társadalombiztosítási ellátást is úgy kell meghatározni, mintha személyi-jövedelemadó terhelné (bruttósítani kell). Így érhető el az a jogelvként megfogalmazódott követelmény, hogy a károsult a törvény helyes alkalmazásával ne jusson a kárát meghaladó kártérítéshez. (BH1997. 555.) (IURE NATURAE AEQUUM EST NEMINEM CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI LOCUPLETIOREM. Természet jogánál fogva méltányos, hogy más kárán és jogtalanul senki se gazdagodhassék.)

"Minden cselekményt az elkövetéskor hatályos jogszabály alapján kell megítélni" elve.

A jelenleg hatályos Munka Törvénykönyve (az 1992. évi XXII. tv.) 205. §-ának (1) bekezdése szerint a törvény hatálybalépése előtt létesített munkaviszonyból származó igényre az igény keletkezésekor hatályos jog az (...) irányadó. (BH1997. 503.)

A jogi normák, jogforrások egymáshoz való viszonyát szabályozzák az alábbi elvek:

1. Lex specialis derogat legi generalis: A speciális szabály lerontja az általánosat. *A perben a felperesre irányadó kivételes szabályt kellett értelmezni* (BH1999. 330.)

2. Lex posterior derogat legi priori: A később alkotott jogszabály lerontja a korábbi. Ez a leggyakoribb munkajogban alkalmazott jogelv, mely többnyire az 1992. előtti és az azutáni Mt. alkalmazásával kapcsolatos dilemmákban jelenik meg.

Az új Munka Törvénykönyve - a korábbi szabályozástól eltérően - a foglalkozási megbetegedések mellett az egyéb megbetegedések miatt keletkezett kárra is kiterjesztette a munkáltató objektív felelősségét, ha az a munkavállaló munkaviszonyával összefüggésben keletkezett. (BH1998. 612.)

A lejárt kollektív szerződés mindaddig hatályban marad, amíg nem módosítják. Nem állhat fenn "ex lex" állapot. *Amennyiben a munkáltató a végkielégítést a munkavállalókra a törvényesnél kedvezőbb módon rendező kollektív megállapodást az érvénye lejártát követően is alkalmazza, és annak módosítása csak későbbi időpontban történik meg, a korábbi kollektív szerződés előírásai a módosítás időpontjáig kötik a munkáltatót.* (BH1998. 97.)

...felmondás hiányában az új kollektív szerződés hatálybalépésével (a korábbi kollektív szerződés) hatályát veszti. (BH1998. 148.)

3. Lex superior derogat legi inferiori: A magasabb szintű jogforrás lerontja az alacsonyabb szintűt. Ebből logikailag következik, hogy az alacsonyabb szintű nem ronthatja le a magasabb szintűt: *A Legfelsőbb Bíróság a 150/1992. (XI. 20.) Korm. rendelet téves értelmezésére vonatkozó felülvizsgálati érvelést sem találta helytállónak. Az ítéletek ugyanis nem tartalmaznak olyan téves jogszabály-értelmezést, hogy a hivatkozott rendelet felmentést adna a Kjt. 21. §-ának (2) bekezdésében meghatározott feltételek alól.* (BH1997. 101.)

...amennyiben a munkahelyi szabályzat a megsértésének következményeként a teljes anyagi felelősséget előírta volna, ez önmagában akkor sem képezhetné a felperes teljes anyagi felelősségének alapját. Annak feltételeit ugyanis az Mt. határozta és határozza meg, függetlenül a különféle munkáltatói szabályzatok rendelkezéseitől. (BH1997. 259.)

A "lex superior derogat legi inferiori" elve érvényesül minden olyan esetben is, mikor a kollektív szerződés nem, vagy az Mt. normáival ellentétes módon szabályoz. *A másodfokú bíróság tévesen tulajdonított kiemelt jelentőséget a felperes munkaviszonyának megszüntetésével kapcsolatban az alperes kollektív szerződésében az egyes munkakörök besorolására vonatkozó rendelkezéseknek, mert az abban foglalt végzettségi, szakképzettségi kívánalom nem érvényességi feltétele a munkaviszony létesítésének, mert ilyen feltételt csak jogszabály határozhat meg.* (BH1998. 555.)

A jogelvek tehát szoros kapcsolatot mutatnak a már említett jogdogmatikával, hiszen végső soron a fogalmi rendszerből "lecsapódott" absztrakt elvekről van szó. A mára koherens doktrinális-dogmatikai rendszerrel rendelkezőnek nevezhető munkajogban -így érthető módon- a jogelvek is szerepet kapnak.

9. Alkotmányos alapjogok szerinti értelmezés:

Az 1989-es fordulattól kezdődően, a politikai-társadalmi rendszerváltás során a demokrácia és a jogállamiság alapvető értéként jelent meg az elérendő célok között. Ezek az értékek többek között egy alkotmányos berendezkedést feltételeznek, melynek keretein belül az alkotmányos alapjogok domináns szerepet kapnak. Ezen -leggyakrabban alaptörvényben rögzített- jogok védelme minden magát demokratikus jogállamnak tartó állam evidens feladata.

Hazánk is azzal, hogy az Alkotmányban rögzíti ezeket a jogokat, és hogy ezek az Alkotmánybíróság által a gyakorlatban érvényesül(het)nek is, egyértelműen elkötelezte magát a nyugati típusú demokratikus berendezkedés irányába.

A munkajogi ítélezés vizsgálata azonban rávilágít arra, hogy az alapjogok mindennapi érvényesülése nem állapítható meg egyértelműen -illetve nem jelenik meg azonos súllyal- a jogi szféra intézményrendszerének minden ágában. Az Alkotmánybíróság központi szerepet tölt be az alapjogok védelmében és így az érvényesülésükben azzal, hogy -az Európában egyedülállóan széles hatáskör által- a jogalkotás szinte minden fázisában alkotmányossági felülvizsgálatot végezhet, melyet tovább erősít a potenciális indítványozók széles köre is. Az ilyen keretek között megalkotott jogszabályok eleve tekintettel vannak az alkotmányos alapjogokra, vagy mert az előkészítő munka során különös figyelmet fordítottak erre, vagy mert az alkotmányellenes jogszabályt az AB a normakontroll során megsemmisítette. Így tehát megállapítható, hogy a jogalkotás mindennapi folyamatában szükségszerűen tekintettel vannak az alapjogokra.

Más a helyzet a jogalkalmazás -mint a jogi szféra másik oldala- tekintetében. A munkajogi ítélezés vizsgálatából kiderül, hogy az alkotmányos alapjogok fényében történő döntéshozatal csak igen korlátozottan van jelen a gyakorlatban. A napi döntéseket hozó bírók elsődleges célja az adott probléma jogszabály előírásainak megfelelő és méltányos megoldása. Az elvontabb problémák ehhez képest másodlagos helyzetben vannak. Ez a célorientált attitűd már az egyetemi képzés során kialakul, amit a napi gyakorlat, a folyamatban levő ügyek nagy száma tovább erősít.

Az alkotmányos alapjogokhoz való viszonyt két szempontból lehet vizsgálni és elemezni: Az egyik, hogy az ítéletekben milyen gyakorisággal fedezhető fel AB határozatra -esetleg közvetlenül alapjogra- hivatkozás, a másik, hogy milyen gyakran fordul rendes bíró alkotmányossági aggálllyal az AB-hez.

(1) Valamely, Alkotmányban rögzített alapjogon alapuló bírói argumentációra, közvetlen hivatkozásra a már jelzett időintervallumban a munkajog területén nincs példa. Meg kell jegyezni, hogy a rendszerváltás utáni magyar igazságszolgáltatás történetében is csak néhány kivételes és rendkívül vitatott bírói döntés alapult közvetlenül az Alkotmány szövegpontos értelmezésén. Egy ilyen elhíresült eset a dávodi kislány terhességmegszakítási ügye, ahol a Bajai Városi Bíróság egyik bírójának közvetlenül alkalmazhatónak ítélte az alaptörvény rendelkezéseit. Másik -munkajogi szempontból is említést érdemlő- eset a Monori Városi Bíróság személyhez fűződő jogok megsértése iránt indított perben hozott elsőfokú ítélete volt. Eszerint az, hogy egy álláshirdetésben nők számára is ellátható munka csak férfiak részére volt meghirdetve, sértette a hátrányos megkülönböztetés tilalmára vonatkozó alkotmányos -és polgári- jogokat.

Ha közvetlenül nem is, de közvetett módon azonban megjelennek az alkotmányos alapjogok a felsőbb bírósági ítélezésben, mégpedig az AB határozatokra hivatkozó BH-kban. A vizsgált időszakban hét esetben. Ezek az idézések is csak egy-két határozatra szorítkoznak. (lásd Precedens címszó alatt) Leggyakoribb előfordulásai a

személyiségi jogi és a nem vagyoni károkkal kapcsolatos kérdésekben. Pl.: AB határozat megidézése: *A pénzbeli kártérítésnek a nem vagyoni károknál az a funkciója, hogy az elszenvedett sérelem hozzávetőleges kiegyensúlyozásáról olyan vagyoni szolgáltatás nyújtásával gondoskodik, amely az elszenvedett sérelemért körülbelül egyenértékű, más nemű előnyt nyújt [34/1992. (VI. 1.) AB hat., Indokolás III/2. pont].* (BH1999. 273.) Kuriózusként említhető az a BH, melyben nemcsak egy AB határozat lett megidézve, hanem maga az alkotmányos alapjog is kimondásra került: *Megjegyzi a Legfelsőbb Bíróság, hogy a szakszervezeti képviseletnek kizárólag a meghatalmazásra vonatkozó módja hatályos. Az enélkül gyakorolt képviseleti jog ugyanis sértheti a munkavállaló rendelkezési jogát, ami szerves része az emberi méltósághoz való jognak [8/1990. (IV. 23.) AB határozat].* (BH1997. 215.)

Az Alkotmányra és az AB határozatokra hivatkozás ritkaságának egyik lehetséges oka, hogy a munkajog területén is él az a tradicionális szemlélet, mely szerint a jogalkalmazó egy adott jogi norma értelmét alapvetően a szöveghez kötött, a szabálypontos előírásokból kiinduló értelmezéssel nyeri. Eszerint a jogszabály szövege nagyrésztben, vagy teljes egészében tartalmazza az adekvát értelmezés feltételeit, a bíró feladata "csak ráatalálni" ezekre. Nincs lehetőség -és talán igény sem- más szempontok beemelésére, amiből következően az alkotmányos kontextus is mellőzésre kerül. Ezt tovább erősíti az a tény, hogy az alkotmányos szabályok még a jogalkalmazás előtt, a törvényhozás munkájában érvényesülnek, mert a jogalkotó tartva egy adott jogszabály alkotmányossági felülvizsgálatától -és esetleges megsemmisítésétől- már a tervezés során próbál az ilyen jellegű követelményeknek eleget tenni. Így tehát az alapjogokat a megszülető törvények ab ovo magukban hordozzák. Ebből -logikailag- következhet, hogy a szöveghez tapadó bírói jogértelmezés egyben "alkotmánykonform" értelmezést is jelent. Hiszen ha minden jogszabály-tervezet átment az "alkotmányosság szűrőjén", nincs szükség az ítékezés során ilyen szempontok érvényesítésére. Ez egyfajta magyarázat lehet arra, hogy miért nem érvényesülnek közvetlen és hogyan jelennek meg közvetett módon az alkotmányos értékek.

Az alkotmányos alapjogok és a kollektív szerződés viszonyát jellemzi a következő BH, melyben az előbbiek felsőbbrendűsége kerül deklarálásra. A kollektív szerződés kötelezettségszegés esetén az Mt. előírásain túl más hátrányt is meghatározhat bizonyos alkotmányos alapjogok tiszteletben tartásával. Az Mt. rendelkezése szerint *a munkaviszonyból származó kötelezettségeknek a munkavállaló által történt vétkes megszegése esetére a kollektív szerződés (...) egyéb jogkövetkezményeket is megállapíthat, ezek a munkaviszonyhoz kötődő hátrányok azonban nem sérthetik a munkavállaló személyiségi jogait és emberi méltóságát.* (BH1996. 668.)

Az alkotmányos alapjogok napi gyakorlatban mutatkozó háttérbeszorultságának ellentmond az ítélező bíró számára mindenkor kötelező lex superior derogat legi inferiori elve, mely szerint az Alkotmány mint magasabb szintű jogforrás (elvileg) lerontó erővel rendelkezik minden nála alacsonyabb szintű, vele kollízióban lévő jogi normával szemben. Ebből az elvből kiindulva a bíró (ismét csak elvileg) figyelmen kívül hagyhatná az alkotmányellenes jogszabályt, ami azonban egy újabb konfliktust teremthet. Az Alkotmány napi gyakorlatban való alkalmazását kritizálók szerint a rendes bírónak valóban az alaptörvény mindenkor szem előtt tartásával kell a jogot alkalmazni, de ez nem jelenti azt, hogy alkotmányos aggály esetén felülvizsgálatot is végezhet, vagyis nem tekinthet el az alkotmányellenesnek vélt jogszabály alkalmazásától. Erre az esetre külön szabályozás létezik, mely vizsgálata átvezet a következő szempontú elemzéshez

Az AB és a rendes bíróságok kapcsolata az alkotmányos alapjogok fényében való értelmezés kapcsán:

(2) Az a tény, hogy a bíró az ítékezés során tekintettel van az Alkotmány, mint "legfőbb törvény" rendelkezéseire, nem jelenti azt, hogy az értelmezésen túl alkotmányossági felülvizsgálatot is végezhet, illetve hogy ennek eredményeként az Alkotmánnyal kollízióban lévő jogszabály figyelmen kívül hagyását szabadon érvényesítheti. Ugyanis az Alkotmánybíróságról szóló törvény szabályozza azokat az eseteket, amikor a bíró alkotmányellenességet észlel. Eszerint -az eljárás felfüggesztése mellett- az Alkotmánybíróság vizsgálatát kezdeményez(het)i, *ha az előtte folyamatban levő ügy elbírálása során olyan jogszabályt vagy állami irányítás egyéb jogi eszközét kell alkalmazni, amelynek alkotmányellenességét észleli.* (Abtv. 38.§ (1) bek.)

Az AB közel tíz éves statisztikája (lásd melléklet) alapján elmondható, hogy a munkaügyi kérdésekkel kapcsolatos alkotmányellenességet megjelölő indítványok elhanyagolható számúak. Az évi 1000-1500 beadványból átlagosan mindössze 20-25 a rendes bírói. A Legfelsőbb Bíróság az AB tíz éves fennállása alatt összesen 12 indítványt nyújtott be. Munkaügyi kérdéssel pedig mindössze 2 db foglalkozott.

Mi az oka a felsőbbbírósági ítélekezésben az alkotmányos alapjogok figyelembe vételével történő értelmezés és az ebből kifolyólag alkotmányossági felülvizsgálatot célzó indítványok hiányának? Ez rendkívül összetett kérdés, melyben maga a bírói kar is megosztott. A jogértelmezés témaköréhez kapcsolódóan az alábbi okok említhetők:

A napi gyakorlatban a bíró elsődleges célja a döntés. Így minden más körülmény ennek van alárendelve. A döntések során általában nem egy adott jogszabály esetlegesen alkotmányba ütköző volta jelenti az alkotmányellenességet, hanem gyakoribb két -önmagában alkotmányos- jogszabály kollíziója, és az ezek alapján meghozandó döntés alkotmányellenességének veszélye. Ennek elkerülése érdekében a kollízió gyors és a napi

gyakorlat számára megfelelő feloldása a legkézenfekvőbb megoldás a bíró számára, nem pedig a normakontrollra irányuló indítvány. Ilyenkor inkább a bírósági hierarchia felsőbb fórumaitól vár megoldást a helyzetre, például jogegységi határozat hozatalát kezdeményezi. Enyhébb esetben a bírók közötti információáramlással -amit nevezhetünk szerencselemnek- több kétséges dolgot is meg tud itélni AB döntés nélkül.

További, ám igen vitatott okként nevezhető meg, hogy: (1) Nem ismerik fel az alkotmányellenesség tényét. (2) A betérjesztő bíró számára kompromittáló lehet, ha az indítványban megjelölt jogszabály -a gyanújától eltérően- mégsem alkotmányellenes. (3) A rendes bírók nem érzik magukénak az alkotmánybírók gondolatmenetét. Gyakran hangoztatott véleményük, hogy az alkotmánybírókból hiányzik a gyakorlatias szemléletmód. (Ez látszott a bankkártyára utalt fizetés alkotmányellenességének vizsgálata kapcsán is.) (4) A rendes bírók féltik a bírói függetlenséget. A bírósági szervezetrendszeren belül ugyanis a direkt utasítás mellett erősen él a demokratikusság elve. Ez az elv nyilvánul meg a tásasbíráskodás intézményében, a testületi döntéshozatalban, a kollégiumi ülésekben. Ezekben minden bíró elmondhatja a véleményét, és együtt hozzák meg a döntést.

10. Jog mögötti etikai értékek szerinti értelmezés:

Az etikai szempontok beemelése a jogalkalmazó részéről azt a veszélyt rejti magában, hogy az elvont értékek és elvek a jog koherens fogalmi-jogintézményi rendszerét leronthatják. A strukturalista-funkcionalista elmélet keretein belül ezt a helyzetet mint a jog rendszerszerűségét biztosító jogos-jogtalan értékuál relativizálódását írhatjuk le, melynek oka, hogy az etikai szempontok érvényesülésével beemelődik olyan, a jog rendszerében nehezen értelmezhető szempont, mint például az igazságosság. Ez pedig az objektív ítélkezést gyengítő morális-filozófiai viták forrása lehet. Az etikai értékek fényében való jogértelmezés szoros kapcsolatban van az AB határozatokkal, hiszen az Alkotmányban rögzített és az alkotmánybíráskodás által jogivá formált morális elvek, értékek ezekben a határozatokban nyernek igazi normatív erőt. Még nagyobb ezen tényezők befolyása a rendes bírói ítélkezésre, ha az alkotmánybírók aktivista szerepfelfogást képviselnek, hiszen így a morálisan már eleve dús alapjogok mellett az azokból igazságérzetük alapján -önkéntesen- levezetett értékeket és elveket is preferálják és megjelenítik a döntéseikben. Ez pedig az AB határozatok erga omnes hatálya miatt hatással van a rendes bíróságok törvénykezésre is.

A munkaügyi jogalkalmazásban a szöveghez kötött jogértelmezés a domináns, így az attól elszakadó etikai alapú értelmezés nem jellemző, az a döntések kis részében lelhető fel. Morális töltetű érvelés szinte csak az AB határozatokon keresztül jelenik meg. Ilyen, AB határozatot említő BH-ból részlet a következő: *...a felperesnek -különösen mint nőnek - a kezén jelentkező károsodás, elváltozás a megbetegedéstől számított hosszú évek múlva is olyan pszichés terhet jelent a kéz használhatóságának látványos csökkenésén túl, ami indokolttá teszi a megállapított nem vagyoni kártérítést.* (BH1999. 273.)

Egy másik BH az általános társadalmi etika védelmében lép fel: *A végkielégítés intézménye egyfajta kárpótlást kíván azoknak biztosítani, akiknek a foglalkoztatási viszonya meghatározott, általában rajtuk kívül álló okból szűnik meg az adott munkáltatónál. Ez az elv szenvedne csorbát, ha az 1990. évi választással polgármesteri tisztséget elnyerő személyek akkor is jogosultak lennének végkielégítésként hathavi alaplábérükre, ha 1994-ben újraválasztják őket, tehát a foglalkoztatási viszonyuk változatlanul fennáll.* (BH1997.155.)

11. A jogalkotó akaratát szem előtt tartó értelmezés:

A jogalkotó akaratának szerinti -másképpen történeti értelmezés (Interpretatio Historica)- sohasem egy ab ovo akaratot, hanem a jogalkotó társadalmi, gazdasági, de legfőképpen politikai kényszerek, egyezségek által kiformált időleges szándékát emeli a vizsgálat középpontjába. Politikai környezettől független törvényhozói akarat nem létezik, az mindig diffúz érdekek egyeztetésének, a politika szereplői által képviselt alternatívák szintetizálásának eredménye. Így az idő-tényező, tehát a politikai-hatalmi konstrukciók (gyakori) változása fontos szerephez jut. Alapvetően kétféle felfogásban közelíthető meg a bíró számára a törvényhozói akarat. 1. A jogszabály megszületésének és az alkalmazásának társadalmi viszonyrendszer közötti eltérés figyelmen kívül hagyása, az akkori akarat mereven alkalmazása a későbbi helyzetre is. 2. A jogszabály megszületése óta eltelt időben végbement társadalmi változásokhoz alkalmazkodó értelmezés. E rugalmas módszer a gyakorlatban azt jelenti, hogy a bíró arra is tekintettel van, hogy a megváltozott körülmények miatt a jogalkotó a döntés időpontjában hogyan szabályozná ugyannazt a viszonyt.

Mivel az előbbi értelmezési út a merevsége miatt, az utóbbi pedig az "aktivizmusa" miatt nagyon könnyen rossz eredményre vezethet, csak a döntés időpontjához képest nemrég alkotott jogszabályok kapcsán megengedett a jogalkotói akarat figyelembe vétele az értelmezés során, hiszen az írott norma megszületése óta valószínűleg nem következett be jelentős változás a politikai viszonyokban és a társadalmi struktúrában.

A jogalkotó akaratának összetett dolog: Jelenti a kényszert, szükségletet, mely a jogszabály létrehozására sarkallta, és jelenti azt a célt, amit a megalkotott törvénnyel elérni kívánt. A szükséglet és az ezt megjelenítő törvényhozó akarat vizsgálható: (1) A régi, hatályon kívül helyezett jogszabály újjal, illetve módosítottal történő összevetése által. Például az 1992 előtti Mt. és az új Mt. rendelkezéseinek összehasonlításával. (2) A törvényhozói akarat leszűrhető a jogszabályokat előkészítő anyagok tanulmányozásával is. Ezek az anyagok lehetnek: jogszabálytervezetek, szöveg módosítások, parlamenti viták, szakmai viták, médiában megjelenő publikációk, vélemények, és tág

értelemben az adott kérdés körül kialakult társadalmi párbeszéd. A vizsgált időszak munkajogi BH-iban nincs erre utaló példa. A jogalkotó akaratára utaló munkajogi ítéletek elhanyagolható számúak.

A jogalkotó elhatározása szerint a felsőoktatásban az oktatóknak illetménypótlékra alanyi joguk van. (BH1999. 39.)

A munkakör ellátásához szükséges iskolai végzettséggel kapcsolatos ügy: *A Legfelsőbb Bíróság e kérdésben már több, azonos tárgyú eseti döntésében kifejtette a jogi álláspontját és a jogszabály jogalkotói szándékának megfelelő, helytálló értelmezését.* (BH1998. 359.)

12. A jogszabály célját szem előtt tartó értelmezés:

A jogszabály teleológiai értelmezése a történeti elemzésnek az a formája, mikor a vizsgálat leszűkül a jogszabály funkcionális elemzésére. A jogalkotó és a törvényhozást befolyásoló egyéb politikai aktorok szándéka másodlagossá válik, helyét -rendszerint a preambulumban megfogalmazott- össztársadalmi cél veszi át. Mivel ez a cél az idő múlásával lassabban változik, mint a jogalkotó (politikai) akarat, a bírói értelmezés is adekvátabb lehet. Kisebbség a veszélye annak, hogy a megfogalmazott cél transzformálása az alkalmazás időpontjára, hibás értelmezéshez vezet.

A munkajog területéről jogszabályban megfogalmazott célra példa az Mt. azon rendelkezése, mely szerint csoportos létszámleépítés esetén az illetékes munkaügyi központot értesíteni kell. A munkáltatóra nézve kötelező szabály célja a munkanélküliség megelőzése, illetve hatékony kezelése. (lásd OTP-ügy)

Jogszabály célja szerinti értelmezés tükröződik a következő BH állásfoglalásban: *Nem vitás, hogy az Mt. 46. §-ának rendelkezései a tanácstaggá választhatóság feltételeinek meghatározásával ki akarják zárni az olyan személy megválasztását, ezáltal üzemi tanácstaggá válását, aki életkoránál fogva, a munkáltatónál eltöltött munkaviszonyának rövid tartalma miatt vagy a munkáltatói jogkör gyakorlásában, illetőleg a választások lebonyolításában játszott szerepe miatt előreláthatóan vagy nem lenne alkalmas a tisztség ellátására, vagy az a helyzetével összeférhetetlen lenne.* (BH1997.211.)

Az ítélet által a peres felek viszonyiban bekövetkező változást is mérlegelő "következésményen orientálódó jogértelmezésre" példa a következő eset. Az üzemi tanács választások kapcsán megállapítja a bíróság, hogy hibás az az értelmezés, mely szerint *munkáltatón nem az adott részleget, hanem a munkáltató egészét kellene érteni abban az esetben is, ha a munkáltatónál több üzemi tanács.* Ez a választhatóságra és a választójogra nézve azzal a következménnyel járna, hogy *a munkáltató bármelyik munkavállalója a munkáltatónál működő bármelyik üzemi tanács tagjává megválasztható lenne, illetőleg mindenütt választhatna.* Mivel ez nyilvánvalóan követhetlenné tenné a választásokat és ellentmondana a participáció céljának, a döntésekben való munkavállalói részvétel -tehát a jogszabály célja is- súlyosan sérülne. (BH1997. 154.)

A munkaügyi jogalkalmazás jellemzői:

A Pp. 270. §-ának (1) bekezdése szerint jogerős ítélet felülvizsgálatát a Legfelsőbb Bíróságtól jogszabálysértésre hivatkozva lehet kérni. A tényállás módosítására, bizonyítási eljárásra már nincs mód, csak az alsóbb szinten eljáró bíróságok törvénysértő jogszabály-értelmezésének felülvizsgálatára. Ez az eljárásjogi szabály -elvileg- lehetőséget teremt arra, hogy az LB absztraktabb szinten gondolkodjon és elvibb, a későbbi hasonló döntésekhez etalont nyújtó módon döntsön.

Általánosságban elmondható, hogy a bírók jogszabályhoz fűződő viszonyát alapvetően a szöveghez kötöttség jellemzi, mely a gyakorlatban gyakran a törvényszöveg szó szerinti dedukálását jelenti a tényállásokra. A grammatikai értelmezés a legfontosabb és a legtöbbször alkalmazott értelmezési módszer, mely során a szavakat gyakran kitágított értelemben használják.

Azonban a szavak, mondatok konkrét ügyekben való jelentése tisztán nyelvtani értelmezéssel csak ritkán határozható meg, általában szükséges egy átfogóbb rendszertani keretbe foglalása. Az értelmezési módok közötti elméleti különbségtétel, elhatárolás nem alkalmazható empirikus szinten is. Ugyanis ritka valamelyik elméleti értelmezési módszer pontos leképeződése a gyakorlati jogalkalmazásra is; az eddig említett módszerek együttes alkalmazása jellemző.

Hasonlóan a büntető- és polgári joghoz a nyelvtani értelmezés a munkajogban is gyakran kontextuális, logikai, vagy jogdogmatikai-jogintézményi értelmezéssel együtt kerül komplex alkalmazásra. Pontatlan megfogalmazás vagy joghézag esetén sem terjeszkedik az értelmezés a rendszertani határokon túlra. A grammatikától és jogdogmatikától eltávolodó alapjogi, absztrakt jogelvi tartalommal való felruházás ritkának mondható.

A munkajog polgári és büntetőjoggal történő komparatív vizsgálata is megmutatja a mérsékelt, szövegkötött értelmezés okát: Míg a polgári jogi jogviszonyok alapját a felek közötti szerződés adja, addig a munkajog - a szerződéseken túl - jogszabályok (pl.: Kjt., Ktv.) által is szabályozott jogterület. Az Mt. keretfeltételeket biztosít, melyeket a felek által megkötött munkaszerződés, kollektív szerződés tölt ki tartalommal. Ilyen szempontból tehát a munkajog (és a bírói jogértelmezés is) a polgári jognál szorosabban kötődik a keretet alkotó jogszabályok szövegéhez.

Másik oldalról azonban relatíve nagyobb elszakadás mutatható ki a jogszabály szövegétől a büntetőjoghoz képest. A büntetőjogtól, mint jogszabályok által szigorúan körülhatárolt, szankciókra épülő jogágtól a munkajog abban különbözik, hogy a sokféle élethelyzet (munkaviszony) nem igényel állami repressziót, így nem is kényszerítendő írott jogi normákba. Tehát a bírónak nagyobb szabadsága van a szöveg értelmezése és alkalmazása terén. Mindezekre tekintettel egy jogdogmatikával megtámogatott, kontextuális és joglogikai szempontokat is érvényesítő, mérsékelt szövegtől való értelmezés valósul meg.

A munkaügyi felsőbb bírósági ítéletekben egyértelműen kimutatható a precedensek egyre növekvő jelentősége. A kilencvenes évek második felétől a bírósági hierarchiában kötelező a jogegységre való törekvés, melynek egyik módja a kötelező erejű jogegységi határozat intézménye. Ezt egészítik ki a BH-k, döntvénytárak, kommentárok, melyek nem kötelező erejűek, de a gyakorlatban látens módon kötelezően követendő szokásjogi normává váltak. A történelmi szándék ugyanis az, hogy a polgári kor bevett, -kommunizmus előtti- jogintézményei visszaállításra kerüljenek, és a jogszolgáltatás egysége ezek által valósuljon meg. A jogi szféra jogegységre való törekvését az AB már az 57/1991. határozatában elismerte, mely szerint az egységes joggyakorlat kialakításában és a jogértelmezésben az LB-nek van kizárólagos szerepe.

A mindenkori Mt. kialakításánál fontos szempont, hogy a törvény ne legyen túlságosan részletező, a munkajog rendszere ne merevedjen le. Ennek érdekében -szándékosan- nincs minden életviszony szabályozva a törvényben, tehát a precedenseken keresztül az élet (bíró) is alakítja ezen jogágot.

A precedensek típusukat tekintve értelmező precedenseknek nevezhetők, melyek a jogszabályok pontosításával a bírók mérlegelési szabadságát korlátozzák. A bírói szabad jogtalálás nem megengedett, és a munkajogban ítélező felsőbb bírókra nem is jellemző attitűd.

A munkajog védelmi funkciót tölt be; az ítékezés elsődlegesen a munkavállalók érdekeit tartja szem előtt. Ez azért van így, mert a jogszabály feltételezi, hogy a munkaadó önként vállalta a munkáltatói szerepet szemben a munkavállalóval, aki lehet hogy csak kényszerűségből dolgozik egy adott munkaadónál, továbbá mert ő rendelkezik a célok megvalósításához szükséges eszközökkel és forrásokkal. A jogalkalmazó számára a jogszabályok és más normák (kollektív szerződés) alapján megvalósuló igazságos és méltányos ítékezés a legfontosabb. Az ítékezés tárgyai lehetnek olyan viszonyok melyek (1) kizárólag kollektív szerződésben, (2) kollektív szerződésben vagy munkajogi tárgyú jogszabályban, valamint (3) kollektív szerződésben vagy munkaszerződés által szabályozhatók. Ezekon túlmenően vannak olyan helyzetek, mikor (4) kollektív szerződés léte, vagy eltérő rendelkezése hiányában a munkáltatót illeti a döntés joga. Ha a kollektív szerződés a munkaviszonyban álló felek közötti viszonyt az Mt. előírásain belül precízen és részletesen szabályozza, az ítélező bíró számára elsődleges támpontot ad a döntéshez, így segíti a törvénykezést. Azonban gyakran a diszfunkciói is felszínre kerülnek; sokszor a nem megfelelő, pontatlan fogalmazásuk nehezíti a döntéshozatalt. Gyakori, hogy a vállalat vezetése és szakszervezete(i) közötti megegyezés alapján a kollektív szerződésben olyan rövid távú érdekeket rögzítenek, melyek hosszú távon nem működnek, és a helyi alku határait túllépve munkaügyi bíróság elé juttatják az ügyet. További probléma, hogy a nyomás alatt álló fél kényszerűségből olyan szabályozási feltételeket fogad el, melyek később újabb munkaügyi konfliktusok forrásává válhat.⁹ A vizsgált BH-k alapján megállapítható, hogy az LB a kollektív szerződésekkel kapcsolatos jogvitákban mérsékelt beavatkozást tanúsít, leggyakrabban szöveghez kötött értelmezéssel jut el a döntésig. A kollektív szerződésekkel kapcsolatban érzékelhető mérsékelt bírói szerepfelfogást erősíti az a tény is, hogy az Mt. ezen kérdéskört taglaló törvényhelyeihez (a munkaügyi kapcsolatokat rendező szabályokhoz) ritka a kapcsolódó MK állásfoglalás.

Az absztrakt morális elvek, alkotmányos értékek, a jogalkotó akarata és a jogszabály célja a felsőbb bírósági jogértelmezésben nem tölt be fontos szerepet. Bár a jogszabályok előkészítő anyagait az illetékes minisztérium megküldi az LB-nek, a napi döntéseket mégsem befolyásolja. A bírók gondolkodására a kommentárok nagyobb befolyással bírnak. A Legfelsőbb Bíróságon folytatott beszélgetésekből és a tárgyalásokon hozott ítéletek indokolásaiból megállapítható, hogy a bírói kar nem egységesen vallja azt a nézetet, mely szerint ítéleteikkel az általános jogi kultúrát is alakítják, későbbi döntésekhez adnak alapot, és emiatt szükséges lenne egy elvontabb, az előbbi értékeket is megjelenítő értelmezésmód kialakítása. Az LB munkajogi bírói inkább fellebbezési fórumként deklarálják magukat, mint elvi döntéseket hozó szervnek, a munkaügyi bírók egy része feladatát (mindössze) a konkrét ügyben való döntésben látja, egyszóval az "aktivista" precedens-alkotó és jogkultúrát alakító szerepfelfogás nem domináns.

A magyar munkaügyi felsőbb bírósági ítéletekre a "zárt" jogértelmezés jellemző, vagyis a tételes jog értelmezése nem haladja meg annak jelentéstartalmát, nem "szűkíti vagy bővíti a jog hatóköre alá tartozó viszonyok terjedelmét". A jogszabály másodlagos értelme nem kap hangsúlyos szerepet az értelmezésben. Így a mérsékelt jogértelmezés által tulajdonképpen a kiszámíthatóság és a jogbiztonság valósul meg.

⁹ Ennek tipikus példái a MÁV vezetése és az érdekképviseletek közötti megállapodások.

Felhasznált irodalom

Kerszöv Complex CD-jogtár

Bíró Endre: Mozgástér a munkajogban 1996.

Csécsey György-Csécsey Andrea: Jogalkalmazási módszerek és jogelvek a gyakorlati jogalkalmazásban In: Prugberger Tamás - Szabadsfalvi József - Fodor László (szerk.): Sectio Juridica et Politica 1999.

Halmi Gábor: Az alkotmány mint norma a bírói jogalkalmazásban In: Sajtószabadság és személyiségi jogok 1998.

Jakab András: A Munka Törvénykönyve és a kapcsolódó munkaügyi jogszabályok 1999.

Jakab András: Munkajog a gyakorlat nyelvén 1997.

Jakab András-Radnay József (szerk.): Az új Munka Törvénykönyve és a bírói gyakorlat 1992.

Lőrincz Anna: Aktuális kérdések a munkajog területéről. Collega 1998/6.

Pokol Béla: Az érdekkutató jogtudományról Jogtudományi Közlöny 1998/10.

Pokol Béla: A jogértelmezés alapjai Magyar Jog 1999/11.

Pokol Béla: Felsőbírói jogértelmezés Magyarországon Jogtudományi Közlöny 1999/11.

Pokol Béla: Bevezető megjegyzések a jogforrások jogelméleti elemzéséhez Jogelméleti Szemle 2000/1. (www.extra.hu/jesz)

Pokol Béla: A bírói precedensjog Magyar Jog 2000/4.

Sallay András: A joghézag a klasszikus jogelméletek tükrében Collega 1998/8.

Samu Mihály - Szilágyi Péter: Jogbölcsélet 1998.

Szabadsfalvi József: Jogbölcséleti hagyományok 1999.

Szabó Győző: A felülvizsgálati eljárás, tapasztalatok, jogértelmezési anomáliák Magyar Jog 1997/4.

Szabó Imre: A jogszabályok értelmezése 1960.

Takács Albert: A jogértelmezés alapjai és korlátai Jogtudományi Közlöny 1993/3.

Takács Albert: A jogértelmezés útjai a jogbiztonság és az alkotmányosság felé In: Ádám Antal-jubileum 2000.

Tatár Irén: A munkaügyi kapcsolatok szabályozása a magyar munkajogban (kollektív munkajog) 1996.

Varga Csaba: A bírói ténymegállapítási folyamat természete 1992.

Varga Csaba: Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról 1998.

Melléklet:

Bíróságoktól az Alkotmánybírósághoz beérkezett indítványok évenkénti megoszlása
(1990.01.01.-1999.11.16.)

Bíróságok	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	össz.
Fővárosi Bíróság		1	4	1	2	1		2		5	16
Csongrád Megy. B.				1			1				2
Komárom-Esztt.M.B.	3			1		1					5
Pesti KKB.	1	1	1	4	4	4	1	2	1	3	22
Legfelsőbb Bíróság		3	1	1		3	2			2	12
Budai KKB.			1			1	1		2		5
Mohácsi Városi B.				2							2
Szolnoki Városi B.				2							2
Baranya Megyei B.				1					2		3
Miskolci Munk. B.				1							1
Győri Városi B.		1	2	2	7	1	1	3	2		18
Székesfehérvári V. B.				1				2			3
Kecskeméti V. B.			1	3		1		3	3		11
Zalaegerszegi V. B.		2	3	1				3	4		13
Debreceni V. B.			1	1				1		1	4
BAZ Megyei B.				1			1	1	1		4
Dunakeszi V. B.			1	1							2
Bács-Kiskun M. B.		1		1	1			1		1	5
Gyöngyösi V. B.				1							1
Hajdú-Bihar M. B.			2	1		1			2		6
Zala Megyei B.	1	2	4		2	2		2	1	3	17
Ráckevei V. B.							1				1
Somogy Megyei B.							1				1

Tatabányai V. B.	1	1					1		1		4
Pest Megyei B.							1			1	2
Kőszegi V. B.								1			1
Veszprémi V. B.								1			1
Siófoki V. B.			1	2			1				4
Pécsi V. B.			1	1			1				3
Miskolci V. B.			1						1		2
Marcali V. B.									1		1
Veszprémi Munk. B.									1		1
Kaposvári V. B.									1		1
Heves Megyei B.										1	1
Szegedi V. B.			1							1	2
Székesfehérvári M.B.								1			1
Fővárosi Munk. B.										1	1
összesen:	5	13	21	28	19	18	11	25	23	18	181

forrás: Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága - Irattár

Botos Viktor
 ELTE-ÁJK
 2000. május

Katrin vom Felde

Gesichtspunkte für die Beurteilung von Bedingungen im Erbrecht

Im folgenden sollen mögliche Gesichtspunkte für die Beurteilung im einzelnen beleuchtet werden. Hierbei werden zunächst die im Familiensystem bzw. im Familienbild der Römer verwurzelten Aspekte untersucht, weil diese zum einen für solche Probleme wohl das meiste Gewicht hatten und zum anderen bereits aus ältester Zeit herrühren. Wegen der diesbezüglich konservativen Grundeinstellung der Römer haben diese auch in sich wandelnden Zeiten im Kern relativ wenig Änderungen erfahren. Im Zusammenhang damit wird im darauf folgenden Abschnitt auf den Stellenwert der Erziehung eingegangen.

Außerdem werden vermögensrechtliche und eigentumspolitische Einflüsse auf die Bewertung von Potestativbedingungen dargestellt. Im Anschluß daran und darauf basierend wird die Einstellung zum Vermögen sowie die dieser entspringende Dispositionsfreiheit des Erblassers erörtert; sodann werden dem die Rechte des Bedachten gegenübergestellt. Schließlich folgen religiöse und sakrale Bezüge unter Einschluß der politischen Aspekte, sowie ihre Auswirkungen auf die Beurteilung der Bedingungen, ferner Ausführungen zu privilegierten Personen als Bedachten wie *suus heres* und *princeps*.

I. Die Bedeutung der *patria potestas* und des *ius vitae necisque* bei der Erbeinsetzung

Die *patria potestas* war - wie sich zeigen wird - von besonderer Bedeutung für die Beurteilung von Potestativbedingungen im römischen Recht.

1. Die *patria potestas*

Der Begriff der patria potestas¹ bezeichnet die umfassende Gewalt des pater familias über die ihm gewaltunterworfenen Personen, d.h. in der Regel die uxor in manu sowie seine gesamte Familie, insbesondere seine Kinder, ferner über das Familienvermögen. Erst bei seinem Tode ging sie auf seine Söhne über, die dann ihrerseits gewaltfrei und jeweils pater familias wurden.

Die patria potestas als kaum beschränkte Macht des Hausvaters mag heute eher negativ beurteilt werden², doch die Römer betrachteten sie als prägend für ihren Gesellschaftsaufbau: Sie galt daher nur für römische Bürger. Die Grundsätze von obsequium und pietas gegenüber der Familie im allgemeinen und dem pater familias im besonderen galten nicht nur in der Jugend, sondern in jedem Alter, und wurden als Säule der Gesellschaft angesehen³, zumal sie auch die Versorgung der Eltern im Alter sicherten, wenn die Familie nicht wohlhabend war, da es insoweit keinerlei soziales System gab.⁴ Diese Grundsätze waren das Fundament für die von der römischen Familie angestrebte "Unsterblichkeit" durch Fortführung der Familie, auf die unten noch näher eingegangen wird⁵. Die Verbindung der patria potestas und der damit verbundenen Rechte mit dem Bürgerrecht machte sie daher erstrebenswert für Personen, die dieses beehrten⁶. Im Rahmen des Nachlaßrechts stellte sich die querela inofficiosi testamenti als Vorwurf einer Verletzung der pietas durch den Erblasser dar.⁷

Ein besonderer, prägender Bestandteil der patria potestas ist das im folgenden dargestellte ius vitae necisque⁸, das nur unter Berücksichtigung der römischen Frühgeschichte gewürdigt werden kann und auch nur in dieser Zeit galt.

¹ Wacke, Artikel "patria potestas" im HRG.

² Dem entspricht die inzwischen vorgenommene Änderung der BGB-Terminologie von "elterliche Gewalt" in "elterliche Sorge"; dazu (krit.) Wacke, FS Vittinghoff, S. 417 ff.

³ Saller, Patriarchy, S. 105.

⁴ Saller, Patriarchy, S. 126.

⁵ Dazu vorab Saller, Patriarchy, S. 161 ff.; Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, Berlin 1992.

⁶ Gai. 1, 65 - 87; Plin. ep. X, 11; Dixon, Roman Family, S. 125 f.

⁷ So Saller, Patriarchy, S. 110 f., 120, 164.

⁸ Dazu eingehend auch Saller, Patriarchy, S. 114 ff., insbes. 116 ff. m.w. N.

2. Ursprung des ius vitae necisque

Dieses Recht⁹ stammte aus der archaischen Zeit, als die Familie noch den maßgeblichen Lebensmittelpunkt eines jeden Menschen darstellte. Eine Existenz war ohne diesen Schutz der Sippe praktisch nicht möglich, weil der Einzelne angesichts der noch schwachen Besiedelung zahlreichen Gefahren aus seinem natürlichen Lebensbereich, aber auch von anderen Personen ausgehend, ausgesetzt war.

a) Lebensumstände der archaischen Zeit

Wie in jeder Gemeinschaft, die sich erst aus dem Zusammenschluß einzelner Familien entwickelte und langsam heranwuchs, herrschte auch vor der Entstehung des römischen Staatswesens ein System weitgehender Selbstjustiz. In der Sippe fand jedes Mitglied Rückhalt, Schutz und Verteidigung seiner Rechtsgüter im Falle ihrer Bedrohung oder Verletzung. Die Sippe verteidigte (und rächte) den einzelnen; ebenso erwartete man von diesem, daß er für die Interessen der anderen Mitglieder und der Sippe insgesamt notfalls unter Einsatz seines Lebens kämpfte¹⁰.

b) Erfordernis von Organisation und Macht

Doch auch eine relativ kleine Gemeinschaft wie die Sippe bedurfte einer klaren Organisation und einer eindeutigen Machtverteilung, um dieser Verantwortung gerecht zu werden und ihre Schutzaufgaben erfüllen zu können. Aus diesem Grunde war die Struktur der Familie autoritär und monokratisch, um durch die Entscheidungsmacht eines erfahrenen und umsichtigen Oberhauptes ein Fortbestehen zu gewährleisten. Dementsprechend waren auch Sanktionsmöglichkeiten des Oberhauptes erforderlich, um diese - teilweise für den Bestand der Familie lebenswichtigen - Entscheidungen durchsetzen zu können. Der

⁹ Vgl. dazu eingehend Kaser, SZ 58 (1938), S. 62 ff.; Kunkel, SZ 83 (1966), S. 219 ff.; Dixon, Roman Family, S. 36 ff., 46 ff.

¹⁰ Zur Funktion der Familie eingehend Dixon, Roman Family, S. 24 ff.

pater familias als ältestes männliches Familienmitglied war den anderen oft nicht nur an Kraft und Wissen überlegen, sondern besaß aufgrund seines Alters die größte Lebenserfahrung. Zudem war die Familie patriarchalisch ausgerichtet. Deshalb war er der Träger der Entscheidungsmacht.

Ein weiteres charakteristisches Merkmal dieser autoritären Struktur war die uneingeschränkte Unterwerfung der Mitglieder unter die Macht des Hausvaters. Munzinger sieht sogar die Gewalt - und nicht die Pflicht und Fürsorge - als Band zwischen pater familias und Hauskindern¹¹. In archaischer Zeit waren diese, solange sie innerhalb der Sippe lebten, keine eigenständigen Rechtssubjekte. Sie konnten z. B. Eigentum nur für den pater familias, nicht für sich selbst, erwerben.¹²

Ferner stand dem pater familias als wichtigstes Machtinstrument das *ius vitae necisque* zu, d.h. das Recht der Entscheidung über Leben oder Tod, hinsichtlich jedes Familienmitglieds.¹³ Was den Römern später ebenso wie aus heutiger Sicht als extreme, völlig unangemessene Machtposition erschien, fügt sich bei Berücksichtigung der beschriebenen Lebenssituation recht zwanglos in das den damaligen Bedürfnissen angepaßte Bild der Sippe ein: da angesichts der äußeren Lebensbedingungen ein Ausschluß aus der Familie, den das Oberhaupt aussprechen konnte, nahezu einem Todesurteil gleichkam, war das *ius vitae necisque* weder als übermäßige Macht des pater familias noch als Möglichkeit zur Willkür unangebracht. Vielmehr bestand noch kein staatliches Monopol für die Rechtsdurchsetzung. Die Familie konnte ihr Überleben nur sichern, indem alle zusammenhielten und die Sippe nach außen schützten. Dann mußte sie aber erst recht die Befugnis besitzen, familieninterne Schwierigkeiten - mangels hierfür zuständiger übergeordneter Institutionen - selbst zu regeln, wenn nötig durch Ausschluß oder Tod eines sich sippen- oder auch gemeinschädigend verhaltenden Mitglieds.¹⁴

Der pater familias mußte folglich in der Lage sein, die Familie vor Angriffen und Gefahren von außen wie auch von innen zu schützen. Hierzu bedurfte er der

¹¹ Munzinger, *Erbrechtliche Studien*, 1874, S. 8.

¹² *Statt aller Liebs*, *Römisches Recht*, S. 121 f.

¹³ Nachgewiesen etwa bei Dion. 2, 26, 4 und 2, 15, 2; Pap. coll. 4, 8, I; Schulz, *Prinzipien*, S. 113 f.

¹⁴ Zur Furcht vor dem Ausschluß aus der gens auch noch in späterer Zeit etwa v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, S. 191 mit Fn. 85a.

dargestellten wirksamen Möglichkeiten, im Rahmen einer quasi-diktatorischen Machtposition die notwendigen Entscheidungen zu treffen. Allerdings eröffnete dieses Recht keine Willkürentscheidung; vielmehr war diese Befugnis des *pater familias* von der Zustimmung anderer Familienmitglieder abhängig, nach der Formulierung von Wieacker¹⁵ "an die Gutheißung des Hausgerichts gebunden"¹⁶; das Hausgericht wurde als *consilium* bezeichnet. Die Einschränkung der Willkür zeigt sich unter anderem bei Marc. D. 48, 9, 5.¹⁷

Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit. Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.

Vom göttlichen Hadrian wird berichtet, daß er, als jemand seinen Sohn auf der Jagd getötet hatte, der mit der Stiefmutter Ehebruch begangen hatte, ihn auf eine Insel verbannt habe, weil er ihn eher nach dem Recht eines Räubers als nach dem eines Vaters getötet habe. Denn die väterliche Gewalt muß in Pflichterfüllung und Milde, nicht in Schreckensherrschaft bestehen.

Aus dieser Stelle ist ersichtlich, daß dieses formelle Recht des *pater familias* zumindest moralisch eingeschränkt war durch die Pflicht des Vaters, die Gewalt nicht zu mißbrauchen, sondern zum Wohl der Familie einzusetzen. Es war schon bei Gaius nicht mehr "im Gebrauch" im Sinne des "ius quod utimur".

3. Entwicklung

Das Recht des *pater familias* trat mit zunehmender Vergrößerung Roms in den Hintergrund; die Familie mußte nicht mehr ihre Existenz ständig verteidigen. Vielmehr entstand eine größere und damit auch mächtigere Gemeinschaft, ein Staat, der kraft seiner Größe und Macht mehr und mehr diese Schutzaufgaben - jedenfalls größtenteils - übernahm. Mit dieser allmählichen Entstehung eines Staates im heutigen Sinne ging die Bildung eines Machtmonopols in den Händen der Regierenden einher, das auch - gegenüber dem heutigen Rechtsstaat allerdings mit

¹⁵ Wieacker, Hausgenossenschaft, S. 12.

¹⁶ Ebenso Liebs, RR, 5S. 120; Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 342.

¹⁷ Dazu auch Selb, Irish Jurist 1 (1966), S. 136 ff., 150 m.w. N.

einigen Einschränkungen z. B. für die Strafanlage, die weiterhin der Privatinitiative oblag - im wesentlichen ein Rechtsverfolgungs- und Strafmonopol beinhaltete.¹⁸ Das Aufkommen derartiger Monopole beim "Staat" findet sich in den meisten sich höher entwickelnden politischen Systemen.¹⁹ Damit verlor die Familie insoweit - für den persönlichen Schutz und die Lebenserhaltung des einzelnen - stark an Bedeutung.²⁰

Beschränkungen der absoluten Machtposition des pater familias ergaben sich ferner in den Betreuungsverhältnissen wie etwa der tutela: Hier zeigt sich, daß man versuchte, die Herrschaft durch Fürsorge- und Treuepflichten zu kompensieren. Zum Schutz des zu betreuenden oder des Mündels wurde die potestas durch die fides begrenzt und schließlich sogar faktisch überlagert.²¹

Da nun die Sicherung der Lebensgrundlage anderweitig gesichert war, verblaßte die Bedeutung der Familie für den einzelnen und damit auch das Erfordernis einer entsprechenden Machtposition für das Oberhaupt.²² Aus diesem Grunde wurde das ius vitae necisque des pater familias mehr und mehr zurückgedrängt und reduziert, schließlich nicht mehr angewandt²³; insgesamt verringerte sich die enorme Macht des pater familias allmählich²⁴ und erfuhr soziale Beschränkungen.²⁵ Davon unberührt blieben die gesellschaftliche Stellung, die Achtung und Autorität sowie die Pflichten von pietas und obsequium.²⁶ Wegen der Ehrfurcht der Römer vor den Ansichten und Errungenschaften ihrer Vorfahren wurde es allerdings erst sehr spät, nämlich im Jahre 365 p. Chr. durch den Codex Theodosianus (Cod. Theod. 9, 13, 1 = Valent./Valens C. 9, 15, 1, 1-2) offiziell aufgehoben.²⁷

¹⁸ Vgl. Kroll, Ciceronische Zeit, S. 176; v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 118 ff., 212 ff.

¹⁹ Zu diesem allgemeinen Erfahrungssatz vgl. nur etwa Schulz, Prinzipien, S. 4.

²⁰ Vgl. auch Baron, Deutsche Zeit- und Streitfragen, Jahrgang VI (Heft 81 - 96), Berlin 1877, S. 3 ff., 7 f.

²¹ Kaser, SZ 59 (1939), 31 (42 ff.); zur fides Schulz, Prinzipien, S. 151 ff.

²² Erdmann, Testierfreiheit, S. 3.

²³ Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 342; Liebs, Römische Rechtsgeschichte, S. 121; Schulz, Prinzipien, S. 114 f.; Saller, Patriarchy, S. 119 ff.

²⁴ Saller, Patriarchy, S. 104, 114 ff. m.w. N.

²⁵ Saller, Patriarchy, S. 131.

²⁶ Dazu Saller, Patriarchy, S. 105 ff.

²⁷ Vgl. dazu auch Kaser, SZ 58 (1938), S. 62 (68 f., 78 ff); Liebs, Römisches Privatrecht, S. 121; Schulz, Prinzipien, S. 134 Fn. 51.

Insgesamt kann man auch in diesem Bereich eine dem römischen Staats- und Gesellschaftssystem immanente und für dieses typische Erscheinung feststellen: Die Unterscheidung zwischen Gesetz und Moral bzw. Sitte.²⁸ Allerdings waren die Grenzen außerhalb geschriebener Gesetze häufig fließend; oft unterschieden die Römer nicht den Brauch ohne Rechtszwang vom Gewohnheitsrecht.²⁹ Beides stand als *mos* dem festgelegten Recht (*ius*) gegenüber und war wegen der konservativen, auf die *mos maiorum* bedachten Einstellung³⁰ quasi gleichrangig.

Zahlreiche Möglichkeiten wie auch das *ius vitae necisque*, die zwar rechtlich / gesetzlich (noch) gegeben waren, aber mit den ethischen Vorstellungen in Widerspruch standen, waren dadurch faktisch ausgeschlossen. Auf diese Trennung wird später noch näher eingegangen.

Soweit im folgenden das *ius vitae necisque* als prägender Aspekt für die Beurteilung von Potestativbedingungen erwähnt wird, ist nicht die - nur in der Frühzeit vorhandene - Geltung und Anwendung gemeint, sondern der Gedanke bzw. die Idee besonderer Macht und Stellung des *pater familias*, die fortwirkten.

4. Die rechtliche und soziologische Wertung der Erbfolge

Nach der Ansicht Lassalles³¹ gingen die Römer von einer Personenidentität von Erblasser und Erbe aus³² und betrachteten darauf gründend den Erbfall als Übergang der gesamten Persönlichkeit des Erblassers auf seinen Rechtsnachfolger³³:

Iul. D. 50, 17, 62: *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit.*

Die Erbschaft ist nichts anderes als die Nachfolge in sämtliche Rechte, die der Verstorbene hatte.

²⁸ Schulz, Prinzipien, S. 14.

²⁹ Bruck, Über römisches Recht, S. 3 Fn. 5 m.w. N., 11; Kaser SZ 59 (1939), S. 52 (57).

³⁰ Kaser, Methode, S. 49 (56 f., insbes. Fn. 36).

³¹ Lassalle, System II, S. 10, 13, 18 ff. ; zu seiner Arbeit vgl. auch Meincke, TS 46 (1978), S. 33 ff.

³² Lassalle, System II, S. 10.

³³ Lassalle, System II, S. 13 f. Vgl. dazu auch Lobrano, *Pater et filius eadem persona*, S. 36 ff. zu Iust. C. 6, 26, 11 m.w. N.

N Ov. 48, 1 pr: .. quamquam nostris legibus una quodammodo persona videtur esse heredis et eius qui hereditatem in eum transmittit

... nach unseren Gesetzen werden der Erbe und der, der die Erbschaft auf ihn überträgt, gewissermaßen als eine Person angesehen . .

Diese - allerdings zeitlich weit auseinanderliegenden - Stellen sprechen für die Idee der Identität von Erblasser und Erbe.

Das Testament ("testatio mentis") stellt nach Lassalle eine "Selbstbezeugung des Geistes" durch den Erblasser dar.³⁴ Weil der Erbe die Persönlichkeit des Verstorbenen fortführe, ja sogar mit ihr eins sei, besteht nach Lassalle eine "Willenscontinuität"³⁵, die den Willen des Erblassers und den Willen des Erben zu einem einzigen macht.

Diese These läßt sich in der Tat dadurch stützen, daß jedenfalls in der Frühzeit nicht das Vermögen als getrennte Substanz betrachtet wurde, die der Erbe erhielt, sondern dieser vollständig in die Rechtsstellung des verstorbenen pater familias eintrat und auch die Treueverhältnisse zu Freigelassenen, Klienten und Gastfreunden auf den Erben übergingen.³⁶

Vergleichbare Gedanken finden sich bei Paul. D. 28, 2, 11, allerdings nur für die Hauserben und nicht als vollständige Fortsetzung der Persönlichkeit:

In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

Bei den sui heredes (Eigenerben) scheint sich die Fortführung des Eigentums eher so zu vollziehen, daß die Hinterlassenschaft des Erblassers nicht angesehen wird, als sei sie eine Erbschaft gewesen, (sondern so,) als ob diejenigen (=Nachfolger) schon damals Eigentümer gewesen seien, die zu Lebzeiten des Vaters (nur) in gewisser Weise als Eigentümer angesehen wurden. Und daher wird filius familias wie pater familias gesagt, denn dieses Kennzeichen wurde nur hinzugefügt, damit dadurch der Erzeuger vom Erzeugten unterschieden werde. Deshalb werden (sie = die sui) nicht

³⁴ Lassalle, System II, S. 19 Fn. 1 und S. 49 sowie passim.

³⁵ Lassalle, System II, S. 24, 85, 118 und öfter.

³⁶ Kunkel/Honsell, Römisches Recht, S. 434 f. m.w. N.

so betrachtet als ob sie nach dem Tode des Vaters eine Erbschaft annähmen, sondern eher, als ob sie in die freie Verwaltung des Vermögens nachfolgten. Aus diesem Grunde sind sie, auch wenn nicht zu Erben eingesetzt, (dennoch) Eigentümer. Dem steht nicht entgegen, daß es erlaubt ist, sie zu enterben, so wie man sie (einst) sogar töten durfte.

In den Institutionen existiert ebenfalls eine Stelle, die für die Auffassung Lassalles spricht: In I. 2, 20, 4 wird - im Rahmen des Streits um ein Vermächtnis - zwischen *testatoris vel heredis res* einerseits und *res aliena* andererseits unterschieden. In der weiteren Erörterung werden die Sachen des Erben und die des Erblassers so betrachtet, als handele es sich nicht um verschiedene Vermögensmassen; das Vermögen des Erben wird - wie selbstverständlich und ohne besondere Begründung - nicht als fremdes behandelt.³⁷ Grundlage für diese Beurteilung ist die besondere Beziehung zwischen Erblasser und Erbe. Diese Beziehung ergibt sich aus der testamentarischen Bedenkung, und diese Bedenkung wiederum läßt darauf schließen, daß eine Beziehung bereits zu Lebzeiten des Testators bestanden hat. Aus Sicht Lassalles dürfte sie durch das Testament gewissermaßen dergestalt fortgeführt werden, daß Vermögen und Persönlichkeit der beiden Beteiligten nunmehr "untrennbar vereint" sind.³⁸

Entsprechende Schlüsse zieht auch Wieacker³⁹ unter Berufung auf Bonfante: Der Begriff der *familia* im Unterschied zu *pecunia* bezeichnete ursprünglich die Gesamtheit von Menschen und Gütern, alles außer dem persönlichen Eigentum des *pater familias*, und die *familia* stand allen Mitgliedern der *gens* - der Sippe - zur gesamten Hand zu.⁴⁰ Eine Persönlichkeitsfortsetzung durch den *heres* sei eine mögliche Erklärung für die vollständige Nachfolge in jeder Hinsicht. Das leuchtet ein; dadurch erreicht der Hausverband als solcher Unsterblichkeit⁴¹, und die Fortsetzung ist auch rechtlich-moralisch eindeutig.

Für die Römer war es von größter Wichtigkeit, mit Hilfe eines Testaments Regelungen für die Zukunft zu treffen und auf diese Weise subjektive Unsterblichkeit, sogar "Unendlichkeit" zu erlangen. Hierzu zieht Lassalle ein Zitat Quintilians heran:

³⁷ Zu dieser Stelle näher Paulus, *Idee*, S. 233 f.

³⁸ Ähnlich auch Kahn, *Römisches Frauenerbrecht*, S. 81 ff.

³⁹ Wieacker, *Hausgenossenschaft*, S. 8 ff.

⁴⁰ Wieacker, *Hausgenossenschaft*, 5. 10 ff.; Erdmann, *Testierfreiheit*, S. 11 m.w. N.

⁴¹ Wieacker, *Hausgenossenschaft*, S. 7 Fn. 13.

Quintiliani Declam. CCCVIII: Neque enim aliud videtur solationum mortis quam voluntas ultra mortem. Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.

Denn es scheint kein anderer Trost über den Tod (vorhanden zu sein), als der über den Tod hinaus(gehende) Wille. Im übrigen kann man auch schwerlich dieses als Erbvermögen ansehen, wenn es nicht das unversehrte Recht hat, und mit unserem gesamten Recht wird den Sterbenden genommen und den Lebenden übergeben.

Die Testamentserrichtung war für die Römer nicht nur ein äußerst entscheidender Akt⁴², sondern besaß auch - wie bereits oben in § 1 angedeutet einen erheblichen sakralen Bezug.⁴³ Der Tragweite des Testaments für die Zukunft der Familie entsprechend waren zunächst die Priester hierfür besonders verantwortlich; ferner mußte bei diesem wichtigsten aller Rechtsgeschäfte ursprünglich die gesamte Volksversammlung mitwirken. Der Erblasser wählte hierdurch die Person aus, die seine Persönlichkeit und insbesondere seinen Willen fortführen sollte.⁴⁴ Lassalle vergleicht die Relevanz der Testamentserrichtung für die Römer sogar mit der Bedeutung, die die Schaffung eines Grabmals für die Ägypter der Antike besaß.⁴⁵ Das Testament sei die römische Unsterblichkeit "wie das Himmelreich diejenige des Christen"⁴⁶ Lassalle gesteht seiner Errichtung also eine Stellung als fundamentales, alles überschattendes und sogar beherrschendes Lebensziel zu.

Hierauf weist auch Wieling⁴⁷ unter Berufung auf Plutarch, Cato maior 9, 6, hin. Nach dieser Textstelle hat Cato maior drei Fehler eingestanden, die er im Leben gemacht habe, und einer davon war, einmal einen Tag ohne (gültiges) Testament gelebt zu haben. Es habe als Schande gegolten, ohne Testament zu sterben⁴⁸, und zwar nicht nur für hochgestellte und wohlhabende Persönlichkeiten.⁴⁹ Ein gewissenhafter Römer habe auch sein Testament nicht erst dann verfaßt, "wenn er den Tod nahen fühlte",

⁴² Lassalle, System II, S. 19 f.

⁴³ Vgl. Lassalle, System II, S. 27 ff., 31 ff. und öfter; ähnlich Gans, Bd. II, S. 148 ff. m.w. N.

⁴⁴ Lassalle, System II, S. 21 f.

⁴⁵ Lassalle, System II, S. 19/20; vgl. auch Gans, Bd. II; S. 148 ff..

⁴⁶ Lassalle, System II, S. 51.

⁴⁷ Wieling, Testamentsauslegung, S. 9 mit Fn. 17.

⁴⁸ Dies erwähnen auch Schulz, Prinzipien, S. 106, und v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 29 ff., 33; ferner Munzinger, Erbrechtliche Studien, S. 8.

⁴⁹ Paulus, Idee, S. 287 f.; Bund, FS Wieacker, S. 50 (55).

sondern vorsorglich sehr viel früher. Paulus⁵⁰ führt dies darauf zurück, daß zum einen der Tod angesichts des noch geringen medizinischen Fortschritts (außerdem wohl wegen der Kriege, häufigen Unruhen und schließlich auch der oft tödlich endenden circenses) für alle Menschen gegenwärtig war⁵¹; ferner erinnerten die Gräberstraßen außerhalb und die Monumente innerhalb der Städte an die Verstorbenen.⁵² Zum anderen wurde die Testamentserrichtung gesellschaftlich als eine der grundlegenden Taten im Leben angesehen und war überdies in den Zusammenhang der religiösen Unsterblichkeitsvorstellung eingebettet.⁵³

Zu berücksichtigen ist allerdings, daß diese Fragen nur einen geringen Teil der römischen Bevölkerung betrafen. Paulus⁵⁴ schließt sich unter Berufung auf Daube der wohl allgemeinen Ansicht an, das Testieren sei im wesentlichen "eine Domäne der reichen Oberschicht" gewesen, jedenfalls seien die im Lauf der Zeit entwickelten Grundsätze im wesentlichen auf größere Vermögen bezogen und für solche relevant gewesen - Paulus zieht insoweit Parallelen zum heutigen Wirtschaftsrecht; er schließt damit indes nicht aus, daß auch zahlreiche weniger Bemittelte Testamente errichteten.

Den schon bei Lassalle ausgeführten Gedanken, daß die Römer durch ein Testament nicht nur über ihren Tod hinaus auf ihre Nachfahren einwirken und Einfluß nehmen wollten, sondern sogar auf diese Weise "Unsterblichkeit" im allgemeinen erlangen und das Fortexistieren ihrer Persönlichkeit nicht nur für einzelne (Bedachte), sondern für die Öffentlichkeit erreichen wollten⁵⁵, hat Christoph Paulus zum Inhalt seiner Arbeit "Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht" gemacht.

⁵⁰ Paulus, Idee, S. 20 ff., 30 f.

⁵¹ Zur "Allgegenwärtigkeit" des Todes und der daraus folgenden - aus heutiger Sicht - gewissen Gleichgültigkeit auch Kroll, Ciceronische Zeit, S. 220 ff., 222 ff.

⁵² Siehe etwa Alfén. Varus D. 35, 1, 27.

⁵³ So auch v. Woelf, Römisches Erbrecht, S. 33, 36.

⁵⁴ Paulus, SZ 111 (1994), S. 425 f. m.w. N.

⁵⁵ Auf die Unsterblichkeit des Willens stellt auch schon Munzinger, Erbrechtliche Studien, S. 11.

Der Wunsch, für die Zukunft auch nach dem eigenen Tod vorzusorgen, unterscheidet in der Tat den Menschen von anderen Lebewesen und ist ihm – in Rom ebenso wie heute - immanent. Schon Cicero sagt (Tuscul. Quaest. I, c. XIV)⁵⁶:

Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare?

Was (bedeuten) die Zeugung der Kinder, was die Fortführung des Namens, was die Adoption von Söhnen, was die Sorgfalt der Testamente, was die Monumente der Gräber selbst, was die Inschriften, wenn nicht dies, daß wir auch das Zukünftige bedenken?

Zuzustimmen ist Lassalle auch, wenn er die Testamentserrichtung als nicht nur übliches und weitverbreitetes, sondern auch für die Römer besonders maßgebliches Rechtsgeschäft ansieht. Dies hängt mit der oben bereits näher dargestellten Bedeutung der Familie und des Familienvermögens für den einzelnen zusammen, die sich in den Traditionen noch weit über die Zeit hinaus erhalten hat, in der sie zur Lebenserhaltung unverzichtbar war. Das Zusammengehörigkeitsgefühl der Familie, die Solidarität innerhalb der Sippe wirkte ebenso wie die Autorität des Oberhauptes mehr im sittlich-moralischen und gesellschaftlichen Bereich nach.⁵⁷ Wenn auch keine (positiv-)rechtlichen Bindungen oder Pflichten mehr bestanden und der enge Zusammenhalt in der später hochkultivierten Hauptstadt des Weltreiches nicht mehr erforderlich war, so fand doch aufgrund der Traditionen, die hochgeschätzt wurden, eine Übertragung dieser Werte in anderer Form oder in andere Bereiche statt.

Entsprechend erhielt sich auch das in den meisten Gesellschaftsordnungen der Weltgeschichte feststellbare Bestreben, das erworbene Vermögen einerseits den Nachkommen zu erhalten, andererseits aber auch diesen zu entziehen, falls sie als ungeeignet zur Fortführung des Familienguts erschienen. Ergänzend bestand - quasi als minus gegenüber dem Extrem der Enterbung - die Möglichkeit, Nachfolger z. B. durch Potestativbedingungen zu dem vom Erblasser erwarteten Verhalten anzuhalten.⁵⁸ Dieses Streben des Erblassers umschreibt Paulus damit, daß das römische Testament "als Ausdrucksmittel sowohl inter vivos als auch post mortem diente und in letzterem Fall eine Art Fortsetzung des zu Lebzeiten praktizierten

⁵⁶ Bei Lassalle, System II, S. 20; ferner bei Champlin, S. 25 sowie Gans, Bd. II, S. 148.

⁵⁷ Zum Zusammengehörigkeitsgefühl etwa Kroll, Ciceronische Zeit, S. 37 f.

⁵⁸ Vgl. nur Lassalle, System II, S. 235.

Umgangs war".⁵⁹ Besonders deutlich wird dies in den zahlreichen Testamenten, die dem Erben aufgeben, ein Verhalten des Erblassers (z. B. Versorgung von Sklaven und Freigelassenen) beizubehalten, sowie in solchen, die positive Aussagen über den Bedachten machen (etwa, was er für den Erblasser getan hat, welcher guter Freund er war u. dgl.) oder gute Ratschläge geben, als auch andererseits in den Testamenten, die Schmähungen und Beschimpfungen enthalten.⁶⁰

Die Pflicht des Erben, die Wünsche und Anordnungen des Verstorbenen zu respektieren, war dann die letzte Ausprägung von pietas und obsequium gegenüber diesem.⁶¹

Ebenso wie die Zukunftsvorsorge für die Nachkommen und das Hab und Gut wohnt dem Menschen aber das Bestreben inne, anderen - insbesondere Nahestehenden - in ihrer Lebensführung seine Vorstellungen aufzudrängen, sogar über seinen Tod hinaus. Ob dies nun in guter und selbstloser oder in schädigender und beeinträchtigender Absicht geschieht, lässt sich oft schwer feststellen, zumal, wenn der Betreffende verstorben ist. Vielfach stößt der Mensch bei der Suche nach Gelegenheiten zu solcher Beeinflussung auf die Möglichkeit testamentarischer Anordnungen. Oft vermag man bei neutraler Betrachtung nicht einmal zu sagen, ob das vom Erblasser verfolgte Ziel absolut richtig und erstrebenswert ist, und ob es den Entzug eines Erbteils wert ist, insbesondere bei Kindern des Erblassers. Selbst wenn er aber durchaus positive Motive verfolgt und nur das Wohl des Bedachten anstrebt, wenn er ihn zu einem bestimmten Verhalten bewegen will, so stellt sich die Frage, in welchem Umfang dies zulässig sein soll.

5. Folgerungen für die Zulässigkeit von testamentarischen Potestativbedingungen

⁵⁹ Paulus, Idee, S. 114.

⁶⁰ Vgl. z. B. Ulp. D. 28, 5, 9, 8; Marc. D. 28, 7, 14 u. 16; Ulp. D. 30, 71 pr.; Tacitus, Annal. VI, 38; dazu Wacke, FS Universität Köln, S. 325 (341) m.w. N.

⁶¹ Dazu Saller, Patriarchy, S. 161 u. passim.

Stellt man die Tatsache in den Vordergrund, daß der pater familias zu Lebzeiten "absoluter Herrscher über alles war, was zu seinem Hauswesen gehörte"⁶², daß seine Macht rechtlich nahezu unbegrenzt war⁶³, so läßt sich daraus herleiten, daß er auch festlegen darf, was nach seinem Tode damit geschehen soll.⁶⁴ Andererseits gibt es auch eine Reihe von Argumenten, die gegen die Fortwirkung seiner Macht nach dem Tode sprechen.

a) Argumente für weitgehende Beeinflussung des Bedachten

Dem beschriebenen Recht des pater familias⁶⁵ läßt sich ferner für den Bereich der Potestativbedingungen eine erhebliche Weisungsbefugnis des Erblassers entnehmen, wenn man dem *ius vitae necisque quasi* über den Tod hinaus Geltung zubilligt. Sofern der Erblasser testamentarische Bestimmungen für seine Nachfahren trifft, hat er auch nach seinem Tod die Möglichkeit, "aus dem Grab heraus" auf deren Lebensführung einzuwirken⁶⁶ in dem Sinne, daß sich das Erbrecht so weit erstreckt wie die väterliche Gewalt⁶⁷, weil es nach damaliger Ansicht der Natur nicht widersprach, daß der vor dem Tod erklärte Wille einer Person auch nach deren Tod verwirklicht werde.⁶⁸

Das *ius vitae necisque*, auch wenn es mehr oder weniger veraltet und überholt war, kann als weitestgehendes Recht des Familienoberhaupts zur Begründung einer ebenso weitgehenden Eingriffsbefugnis herangezogen werden.⁶⁹ Der pater familias durfte zumindest in archaischer Zeit seine Angehörigen sogar töten. Dieser Gedanke beherrschte seine Machtposition auch in späterer Zeit, als das *ius vitae necisque* längst überholt war. Daraus ergab sich, daß er sie erst recht - *argumentum a maiore*

⁶² So Kahn, Römische Frauenerbrecht, S. 6 f.

⁶³ Vgl. Paulus, SZ 111 (1994), S. 425 (426 m.w. N.).

⁶⁴ Kahn, Römische Frauenerbrecht, S. 7.

⁶⁵ Dazu oben und zur *patria potestas* auch Saller, Patriarchy, S. 114 ff.

⁶⁶ Champlin, S. 5, zitiert Augustinus, der die Situation so beschreibt: "Er liegt leblos in einem Grab, und seine Worte haben Macht."

⁶⁷ So Munzinger, Erbrechtliche Studien, S. 10.

⁶⁸ Munzinger, Erbrechtliche Studien, S. 22 f.

⁶⁹ In diesem Sinne Munzinger, Erbrechtliche Studien, S. 8: Der souveräne Wille des pater familias gelte unbeschränkt auch über den Tod hinaus.

ad minus - auch enterben durfte, was in gewissen Grenzen auch zulässig war Die quarta Falcidia erlangte ein suus heres allerdings grundsätzlich.⁷⁰ Wenn er sie aber bis auf dieses Noterbenrecht von der Erbschaft ausschließen konnte, so stand ihm - ebenfalls aufgrund eines Schlusses a maiore ad minus - jedenfalls das Recht zu, sie zwar zu Erben einzusetzen, jedoch unter gewissen Bedingungen. Und eine Bedingung, deren Eintritt der Bedachte selbst in der Hand hat, weil sie nur von seinem eigenen Verhalten abhängt, stellt aus dieser Perspektive eine zulässige Nachwirkung der Machtposition des pater familias dar, da er zu Lebzeiten sogar möglicherweise wirkungsvollere Methoden zur Durchsetzung seiner Vorstellungen hatte. Dies wird besonders deutlich in Paul. D. 28, 2, 11.

Ferner spricht die von Lassalle ausgeführte Ansicht der Römer, durch die Erbfolge werde nicht nur das Vermögen und die Persönlichkeit, sondern insbesondere auch der Wille des Verstorbenen durch den heres fortgeführt, für eine weitgehende Fortgeltung dieses Willens, selbst wenn er die freie Entscheidung des Erben oder des Bedachten über seine Lebensführung beeinträchtigt. Nach Lassalle liegt das Interesse des Erblassers "nicht darin, daß der Erbe hat, sondern daß der Erbe handelt, nach seinem, des Erblassers Willen handelt".⁷¹ Dieses Interesse darf er durchsetzen, denn dem Erben ist "nicht das geringste eigene Interesse zu gewähren"⁷²; der Erblasser wird mit dem Tode zum "Gesetzgeber".⁷³

Dem wird zwar nicht so uneingeschränkt zu folgen sein. Jedoch hatte der Erblasser die Entscheidung darüber, wer sein Rechtsnachfolger werden sollte, allein in der Hand, sofern die Enterbung bei Haussöhnen nominatim erfolgte (allerdings konnte in solchen Fällen ein prätorisches Erbrecht, die bonorum possessio contra tabulas, gegen das Testament, gewährt werden). Machte der Erblasser diesen Eintritt in seine Rechtsposition von der Erfüllung einer Potestativbedingung abhängig, so vollzog sich dieser Eintritt eben gerade erst nach Erfüllung der Bedingung, nicht vorher. Der suus heres gewinnt daher die vollständige Stellung des pater familias erst danach, so daß ein Konflikt zwischen der Beeinflussung durch die Bedingungserfüllung und der durch den Erbfall erworbenen Unabhängigkeit tatsächlich nicht entsteht, weil die letztere der ersteren nachfolgt.

⁷⁰ Dazu eingehend Wacke, Artikel "Pflichtteilsrecht" im HRG.

⁷¹ Lassalle, System II, S. 59 f.

⁷² Lassalle, System II, S. 60.

⁷³ Lassalle, System II, S. 152 f.

Insgesamt ist Meincke⁷⁴ sicherlich dahin zuzustimmen, daß Lassalle's Gedanken jedenfalls mehr Beachtung verdienen, als ihnen bislang sowohl von seinen Zeitgenossen als auch von späteren Juristen zuteil geworden ist.⁷⁵

Besonders in diesem Zusammenhang spielt auch der Gedanke des favor testamenti, der sich aus der Testierfreiheit ergibt, eine wesentliche Rolle. Gerade im Hinblick auf den Unsterblichkeitswunsch, der mit Hilfe des Testaments verfolgt wird, erlangt die Rücksicht auf den Erblasserwillen und damit die Erhaltung der letztwilligen Verfügung in möglichst großem Umfang ein besonderes Gewicht. Der über die Wirksamkeit des Testaments oder eines Bestandteils (etwa einer Bedingung) entscheidende Jurist hatte nicht ein Rechtsgeschäft wie jedes andere vor sich, sondern mußte die genannten Aspekte in seine Entscheidung mit einbeziehen.⁷⁶ Dies wird oft eher zur Zulassung einer Bedingung als zu ihrer Verwerfung geführt haben.

Weiterhin muß hier die im Rom der Antike nicht zu unterschätzende Autorität der älteren und erfahrenen Menschen mit einbezogen werden. Im römischen Staatsrecht konnte die Autorität eines angesehenen Mannes mitunter mehr bewirken als die durch Gesetz und / oder Verfassung vorgesehene Macht und Amtsgewalt (potestas), obschon die Autorität im Gegensatz zu dieser über keinerlei rechtliche Mittel und Sanktionen verfügte, um sich durchzusetzen. So blieb auch die potestas des pater familias trotz staatlicher Einschränkung faktisch im Rahmen der Autorität weitgehend bestehen.⁷⁷

Paulus⁷⁸ bezeichnet die Autorität treffend als "Sozialprestige". Sie umfaßt neben vielem anderen besondere Erfahrung und Weisheit, die idealerweise mit einem gewissen Charisma verbunden sein sollten.⁷⁹ Diese faktische Durchsetzungskraft der Autorität galt in der Familie als der kleinsten gesellschaftlichen Einheit ebenso wie

⁷⁴ Meincke, TS 46 (1978), S. 33 (44) u. passim.

⁷⁵ Zu der "vernichtenden Kritik" und dem späteren Desinteresse an Lassalle's Arbeit näher Meincke, TS 46 (1978), S. 33 ff.

⁷⁶ Vgl. Paulus, Idee, S. 87 f.

⁷⁷ Saller, Patriarchy, S. 120 ff.

⁷⁸ Paulus, Idee, S. 93 f.

⁷⁹ Schulz, Prinzipien, S. 124 f.

im Staat und in dessen Organisation⁸⁰; der Staat wiederum wurde als "große Familie" gesehen.⁸¹ Auch gegenüber dem Staat hatte der Bürger kaum festgelegte Rechte; jedoch wurde allgemein von einer Schutz- und Fürsorgepflicht des Staates ausgegangen, der seine Macht nicht mißbrauchen durfte. Das gleiche galt für den *pater familias*.⁸² Ebenso wie dieser bei wesentlichen Entscheidungen, etwa in alter Zeit über die Ausübung des *ius vitae necisque*, moralisch verpflichtet war, das *consilium* des Hausgerichts anzurufen, hatte der Magistrat ebenfalls ein *consilium* hinzuzuziehen, ohne indes hierzu rechtlich verpflichtet zu sein.⁸³

Der *pater familias* vermochte allein aufgrund seiner Autorität, seiner auf Lebenserfahrung gegründeten Einflußmöglichkeiten, über die Lebensführung der Familienmitglieder zu bestimmen, weil auch in späterer Zeit *obsequium* und *pietas* als Kern und Rest der *patria potestas* erhalten blieben.⁸⁴ Die *Digesten* enthalten einen speziellen Titel D. 37, 15 für *obsequium* gegenüber Eltern und Patron, "*De obsequiis parentibus et patronis praestandis*", ebenso der *Codex* C. 6, 6 "*De obsequiis patronis praestandis*". Kaser⁸⁵ zitiert hierfür etwa D. 1, 16, 9, 3; D. 25, 3, 5, 20; D. 37, 14, 19 und weitere Stellen.

Hierzu ist noch anzumerken, daß auch die allmähliche Erlangung der faktisch kaum begrenzten Macht durch Octavian/Augustus im Lauf seiner Herrschaft zu einem nicht geringen Teil auf Autorität beruhte⁸⁶; er versuchte, rechtliche Machtpositionen zu meiden, aber Autorität zu gewinnen und einzusetzen.⁸⁷ Augustus trug neben dem Titel *princeps*, der die Bezeichnung *Prinzipat* begründete, auch den des *pater patriae*

⁸⁰ Schulz, *Prinzipien*, S. 115 m.w. N., 118 f.; zum "Staat als erweiterte Familie" Latte, *Römische Religionsgeschichte*, S. 31; zur Familienstruktur als Ursprung des Staates auch v. Jhering, *Geist des römischen Rechts I*, S. 179 ff.

⁸¹ Lacey, in: Rawson, *Roman Family*, S. 125 ff. m.w.N.

⁸² Schulz, *Prinzipien*, S. 110, 118 f.

⁸³ Schulz, *Prinzipien*, S. 122 f.

⁸⁴ Kaser, *Römisches Privatrecht II*, S. 206; Saller, *Patriarchy*, S. 105 ff.

⁸⁵ Kaser, *SZ* 58 (1938), S. 88 (113 ff.) mit zahlr.w. Quellen, er zweifelt jedoch bei vielen, ob sie klassisch sind.

⁸⁶ Vgl. Dulckeit/Schwarz/Waldstein, *Römische Rechtsgeschichte*, S. 170 ff., 184, 186 ff. jeweils m.w. N.; Paulus, *Idee*, S. 93 f.; Schulz, *Prinzipien*, S. 58 ff., 123 f.

⁸⁷ Vgl. Bruck, *Über römisches Recht*, S. 17 ff.; Schulz, *Prinzipien*, S. 58 ff., 123 f.

bzw. *parens patriae*⁸⁸, d.h. er war bestrebt, den aus der Autorität erwachsenden Respekt gegenüber dem *pater familias* auch auf den Staat zu übertragen. Mit diesem Titel war das "klientelähnliche Verhältnis zwischen Bevölkerung und *princeps*"⁸⁹ umschrieben.

Jedoch stellte die Autorität nicht nur faktische Macht dar, sondern in ebensolchem Umfang die Verpflichtung, verantwortungsbewußt für die ihr unterworfenen Personen zu sorgen. Dies versuchte auch Seneca in seinem Werk "De clementia" dem Herrscher Nero nahezubringen.⁹⁰

Im Hinblick auf die enorme Bedeutung der Autorität einer Person sowie der Pflicht zu *pietas* und *obsequium* lag es auch nahe, diese weise "Autorität" auch noch nach ihrem Tode zu respektieren, sofern sie Entscheidungen für die Nachfahren getroffen hatte. Enterbungen waren zwar unüblich, jedoch wurde dem Erblasser im übrigen ein weiter Spielraum zugebilligt.⁹¹ Diese Autorität des Verstorbenen zog sogar Q. M. Scaevola in der berühmten *causa Curiana* zur Argumentation für das Festhalten am Wortlaut des Testaments und gegen den hypothetischen Willen des Erblassers heran⁹² - allerdings ohne Erfolg, denn in diesem Fall wurde dem von seinem Gegner Crassus vertretenen hypothetischen Willen des Verstorbenen der Vorzug gegeben, was sich ebenfalls gut mit der Autorität begründen läßt.

Weiterhin muß in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, daß römische Erblasser in den seltensten Fällen so alt wurden wie heutige. Die recht geringe Lebenserwartung (für Frauen durchschnittlich ca. siebenundzwanzig, für Männer etwa siebenunddreißig Jahre⁹³ führte dazu, daß Väter oft noch unmündige oder sehr junge erwachsene Kinder zurückließen.⁹⁴ Eine computergestützte Simulation der Statistik damaliger Zeit ergab, daß bei nur weniger als zwei Drittel der jungen Römer

⁸⁸ Dazu auch A. Alföldi, *Vater des Vaterlandes*, S. 40 ff., 46 ff., 67 ff., 81 ff.; Paulus, *Idee*, S. 94. Zu den religiösen Konsequenzen nach der Vergöttlichung des *parens patriae* A. Alföldi, *Vater des Vaterlandes*, S. 130 ff.

⁸⁹ Paulus, *Idee*, S. 127 m.w. N.; A. Alföldi, *Vater des Vaterlandes*, S. 40 ff., 46 ff.; zum "Staat als erweiterte Familie" Latte, *Römische Religionsgeschichte*, S. 31.

⁹⁰ Seneca, *De clementia*, I. 14, 2, I. 15, 3; vgl. Paulus, *Idee*, S. 95.

⁹¹ Saller, *Patriarchy*, S. 123 ff.

⁹² Vgl. den Bericht des Cicero, *Brutus*, 195-197; Wieling, *Testamentsauslegung*, S. 9, 11.

⁹³ Zahlen nach Dixon, *Roman Family*, S. 149 m.w. N.

⁹⁴ Dazu auch Saller, *Patriarchy*, S. 132.

im Alter von ca. zwanzig Jahren der Vater noch lebte.⁹⁵ Unter solchen Umständen war man eher bereit, Beeinflussungen der Erben zu gestatten, weil man annahm, die Erziehung durch den Verstorbenen sei noch nicht abgeschlossen und müsse daher - auch etwa in der Form von Potestativbedingungen - fortgeführt werden. Dem wiederum liegt die damals herrschende Ansicht zugrunde, daß die Erziehung bzw. das Erfordernis einer solchen nicht mit dem Eintritt der Volljährigkeit endet. Heute ist man wesentlich zurückhaltender in der Einwirkung auf volljährige "mündige Bürger" als zu römischer Zeit.

Schließlich kann noch ein anderer Bestandteil der römischen Verfassung gedanklich zumindest auch auf die Machtposition zurückgeführt werden, die dem pater familias zumindest in der mit großer Hochachtung betrachteten archaischen Zeit zustand: das Amt des Diktators in der Zeit der Republik. Das Staatsrecht der römischen Republik sah vor, daß in Zeiten großer Bedrängnis - unter engen Voraussetzungen - für eine begrenzte Zeit ein Diktator mit weitreichenden Befugnissen eingesetzt werden konnte. Bei der Schaffung dieser Möglichkeit spielte sicher auch der Gedanke an die Stellung des pater familias in der Anfangszeit eine Rolle.⁹⁶ Auch der Diktator wurde sorgfältig ausgewählt als weise Autoritätsperson, die - mit erheblicher Macht ausgestattet - die nunmehr große Gemeinschaft des römischen Volkes aus der existentiellen Bedrohung herausführen sollte.

Ebenso wie beim pater familias der archaischen Zeit ergab sich die Übertragung der Machtfülle aus der Notsituation, die eine demokratischere Lösung nicht zuließ (oder zuzulassen schien).

Somit zeigt sich, daß das *ius vitae necisque* sowie die starke, einflußreiche Stellung (Autorität) des pater familias - trotz einer gewissen Abschwächung im Laufe der Zeit⁹⁷ - im täglichen Leben nach wie vor nicht nur aufgrund von Tradition und Ehrfurcht - *pietas*⁹⁸ - vor der Familie und dem Leben der Vorfahren⁹⁹, sondern auch durch

⁹⁵ Vgl. Dixon, *Roman Family*, S. 145.

⁹⁶ Ähnlich Lacey in: Rawson, *Roman Family*, S. 123 f.; zum Amt des Diktators sehr eingehend Kunkel/Wittmann, *Staatsordnung II*, S. 665 ff.

⁹⁷ Dazu Saller, *Patriarchy*, S. 131.

⁹⁸ Dazu eingehend Saller, *Patriarchy*, S. 105 ff.

⁹⁹ Dazu nur Schulz, *Prinzipien*, S. 57 ff., 69 ff.; zum Traditionsbewußtsein Kroll, *Ciceronische Zeit*, S. 33 ff.

Fortwirkung in andere Bereiche weiterhin das römische Recht bestimmte. Beispielhaft sei die Tatsache genannt, daß der pater familias das peculium eines Gewaltunterworfenen jederzeit wieder entziehen konnte,¹⁰⁰

Wie "allgegenwärtig" die Ahnen waren, zeigt sich eindrucksvoll in dem sog. ius imaginis / ius imaginum der großen Adelsfamilien. Dieses bedeutete das Recht, beim Begräbnis eines Familienmitglieds die wächsernen Totenmasken als Abbilder von verstorbenen Vorfahren, die hohe Staatsämter bekleidet hatten, mitzuführen.¹⁰¹ Das ius imaginum stand nur den Familien zu, deren Mitglieder kurulische Ämter, insbesondere das Konsulat, innegehabt hatten. Da ein aufwendiger Begräbniszug durch die Stadt führte und die Aufmerksamkeit vieler Bürger erregte, wurde so an die ruhmreichen Taten der Vorfahren erinnert.¹⁰² Gleichzeitig stellte er eine "Propagandamaßnahme" für die adlige Familie dar.¹⁰³ In späterer Zeit verlor das ius imaginum indes an politischer Bedeutung.¹⁰⁴ Generell kann festgestellt werden, daß die Römer auch insoweit äußerst konservativ waren und an den mos maiorum eben aufgrund dieser besonderen Wertschätzung der Vorfahren und des ausgeprägten Familiensinns, aufgrund der Gedanken von pietas und obsequium¹⁰⁵, festhielten.¹⁰⁶

Schließlich werden die Begriffe Autorität bzw. auch disciplina in Zusammenhang mit den mos maiorum gebracht, weil diese Begriffe einerseits bereits für die maiores einen hohen Stellenwert hatten, also selbst Überlieferungen darstellen, andererseits althergebrachte Institutionen oder Ansichten allein aufgrund der Überlieferung und der Wertschätzung seit alters her wiederum Ansehen - Autorität - für sich in Anspruch nehmen konnten.¹⁰⁷ Dieser Einstellung entspricht die Praxis innerhalb der Staatsverwaltung, daß fast nur Personen aus angesehenen und / oder vermögenden Familien in höhere Staatsämter vordringen konnten. Auch insoweit wurde potestas

¹⁰⁰ Vgl. dazu eingehend Wacke, SZ 112 (1995), S. 239 ff.; Wacke, IURA 42 (1994), S. 43 ff. je m.zahlr.w. N.

¹⁰¹ Dazu Kroll, Ciceronische Zeit, S. 33.

¹⁰² Dazu eingehend Bruck, Über römisches Recht, S. 2 ff. m.w. N.

¹⁰³ Bruck, Über römisches Recht, S. 4 f., 9.

¹⁰⁴ Bruck, Über römisches Recht, S. 98.

¹⁰⁵ Dazu eingehend Saller, Patriarchy, S. 105 ff.

¹⁰⁶ Bruck, Über römisches Recht, S. 3 Fn. 5 m.w. N., 11, 59 u. passim; Schulz, Prinzipien, S. 57 ff.; Kroll, Ciceronische Zeit, S. 34 ff., 40 ff.; Kaser, Methode, S. 49 (56 f., insbes. Fn. 36).

¹⁰⁷ Vgl. Schulz, Prinzipien, S. 112 ff., insbes. 113.

an die verliehen, die bereits in ihrer Familie Autorität vorweisen konnten, und hierdurch gewannen sie wiederum weiter an Autorität.¹⁰⁸

Entsprechend wurde der Ehrfurcht vor den Ahnen als Familienideal¹⁰⁹ auch auf dem Gebiet des Erbrechts erhebliche Bedeutung zugemessen, was zur Folge hatte, daß letztwilligen Anordnungen einer solchen Person großer Respekt entgegengebracht wurde. Die Autorität wirkte über den Tod hinaus und beeinflusste die Beurteilung von Testamenten über den Grundsatz favor testamenti hinaus zugunsten des Erblasserwillens.

b) Erwägungen, die gegen Eingriffe des Erblassers in die Lebensführung des Bedachten sprechen

Aus dem ius vitae necisque der Frühzeit sowie der Autorität kann man jedoch auch gegenteilige Schlüsse ziehen. Wenn nämlich die Befugnisse des pater familias mit seinem Tode erlöschen, so kann dies darauf hindeuten, daß mit diesem Zeitpunkt auch seine Macht über die Familienmitglieder erlischt und eine Fortwirkung über seinen Tod hinaus gerade nicht stattfinden soll.¹¹⁰

Zudem trat der Haussohn als Erbe des Vaters in dessen Rechtspositionen ein und erlangte selbst die Stellung eines pater familias. Diese Nachfolge wurde ursprünglich als tatsächliche Fortsetzung der Person des Verstorbenen, später lediglich als Vermögensnachfolge betrachtet.¹¹¹ Mit diesem Einrücken in sämtliche Rechte des Erblassers läßt es sich nur schwer vereinbaren, daß der Erbe sich gleichwohl noch den Anweisungen des Verstorbenen hinsichtlich seiner eigenen Lebensführung, die mit dem Vermögen unter Umständen nicht das geringste zu tun hat, unterwerfen muß. Dies würde bedeuten, daß er - entgegen dem Ziel der vollständigen Rechtsnachfolge und Unabhängigkeit - doch nicht ebensoviel Macht hat wie der verstorbene pater familias, weil er sich dessen Anordnungen noch beugen muß, sofern er Erbe und Rechtsnachfolger werden will.

¹⁰⁸ Vgl. Schulz, Prinzipien, S. 116.

¹⁰⁹ Dazu auch Marrou, Erziehung, S. 435.

¹¹⁰ Vgl. Hölder, Beiträge, S. 23 f.

¹¹¹ Vgl. Paul. D. 28, 2, 11; ferner Hölder, Beiträge, S. 23 f.

Auch aus Paul. D. 28, 2, 11, der als Hinweis auf weitgehende Einflußmöglichkeiten des Erblassers angeführt wird, läßt sich ebensogut eine entgegengesetzte Argumentation herleiten: die sui heredes rücken mit dem Tode des Erblassers in eine Position ein, die ihnen unter gewissen Vorbehalten bereits zuvor zugestanden hat. Nunmehr sind diese Einschränkungen beseitigt. Somit bleibt kein Raum mehr für anderweitige Begrenzungen ihrer Rechte, die auf Anordnungen der Person beruhen, die ihre Macht durch ihren Tod verloren hat.

Ferner greift das Argument der eventuellen Jugend und Unreife des Bedachten bei frühem Tod des Vaters nicht in jedem Fall ein; vielmehr konnte der Bedachte im Einzelfall bereits selbst Kinder oder (allerdings wohl recht selten) gar Enkel haben, so daß eine erzieherische Einwirkung durch Potestativbedingungen auch nach römischer Auffassung nicht mehr angebracht war. Zumindest in solchen Fällen wäre allerdings eine differenzierte Beurteilung der Bedingungen notwendig, doch kann davon ausgegangen werden, daß gerade die römischen Juristen, die schematischer Bewertung abgeneigt waren und jeden Einzelfall prüften, insoweit die Umstände jeweils berücksichtigten.

Der erzieherische Aspekt schließlich wird nicht von allen Quellenstellen gedeckt. Nach Biondi¹¹² und Bund¹¹³ lag der Grund für die Unwirksamkeit der *legata poenae nominatae* - zu Strafzwecken eingesetzter Legate¹¹⁴ - darin, daß es nicht Zweck der Erbeinsetzung sein sollte, den Bedachten zu bestrafen. Wenn auch einer Bedingung aus erzieherischen, in der Autorität begründeten Aspekten meist Toleranz entgegengebracht wurde, so zog man doch die Grenze bei diesen rein als Strafe gedachten Legaten. In diesen Fällen sah man einen Mißbrauch der Möglichkeit letztwilliger Verfügung zu Strafzwecken, der nicht gebilligt wurde, anders als die Versuche erzieherischer Einwirkung, die durchweg akzeptiert wurden.

Zu berücksichtigen ist ferner, daß der Testator auch durch die Regeln und Institute des Erbrechts eingeschränkt wurde, etwa durch die *querela inofficiosi testamenti* oder die *quarta Falcidia*, so daß auch aus diesen Rechtsinstituten hergeleitet werden

¹¹² Giondi, *Successione*, S. 207 ff.

¹¹³ Bund, *FG v. Lübtow* 1970, S. 353 (370 f.).

¹¹⁴ Dazu näher Kaser, *Römisches Privatrecht I*, S. 749 m.w. N.

kann, daß dem Testator nicht nur die sehr effektiven¹¹⁵ sittlich-gesellschaftlichen, sondern im Lauf der Zeit auch rechtliche Grenzen gesetzt waren. Grundsätzlich wurden die Kinder als heredes necessarii angesehen¹¹⁶, und während in früherer Zeit lediglich gesellschaftlich-soziale Kontrollmechanismen existierten, wurden später auch rechtlich durchsetzbare entwickelt.¹¹⁷

c) Abwägung und Ergebnis

Dennoch kann bei einer Abwägung der dargelegten Überlegungen und Argumente für das römische Recht gesagt werden, daß die patria potestas und das ius vitae necisque sowie die sich aus dem Einfluß der Familie und der Vorfahren ergebenden Aspekte eher zu einer großzügigen Behandlung von Potestativbedingungen führten, zumal pietas und obsequium der gesamten Familie entgegenzubringen waren¹¹⁸, allerdings auch jeweils gegenseitig galten.¹¹⁹ Zwar darf die Gewaltfreiheit, die der suus heres mit dem Erbfall erlangte, insbesondere angesichts der Wertschätzung, die der Freiheit entgegengebracht wurde, nicht unterschätzt werden. Jedoch durchzog die Achtung vor den Vorfahren, den maiores, insbesondere vor deren Heldentaten¹²⁰, Einstellungen und Erkenntnissen¹²¹, und daraus folgend auch vor den älteren Familienmitgliedern, nicht nur das private Leben in Familie und Erziehung, sondern auch - mit maßgeblicher machtpolitischer Relevanz - das öffentliche Leben, das Staatsrecht und den Staatsaufbau. Bei jeder Form der Entscheidungsfindung über Fragen von einiger Erheblichkeit fanden diese Gesichtspunkte Berücksichtigung. Die Grenze zog man - wie dargelegt - erst bei reinen Poenallegaten, die nicht positiv als Versuch erziehender Beeinflussung, sondern negativ als Drohung bzw. Strafe dienen sollten und daher nicht zugelassen wurden.¹²² Insoweit wurde die individuelle

¹¹⁵ So Paulus, SZ 111 (1994), S. 425 (427 unter Berufung auf Seneca).

¹¹⁶ Paulus, SZ 111 (1994), S. 425 (427 m.w. N.).

¹¹⁷ Zu diesen Grenzen eingehend Paulus, SZ 111 (1994), S. 425 (427 ff. m.w. N.).

¹¹⁸ Saller, Patriarchy, S. 105 ff., 131.

¹¹⁹ Saller, Patriarchy, S. 110 ff. u. öfter.

¹²⁰ Vgl. A. Alföldi, Vater des Vaterlandes, S. 54 m.w. Quellennachweisen.

¹²¹ Dazu statt aller Dixon, Roman Family, S. 150 ff. m.w. N.; Ariès/Duby, Bd. I, S. 174; Schulz, Prinzipien, S. 57 ff., 69 ff.; Kroll, Ciceronische Zeit, S. 39 ff.

¹²² Gai. II, 235; v. Savigny, System III, S. 132.

Absicht des Testators untersucht, ob er dem Bedachten den Verlust der Zuwendung androhen und ihn strafen oder tatsächlich eine Bedingung errichten wollte.

Nur letztere war vom Willen des Bedachten abhängig und daher gestattet. Erst unter Justinian waren auch Poenallegate wirksam.¹²³

Zudem war, wie ausgeführt, der Bedachte wegen der allgemein geringen Lebenserwartung häufig noch jung, und eine Beeinflussung erschien angesichts der möglicherweise (aus Sicht der Römer) noch angebrachten weiteren Erziehung notwendig oder zumindest nicht unzulässig. Vorschriften hinsichtlich der persönlichen Lebensführung und deren Durchsetzung mittels einer Bedingung bei letztwilligen Zuwendungen erschienen dabei nicht nur unproblematisch, sondern häufig sogar aus damaliger Sicht objektiv angebracht. Auf die Erziehungsziele und -methoden wird im folgenden näher eingegangen.

Hauptsächlich aber muß die logische Verknüpfung der Bedingungserfüllung mit der Erbeinsetzung zu der weitgehenden Geltung von Potestativbedingungen im römischen Recht geführt haben: weil die Erfüllung der Forderung des Verstorbenen nach dessen Willen der Erlangung der Erbenstellung, d.h. der Fortführung seiner Person und seines Vermögens, logisch und zeitlich vorgeschaltet ist, kann zwar im Falle der Nichterfüllung die persönliche Unabhängigkeit bzw. persönliche Freiheit des suus eintreten, nicht aber das Einrücken gerade in die Stellung des Erblassers.

Deshalb besteht nur ein scheinbarer Widerspruch zwischen der Pflicht zur Erfüllung der Bedingung, wenn der Gewählte in die Rechte des Verstorbenen eintreten will, und der dadurch erworbenen völligen Unabhängigkeit, die die Beeinflussung durch andere ausschließt: der bedingt Bedachte ist zwar durchaus frei, sich gegen die Rechtsnachfolge zu entschließen. Will er sie aber antreten, so gewinnt er die uneingeschränkte Stellung des verstorbenen pater familias erst, wenn er nach dessen Willen in seine Position einrücken soll, folglich nach Erfüllung der (Potestativ-) Bedingung. Der Bedachte hat es daher selbst in der Hand, ob der Versuch des Erblassers, auf ihn Einfluß zu nehmen, Erfolg hat. Er muß für sich persönlich abwägen, ob er die Bedingung erfüllen und damit die Erbschaft erlangen will. Der Testierfreiheit des Erblassers entspricht die Privatautonomie des Bedachten, der frei

¹²³ C, 6, 41; Inst. 2, 20, 36; dazu v. Savigny, System III, S. 132 f.

entscheiden kann, allerdings dann auch die Konsequenzen in Kauf nehmen muß. Beide Freiheiten kollidieren allerdings, so daß praktisch häufig ein Zwang für den Bedachten entstand.

II. Die römischen Erziehungsideale

Eng im Zusammenhang mit den soeben erörterten Grundsätzen stehen die Ideale der römischen Erziehung, insbesondere ihre Ziele, Grundsätze und Methoden.

1. Erwerb der Geschäftsfähigkeit

Während heutzutage die Rechtsfähigkeit – die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein – aus der Freiheit aller Menschen und aus ihrer Gleichheit vor dem Gesetz als eine einheitliche verstanden wird, beantworteten die Römer die Frage, welche Rechte jemand hat, für jede Menschengruppe besonders. Dabei gab es drei Gesichtspunkte, nach denen die Rechtsstellung des Menschen abgestuft sein konnte, nämlich nach der Freiheit (*libertas*), nach dem Bürgerrecht (*civitas*) und nach der Stellung im Familienverband.

Der freie Mensch war zwar von Geburt an rechtsfähig und konnte daher, soweit dies ohne sein Zutun möglich war, schon im Kindesalter Rechte erwerben, beispielsweise durch Erbfolge oder durch seine Sklaven. Die Fähigkeit, durch eigenes Handeln rechtliche Wirkungen auszulösen, also die Handlungsfähigkeit, verlangte jedoch von ihm eine höhere Altersreife¹²⁴ und das Nichtvorliegen von Eigenschaften, die seiner Eignung im Weg stehen konnten.

a) Allgemeines

¹²⁴ Vertiefend und sehr eingehend Knothe, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung, Frankfurt/Main, Bern 1983.

Das heutige Recht unterscheidet die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte in eigener Person gültig vorzunehmen – also die Geschäftsfähigkeit – von der Fähigkeit, sich durch unerlaubte Handlungen verantwortlich zu machen, der sogenannten Deliktsfähigkeit. Für das römische Recht gab es diese klare Unterscheidung nicht.

Kinder, die noch nicht imstande waren, die Worte der Formalakte zu sprechen (*qui fari non possunt*), sogenannte *infantes*, waren völlig handlungsunfähig, also von allen Rechtsgeschäften und von deliktischer Verantwortung ausgeschlossen. In der nachklassischen Zeit läßt man die *infantes* im allgemeinen bis zum 7. Lebensjahr reichen.

Unmündige, sogenannte *impuberes*, waren Jugendliche vor der Geschlechtsreife. Deren Eintritt wurde bei Knaben zunächst von Fall zu Fall beurteilt und durch die feierliche Anlegung der *Mannestoga* anerkannt. Spätere Juristen nahmen die *pubertas*, also die Mündigkeit, stets mit vollendetem 14. Lebensjahr an, während Mädchen seit alters her mit vollendetem 12. Lebensjahr als *puberes* galten.¹²⁵

Impuberes infantia maiores konnten grundsätzlich Rechtsgeschäfte vornehmen, bedurften aber, wenn sie gewaltfrei waren und das Geschäft ihre Rechtslage nicht nur verbesserte, der *auctoritas tutoris*. Dies galt für alle Geschäfte, mit denen sie Verpflichtungen eingingen oder Rechte aufgaben oder belasteten. Der Vormund mußte beim Abschluß anwesend sein und das Geschäft anfangs förmlich, in klassischer Zeit zumindest formlos bestätigt werden.

Frauen waren bei den Römern, ebenso wie bei den Griechen, Germanen und anderen Völkern der Vergangenheit, mit den Männern nicht gleichberechtigt. Im öffentlichen Leben waren sie von den staatlichen Aufgaben ausgeschlossen, und auch die Familiengewalt war ihnen versagt: *pater familias* konnte nur ein Mann sein. Geisteskrankheit (*furor*) machte die Betroffenen völlig geschäfts- und deliktsunfähig, und ein Verschwender (*prodigus*) war zwar grundsätzlich geschäfts- und deliktsfähig, doch konnte seine Geschäftsfähigkeit schon nach den XII Tafeln¹²⁶ beschränkt werden, so daß er nur Geschäfte vornehmen durfte, die ihn bereicherten. Sklaven

¹²⁵ Vgl. beispielsweise G.1, 196; Inst. 1, 22pr.

¹²⁶ 5, 7 c.

waren öffentlicher und privater Rechte unfähig und standen im Eigentum ihres Herrn, waren jedoch in begrenztem Umfang fähig, rechtlich zu handeln, wobei die Wirkungen dieses Handelns von der Unterworfenheit unter die Herrengewalt bestimmt waren.

b) Auswirkungen auf die Beurteilung von Potestativbedingungen

Ein so eingehend geregeltes System wie das römische Recht der Geschäftsfähigkeit kann bedeuten, daß darin der Schutz und die Beeinflussung Minderjähriger abschließend geregelt sein soll und eine weitere Einflußnahme auf Volljährige bzw. Geschäftsfähige nicht vorgesehen ist. Grundsätzlich wurde davon ausgegangen, daß eine Person, die voll geschäftsfähig (d.h. weder pupillus noch minor) war, eben nunmehr keiner weiteren Betreuung und Beratung bedurfte. Daraus könnte man herleiten, daß auch eine Einwirkung in Gestalt von testamentarischen Anweisungen oder gar Potestativbedingungen seitens der Eltern für Volljährige nicht zulässig war. Wie sich aber bereits aus dem Verhältnis der Eltern zu den Kindern Gesagten ergibt, war häufig das Gegenteil der Fall. Dies resultiert daraus, daß durch die rechtlichen Regelungen zwar häufig feste Grenzen gezogen wurden - insbesondere zum Schutz des Rechtsverkehrs -, dies aber kaum Auswirkungen auf das persönliche Verhältnis zwischen pater familias und Kindern hatte. Vielmehr war die Autorität des pater familias unabhängig vom Alter des Kindes; selbst wenn dieses seinerseits schon Kinder hatte und / oder sogar emanzipiert und damit unabhängig war, blieb die respektvolle Achtung vor dem pater familias unberührt. In jedem Fall war der Familienvater älter und erfahrener, so daß seine Wünsche stets besonderes Gewicht hatten; die Pflicht des erwachsenen Kindes zu reverentia (Achtung, Ehrerbietung) und obsequium¹²⁷ blieb bestehen. Wie oben erörtert, stand die Autorität zumindest in der Idealvorstellung im Rang sogar über der gesetzlich verliehenen Macht und Amtsgewalt.

Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich wieder die sorgfältige Trennung zwischen Gesetzesrecht einerseits und Sitte und Übung andererseits. Letztere waren in keiner Weise rechtsverbindlich festgelegt oder mit rechtlich zwingenden Sanktionen

¹²⁷ Dazu Saller, Patriarchy, S. 105 ff.

bewehrt, gleichwohl wurden sie als mores maiorum so streng befolgt, als wäre dies der Fall.¹²⁸ Schulz¹²⁹ bezeichnet dies als "das originelle und doch einfache System der Römer, Freiheit und Gebundenheit zu vereinen".

Demnach spielte aufgrund der sehr hohen Wertschätzung, die der Autorität des pater familias entgegengebracht wurde, das Vorhandensein oder Fehlen der Geschäftsfähigkeit bei einem unter einer Potestativbedingung Bedachten keine große Rolle. Der Bedachte konnte nicht unter Hinweis auf seine Geschäftsfähigkeit oder sein Alter eine Potestativbedingung beanstanden; vielmehr war stets - jedenfalls sofern der Testator sein pater familias oder älter oder reicher an Autorität war - unter diesem Aspekt dem Testatorinteresse der Vorzug zu geben.

2. Erziehungsmethoden und -ziele

Die Erziehung der Jugend in römischer Zeit hatte - wie in jeder Phase der Geschichte - letztlich zum Ziel, die Kinder (jedenfalls die männlichen) zu unabhängigen, selbständigen und entsprechend den jeweiligen Moralvorstellungen integren Menschen zu erziehen. Daß die grundlegende Erziehung in der Elementar-Schule vor allem in älterer Zeit im wesentlichen von Strenge, Prügelstrafen und Schlägen begleitet war¹³⁰, ist hier weniger von Belang. Im folgenden sollen insbesondere die für die vorliegende Untersuchung maßgebliche Einflußnahme über den Eintritt in die "Volljährigkeit" hinaus nach Art, Umfang und Zweck sowie die gesellschaftliche Akzeptanz von Beeinflussungen beleuchtet werden.

In diesem Zusammenhang ist das ius vitae necisque nicht als Legitimation für unbegrenzte Eingriffe anzusehen. Wie oben dargestellt, stand dem pater familias das ius vitae necisque¹³¹, das eine vollkommene, umfassende Einflußnahme gestattet hätte, nur im Rahmen seines Schutzzwecks, gebunden durch Treue- und Fürsorgepflichten, in späterer Zeit ohnehin nur noch theoretisch zu.

¹²⁸ Vgl. Kroll, Ciceronische Zeit, S. 40.

¹²⁹ Schulz, Prinzipien, S. 127.

¹³⁰ Vgl. Marrou, Erziehung, S. 502 ff. m.w. N.; dazu auch Saller, Patriarchy, S. 148 ff. m.w. N.

¹³¹ Vgl. Wacke, Artikel "patria potestas" im HRG.

Schließlich ist von Bedeutung, daß die patria potestas nicht etwa, wie aus heutiger Sicht verständlich wäre, negativ als übermäßige Machtposition, sondern positiv, als Grundschema und Maßstab für die gesellschaftliche Hierarchie angesehen wurde. Sie bedeutete nicht nur Macht, sondern auch und vor allem Verantwortung.

Vielmehr soll nun auf tatsächlich übliche, auch später im Bewußtsein als zeitgemäß angesehene Aspekte eingegangen werden.

a) Allgemeines

Grundsätzlich läßt sich die konservative Grundeinstellung der Römer¹³² besonders im Bereich der Erziehung feststellen. Regeln und Anweisungen enthalten häufig Hinweise auf die veteres oder die mores maiorum.¹³³ Vielfach stellt sogar ganz allgemein die Angabe, "so sei es schon seit alters her", die einzige Begründung dar¹³⁴; "die Autorität rückt an die Stelle der Gründe"¹³⁵, insbesondere bei den Juristen.¹³⁶ Grundlage dessen ist der Gedanke, Bewährtes nicht leichtfertig aufzugeben, verbunden mit dem Respekt vor den ruhmreichen (eigenen) Vorfahren¹³⁷ sowie vor älteren, erfahrenen Menschen im allgemeinen.¹³⁸ Erfahrene, berühmte Männer nahmen auch einen Teil der staatspolitischen Ausbildung der jungen Römer wahr.¹³⁹ Mit dem Anwachsen Roms zur Großstadt und zum Weltreich, der damit verbundenen Zunahme von "Proletariern und Fremden"¹⁴⁰ und damit vielfältigem Gedankengut

¹³² Zur zentralen Bedeutung der konservativen Grundhaltung schon v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 334 ff.

¹³³ Vgl. nur Cic. de sen. XIX, 64 u. Augustus RG VIII, 5 (exempla maiorum); w. N. bei Dixon S. 150 Fn. 86, 87; Schulz, Prinzipien, S. 57 ff. m.w. N.; Kroll, Ciceronische Zeit, S. 40 ff.

¹³⁴ Ariès/Duby, Bd. I, S. 174; Kaser, Methode, S. 49 (56 f., insbes. Fn. 36); zum Respekt vor den Vorfahren als wesentliches Erziehungsziel auch Rawson in: Rawson, Roman Family, S. 41 f.

¹³⁵ Pernice, zitiert bei Schulz, Prinzipien, S. 125.

¹³⁶ Schulz, Prinzipien, S. 125 ff.

¹³⁷ Vgl. Kroll, Ciceronische Zeit, S. 34 ff.; Marrou, Erziehung, S. 435 ff. m.w. N.

¹³⁸ Vgl. zu dem hohen Respekt vor den maiores/veteres nur Dixon, Roman Family, S. 21 ff., 37; Rawson in: Rawson, Roman Family, S. 41 f.

¹³⁹ Vgl. Marrou, Erziehung, S. 432 ff. m.w. N.

¹⁴⁰ So Bruck, Über römisches Recht, S. 94.

verstärkte sich besonders in den großen Familien das Bestreben, alte Werte und Traditionen zu bewahren, um den Staat in der bisherigen Form zu erhalten.¹⁴¹

Bei der Beurteilung von Testamentsbedingungen wirkte sich diese gedankliche Grundlage insofern aus, als auch der Erblasser häufig älter, erfahrener und damit respektwürdiger war als der bedingt Bedachte. Damit lag bereits ein erhebliches Gewicht zugunsten des Testators und zulasten des Bedachten vor.

¹⁴¹ Bruck, Über römisches Recht, S. 94 ff.; zum Traditionsbewußtsein Kroll, Ciceronische Zeit, S. 33 ff.

b) Disziplin und Gehorsam

Vorherrschend ist das erzieherische Bestreben nach Disziplin und Gehorsam¹⁴² - die Römer waren ein Soldatenvolk -, aber auch nach pietas im Sinne von respektvoller Zuneigung.¹⁴³ Die straffe, militärische Organisation des gesamten Staates wirkte sich insoweit auch in den Erziehungsidealen aus.¹⁴⁴ Dieses Ziel verfolgten die Eltern teils selbst, teils mit Hilfe von Lehrern und Erziehern. Die Familie diente insoweit der Vorbereitung auf den Dienst an der res publica, der später etwa in der Staatsverwaltung oder als Soldat ausgeübt wurde. Auf die dort herrschende hierarchische Ordnung sollte der junge Mensch (d.h. der junge Mann) vorbereitet werden. Eine Frau hatte zunächst dem pater familias, später ihrem Ehemann zu gehorchen und ihrerseits Kinder entsprechend den gesellschaftlichen Anforderungen zu erziehen. Cicero (De off. I 17, 54) sagt dazu, die Familie sei das "seminarium rei publicae", die "Baumschule der Gesellschaft". Res publica wird heute häufig mit "Staat" übersetzt, hatte indes in römischer Zeit nicht die distanzierte Bedeutung, die "der Staat" heute für den normalen Bürger hat, der sich häufig damit nicht mehr identifiziert. Vielmehr wurde res publica tatsächlich als "die öffentliche Sache" im Sinne von "unser aller Angelegenheit" oder salus publica betrachtet. Deshalb sollte die Erziehung bewirken, daß der junge Mann sich als Erwachsener für den Staat - also für "unser aller Wohl" - einsetzte. Dies wiederum war nur möglich, wenn die Erziehung ihn auf hierarchische Ordnungen vorbereitete¹⁴⁵ und ihm Identifikation mit Staat und Gesellschaft vermittelte. Die Familie war daher als kleinste gesellschaftliche Einheit ebenso organisiert wie der Staat im Ganzen; auch in ihr stand die moralische Machtposition (Autorität) neben der rechtlichen (potestas).¹⁴⁶

Dieser besondere Stellenwert von Disziplin, Gehorsam und pietas, die dem pater familias unabhängig vom Alter des Kindes bis zum Tode entgegengebracht werden mußten, führte wohl zu toleranter Behandlung von Potestativbedingungen. Man hielt die Erziehung bzw. das Erfordernis einer solchen nicht mit dem Eintritt der Volljährigkeit für beendet; daher erschien es regelmäßig als nicht zu beanstanden,

¹⁴² Vgl. A. Alföldi, Vater des Vaterlandes, S. 46.

¹⁴³ Dazu eingehend Saller, Patriarchy, S. 105 ff.

¹⁴⁴ Dazu v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 246 ff., 263 ff.

¹⁴⁵ Vgl. v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 246 ff., 263 ff.

¹⁴⁶ Dazu schon v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 179 ff.

wenn der Testator auch über seinen Tod hinaus noch versuchte, den Bedachten zu beeinflussen, sofern er nicht - für jedermann erkennbar - diesem schaden oder ihn verhöhnen wollte.¹⁴⁷ Solche Extremfälle kamen indes selten vor: Meist wollte der Erblasser "nur das Beste" des Bedachten; freilich konnte dieser anderer Meinung sein, doch half ihm das in aller Regel nichts.

c) Pflicht zur Dankbarkeit

Hier wird nicht die Dankbarkeit unter Freunden erörtert, die in den oft zahlreichen Vermächtnissen Ausdruck fand¹⁴⁸, sondern die Dankbarkeit innerhalb der Familie gegenüber den Älteren. Trotz der faktischen Abschwächung der Machtposition des pater familias blieb die auf seiner Autorität beruhende Verpflichtung des Kindes zur Dankbarkeit, zu pietas und obsequium gegenüber der ganzen Familie einschließlich der Ahnen¹⁴⁹, was auch die Pflicht zur Versorgung der Eltern im Alter beinhaltete¹⁵⁰, diesem gegenüber erhalten. Anlaß zur Dankbarkeit bestand nach damaliger Auffassung zunächst, weil das Kind seine Existenz den Eltern verdankte, ferner für seine Aufzucht und Erziehung. Darüberhinaus nahm es an der sozialen Stellung des Vaters sowie an Ruhm und Tradition der Familie teil.¹⁵¹

Allerdings stand dieser Pflicht der Kinder die moralisch-sittliche Pflicht des pater familias gegenüber, die eigenen Kinder zu Erben einzusetzen.¹⁵² Eine Enterbung war - wie dargelegt - rechtlich zwar möglich, moralisch aber nur gerechtfertigt, wenn besondere Umstände vorlagen.¹⁵³

¹⁴⁷ Die Existenz verspottender oder beschimpfender Testamente ergibt sich z. B. aus Ulp. D. 28, 5, 9, 8 Marc. D. 28, 7, 14 u. 16; Ulp. D. 30, 71 pr; vgl. auch Tacitus, Annal. VI, 38 und dazu Lassalle, System II, S. 49 f.; ferner Bund, FG v. Lübtow, S. 353 (370 f.); Wacke, FS Universität Köln, S. 325 (341) m.w. N.

¹⁴⁸ Dazu Ariès/Duby, Bd. I, S. 150 f.; v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 34 ff., 148 ff.; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (51, 55); Champlin, S. 147 ff. m.w. N.

¹⁴⁹ Vgl. Saller, Patriarchy, S. 131.

¹⁵⁰ Saller, Patriarchy, S. 126.

¹⁵¹ Kroll, Ciceronische Zeit, S. 35 ff.

¹⁵² Zahlreiche Nachw. bei Paulus, Idee, S. 55; Champlin S. 19 ff.: honestum testamentum.

¹⁵³ Dazu Saller, Patriarchy, S. 123.

Dementsprechend stand dem Erblasser als minus gegenüber der Enterbung die abgeschwächte Möglichkeit offen, ein Kind unter einer Bedingung einzusetzen. Dadurch konnte der Erblasser versuchen, zu erreichen, was ihm vielleicht zu Lebzeiten nicht gelungen war: Den Bedachten "vom falschen Wege abzubringen" oder ihm einen Fehler bewußt zu machen, damit er ihn ablege.

Diese Aspekte konnten jedenfalls dann zu einer großzügigeren Handhabung von Potestativbedingungen führen, wenn der Erblasser und pater familias erkennbar ein - aus der Sicht der Beurteilenden - vernünftiges Ziel verfolgte.

Es entsprach somit der Dankbarkeit gegenüber dem Testator, seinen Wünschen soweit als möglich nachzukommen. Vermutlich galt es oft schon als Zeichen großer Undankbarkeit, wenn ein Bedachter - insbesondere ein Kind des Erblassers - sich weigerte, eine Potestativbedingung zu erfüllen und versuchte, gleichwohl in den Genuß des Zugesprochenen zu gelangen.

d) Wahrung überlieferter Ideale

Bedeutsam war ferner die Verteidigung überkommener Ideale, deren Wurzeln bis in die sagenhafte Vorzeit Roms zurückreichen. In der Regel war der pater familias als Familienvorstand das älteste (männliche) Familienmitglied. Da jedoch - bis auf den heutigen Tag - oft gerade die älteren Personen konservativ und Veränderungen gegenüber skeptisch sind, läßt sich wohl sagen, daß in vielen römischen Familien regelmäßig das konservativste Mitglied die Macht ausübte.¹⁵⁴

Auch in diesem Zusammenhang ist der Stellenwert der Familie von großer Bedeutung. Trotz wachsender Weltoffenheit der Römer mit zunehmender Vergrößerung des Reiches und der Möglichkeiten, die Kinder vielfältig - auch auswärts - ausbilden zu lassen¹⁵⁵, verblieb doch eine besondere Wertschätzung für die heimischen, von den Vorfahren tradierten Auffassungen, Fähigkeiten und

¹⁵⁴ Paulus, Idee, S. 50.

¹⁵⁵ Das Erlernen von utriusque linguae, jedenfalls zwei Sprachen, gehörte mit zunehmender wirtschaftlicher Verflechtung zu den Erziehungszielen, vgl. Wacke, SZ 110 (1993), S. 14 ff., 17.

Eigenschaften.¹⁵⁶ Dabei läßt sich eine gewisse Bevorzugung des praktischen gegenüber dem theoretischen Wissen feststellen¹⁵⁷, die ihre Ausprägung im juristischen Bereich in der Neigung zur Einzelfallbeurteilung findet: der Schwerpunkt der römischen Juristen lag eher in der Lösung des zur Entscheidung anstehenden Falles als in der Bildung abstrakter Regeln.¹⁵⁸ Mit Viehweg¹⁵⁹ kann man sagen, daß das Interesse an der Theorie gegenüber der Praxis eher geringer war.

e) Nachsicht gegenüber Jugendlichen

In fast jeder Gesellschaftsform entstehen Konflikte zwischen den Generationen¹⁶⁰, und in vielen kultivierteren Gesellschaften entwickelt sich eine gewisse Nachsicht für junge Menschen, die etwas verbessern, d.h. verändern wollen. Ebenso aber werden Grenzen gezogen, und nur innerhalb dieser wird Geduld geübt. Nicht anders war es in der römischen Gesellschaft.¹⁶¹ Cicero¹⁶² und Quintilian¹⁶³ etwa plädierten öffentlich für mehr Nachsicht gegenüber Jugendlichen. Die Geduld, die jungen Menschen entgegengebracht wird, beruht zum einen darauf, daß sich zumindest manche der Erwachsenen daran erinnern, wie sie selbst sich in jungen Jahren verhalten haben.¹⁶⁴ Zum anderen erwächst sie aus der Erkenntnis, daß nur aus Veränderungen Fortschritt entsteht, und daß viele spätere Errungenschaften, zu Selbstverständlichkeiten geworden, erst durch harte Kämpfe oft junger Menschen erreicht wurden.

Auch die Nachsicht gegenüber jungen Menschen in Verbindung mit den ihnen gesetzten Grenzen wirkte sich vermutlich auf die Beurteilung von

¹⁵⁶ Dixon, Roman Family, S. 116 f. m.w. N.

¹⁵⁷ Dixon, Roman Family, S. 117 f. m.w. N.

¹⁵⁸ So auch Bruck, Über römisches Recht, S. 71 u. passim.

¹⁵⁹ Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 58 u. passim.

¹⁶⁰ Vgl. dazu etwa Bertrouan, Conflict of Generations; dazu auch Wacke, SZ 112 (1995), S. 239 (318 f.), je m.w. N.

¹⁶¹ Ariès/Duby, Bd. I, S. 36 f.; Dixon, Roman Family, S. 146 f. m.w. N.

¹⁶² Cicero, Pro Caelio 18, 42.

¹⁶³ Quintilian, Inst. Oratoriae I, 1, 20 ff.

¹⁶⁴ Saller, Patriarchy, S. 125 zitiert hierzu auch Plinius.

Potestativbedingungen aus. Man bewertete das geforderte Verhalten nicht nur hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den guten Sitten, sondern auch im Hinblick darauf, ob unter dem Aspekt der oben beschriebenen Nachsicht eine Einflußnahme tatsächlich erforderlich erschien. Es konnte vorkommen, daß im Einzelfall unter Berücksichtigung und Abwägung aller Umstände, auch wegen der in gewissen Grenzen geübten Nachsicht die Entscheidung zugunsten des Bedachten ausfiel.

f) Rechtliche Besonderheiten im Eltern-Kind-Verhältnis

Zwischen Eltern und Kindern waren etwa infamierende Klagen ausgeschlossen; außerdem konnten Kinder ihre Eltern nicht gegen deren Willen vor Gericht laden.¹⁶⁵ Daraus ergibt sich eine gewisse Unterlegenheit einer Person gegenüber den eigenen Eltern, die gegenüber Fremden nicht gegeben ist, aber auf den besonderen persönlichen Bindungen sowie dem (erwarteten bzw. vorausgesetzten) Respekt vor den Eltern basiert. Im Testamentsrecht wurde das bereits oben § 3 erörterte Pflichtteilsrecht (zunächst formelles Noterbrecht, später quarta Falcidia) entwickelt.

g) Enterbung als Sanktion

Aus dem Gesagten ergeben sich erzieherische Motive für Erblasser, ihre Nachfahren zu beeinflussen. Im Testament können Anweisungen gegeben werden, die den Wünschen des Testators entsprechen, und in der - mehr oder weniger ausdrücklich - angedrohten Enterbung findet sich ein wirkungsvolles Druckmittel, eine Sanktion für unerwünschtes Verhalten.¹⁶⁶ Wenn es auch moralische Pflicht war, die eigenen

¹⁶⁵ Dazu Schulz, Prinzipien, S. 136 f.

¹⁶⁶ Paulus, Idee, S. 51 f.; SZ 111 (1994), S. 425 (426).

Kinder als Erben einzusetzen¹⁶⁷, so beweisen doch die Quellen, daß Testatoren in vielen Fällen, zu Recht oder zu Unrecht, anders verfügten.

Die Enterbung als letzte und gleichzeitig weitgehendste Sanktion des Erblassers wurde ihrer Bedeutung und Tragweite entsprechend auch schon zu Lebzeiten angedroht, um Wohlverhalten im Sinne des Testators zu erreichen.¹⁶⁸ Der Enterbte verlor nicht nur das Vermögen, sondern sämtliche Vorzüge der Familienzugehörigkeit, die Achtung und das "Sozialprestige" der Familie. Daher konnte bereits eine solche Drohung durchaus von großer Wirksamkeit sein. War der Testator dennoch nicht sicher, bislang genügend Einfluß genommen zu haben, konnte er dies mit bedingten letztwilligen Bedenkungen nachholen. Andererseits erzeugte die Unüblichkeit der Enterbung erheblichen Rechtfertigungsdruck beim Erblasser, der gute Gründe anführen mußte, um nicht seinerseits durch eine letztwillige Verfügung sein Ansehen und damit gleichzeitig das der Familie zu gefährden.

3. Abwägung und Ergebnis

In der Gesamtschau erscheint der erzieherische Aspekt als wesentliches Argument für eine großzügige Beurteilung der Zulässigkeit testamentarischer Bedingungen. Zwar läßt sich gegenteilig argumentieren, mit dem Tod des Erblassers solle völlige Freiheit des Erben eintreten und damit auch die Einflußnahme ein Ende haben. Jedoch überragte die Autorität der Verstorbenen sowie die Achtung vor den maiores¹⁶⁹ sehr häufig den "Anspruch" des Bedachten auf freie Lebensgestaltung. Letztlich war das Testament ein "Kommunikationsmittel"¹⁷⁰ für den Verstorbenen, dem Bedachten noch nach seinem Tod etwas mitzuteilen und meist auch durchzusetzen, soweit nicht die aufgezeigten Grenzen bestanden, und ein den eigenen Tod überdauerndes Erziehungsinstrument, beruhend auf der Auffassung, daß die Erziehung nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt abgeschlossen war.

¹⁶⁷ Zahlr. Nachw. bei Paulus, Idee, S. 55.

¹⁶⁸ Nachw. bei Paulus, Idee, S. 50.

¹⁶⁹ Dazu Dixon, Roman Family, S. 21 ff., 37, 150 ff.; Ariès/Duby, Bd. I, S. 174.

¹⁷⁰ So Paulus, Idee, S. 75.

III. Die Einstellung zum Familienvermögen

Wie bereits oben kurz dargelegt, waren Potestativbedingungen betreffend die Eheschließung in weitem Umfang zulässig, soweit sie nicht gegen die guten Sitten oder den Zweck der Ehe verstießen, d.h. insbesondere die Ehelosigkeit oder Scheidung forderten¹⁷¹. Dies resultiert wohl in erster Linie daraus, daß zu römischer Zeit die Ehen jedenfalls in der gehobenen Schicht häufig von den Familienoberhäuptern arrangiert wurden und im wesentlichen Bestandteil der Strategie des *pater familias* zur Verbesserung der gesellschaftlichen Position der Familie waren. Dies galt zwar nicht für das gesamte Volk, sondern vor allem für die großen und mächtigen Familien. Hinsichtlich testamentarischer Anordnungen sind indes hauptsächlich diese interessant, weil dort erhebliches Vermögen vorhanden war und über dieses in aller Regel detailliert letztwillig verfügt wurde.

Ferner kann zur Begründung auf die Ausführungen zur Stellung des *pater familias* verwiesen werden: Dieser hatte eine absolute Machtposition gegenüber seinen Kindern. Folglich konnte er auch in erheblichem Umfang Einfluß auf deren Eheschließungen nehmen, selbst wenn diese grundsätzlich freiwillig sein sollten (Alex. C. 8, 38, 2 (223 p. Chr.): *Libera matrimonia esse antiquitus placuit*). Daher nahm man keinen Anstoß daran, daß ein Testator im Wege einer Bedingung versuchte, den Bedachten entsprechend seiner diesbezüglichen Vorstellungen zu beeinflussen.

Dieser Aspekt verdient besondere Beachtung. Die Römer bewahrten sich ihren ausgeprägten Familiensinn, der aus der archaischen Zeit herrührte, durch ihre gesamte Geschichte hindurch. Ruhm und Ehre der Vorfahren wirkten für den Ruf und das Selbstwertgefühl der Familien fort¹⁷², ebenso vermutlich die Wohltaten der Verstorbenen oder Zuwendungen an verstorbene Familienmitglieder. Zwar verlor die Sippenzugehörigkeit mit Vergrößerung des Staatswesens ihre lebenswichtige

¹⁷¹ Vgl. nur Meincke, FS Kaser 1976, S. 437 (440 ff.); auch v. Savigny, System III, S. 180 ff. mit Quellennachweisen; ferner Bürge, SZ 105 (1988), S. 312 ff.

¹⁷² Statt aller Kroll, Ciceronische Zeit, S. 34 ff.

Bedeutung, doch legten insbesondere die alten Patrizierfamilien stets Wert auf ihre Abstammung und die Taten ihrer Vorfahren. Sie empfanden nach wie vor ein besonderes Zusammengehörigkeitsgefühl, das sich gegebenenfalls auch in der Abgrenzung von anderen, nicht zugehörigen Personen äußerte¹⁷³ und insbesondere bei den Testiersitten Konsequenzen hatte, auf die im folgenden näher eingegangen wird.

1. Der Aspekt der Zusammenhaltung des Familienvermögens

Aus den bereits beschriebenen Einstellungen resultierend und untrennbar mit diesen verbunden findet sich die Einstellung, das Vermögen bzw. jedenfalls den Vermögensstamm in erster Linie der Familie, d.h. wiederum in erster Linie den Kindern, zu erhalten.¹⁷⁴ Vgl. z. B. Proc. D. 31, 47 zur Bevorzugung des Erben bei unterschiedlichen Legaten in verschiedenen Ausfertigungen desselben Testamentes und Pomp. D. 30, 26, 2 zum favor heredis bei der Frage, ob bei Vermächtnis von Vermögensanteilen die Teile oder der Wert zu entrichten sei, ferner Ulp. D. 37, 11, 2 pr zur Rangordnung nach praetorischem Recht unter dem Aspekt der Erhaltung des Nachlasses für die Familie:

Aequissimum ordinem praetor secutus est: voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum. exspectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonorum possessionem petere possunt: quod si tempus fuerit finitum aut ante decesserint vel repudiaverint vel ius petendae bonorum possessionis emiserint, tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.

Der Praetor befolgt eine äußerst billige Rangordnung: Denn er wollte, daß der Nachlaßbesitz wider den Testamentsinhalt in erster Linie den Kindern gebühren, und dann, wenn er hiernach nicht in Besitz genommen worden war, der Wille des Verstorbenen befolgt werden sollte. Es ist daher auf die Kinder zu warten, solange diese den Nachlaßbesitz fordern können: ist diese Frist verstrichen oder sind sie vorher gestorben oder haben sie ausgeschlagen oder das Recht, den Nachlaßbesitz zu fordern, verloren, dann kehrt der Nachlaßbesitz zu den geschriebenen (an die eingesetzten Erben) zurück.

¹⁷³ Kroll, Ciceronische Zeit, S. 34 ff., 37 f.

¹⁷⁴ Vgl. z. B. Paulus, Idee, S. 77 ff., S. 227; Wieling, SZ 87 (1970), S. 197 (204).

Lediglich in den Fällen, in denen keine nahen Angehörigen vorhanden waren oder besondere Umstände vorlagen, wurden Familienfremde nicht nur mit den üblichen Vermächtnissen, sondern als Erben bedacht. Auch für die Bedachten ergab sich die Pflicht der Zusammenhaltung des Vermögens: *rem paternam perdere*, das (vom Vater) Ererbte zu verschleudern, galt als höchst verwerflich und tadelnswert.¹⁷⁵

a) Favor familiae / Favor uxoris

Als Oberbegriff mag der *favor familiae* angesehen werden, der die Erhaltung des Vermögens für die Familie insgesamt betrifft.

Dabei muß der bereits erwähnte besondere Stellenwert der Familie berücksichtigt werden; die Kinder erbten eben nicht nur materielle Güter, sondern auch den Hauskult, Namen und Tradition der Familie mit allen Erinnerungen¹⁷⁶, sie machen diese unsterblich. Sie waren verpflichtet, die zu den *sacra* gehörenden Opfer zu vollziehen.¹⁷⁷ Zudem wurde von den Nachkommen und Erben erwartet, daß sie sich der Familientradition entsprechend verhielten und nach Möglichkeit das Vermögen wie auch den Ruhm der Familie vermehrten oder doch zumindest erhielten¹⁷⁸, denn dies kam den Lebenden, das Ansehen auch noch den Verstorbenen als Angehörigen der ruhmreichen Familie zugute. Aus diesen Gründen hatte der *favor familiae* eine besondere Bedeutung, die weit über das für heutige Vorstellungen verständliche Bestreben zur Versorgung der Familie hinausgeht. Er bezweckte die "Verewigung" des Vermögens in der Familie.¹⁷⁹

Der *favor uxoris* diente der Bevorzugung der Ehefrau; man setzte voraus, daß dem Erblasser an einer Versorgung seiner Witwe gelegen war.¹⁸⁰ Zwischen ihm und dem

¹⁷⁵ Kroll, Ciceronische Zeit, S. 91 m.w.N.

¹⁷⁶ Dixon, Roman Family, S. 111 m.w.N.; vgl. zu den *sacra* auch Bruck, Über römisches Recht, S. 26 ff.

¹⁷⁷ Bruck, Über römisches Recht, S. 28 m.w. N., 32 ff., 57 ff.; Kroll, Ciceronische Zeit, S. 138 f.; Westrup, Introduction II, S. 125.

¹⁷⁸ Dixon, Roman Family, S. 115 m.w.N.; Kroll, Ciceronische Zeit, S. 35 ff.

¹⁷⁹ Wieacker, Hausgenossenschaft, S. 6.

¹⁸⁰ Zahlr. N. bei Wieling, Testamentsauslegung, S. 21, 27, 164 ff., 235 f.; ferner Wieling, SZ 87 (1970), S. 197 (200 f. u.w. N. 204 ff.).

favor familiae konnte sich ein Spannungsverhältnis insoweit ergeben, als entweder die Witwe oder die Kinder bevorzugt werden konnten.

b) Favor heredis

Im Zusammenhang mit der Bevorzugung der Familie ist insbesondere der Grundsatz favor heredis¹⁸¹ verwurzelt, denn man ging davon aus, daß der Erblasser den (Haupt-) Erben mit Bedacht (meist aus der Familie) als Träger von Vermögen und Tradition ausgewählt hatte und es in seinem Sinne war, in Zweifelsfällen das Vermögen in dessen Hand zusammenzuhalten. Zu den Auswirkungen dieses Grundsatzes gehören die Vorschriften, die die Zulässigkeit von Vermächtnissen einschränken, z. B. die lex Falcidia Gai. 2, 227.¹⁸² Nach ihr muß dem Erben ein Viertel des Nachlasses bzw. der Quote frei von Legaten verbleiben. Dabei handelt es sich mittelbar um eine Ausprägung des favor testamenti, weil der eingesetzte (Haus-) Erbe ausschlagen würde, wenn ihm weniger als ein Viertel verbliebe.

Ferner galt dieser Grundsatz bei dem Vermächtnis einer Sache, die der Testator irrig für sein Eigentum hielt: man nahm an, er habe im Zweifel den Erben nicht mit einem Verschaffungsvermächtnis belasten wollen, Scaev. D. 33, 2, 36, 1.

c) Favor heredum legitimorum

Als nähere Konkretisierung des favor heredis im Zusammenhang mit der oben ausgeführten Vorrangstellung der Familienangehörigen ist noch der favor heredum legitimorum zu nennen, den Wieling¹⁸³ im wesentlichen aus C. 6, 26, 10 pr herleitet, wonach die Hauserben im Zweifel gegenüber den fremden Erben besser gestellt sein sollen. Hierfür spricht auch die Tatsache, daß die Enterbung der Kinder, insbesondere der Söhne, nur unter Einhaltung umfangreicher Vorschriften und auch

¹⁸¹ Nachw. aus den Quellen z. B. bei Wieling, Testamentsauslegung, S. 77 ff.

¹⁸² Dazu Schulz, Prinzipien, S. 7 Fn. 21 und S. 106 D ferner neuestens Schanbacher, Ratio legis Falcidiaae, 1995.

¹⁸³ Wieling, Testamentsauslegung, S. 99 f.

dann nicht in vollem Umfang möglich war. Daraus ergibt sich, daß eine solche Enterbung grundsätzlich unerwünscht war, vielmehr das Vermögen - wenn nicht ganz besondere, außergewöhnliche Gründe vorlagen - in der Familie verbleiben sollte :

Scaev. D. 28, 2, 19:
Exheredationes non essent adiuvandae.

Enterbungen mögen nicht unterstützt werden¹⁸⁴

Eine weitere Ausprägung des favor heredum legitimorum zeigt sich in der nachklassischen Entwicklung, wonach etwa ein formloses schriftliches Testament gültig war, sofern der Testator lediglich seine Kinder als Erben eingesetzt hatte (Constantinus (321 p. Chr.) C. 3, 36, 26¹⁸⁵, das sog. testamentum parentum inter liberos).

Diese Einstellung rührt nicht zuletzt aus der archaischen Zeit her, als das Vermögen insgesamt nicht als dem pater familias als Einzelperson gehörig, sondern der gesamten Familie zustehend betrachtet wurde¹⁸⁶; alle waren quodammodo domini. Ähnlich versteht Baron¹⁸⁷ das – den Kindern zustehende – Familienvermögen als „Fonds“, den sie (d.h. die ältere Generation) an geistigen und materiellen Gütern angesammelt hat“, und der bewahrt und vermehrt werden muß. Der Erbe folgte insgesamt in die rechtliche und gesellschaftliche Stellung des Erblassers nach¹⁸⁸, man betrachtete sogar das Vermögen des Erblassers und das des Erben als einheitlich; gleichwohl wurden daraus praktische Konsequenzen wohl nicht gezogen.¹⁸⁹

Wenn sich auch die soziale und rechtliche Betrachtungsweise später änderte, so blieb doch die Bedeutung dieses Aspekts unter anderem wegen der Hochachtung vor den

¹⁸⁴ Dazu Wacke, DNotZ 1990, S. 403, 414.

¹⁸⁵ Die Stelle stammt aus dem Jahr 318 oder 321 p. Chr., vgl. Kaser, Römisches Privatrecht II, S. 483 Fn. 48 m.w. N.).

¹⁸⁶ Paulus, Idee, S. 79 m.w.N.

¹⁸⁷ Baron, Dt. Zeit- und Streitfragen, Jahrgang VI (Heft 81-96), Berlin 1877, S. 3 ff., 7.

¹⁸⁸ Vgl. auch die bereits oben untersuchten Gedanken Lassalles, System II, S. 10 ff., über den „unsterblichen Willen“; Alföldy, Römische Sozialgeschichte, S. 97 f., u. passim.

¹⁸⁹ Vgl. dazu Wacke, SZ 112 (1995), S. 239 ff., und IURA 42 (1994), S. 43 ff.

mores maiorum und der unverändert hohen Wertschätzung der Familie¹⁹⁰ erhalten. Dies zeigt sich zunächst im Intestaterbrecht, demzufolge die Angehörigen – sui – heredes necessarii sind, später in den Schutzregelungen zugunsten der Kinder, etwa der Formvorschrift, daß eine Enterbung von Haussöhnen nur unter ausdrücklicher Namensnennung wirksam war, später in der quarta Falcidia bzw. der querela inofficiosi testamenti. Sofern die Enterbung eines Haussohnes nicht formgerecht vollzogen war, erbte nicht der eingesetzte Testamentserbe, sondern die Intestatserben, also (zumindest auch) der übergangene Haussohn: Darin lag ein wirksamer Schutzmechanismus zu dessen Gunsten.¹⁹¹ Am Ende der Entwicklung stand die gesellschaftlich-moralische Verpflichtung, die Kinder als testamentarische Erben zu bedenken¹⁹². Baron¹⁹³ sieht gar die Bedenkung der Kinder als einzig wirkliche Rechtfertigung des Intestaterbrechts.

Dies ergibt sich auch aus nichtjuristischen Quellen: Cicero beschreibt die Pflicht, jedenfalls den Stamm des Familienvermögens zu erhalten, etwa in de off. I, 44 und II, 64.¹⁹⁴ Seneca äußert sich ähnlich, seine eigene Mutter lobend, die das Vermögen ihres verstorbenen Ehemannes für ihre Kinder bewahrte, in 14, 2 und 14, 3. Dementsprechend wurde die Bedingung "cum in familia nubas" als völlig unproblematisch zulässig angesehen.¹⁹⁵ Dabei war die Familie im Sinne dieser Bedingung, innerhalb derer die Ehe zu schließen war, ein häufig großer Personenkreis. Ebenso wie im heutigen Recht war in der römischen Antike die Ehe zwar zwischen nahen Verwandten verboten, zumindest bei Verwandtschaft in gerader Linie, in der Seitenlinie wurde das Verbot mit der Zeit gelockert. Jedoch umfaßte die familia im Sinne einer solchen Anordnung auch entferntere Verwandte sowie die Freigelassenen¹⁹⁶, so daß oft eine größere Anzahl von Personen als potentielle Ehepartner vorhanden waren und die Klausel nicht auf ein Eheschließungsgebot mit einer bestimmten Person hinauslief.

¹⁹⁰ Vgl. nur Kroll, Ciceronische Zeit, S. 35 ff.

¹⁹¹ Gai. 2, 123; Wieling, Testamentsauslegung, S. 216; dazu auch Paulus, SZ 111 (1994), S. 425 (427 m.w. N.)

¹⁹² Paulus, Idee, S. 79.

¹⁹³ Baron, Deutsche Zeit- und Streitfragen, Jahrgang VI (Heft 81 - 96), Berlin 1877, S. 3 ff., 7.

¹⁹⁴ Vgl. dazu Paulus, Idee, S. 81 f.

¹⁹⁵ Dazu eingehend Bürge, SZ 105 (1988), S. 312 (313 ff., 316).

¹⁹⁶ Eingehend Bürge, SZ 105 (1988), S. 312 (316 ff.) m.w. N.

Diese eben beschriebene Bevorzugung der Familie bzw. insbesondere der Söhne oder der Ehefrau des Verstorbenen fand ihre Ausprägung im genannten favor familiae bzw. favor heredum legitimorum favor uxoris. Dem widersprach allerdings Baron¹⁹⁷ mit dem Hinweis darauf, daß dem Erblasser die entfernten Verwandten, zu denen er keine besondere Beziehung hatte, wohl gleichgültig gewesen seien. Baron war der Ansicht, ein solcher zu vermutender Wille des Erblassers, den Nachlaß generell seinen Verwandten "zu gönnen", sei ein Irrtum. Dem ist indes entgegenzuhalten, daß auch in späterer römischer Zeit das Zusammengehörigkeitsgefühl der Familien auch in bezug auf dem Betreffenden kaum bekannte Angehörige nach wie vor stark war.¹⁹⁸ Anders lassen sich die oben erwähnten Zuwendungen nicht erklären, und man kann nicht ohne weiteres mit Baron die Verhältnisse und Einstellungen seiner bzw. der heutigen Zeit als "die einzig vernünftigen und nachvollziehbaren" auf die römische Zeit übertragen. Vielmehr läßt sich die - zugegebenermaßen aus heutiger Sicht teilweise schwer verständliche - Eigenart der Römer aus den Ursprüngen der römischen Gesellschaftsentwicklung erklären und sollte als solche hingenommen werden. Baron¹⁹⁹ selbst gab dies indirekt zu, wenn er bedauerte: "Ja, wenn unsere Familie noch die unserer Ahnen wäre! Aber sie hat nicht bloß alle religiösen und politischen Beziehungen verloren, sondern auch die humanitären Pflichten der Familienmitglieder haben sich verflüchtigt ..." Wenn er aber anerkannt hat, daß seine Auffassung lediglich auf der geänderten Einstellung der Menschen beruht, so mußte er gleichzeitig einen früheren Zustand mit anderer Denkweise akzeptieren.

2. Die Gewährung von Legaten an Personen außerhalb der Familie

Ebenso stark in der römischen Vorstellung verankert und nahezu ebenso alt wie der oben genannte Grundsatz der Vermögenserhaltung war die Übung oder moralische Verpflichtung, zahlreiche Vermächtnisse an entfernte Verwandte, Klienten und (nicht familienzugehörige) Freunde auszusetzen.²⁰⁰

¹⁹⁷ Baron, Dt. Zeit- und Streitfragen, Jahrgang VI (Heft 81 - 96), Berlin 1877, S. 5 ff.

¹⁹⁸ Kroll, Ciceronische Zeit, S. 37 f.

¹⁹⁹ Baron, Deutsche Zeit- und Streitfragen, Jahrgang VI (Heft 81 - 96), Berlin 1877, S. 7 a. E.

²⁰⁰ Dazu auch Dixon, Roman Family, S. 114 f.; Ariès/ Duby, Bd. I, S. 95 ff., 150 f. sowie v. Woëß, Römisches Erbrecht, S. 34 ff. m.w. N.; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (51, 55);

a) Motive

Die mannigfaltigen Zwecke, denen dies diente, können hier nur angedeutet werden.²⁰¹ Oft spielte Dankbarkeit für erwiesene Freundschaft, Dienste oder Gunsterweisungen eine Rolle²⁰², manchmal auch "vorweggenommene Dankbarkeit" für noch (zugunsten der Nachfahren oder anderer nahestehender Personen) erhoffte Wohltaten: So versuchte der Testator, sich oder seiner Familie einen "Dankbarkeitsanspruch"²⁰³ zu verschaffen. Hinzu tritt die - für heutige Verhältnisse schwer nachvollziehbare - "Dankbarkeit" gegenüber zahlreichen Standesgenossen sowie gegenüber dem princeps als pater patriae²⁰⁴ V. Woeß²⁰⁵ formuliert drastisch: "Das Ansehen wurde geradezu nach den Zuwendungen bemessen, die man von Freunden und Bekannten unter Lebenden oder von Todes wegen bekam". Ferner war häufig die Versorgung von Verwandten, Klienten und Freigelassenen ein Motiv für letztwillige Bedenkungen, und schließlich die Freundschaft. Möglicherweise verfolgte der Testator auch das Ziel, durch letztwillige Zuwendungen spät eingesehenes Unrecht wieder gutzumachen oder eine bleibende, positive Erinnerung bei dem Bedachten und seiner Familie hervorzurufen.²⁰⁶

Diese Absichten werden um so verständlicher, wenn man berücksichtigt, daß in Rom Testamente häufig bereits zu Lebzeiten des Testators von diesem veröffentlicht wurden (die unbefugte Veröffentlichung durch Dritte stellte eine iniuria dar²⁰⁷) bzw.

Champlin, S. 19 ff.: honestum testamentum, zur Einsetzung von Freunden S. 147 ff. m.w. N.

²⁰¹ Dazu eingehend Paulus, Idee, S. 53 ff.

²⁰² Vgl. v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 148 ff. m.w. N.; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (51, 55)

²⁰³ So Paulus, Idee, S. 173.

²⁰⁴ Dazu Ariès/Duby, Bd. I, S. 103, diese Pflicht zur Dankbarkeit bestand für jede vom Kaiser verliehene Würde; vgl. auch v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 234 Fn. 26 m.w. N.

²⁰⁵ V. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 148.

²⁰⁶ Dazu auch Bund, FS Wieacker, S. 50 (51).

²⁰⁷ Raber, Injurienansprüche, S. 131 ff. m.w. N.

jedenfalls nach seinem Tode durch die Testamentseröffnung zum Gesprächsthema wurden. Dadurch unterlagen sie einer Art von "öffentlicher Zensur" oder Kontrolle.²⁰⁸

Unabhängig von der Motivation kann jedoch festgestellt werden, daß gesellschaftlich und moralisch eine Verpflichtung bestand, Vermächtnisse jedenfalls unter dem Aspekt der Dankbarkeit zugunsten derer, denen man Dankbarkeit schuldete²⁰⁹, auszusetzen, um der Schande, als ingratus zu gelten, zu entgehen.²¹⁰ Die (finanziellen) Folgen wurden dadurch abgemildert, daß jede diesen moralischen Obliegenheiten unterliegende Person ihrerseits durch Vermächtnisse anderer bedacht wurde. Dieser Wechselbezug zwischen Freundschaft und testamentarischer Bedenkung war üblich²¹¹, so wie allgemein die Freundschaft meist eher einer gegenseitigen Zweckbeziehung ähnelte. Die Römer betrachteten die Freundschaft häufig nicht - wie etwa die Griechen der Antike - als zweckfreies, von Zuneigung geprägtes Verhältnis, sondern erwarteten von Freunden Nutzen für sich selbst, insbesondere Hilfe und Empfehlungen²¹² für das politische Fortkommen.²¹³ Aus heutiger Sicht scheint die Freundschaft oft auf Berechnung zu beruhen und unter der Herrschaft von *do ut des* zu stehen²¹⁴; da aber jeder insoweit berechtigt und verpflichtet war, mag die Situation insgesamt ausgeglichen und weniger mißbilligenswert gewesen sein als der erste Eindruck vermittelt.

Generell kann wohl von einer Abneigung der Römer gegenüber Schenkungen gesprochen werden, die sich z. B. in dem Grundsatz *donatio non praesumitur*

²⁰⁸ Ariès/Duby, Bd. I, S. 171 f.; auch v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 174 f.; Champlin, S. 5 f. m.w. N., der zur Veröffentlichung eine Beschreibung der Situation und Reaktionen der Beteiligten von Augustinus zitiert.

²⁰⁹ Vgl. Kroll Ciceronische Zeit, S. 111; v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 148 ff. m.w. N.; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (51).

²¹⁰ Vgl. v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 175 m.w. N.

²¹¹ Vgl. nur Bund, FG v. Lübtow 1970, S. 353 (365) und Pap. D. 28, 5, 70 zu kaptatorischen Verfügungen; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (55); Kroll, Ciceronische Zeit, S. 110 f.; zu der römischen Einstellung, daß für Gefälligkeiten stets Gegenleistungen erwartet wurden und echte Freigebigkeit kaum vorkam, vgl. Aul. Gell., *Noctes Atticae*, XVII, 5, 4 und Bruck, Über römisches Recht, S. 121 ff., 124 Fn. 119 sowie Kroll, Ciceronische Zeit, S. 55 ff.; v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 148 ff. m.w. N.

²¹² Zum Empfehlungswesen Kroll, Ciceronische Zeit, S. 60 ff.

²¹³ Vgl. eingehend Kroll, Ciceronische Zeit, S. 55 ff.

²¹⁴ Vgl. Westrup, Introduction II, S. 143 m.w. N.; zur "Selbstsucht" der Römer v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 319 f.

äußert²¹⁵, sich erst später, auch mit dem Aufkommen des Christentums und der christlichen Auffassung von Schenkung langsam verringerte und mit der Aufnahme des rechtlichen Schenkungsbegriffs in die Digesten endete (vgl. Jul. D. 39, 5, 1 pr über die Arten der Schenkungen).²¹⁶

b) Auswirkungen

In diesem Zusammenhang verwundert zunächst, daß zwar die moralische Pflicht anerkannt wurde, sich gegenseitig letztwillig zu bedenken²¹⁷, einer kaptatorischen (d.h. den Bedachten seinerseits zur Einsetzung des Testators oder eines Dritten verpflichtenden) Verfügung jedoch die Gültigkeit versagt wurde²¹⁸, ebenso einem Erbvertrag²¹⁹, denn dadurch wäre die Testierfreiheit - die "Heiligkeit des Willens"²²⁰ - zerstört worden. Jedoch stellt auch diese scheinbare Unstimmigkeit nur ein weiteres Beispiel dafür dar, wie streng zwischen erzwingbarem Recht und sittlicher Obliegenheit getrennt wurde, wenn auch das Ergebnis gleich war. Auch hier ist die rechtlich nicht gesicherte Position aufgrund moralischer Rechtfertigung der formalen Rechtsposition faktisch ebenbürtig. Dieser scheinbare Widerspruch entspricht der Trennung von Autorität und potestas, auf die schon oben eingegangen wurde. Letztlich bestand eine Art von "Pseudo-Freiwilligkeit", die zwar rechtlich in vollem Umfang, moralisch-sittlich indessen nur sehr eingeschränkt vorhanden war. Die fehlende rechtliche Bindung wurde durch das Vertrauen in die moralische Bindung, die fides, ersetzt.²²¹ Freiheit und Gebundenheit waren auf diese Weise im römischen System vereint.²²²

²¹⁵ Dazu Wacke, AcP 191 (1991), S. 1 ff.

²¹⁶ Bruck, Über römisches Recht, S. 121 ff., 126 ff., 139, jeweils m.w. N.

²¹⁷ Vgl. dazu Pap. D. 28, 5, 70 zur kaptatorischen Verfügung.

²¹⁸ Gai. D. 30, 64: Auf Erbschleicherei gerichtete letztwillige Verfügungen sind unwirksam; ebenso Iul. D. 45, 1, 61 zur Einsetzung eines anderen unter der Bedingung, daß dieser den Erblasser einsetze; vgl. im übrigen statt aller Sohm-Mitteis, Institutionen, § 101, S. 600.

²¹⁹ Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 251 Fn. 53; Schulz, Prinzipien, S. 107.

²²⁰ So Munzinger, Erbrechtliche Studien, S. 9.

²²¹ Vgl. Bruck, Über römisches Recht, S. 81 f.; Schulz, Prinzipien, S. 151 ff.

²²² Schulz, Prinzipien, S. 127.

Die Intensität der moralischen Verpflichtung ist aus heutiger Sicht schwer nachzuvollziehen, wird aber deutlich, wenn man die Diskussion um eine gesetzliche Sanktion für die Verletzung solcher Dankbarkeitspflichten betrachtet: Aus den Äußerungen Senecas, der sich gegen gesetzliche Konsequenzen ausspricht²²³, ergibt sich, daß dieser Disput mit einigem Ernst geführt wurde. Allerdings setzte sich die Meinung durch, die auch Seneca vertrat: Ein Gesetz zur Sanktionierung der unterlassenen Dankbarkeitsbezeugung durch letztwillige Bedenkung wurde nicht erlassen, weil anderenfalls die "Freiwilligkeit" der Zuwendung beseitigt und die Trennung zwischen Recht bzw. Verboten und Sitte bzw. Üblichkeiten aufgehoben worden wäre.

c) Ausnahmen

aa) Freigelassene

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Testierfreiheit stellte allerdings die Pflicht der Freigelassenen dar, ihrem patronus die sog. debita portio zu hinterlassen, sofern sie ihm keine Dienste (operae²²⁴) geleistet hatten (vgl. Ulp. D. 38, 2, 3, 10; C. 6, 4, 4 pr / 5).²²⁵

Insoweit bestand also eine Art "Rechtspflicht zur Dankbarkeit", die sich daraus erklärt, daß durch die Freilassung neben den rechtlichen Konsequenzen auch ein sozialer Aufstieg erfolgte: Die Freigelassenen genossen gegenüber den Sklaven verständlicherweise höheres Ansehen, standen aber gesellschaftlich niedriger als die freien (d.h. frei geborenen) Römer.²²⁶ Gegenüber ihrem Patron waren sie vielfältigen Pflichten und Beschränkungen ausgesetzt.²²⁷ Daher sah man sich vermutlich

²²³ Vgl. Paulus, Idee, S. 67.

²²⁴ Dazu umfassend Waldstein, Operae.

²²⁵ Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 708 f. m.w.N. zum Wahlrecht des patronus zwischen operae und debita portio.

²²⁶ G. Alföldi, Römische Sozialgeschichte, S. 20, 29, 41, 51 f. u. passim.

²²⁷ Sie durften ihn z.B. nicht "vor Gericht rufen" d.h. verklagen, vgl. Bürge, SZ 105 (1988), S. 312 (321 Fn. 31); zu weiteren Pflichten der Freigelassenen näher Bürge a.a.O., S. 323 m.w.N.

moralisch gerechtfertigt, ihnen auch im Bereich des Erbrechts und der Testierfreiheit diese "Sonderbelastung" der debita portio aufzuerlegen.

Ferner stand dem Patron eine *accusatio* nach der *lex Aelia Sentia* gegen einen *libertus ingratus* zu.²²⁸ Daraus ergibt sich, daß die an sich nur moralische Pflicht zur Dankbarkeit hinsichtlich der Freigelassenen durchsetzbar und mit rechtlichen Sanktionen ausgestattet war, im übrigen nur die schwerere Form des groben Undanks zum Verlust des Erbrechts führte.²²⁹

Eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung, an einem bestimmten Ort zu bleiben oder diesen zu verlassen, war grundsätzlich nicht zulässig; sie war jedoch bei eigenen Freigelassenen erlaubt²³⁰. Darin zeigt sich ein weiteres Beispiel für die nach wie vor bestehende Bindung des Freigelassenen an seinen früheren Herrn.

bb) Sonstige sozial Niedrigstehende

Generell bestand neben den Einschränkungen betreffend die Freigelassenen die Neigung, sozial Niedrigstehende im Zweifel zurückzusetzen, etwa eine Konkubine jedenfalls in früherer Zeit bei gleichlautender letztwilliger Verfügung nicht wie eine Ehefrau gemäß dem *favor uxoris* zu begünstigen, sondern eher zu benachteiligen.²³¹

cc) Allgemeine Folgerungen

²²⁸ Paulus, *Idee*, S. 65 f.

²²⁹ Dazu und zur Erbnunwürdigkeit Kaser, *Römisches Privatrecht I*, S. 725 ff.; Wacke, *SZ* 112 (1995), S. 239 ff. (246 f. m.w. N.).

²³⁰ *Scaev. D.* 34, 1, 18, 5 (zum Verbleiben der Freigelassenen am Ort der Beisetzung des Testators); Windscheid/Kipp, *Pandektenrecht*, S. 423 Fn. 13; Fr. Mommsen, *Entwurf*, S. 215; v. Savigny, *System III*, S. 184 m. Quellen; Sturm, *Annals*, S. 23 (25 ff.).

²³¹ Vgl. *Labeo D.* 32, 29 pr a. E., wo unklar war, ob ein Kleid einer Konkubine vermacht war, und nicht zugunsten der Konkubine entsprechend dem *favor uxoris* entschieden wurde; anders hingegen *ulp. D.* 32, 49, 4; zu der allmählichen Besserstellung der Konkubine im Laufe der Zeit Wieling, *Testamentsauslegung*, S. 20 ff. und 49.

Grundsätzlich läßt sich wohl sagen, daß die zuletzt erwähnten Personen, selbst wenn ein favor zu ihren Gunsten eingriff, weniger geschützt wurden, wohingegen Höhergestellte bevorzugt wurden. Die Schwäche der sozialen Stellung - der Mangel an "dignitas" - wirkte sich auch auf das Gewicht des favor im Rahmen der Abwägung der widerstreitenden Interessen aus²³². Infolgedessen hatten die favores nicht stets den gleichen Stellenwert.

Zur testamentarischen Freilassung ist zu sagen, daß insoweit zwar der favor libertatis in erheblichem Umfang die Freizulassenden bzw. Freigelassenen begünstigte, indessen hierin eine Gunst gesehen wurde, die durch restriktive Auslegung sonstiger, über die Freiheit hinausgehender Zuwendungen kompensiert wurde, eben weil es sich um sozial Niedrigstehende handelte (z. B. Iav. D. 35, 1, 40, 3, s. Fn. 63).²³³

Schließlich war bei Freigelassenen eine Bedingung, an einem bestimmten Ort zu bleiben oder diesen zu verlassen, zulässig, die bei freigeborenen Bedachten in der Regel nicht gestattet war.²³⁴ Die Bedingung, "nicht nach Asien zu kommen", war allerdings generell zulässig²³⁵, ebenso die Forderung, bei einer bestimmten anderen Person zu bleiben (Scaev. D. 34, 1, 18, 5 u. 20, 3; Pomp. D. 35, 1, 8; Paul. D. 35, 1, 84).²³⁶

3. Stiftungen im weiteren Sinne

Neben den Zuwendungen an bestimmte, dem Erblasser bekannte Personen finden sich sehr häufig "Stiftungen", wobei dieser Begriff hier nicht im strengen juristischen Sinne gebraucht wird. Vielmehr handelt es sich dabei um eine schon im alten

²³² Z.B. trat der favor heredis in Iav. D. 35, 1, 40, 4 hinter dem favor uxoris zurück, dagegen überwiegt der favor heredis bei Iav. D. 35, 1, 40, 3 gegenüber dem Interesse des freigelassenen Sklaven; vgl. dazu auch Wieling, Testamentsauslegung, S. 26 ff. m.zahlr. w. N.; ferner Tryph. D. 34, 5, 9, 2: wenn der Freigelassene - testamentslos - gleichzeitig mit seinem Sohn stirbt, erhält der Freilasser die Erbschaft des Vaters, wenn nicht bewiesen wird, daß der Sohn ihn überlebt hat, und zwar wegen der dem Freilasser geschuldeten Ehrerbietung; dazu Wieling, Testamentsauslegung, S. 174.

²³³ Vgl. Wieling, Testamentsauslegung, S. 204 und SZ 78 (1970), S. 197 (202 ff. m.w. N.).

²³⁴ V. Savigny, System III, S. 184 m. Quellen; Sturm, Annals, S. 23 (25 ff.).

²³⁵ pap. D. 35, 1, 73: die Vermachung eines Landgutes unter der Bedingung, nicht nach Asien zu kommen, wird für zulässig angesehen, es ist hierfür Sicherheit (cautio Muciana) zu leisten.

²³⁶ Zum Ortswechsel Nachweise bei v. Savigny, System III, S. 146 Fn. (s).

Griechenland und in Ägypten vorkommende Zuwendung an Unbekannte mit dem Zweck, das Gedenken des Erblassers zu erhalten. Meist setzte der Testator eine Summe aus, die zu wiederkehrenden Gastmählern, Spielen oder Alimentationen verwendet werden sollte (Beispiele finden sich etwa bei Scaev. D. 33, 2, 17 u. D. 33, 1, 21, 3.²³⁷ Dabei war ihm daran gelegen, daß die Veranstaltungen unter Hinweis auf ihn als "Stifter" oder an seinem Grab bzw. vor seiner Statue stattfanden.²³⁸ Auch solchen letztwilligen Verfügungen liegt der Wunsch zugrunde, durch Wohltaten in der Erinnerung zu bleiben und so Unsterblichkeit zu erlangen.²³⁹

4. Die Auswirkungen des Unsterblichkeitswunsches

Das bei den Römern stark ausgeprägte Streben nach Verewigung muß in dem Zusammenhang der Einstellung zum Vermögen und der Familie begutachtet werden, weil auch dieser Aspekt neben den üblichen Vermächtnissen zu einer Schmälerung des für die Erben verbleibenden Vermögens führte. Wie bereits ausgeführt, stellte das Testament selbst schon eine Möglichkeit dar, den eigenen Tod zu überdauern; noch wirkungsvoller für diesen Zweck aber waren Bedingungen, Auflagen oder Anordnungen, die der Errichtung des eigenen Grabmals sowie von Denkmälern, Stiftungen für öffentliche Anlagen, Gastmähler, Spiele und dergleichen dienten (vgl. z. B. D. 35, 1, 14, D. 35, 1, 17, 4). Grabmäler etwa befanden sich an den stark frequentierten Ein- bzw. Ausfallstraßen der Städte²⁴⁰ und beinhalteten neben der Bezeichnung des Verstorbenen durch Namensnennung, Aufzählung seiner Ämter und Verdienste häufig auch eine direkte Ansprache an vorbeigehende Personen, die zum Verweilen einladen sollte: es wurde etwa ein Erkenntnis des Verstorbenen über das Leben mitgeteilt, oder er äußerte sich über seine Wohltäter und Freunde oder auch über seine Feinde. Sie waren in einfacher Schrift gehalten, die auch von

²³⁷ Vgl. dazu auch Windscheid, Voraussetzung, S. 36 f.

²³⁸ Bruck, Über röm. Recht, S. 67 f.

²³⁹ Paulus, Idee, S. 41 ff., 123 ff.; vgl. dazu auch Arièa/Duby, Bd. I, S. 113 ff.; vgl. auch Bruck, Über römisches Recht, S. 46 ff., 61 ff. m. zahlr. w. N.; Bürge, SZ 105 (1988), S. 312 (325) m.w. N.; Champlin, S. 27, 155 ff., 163 ff. je m.w. N.

²⁴⁰ Vgl. etwa Alfen. Varus D. 35, 1, 27.

einfachen Menschen gelesen werden konnte; sie enthielten ebenso wie das Testament eine Botschaft an die Nachwelt.²⁴¹

Ein Beispiel für einen solchen Wunsch findet sich bei Alfen. Varus D. 35, 1, 27: In diesem Fall sollte das Denkmal an der via salaria errichtet werden, und zwar nach der Art eines dem Testator bekannten Denkmals. (Die - juristische - Schwierigkeit bestand in diesem Fall darin, daß der Testator das ihm bekannte "Vorbild" falsch bezeichnet hatte und infolgedessen zunächst Verwirrung entstand.)

Alle diese "Denkmäler" im weiteren Sinne trugen als Inschrift oder als Titel den Namen des Erblassers, so daß ihm Gedenken und Dankbarkeit der Nachfahren sicher waren.²⁴² Daran war den Römern sehr gelegen; dementsprechend waren insbesondere solche "Stiftungen" beliebt, die möglichst weitreichend in die Zukunft erhalten blieben. Ordnete der Erblasser etwa an, ein Götterbild zu errichten, das seinen Namen als Inschrift trug, so wurde nicht nur der Name in Stein "verewigt"²⁴³, sondern der Stifter war bestrebt, seinen Nachruhm an die Ewigkeit des Gottes zu knüpfen und daran teilzuhaben.²⁴⁴ Diese Intention lag sicherlich zum großen Teil auch den Bedenkungen des princeps zugrunde, wenn die Erblasser hofften, dadurch Eingang in die Geschichtsschreibung zu finden. Auf diesen besonderen Fall soll unten noch näher eingegangen werden.

Dieses "Verewigungsbestreben" in möglichst weite Zukunft lag auch den letztwilligen Anordnungen zugrunde, die eine Stadt oder Gemeinde, eine Institution oder eine andere Korporation mit einer Art von Stiftung bedachten. Der Erblasser versuchte, an dem Bestand der Korporation über Generationen hinweg - trotz wechselnder Mitglieder - teilzuhaben²⁴⁵, wobei er die Anordnungen zu seinem Gedenken (Spiele, Gastmähler, Denkmäler) in eine Potestativbedingung kleiden konnte.²⁴⁶ Nicht zuletzt aufgrund solcher Testamente entwickelte sich im römischen Recht die Vorstellung von einer Art "juristischen Person" der Stiftung, deren Träger z. B. die Gemeinde war,

²⁴¹ Ariès/Duby, Bd. I, S. 169 f.; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (51); zum Grabmal eingehend auch Champlin, S. 169 ff. m.w. N.; Rawson in: Rawson, Roman Family, S. 42 f.

²⁴² Ariès/Duby, Bd. I, S. 115 ff., 119, 169.; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (51).

²⁴³ Bürge, SZ 105 (1988), S. 312 (325 ff.) m.w. N.

²⁴⁴ Paulus, Idee, S. 208.

²⁴⁵ Dazu Bruck, Über römisches Recht, S. 84 ff., 87 mit Beispielen und w. N.

²⁴⁶ Bruck, Über römisches Recht, S. 84 ff., 87, Beispiele S. 89 Fn. 19.

wenn auch dieser konkrete Begriff noch nicht im heutigen Sinne als selbständiges Rechtssubjekt definiert und geprägt war.²⁴⁷

5. Abwägung

a) Familienvermögen und Vermächtnisse

Wegen der genannten Sitten befand sich mancher Testator in dem Zwiespalt, einerseits das Familienvermögen erhalten zu wollen, andererseits aber moralisch zur Aussetzung umfangreicher Vermächtnisse verpflichtet zu sein. Dann kam es manchmal so weit, daß die Familie lediglich die quarta Falcidia (oder weniger) erhielt. Gewöhnlich jedoch erfüllte das System seinen Zweck, die Versorgung der Familie sicherzustellen und darüber hinaus - durch die Vermächtnisse - einer übermäßigen Konzentration der Vermögen in wenigen Familien entgegenzuwirken.²⁴⁸ Es stellte einen "Umverteilungsmechanismus"²⁴⁹ dar, der sich aber letztlich im wesentlichen innerhalb einer Gesellschaftsschicht realisierte und durch die mannigfaltigen gegenseitigen Verpflichtungen in aller Regel ausgeglichen war: Alle waren aufgrund der fides gebunden.²⁵⁰

b) Der Unsterblichkeitswunsch

Soweit der "Verewigungswunsch" zur Errichtung von Bauten oder Denkmälern, zur Abhaltung von Veranstaltungen oder ähnlichem in Form von Bedingungen geäußert wurde, stand man dem äußerst tolerant gegenüber. Das Bestreben, auf diese Weise Unsterblichkeit zu erreichen, war weit verbreitet und gesellschaftlich akzeptiert. Zudem wurde bei derartigen Bedingungen der Bedachte nur finanziell belastet; es

²⁴⁷ Dazu Bruck, Über römisches Recht, S. 70, 84 ff. m.w. N.

²⁴⁸ Paulus, Idee, S. 86.

²⁴⁹ Paulus, Idee, S. 51 f.

²⁵⁰ Vgl. Schulz, Prinzipien, S. 151 ff., 158 ff.

handelte sich nicht um Eingriffe' in seine persönliche Lebensführung. Aus diesen Gründen waren solche Bedingungen fast stets unbedenklich zulässig.

Auch wenn Korporationen oder Institutionen bedacht wurden, eventuelle Bedingungen dem "Verewigungswunsch" des Testators dienten und dafür auch geeignet waren, wurde diesem Anliegen das gleiche großzügige Verständnis entgegengebracht. Da dieses Bestreben nahezu in der gesamten Bevölkerung mehr oder weniger vorhanden war, wurde es auch als selbstverständlich akzeptiert, wenn es auf diesem Wege verfolgt wurde. Vorliegend handelt es sich um einen Bereich, in dem die gesellschaftlichen Aspekte mit den religiösen zusammentreffen.

IV. Der besondere Stellenwert des Testaments und der Erbfolge im Rahmen der Privatautonomie

Die Privatautonomie war ein wesentlicher Bestandteil des römischen Privatrechts. Sie beinhaltete für den hier interessierenden Bereich des Erbrechts in erster Linie die weitgehende Testierfreiheit, d.h. die Freiheit, ein Testament zu errichten oder auch nicht, sowie die freie Gestaltung der letztwilligen Anordnungen.

1. Der Wille des Erblassers

Die praktische Auswirkung der Bedeutung der Privatautonomie zeigte sich in dem Bestreben, dem Erblasserwillen nach Möglichkeit zur Geltung zu verhelfen.²⁵¹ Einschränkungen erfuhr sie insbesondere in formeller Hinsicht durch Formvorschriften sowie materiell hauptsächlich durch das Noterbenrecht. Ferner existierten vor allem in klassischer Zeit Formeln, die die Kautelarjurisprudenz für bestimmte Anordnungen entwickelt hatte und die infolgedessen eindeutig waren. Daher bestand die Tendenz, möglicherweise gegen den Willen des Testators am

²⁵¹ Wieling, Testamentsauslegung, z.B. S. 100 ff, 145 ff., 219 ff. (dort m. zahlr. w. N. zum justinianischen Recht); Bund, SZ 91 (1974), S. 466 (472).

Wortlaut der Verfügung festzuhalten, wenn dieser eine geeignete vorhandene Formel nicht verwendet hatte.²⁵²

Die Privatautonomie bzw. die Testierfreiheit ist jedoch nicht mit dem favor testamenti identisch, vielmehr ist sie diesem als Voraussetzung vorgelagert. Der favor testamenti kommt erst zum Tragen, wenn der Erblasser von seiner Testierfreiheit durch Errichtung eines Testaments Gebrauch gemacht hat. Bei der Beurteilung von Potestativbedingungen war die Privatautonomie des Erblassers ebenso wie die Freiheit des Bedachten zu berücksichtigen. Hinsichtlich solcher Bedingungen, die Rechtsgeschäfte (z. B. Freilassungen, Auszahlung einer Geldsumme, (Nicht-) Geltendmachung einer Forderung enthielten, ergaben sich meist keine Zulässigkeitsprobleme, weil sie - sofern sie keinen sittenwidrigen Inhalt hatten - den Bedachten in der Regel nicht über Gebühr beeinträchtigten. Insoweit kam der Grundsatz der Privatautonomie im Hinblick auf den Bedachten zur Geltung: Dieser war nicht gezwungen, die Bedingung zu erfüllen. Er konnte vielmehr frei entscheiden, ob ihm der Erwerb des ihm testamentarisch Zugesprochenen es wert war, die Bedingung zu erfüllen, oder nicht.

Soweit Töchter unter der Bedingung eingesetzt wurden, auf eine Forderung gegen den Erblasser zu verzichten, wurden die Bedingungen zugelassen²⁵³. C. Woeß²⁵⁴ führt dies auf die generelle Schlechterstellung der Töchter gegenüber den Söhnen zurück, die er a.a.O. eingehend ausführt. Ob dem generell zuzustimmen ist, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung; jedoch kann unabhängig davon auch insoweit auf die oben erläuterte Grundeinstellung der Römer verwiesen werden, die solche Bedingungen großzügig beurteilten und wegen der Wahlfreiheit des Bedachten, die Bedingung zu erfüllen, nicht beanstandeten.

2. Favor testamenti

²⁵² Wieling, Testamentsauslegung, S. 72 f. m.w. N., 158; Bund, SZ 91 (1974), S. 466 (472).

²⁵³ Vgl. Labeo D. 28, 7, 20 pr betreffend den Ehemann der Erblasserin, der eine Forderung gegen diese nicht mehr geltend machen sollte, ferner Scaev. D. 44, 4, 17, 3 und Pap. D. 31, 77, 7 zur Einsetzung der Tochter unter der Bedingung, auf eine Forderung zu verzichten.

²⁵⁴ V. Woeß, Röm. Erbrecht, S. 85 ff.

Dieser Grundsatz beruht auf dem Stellenwert des Testaments in der römischen Gesellschaft. Er resultiert zunächst aus der besonderen Wertschätzung der Privatautonomie; er ist deren letzte Konsequenz, indem er gestattet, auch auf den Todesfall bzw. im Einzelfall sogar noch darüber hinaus entsprechend dem individuellen Willen über das Vermögen zu verfügen. Außerdem folgt er aus der besonderen Stellung des Testaments für die römische Gesellschaft: Die Testamentserrichtung stellte für die Römer, besonders in wohlhabenden Familien²⁵⁵, eine Handlung von äußerster Wichtigkeit mit erheblichem sakralem Bezug dar.²⁵⁶

Hinsichtlich des *favor testamenti* ist zu beachten, daß er sich auf die Erbeinsetzung sowie auf alle Bestimmungen des Testaments bezieht, den Erben schützt und insoweit mit dem *favor heredis* verwandt ist.²⁵⁷ Da die Möglichkeit der Einsetzung eines Erben geschaffen wurde, um die Zersplitterung des Vermögens und / oder den Anfall der Erbschaft an nicht erwünschte Personen zu verhindern sollte dieser Erbe das Vermögen erhalten (*Wille des Testators, favor testamenti*), und zwar möglichst ungeschmälert (*favor heredis*).

Als eine Ausprägung des *favor testamenti* wie auch des *favor heredis* kann der Grundsatz "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*" angesehen werden, der besagt, daß niemand teilweise gemäß Testament, teilweise gemäß der Intestaterbfolge beerbt werden kann. Zum einen wurde so die Wirksamkeit des Testaments erhalten, also dieses nicht etwa als ungültig betrachtet, und Unklarheiten wurden vermieden, zum anderen wuchs dem eingesetzten Erben der übriggebliebene Teil an. Ziel war die möglichst ungeteilte Vererbung an den Testamentserben.²⁵⁸

²⁵⁵ Dazu Paulus, SZ 111 (1994), S. 425 f. m.w. N.

²⁵⁶ Lassalle, System II S. 19 f. Wieling, Testamentsauslegung, S. 9 Fn. 17 unter Berufung auf Plutarch, Cato maior 9, 6.

²⁵⁷ Wieling, Testamentsauslegung, S. 23.

²⁵⁸ Wieacker, Hausgenossenschaft, S. 5.

3. Favor heredis, favor heredum legitimorum und favor familiae

Mit dem Grundsatz des favor heredis wird - häufig im Zusammenhang mit dem favor familiae - das Streben nach Zusammenhaltung des Vermögens, regelmäßig auch zugunsten der Familie, die der heres und meist gleichzeitig neue pater familias nunmehr wie der Erblasser zu versorgen hatte, bezeichnet. Ihre gedanklichen Grundlagen finden diese Grundsätze darin, daß zum einen meist ein Sohn des Erblassers als heres eingesetzt wurde mit der Folge, daß auf ihn beide favores Anwendung fanden. War der heres ein Sohn oder naher Verwandter, so entsprach es dem moralischen Empfinden und im Zweifel auch dem Wunsch des Erblassers, das von ihm Erworbenene für die Familie zu erhalten. Zudem übernahm der heres nicht nur die Rechte, sondern auch die Pflichten des Erblassers zur Versorgung der Familie, auch hatte er die Legate herauszugeben, dann war es in der Regel auch billig, ihm nach Möglichkeit das Vermögen zu diesem Zweck zu erhalten.

Letztlich läßt sich dies auf den Gedanken "qui habet commoda, ferre debet onera"²⁵⁹ - frei übersetzt: "wer den Vorteil genießt, muß auch den Nachteil tragen"²⁶⁰- zurückführen.²⁶¹ In den Digesten finden sich Hinweise etwa bei Proc. D. 31, 47 ("magis heredi parcendum est") sowie bei Pomp. D. 30, 26, 2 ("oportet heredi succurri"), ferner bereits bei Cicero, de invent. 2, 120. Auch die Regel "semel heres, semper heres" - "einmal Erbe, immer Erbe" dient dem Schutz des Erben. Denn dieser Grundsatz besagt, daß die einmal erworbene Erbenstellung später nicht mehr beeinträchtigt werden kann.

Einzig die Geburt eines weiteren agnatischen Kindes und damit Erbanwärters vermochte ein bestehendes Testament angreifen, Ulp. D. 28, 2, 12: agnatione rumpi testamentum. Doch hierin zeigt sich wiederum der favor heredum legitimorum, die nicht nur die sui schützen, sondern hier zunächst bewirken soll, daß bei der Testamentserrichtung überhaupt alle möglichen Erben auch in Betracht gezogen werden. Daher muß bei der Geburt eines agnatischen Erbanwärters, der zu den sui gehört, das Testament neu überdacht werden.

²⁵⁹ Vgl. Liebs, Rechtssprichwörter, Q 46, U 8.

²⁶⁰ Vgl. Inst. I, 17; Paul. D. 50, 17, 10.

²⁶¹ Dazu auch Wieling, Testamentsauslegung, S. 133 f., 185.

Der favor heredum legitimorum steht im Zusammenhang mit dem favor familiae; beide beruhen auf dem ausgeprägten Familiensinn der Römer. Die Juristen gingen davon aus, daß der Erblasser regelmäßig seine Familie, insbesondere möglicherweise vorhandene Kinder bedenken wolle. Allenfalls schwerste Verfehlungen sollten nach den herrschenden sozialen Bewertungen zur Enterbung führen; grundsätzlich war letztere unerwünscht: Paul. D. 28, 2, 19: exheredationes autem non essent adiuvandae

Besonders die Haussöhne waren nicht nur moralisch, sondern auch durch die strengen Formvorschriften des Noterbenrechts vor der Enterbung geschützt.

4. Das Erwerbsinteresse des Bedachten

Im Zusammenhang mit dem favor testamenti und dem favor heredis ist das Erwerbsinteresse des Bedachten zu berücksichtigen. Zwar war - wie im heutigen Recht - das Interesse des Bedachten an der ihm unentgeltlich zufließenden letztwilligen Zuwendung von wenigen Ausnahmen abgesehen nicht schützenswert²⁶², doch war in der römischen Gesellschaft das Erwerbsstreben ein "beherrschender Zug des römischen Charakters"²⁶³, der sich auch auf erbrechtlichen Erwerb bezog. Dies beruhte darauf, daß gesellschaftlich und moralisch eine Verpflichtung bestand, auch zugunsten entfernterer Verwandter, Klienten und Freunde letztwillig zu verfügen, wobei der Testator angesichts der Üblichkeit dieser Wechselbeziehungen gewiß sein konnte, seinerseits durch Vermächtnisse anderer bedacht zu werden.²⁶⁴ Reinen Schenkungen hingegen standen die Römer skeptisch gegenüber: Zuwendungen beruhten meist auf Gegenseitigkeit. Dies änderte sich erst im Lauf der Zeit, auch durch das Vordringen des Christentums, wobei jedoch der Begriff des animus donandi schon aus der Zeit vor dem Christentum stammt (vgl. zu den Arten von

²⁶² Paulus, Idee, S. 311.

²⁶³ Bund, FG v. Lübtow 1970, S. 353 (364 f.).

²⁶⁴ Bund FS Wieacker, S. 50 (55); Ariès/Duby, Bd. I, S. 150 f.; zu der römischen Einstellung, daß für Gefälligkeiten stets Gegenleistungen erwartet wurden und echte Freigiebigkeit kaum vorkam, vgl. Aul. Gell., Noctes Atticae, XVII, 5, 4 und Bruck, Über röm. Recht, S. 121 ff., 124 Fn. 119.

Schenkungen Jul. D. 39, 5, 1 pr ff.).²⁶⁵ Ursprung dieser Sitte, zahlreiche Personen letztwillig zu bedenken, ist der bereits erwähnte archaische Rechtszustand, der auch nach den XII Tafeln galt, daß das Vermögen bei Fehlen eines Testaments auf die - möglicherweise sehr entfernten - agnatischen Verwandten des Erblassers übergang.

In dieser Zeit bestand in der (Groß-) Familie als "Schutz- und Trutzbündnis"²⁶⁶ ein enger Zusammenhalt, der diese erbrechtliche Regelung rechtfertigte. Das Aufkommen der Testamente führte dazu, daß diese - jedenfalls in geringerem Umfang nach wie vor als sittlich angemessen betrachtete - Bedenkung der entfernteren Verwandten durch Vermächtnisse erfolgte. Insoweit wurde ein - durch die Ehrfurcht vor den Zeiten der Vorfahren moralisch gerechtfertigtes - Erwerbsinteresse auch dieser Bedachten anerkannt. Es stand aber stets der Testierfreiheit des Erblassers gegenüber und war dieser wegen der oben erwähnten Unentgeltlichkeit der letztwilligen Zuwendung häufig unterlegen.²⁶⁷

5. Auswirkungen auf die Beurteilung von Potestativbedingungen

Für die hier untersuchte Fragestellung läßt sich aus diesen Aspekten einerseits wegen des besonderen Stellenwertes der Testierfreiheit als Konsequenz der Privatautonomie eine weitgehend großzügige Beurteilung von Bedingungen des Testators herleiten. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, daß der Testator die Bedachten ebensogut (bis auf die quarta Falcidia) gänzlich enterben konnte.

Dem standen aber gewichtige Interessen der Bedachten gegenüber, die - jedenfalls, sofern sie aus dem Schutz und den Interessen der Familie herrührten - wegen der seit alters fortgeführten, traditionellen besonderen Wertschätzung der Familie ebenso stark gegen eine Einflußnahme des Erblassers sprachen, sofern dessen Wünsche mit diesen gesellschaftlich hoch geachteten Werten nicht vereinbar waren. In derartigen Konfliktfällen, in denen die Interessen der Familie bzw. des heres stärker beeinträchtigt wurden, als es den Juristen moralisch und in Abwägung zur

²⁶⁵ Dazu auch Bruck, Über röm. Recht, S. 121 ff., 126 ff., 139, jeweils m.w. N.

²⁶⁶ So Baron, Dt. Zeit- und Streitfragen, Jahrgang VI (Heft 81 - 96), Berlin 1877, S. 5.

²⁶⁷ Vgl. Paulus, Idee, S. 185 f.

Testierfreiheit des Verstorbenen hinnehmbar erschien, mußte letztere zurücktreten. Dies waren indes eng begrenzte Ausnahmefälle.

Für alle anderen Bedingungen war entscheidend, daß der Bedachte die Wahl hatte, ob er sie erfüllen wollte, oder nicht. Insbesondere Bedingungen, die sich in finanziellen Opfern erschöpften, z.B. auch die Wünsche nach "Verewigung" in unterschiedlicher Form, oder der Verzicht auf eine Forderung, wurden in aller Regel zugelassen.

V. Die Einstellung zur Freiheit

Allen Grundsätzen voranzustellen ist der favor libertatis²⁶⁸, der Vorrang für die Freiheit. Dieses Rechtsgut war für die Römer von höchstem Rang.²⁶⁹ Daher wurde "im Zweifel für die Freiheit"²⁷⁰ entschieden, wenn ein Testament etwa die Freilassung eines Sklaven anordnete, aber nicht hinreichend klar gefaßt war.²⁷¹ Ebenso galt dies, wenn die Erlangung der Freiheit vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht war : z. B. Iul. D. 40, 4, 16: Der Sklave sollte frei sein und ein Vermächtnis erhalten, wenn Titius 30 Jahre alt wird, aber Titius ist vor Erreichen des 30. Lebensjahres gestorben: Der Sklave erlangt dennoch die Freiheit, nicht aber das Vermächtnis. In dieser Stelle taucht sogar der Begriff "favor libertatis" auf, ebenso in Iul. D. 40, 4, 17, 2.²⁷²

Diese Begünstigung der Freiheit läßt sich schon in den XII Tafeln nachweisen: Nach XII T. VI, 6 galt derjenige, um dessen Freiheit gestritten wurde, bis zur Entscheidung als frei - dies entspricht der heute aus den Menschenrechten und dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit entnommenen Unschuldsumutung zugunsten des Angeklagten bis zum Abschluß des Strafprozesses. Auch aus dem geringen sacramentum für

²⁶⁸ Dazu bereits oben S. 39, ferner Wieling, Testamentsauslegung, S. 79 ff., 112 ff., 168 ff., 232 f.

²⁶⁹ Vgl. D. 50, 17, 106: "libertas inestimabilis res est"; Cic. ad Att. 15, 13, 3; Schulz, Prinzipien, S. 96 m.w. N.

²⁷⁰ Pomp. D. 50, 17, 20: Sooft die Erklärung zur Freiheit zweifelhaft ist, wird zugunsten der Freiheit zu entscheiden sein. "

²⁷¹ Vgl. nur Ariès/Duby, Bd. I, S. 68.

²⁷² Weitere Quellen bei Wieling, Testamentsauslegung, S. 112 ff., 137.

Freiheitsprozesse (Gai. 4, 14) sowie aus XII T. VII, 12 (Ulp. fr. 2, 4) ergibt sich die Tendenz zum Schutz der Freiheit, die sich allerdings erst nach der Zeit des Augustus stärker durchsetzte.²⁷³ Allerdings benötigte der Sklave im Prozeß um seine Freiheit ursprünglich einen Fürsprecher, den *adsertor*, der ihn im Verfahren vertrat; dies war aber in der klassischen Zeit nicht mehr erforderlich.²⁷⁴

Der Stellenwert der Freiheit kam auch in dem Streit über die Zulassung des Freiheitsentzuges als Strafe für einen *libertus ingratus* zum Ausdruck: schon nach der Wertschätzung der *maiores* sei die Freiheit als Gemeingut anzusehen.²⁷⁵ Daraus ergibt sich, daß die Freiheit einen besonderen Stellenwert innehatte, dem auch bei der Beurteilung letztwilliger Potestativbedingungen erhebliche Bedeutung zukam.

Von den zahlreichen Quellen (insbesondere im Titel D. 40, 4 "de manumissis testamento") seien nur einige genannt:

Ulp. D. 40, 4, 1: Wenn einem Sklaven im selben Testament mehrfach die Freiheit erteilt wird, so soll diejenige Freiheitserteilung gelten, durch die er am leichtesten die Freiheit erhält (ähnlich Ulp. D. 40, 4, 5).

Ulp. D. 40, 4, 14: Wenn ein Sklave ohne Bedingung für frei erklärt, der Erbe aber unter einer Bedingung eingesetzt ist, so ist der Sklave frei, auch wenn die Bedingung nicht eintritt.

Ulp. D. 40, 7, 19: Wenn ein Sklave freigelassen wird und ein Vermächtnis erhält unter der Bedingung, daß der Sohn des Testators das 14. Lebensjahr erreicht, dieser aber vorher stirbt, so wird er in dem entsprechenden Zeitpunkt die Freiheit, nicht aber das Vermächtnis erhalten.

Diese Stelle zeigt besonders gut die hervorgehobene Stellung der Freiheit und den *favor libertatis*.

²⁷³ Vgl. Wieling, Testamentsauslegung, S. 79 f.

²⁷⁴ Vgl. Wacke, FS Universität Köln, S. 325 (356 f.) m.w. N.

²⁷⁵ Vgl. Paulus, Idee, S. 66 m.w. N.

Paul. D. 40, 7, 20, 3: Der Sklave, der unter der Bedingung, einem anderen einen Geldbetrag zu geben, freigelassen wird, wird frei, wenn der andere gestorben ist.

Pomp. D. 40, 5, 34, 2: Der Sklave, der einem anderen vermacht ist mit der Bitte, ihn freizulassen, wird frei, wenn der andere die Freilassung unterläßt .

C. 6, 46, 6 (7): Ein Sklave, der unter der Bedingung freigelassen war, einem anderen etwas zu geben, und dem dieser Gegenstand oder dieses Geld geraubt wurde, wird frei, muß aber dem Dritten das Geld / den Gegenstand geben, wenn dieser nicht darauf verzichtet hätte.²⁷⁶

Der favor libertatis²⁷⁷ vermochte sich sogar im Einzelfall gegen den Willen des Erblassers durchzusetzen, vgl. Marc. D. 40, 5, 50²⁷⁸: im Zweifel soll die Freiheit mehr gelten. Anders, nämlich gegen die Freiheit, wurde nur dann entschieden, wenn die beigefügte Bedingung für den Betroffenen realistischerweise quasi unmöglich war. Dann wurde davon ausgegangen, daß dem Testator offensichtlich die echte Freilassungsabsicht fehlte (vgl. Paul. D. 40, 7, 4, 1: Wenn die Freiheit erst mit dem Tode oder zu einem Zeitpunkt eintreten soll, zu dem der Sklave nicht mehr leben kann, oder wenn die Bedingung für den Sklaven nicht erfüllbar ist).

Insoweit ist auch der Aspekt der humanitas von Bedeutung. Dieser Begriff errang insbesondere mit dem Vordringen der Philosophie und später des Christentums einen zunehmenden Stellenwert und fand auch Eingang in das Sklavenrecht.²⁷⁹

Nach dem Gesagten läßt sich feststellen, daß gerade im Bereich der Freilassungen eine besonders hohe Bereitschaft bestand, die Bedingungen wohlwollend zugunsten des statu liber zu bewerten. Allerdings wurde auch hier der Wille des Testators im Auge behalten: Wenn es nahelag, daß dieser die bedingte Freilassung nicht ernstlich gewollt hatte, so wurde gegen die Freiheit entschieden.

²⁷⁶ Zum Ganzen MacCormack, RIDA 21 (1974), S. 263 (281 ff., 294); Wieling, Testamentsauslegung, S. 79 ff., 113 u. passim; Hausmaninger, TS 36 (1968), S. 571 (573, 577); Voci, DER II, S. 596 ff.

²⁷⁷ Vgl. auch Masi, Condizione, S. 230 ff., 235 ff.

²⁷⁸ Dazu Wieling, Testamentsauslegung, S. 79 ff., 113.

²⁷⁹ Zur humanitas statt aller hier nur Schulz, Prinzipien, S. 128 ff., 145 ff.

VI. Religiöse und gesellschaftlich-politische Aspekte

Es mag zunächst verwundern, daß religiöse und politische Aspekte gemeinsam behandelt werden. Jedoch stehen sie, wie im folgenden gezeigt wird, in einem engen Zusammenhang, der aus heutiger Sicht nur schwer nachvollziehbar ist.

1. Maiores und sacra

Der Tod führte dazu, daß der Verstorbene nunmehr zu den maiores seiner Familie gehörte und seine sacra von den Erben fortgeführt wurden²⁸⁰. Die maiores waren jedenfalls bei den mächtigen Familien Bestandteil des religiösen, aber auch des politischen Lebens, weil ihr Ruhm und ihre Tradition der gesamten Familie zukamen. Die sacra stellten den privaten religiösen Bereich dar, der im wesentlichen innerhalb der Familie ausgeübt wurde. Dieser Bereich wurde insbesondere von den großen konservativen Familien zäh verteidigt und als moralische Grundlage des gesamten Staates betrachtet.²⁸¹ Es handelte sich auch nicht nur um eine sittliche Pflicht: Die Vernachlässigung der sacra konnte ursprünglich zu einer politischen Anklage führen²⁸², war also sanktionsbewehrt. In späterer Zeit allerdings verloren die sacra ihren politischen Stellenwert, ohne jedoch die private und gesellschaftliche Bedeutung einzubüßen.²⁸³

2. Der Unsterblichkeitswunsch

Dieses bei den Römern sehr weit verbreitete Anliegen wurde bereits erörtert. Ein Zusammenhang mit den übrigen religiösen Aspekten besteht deshalb nur eingeschränkt, weil nicht alle der vielfältigen Glaubensrichtungen die Vorstellung

²⁸⁰ Kroll, Ciceronische Zeit, S. 138 f.; Westrup, Introduction II, S. 125.

²⁸¹ Bruck, Über römisches Recht, S. 94 ff. m.w. N.; Kroll, Ciceronische Zeit, S. 138 f.

²⁸² Bruck, Über römisches Recht, S. 95 Fn. 11 m.w. N.

²⁸³ Bruck, Über römisches Recht, S. 96 ff. m.w. N.

eines Lebens nach dem Tod kannten bzw. nicht alle daran glaubten. Gerade für diese Personen war es aber anscheinend von großem Interesse, sich durch „Stiftungen“ im weiteren Sinne zu verewigen. Das erscheint auf den ersten Blick unstimmig, erklärt sich aber daraus, daß gerade dem, der nicht an ein Leben nach dem Tod glaubt, daran gelegen ist, zumindest irdisch „etwas Bleibendes“ zu hinterlassen, weil er die Frage nach dem Sinn des Lebens nicht mit der Unsterblichkeit bzw. dem Fortleben in der Ewigkeit beantworten kann. Hinzu kommt, daß eine solche Person keinen Lohn oder Strafe für das Verhalten zu Lebzeiten durch eine nichtirdische Macht kennt und daher statt dessen auf das „Urteil“ der Nachwelt Wert legen mag.

Außerdem war die römische Idee der Unsterblichkeit nicht zu vergleichen mit der christlichen Vorstellung der unsterblichen Seele. Vielmehr war der unsterbliche Geist (lar) des Verstorbenen eine fortwirkende Macht im räumlichen Zusammenhang mit der früheren Lebensstätte, während die christliche Seele nach dem Tod von dem früheren irdischen Dasein völlig befreit ist, sich in anderen, der menschlichen Vorstellung nicht zugänglichen Bereichen befindet und so mit dem früheren Leben nichts mehr zu tun hat.²⁸⁴

3. Religiöse Moral und Jenseitshoffnungen

Zunächst ist über den römischen Glauben festzustellen, daß er keine so fest umrissene moralische Grundlage hatte wie die heutigen Weltreligionen. Das, was für heutige Vorstellungen Moral und Sitte bedeutet und auf religiös-ethischer Grundlage beruht, ergab sich für die Römer eher aus der Staatslehre, der res publica und der Sorge für salus publica, das öffentliche Wohl bzw. das Wohl der Gesellschaft, und erst in zweiter Linie aus religiösen Vorschriften oder Anordnungen.

Es gab auch keine religiös begründeten moralischen Dogmen, die mit heutigen vergleichbar wären; die Vorschriften erschöpften sich im wesentlichen in der

²⁸⁴ So Munzinger, *Erbrechtliche Studien*, S. 11 f., 21.

Einhaltung von Ritualen und Förmlichkeiten.²⁸⁵ Für die sorgfältige Befolgung läßt sich eine gewisse Erwartungshaltung auf die "Gegenleistung" der Götter feststellen, die auf der generellen Grundvorstellung der Römer von (zuverlässiger) Gegenseitigkeit aller Dienste im weitesten Sinne beruht²⁸⁶ (vgl. dazu bereits oben zur Erwartung gegenseitigen Nutzens - getreu dem Grundsatz *do ut des* - auch bei Freundschaften).²⁸⁷

Seit der archaischen Zeit veränderte sich zudem der ursprünglich einfache Glaube der Römer in vielfältiger Weise mit der Folge, daß auch der für die Testamentsgestaltung maßgebliche Unsterblichkeitswunsch oder sonstige Anordnungen durch die religiösen Veränderungen geprägt werden konnten. Zum einen kamen zahlreiche Götter mit verschiedener "Zuständigkeit" hinzu, später auch die vergöttlichten Kaiser²⁸⁸, zum anderen nahm die Zahl der verschiedenen Kulte mit dem Anwachsen zum Weltreich immer mehr zu, weil die Römer den eroberten ("befriedeten") Völkern in der Regel nicht ihre Religion aufzwingen, sondern ihnen weiterhin die Ausübung ihrer eigenen Kulte gestatteten. Die zentrale römische Verwaltung, der Handel, zahllose Kriegsgefangene und Sklaven sowie der weitere Austausch mit fremden Kulturen brachte den Römern mit andersartigen Waren und Sitten auch deren Glauben nahe.²⁸⁹ Unterschiedliche orientalische Kulte dehnten sich im Reich aus.²⁹⁰

Ein Beispiel für die Anpassung an die "internationalen Beziehungen", vornehmlich im Bereich des Handels, stellt die Akzeptanz anderer Sprachen im Rechts- und Geschäftsleben dar.²⁹¹ Ferner verbreiteten sich die Strömungen der griechischen

²⁸⁵ Kroll, Ciceronische Zeit, S. 145; Marrou, Erziehung, S. 438.

²⁸⁶ Dazu Marrou, Erziehung, S. 438; Latte, Römische Religionsgeschichte, S. 40 f.; v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 323 f.

²⁸⁷ Vgl. Westrup, Introduction II, S. 143 m.w. N.; zur "Selbstsucht" der Römer v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 319 f.

²⁸⁸ Dazu Friedländer, Sittengeschichte, S. 149 f.

²⁸⁹ Vgl. z. B. zum Eindringen ägyptischer Kulte sowie zum intensiven Austausch jedenfalls der gehobenen Kreise, die auch Vermögen hatten und Testamente verfaßten, Bruck, Über römisches Recht, S. 90 ff. sowie zum frühen Eindringen griechischer und etruskischer Elemente Kroll, Ciceronische Zeit, S. 145 f.; Latte, Römische Religionsgeschichte, S. 28 f., 275 f. m.w.N.; Friedländer, Sittengeschichte, S. 144.

²⁹⁰ Dazu Kroll, Ciceronische Zeit, S. 145 ff.; Latte, Römische Religionsgeschichte, S. 342 ff.; eingehend Friedländer, Sittengeschichte, S. 146 ff.

²⁹¹ Dazu Wacke, SZ 110 (1993), S. 14 ff., 17, 20 ff., 51 ff.

Philosophie²⁹², die teilweise atheistisch waren. Mit ein Grund für diese Verbreitung lag darin, daß diese Glaubensrichtungen meist über mehr moralische Bindungen verfügten, wofür bei den Römern angesichts der nachlassenden Bindung an die überkommenen Werte der maiores zum Wohl der res publica offensichtlich ein Bedürfnis vorhanden war.²⁹³ Die Regierung versuchte zwar, den neuen und den mos maiorum unbekanntem Richtungen entgegenzuwirken, auch mit Hilfe von Verboten. Dies war indes wenig erfolgreich, weil teilweise auch einflußreiche Personen des öffentlichen Lebens zu den neuen Religionen neigten.²⁹⁴ So entstand im Ergebnis eine Art von "Religionspluralismus", und jedermann konnte jeden nicht ausdrücklich verbotenen Glauben oder Kult annehmen oder auch nicht an überirdische Mächte glauben.

Schließlich trat die Religion mit der Zeit politisch in den Hintergrund und verlor für viele Menschen die zentrale Bedeutung, die sie in früheren Zeiten gehabt hatte.²⁹⁵ Dies geschah wohl insbesondere aufgrund der Vielzahl von Glaubensrichtungen und der manchmal willkürlich erscheinenden Vermehrung der römischen Götter, und dies wiederum wurde durch die oben erwähnte Tatsache erleichtert, daß Religion oft mehr aus Ritualen denn aus echter, ganzheitlicher moralischer Bindung bestand. Schon Polybios erwähnt die enorme Bedeutung der "beinahe abergläubischen Gottesfurcht" in Verbindung mit der Verehrung und der Achtung der mos maiorum im öffentlichen und privaten Leben.²⁹⁶ Den Inhalt der religio, des richtigen Verhältnisses zu den Göttern, bestimmten lange Zeit nur die Patrizier, weil die Priester nur aus ihren Reihen kommen durften. Dadurch waren die Traditionen der alten Adelsfamilien häufig zusätzlich dadurch gestärkt, daß diesen Familien auch Priester entstammten, so daß eine gewisse Vermischung von religiösem Kult und der Verehrung der maiores eintreten konnte. Gleichzeitig bedeutete dies eine Kumulierung von staatlicher und religiöser Macht in den einflußreichen Familien.

²⁹² Dazu nur Latte, Römische Religionsgeschichte, S. 357 ff.; Kroll, Ciceronische Zeit, S. 245 ff.

²⁹³ Vgl. Kroll, Ciceronische Zeit, S. 145 ff.

²⁹⁴ Kroll, Ciceronische Zeit, S. 145 ff. mit Beispielen.

²⁹⁵ Bruck, Über römisches Recht, S. 95; zum "Schwinden des Götterglaubens" Schulz, Prinzipien, S.28; Latte, Römische Religionsgeschichte, S. 29 f., 276, 287 f., 357 ff.

²⁹⁶ Vgl. Polybios 6, 54, 2 f. und 6, 56, 6 ff.; im übrigen nur G. Alföldy, Römische Sozialgeschichte, S. 39 u. zum Verfall S. 59 ff.; Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 25 ff., 29 sowie Methode, S. 49 (56 f.); Dixon, Roman Family, 37, 150 ff.; Ariès/Duby, Bd. I, S. 174; Bruck, Über römisches Recht, S. 3 Fn. 5, 11 jeweils m.w. N.

Schließlich drang das Christentum vor und wurde sogar zur Staatsreligion erklärt (391 p. Chr.), ohne daß jedoch gleichzeitig die alten Kulte verboten wurden. Dies geschah erst nach und nach²⁹⁷ Dementsprechend gab es auch unterschiedliche Vorstellungen über ein Leben nach dem Tod²⁹⁸ sowie darüber, ob das Verhalten im Leben für die Zeit nach dem Tod Konsequenzen haben werde, und ob durch Wohlverhalten, insbesondere wohltätige Gaben, andere Missetaten kompensiert werden könnten.²⁹⁹ Soweit der Erblasser daran glaubte oder zumindest darauf hoffte, konnte er durch letztwillige Verfügung solche Intentionen verwirklichen oder auch dem Bedachten Dinge vorschreiben, die für dessen Wohl aus der Sicht des Erblassers erforderlich waren.

4. Bedingung der Religionsänderung

Soweit ersichtlich, ist in den Quellen eine Testamentsbedingung der Religionsänderung nicht zu finden. Erst die Literatur der Pandektenrechtswissenschaft äußert sich hierzu.³⁰⁰ Nach den obigen Darlegungen kann daher davon ausgegangen werden, daß wegen der Vielfalt der Kulte und der Toleranz einerseits und der zunehmenden Gleichgültigkeit andererseits solche Bedingungen kaum gestellt wurden. Über die Beurteilung einer solchen Bedingung durch die römischen Juristen kann daher nur spekuliert werden. Vermutlich standen sich insoweit die Toleranz und die erzieherischen Aspekte des Erblassers gegenüber, jedoch stellt die Glaubensfreiheit ebenso wie die Freiheit der Eheschließung einen hohen Wert dar, so daß im Einzelfall wohl meist zugunsten der Bekenntnisfreiheit entschieden worden wäre.³⁰¹

²⁹⁷ Latte, Römische Religionsgeschichte, S. 366 ff.

²⁹⁸ Friedländer, Sittengeschichte, S. 303 ff.

²⁹⁹ Zu den geringen Erkenntnissen über den Jenseitsglauben Latte, Römische Religionsgeschichte S. 286 f.

³⁰⁰ Etwa Windscheid/Kipp, Pandektenrecht, S. 423 Fn. 13 m.w. N.; auch v. Savigny, System III, S. 184 f. äußert sich hierzu ohne Quellenangabe und stellt Vermutungen zur römischen Rechtslage an.

³⁰¹ So auch v. Savigny, System III, S. 184 f. m.w. N.

5. Bedeutung für die Beurteilung von Potestativbedingungen

Wegen der grundsätzlichen Toleranz der Römer im religiösen Bereich wurden Bedingungen, die ihre Grundlage im Glauben des Testators hatten, in der Regel zugelassen. Ähnlich dem Bestreben nach Verewigung durch Stiftungen im weiteren Sinne wurde auch solchen Anliegen Verständnis entgegengebracht.

Insbesondere die *sacra* und deren Pflege hatten einen besonders hohen Stellenwert.³⁰² Kroll³⁰³ zitiert - leider ohne Quellenangabe - einen Text zu diesem Thema: "Was ist ehrwürdiger und besser durch jede Art von Heiligkeit geschützt als das Haus des einzelnen Bürgers? Hier sind Altäre, Herde und Penaten, hier konzentrieren sich Kulte und fromme Vorstellungen und Gebräuche; hier finden alle eine so geheiligte Zufluchtsstätte, daß man niemand von dort wegrißen darf."³⁰⁴ Deshalb war eine hierauf bezogene, den Bedachten belastende Bedingung sicherlich häufig zulässig: Eine Beeinflussung im Zusammenhang mit *sacra* oder *maiores* kam der konservativen, auf die *maiores* ausgerichteten Grundeinstellung der Römer entgegen. Der spätere Verlust an politischer Bedeutung wirkte sich auf die Beurteilung von Potestativbedingungen kaum aus, weil die *sacra* für die Gesellschaft und besonders für die Familie nach wie vor den gleichen Stellenwert hatte.

Gleiches galt wohl für die Beachtung sonstiger religiöser Riten und Formalien, deren Beachtung allseits erwartet wurde. Die mangelnde moralische Bindung ist insoweit ohne Einfluß, weil die in den Römern tief verwurzelte Konservativität ausreichte, um die Fortführung der von den *maiores* überlieferten Rituale zu sichern. Infolgedessen waren die religiösen Aspekte weit mehr als heute auch gesellschaftlich beeinflusst, weil sie einen größeren allgemein anerkannten Stellenwert hatten als heute. Die römische Gesellschaft war zwar mit der zunehmenden Ausdehnung des Reiches nicht mehr nur von einer, sondern von vielen Religionen geprägt, doch war sie durchweg religiös - in welcher Richtung auch immer. Die heutige Gesellschaft hingegen zeichnet

³⁰² Vgl. nur Kroll, *Ciceronische Zeit*, S. 138 ff.

³⁰³ Kroll, *Ciceronische Zeit*, S. 138.

³⁰⁴ Das entspricht dem alten englischen Grundsatz "my home is my castle".

sich eher durch einen Trend zur Areligiosität aus, d.h. die Religion - ebenfalls gleichgültig welche - neigt dazu, an gesellschaftlicher Bedeutung zu verlieren; religiöse Menschen werden teilweise als versponnen, weltfremd, lebensuntüchtig oder unrealistisch angesehen, während sich gleichzeitig in "New Aqe" und anderen halb spirituellen Richtungen "Ersatzreligionen" entwickeln, die oft ohne Vergangenheits- und Jenseitsbezug sind.

In diesem Zusammenhang steht auch der erwähnte gesellschaftliche Aspekt bei der Beurteilung bedingter letztwilliger Verfügungen: die Gesellschaft akzeptierte zum einen den Unsterblichkeitswunsch, der sich in solchen Bedingungen letztwilliger Verfügungen äußerte, sodaß dem auch bei der rechtlichen Bewertung Rechnung getragen wurde. Zum anderen führte nicht zuletzt die Toleranz der multikulturellen Gesellschaft mit zu einer großzügigen Bewertung letztwilliger Potestativbedingungen.

VII. Besonderheiten aus der Stellung des Bedachten

Im folgenden geht es um die Frage, welche Besonderheiten eine Rolle spielten, wenn der filius suus, also der Haussohn, oder der pinceps, also der Herrscher als Erbe eingesetzt wurde.

1. Besonderheiten beim Haussohn

Wie oben bereits dargelegt, war der Haussohn im archaischen Recht in jedem Fall Erbe des pater familias. Daher war vermutlich nach Entwicklung des Testaments - nur zur Festlegung des Anerben unter den Kindern oder zwecks Schaffung eines Erben für kinderlose Erblasser - ursprünglich eine bedingte Erbeinsetzung des filius suus nicht zulässig, weil dieser ohnehin Erbe war. Später hingegen wurde auch die potestativbedingte Erbeinsetzung des Haussohnes zugelassen (Ulp. läßt in D. 28, 5, 4 pr auch für den filius suus, der nicht unter jeder Bedingung eingesetzt werden könne, die Potestativbedingung zu; Marcell. D. 28, 5, 86 pr gestattet ebenfalls zumindest die Bedingung "wenn er Erbe werden will"; dagegen läßt Paul. D. 35, 1, 83 die Bedingung, daß der potentielle Erbe sich vor dem Richter als Sohn des Erblassers erweise, als Potestativbedingung nicht zu; Pap. D. 28, 7, 28 pr hält ebenfalls Potestativbedingungen beim filius suus für zulässig).

Bedenken an der Zulassung von Potestativbedingungen bei der Einsetzung des *filius suus* bestanden zunächst, weil es dem Erblasser bei anderen als Hauserben freistand, sie überhaupt einzusetzen, und man deshalb grundsätzlich auch Bedingungen zuließ. Anders war es beim Haussohn, der nach dem Herkommen als Erbe vorgesehen und auch durch Formvorschriften sowie später die *quarta Falcidia* in gewissem Umfang vor Enterbung geschützt war. Wenn er erbt, so entstand kein Moment der *hereditas delata* als einer Phase, in der der Rechtsnachfolger noch nicht feststand, denn er mußte die Erbschaft nicht antreten, sondern war sofort *ipso iure* Erbe; anderenfalls war er enterbt und eben nicht Erbe. Insoweit bestanden zunächst logische Schwierigkeiten, denn gerade eine solche Phase wäre bis zur Bedingungserfüllung entstanden.³⁰⁵ Die privilegierte Stellung war eine weitere Ursache dafür, daß man insoweit Bedenken gegenüber Bedingungen hatte. Etwa durch eine Bedingung, von der der *pater familias* wußte, daß der *filius suus* diese nicht würde erfüllen wollen, bestand möglicherweise die Gefahr einer Umgehung dieser Schutzvorschriften. Andererseits sprach die Möglichkeit der Enterbung dafür, als *minus* auch die bedingte Erbeinsetzung zuzulassen. Die Zulassung der bedingten Erbeinsetzung des *suus* ist ferner darauf zurückzuführen, daß bedingte Erbeinsetzungen generell geläufig geworden waren.³⁰⁶

Ulpian, Paulus und Papinian (vgl. die oben genannten Stellen) vertraten die Auffassung, beim Haussohn sei allein die Potestativbedingung zulässig. Andere, z. B. Tryph. D. 28, 2, 28 pr, Maec. D. 28, 5, 87 (86) pr, Alex. C. 6, 25, 4 pr (224 p. Chr.), gestatteten auch eine *condicio casualis* (Zufallsbedingung), sofern zusätzlich - für den Fall der Nichterfüllung - die Enterbung verfügt war.³⁰⁷ Dieses Zusatzerfordernis im Falle einer Zufallsbedingung ergab sich vermutlich ebenfalls aus der besonderen Stellung des *filius suus*: Die Einsetzung unter der *condicio casualis* wurde weniger als bedingte Erbeinsetzung, sondern eher als bedingte Enterbung gesehen. Der *suus* war quasi bereits enterbt, doch konnte diese Enterbung noch durch Erfüllung der Bedingung verhindert werden. Daher mußte die Enterbung für den Fall des Nichteintritts ausdrücklich verfügt werden.

³⁰⁵ Zum Ganzen Meinhart, Studien Kaser 1973, S. 111 (113 f., 121 ff.).

³⁰⁶ Meinhart, Studien Kaser 1973, S. 111 (112).

³⁰⁷ Meinhart, Studien Kaser 1973, S. 111 (119 ff.); zum Ganzen auch Hunger, Römisches Erbrecht, S. 149 ff. m.w. N.

Somit läßt sich dieser spezielle Fall des bedingt eingesetzten Haussohns letztlich aus der Einstellung der Römer zur Familie und dem Familienvermögen, konkretisiert im favor heredum legitimorum bzw. dem favor familiae, erklären. Der Haussohn wird aufgrund seiner Sonderstellung besonders geschützt. Innerhalb der denkbaren Potestativbedingungen wiederum ergeben sich keine weiteren Besonderheiten, vielmehr gelten insoweit die vorliegend untersuchten allgemeinen Beurteilungen solcher Bedingungen aufgrund der rechtlichen, moralischen und sozialen Gegebenheiten.³⁰⁸

2. Besonderheiten bei der Bedenkung des princeps

Bei der Bedenkung des princeps konnten eine Reihe von Gründen eine Rolle spielen. So kam es zuweilen vor, daß Testatoren, die ihre Familienmitglieder nicht als Erben einsetzen wollten - sei es aus berechtigten Gründen, sei es aus Schikane -, stattdessen den princeps als Erben einsetzten³⁰⁹; in solchen Fällen wurde aber das Erbe vom princeps manchmal ausgeschlagen.³¹⁰

Weiterhin sind Fälle überliefert, in denen der princeps eingesetzt wurde, weil ein Streit um das zu vererbende Gut bestand, und /oder der Erblasser hoffte, der princeps werde sich besser gegen den Gegner durchsetzen können, potentior sein, oder gar selbst in eigener Sache zulasten des Gegners und zugunsten des Fiskus entscheiden.³¹¹ Derartige Verfügungen sind bei Paul. D. 28, 5, 91 erwähnt: Den Kaiser eines Prozesses wegen zum Erben einzusetzen, ist eine gehässige Sache, und die Schikane darf nicht durch die Position des Kaisers unterstützt werden.³¹²

³⁰⁸ Lassalle, System II, S. 235 ff., vertrat die Auffassung, durch die bedingte Einsetzung werde der suus heres im Fall der Erfüllung der Bedingung zum extraneus heres. Ob dies generell gesagt werden kann, dürfte zumindest streitig gewesen sein, kann indes im vorliegenden Rahmen nicht erörtert werden, weil es sich lediglich um eine am Rande des hier behandelten Themas liegende Problematik handelt.

³⁰⁹ Ariès/Duby, Bd. I, S. 153; v. Woeß, Römisches Erbrecht, S. 246 m.w. N.; Bund, FS Wieacker, S. 50 (52 f.) m.w. N.

³¹⁰ Paulus, Idee, S. 62 ff.; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (51, 53) m.w.N. zeitgenössischer Quellen.

³¹¹ Vgl. dazu Wieling, Testamentsauslegung, S. 139 f.; Bund, FS Wieacker, S. 50 (52 f., 56) m.w. N. und weiteren Fundstellen; Lenz, Privilegia fisci, S. 78 m.w. N.

³¹² Vgl. ferner Paul. D. 32, 23, wonach der Kaiser keine Zuwendungen aus unvollkommenen - d.h. ungültigen - Testamenten annehmen darf, weil auch er die Gesetze achten soll, an

Im übrigen spielten vornehmlich der Wunsch nach Unsterblichkeit oder Dankbarkeit bzw. eine persönliche Nähe zum princeps eine Rolle.

a) Ziel der Unsterblichkeit

Wenn der princeps testamentarisch bedacht wurde, spielte häufig der Unsterblichkeitswunsch eine Rolle, indem der Testator durch die Bedenkung die Aufnahme in die Geschichtsschreibung beabsichtigte oder zumindest die dankbare Erinnerung der Nachwelt anstrebte.³¹³ Dieser Gedanke wurde bereits ausgeführt.

b) Dankbarkeit und persönliche Nähe zum princeps

Daneben aber ist die Dankbarkeit ein weiteres Motiv, den princeps zu bedenken. Der princeps war nicht nur der erste Mann im Staat, sondern trug auch den Titel pater patriae. Dieser Titel stellte nicht eine reine Ehrung dar, er wurde von den Römern auch noch in den späteren Zeiten des Weltreiches im wörtlichen Sinne verstanden, d.h. der princeps war für den Gesamtstaat wie der Vater für die Familie³¹⁴, außerdem war er der patronus für jeden römischen Bürger; darüber hinaus bestand ein Klientelverhältnis zwischen dem princeps und dem Militär³¹⁵ (obwohl nicht verkannt werden soll, daß der Titel des pater patriae im Laufe der Zeit mehr und mehr an Inhalt verlor). Dem pater und dem patronus aber war jedermann zum Dank verpflichtet, was jedenfalls bei dem Herrscher nahestehenden Personen auch im Testament seinen Niederschlag finden mußte. Demzufolge wurde der princeps unter

die er selbst nicht gebunden scheint. Zu aus Bosheit - nämlich, um den Familienangehörigen das erhoffte Erbe zu versagen - erfolgten Einsetzungen auch Bund, FS Wieacker, S. 50 (52 f., 56) m.w. N.

³¹³ Dazu etwa Bund, FS Wieacker, S. 50 (51).

³¹⁴ A. Alföldi, Vater des Vaterlandes, S. 121 ff.; zum "Staat als erweiterte Familie" Latte, Römische Religionsgeschichte, S. 31.

³¹⁵ Vgl. zum Ganzen A. Alföldi, Vater des Vaterlandes, S. 40 ff., 46 ff., 67 ff., 81 ff. und zum Patronatsverhältnis insbes. 96 ff., 121 ff.

diesem Gesichtspunkt häufig testamentarisch bedacht.³¹⁶ Die Erwähnung des Herrschers im Testament machte gleichzeitig deutlich, daß der Erblasser ein bedeutender Mann gewesen sein und in kaiserlichen Kreisen verkehrt haben mußte, wenn er dem princeps eine letztwillige Zuwendung machte.³¹⁷ Allerdings kann von einer generellen Pflicht jeden Bürgers zur Einsetzung keine Rede sein; die Dankspflicht bestand nur für dem Kaiser wirklich nahestehende Personen, und auch für diese war sie grundsätzlich nicht sanktionsbewehrt³¹⁸, obschon Nero, Caligula und andere "weniger sympathische Persönlichkeiten auf dem Kaiserthron"³¹⁹ Nachlässe "wegen Undanks" einzogen oder die Konfiskation androhten, wenn sie sich nicht oder nicht genügend bedacht sahen³²⁰, oder sie zwangen begüterte Personen dazu, sie letztwillig zu bedenken, ehe sie sie zum Tode verurteilten.³²¹

Ein weiterer Anlaß zur Bedenkung des princeps war eine Würde oder sonstige Wohltat, die der Erblasser vom Kaiser selbst erhalten hatte; daraus erwuchs eine moralische Pflicht, den Wohltäter im Testament zu erwähnen. Dementsprechend konnte auch die Hoffnung auf künftige Vorteile für die Familie oder Nahestehende des Erblassers das Motiv für die testamentarische Erwähnung - quasi als "vorweggenommener Dank" - sein.³²²

Die Erfüllung dieser Pflicht zur letztwilligen Bedenkung wurde von den principes teilweise auch erwartet.³²³ Von Nero, Caligula und anderen etwa wird - wie dargelegt - berichtet, daß sie Nachlässe deswegen einzogen, weil sie nicht oder nach ihrer Ansicht nicht ausreichend bedacht worden waren.³²⁴ Eine solche Einstellung läßt sich unter Hinweis auf die moralische Pflicht zur Dankbarkeit - sei es gegenüber dem

³¹⁶ Bund, FS Wieacker, S. 50 (52).

³¹⁷ Bund, FS Wieacker, S. 50 (52 f.) m.w. N.; vgl. auch Champlin, S. 150 ff. m.w. N.

³¹⁸ Vgl. Bund, FS Wieacker, S. 50 (53 f.) m.w. N. zeitgenössischer Quellen.

³¹⁹ So Bund, FS Wieacker, S. 50 (52).

³²⁰ Vgl. Lenz, Privilegia fisci, S. 63 f. m.w. N.; Bund, FS Wieacker, S. 50 (52) m.w. N. zeitgenössischer Quellen; zu widersinnigen (paradoxen) Anordnungen Caligulas Wacke, FS Universität Köln, S. 325 (342) m.w. N.

³²¹ Lenz, Privilegia fisci, S. 64 m.w. N.

³²² Bund, FS Wieacker, S. 50 (52).

³²³ Ariès/Duby, Bd. I, S. 103 f.; v. Woelf, Römisches Erbrecht, S. 234 Fn. 26 m.w. N.

³²⁴ Vgl. Bund, FS Wieacker, S. 50 (52) m.w. N. zeitgenössischer Quellen; Lenz, Privilegia fisci, S. 64 m.w. N.

pater patriae, dem patronus oder dem Gott (als den sich Caligula betrachtete) - allerdings nicht rechtfertigen, weil diese gerade nicht mit rechtlichen Sanktionen bewehrt war.

Daher wurden solche Bedenkungen von den meisten Herrschern jedenfalls dann häufig abgelehnt, d.h. ausgeschlagen, wenn der Testator Kinder hatte.³²⁵

3. Auswirkungen auf die Beurteilung von Potestativbedingungen

a) Einsetzung des suus heres

Betreffend den suus heres können keine besonderen generellen Aussagen getroffen werden. Das Noterbenrecht und die Tatsache, daß ursprünglich sogar die Zulässigkeit einer Zufallsbedingung umstritten war, zeigen, daß er besonders geschützt wurde. Zudem genoß er den favor heredis und den favor familiae. Schon dieses Zusammentreffen wird sich häufig zu seinen Gunsten ausgewirkt haben.

b) Besonderheiten bei der Beurteilung der princeps- Klausel

Beachtenswert ist bei der letztwilligen Bedenkung des princeps zunächst, daß bei rechtlichen Streitigkeiten hierüber der princeps in eigener Sache entschied, ebenso in den Fällen, in denen ein Anfall der Erbschaft an den Fiskus in Betracht kam.³²⁶ Angesichts des ständigen staatlichen Geldbedarfs, der damals wohl ähnlich groß war wie heute, war der Fiskus daran sehr interessiert³²⁷, was nicht zur Objektivität der Entscheidungen beitrug.³²⁸

³²⁵ Zum Ganzen Paulus, Idee, S. 62 ff.; ferner Bund, FS Wieacker, S. 50 (51, 53) m.w. N. zeitgenössischer Quellen.

³²⁶ Vgl. hierzu Bolla, Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt, 1938.

³²⁷ Bund, FS Wieacker, S. 50 (56 f.).

³²⁸ Ariès/Duby, Bd. I, S. 153; kritisch schon Paul. D. 32, 23; vgl. ferner Iul. D. 28, 5, 41 (40) und Pomp. D. 28, 5, 42 (41), dazu eingehend Bund, FS Wieacker, S. 50 (55 f.).

Ferner hat bei Bedingungen oder Auflagen in princeps-Klauseln die Stellung des Bedachten ausnahmsweise besonderen Einfluß auf die Beurteilung ihrer Wirksamkeit. Anders als gegenüber sonstigen Bedachten, insbesondere Familienmitgliedern, wurde dem Erblasser nicht gestattet, erzieherische Ziele mittels bedingter letztwilliger Verfügungen zu verfolgen, denn dies verbot die Stellung des princeps.

Weiterhin sollte der princeps nicht in private Streitigkeiten einbezogen werden, weder als "lachender Dritter" im Fall der Bedenkung unter der Bedingung, daß der Rechtsstreit verloren wurde, noch als "zufällig Bedachter" oder "zweite Wahl", weil der Erblasser seine Familie schädigen wollte, indem er ihnen das Erbe durch die Einsetzung des princeps als "unbesiegbarem Gegner" vorenthielt. Schließlich mögen auch ausnahmsweise die Bedürfnisse des Bedachten bei der Bewertung der Gültigkeit einer Bedingung berücksichtigt worden sein, wenn der princeps aus Gründen des öffentlichen Wohls ein besonderes Interesse an der Erbschaft oder dem Vermächtnis hatte.

Letztlich bestand wohl kein favor principis im Sinne der übrigen favores. Wenn ein solcher faktisch bestand, dann nur aufgrund der Machtposition des princeps; diese Situation wurde von den principes entweder ausgenutzt, sofern sie an der Erlangung der Erbschaft interessiert waren³²⁹, oder abgeschwächt, wenn sie die Familie des Erblassers begünstigen und vor mißbräuchlichen Verfügungen schützen wollten.

VIII. Das rechtmäßige und vernünftige Ergebnis

Als letzter Aspekt soll die Vermutung der römischen Juristen genannt werden, der Testator habe wohl rechtmäßig und vernünftig testieren wollen.³³⁰ Dahinter steht der Gedanke, daß jedem Erblasser gewöhnlich an der Verwirklichung seines letzten Willens gelegen war und ist. Dann sollte er sich auch Gedanken machen, ob die

³²⁹ Daß diese Ausnutzung möglich war, zeigt die Kritik von Paul. D. 32, 23 (s. schon oben), die sicher nicht ohne konkreten Anlaß war.

³³⁰ Vgl. etwa Pomp. D. 32, 30, 4: Es sei nicht wahrscheinlich, daß ein Hausvater so testiert habe - d.h. so habe testieren wollen -, daß der Erbe auf eine Klage hin verurteilt werde; Iav. D. 35, 1, 40, 5 zum Bemühen, dem Willen des Erblassers - Errichtung eines Denkmals - Geltung zu verschaffen; Wieling, Testamentsauslegung, S. 52 f., 67 m.w. N.

Anordnungen im Rahmen der Rechtsordnung und des Möglichen erfüllt werden können, und ob sie zur Erreichung des von ihm angestrebten Erfolges geeignet und zweckmäßig sind.³³¹

Nach Wieling³³² hat sich dieser Aspekt zunächst als Auslegungstopos entwickelt und wurde später in den mutmaßlichen Willen des Testators "hineininterpretiert", also auf diese Weise vom Auslegungs- bzw. Bewertungskriterium zum Bestandteil des Erblasserwillens erhoben.

Dieser Punkt geht insoweit in die übrigen, bereits erörterten favores über, als auch diese Ausdruck von gewöhnlichen Erblassermotiven einerseits und sozialen Zielsetzungen andererseits sind. Wie die favores entsprach die "unterstellte" Absicht des Testators zu vernünftiger letztwilliger Verfügung wohl dem Willen der meisten Testatoren, doch galt dies nicht bei allen.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß Testamente generell Gegenstand des öffentlichen Interesses waren, sie erscheinen als "Sittenspiegel".³³³ Das Interesse der Öffentlichkeit und des Staates war auf "vernünftigen Gebrauch der Testierfreiheit".³³⁴ gerichtet. Unklare oder wenig sinnvolle letztwillige Verfügungen beschäftigten nicht nur die Juristen, sondern konnten auch schlechtes Vorbild sein und machten für den Testator einen schlechten Eindruck. Das Bewußtsein des Testators, daß sein Testament zum - positiven oder negativen - Stadtgespräch werden konnte, beeinflusste häufig die Abfassung des letzten Willens.³³⁵ Der Druck, der insoweit auf

³³¹ Zum Aspekt der Zweckmäßigkeit in der römischen Lebenseinstellung auch v. Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 321 ff.

³³² Wieling, Testamentsauslegung, S. 67 f.

³³³ Plinius, Epist. 8, 18: "creditur vulgo testamenthominum speculum esse morum"; vgl. auch Schulz, Prinzipien, S. 108.

³³⁴ So Schulz, Prinzipien, S. 108.

³³⁵ Schulz, Prinzipien, S. 108 m.w. N.

Literaturverzeichnis

- Alföldi, Andreas:** Der Vater des Vaterlandes im römischen Denken, Darmstadt 1978.
- Alföldi, Géza:** Römische Sozialgeschichte, 3. Aufl., Wiesbaden 1984.
- Ariès, Philippe / Duby, Georges (Hrsg.):** Geschichte des privaten Lebens, 1. Band: Vom Römischen Imperium zum Byzantinischen Reich. Deutsche Ausgabe Frankfurt/Main 1989.
- Baron, Julius:** Angriffe auf das Erbrecht, in: Deutsche Zeit- und Streitfragen, hrsg. v. Franz v. Holtzendorff, Jahrgang VI (Berlin 1877), S. 1-39.
- Bertman, Stephen (Hrsg.):** The Conflict of Generations in Ancient Greece and Rome, Amsterdam 1976.
- Bolla, Sibylle:** Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre vom aerarium, Prag 1938.
- Bruck, Eberhard Friedrich:** Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1954.
- Bürge, Alfons:** Cum in familia nubas: Zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der familia libertorum, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 105. Band (1988), S. 312-333.
- Bund, Elmar:** Die Fiktion „pro non scripto habetur“ als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio, in: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag, Hrsg: Walter G. Becker und Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Berlin 1970, S. 353-380.
- Bund, Elmar:** Rezension zu: Hans Josef Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 91. Band (1974), S. 466- 476.
- Bund, Elmar:** Erbrechtliche Geldquellen römischer Kaiser, in: Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Okko Behrends, Malte Diesselhorst u.a., Göttingen 1978, S. 50-65.
- Champlin, Edward:** Final Judgments. Duty and emotion in Roman Wills 220 B.C. –A.D. 250, Berkeley, Los Angeles, Oxford 1991.
- Dixon, Suzanne:** The Roman Family, Baltimore, London 1992.
- Dulckeit, Gerhard / Schwarz, Fritz / Waldstein, Wolfgang:** Römische Rechtsgeschichte, 8. Aufl., München 1989.
- Erdmann, Walter:** Die Entwicklung der Testierfreiheit im Römischen Recht, Diss. Stuttgart 1908.
- Friedländer, Ludwig:** Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms, Leipzig 1923, Neudruck Aalen 1964.
- Gans, Eduard:** Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 4 Bände, Berlin 1825, Neudruck Aalen 1963.
- Hausmaninger, Herbert:** Rezension zu: Masi, Antonio: Studi sulla condizione nel diritto romano, Milano 1966.
- Hausmaninger, Herbert / Selb, Walter:** Römisches Privatrecht, 7. Aufl., Wien, Köln, Weimar 1994. (teilweise auch 6. Auflage zitiert, soweit ausdrücklich gekennzeichnet).

-
- Hölder, Eduard:** Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, Neudruck der Ausgabe Erlangen 1881, Aalen 1970.
- Hunger, Johann Friedrich:** Das römische Erbrecht, Erlangen 1834.
- v. Jhering, Rudolph:** Geist des römischen Rechts, 8 Bände, 9. Aufl. 1877, Neudruck Basel 1954.
- Kahn, Franz:** Zur Geschichte des römischen Frauen-Erbrechts, Leipzig 1884.
- Kaser, Max:** Das Römische Privatrecht, Zwei Abschnitte. Bd. I: 2. Aufl., München 1971, Bd. II: 2. Aufl., München 1975.
- Kaser, Max:** Der Inhalt der patria potestas, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 58. Band (1938), S. 62-87.
- Kaser, Max:** Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 58. Band (1938), S. 88-135.
- Kaser, Max:** Ruhende und verdrängende Hausgewalt im älteren römischen Recht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 59. Band (1939), S. 31-51.
- Kaser, Max:** Mores maiorum und Gewohnheitsrecht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 59. Band (1939), S. 52-101.
- Kaser, Max:** Zur Methode der römischen Rechtsfindung, in: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, phil.-hist. Klasse, 1962, S. 49-78.
- Kaser, Max:** Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, in: Sitzungsberichte der österreichischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, 1972, S. 5-117.
- Knothe, Hans-Georg:** Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung, Frankfurt/Main, Bern 1983.
- Kroll, Wilhelm:** Die Kultur der ciceronischen Zeit, Leipzig 1933, Neudruck Darmstadt 1975.
- Kunkel, Wolfgang:** Das Konsilium im Hausgericht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 83. Band (1966), S. 219-251.
- Kunkel, Wolfgang u.a.:** Römisches Recht, bearbeitet von Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selb, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987.
- Kunkel, Wolfgang /Wittmann, Roland:** Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, II. Abschnitt: Die Magistratur, München 1995.
- Lassalle, Ferdinand:** Das System der erworbenen Rechte, Bd. II: Das Wesen des Römischen und Germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung, 2. Aufl., Leipzig 1880.
- Latte, Kurt:** Römische Religionsgeschichte, München 1960.
- Lenz, Hugo Michael:** Privilegia fisci, Pfaffenweiler 1994.
- Liebe, Detlef:** Römisches Recht, 3. Aufl., Göttingen 1987.
- Liebe, Detlef:** Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, München 1982.
- Lobrano, Giovanni:** Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas, Mailand 1984.
- MacCormack, Geoffrey:** Impossible Conditions in Wills, in: Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA), Bd. 21 (1974), S. 263-297.

-
- Marrou, Henri Irénée** : Geschichte der Erziehung im klassischen Altertum, 7. Aufl., München 1977.
- Masi, Antonio**: Studi sulla condizione nel diritto romano, Mailand 1966.
- Meincke, Jens Peter**: Die Scheidungsklausel im Testament, in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 437-463.
- Meincke, Jens-Peter**: Ferdinand Lassalles Theorie des römischen Erbrechts, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TS), Bd. 46 (1978), S. 33-44.
- Meinhard, Marianne**: Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes, in: Studien zum römischen Recht gewidmet Max Kaser zum 65. Geburtstag, Berlin 1973, S. 111-136.
- Mommsen, Friedrich**: Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, Braunschweig 1876.
- Munzinger, Walther**: Erbrechtliche Studien, Basel 1874.
- Paulus, Christoph**: Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, Berlin 1992.
- Paulus, Christoph**: Die Verrechtlichung der Familienbeziehungen in der Zeit der ausgehenden Republik und ihr Einfluß auf die Testierfreiheit, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 111. Band (1994), S. 425-435.
- Raber, Fritz**: Grundlagen klassischer Injurienansprüche, Wien, Köln, Graz 1969.
- Rawson, Beryl (Hrsg.)**: The Family in ancient Rome New perspectives, London, Sydney 1986.
- Saller, Richard P.**: Patriarchy, property and death in the Roman family, Cambridge 1994.
- Schanbacher, Dietmar**: Ratio legis Falcidiae. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand, Berlin 1995.
- v. Savigny, Friedrich Carl**: System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, 8 Bände.
- Schulz, Fritz**: Prinzipien des römischen Rechts, Berlin 1934 (Neudruck 1954).
- Selb, Walter**: Vom ius vitae necisque zum beschränkten Züchtigungsrecht und der magistratischen Züchtigungshilfe, in: The Irish Jurist (IJ), Bd. 1 (1968), S. 166-170.
- Sohm, Rudolph / Mitteis, Ludwig**: Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., Berlin 1949.
- Stein, Peter**: Regulae iuris, Edinburgh 1966.
- Sturm, Fritz**: Testamentarische Beschränkungen der Freizügigkeit im kaiserzeitlichen Rom, in: Annas of the Archive of „Ferran Valls I Taberner's Library“, Estudis de dret Roma i d'història del dret comparat en homenatge a Ramon D'Abadal i de Vinyals Pel Seu Cèntenari, Hrsg. Jaume Sobrequés & Manuel J. Peláez, Barcelona 1989.
- Viehweg, Theodor**: Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl., München 1973.
- Voci, Pasquale**: Diritto ereditario romano, Bd. 1: 2. Aufl., Mailand 1967; Bd. II: 2. Aufl., Mailand 1963.
- Wacke, Andreas**: Artikel „patria potestas“ im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1971 ff.
- Wacke, Andreas**: Artikel „Pflichtteilsrecht“ im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1971 ff.

dem Testator lastete, ist für unsere heutige, recht anonyme Gesellschaft nur schwer nachvollziehbar.

-
- Wacke, Andreas:** „Elterliche Gewalt“ im Wandel der Jahrtausende: Zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht, in: Festschrift für Friedrich Vittinghoff zum 70. Geburtstag, Köln, Wien 1980, S. 417-434.
- Wacke, Andreas:** Logische Paradoxien in antiker und moderner Jurisprudenz, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln, Berlin, Bonn, München 1988, S. 325-366.
- Wacke, Andreas:** Rechtsfolgen testamentarischer Verwirkungsklauseln – Anwachsung oder Ersatzerbschaft?, in: Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 1990, S. 403-416.
- Wacke, Andreas:** Donatio non praesumitur. Ein sprichwörtliches Naturrechtsprinzip gegen ein versteinertes Beweislastdogma, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 191. Band (1991), S. 1-32.
- Wacke, Andreas:** Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 110. Band (1993), S. 14-59.
- Wacke, Andreas:** Perculium non ademptum vidatur tacite donatum – Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung, in: Rivista internazionale di diritto romano e antico (IURA), 42. Band (1994), S. 43-95.
- Wacke, Andreas:** Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (SZ), 112. Band (1995), S. 239-329.
- Waldstein, Wolfgang:** Operae libertorum, Stuttgart 1986.
- Westrup, C.W.:** Introduction to Early Roman Law, 3 Bände, Bd. II: Joint family and family property, London und Kopenhagen 1934.
- Wieacker, Franz:** Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung, Leipzig 1940.
- Wieacker, Franz:** Recht und Gesellschaft in der Spätantike, Stuttgart 1964.
- Wieling, Hans Josef:** Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972.
- Windscheid, Bernhard:** Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850.
- Windscheid, Bernhard / Kipp, Theodor:** Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt/Main 1900.
- von Woelf, Friedrich:** Das römische Erbrecht und die Erbanwärter, Berlin 1911.

Verhaltensbezogene Mitwirkung in der Rechtsordnung

Im Rahmen des Sozialversicherungsrechts stößt der Rechtsanwender auf die verschiedensten Formen von "Mitwirkungshandlungen", die sowohl im verfahrensrechtlichen als auch im materiell-rechtlichen Bereich anzutreffen sind. Dem Begriff der Mitwirkung ist, quasi als Begriffskern, das Moment der Handlung wesensimmanent. Unter Handlungen werden dabei üblicherweise vom Willen gesteuerte menschliche Verhaltensweisen¹ verstanden, die sich, je nach Art der Willensbetätigung, in Tathandlungen und Rechtshandlungen untergliedern lassen. Je nachdem, welchen konkreten Regelungszweck sie verfolgen und welche konkreten Rechtsfolgen sich an eventuelle Verhaltensverstöße anschließen, ist damit in rechtlicher Hinsicht eine unterschiedliche Steuerungsintensität verbunden.

Betrachtet man die geschichtliche Entwicklung des Versicherungswesens, so wird zunächst klar, daß hier ursprünglich nicht eine Schutz gewährende Institution bzw. ein Staat Mitwirkungspflichten begründete, um das Verhalten des zu Schützenden zu steuern, sondern daß es sich im Gegenteil lange vor der Entstehung und Institutionalisierung von Privat- und Pflichtversicherungen im wesentlichen um Selbsthilfeorganisationen auf Gegenseitigkeit handelte, bei denen die Mit- und Eigenverantwortlichkeit der zu Schützenden - die zugleich in ihrer Gesamtheit auch die Schutzgewährenden waren - Entstehungsvoraussetzung und Grundlage war.

A. Geschichtlicher Abriss

Der Vorsorgegedanke ist so alt wie die menschliche Kulturgeschichte. Je höher die Entwicklungsstufe eines Volkes ist, desto besser entwickelt sind grundsätzlich auch seine Vorsorge- und Versicherungsmaßnahmen.

I. Entwicklung in Deutschland

Charakteristikum des Versicherungswesens und seiner Vorläufer war und ist die Gefahrengemeinschaft, d.h., Gruppen von Menschen, die durch gleichartige Gefahren bedroht wurden, schlossen sich zusammen und erbrachten gewisse Beiträge bzw. Opfer, um den tatsächlich vom Unglück Betroffenen "wieder auf die Beine zu helfen".

Die gewissermaßen spirituelle Art der Vorsorge durch Opfergaben, die den Göttern dargebracht wurden, um sie zugunsten der Familien und Sippen gnädig zu stimmen, kann als Vorstufe des späteren Versicherungswesens angesehen werden. Schon im antiken Griechenland gab es eine staatliche Armenfürsorge und Vereine wie Handwerker-gilden, in denen sich die Mitglieder selbst halfen, und auch aus dem antiken und frühchristlichen Rom sind Krankenkassen- und Sterbekassenvereine bekannt.

Mit dem aufkommenden Handel im Mittelalter ergaben sich neben unbestreitbaren Vorteilen auch eine Reihe von Risiken. Durch Seestürme konnten die Waren zerstört werden. Auf hochmittelalterlichen Straßen lauerten Räuberbanden auf die Beute. Die Kaufleute schlossen sich zu Gefahrengemeinschaften, sogenannten Gilden zusammen.² Zahlreiche Gilden zielten nicht auf Schadensersatz schlechthin ab, sondern wollten lediglich dem

¹ Wolff-Bachof: Verwaltungsrecht I, 10. Auflage 1994, § 36 I 3.

² V. Gierke, Otto: Das Deutsche Genossenschaftsbuch, Bd. I, Graz 1954, schreibt dazu auf S. 361: "Schon im 11. und 12. Jahrhundert entstanden dadurch, daß die aus Kaufleuten bestehenden Bürgerverbrüderungen das gemeinsame Handelsinteresse unter die Vereinsangelegenheiten aufnahmen und als Gesamtheiten Handelsprivilegien erwarben,

Hilfe angeeignet lassen, welcher tatsächlich nach erlittenem Schaden wieder an den Neubau seines Anwesens ging. Für diesen Fall wurde ihm Hilfe in Form von Naturalien und Arbeitsleistungen zuteil, aber keine Geldunterstützung gewährt.³ Neben der Hilfe bei Elementarereignissen hatten die Gilden noch eine weitere sichernde Tätigkeit festgelegt. Verstorbenen Gildenmitgliedern wurde z.B. ein anständiges Begräbnis gesichert.

Die Armen, Kranken und Alten, die keiner Arbeit nachgehen konnten, waren mangels besonderer sozialer Einrichtungen auf die christlichen Institutionen des Mittelalters angewiesen, die schon höher entwickelte Formen von Versicherungsvorläufern darstellten. Einer Urform von Versicherungsprämien entsprachen die regelmäßig erhobenen Spenden der gesamten Christengemeinde, die zu einem Teil von der Kirche dazu verwendet wurden, um in Not geratenen "Brüdern und Schwestern" zu helfen. Klöster beschränkten sich nicht nur auf die Erfüllung missionarischer Aufgaben, sondern übernahmen im Rahmen der "Caritas" auch eine institutionelle Armen- und Krankenpflege. In jedem Kloster gab es ein Krankenhaus, "infirmaria" genannt, außerhalb der Klostermauern gewöhnlich ein Hospital, "hospitale pauperum". Die Krankenpflege erfolgte durch besondere, in der ärztlichen Kunst und Arzneizubereitung erfahrene Mönche.

Neben ärztlicher Versorgung und Arznei gewährten die Klöster nach gewissen Regeln Unterstützung in Geld, Speisen und Bekleidung, in beschränkter Zahl auch lebenslängliche Versorgung im Kloster an dauernd Arbeitsunfähige und Altersschwache.⁴ Der Pfortner hatte die Aufgabe, täglich den bittenden Armen an der Klosterpforte Almosen auszuteilen.⁵ Der Versicherungscharakter der kirchlichen Einrichtung wuchs, als ab dem 10./11. Jahrhundert auch begüterte Personen gegen Entgelt oder "Schenkungen" an die Kirche die Dienstleistungen der Klöster für sich sicherstellten. Gegen Stiftung einer bestimmten Geldsumme oder entsprechenden Realbesitz konnte man sich in ein Kloster "einpfänden".

Die Klöster sind aber auch die Vorläufer der modernen Lebens- bzw. Rentenversicherung. Als im 15./16. Jahrhundert der Ansturm jener Personen auf die Klöster zu groß wurde, die der Kirche Grundstücke und Häuser übertrugen, um dort im Alter und bei Krankheit Unterkunft und Pflege zu erhalten, kauften sich die kirchlichen Institutionen zunehmend frei. Anstelle von Unterkunft und Verpflegung im Kloster wurden den Stiftern und Schenkern lebenslänglich gewisse Geldbeträge ausgezahlt. Ähnlich wie bei einer modernen Lebensversicherung konnten solche klösterlichen Leibrentenverträge auch für Dritte abgeschlossen werden.⁶ Seit dem 15./16. Jahrhundert übernahmen auch weltliche Institutionen wie die Stadtgemeinden gewisse versicherungsähnliche Aufgaben.

Bedeutsam war im Mittelalter auch die Fürsorge der Ritterorden, die durch ihr Gelübde dazu verpflichtet waren, für die kranken und verlassenen Glaubensbrüder zu sorgen. Der Dreißigjährige Krieg zerstörte zwischen 1618 und 1648 die Fürsorgeeinrichtungen der Kirche und der inzwischen auch von größeren Städten erbauten Hospitäler. An ihre Stelle trat die Selbsthilfe auf gemeinschaftlicher Grundlage. Die wichtigsten Einrichtungen waren Selbsthilfe im Bergbau und im Handwerk.

Die Bruderschaft der Bergleute, die Knappschaft, verrichtete die Arbeit der Kranken mit, so daß kein Verdienstaustausch eintrat. Später wurden an den Lohntagen Büchsen aufgestellt, in die jeder Knappe nach Belieben Geld einwarf. Aus der freiwilligen Spende entwickelte sich die Verpflichtung zur Entrichtung des "Büchsenpfennigs". Die Büchsenkassen wurden zu Knappschaftskassen, aus denen Bergleuten und ihren Familien Krankheitskosten, Arzneien oder Sterbegeld ersetzt wurden. Bei den Handwerkern gab es Zusammenschlüsse in Form von Zünften oder Innungen. Sie bildeten Zunftbüchsen und Zunftvermögen, in die jedes Mitglied meist einen bestimmten Betrag zu zahlen hatte. Die Gesellen schlossen sich zu Gesellenbruderschaften zusammen.

Mit dem Beginn der Industrialisierung verloren die Zünfte und Gilden an Bedeutung. Wer als Industriearbeiter wegen Krankheit, Invalidität oder Alter aus dem Arbeitsleben ausscheiden mußte, konnte nicht mehr mit der

die ältesten Gewerbe- und Handelsinnungen. Diese Genossenschaften erfuhren seit dem 13. Jahrhundert eine überaus reiche äußere und innere Entwicklung."

³ Schmidl, Edmund: Die Entwicklung des Versicherungswesens in der Volkswirtschaft und seine wirtschaftliche Entwicklung bis zum Jahre 1930, Diss. Innsbruck 1956, S. 31 f.

⁴ Das folgte aus der Benediktinerregel

⁵ Uhlhorn, G.: Der Einfluß der wirtschaftlichen Verhältnisse auf die Entwicklung des Mönchtums im Mittelalter, in: Zeitschrift für Kirchengeschichte, Bd. XIV, 3. Heft, Gotha 1994, S. 347 ff.

⁶ Ogris, Werner: der mittelalterliche Leibrentenvertrag, Wien/München 1972, S. 13 ff.

solidarischen Hilfe anderer rechnen. Die tiefgreifende, soziale Umwälzung machte ein Eingreifen des Staates erforderlich. Bereits im preußischen allgemeinen Landrecht vom 05.02.1794 befinden sich Bestimmungen über die staatliche Armenpflege.

Während in England und Frankreich die ersten staatlichen Schutzbestimmungen - Arbeitszeitbegrenzungen zunächst für Kinder und Jugendliche - unter dem Druck einer trotz wiederholter Rückschläge sich langsam formierenden Arbeiterschaft zustande kamen, waren es in Preußen, wo sich die Arbeiterbewegung erst später parallel mit der industriellen Aufschwungphase nach 1850 entwickelte, vor allem obrigkeitsstaatliche Erwägungen, die zum sogenannten Preußischen Regulativ von 1839 führten. Hierbei gaben neben fürsorglichem Denken vor allem wohl handfeste Interessen an der Erhaltung der Wehrtüchtigkeit der Arbeiterbevölkerung den eigentlichen Ausschlag. Diesem Anfang staatlicher Arbeiterschutzzpolitik, die die krassesten Fälle der Ausbeutung von Kinderarbeit verhindern sollte, aber mangels Kontrollmöglichkeiten kaum Anwendung fand, folgten in den nächsten Jahrzehnten kaum weitere Aktivitäten.

Erwähnenswert ist allenfalls die Preußische Gewerbeordnung von 1845 mit der Novellierung von 1849, die eine Öffnung der handwerklichen Hilfskassen und Versicherungseinrichtungen - Kranken-, Hilfs-Sterbe- und Sparkassen - für die Industriearbeiter herbeiführte. Diese Hilfskassen, sich sich aus den mittelalterlichen Brüderbüchsen und Laden der Zünfte entwickelt haben, weisen - wie dargelegt - eine jahrhundertelange Tradition auf. Mit der Verpflichtung der Unternehmer zur anteilmäßigen Mitfinanzierung der Kosten, des Rechts auf Selbstverwaltung und der Möglichkeit, die freiwillige Mitgliedschaft durch behördliche Anordnung verpflichtend zu machen, wurden hier schon wesentliche Gestaltungsprinzipien der späteren Bismarckschen Sozialversicherungspolitik ansatzweise erprobt.⁷

Das Gesetz über die Vereinigung der Berg-, Hütten- und Salinenarbeiter in Knappschaften vom 10.04.1854 war die erste landesgesetzliche, öffentlich-rechtliche Arbeiterversicherung. Diese und andere landesgesetzliche Regelungen waren jedoch noch unzureichend, weil sie nur einen Teil der Bevölkerung betrafen. Durch die "Kaiserliche Botschaft" vom 17.11.1881 wurde der Aufbau der Arbeiterversicherung eingeleitet. Wilhelm I. forderte in seiner Thronrede zur Eröffnung des Reichstages auf Anraten von Reichskanzler Bismarck den Reichstag auf, "zur positiven Förderung des Wohles der Arbeiter" Gesetze zum Schutz der Arbeiter gegen Krankheit, Unfall, Invalidität und Alter zu beschließen. Nach langwierigen Vorbereitungen und Untersuchungen verabschiedete der Reichstag am 15.06.1883 das Krankenversicherungsgesetz, am 06.07.1884 das Unfallversicherungsgesetz und am 22.06.1889 das Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz. Die zunächst geplante organisatorische Zusammenlegung der Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung führte nicht zum Ziel. Lediglich die drei unterschiedlichen Sozialversicherungsgesetze wurden 1911 in der "Reichsversicherungsordnung" zusammengefaßt, die ab Mitte der siebziger Jahre durch das Sozialgesetzbuch (SGB) abgelöst wurde.

Als regional gegliederte Versicherungsträger der Invalidenversicherung - wie die Rentenversicherung anfänglich hieß - wurden Landesversicherungsanstalten errichtet. Ihnen standen Ausschüsse, die heutigen Vertreterversammlungen, und Vorstände vor, in denen Vertreter der Arbeitgeber und der Versicherten die Geschicke der einzelnen Anstalten lenkten. Die Rentenversicherung war somit von Anfang an nach dem Prinzip der Selbstverwaltung organisiert.

Die Versicherungspflicht war zunächst auf die Industriearbeiter beschränkt. Finanziert wurde das System vor allem über Beiträge der versicherten Arbeiter und/oder ihrer Arbeitgeber, wobei bei der Rentenversicherung ein Staatszuschuß gewährt wurde. Dieser Ansatz, die Lebensrisiken - anfangs allerdings nur die Erwerbsunfähigkeit - außerhalb der Betriebe in einer Versichertengemeinschaft der potentiell Betroffenen aufzufangen, stellte eine wichtige Ergänzung der Arbeitsschutzpolitik dar, insofern hier auch Risikofaktoren, die nicht unmittelbar an den Arbeitsplatz geknüpft waren, einbezogen wurden. Zudem bot eine derartige Konstruktion die Möglichkeit, auch nicht erwerbstätige Familienmitglieder wie Ehefrau und Kinder mit in die Solidargemeinschaft aufzunehmen.⁸

Das Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz hatte neben den Arbeitern auch Angestellte in die Versicherungspflicht einbezogen. Der Berufsstand der Angestellten forderte aber eine selbständige und unabhängige Angestelltenversicherung mit eigenem Versicherungsträger. Dies geschah mit dem Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20.12.1911, das zum 01.01.1913 in Kraft trat.

⁷ Neumann/Schaper: Die Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1998, S. 21.

⁸ Neumann/Schaper, a.a.O., S. 23.

Der Erste Weltkrieg, die Inflation in den Jahren 1921 und 1923 und die Weltwirtschaftskrise, die im Sommer 1930 in Deutschland voll durchschlug, trafen die Sozialversicherung schwer. Die Folge waren Kriegs- und Währungsgesetze, wie sie für solche Notzeiten typisch sind. In den dreißiger Jahren erholte sich die Rentenversicherung wieder. Zwar wurde die noch junge Selbstverwaltung durch das Führerprinzip abgelöst, doch die Grundlagen der Sozialversicherung wurden dadurch nicht erschüttert. 1927 wurde das System der sozialen Sicherung um die Arbeitslosenversicherung ergänzt.

Mit der Rentenreform im Jahre 1957 wurde die Rentenversicherung im alten Bundesgebiet grundlegend umgestaltet. Die Renten folgten seitdem der wirtschaftlichen Entwicklung; sie erhielten Lohnersatzfunktion und wurden in der Regel jährlich entsprechend der Bruttolohnentwicklung erhöht, seit 1992 entsprechend der Nettolohnentwicklung.

Im selben Jahr folgte das Gesetz über die Altershilfe für Landwirte, mit dem diese erstmalig in die soziale Sicherung einbezogen wurden. 1963 trat die Neuordnung der gesetzlichen Unfallversicherung in Kraft. Weitere Stationen in der Entwicklung der sozialen Sicherung waren die Versicherungspflicht aller Angestellten im Jahre 1968, die Öffnung der Rentenversicherung, insbesondere für Selbständige und Hausfrauen im Jahre 1972, die Anpassung der Unfallrenten und der Kriegsofferrenten an die wirtschaftliche Entwicklung in den Jahren 1964 und 1972 und die Sozialversicherung der Rehabilitanden und Behinderten 1974 und 1975 sowie der selbständigen Künstler und Publizisten im Jahre 1983. Die soziale Pflegeversicherung ist am 01.01.1995 als Schlußstein des Sozialversicherungsgebäudes als eigenständige Säule der sozialen Sicherheit in Kraft getreten und der gesetzlichen Krankenversicherung angegliedert.

Während nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs in den amerikanischen, britischen und französischen Besatzungszonen das traditionelle Sozialversicherungsrecht im wesentlichen erhalten blieb, ging die Verwaltung der sowjetischen Besatzungszone einen eigenen Weg. Hier entwickelte sich eine Einheitsversicherung, in der Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung zusammengefaßt waren. Sie wurde von zwei Trägern verwaltet. Die dem FDGB zugeordnete Sozialversicherung der Arbeiter und Angestellten war für 85 % aller Bürgerinnen und Bürger zuständig. Daneben existierte die Sozialversicherung der Genossenschaftsmitglieder und der selbständig Tätigen bei der staatlichen Versicherung der DDR. Im Mai 1990 wurde das Sozialsystem der DDR dem der alten Bundesrepublik angeglichen und ab dem 01.01.1991 das gegliederte Sozialversicherungssystem des alten Bundesgebietes auf die neuen Bundesländer übertragen. Inzwischen ist die Zusammenführung der unterschiedlichen Systeme abgeschlossen; es kann grundsätzlich wieder von einer einheitlichen Grundlage ausgegangen werden.

Heute umfaßt die Sozialversicherung rund 90 % der Bevölkerung. Es sind insbesondere Arbeiterinnen, Arbeiter und Angestellte, die gegen die "Wechselfälle des Lebens", also Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Erwerbsminderung, Alter, Pflegebedürftigkeit und Tod, versichert sein müssen. Die Sozialversicherung versucht in diesen Situationen, den Lebensstandard des Versicherten und seine Stellung im Sozialgefüge zu erhalten.

Läßt man die Entwicklung des Sozialversicherungsrechts in den letzten Jahrzehnten einmal Revue passieren, so fällt auf, daß die Phase des Auf- und Ausbaus in den fünfziger, sechziger und siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts durch stark expandierende Tendenzen gekennzeichnet war. Positiv-rechtlich hat sich dies insbesondere darin niedergeschlagen⁹, daß einerseits der von der Sozialversicherung erfaßte versicherungspflichtige bzw. -berechtigte Personenkreis kontinuierlich erweitert, andererseits aber auch das soziale Leistungssystem Schritt für Schritt ausgebaut wurde.

Die Sozialpolitik dieser Jahre wurde dabei maßgeblich von der oftmals eher ergebnisorientierten, zuweilen emotionshefteten Vorstellung beherrscht, die individuellen und gesellschaftlichen Risiken, denen der einzelne ausgesetzt ist, vorrangig in einer öffentlich-rechtlich organisierten Versicherungsgemeinschaft abzudecken. Diese Organisationsform wurde daher unter sozialstaatlichen Gesichtspunkten oftmals als einzige Möglichkeit angesehen, die wirtschaftlichen Folgen sich realisierender Gefahren für den einzelnen erträglicher zu gestalten. Der Solidargedanke war insoweit stark dominierend.

So achtenswert die Motive eines Sozialgesetzgebers, die individuellen Freiräume des einzelnen soweit als möglich aufzubauen und abzusichern, auch sind, so wichtig ist es auf der anderen Seite, die Motivation des einzelnen zu

⁹ Jantz, Kurt: Die neueren Ausweitungen des Personenkreises und des Leistungskreises der Sozialversicherung in ihrer Bedeutung für das Verhältnis der Sozialversicherung zur Privatversicherung, in: ZVersWiss 1973, S. 213 ff.

eigenverantwortlichem Handeln nicht dadurch zu untergraben, daß die Anforderungen an die Gewährung der Sozialleistungen weitgehend von dem Individualverhalten des einzelnen abgekoppelt werden. Auf diese Weise wird ein Motivationsdefizit erzeugt, das befürchten läßt, daß die Mitglieder solcher Sicherungssysteme im Laufe der Zeit ein Sozialverhalten und -bewußtsein entwickeln, das letztlich in einem fordernden Anspruchsdenken gipfelt und all diejenigen staatlichen Maßnahmen als "unsozial" einstuft, die einen gewissen Einsatz eigener Ressourcen voraussetzen.

Das Ziel eines Sozialstaates kann nicht darin bestehen, soziale Sicherheit um jeden Preis zu gewährleisten. Die wesentliche Aufgabe besteht vielmehr darin, soziale Güter dorthin zu transportieren, wo dies mit dem Postulat der sozialen Gerechtigkeit vereinbar ist und dem Freiheitsprinzip unserer Verfassung nicht widerspricht.¹⁰ Nur harmonisches Recht kann geordnete Systeme hervorbringen, die ihrer Steuerungsfunktion gerecht werden und den Normadressaten zu systemadäquaten Verhaltensweisen veranlassen. Dies setzt nicht zuletzt ein inneres Gleichgewicht zwischen den Begünstigungen und Lasten des entsprechenden Systems voraus, was zu der Erkenntnis geführt hat, daß Rechte nicht ohne Pflichten bestehen können. Gerade Pflichten verfolgen den Zweck, die Rechtsunterworfenen zu einem systemadäquaten Verhalten zu motivieren. Diese Verhaltenssteuerung trägt entscheidend dazu bei, einen systemkonformen Gebrauch der eingeräumten Rechte zu gewährleisten und damit das Funktionieren des Systems insgesamt abzusichern.

II. Entwicklung in Ungarn

Aus dem frühen Mittelalter liegen keine Beweise vor, ob es jemals eine versicherungsähnliche Form, wie eine "gemeinnützige" Opfergabe gegeben hätte. Vielmehr gab es damals die eng zusammengeschlossene Bauerngemeinschaft, die durch das auf Solidarität aufbauende Familienmodell und die gemeinsamen Risiken wegen Unwetter, schlechter Ernte usw. einen ziemlich wirksamen Ersatz für die Versicherung anbot. Erst mit dem Erscheinen frühkapitalistischer Arbeitsformen, sowie der Ansätze vom gemeinsamen, organisierten Auftreten der städtischen bzw. Bergarbeiterschaft könnte man von den Anfängen des Versicherungsgedankens sprechen.

Eine Grundbedingung der Entwicklung der Sozialversicherung war in Ungarn auch der Umstand, daß eine solche soziale Schicht entstanden ist, deren Vertreter in ihrer Person - im Gegensatz zum feudalistischen Modell - bereits unabhängig, beruflich aber sehr abhängig, sogar ausgeliefert waren. Gewisse zusätzliche Bedingungen wirkten noch verstärkend auf diese Entwicklung ein, so z. B. die besondere Gefahr, die mit dem Bergbau schon immer verbunden war. Kein Wunder, wenn die ersten Einrichtungen in der beruflichen Sozialfürsorge sich auf dem Gebiet des äußerst gefährlichen Bergbaus fanden. Die Selbsthilfe-Tätigkeit der Bergarbeiter entfaltete sich zunächst unter dem Druck und der Leitung der Kirche. Sie übernahm anfangs nicht selten die volle Organisation der Selbsthilfe der Bergleute, darüber liegen uns bereits aus dem Jahre 1224 Angaben vor. Die Bergleute unterstützten aus ihren Beiträgen in erster Linie ihre krank und alt, daher arbeitsunfähig gewordenen Kollegen. Die Blütezeit der sog. Büchsenkassen (ung. "Bányatárslúda" = gemeinsame Bergwerksbüchse) ist auf das Ende des 15. und den Anfang des 16. Jahrhunderts zu setzen. Die erste Büchsenkasse in Ungarn, worüber uns Dokumente verblieben, wurde 1346 in einem Bergwerk von János Thurzó eingerichtet. Die Büchsenkasse entstand in jedem Fall aus dem gemeinsamen Willen des Arbeitgebers und seiner Arbeitnehmer, und sie wurde von der Gemeinde der Bergwerkleute auf Selbstverwaltungsbasis verwaltet. Ihre finanziellen Mittel stammten z. T. aus den Beiträgen, die aus dem Lohn der Bergleute abgesetzt worden sind, z. T. aus der Mithilfe des Arbeitgebers. Die Leistungsformen der Büchsenkassen waren folgende:

¹⁰ Scholz, Rupert: Öffentliche und Privatversicherung unter der grundgesetzlichen Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: Festschrift für Siegfried, S. 507, 511.

1. im Falle einer Krankheit: Versorgungsgeld, ärztliche Versorgung, Arzneimittel;
2. im Falle der Arbeitsunfähigkeit Pension oder Abfindung;
3. die Versorgung von Witwen und Waisen;
4. Beerdigungsförderung (Sterbegeld).

Die Organe der Büchsenkassen waren die Vollversammlung (közgyűlés), die Körperschaft der sog. "Büchsenväter" (társládaatyók), und der Sekretär (jegyző). 1778 wurde dann die verbindliche Organisierung der Büchsenkassen in jedem königlichen Bergwerk Ungarns angeordnet. Das österreichische Bergwerksgesetz aus dem Jahre 1854, das auch in Ungarn in Kraft gesetzt wurde, verfügte, daß jeder Bergwerkeigentümer zur Hilfe aller von ihm angestellten Bergleute sowie ihrer Angehörigen je eine Büchsenkasse errichten soll. Dieses Gesetz wurde jedoch für die kleineren, finanziell schwächeren Bergwerke mit weniger Mannschaft nicht angewendet. Darüber hinaus gab es keine Wechselseitigkeit zwischen den einzelnen Büchsenkassen, d. h. wenn ein Bergmann zu einem anderen Bergwerk wechselte, dann verlor er alle Rechte, die er bei der früheren Büchsenkasse erwarb.

Die industrielle Arbeiterschaft ihrerseits richtete z. T. nach diesem Muster ihre Hilfsvereine, und Hilfskassen (segélyegyletek, segélypénztörök) ein. Dabei spielten natürlich die Zunfttraditionen und später auch bestimmte Rechtsvorschriften eine beträchtliche Rolle. Seit den 1840er Jahren werden nämlich regelmäßig Gesetze erlassen, die die Arbeitgeber zur Pflege und Unterstützung ihrer Arbeitnehmer, Gehilfen und Lehrlinge verpflichten, die eine Krankheit bzw. einen Unfall erlitten. Das Gesetz Nr. XVII von 1884 über Gewerbe und Industrie verankert z. B., daß die Körperschaften der Gewerbe und Industrie (ipartestületek) zur Einrichtung von Hilfskassen verpflichtet sind. Gemäß diesem Gesetz entstanden zahlreiche Kassen vor allem in den größeren Fabriken. Die betroffenen Arbeiter gründeten auch oft ihre Arbeitervereine (munkásegyletek) mit dem Zweck, die kranken Arbeiter zu versorgen. Einer der ältesten Vereine, der Pension- und Krankenpflegeverein des Handels von Budapest wurde z. B. 1846 gegründet. Der Hilfsverein der Drucker entstand bloß zwei Jahre danach. 1869 gründete man den Verein für die Bildung der Arbeiter (Munkásképző Egylet), im Rahmen dessen die Allgemeine Arbeiterkranken- und Invalidenkasse (Általános Munkásbetegsegélyező és Rokkantpénztár, 1870) eingerichtet wurde. Zweck der Kasse war, im Falle der Krankheit bzw. Invalidität des Arbeiters Versorgungshilfe, im Sterbefall Sterbegeld zu gewähren. Nach dem Statut konnte jeder Mann und jede Frau zwischen 12 und 60 Jahre Mitglied sein. Die Mitglieder wurden dann in drei Altersgruppen und vier Zahlungsklassen eingeteilt. Die Höhe der Beiträge und Beihilfen wurde je nach Klasse verschieden festgelegt. Jedes Mitglied war berechtigt, ärztliche Versorgung bzw. Arznei zu beziehen. Das Beihilfegeld wurde 26 Wochen lang in voller Höhe nach Altersgruppe und Zahlungsklasse ausgezahlt. Dann bestand die Möglichkeit, weitere 26 Wochen lang die Hälfte des vollen Betrages zu bekommen. Die Kosten eines Krankenhausaufenthaltes standen ebenfalls 26 Wochen lang dem Versicherten zu. Die Mutter bekam die Gebärdungshilfe 1 Woche lang, wenn sie aber längere Zeit nach der Geburt noch immer erwerbsunfähig war, erhielt sie die Hälfte 26 Wochen lang. Vor der Einführung der Versicherungspflicht 1891 machte die Gesamtanzahl der Privatversicherten etwa 40 % aller Arbeiter und Arbeiterinnen in Ungarn aus.

Eine entscheidende Wende des ungarischen Sozialversicherungswesens brachte die Versicherungspflicht. In Ungarn fungierte in dieser Hinsicht das Gesetz Nr. XIV von 1891 über das Krankenversicherungswesen als bahnbrechend. Der persönliche Anwendungsbereich dieses Gesetzes erstreckte sich auf alle Arbeiter und Angestellten, die in Bereichen des Bergbaus, der Metallindustrie, des Bauwesens, der

Eisenbahnen, der Telekommunikation (Postwesen), der Schifffahrt und des sonstigen Transportwesens tätig waren. Als Leistung erhielten die Versicherten gemäß dieses Gesetzes ärztliche Behandlung, Arznei, Krankengeld für die Periode der Erwerbsunfähigkeit, max. aber für 20 Wochen, oder die Kosten eines Krankenhausaufenthaltes, 4 Wochen Kindbetthilfe sowie Sterbegeld. Die Höhe des Krankengeldes betrug in jener Epoche 50 % des beitragspflichtigen Lohnes. Ein Drittel der Beiträge wurde von den Arbeitgebern, zwei Drittel von den Versicherten entrichtet. Der Beitragsschlüssel soll 2–5 % gewesen sein. Die Pflichtversicherung konnte laut Gesetz von den Betroffenen selbst in Form von Krankenkassen organisiert werden, die ihrerseits in den Bezirken, innerhalb von Firmen oder der Körperschaften der Gewerbe und Industrie bzw. durch privat gegründete Vereine eingerichtet werden konnten. Die Direktion der so zustande gekommenen Krankenkassen oblag den Selbstverwaltungen, über die die Körperschaften der Gewerbe und Industrie, sowie der Handelsminister Aufsicht ausübten. Dem Minister kam auch die Aufgabe der Bewilligung des jeweiligen Krankenkassen-Statutes zu. Es gab 1891 gut 450.000 Pflichtversicherte in Ungarn. Davon wurden 250.000 im Rahmen der Bezirkskrankenkassen, der Rest bei Firmen- oder sonstigen Krankenkassen versichert. Die mit der Versicherungspflicht zusammenhängenden Aufgaben wurden von etwa 100 Krankenkassen wahrgenommen. Das bedeutet eine ziemlich große Versplitterung, die ernsthafte Schwierigkeiten bei der Erfüllung der Versicherungsaufgaben ergab und die administrativen Kosten wesentlich vermehrte. Oft kam es vor, daß die Versicherungsgesellschaften nicht einmal ihren gesetzlich vorgeschriebenen Grundaufgaben nachkommen konnten.

Die Mängel des ersten Versicherungspflichtgesetzes wurden bald gut ersichtlich. Hauptsächlich mußte man zwei Probleme so rasch wie möglich lösen: Die zersplitterte Struktur sollte vereinheitlicht, die übrigen Zweige des Versicherungswesens sollten organisiert werden. Das Gesetz Nr. XIX von 1907 schuf dementsprechend das einheitliche und zentralisierte Krankenversicherungssystem und die Einrichtung der Unfallversicherung. Der Kreis der Versicherten wurde erweitert, die Familienangehörigen des Versicherten wurden mitversichert, also zur Versorgung und Pflege berechtigt. Die Kosten wurden zur Hälfte von den Arbeitgebern, zur Hälfte von den Arbeitnehmern gedeckt. Die Vertretung in den Selbstverwaltungsorganen wurde auch an dieses Verhältnis angepaßt. Dieses System war dann wesentlich effektiver, als das vorausgehende, doch mußte man noch mit etlichen Schwierigkeiten rechnen. Das größte Problem war, daß die Zentralkrankenkasse mit ihrer Tätigkeit praktisch ohne jedwede finanzielle Grundlage anfang, und die Einnahmen zur Deckung der Ausgaben unzulänglich waren, zum Teil, weil die Beiträge unrealistisch festgesetzt wurden, zum Teil weil ein beträchtlicher Teil der Arbeitgeber, unter Berufung auf die Wirtschaftskrise und den Balkankrieg, ihre Einzahlungen nicht zeitgemäß, oder gar nicht leisteten.

Dem ersten Weltkrieg folgte eine schwere Lage auch im Bereich der Sozialversicherung. Ungarn verlor riesige Gebiete, und die Wirtschaft mußte neu organisiert werden. Die Heilanstalten der Zentralkrankenkasse (Országos Pénztár) sowie der Bezirkskrankenkassen gingen während der vier Kriegsjahre zugrunde, die Ausrüstung wurde zerstört, und die Nachkriegsinflation höhlte die wirtschaftliche Leistungskraft der Krankenkassen aus. In einer derartigen Situation fand die wohl eigenartigste Periode der ungarischen Geschichte, die kaum mehr als 300 Tage der sog. "Räterepublik" statt. Die kommunistische Räterepublik, die 1919 in Ungarn herrschte, war bestrebt, das äußerst komplizierte Sozialversicherungswesen zu vereinheitlichen. Die Verordnungen, die durch die Räteregierung erlassen wurden, schlossen die Arbeitgeber aus den Selbstverwaltungen aus, und vertrauten die Vertretung der Arbeiterschaft den Arbeitern selbst an. Der "Revolutionäre

Regierungsrat" betonte in weiteren Verordnungen, daß alle Arbeiter, auch die Landarbeiter versichert sind. Das ist wohl insofern von Belang, weil die Landarbeiter früher nicht zur Gruppe der Pflichtversicherten gehörten. Gemäß Verordnung ist Arbeiter jeder Mensch, der in verstaatlichtem bzw. privatem Dienst gegen Lohn oder Gehalt arbeitet. Die Zeit der Krankenbeihilfe wurde von 20 Wochen auf ein Jahr erhöht. Die diesbezüglichen Regierungsratsverordnungen brachten noch weitere grundlegende Begünstigungen für die Arbeiter, die Beiträge wurden allerdings auch erhöht, und zwar auf 6 % des Tageslohnes. Die Beitragspflicht der Arbeitgeber wurde aber nur in der verstaatlichten Industrie und in der Verwaltung verwirklicht. Im staatlichen Sektor war es nämlich nicht erlaubt, die Beiträge auf die Arbeiter bzw. Angestellten zu überwälzen. Die Räterepublik hatte noch vor, weitere Bestimmungen während ihrer Tätigkeit zu erlassen, die das Rentenwesen zu regeln hätten. Die Weiterentwicklung des Sozialversicherungswesens wurde dadurch verhindert, daß die Räterepublik noch im selben Jahr (1919) stürzte, und in der letzten Periode ihres Bestehens hatte sie keine Möglichkeit mehr, ihre politischen Vorstellungen umzusetzen.

Nach dem Sturz der Räterepublik bemühte sich die neue Regierung, alles abzuschaffen, was mit dem vorausgehenden kommunistischen Regime in Verbindung war. Das Selbstverwaltungssystem im Sozialversicherungswesen wurde ebenfalls abgeschafft. Die Leitung der Sozialversicherung wurde in den paar darauffolgenden Jahren (bis 1927) von ministeriellen Beauftragten wahrgenommen. Alle von der Räterepublik getroffenen Maßnahmen wurden später methodisch außer Kraft gesetzt, einige blieben aber trotzdem bestehen. So wurde die Zeit der Krankenbeihilfe auf 1 Jahr erhöht, die Höhe des Krankengeldes wurde auf 60 % (nach der vierten Woche der Erwerbsunfähigkeit 75 %) festgesetzt, es wurde die Schwangerschaftsbeihilfe eingeführt usw. Das so gestaltete System wurde aber nur schwer durchschaubar, darüber hinaus verursachten die Inflation und die rechtlichen Fragen weitere Schwierigkeiten.

Die erneute Umstrukturierung der Krankenversicherung erschien wieder notwendig. Dies wurde mit dem Gesetz Nr. XXI von 1927 erledigt. Dieses Gesetz entwickelte die organisatorische Zentralisierung weiter. Die örtlichen Organe verloren ihre Rechtspersönlichkeit, nur das Nationale Institut konnte sich nunmehr als alleinige Rechtsperson behaupten. Die unteren Organe erließen ihre Bescheide im Namen des Nationalen Institutes. Der Kreis der Pflichtversicherten wurde auch etwas erweitert (auf die Anwaltskanzleien, ärztliche Ordinationen, Handels- und Gewerbekammer), die Landarbeiter blieben aber weiterhin ausgeschlossen - ein Artikel des Gesetzes untersagte ausdrücklich auch ihren eventuellen freiwilligen Beitritt. Die Versorgungsregel blieben im wesentlichen unverändert, es wurde aber noch die Einrichtung der Versorgung der Berufskrankheiten eingeführt. Da das neue System mathematisch unbegründet und die ganze Organisation allzu groß war, sowie die Betriebskosten übermäßig hoch waren, zeigten sich innerhalb von Jahren riesige Defizite im Haushalt der Sozialversicherung. Die Beiträge wurden dementsprechend erhöht, die Beihilfen und sonstigen Leistungen hingegen gekürzt.

Mit dem Gesetz Nr. XL von 1928 wurde das System der Alters- und Invalidenversicherung geschaffen. Der Kreis der Versicherten stimmte im wesentlichen mit dem der übrigen Sozialversicherungssubjekten überein. Die Landarbeiter waren hier auch nicht mit einbegriffen. Es gab zwar in den 1930er Jahren Versuche, den Kreis der Versicherten nach Möglichkeit zu erweitern, besonders mit den Gesetzen Nr. XXXVI von 1936, Nr. XII von 1938 und Nr. XVI von 1939. Die volle Erfassung der Gesamtbevölkerung blieb jedoch eine Utopie. 1944, im

vorletzten Kriegsjahr, wurde die Pensionsaltersgrenze von 65 auf 60 gesenkt, das konnte aber wegen der allgemein bekannten Ereignisse kaum durchgesetzt werden.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß den Tendenzen der sozialpolitischen Entwicklung in Westeuropa in Ungarn erst mit einer beträchtlichen Verspätung gefolgt wurde. Hinzu kam, daß das ganze Sozialversicherungswesen von inneren Widersprüchen ständig geschwächt wurde. Die Sozialversicherung umfaßte bloß eine relativ schmale Gesellschaftsschicht, 1938 z. B. war nur 31% der Gesamtbevölkerung versichert. Besonders bedauernswert war, daß die Bauern und Landarbeiter, die einen wesentlichen Teil der Bevölkerung ausmachten, nur mit einer ziemlichen Verspätung und dann auch mangelhaft Schutz von der Sozialversicherung erhielten. Die Struktur des Sozialversicherungswesens war auch vielfältig. Verschiedene "Institute" kümmerten sich um die verschiedenen Kategorien der Versicherten. Es gab wesentliche Unterschiede in den Bedingungen und dem Ausmaß der Leistungen, darüber hinaus war das Rechtsmaterial der Sozialversicherung auch ein undurchsichtiges, verflochtenes Gewebe. Die Hälfte der Beiträge wurde von den Arbeitnehmer entrichtet, doch nahm ihre Repräsentation innerhalb der Selbstverwaltungen ständig ab. Die Kontrollmöglichkeiten wurden schrittweise auch zurückgedrängt. So ist es kein Wunder, daß immer größere Skandale im Zusammenhang mit der Sozialversicherung ausbrachen. Vor dem zweiten Weltkrieg konnte also keine besonders vertrauensvolle Atmosphäre um die Sozialversicherung entstehen.

Die Zerstörungen des zweiten Weltkrieges verschonten auch die Einrichtungen der Sozialversicherung nicht. Die wertvollsten Immobilien und das gesamte Geldvermögen wurden von den immer wieder wechselnden Besatzungsarmeen weggeschleppt; laut Angaben aus dem Jahre 1946 betrug die Kriegsverluste der Sozialversicherung annähernd 160 M \$. Der Ministerrat (die Regierung) mußte also eingreifen, und gewährte der Sozialversicherung eine Soforthilfe, die letzten Endes die finanzielle Grundlage der (auch heutigen) modernen ungarischen Sozialversicherung abgab. Doch durfte man noch nicht einmal an die grundlegende Umstrukturierung des Institutionensystems der Sozialversicherung denken. Dazu benötigte man zunächst die politische Stabilität und eine aktuelle und gültige Konzeption. Nicht zuletzt mußte man das ganze Sozialversicherungswesen von den diskriminativen Elementen befreien. Die Versicherungsaufgaben wurden aber weiterhin von mehr als 30 Versicherern versehen. Die Zusammensetzung der Selbstverwaltungen veränderte sich aber: Zwei Drittel der Delegierten wurde aus den Reihen der Arbeitnehmer entsandt, während das restliche Drittel die Vertreter der Arbeitgeber ausmachten. Parallel dazu ging ein sehr relevanter Prozeß vor sich. Die Mehrheit der großen Unternehmen, Fabriken usw. wurden verstaatlicht. Da der Staat viele Großarbeitgeber einfach aufkaufte bzw. ihre Fabriken beschlagnahmte, mußte er bald als der größte Arbeitgeber auftreten. Dementsprechend gingen die bei den Firmenkrankenkassen Versicherten automatisch zu den staatlichen Versicherungsgeber über. 1948 wurde zu diesem Zweck die Zentrale Pensionskasse der Verstaatlichten Unternehmen (Állami Vállalatok Központi Nyugdijpénztára) eingerichtet. Seit 1948 wurde der Kreis der Versicherten noch erweitert. 1949 erfaßte die Krankenpflichtversicherung die Seelsorger und ihre Angehörige der anerkannten Kirchen und Konfessionen, 1950 die Universitäts- und Hochschulstudenten. 1951 wurden die Genossenschaften der Kleingewerbe auch versichert: Seit 1954 stand der Abschluß eines Krankenversicherungsvertrages praktisch jedem offen.

Aus juristischer Sicht erscheint wichtig, die Gesetzesverordnung Nr. 39 vom Jahre 1955 zu nennen. Dies war die erste Rechtsvorschrift, die mit dem bis dahin herrschenden Prinzip der "materiellen Versicherung" brach. Von da an war die Basis

der Versicherung das sog. "Personenversicherungssystem". Das heißt ferner , daß es nicht mehr untersucht wurde, bei welchem Arbeitgeber man angestellt ist, der Versicherungsstatus wurde vielmehr nach dem jeweiligen Beruf bestimmt. Das Niveau der Leistungen wurde auch verbessert, und die einzelnen Versorgungsformen wurden auch für längere Zeit gewährt. Auch die Struktur der Sozialversicherung wurde verändert. Die beiden größten Versicherungsinstitute fusionierten bereits 1949, die kleineren Institutionen gingen schrittweise darin auf. Die Leitung der Sozialversicherungsorganisation wurde den Gewerkschaften anvertraut, denen der Nationalrat der Gewerkschaften (SZOT) vorstand.

Der 1. Januar 1958 war die Geburtsstunde des ersten genossenschaftlichen Rentensystems, wo auch diejenigen mitversichert werden, die wegen ihres Alters bzw. ihrer Erwerbsunfähigkeit an der gemeinsamen Arbeit nicht teilnehmen können. Genau ein Jahr danach trat die Gesetzesverordnung Nr. 40 vom Jahre 1958 über das einheitliche Rentensystem in Kraft. Die Gesetzesverordnung Nr. 6 vom Jahre 1964 führte zur Vereinheitlichung der Struktur der Sozialversicherung und ihrer Leitung durch die Gewerkschaften. Das Gesetz über das Gesundheitswesen aus dem Jahre 1972 besagte, daß alle ungarischen Staatsbürger zur unentgeltlichen ärztlichen Versorgung berechtigt sind. Nach eingehenden Vorbereitungsarbeiten entstand das, bis 1997 geltendes, Gesetz über die Sozialversicherung (Gesetz Nr. II von 1975), das das ganze Spektrum des ungarischen Sozialversicherungswesens umfaßte und nach einheitlichen Prinzipien regelte. Dieses Gesetz wurde jedoch mehrmals novelliert, die wichtigsten Novellen sind die folgenden:

- 1984 wurde die strukturelle und funktionelle Ordnung der Sozialversicherung umgestaltet (Gesetzesverordnung Nr. 5 von 1984).
- Am 1. März 1985 trat die Regierungsverordnung über die Kinderbeihilfe in Kraft (3/1985. (I.17) MT).
- Mit dem Gesetz Nr. XXV von 1990 wurde die Berechtigung zur Familienbeihilfe bloß an die Staatsbürgerschaft geknüpft. Dafür ging die, bis dahin automatische, Krankenversorgung in das Sozialversicherungswesen hinein.
- 1991 wurde das Gesetz verabschiedet, das die Selbstverwaltungen wieder in das Sozialversicherungswesen einführte (Gesetz Nr. LXXXIV von 1991)¹¹

Die heute geltenden Bestimmungen auf dem Gebiet der sozialen Gesetzgebung sind folgende:

- Gesetz Nr. III von 1993 über die Sozialleistungen;
- Gesetz Nr. XXII von 1992 über das Arbeitsgesetzbuch;
- Gesetz Nr. XXXI von 1997 über den Schutz der Kinder;
- Gesetz Nr. LXXX von 1997 über die Sozialversicherung und die Privatrentenversicherung;
- Gesetz Nr. LXXXI von 1997 über das Rentenwesen; Gesetz Nr. LXXXII von 1997 über die Pensionskassen;
- Gesetz Nr. LXXXII von 1997 über die Versorgungen der Krankenpflichtversicherung.

¹¹ Czücz, Otto, Társadalombiztosítási jog I. Általános kérdések, Szeged 1994. S. 29-41.

III. Sozialversicherung im Rahmen der Europäischen Union

Die Sicherung eines hohen Beschäftigungsniveaus sowie eines hohen Maßes an sozialem Schutz ist eines der grundlegenden Ziele der Gemeinschaft, das ausdrücklich unter den Aufgaben in Artikel 2 des Vertrages über die Europäische Union aufgeführt ist. Der Sozialschutz ist ein grundlegender Bestandteil und – da nationale Sozialversicherungssysteme sich im Laufe der Zeit abhängig von nationalen Bedürfnissen und Prioritäten entwickelt haben - ein Unterscheidungsmerkmal des europäischen Gesellschaftsmodells.

Im Juli 1992 verabschiedete der Rat eine Empfehlung über die Annäherung der Ziele und der Politik im Bereich des sozialen Schutzes. Das Ziel dieser Annäherungsstrategie bestand darin, gemeinsame Ziele festzulegen, die die Politik der Mitgliedstaaten leiten sollten, um die Koexistenz unterschiedlicher einzelstaatlicher Sozialschutzsysteme zu ermöglichen und sie sowohl im Einklang miteinander als auch in Übereinstimmung mit den grundlegenden Zielsetzungen der Gemeinschaft weiterzuentwickeln.

Jeder Mitgliedstaat ist für Gestaltung und Finanzierung seines eigenen Sozialschutzsystems selbst verantwortlich. Angesichts der gemeinsamen Herausforderungen, denen sich die Mitgliedstaaten in diesem Bereich gegenübersehen, kommt jedoch der Erörterung dieser Fragen auf europäischer Ebene erheblicher Wert zu. Demzufolge legte die Kommission Ende 1995 eine Mitteilung mit dem Titel "Rahmen für eine europäische Debatte über die Zukunft des Sozialschutzes" vor und regte an, daß die Gemeinschaftsinstitutionen gemeinsam mit den Mitgliedstaaten prüfen sollten, mit Hilfe welcher Maßnahmen der Sozialschutz beschäftigungsfreundlicher und effizienter gemacht werden könnte.

Sozialschutzausgaben in der Europäischen Union

	% des BIP		Alter/Hinterbliebene % der Gesamtausgaben		Arbeitslosigkeit % der Gesamtausgaben	
	1995	1994	1994	1980	1994	1980
Belgien	29,7	27,0	44,2	41,5	11,0	11,6
Dänemark	34,3	33,7	36,6	35,7	16,8	12,9
Deutschland	29,4	30,8	41,2	42,6	9,2	4,5
Griechenland	20,7	16,0	66,6	66,1	2,7	2,7
Spanien	21,9	23,6	42,6	41,0	18,1	15,7
Frankreich	30,6	30,5	43,7	43,9	8,1	5,1
Irland	19,9	21,1	27,5	31,4	17,2	8,8
Italien	24,6	25,3	64,0	55,1	2,5	2,3
Luxemburg	25,3	24,9	46,0	47,5	2,3	0,9
Niederlande	31,6	32,3	36,8	31,0	10,4	6,1
Portugal	20,7	19,5	40,1	39,4	5,8	2,8
Vereinigtes Königreich	27,7	28,1	41,3	42,8	7,3	9,6

EU 12	28,6	44,2	43,3	9,2	6,4
Österreich	29,7	30,2	44,5	5,3	
Finnland	32,8	34,8	32,3	15,2	
Schweden	35,6				
EU 15	28,4				

Quelle: Eurostat 1997/1998

Die Aufwendungen für den Sozialschutz machen inzwischen rund 28 % des BIP der Europäischen Union aus, wobei die Werte der einzelnen Staaten von knapp 20 % bis über 35 % reichen. Sie spielen in bezug auf Einkommensumverteilung und sozialen Zusammenhalt, politische Stabilität und wirtschaftlichen Fortschritt eine wesentliche Rolle. Je flexibler das Erwerbsleben wird, desto mehr verlangen die Bürger von ihren Sozialschutzsystemen Sicherheit. Ein guter Sozialschutz und ein erfolgreiches Wirtschaftsleben unterstützen sich daher gegenseitig. Diese Sicht des Sozialschutzes wird durch eingehende internationale Vergleiche untermauert, die darauf hindeuten, daß bei Berücksichtigung der privaten wie auch der öffentlichen Ausgaben die Gesamtaufwendungen der privaten Haushalte für Sozialschutz, Gesundheitswesen und Renten in einer Reihe entwickelter Industrieländer verhältnismäßig einheitliche Werte aufweisen⁶. Ferner haben Mitgliedstaaten mit einem starken sozialen Netz häufig im Hinblick auf Pro-Kopf-BIP oder Zahlungsbilanz bessere Ergebnisse zu verzeichnen als Mitgliedstaaten mit einer schlechteren Absicherung. Auf der anderen Seite ist eine gesunde und leistungsfähige Volkswirtschaft die Voraussetzung für ein hohes Sozialschutzniveau. Die Vollendung des Binnenmarkts wird dazu beitragen, diese Voraussetzung zu erfüllen. Die Gründe dafür, daß die Sozialschutzsysteme reformiert werden müssen erwachsen nicht aus dem Wettbewerb mit Drittstaaten. Freihandel und Globalisierung sollten nicht als Bedrohung für das europäische Sozialmodell gesehen werden.¹²

Nach einem Bericht von Eurostat liegen die Sozialschutzausgaben je Einwohner zwischen 7.725 KKS¹³ in Luxemburg bzw. 6.391 KKS in Dänemark und 2.250 KKS in Griechenland. Gemessen am BIP¹⁴ der Steuern und Sozialabgaben zahlt Schweden mit 54,1 % mehr als jeder andere EU-Mitgliedsstaat. Im Verhältnis zum BIP der EU-15 gingen die Sozialschutzausgaben im Zeitraum 1994-1995 von 28,6 auf 28,4 % zurück.¹⁵ In Dänemark fallen die Steuern viel stärker ins Gewicht als die Sozialabgaben, in Frankreich, Deutschland und den Niederlanden ist es genau umgekehrt. Diese Zahlen lassen aber lediglich Entwicklungstendenzen erkennen und sagen nichts über die konkrete Belastung der einzelnen Bürger und Unternehmen aus. In den meisten Mitgliedsstaaten entfiel 1995 das Gros der Sozialausgaben auf Alters- und Hinterbliebenenrenten.¹⁶

Bereits seit 1959⁸ verfügt die Union über ein europäisches System zur Koordinierung der Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten, das die Rechte der Wanderarbeitnehmer in der Union schützt. Dies bedeutet, daß der soziale Schutz einer beachtlichen Zahl von Menschen ganz oder teilweise von einem gut funktionierenden Koordinierungssystem abhängt. Da Koordinierung ein dynamischer Prozeß ist, der die Entwicklung der einzelstaatlichen

¹² Modernisierung und Verbesserung des Sozialschutzes in der Europäischen Union. Mitteilung der Kommission, 1997.

¹³ Kaufkraftstandards.

¹⁴ Bruttoinlandprodukt.

¹⁵ Vgl. Tabelle.

¹⁶ Eurostat Statistik kurzgefaßt: Bevölkerung und soziale Bedingungen, Nr. 14/98.

Sozialschutzsysteme und die wechselnden Erfordernisse widerspiegelt, muß das Koordinierungssystem vereinfacht und reformiert werden, um es an die neuen Erfordernisse anzupassen, die sich aus neuen Formen des Sozialschutzes und neuen Migrationsmustern ergeben. Die Wanderungsbewegungen erstrecken sich zunehmend auf hochqualifizierte Arbeitnehmer, für die ergänzende Sozialschutzsysteme von besonderer Bedeutung sind

Die heutigen europäischen Sozialschutzsysteme wurden unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg konzipiert. Sie sollten ein Ersatz Einkommen für Arbeitnehmer garantieren, die entweder vorübergehend (wegen Krankheit oder Arbeitslosigkeit) oder endgültig (wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit oder Ruhestand) ihre Erwerbstätigkeit aufgeben mußten. Damit trugen sie recht wirksam zur Linderung der Armut bei, doch sieht sich der soziale Schutz jetzt einem neuen Phänomen, der Ausgrenzung, gegenüber. Es handelt sich dabei um ein Zusammentreffen mehrerer Arten von Deprivation: Mangel an Bildung, sich verschlechternder Gesundheitszustand, Obdachlosigkeit, Verlust der familiären Unterstützung, Nichtbeteiligung am regulären gesellschaftlichen Leben und Mangel an Beschäftigungsmöglichkeiten.

Sozialschutz allein kann nicht jede Ausgrenzungssituation beseitigen. Er kann jedoch den ausgegrenzten Menschen nicht nur zu einem Einkommen verhelfen, das ihnen weiterhin ein Leben in menschlicher Würde ermöglicht, sondern auch die Wiedereingliederung der Betroffenen in die Gesellschaft erleichtern.

Ein weiteres Problem ist die Alterung der Bevölkerung in Europa. Es ist nicht nur dafür Sorge zu tragen, daß die staatlichen Rentensysteme langfristig finanzierbar sind, sondern es wird auch immer bedeutender, zu gewährleisten, daß die heutigen Beschäftigten und künftigen Rentner im Ruhestand über ein Einkommensniveau verfügen, das sie vor einer Senkung ihres Lebensstandards bewahrt. Eine Möglichkeit, dies zu erreichen, ist die Förderung der Bildung von Zusatzrenten, die im Kapitaldeckungsverfahren finanziert werden. Rentenfonds können durchaus parallel zu den öffentlichen Systemen, die im Umlageverfahren finanziert werden, in den Ländern bestehen, in denen sich solche Systeme zunehmend durchsetzen.

In praktisch allen Mitgliedstaaten sieht das Sozialschutzsystem auch bestimmte Regelungen vor, die die soziale Absicherung einer Person von ihrer familiären Situation abhängig machen, also davon, ob sie z. B. ledig oder verheiratet ist, ob sie mit jemandem zusammenlebt usw. Abgeleitete Ansprüche haben in der Vergangenheit viele Menschen vor Armut bewahrt. Abgeleitete Ansprüche stellen in gewisser Hinsicht jedoch auch ein Problem dar. Sie begründen ein Abhängigkeitsverhältnis von der Person, die einen unmittelbaren Anspruch auf Sozialleistungen hat. Zum zweiten können abgeleitete Ansprüche Frauen davon abhalten, in den Arbeitsmarkt einzutreten, oder auch einen Anreiz bieten, Jobs in der informellen Wirtschaft – ohne soziale Absicherung – anzunehmen. In einigen Ländern bleibt man, wenn man einer geringfügigen Beschäftigung nachgeht, gänzlich von der Sozialversicherung ausgeschlossen.

Die nationalen Gesundheitssysteme in den Mitgliedstaaten unterscheiden sich insoweit, als jedes System das Spiegelbild einer einzigartigen Konstellation historischer und kultureller Entwicklungen ist. Dennoch lassen sich die Gesundheitssysteme in der Europäischen Union in zwei Hauptgruppen unterteilen: zum einen in die Gruppe der Mischformen von Systemen, die sowohl private als auch öffentliche Leistungsträger in Anspruch nehmen, die vorwiegend aus Beiträgen zur

obligatorischen Krankenversicherung finanziert werden, und zum anderen die Gruppe der nationalen Gesundheitsdienste, bei denen die Erbringung der Leistungen und die Finanzierung im wesentlichen durch die öffentliche Hand erfolgen.

Die Gesamtausgaben für das Gesundheitswesen variieren in den Mitgliedstaaten zwischen gut 5 % des BIP und annähernd 10 %. In absoluten Werten ausgedrückt steigen die Ausgaben seit vielen Jahren, und in sämtlichen Mitgliedstaaten wird die Belastung der dortigen Gesundheitsdienste ständig größer. So betragen beispielsweise die Pro-Kopf-Ausgaben für Gesundheitsversorgung zugunsten sehr alter Menschen das Fünffache der Ausgaben für eine Person im Erwerbsalter. Da die Altersgruppe der über 75jährigen in den kommenden 20 Jahren um annähernd 50 % zunehmen wird, werden sich daraus signifikante Auswirkungen auf die Gesamtausgaben für die Gesundheitsversorgung ergeben. Diese Entwicklung ist nicht nur durch die demographischen Veränderungen bedingt, sondern auch auf die wachsenden Ansprüche, die an das Gesundheitssystem gestellt werden, zurückzuführen.

Diese Belastung, der sich die Gesundheitssysteme ausgesetzt sehen, hat dazu geführt, daß die Mitgliedstaaten eine Reihe von Reforminitiativen sowohl zur Verbesserung des Leistungsstandes der Gesundheitsversorgung insgesamt so daß sich daraus Mehrwerte für den Bereich Gesundheit ergeben als auch zur Verbesserung der Effizienz der erbrachten Leistungen ergriffen haben. In ihrem Bestreben nach Verbesserung der Effizienz der Gesundheitssysteme versuchen einige Mitgliedstaaten – allerdings unter Vorgabe angemessener rechtlicher Rahmenbedingungen und Sicherheiten – eine Wettbewerbssituation zwischen den privaten wie öffentlichen Versicherern im Gesundheitsbereich zu schaffen.

Um Freizügigkeit in Europa zu gewährleisten, ist es erforderlich, die einzelstaatlichen Systeme der sozialen Sicherheit zu koordinieren, und davon, wie weit das gelingt, wird letztlich das Zusammenwachsen Europas abhängen.

B. Gesetzliche Mitwirkungspflichten außerhalb des SGB

Der Begriff und das Phänomen "Mitwirkung" ist der deutschen Rechtsordnung nicht unbekannt. In den drei grundlegenden Rechtsgebieten, dem Zivil-, dem Straf- und dem Öffentlichen Recht sind die unterschiedlichsten Formen gesetzlicher Mitwirkungshandlungen verankert. Versucht man diese Mitwirkungshandlungen einer grundsätzlichen Klassifizierung zuzuführen, so kristallisieren sich insbesondere zwei Grundtypen heraus. Dies sind zum einen die auf ein bestimmtes Verfahren bezogenen Mitwirkungshandlungen und zum anderen materiellrechtliche Verhaltensregelungen, die die inhaltliche Seite der konkreten Rechtsbeziehung betreffen. Unabhängig davon, ob gesetzlich normierte Mitwirkungshandlungen im verfahrensrechtlichen oder materiellrechtlichen Bereich statuiert sind, wird vom Normadressaten erwartet, daß er sich in bestimmter Weise verhält, also gewissen Verhaltensanforderungen nachkommt, um ein bestimmtes, gesetzlich vorgegebenes Regelungsziel nicht zu gefährden. Zwischen dem Systemzweck und der rechtlichen Ausgestaltung der erwarteten Verhaltensanforderungen müssen gewisse Interdependenzen bestehen, die sowohl eine Über- als auch eine Unterforderung des vom einzelnen erwarteten Verhaltens verhindern sollen.

I. Mitwirkung im Zivilprozeß

Im Zivilprozeß ist der Kläger unter anderem für die Darlegung des Prozeßstoffes verantwortlich¹⁷, da es am öffentlichen Interesse fehlt, die Wahrheit von Tatsachen zu ermitteln, die privaten Rechtsbeziehungen zugrunde liegen.¹⁸ Danach bleiben nicht vorgetragene Tatsachen unberücksichtigt, während umgekehrt von Prozeßgegnern nicht bestrittene Tatsachenbehauptungen gemäß § 138 Abs. 3 ZPO dem Urteil zugrunde gelegt werden. Nach § 138 Abs. 1 ZPO haben die Parteien ihre Erklärung über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben, und die Erklärungspflicht des § 138 Abs. 2 ZPO begründet für jede Partei, wenn sie bestimmte Rechtsnachteile vermeiden will, die Last, sich zu den Tatsachenbehauptungen, die die Gegenpartei im Prozeß aufgestellt hat, zu erklären.¹⁹

Weitere Aufklärungspflichten erstrecken sich von der Pflicht zur Vorlage bestimmter Urkunden gemäß § 142 ZPO über die Vorlegung bestimmter Akten gemäß § 143 ZPO bis hin zum persönlichen Erscheinen einer Partei gemäß § 141 ZPO. Außerdem gibt es Auskunftspflichten, beispielsweise die des Drittschuldners nach § 840 ZPO oder des Vollstreckungsschuldners nach § 836 Abs. 3 ZPO. Aufgrund der allgemeinen Prozeßförderungspflichten²⁰ ist jede Partei zu einer sachgemäßen und sorgfältigen Prozeßführung verpflichtet, wenn sie Rechtsnachteile als Folge von Mitwirkungsdefiziten vermeiden will.

In materiell-rechtlicher Hinsicht können neben einer vertraglichen Hauptleistung Nebenleistungspflichten existieren, die in erster Linie der Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der Hauptleistungspflicht dienen.²¹ Danach schuldet der Verpflichtete aus dem jeweiligen Schuldverhältnis oftmals noch eine konkretisierende Auskunft, Belehrung, Aufklärung oder die Vornahme bzw. das Unterlassen bestimmter Handlungen, um letztlich den Leistungserfolg nicht zu gefährden. Die Nichterfüllung dieser aus dem jeweiligen Schuldverhältnis resultierenden Verhaltenserwartungen kann mit bestimmten Rechtssanktionen verbunden sein.

Außerdem gibt es Nebenpflichten als Ausfluß des in § 242 BGB normierten Gebots, "die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Daher dienen diese Pflichten auch nicht der Herbeiführung oder Sicherung des Leistungserfolges, sondern dem Schutz sonstiger Rechtsgüter des Gläubigers. Hierzu zählen insbesondere Treue-, Rücksichts- und Fürsorgepflichten, welche eine ordnungsgemäße Durchführung und Abwicklung des Rechtsverhältnisses gewährleisten sollen²². Dazu kann beispielsweise die Pflicht des krank geschriebenen Arbeitnehmers gehören, sich so zu verhalten, daß er schnell wieder gesund wird. Die Verletzung dieser Verpflichtung kann dabei im Einzelfall die ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung rechtfertigen, ohne daß es des Nachweises einer tatsächlichen Verzögerung des Heilungsprozesses bedarf. Die Verletzung dieser Verhaltenserwartungen kann darüber hinaus mit weiteren Rechtsnachteilen, wie einer Haftung aus culpa in contrahendo oder positiver Vertragsverletzung, verbunden sein.²³

Die Regelung in § 254 Abs. 2 BGB will den Geschädigten im Rahmen der Schadensentwicklung zu bestimmten Mitwirkungshandlungen motivieren und ist als gesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB anzusehen.²⁴ Danach verstößt derjenige gegen das Gebot des "venire contra factum proprium", der für den erlittenen Schaden vollen Schadensersatz verlangt, obgleich ihm eine Mitverantwortung

¹⁷ Ähnliche Mitwirkungspflichten treffen die Parteien im ungarischen Zivilprozeß, doch werden diese nicht unter dem Stichwort „Mitwirkung“ zusammengefaßt, sondern finden sich verstreut im Gesetz Nr. II aus dem Jahre 1952 über die Zivilprozeßordnung. So enthält § 121 die Vorschriften über die Einreichung der Klage, und § 105 und § 106 die Wirkung der Versäumnis bzw. ihre Entschuldigung in besonderen Fällen.

¹⁸ Thomas-Putzo: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 21. Auflage, München 1998, Einl. I 1 ZPO.

¹⁹ Thomas-Putzo, a.a.O., § 138 Anm. 11 ZPO.

²⁰ Geregelt in den §§ 282 Abs. 1, 277 Abs. 1 und 3, § 340 Abs. 3, 697 Abs. 3, 700 Abs. 3 ZPO.

²¹ Palandt, O.: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 58. Auflage, 1998, Palandt-Heinrichs, Einl. v. § 241 BGB, Anm. 1 a.

²² Esser-Schmidt: Schuldrecht Bd.. I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 1975, § 4 III.

²³ So beispielsweise LAG Hamm, in: BB 1992, S. 279.

²⁴ BGHZ 34, 363; NJW 1978, 2024 f.

bei der Entwicklung des Schadens trifft. Nach der herrschenden Meinung²⁵ handelt es sich hier in rechtspolitischer Hinsicht um Obliegenheitsverletzungen, da es sich bei dieser "Mitverantwortlichkeit" lediglich um ein sogenanntes Verschulden gegen sich selbst handeln soll mit der Folge, daß die Höhe des entstandenen Schadens entsprechend dem Grad des mitwirkenden Verschuldens gekürzt wird.²⁶

Außerhalb des Bürgerlichen Rechts im engeren Sinne gibt es im Privatrecht eine Fülle von Mitwirkungshandlungen. Exemplarisch seien hier nur die umfangreichen Auskunfts-, Aufklärungs- Informations-, Beratungs- und sonstigen Mitwirkungspflichten auf dem Gebiet des Handels- und Gesellschaftsrechts genannt.²⁷

II. Mitwirkung im Strafrecht

Auch im Strafrecht sind verhaltensbezogene Mitwirkungsregelungen nicht unbekannt. So trifft den Beschuldigten unter anderem die Pflicht vor Gericht oder vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen²⁸ und sich zur Feststellung von Tatsachen untersuchen oder erkennungsdienstlich behandeln zu lassen.²⁹

Strafrechtlich relevante Handlungspflichten ergeben sich beispielsweise aus der tatsächlichen Übernahme der Gewähr für ein bestimmtes Rechtsgut, aus vorangegangenem gefährlichen Tun, aus der Eröffnung einer Gefahrenquelle oder aus konkreten Lebensbeziehungen, und einige Straftatbestände, die das Unterlassen bestimmter Handlungen unter Strafe stellen, sollen damit die jeweiligen Normadressaten zu einem vom Gesetzgeber gewollten, weil der staatlichen Rechtspflege dienlichen Verhalten motivieren. So bedroht § 323 c StGB den mit Strafe, der es unterläßt, bei Unglücksfällen, gemeiner Gefahr oder Not Hilfe zu leisten, obwohl dies erforderlich und ihm nach den Umständen auch zumutbar war.³⁰ Daß der Gesetzgeber es für nötig erachtete, diese

²⁵ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I: Allgemeiner Teil, 1984, Rdnr. 2 zu § 254 BGB mit vielen Nachweisen.

²⁶ Ähnliche Bestimmungen finden sich auch im ungarischen Gesetz Nr. IV aus dem Jahre 1959. § 205 regelt das Zustandekommen des Vertrags durch gegenseitige und übereinstimmende Willensäußerung der Parteien und formuliert Informations- und Treuepflichten, während § 340 Abs. 1 verlangt, daß der Geschädigte bei Abwendung bzw. Minderung des Schadens so vorgeht, wie das in der gegebenen Lage im allgemeinen erwartet werden kann, und kein Ersatz für den Teil des Schadens geleistet werden muß, der sich daraus ergeben hat, daß der Geschädigte seiner Pflicht zur Schadensminderung nicht nachgekommen ist.

²⁷ So etwa §§ 86 Abs. 2, 86 a, Abs. 2, 87 c Abs. 3, 118, 166 HGB; §§ 20 ff., 90, 131 Abs. 1 AktG, §§ 51 a, 52 GmbHG.

²⁸ §§ 133, 134, 163 a Abs. 3, 230 Abs. 1, 2 StPO.

²⁹ §§ 81 a und 81 b StPO.

³⁰ Eine entsprechende Regelung enthält das ungarische Gesetz Nr. IV von 1778 „Btk“ in § 172. Dort heißt es:

- (1) Wer Verletzten oder solchen Personen, deren Leben oder körperliche Unversehrtheit sich in direkter Gefahr befindet, nicht die von ihm zu erwartende Hilfe leistet, begeht ein Vergehen und ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, mit gemeinnütziger Arbeit oder Geldstrafe zu bestrafen.
- (2) Die Strafe ist wegen Verbrechens eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wenn der Verletzte verstirbt und sein Leben durch die Hilfeleistung hätte gerettet werden können.
- (3) Die Strafe ist wegen Verbrechens eine Freiheitsstrafe von drei Jahren, in Fällen des Abs. 2 eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, wenn die Gefahrensituation vom Täter verursacht wird oder er auch ansonsten zur Hilfeleistung verpflichtet ist.
- (4) Der letzte Halbsatz von Abs. 3 kann demgegenüber nicht angewendet werden, der aufgrund der Verkehrsregeln zur Hilfeleistung verpflichtet ist.

Nothilfe strafrechtlich abzusichern, zeigt, welche hohen Erwartungen hier an die Mitwirkung im Bereich der allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht gestellt werden. Strafbar macht sich auch, wer es unterläßt, der Behörde oder dem Bedrohten rechtzeitig Anzeige von einer geplanten Straftat im Sinne von § 138 StGB zu machen. Zweck dieser Vorschrift ist es, die Normadressaten zur Mitwirkung an der staatlichen Rechtspflege anzuhalten.³¹

III. Mitwirkung im öffentlichen Recht

Nach der Regelung in § 26 Abs. 2 VwVfG sollen die Verfahrensbeteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Trotz der Formulierung als "Soll-Vorschrift" ist diese Norm, die vor allem der Durchsetzung und Verteidigung der Rechte der Beteiligten dient³², so zu interpretieren, daß eine Mitwirkungsverpflichtung immer dann anzunehmen ist, wenn der Beteiligte dazu ohne weiteres in der Lage ist.³³ Die inhaltliche Konkretisierung dieser Mitwirkungspflicht umfaßt insbesondere die Mitteilung von bekannten Tatsachen und Beweismitteln, die Erteilung von Auskünften, die Zurverfügungstellung von Urkunden und Akten sowie die Gestattung der Augenscheinseinnahme. Eine Verletzung dieser allgemeinen Mitwirkungspflichten hat zwar keine materiellrechtlichen Konsequenzen³⁴, doch können den Beteiligten daraus insoweit Rechtsnachteile erwachsen, als die Behörde nicht mehr gehalten ist, von sich aus allen sonstigen denkbaren Erkenntnismöglichkeiten nachzugehen. Darüber hinaus ist sie sogar berechtigt, zum Nachteil der Beteiligten ungünstige Schlüsse hinsichtlich der in Frage stehenden Tatsachen zu ziehen³⁵, wenn konkrete Anhaltspunkte, die für das Gegenteil sprechen könnten, fehlen.³⁶

Beim steuerlichen Verwaltungsverfahren ergibt sich aus § 90 AO die Verpflichtung der Verfahrensbeteiligten zur Mitwirkung bei der Ermittlung des Sachverhalts. Wichtig ist hier auch die Erteilung von Auskünften nach § 93 AO, die Versicherung an Eides Statt nach § 98 AO sowie die Vorlage von Urkunden nach § 97 AO und Wertsachen nach § 100 AO.

Auch im materiellen Verwaltungsrecht gibt es bestimmte Handlungs- bzw. Verhaltenspflichten, die die materielle Bindung zwischen dem Bürger und der Verwaltung betreffen. So enthält das allgemeine Polizeirecht für die Vollzugspolizei die Legitimationsgrundlagen dafür, unter bestimmten Voraussetzungen drohende Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwenden oder eingetretene Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung dadurch zu beseitigen, daß den sogenannten "polizeipflichtigen Personen" bestimmte Handlungen auferlegt werden, z.B. ein verbotswidrig abgestelltes Kraftfahrzeug zu entfernen - oder gar verlangt wird, bestimmte, die Rechtsgütersphäre tangierende Handlungen hinzunehmen, wie z.B. die Durchführung einer erkennungsdienstlichen Maßnahme oder die Durchsuchung von Personen, Sachen oder Wohnungen.³⁷ Im Umweltrecht gibt es zur Überwachung der Eigentümer und Anlagenbetreiber eine Reihe von Vorschriften in Naturschutzgesetzen und dem Bundesimmissionsschutzgesetz, die durch bestimmte Nachweis-, Auskunfts- und Anzeigepflichten ergänzt bzw. konkretisiert werden.

Im Bereich des Straßen- und Wegerechts wird vom Eigentümer oder Nutzungsberechtigten eines Grundstücks, das einer öffentlichen Straße dient, verlangt, daß er diejenigen Einschränkungen seiner Rechtssphäre duldet, die

³¹ Dreher/Tröndle: Strafgesetzbuch, 49. Aufl., 1998, § 138 Rdnr. 1 StGB.

³² Kopp, Ferdinand D.: Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 6. Aufl., 1996, § 26 Rdnr. 41 VwVfG.

³³ Obermayer, K.: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., 1999, § 26 Rdnr. 104 VwVfG.

³⁴ Kopp, a.a.O., § 26 Rdnr. 41 ff. VwVfG.

³⁵ Kopp, a.a.O., § 26 Rdnr. 44 VwVfG.

³⁶ In Ungarn ergibt sich aus dem Gesetz Nr. IV von 1957 über das Verwaltungsverfahren ebenfalls das Grundprinzip der Aktivität der Partei, indem die Verwaltung nur innerhalb von gewissen Fristen den Antrag der Partei bearbeitet und im übrigen nur auf die von der Partei initiierten Rechtsaktivitäten reagiert.

³⁷ Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Fassung vom 31.03.1994, GVBl. II S. 310-363, §§ 34-40.

sich aus dem Gemeingebrauch ergeben, und im Rahmen des Wasserrechts trifft den Gewässereigentümer die Pflicht, die durch Erlaubnis oder Bewilligung legitimierte Gewässerbenutzung zu dulden.³⁸

In vielen Bereichen der Rechtsordnung wird also vom Gesetzgeber die Notwendigkeit bejaht, durch Normierung bestimmter "verhaltensbezogener Mitwirkungspflichten" die Bürger dazu anzuhalten, sich so zu verhalten, daß das vom Gesetzgeber angestrebte Regelungsziel nicht unterlaufen wird. Die inhaltliche Ausgestaltung der "Mitwirkungspflichten" richtet sich maßgeblich daran aus, von welchen Rechtsgrundsätzen und Interessengegensätzen die betreffenden Rechtsgebiete, in denen entsprechende "Mitwirkungspflichten" existieren, beherrscht werden. So sind im Bereich der Eingriffsverwaltung - insbesondere im Polizei- und Sicherheitsrecht - und im Strafrecht überwiegend Duldungspflichten anzutreffen. Im Rahmen der Leistungsverwaltung gewinnt hingegen die aktive Mitwirkung maßgeblich an Bedeutung. Schon das besondere Interesse des Beteiligten, das auf Gewährung einer Leistung gerichtet ist, sowie der Schutz der Gemeinschaft, deren finanzielle Belange vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme geschützt werden müssen, rechtfertigen eine qualifiziertere Kooperationserwartung sowohl bei der Feststellung der anspruchsbegründenden Voraussetzungen als auch bei der Frage, ob deren Voraussetzungen vorliegen.

³⁸ Hessisches Straßengesetz vom 09.10.1962, GVBl. II, S. 60-66, § 13; Hessisches Wassergesetz in der Fassung vom 22.01.1990, GVBl. II S. 85-87, §§ 82-92.

A HÁZASSÁGI JOGALKOTÁSI ÉS JOGALKALMAZÁSI HATÁSKÖR HELYE AZ ÁLLAM ÉS AZ EGYHÁZ KÖZÖTTI KAPCSOLATBAN*

1894-ben¹ hazánkban a kötelező polgári házasságkötés (30.§) illetve az e jogviszonyból származó ügyekre nézve állami jurisdictio (136.§) bevezetésével a törvényhozó a házassági jogot teljes egészében a polgári jog részévé tette. A jogegyenlőség elvén állva érintetlenül maradtak a vallási kötelezettségek (149.§), azaz az állam lehetőséget biztosított állampolgárainak arra, hogy a jogi normáknak való megfelelés után szabadon tölthessék be vallásuk előírásait. A civil társadalom kifejlődése szempontjából rendkívüli jelentőséggel bíró jogszabály megalkotását másfél évszázados küzdelem előzte meg. Ennek sikeréhez nagyban hozzájárult az az elméleti vita is, mely az állam illetve az egyházak házassági jogalkotási és jogalkalmazási hatásköréről zajlott a középkor és az újkor szellemi áramlataiba ágyazódva.

1. A fejlődés jogtörténeti alapja

A keresztény egyház tagjai 212 után mint római polgárjoggal rendelkező személyek házasságot is a római jognak megfelelően köthettek.² A római házasságot egy férfi és egy nő életközösségre lépése hozta létre, mely azzal a szándékkal történt, hogy tartósan házasságban fognak élni (*affectio maritalis*) és gyermekeket nemzenek illetve nevelnek (*liberorum*

* A tanulmány az OTKA F 025433. sz. pályázat támogatásával készült 2000-ben.

¹ 1894. évi XXXI. tc. a házassági jogról

² Lásd: Serédi Jusztinián: A „Ne temere” dekrétum magyarázata különös tekintettel hazánkra. Jogtörténeti előzmények, a dekrétum szerinti tételes jog és a gyakorlati eljárás, Győr, 1909, 5-6. oldal A szerző kifejti, hogy az egyházjog alárendelése a római jognak a házassági jog területén már a korai időszakban, így az ancyrai zsinat (314) határozataiban is megnyilvánult az eljegyzés fogalmának, mint kölcsönös ígéretnek és az ebből származó házasságkötési kötelezettségnek a szabályozásánál.

quaerundorum causa).³ *Az antik kor végére a házasságkötés jogilag minden forma nélkül, a két fél konszenzusával jött létre. Az azt követő ünnepélyes, többnyire vallási jellegű szokások szerepe a házasságkötésnek a külvilág felé való demonstrálására szolgált csupán, illetve arra, hogy az ifjú pár az istenek jóindulatát elnyerje.*

A kereszténység elterjedésével egyre gyakoribb lett, hogy a pogány kori rítusok helyett a templomba megjelenve Bibliára helyezett kézzel esküt tettek a felek. A legrégebb ismert esküvői liturgia a VI. századból származik. Az egyházi áldás megszerzése végett kialakított benedictiós szertartásnak⁴ jogi szempontból ugyan nem volt jelentősége, de keresztényi kötelességnek tartották, és feltétele az volt, hogy a felek betöltsék a kánonjogi kívánalmakat. *Minden ilyen cselekményt az egyház a házasságot megerősítő, nem pedig létrehozó vallási aktusnak tekintett, hiszen a házasság egyetlen és elégséges feltétele a két fél konszenzusa volt, melyet semmi más nem pótolhatott.*⁵

Döntő szemléletváltozás következett be az ezredforduló nagy egyházreformjai során, amikor *a házasságot mint szentséget kizárólagosan az egyházjog uralma alá rendelték.* Az állam az egyház felfogását messzemenően tiszteletben tartva törvényeivel e területet csak kereteiben rendezte. Az 1215. évi IV. lateráni zsinat rendelkezett az egyházi házasságkötés módjáról. Kötelezővé tette a kihirdetést és az egyházi áldást, valamint büntetést szabott ki arra az esetre, ha ezeket elmulasztották (cladestin, azaz titokban történt házasság). Jogi hatályt azonban nem fűzött hozzá (tilos, de érvényes)⁶, azaz „a házasság érvényességét továbbra is a két egybekelő fél együttlései, házasságra lépési akarata” adta meg.⁷ Ez a teljes nyugati kereszténységre érvényes házassági jog a reformáció koráig maradt érvényben.

A házasságnak szentségként való definiálása az egyházi hatáskörbe vonás teológiai indoklásául szolgált, azonban a házassági jog folyamatosan két tényező, az állam és az egyház közötti szférában mozgott. Különösen fontosak ezért azok az elméleteket, melyek az állami hatáskör "visszahódítása" céljából születtek.

2. Az állami hatáskörrel szóló tanok a középkorban

³ Benedek Ferenc: A manus-szerzés és a házasságkötés alakításai a római jogban, Pécs, 1979, 11. oldal és Péter Orsolya: Család és gyermekáldás - eszmény és valóság a római forrásokban, kézirat, Miskolc, 1993, 3. oldal, Kovács J. István: A Ne temere és a ius placeti, Budapest, 1908, 5. oldal

⁴ Clausdieter Schott: Trauung und Jawort, Frankfurt am Main, 1992, 28. oldal

⁵ Clausdieter Schott: uo.: 30. oldal beszámol I. Miklós pápa 866-ban Borisz, bolgár fejedelemhez írt leveléről, melyben a házasság érvényességét egyedül a felek konszenzusától tette függővé. Így megegyezést feltételezett abban az esetben is, ha nemi kapcsolat jött létre - akár erőszak által is, ha az erőszakot bizonyítani nem lehetett és a férfi a nőt a cselekmény után feleségként kezelte.

⁶ Serédi Jusztinián: uo.: 27. oldal

⁷ Kovács J. István: uo.: 6. oldal és Schermann Egyed: A házasságjog kézikönyve, Pannonhalma, 1926, 177. oldal

2.1. Aquinói Tamás nézetei a házassági jogrendről

Aquinói Tamás szemlélete szerint a házasság intézményének egyik rendezési tartománya áll a világ jogalkotási hatáskörében. A középkori házassági szentségelmélet fő problémája az volt, hogy a házasság bár Krisztus és az egyház unio mystica-jának jele,⁸ *funkciója szerint* nem erre lett létrehozva, hanem arra, hogy természetes célt töltsön be, azaz gondoskodjon az utódnemzéshez szükséges optimális feltételek meglétéről. *E szerint a házasság már létezett, mielőtt az sakramentummá vált volna.* Így Szent Tamásnál a házasság sacramentum és officium is, azonban jellegében különbözik a többi szentségtől. De regimine principum c. művében⁹ úgy írta le, mint amely először officium naturae (természetes intézmény), másodsor officium spirituale (azaz Isten népének a megőrzésére szolgál), végül pedig officium communitatis (a földi társadalom megőrzésére szolgáló intézmény). E három intézményi jelző mellett negyedikként szerepelt a házasság szentség mivolta, ami így együtt azt a négy rendelkezési tartományt jelzi, amelyek a házasság fogalmához kapcsolhatók. Ez a rendszer megfelelt az arisztotelészi célgondolat hármass felosztásának, azaz a természetes, szellemi és a szociális kategória megkülönböztetésének.¹⁰

Az officiumok közötti különbségtétel Szent Tamásnál azon a célok közötti differenciáláson alapul, amely a házasságnak a természetes és a szociális életben betöltött szerepében van. Ez egyben az a különbözőség is, mely mint érték a házasság által valósul meg. Mindezeket Tamás a "Summa contra gentiles" c. művében egyenként tárgyalta. Ebben arról az értékről beszélt, mely csak a házasságban lehetséges a keresztény tanítás szerint, azaz a gyermeknemzésről. Épp ezért egyértelműnek tűnik, hogy a kérdésfeltevés magára a házasságra vonatkozik. Az officiumot nemzés szerint osztotta fel 3 értékre. Ezek a bonum naturale, a bonum politicum és a bonum Ecclesiae, amely felosztás megfelel a fentiekben leírt officiumok szerinti rendezésnek. Mindhárom különböző jogrendhez tartozik, azaz különböző erőknek van alárendelve: a természeti törvénynek, a lex civilisnek és a regimen ecclesiasticumnak. Kiesett

⁸ PROŒŒESIOUS 5, 31-32, Novum Testamentum Greace post Eberhard et Erwin Nestle editione vicesima septima revisa, Deutsche Bibelgesellschaft, 1979: ajntiŒ touŒtou kataleivŒei aŒnqrŒpoŒ patevra kaiŒ mŒtevra kaiŒ proskollŒŒvsetai proŒŒ tŒŒn gunaiŒka aujtouŒ, kaiŒ eŒsontai oij duvo eijŒ savrka mivan. toŒ mustŒvrion touŒto mevga ejstivnŒ ejgŒv dev leŒgŒ eijŒ ŒristoŒn kaiŒ eijŒ tŒŒn ejkklŒsivan.

⁹ Idézi: Dieter Schwab: Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, Bielefeld, 1967, 35-38. oldal

¹⁰ Martin Grabmann: Studien über den Einfluß der aristotelischen Philosophie auf die mittelalterlichen Theorien über das Verhältnis von Kirche und Staat. Sitzungsberichte der Bay. Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Abt., 1934, 2. füzet, München 1934. 10. oldal és Theodor Steinbüchel: Der Zweckgedanke in der Philosophie des Thomas von Aquin nach den Quellen dargestellt, Beiträge zur Geschichte des Mittelalters, Texte und Untersuchungen, II. kötet, 1. füzet. Münster, 1913, 2. oldal.

itt a negyedik elem, az isteni jog, amely a szakramentumra vonatkozna, és említésre ez csak ott került, ahol - immár a gyermeknemzés kérdésén túllépve - Tamás konkrétan a házasságról beszélt. Szembetűnő azonban, hogy officium spirituale-ről, azaz a házasság egyházi jogrend által való meghatározottságról sem szólt ebben a felosztásban. A rendszer tehát a következőképp szemléltethető:

sacramentum		ius divinum
officium naturae	bonum naturae	ius naturale
officium spirituale	bonum Ecclesiae	statuta Ecclesiae
officium communitatis	bonum politicum	ius civile

Aquinói Tamás elismerte tehát az állam joghatóságát a házassági jog felett arra nézve, hogy a kötelék hatásáról és a bontó akadályokról rendelkezzen. Ez utóbbi azonban csupán addig terjedhet szerinte, *amíg az egyház autoritását a jogalkotás során méltányolja*. Ezt az elvet a törvényes rokonság (adoptio) mint házassági akadály ismertetésénél fejtette ki¹¹. A törvényes rokonság akadályát a világi jog hozta létre, ami szerinte a házasságot nem gátolhatja meg egymaga, hanem ahhoz ugyanezt az egyháznak is ki kell mondania. *Ezek szerint a keresztény házasság felett a világi törvényhozás korlátja a szakramentum jelleg*. A szentség sérthetlenségének gondolata mellett nyilvánvaló mindebben az a törekvés, hogy a kettős házassági jogalkotás gyakorlatának ellenére a házassági jogrend egysége megmaradjon. Aquinói Tamás házasságtana legitim jogot biztosít a politikai közösségnek, mely ugyan korlátozottan jelentkezik, de egyértelműen megvan.

2.2. A házassági jog spiritualizálása

Az egyházi potestas iurisdictionis ellen irányuló, a házassági jogot spiritualizáló tan kidolgozásának történelmi oka¹² Maultasch Margit és Brandenburgi Lajos örgróf 1342-ben kötött házassága volt. Bajor Lajos német-római császár fia frigyét politikai és dinasztikus okokból is támogatta. Margit előzőleg azonban már kötött egy házasságot a cseh király fiával János Henrikkel, akit 1341-ben kiűzetett Tirolból, az új vőlegény pedig harmad fokon oldalági

¹¹ Dieter Schwab: uo.: 39. oldal

¹² Lásd: Otto Bornhak: Staatskirchenliche Anschauungen und Handlungen am Hofe Kaiser Ludwigs des Bayern, in: Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des Deutschen Reiches in Mittelalter und Neuzeit, K. Zeumer, VII. kötet, 1. füzet, Weimar, 1933, 116. oldal.

rokona volt. A kánonjog szerint ezért köztük kettő házassági akadály állt fenn, azaz nem csak az első házasság érvénytelenítésére, hanem a második akadály alóli felmentésre is szükség lett volna. A kérelmet a pápához vivő freisingi választott püspököt a Tirol felé vezető úton baleset érte, így a felmentés és az érvénytelenítés nélkül kötötték meg a házasságot. A császár ekkor szólította fel udvari propagandistáit a kellően elméleti indoklás megalkotására.

*Wilhelm von Ockham*¹³ "Consultatio de causa matrimoniali" című tanulmányában alapvetően a legfőbb akarat lényegéről beszélt. A császár általános *jurisdictio*s hatáskörét fogalmazta meg, melyben egységben szerepelt a törvényhozás és az igazságszolgáltatás. Érvelése szerinte a római császárok már a kereszténység felvétele előtt, amikor még egyáltalán nem léteztek az egyházi törvények, és keresztényként is gyakorolták a házassági jogalkotást, kora törvényhozója sem lehet tehát hatalmában korlátozottabb mint elődei. Az egyház a tulajdonképpeni törvényhozó felhatalmazása alapján járt el, aki ezt a megbízást bármikor visszavonhatja, mert a szuverén joga nem évül el.

Az uralkodó kompetenciája nem általánosságban vonatkozik azonban a házassági jogra, hanem azzal a középkorban természetesnek tűnő fenntartással, hogy *jogi hatalma csak azokra a kérdésekre terjed ki, melyet az isteni jog nem szabályoz parancsként vagy tilalomként*. Ockham felfogása szerint a házassági jog egysége így megmaradt; a két hatalom, Isten és a fejedelem együtt alkották meg azt. Kimaradt ebből a rendszerből az egyház és a tomasianus négy szféra háromra csökkent: a szakramentumra, a természetes és a szociális világra, melyek közül az első a transzcendens kinyilatkozás része, a két utóbbi világi potestas alatt áll. *Önálló egyházi jogrendszernek így sem a házasságjogban, sem máshol nincs helye*: a kánoni jognak arra kell korlátozódnia, ami isteni törvény. A császár szükséghelyzetben avatkozott be most újra a házassági jogba. Ő a *bonum commune* legfőbb védelmezője, aki teljes jogalkotási hatáskörrel bír szükség esetén az egyházi kompetencia kárára is, mivel a *bonum republicae* minden jogviszony legfőbb értéke, és az uralkodó kötelezettsége ennek megvalósítására legfőbb hatalommá teszi őt minden szociális tartományt érintő jogi történésben.

Páduai Marsilius "De iurisdictione imperatoris in causis matrimonialibus" c. írása¹⁴ eredményét tekintve rokon Ockhaméval. A házassági jogrendben szerinte sincs helye az egyházi törvénynek illetve az egyházi bírászkodásnak, hanem csak két jogrend áll egymás

¹³ Lásd: Dieter Schwab: *uo.*: 41-45. oldal

¹⁴ Melchier Goldast: *Monarchia S. Romani Imperii, sive Tractatus de iurisdictione Imperiali seu Regia, et Pontificia seu Sacerdotali*, Frankfurt, 1668. Marsilius szerzőiségét hosszú ideig azon az alapon vitatták, hogy Goldast csak a nagyobb tekintély kedvéért jelölte meg az elmélet atyjaként marsiliust maga helyett. Míóta azonban C. Kenneth Brampton 1922-ben Marsilius egy másik művét, a „Defensor minor”-t kiadta, igazolást nyert Goldast állítása, a „Defensor minor” ugyanis szó szerint tartalmazza az előző értekezést.

mellett: az isteni és az emberi. Aquinói Tamáshoz hasonlóan *lex humana* alatt a világi törvényt értette, amely ún. *praeceptum coactivum*, azaz kényszerítő előírás, a bírói hatalom pedig nem más mint *potestas coactiva* által a jogsértő megbüntetésére irányuló jogosítvány. Az egyház azonban feladatát kényszerítő hatalom által nem láthatja el, hiszen Krisztus is elutasította azt, hogy a földön auctoritast és *potestas coactiva*t gyakoroljon. Az isteni és az emberi jog kettős jogrendet alkot. Az isteni jog megsértői felett az egyetlen bíró csak Krisztus lehet, az emberi jogra vonatkozóan pedig ez a polgárok közösségét (*civium universitas*) illetve ennek hatalmasabb részét (*pars valencior*), vagy a császárt illeti. *Az egyháziak ezek szerint csak addig a mértékig lehetnek a jogalkotás alanyai, míg a társadalom részét képezik, az egyházjog tehát, mint az egyház vezetésével megalkotott világi jog, elképzelhetetlen.* A házassági jognak a világi törvény alatt kell állnia, a klérus feladata pedig az, hogy megtanítsa, mit rendel és tilt az isteni jog.

Ezek a gondolatok jelentek meg a középkori vallási mozgalmak teológiájában is. Az oxfordi *John Wyclif*nél az egyházfogalom spiritualizálása és az egyházi törvényhozási hatáskör elutasítása értelmében a pap, püspök vagy a pápa tanító vagy prédikáló rendelkezései addig érvényesek csupán, amíg Isten törvényén alapulnak, mivel kényszerítő hatalommal nem rendelkeznek, személyüket tekintve pedig nem urak, hanem csupán szolgák. Szellemi hivataluk *ministerium* és nem *dominium* vagy *imperium*,¹⁵ és ahogy az apostolok elutasították a politikai és emberi hatalmat, a klérusnak is tilos a *civiliter dominar*, azaz a földi jogi hatalom gyakorlása.¹⁶

Ezt a spiritualizáló tendenciát Marsiliusnál egy további gondolatmenet is kiegészítette: a politikai uralomnak (nép és fejedelem) független és korlátlan rendelkezési hatalomként való elismerése, amely addig tart, amíg az uralom térbeli határai terjednek. A nép és a fejedelem minden jogi történésnek az isteni jog által korlátozott ura épp úgy a vallási mint az egyéb viszonyok tekintetében. A jogi felsőbbség fogalmában ilyen formában nincs helye az egyházi törvényhozásnak. Az állam és az egyház közötti kapcsolat vizsgálata a házassági jog területén egy olyan elemet bontakoztatott ki, mely az újkorban többször előkerült a jogi főhatalomról szóló elméletekben.¹⁷

¹⁵ Gotthard Viktor Lechler: *Johann von Wiclif und die Vorgeschichte der Reformation*, Leipzig, 1873. I. kötet, 499. oldal.

¹⁶ Johann Loserth: *Studien zur Kirchenpolitik Englands im 14. Jahrhundert*, in *Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien, Phil. - hist. Kl.* 1897. 136. kötet, 1. fejezet, 80. oldal és 1909, 156. kötet, 6. fejezet, 112. oldal

¹⁷ Lásd: Ernst Hancke: *Bodin - Eine Studie über den Begriff der Souveränität*, *Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte* 47. füzet, Breslau, 1894 és Adolf Dock: *Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Großen*, Straßburg, 1897, 122. oldal.

3. Az állami hatáskör helye és szerepe az újkori egyházi felfogásokban

3.1. Elméletek a római katolikus egyház köréből

A protestantizmus kialakulásával végleg megszűnt a házasság azonos alapokra való helyezése és így az egységes európai szemlélet is a múlté lett. A római katolikus egyház felfogását ebben az időszakban a zsinati határozatok mellett olyan doktrínák jelenítették meg, melyek a szakramentumi jellegből, vagy pont ennek tagadásából kiindulva az újkori kanonisztikában külön irányzatokat hoztak létre. Ezek legfőbb vonása az volt, hogy *a világi hatalom hatáskörét elismerték a házasság és a házasságkötés jogának vonatkozásában is, de ennek letéteményese szerintük csakis az egyházi főhatalomnak alávetve járhat csak el. Az állam kompetenciát nyert tehát, de megmaradt az egyházi felsőbbtség, ami a kánonjog sértetlenségét biztosította.*

A salamancai dominikánus iskola képviselője, *Francisco de Vitoria* (kb. 1483-1546) *Relectiones Theologicae*¹⁸ című művében 1531-ben egyrészt arról beszélt, hogy a királyi és a polgári hatalom a *bonum reipublicae*, azaz a békés együttélés szolgálatába van állítva, és minden ide tartozó intézmény e hatalom alá van rendelve. Az állam csak az olyan házasságok vonatkozásában alkothat jogot, melyek a közhaszonnal ellentétesek. Tevékenysége arra irányul, hogy ezeket megakadályozza és semmisnek nyilvánítsa, azaz bontó akadályokat hozzon létre. Vitoria érvelése szerint minden ok, mely - a példa kedvéért - a közeli rokonok házasságának tilalmához vezet, azaz közvetett módon az egyháztagok erkölcstelenségét gátolja, magában a természetes észben és a politikai bölcsességben is látható. E bölcsesség letéteményese pedig az uralkodó, így az ilyen házassági akadályok egyértelműen a politikai hatalomhoz tartoznak.

Az állami hatáskör indoklásaként Vitoria másrészt a házassági szerződés természetére hivatkozott. *A konszenzus által létrejövő kontraktust politikai, vagy azon alapuló szerződésnek tekintette, mely felett jogi hatalommal természetesen a világi fejedelem rendelkezik.* Mivel ezek szerint az állam és az egyház is hozhat házassági akadályokat, meg kellett határozni azt is, hogy milyen viszony áll fenn e két ellentétes szféra által rendezett normák között. Különbözőség esetében Vitoria válasza *az egyházi felsőbbtség, ami szerinte az állam és az egyház közötti hierarchikus kapcsolat megjelenése.* Az arisztotelészi célgondolatnak megfelelően ez azt jelenti, hogy a politikai hatalom célja - jelen esetben a *pax humana* megőrzése

¹⁸ *Relectiones Theologicae* tredecim partibus per Varias sectiones in duos libros divisae, Lyon, 1586, idézi: Dieter Schwab: uo.: 60-62. oldal

- kisebb értékű az egyház által elérni kívánt üdvözülésnél. Az egyház átadja ugyan a jurisdictiot a világnak, a fejedelem mégis korlátozott alárendeltsége miatt. A házasság szakramentum volta miatt a Vitoria által kidolgozott elsőbbség a vinculum matrimonii egész területére érvényes és szükségszerű.

A tridentini zsinat (1545-1563) atyái előtt nyilvánvaló volt, hogy az államnak jogi hatalma van a házasság felett, hiszen a polgári házassági szerződés „természete szerint” az állami szférához tartozik. A házasság fogalmának dogmatikai körülbástyázása után a jogalkotási kompetenciáról való vita során merült fel a házasságkötés érvénytelenséget okozó formai előírásokhoz való kötése. A javaslat ellenzői attól tartottak, hogy ha a konszenzus bármilyen korlátozást is szenved, egyben támadás éri magát a szakramentumot is, és sérelmet szenved a házasságkötés természetes és isteni jog szerinti szabadsága. Az egyház már eddig is semmisnek nyilvánított bizonyos házasságokat, melyeket a kánonjog tiltott, így a bontó akadályok között szerepelt az ordo, azaz a papi rendhez való tartozás. A formai kellékek bevezetése azonban teljesen újnak tűnt, hiszen olyan semmisségi okot jelent ezek figyelmen kívül hagyása, mely nem valamely házasságkötő fél tulajdonságában rejlik, hanem a konszenzus mellett van jelen¹⁹.

A külső forma bevezetésének támogatói ezzel szemben arra hivatkoztak, hogy *mindez az egyházi hatáskör igazolásához további adalékot jelentene*. A tridentini dekrétum kezdő szavai a clandestin házasságok szomorú következményeire hivatkozva²⁰(!) kötelezővé tette a házasság nyilvános kihirdetését, az egyház színe előtt való egybekelést bizonyos formához kötötte és ezen intézkedései kötelező erejét szabályozta. Nyilvánvaló azonban hogy az egységes házassági jog megteremtésének közvetlen célja a haeretikusok és a vegyesházasságok elleni fellépés volt, hiszen a zsinat felfogása szerint „az eretnekeket az egyház ellen való pártütésük nem jogosítja fel arra, hogy annak joghatósága alól kivonják magukat”²¹, ahol tehát a törvény ki lett hirdetve, a protestánsokra nézve is kötelező volt a katolikus egyházjog szerint.

A XVI. századi alapokra építve a következő kétszáz évben a katolikus fejedelmek uralma alá tartozó területeken új szemléletmód jött létre. Forradalmi jellege főként abban állt, hogy a világi hatalmat teljes hatáskörrel ruházták fel, tekintet nélkül az egyház akaratára. Az általános elem, azaz, hogy az államot megilleti a bontó akadályok alkotásának joga, nevet adott az irányzatnak. A regalisták tanainak politikai és társadalmi jelentősége abban állt, hogy az

¹⁹ Sipos István: A katolikus házassági jog rendszere a Codex Iuris Canonici szerint, Pécs, 1940. 278. oldal és Serédi Jusztinián: uo.: 90-99. oldal

²⁰ A tridentini zsinat XXIV. ülésének (de ref. matr.) nevezetes fejezetét („Tametsi”) közli: Serédi Jusztinián: uo.: 120-122. oldal

²¹ Vanyó Tihamér Aladár: A tridentini zsinat határozatainak végrehajtása Magyarországon. A magyarországi római katolikus egyházfegyelem alakulása 1600-1850, Pannonhalma, 1933, 74-75. oldal

abszolút hatalomra törő fejedelem ezúton kapott lehetőséget arra, hogy úgy avatkozzon be a házassági jogba, hogy eközben katolikus mivoltát is megőrzi.

Az elméleti igazolás során a házassági akadályok két csoportra való felosztásából indultak ki. A politikai értelemről függők körébe tartozónak tartották a vérrokonságot, míg teológiai meghatározottságú volt például a lelki rokonság vagy a papi rendbe történő egyházi felszentelés. A regalisták célja arra irányult, hogy az egyházat kiszorítsák a társadalom szociális tartományának teljes köréből és csupán arra korlátozzák, ami a szakramentum területére tartozik. Eszközül mindehhez nem az általános jogtant, hanem egy kifejezetten házassági jogi doktrínát használtak fel, mely szerint a házasság szakramentumként és a politikai jogrend egy részeként is értelmezhető.

Először a szentség elemét megvizsgálva hangsúlyozni kell, hogy az a szerződési elmélet, amit a középkori kanonisták és teológusok kidolgoztak, nem a vagyoni jogi viszonyokat szabályozó szerződésre vonatkozik, hanem egy olyan akarat-megegyezést tükröz, amely magára a házasságkötésre irányul. Az ilyen módon létrejött jogviszony és a szentség közötti kapcsolat jellegének megítélése hosszú fejlődésen ment keresztül. A későskolasztika szemlélete szerint a szerződés nem azonos a szentséggel, amely magán a szerződésen nyugszik, lévén annak formája vagy anyaga. A bontó akadályok csakis a szerződésre vonatkozhatnak, mert a másik elem az emberi rendelkezésektől mentes. Mivel pedig a szerződést teljesen vagy részben polgári jogi kontraktusnak tekintették, a politikai szféra hatalma alá rendelték.

Ez az elmélet igen kézenfekvő volt a regalisták számára, hiszen céljuk pontosan az volt, hogy kiszorítsák az egyházat a szerződés köréből, és hatáskörét csupán a szakramentumra korlátozzák. Ugyanis ha a házasság létrejötté nem más, mint polgári jogi szerződés, akkor az egyház nem bírhat hatáskörrel felette. *Marc Anton de Dominis*²² (1550-1624) "De republica ecclesiastica libri decem" című művében már nyíltan hirdette, hogy a szerződést csak az állam szabályozhatja. De Dominis szerint a szerződés, melyet a két házasulandó fél köt, egészében emberi és testi, és a testi akarat megvalósítására irányul. Ezért az egyháznak nem lehet alárendelve, hiszen az szellemi természetű. Ha a szerződésre a természetjog és az isteni jog nem ír elő kötelező szabályt, a polgári jog rendelkezési szférájába tartozik. A természetjog szerint mindenkinek joga van a házassághoz, a polgári jog azonban a közjó érdekében különös feltételeket is meghatározhat. Mindezen a szakramentum jelleg sem változtat semmit sem, mert ez a tulajdonság csak a civiljogilag teljes házassághoz járul.

²² de Dominis műve 1617 és 1622 között jelent meg Londonban, amikor a volt spalato érsek Angliába menekült, majd ott áttért az anglikán egyházba.

A XVIII. században - ismételten az uralkodó család érdekeit szolgálva - ausztriai területen visszatértek az egyházi hatalom spiritualizálásának elvéhez. *Benedikt Oberhauser* (1719-1786) két jogrendről beszélt a házassági jogviszony kapcsán. Ezek közül első az ún. felső tartomány, ami az egyház hatáskörét jelöli a szakramentum felett. Ez a természetfeletti javakra és jogokra való korlátozást jelenti, míg a második a természetes tartomány, amely minden más, az előzőn kívül álló területet felölel a szerződés viszonylatában. Oberhauser szerint ez utóbbi az imperiumnak, a világi úrnak van alárendelve, azaz az egyházi házassági jog nincs hatással a világra. Az egyházi *jurisdiction* hatáskör két területét a kánonjogból vett fogalompárral szemléltette. A *forum externum* (jogi tartomány) területéről az egyház ki van zárva, míg a *forum internum* (lelkiismereti tartomány) a közvetlenül Istenre és az emberre tartozó dolgokat jelölve az ő hatalma alá tartozik. Ezt a kettős fogalmi megkülönböztetést egyébként mások is használták a *potestas iurisdictionis* nyilvános vagy titkos gyakorlására vonatkoztatva.²³

A regalisták tanának elterjedését ebben az időszakban még egy új szellemi áramlat, a felvilágosodás is elősegítette, amely ugyancsak késznek tűnt az egyházi hatalom spiritualizálására²⁴, bár igazából újat mondani ezen a területen már nem tudott. A regalisták még nem gondoltak radikális változtatásra. Érvelésük szerint a középkor folyamán a fejedelmek jogalkotási hatáskörüket átadták az egyháznak, ami azt jelenti, hogy a kánonjogot fejedelmi engedély alapján továbbra is érvényben lehet tartani. *A szuverén személyéhez kötődő jelleg azonban nem enyészik el, és éppen ezért bármikor visszavonható ez az engedély.* Egy másik, az egyház érdekeit nagyobb mértékben figyelembe vevő magyarázat szerint erre csak a klérus hatalommal való visszaélése esetén kerülhet sor.²⁵

Külön kérdést vetett fel a regalista elméletekben a házassági jog egységének problematikája. Egység ugyanis csak akkor jöhetett létre illetve maradhatott fenn, ha a világi úr az egyházi törvényeket elfogadta és polgári hatállyal ruházta fel. Mivel keresztény uralkodó úgymond nem tűrheti, hogy alattvalói ne szakramentumos házasságot kössenek, különösen indokoltnak tűnt a polgári hatály kiterjesztése, ami azonban a világi uralkodó kedvére és belátására volt bízva. Másik oldalról nézve az egységet az biztosítja, hogy a szakramentum létrejöttében egy érvényes polgári jogi szerződés megkötésén alapul, melynek hatálya csak az államtól függ.

²³ Lásd: Eduard Eichmann: *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des CIC*, München-Paderborn-Wien, 1959, I. kötet, 319. oldal, így például Zeger Bernhard van Espen (1646-1728), Christian de Wulf (1612-1681), Johann Valentin Eybel (1741-1805), Gaspard de Réal (1682-1752), Josef Johann Nepomuk Pehem (1741-1799) vagy Matthieu Tabaraud (1744-1832).

²⁴ Vö: Voltaire: *Dictionnaire philosophique*, in: *Oeuvres complètes de Voltaire*, Párizs, 1878

²⁵ *Oberste Gewalt des Staates in Rücksicht auf die Ehen*, Wien-München, 1784, I. rész 1. fejezet 30.§ /anonym/

3.2. A protestantizmus felfogása az állami hatásköréről

Amikor *Martin Luther* a "Von Ehesachen" című írásával a római egyház házassági szentségfelfogásán rést ütött²⁶, egyben jelt is adott az állami törvényhozásnak a házasság és az ehhez fűződő kérdések egyházi hatáskörből való elvonására. A reformátorok tanaiban a házasság elveszítette szellemi tartalmát és olyan szociális intézményként jelent meg, mint bármely más szerződés vagy jogközösség és így kikerült az egyházi jog uralma alól. Ennek a teológiának a logikus következménye az lett volna, hogy a reformált hitű fejedelmek is csupán vagyoni jogi közösségnek tekintsék és a házassági bíraskodást állami hatáskörbe vonják, a gyakorlat azonban más utakon járt. A protestáns városokban és Landokban német területen az új házassági jog ún. Kirchenordnung-okban, azaz olyan egyházi törvényekben (leges ecclesiasticae) öltött testet, melyek a közösség életét szabályozták. Ezeket az egyházkormányzati pozícióhoz jutott világi felsőbbbbség alkotta, mint ahogy a bíraskodás is e grémiumra lett átruházva - számos ellentétet okozva a hitújítók és a protestáns jogászok között.

Rotterdami Erasmus a házasságot Pál apostolnak a korinthusi gyülekezethez írt első levelére /7. 1-40./ hivatkozva csak a tulajdonképpeni ex opere operato szakramentum köréből emelte ki, és a pápai kulcs hatalom elve mellett kitarva a világi hatalom hatáskörnyeréséről egy szót sem szólt. *Kálvin* a házasságot a szántóföldhöz, építkezéshez és a cipész munkájához hasonlította,²⁷ mely így a res publica-hoz van hozzárendelve. Luther úgy beszélt róla, mint ami csupán világi jellegű és ezért egyértelműen kizárta az egyházi hivatal viselőit a házassági jog formálásából: "... so manchs land, so manche sitte, sagt das gemeine sprüchwort. Demnach, weil die hochzeit und ehestand ein weltliches geschäft ist, gebührt uns geistlichen und kirchendienern, nichts darinn zu ordnen oder regieren, sondern lassen einer iglichen stadt und land hierinn ihren brauch und gewohnheit, wie sie gehen."²⁸

²⁶ "Es kann ja niemand leucknen, das die Ehe ein eusserlich, weltlich Ding ist, wie Kleider und Speise, Haus und Hoff weltlicher Oberkeit unterworfen." Von Ehesachen, 1530. in: Martin Luthers Werke, Kritische Gesamtausgabe XXX, Weimar, 1910. 205. oldal

²⁷ Josef Boháček: Calvin's Lehre von Staat und Kirche mit besonderer Berücksichtigung des Organismusgedankens, Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, 147. füzet, Breslau, 1937, 650. oldal és Institutio cristianae religionis, 1559, Joannis Calvini opera selecta, München, 1962, IV. kötet 19. fejezet, 34. bek.

²⁸ In: Emil Sehling: Geschichte der protestantischen Kirchenverfassung, Traubüchlein für die einfeltigen Pfarherrn, 2. kiadás, Berlin-Leipzig, 1914, I./1. 23. oldal

Mindmáig hangoztatott állítás azonban, hogy a reformáció nem profanizálta a házasságot. Kálvin isteni szövetségnek (foedus Dei)²⁹ Erasmus Sarcer³⁰ és Heinrich Bullinger szent rendnek nevezte, Luther pedig "heiliger Orden und Stand" vagy „geistlicher Stand” megfogalmazással illette, amit Isten a Paradicsomban hozott létre. A rendjét elhagyva házasságra lépő reformátor a házasság szentségét és isteni jellegét hangsúlyozva állította, hogy az semmivel sem alacsonyabb, szennyesebb vagy méltatlanabb dolog, mint a cölibátus. *Luthernél a keresztény házasság „geistliche”, azaz szellemi jelzővel való illette nem az egyházi joghoz való tartozást volt hivatott kifejezni* - mint ahogy ez a középkori felfogásból következett volna (res spiritualis - potestas spiritualis), hanem azt jelezte, hogy sokkal magasabb rendűnek tartja, mint a kényszerű, vagy akár önként vállalt szerzetesi nőtlenséget. A szellemi jelleg nem külső, testi jelekben nyilvánul meg, mint amilyen a szerzetesek esetében az eskü és a szüzesség hangsúlyozása, hanem hit által a szívben: "... wilcher ist geyst und macht alles geystlich, was am menschen ist, beyde auswendig und ynnwendig."³¹ Az ember ugyanis nem cselekedetekből igazul meg, hanem Jézus Krisztus engesztelő áldozatába vetett hit által.³² Így míg a középkori szemlélet szerint a házasság világi és alacsonyabb rendű, mint a cölibátusi állapot, Luther a Biblia kijelentése szerint azt tanította, hogy tisztességes minden tekintetben a házasság és a szeplőtelen házasság.³³

Mivel tehát a szellemi jelző nem objektív hozzárendelést, hanem hitbeli cselekedetet jelölt, nem lehetett többé a jogi kompetenciák meghatározásának eszköze sem. Az egyház feladata ezek szerint az, hogy tanítsa a keresztényeket az Isten rendelése szerint való életről és így a házasságról is, nem pedig az, hogy jurisdictiont gyakoroljon: "... nicht als ein rechtssprecher, official odder regent, sondern rats weise, wie ich ym gewissen wolt guten freunden ynn sonderheit zu dienst thun."³⁴

A kánonjoghoz szokott protestáns jogászság gyakorlata azonban a lutheri tanok torzulásához vezetett. Már a XVI. században gyökeret vert az az irányzat, amely a szellemi jelleget hangsúlyozta olyan módon, hogy figyelmen kívül hagyta a Luther által használt jelző valódi értelmét. "Jogászasabbnak" tűnt számukra a szellemi elem jogi minőségként való megragadása. Nem fogadták el, hogy a ez ne gyakorolhasson hatást a házasság külső formájára, ami az egyházi jog alá rendeléshez vezetett. A házasságkötés során ugyanis továbbra is

²⁹ Josef Bohatec: uo.: 652. oldal

³⁰ Erasmus Sarcer: Apologie der Konfession. In: Die Bekenntnisschriften der ev.-luth. Kirche. Göttingen, 1956, 339. oldal

³¹ Martin Luthers Werke, Kritische Gesamtausgabe XXX, Weimar, 1910, 106. oldal

³² PROS RŔMAIOŔS 5. 1.

³³ PROS EBRAIOŔS 13. 4.

³⁴ Martin Luthers Werke: uo.: 206. oldal

megmaradt a benedictio, bár Luther hangsúlyozta, hogy ez az isteni eredet miatt jelenlévő elem, mely elkülönül a házasság intézményének polgári jog alá rendelésétől.

A jogászok a rokonság házassági akadályánál a rokonsági fok kiszámításához nem a római jogi, hanem a kánonjogi elvet használták fel. Az indoklás, hogy "*materna Ecclesiastica seu spiritualis*"-ról van szó, *kettős jogrendet teremtett, mint minden olyan esetben, amikor maga a jogintézmény lényegi eleme is kettős volt.*³⁵ A teológusokat és az egyházi hivatalviselőket nem lehet kizárni a bíraskodásnál való közreműködésből sem. Saját házassági bíróságokat állítottak fel, melyeket "geistliche Sachen"-nek neveztek.³⁶ A zürichi és más svájci illetve német városokban történt bíróságok felállításáról már a XVI. század huszas éveitől maradtak fenn források. Német területen általában a konzisztóriumokra ruházták át a bíraskodási jogkört, mely teológusokból és jogászokból álló vegyes grémium volt.³⁷ Mindez már közelítést jelentett a speciális egyházi bíróságokhoz, bár a konzisztórium rend még emlékeztetett valamennyire a házasság világi természetére. Az 1544-ben Moritz von Sachsen herceg által tervezett egyházrendtartás a konzisztóriumot már püspöki hivatalnak nevezte. A városokban illetve territóriumokban a protestáns tartományúr és a városi önkormányzat állította fel a "Spruchgremien", azaz esküdtszék közreműködésével eljáró bíróságokat.³⁸ A konzisztórium felett igen gyakran a tartományúr állt, ami azt jelezte, hogy az egyházi bíraskodás az ő személyi jogosultságából fakad. Léteztek egyházi ügyekkel foglalkozó és csupán házassági ügyekkel foglalkozó bíróságok is, melyek az állami bírósági szervezet részei voltak, de működésük során igénybe vettek egyházi személyeket is.

A jogászság számára különös problémát jelentett, hogy a XVI. század során német területen csupán apró, egy-egy tartományra hatályos szabályozás született, átfogó kodifikációról nem lehetett beszélni. *A jogi bizonytalanságok elkerülése végett ezért a kánonjoghoz vagy a recipiált római joghoz nyúltak vissza abban az esetben is, ha azt már a reformált teológia módosította.* A recipiált római jog a XV. századtól kezdődően mint "kaiserliches Recht" jelentkezett, és az 1495. évi Reichskammergerichtsordnung a Birodalmi Kamarai Bíróság előtt szubszidiárius jelleggel alkalmazhatóvá tette. Dönteni kellett tehát e két lehetséges forrás között. Míg Luther egyértelműen elutasította a kánon jogot³⁹, a XVI. század

³⁵ Vö: Walter Köhler: Die Anfänge des protestantischen Eherechts, ZRG, kánonjogi részleg, 30. kötet, 1941, 275. oldal

³⁶ Vö: Walter Köhler: Zürcher Ehegericht und Genfer Konsistorium, 1.kötet, 184. oldal

³⁷ Ilyen konzisztóriumai bíróság először Wittenbergben jött létre 1539-ben. Lásd: Otto Mejer: Anfänge des Wittenberger Consistoriums, ZKR, 13. kötet, 1876. 28. oldal

³⁸ Hans Liermann: Ev. Kirchenrecht und staatliches Eherecht in Deutschland, in: Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt, 1962, 111. oldal

³⁹ Johannes Heckel: Das Decretum Gratiani und das ev. Kirchenrecht, in: Studia Gratiana, tom.III. Bologna, 1955, 489. oldal

reformált hitű jogászai gyakran utaltak a római jogra. Melancthon szerint a római jogot "Az isteni bölcsesség sugarai hozták létre", így annak válóokait az egyházi jog területén is elismerte.⁴⁰ A gyakorlatban igen sok Kirchenordnung a "kaiserliches Recht"-en nyugodott, de a protestáns jogászok nagy része ennek ellenére a kánon jog restaurációjának híve volt. Luther harca a Wittenbergi Egyetem jogászaival, Hieronymus Schürpff-fel és Heinrich Gödennel ennek a folyamatnak az előjátéka volt.⁴¹ *A praktikusság és a jogászság tradicionális szemlélete tehát igazolta a recipiált római jog és a kánonjog alkalmazását is.* A házassági jog területén a kánonjog érvényesült erősebben és még a XVIII. században is keletkeztek olyan tanok, amelyek német területen a kánonjog birodalmi jogi hatályát hirdették, amihez szerintük a protestáns birodalmi rendek is kötöttek voltak.⁴²

A fejedelem hatáskörének tagadására a katolikus szerzőkhöz hasonló módon nem került sor, mert a protestáns fejedelmek jurisdictio hatásköre az egyházkormányzat szülötte, amelynek szerepét a res ecclesiasticae és a ius circa sacra körében megjelenő erőviszonyok szabályozták. A fejedelmi egyházkormányzat a gyakorlatban már a XVI. században kialakult, a következő évszázad során pedig elméleti indoklást is nyert. Mivel a protestáns territóriumokban a püspöki hivatalokat szinte kivétel nélkül felszámolták, az az elképzelés élt, hogy a terület ura átvette a püspök jurisdictio hatáskörét. Ez utóbbit a Passauai Szerződés (1552), majd az augsburgi vallásbéke függesztette fel. A püspöki rendszer elméletének képviselői a tartományúr episzkopális jogát mindezekén túl a birodalmi jogból is levezették.⁴³ Mivel a házasság egyházi ügy, a világi úr a jurisdictio summus episcopus-ként gyakorolta. A XVII. században a territoriális rendszer kiépülésével külső jogi hatalma az egyházkormányzat felett már az általános territoriális szuverenitásból fakadt, így szellemi dolgok felett legfőbb hatalom lett. *A világi úr a házassági jogot res spiritualisként rendezte teológiai alapon,* azaz a jogalkotási hatáskörének tárgya a házasság szellemi struktúrája volt, nem pedig a polgárjogi szerződés.

3.3. A világi házasságfogalom visszatérése a természetjogi tanok hatására

⁴⁰ Dieter Schwab: uo.: 117. oldal

⁴¹ Justus H. Böhrer: Jus ecclesiasticum Protestantium, 3. kiadás, 5.tom., Halle 1730-36, libr. 1. tit.2.§ 60

⁴² Johann .J. Müller: Das Dispensationsrecht in verbotenen Ehen der Chur-Fürsten und Stände /wie auch andern unmittelbaren Reichsgliedern, samt allerseits Unterthanen, Papistisch-und Protestantischer Religion..., Jena 1706, 2. könyv 7. fejezet 1.§

⁴³ Martin Heckel: Staat und Kirche nach den Lehren der ev. Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, ZLG,Kan. Abt., 42. kötet 1956, 119 és 210. oldal

A XVII-XVIII. század fordulóján a protestáns jogászok egy „ellenzéki” csoportja a házasságot tisztán polgári jogi intézménynek tekintette, mely a világi jogrend részét képezi. A *szemléletváltozás oka a luther-i tanok felélesztése, - bizonyos korlátok között - a római jog házasságfogalmához való visszatérés és a természetjog megjelenése volt.*

Hugo Grotius a házasságot természeti formája szerint szemlélte és csakis természetjogi vonásairól beszélt anélkül, hogy belekeveredett volna a keresztény házasságtan speciális elemeibe. A középpontban ezentúl a házasság, nem pedig a keresztény házasság volt. Grotius elméletében a házasság egy férfi és egy nő együttélése, melyben a nő férje felügyelete és védelme alatt áll.⁴⁴ Hangsúlyozza, hogy *minden pozitív jog vagy pozitív isteni jog fölösleges hozzáfűzés csak az előzőekhez, ha a szerkezeti alapelven nem változtat.* Mivel semmi szellemi nincs a házasságban, az egyházjog azt nem alakíthatja, azaz a házasság a polgári jog szférájához tartozó intézmény. Grotius felfogása nem jelentett összeütközést az egyházi joggal, mert nem tett említést sem a házasság szellemi tartalmáról, sem az ahhoz kapcsolódó benedictio szertartásról.

Thomas Hobbes, az anglikán vallású, de hosszú ideig Franciaországban élő bölcsele a házasság legitimitását egyedül a polgári törvényből származtatta, ezért szerinte *eskü vagy szentség titkos kapcsolatot nem tehet érvényessé, hiszen a sacramentum a jogi tényeken kívül foglal helyet.*⁴⁵ Az észjogi irányzat képviselője, John Selden, a házasságot magából az ésből levezetve kizárólagos polgári szerződésnek tekintette, John Lockes pedig tisztán biológiai megalapozottságú intézményt látott benne, melyből a szellemi tartalom teljesen kizárt.⁴⁶ Szerinte a józan ész /*recta ratio*/, a politika és a moral alapelvei szerint kell szabályozni azt, hiszen lényege csakis a filozófiából és a természet-jogtanból ismerhető meg.

Johann Samuel Stryk disszertációja 1704-ben jelent meg e témakörben. Célja az volt, hogy a házasságjogot megtisztítsa a sacramentum felfogás maradványaitól, azaz attól, hogy vegyes illetve tisztán szellemi intézménynek tekintsék. Vallotta, hogy Isten a Paradicsomban hozta létre a házasságot, de szerinte ez nem jelent spiritualitást. Pál apostolnak az efézusi gyülekezethez írt levelére hivatkozott,⁴⁷ mely szerint *a házasság nem misztérium, hanem csak képe a tulajdonképpeni titoknak azaz Jézus Krisztus és az egyház közötti kapcsolatnak.* Luther szemléletéhez tért vissza Stryk, hangsúlyozva a „heiliges Stand” kitétellel együtt azt is, hogy a

⁴⁴ Hugo Grotius: *De iure belli ac pacis libri tres*, 1758, Leipzig, ed: Jean Barbeyrac, 2. könyv 5.fejezet 8. § 1.

⁴⁵ Thomas Hobbes: *De cive*, in: *Philosophische Bibliothek*, 158. kötet, Hamburg 1959, 6.fejezet 16. §

⁴⁶ John Lockes: *Two Treatises of Government*, 1955 London, in: *Everyman's Library*, 751. kötet, 2. könyv, 33. fejezet 6. pont

⁴⁷ *PRO ERESIOS* 5, 31-32.

házasság nem más, mint negotium mere profanum et civile, és a hívő keresztények cselekedete által minősül szentnek.

4. Eltávolodás a vallási alapoktól

A XVII-XVIII. század fordulóján a házassági jog egyházi alapoktól való elszakadása azt jelentette, hogy a vallási előírásokat nem tartották már kötelezőnek a szociális tartomány szabályozására nézve. Mindez egy kettős folyamat eredményeként valósult meg: *a keresztényi kijelentéssel vegyített természetjog elvilágiasítása és az emberi törvények az isteni joghoz való kötődésének felszámolása által, melyek a felvilágosodás megismerés-filozófiájában gyökereztek.* A felekezetekhez kötött gondolkodás határait átlépve e szemlélet képviselői egyaránt lehettek katolikusok, protestánsok, zsidók vagy hitetlenek, hiszen a felvilágosodás házasságjoga minden egyházi felfogás elleni támadásként is értelmezhető.

A természetjog elvilágiasítása abból az alapfeltevésből indult ki, hogy a megismerés (Wesenerkenntnis) csak az ész, az értelem (Vernunft) által lehetséges empirikus módon.⁴⁸ Ez elszakadást jelentett minden hit és kinyilatkoztatás által meghatározott természetmegismeréstől és az abból levezetett természetjogtól is. Mielőtt az ész popularizált felmagasztalása a hittel éles ellentétbe került volna, a filozófusok arra törekedtek, hogy pontosan elhatárolják egymástól a hitet és a természetes megismerést, illetve a teológiát és a természetjogot. A folyamat a fő jellemzője az "előítéletek" elleni harc volt, így természetes megismerés alatt a teljes szabadságot értették mindattól, ami isteni kinyilatkoztatásból ismert. Az empirikus ész a földi társadalom szabályozására alkotott törvények megismerésének adott monopóliumot, és *a szociális tartományból kiszorult a teológia ill. a teológiai gondolkodásmód.*

Baruch de Spinoza⁴⁹ szerint *az Írásnak - azaz az isteni kijelentésnek - a természetjogban nem lehet szerepe.* Az ész érinthetetlen az Írás számára, hiszen az isteni, mert azt tanítja, hogy Istennek kell engedelmeskedni, azaz igazságban és szeretetben járni. A Biblia minden egyéb írása szerinte csupán történeti, melyek célja az, hogy Istent felfoghatóvá tegyék az ember számára. A félelem, hogy a természetjog tartalmát az eddig uralkodó "előítéletekkel" akár

⁴⁸ Paul Hazard: Die Kriese des europäischen Geistes 1680-1715, Hamburg, 1939, 149. és 281. oldal valamint Die Herrschaft der Vernunft, Hamburg, 1949, 60. oldal és Ernst Cassirer: Die Philosophie der Aufklärung, Tübingen, 1932, 1. oldal

⁴⁹ Baruch de Spinoza: Tractatus theologico-politicus, Opera omnia, Lipcse, 1846, 9. oldal, idézi Dieter Schwab: uo.: 176. oldal

legkisebb mértékben is összekötik, oda vezette a felvilágosult filozófusokat és jogászokat, hogy megkérdőjelezték a természetjog minden addigi eredményét.

John Locke a férfi és a nő együttélésének szükségességét abban a körülményben látta, hogy a gyermekek nevelése és gondozása így oldható meg legideálisabb formában.⁵⁰ Az apa köteles azzal az asszonnyal házassági közösségben maradni, aki gyermeket szült neki. Más teremtményeknél, ahol az ifjak képesek arra, hogy magukat eltartsák, a kötelék(!) feloldódik, mielőtt a nemzés ideje ismét eljön. Így a férfi és a nő a természetjog szerint nem köteles tovább együtt élni, mint ahogy ezt a gyermekek nevelése és gondozása megkívánja.

Montesquieu szerint az érintkezés megszakítása (divorce) és az egyoldalú elbocsátás (repudiation) is lehetséges például abban az esetben, ha a nő terméketlen, hiszen a házasság természetes viszonya feltételezi a gyermeknemzést. Lábjegyzetben hozzátette ehhez azt, hogy nem állítja, hogy ez a keresztények között is megengedett, részletesebben azonban nem tért ki a természetjog és az isteni jog közötti különbözősége. A többnejűség természetes és megengedett kötelékként került ábrázolásra a felvilágosodás szemléletében⁵¹.

A pozitív isteni jog elleni harc különösen élesen a bontójog területén jelentkezett. *A felvilágosult szerzők célja az volt, hogy az állam szabad kezet kapjon a kereszténységre is érvényes bontójog megalkotására anélkül, hogy kötve lenne a teológiai nézetekhez.* Segítség ehhez ismét az isteni törvények spiritualizálása nyújtott. Spinoza szerint az isteni törvénynek csak egy formája létezik, amely a kinyilatkoztatásban ismerhető meg. Ez a törvény egyedül a legfőbb jóra vonatkozik, azaz Isten szeretetére és megismerésére. Az Írás csupán addig általános érvényű, amíg ezeket az isteni törvényeket (lex divina naturalis) fejezi ki. Isten egyáltalán nem pozitív jogot alkotó hatalom, mert mindaz amit Isten igennel vagy tilt, az örök természetes szükségszerűsége és igazságon alapul. Őt törvényhozóként elképzelni csakis az emberi hiányos felfogóképesség és képzelőerő következményeként lehet. A valóságban tanácsai mindig örök igazságot tartalmaznak. Ehhez az Újszövetség sem tett hozzá, hiszen Jézust sem azért küldték el, hogy az államot megtartsa illetve törvényeket adjon, hanem hogy az általános törvényt tanítsa: ezért nem oldotta fel a mózesi törvényt sem. Spinoza szerint ezért *az isteni jognak a földi jogrend vonatkozásában nem lehet szerepe.*⁵²

A XVII. század végén a protestantizmuson belül is megtörtént az isteni törvények elszellemiesítése. Hieronymus Bruckner szerint az állam és a polgári élet törvényei nem

⁵⁰ John Lockes: uo.: 79.§ és 81.§

⁵¹ Vö: Manfred Erle: Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts, Göttingen, 1952, 261. oldal

⁵² Baruch de Spinoza: Tractatus theologico-politicus, uo.: cap. 4. Opera omnia, vol. III. 64. oldal, idézi: Dieter Schwab: uo.:183. oldal

irányulhatnak (könnyen és dűrfen) arra, hogy az embert morális tökéletességre kényszerítsék.⁵³ Krisztus „törvénye” lex perfectionis, amely az embereket nem polgárjogilag kötelezi, így Coccejinél a házasság felbontható causa turpis nélkül is, a felek kölcsönös megegyezése alapján.

A katolikus teológia számára a felvilágosodás a házasság felbonthatatlansága elleni erőteljes támadás volt, a protestánsokhoz hasonló eredmény a középkori tradíció és a tridenti zsinat állásfoglalása miatt azonban nem jöhetett létre. Voltaire minden hatáskört megtagadott az egyháztól az ordre civil-re vonatkozóan, mondván, hogy annak csak az emberi lelkekre legyen gondja, de ő sem választotta szét konzekvensen az egyházi és a világi tartományt, hanem az államot az egyházi visszaélések esetén jogosította csak fel hatáskör gyakorlására. A felvilágosodás hatása a XIX. század során tűnt el a kanonisztikából, ami egyben a felbonthatóság követelésének megszűnését is jelentette. Ekkorra azonban *a világi jogtudomány kialakulásával a házassági jog korlátozások nélkül a polgári jogrend részévé vált* és kikerült a vallási felfogások évezredes uralma alól.

⁵³ Lásd: Samuel von Cocceji: Ius civile controversum, opus ad illustrationem Compendii Lauterbachiani, Frankfurt-Lipcse, 1727-29

Gesellschaftstheorie und Recht

In diesem Vortrag werde ich die Beziehung zwischen rechtlicher Begriffswelt und gesellschaftstheoretischem Denken untersuchen.¹ Im ersten Teil blicke ich kurz in die Geschichte zurück; dabei werde ich die Frage erörtern, welche Rolle das Recht in jenen philosophischen Erklärungen spielt, die sich mit dem Entstehen der Gesellschaft, bzw. der Gesellschaftsordnung auseinandersetzen. Im zweiten Teil werde ich versuchen -- mit Hilfe einiger neuen Theorien -- die Frage zu beantworten, welche Konsequenzen es mit sich zieht, wenn man die gesellschaftstheoretische und die rechtsoziologische (rechtsphilosophische) Problematik gegenseitig aufeinander bezieht. Dabei werde ich eingehend die Rechtsauffassung des Niklas Luhmann erörtern.

I.

In meinem historischen Rückblick kann ich wegen umfangmäßiger Begrenzungen auf die Periode vor der Neuzeit nicht eingehen. Es ist ohnehin eine schwere Aufgabe die Traditionen der modernen Theoriegeschichte detailliert unter die Lupe zu nehmen. Das bedeutet natürlich überhaupt nicht, daß ich die intellektuellen Errungenschaften der Vor-Neuzeit-Periode in irgendwelcher Hinsicht unterschätzen würde. Bis zum Belaufe eines Zusammenhanges muß ich jedoch die Jahrhunderte, die der Neuzeit unmittelbar vorangegangen sind, kurz ansprechen. Dadurch möchte ich den Übergang in die Moderne, das wesentliche Merkmal der Umwandlung vor Augen führen.

Bis zur Neuzeit hatten sich Gesellschaften durch die territoriale Ausdehnung ihrer politischen Macht definiert. Die Entstehung politischer Reiche hat immer wieder die Frage aufgeworfen, wie ein Zentrum ein größeres Gebiet kontrollieren kann. Gesellschaft wurde also durch das Metapher der Räumlichkeit, oder anders ausgedrückt, als *territorial* festlegbare Abgesondertheit definiert. In der Vorstellung der Menschen waren damals die Grundlagen der Gesellschaftsordnung (in Europa wenigstens) mit der Natur, bzw. mit der göttlichen Natur verbunden, wie das schon bei Sankt Augustin ("*De civitate Dei*") zu lesen war. Da fängt der Siegeszug des -- im hellenistischen Geist wurzelnden -- naturrechtlichen Denkens an.

Die Entdeckung und die weite Verbreitung des Naturrechtes kann man auch als Leugnung dessen interpretieren, daß eine Gesellschaft auch selbständig ein Rechtssystem zustandebringen kann, oder zumindest ist ihre diesbezügliche

¹ Mehrere Kapitel unserer gemeinsamen Arbeit mit István Balogh "Német társadalomelméletek" (Deutsche Gesellschaftstheorien) behandeln diese Problematik. Da werden die deutschen gesellschaftstheoretischen Theorien in Detail analysiert. Über die gesellschaftspolitische Betrachtung des Rechtes hat Gephart (1993) und Peters (1991) die besten Studien publiziert.

Fähigkeit vom Naturrecht her wesentlich eingeengt. Das niedrigere Recht basiert auf höheres Recht, und dieser Grundlegungsprozess wird von der Hierarchie der Rechtsquellen bestimmt (lex divina oder lex aeterna -- lex naturalis -- lex humana oder lex positiva). Der Grundlegungsprozess kann also in zwei Phasen geteilt werden. Gesellschaft gliederte sich erstens in die natürliche Ordnung ein. Diese Phase wurde durch das Naturrecht ausgedrückt. Unter Natur verstand man die Natur des Menschen, und dies hat auch die Frage aufgeworfen, wie sich die Natur des Menschen von anderer Naturexistenzen unterscheidet. Die Antwort beinhaltet meistens den Hinweis auf die Seele und/oder Verstand als Unterscheidungsmerkmal. Der zweite Schritt war dann die sakrale Fundierung des Naturrechtes. Das heißt, Gesellschaft basierte sich nicht einfach auf die Natur, sondern auf die göttliche Natur.

Genau das hat sich mit der Modernität geändert. Diese Umwandlung kann man auch als Umstieg vom "Recht der Natur" in das "Recht der Gesellschaft" beschreiben, im Hintergrund mit der Tatsache, daß die neuen Gesellschaftserklärungen nicht mehr an die Natur geknüpft waren.

In der Deutung des Begriff "Gesellschaft" hat das 16.-18. Jahrhundert grundlegende Änderungen mit sich gebracht. Die aus den geographischen Entdeckungen und aus der Kolonisation stammenden neuen Erfahrungen haben es immer unmöglicher gemacht jene Vorstellungen aufrechtzuerhalten, wonach Gesellschaften durch die *Gebiete* politischer Herrschaft, das heißt, durch das räumliche Nebeneinandersein bestimmter Personen zu definieren ist. Das "Metapher der Räumlichkeit" wurde nicht nur wegen neuer historischen Erfahrungen angezweifelt. Ab dem späten Mittelalter gab es auch im Bereich der rechtlichen Begriffsbildung zu einer Umwandlung. Man fing an den Begriff "Gesellschaft" in zweierlei Bedeutungen zu gebrauchen:

- (a) im Bezug auf die "Gemeinschaft", wo anfangs das Eigentumsverhältnis des gemeinsam benutzten Landes dahinter stand. Später wurde der Begriff verallgemeinert, und auf die ideale Gemeinschaftlichkeit übertragen; und
- (b) im Bezug auf jenen universellen Lebensumstand, der die einzelnen Individuen und die einzelnen Gesellschaftsgruppen zusammenfaßt, und auf die kulturelle Gemeinschaft der Bürger hinweist.

Ab dem 17. Jahrhundert wird der Begriff "society" -- vor allem von den englischen Moralphilosophen -- für die moralische (zivilisierte) Menschheit benutzt. Gesellschaft erschien als Objekt einer -- Ethik und Politik gleichfalls umfassenden -- praktischen Philosophie, und Gesellschaftstheorie erschien als eine der moralphilosophischen Disziplinen. (Das Stichwort "Société" der französischen *Encyclopédie* weist ebenfalls auf "Morale" hin). Daneben war aber auch der aus den Rechtswissenschaften bekannte Begriff "societas" präsent. In diesem Sinne hieß es eine vertraglich festgelegte Vereinigung von Personen. Diese Bedeutungsvariante hat -- mittels theoretischer Verallgemeinerung -- eine der wirkungsvollsten Kontraktionen des Modernen gesellschaftstheoretischen Denkens, und zwar die Vertragstheorien zustande gebracht. Hobbes, Locke oder

Rousseau schufen äußerst verschiedene Theorien, und jedoch hatten sie etwas gemeinsam: wenn sie das Entstehen der Gesellschaftsordnung beschrieben und erklärten, da spielten Rechtsbegriffe immer eine zentrale Rolle.

Hobbes hat einen entscheidenden Schritt gemacht um Gesellschaftstheorie von traditioneller Metaphysik abzukoppeln. Menschliche Natur und Gesellschaftsstruktur waren bei ihm in Wechselbeziehungen begriffen. (Schülein, 1987:34-35). Hobbes trat nicht nur mit der neuen Anthropologie hervor, sondern hat auch die Frage der gesellschaftlichen Integration -- das heißt Vermittlung zwischen Individuum und Gemeinschaft -- aufgeworfen. Er hat diese Problematik als Frage der gesellschaftssteuernden Institute behandelt.

Locke unterscheidet zwischen gesellschaftskonstituierende Verträge, und jene, die zwischen Gesellschaft und Herrscher abgeschlossen wurden. Er ist zwar nicht der naturrechtlichen Tradition gefolgt, behielt aber den Naturzustand als Ausgangspunkt, und betonte jenen Argument, wonach der Mensch nur die Macht übertragen kann, die schon im natürlichen Zustand sein eigen war, und -- da niemand jemals über eine absolute Macht verfügt hatte -- so kann Willkürherrschaft niemals rechtmäßig sein.

Bei Rousseau gerät Naturrecht -- wie Strauss feststellte (1977:286-307) -- schon in einen kritischen Zustand, der rechtliche Aspekt ist aber weiterhin grundlegend bei dem Elaborieren der Gesellschaftslehre. Bei Rousseau deutet der Begriff 'Naturrecht' nicht mehr auf die ursprünglichen Lebensumstände der Menschen hin, also nicht auf eine vergangene Tatsache, sondern der natürliche Zustand ist eine unerläßliche *Annahme* zum rechtlichen Status des Menschen. Charakter und Inhalt des Naturrechtes wird grundsätzlich davon beeinflusst, wie wir uns die frühen Zeiten des Menschen vorstellen, und wenn es keine solchen Zeiten gab, dann wird es äußerst schwer Inhalte des Naturrechtes zu definieren. Bei Rousseau wird Naturrecht eindeutig in Verstandsrecht umgewandelt, und der Begriff der allgemeinen Wille tritt auf den Platz des allgemeinen traditionellen Naturrechtes.²

Übrigens zeigt dieses Jahrhundert nicht nur den Übergang des Naturrechts in das Verstandsrecht, sondern in diesem Zusammenhang ist auch eine neuartige philosophische Rechtstheorie geboren. Sie entstand gerade als Ergebnis davon, daß das in Verstandsrecht umgewandelte Naturrecht im 18. Jahrhundert in den Rechtsunterricht eingebaut wurde, und dieser Unterricht -- der ursprünglich ja für

² Im Denken über die Gesellschaft hat die Suche nach rechtliche Grundlagen jahrhundertlang eine naturrechtliche Anschauung mit sich gebracht. Der göttliche (theologische) Charakter dieser Anschauung wurde in der Neuzeit in das Verstandsrecht umgewandelt. Dies hielt zwar an dem Begriff von natürlichen Zustand fest, aber nicht als ein Geschehnis aus der Vergangenheit, sondern als eine Annahme des Verstandes. Sowohl das Umdefinieren von Naturrecht auf Verstandsrecht, als auch der Gedanke des gesellschaftlichen Vertrages statt Naturrechtes hat zum Ausdruck gebracht, daß die Naturfundamente der Gesellschaft ins Schwanken geraten sind. (Luhmann, 1995:154-155). In der Umwandlung der Denkgeschichte, vor allem in dem deutschen Denken, war der nächste Schritt die Einführung des Geschichtsprinzips, und damit hat man die naturrechtliche Fundierung endgültig aufgegeben. Unter den gesellschafts- und politphilosophischen Denker unseres Jahrhunderts hat Strauss (1977) am wirkungsvollsten für die Wiederherstellung der naturrechtlichen Betrachtungsweise eingetreten. Strauss hat nicht nur auf jene theoretischen Versuche Kritik ausgeübt, die Fakten und Werte auseinandertreiben wollten, aber auch die geschichtliche Anschauung, die in seiner Sicht Naturrecht unmöglich machte.

die positive Rechtswissenschaft (Jurisprudenz) ausgestaltet wurde -- entfernte sich in dieser Umgebung immer mehr vom praktischen Recht, und führte zur Entstehung einer neuen, eigenständigen Disziplin (Luhmann, 1997:975).

Nicht nur im vertragstheoretischen Paradigma, sondern auch im 18. Jahrhundert, in den Kritiken der Vertragstheorien hat sich Recht, bzw. die Analyse der Rechtstheorie an die Analyse der Gesellschaft angeknüpft. So hat z.B. schon Smith und Ferguson ihre Aufmerksamkeit auf das differenzierte Wesen der Institutionen gerichtet, und so haben sie die verschiedenen Institutionen in dem Zusammenspiel von Leistungen und Risiken untersucht.

Durch die Erkennung der *Umgestaltbarkeit* der Gesellschaft hat sich der Begriff Gesellschaftsordnung endgültig von der Vorstellung der unveränderten Natur gelöst. Wenn man die Geschichte der Gesellschaft als menschliche Schaffung versteht, dann ist im Jahrhundert der Aufklärung nicht nur einfach die Frage des Fortschritts in den Vordergrund geraten, sondern auch die Frage -- die Erscheinung der Revolution als geschichtsphilosophischer und politischer Aktionsbegriff ist bezeichnend dafür --, ob Fortschritt akzeleriert werden kann. (Koselleck, 1979:67-86). Die Umgestaltbarkeit der Gesellschaft zieht Unsicherheit mit sich (Evers-Nowotny, 1987). Und Unsicherheit unterstreicht wiederum, wie wichtig Recht ist, wobei Recht Stabilität der Gesellschaftsordnung und des geordneten Fortschritts heißt. Die Modernisierungstheorien -- worunter wir das bewußte Folgen der Muster der Modernität, also die Strategie der "aufschließenden" Nationen verstehen -- sind "von oben kommende", koordinierte Bestrebungen, und als solche, haben sie die Realisierung moderner Gesellschaften erst mit einer starken Anlehnung an das Recht für möglich gehalten.³

In dem Hintergrund dieser nderungen -- wie ich darauf schon hingewiesen habe -- ging eine große Umwandlung vor sich: da haben sich die Vorstellungen selbst über die Natur gewandelt. In den modernen Gesellschaften hat Natur ihre traditionelle Rolle als *normative Instanz* verloren. Denken wir nur daran zurück, daß der Mensch in den uralten Zeiten sich als Teil des Kosmos verstand, oder denken wir an das Grunderfordernis der natürlichen Lebensweise, an die ästhetische Beziehung zur Natur, an das Naturrecht, das früher das Gesellschaftsleben geordnet hatte. Bacon, einer der ersten Vertreter des modernen Denkens hat als Zweck der Wissenschaft die Beherrschung der Natur bezeichnet, doch hatte er es noch für wichtig gehalten es zu betonen, daß man dabei die Natur zutiefst ehren soll. Bei Galilei und Descartes war das Erforschen der Naturgesetze

³ All das ist nicht nur aus geschichtliche Aspekte interessant, sondern es tangiert auch unsere Gegenwart, wie wir das auch Ende der Achtziger, Anfang der Neunziger in Ost-Europa beobachten konnten. Daß geplante gesellschaftliche nderungen mit Hilfe des Rechtes in einer stabilisierten Weise realisiert werden können, darauf hat Schäfers (1996:188-189) -- in Zusammenhang mit den Umwandlungen in der ehemaligen DDR -- hingewiesen. Dort sind nämlich nach der Vereinigung eine rechtlich fundierte Transformation zu institutionelle Veränderungen geführt. Gerade aus diesem Grund hält Schäfers die Zeit reif für die Wiedererweckung der vergessenen Institutionstheorie Schelskys.

schon mit der technischen Herstellbarkeit und mit der Manipulation der Natur verknüpft.

In den vergangenen Jahrtausenden wurde Natur als "unberührt" und als "wild" angesehen, sie war irgendetwas, die für sich ihre eigene Ordnung schuf. In der Modernität, also im Zeitalter der "technischen Reproduzierbarkeit der Natur" ist die Grenzlinie zwischen dem "Natürlichen" und dem "Künstlichen" verschwommen, und die Bezugnahme auf die Natur hat ihre Eindeutigkeit eingebüßt. Als Folge der Manipulationsmöglichkeiten hat sich das Vertrauen zur Natur langsam verflüchtigt, und fortan wurde sie nicht nur von der Gesellschaft, sondern auch von der Wissenschaft grundsätzlich anders betrachtet: Sie galt nicht mehr eine vom Mensch unabhängige Gegebenheit, sondern eine, die von des Betrachters Perspektive unzertrennbar ist. Und diese "Natur" konnte nicht mehr als Fundament für die Vorstellung der unveränderten Gesellschaft dienen.

Alle Entwicklungstheorien, die die Grundcharakteristika der Gesellschaften beschrieben, haben sich bis zum ersten Drittel des zwanzigsten Jahrhunderts ganz spektakulär mit der Problematik des Rechtes verflochten. Nehmen wir zum Beispiel Durkheim, der bei seinen geschichtlichen Untersuchungen den Übergangsprozess aus der religiösen Normativität in die rechtliche Normativität, mit anderen Worten "die Verrechtlichung des Heiligen" hervorhob.⁴ Oder nehmen wir die Weber'sche Handlungstheorie, wo die Thematisierung des Rechtes an die Problematik der rationellen Handlung und an die Erforschung der Entstehung moderner Gesellschaften verknüpft war. Nach den Dreißigern hat dann eine neue Anschauung an Boden gewonnen -- vor allem in den phänomenologisch beeinflussten Strömungen --, und zwar die, die Gesellschaftlichkeit an eine intersubjektive Einfühlung knüpfte, und in der nicht mehr viel Raum für die normative Struktur der Gesellschaft übrigblieb.

Diese "rechtsfreie" Periode der Gesellschaftstheorie dauerte allerdings nicht sehr lange. In den Jahrzehnten der Nachkriegszeit kamen wieder die Bestrebungen zum Vorschein, die es aus gesellschaftstheoretischen Gesichtspunkten für wichtig hielten, die Sphäre des Rechtes zu untersuchen. Der Zeitordnung nach muß ich mich hier erstmals an die Arbeit von Parsons beziehen. Sein Lebenswerk war eng mit dem deutschen intellektuellen Traditionen verbunden, was für amerikanische Verhältnisse eigentlich recht ungewöhnlich war. Es ist ebenfalls auffallend, daß dieses Werk, wirkungsgeschichtlich gesehen, eine starke Rückkopplung zum deutschen geistigen Leben fand, indem es eine grundlegende Wirkung auf deutsche Gesellschaftstheorien der Nachkriegszeit ausübte (Schelsky, Luhmann, Münch, Habermas)

Bei Parsons (1962) ist Recht einer der gesellschaftlichen Kontrollmechanismen, übt Einfluß -- in einer diffusen Weise -- praktisch auf alle Bereiche der Gesellschaft aus, und erfüllt dadurch seine grundsätzliche Funktion: nämlich die der gesellschaftlichen Integration. Parsons sah sich jedoch mit einem

⁴ Wie Durkheim die Verschiebung des Rechtes von den sakralen Grundlagen sah, das wird von Gephart gründlich analysiert, 1993:321-419.

unauflösbaren Widerspruch konfrontiert: wenn er Recht als eigenständiges, abgesondertes System betrachtete, war er nicht imstande die Ganzheit des Rechtes zu thematisieren. Wenn er aber sich mit der Beschreibung des Rechtes als Ganzheit versucht hat, dann mußte er eben das Recht sozusagen "zerlegen", und zwar entlang der Gliederungslinien der verschiedenen gesellschaftlichen Sphären (so wie Ethik, Politik, Wirtschaft, etc.). Münch -- einer der orthodoxesten Anhänger Parsons unter den Deutschen -- löste dieses Dilemma indem er sofort beim Ausgangspunkt die übergreifende "Interpenetration" der verschiedenen Teilsystemen -- das heißt, die gegenseitige Aufeinanderbeziehung der "zerlegten" Teile -- festlegte.

Die gesellschaftstheoretischen und rechtssoziologischen Studien Schelskys (1980) folgten dann die selbe Richtung, allerdings mit dem gewichtigen Unterschied, daß Schelsky programmartig deklarierte: Recht ist nicht einfach Gegenstand einer Fachsoziologie (nämlich der Rechtssoziologie), sondern es ist die soziologische Institutionstheorie, oder gar die Theorie der Sozialität, und kann ohne die Thematisierung des Rechtes nicht beschrieben werden, weil das Recht in Hinsicht auf die strukturellen Gesetzmäßigkeiten der Gesellschaft von grundlegender Bedeutung ist. Nach Schelskys Ansicht war es Funktion des Rechtes gesellschaftliche Änderungen zu steuern und zu stabilisieren. "Recht wirkt nicht nur konfliktlösend, sondern primär wahrscheinlich konfliktverhütend" (Schelsky, 1980:77). Wie wir sehen, Recht ist bei Schelsky ein besonders wichtiges Thema der Gesellschaftstheorie. Das wissend, können wir uns nicht wundern, daß er die anderen deutschen gesellschaftstheoretischen Bestrebungen (Gehlen, Dahrendorf, Habermas) gerade darum so oft wegen ihrer Einseitigkeit tadelte, weil sie das Thema des Rechtes vernachlässigten. Er rügte auch Luhmann, der sich in der Begriffswelt der Systemtheorie bewegte, und Recht zwar immer in den Vordergrund seiner gesellschaftstheoretischen Forschungen stellte, jedoch -- wie Schelsky meinte -- das Recht bloß als Integrator sozialer Systeme betrachtete, und damit die freiheitsschützende Funktion des Rechtes außer Acht ließ (Schelsky, 1980:77-94).

Diese kritischen Bemerkungen betrafen die in den sechziger und siebziger Jahre publizierten Werke von Habermas und Luhmann. In der darauf folgenden Periode haben diese beiden Autoren wichtige Arbeiten veröffentlicht, die gerade die gesellschaftstheoretische Thematisierung des Rechtes betrafen. Zu den luhmannschen Betrachtungen werde ich noch in Detail zurückkehren, aber bezüglich Habermas, möchte ich hier ganz kurz eine Bemerkung machen. In seinen Büchern, die ab Anfang der Achtziger veröffentlicht wurden, nahm die Auslegung des Rechtes einen immer wichtigeren Platz ein, und innerhalb dieses grundsätzlichen Konzeptionswechsels wurden zwei verschiedene theoretische Alternativen hervorgehoben.

Zwischen dem gesellschaftstheoretischen Grundriß vom 1981 ("*Theorie des kommunikativen Handelns*") und der aus dem Jahre 1992 stammenden rechtsphilosophischen Arbeit ("*Faktizität und Geltung*") kann man eine

bedeutende Verschiebung der Akzente beobachten. In der *"Theorie des kommunikativen Handelns"* verbindet Habermas das Recht grundsätzlich zum System, und behandelt es als einen Kolonialisator der Lebenswelt. In diesem Zusammenhang hieß Recht das positive Recht, also jenes Medium des unpersönlichen Funktionierens des Systems, wodurch die Verrechtlichung der Gesellschaft zustandekommt. In der rechtsphilosophischen Publikation von 1992 wird das in der Lebenswelt entstehende Recht, das heißt, die in der herrschaftslosen Kommunikation auftretende gemeinsame Wille in den Mittelpunkt gesetzt. In seinen Diskurstheoretischen Betrachtungen hat Habermas einerseits die ethische und rechtliche Normativität klar abgegrenzt, andererseits bekam die Analyse der deliberativen Grundrechte eine Schlüsselrolle. Drittens aber entstand da eine unauflösbare Spannung. Und das heißt: Habermas gelang es nicht in seiner gesellschaftstheoretischen Rechtsauffassung das Recht einheitlich zu thematisieren. Recht hat nämlich in zwei Teile auseinandergefallen, die einander gegenüber nicht vermittelbar waren. Der eine Teil war das *"positive"* Recht des Systems, und der andere Teil war das *"diskursive"* Recht der Lebenswelt.

Am Ende dieses kurzen theoriegeschichtlichen Rückblicks möchte ich an die Gerechtigkeitstheorie von Rawls hinweisen. Sie war jene einflußreichste Theorie der siebziger Jahre, die gerade in ihrem Grundbegriff (in der Gerechtigkeit) die gesellschaftstheoretische und die (natur)rechtliche Tradition miteinander verband. Rawls nahm die folgenden Theorien als Ausgangspunkt für die Definition dessen, wie eine gerechte Gesellschaft funktioniert:

1. (*konstruktives Prinzip*) "Jede Person hat ein gleiches Recht auf ein völlig adäquates System gleicher Grundfreiheiten, das mit dem entsprechenden System von Freiheiten für alle vereinbar ist."
2. (*regulatives Prinzip*) "Gesellschaftliche und ökonomische Ungleichheiten müssen zwei Bedingungen genügen: erstens müssen sie mit Ämtern und Positionen verbunden sein, die allen unter Bedingungen fairer Chancengleichheit offenstehen, und zweitens müssen sie den größten Vorteil für die am wenigsten begünstigten Mitglieder der Gesellschaft bringen." (Horster, 1995:175)

II.

Im zweiten Teil meines Vortrages möchte ich -- auf eine konkrete Theorie stützend -- einige Gedanken über die gesellschaftstheoretische Thematisierung des Rechtes formulieren. Diese Theorie wurde von Niklas Luhmann ausgearbeitet.

In Luhmanns wissenschaftlicher Laufbahn hat von Anfang an das Interpretieren des Rechtes eine wichtige Rolle gespielt. Schon in seiner systematisierender Arbeit von 1972, in der *"Rechtssoziologie"* (Luhmann, 1972/1983) hat er angedeutet, daß seine Darstellungen in erster Linie gesellschaftstheoretische Perspektiven haben. Jedoch war die dazu nötige

Begrifflichkeit damals noch nicht ausreichend elaboriert. Gerade darum haben viele Leser diese Arbeit -- auf Grund des Titels -- für eine rechtssoziologische (fachsoziologische) Studie gehalten. Seine späteren Studien und Monographien haben aber schon eindeutig die Rahmen der Rechtssoziologie gesprengt. Warum Luhmann trotzdem das Recht als herausragendes Thema des Bereichs Gesellschaftstheorie betrachtete? Da steckt eine richtig gravierende theoretische Überlegung im Hintergrund.

In den siebziger Jahren hat er die funktionell differenzierte Gesellschaft als solche betrachtet (Luhmann, 1981: 374-384), die *eine* zentrale Rationalität haben, nämlich *die Wirtschaft*. In diesem theoretischen Rahmen war die Geschichte der Entstehung der modernen Gesellschaft ganz einfach damit charakterisiert, daß Wirtschaft die führende Rolle von der Politik übernahm.⁵ Später jedoch wurde die funktionell differenzierte moderne Gesellschaft -- vor allem nach der Erscheinung der "*Sozialen Systeme*" (1984) -- als *azentrische* Gesellschaft dargestellt, das heißt als Gesellschaftsstruktur, in dem keines der Subsysteme eine herausragende Funktion hat. Wenn alle Teilsysteme (Politik, Wissenschaft, Wirtschaft, Recht, Kunst, etc.) gleichermaßen wichtig sind, womit kann man diese rege Interesse für das Recht erklären?

Bevor ich diese Frage beantworte, muß ich feststellen, daß die Theorien keine Spiegelbilder der Realität sind, und wenn die untersuchte Realität keine hierarchische Struktur hat, daraus ergibt sich noch lange nicht die Folgerung, daß die theoretische Beschreibung, und deren Begriffssystem frei von jeder Hierarchie wäre. Alle Theorien müssen nämlich irgendwo einen Ausgangspunkt haben. Dies ist in der *Grundbegrifflichkeit* verankert, wovon ausgehend die weiteren Begriffe abgeleitet werden. Die Begriffsordnung der Theorien ist hierarchisch -- ausgenommen die Autoren, die sich der postmodernen Nach-Belieben-Grundlage bedienen, aber Luhmann gehört nicht zu dieser Kategorie. Bei Luhmann bekommt die Rechtsanalyse nicht in der Realität der modernen *Gesellschaft*, sondern in dem *gesellschaftstheoretischen* Bauwerk eine wichtige Rolle. Die Frage lautet weiterhin: warum?

An dieser Stelle habe ich keine Zeit die luhmannsche Sozialitätstheorie in Detail zu untersuchen. Ich möchte nur auf einen Grundbegriff, auf den Begriff der Erwartung eingehen. Alle Handlungen und Erlebnisse der Individuen werden durch die Erwartungen harmonisiert, die einander gegenüber gestellt werden. Luhmann unterscheidete zwei Typen von Erwartungen. Die *normativen*, das sind die Erwartungen, die auch im Falle einer Enttäuschung (Nichterfüllung der Erwartung) aufrechterhalten werden. *Kognitive* Erwartungen dagegen werden -- auf Grund der aus den Erwartungen hervorrührenden Enttäuschungen -- geändert. Recht gehört zum Kreis der normativen Erwartungen, das heißt, es ist eine

⁵ Luhmann hielt die Wirtschaft für äußerst wichtig. So meinte er z.B., daß man gegen die Rückkehr des Nationalsozialismus nicht das Naturrecht wiederherstellen braucht -- wie das in jenen Zeiten von den meisten politischen und rechtspolitischen Debatten zu hören war --, sondern statt dessen sollte man das gesellschaftliche Gewicht der Wirtschaftsfragen besser in den Vordergrund schieben.

Erwartung, die den Fakten gegenüber ("kontrafaktuell") stabilisiert wird. Kein Recht kann es garantieren, daß unsere rechtlichen Erwartungen niemals enttäuscht werden, aber Recht garantiert es, daß unsere Erwartungen trotz Enttäuschungen aufrechterhalten bleiben.

Da Erwartungen so eine grundlegende Rolle spielen, bilden kognitive und normative Erwartungen den zentralen Objekt der gesellschaftstheoretischen Untersuchungen. Konkreter heißt das: das *Recht*, das Normativität aufzeigt, ist die *Wissenschaft*, die der Kognitivität (der aus den Täuschungen stammenden Lernfähigkeit) am klarsten Ausdruck verleiht. Selbstverständlich existiert Kognitivität außerhalb der Wissenschaft, und Normativität außerhalb des Rechtes, aber da die erwähnten Teilsysteme auf diese Erwartungen spezialisiert sind, kann man Kognitivität und Normativität hier in ihrer klarster Form beobachten. Jetzt ist es wohl klar, warum für Luhmann Wissenschaft und Recht so interessant sind.⁶ Da ich meine Aufmerksamkeit vor allem auf rechtliche Fragen richte, werde ich mich in diesem Zusammenhang auch nur auf die Problematik des Rechtes konzentrieren.

Es ist also klar geworden, warum für die Gesellschaftstheorie die Frage des Rechtes so wichtig ist, es bedarf jedoch weiterer Erklärung, in welchem Zusammenhang Recht in der luhmannschen Theorieperspektive erschien.

Um diese Frage zu beantworten, müssen wir eine allgemeinere Problematik unter die Lupe nehmen: in Luhmanns theoretischer Überzeugung können Reflexionstheorien der verschiedenen Gesellschaftssysteme niemals getrennt, sondern nur im Kontext einer allgemeinen Gesellschaftstheorie dargelegt werden. Er hat Begriffe benutzt (Evolution, Selbstbeschreibung, strukturelle Beziehung, operationelle Geschlossenheit, Kodierung/Programmierung), die bei der Untersuchung jedes einzelnen Funktionssystems benutzbar sind. Das hat den Vorteil, daß Funktionssysteme, dank der gemeinsamen Begrifflichkeit, leichter zu vergleichen sind.

Dies bedeutet also, daß bei der Rechtsanalyse werden nicht nur rechtsbezogene Eigenschaften in den Vordergrund gestellt, sondern -- ganz im Gegenteil -- genau diejenige Charakteristika, die Recht als Subsystem der *Gesellschaft* beschreiben.⁷ Darum können wir feststellen, daß Luhmanns Werke in erster Linie als gesellschaftstheoretische Analysen verstanden werden können, und erst im zweiten Gerade zu rechtstheoretischen und rechtssoziologischen Debatten beitragen. Das wird, nebenbei gemerkt, auch schon im Titel seines 1993 publizierten Buches ausgedrückt: "*Das Recht der Gesellschaft*".⁸

⁶ "Kein System kann über längere Zeit hinweg kognitive, bzw. normative Erwartungen handhaben, ohne daß Wissen, bzw. Recht anfällt." (Luhmann, 1984:451)

⁷ Dasselbe ist charakteristisch für Luhmanns Kunst- Wirtschafts- und Wissenschaftsanalysen.

⁸ Bei Gephart (1993:97), der den Zusammenhang von Gesellschaftstheorie und Recht in einer Monographie eingehend analysierte, lesen wir folgendes: "die Rechtssoziologie von Niklas Luhmann steht unter dem ausdrücklichen Anspruch, Recht aus der Perspektive von Gesellschaftstheorie soziologisch zu rekonstruieren". Diese herausragende Rolle des Rechtes wurde von Münch (1976) in der gesellschaftstheoretischen Analyse in Zweifel gezogen, und hat als "Panjurismus" bezeichnet.

Die *"Rechtssoziologie"* vom 1972, und *"Das Recht der Gesellschaft"* vom 1993, aber auch ein Großteil der inzwischen erschienenen Publikationen zeigen, daß für Luhmann die Frage der Rechtsanalyse ununterbrochen auf dem Tagesordnung stand. Diese Kontinuität bedeutet jedoch nicht, daß er die gesellschaftliche Funktion des Rechtes immer in der selben Weise betrachtete. Der arglose Leser kann durchaus falsche Schlüsse ziehen, da Luhmann nahm bei der Erörterung konkreter Fragen des öfteren, und ohne irgendweche begrenzende Bemerkungen auf die *"Rechtssoziologie"* Bezug. Und das kann natürlich durchaus den Eindruck der Kontinuität erwecken. Das ist jedoch nicht der Fall. Ich muß zwischen den Konzepten der zwei erwähnten Bücher unbedingt eine klare Grenzlinie ziehen. *"Rechtssoziologie"* betrachtet Recht als wichtiger Verursacher der soziologischen Änderungen in der Gesellschaft, als Instrumentarium, womit geordnete gesellschaftliche Änderungen herbeigeführt werden können. Das andere Buch dagegen, das 1993 erschien, meint, Recht ist *"das Immunsystem der Gesellschaft"*, das die Gesellschaft gegen Risiken der offenen Zukunft schützt. (Luhmann, 1993:565). Die Betonung wurde also von der Aktivität auf die Selbstverteidigung verschoben. Die Erklärung dafür ist, daß Luhmann immer skeptischer die Frage anging, ob man eine Gesellschaft bewußt ändern, bzw. planen kann.

Nach dieser allgemeinen Beschreibung gesellschaftstheoretischer und luhmannscher Rechtsauffassung möchte ich zum Schluß zwei miteinander eng verbundenen konkreten Fragen erörtern. Diese Fragen sind: das Problem des Fundierens, Kod und Programm des Rechtes, die Positivität des Rechtes.

1) *Über das Fundieren des Rechtes*

Erinnern wir uns: im Zusammenhang der Erwartungen erschien Recht in dieser, von uns untersuchten Theorie als normative Erwartung. In der Gesellschaft aber können sich Erwartungen auch auf andere Erwartungen beziehen. Das heißt -- in den Worten von Luhmann -- Sozialität bedeutet das Netzwerk von Erwartungen der Erwartungen. Und wenn es so ist, kann die Unterscheidung "normativ/kognitiv" auch auf diese Verdoppelung der Erwartungen beziehen. Im rechtlichen Zusammenhang bedeutet das soviel, daß den normativen Erwartungen des Rechtes gegenüber können sowohl normative, als auch kognitive Erwartungen gestellt werden.

Die normativen Erwartungen des Rechtes stützen sich oft auf andere normativen Erwartungen, die als politische oder ethische Anforderungen, bzw. Werte erscheinen.⁹ Denken wir dabei nur an den Rechtsschaffenden, der kaum Gesetze schaffen könnte, wenn es eine Ansammlung von normativen Erwartungen außerhalb des Rechtes nicht gäbe. Seine Situation ist mit der jenes Richters vergleichbar, der sich unter anderem *auch* auf jene vorhandenen gesellschaftlichen Wert- und Normenvorstellungen stützen muß, die nicht unbedingt die Gestalt des Rechtes annehmen.

⁹ "Das Recht stammt nicht aus der Feder des Gesetzgebers." (Luhmann, 1981:123)

Und hier stoßen wir auf ein altes Problem der Rechtsphilosophie, und zwar: wie Recht außerhalb des Rechtes (Ethik, Naturrecht) fundiert wird. Wenn wir nämlich behaupten, daß die normativen Erwartungen des Rechtes sich auf gewisse normative Erwartungen stützen, die das Bereich des Rechtes überschreiten, begeben wir uns in die Nähe des Standpunktes des *naturrechtlichen* Fundierens. Bei Luhmann ist das jedoch nicht der Fall. Sein Standpunkt war eindeutig, er meinte, daß modernes Recht sich *auf sich selbst* fundiert. Der Autopoiesis des Rechtes heißt, daß rechtliche Normen im Netz bereits vorhandener rechtlicher Normen zustande kommen. Die Verursacher der Normenänderungen sind zwar Fakten von "außerhalb", aber die Fakten selbst ändern keine rechtlichen Normen. Nur Recht kann das Recht verändern.

Damit ist aber die Frage nicht verwechselbar, was *der außenstehende* Beobachter (z.B. ein Gesellschaftsforscher, der das Recht untersucht) des Rechtes sieht. Dieser Beobachter sieht auch das, was das Rechtssystem nicht sehen kann, also das, was im Rechtssystem latent bleibt, und kann feststellen, daß hinter den rechtlichen Normativitäten sich außerrechtliche Normen verbergen. Die Erwartungen dieser normativen Erwartungen (kurz: die Werte) liegen jedoch nicht selten ziemlich weit weg von der rechtlichen Formwelt, oder stehen gar dem Recht entgegen. Wie Luhmann das ganz lapidar feststellte (1993:556): "Recht oder Unrecht -- Humanität zählt".

2) *Kode und Programm*

In seiner gesellschaftstheoretischen Beschreibung hat Luhmann die Differenzierung der gesellschaftlichen Teilsysteme in den Vordergrund gestellt. Die verschiedenen Teilsysteme haben jeweils eine gesellschaftliche Funktion erfüllt, und haben sich dabei auf bestimmte Ereignisaufarbeitungsschemen stützt. Dieses Schema -- von Luhmann "Kode" genannt -- ist im Falle des Rechtes die Unterscheidung "Recht -- Unrecht". Das Wort Kode drückt die Geschlossenheit des Systems, und dadurch die Zuverlässigkeit des Rechtssystems aus. Die Frage ist jedoch, auf welchem Grund es festgestellt wird, welche Handlungen "rechtmäßig", und welche "unrechtmäßig" sind. Kurzgefaßt: was läßt die Kode des Rechtes funktionieren? Luhmanns Antwort: die Gesamtheit der aktuell gültigen Rechtsvorschriften. Diese Gesamtheit nennt er *Programm*. Die gültigen Rechtsvorschriften können sich ändern, und dadurch ändert sich auch der Inhalt des konkreten Gebrauchs von "Recht -- Unrecht", aber die Änderung betrifft den Kode nicht, da Recht immer *diesen* Kode benutzt.

Was bringt das für einen Vorteil in der Analyse, wenn wir -- Luhmann folgend -- das Recht mit den Kategorien Kode und Programm begreifen? Einer der Vorteile ist es, daß wir Stabilität und Unveränderbarkeit (das wird vom Kode beschrieben), bzw. Offenheit und Lernfähigkeit (das wird von dem Programm beschrieben) des Rechtssystems gleichzeitig problematisieren können.

3) Die Positivität des Rechtes

Luhmann hat schon 1970 eine längere Studie der Positivität des Rechtes gewidmet, in der er seinen Standpunkt wie folgt definiert: "Unter der Bezeichnung 'Positivität des Rechtes' soll das Problem erörtert werden, ob und wie eine Gesellschaft auf der Ebene ihrer Normen *strukturelle Variabilität* erreichen und sicherstellen kann. Dabei geht es nicht um die Frage, ob und in welchen Grenzen positives Recht durch 'höheres', überpositives Recht begründbar ist und dank solcher Begründung Rechtscharakter hat" (Luhmann, 1981:113).

Die Positivität des Rechtes stammt aus dem Rechtsleben der modernen Gesellschaft. Das kann man nicht vereinfachen, und darauf reduzieren, daß das Bauwerk des Naturrechtes zerfallen ist. Eher geht es hier darum, daß die Funktion des Rechtes -- das hier als Erwartungsstruktur betrachtet wird -- sich geändert hat. Luhmann sagt, daß manche europäische politische Systeme Mitte des 19. Jahrhunderts den Umstand der Positivität erreichten. Erst dann kam es dazu, daß das Recht nicht mehr auf die Ordnung der Natur -- das heißt die Umgebung des Gesellschaftssystems -- fundiert wurde, sondern auf das Gesellschaftssystem selbst. Da Natur ihre traditionelle Rolle als normative Instanz verlor, Luhmann hielt es nicht für adäquat, Naturrecht wiedererwecken zu versuchen. Andererseits sollte man unterstreichen, daß diese Auffassung -- anders als der klassische rechtspositivistische Standpunkt -- das Rechtssystem in enger Verknüpfung mit der Gesellschaft analysierte. Das Recht ist ein abgesondertes Subsystem *in der Gesellschaft*. Und in dieser Thesen wird nicht nur die Abgesondertheit, sondern auch die Existenz *in der* Gesellschaft betont (Horster, 1995:184-188).

Die Thesen der Positivität des Rechtes bringt die Überzeugung zum Ausdruck, daß das Recht der modernen Gesellschaft lernfähig ist, und bereit zur jeglichen \square nderung. Dieses Recht bedeutet aber keine Gefahr für die Stabilität, da alle rechtlichen \square nderungen nur in einer vom Recht geordneten Weise vor sich gehen können. Die eventuelle \square nderung des Rechtes macht die Zukunft riskant. Das Recht ist nicht die Welt der Unveränderlichkeit, aber wer sich auf das Recht stützt, der kann dem Widerstand und den Enttäuschungen gegenüber mit Untertstützung rechnen.

In dieser Auffassung bezieht sich der Begriff der Gerechtigkeit nicht auf Handlungen und Entscheidungen, sondern auf das System selbst, bzw. auf die Selektionen des Systems. Konkret erschien sie als adäquate Komplexität des Rechtssystems. "Adäquate Komplexität" ist kein Synonym für die "richtige" Komplexität, sie drückt bloß aus, daß das System nur in dem Maße komplex ist, in dem es konsistente Entscheidungen treffen kann; es bürgt also dafür, daß gleiche Fälle in der gleichen Weise, ungleiche Fälle nicht in der gleichen Weise entschieden werden.¹⁰ Gephard meint, daß das lumannsche Gerechtigkeitskonzept

¹⁰ In diesem Zusammenhang hat Seelmann (1994:132-134) beachtenswerte Bemerkungen gemacht. In seiner Sicht ist die lumann'sche Gerechtigkeitsdeutung nicht anderes, als das, was man im rechtlichen Fachliteratur *Rechtssicherheit* nennt. Genauer gesagt: Luhmann hat den traditionelle einheitlichen Begriff der Rechtssicherheit in zwei Aspekte gespalten: "Gerechtigkeit" und "Rechtssicherheit".

kann in die Form des "geschichtlich gültigen Naturrechts" umgewandelt werden. *"Dieser Versuch, die Alternative von 'Naturrecht oder Rechtspositivismus' aufzulösen, indem der juristische Begriff der 'Positivität' soziologisch gefasst und 'Gerechtigkeit' aus dem Reich der letzten Werte in die Welt des Sozialen Lebens geholt wird"* (Gephart, 1993:118-120).

Literatur

- Balogh I. – Karácsony A.* (2000): Német társadalomelméletek (Deutsche Gesellschaftstheorien). Budapest, Balassi
- Evers, A. - Nowotny, H.* (1987): Über den Umgang mit Unsicherheit. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Gephart, W.* (1993): Gesellschaftstheorie und Recht. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Habermas, J.* (1981): Theorie des Kommunikativen Handelns. 1-2. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Habermas, J.* (1992): Faktizität und Geltung. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Horster, D.* (1995): "Der Apfel fällt nicht weit vom Stamm". Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Koselleck, R.* (1979): Vergangene Zukunft. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Luhmann, N.* (1972/1983): Rechtssoziologie. Opladen, Westdeutscher Verlag
- Luhmann, N.* (1981) Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Luhmann, N.* (1984): Soziale Systeme. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Luhmann, N.* (1993): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Luhmann, N.* (1995): Die Kunst der Gesellschaft. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Luhmann, N.* (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Münch, R.* (1976): Legitimität und politische Macht. Opladen, Westdeutscher Verlag
- Parsons, T.* (1962): The Law and Social Control. in: Evan, W. M. (ed.): Law and Sociology. Glencoe
- Peters, B.* (1991): Rationalität, Recht und Gesellschaft. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag
- Schäfers, B.* (1996): Soziologie und Gesellschaftsentwicklung. Opladen, Leske+Budrich Verlag
- Schelsky, H.* (1980): Die Soziologen und das Recht. Opladen, Westdeutscher Verlag
- Schüle, J. A.* (1987): Theorie der Institution. Eine Entwicklungsgeschichte und konzeptionelle Analyse. Opladen, Westdeutscher Verlag
- Seelmann, K.* (1994): Rechtsphilosophie. München, Beck Verlag
- Strauss, L.* (1977): Naturrecht und Geschichte. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag

Keszthelyi Balázs

A büntető jogegységi határozatok jogértelmezése

Az utóbbi években a hazai jogtudományokban is egyre nagyobb figyelmet kap a bírói jogértelmezés gyakorlata. Több írás is foglalkozik a magyar bíróságok – különös tekintettel a bírói hierarchiát meghatározó felsőbíróságokra – jogértelmezési alapjaira, melyek dominálnak, és amik teljesen hiányoznak.(Dudás 1997. ; Pokol 1999, 1999 b). E dolgozat ehhez kíván további adalékkal szolgálni a Legfelsőbb Bíróság büntető jogegységi határozatainak elemzésével.

A jogegységi határozat a Legfelsőbb Bíróság egyik döntési formája, melyről az alkotmány rendelkezik („A legfelsőbb Bíróság biztosítja a bíróságok jogalkalmazásának egységét, jogegységi határozatai a bíróságokra kötelezőek.”[az alkotmány 47. §-ának (2) bekezdése]). Ez alkotmányi rendelkezés 1997. október 1-én lépett hatályba, és eddig az időpontig az írott jog szintjén a legfőbb bírói fórum két másik döntési formája, az irányelv és az elvi döntés volt kötelező a bíróságokra. Az e formákban megjelent normatív iránymutatásokat a bírák kötelesek voltak a releváns törvényhelyek kereteiben felmerülő jogi dilemmák eldöntésénél figyelembe venni és ezek szerint eldönteni ezeket. (Pokol 2000)

A hatályosulás óta eltelt rövid időszak és az ezalatt megjelent büntető jogegységi határozatok csekély száma – mindössze tíz született két és fél év alatt – nem teszi lehetővé messzemenő következtetések levonását. Ennek ellenére a Legfelsőbb Bíróság által a bírói hierarchiára gyakorolt erőteljes befolyás miatt, a határozatok jogértelmezési elterjedése, hosszabb távon kihatással lehet az alsóbb bíróságok döntési gyakorlatára.

A jobb megértés és a jogegységi határozatok egyediségével szemléltethetőség miatt bevontuk a vizsgálatainkba a Bírósági Határozatokban közölt eseti döntéseket is. Ennek alapját a Legfelsőbb Bíróság által az utóbbi tíz évben hozott Büntető Kollégiumi határozataiból kiválogatott döntések képezik.

Az összehasonlítás elvégzéséhez a bírák rendelkezésre álló tizenkét lehetséges jogértelmezés út adta az alapot (Pokol 1999 a). Ennek segítségével kíséreljük meg bemutatni, hogy mennyivel

jobban élnek döntési szabadságukkal a bírúk, egyre komplexebb, több jogértelmezési alapú ítéletekkel a jogegységi határozatok normatív iránymutatásaiban, mint az eseti döntésekben.

A nyelvtani- szószerinti értelmezés

Ez az értelmezési mód, mely nagy hangsúlyt kap a felsőbbbíróági gyakorlatban, a jogegységi döntések kiinduló alapját képezik (kettő kivételével) minden esetben. A '60-as, '70-es évek szövegpozitivizmusának hatása tehát még a jogértelmezési utak kibővülése után is erőteljesen érződik, azzal a fontos különbséggel, hogy míg az eseti döntések egy negyedében nem lépik túl a nyelvtani értelmezést, addig a jogegységi határozatoknál ez kivétel nélkül csak a kiinduló alapot jelenti, melyet minden esetben további értelmezések követik.

Jól példázza ezt a 2/1998. BJE számú határozat, melyben a Legfelsőbb Bíróság büntető jogegységi tanácsának abban a kérdésben kellett állástfoglalnia : kifosztásnak vagy lopásnak minősül-e a cselekmény, ha az elkövető a sértettet megöli, majd ezt követően az értéktárgyait eltulajdonítja. Az indoklás rögtön leszögezi: a Btk. 322.§-ának (1) bekezdése b, pontja szerint a kifosztást az valósítja meg, „ aki idegen dolgot jogtalan eltulajdonítás végett az általa más bűncselekmény elkövetése során alkalmazott erőszak avagy élet vagy testi épség elleni közvetlen fenyegetés hatása alatt álló személytől vesz el”. Ezzel összefonódva jelenik meg a dogmatikai értelmezés, mely szerint a dolog elvitele csupán másodlagos feltétele a kifosztásnak, elsődlegesen a passzív alany sérelmére elkövetett erőszak ill. fenyegetésnek kell megvalósulnia. Ennek alátámasztására hivatkozik még a jogalkotó akaratára (miniszteri indoklás), a kialakult ítélkezési gyakorlatra ill. különböző precedensekre (kollégiumi állásfoglalás, BH-döntésre hivatkozik).

Ugyanebben a témában az eseti döntések fele már a nyelvtani–szószerinti értelmezésnél megáll, és nem szakad el jobban a szövegtől. Erre példa a BH 1998/323. számon közreadott büntetőjogi eset. A vádlottat az elsőfokú bíróság kétféle rablás büntetében mondta ki bűnösnek, a Legfelsőbb Bíróság felülvizsgálati eljárásában tévesnek minősítette az ítéletet, mivel az egyik esetben nem volt bizonyítható, hogy a bántalmazás a sértett értékének megszerzésére irányult. „Erre tekintettel a Legfelsőbb Bíróság az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatta és a vádlott cselekményét a Btk. 322.§-a (1) bekezdésének b, pontjában foglalt kifosztás büntetéként minősítette. A nyelvtani-szószerinti értelmezésen túli értelmezésmódot alkalmazó döntések (az esetek fele) viszont, csak a bírói gyakorlatra ill. precedensre hivatkozó értelmezési módot alkalmazták. (Lásd ehhez 1997/324; 1997/426; 1998/155)

Joglogikai maximák alapján való értelmezés

A tíz büntető jogegységi határozatból háromban találunk joglogikai formulák segítségével végrehajtott jogértelmezést. Ami a látszat ellenére igen nagy arány, ugyanis ez a jogértelmezési út teljesen hiányzik a felsőbb bírósági joggyakorlatból (Sem a dolgozat írója, sem más szerző [Pokol 1999. B] nem talált egyetlen joglogikai értelmezést sem). A jogegységi határozatok tehát úttörőnek számítanak Magyarországon ennek a formulának alkalmazásával és kötelező erejüknél fogva pedig feltehetően hatással lesznek/befolyásolni fogják az egész bírói hierarchiát.

Nézzünk egy példát a joglogikai maximák alapján való értelmezésre. A 6/1998. BJE számú büntető jogegységi határozat indítványozója a legfőbb ügyész volt, aki szerint a bírói gyakorlat a közlekedési bűncselekmények körében megosztott, nincs kialakult joggyakorlat, hogy a KRESZ 28. §-a (2) bekezdésének b, pontjában szabályozott elsőbbség adási kötelezettség vagy pedig a KRESZ 26.§-a (1) bekezdése a, pontjának IV. tételében előírt sebesség korlátozás érvényesüljön elsődlegesen. A büntető jogegységi tanács a *lex specialis derogat legi generalis* érvet alkalmazva az előbbi mellett döntött. „Elméletileg megalapozott és a bírói gyakorlatban is elkövetett értelmezési szabály, hogy a részletes rendelkezések, mint speciális normák alkalmazása megelőzi az általános szabály felhívását.”

Bírói gyakorlatra ill. precedensre hivatkozó értelmezés

Az ítélkezési gyakorlatra és a precedensre hivatkozó értelmezést együtt és külön-külön is szemügyre kell venni, mivel sokszor a bírói gyakorlatra hivatkozás megerősítéseként idézik meg a Legfelsőbb Bíróságnak a Bírósági Határozatokban közölt egy vagy több eseti döntését. Többször előfordul az is, hogy precedens megidézése nélkül utalnak a bírósági gyakorlatra, de az is, hogy egy BH-döntésre hivatkoznak a bírósági gyakorlatra utalás nélkül (Pokol 1999. b).

Együtt vizsgálva a két értelmezési utat elmondható, hogy minden büntető-jogegységi határozatban megtalálható valamelyik a kettő közül. Így tehát a leggyakoribb jogértelmezési módot jelentik az összes közül. Egy kivétellel, mindegyikben találunk gyakorlatra BH-döntésre hivatkozást, ítélkezési gyakorlatra hivatkozás pedig két határozatban fordul elő. A Legfelsőbb Bíróság eseti döntéseiben jóval ritkább a bírói gyakorlat és a precedensre hivatkozó értelmezés, viszont e döntési formában az ítélkezési gyakorlatra hivatkozások száma jóval meghaladja a precedensek számát. Ugyanakkor BH-döntésre hivatkozás önállóan, bírói gyakorlatra hivatkozás nélkül nem fordul elő.

Jól szemlélteti a bírói gyakorlatra hivatkozást a 2/1998 BJE számon közölt jogegységi döntés, melyben a felmerült jogi kérdés (lopásnak vagy kifosztásnak minősül az erőszak alkalmazása

után kialakult eltulajdonítási szándék) eldöntése kapcsán hivatkozott rá a Legfelsőbb Bíróság. „A Btk. 322.§-a (1) bekezdésének b, pontjával kapcsolatban kialakult ítélkezési gyakorlat egységesnek mondható, abban a kérdésben, hogy mindazokban az esetekben, amikor az erőszak vagy a fenyegetés alkalmazása önmagában is kimeríti valamely bűncselekmény törvényi tényállását, majd az elkövető az ezt elkövetően kialakult dologvételi szándék folytán tulajdonítja el a sértett ingóságát: valóságos (anyagi) bűnhalmazat megállapításának van helye.”

Precedensre hivatkozás, ítélkezési gyakorlatra való utalás nélkül a 6/1998. BJE számon közölt határozatban. A megoldandó jogi problémát a KRESZ ütköző paragrafusa (26§. és 28§) adta. A bíróság konkrét BH döntésekre hivatkozott („Hasonló álláspontot tükröznek a BH 1995/8-44 b., 1998/9-413. És az 1998/10-467. sz. eseti döntések.”) érvelésének alátámasztására.

A 4/1999. BJE számú döntésben pedig együtt jelenik meg a két értelmezési forma. A legfőbb ügyész indítványát a fiatalkorúak tanácsának összetételére vonatkozó törvényi rendelkezések megsértésével kapcsolatos egységes ítélkezési gyakorlat hiánya miatt nyújtotta be. Az indoklásban hivatkozott bírósági gyakorlat alátámasztására a jogegységi tanács konkrét BH-döntésre hivatkozott. „törtlen az ítélkezési gyakorlat arra nézve, hogy a fiatalkorú vádlott ügyében már a tárgyalás előkészítése során, illetve a kényszerintézkedések tárgyában is a fiatalkorúak tanácsával kell eljárnia. (BH. 1997/1-16. szám)”.

Eseti döntésre példa a BH 1998/155. számú büntető per. A Legfelsőbb Bíróság megalapozottnak találta az elsőfokú bíróság ítéletének jogi minősítését, melyben lopás helyett kifosztásban találta bűnösnek a vádlottat. „Következetes a Legfelsőbb Bíróság ítélkezési gyakorlat abban, hogy – az emberölés büntetével halmazatban – a kifosztás büntetének megállapítását teszi szükségessé az, ha az elkövető a sértett megölését követően nyomban a halál bekövetkezése után veszi el a sértett ingóságait [BH 1982/12-492, 1986/11-143. szám]”. A BH 1997/163 számú ítélet pedig a precedens megidézése nélkül bírósági gyakorlatra utalásra példa. A perben egy közlekedési baleset felelősségének megállapítása során tartotta szükségesnek a megyei bíróság kiemelni a következőket: „a KRESZ 25.§-ának (2) bekezdésére vonatkozó magyarázat – összhangban az ezzel kapcsolatban kialakult bírói gyakorlattal – hangsúlyozza azt a törvényi kitétel, hogy ez a kötelezettség („... a forgalmi viszonyok szerint lehetséges mértékben jobbra tartva kell közlekedni...”) csak az idézett szempontok figyelembevételével tartható be.”

Jogirodalmi értelmezés

A magyar felsőbb bírósági gyakorlatból teljesen hiányzik a jogirodalmi értelmezés egy-két Btk. Kommentárt leszámítva nem találunk egyetlen monográfiára vagy jogtudományi tanulmányra hivatkozást sem. Ennek ellenére a jogegységi határozatokban bevett gyakorlatnak számít, minden másodikban történik jogirodalmi értelmezés valamely jogi dilemma eldöntésénél. Mindemellett itt már nem csak Btk.-kommentárra, hanem jogtudományi tanulmányokra ill. monográfiákra is előfordul hivatkozás, méghozzá konkrét szerzők és művek említésével.

Nézzünk néhány példát jogirodalmi értelmezésre. A 5/1998. BJE számú határozatában a Legfelsőbb Bíróság kimondta, hogy a kábítószerrel való visszaélés akár azonos, akár különböző elkövetési magatartásait megvalósító részcselekmények természetes egysége alkotnak. Ennek alátámasztására idézte a jogirodalom álláspontját: „Természetes egységet alkotnak azok a bűncselekmények, amelyek elkövetési magatartása tartós vagy ismétlődő jellegű. Tartós bűncselekmény (vagy állapot-bűncselekmény) pl. a kábítószerrel visszaélés (282.§) »kábitószert tart« fordulata.” [Magyar Büntetőjog, Kommentár a gyakorlat számára, HVG ORAC 1995. 29. oldal c, pont].” E mellett idézi még A büntető törvénytar magyarázatát (Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó) és a Magyar büntetőjog Általános Rész-ét (BM Könyvkiadó). Az 1/1999. BJE jogegységi döntésben már monográfiára és jogtudományi tanulmányra is történik hivatkozás, a Btk. megváltoztatásának visszaható hatályának kérdésében. „A jogirodalom a visszaható hatály alkalmazását azokban az esetekben, amikor a keretjogszabályok változása folytán megszűnt a büntetőjogi védelem, elméletileg szükségesnek ítélte [Dr. Angyal Pál: A Magyar Büntetőjog Kézikönyve (Széchenyi Rt. Budapest, 1941) 18. Kötet, Árdragító visszaélések stb. 105-106. oldal] E mellett utalást találunk még több a jogi szakirodalomban az 1961-évi Btk. hatálybalépése után közzé tett ill. az 1978-évi Btk. hatálybalépése óta megjelent műre (konkrét szerzőkkel és művekkel), sőt még egy általánosabb „a jogtudomány egységes álláspontjára történő hivatkozás is szerepel a határozatban.

Jogdogmatikai értelmezés

A jogdogmatikai értelmezés sokszor a nyelvtani-szószerinti értelmezése összefonódva, arra ráépülve jelenik meg. Ez az értelmezési mód azonban már jobban elszakad a jogszöveg rendelkezéseitől (Pokol 1999. a). Különösen a büntetőjogi perekben gyakori (majdnem minden másodikban található ilyen értelmezés), ezért nem meglepő, hogy a büntető jogegységi döntések hatvan százalékában van dogmatikai értelmezés.

A 4/1998. BJE számú határozat kimondja, hogy akkor is dolog elleni erőszakkal elkövetnek minősül a lopás, ha az elkövető a lopás tárgyának megőrzésére szolgáló készüléket (zárat) nem annak birtokbavételekor, hanem a helyszínről eltávozva később törli fel. A jogegységi tanács

álláspontja szerint ez az elkövetési magatartás két mozzanatú, ezért az uralom megszerzésével még nem válik befejezetté a lopás (csak az első mozzanata).” Dogmatikailag téves tehát az a nézet, amely a zárral (megőrzésre szolgáló készülékkel) ellátott dolog birtokállapotának megváltozását az elvétel fogalmával és a bűncselekmény befejezettségével azonosítja”. Az elvétel második mozzanata a dolog elleni erőszak alkalmazása, a lopás minősített esetének törvényi tényállás csak ezzel valósul meg teljes egészében.

Jogelvek fényében történő értelmezés

Ez az értelmezés döntően a doktrinális értelmezés egy sajátos formájának tekinthető, hisz a jogági jogelvek egy-egy jogág dogmatikai modelljének elvekké formált alakját jelentik, illetve a versengő dogmatikai modellek közös nem vitatott részeiként tartalmazzák a jogág rendszerszerű összefüggéseit. A jogági jogelvek szövegszerűen rögzítésre kerülnek az egyes törvényekben, és ez teszi lehetővé a rájuk támaszkodó értelmezést, és a nyelvtani-szószerinti értelmezés rajtuk keresztül történő korrekcióját (Pokol 1999. a). A jogegységi határozatok közül kétféleképpen található a jog általános elveire hivatkozó értelmezés, ami ismét nagyobb eltérést jelent az eseti döntésektől, ezek között ugyanis egyetlen ilyen értelmezés sincsen.

A hivatkozás mindkét esetben ugyanarra a jogelvre történt, a nullum crimen sine lege és nulla poena sine lege elvére. Az 1/1999. BJE számú határozat indoklása szerint a büntetőtörvény időbeli hatályának általános szabálya szerint, ha a bűncselekmény elkövetésétől annak elbírálásáig új büntetőtörvény lép hatályba, annak általában nincs visszaható ereje. „A szigorúbb büntetőtörvény visszaható erejének kizárása megfelel a nullum crimen sine lege és a nulla poena sine lege elvének [az alkotmány 57.§-ának (4) bekezdése]. A 2/1999. BJE számon közzétett jogegységi határozat a Legfelsőbb Bíróság elnökhelyettesének indítványára indult, aki szerint nem egységes a bírói gyakorlat abba, hogyan kell minősíteni a segítségnyújtás elmulasztását (Btk. 172.§), ha az elkövető a közúti baleset okozásában vétlen. Ellentét volt ugyanis a korábbi törvényen alapuló ítélkezési gyakorlat és a hatályos Btk. között, mivel a korábbi tárgyi jellegű (objektív) felelősség kiküszöbölhetetlen ellentétben áll a Btk. 10.§ -ában megfogalmazott alapelvvel: »bűnösség nélkül nincs büntetőjogi felelősség«. Ezért az ítélkezési gyakorlatban nem érvényesülhet.”

A jogalkotó akarata szerinti értelmezés

Ez az értelmezés a „jogalkotó célját vizsgálja, azt, amit a törvénnyel el kívánt érni, és ezt sok esetben nem csak a törvényszövegben teszi, hanem a különböző törvény-előkészítési anyagokban. Ennek tökélyre fejlesztője Svédország, ahol még a törvény-előkészítési anyagokat

is hivatalosan publikálják (Eörsi 1974). A magyar jogrendszer viszont a másik pólushoz áll közel, néha felbukkan a bírói ítéletekben „a törvényalkotó nyilvánvaló szándékára utalás, de törvény-előkészítési anyagok megidézése még véletlenül sem fordul elő. E helyett az alkalmazott törvényhely miniszteri indoklására hivatkoznak a döntések indoklásában. Az eseti Bh-döntésekben azonban ez az értelmezése út is csak elenyésző számban merül fel. Ezzel szemben a jogegységi határozatokban bevett gyakorlatnak számít és minden másodikban hivatkoznak miniszteri indoklásra, az ítélet alátámasztására.

A vétségi eljáráshoz szükséges elmeállapot ill. beszámítási képesség mértékéről hozott 3/1998. BJE számú jogegységi határozatban a jogegységi tanács indoklása alátámasztásra a Btk. 24.§-ának (1) bekezdéséhez fűzött, „a törvényalkotói akaratot tükröző” miniszteri indoklásra hivatkozik: „A büntethetőség akkor kizárt, ha kóros elmeállapot az elkövetőt képtelenné tette cselekménye következményeinek felismerésére vagy arra, hogy ennek a felismerésnek megfelelően cselekedjék”.

A már idézett 2/1999. BJE számú határozat is tartalmaz a jogalkotó akaratára utaló értelmezést. „ A Btk.172. §-ának (1) bekezdésében megfogalmazott – szándékos mulasztással megvalósítható – bűncselekmény (vétség) a Btk. 172.§-ának (3) bekezdéséhez fűzött miniszteri indoklásból kitűnően csak olyan személy terhére állapítható meg, akinek semmiféle szerepe nincs az alaphelyzet (akár véletlen) kialakulásában, ...vagyis teljességgel kívülálló (extraneus).

Az eseti döntések tehát elvéve tartalmazzák csak ezt az értelmezési utat (e témában lásd a BH 1991/343, 1997/269)

Összegzés

A fenti idézetek alapján látható, hogy a felsőbb bírósági joggyakorlathoz képest a jogegységi határozatokban egyfajta nyitás tapasztalható a nyelvtani-szószerinti értelmezésen túli, absztraktabb, a jogi szövegtől nagyobb elszakadást jelentő értelmezési módok felé. Ezt bizonyítja a joglogikai maximák alapján végrehajtott és a jogelvek fényében történő értelmezések megjelenése. Egyetlen egy esetben sem történt alkotmányos alapjogokra, alapelvekre ill. alkotmánybírósági döntésekre hivatkozó értelmezés, ami a jogegységi határozatok csekély létszáma ellenére is figyelmet érdemel, mert azt jelzi, hogy még olyan csekély szerepe sincs az alapelvek fényében történő értelmezésnek ebben a döntési formában, mint a felsőbb bírósági gyakorlatban.

A jogirodalmi értelmezés sűrű használata ellenére még szokásjogilag sem bír kötelező erővel, pusztán illusztrációként fokozza a bíró jogi álláspontjának megalapozottságát. Hosszabb távon viszont hozzá járulhat ezen értelmezési mód szélesebb körű elterjedéséhez. Kiemelten fontos szerepe van a precedensekre hivatkozó értelmezésnek, melyet majdnem mindegyik határozatban találunk.

Említést érdemel még a Büntető Elvi Döntésekre és a Kollégiumi Állásfoglalásokra hivatkozások gyakori előfordulása (az utóbbira minden második határozatban, BED-re pedig két esetben utalnak), melynek aránya jóval meghaladja az eseti döntéseket. Ez a különbség is jelzi a jogegységi döntések nem precedenst jelentenek, hanem (bár egy-egy konkrét ügy kapcsán de) az irányelvekhez és elvi döntésekhez hasonlóan absztrakt jogi normaként funkcionálnak.

Terjedelmüket tekintve, a jogegységi határozatok két-három-szorosai a BH-döntéseknek (nagyraoszt 2000-3000 szóból állnak), ami a többi jogértelmezési út alkalmazásának, a komplexebb értelmezésnek az eredménye.

Irodalom

Bírósági Határozatok:1991-2000-es évfolyamok számai

Dudás Gábor (1997): A bírói jogértelmezés lehetőségei a magyar közigazgatási bíráskodásban.
Magyar Közigazgatás 1997/10 599-607.

Eörsi Gyula (1974): A skandináv jogtudományról. Az MTA Állam- és Jogtudományi Intézet
kiadványa

Pokol Béla (1999 a): A jogértelmezés alapjai. Magyar jog 1999/10.

Pokol Béla (1999 b): Felsőbírósági jogértelmezés Magyarországon Jogtudományi Közlöny
1999/11

Pokol Béla (2000 a): A bírói precedensjog rétege. Magyar Jog 2000/5.

Pokol Béla (2000 b): Bevezető megfontolások a jogforrások jogelméleti elemzéséhez

Helmut Klaere

Die Entstehung der Schwurgerichte im 19. Jahrhundert

Seit dem 17. Jahrhundert war die Entwicklung in Deutschland immer mehr in die Richtung des „geheimen schriftlichen Inquisitionsprozesses gemeinen Rechts“ gegangen, der schließlich zur Reformbewegung des 19. Jahrhunderts führte. 1635 faßte Benedikt Carpzows die Spruchpraxis des Leipziger Schöffentuhles und der Leipziger Rechtsfakultät, deren langjähriges Mitglied er war, so zusammen, daß dieses Werk rund hundert Jahre lang gesetzliches Ansehen genoß. Das akkusatorische Prinzip hatte jede Bedeutung verloren; statt dessen wurde das Verfahren in zwei Abschnitte zerlegt, die Generalinquisition, bei der es um Feststellung der Tat und die Ermittlung des Täters ging, und die Spezialinquisition, innerhalb derer Beschuldigte und Zeugen vernommen wurden und unter bestimmten Voraussetzungen auch die Folter zulässig war. Beweisregeln wurden zu zwingendem Recht, die Folter wurde zunehmend auf schwerere Taten beschränkt, hier aber an erleichterte Voraussetzungen geknüpft, und für leichtere Taten wurde sogar der alte Reinigungseid wieder eingeführt. Durch diese Entwicklung wurde der Richter in erster Linie zum Strafverfolgungsorgan.

Während des Absolutismus wurden die letzten Prozeßformalien, die dem Schutz hatten dienen sollen, beseitigt. Die Trennung in General- und Spezialinquisition unterblieb. Der Beschuldigte wurde lediglich einmal, und zwar im Vorverfahren, vernommen. Die Folter wurde aufgehoben, doch damit wuchs die Machtfülle des Inquirenten weiter. Da physischer Zwang zur Erlangung eines Geständnisses nur noch in Form von Prügelstrafen und Arrest angewendet werden durfte, entwickelte sich ein Verfahren psychischen Drucks, dem der Beschuldigte immer schutzloser ausgeliefert war.¹ Der Untersuchungsrichter war vom erkennenden Gericht klar getrennt, und die Urteilstätigkeit ging ganz in die Hand staatlicher Spruchbehörden über, doch das hatte folgenschwere Konsequenzen: Der Untersuchungsrichter faßte die Ergebnisse seines

¹ Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses, erster Band, Leipzig 1863, S. 97 ff; Westhoff, Ursula: Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, Berlin 1953, S. 90 ff.

„summarischen“ Verhörs entsprechend seinem Selbstverständnis als Strafverfolgungsorgan in schriftlichen Protokollen zusammen und leitete diese dem Justizkollegium zu, das dann ausschließlich nach Lage der Akten entschied. Häufig las sogar nur ein Mitglied des Kollegiums die gesamten Akten und gab dem Rest des Kollegiums, das dann quasi aus dritter Hand urteilte, zusammen mit seinem Vortrag der seiner Meinung nach wesentlichen Punkte einen Urteilsvorschlag. In dieser Form fand sich der Inquisitionsprozeß noch im 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts in den Partikulargesetzen.

Nachdem die Franzosen das Rheinland besetzt hatten, wurde die französische Jury bereits im Jahre 1798 in den von Preußen an Frankreich abgetretenen² linksrheinischen Gebieten eingeführt und entfaltete sich dort zur Zufriedenheit der Juristen und der Öffentlichkeit.³

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts standen sich dadurch der Inquisitionsprozeß deutscher Prägung und das zur Zeit der französischen Besetzung in der Rheinprovinz eingeführte französische Strafverfahren – seinerseits beeinflusst vom englischen Strafverfahren - gegenüber, für das Begriffe wie Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Anklageverfahren, Geschworenengericht und richterliche Unabhängigkeit charakteristisch waren.⁴

Die ausländischen Vorbilder

Wie bereits ausgeführt, gab es zu Beginn des 19. Jahrhunderts sowohl in England als auch in Frankreich Schwurgerichte, bei denen zwölf Laienrichter selbständig über die

² Im Friedensschluß zu Basel, 1795.

³ Vgl. Glaser, Julius: Die geschichtlichen Grundlagen des neuen Deutschen Strafprozeßrechts, in: Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozesses, 1. Band, 1879, S. 3 ff., S. 15f.; Motive zur Strafprozeßordnung von 1877, Anlage 5 (Hahn, Materialien zur StPO, 1. Abtl., S. 460).

⁴ Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin / New York 1979., S. 69.

Schuldfrage entschieden. Neben grundlegenden Gemeinsamkeiten gab es allerdings auch nicht unerhebliche Unterschiede der beiden Systeme.

1. Das englische Strafverfahren

Das angelsächsische Strafverfahren hat sich vom Anklageprozeß altdeutschen Vorbildes schon in früher Zeit weitgehend verselbständigt. Von frühesten Anfängen kannte der englische Strafprozeß den Anklagegrundsatz und das Erfordernis einer mündlichen Hauptverhandlung vor einem Geschworenengericht. Zwei Charakteristika haben sein Wesen bis heute entscheidend geprägt, zum einen die Waffengleichheit der Beteiligten, bei der der Richter als eine Art Schiedsrichter zwischen Anklage und Verteidigung fungiert⁵, zum anderen die Idee der Geschworenengerichte in Verbindung mit weitestmöglicher Öffentlichkeit der Verfahren.

Andererseits ist die englische Gerichtsverfassung bis heute sehr unübersichtlich. Es gibt trotz strengen Akkusationsprinzips kein behördliches Anklagemonopol, die Zahl erstinstanzlicher Spruchkörper ist sehr groß, und die erstinstanzliche Zuständigkeit ist bei den meisten Straftaten nicht genau bestimmt. Um 1800 kannte der englische Strafprozeß grundsätzlich das summarische Verfahren („summary trial“) für die kleine Kriminalität vor Friedens- und Polizeigerichten und das anklageschriftliche Verfahren („trial on indictment“) vor den Geschworenengerichten.⁶

Das summarische Verfahren⁷ begann mit der Vorlage einer Strafanzeige durch den Ankläger („prosecutor“), der sein Beweismaterial in einem gesetzlich nicht näher geregelten Ermittlungsverfahren gesammelt hatte. Es war zunächst Sache des

⁵ Insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert führte das allerdings teilweise zu einem so starken Wettkampf, daß die Wahrheitsfindung zu leiden drohte; vgl. Radzinowicz, Leon: A History of English Criminal Law and its Administration from 1750, Volume 1 (The Movement for Reform), London 1948, S. 97 ff.

⁶ Geppert, a.a.O., S. 26.

⁷ Mittermaier, Carl Joseph Anton: Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, Stuttgart und Tübingen 1845, S. 90 ff.

Anklägers, seine Beweise meist in öffentlicher Verhandlung dem Friedensrichter vorzulegen, der in der Regel keine eigenen Ermittlungen anstellte. Ebenso konnten der Beschuldigte und sein Anwalt entsprechendes Beweismaterial herbeischaffen. Anschließend konnten die Parteien die gegnerischen Zeugen oder Sachverständigen im Kreuzverhör („cross-examination“) befragen. Der Beschuldigte wurde nicht förmlich vernommen, und außergerichtliche Geständnisse aus dem vorangegangenen Ermittlungsverfahren konnten grundsätzlich nicht verwertet werden, doch stand es dem Beschuldigten frei, sich zu jedem Punkt zu äußern. Da das Beweismaterial ausschließlich von den Parteien aufbereitet wurde, hatte der Richter keine Untersuchungsaufgaben, doch konnte er jederzeit klärende Zwischenfragen stellen. Der „clerc“, ein juristisch ausgebildeter Geschäftsstellenbeamter, der den Friedensrichter fachlich beriet, hielt die Ergebnisse der Beweisaufnahme in Protokollen fest, die dem Beschuldigten vorgelesen wurden und vom Richter beglaubigt werden mußten. In Fällen, in denen die Zuständigkeit des Friedens- oder Polizeirichters gegeben war, endete das Verfahren durch deren Urteil. Stellte sich im Laufe des Verfahrens heraus, daß die Einschaltung einer Laienjury erforderlich war – weil die Sache sich wegen der Schwere der Tat oder der zu erwartenden Strafe für das summarische Verfahren nicht eignete -, setzte der Friedensrichter den Beschuldigten außer Verfolgung⁸ oder sprach die Verweisung der Sache ins anklageschriftliche Verfahren aus.

Dieses Verfahren konnte zum einen durch schriftliche Anklageerhebung, die sogenannte „information“, zustande kommen, indem der Straffall ohne jede Voruntersuchung sogleich vor das erkennende Gericht gebracht wurde⁹. Eine weitere Möglichkeit war das Verfahren zur Aufklärung zweifelhafter Todesursachen, in dem der „coroner“ eine umfassende Ermittlungstätigkeit entfaltete und das aufgrund des Wahrspruchs der Geschworenen vor das erkennende Gericht führte, und schließlich gab es den Regelfall der Anklage, das Indictment-Verfahren, das mit einem Vorverfahren vor dem Friedensrichter – wie bereits geschildert – begann. Es diente

⁸ Dadurch ergab sich die Möglichkeit, bei besserem Beweismaterial erneut anzuklagen. Aus diesem Grund zogen es viele Beschuldigte vor, von sich aus Überweisung ins anklageschriftliche Verfahren zu beantragen; vgl. Geppert, a.a.O., S. 27, Fn. 11 mit weiteren Nachweisen.

⁹ Mittermaier, *Englisches Strafverfahren*, S. 130 ff.

nicht primär der Sammlung von Beweismaterial mit dem Ziel der späteren Verwertung in der Hauptverhandlung, sondern hatte in erster Linie die Aufgabe, den Angeklagten mit dem gegen ihn vorgebrachten Belastungsmaterial bekannt zu machen. Es sollte ihm Gelegenheit zu eigenen Entlastungsbeweisen verschaffen, um so möglicherweise den Beschwernissen einer Hauptverhandlung zu entgehen, diente aber auch der Entscheidung über eine mögliche Untersuchungshaft oder eventuell notwendige andere Zwangsmittel. Endete die Sache durch Überweisung an die Anklagejury, so schickte der Friedensrichter die Protokolle an diese, und die Anklagejury entschied, ob sie den Beschuldigten außer Verfolgung setzen oder die ihr schriftlich vorgelegte Anklage mit den Worten „a true bill“ zur Entscheidung an das erkennende Gericht verweisen wollte. Zur damaligen Zeit war das nicht-öffentliche Verfahren vor der Anklagejury meist sehr kurz und oberflächlich.¹⁰ War der Beschuldigte durch die Anklage-Jury formell in den Anklagestand versetzt und plädierte er mit „nicht schuldig“, begann das eigentliche Erkenntnisverfahren. Der Ankläger gab in knappen Worten den Inhalt der Anklage bekannt und erläuterte kurz die beabsichtigte Beweisführung. Die Anklageschrift selbst bekamen die Geschworenen nicht zu sehen. Sie entschieden ausschließlich aufgrund des in der Hauptverhandlung vorgelegten Beweismaterials. Demgegenüber hatte der vorsitzende Richter Aktenkenntnis.¹¹ Anschließend führte der Ankläger sein Belastungsmaterial vor, bezüglich dessen der Verteidiger die Möglichkeit des Kreuzverhörs hatte, während umgekehrt dem Ankläger dieses Recht gegenüber dem Beweismaterial der Verteidigung zustand. Während eine förmliche Vernehmung des Angeklagten nicht vorgesehen war, stand es ihm frei, sich jederzeit zu jedem Beweismittel zu äußern oder ein gerichtliches Geständnis abzulegen.¹²

Die Beweisaufnahme war also grundsätzlich Sache der Parteien. Der Richter entschied über die Zulässigkeit eines Beweismittels und über Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit der einzelnen Fragen des Kreuzverhörs; ansonsten hatte er lediglich

¹⁰ Mittermaier, *Englisches Strafverfahren*, S. 268 ff.

¹¹ Wimmer, *August: Einführung in das englische Strafverfahren*, Bonn 1945, S. 30; Stephen-Mühry: *Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens*, Göttingen 1843, S. 595.

¹² Geppert, a.a.O., S. 29.

die Möglichkeit, klärende Zusatzfragen zu stellen, was er bei Fehlen eines Verteidigers oft zugunsten des Angeklagten tat.¹³

Nach beendeter Beweisaufnahme erhielten Verteidiger und Ankläger in dieser Reihenfolge Gelegenheit zu ihren Plädoyers, an die sich der Schlußvortrag des Richters angeschlossen. Der faßte das Ergebnis der Beweisaufnahme für die Geschworenen noch einmal zusammen, machte dabei auf die seiner Meinung nach entscheidenden Punkte aufmerksam und legte im übrigen großes Gewicht darauf, die Geschworenen über die nach Lage des Falles einschlägigen Beweisregeln zu informieren. Dabei stützte er sich gewöhnlich auf eigene Notizen, die er sich während der Beweisaufnahme als Gedächtnisstützen angefertigt hatte. Dem Schlußvortrag des Richters folgte die geheime Beratung der Geschworenen, die bereits seit Beginn der Verhandlung von der Umwelt strengstens abgeschirmt waren.¹⁴ In ihrem Beratungszimmer standen ihnen weder die amtlichen Verhörprotokolle noch die schriftliche Anklage zur Verfügung, doch durften auch sie sich auf private Gedächtnisnotizen stützen. In öffentlicher Sitzung verkündete der Obmann der Geschworenen dann ohne Angabe von Gründen den Urteilsspruch „Schuldig“ oder „Nicht schuldig“. Lautete er auf schuldig, entschied anschließend der Richter über das entsprechende Strafmaß.¹⁵

Das englische Beweisrecht lag und liegt etwa in der Mitte zwischen einer gesetzlichen Beweistheorie, wie sie für den gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß deutscher Prägung bezeichnend ist, und dem Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung, wie ihn die deutsche Reichs-Strafprozeßordnung von 1877 vom französischen Recht übernommen hat. Während die gemeinrechtlichen Beweisregeln dem Richter den Wert eines bestimmten Beweismittels bindend vorschreiben und ihm eine differenzierte Abwägung der Beweise im Einzelfall versagen, gibt es im englischen Recht im wesentlichen Beweisausschlußregeln, die die selbstverantwortliche freie Schlußfolgerung nicht behindern und ihm die Möglichkeit freier Beweiswürdigung

¹³ Mittermaier, *Englisches Strafverfahren*, S. 313 und 421.

¹⁴ Glaser, *Geschichtliche Grundlagen*, S. 139 f.

¹⁵ Geppert, a.a.O., S. 30.

lassen.¹⁶ Die Beweisregeln disziplinieren nicht den Richter, sondern befassen sich mit den Beweisunterlagen selbst, indem sie das Beweismaterial ausscheiden, das für ein zuverlässiges Urteil erfahrungsgemäß unbrauchbar ist oder wegen großer Gefahrenquellen zumindest bedenklich erscheint. Während der Richter also die unabhängigen Geschworenen weder rechtlich noch faktisch zwingen kann, aus einem bestimmten Beweismittel einen ganz bestimmten Schluß zu ziehen oder dies zu unterlassen, kann er es verhindern, daß die Geschworenen sich mit diesem Beweismittel überhaupt befassen. Ohne die Beweisregeln erschöpfend zu behandeln, soll hier die Feststellung ausreichen, daß die wichtigste Grundregel die „best evidence rule“ ist, die besagt, daß das beste Beweismittel, das die Natur des Falles zuläßt, wenn es zu haben ist, beigebracht werden muß. Nur wenn man es nicht haben kann, muß das nächstbeste herangezogen werden.¹⁷ Von grundlegender Bedeutung ist die Unterscheidung von Originalbeweis einerseits und nichtoriginalem, abgeleitetem oder überliefertem Beweis andererseits. Hauptanwendungsgebiet der „best evidence rule“ ist das Verbot abgeleiteter Beweise. Verlangt wird aber nur die im Einzelfall bestmögliche Relevanz. Ist originärer Beweis nach Lage des konkreten Falles erwiesenermaßen nicht möglich, ist der Rückgriff auf abgeleitete Beweise zulässig, hinsichtlich derer das englische Recht keine Gradunterschiede kennt.¹⁸

2. Das französische Strafverfahren

Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts ähnelte die geschichtliche Entwicklung des französischen Strafprozesses weitgehend der des deutschen Strafverfahrens. Auf dem Hintergrund des römisch-kanonisch-fränkischen Rechts hatte sich auch hier ein an starre Beweisregeln gebundenes, heimliches, schriftliches und nicht-kontradiktorisches Inquisitionsverfahren entwickelt. Der Beschuldigte war bloßes Untersuchungsobjekt und weitgehend der Willkür eines allgewaltigen Gerichts

¹⁶ So ausdrücklich Mittermaier, *Englisches Strafverfahren*, S. 325 f.

¹⁷ Stephen-Mühry, a.a.O., S. 505; Mittermaier, *Englisches Strafverfahren*, S. 327.

¹⁸ Best-Marquardsen: W.M. Best's „Grundzüge des englischen Beweisrechts“, bearbeitet und mit Anmerkungen und Beilagen über den englischen Prozeß herausgegeben von Heinrich Marquardsen, Heidelberg 1851, S. 83 und S. 312.

preisgegeben. Gesetzlich verankert wurde dieser Inquisitionsprozeß durch verschiedene königliche Verordnungen.¹⁹

Die Gedanken der Aufklärung führten zur Revolution des Jahres 1789. Mit der absolutistischen Staatsform mußte zugleich die ihr „kongeniale Prozeßform“²⁰ des Inquisitionsverfahrens fallen. Deutlich von englischen Rechtsformen beeinflusst – allerdings ohne die Grundlage eines in Jahrhunderten gewachsenen Rechts – schuf die Revolution einen völlig neuen Strafprozeß, der unter den Leitideen öffentlicher Verhandlung, des Rechts auf Verteidigung, der Mitwirkung von Laienrichtern, kontradiktorischer und mündlicher Hauptverhandlung sowie der Idee freier Beweiswürdigung stand. Folter und alle Verdachtsstrafen wurden beseitigt.²¹

Mit fortschreitender Zeit wurden die Grundsätze allerdings immer mehr verwässert. Die Reaktion des französischen Gesetzgebers gegen die in den ersten Revolutionsjahren überhastet erfolgte Übernahme englischer Rechtseinrichtungen fand ihren gesetzlichen Abschluß in Napoleons „Code d’Instruction Criminelle“ von 1808. Zusammen mit dem materielles Recht betreffenden „Code Pénal“ trat er am 1.1.1811 in Kraft und galt in seinen Grundzügen bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts.²² Er regelte einen Mittelweg zwischen dem Verfahren des „Ancien régime“ und dem englischen Vorbildern entlehnten Prozeß der frühen Revolutionsjahre. In ihm wurde das Vorverfahren weitgehend den Prinzipien des alten Inquisitionsverfahren – also geheim, schriftlich, nicht-kontradiktorisch und ohne besondere Verteidigungsgarantien – angepaßt. Das Hauptverfahren dagegen sollte in stärkerem Maße von den Ideen unmittelbar-mündlicher und kontradiktorischer Hauptverhandlung geprägt sein.

Dieser „Code d’Instruction Criminelle“ von 1808 wurde zum entscheidenden Vorbild der deutschen Reform des 19. Jahrhunderts. Während in einem ersten Buch Befugnisse und Aufgaben der gerichtlichen Polizei beschrieben werden, befaßt sich

¹⁹ Geppert, a.a.O., S. 41.

²⁰ Glaser, Geschichtliche Grundlagen, S. 15.

²¹ Geppert, a.a.O., S. 42.

²² 1959 wurde der „Code d’Instruction Crimelle“ vom « Code de Procédure Pénale » abgelöst, der die Grundstrukturen des alten CIC unverkennbar fortführt; vgl. Schweikert, Heiko: Zur Reform des Strafverfahrensrechts in Frankreich, in: ZStW 69 (1957), S. 684 ff.

ein zweites mit Zuständigkeiten und Funktionen der Gerichte. Das Strafverfahren ließ sich jedoch klar in drei Abschnitte aufteilen²³, ein Vorverfahren, ein Zwischenverfahren und ein Hauptverfahren.

Das rein inquisitorisch ausgestattete Ermittlungs- oder Vorverfahren verfolgte vor allem den Zweck, die Entscheidung über die öffentliche Anklage vorzubereiten und für die spätere Hauptverhandlung Beweise zu sammeln. Bei Verbrechen war die Voruntersuchung durch den Untersuchungsrichter zwingend vorgeschrieben, bei Vergehen fakultativ möglich. Der Untersuchungsrichter hatte eine merkwürdige Doppelstellung: in seiner Ermittlungsfunktion war er Mitglied der „police judiciaire“ und stand als echtes Strafverfolgungsorgan unter der Dienstaufsicht der Staatsanwaltschaft; gleichzeitig war er aber Mitglied der Ratskammer, die über die Zulässigkeit der Anklage entschied, und insofern auch unabhängiger Richter. In seinen Initiativen war er von der Staatsanwaltschaft abhängig, doch bei seinen konkreten Ermittlungen an Anträge und Auffassungen der Staatsanwaltschaft nicht gebunden.

Nach der gerichtlichen Voruntersuchung kam es zu einer Art Zwischenverfahren, in dem geprüft wurde, ob aufgrund der bisherigen Beweisergebnisse ein Hauptverfahren eröffnet werden sollte und welches Gericht zuständig ist. Auch dieses Verfahren war geheim und schriftlich. Zunächst entschied die Ratskammer bei Verbrechen, ob die Sache an den zuständigen Anklagesenat verwiesen werden sollte, doch da man dieses Verfahren als zu zeitraubend empfand, wurden deren Kompetenzen durch Gesetz vom 17.07.1856 auf den Untersuchungsrichter übertragen.²⁴ Der Anklagesenat entschied dann darüber, ob der Beschuldigte formell in den Anklagestand versetzt werden sollte und sprach die Verweisung an das zuständige Schwurgericht aus. Aufgrund dieser Verweisung mußte die Staatsanwaltschaft eine Anklageschrift verfassen, bei der sie sachlich an die Erkenntnis des Anklagesenats gebunden war.

Im Gegensatz zu dem inquisitorisch ausgestalteten Vor- und Zwischenverfahren wurde das Hauptverfahren des französischen Strafprozesses und sein Mittelpunkt, die

²³ Hoechster, Ernst Hermann: Lehrbuch des französischen Strafverfahrens, Bern 1850, S. 3.

²⁴ Geyer, August: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafproceßrechts, Leipzig 1880, S. 140 f.

Hauptverhandlung, wegen ihrer angeblichen Ähnlichkeit mit dem englischen Verfahren häufig gelobt, doch im Bereich des Beweisrechts blieb er hinter seinem englischen Vorbild entscheidend zurück: Nach Art. 342 Abs. 3 CIC verlangt das Gesetz von den Geschworenen keine Rechenschaft darüber, wie sie zu ihrer Überzeugung gelangt sind und schreibt ihnen keine Regeln vor, von denen sie im Einzelfall abhängig machen sollen, ob ein Beweis ausreicht. Sie sollen sich nur selbst befragen und im Innersten ihres Gewissens erforschen, welchen Eindruck die vorgebrachten Beweise auf sie gemacht haben.²⁵ Diese Vorschrift richtete sich eindeutig gegen die gesetzlichen Beweistheorien des traditionellen Inquisitionsprozesses, zugleich freilich gegen das englische System der Beweisausschließungsregeln, die mit dem neuen Verständnis volksrichterlicher Unabhängigkeit als nicht vertretbar angesehen wurden.²⁶ Da das Beweisrecht keiner Regelung unterlag, wurde auch das im englischen Beweisrecht so bedeutungsvolle und bei uns bis heute umstrittene Problem des Zeugens vom Hörensagen mit keinem Wort erwähnt. Hörensagenbeweis ist im französischen Strafprozeß als zwangsläufige Folge bis heute grundsätzlich zulässig.²⁷

Für die Aburteilung von Verbrechen war das Schwurgericht vorgesehen, ein periodisch zusammentretendes Spruchorgan beim Appellationsgericht, das aus fünf – später drei – Berufsrichtern und 12 Laienrichtern bestand. Noch vor der eigentlichen mündlichen Verhandlung mußte eine nicht-öffentliche Vorverhandlung des Assisenpräsidenten oder des von ihm beauftragten Richters mit dem Angeklagten stattfinden, bei dem sich der Assisenpräsident ergänzend zu den ihm zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig bekannten Vorakten und zur Vorbereitung der Hauptverhandlung einen persönlichen Eindruck vom Angeklagten verschaffen konnte, dieser Gelegenheit geben sollte, auf neue Beweise, Lücken in der vorangegangenen Untersuchung und Mängel des bisherigen Verfahrens aufmerksam zu machen und er über das Recht informiert werden sollte, einen Verteidiger hinzuziehen oder einen Pflichtverteidiger zu erhalten. Unterblieb dies, war Nichtigkeit des ganzen späteren Verfahrens die Folge. Mindestens 24 Stunden vor Beginn der Hauptverhandlung mußten ihm die Zeugen- und Geschworenenlisten zugänglich gemacht werden.

²⁵ Vgl. die deutsche Übersetzung dieser Vorschrift bei Geppert, a.a.O., Fn. 148 a, S. 58 f.

²⁶ Westhoff, a.a.O., S. 114.

²⁷ Geppert, a.a.O., S. 61.

Nachdem dann aus der 36 Geschworene umfassenden Sessionsliste die endgültige Urteilsjury der 12 Geschworenen gebildet war, begann die öffentliche Hauptverhandlung. Nach der Vernehmung des Angeklagten zur Person und der Verteidigung der Geschworenen wurden der Verweisungsbeschluß des Anklagesenats und die staatsanwaltschaftliche Anklageschrift verlesen. Dann erläuterte der Assisenpräsident nochmals mündlich die in der Anklageschrift enthaltenen Vorwürfe, und auch der Staatsanwalt erhielt nochmals Gelegenheit, die Anklage und das Beweismaterial zu erörtern. Erst danach mußten die im Sitzungssaal versammelten Zeugen aus dem Verhandlungszimmer hinausgeschickt werden. Daß sie dann später nur getrennt vernommen werden durften, war demnach eine Vorsichtsmaßnahme, die weitgehend ins Leere lief.²⁸

Die dann folgende Beweisaufnahme lag ausschließlich in den Händen des Vorsitzenden. In aller Regel erfolgte nach der Vernehmung des Angeklagten das Verhör der Zeugen. Berufsrichter, Staatsanwalt und Geschworene durften – in dieser Reihenfolge – unmittelbar Fragen an die Zeugen stellen, sofern ihnen vom Vorsitzenden das Wort erteilt wurde; die Beschuldigtenseite durfte Zusatzfragen nur durch den Mund des Vorsitzenden stellen. Darüber hinaus durfte der Vorsitzende im Rahmen der Gesetze, aber dann notfalls auch gegen sein Kollegium, alles tun, was ihm zur Aufdeckung der Wahrheit erforderlich schien, also die Reihenfolge der Beweisaufnahme gestalten, nicht geladene Zeugen hören, verfahrensverzögernde Anträge der Beteiligten zurückweisen usw. Nachdem der Vorsitzende den Abschluß der Beweisaufnahme festgestellt hatte, begann das Debattierungsverfahren. Nacheinander erhielten der Verletzte, der Vertreter der Staatsanwaltschaft und der Verteidiger die Möglichkeit ausführlichen Plädierens. Der Angeklagte selbst hatte das letzte Wort. In einem Schlußvortrag faßte der Assisenpräsident die in der Hauptverhandlung vorgebrachten Beweise nochmals übersichtlich und anschaulich zusammen und erteilte den Laienrichtern die nötige Rechtsbelehrung. Diese Darstellung sollte zwar unparteiisch sein und sich jeder persönlichen Stellungnahme enthalten, doch liegt auf der Hand, daß starke Richterpersönlichkeiten hier einen

²⁸ Von Feuerbach, Paul Johann Anselm: Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit in der Gerechtigkeitspflege, Band II, Gießen 1825, S. 487 f.

starken Einfluß ausüben konnten. Im übrigen hatte der Präsident den Geschworenen detaillierte schriftliche Fragen vorzulegen, über die die Jury zu beraten und abzustimmen hatte.

Die Beratung der Jury war zwar geheim, doch konnte das Beratungszimmer jedermann – mit Ausnahme des Präsidenten selbst, der es nur auf Ersuchen der Geschworenen und nur in Begleitung von Staatsanwalt und Verteidiger betreten durfte – mit schriftlicher Erlaubnis des Präsidenten betreten. Die Jury durfte zwar keine Zeugenprotokolle in ihr Beratungszimmer mitnehmen, wohl aber private Gedächtnisstützen, den Verweisungsbeschluß des Anklagesenats, die staatsanwaltschaftliche Anklageschrift mit ausführlichem Ermittlungsergebnis sowie alle Sachverständigen-, Augenschein- und Geständnisprotokolle. Auch die Jury konnte ihre Entscheidung demnach weitgehend mit dem Inhalt der schriftlichen Vorakten abstimmen.²⁹

Ihr Abstimmungsergebnis gab die Jury in öffentlicher Verhandlung, aber zunächst in Abwesenheit des Angeklagten bekannt. Erst wenn von der Möglichkeit des Berichtigungsverfahrens seitens des Assisenhofes kein Gebrauch gemacht wurde, wurde die Entscheidung der Jury nochmals in Anwesenheit des Angeklagten verlesen. Bei einem Nicht-Schuldig hatte der Präsident ihn freizusprechen und die Freilassung anzuordnen, bei einem Schuldspruch konnte das Richterkollegium die Sache entweder einstimmig zur nochmaligen Verhandlung vor eine neue Jury verweisen oder eine bestimmte Strafe festsetzen.

3. Die Unterschiede der beiden Schwurgerichtssysteme

²⁹ Geppert, a.a.O., S. 57.

Die Ausgestaltung des englischen und des französischen Jury-Verfahrens wies um die Mitte des 19. Jahrhunderts vor allem folgenden wesentlichen Unterschied auf: In England faßte der Gerichtsvorsitzende - wie auch noch heute - nach Abschluß der Beweisaufnahme und der Plädoyers in seinem "summing up" den gesamten Prozeßstoff zusammen, würdigte das Beweisergebnis und nahm zu der rechtlichen Seite des Falles Stellung. Nicht selten deutet noch heute der englische Schwurgerichtsvorsitzende auch seine Ansicht über den Inhalt des zu fällenden Urteils an, muß dann jedoch hin zufügen, daß seine Auffassung die Geschworenen nicht bindet³⁰.

Demgegenüber hielt sich das "résumé" des Vorsitzenden im französischen Schwurgerichtsverfahren von jeder Stellungnahme zur Beweis- und Rechtslage frei. Der Vorsitzende gab lediglich erläuternde Hinweise zum Gesetz. Er stellte im Anschluß an sein "résumé" Fragen an die Geschworenen, die in bestimmter Weise auf den in Betracht kommenden Verbrechenstatbestand gerichtet waren. Ob das "summing up" des englischen Rechts oder das "resumé" mit anschließender Fragestellung des französischen Rechts zweckmäßiger sei, war in der Diskussion von Anfang an umstritten³¹.

Die Kodifikation des französischen Strafprozesses im code d'instruction criminelle von 1808 wies dem StA (procureur d'état) eine führende Rolle im Strafverfahren zu; die englische Popularklage wurde nicht übernommen, ebensowenig die Anklagejury. Die Entscheidung über die Zulassung der Anklage wurde in die Hand einer besonderen Anklagekammer (eines beschließenden Gerichts) gelegt. Der kennzeichnende Zug des französischen Strafverfahrens war sonach ein Anklageverfahren, bei dem die Anklage von einer besonderen staatlichen Strafverfolgungsbehörde, der Staatsanwaltschaft, erhoben wurde.³² Ein weiterer Unterschied bestand in dem oben bereits erwähnten Umgang mit Beweisregeln.

Die literarische Reformbewegung

³⁰ Vgl. hierzu Knittel, Der englische Strafprozeß, Bonn 1968, S. 59 ff., insbes. S. 67 f. m. w. Nachw.

³¹ Vgl. dazu Cramer, Doris: Das französische Schwurgericht, Geschichte und Problematik, Marburger Dissertation 1968, S. 63 ff.

³² Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., München 1995, S. 482.

Die Reformdiskussion der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde – neben anderen - entscheidend durch die rechtsvergleichenden Arbeiten von Anselm von Feuerbach und Carl Joseph Anton Mittermaier bestimmt, von denen im folgenden noch wiederholt die Rede sein wird.

1. Anselm von Feuerbach

Anselm von Feuerbach hatte sich bereits im Jahre 1813 mit dem Gedanken des Geschworenengerichts befaßt.³³ Damals schrieb er: „Der Begriff eines Geschworenengerichts kann nicht anders als nach politischen Ansichten bestimmt und entwickelt werden; denn nur Ideen der Staatsweisheit sind es, aus welchen sich bei allen Völkern die Einrichtung der Geschworenengerichte entwickelt, wodurch sie sich befestigt, nach welchen sie sich ausgebildet hat.“³⁴

Feuerbach wandte sich scharf gegen die damals diskutierte Übernahme des Schwurgerichts in die deutschen Rheinbundstaaten. Während er nach dem Zusammenbruch Preußens der Übernahme des Code Napoléon noch bedenkenlos zugestimmt hatte, waren es 1813 liberale Überlegungen, die ihn vor der Einführung des Schwurgerichts in der französischen Form, nicht des Schwurgerichts schlechthin, warnen ließen.³⁵ Eindringlich wies er darauf hin, daß die französischen Schwurgerichte genauso wenig vor Richterwillkür und Kabinettsjustiz schützen könnten wie der verrufene deutsche Inquisitionsprozeß.

Die Ansicht, daß die Geschworenen über die Tat, die Richter aber über das Recht zu entscheiden hätten, ist eindeutig französischen Ursprungs³⁶ und darauf

³³ Von Feuerbach, Paul Johann Anselm: Betrachtungen über das Geschworenengericht, Landshut 1813 (Unveränderter Nachdruck Leipzig 1970).

³⁴ Zitiert nach von Gneist, Rudolf: Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland, Neudruck der Ausgabe Berlin 1849, Aalen 1967, S. 1.

³⁵ Schwinge, a.a.O., S. 7.

³⁶ Meyer, Hugo: Die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten, in: Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Bd., Berlin 1879, S. 113 ff.

zurückzuführen, daß die nach englischem Vorbild an die Geschworenen zu richtende Frage irrig für eine rein faktische gehalten wurde. Dieser Ansicht trat Feuerbach entgegen, indem er betonte, daß die Frage „Schuldig oder Nichtschuldig“ immer zugleich auch Rechtsfrage ist.³⁷ Hat der Geschworene aber nicht bloß über Tatsachen, sondern auch über Rechtsbegriffe zu entscheiden, fragt sich, ob der Geschworene auch die Befähigung zur Entscheidung solcher Rechtsfragen hat. Dies sei nicht der Fall, meinte Feuerbach, und verwies auf die Erfahrungen, die man in Frankreich mit der Fragestellung gemacht hatte. Während im englischen System die Frage „Schuldig oder Nichtschuldig“ die Probleme nicht so zutage treten ließ, löste man in Frankreich ursprünglich die Tatfrage in ihre einzelnen Bestandteile auf, was zu zahlreichen Fehlurteilen und krassen Widersprüchen einzelner Antworten führte. Dies erklärte sich nach Feuerbach durch die Unfähigkeit der Geschworenen zur Entscheidung über die Rechtspunkte in der Tatfrage. Die Einflüsse, die auf die Geschworenen durch den Aussenpräsidenten, die Verteidiger und die Ankläger ausgeübt würden, führe im übrigen auch dazu, daß die Geschworenen gar nicht die wahren Richter seien.³⁸

Das alles heißt aber nicht, daß Feuerbach ein Gegner des Schwurgerichts schlechthin war, doch war in seinem strafprozessualen Hauptwerk über „Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege“ seine Abneigung gegen das französische Schwurgericht noch gestiegen. Er rügte den Mangel wirksamer Rechtsschutzgarantien für den Angeklagten und verwies darauf, daß unter den neuen Formen der Geist des Inquisitionsprozesses ungestört weiterlebe, ja er meinte sogar, die französische Öffentlichkeit sei „als eine sinnreiche Lösung des scheinbar unauflöselichen politischen Problems zu betrachten, wie es möglich gemacht werden könne, die Öffentlichkeit selbst als eine Hülle für dunkle Heimlichkeiten schicklich zu gebrauchen.“³⁹

Demgegenüber zeigen zahlreiche Äußerungen eine Sympathie für das englische Schwurgericht. In England, so meint Feuerbach, werde auch die Jury so aufgefaßt, als was sie juristisch aufzufassen sei, nämlich als ein Beweismittel⁴⁰, durch das dem Richter der Schuldbeweis durch die subjektive Überzeugung einer Anzahl von

³⁷ Feuerbach, Geschworenengericht, S. 167 ff.

³⁸ So auch Schwinge, a.a.O., S. 14.

³⁹ Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 2, S. III.

⁴⁰ Feuerbach Mündlichkeit Bd. 2, S. 402-414.

Geschworenen vermittelt und dadurch eine große Bürgschaft für Richtigkeit und Wahrheit einer Entscheidung gegeben werde. Diese Gedanken haben auch in der späteren Jurliteratur eine Rolle gespielt.

Im Jahre 1821 erschien der erste Band von Feuerbachs „Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege“. Feuerbach unterschied zwei Arten gerichtlicher Öffentlichkeit, und zwar die „partheiliche“ und die „volkstümliche Öffentlichkeit“. Die „partheiliche Öffentlichkeit“, die die persönliche Gegenwart der Parteien oder ihrer Vertreter verlangt, umschrieb er als den „Mittelpunkt, in welchem gemeinsam alle Strahlen einer vernünftigen Vorstellung von der gerichtlichen Öffentlichkeit sich vereinigen und durch welchen alles übrige erst seine volle Kraft und Bedeutung erhält“⁴¹, während die „volkstümliche Öffentlichkeit“ die Beobachtung der Strafverfahren durch Außenstehende meint. Parteiöffentlichkeit fordert er nicht nur für das Vorverfahren, sondern er ist auch der Meinung, daß bei allen zu späteren Beweis Zwecken bestimmten Protokollen zwingend die persönliche Gegenwart der Parteien oder ihrer Vertreter erforderlich ist.

Darüber hinaus forderte Feuerbach die Mündlichkeit der Rechtsverwaltung. Wie sehr er sie von der damit nicht zu verwechselnden Parteiöffentlichkeit her verstand, beweist die Tatsache, daß er das Mündlichkeitsprinzip immer nur auf das Verhältnis der Parteien zum erkennenden Gericht bezieht. Die Frage, ob Zeugen oder Sachverständige unmittelbar vor dem erkennenden Gericht erscheinen und aussagen, ist für Feuerbach keine Frage der Mündlichkeit, sondern des „lebendig gesprochenen Wortes“.⁴²

Am schriftlichen Verfahren kritisiert Feuerbach, daß es zwangsläufig zur Berichterstattung aus den Vorakten führe und die Beteiligten dadurch in ein bloß mittelbares Verhältnis zum Gericht träten⁴³, doch auch die Mängel des mündlichen Verfahrens verschweigt er nicht. So warnt er vor der gefährlichen „Macht der Rednerkünste und der diese begleitenden Äußerlichkeiten über die Sinne, die

⁴¹ Feuerbach, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit in der Gerechtigkeitspflege, Bd. 1, Gießen 1821, S. 96.

⁴² Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 1; S. 199.

⁴³ Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 1, S. 240.

Einbildungskraft und die Gefühle, wodurch den Richtern das Gesetz und die Wahrheit aus den Augen gerückt, ihr Verstand geblendet, ihre Neigung bestochen“ werde.⁴⁴ Eine sorgfältige Aktenkenntnis des vorsitzenden Richters⁴⁵ hielt er demgemäß für wichtig, ebenso wie private schriftliche Gedächtnishilfen aller Beteiligten, einschließlich der Zeugen.⁴⁶

1825 legte Feuerbach nach einer vom bayerischen König finanzierten Studienreise in die linksrheinischen Gebiete und nach Frankreich im zweiten Band seiner „Betrachtungen“ einen Erfahrungsbericht vor.⁴⁷ Um zu verhindern, daß in Deutschland neben Mündlichkeit und Öffentlichkeit auch eine Vielzahl von Mängeln mitübernommen wurden⁴⁸, beschrieb Feuerbach die Mißstände im neuen Prozeß des „Code d’Instruction Criminelle“ anhand praktischer Fälle und stellte den französischen Regeln entsprechende des englischen Rechts gegenüber. Das öffentlich-mündliche Verfahren im französischen Strafprozeß bezeichnete er als eine „die treuherzige Einfalt täuschende Maskerade“⁴⁹ und bemängelte insbesondere das Gewicht des Vorverfahrens gegenüber der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung.⁵⁰ Der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des englischen Verfahrens gab er eindeutigen Vorrang.

2. Carl Joseph Anton Mittermaier

Etwa zwanzig Jahre nach Feuerbach veröffentlichte Mittermaier, der sich zuvor schon häufig zu den drängenden Reformfragen geäußert hatte, seine wohl bekannteste

⁴⁴ Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 1, S. 263 f.

⁴⁵ Demgegenüber bemängelte er ausdrücklich die umfassende Akteneinsicht aller Richter und insbesondere der Geschworenen sowie die extensive Handhabung des Vorhalts aus den Akten; vgl. Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 2, S. 381 ff.

⁴⁶ Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 1, S. 197, 259 ff.

⁴⁷ Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 2, 1825.

⁴⁸ So Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 2, S. IX f.

⁴⁹ Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 2, S. 383.

⁵⁰ Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 2, S. 349 ff.

Schrift⁵¹, in der er neben einer sorgfältigen Übersicht über den Stand der deutschen partikularen Gesetzgebung und einer ausführlichen rechtsvergleichenden Darstellung auch das öffentlich-mündliche Verfahren des französischen und des englischen Strafverfahrens gegenüberstellte. Entgegen Feuerbach und seinen früheren Schriften war Mittermaier inzwischen zu der Erkenntnis gekommen, daß anstelle einer bloßen Verbesserung des herkömmlichen Inquisitionsverfahrens eine völlige Neustrukturierung nach ausländischem Vorbild erforderlich sei⁵², wobei er dem englischen Vorbild deutlich den Vorrang gab. Beim französischen Konzept bewertete er lediglich die Existenz einer hierarchisch gegliederten Anklagebehörde, die Übersichtlichkeit der äußeren Gerichtsorganisation und die Transparenz des Verfahrens ganz allgemein positiv⁵³, während er als Hauptfehler neben der mißglückten Jury-Verfassung und dem Prinzip freier Beweiswürdigung insbesondere die fehlende Waffengleichheit der Beteiligten beklagte, die übermächtige Stellung des Gerichtsvorsitzenden sowie das die Anklagebehörde einseitig begünstigende geheime Vorverfahren.⁵⁴ Im englischen Prozeß rühmte er an erster Stelle die konsequente Waffengleichheit der Beteiligten, die sich vor allem im Vorverfahren und in der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht außerordentlich bewährt habe⁵⁵, ebenso die neutrale Stellung des englischen Gerichtsvorsitzenden, das englische Beweisrecht mit seinen verschiedenartigsten Beweisausschließungsregeln und die Struktur des Vorverfahrens, hier vor allem das Erfordernis strengster Parteiöffentlichkeit und den Zweck des Vorverfahrens, das der Aufklärung des Sachverhalts und der Entscheidung über die Eröffnung der Hauptverhandlung dient.⁵⁶

Während Mittermaier sich in seinen rechtspolitischen Forderungen kaum von Feuerbach unterscheidet, sieht er die Mündlichkeit des Verfahrens deutlich unter dem

⁵¹ Mittermaier, Carl Joseph Anton: Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, Stuttgart und Tübingen 1845.

⁵² Mittermaier, Mündlichkeit, S. 1 und S. 223.

⁵³ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 44, 218 f. und 309 ff.

⁵⁴ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 212 ff.

⁵⁵ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 209 und S. 220 ff.

⁵⁶ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 203 ff., 220 ff., 266 ff., 390 ff.,

Aspekt der Wahrheitsfindung und der prozeßpsychologischen Seite. Man habe erkannt, so meint er, daß es die Pflicht der Richter sei, „auf das Gewissenhafteste den Grad der Verschuldung des Falles und dadurch die Individualität des Angeklagten zu würdigen. Hierzu aber genügten die Akten des geheimen deutschen Verfahrens nicht. Das Bedürfnis, die Angeklagten und die Zeugen selbst zu sehen, zu hören, sie zu befragen, drängte sich den Richtern als unabweislich auf und die Überzeugung, daß mündliches Verfahren nothwendig sei, wurzelte immer mehr“.⁵⁷

Mittermaier plädiert dafür, daß das Vorverfahren nach englischem Vorbild prinzipiell nur der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Anklage dienen solle und im Vorverfahren gewonnene Beweise nur ausnahmsweise der späteren Urteilsfindung zugrunde gelegt werden dürfen. Der Verlesung früherer Geständnisprotokolle widersprach er allerdings nur für den Fall, daß der Angeklagte plausible Gründe für seinen Widerruf vorbringen könne.⁵⁸

III. Die klassischen Untersuchungen über den Ursprung der Jury

In den zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts wurden in Deutschland die ersten Untersuchungen über den Ursprung der Jury veröffentlicht. Damals wurden zwei Haupttheorien vertreten, die Schöffen- oder Urteilsfindertheorie und die Beweismitteltheorie. Seit den Arbeiten von Rogge und Biener wurde die Urteilsfindertheorie aber zunehmend verdrängt.

Die Anhänger der Schöffentheorie sahen, weitgehend unter dem Einfluß der französischen Literatur, in der Beteiligung des Volkes an der Rechtsprechung das Wesensmerkmal der Jury und ignorierten die Tatsache, daß die altgermanischen Schöffengerichte eine Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage nicht kannten und es ursprünglich das Amt der Schöffen war, das Recht zu finden und zu weisen. Vertreter dieser Theorie waren auch die rheinischen Gutachter.

⁵⁷ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 21.

⁵⁸ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 276 ff.

Rogge⁵⁹ war der erste, der die Jury aus einem Institut des germanischen Beweisrechts herzuleiten versuchte. Er verwarf die Schöffentheorie wegen des Fehlens einer Trennung der Aufgaben und wegen der Rechtsfindungsfunktion der Schöffen. Nach seiner Ansicht waren die Geschworenen aus den altgermanischen Eidhelfern hervorgegangen. Die Anklagejury leitete er aus den Eidhelfern des Klägers, die Urteilsjury aus den Eidhelfern der Beklagten her. Seiner Meinung war die Umwandlung der Eidhelfer des Angeklagten zu Geschworenen auf die Abschaffung des Gottesurteils zurückzuführen, und zwar dadurch, daß die Eidhelfer als nunmehr einziges Beweismittel auch in solchen Fällen in Tätigkeit treten mußten, wo früher ein Gottesurteil entschied, z.B. wenn der Angeklagte nicht die erforderliche Zahl Eidhelfer aufbringen konnte. Die Eidhelfer wurden so ein zweiseitiges Beweismittel über Schuld und Unschuld; damit aber war ihre Verwandlung als Richter vollendet. In Deutschland sei diese Entwicklung durch eine Anordnung Karls des Großen unterbunden worden; er habe nämlich richterliche Gehilfen an die Stelle der Eidhelfer treten lassen. Rogge stützte diese Hypothese auf das altdänische Recht, wo es eine Art von Geschworenen gab, die sowohl mit den Eidhelfern wie auch mit den englischen Geschworenen Ähnlichkeit hatten.

Gegen diese Herleitung Rogges machte allerdings schon kurz darauf Maurer⁶⁰ ein schweres Bedenken geltend. Rogge hatte den Ursprung der Urteilsjury in den Eidhelfern der Beklagten gesucht und dabei nicht berücksichtigt, daß sich diese in einzelnen Fällen neben der Jury, ja sogar im Gegensatz zu dieser bis in die neueste Zeit erhalten hatten. Aufgrund dieser Tatsache stellte Maurer die Hypothese auf, daß der Ursprung der Jury auf englischem Boden liege, wo die Geschworenen aus den Eidhelfern des Klägers hervorgegangen seien. Dieser Erklärung stand die Geschichte nicht entgegen, da die Eidhelfer des Klägers tatsächlich frühzeitig außer Gebrauch gekommen waren.

⁵⁹ Rogge, K.A.: Über das Gerichtswesen der Germanen, Halle 1820, S. 187, S. 242-254.

⁶⁰ Maurer, G.: Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayerischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, Heidelberg 1824, S. 106-110.

Obwohl Maurers Werk nur wenige Seiten über den Ursprung der Jury enthielt, hatte es in der Folgezeit großen Einfluß auf die Reform des Strafverfahrens. Landsberg⁶¹ schreibt den historischen Abhandlungen Maurers sogar den gleichen Einfluß auf die Reform zu wie Feuerbachs dogmatischen und vergleichenden Studien. Maurer, damals noch rheinischer Praktiker, war ein erklärter Anhänger des Schwurgerichts und als solcher ehrlich genug zuzugeben, daß der Ursprung der Jury auf fremdem, nicht auf deutschem Boden zu suchen sei. Dennoch hatte er keine Bedenken, sich für das Schwurgericht im Sinne einer Heranziehung des Volkes zur Lösung der staatlichen Aufgaben als Gegengewicht gegen die erstarrende Beamtenhierarchie einzusetzen.

Phillips⁶² hat die Auffassung vertreten, daß es sich bei den Geschworenen um eine Kombination von Eidhelfern und Schöffen handele. Nach ihm ist das Schwurgericht in England nicht aus den Eidhelfern allein, aber auch nicht aus den Schöffen allein, sondern aus einer allmählichen Vereinigung beider miteinander herzuleiten. Die fast unbegrenzte Ausdehnung der Zuständigkeit der Curia Regis seit der Ankunft der Normannen sowie das wachsende Mißtrauen gegen den Eidhelferbeweis sollen dies hauptsächlich herbeigeführt haben. Allerdings hat Biener⁶³ mit Erfolg die eine der beiden Prämissen bestritten und Phillips entgegengehalten, daß die angelsächsischen Volksgerichte weder vor noch nach der Eroberung Englands durch die Normannen Schöffen, das heißt ständige Volksrichter, besessen haben.⁶⁴

Der erste, der über die Unklarheiten der Eideshelfertheorie hinauskam, war F.A. Biener, vor Brunner der weitaus bedeutendste Historiograph des Schwurgerichts. Er vertrat in seinen „Beiträgen zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte“ zum ersten Mal die später herrschend gewordene Zeugentheorie, die den Ursprung der Jury in einem Beweismittel mit inquisitorischer

⁶¹ Landsberg, E.: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbband, 1910.

⁶² Phillips, G.: Englische Reichs- und Rechtsgeschichte seit der Ankunft der Normannen, Berlin 1828, Bd. II, S. 283 ff.

⁶³ Biener, F.A.: Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Leipzig 1827, S. 304.

⁶⁴ Biener, Beiträge, S. 304.

Wurzel sieht. Brunner selbst hat darin den Hauptverdienst aller vor ihm liegenden Forschung gesehen.⁶⁵

Biener sucht den Ursprung des Schwurgerichts⁶⁶ in einem eigentümlichen Zeugnis der Gemeinde durch 12 Repräsentanten, von dem sich Spuren bereits in der angelsächsischen Zeit finden. Zu voller Entfaltung gelangte dieses Gemeindezeugnis aber erst, seit Zweikampf und Gottesurteil ihre herrschende Stellung im Prozeß verloren und dafür ein Ersatz gesucht werden mußte. Zunächst wurde dieser Weg nur im Verfahren vor der Curia Regis und den vom König ausgeschickten Justitiarien gewählt, doch da infolge der Zentralisation der Rechtspflege durch die Normannen die Zuständigkeit der Curia Regis nahezu unbegrenzt wurde, wurde dieses Zeugnis bald das Hauptbeweismittel. Wenn die Reiserichter in den Gerichtssaal kamen, versammelten sie die Angehörigen der Grafschaft um sich, aber nicht als richtendes Volksgericht, sondern um aus jeder Hundertschaft 12 Geschworene als Repräsentanten der Gemeinde zu wählen. Das Urteil sprach der Justitiar als Vertreter der Curia Regis. Dies waren die Anfänge des Schwurgerichts in Zivilsachen. Die Geschworenen sprachen also aus eigenem Wissen, doch dieser Zustand war nur von kurzer Dauer, da der enge Verbund zwischen den Gemeindemitgliedern sich löste und ihre Kenntnis der rechtserheblichen Tatsachen seltener wurde. Dadurch verwandelten sich die Zeugen zu Urteilern, denen später auch Beweise vorgeführt wurden. Seit dem 13. Jahrhundert kam es vor, daß die Parteien in Gegenwart der Geschworenen verhandelten.

Ebenso wie die Entstehung der Jury in Zivilsachen hängt auch die Entstehung der Rügejury und aus dieser der Urteilsjury in Strafsachen mit der Erweiterung der Kompetenz der Curia Regis und mit der Einsetzung der „justitiiarii itinerantes“ zwischen 1164 und 1176 zusammen. Die altenglische Gesamtbürgerschaft, d.h. die Verbindlichkeit der Gemeinden, in ihrem Bezirk die Verbrecher der Gerechtigkeit zu überliefern oder allen Schaden zu ersetzen, wurde unter Heinrich II. mit dem Institut der Reiserichter in Verbindung gebracht. Daraus ging die Rügejury hervor. Wie in Zivilsachen wurde das Kollegium der zu befragenden Personen gebildet. Ursprünglich

⁶⁵ Brunner, Die Entstehung der Schwurgerichte, Berlin 1872, S. 24.

⁶⁶ Biener, Beiträge, S. 255 ff.

führte die Rüge zur Reinigung durch die üblichen Beweismittel Eid oder Gottesurteil, da das Verfahren gegen den Gerügten dasselbe wie gegen einen Angeklagten war. Auch hier führte aber die Umgestaltung des Beweisrechts eine Änderung herbei, indem mit Abschaffung des Gottesurteils die entstehende Lücke durch das Zeugnis der Rügegeschworenen nach dem Vorbild des Zivilverfahrens ausgefüllt wurde. Bieners Theorie war nun, daß Rügejury und Urteilsjury, die ursprünglich aus denselben Personen bestanden, dann später getrennt wurden.

IV. Die Diskussion über die Einführung der Schwurgerichte

In Frankreich hatten nach der französischen Revolution Auswüchse praktizierter Revolutionsrechtsprechung schon nach wenigen Jahren dazu geführt, daß die Verteidigungsgarantien der Betroffenen nicht unerheblich abgebaut und das Vorverfahren dem traditionellen Vorverfahren so weit angeglichen wurde, daß von unmittelbar-mündlicher Hauptverhandlung kaum noch die Rede sein konnte.⁶⁷ Auch in den ehemals französisch besetzten Gebieten der Rheinprovinz, die das aus Frankreich übernommene Schwurgerichtsverfahren nach dem Abzug der Franzosen beibehielten, zeigte sich, daß Urteile von Geschworenengerichten nicht unbedingt eine Garantie für inhaltliche Richtigkeit bedeuteten.

Nachdem die Diskussion über das Schwurgericht eröffnet worden war, rückten die Teile Deutschlands, in denen seit 1798 das französische Schwurgerichtssystem eingeführt worden war, zunächst in den Mittelpunkt der literarischen Kontroverse. Während man in Preußen nach Beendigung der Freiheitskriege selbstverständlich davon ausging, daß das französische Recht dem altpreußischen weichen müsse, wollte das rheinische Bürgertum überwiegend das französische Verfahren, das als wertvolle liberale Errungenschaft betrachtet wurde, beibehalten. Eine königliche Kabinettsordre des preußischen Königs vom 20. Juni 1816 bestimmte, daß der Umänderung eine gründliche Untersuchung und Prüfung des Rechtszustandes in den Rheinlanden vorausgehen solle.

⁶⁷ Geppert, a.a.O., S. 43.

1. Das Gutachten der Rheinischen Kommission

Zum Zwecke dieser Prüfung und Untersuchung wurde die Einrichtung einer einer Immediat-Justiz-Commission angeordnet. Die Kommission stand erst unter Hardenberg, wurde dann aber im November 1817 unter die Oberaufsicht des früheren preußischen Großkanzlers von Beyme gestellt, für den ein besonderes "Ministerium für die Revision der Gesetzgebung" geschaffen wurde.⁶⁸

Die Leitung des rheinischen Justizwesens wurde für die Dauer ihrer Tätigkeit der Immediat-Justiz-Commission übertragen, die sogleich an die Justizbehörden und alle Kreise der Bevölkerung die öffentliche Aufforderung ergehen ließ, gutachtliche Äußerungen zu erstatten. In kurzer Zeit entstand eine umfangreiche Literatur über die französisch-rheinische Jury, überwiegend im Sinne einer Beibehaltung des französischen Rechts und – so Schwinge – „auf einem erstaunlich niedrigen Niveau“.⁶⁹ Um ein Organ für die Anhänger des französisch-preußischen Rechts zu schaffen und die Arbeit der Immediat-Justiz-Commission zu unterstützen, wurde 1817 das Niederrheinische Archiv für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege gegründet, das bis 1824 in fünf Bänden erschien und als offizielles Organ der Immediat-Justiz-Commission angesprochen werden kann. Diese Zeitschrift wurde das Sammelorgan für Abhandlungen und Petitionen zugunsten des Schwurgerichts und der französischen Verfahrensprinzipien.⁷⁰

Die Kommission mußte sich vor allem mit Feuerbach auseinandersetzen. Als die Kommission nach zweijähriger Beratung in sechs Hauptgutachten die Resultate ihrer Beratungen vorlegte, handelte es sich im wesentlichen um Erwiderungen auf die von

⁶⁸ Schwinge, a.a.O., S. 20.

⁶⁹ Schwinge, a.a.O., S. 21.

⁷⁰ Für das französische Verfahren haben sich auch die Schriften von Bewer, J.W.: Über das öffentliche und mündliche Verfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtssachen, Düsseldorf 1817, und Weber, G.: Nachlese über das öffentliche und mündliche Gerichtsverfahren für und wider dasselbe, Darmstadt 1818, ausgesprochen.

Feuerbach gegen die Jury geltend gemachten Bedenken, ohne daß allerdings die wesentlichen von Feuerbach aufgedeckten Mängel – Einfluß der Regierung auf die Besetzung des Schwurgerichts, Fehlen einer Beweistheorie, Entscheidung nach Stimmenmehrheit – erwähnt wurden.

Als ersten Grund für die Beibehaltung des Schwurgerichts führte die Kommission den Wunsch der Provinz und der meisten Gerichtsbehörden an.⁷¹ Sie verwies auf das größere Vertrauen des Volkes zu Geschworenen statt zu Beamtenrichtern und argwöhnte immer eine wenigstens unwissentliche Voreingenommenheit zugunsten der Regierung und zum Nachteil der Angeklagten.⁷² Zudem wirke sich das Schwurgericht günstig auf die staatsbürgerliche Bildung des Volkes aus, verstärke die Achtung vor dem Gesetz und verbreite die Rechtskenntnis unter dem Volke mehr als bisher. Da die Übertretung eines Gesetzes nur dann bestraft werden dürfe, wenn der Täter das betreffende Gesetz verstanden habe oder hätte verstehen können, sei es eine Forderung der Gerechtigkeit, die Entscheidung über die Tatfrage dem gemeinen Verstande zu überlassen. Darüber hinaus war die Kommission der Meinung, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisführung setzten dank ihrer Anschaulichkeit jeden normalen, mit gesunden Sinnen und natürlichem Verstand begabten Menschen in die Lage, eine Überzeugung von der Schuld oder Nichtschuld des Täters zu gewinnen.⁷³ Geschworene seien in vielen Fällen sogar mehr als der ständige Richter zur Entscheidung der Tatfrage befähigt; sie seien besser imstande, die Verhältnisse des gewöhnlichen Lebens zu würdigen und das Volk schenke ihnen mehr Vertrauen als ständigen, rechtsgelehrten Richtern. Auch spräche für sie die größere Unbefangenheit, mit der sie ihre Entscheidungen fällen.⁷⁴

Als das Gutachten vorlag, wandte sich der Geheime Staatsrat Daniels, der bei der Kommission mitgewirkt hatte⁷⁵, mit einem Schreiben an Hardenberg, wobei er das Justizelend in den Rheinlanden beklagte und schleunigste Entscheidung verlangte, ob

⁷¹ Gutachten der Immediat-Justiz-Commission über das Geschworenengericht, Belin o.J. (1818), S. 69 f.

⁷² Gutachten der Immediat-Justiz-Commission, S. 370.

⁷³ Gutachten der Immediat-Justiz-Commission, S. 65 ff.

⁷⁴ Gutachten der Immediat-Justiz-Commission, S. 95 ff.

⁷⁵ Schwinge, a.a.O., S. 21.

das französische Recht bis zur Revision der preußischen Gesetzgebung weiter bestehen solle oder nicht. Seine Vorstellungen hatten zur Folge, daß das Schwurgericht bis zur Revision der preußischen Gesetzgebung bestehen bleiben sollte. Die einzige Neuerung war die Gründung des rheinischen Kassations- und Revisionshofes in Berlin.⁷⁶

2. Die Schwurgerichtsdiskussion und der Fall Fonck

Der Prozeß Fonck war der erste moderne deutsche Sensationsprozeß, der sechs Jahre lang die Gemüter im In- und Ausland beschäftigte. Die öffentliche Meinung in Köln hatte den Kaufmann Fonck und dessen Küfer Hamacher als Mörder des Krefelder Handlungsbevollmächtigten Coenen bezeichnet, der als Beauftragter von Foncks Sozios Schröder die zwischen diesem und Fonck laufenden Geschäftsbeziehungen liquidieren sollte. Kurz vor Abschluß seiner Aufgabe, am 9. November 1816, verschwand Coenen spurlos. Einige Wochen später wurde seine Leiche im Rhein gefunden.

Fonck wurde zweimal verhaftet und auf Beschluß der Anklagekammer zweimal wieder freigelassen. Erst nachdem Hamacher aufgrund eines – später widerrufenen - Geständnisses zu lebenslänglicher Zwangsarbeit verurteilt worden war, wurde das Verfahren gegen Fonck wieder aufgenommen. Nach sechswöchiger Verhandlung verurteilte ihn das Schwurgericht in Trier am 9. Juni 1822 zum Tode. Sein Kassationsgesuch hatte keinen Erfolg.

Ab etwa 1821 entstand eine umfassende Literatur zum Falle Fonck, wobei der Streit auch Bedeutung im Kampf für oder gegen das Schwurgericht fand. Man sah, daß im französischen Verfahren der Angeklagte während der Voruntersuchung nicht mehr gegen Härte und Mißhandlung geschützt war als im verrufenen deutschen Inquisitionsprozeß, und daß dort genauso rücksichtslos mit allen polizeilichen Kniffen auf das Geständnis hingearbeitet wurde wie hier. Etwa die Hälfte der Schriften zum Prozeß Fonck nahm prinzipiell zum Schwurgericht Stellung, in der Regel aber nur

⁷⁶ Schwinge, a.a.O., S. 32.

beiläufig und ohne tieferes Eingehen auf Vorzüge und Nachteile. Die Anhänger Foncks erklärten sich nur zu einem Teil prinzipiell gegen das Schwurgericht⁷⁷, und auch Fonck selbst nahm, nachdem er wider eigenes Erwarten zum Tode verurteilt worden war, das Schwurgericht in Schutz und schob die Schuld der Nichtbeobachtung der Verfahrensvorschriften zu: „Wären die in den Rheinprovinzen geltenden Gesetze in der gegenwärtigen Sache von allen Beamten, die darin wirkten, mit dem Pflichtgeföhle geehrt worden, das ihnen, so lange sie bestehen, jeder Bürger ohne Unterschied, um so mehr also jeder beamtete Bürger schuldig ist, so wäre ich unter dem Schutze eben dieser Gesetze gegen alle die Frevel gesichert gewesen, die so viele Jahre an mir verübt wurden; gegen die zügellose Willkür, womit so manche Beamte die bestimmten Verfügungen jener Gesetze in dieser Sache verhöhnten, hätte mich aber das preußische Landrecht und die preußische Criminalordnung ebensowenig als jede andere Gesetzgebung schützen können.“⁷⁸

Während das französische Schwurgericht nur von einigen rheinischen Schriftstellern verteidigt wurde, waren gerade die namhaftesten und bedeutendsten Autoren⁷⁹, die sich über den Fall Fonck äußerten, der Überzeugung, daß die Grundidee des Schwurgerichts gut sei und der Prozeß Fonck nur gegen die französische Jury spreche. Zachariae meinte, es sei „ein wahres Unglück für die ewig gute Sache einer gesetzmäßigen Freiheit, daß wir die Gewährleistungen, welche die britische Verfassung für die öffentliche Freiheit und für die der Einzelnen enthält, erst durch das Mittel der französischen Verfassung und so mehr oder weniger entstellt näher und lebender kennengelernt haben.“⁸⁰ Zu den wesentlichen Forderungen gehörte eine

⁷⁷ Dagegen waren von Kobbe, P.: Erste Stimme aus Norddeutschland über Foncks Unschuld nebst gelegentlichen Bemerkungen über die Geschworenengerichte, Göttingen 1822; Wenck, C.F.C.: Die Criminalprocedur, wie sie nicht sein soll, Leipzig 1823; Hallische allgemeine Literaturzeitung 1822, Nr. 250 ff., Literarisches Conversationsblatt 1822, S. 309.

⁷⁸ Fonck, P.A.: Der Kampf für Recht und Wahrheit in dem fünfjährigen Prozeß gegen P.A. Fonck, Coblenz 1822, Bd. 2, S. 85.

⁷⁹ Benzenberg: Briefe über die Assise in Trier, Cöln 1822, insbesondere S. 436 ff.; Paulus, H.G.K.: Warnung vor möglichen Justizmorden durch rechtliche und allgemein verständliche Beleuchtung der Fonckisch-Hamacherischen Cause célèbre, in: Sophronizon, Bd. 5, Heft 1-4, Heidelberg 1823, insbes. S. 5 ff.; Zachariae, C.S.: Über die wegen Cönens Ermordung gegen P.A. Fonck gerichtete Anklage, abgedruckt aus den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur, Ergänzungsheft 1822, insbes. S. 10; Mittermaier, Carl Joseph Anton: „Über den Fonck'schen Prozeß“, Heidelberg 1822, insbes. S. 24, 30.

⁸⁰ Zachariae, a.a.O., S. 6.

andere Ausgestaltung der Voruntersuchung, die Beseitigung des Resumés durch den Assisenpräsidenten, Einstimmigkeit, Angabe der Entscheidungsgründe und deren Bekanntgabe.⁸¹

Von den rheinischen Schriftstellern erklärte sich nur ein einziger gegen das Schwurgericht.⁸² Die anderen – und zwar sowohl Anhänger als auch Gegner Foncks – wollten, daß das Schwurgericht der Rheinprovinz erhalten bliebe. Foncks Anhänger behaupteten, der Fehlspruch sei darauf zurückzuführen, daß die Geschworenen durch die öffentliche Meinung irregeleitet worden seien⁸³, und Benzenberg forderte als Konsequenz die Einführung des Begründungszwangs für Schwurgerichte. Besonders scharf gegen alle Verbesserungsvorschläge sprach sich der Düsseldorfer Physikprofessor Brewer aus, der in seinem Buch über den Prozeß Fonck eine neue Rechtfertigung des Schwurgerichts gab. Brewer, ein Gegner Foncks, konstatierte 1823, daß „nach langem hartnäckigen Kampfe ... letztlich die Wahrheit über alle Künste der Lüge und Bosheit gesiegt habe“, daß die rheinische Gerichtsverfassung eine schwere Probe bestanden und über alle gegenwärtigen und künftigen Feinde gesiegt habe.⁸⁴ Brewer führt aus: „In der höheren Hinsicht nun, die großen Vorzüge der Öffentlichkeit und des Geschworenen-Gerichtes zu zeigen, will ich die Verhandlungen dieses merkwürdigen Rechtsstreites von seinem Ursprunge an nochmals in gedrängter Kürze darstellen. Leider! (oft entfiel bei diesem Gedanken die Feder meiner Hand) werde ich es nicht ausführen können, ohne zugleich die Schuld eines Verbrechers zu beweisen, der als Mensch doch immer unser Mitleid, und dessen tiefgebeugte Familie die Hochachtung und Verehrung aller Rechtschaffenen verdient ... Da aber jene wüthende Partei, deren unsinniges Geschrei schon Jahre lang unsere Ohren betäubt, selbst jetzt ihre Meinung dem wirklich erfolgten Ausspruche der Geschworenen, worauf sie sich früher immer berufen, nicht unterwerfen will; da sie sogar dieses große Institut, welches gerade hier seinen schönsten Triumph gefeiert, ihrem boshafteu Eigensinne geopfert zu sehen wünscht, so habe ich, selbst auf die Gefahr eines Vorwurfs von Härte und Unmenschlichkeit hin, den man mir machen

⁸¹ Schwinge, a.a.O.S. 34.

⁸² V.d.Leyen: Über die Ermordung des Wilhelm Cönen, Düsseldorf 1822.

⁸³ Z.B. Kreuser, J.: Über P.A. Fonck und das Gerücht von Cönens Ermordung, Cöln 1821, S. 23 f.; 40 f., Benzenberg, a.a.O., S. 436.

⁸⁴ Brewer, Johann Paul: Peter Anton Fonck und seine Vertheidiger, Köln 1823, S. I.

könnte, diesen schwierigen und traurigen Theil meiner Arbeit, Fonck's Schuld zu beweisen, ebenfalls übernommen.“⁸⁵

Vor allem ein Brief Feuerbachs⁸⁶ hat dann entscheidend für Fonck gewirkt. In dem Prozeß sah Feuerbach „nicht nur eine abscheuliche Ungerechtigkeit an einem rein unschuldigen Menschen, sondern auch die gründlichste Erbärmlichkeit der französischen Geschworenengerichte und der französischen Criminal-Prozedur an das Tageslicht gefördert“.⁸⁷ Wenn Fonck schuldig sei, so meinte er, „gibt es auf dieser Welt keine Wahrheit, so ist alle Gewißheit Täuschung und selbst die Erfahrung Betrug.“⁸⁸

Im Gebiet des preußischen Landrechts bedurfte jedes Todesurteil der Bestätigung durch den Monarchen; allerdings war die Nichtbestätigung und Freilassung des Angeklagten kein Akt der Begnadigung, sondern eine Niederschlagung des Verfahrens ohne Urteilsspruch.⁸⁹ Demgegenüber sah für das Gebiet des rheinischen Rechts das dort nach 1815 fortgeltende französische Strafverfahrensrecht ein Bestätigungsrecht des Monarchen nicht vor, zumal mit den dortigen Geschworenengerichten das königliche Bestätigungsrecht schon dem Grundsatz nach schwer vereinbar war. Bereits am 9. August 1816 stellte der preußische König in einer Kabinettsordre fest, daß auch im Gebiet des rheinischen Rechts „kein Urteil auf Todesstrafe oder lebenswichtige Gefangenschaft ohne Allerhöchste unmittelbare Bestätigung vollstreckt werden dürfe“.⁹⁰ Daß das Eingreifen nicht nur die Vollstreckung, sondern bereits das Zustandekommen eines Urteils verhindern sollte, zeigte sich im Falle Fonck, bei dem außerhalb des Rheinlands die Auffassung verbreitet war, daß das von der erregten öffentlichen Meinung erzwungene Geschworenenurteil gegen ihn ein Justizirrtum war. Nachdem das Trierer

⁸⁵ Brewer, a.a.O., S. VI-IX.

⁸⁶ Feuerbach, L.: Anselm Ritter von Feuerbachs Leben und Wirken, veröffentlicht von seinem Sohn Ludwig Feuerbach, zwei Bände, Leipzig 1852, Bd. 2, S. 201 ff.

⁸⁷ Feuerbach, L., a.a.O., S. 202.

⁸⁸ Feuerbach, L., a.a.O., S. 205.

⁸⁹ Huber, Ernst Rudolf: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band III, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1976, S. 18.

⁹⁰ Huber, a.a.O., S. 18.

Geschworenengericht den Angeklagten zum Tode verurteilt hatte, erklärte der König in einer Kabinettsordre vom 28. Juli 1823, er habe sich von der Schuld des Verurteilten nicht überzeugen können und könne das Urteil der Geschworenen nicht bestätigen, so daß der Angeklagte freizulassen sei.⁹¹ Erst mit der Aufhebung des Bestätigungsrechts und des Abolitionsrechts gingen die Eingriffsmöglichkeiten dieser Art in Preußen unter.

Festzuhalten bleibt, daß der Prozeß Fonck wesentlich für die Verbreitung der Kenntnis von Schwurgerichtsverfahren gewirkt hat. Unter dem Eindruck des Prozesses bestimmte der preußische König, daß am 1.1.1828 das altpreußische Recht in den Rheinlanden eingeführt werden sollte, ohne die Revision der preußischen Gesetzgebung abzuwarten. Die rheinische Ständeversammlung erklärte sich allerdings entschieden dagegen und erreichte es, daß die Einführung erneut aufgeschoben wurde. Bis Ende der dreißiger Jahre war die Gefahr der Aufhebung der Schwurgerichte so gut wie beseitigt, und ein letzter Vorstoß aus Berlin zu Beginn der vierziger Jahre hatte keinen Erfolg. 1843 lehnten die rheinischen Provinzialstände einstimmig einen Entwurf ab, der unbestreitbare Vorzüge gegenüber dem französischen Recht besaß, allerdings etwa die Hälfte der Wirksamkeit der Schwurgerichte zugunsten von Zuchtpolizeigerichten eingebüßt hätte.⁹²

3. Die politische Bedeutung des Schwurgerichts

Der Kampf um die Schwurgerichte blieb keine bloß juristische Angelegenheit. Schon die rheinische Bewegung hatte gezeigt, daß das Interesse für das Schwurgericht weit über die unmittelbar beteiligten Fachkreise hinausreichte. Die überraschende

⁹¹ Huber, a.a.O., S. 18.

⁹² Schwinge, a.a.O., S. 38.

Einmütigkeit der Rheinländer im Streit um die Jury erregte in Deutschland allgemein Aufsehen und erweckte bei allen fortschrittlich Gesinnten den Glauben an die große politische Bedeutung des Schwurgerichts. Die Gedanken Montesquieus, Blackstones und Delolmes, die schon Jahrzehnte zuvor das Schwurgericht als unentbehrlichen Bestandteil jeder konstitutionellen Staatsverfassung bezeichnet hatten, fanden zunehmend Eingang und Verbreitung in Deutschland. Nach Beendigung der Freiheitskriege tauchte auch schon in den Ständeversammlungen der Süddeutschen Staaten das Schwurgericht als später ständig wiederholte Forderung auf. Seit 1819 ist es ein Glaubensartikel der liberalen Partei. Daß der Gedanke der Laienbeteiligung an der Rechtspflege so großen Anklang im deutschen Bürgertum finden konnte, ist wesentlich auch eine Folge der politischen Prozesse, die das schon vorher schwer erschütterte Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Beamtenrichter vollends untergruben und das Widerstreben der Zeit gegen die Allgewalt des Beamtentums verschärften.⁹³

Die rasche Verbreitung des Gedankens der Teilnahme des Volkes an der Rechtsprechung war eine Folge der veränderten Einstellung zum Staat. Die Staatsauffassung der Aufklärung brachte mit der Hervorkehrung des Individuums eine grundlegende Wandlung. Das Individuum wird aus einem bloßen Objekt zum Subjekt der Staatstätigkeit. Der Bevormundung durch die Beamtenkaste und der ausschließlichen Beamtenherrschaft überdrüssig, beansprucht es selbst aktive Teilnahme an den Funktionen der Staatsgewalt, und zwar gleichmäßig an Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als folgerichtige Durchführung des konstitutionellen Prinzips. Die Mitwirkung an der Rechtsprechung dachte man sich nach dem Vorbilde Englands oder Frankreichs in der Form der Schwurgerichte.

Die in den zwanziger und dreißiger Jahren entstandenen politischen Untersuchungen trugen wesentlich dazu bei, das Vertrauen zum gelehrten Richtertum zu untergraben, und festigten im Volk die Überzeugung, daß nur dann eine zuverlässige Gewähr gegen Richterwillkür und Kabinettsjustiz gegeben sei, wenn die Richter an die Mitwirkung von Laien gebunden wären. Nachdem durch die Karlsbader Beschlüsse für alle periodischen Schriften und alle Bücher unter 20 Bogen die Pressezensur eingeführt

⁹³ Schwinge, a.a.O., S. 43.

worden war, wurde jede Rüge über die bei den Demagogenverfolgungen vorgekommenen groben Rechtsverletzungen durch die Zensur gestrichen, was dazu führte, daß die Nachricht von den zahlreichen Willkürakten per Mundpropaganda verbreitet wurde, die jedes Opfer, das sich mangels Öffentlichkeit nicht rechtfertigen konnte, als Märtyrer betrachtete. Was von Willkürakten an den Tag kam, beruhte zwar in aller Regel auf Mutmaßungen und Gerüchten, doch in manchen Fällen lieferten aktenmäßige Darstellungen den Beweis für unglaubliche Pflichtverletzungen und Exzesse im Rahmen der Untersuchung.⁹⁴

Als sich 1833 zwei süddeutsche liberale Publizisten, Wirth und Siebenpfeiffer, vor den Landauer Geschworenen wegen ihrer Hambacher Reden zu verantworten hatten, die nach der damaligen Rechtslage zweifellos hochverräterischen Inhalt hatten, hielt der Angeklagte Wirth vor der Jury eine so mitreißende Rede, daß Geschworene, Verteidiger und Öffentlichkeit applaudierten und die Angeklagten freigesprochen wurden. Dieses Urteil ließ die großen Vorzüge und die große Bedeutung des Schwurgerichts für politische Prozesse klar hervortreten. Demgegenüber mißtrauten die deutschen Regierungen dem Schwurgericht und wollten es für politische Verbrechen beschränken oder lieber noch ganz beseitigen. Zwangsläufig lenkte dies die Aufmerksamkeit des Volkes auf den Charakter des Schwurgerichts.

Durch eine Kabinettsordre vom 6.3.1821 wurde den Schwurgerichten in Rheinpreußen die Zuständigkeit für die politischen Verbrechen genommen; am 25.4.1835 wurden alle Hochverratsprozesse an das Kammergericht als Ausnahmegericht verwiesen. Im geheimen Schlußprotokoll der Wiener Konferenz vom 12.1834 war ein – an der Weigerung Bayerns gescheiterter – Artikel vorgesehen, in dem es hieß: „In denjenigen Ländern, in welchen das Institut der Geschworenengerichte besteht und seine Wirksamkeit auf politische Verhältnisse ausgedehnt ist, verbinden sich die Regierungen auf dessen Zurückführung in unschädliche Grenzen, oder nach Umständen auf dessen Beseitigung hinzuwirken.“⁹⁵

⁹⁴ Schwinge, a.a.O., S. 46 f.

⁹⁵ Welcker, C.T.: Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation, mit eigenhändigen Anmerkungen von Joh. Ludw. Klüber. Aus dessen Papieren mitgeteilt und erläutert von C. Welcker, Mannheim 1844, S. 381 ff.

4. Das Beweisrecht im Streit um die Jury

Seit Beginn der zwanziger Jahre des 19. Jahrhunderts hing der Kampf um die Schwurgerichte mit dem Streit um die Beibehaltung oder Abschaffung der gesetzlichen Beweistheorien, dem Streit also zwischen Beweistheorie und freier Beweiswürdigung, eng zusammen.

Die überlieferten Beweistheorien waren damals bereits stark erschüttert. Nach Artikel 22 der Carolina konnte eine Verurteilung nur aufgrund eines glaubwürdigen Geständnisses oder aufgrund Beweises durch zwei klassische Zeugen erfolgen. Bloße Indizien genügten nicht zur Verurteilung, berechtigten aber zur Folter. Als die Folter abgeschafft wurde, mußte man dem Richter die Möglichkeit geben, schon auf Indizien zu verurteilen. Die unzulängliche gesetzliche Regelung des Indizienbeweises führte dazu, daß der Richter mitunter gegen seine Überzeugung freisprechen mußte, weil die gesetzliche Beweistheorie ihn zwang; man begann daher, die richterliche Überzeugung in den Vordergrund zu stellen und neben ihr ein im voraus bestimmtes Maß an Beweismitteln zu fordern, die einen Schuldspruch rechtfertigen konnten.⁹⁶ Der Schritt, auf die in der Beweistheorie liegende Garantie gegen richterliche Willkür zu verzichten und das richterliche Ermessen freizugeben, wurde zunächst nur von den rheinischen Gutachtern gewagt, die sich damit in Gegensatz zur gesamten damaligen deutschen Rechtswissenschaft stellten.

Einer der Hauptgründe, aus dem die Kommission die gesetzliche Beweistheorie verwarf⁹⁷, war, daß alle Beweisarten immer nur Wahrscheinlichkeit geben und jeder historische Beweis nur eine Kette von Vermutungen ist, deren Beurteilung letzten Endes in das Ermessen des Richters gestellt ist. Auch Beweistheorien verlassen sich letzten Endes auf die individuelle Überzeugung des Richters, etwa bezüglich der Beweiskraft eines Geständnisses, und bieten gar nicht den Schutz, den sie gewähren sollen. Hinzu kommt, daß keine Beweistheorie vollständig diejenigen

⁹⁶ Diese Theorie hat auch Mittermaier, Mündlichkeit, S. 401 ff. vertreten.

⁹⁷ Gutachten der Immediat-Justiz-Kommission, S. 5 ff.

Voraussetzungen angeben kann, die zur Entscheidung des Einzelfalles erforderlich sind. Sie geht von der irrigen Auffassung aus, es sei möglich und ihre Aufgabe, im voraus für alle Fälle abstrakt zu bestimmen, wer schuldig ist und wer nicht.

Das von der rheinischen Kommission proklamierte Prinzip der freien Beweiswürdigung fand in der deutschen Literatur auf lange Zeit nirgendwo Anerkennung; nur unter der Bedingung, daß man die Beamtenrichter durch Geschworene ersetzte, war man bereit, die freie Beweiswürdigung zuzugestehen. Feuerbach wurde zum tonangebenden Vertreter der Ansicht, die davor warnte, Beamtenrichter nach ihrer freien Überzeugung urteilen zu lassen. Er hatte schon 1813 die Juryfrage mit der Streitfrage „gesetzliche Bindung des Richters in der Beweisfrage oder freie Beweiswürdigung“ verbunden und ausgeführt, daß es nur die eine Wahl gäbe: entweder gesetzliche Bindung des Richters durch Beweisvorschriften oder aber Schwurgerichte; sobald man die Beweisfesseln fallen lasse, werde man aus Rechtssicherheitsgründen zum Schwurgericht hingedrängt.⁹⁸

Seit den rheinischen Gutachten hatte sich aber allmählich die Erkenntnis durchgesetzt, daß in Wahrheit nicht die Beweisregel, sondern das freie Ermessen des Richters entscheide und die Garantie, die man in der Beweistheorie gegen richterliche Willkür hatte aufstellen wollen, illusorisch war. Mittermaiers Lehre⁹⁹, daß eine qualitative Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Beweis nicht existiere und im Grunde alles Indizienbeweis sei, zeigte, daß die Bindung des Richters durch die Beweistheorie nur eine scheinbare war. Andererseits war nach der Abschaffung der Folter eine Erweiterung des Kreises der zulässigen Beweismittel unerlässlich. Drei Sensationsprozesse¹⁰⁰ verstärkten dann das Mißtrauen gegen die Indizienbeweise noch und übertrugen es auf die weitesten Bevölkerungskreise. Fast einmütig lehnte man es ab, den Beamtenrichtern zu gestatten, auf Indizien zu verurteilen. Welcker behauptete, wenn man den abhängigen Beamten erlaube, auf Indizien, „d.h. nach ihrem subjektiven Meinen zu verurteilen, so gebe man ihnen damit die Ermächtigung

⁹⁸ Feuerbach, Mündlichkeit Bd. 2, 405, 418.

⁹⁹ Mittermaier, Carl Joseph Anton: Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzgebung, 2. Aufl., Heidelberg 1832/33, § 172.

¹⁰⁰ Es handelte sich um die Prozesse von Qualen, Wendt und Jordan; vgl. dazu im einzelnen Schwinge, a.a.O., S. 81 f.

zu Justizmorden“¹⁰¹, und v. Woringen meinte sogar, der Indizienbeweis sei „ein Totschlag an der Gerechtigkeit, denn er gibt dem Subjekte das Urteil, dem Menschen Gewalt über den Menschen, er macht die Objektivität, den Staat, zum Werkzeug des Herrn Kriminalrichters oder Kammer- oder Hofgerichtsrats, der möglicher Weise ein Schnurrenpfeifer sein oder auch eine Hahnenfeder tragen und denken kann: ihr alle sollt meinem Gelüste einmal ein Bene tun“.¹⁰²

Die Anhänger der Jury priesen diese als einzig befriedigenden Ausweg. Sie argumentierten damit, daß einerseits die Beweistheorien nicht die erwartete Gewähr gäben, andererseits aber die freie Beweiswürdigung das richterliche Ermessen schrankenlos machen würde. So meinte Mittermaier: „Drehe und wende man sich wie man wolle, - es bleibt nur ein Ausweg: der, Geschworenengerichte einzuführen“.¹⁰³ Die Entscheidung für das Schwurgericht war für viele Schriftsteller die Wahl des kleineren Übels; man glaubte, eher die Jury hinnehmen zu können als nach freier Überzeugung entscheidende Beamtenrichter. Daß als Garantie gegen richterliche Willkür möglicherweise auch die Notwendigkeit, Entscheidungsgründe anzugeben, dienen könnte, wurde vor Mitte des 19. Jahrhunderts kaum je erwähnt.¹⁰⁴ Zwar war schon seit der französischen Revolution darüber nachgedacht worden, ob es möglich sei, in einem Verfahren mit freier Beweiswürdigung, wie es für das Schwurgerichtsverfahren üblich sei, ausreichende und sachgemäße Entscheidungsgründe zu geben. Die Überzeugung, daß die Geschworenen durch Gefühl, das der verstandesmäßigen Analyse nicht zugänglich sei, die Richter aber durch den Verstand zur Wahrheit kämen – die Reflexion mithin in der Tätigkeit der Geschworenen überhaupt keinen Platz habe, führte später auch zu dem Vorurteil, daß die Angabe von Urteilsgründen mit der Natur des Schwurgerichts unvereinbar wäre¹⁰⁵, obgleich außer Feuerbach noch eine Reihe anderer Schriftsteller die Auffassung vertraten, der Geschworene müsse sein Urteil

¹⁰¹ Welcker, C.T.: Jury, Schwur- oder Geschworenengericht als Rechtsinstitut und als politisches Institut, Altona 1840, S. 115 f.

¹⁰² Kritische Jahrbücher 1845, S. 124.

¹⁰³ Mittermaier, Carl Joseph Anton: Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältnis zu Geschworenengerichten, in: Neues Archiv, Bd. 13, S. 120 ff., S. 139.

¹⁰⁴ Schwinge, a.a.O., S. 84.

¹⁰⁵ Vgl. etwa Möhl, A.: Über das Urteilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie, in: Jagemanns Zeitschrift, Zeitschrift für Deutsches Strafverfahren Bd. II, S. 277 ff., S. 285.

ebenso auf dem Wege der Reflexion bilden wie der Richter. Auch Mittermaier vertrat von Anfang an diese Ansicht, und langsam drang die Meinung durch, daß auch die Überzeugung der Geschworenen auf Gründen beruhe und man von ihnen nur deshalb keine Entscheidungsgründe fordere, weil man bei ihnen nicht immer die Bildung voraussetzen könne, die nötig sei, um sich der Gründe klar bewußt zu werden und sie darzulegen. Diese Auffassung war in den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts die herrschende.¹⁰⁶

Während also überwiegend die Meinung vertreten wurde, daß im Beamtenrichtertum das Festhalten an der Beweistheorie Garant gegen richterliche Willkür und Kabinettsystem sei – freie Beweiswürdigung mithin die Einführung der Schwurgerichte erforderlich mache –, wurde seit Anfang der vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts vereinzelt auch die Auffassung vertreten, man könne Freiheit in der Beweiswürdigung auch ohne das Schwurgericht zulassen. Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Entscheidungsgründe und Rechtsmittel seien genügend äußere Bürgschaften gegen Willkür und Unlauterkeit der Richter.¹⁰⁷ Savigny meinte, durch Abschaffung der Beweisregeln werde der Richter nicht von der Verpflichtung entbunden, nach Gründen und Regeln zu urteilen und hiervon Rechenschaft zu geben.¹⁰⁸

5. Ansätze eines reformierten Verfahrens vor 1848

Als sich Anfang der dreißiger Jahre des 19. Jahrhunderts die Zahl der politischen Prozesse häufte, in denen der Mißbrauch inquisitorischer Formen kaum zu übersehen war, wurde in der Bevölkerung der Ruf nach Einführung mündlicher-öffentlicher Verhandlungen immer stärker. In der Folgezeit fanden allmählich erste schüchterne

¹⁰⁶ Schwinge, a.a.O., S. 88 f. mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁷ Diese Auffassung wurde unter anderem auch von v. Savigny vertreten; vgl. v. Savigny: Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung, in: Goltdammers Archiv, Bd. 6, S. 469 ff.; vgl. auch Schwinge, a.a.O., S. 90 f. mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁸ V. Savigny a.a.O., S. 484-486.

Ansätze des mündlichen Verfahrens noch vor 1848 Eingang in partikulare Reformgesetze.¹⁰⁹

Preußische Entwürfe von 1828, von 1828/29 und der Revidierte Entwurf von 1841 enthielten bereits auf der Basis einer rein inquisitorischen Untersuchung eine mündliche Schlußverhandlung, in der sich die Beteiligten persönlich äußern und Zeugen vernommen werden konnten.¹¹⁰ Der unter dem seinerzeitigen Justizminister von Kamptz revidierte Entwurf von 1841 war der restriktivste. Er sah lediglich vor, daß „nach dem Schluß der Beratung über den Vortrag des Referenten vor der Abstimmung eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht stattfinden“ sollte, wenn „entweder demselben die nochmalige Vernehmung des Inquisiten, der Zeugen oder andere Personen notwendig oder zweckmäßig erscheint oder Bedenken über die Schuld oder Unschuld vorhanden sind oder wenn der Inquisit oder sein Verteidiger auf eine solche mündliche Verhandlung angetragen hat“. Auch für den Fall der Mündlichkeit sollte das endgültige Urteil erst nach nochmaligem Vortrag der Referenten gefällt werden.¹¹¹

Ausdrücklichen gesetzlichen Niederschlag fand der Vorschlag einer mündlichen Hauptverhandlung erstmals in der preußischen „Verordnung betreffend die Kriminalgerichtsverfassung und das Untersuchungsverfahren in Neu-Vorpommern und Rügen“ vom 18. Mai 1839.¹¹² Wenngleich auch hier zahlreiche Ausnahmen den Grundsatz teilweise verwässerten, bleibt festzuhalten, daß hier erstmals die Idee einer unmittelbar-mündlichen Hauptverhandlung mit Gesetzeskraft verwirklicht wurde.¹¹³ Das Gesetz vom 17. Juli 1846, das vom preußischen König initiiert und durch den Justizminister v. Savigny deutlich geprägt war¹¹⁴, bekannte sich dann erstmals zum Prinzip freier Beweiswürdigung und zum Grundsatz mündlicher und

¹⁰⁹ Geppert, a.a.O., S. 76 f.

¹¹⁰ Mittermaier, Mündlichkeit, S. 114 ff.

¹¹¹ Ausführlich hierzu: Von Kamptz: Revidirter Entwurf der Strafprozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten, Erster Theil (Entwurf) und Zweiter Theil (Motive), Berlin 1841.

¹¹² Gesetzessammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1839, S. 207 ff.

¹¹³ Geppert, a.a.O., S. 78.

¹¹⁴ Kurz vor der Publikation dieses Gesetzes erschien v. Savignys Denkschrift: „Die Principienfrage in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung“, Berlin 1846.

öffentlicher Verhandlung.¹¹⁵ Durch dieses Gesetz wurde auch die Institution der Staatsanwaltschaft eingerichtet. Dem Gesetz waren umfassende Vorarbeiten in dem von Friedrich Carl v. Savigny geleiteten Gesetzgebungsministerium¹¹⁶ vorausgegangen. In einer amtlichen Denkschrift dieses Ministeriums¹¹⁷ war zwar die Einführung eines mündlichen und öffentlichen Strafverfahrens mit Staatsanwaltschaft empfohlen, von der Einführung des Schwurgerichts aber - jedenfalls vorerst - abgeraten worden.¹¹⁸

Auch in Württemberg wurde bereits 1820 der Vorschlag einer mündlichen Schlußverhandlung gemacht, und am 22. Juni 1843 erging ein Gesetz, das in seinen wesentlichen Grundzügen weitgehend dem preußischen Entwurf von 1841 entsprach.¹¹⁹

Die Reformbestrebungen in Bayern und Sachsen gingen über die Einführung eines mündlichen Schlußtermins schon früh hinaus. In Bayern hatten Entwürfe von 1828 und 1830 den mündlichen und öffentlichen Anklageprozeß nach französischem Vorbild vorgesehen, doch kam es zu keinem neuen Gesetz, wenngleich die Vordiskussion nach 1848 noch ihre Früchte trug. In Sachsen trug ein Regierungsentwurf von 1842/43 noch deutliche Züge des Inquisitionsprozesses, doch nachdem die Zweite Kammer sich mehrheitlich für die Mündlichkeit der Hauptverhandlung ausgesprochen hatte, zog die Regierung ihren rückschrittlichen Entwurf zurück und versprach die Vorlage eines neuen Entwurfs im Sinne eines mündlichen und öffentlichen Anklageprozesses.¹²⁰

¹¹⁵ Vgl. Hepp, F.K.T.: Rückblick auf die Strafprozeßgesetzgebung der letzten fünf Jahre, in: GS 3 (1851/I2), S. 271 ff., S. 285 ff.

¹¹⁶ Im Jahre 1832 war ein besonderes Ministerium für die Gesetzesrevision geschaffen worden, dem zunächst Minister v. Kamptz, seit 1842 v. Savigny vorstand. Im Jahre 1848 wurde das Ministerium wieder aufgehoben; vgl. Stobbe, G.: Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2. Abteilung, Braunschweig 1864, S. 476.

¹¹⁷ Denkschrift des Preußischen Gesetzgebungsministeriums „Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung“, Berlin 1846; teilweise abgedruckt in Goltdammers Archiv, 6. Bd. (1858), S. 469 ff.

¹¹⁸ Vgl. die Denkschrift, a.a.O., S. 469 f. u. 480, sowie Glaser, Die geschichtlichen Grundlagen, S. 17, und Planck, Julius Wilhelm: Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848 Göttingen 1857, 5. XI

¹¹⁹ Geppert, a.a.O., S. 79.

¹²⁰ Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 329 f.

Im Großherzogtum Baden wurde der Kommissionsentwurf von 1835, der sich deutlich an das Vorbild des benachbarten Frankreichs anlehnte, in leicht überarbeiteter Form im Jahre 1843 den Ständevertretungen vorgelegt. Mit der Strafprozeßordnung vom 6. März 1845 verwirklichte Baden als erster deutscher Staat den fortschrittlichen Strafprozeß neuer Konzeption. Die Motive zu diesem Gesetz, das den meisten partikularen Strafprozeßordnungen nach 1848 zum Vorbild werden sollte, sahen in der Mündlichkeit der Hauptverhandlung die wichtigste Abweichung vom System des bisherigen Strafverfahrens.

Im äußeren Verfahrensgang war das Vorbild des „Code d’Instruction Criminelle“ unverkennbar, doch fand der badische Gesetzgeber beweisrechtlich einen interessanten Kompromiß zwischen der freien richterlichen Beweiswürdigung des französischen Prozesses und den Beweisregeln des Inquisitionsprozesses, indem einige negative Beweisregeln – mit einem Minimum an Beweisanforderungen - formuliert wurden. Allerdings wurde klargestellt, daß auch bei Vorliegen dieser Beweisminima doch wieder die freie richterliche Überzeugung hinzukommen müsse.¹²¹

6. Die Diskussion auf den Germanistenversammlungen 1846 und 1847

Im Jahre 1846 tagte in Frankfurt eine Germanistenversammlung, deren Zweck die Förderung deutscher Geschichte, deutscher Sprache und deutschen Rechts durch persönliche Fühlungnahme aller für die jeweiligen Gebiete tätigen Gelehrten sein sollte. Eingeladen wurden die namhaftesten und bedeutendsten Gelehrten der Zeit, unter anderem Ernst Moritz Arndt, Beseler, Dahmann, Falck, Gervinus, die Gebrüder Grimm, Lachmann, Mittermaier, Ranke, Reyscher, Uhland und Wilda. Es war daher kein Wunder, daß die zweitägigen Verhandlungen in ganz Deutschland Aufmerksamkeit erregten und für die Teilnehmer auch deshalb beeindruckend waren,

¹²¹ Art. 270 des Gesetzes besagt: „Auch bei dem Dasein der Voraussetzungen der §§ 248 bis 269 (die die vollkommenen und unvollkommenen Beweismittel regeln) sollen die Richter eine Anschuldigungsthatsache nur dann als wahr annehmen, wenn sie nach der Glaubwürdigkeit, welche den unmittelbaren Beweisen nach den Umständen des einzelnen Falles zukommt, und nach der Stärke der ineinandergreifenden, sich gegenseitig unterstützenden, auf keine nur irgend wahrscheinliche Weise anders erklärbaren Anzeigen die vollkommene Überzeugung von der Wahrheit der Thatsache erlangt haben“; zitiert nach Schwinge, a.a.O., 97.

weil sie im prachtvollen Kaisersaal des Römers stattfanden. Bei dieser Versammlung kam das Problem der Jury vermutlich nur deshalb zur Sprache, um den Verdächtigungen derer entgegenzuwirken, die das Schwurgericht aus nationalen Gründen bekämpften. Dahlmann¹²² unternahm es, in der Vollversammlung einen Vortrag zu halten, in dem er den nordischen Ursprung des Schwurgerichts aus den alten Volksgerichten Norwegens verfocht, während Michelsen¹²³ behauptete, den deutschen Ursprung nachweisen zu können. Mittermaier beantragte, zur Untersuchung der Jury-Frage eine Kommission einzusetzen, die auf der nächsten Tagung Bericht erstatten sollte. Ein Jahr später stand das Schwurgericht bei der Lübecker Germanistenversammlung im Mittelpunkt des Geschehens. Mehr als hundert Seiten des Berichts umfassen die Verhandlungen zu diesem Thema. Besondere Aufmerksamkeit fand Mittermaiers Bericht¹²⁴ über die Erfahrungen, die man mit dem Schwurgericht in den europäischen Staaten gemacht hatte. Er führte aus, die Erfahrung spreche überall für die Jury, und erklärte, daß Öffentlichkeit und Mündlichkeit notwendig die Einführung der Jury nach sich zögen. Von Einführung der Mündlichkeit ab stehe die Beweistheorie nur noch auf dem Papier, kein Richter gründe seine Entscheidung nur noch auf das in der Beweistheorie angegebene Maß von Beweismitteln. Seine Entscheidung werde nunmehr beeinflußt durch Momente, von denen nichts in der Beweistheorie gesagt sei und die eine Beweistheorie in ihrer Mannigfaltigkeit auch nie erfassen könne, weil „da, wo die Richter auf dem Grund mündlicher Verhandlung urteilen, ihre Überzeugung größtenteils durch Elemente bestimmt wird, die in der Individualität des Angeklagten, der aussagenden Zeugen und in dem Benehmen dieser Personen liegen.“¹²⁵

Mit der Einführung des Schwurgerichts werden seiner Meinung nach aber auch die Entscheidungsgründe wertlos. Beim geheimen schriftlichen Verfahren und dessen zersplitternder Beweiswürdigung nach Vorschrift der Beweistheorie lassen sich zwar Entscheidungsgründe geben, die all das enthalten, was im urteilenden Richter die

¹²² Bericht über die Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a.M. Frankfurt a.M. 1847, S. 90-100.

¹²³ Bericht über die Verhandlungen der Germanisten, S. 170-175.

¹²⁴ Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck am 27., 28. und 30. September 1857, Lübeck 1848, S. 68.

¹²⁵ Verhandlungen der Germanisten, S. 85.

Überzeugung von der Schuld des Angeklagten hervorgerufen hat. Dieser Totaleindruck ist allerdings ein irrationaler Faktor, der nicht hundertprozentig auf rational aufzählbare Gründe zurückgeführt werden kann. Mittermaier verweist darauf, daß in allen Ländern, in denen die freie Beweiswürdigung mit rechtsgelehrten Richtern eingeführt worden ist, die öffentliche Meinung Schwurgerichte als Garantie für gerechte Urteile verlangt hat, so daß auch er nur den Ausweg: Einführung der Schwurgerichte sieht.¹²⁶

Dieser Sinneswandel erregte großes Aufsehen, das noch gesteigert wurde, als sich herausstellte, daß sich alle acht Mitglieder der Kommission für das Schwurgericht entschieden hatten. In der Debatte zeigte sich, daß nicht nur bei Mittermaier, sondern auch bei anderen die Beweisfrage entscheidend für die Zustimmung zum Schwurgericht gewesen war.¹²⁷

Bei der Behandlung der beiden anderen Fragen zur Jury, der Qualifikation der Geschworenen zur Entscheidung über die Tatfrage und der „Omnipotence du Jury“ zeigte sich der Einfluß einer damals gerade erst erschienenen Monographie von Leue¹²⁸ über die Jury. Unter Hinweis auf Leue trat Jaup dem Haupteinwand der Jurygegner entgegen, die zur Subsumtion der Tat unter das Strafgesetz erforderlichen Rechtskenntnisse könnten nur durch Studium erworben werden.¹²⁹ Wie Leue meinte er, alle im Strafrecht vorkommenden Begriffe seien aus bloß faktischen Elementen zusammengesetzt und ließen sich in solche auflösen. Wächter wandte dagegen ein, den Geschworenen fehle nicht nur die erforderliche Einsicht, sondern auch die Unabhängigkeit, die ihnen als Vorzug vor dem Gelehrtenrichterkollegium immer nachgerühmt werde.¹³⁰ Jaup meinte demgegenüber, die Geschworenen hätten nichts zu hoffen und nichts zu fürchten.¹³¹

¹²⁶ Verhandlungen der Germanisten, S. 91.

¹²⁷ Schwinge, a.a.O., S. 149.

¹²⁸ Leue, F.G.: Das deutsche Schöffengericht, Leipzig 1847, S. 56 ff.

¹²⁹ Verhandlungen der Germanisten, S. 97 f.

¹³⁰ Verhandlungen der Germanisten, S. 120.

¹³¹ Verhandlungen der Germanisten, S. 108.

Am deutlichsten zeigte sich der Einfluß Leues in den Verhandlungen über die Allmacht des Schwurgerichts. Helffter¹³², der entschiedenste Anhänger dieser Theorie, wies den Geschworenen wie Leue im Gegensatz zu den gelehrten Richtern eine besondere Aufgabe zu. Während die gelehrten Richter nach dem „Buchstaben“ des Gesetzes entscheiden, sollten die Geschworenen ein Urteil über den ganzen Menschen fällen. Die besondere Aufgabe der Jury sei die Repräsentation der „Stimme des Landes“. Helffter meinte, es sei erfolglos, wenn der französische Gesetzgeber die Geschworenen warnt, Rücksicht zu nehmen auf die Strafe, die das Gesetz anordnet. Im Gegenteil habe er der Jury ausdrücklich zu gestatten, „das Gesetz rein menschlich auszulegen und einen Ausspruch zu tun nach den im Volke gewöhnlichen sittlichen Vorstellungen“.¹³³

Jaup¹³⁴ erkannte zwar an, daß im Schwurgericht ein wertvolles Prinzip gesunder Fortbildung des Rechts wirksam sei, doch beanspruchte er mit der Anerkennung dieser Wirksamkeit keine Eigenschaft, die nur dem Schwurgericht eigentümlich wäre. Das Schwurgericht hat für ihn keinen höheren Stand über dem Gesetz, als der ständige Richter seit Jahrhunderten eingenommen hat.¹³⁵ Man habe den Gerichtsgebrauch der Gelehrtenrichterkollegien nicht getadelt, wenn sie Gesetzen, die mit Sitte und Denkart des Volkes nicht mehr übereinstimmten, die Gefolgschaft verweigerten, und auch Übergriffe der Geschworenen kämen in der Regel nur dort vor, wo ein Gesetz nicht mehr mit der Zeit übereinstimme; sie seien eine Art Gerichtsgebrauch der Schwurgerichte. Wächter stellte dagegen mit Entschiedenheit fest, das Gesetz müsse gewissenhaft angewendet werden, auch wenn es noch so hart sei. Sonst käme es dahin, daß einzelne zwölf Geschworene sich der Gesamtheit entgegenstellen und das Gesetz nach Willkür brauchen könnten.¹³⁶

¹³² Verhandlungen der Germanisten, S. 110 ff.

¹³³ Verhandlungen der Germanisten, S. 112.

¹³⁴ Verhandlungen der Germanisten, S. 101-103.

¹³⁵ Verhandlungen der Germanisten, S. 145.

¹³⁶ Verhandlungen der Germanisten, S. 122 f.

7. Die Entscheidung in der Frankfurter Nationalversammlung

Nachdem die Lübecker Germanistenversammlung einen großen Teil der deutschen Rechtswissenschaft in das Lager der Schwurgerichtsanhänger geführt hatte, wurde der Kampf endgültig auf politischem Gebiet entschieden. Der entscheidende Anstoß zur Einführung der Schwurgerichte kam von politischer Seite, und als Verwirklichung einer programmatischen Forderung des deutschen Liberalismus hielt es seinen Einzug in Deutschland.

Das Schwurgericht war eine der großen Forderungen der 1848er Revolution, die in allen Sturmpetitionen als eine Selbstverständlichkeit wiederkehrte, und auch in allen Verfassungsentwürfen enthalten war. Schwurgerichte sollten entscheiden in den schweren Strafsachen sowie bei allen politischen und Pressevergehen. In den Motiven zum Entwurf der Grundrechte heißt es ausdrücklich zu dem das Schwurgericht enthaltenen Artikel VIII (§ 38):¹³⁷ „Zur Erklärung dieses Artikels werden wenige Bemerkungen genügen; die Notwendigkeit einer Reform unseres Gerichtswesens in der hier eingehaltenen Richtung ist allgemein anerkannt.“ Auch im Verfassungsausschuß sind über § 38 nur wenige Worte gefallen. Die endgültige Fassung des § 38 Abs. 2 im 1. Entwurf der Grundrechte¹³⁸ lautete: „Schwurgerichte sollen jedenfalls in schwereren Straftaten und bei allen politischen Vergehen urteilen“; die endgültige Fassung des § 10 Abs. 2 Satz 2 lautete: „Über Preßvergehen wird durch Schwurgerichte geurteilt.“ Da dem Plenum der Frankfurter Nationalversammlung die hervorragendsten Vertreter des deutschen Liberalismus angehörten, war davon auszugehen, daß diese Bestimmungen im Plenum keinen Widerstand finden würden.

Erst am 12. Oktober 1848 stand im Plenum die Beratung des Artikels VIII an. Anträge, die Schwurgerichte in allen Strafsachen entscheiden zu lassen, wurden ebenso abgelehnt wie Anträge auf Einführung der Anklagejury nach französischem Vorbild. Der Entwurf der Vorlage für die zweite Lesung der Grundrechte des deutschen Volkes

¹³⁷ Droysen, J.G.: Die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der deutschen Nationalversammlung, Leipzig 1849, S. 83.

¹³⁸ Abgedruckt bei Wigard, Fr.: Stenographische Berichte über die Verhandlungen der deutschen constituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt a.M., 9 Bände, Frankfurt a. M. 1848 f, Bd. 1, S. 682 f.

enthielt die Bestimmungen des ersten Entwurfs unverändert, nur war an die Stelle des § 10 Abs. 2 Satz 2 der § 13 Abs. 3 und an die Stelle des § 38 Abs. 2 der § 46 Abs. 3 getreten. Nachdem die Mehrheit für den Kommissionsantrag gestimmt hatte, wurden die Vorschriften mit den Grundrechten am 28. Juli 1848 veröffentlicht. Diese Bestimmungen waren schließlich auch in der Reichsverfassung vom 28.03.1849 enthalten.

Die Einführung des Schwurgerichts in den meisten deutschen Ländern ließ nicht lange auf sich warten, und da die Zeit drängte, war das Ergebnis die Übernahme des französischen Vorbildes. Da man keine Zeit zu ruhiger Abwägung und Vergleichung hatte, griff man nach dem nächstliegenden.¹³⁹

Der Rechtszustand nach 1848

Die politische Wende des Jahres 1848 brachte auch in der Reform des deutschen Strafverfahrens den entscheidenden Durchbruch. Wenngleich das Verfassungswerk der Frankfurter Nationalversammlung scheiterte, verwirklichten die meisten deutschen Einzelstaaten jedenfalls den Programmpunkt, der die Einführung der Schwurgerichte betraf. Einige Staaten verankerten die Institution des Schwurgerichts jetzt auch in ihren Verfassungen¹⁴⁰. Die Idee mündlicher Hauptverhandlung fand ihren Niederschlag in den von der Frankfurter Nationalversammlung proklamierten „Grundrechten des Deutschen Volkes“ vom 21. Dezember 1848 und von hier aus Eingang in § 178 der Reichsverfassung vom 28. März 1849, da die Errungenschaften des reformierten Strafprozesses nach dem Willen der Frankfurter Nationalversammlung, der maßgeblich von liberalen Gedanken getragen war, auch durch die neu zu schaffende Reichsverfassung gesichert werden sollten. In der

¹³⁹ Schwinge, a.a.O., S. 155.

¹⁴⁰ Vgl. z. B. Art. 94 der Preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850; Art. 108 u. 109 des Oldenburgischen Staatsgrundgesetzes von 1849.

Verfassung der Paulskirche nahmen daher Vorschriften über die Gerichtsverfassung und das Strafverfahren¹⁴¹ einen wichtigen Platz ein¹⁴².

In der Folgezeit überstürzten sich in den deutschen Partikularstaaten die Kodifizierung neuer bzw. die Novellierung bereits bestehender Strafverfahren. In Preußen wurde aufgrund der Ereignisse des Jahres 1848 in der sogenannten oktroyierten preußischen Verfassung vom 5. Dezember 1848¹⁴³ festgelegt, daß bei den mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen und bei Pressevergehen die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten durch Geschworene erfolgen müsse.¹⁴⁴ In Ausführung dieser Verfassungsbestimmung wurde die "Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen" vom 3. Januar 1849¹⁴⁵ erlassen, die durch Gesetz vom 3. Mai 1852 ergänzt wurde.

Einer ersten Phase des Überschwangs, in der der Strafprozeß des benachbarten Frankreichs oft nahezu wörtlich übernommen wurde, folgte eine Phase der Ernüchterung, doch um das Jahre 1870 hatten sich fast alle deutschen Einzelstaaten ein neues Strafverfahren – den reformierten Strafprozeß – gegeben. Einige deutsche Partikularstaaten – Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Schaumburg-Lippe und Lippe-Detmold – behielten jedoch den herkömmlichen schriftlichen Inquisitionsprozeß, wenngleich mit diversen Verbesserungen, bis zum Inkrafttreten der Reichs-Strafprozeßordnung bei. In Elsaß-Lothringen, im linksrheinischen Preußen, in Bayern und in Hessen galt bis 1879, ebenfalls vielfach novelliert, das Verfahrensrecht des französischen „Code d’Instruction Criminelle“.¹⁴⁶

Während die Gesetze von Sachsen-Anhalt und Lübeck keine Geschworenen vorsahen, wurden Schwurgerichte nach französischem Vorbild eingerichtet im Jahre

¹⁴¹ Abschnitt V: Art. I §§ 125 ff.; Abschnitt VI: Art. IV § 143 Abs. 3; Art. X §§ 174-183 der Verfassung vom 28. März 1849

¹⁴² Siehe dazu Urban, Gerhard: Die Stellung der Paulskirche zu Gerichtsverfassung und Strafverfahren, Tübinger Dissertation 1946.

¹⁴³ Gesetzessammlung für die Königlichen Preußischen Staaten (Pr. GS), S. 375.

¹⁴⁴ Pr. GS, Art. 93.

¹⁴⁵ Pr. GS, S.14

¹⁴⁶ Glaser, Grundlagen, S. 76.

1848 in Kurhessen¹⁴⁷ und Bayern¹⁴⁸, im Jahre 1849 im gesamten rechtsrheinischen Preußen¹⁴⁹, außerdem in Braunschweig¹⁵⁰, Hannover¹⁵¹ und in Württemberg¹⁵², im Jahre 1850 in Österreich¹⁵³, 1851 in Baden¹⁵⁴, 1856 in Frankfurt¹⁵⁵, 1857 in Oldenburg¹⁵⁶, und 1868 in Sachsen¹⁵⁷

Die Erfolge, die das Institut des Schwurgerichts in den Jahren nach 1848 in den deutschen Einzelstaaten errang, wurden jedoch während der Zeit der Reaktion durch Maßnahmen der Regierungen teilweise wieder zunichte gemacht. In verschiedenen Ländern wurde die Kompetenz des Schwurgerichts, namentlich für politische Delikte, wieder eingeschränkt.¹⁵⁸ Österreich beseitigte 1852 sogar die Jury wieder.¹⁵⁹

¹⁴⁷ Gesetz vom 31. Oktober 1848 über die Einrichtung der Gerichte und der Staatsbehörde bei den Gerichten sowie das Gesetz vom selben Tage die Umbildung des Strafverfahrens betreffend.

¹⁴⁸ Gesetze vom 4. Juni und 3. August 1848.

¹⁴⁹ Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen.

¹⁵⁰ Gesetz über Gerichtsorganisation vom 21. August 1849; Strafprozeßordnung vom 22. August 1849.

¹⁵¹ Gesetz vom 24. Dezember 1849 über die Bildung der Schwurgerichte.

¹⁵² Gesetz vom 14. August 1849 über das Verfahren in Strafsachen, welche vor die Schwurgerichtshöfe gehören.

¹⁵³ Strafprozeßordnung vom 17. Januar 1850.

¹⁵⁴ Gesetz vom 5. Februar 1851 die Einführung des Strafgesetzbuchs, des neuen Strafverfahrens der Schwurgerichte betreffend.

¹⁵⁵ Gesetz vom 15. Mai 1856 betreffend das Verfahren in Strafsachen.

¹⁵⁶ Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. August 1857. Erster Entwurf 1849 Strafprozeßordnung vom 2. November 1857. Erster Entwurf 1851.

¹⁵⁷ Revidierte Strafprozeßordnung vom 1. Oktober 1868 mit Ausführungsverordnung vom 12. Dezember 1868. Gesetz vom 14. September 1868 über Bildung der Geschworenenliste .Gesetz vom 1. Oktober 1868 betreffend das Verfahren in den vor die Geschworenengerichte gewiesenen Untersuchungssachen.

¹⁵⁸ Vgl. z. B. das Großherzogliche Hessische Gesetz vom 27. März 1852 über die den Schwurgerichten entzogenen Verbrechen und Vergehen.

¹⁵⁹ Verordnung vom 11. Januar 1852. Mit Gesetz vom 23. Mai 1852 wurde dann das Geschworenengericht jedoch erneuert geführt.

Literatur

- Benzenberg:** Briefe über die Assise in Trier, Cöln 1822.
- Best-Marquardsen:** W. M. Best's „Grundzüge des Englischen Beweisrechts“, bearbeitet und mit Anmerkungen und Beilagen über den englischen Prozeß herausgegeben von Heinrich Marquardsen, Heidelberg 1851.
- Biener, Friedrich August:** Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Leipzig 1827.
- Brewer, Johann Paul:** Peter Anton Fonck und seine Vertheidiger, Köln 1823.
- Brunner, Heinrich:** Die Entstehung der Schwurgerichte, Berlin 1872.
- Cramer, Doris:** Das französische Schwurgericht, Geschichte und Problematik, Marburger Dissertation 1968.
- Droysen, J.G.:** Die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der deutschen Nationalversammlung, Leipzig 1849.
- Feuerbach, L:** Anselm Ritter von Feuerbachs Leben und Wirken, veröffentlicht von seinem Sohn Ludwig Feuerbach, zwei Bände, Leipzig 1852.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von:** Betrachtungen über das Geschworenengericht, Landshut 1813. (unveränderter Nachdruck Leipzig 1970).
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von:** Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit in der Gerechtigkeitspflege, Band I, Gießen 1921; Band II, Gießen 1925.
- Geppert, Klaus:** Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin / New York 1979.
- Geyer, August:** Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafproceßrechts, Leipzig 1880.
- Glaser, Julius:** Handbuch des Strafprozesses, erster Band, Leipzig 1883.
- Glaser, Julius:** Die geschichtlichen Grundlagen des neuen Deutschen Strafproceßrechts, in: von Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafproceßrechts, 1. Band, S. 3 ff., Berlin 1879.
- von Gneist, Rudolf:** Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland, Neudruck der Ausgabe Berlin 1849, Aalen 1967.
- Hepp:** Rückblick auf die Strafprozeßgesetzgebung der letzten fünf Jahre, in: GS 3 (1851/2), S. 271 ff.
- Hochster, Ernst Hermann:** Lehrbuch des französischen Strafverfahrens, Bern 1850.
- Huber, Ernst Rudolf:** Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band 3, Stuttgart/Berlin/Köln/Main 1976.
- von Kamptz:** Revidirter Entwurf der Strafprozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten, Erster Theil (Entwurf) und Zweiter Theil (Motive), Berlin 1841.
- Knittel, Eberhard:** Der englische Strafprozeß, Bonn 1968.
- v. Kobbe, P.:** Erste Stimme aus Norddeutschland über Foncks Unschuld nebst gelegentlichen Bemerkungen über die Geschworenengerichte, Göttingen 1822.

-
- Kreuser, J.:** Über P.A. Fonck und das Gerücht von Cönens Ermordung, Cöln 1821.
- Landsberg, E.:** Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbband, 1910.
- Leue, F.G.:** Das deutsche Schöffengericht, Leipzig 1847.
- v.d.Leyen:** Über die Ermordung des Wilhelm Cönen, Düsseldorf 1822.
- Maurer, G.:** Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayerischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, Heidelberg 1824.
- Meyer, Hugo:** Die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten, in: Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Bd., Berlin 1879, S. 113 ff.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, Stuttgart und Tübingen 1845.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsübung, Erlangen 1851.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Über den Fonck'schen Prozeß, Heidelberg 1823.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzgebung, 2. Aufl., Heidelberg 1832/33.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton:** Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältnis zu Geschworenengerichten, in: Neues Archiv Bd. 12, S. 488 ff.; Bd. 13, S. 120 ff.
- Möhl, A.:** Über das Urteilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie, in: Jagemanns Zeitschrift. Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. II, S. 277 ff.
- Paulus, H.G.E.:** Warnung vor möglichen Justizmorden durch rechtliche und allgemein verständliche Beleuchtung der Fonckisch-Hamacherischen Cause célèbre , in: Sophronizon, Bd. 5, Heft 1-4, Heidelberg 1823.
- Phillips, G.:** Englische Reichs- und Rechtsgeschichte seit der Ankunft der Normannen, Berlin 1828.
- Radzinowicz, Leon:** A history of English Criminal Law and its Administration from 1750, Volume 1 (The Movement for Reform), London 1948.
- Rogge, K.A.:** Über das Gerichtswesen der Germanen, Halle 1820.
- Roxin, Claus:** Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., München 1995.
- v. Savigny:** Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung, in: Goltdammers Archiv, Bd. 6, S. 469 ff.
- Schmidt, Eberhard:** Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965.
- Schweikert, Heiko:** Zur Reform des Strafverfahrensrechts in Frankreich, in: ZStW 69 (1957), S. 684 ff.

-
- Schwinge, Erich:** Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, Breslau 1926 (= Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 213); unveränderter Neudruck der Ausgabe Breslau 1926 mit einer neu gefaßten Einleitung: Zum Schwurgerichtsproblem heute, Aalen 1970.
- Stephen-Mühry:** Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens, Göttingen 1843.
- Stobbe, O.:** Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2. Abtg, Braunschweig 1864.
- Urban, Gerhard:** Die Stellung der Paulskirche zu Gerichtsverfassung und Strafverfahren, Tübinger Dissertation 1946.
- Welcker, C.T.:** Jury, Schwur- oder Geschworenengericht als Rechtsinstitut und als politisches Institut, Altona 1840.
- Welcker, C.T.:** Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation, mit eigenhändigen Anmerkungen von Joh. Ludw. Klüber. Aus dessen Papieren mitgeteilt und erläutert von C. Welcker, Mannheim 1844.
- Westhoff, Ursula:** Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, Berlin 1953.
- Wimmer, August:** Einführung in das englische Strafverfahren, Bonn 1947.
- Zachariae, C.S.:** Über die wegen Cönens Ermordung gegen P.A. Fonck gerichtete Anklage, abgedruckt aus den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur, Ergänzungsheft, Heidelberg 1822.

Materialien und Verhandlungsprotokolle

- Bericht über die Verhandlungen der Germanisten** zu Frankfurt a.M., Frankfurt a.M. 1847.
- Denkschrift des Preußischen Gesetzgebungsministeriums** „Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung“, Berlin 1846; abgedruckt in: Goldammers Archiv, 6. Bd., S. 469 ff.
- Immediat-Justiz-Kommission.** Gutachten der Immediat-Justiz-Commission über das Geschworenengericht, Berlin o.J. (1818).
- Verhandlungen der Germanisten** zu Lübeck am 27., 28. und 30. September 1847, Lübeck 1848.
- Wigard, Fr:** Stenographische Berichte über die Verhandlungen der deutschen constituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt a.M., 9. Bände, Frankfurt a.M. 1848 f.

Makai Attila - Parádi Ákos
Büntetőbírószági jogértelmezés
Magyarországon
a '90-es években

Bevezetés

A bíróságok által végzett jogértelmezés (jogalkotás) elemzése meglehetősen kényes feladatnak bizonyul. A bírósági gyakorlat hatása a jogfejlődésre, az új dogmatikai modellek kialakulására, végső soron az újonnan keletkező írott jogi normák megalkotására (ezzel szoros összefüggésben a jogpolitika szférájára) nem vitatható¹. A történelmi jogfejlődés során, talán éppen a fenn említett komplex kapcsolat okán kevés téma osztotta meg oly mértékben a jog elméleti kérdéseivel foglalkozó szakembereket, mint az írott jog és a bírói jogalkalmazás közötti viszony. Időben és térben vizsgálva a kontinentális típusú jogrendszerekben eltérő jellegű felfogások alakultak ki a bírói kazuisztika rétegének szerepéről. Természetesen a bírók írott joghoz kötöttségének mértéke is ezen felfogások pozícióváltozásainak függvényében alakult adott földrajzi és történelmi környezetben. (Megjegyzendő, hogy a common law-rendszerű országokban az ilyen jellegű viták nem okoztak ilyen mértékű ellentéteket a jogászok körében. Hiányoztak ugyanis az írott jog és az ún. "bírói jog" szembeállításának a kontinentális jogrendszerben megtalálható elméleti feltételei. EUGEN EHRLICH szavaival élve: "Az a manapság számunkra oly közkeletű követelés, hogy a jogvita bírói eldöntése minden esetben a hatályos jog szilárdan álló alapelveiből vezettessék le, csak azon népek számára lehet természetes, amelyek a római jogot recipiálták. Más népek számára ez tökéletesen idegenszerű lehet."²) Bármely a témával kapcsolatos elméleti álláspontot tekintünk is irányadónak, empirikusan igazolható tény, hogy a törvényhozás által alkotott jogszabályok mellett akár latens akár manifeszt módon a bírói jogértelmezés során kialakult normák („állandó bírói gyakorlat”, „bírói jog”, vagy „bírói kazuisztika”) hatással voltak az írott jogi normák érvényességére, illetve érvényesülésére. Látványosak és tanulságosak voltak azok a történelmi kudarcok, melyek kényszerrel próbálták akadályozni, visszametszeni a bírói hatalom jogot befolyásoló, alakító szerepét.³

¹ A bírói kazuisztika és a jogi rendszer egyéb rétegei közötti kapcsolat elemzése bővebben:

POKOL BÉLA: A jog szerkezete; II. RÉSZ: A Jog szerkezete (49.-241. old.)

POKOL BÉLA: Jogbölcseleti vizsgálódások; III.-IV.-VI. fejezetek (43.-67., 76.-87. old.)

VARGA CSABA: A jog mint folyamat; különösen a Jogalkalmazás kérdőjelei c. fejezet (271.-322. old.)

VARGA CSABA: A bírói ténymegállapítási folyamat természete

VARGA CSABA: Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról; V., VI. fejezetek (199.-281. old.) c. művekben.

² EUGEN EHRLICH: Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány; in. VARGA CSABA (szerk.): Jog és filozófia

³ Igen szemléletes a bírói kar teljes egészében a törvény szövegéhez való kötésének kudarcára a napóleoni Franciaország példája. A szabályozás hatására az ítéletek csak a döntés jogszabályi alapját jelölték meg. Az indoklást gyakorlatilag kihagyták az ítélet szövegéből. Így a döntést megalapozó indoklás, jogszabályértelmezés bíróságok által alkalmazott technikája rejtve maradt a szakma és a nyilvánosság előtt. A szabályozással a bírói jogértelmezést nem sikerült megszüntetni, ugyanakkor a határozatokban meg nem jelenő indoklás miatt a társadalomban megrendült a kiszámítható igazságszolgáltatásba vetett hit.

Védhető és elfogadható azon álláspont, mely szerint általánosan érvényes modell az írott jog és az azt alá-kító bírói gyakorlat viszonyára nem létezik. Országonként és jogáganként változik e fent említett jogrétegek kapcsolata.⁴ Hasonló alapon íródott a '90-es években az *Interpreting Statutes* című, nagy hatású tanulmány- gyűjtemény N.D. MacCORMICK és R.S. SUMMERS szerkesztésében.⁵ Ezen mű az egyes országokban megfigyelhető különbségeket és hasonlóságokat tárta fel a bírói kazuisztika jogrétegének működésében. Jelentős a hagyományos (VON SAVIGNY által tipologizált) jogértelmezési módok típusainak finomítása, és ezek további interpretációs lehetőségekkel történő bővítése a vizsgált országok bíróságai által követett jogértelmezési gyakorlat alapján. Sajnos Magyarország nem került a vizsgált államok közé, de nem utolsó sorban ezen mű hatására hazánkban is megindult a bírói gyakorlat részletes empirikus elemzése.⁶ A rendszerváltozás hatására megváltozott jogszabályi és politikai környezet lehetővé tette a bíróságok számára a jogszabályértelmezés szövegréteghez kevésbé kötött alkalmazását. Ennek alapján az ítéletek indoklásában jelentős mértékben megnövekedett az egyes dogmatikai modellekre, jogelvi tételekre, és joglogikai maximákra történő hivatkozás. Ezen változás mindenképpen indokoltá teszi a jelenség részletes elemzését. Időszerűséget pedig a közelgő magyar EU-csatlakozás ad az ilyen típusú kutatásoknak, hiszen az integráció, és a jogharmonizáció nagy kihívást jelent a magyar bíróságok számára.⁷ A bírói jogalkalmazás sajátosságainak feltárása sok tekintetben megkönnyítheti a válaszadást az ilyen jellegű problémákra.

Jelen írás a fent idézett tanulmánygyűjtemény elméleti megfontolásait alapulvéve készült, felhasználva azokat az újításokat (főként a jogértelmezés hagyományos tipológiáját kiegészítő, eddig nem elemzett interpretációs lehetőségeket), melyek segítségével a vizsgálat tárgyáról pontosabb képet kaphatunk. A tanulmány tárgya az anyagi büntetőjoghoz kapcsolódó felsőbírósági jogértelmezés alakulása, fejlődése Magyarországon az elmúlt tíz év során. Az empirikus vizsgálat alapját a Bírósági Határozatokban a Büntető Kollégium által közzétett anyagi jogi jellegű határozatok képezik 1990-től 1999-ig. Ez összesen kevéssel több, mint 1300 db. elemzett határozatot jelent. A határozatok nagyrészt a Legfelsőbb Bíróság, kisebbik részben a megyei bíróságok döntéseit tartalmazzák. Így a helyi bíróságok jogerős ítéleteinek elemzése közvetett formában történik meg. Az L.B. ítéleteinek indoklásában idézi az alsóbb fokú bíróságok által követett jogértelmezést, így igaz nem közvetlenül bepillantást nyerhetünk ezen törvénykező fórumok gyakorlatába is. Továbbá lehetőség nyílik az összehasonlításra. Nagy előnye a Bírósági Határozatok című kiadványnak, hogy benne fellelhetők a vád és a védelem képviselői által alkalmazott jogértelmezési technikák is. (További iránya lehet a kutatásnak az ügyészi gyakorlat feltárása, illetőleg komparatív vizsgálata.) A Határozatokban megjelent eljárásjogi, illetőleg büntetés-végrehajtási jogi kérdésekkel foglalkozó ügyekben alkalmazott jogértelmezés jelen írásnak nem képezi tárgyát. (A mindhárom jogterület vonatkozó problémáit felölelő elemzés szükségszerűen túl általános lenne, így lényeges momentumok maradnának ki belőle. A fenti jogterületekkel összefüggő jogértelmezés bemutatására egy későbbi tanulmányban kerül

⁴ A tétel az összehasonlító jogtudomány egyik alaptézise. Bővebb kifejtése: RENE DAVID: A jelenkor nagy jogrendszerei c. műben

⁵ N.D. MacCORMICK/R.S. SUMMERS (szerk.): *Interpreting Statutes. A Comparative Study*

⁶ Ehhez lásd: POKOL BÉLA: A jogértelmezés alapjai (A szövegréteg működése)

DUDÁS GÁBOR: A bírói jogértelmezés lehetőségei a magyar közigazgatási bíráskodásban

⁷ A magyar bíróságok EU-csatlakozásával kapcsolatos problémákat részletesen tárgyalja:

KECSKÉS LÁSZLÓ/MACZONAKI MIHÁLY: A jogharmonizáció ; in. LOMNICZI ZOLTÁN (szerk.): Európai intézmények és

Jogharmonizáció

KECSKÉS LÁSZLÓ/MACZONAKI MIHÁLY/SZÉCSÉNYI LÁSZLÓ: Jogharmonizációs kötelezettségeink és lehetőségeink

sor.)A Legfelsőbb Bíróság elvi jellegű állásfoglalá- sai⁸-mint a konkrét határozatokat jelentős mértékben befolyásoló anyagok –szintén bekerültek a vizsgálat- ba.Ezek nélkül a bírósági jogértelmezési gyakorlat megértése,tanulmányozása lehetetlen lenne.(Az elvi jellegű és a tényleges döntések közti sajátos kapcsolat részletes vizsgálatával a jelen írás egy későbbi fejezete részletesen foglalkozik.)

Elsősorban arra kerestük a választ,hogy léteznek-e a magyar büntetőbíróságok gyakorlatában olyan jogér-telmezési technikák,melyek alapvetően meghatározzák az anyagi büntetőjog törvénykezés általi alkalmazá-sát a kilencvenes években.Az elemzés egyik lényeges felismerése volt az,hogy ilyen átfogó,a Büntető Tör-vénykönyv egészét érintő domináns jogértelmezési formák nem jellemzők a magyar gyakorlatra.A kutatás alapján az mondható el,hogy az egyes interpretációs módok a különböző delictumtípusok,Általános Részben levő jogintézmények,és értelmező rendelkezések szintjén kerülnek domináns pozícióba a bírósági gyakorlat-ban.(Ezen kitétel alól csak a „bírói gyakorlat” alapján történő interpretáció jelent kivételt.Ennek alkalmazása a törvény minden részének értelmezésekor bevett gyakorlatnak számít.Azonban itt-amint azt a későbbi feje-zetekben látni fogjuk-az figyelhető meg,hogy az értelmezési technika alkalmazásának jellege különbözik a BTK.egyes rendelkezéseinek interpretációjakor.)

Tanulmányunk felépítésekor az előző bekezdésben említett sajátosságokra figyelemmel voltunk.Dolgoza- tunk tárgyából adódóan a fő fejezetek felosztásának nem a BTK.szerkezete képezi az alapját,hanem a bíró-ságok által alkalmazott interpretációs technikák.Ezen módszerek -mint önálló fejezetek- alá csoportosítjuk a BTK.azon részeit,melyek gyakorlati alkalmazásakor a bíróságok az adott jogértelmezési forma segítségével állapítják meg a rendelkezés értelmét.Mindezek előtt az első fejezet során a büntető anyagi jog és a jogértel- mezés kapcsolatának általános jellemzőit mutatjuk be,figyelemmel a BTK. vonatkozó alapelveire.Továbbá az első fejezetben térünk ki az idézett tanulmány⁹ által felállított jogértelmezési tipológia általános jellegű elemzésére.

I.Fejezet

Az anyagi büntetőjog értelmezése (Általános kérdések)

1.

Az értelmezés¹⁰ az egyes jelenségek mögött meghúzódó értelem megfejtésére irányuló tevékenységet je- löli.Lényege,hogy tárgyának jelentését minél pontosabban feltárja.Nyelvünk sajátosságaiból adódóan alkal- mazása a társadalmi lét minden szférájában gyakorlott.(A művészet alrendszerében éppúgy,mint a tudo- mány,illetőleg a vallás alrendszerében.)A jogi rendszerben az értelmezésnek legfőbb sajátossága,hogy más típusú értelmezésekkel összehasonlítva normatív érvényességre tör.Ha jogértelmezést végző alanyokat vizs- gáljuk,a fenti állítás könnyen igazolható.A jogalkotói interpretatio normatív

⁸ Elvi jellegű határozatok:az 1997.évi LXXVI.tv.hatálybalépése előtt az Elvi Döntés,az Irányelv,illetőleg a normatív kötelező erővel nem rendelkező Kollégiumi Állásfoglalás.Ezek helyét a tv. hatálybalépése után a Jogegységi Határozat vette át.

⁹ N.D.MacCORMICK-R.S.SUMMERS:Interpreting Statutes...

¹⁰ Az interpretatio a görög hermeneia szó latin megfelelője.Eredetileg jóslást(égi jelek megfejtését,madárjóslást)jelentett.Később a szót a szövegek értelmezésének megjelölésére használták.(A szó alkalmazása a vallási életben és a jogi szakmában vált általáno-sá.)

(SZABÓ MIKLÓS:A jogdogmatika előkérdéseiről;183.old.)

érvényességre törő igénye különösebb magyarázatra nem szorul. Általában jogszabályokban jelenik meg (törvények értelmező rendelkezései), így kötelező ereje nem vitatható. A jogalkalmazói jogértelmezés a kontinentális jogi gondolkodásban csak a konkrét ügyben rendelkezik érvényességgel, azonban az empirikus kutatások azt igazolták, hogy az alsóbb szintű bíróságok az ítélet fellebbezési bíróság általi megváltoztatását, vagy megsemmisítését kockáztatják, amennyiben eltérnek a felsőbíróságok által bevett értelmezési gyakorlattól. A jogirodalmi (tudományos) interpretatio esetében azt kell kiemelni, hogy az egyes jogágakon belüli jogdogmatikai, tudományos irányzatok a szakmai nyilvánosságot felhasználva befolyásolják a jog fejlődését, annak alkotását, alkalmazását¹¹. A tudományos anyagok a jogalkotásba a jogpolitika szféráján keresztül jutnak el. A bírósági jogalkalmazást általában közvetve befolyásolják, azonban bizonyos országokban bevett gyakorlat az egyes tudományos anyagokban található jogszabályértelmezésre való konkrét hivatkozás.

A jogszabályértelmezés legfőbb célja a jogi normában rejlő jelentés, értelem minél pontosabb megragadása, mint ilyen a jogalkalmazás legfontosabb eszköze. A jogszabály, az értelmezés és a döntés közt a kapcsolat igen sajátosnak mondható. Ezen viszonyról a különböző jogelméleti irányzatok eltérő nézetet vallanak.¹²

A MacCORMICK/SUMMERS által szerkesztett tanulmánygyűjtemény alapján¹³ elmondható, hogy gyakorlatilag kivétel nélkül minden jogszabály alkalmazása esetén szükséges az interpretatio. (A „hard case”, „easy case” jelleg csak az értelmezés módját határozza meg.) Ha a többrétegű jogkonceptió elmélete alapján vizsgáljuk a kérdést, e fenti kijelentés magától értetődik. A jogi normákat hordozó szövegek nyitott jellege (homályossága, többértelműsége), az egyetlen célra vezető, helyes interpretációs módszer hiánya (azaz az értelmezési technika bizonytalansága), illetőleg az igazságosságra és a helyes döntésre vonatkozó felfogások különbözősége mind ezen álláspontot támasztják alá.

A jogszabályok immanens értelmének feltárására a történeti jogfejlődés során különböző technikák alakultak ki. A római jog már a kezdetektől fogva az értelmezési módszerek, maximák sokaságát vonultatta fel, kerülve azonban ezen technikák egységes rendszerbe foglalását. Az egyedi esetekben együtt vizsgálták a törvény szövegét, illetve a törvény értelmét (sententia legis). E koncepciót fejezi ki P. IUVENTINUS CELSUS ma is élő és alkalmazott tétele: *„Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.”*¹⁴ A Római Birodalom bukása után a jogértelmezés tekintetében jelentős volt a glossátorok tevékenysége, kik a római jog interpretációs technikáit őrizték meg, és fejlesztették tovább. A modern értelemben vett jogértelmezési módszer kialakítása a német

¹¹ POKOL BÉLA: Jogbölcseleti vizsgálódások (43-57. old)

¹² SZABÓ MIKLÓS elemzése alapján három nagyobb irányzatot különíthetünk el a témával kapcsolatban. Ezek a következők:

-A pozitivisták felfogás sajátossága, hogy az értelmezés és a döntés közti kapcsolatban az értelmezés határozza meg a döntést, a jogszabályok pedig az értelmezés lehetséges irányait szabják meg. Szintén ezen irányzathoz köthető az az álláspont, mely szerint a jogértelmezés a többi értelmezéstől elkülönült típust képvisel. Sajátossága pedig az, hogy speciális jogi eljárásokban fejeződik ki.

-A jogi realizmus iskolájának tanításai szerint az írott jogszabályok csak nagy általánosságokban kötik meg a jogértelmezést, így annak a valóságban igen nagy mozgástere van. Az értelmezés és a döntés kapcsolata tekintetében a döntés primátusát hangsúlyozzák. Az értelmezés ebben a felfogásban csak mint a döntés utólagos igazolása kap szerepet.

-A jogi hermeneutika osztja a jogi realizmus a jogszabályok és az értelmezés közti viszonyról alkotott álláspontját. Különbség van azonban e két iskola döntés és interpretatio kapcsolatáról alkotott elméletében. A jogi hermeneutika az értelmezésnek és a döntésnek egyforma szerepet tulajdonít a jogi eljárásban. Döntés és interpretatio együtt, és egymásra tekintettel jön létre az eljárás során.

(SZABÓ MIKLÓS: A jogdogmatika előkérdéseiről; 188. old.)

¹³ R. ALEXANDER / R. DREIER: Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany c. tanulmány alapján. (73.-122. old.)

(R. D. MacCORMICK / R. S. SUMMERS: Interpreting Statutes. A Comparative Study)

¹⁴ Az idézet helye: FÖLDI ANDRÁS / HAMZA GÁBOR: A római jog története és institúciói (72. old.)

történeti jogi iskola eredménye. A FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY által alkotott interpretációs technika mind a mai napig meghatározó a jogelméletben. A XX. században kiteljesedett ún. „szabadjogi iskola” (elsősorban EUGEN EHRLICH), majd később az „érdekkutató jogtudomány” (RUDOLF VON JHERING, illetőleg RUDOLF STAMMLER munkássága)¹⁵ kritikát gyakorolt a történeti iskola jogértelmezési elméletén, kiegészítve a négy fő értelmezési módot a funkcionális, illetve a teleológiai interpretációval. (Meg kell itt jegyezni, hogy a teleológiai interpretatio már a római jogfejlődés egyes korszakaiban is bevett, némely esetben uralkodónak számító jogértelmezési módja volt.) Azonban a témánk szempontjából jelentős elméleti újítások nemcsak a kontinentális jogi szakirodalomban láttak napvilágot. A XX. század közepétől az amerikai jogelmélet egyre nagyobb befolyásra tett szert a jogértelmezést elemző kontinentális elméleti konstrukciók fejlődésében. Ez az alkotmányos alapjogok jogrétegének második világháborút követő kialakulásának eredménye. Az első, második, és harmadik generációs alapjogokat deklaráló írott alkotmányok megszületésével, és a modern értelemben vett alkotmánybíráskodás kialakulásával egyidőben, amerikai elméletek¹⁶ hatására Európában is kialakult az alkotmányos alapjogok fényében történő interpretációs módszere.

A MacCormick/SUMMERS szerkesztésében napvilágot látott összehasonlító tanulmánygyűjtemény fel-tárta az egyes vizsgálatba bevont országok bíróságai által alkalmazott jogértelmezési gyakorlatot. Ennek során 12 manapság használatos jogértelmezési módot különített el egymástól. Ezen technikák eltérően léteznek és hatnak az egyes országok és jogágak törvénykezési gyakorlatában. (Megjegyzendő, hogy az interpretatio eredménye alapján történő hagyományos tipológia¹⁷ további elemekkel történő kiegészítésére empirikus esetek hiányában nem került sor az elemzésben.) Ezen interpretációs módszerek a következők:

-Hétköznapi szó szerinti értelmezés

A jogszabályban található szavak, kifejezések hétköznapi jelentését alapulvevő interpretáció. Általánosan akkor kerül alkalmazásra ez a technika, mikor a jogalkotó a jogi norma szövegéhez nem kapcsol speciális jogi jelentést. Amennyiben ez történik, úgy a speciális jelentés elsőbbséget élvez a hétköznapival szemben. Országokként eltérő

¹⁵ A fenti nézetek kifejtése magyar nyelvű fordításban:

EUGEN EHRLICH: Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány

RUDOLF VON JHERING: Küzdelem a jogtudományért

RUDOLF STAMMLER: A helyes jog

RUDOLF STAMMLER: A jogtudomány elmélete

IN.: VARGA CSABA (szerk.): Jog és filozófia (Antológia a század első felének kontinentális jogi gondolkodásának köréből.)

¹⁶ Elsősorban RONALD DWORKIN, illetőleg JOHN RAWLS munkásságát kell itt kiemelni. E szerzők elméleteihez lásd:

RONALD DWORKIN: Taking Rights Seriously

RONALD DWORKIN: Freedom's Law (The Moral Reading of the American Constitution)

JOHN RAWLS: Az igazságosság elmélete

¹⁷ Az értelmezés eredménye alapján felállított tipológia:

-INTERPRETATIO SECUNDUM LEGEM: A norma valódi tartalmát meg nem változtató értelmezés. (INTERPRETATIO DECLARATIVA egyik típusa.)

-INTERPRETATIO PRAETER LEGEM: Ez az értelmezés úgy választ a bizonytalan normaszöveg jelentéséi közt, hogy azzal nem fordul szembe. (INTERPRETATIO DECLARATIVA másik típusa.)

-INTERPRETATIO CONTRA LEGEM: Az előző kettőnél radikálisabb értelmezés, mely korrigálja a ratio legist, így szembe fordul a normaszöveggel. Ezen belül két további csoportot lehet elkülöníteni:

a.) INTERPRETATIO EXTENSIVA: A kiterjesztő értelmezés, melynek szélsőséges esete egy ÚJ NORMA értelmezés során történő megalkotása.

b.) INTERPRETATIO RESTRICTIVA: A megszorító értelmezés, aminek a DESUETUDO a szélsőséges esete, mely elte-kint a normaszöveg alkalmazásától.

ugyanakkor az egyéb -nem jogi- speciális jelentések alapján történő jogszabályértelmezés alkalmazása.

-Interpretatio a szavak speciális jelentése alapján

Az értelmezés ezen típusa esetében (figyelemmel a fent említett distinkcióra) az interpretatio a kifejezések hétköznapiól eltérő jelentését veszi alapul. Általában a speciális jelentés a magyar büntetőjogban jogszabályban nyer megfogalmazást, értelmező rendelkezések formájában (például a hivatalos személy fogalma, továbbá a katona közismerten ilyen kifejezések.) A büntető jogalkalmazás a jogszabályértelmezés esetében tartózkodik a speciális-grammaticai interpretatio azon formájától, amely a szavak speciális jelentésének nem jogi normában meghatározott értelmét veszi alapul. (Hanem például egyéb tudományos-ahétköznapiól eltérő-jelentést.)

-Kontextuális értelmezés

Az elméleti álláspontok eltérnek tekintetben, hogy a jogértelmezés mikor léphet túl a grammaticainak nevezett interpretatio formát. Tény azonban, hogy erre a gyakorlatban az esetek jelentős részében sor kerül a jogalkalmazásban. (Az empirikus adatok az egyes országok gyakorlatát tekintve eltérőek.) A kontextuális értelmezés módszere az értelmezett jogi norma jelentését a vonatkozó jogszabályi környezet összefüggéseibe ágyazva igyekszik meghatározni. Ezen összefüggések nagyban változtathatnak a vizsgált kifejezések értelmén. (Az értelmező rendelkezések interpretatioba történő bevonása nem kontextuális, hanem speciális grammaticai értelmezésnek számít.) Természetesen a jogszabályok törvényhozó által alkotott szerkezete befolyásolja a kontextuális interpretatio alkalmazásának lehetőségeit, illetőleg gyakoriságát. Ezt a MacCORMICK-SUMMERS tanulmánygyűjtemény kutatási eredményei egyértelműen bizonyították. Amennyiben egy adott jogszabályban gyakori a keret, illetőleg a blankettáris diszpozíció alkalmazása, úgy az elősegíti a kontextuális interpretatio alkalmazását. (Mindezt természetesen a létező bírói gyakorlat is befolyásolja államonként különböző jelleggel.) A magyar büntetőjogban a gazdasági, és a közlekedési bűncselekmények esetében figyelhető meg e fenti értelmezés domináns alkalmazása.

-Joglogikai interpretatio

A jogász érvelésben, illetőleg a jogtudományban hagyományosan jelentősnek mondható a logika szerepe. A logikát, mint önálló tudományos diszciplínát már a római jogászok is bevonták az egyes jogszabályi rendelkezések értelmét feltáró interpretatio módszerek közé. Az ekkor létrejövő és használt joglogikai maximák alapjául szolgáltak a joglogikai (és dogmatikai) módszereket tökélyre fejlesztő német „Begriffsjurisprudenz” iskola számára. A heves és alaptalannak korántsem nevezhető kritikák ellenére a fenti iskola által kialakított és önálló rendszerbe foglalt joglogikai interpretatio alapját képező maximák mind a mai napig alkalmazottak a modern jogrendszerekben. Ezen interpretatio alapját a klasszikus kétértékű logika képezi, mely kialakítása B. RUSSELL és G. FREGE nevéhez köthető. Meg kell jegyeznünk, hogy ezen klasszikus logikai rendszeren kívül továbbiak is léteznek a logika diszciplínáján belül. Születtek jogelméleti munkák ezek jogban történő átültetésére, azonban a nem kétértékű logika alkalmazása a gyakorlatban nem figyelhető meg a jogi rendszerben.¹⁸ A magyar büntetőbírói joggyakorlatban (a megfelelő alapvető restriktívumokkal) az értelmezés ezen módja csak igen korlátozottan kerül alkalmazásra. A jogágon belül általában a jogirodalmi interpretatiookban (kommentárok, tudományos

¹⁸ A nem kétértékű logikai modellekhez lásd:

JOHN B. ROSSER/ATWELL R. TURQUETTE: Többértékű logikák

GILBERT RYLE: Formális és informális logika

LOFTI A. ZADEH: Életlen logika

IN: BÓDIG MÁTYÁS/SZABÓ MIKLÓS (szerk): Logikai olvasókönyv joghallgatók számára

publikációk)használatos a jogi normák értelmének joglogikai módszerekkel történő megállapítása.

-Értelmezés a bírói gyakorlat és a precedensek fényében

Az összehasonlító joggal foglalkozó tanulmányok az utóbbi évtizedekben arról a meglepő eredményről számoltak be,mely szerint az angolszász,illetőleg a kontinentális jogcsalád jellemzőit tekintve egyre inkább közeledik egymáshoz.Angliában például egyre nagyobb szerepet tölt be az ún.Statute Law,az írott jog a Common Law mellett.A kontinensen pedig (országoként eltérő mértékben) az egyes általános kérdések tekintetében hozott felsőbbbírói határozatok egyre növekvő mértékben kötik a rendes bíróságok jogértelmezési lehetőségeit.Természetesen ez nem éri el a Common Law jogcsaládban megfigyelhető precedenshez kötöttséget,ugyanakkor érdekes,hogy folyamatosan növekszik az olyan ítéletek száma (Magyarországon is),ahol a bíróság eseti döntését egy korábban meghozott felsőbbbírói határozat alapján alakítja ki,konkrétan hivatkozva a döntésre és az ott alkalmazott jogértelmezési módszerre.Ezzel párhuzamosan szintén emelkedik az olyan alsóbbfokú bíróságok határozatát hatályon kívül helyező-végzések száma,ahol a felsőbbbíró az ítéletet a bírói gyakorlattól való eltérés miatt (és nem helytelen,vagy törvénysértő minősítés okán) bírálja felül. Ezzel az egyfajta kötelezővé tett jogértelmezéssel a bírácnak megszűnik a lehetősége egy adott jogszabály értelmének más interpretációs módszer segítségével történő megállapítására.Megfelelően absztrakt módon megfogalmazott jogi normák esetében ilyenkor a jogszociológiai értelemben vett bírói jogalkotással állunk szemben.Ez a jelenség nagymértékben osztja meg az elméleti és gyakorlati szakembereket,ugyanakkor tagadhatatlan,hogy precedensek alapján történő interpretatio egyre gyakoribb a jogalkalmazásban.A bírói precedensek kötelező erejük szerint két nagyobb csoportra oszthatók.A szabályozó precedensek normatív kötelező erővel rendelkező döntések,alkalmazásuk általában a Common Law rendszerben jelentős.Az értelmező precedensek ilyen kötőerővel ugyan nem rendelkeznek,de a bíróságok jogértelmezési lehetőségeit adott irányba kijelölve nagy mértékben befolyásolják az írott jog érvényesülését.Szociológiai szempontból absztrakt jogszabályok esetében igen nehéz megállapítani egy adott precedensről,hogy egyik vagy másik csoportba tartozik-e.(Normatív aspektusból szemlélve mindez nem jelent problémát.)Általánosan érvényes szabályok kérdése eldöntésére nem létezik;a precedensek konkrét és alapos vizsgálata adhatja meg a választ arra,hogy egy precedens szociológiaiilag szabályozó,avagy értelmező.

-Jogértelmezés analógia útján

A törvény,illetőleg a joganalógia módszere régtől fogva szerepel a jogértelmezés eszköztárában.Alkalmazás-á általában joghézag esetén szokásos.¹⁹Ha egy adott rendelkezés nem szabályoz egy szintén adott esetet,de mégis döntést kell hozni,úgy azt az analógia legis és analógia iuris módszerével lehet megtenni.Ez nem jelent mást,mint egy non ius szférába tartozó életviszonynak a jog által szabályozott életviszonnyá történő átalakítását.Erre azonban a kontinentális jogcsaládban csak a törvényhozó hatalomnak van joga,ezért az analógikus jogértelmezés általában komoly korlátozásokkal használható a jogalkalmazásban.(A büntetőjog esetében egyenesen tiltott a nullum crimen/nulla poena sine lege stricta jogelv alapján.)Az elméleti álláspontok eltérőek az analógikus jogértelmezés,a kiterjesztő

¹⁹ A joghézag speciális esetét képezi az ún.rejtett joghézag,mely elemzése KARL LARENZ német jogtudós nevéhez köthető.Rejtett egy joghézag akkor,ha egy esetre ugyan konkrét jogszabályi rendelkezés vonatkozik,de ez ellentétes ugyanazon jogszabály általános rendelkezéseivel.Adott esetben az általános rendelkezés a konkrét jogi rendelkezés mellé kivétel,vagy kivétel alóli kivétel beiktatását tetten volna szükségessé a jogalkotó számára.Ennek az anomáliának a kiküszöbölését LARENZ a teleológiai redukció módszerével látja megoldhatónak.Ez valójában egyfajta joganalógikus jogértelmezés alapján hozott contra legem döntést jelent,mikor a bíró az általános jogelvet által kívánt kivétel-vagy kivétel alóli kivétel-beiktatásával hozza meg ítéletét. A rejtett joghézag és KARL LARENZ elméletéhez bővebben:

POKOL BÉLA:A jog szerkezete (145-151.old.)

értelmezés,illetőleg az argumentum a minore ad maius tí-pusú interpretatio egymáshoz való viszonyának,különbségeinek tekintetében.

-Interpretatio jogdogmatikai modellek alapján

A hatályos jogszabályok a hagyományos jogágakban általában mindig egy adott dogmatikai modell alapján kerülnek megalkotásra a törvényhozó által.A dogmatikai modellek a jogtudomány szférájában látnak napvi-lágot az egyes publikációkban.A jogpolitika(mint sajátos közvetítőrendszer a jog és politika egymástól elkü-lönült rendszerei közt) a tudományos konstrukciókat becsatornázza a jogalkotási folyamatba,így ezek mint jogpolitikai koncepciók válnak alapjává az elfogadandó jogszabályoknak.Ezen jogdogmatikai modellek je-lentős szerepet játszanak a jogalkalmazásban is.A jogszabályi rendelkezés helyes értelmének megállapításá-hoz segítséget nyújthat a jogdogmatikai összefüggések vizsgálata.Országonként és jogáganként eltérő a jog-dogmatikai interpretatio alkalmazásának elfogadottsága és használatának gyakorisága.Ezzel az értelmezési típussal összefüggésben azonban több kérdőjel is felmerül.Mivel egy jogághoz több dogmatikai konstrukció is tartozik,ezért lehetséges egy adott dogmatika alapján felépülő jogszabály értelmezése más jogdogmatikai modell segítségével.Ez komoly zavarok előidézője lehet.(Igen érdekes eredményre vezet a hatályos magyar BTK. rendelkezéseinek az ún.”áldozatorientált dogmatika” alapján történő értelmezése.)A bíróságok számá-ra az interpretatio ezen módja igen nagy szabadságot ad,oldja a jogalkalmazás tételes joghoz kötöttségének mértékét.Alkalmazása általában az olyan jogágakban és országokban megszokott,ahol a joganyag alapve-tően egy nagyobb és egységes dogmatikai modell szerint épül fel,így a fent jelzett problémák kialakulásának valószínűsége csekélynek mondható.

-Interpretatio általános jogelvek fényében

A jogértelmezés e formája igen hasonlatos a jogdogmatikai,illetőleg az általános etikai elveket alapulvevő interpretatiohoz.Ezen általános jogelvek az adott jogághoz,vagy jogrendszerhez tartozó axiomatikus,nem vi-tatott tételeket tartalmazzák.Általában jogdogmatikai konstrukciókban jelennek meg,de emellett törvények-ben is deklarálva vannak,így lehetőség van ezek értelmezésbe történő bevonására.Mindazonáltal nehéz ezen jogértelmezési mód elhatárolása a fent nevesített interpretatióktól.

-Az alkotmányos alapjogok szerint történő jogértelmezés

Az értelmezés ezen módszere,mint ahogy azt feljebb említettük az amerikai jogelmélet terméke.Jelentősége mindazonáltal Európában is növekvő mértékű a második világháború után.Minden demokratikus jogállam-ban a legmagasabb szintű jogi norma az alkotmány,amely még a jogalkotót is köti.E megállapítás nemcsak a törvényhozó hatalomra,hanem az államszervezet minden szervére,így a jogalkalmazásra is áll.Ebben az ösz-szefüggésben nemcsak az egyes országok alkotmányát,hanem -ahol kialakult- az alkotmánybíró-ságok hatá-rozatait is szükséges kiemelnünk,mivel bizonyos államokban az alkotmány előírásai mellett az alkotmány-bíró-ságok határozatai is alapjává válnak az alapjogok fényében történő interpretationak.A jogértelmezés e típusa esetében gyakorlati nehézségeket jelent az alkotmányban megfogalmazott alapjogok absztrakt jellege. Ezek alapján a bírák valóban képesek az értelmezett jogszabály rendelkezé-seitől eltérő döntésre jutni.Ez az értelmezési szabadság országonként változó mértékű.Az alkotmánykonform értelmezés kötelezettsége miatt az alapjogok fényében történő interpretatio Németországban a leggyakrabban alkalmazott a vizsgált orszá- gok viszonylatában.

-Az etikai értékek alapján történő értelmezés

Ez az értelmezési technika is Amerikában alakult ki és alkalmazott a leggyakrabban.Európában nem jellem-ző használata.Az interpretatio ezen esetben nem jelent mást,mint a jogi norma rendelkezéseinek elvont igaz-ságossági,etikai szempontok szerinti értelmezését,mely eredményeképpen szélsőséges contra legem dönté-sek születnek (desuetudo,vagy új norma megalkotása).

-Jogszabály célja szerinti interpretatio

Ez az értelmezési módszer az egyik legrégebbi, már a római jog korai szakaszaiban is élő és használt volt. A jogi gondolkodás ekkor a többi interpretációs technikát háttérbe szorítva törekedett a jogszabályok társadalmi céljainak feltárására. A modern korban az érdekkutató és értékkutató jogtudomány kialakulásával került a jogi gondolkodás középpontjába a teleológiai interpretatio. Lényege, hogy az értelmezni kívánt jogszabály értelmét a jogi norma rendeltetéséből, illetve megalkotásának céljaiból kívánja megismerni. Sajátossága, hogy csak abban az esetben kerül alkalmazásra, ha a jogszabály valamely részében -legalább említés szintjén- ki-fejezésre jut a jogi rendelkezés célja.

-Jogalkotó akarata szerinti jogértelmezés

A jogértelmezés e típusa lényegét tekintve hasonlatos a jogszabály céljai szerint történő interpretációs technikájához. Azonban itt a jogszabály szövegéhez való kötöttség nem követelmény, így a jogalkalmazónak az értelmezéskor nagyobb a szövegrétegtől való függetlenedésének a lehetősége. A cél mindkét esetben azonos: a jogalkotó akaratának felderítése. Ennél a módszernél azonban nemcsak a jogszabály szövege, hanem annak előkészítési anyagai, tervezetei is részét alkotják az értelmezésnek. (Európában eltérő mértékben érvényesül a jogértelmezés e típusának használata. A legtöbb országban azonban tiltott a jogszabályok előkészítési anyagainak jogértelmezésbe történő bevonása. Magyarországon ilyen értelmezési gyakorlat nem létezik.)

2.

A magyar büntetőjogot átfogó alapelvek meghatározzák a jogág egészét. Befolyásolják a jogalkotást -tehát az egyes büntetőpolitikai koncepciók jogszabályba foglalását-, továbbá komoly jelentőséghez jutnak a jogalkalmazási folyamatban is. Külön kell tehát foglalkoznunk a bírósági jogértelmezés és ezen alapelvek sajátos kapcsolatával. A modern demokratikus államok összességében elsődleges politikai és jogi érték a jogállamiság, megvalósulása pedig a legfontosabb társadalmi érdekek közé sorolható. Magyarországon a rendszerváltoztatás során elfogadott sarkalatos törvények és a politikai rendszer demokratikus irányba történő átalakulása folytán megteremtődött a lehetőség az addig csak a deklaráció szintjén létező jogállamiság tartalommal történő megtöltésére. Hatályos Alkotmányunk a jogállamiság alapelemeit rögzíti, az alapelv pontos részletezése az Alkotmánybíróság határozataiban lehetséges. Mint alaptörvény -az ezt részletező AB. Határozatokkal együtt-, a Magyar Köztársaság Alkotmánya minden jogág számára jogforrásnak tekintendő. Az emberi méltóság elismerése, az alapvető szabadságjogok tisztelete, a jogegyenlőség biztosítása, végső fokon a humanitás elvének érvényre juttatása az anyagi büntetőjog, továbbá a kapcsolódó bírósági jogalkalmazás számára normatív alapelveként fogalmazódik meg. Ezen általános és minden jogágban kötelező alapelvekből származnak a büntetőjog ún. speciális alapelvei. A törvényesség²⁰, az arányosság, az ultima ratio jelleg, a tetthelelősség és a bűnösségen alapuló felelősség elvei képezik ezen speciális alapelvek listáját.

²⁰ A NULLUM CRIMEN/NULLA POENA SINE LEGE elve. Ezen alapelv részletes elemzéséhez lásd: NAGY FERENC: A nullum crimen/nulla poena sine lege alapelvről IN.: WIENER A. IMRE (szerk.): Büntetendőség, büntethetőség (Büntetőjogi tanulmányok)

Ezen garanciális alapelvek gyakorlati érvényesülése nem minden helyzetben egyértelmű. Adott esetben, nem kis mértékben a hatályos BTK. szerkezete és szövegezése miatt a speciális büntetőjogi alapelvek kollízióba kerülhetnek és csak egymás sérelmére érvényesíthetők a jogalkalmazás során. Az ilyen jellegű esetekben a jogértelmezés, mint sajátos megismerő tevékenység segítséget nyújthat a nehézség megoldásához. Kérdéses azonban, hogy az ilyen típusú kollíziók feloldásában mekkora szerepe lehet a bíróságoknak. Aggályokat és kétségeket felvető probléma ez, mindazonáltal tény, hogy a gyakorlatban a Legfelsőbb Bíróság számos eseti és elvi élű határozatában foglalt állást az alapelvek értelméről és ezek egymáshoz való viszonyáról. Az alapelvek és a jogalkalmazás (ezen belül a jogértelmezés) kapcsolatáról általánosságban annyi mondható el, hogy sajátos orientáló, befolyásoló viszonyban állnak egymással. Az alapelvek egyrészt normatív kötik a bírakat, más részből azonban absztrakt jellegük miatt fogva igen nagy szabadságfokkal értelmezhetők a felsőbb bíróságok által. Az értelmezett alapelvek bíróságok számára kötelező jogegységi határozat, vagy formális kötelezőerővel nem rendelkező (azonban a gyakorlatban mégis követett) eseti döntés formájában jelenik meg és határozza meg az anyagi büntetőjog egészének érvényesülését. Az alapelvek tartalmát részletező pontosabb törvényi megfogalmazások hiányában valójában egyéb lehetőség a probléma megoldására nemigen létezik, ám maga a módszer aggályos az alapelvek rendelkezéseinek szemszögéből. A speciális büntetőjogi alapelveket részletesebben vizsgálva a jelenség könnyen megragadható, így az ilyen jellegű elemzéstől nem tekinthetünk el tanulmányunkban.

Az anyagi jogi értelemben vett legalitás speciális büntetőjogi alapelve a *nullum crimen sine lege* elvét jelöli. Ez négy követelményt jelent: a visszaható hatály tilalmát (*nullum crimen/ nulla poena sine lege praevia*), a határozatlan büntető törvény tilalmát (*nullum crimen/ nulla poena sine lege certa*), a büntethetőséget megalapozó szokásjog, illetve bírói jog tilalmát (*nullum crimen/ nulla poena sine lege scripta*), és végül a büntethetőséget, illetve szankciót megalapozó- vagy azt szigorító- analógia tilalmát (*nullum crimen/ nulla poena sine lege stricta*). A visszaható hatály tilalmát több jogforrásunk is egyértelműen deklarálja. Mindenekelőtt hazánk Alkotmányának 57.§(4)-a kimondja, hogy senkit sem lehet bűnösnek nyilvánítani és büntetéssel sújtani olyan cselekmény miatt, amely az elkövetés idején a magyar jog szerint nem volt bűncselekmény. Hasonló kötelezettséget deklarál az 1993. évi XXXI. tv., amely az Emberi Jogok Európai Egyezményét kihirdető jogszabály. Az egyezmény 7. Cikkének 2. pontja lehetőséget ad a visszaható hatály alkalmazására abban az esetben, ha az elkövető által megvalósított cselekmény annak elkövetése idején a civilizált nemzetek által elismert általános jogelvek szerint, és nem az adott ország hatályos büntetőjoga szerint volt bűncselekmény. Ez jut kifejezésre a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának 15. Cikkének 1. pontjában is. Ezen nemzetközi egyezmények a háborús és emberiség ellenes bűncselekmények tekintetében relativizálják a *nullum crimen sine lege praevia* elvét a magyar jogrendszerben. Az ezen alapelveket deklaráló jogszabályok felsorolását a többször módosított 1987. évi XI. tv.-vel, annak is a 12.§(2)-vel kell folytatni. Ez a rendelkezés egy adott magatartás jogszabály általi jogellenessé nyilvánítását tiltja, a jogszabály kihirdetését megelőző időre vonatkozóan. Az Alkotmány és a fent említett jogszabályokban deklarált elv részletezését az Alkotmánybíróság az Országgyűlés 1991. november 4-i ülésén elfogadott BTK.-t módosító törvényt alkotmányellenessé nyilvánító 11/1992.(III.5.) AB. Határozatban fejtette ki. Itt kerültek meghatározásra a jogállami büntetőjog jellemző kritériumai is. A visszaható hatály tilalmát maga a hatályos BTK. is megfogalmazza, azzal az elkövetők számára kedvező megköttéssel, amely szerint ha az elkövetett cselekmény az elbíráláskor hatályban levő új törvény szerint már nem bűncselekmény, vagy enyhébben bírálendő el, akkor az új törvényt kell alkalmazni.

A hivatkozott jogszabályok, és az AB. Határozat a visszaható hatály tilalmát kimondják ugyan, de a jogalkalmazás szempontjából sok igen fontos részletkérdést nem szabályoznak a szövegréteg szintjén. Ezért ezen alapelvek részleteinek feltárására interpretatiora van szükség. A BTK. pontosabban nem határozza meg az elkövetés idejének fogalmát, melynek tisztázása a visszaható hatályra vonatkozó törvényi rendelkezés alkalmazásának előfeltétele. A bírácoknak ezen esetben egyedüli lehetőségük a jogdogmatikai interpretatio felhasználása. Egymozzanatú bűncselekmények esetében mindez nem jelent problémát, azonban többmozzanatúság fennállásakor az elkövetés idejének megállapítása komoly nehézségekbe ütközhet. Az elkövetés idejére vonatkozóan négy különböző jogdogmatikai koncepció alakult ki az elméletben. Az eredményelmélet szerint a bűncselekmény elkövetési ideje a tényálláshoz szükséges eredmény bekövetkeztének az időpontja. A tevékenységi elmélet szerint ez az időpont a tényálláshoz tartozó valamennyi magatartás megvalósításának ideje, az okfolyamat elmélet szerint az elkövetés ideje az a pont, amikortól az okfolyamat már a tettes magatartásától függetlenül fejlődik. A cselekményelmélet szerint az elkövetés időpontját az elkövető által bármely tényálláshoz tartozó magatartás megvalósítása jelöli. Látható tehát, hogy az értelmezés ezekben a dogmatikai modellek bíróságok általi preferáltságától függ. A magyar bírósági gyakorlat a tevékenységi elmélet iránymutatásait alkalmazza az elkövetés idejének megállapításához. A többi elméletet az L.B. a kérdés eldöntésére általában nem preferálja, így ezek használatára a rendes bíróságoknak nincs lehetősége. A bírósági gyakorlat a visszaható hatály elkövetés idejére vonatkozó részeit tehát a jogdogmatikai interpretatio segítségével értelmezi. A jogdogmatikai elméletek közül a tevékenységelméletet alkalmazza, ezzel az adott rendelkezést a jogdogmatikailag lehetséges értelmekekhez képest (például az eredményelmélethez képest) szűken, adott esetben az elkövető hátrányára értelmezi.

A visszaható hatály tilalmának további kérdéses része az elbírálás időpontjára vonatkozik. A szabályt a jogerősen még el nem bírált ügyekben lehet alkalmazni. Jogerős ítéletet követően használata a törvény szövegéből adódóan kizárt. Tanulmányunknak nem tárgya büntető alaki jog elemzése, ezért csak jelzésszinten említjük, hogy e rendelkezéssel kapcsolatban is gyakorlati nehézségek adódhatnak az értelmezéskor figyelemmel a BE.237.§(2), 374.§(2) előírásaira. A nullum crimen sine lege praevia BTK.-ban deklarált elvének a legtöbbször említett problémája az, hogy a szövegréteg szintjén nem szabályozza az ún. keretdiszpozíciókat tartalommal kitöltő nem büntetőjogi jogszabályok és a visszaható hatály tilalmának viszonyát. A kérdés tekintetében így jelentős szerepet játszik a bírói gyakorlatban alkalmazott jogértelmezés. Két egymástól eltérő interpretatit kell itt kiemelnünk. A korábbi szerint (BH 1988/382. eseti határozat) a keretdiszpozíciókat tartalommal kitöltő jogszabályok nem részei az anyagi büntetőjognak, így a speciális büntetőjogi elvek sem érvényesek rájuk. Azonban a keretkitöltő rendelkezések olyan mérvű változása, mely a büntetőjogi védelmet élvező tilalmat, vagy kötelezettséget megszünteti, akkor az már a büntetőtörvény változásának tekintendő. Így a fenti jogelvnek érvényesülnie kell. A néhány évvel később született határozat (BH 1992/445.) szerint ilyen esetekben a BTK.2.§-ának alkalmazása fel sem merülhet, azonban a BTK.36.§-ra figyelemmel a 71.§(1) szerinti intézkedés-megfelelő jogszabályi követelmények megléte esetén alkalmazására sor kerülhet. (Az 1992-es határozathoz hasonló álláspontot képvisel a BH 1998/409. számon közzétett eseti döntés is.) Az elvi kérdés tekintetében eltérő bírói gyakorlat miatt a Legfelsőbb Bíróság jogegységi eljárást folytatott le, melynek eredményét az 1/1999 Büntető Jogegységi Határozatban tette közzé. Ebben a BH 1988/382. számú eseti döntés értelmezését állapította meg helyesnek, így ezt tette kötelezővé a bíróságok számára. E jogegységi döntésben jogdogmatikai és jogalkotó célja szerinti interpretatiora került sor.²¹ A bírói gyakorlat

²¹ Az LB. által a határozatban konkrétan hivatkozott jogirodalmi művek:
ANGYAL PÁL: A magyar büntetőjog kézikönyve (105-106. old.)

tehát a visszaható hatály tilalmára vonatkozó alapelvet a keretdiszpozíciók rendelkezéseit kitöltő nem büntetőjogi jogi normák tekintetében kiterjesztő módon értelmezte, elszakadva a jogszabály szövegének szövszerű tartalmától. E példán keresztül jól megragadható a bírói jog büntetőjogi alapelveket befolyásoló, alakító jellege. Az elvek egy-máshoz való viszonyának elemzéséhez azonban még további alapelveket kell konkrétan megvizsgálnunk.

A nullum crimen/nulla poena sine lege certa elve a határozatlan büntető törvény tilalmának követelményét jelöli. A törvényi meghatározottság mind a büntetendő magatartások, mind pedig a jogkövetkezmények körének pontos megállapítását jelenti. Ezen elv a jogbiztonság szempontjából igen nagy jelentőséggel bír. E tételt az Alkotmánybíróság is leszögezte 1160/B/1990-es határozatában.²² Mindazonáltal az elv nem teljes egészében érvényesül a büntetőjog szférájában, teret adva ezzel a kiterjesztő, vagy megszorító bírósági jogértelmezésnek. A különös részi diszpozíciók pontos meghatározottsága általában érvényesül a törvény szövegezésében, hasonló tapasztalható a szankciók fajtáit részletező rendelkezésekben is, bár itt a kényszergyógykezelés, mint határozatlan tartamú jogkövetkezmény példaként hivatkozható. (Meg kell azonban jegyezni: e jogkövetkezmény célja többek között a tettes kóros elmeállapotának lehetőségek szerinti gyógykezelése. Ehhez személynként változó hosszúságú időre van szükség, így a szankció céljának eléréséhez szükséges idő meghatározására a törvényi rendelkezések között nemigen lehetséges.) A gyakorlatban igen sok problémát okoz a konkrét ügyek tárgyalása során (ez a vizsgált bírósági határozatokból egyértelműen kitűnik) a büntethetőségi akadályok fennforgásának megállapítása. A törvény szövege meglehetősen határozatlan a kérdéskör tekintetében, a bírói gyakorlat a BTK. rendelkezéseinek értelmezésében ezen a területen szakad el a legjobban a szövegrétegtől, másként fogalmazva: a határozatlan büntető törvény tilalmának elve itt érvényesül a legkevésbé. Ennek oka lehet, hogy a jogdogmatikai modellek meglehetősen részletesen kidolgozottak a büntethetőséget kizáró körülményeket illetően, ok lehet továbbá az, hogy a törvény ezen része az elkövetők javára tartalmaz rendelkezéseket, tehát nem állapít meg határozatlan tartamú büntetendő magatartást, sem szankciót, így tehát a fent említett alapelv csak korlátozott mértékben vonatkozik rá. Tény, hogy a BTK. ezen rendelkezései a bírói gyakorlat által kialakított és alkalmazott büntetőjogi felelősséget megszüntető elemekkel egészültek ki. (Ilyen például a megengedett kockázat, a fenyegető jog gyakorlása, és a volenti non fit iniuria jogintézménye.) A probléma ezek kapcsán nem (csak) létük okán merül fel. A bírói jog ezen rendelkezései az elkövető számára kedvező szabályokat tartalmaznak. Mivel írott jognak nem alapulnak, így bizonyos elkövetői csoportoknak a kedvezményből történő kizárása (például a megengedett kockázat határesetében) beleütközhet a büntetőjog egy további igen lényeges speciális alapelvébe, a nullum crimen/nulla poena sine lege scripta, az elkövető terhére alakított, és jogszabályi alapokat nélkülöző bírói jog tilalmának elvébe. (Az Általános Részben további nehézségeket okozó, bírói jognak alapuló büntethetőséget alapító rendelkezések: az actio libera in causa, a közvetett tettesség, illetőleg a közvetett felbujtás intézménye. Esetükben az alapelvbe ütközés még egyértelműbb: nem kedvezményt, hanem büntetőjogi felelősséget megalapozó joghézagpótló szabályokról van szó, melyeket a bírói gyakorlat keletkeztetett.) Visszatérve a büntethetőségi akadályok rendszerére, a

A büntető törvénykönyv kommentárja, 1968 (38. old.)

Magyar büntetőjog, Kommentár a gyakorlat számára, 1995 (3. old.)

FÖLDVÁRI JÓZSEF: Magyar Büntetőjog Általános Rész

NAGY FERENC: A nullum crimen/nulla poena sine lege alapelvről

A jogalkotó céljára vonatkozó megállapítások az 1961-es BTK. miniszteri indoklásának szövege alapján kerültek be a határozatba.

²² „Ha egy jogszabály törvényi tényállása túl elvont, túl általános, akkor a jogszabály rendelkezése a jogalkalmazó belátása szerint kiterjeszhető, vagy beszűkíthető. Az ilyen szabály lehetőséget ad a szubjektív jogalkalmazói döntésre, a különböző jogalkalmazók eltérő gyakorlatára, a jogegység hiányára. Ez csorbitja a jogbiztonságot.” (1160/B/1990 AB. hat.)

határozatlanságuk miatt a jogos védelem, a társadalomra veszélyesség elkövetéskori csekély foka, és a társadalomra veszélyesség elbíráláskori megszűnése, vagy csekélyté válása jogintézményei jelentenek komoly problémát. A jogos védelem-BTK.29.§(1-2)- alapján nem büntethető az, akinek a cselekménye a saját, illetőleg mások személye, javai vagy a közérdek ellen intézett, illetőleg ezeket közvetlenül fenyegető jogtalan támadás elhárításához szükséges. Színén nem büntethető az sem, aki az elhárítás szükséges mértékét azért lépi túl, mert azt ijedségből, vagy menthető felindulásból képtelen felismerni. Ha ez csak korlátozott, akkor a büntetés mértéke korlátlanul enyhíthető-BTK.29.§(3)-. A norma részletesen nem szabályozza az arányosság mértékét, továbbá nem definiálja a támadás fogalmát, ezért e kérdésekben lehetőséget teremt a széleskörű jogértelmezésre. (A folyamatban levő támadás, illetve a közvetlenül fenyegető támadás meghatározása szintén hiányzik a törvényszövegből.) A Legfelsőbb Bíróság 15.sz. Irányelvében jogdogmatikai interpretáció segítségével kiterjesztően értelmezi a támadás fogalmát. A jogos védelem sértettjének a jogtalan állapot fenntartásának céljából tanúsított passzív magatartása, mely a jogos védelmi helyzetet kiváltó bűncselekmény folytatását célozza, szintén támadásnak minősül az Irányelv szerint.²³ Ugyanakkor a bírói gyakorlat szerint (BH.1997/512.) a támadás pusztá előkészítése nem alapozza meg a jogos védelmet. A *vim vi repellere cuique licet* jogintézményével kapcsolatosan a fent említett büntetőjogi alapelvek fényében problémákat vet fel a bírói gyakorlat által deklarált kiterési kötelezettség. A hivatkozott Irányelv rendelkezései szerint jogos védelem nem állapítható meg annak javára, aki felmenője, házastársa, továbbá testvére jogtalan támadását erőszakkal, az arányosság szükséges követelményeit megtartva hárítja el. Ilyen esetben ugyanis a hozzátartozót a bírói jog szerint kiterési kötelezettség terheli. A Csemegi Kódexből ismert rendelkezés gyakorlati használata olyan irányban szűkíti a törvényi szabályozást, ami egyértelműen nem következik a jogszabály szövegéből.

A társadalomra veszélyesség elkövetéskori csekély foka (BTK.28.§), mint büntethetőséget kizáró, illetőleg a bűncselekmény társadalomra veszélyességének elbíráláskori megszűnése, vagy csekélyté válása, mint büntethetőséget megszüntető ok (BTK.36.§), ahogy arra feljebb utaltunk is, komoly nehézségeket okoz a gyakorlatban az értelmezés során. Mindkét jogintézmény alapfogalma a társadalomra veszélyesség kategóriája. Ezt a hatályos BTK.10.§(1)-e következőképp definiálja: "Társadalomra veszélyes az a tevékenység vagy mulasztás, amely a Magyar Köztársaság állami, társadalmi vagy gazdasági rendjét, az állampolgárok személyét, vagy jogait sérti vagy veszélyezteti." Meglehetősen absztrakt megfogalmazás ez, amely nem könnyíti meg a jogalkalmazó dolgát az értelmezés során. A BTK.28.§-át illetően szintén a határozatlanságra kell felhívni a figyelmet. A jogi norma nem határozza meg pontosan azt, hogy mely cselekmények kerülhetnek e törvényhatálya alá. A rendelkezés alkalmazhatósága nincs büntetési tételhez kötve, továbbá nem tesz különbséget bűntett és vétség között. Ennél fogva a jogalkalmazók értelmezési szabadsága roppant tágan mondható. Ebben az esetben nemcsak a bírósági gyakorlatról kell említést tennünk, hiszen a BTK.28.§-t a bíróság ritkán alkalmazza, hiszen az ilyen jellegű esetekben már a büntetőeljárás nyomozati, illetve ügyészi szakában sor kerül az eljárás megszüntetésére a Be.127.§(1,4), Be.145.§(2)d) pontja alapján, illetőleg a BTK.71.§(1) szerinti intézkedés (megrovás) alkalmazására. Így tehát a problémakör viszonylatában az ügyészi gyakorlat elemzése is releváns lehet, de erre jelen tanulmányban nem térünk ki. A bírói kazuisztikába a cselekmény elkövetéskori társadalomra veszélyességének csekély fokának vizsgálata az objektív tényállási elemek alapján történik általában, de több ítéletben szerepet kapnak a szubjektív elemek is, bár erre a törvény csak a BTK.36.§-a esetében ad lehetőséget a jogszabály szövege alapján. Így születhetett meg azon eseti ítélet (BH.1996/10.), mely az aránylag nagy tárgyi súlyú fogolyszökés büntetettét (BTK.245.§) megvalósító elkövető esetében

²³ Hasonló álláspontot képvisel az LB. BH.1997/512.számú közölt eseti ítélete is.

az erkölcsileg méltányolható szubjektív tényállási elemek miatt(motívum és célzat) alkalmazta a BTK.28.§ rendelkezéseit. A jogintézményt általánosan vizsgálva elmondható,hogy ez esetben a határozatlan törvényi megfogalmazá-sokat a bírói jog sem pontosítja megfelelően,ezért a 28.§ érvényesüléséről csupán néhány eseti döntés alap-ján kaphatunk információt(azt sem általánosan érvényesen,hanem a konkrét jogkérdéshez kapcsolódóan.²⁴) Ez joggal veti fel a feljebb jelzett alapelvi aggályokat.

Hasonló nehézségek tapasztalhatók a társadalomra veszélyesség elbíráláskori megszűnése,vagy csekélyé válása tekintetében.A bírói,illetve ügyészi gyakorlatban a jogintézmény sokkal kevesebbszer alkalmazott-az ilyen jellegű kérdéseket felvető ügyek viszonylag alacsony száma miatt-,mint a BTK.28.§ rendelkezése.A bíróság az elbírálás időpontját ez esetben tágan értelmezi,a társadalomra veszélyesség csekély fokát az eljárás bármely szakaszában meg lehet állapítani és az eljárást a Be.13.§ -nak megfelelően meg lehet szüntetni. A fent említett jogintézménnyel kapcsolatos határozatlanság problematikája itt is érvényes,azzal a különbséggel,hogy e szabály pontosabb értelmének megállapítására jóval kevesebb bírósági határozat áll rendelkezésünkre.²⁵A visszaható hatály tilalmának büntetőjogi alapelveivel kapcsolatban már kifejtettük,hogy a bírói gyakorlat szerint a keretdiszpozíciókat tartalommal kitöltő egyes jogszabályi rendelkezések olyan mértékű változása esetén,amikor a büntetőjogi védelemet élvező rendelkezés megszűnik,úgy a visszaható hatály szabálya szerinti elbírálásra lehetőség van.Ekkor a BTK.36.§ rendelkezéseinek alkalmazására kerül sor.Itt kell megemlítenünk azt,hogy a bírói gyakorlat hasonló elv szerint jár el a nemzetközi kötelezettség megszűnése esetén.Mindez a Bács-Kiskun Megyei Bíróság BH.1998/409 szám alatt megjelent eseti döntéséből válik világossá.Az ügy terheltje egy jugoszláv állampolgár volt,aki számítógépes alkatrészeket kísérelt meg hazájá-ba szállítani Magyarországon keresztül,de a határátkelőhelyen sor került az áruk lefoglalására és a személy letartóztatására,mivel az elkövetéskor ENSZ határozat alapján Jugoszlávia ellen gazdasági embargó volt érvényben.Ennek alapján az elkövető megvalósította a BTK.261/A.§-ba ütköző és eszerint büntetendő nemzetközi jogi kötelezettség megszegése kísérletének büntetést.Ezért őt az elsőfokon eljáró városi bíróság 160 napi tétel pénzbüntetésre ítélte,az egynapi tétel összegét 600Ft.-ban állapította meg.Az ítélet ellen a vádlott és védője jelentett be fellebbezést.A másodfokon eljáró megyei bíróság a Be.263.§ alapján az elsőfokú bíróság ítéletét hatályon kívül helyezte,és a büntetőeljárást megszüntette a Be.213.§(1)-re tekintettel.A bíróság az ítélet indoklásában kifejtette,hogy az ENSZ BT. 1074/1996.számú Határozata a Jugoszlávia ellen elrendelt embargót megszüntette.Így a nemzetközi jogi kötelezettség megszegésének a kerettényállását kitöltő tilalom az elbíráláskor már nem állt fenn,ezért a cselekmény társadalomra veszélyessége megszűnt,ezért indokolt a büntetőeljárás-büntethetőséget megszüntető okból való megszüntetése.

A nullum crimen/nulla poena sine lege stricta speciális büntetőjogi alapelve az elkövető terhére alkalmazott analógia tilalmát állapítja meg..NAGY FERENC megfogalmazásával élve:”A lex stricta a bírót tehát a normaszöveghez köti,ami azt jelenti,hogy a bíró a törvény alkalmazása során nem távolodhat el a törvény szöveg szerinti értelmétől ,és csak a megengedett eszközöket használhatja az értelmezés során.Az analógia tilalom alkalmazási köre elvileg kiterjed mind a büntethetőségi feltételekre,mind a büntetőjogi következményekre,ennek következtében minden olyan büntetőjogi jogalkalmazás tilos a bűnelkövető terhére,amely a büntető törvényi norma határán túlterjed.”²⁶Az utóbbi éveket

²⁴ A BTK.28.§-nak rendelkezéseit értelmező bírósági határozatok (a vizsgált időszakban): BH.1999/4,BH.1998/258,BH.1996/10,BH.1995/258,BH.1992/290,BH.1992/159.

²⁵ A BTK.36.§-nak rendelkezéseit értelmező bírósági határozatok (a vizsgált időszakban): BH.1998/517,BH.1998/409,BH.1992/364

²⁶ NAGY FERENC/TOKAJI GÉZA:A magyar büntetőjog általános része (53.old.)

tekintve az alapelv teljes mértékben és általánosságban érvényesül. Elvértve adódik olyan példa, mikor a bíróság az elkövető terhére alkalmazza az analógia módszere alapján történő interpretációt. Ehhez a NAGY FERENC által hivatkozott határozatot, mint empirikus példát érdemes megemlíteni.²⁷ A Legfelsőbb Bíróság BH.1986/312.számon közzétett eseti döntésében az elkövetőt pénzhamisítás (BTK.304.§(1)bek.a) pont) helyett csalás (BTK.318(1)) büntetének elkövetésében találta bűnösnek. Terhelt 10Ft-s pénzérmével működő pénzautomatába a pénzérme helyett vele azonos súlyú és méretű fémkorongokat dobált be, ezzel kárt okozva az automata tulajdonosának. Ennek a cselekménynek csaláskénti minősítése csak az analógia módszerével lehetséges. A bíróság értelmezése szerint tehát az elkövető a játékautomatát mint passzív alanyt tévedésbe ejtve az ügy sértettjének kárt okozott, így valószínűsítve meg a csalás delictumát. Ilyen, vagy ehhez hasonló extrém jogértelmezésre a 90-es években a vizsgált határozatokban nem találtunk empirikus példát.

A fenti példából látható, hogy a büntetőjogi alapelvek és a bírói gyakorlat kapcsolata rendkívül sokrétű, és bonyolult. Befolyásoló hatással vannak egymásra, fejlődésük e sajátos kölcsönhatás alapján történik a jogi rendszerben. Az alapelvek jogértelmezési technikákat kötő elemei a gyakorlatban korlátozottan érvényesülnek. Éppen ezért az interpretációs módszerek büntetőjogi jelentősége nagyobb annál, amint azt egyes gyakorlati aspektusokat figyelmen kívül hagyó elméleti elemzések tulajdonítanak neki. Az egyes értelmezési technikák bírósági alkalmazásának részletes vizsgálatát a II. Fejezetben tárgyaljuk.

II. Fejezet

(Az egyes jogértelmezési módok gyakorlati érvényesülése a magyar büntetőjogban)

1.

(Grammaticai interpretatio)

Amint azt az első fejezet is tárgyalja, a MacCORMICK/SUMMERS tanulmánygyűjtemény a jogértelmezés nyelvtani módszerét két nagyobb technikára osztja fel. Ezek a szavak hétköznapi értelme alapján, illetve a szavak speciális jelentése alapján történő interpretáció. A magyar büntetőbíráskodásban mindkettő használata gyakorinak mondható. Mindenekelőtt azt kell leszögezni, hogy a büntető határozatokban általában több jogkérdés merül fel, így egy ítéletben többféle jogértelmezési mód is megjelenhet. (Konkrét esetekben kérdéses lehet a tettességre, szándékra, egységre és halmazatra, jogkövetkezményekre, továbbá a különös részi diszpozícióra vonatkozó szabályok értelme, így szükségszerűen több interpretációra kerül sor a döntésben.) A grammaticai interpretatio (mind a hétköznapi, mind a speciális) gyakran fordul elő más típusú jogértelmezésekkel együtt, de sok az olyan ítélet, ahol önállóan szerepel. 1990 és 1999 között a határozatok mintegy 40%-ban lelehető fel a nyelvtani jogértelmezési technika. Ez a szám viszonylag állandónak mondható (néhány százalékos csökkenés

²⁷ NAGY FERENC: A nullum crimen/nulla poena sine lege alapelvről (160.old)

IN.: WIENER A. IMRE (szerk.): Büntetendőség, büntethetőség (Büntetőjogi Tanulmányok)

tapasztalható a '97-'98-'99-es években,de a változás nem szignifikáns),viszont kifejezetten csökkenő tendenciát mutat azon határozatok száma,ahol a grammaticai interpretatio kizárólagosan kerül felhasználásra a bíróságok által.²⁸

A szavak hétköznapi értelme alapján történő értelmezés a büntetőjogban elsőbbséget élvez a speciális jelentés szerinti interpretatioval szemben.Tehát minden olyan esetben,amikor a BTK.,vagy egyéb jogszabály egy adott kifejezéshez nem kapcsol a hétköznapiól eltérő jelentést,a törvényi rendelkezést a benne szereplő szavak köznapi jelentése alapján értelmezik a bíróságok,amennyiben a grammaticai interpretatio módszerét alkalmazzák.Ezért a hatályos BTK.szerkezete nagyban befolyásolja a szavak hétköznapi,illetve speciális értelme szerinti interpretatio használatának gyakoriságát.A BTK.-n belül nemigen lehet olyan delictumtípust,vagy típusokat kiemelni,ahol a tárgyalta jogértelmezési technikák szignifikánsan gyakrabban fordulnak elő a többi módszerhez képest.Annyi azonban megállapítható,hogy az Általános Részből szereplő szabályokkal összefüggésben felmerült jogkérdésekkel kapcsolatos jogértelmezések kevesebb-szer élnek a nyelvtani interpretatio technikájával.Az elmúlt tíz évben számos olyan eseti határozat született,melyben a fenti értelmezési módszer figyelhető meg,és amely meghatározó jelentőségű volt a bírói gyakorlat aspektusából.Az alábbiak-ban néhány érdekes példával kívánjuk illusztrálni a grammaticai interpretatio sajátosságait,illetve alkalmazásának speciális jellemzőit.

Jó példa a szavak speciális értelme,illetve hétköznapi jelentése szerinti értelmezés alkalmazásának eltérő eredményére a Legfelsőbb Bíróság BH.1995/550.számon közzétett eseti döntése.Az ítéleti tényállás lényege szerint a megyei rendőrkapitányságon előzetes letartóztatásban levő terhelték-előzetes megállapodásuk alapján zárkájuk falát szökési szándékkal megbontották.Szökésre azért nem került sor,mivel az ügyeletben levő fogdaőr a terhelték által készített nyílást felfedezte.A vádlottak ellen fogolyszökés büntetének kísérlete,és rongálás vétsége miatt indult büntetőeljárás.Az elsőfokú bíróság a három terhelt vonatkozásában megállapította a rongálás vétségében való bűnösséget,továbbá az I.r.terhelt vonatkozásában a fogolyszökés kísérletében való bűnösséget.Az I.r.terhelt és védője téves minősítés miatt jelentett be fellebbezést.A II.és III.r. terhelt esetében az elsőfokú ítélet jogerőre emelkedett.A másodfokú bíróság az I.r. vádlottat szintén bűnösnek találta,és helybenhagyta a kerületi bíróság ítéletét.A jogerős ügydöntő végzés ellen a terhelt jelentett be fellebbezést.Az I.r. terhelt vonatkozásában a fogolyszökés büntette kísérletében bűnösséget kimondó részét tekintve hatályon kívül helyezte,és a vádlottat bűncselekmény hiányában felmentette.Az első és másodfokú bíróságok határozataik indoklásában a szavak hétköznapi jelentése szerinti interpretatio segítségével értelmezték a vonatkozó diszpozíciót.Álláspontjuk szerint a fal megbontásával a terhelt a bűncselekmény elkövetését megkezdte,tehát a fogolyszökés büntetének kísérletéért vonható felelősségre.Az LB. a vonatkozó kérdést már a speciális grammaticai interpretatio alkalmazásával vizsgálta,a BTK 16.§,18.§,245.§ rendelkezései alapján.Ennek értelmében a fogolyszökés büntetének nem a kísérlete,hanem csupán –a nem büntethető- előkészülete valósul meg,ha a terhelték a zárka falát megbontották,de az onnan való távozást nem kezdték meg.Az LB.értelmezése szerint a fogolyszökés akkor válik befejezetté,ha a fogva tartott a szabadság állapota már felváltotta, a kísérleti szakot megvalósító magatartásról pedig akkor lehet szó,ha a fogva tartott az őrizet alatt levő kijelölt helyet önkényesen elhagyja igyekezve szökési szándékkal elindul.Az ilyen eltávozás előfeltételeit előteremtő magatartás -a szavak speciális jelentése alapján történő interpretatio (BTK.18.§) szerint- az előkészületet valósítja csupán meg,tehát anyagi jogi rendelkezés hiányában nem büntethető.

²⁸ 1999-ben például az összes nyelvtani jogértelmezési módszert alkalmazó bírósági határozatoknak csak mintegy 35%-a az olyan ítélet,ahol a grammaticai interpretatio önállóan használt technika.A többi határozatban ez a típusú jogértelmezés kiegészül eltérő interpretatiós módszerekkel.

A következő elemzésre érdemes határozat a BH.1998/10.számú LB.ítélet.Az ügy terheltjét csalás bűncse-lekménye miatt vonták büntetőeljárás alá.Az ítéleti tényállás szerint a terhelt országos napilapokban közzé-tett hirdetés alapján jelentkezési díj megfizetése mellett munkaközvetítésre vállalkozott,ilyen típusú megren-deléseket vett fel anélkül,hogy a munkaközvetítésre módja,vagy lehetősége lett volna.Cselekményével 563 sértettnek több,mint 5,5millió forint kárt okozott.A bírósági határozat a felülvizsgálati védői,illetőleg LB.in-terpretatio miatt érdekes.Ezen belül a kár fogalmának értelmezése érdemel kiemelést.A védői álláspont sze-rint a terhelt és társa -akinek a vállalkozásának keretében fejtették ki tevékenységüket- szándéka munkaköz-vetítő vállalkozás beindítása volt.A velük kapcsolatba került ügyfelekkel polgári jogviszonyba kerültekTer-heltek vállalták továbbá,hogy a közvetítés sikertelensége esetén a közvetítői díjat-kérésre-visszafizetik 6 hó-napon belül.A védő kifejtette,hogy polgári jogi értelemben nincs kár,mivel az eljárás megindulásáig a meg-jelölt határidő nem telt el.További érve volt,hogy a sértettek kárigénye nem nyílt meg.Mindebből jól látható, hogy a védelem a kár fogalmának speciális nyelvtani(polgári jogi értelemben vett) értelmezését vette alapul. A kár fogalmának azonban van speciális büntetőjogi jelentése is.Ezt az akkor hatályos BTK.333.§(2.) fogal-mazta meg.²⁹Eszerint a kár a vagyonban okozott értékcsökkenést jelenti.Az LB. ezt a jelentést vette alapul jogértelmezése során.Rámutatott arra,hogy a terheltnek munkaközvetítést lehetővé tevő kapcsolata sem kül-földi,sem hazai céggel nem volt,és a beérkező nagyszámú jelentkezés feldolgozására sem rendelkezett meg-felelő apparátussal.A csalás bűncselekménye a kár beálltával befejezetté válik.A büntetőeljárás szempontjá-ból-a történeti tényállásra tekintettel-nincs jelentősége a polgári jogviszonynak,a terhelt és a sértettek között létrejött megállapodás egyébként is semmis volt,mivel a növekvő munkanélküliség idején munkahely valót-lan ígéretével való pénzgyűjtés nyilvánvalóan jó erkölcsbe ütközik.A sértettek tehát semmis szerződés alap-ján fizettek a terheltnek,a pénz postára adásával a kár beállt,a csalási cselekmény ezáltal befejezett.A verdikt szerint tehát a szavak büntetőjogi speciális értelmében a terhelt cselekménye alkalmas volt mások tévedésbe ejtésére,illetőleg tartására,továbbá kár okozására.Emiatt -illetőleg a felülvizsgálati eljárás szabályai miatt- az LB. a másodfokú bíróság jogerős ítéletét hatályában fenntartotta.

A grammatikai interpretatio módszerének alkalmazása természetesen nemcsak az eseti határozatokban je- lenik meg,néha jelentős szerepet tölt be az elvi élű Legfelsőbb Bíróság által alkotott határozatokban is.E dön-tésekben a nyelvtani értelmezés (jellegénél fogva) nem túl gyakori a jogdogmatikai,illetve a kontextuális,va-lamint a bírói gyakorlat szerinti interpretatio technikákhoz viszonyítva.A témához kapcsolódóan érdemes megemlíteni a Legfelsőbb Bíróság 2/1998.sz. Büntető Jogegységi Határozatát,melyben a nyelvtani jogértel-mezés többször is alkalmazásra kerül.E határozat a lopás(BTK.316.§),és a kifosztás (BTK.322.§) elhatárolá-si kérdéseinek tekintetében foglal állást arra az esetre vonatkozóan,amikor a cselekmény elkövetője nyom-ban a sértett megölése után veszi el annak értékeit.A két cselekmény elhatárolása komoly nehézségeket oko-zott a jogalkalmazás során,ezért különböző joggyakorlat alakult ki az egyes bíróságokon.³⁰Az LB. az eltérő jogértelmezés logikájának bemutatására két konkrét eseti döntést hivatkozott határozatában.Egy '95-ben ho-zott határozatban³¹ az emberölés büntetével bűnhalmazatban

²⁹ A BTK.333.§(2.)-t hatályon kívül helyezte az 1999.évi CXX.tv. 44.§(1.) rendelkezése. (Hatálytalan 2000.III.1.-től.) Ugyanezen tv. 6.§(5.) fogalmazta újra a kár fogalmát,ami bekerült a BTK.137.§(5.)-ba.Eszerint a kár a bűncselekménnyel a vagyonban oko-zott értékcsökkenés;vagyoni hátrány,vagyonban okozott kár,és az elmaradt vagyoni előny.Ezzel a szabályozással a büntetőjogi ér-telemben vett kár többé nem jelent szűkebb vagyonsorbulást,mint a pogári jogi értelemben vett kár.(PTK.355.§(2.))Mindez a luc-rum cessans jogintézményének büntetőjogba történő áttemelésének köszönhető.

³⁰ A jogegységi eljárást a legfőbb ügyész kezdeményezte az 1997.évi LXVI.tv. 29.§(1.) rendelkezéseire tekintettel.

³¹ LB. Bf.IV.1095/1995/8.sz. határozat.

lopásnak minősítette az elkövető azon cselekményét, aki a sértett megölése után tulajdonította el a sértett értékeit. A határozat témánk szempontjából érdekes része a személy szó nyelvtani értelmezése. Az interpretatio szerint a személy szó nyelvtani értelemben (a Magyar Értelmező Kéziszótár alapján) embert, egyént, valakinek az egyedi mivoltát, énjét jelenti. Speciális jogi értelemben (PTK. 8. §, 22. §) szűkebb a szó jelentése: eszerint személy az az ember, aki jogképes, tehát kötelezettségeket vállalhat, illetőleg jogokat szerezhetsz. Az ember jogképessége halálával megszűnik. A bíróság rámutatott arra, hogy a jogértelmezés alapján a megölt ember nem személy, így nem lehet sértettje, hanem csupán tárgya a bűncselekménynek. A kifosztás a nyelvtani interpretatio szerint csak személy sérelmére követhető el, tehát megölt ember sérelmére nem valósítható meg. A lopás delictuma azonban minden további nélkül megállapítható ilyenkor, mivel a sértett halála után hagyatéka a PTK. 598. § szerint az örökösökre száll át. Az örökösök sérelmére a lopás megállapítása nem ütközik akadályokba.

Egy 1997-ben hozott LB. határozat³² hasonló ügyben hozott eltérő tartalmú ítéletet. Itt a bíróság az aljas indokból elkövetett emberölés büntetével bűnhalmazatban állapította meg a kifosztás (BTK. 322. §) büntetét.

A bíróság ebben az esetben már az etikai elvek alapján történő interpretatio módszere segítségével értelmezte a fent említett jogszabályi rendelkezést. Eszerint ha az elkövető a sértettet megöli, majd közvetlenül ezután eltulajdonítja a sértett értéktárgyait, akkor ezt az erkölcsi szempontok miatt egységesen kell jogilag értékelni. Ezért tehát az elkövető, amennyiben cselekményét az általa megvalósított egyéb erőszakos bűncselekmény hatása alatt álló személy sérelmére követi el, úgy mindez a kifosztás büntetéként értékelendő. A Legfelsőbb Bíróság jogegységi tanácsa az utóbbi határozatot tekintette irányadónak. Döntését jogdogmatikai, bírói gyakorlat alapján történő, illetőleg jogalkotó akarata szerinti, továbbá grammaticai interpretatio alkalmazásával támasztotta alá. Ezek közül jelen alfejezetben az utóbbi jogértelmezési technikát emeljük ki. Ezt a módszert a bíróság a rablás és a kifosztás elhatárolásánál használta fel a hivatkozott jogegységi határozatban. A két bűncselekmény a cél és az eszközviszonyok vizsgálatával határolható el a legkönnyebben egymástól. A rablás esetében a BTK. 321. §(1) rendelkezésének kifejezéséből egyértelműen az következik, hogy az erőszak alkalmazásának összefüggésben kell állnia az idegen dolog eltulajdonításának szándékával. A kifosztás delictumának esetében az említett cél és eszközviszonynak a megléte a nyelvtani-és dogmatikai- értelmezés szerint kizárja a rendelkezés alkalmazását.

Elszakadva a 2/1998. sz. BJE.-től, de a vagyon elleni bűncselekményeknél maradva elmondható az, hogy a bíróságok a központi jelentőségű *dolog* fogalmát speciális nyelvtani értelem szerint interpretálják.³³ A *dolog* fogalmát a büntetőjog nem határozza meg, azt polgári jogi értelemben használják. A PTK. 94. §(1.) szerint *dolognak* számít minden, amit birtokba lehet venni. A vagyon elleni bűncselekmények jogi tárgya - a tulajdon-jog-szintén a PTK. által definiált fogalom. (PTK. 98. §, 99. §, 112. §) Mivel a *dolog*, illetve a tulajdonjog fogalmát a PTK. értelmezi, ezért az esetlegesen felmerülő jogkérdések esetén a PTK. vonatkozó rendelkezéseit kell irányadónak tekinteni. (Uratlan dologra, ingatlan dologra például nem lehet lopást elkövetni.) Ez azonban már a kontextuális értelmezés körébe tartozik, ami túlmutat a grammaticai interpretatio lehetőségein. Mindazonáltal a fenti példából jól látható, hogy a szavak speciális értelme alapján történő jogértelmezés azon típusa, amikor a kérdéses (büntetőjog szempontjából releváns) fogalom egy BTK.-n kívüli jogszabályban nyer megfogalmazást, illetőleg a kontextuális interpretatio igen szoros kapcsolatban áll egymással.

³² LB. Bf.V.1729/1997/7.sz határozat.

³³ Ehhez lásd: HORVÁTH/KERESZTY/MARÁZ/NAGY/VIDA: A magyar büntetőjog különös része (714.-715.-716.old.)

2.

(Kontextuális interpretatio)

A kontextuális jogértelmezés a magyar büntetőjog egészét tekintve ritkábban alkalmazott, mint például a jogdogmatikai, vagy az előbb tárgyalt grammaticai interpretatio. A vizsgált tíz év átlagát tekintve az értelmezés e típusa 15%-16%-os gyakorisággal fordul elő a határozatokban. Azonban a grammaticai interpretatioval ellentétben ennél a módszernél kiemelhetők olyan bűncselekménytípusok, ahol a kontextuális jogértelmezés szignifikánsan gyakrabban használt, mint az egyéb értelmezési technikák. Általában a keret, illetve a blanket-társis diszpozíciók értelmezésekor figyelhető meg e fenti jelenség. Különösen igaz ez a gazdasági és a közlekedési bűncselekmények esetében. E delictumtípusok tekintetében a kontextuális értelmezés átlagban 70%-os gyakorisággal alkalmazott. (Bizonyos közrend elleni és rendészeti bűncselekmények esetében is hasonló arány tapasztalható.) Meg kell jegyeznünk: az 1998. évi XXII. tv. által a BTK.-ba beiktatott új rendelkezések, az egészségügyi beavatkozás, az orvostudományi kutatás rendje és az egészségügyi önrendelkezés elleni delictumok is szerkezetüket tekintve keretdiszpozíciók. A fentiek fényében ezen szabályok bírósági értelmezése is valószínűleg kontextuális interpretatioval történik majd a jövőben. (1999. decemberéig a BTK. XII. Fejezetének II. Címéhez tartozó bírósági határozat nem született, így az empirikus példák hiányában csak valószínűsíthető lehet a bűncselekménytípushoz tartozó jövőbeni jogértelmezés típusát.) A kontextuális interpretatio a vizsgált határozatokban (főként a gazdasági bűncselekmények esetében) gyakran szerepel együtt a jogdogmatikai értelmezés módszerével. Ez szükségszerűen van így, hiszen egy adott kifejezés - esetleg mondat - több jogszabályba ágyazott összefüggéseinek feltárása jogdogmatikai eszközök igénybevétele nélkül igen nehezen képzelhető el. A kontextuális értelmezés sajátosságait jelen alfejezetben a gazdasági delictumok bírósági értelmezésének példáján keresztül mutatjuk be.

A gazdasági bűncselekményeket az értelmezés szempontjából indokolt tágran meghatározni, azaz túllépni a BTK. XVII. Fejezetében szereplő delictumokon. Minden olyan bűncselekményt gazdasági delictumnak tekintünk tehát, amely gazdasági szereplők számára állít fel büntetőjogi tilalmakat, illetőleg amely diszpozíció kereteit kitöltő rendelkezés valamely, a gazdasági rendszert szabályozó joganyagban nyer megfogalmazást. TÓTH MIHÁLY szavaival élve: "... azokat a bűncselekményeket indokolt gazdasági bűncselekménynek tekinteni, amelyek akár a gazdálkodás menetében, akár ahhoz szorosan kapcsolódva, elsősorban és jellemzően a gazdálkodás rendjét, a gazdálkodási kötelezettségeket, a tisztességes és törvényes gazdálkodás kereteit sértik, vagy veszélyeztetik."³⁴ Ezen cselekmények a bírósági statisztika szerint az összes ismertté vált delictumok mintegy 1,5%-2%-át teszik ki. E bűncselekmények törvényi megfogalmazása jelentősrészt a '90-es évek törvényhozásának terméke, emiatt a hozzá kapcsolódó bírósági jogértelmezés is a rendszerváltást követő szabaddal jogalkalmazói interpretatio lehetőségei szerint alakult. Jelen alfejezetben négy gazdasági delictumhoz tartozó bírósági jogértelmezési

³⁴ TÓTH MIHÁLY: Gazdasági bűncselekmények az alakuló joggyakorlatban (15. old.)

gyakorlattal foglalkozunk részletesebben. Az elemzés sorrendje szerint ezek a következők: csődbüntett (BTK.290.§), jogosulatlan gazdasági előny megszerzése (BTK.288.§), számviteli felelősség megsértése (BTK.289.§), végül az alaptőke, törzstőke csorbítása (BTK.298/B.§). Mind a négy diszpozíció bírósági értelmezése nagyon erősen kötött a kontextuális interpretációhoz, a módszer minden fenti bűncselekményhez tartozó eseti BH.-ban megjelenik.

A csődbüntett keretdiszpozícióját kitöltő háttérnorma a csődeljárásról és felszámolási eljárásról valamint a végelszámolásról szóló többször módosított 1991. évi IL.tv. E törvény igen sok olyan fogalmat és kifejezést értelmez, amelyek a bírósági jogértelmezés szempontjából nélkülözhetetlenek számítanak. A fizetése képtelen gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselőjének, a beszámolási, leltárkészítési, és tájékoztatási kötelezettség, továbbá a felszámolási, illetőleg csődeljárás kezdő időpontjának pontos jelentését a bíróságok a fent nevezett jogszabály és a BTK. rendelkezéseinek kontextuális interpretációjának segítségével állapítják meg. Az értelmezési technika érvényesülésére kitűnő példa a Nógrád Megyei Bíróság BH.1995/555.sz. eseti határozata. Az ügy terheltje egy kereskedelmi gmk képviselője a gmk ellen indult felszámolási eljárás megindulását követően a kijelölt felszámolóhoz a felszámoláshoz szükséges iratokat, a vagyonszármazékok leltárát, az adóbevallást, továbbá a mérleget a felszámoló kérésére nem adta át, ezért a felszámoló az eljárást nem tudta lefolytatni. A megyei bíróság ezért egyszerűsített felszámolási eljárást rendelt el, a felszámoló pedig feljelentést tett a terhelt ellen. Az elsőfokú bíróság a terheltet bűnösnek mondta ki a BTK.290.§ (5.)-be ütköző és eszerint minősülő csődbüntett elkövetésében. A megyei bíróság törvényesnek mondta ki az elsőfokú bíróság ítéletét és azt hatályaiban fenntartotta. A megyei bíróság határozatának indoklása érdekes a témánk szempontjából. Itt kifejtésre került, hogy a BTK.290.§(5.)-e ún. eredménytényállás, mivel a köteleességszegés (mulasztás) és a következmény, a felszámolás eredményének egészben vagy részben történt meghíúsulása közt okozati összefüggésnek kell fennállnia. (Jogdogmatikai interpretatio.) A cselekményt csak a felszámolás elrendelése után lehet megvalósítani. A felszámolás elrendelésének időpontja olyan jogkérdés, amelyre a bíróság a határozatban kontextuális interpretatio segítségével adott választ. Eszerint a törvényi tényállás megvalósulásának előfeltétele a bíróság fizetése képtelenségét megállapító -Cstv.27.§(2.)-, illetve felszámolást elrendelő végzése -Cstv.27/A.§(1.)-. A cselekmény akkor válik befejezetté, azaz a felszámolás akkor tekinthető meghíúsultnak, ha a bíróság a Cstv. 55.§(1.) alapján az ún. egyszerűsített eljárást elrendeli. A határozatból látható tehát, hogy a kontextuális, illetve a jogdogmatikai interpretatio alkalmazása elengedhetetlen az ilyen típusú gazdasági bűncselekmények esetében.

Az adminisztratív csődbüntetthez kapcsolódó következő határozat a BH.1996/516.sz. közreadott eseti ítélet. A konkrét ügyben egy gazdasági társaság vezetőjét -mint terheltet- a bíróság a BTK.290.§(5.)-be ütköző és eszerint büntetendő csődbüntett elkövetésében találta bűnösnek. Az ítéleti tényállás szerint a terhelt a záromérleg elkészítéséhez szükséges bizonylatokat és leltárt késve és hiányosan bocsátotta a könyvelő rendelkezésére, emiatt a záromérleg nem készült el és nem jutott el a felszámolóhoz. A bírósági értelmezés szerint a terhelt ezzel vétkesen megszegte a Cstv.31.§ rendelkezéseit, beszámolási kötelezettségét megszegte, és ezzel a felszámolás eredményét meghíúsította, mivel egyszerűsített felszámolásra került sor. Az eljáró bíróság ezen ügy kapcsán rámutatott arra, hogy a BTK.290.§(5.) szerinti beszámolási, leltárkészítési, vagy egyéb tájékoztatási kötelezettség alatt a Cstv.31.§ rendelkezéseit kell érteni. Hasonló álláspontot képvisel a szintén kontextuális interpretációt alkalmazó BH.1997/471.számú határozat is.

A vizsgált bűncselekménnyel kapcsolatosan igen érdekes a delictum alanyi oldalára vonatkozó szabályok bírósági értelmezése.³⁵ A BH.1996/187.sz. eseti ítéletben jogkérdésként

³⁵ A csődbüntett -BTK.290.§-, illetőleg a hitelező jogtalan előnyben részesítése -BTK.291.§- delictumainak alanyi oldalára vonatkozó értelmező rendelkezés a BTK.291/A.§. Ez a következőket mondja ki:

merült fel a bűncselekmény tettesével összefüggő rendelkezések értelmezése. A kontextuális interpretatio sajátosságai, jellegzetességei ezen ítélet esetében nagyon jól megfigyelhetők, mivel itt az értelmezés eredményeképp olyan felmentő végzés született, amely a jogértelmezés más típusát alkalmazva nem kerülhetett volna megállapításra. Az elsőfokon eljáró városi bíróság az ügy terheltjét megrovásban részesítette, és a csődbüntetés miatt indított büntetőeljárást megszüntette. Az ítéleti tényállás szerint a terhelt által képviselt gmk ellen a megyei bíróság felszámolási eljárást indított meg egy a gmk-val üzleti kapcsolatban álló másik gazdasági társaság kérelmére. A terhelt a kijelölt felszámoló többszöri felszólítása ellenére sem tett eleget a Cstv. 31.§-ban foglalt kötelezettségeinek, így a felszámoló feljelentést tett ellene. A bíróság a megrovás alkalmazását azzal indokolta, hogy a gmk a tartozását az eljárás alatt megfizette, így tehát a bűncselekmény társadalomra veszélyessége az elbíráláskori időpontban csekélyé vált. A városi bíróság ítéletét a másodfokú bíróság helybenhagyta. A jogerős ügydöntő végzés ellen a terhelt és védője jelentett be felülvizsgálati indítványt. Ezt az LB. alaposnak találta és mellőzte a megrovás intézkedés alkalmazását. Szempontunkból az LB. döntés azon része érdekes, amely a BTK. 291/A.§ rendelkezéseit értelmezi a gazdasági munkaközösségek üzletvezetésére vonatkozó jogi normák kontextusában. Az értelmezés szerint a társasági formában működő gazdálkodó szervezetek általános szabályait az akkor hatályos Gt., az 1988. évi VI. tv. tartalmazta. A gazdasági munkaközösségekre vonatkozó -eredetileg 87.§-89.§-okban található- szabályokat időközben az 1990. évi V. tv. és az 1991. évi LXV. tv. hatályon kívül helyezte. Ez utóbbi törvény 49.§(7) bekezdése értelmében azonban továbbra is alkalmazni kell a működő gmk-ra -amennyiben a törvény eltérő rendelkezéseket nem tartalmaz- a közkereseti társaság szabályait. A közkereseti társaságokkal kapcsolatban a Gt. 64.(1) bekezdése úgy rendelkezik, hogy amennyiben a társasági szerződésben a tagok az üzletvezetéssel egy vagy több tagot is megbíznak, abban az esetben a többi tag az üzletvezetésre nem jogosult. A tv. 87.§(3) bekezdése értelmében ez a rendelkezés a tárgyalt ügyre is irányadó. A terhelt által képviselt gazdasági munkaközösség társasági szerződése szerint a gmk üzletvezetésére nem a terhelt, hanem egy más, eljárás alá nem vont személy volt jogosult, annak ellenére, hogy a terhelt a gmk önálló képviselője volt és a társasági szerződés értelmében jogosult volt bizonyos vagyonnal való rendelkezésre is. Ennek alapján a bíróság arra a következtetésre jutott, hogy a terhelt a bűncselekmény elkövetéséhez szükséges speciális jogosultságokkal nem rendelkezett, így esetében a vád tárgyává tett magatartás nem valósít meg bűncselekményt, tehát a bíróság felmentette őt a BTK. 290.§ (5) bekezdésébe ütköző, felszámolás eredményének a meghíúsulással járó csődbüntetés vádjától.

A kontextuális értelmezés szempontjából érdekes a jogosulatlan gazdasági előny megszerzése bűncselekményével (BTK. 288.§) összefüggő BH. 1997/262.sz. eseti határozat, pontosabban az ügyben elsőfokon eljáró bíróság jogértelmezése. Az ügy terheltjét a városi bíróság jogosulatlan gazdasági előny megszerzésének büntetése miatt elítélte, míg magánokirat-hamisítás vétsége miatt ellene emelt vád alól felmentette. Az ítélet alapjául szolgáló tényállás szerint az ügy terheltje -mint vállalkozó- az ÁFI RT.-hez, mint a Terület-fejlesztési Alap kezelőjéhez benyújtott pályázat alapján vissza nem térítendő

291/A.§ (1) A 290. és 291.§-ban meghatározott bűncselekményt tettesként az követi el, aki a gazdálkodó szervezet (adós) vagyonával vagy annak egy részével rendelkezni jogosult, akkor is, ha a fizetési képtelenség, a vagyon csökkenése a gazdálkodó szervezet (adós) vonatkozásában áll fenn, és a tettes a gazdálkodó szervezet (adós) hitelezőjének kielégítését hiúsítja meg.

(2) Az (1) bekezdést akkor is alkalmazni kell, ha a vagyonnal történő rendelkezés alapjául szolgáló jogügylet érvénytelen.

támogatást kapott a fent emlí- tett jogi személyiségtől. Ennek alapján a felek közt szerződés megkötésére került sor. A terhelt azonban nem rendelkezett a pályázatban, majd később a létrejött szerződésben megjelölt saját erővel. A vádlott a szerződés megkötése után négy hamis számlát és egy hamis adásvételi szerződést készített költségei igazolásáról. Terhelt beruházásaival megsértette továbbá a fenti szerződés több pontját is. A bizonyítékok szerint a bíróság arra a következtetésre jutott, hogy a vádlott a támogatáshoz a döntésre jogosult személyek megtévesztése által jutott hozzá. Azonban a bíróság álláspontja szerint ilyen esetben a jogosulatlan gazdasági előny büntetendő, és a magánokirat-hamisítás vétségének bűnhalmazatban történő megállapítása nem lehetséges. A döntés indoklásában a bíróság a kontextuális interpretatio technikáját alkalmazva rögzítette az alábbiakat. Adott esetben az egyes elkülönített állami pénzalapokról szóló 1992. évi LXXIII. tv. 54. §(1) bekezdése előírta a pályázatot, mint kötelező mellékletet, a 169/1993. (XII.3.) Korm. rend. 6. §(2) bekezdése pedig meghatározta, hogy a pályázathoz milyen mellékleteket kell csatolni. Ezen korm.r.4. §-a meghatározta, hogy szempontjából melyek az elismerhető költségek. Ez azt eredményezi, hogy amennyiben a vádlott nem nyújtja be a hamis számlákat, akkor nem jut hozzá támogatáshoz, tehát az eszközselekmény nélkül a jogosulatlan gazdasági előny megszerzésének a büntetése nem lenne befejezett bűncselekmény.³⁶ Így tehát halmazati büntetés megállapítására nem kerülhet sor. E határozat esetében valójában a kontextuális és jogdogmatikai értelmezés igen sajátos együtteséről van szó. Ehhez kapcsolódóan általános érvénnyel megjegyezhető az, hogy a kontextuális és jogdogmatikai interpretatio együttes alkalmazásakor az egyes értelmezési technikák pontos különválasztása igen nagy nehézségeket okoz.

Az egészség-halmazat kérdéseinél maradványok, de visszatérve a csődbüntett delictumához, érdekes a számviteli fegyelem megsértése és a csődbüntett bűncselekményét egymással anyagi halmazatban megállapító eseti határozat, melyet BH.1995/621. számon tettek közzé. Előjáróban le kell szögezni azt, hogy a bírósági gyakorlat szerint a felszámolás elrendelését követően elkövetett számviteli szabályszegések csődbüntettként értékelendők. A hivatkozott ítéletben szintén jogdogmatikai és kontextuális értelmezés került alkalmazásra. Az ítéleti tényállás tanulsága szerint a terhelt egy gazdasági munkaközösség képviselőjeként az APEH kifejezett felhívására sem adta át a tőle kért bizonylatokat, illetve nyilvántartásokat, melyek az adóellenőrzés lefolytatásához szükségesek lettek volna. A terhelt ezzel a cselekményével lehetetlenné tette az adóellenőrzést. Nemsokkal ezután az ügyben szereplő gmk ellen felszámolási eljárás indult, ahol a terhelt szintén nem tett eleget, ezzel azonban megsértette a Cstv.31.-32.-33. §-ának rendelkezéseit is. Ezzel a felszámolási eljárást gyakorlatilag lehetetlenné tette, ezért a bíróság egyszerűsített felszámolást rendelt el, így a BTK.290.§(5) bekezdésébe ütköző adminisztratív csődbüntettet is. A bíróság erre tekintettel állapította meg a halmazat megvalósulását. (A konkrét határozattal kapcsolatosan érdekes TÓTH MIHÁLY kommentárja.³⁷)

³⁶ A jelen ügyben másodfokon eljáró Szabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Bíróság nem tartotta helyesnek a városi bíróság jogértelmezését, ezért az elsőfokú ítéletet megváltoztatta. Jogosulatlan gazdasági előny megszerzése és magánokirat-hamisítás bűncselekményének elkövetése miatt halmazati büntetést szabott ki. A végzés indoklásában jogdogmatikai és bírói gyakorlat alapján történő interpretációt alkalmazott. (Konkrétan a BH.1981/142, BH.1993/218, BH.1993/271 sz. eseti határozatok kerültek hivatkozásra.) A kontextuális jogértelmezési módszer itt már nem került felhasználásra.

³⁷ TÓTH MIHÁLY véleménye szerint a BH.-ban vastag betűvel szedett „sommázat” félreértések okozója lehet. Ez véleménye szerint arra utal, hogy a számviteli fegyelem megsértése és a csődbüntett egymással alaki halmazatban állhat. Ez természetesen nincs így. A hivatkozott szerző szavaival élve: „...a döntés figyelmes tanulmányozása nyilvánvalóvá teszi, hogy a konkrét ügyben a felszámolási eljárás előtt és után elkövetett számviteli szabályszegések időben és térben jól elkülöníthetők.” A konkrét ügyben ezért tehát anyagi halmazat megállapításáról van szó.

TÓTH MIHÁLY: Gazdasági bűncselekmények az alakuló joggyakorlatban (92.old.)

A kontextuális interpretációval kapcsolatos utolsóként -de nem utolsó sorban- elemzett bírósági határozat az alaptőke, törzstőke csorbításának (BTK.298/B.§) körébe tartozó ítélet, melyet BH.1998/577.számon tettek közzé. Az ügyészi vádirat szerint az ügy I.r. terheltje -az érintett kft. tagja- a társaság devizaszámlájáról 1300 DM.értékű devizát vett fel (a II.r. terhelt közreműködésével), amely a kft. törzstőkéjének lényeges tétele volt. A felvett összeget az I.r. terhelt (a devizahatóság engedélye nélkül) Németországba vitt ki, és ott a pénzt bizonyos F.GmbH. nevű társaság számlájára befizetett. Erre tekintettel a vádiratban az ügyészség az I.r. terheltet az alaptőke csorbításának delictumán kívül a BTK.309.§ (1) bekezdésének a.) pontjába ütköző és a (2) bekezdésének c.) pontja szerint minősülő devizagazdálkodás megsértése büntette miatt is vád alá helyezte. Az elsőfokú eljárás alatt az I.r. terhelt elhalálozott, így az ő esetében az eljárás megszüntetésére került sor. A II.r. terhelt vonakozásában a BTK.28.§-ra való tekintettel megrovás alkalmazása mellett szüntették meg az eljárást. A végzés ellen a vád képviselője jelentett be fellebbezést. Témánk szempontjából a másodfokú bíróság jogértelmezése érdekes. A bíróság rámutatott arra, hogy az ügy I.r. terheltje a kft.-ből nem a vonatkozó jog-szabály (a Gt.) rendelkezéseinek megfelelően lépett ki. A II.r. terhelt aktív közreműködése mellett a deviza-számláján deponált összeget felvette, majd a konvertibilis valutát magával vitte külföldre. A Gt.177.§(1) bekezdésének értelmében a törzstőke ilyen módon való kivonása illegális. (Ezzel a cselekedettel a terhelt megsértette az 1988.évi XXIV.tv. 31.§(3) bekezdését is.) A bíróság a bizonyítékok alapján megállapította azt is, hogy II.r. terhelt tudott az I.r. terhelt szándékáról, és vele szándékosságban cselekedve valósította meg a vád tárgyává tett cselekményt. Megállapításra került az is, hogy a II.r. terhelt a kft. vezető tisztségviselője volt. A törzstőkét érintő mindennemű kifizetés tekintetében aláírási jogosultsággal rendelkezett. A fenti okok miatt a bíróság (kontextuális, illetve jogdogmatikai interpretatio módszerének felhasználásával) arra a következtetésre jutott, hogy a II.r. terhelt a bizonylat aláírásában való aktív közreműködése az I.r. terheltnek a pénz felvételére vonatkozó szándékának valóra váltásában nélkülözhetetlenül szükséges volt, és minthogy a terhelt teljes szándék és akarategységben cselekedtek így a vádlottak, mint társtettesek valósították meg a kérdéses bűncselekményt. (A bíróság jogértelmezését a felülvizsgálati eljárás során az LB. irányadónak tekintette, és a jogerős határozatot hatályában fenntartotta.) Ezen ítélet esetében látni kell azt, hogy a II.r. terhelt vonatkozásában a bűnösség társtetteskénti megállapítására a kontextuális jogértelmezés segítségével volt mód. Enélkül a vádlott cselekménye (pl. a grammaticai interpretatio alapján) a bűnsegédkénti minősítés megállapítására lett volna alkalmas.

A kontextuális interpretációval kapcsolatosan elmondható (amint azt a fent hivatkozott határozatok is mutatják), hogy a jogértelmezés ezen típusa a jogszabály szövegrétegétől való eltérés mértékében több, mint a szavak speciális értelme alapján végzett interpretatio, de kevesebb, mint a jogdogmatikai értelmezés. Az utóbbi típus esetén a bíróságok lehetősége a szövegrétegtől való eltávolodásra nagyobb, mint a kontextuális interpretatio technikáját alkalmazva, ugyanakkor (például a gazdasági delictumok tekintetében) a kontextuális értelmezés megelőzi a jogdogmatikait. Ilyenkor a dogmatikai modellek alapján történő interpretatio az egyes jogszabályok kontextusában értelmezett kifejezéseket, illetőleg mondatokat vonja be a vizsgálatba. A dogmatikai értelmezés sajátosságaival a jelen tanulmány egy későbbi alfejezete foglalkozik részletesen.

3.

(Joglogikai interpretatio)

A joglogikai maximákon alapuló jogszabályértelmezés a büntetőbírószakok gyakorlatában elfogadott technika számításra (természetesen csak abban az esetben, ha az ilyen típusú interpretatio nem ütközik a büntetőjog speciális alapelveibe), ugyanakkor alkalmazására nagyon ritkán kerül sor az eseti határozatokban. Az empirikus anyagot tekintve, 1990.-1999. között mindösszesen 31 db. ítéletben szerepel a fenti jogértelmezési forma. Ez a csekély alkalmazási gyakoriság csökkenő tendenciát mutat.³⁸ A joglogikai interpretatioval kapcsolatban meg kell jegyeznünk azt, hogy egy adott ítéletben történő alkalmazása sosem egyedüli, kizárólagos. Minden esetben kiegészül a jogértelmezés más típusaival is. A bíróságok a kérdéses szabály jelentésének logikai feltárását tehát mindig kiegészítik más módszerekkel is. Az önálló logikai technika túlhangsúlyozásától határozottan tartózkodó bírósági gyakorlatnak oka lehet az, hogy a joglogikai interpretatio általában nem eredményezi a jogi norma értelmének a teljes feltárását, mivel az egyes argumentumok konkrét esetre történő alkalmazása ellentétes következtetésekhez vezethet.³⁹

Elméleti szempontból a büntetőjog speciális alapelvei (nevezetesen az analógia tilalmára vonatkozó rendelkezések), illetve az argumentum a minore ad maius, és az argumentum a simile összeegyeztethetősége jelent komoly problémát. Mint ahogyan azt az I. Fejezetben tárgyaltuk, az elkövető terhére történő analógia alkalmazása beleütközik a nullum crimen/nulla poena sine lege stricta jogelvébe. A fent említett probléma abból adódik, hogy a kérdéses két argumentum adott esetben történő alkalmazása, eredményét tekintve, nemigen különbözik az analógia technikáját használó jogértelmezés eredményétől.⁴⁰ Mindkét esetben egy joghézag jogi, illetve törvényi alapon -logikai módszer segítségével- történő kitöltésére kerül sor. Gyakorlati gondokat azonban mindez nem okoz, hiszen összesen három olyan BH. szerepel az elemzett anyagok között, amely az argumentum a simile, illetve argumentum a minore ad maius maximáit alkalmazza, de az elkövető javára.

A joglogikai interpretatio sajátosságai néhány eseti példa fényében könnyen megragadhatóak. A jogdogmatikai és a joglogikai jogértelmezési módszer különbségei a legszembetűnőbbben a BH. 1996/238. számú eseti határozatában jelennek meg. Az ügy terheltjét az elsőfokon eljáró városi bíróság segítségnyújtás elmulasztásának a veszélyhelyzet előidézése által elkövetett bűntette és közúti baleset gondatlan okozásának vétsége miatt halmazati büntetésül hat hónapi felfüggesztett börtönbüntetésre ítélte. A terhelt védője a BE. 381. § (1) bekezdésére hivatkozva kérelmet nyújtott be a bírósághoz, melyben a jogerősen kiszabott felfüggesztett börtönbüntetéshez fűződő hátrányok alóli mentesítését kérte a terheltnek. Az elsőfokon eljáró bíróság a terhelt mentesítését kimondta a BTK. 104. § (1) bekezdésére hivatkozva. Az ítélet indoklása szerint a hivatkozott szabályból logikailag az következik, hogy a mentesítésnek előzetesnek kell lennie, de nem kell feltétlenül a felfüggesztés teljes időtartamára vonatkoznia, csak legalább egy részére. Az argumentum a maiori ad minus joglogikai maximája szerint, ha az elítélt a próbaidő teljes tartamára mentesíthető, akkor mentesíthető a próbaidő hátralevő időtartamára is. A másodfokú

³⁸ 1999-ben a vizsgált anyagi büntetőjogot érintő határozatok közt a joglogikai interpretatio alkalmazására nincs empirikus példa.

³⁹ Erre a jelenségre kitűnő példa az argumentum a contrario, illetőleg az argumentum a simile joglogikai maximáknak az egymás mellé állítása.

⁴⁰ Az említett probléma megosztja a szakembereket. Pl.: LIGETI KATALIN tanulmányában tág értelemben analógiának tekinti a kevesebbről a többre való következtetéseket.

LIGETI KATALIN: A jogállami büntetőjogról IN.: WIENER A. IMRE (szerk.): Büntetendőség, büntethetőség (115. old.)

bíróság az ügyészi fellebbezést alaposnak találta, és az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatta, mivel annak hiányoztak mind az anyagi jogi, mind pedig az eljárásjogi törvényességi feltételei. Az indoklás (amely már nem joglogikai, illetve nyelvtani, hanem jogdogmatikai interpretatio alkalmazásával született meg) szerint az ítélet jogerőre emelkedését követően az elítélt előzetes mentesítése fogalmilag kizárt. A dogmatikai interpretatio tanulása szerint a bírósági mentesítési formák elnevezésében megnyilvánuló megkülönböztetés azt fejezi ki, hogy az elítéléshez jogszabály által fűződő hátrányos következmények hatályának beállása után (utólagosan) mentesül az elítélt illetve, hogy a mentesítés folytán a hátrányos következmények hatálya be sem áll (előzetes mentesítés). A törvény szövegéből, és annak jogdogmatikai értelmezéséből az következik, hogy az ítélet jogerőre emelkedésével az elítéléshez a jogszabály által fűzött hátrányos jogkövetkezmények hatálya beáll. Ennek alapján a másodfokú határozat szerint a városi bíróság által hozott végzés nemhogy a törvényesség, de a logika követelményeinek sem felelt meg.

Az BH.1998/215.számú eseti határozat több szempontból is érdekes: egyrészt mert a vizsgált időszakban e határozatban jelent meg utóljára a joglogikai interpretatio, másrészt mert ebben az ítéletben öt különféle értelmezési mód szerepel (kétféle grammaticai, kontextuális, jogdogmatikai, joglogikai). Ebben a témánk szempontjából kétségkívül nagyon tanulságos ügyben a joglogikai interpretatio a kontextuális értelmezéssel összefüggésben került alkalmazásra, a terhelt büntetőjogi felelősségét megalapozó törvény - a PTK.- értelmezésekor. Az ügy terheltjei egy korlátolt felelősségű társaság keretein belül szeszexporttal kívántak foglalkozni. Ennek érdekében egy magyar likörgyárral exportbizományosi szerződést kötöttek, de az exportként vámkezelt finomszeszt hét esetben - a jövedéki és vámzár eltávolítása után - további hasznosításra saját kft.-jükbe fuvarozták, azt nem szállították le a szerződésben szereplő orosz-magyar vállalatnak. Terheltek tevékenysége folytán az államnak nagy forgalmi adókiesése keletkezett. Az első és másodfokú bíróságok a terhelteket különösen nagy értékű sikkasztás büntetében találták bűnösnek, és ezért őket főbüntetésként letöltendő szabadságvesztésre ítélték. A jogerős ítélet ellen a védelem képviselői jelentettek be felülvizsgálati indítványt. Ezt a Legfelsőbb Bíróság alaposnak találta, ezért az eljáró bíróságok döntéseit módosította, a sikkasztás delictuma helyett adócsalás bűncselekményének elkövetését állapított meg. Az LB. PTK.-t értelmező joglogikai interpretatioja érdekes az indoklás szövegéből. A bíróság itt leszögezte, hogy: "a kérdéses szerződés a PTK.507.§-ban foglalt bizományosi szerződésekre vonatkozó szabályok szerint érvényes. A PTK.513.§ (2) bekezdése visszautal a PTK.474.§-ban foglalt megbízás szabályainak alkalmazására, ugyanakkor a szerződő felek egybehangzó akaratnyilvánítását juttatja kifejezésre, amikor különböző olyan kikötéseket is tartalmaz, melyek nem feltételei a bizományosi szerződésnek." A bíróság értelmezése szerint e körben döntő jelentősége van a részteljesítésnek, és a vételár kifizetésének. Erre törvényes alapot biztosít a PTK.479.§(1) bekezdésében foglalt rendelkezés, amely szerint a megbízott a költségek megelőzésére nem köteles. Amit a PTK. nem tilt, az argumentum a contrario, teljesíthető. A vételár kifizetése biztosította a terheltek rendelkezési jogát az átvett rakományra vonatkozóan. A bíróság értelmezése alapján a vételár kifizetése folytán, továbbá az exportbizományosi szerződés folytán az I.r.terhelt sajátjaként rendelkezett, mint bizományos, az áru elszállítása és értékesítése felől, azzal a megszorítással, hogy az árút köteles volt a vámeljárást követően Magyarország határán kiléptetni, és az orosz-magyar vállalat részére értékesíteni. A jogértelmezés szerint a sikkasztás büntetőjogi törvényi tényállási elemei ilyen tények mellett nem valósulnak meg.

E fenti határozatból kifejezetten jól látszik az, hogy a joglogikai interpretatio nagymértékben hozzákötött a többi jogértelmezési formához, a büntetőjogban legalábbis, teljes mértékű önálló alkalmazása nem bevett a bírósági gyakorlatban.

4.

(Interpretatio az alkotmányos alapjogok fényében)

Az alkotmányos alapjogok(és tegyük hozzá:alkotmánybírósági határozatok) fényében történő,rájuk konk-rétan hivatkozó bírósági határozatok száma elenyészőnek mondható.Az 1990-1999-es években a vizsgálatba bevont több,mint 1300 BH. közül csak 19 ítélet értelmezi a BTK. adott rendelkezéseit AB. határozatok alap-ján,illetőleg az ezekben kibontott alapjogok fényében.A leggyakrabban a rágalmazási -BTK.179.§-,illetve a becsületsértési -BTK.180.§.- ügyekben találkozhatunk a jogértelmezésbe bevont alkotmánybírósági határozattal,nevezetesen a 36/1994.(VI.24.) AB.hat.-tal,mely az Alkotmány 59.§,és 61.§(1)-bekezdés közti ellent-mondást volt hivatva kiküszöbölni a hatóságok,hivatalos személyek,közszereplő politikusok sérelmére elkö-vetett rágalmazás (illetőleg becsületsértés)vonatkozásában.Mindez azonban csak 3 ítéletben kerül konkrétan hivatkozásra(ilyen például a BH.1998/162.sz.eseti határozat),mivel az AB.által a 179.-180.§ alkalmazásának alkotmányos követelményeit megalkotó határozatának lényege valójában beépült a bírói gyakorlatba,és ettől kezdve nem mint alkotmányos alapjogok fényében történő,hanem bírói gyakorlat alapján végzett interpreta-tio határozza meg a szabály értelmezését.(Eszerint hivatalos személy,vagy politikus becsületének csorbításá- ra alkalmas értékítéletet kifejező vélemény az AB. határozat alapján nem büntethető.Hasonlóan nem büntet-hető az,aki a becsület csorbítására alkalmas kijelentés valóságtartalmával nem volt tisztában,kivéve ha az il-lető a foglalkozása,avagy hivatása alapján rá vonatkozó szabályok szerint elvárható figyelmet,illetőleg kö-rültekintést elmulasztotta.)A rágalmazás,illetőleg a becsületsértés delictumán túl a közösség elleni izgatás bűncselekménye az,amelynek esetében több olyan eseti határozat született,ahol a bíróságok AB.hat.alapján interpretálták a BTK269.§.kérdéses rendelkezéseit.⁴¹

Az Alkotmánybíróság és a jogalkalmazási folyamat viszonyáról általánosságban annyi mondható el,hogy egymás tevékenységére a gyakorlatban igen kevés hatással vannak.Nem

⁴¹ A BH.1997/165.,illetve a BH.1998/521.sz.határozatokat érdemes itt kiemelni.

kis mértékben köszönhető mindez az 57/1991.(XI.8.) AB.hat.-ban kifejtett állásfoglalásnak, ahol a bírúk kizárták az Alkotmánybíróság hatásköréből a jogalkalmazás alkotmányosságának vizsgálatát.⁴² Az alkotmánykonform jogértelmezés AB. hat.-on alapuló -Németországban régóta bevett és kötelező- gyakorlata hazánkban nem élő jelenség. Az Alkotmány-bíróság és rendes bíróságok viszonyától függetlenül hatnak azonban a jogértelmezésre az egyes Alkotmány-ban deklarált alapjogok. A büntetőjogon belül, a speciális büntetőjogi alapelvek léte ezt a hatást nagymértékben erősíti. (A jogértelmezés, illetőleg az alapjogokból, és a jogállamiság eszméjéből fakadó speciális büntetőjogi alapelvek közti kapcsolat a jelen tanulmány Első Fejezetében került elemzésre.)

POKOL BÉLA elemzése alapján meg kell jegyeznünk, hogy a Legfelsőbb Bíróság alkotmányos alapjogokat értelmező technikája nagymértékben tér el az Alkotmánybíróság alkotmányértelmezési gyakorlatától. Az LB. az egyes alapvető jogosultságokat sokkal inkább a társadalomban rögzült normákhoz kötve értelmezik, ellentétben az AB. ún. "aktivista" beállítódásával.⁴³ Az alapjogok Legfelsőbb Bíróság által felfogott határai az AB. határozataiban fellelhető mértéknél szűkebbek. (Például az emberi méltóság értelmezésében megjelenő értelmezési különbségek e fenti jelenségre jó példával szolgálnak.) Ehhez kapcsolódóan kell megemlítenünk a Legfelsőbb Bíróság BH.1999/292.számú közjótett eseti ítéletét, melyben a lelkiismereti és vallásszabadság alkotmányos alapjogát értelmezi egy büntetőügy kapcsán. A bíróság által megállapított tényállás szerint az ügy terheltje egy vallási felekezet ünnepi körmenetét úgy zavarta meg, hogy gépkocsijával -a továbbhaladás érdekében- a közterületen gyülekező hívek közé hajtott, és őket egy riasztópisztollyal fenyegetve próbált utat nyitni magának. Az értesített rendőrök a terheltet igazoltatták, és fegyverét lefoglalták. A városi bíróság a terheltet vallásszabadság megsértésének büntetében (BTK.174/A.§) találta bűnösnek, ezért őt felfüggesztett szabadságvesztésre ítélte. A másodfokú bíróság az ítéletet helybenhagyta. Az általunk vizsgált jogértelmezési technika szempontjából a Legfelsőbb Bíróság felülvizsgálati eljárás során kifejtett indoklása mondható érdekesnek. A védői álláspont szerint a terhelt a fenti bűncselekményt nem valósította meg azzal, hogy a gépjár-műforgalom számára kiépített úttesten próbálta elérni úticélját, cselekedetével senkit sem akadályozott vallásának szabad gyakorlásában, erre szándéka sem terjedt ki. A védői érvelést az LB. nem fogadta el. Indoklásában az 1990.évi IV.tv, illetőleg az Alkotmány 60.§-ának rendelkezéseit értelmezte, a vallás szabad gyakorlásának jogi tárgyát védő büntető-diszpozíció szempontjából. (Kiemelést érdemel, hogy a bíróság az 1990.évi IV.tv. értelmezésébe bevonta a hozzá fűzött indoklást is.) A bíróság az értelmezés során nem lépett túl a kérdéses alapjog tartalmának a törvényben meghatározott határain, ezt az Alkotmánybíróság 4/1993(II.12.) határozatának interpretációba történő bevonásának segítségével tette meg. A hivatkozott AB. határozat a vallás-gyakorlás szabadságát az emberi méltóság Alkotmánybíróság által kiolvasztott alapjogával összefüggésben értelmezte, így jóval tágabb határokat húzott meg a kérdéses alapjoggal kapcsolatosan, mint az a törvény rendelkezéseiből következne.⁴⁴ Az ügy kimenetelének szempontjából ez nem volt lényeges aspektus (a jogerős végzést az LB. hatályában fenntartotta), azonban ebből az eseti határozatból is világosan látszik, hogy a magyarországi büntető felsőbírósági fórumok nem élnek önállóan az alapjogértelmezés azon

⁴² Ehhez részletesen lásd:

POKOL BÉLA: Jogbölceseleti vizsgálódások (22.old.)

⁴³ POKOL BÉLA: Felsőbírósági jogértelmezés Magyarországon (7.old.)

Tanulmányban hivatkozott BH.-k: BH.1998/223, BH.1998/412.

⁴⁴ Az emberi méltóság alkotmányos alapjogához részletesebben lásd:

RONALD DWORKIN: Taking Rights Seriously

DWORKIN az emberi méltóság alapjogának koncepcióját először Az elhíresült DE FUNIS-ügyben, a Supreme Court által hozott ítélet kapcsán fejtegette ki.

típusával, amely a törvény szövegétől elszakadva, annak rendelkezéseit különböző elvek segítségével jelentősen kitágítva ún. „aktivista jelleggel” interpretálja. Amennyiben erre kerül sor egy konkrét ügy kapcsán, úgy az LB. az Alkotmánybíróság jogértelmezését irányadónak tekintve, az AB. határozat pontos hivatkozásával teszi ezt meg.

5.

(Jogszabály értelmezése bírói jogra való hivatkozás alapján)

A magyar jogrendszer korunk modern jogtípusán belül René David nyomán általánossá vált kifejezéssel élve a kontinentális jogcsaládba tartozik. A kontinentális vagy másképpen római-germán jogcsaládba tartozó jogrendszerekre nézve - már-már közhelyszerűnek számító vélekedés szerint – a jogásztársadalom számára általánosan elfogadottá vált az állítás - hogy a bírói precedensjog ezen jogcsaládba tartozó jogrendszerekre egyáltalán nem jellemző, a bírák eseti ítélezési gyakorlatukon keresztül alapvetően nem hoznak létre új jogintézményeket, nem módosítják a már meglévő jogszabályokat, illetve nem orientálják eseti döntéseikkel a későbbiekben hasonló esetekben döntést hozni hivatott bírák tevékenységét.

A fenti álláspont szerint mereven elvállik és el is kell választani egymástól a jogalkotói és a jogalkalmazói tevékenységeket, ezen felül szigorúan tiltott az említett jogcsaládon belül a jogalkalmazói jogképződés, a bírák elsődleges feladata pedig voltaképpen nem más, mint hogy az eléjük kerülő esetekre vonatkozóan a racionálisan zárt rendszert alkotó, absztrakt módon

megfogalmazott, elsődlegesen törvényekből és egyéb írott jogszabályokból összeálló joganyag megfelelő jogi normáit értelmezzék az adott esetre kivetítve döntéshozatali eljárásuk során. A precedensjog pedig, kizárólag az úgynevezett common law jogcsaládba tartozó jogrendszerek jellemzője.

A fentiekben leírtak természetesen nagyjából megegyeznek a valós helyzettel, azonban - mint ahogyan azt a közelmúltban MacCormick és Summers a bírói joggal kapcsolatos számos európai országra és az Egyesült Államokra koncentráló rendkívül érdekfeszítő empirikus kutatásai minden kétséget kizáróan bebizonyították – ma már nem teljes mértékben állják meg a helyüket a valóságban.

Az minden kétséget kizáróan bizonyos, hogy az angolszász jogrendszerekben meglévő formálisan is kötelező erővel bíró precedenskövetési gyakorlat, a római-germán jogcsaládba tartozó európai jogrendszerekben nem létezik. De a MacCormick-Summers féle tanulmányának köszönhetően többek között fény derült arra tényre is, hogy napjainkban az európai kontinens országaiban – természetesen eltérő gyakorisággal – a bírói döntéshozatal kapcsán egy olyan irányú folyamat van kibontakozóban, melynek során a korábbi ítélkezési gyakorlat, a bíróságok által meghozott eseti döntések - összességében véve természetesen nem automatikusan kötelező jelleggel, mindazonáltal egyre növekvő mennyiségben - , a fellebbezési eljárások során sokszor alapvető jelleggel képesek befolyásolni az adott esetben korábban született ítélet helyességének elbírálását.

Az általunk végzett kutatások alapján elmondható az, hogy a magyar ítélkezési gyakorlatban hasonló folyamat látszik kibontakozni mint amilyen a fent említett szerzők tanulmányában vizsgált európai országokra is jellemző napjainkban. Mielőtt azonban rátérnék az általunk eme témában végzett empirikus kutatások adatainak részletesebb ismertetésére, feltétlenül fontosnak tartom röviden kiemelni a magyar jogrendszer bizonyos jellemzőit és sajátosságait.

A magyar jogrendszer egészét átható, a jogalkalmazói és a jogalkotói tevékenységet egyaránt orientáló alapelvekből levezethetőek úgynevezett speciális büntetőjogi alapelvek.

Többek között az egyik ilyen speciális büntetőjogi alapelv a törvényesség azaz az anyagi jogi legalitás elve. Ez az elv voltaképpen nem más mint a jogrendszerünk egészét alapvető mértékben meghatározó elvnek a jogállamiság követelményének s a hozzá szorosan kapcsolódó jogbiztonságnak elengedhetetlen velejárója.

A jogállamiság alapelvéből és a jogbiztonság követelményéből a büntetőjoghoz kapcsolódóan alapvetően az alábbi négy rendkívül fontos büntetőjogi tilalom vezethető le:

- **1, NULLUM CRIMEN/NULLA POENA SINE LEGE PRAEVIA**
azaz a súlyosabb büntető törvény visszaható hatályának tilalma illetve az elkövetéskor hatályos törvény alkalmazásának követelménye.
- **2, NULLUM CRIMEN/NULLA POENA SINE LEGE CERTA** azaz a határozatlan büntető törvény és jogkövetkezmény tilalma.
- **3, NULLUM CRIMEN/NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA**
- azaz a bírói jog és a büntetőjogi szankciót és büntethetőséget szigorító szokásjog tilalma illetve írott büntető törvénykönyv követelménye.
- **4, NULLUM CRIMEN /NULLA POENA SINE LEGE STRICTA**
- azaz a bírácnak a törvényben írt normaszöveghez kötésének a követelménye illetve az ananlógia tilalma.

Ezen elveket áttekintve nyilvánvalónak tűnik az hogy jelen tanulmány keretében a bírói joggal kapcsolatban feltétlenül kiemelt figyelmet kell szentelni a fentiekben felsorolt alapelvek közül a **NULLUM CRIMEN/NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA** alapelvnek és értelemszerűen a hozzá kapcsolódó vele szoros összefüggésben lévő törvényi szabályozásnak is.

Ezen alapelvből kifolyólag kizárólag írott jog, törvény képezheti bűncselekmény és a hozzá kapcsolódó jogkövetkezmény, szankció meghatározásának alapját. A fenti követelmény világosan kifejezésre jutott a jogalkotásról szóló **1987. évi XI. törvény** által. Ennek ellenére mégsem lehet azt mondani, hogy ma Magyarországon a gyakorlatban eleve kizárt lenne a bírói jog létezése illetve a bíróságok eseti döntéseinek, az általános ítélkezési gyakorlatnak az orientáló befolyásoló szerepe a bírák későbbi döntéseinek alakulására továbbá a fellebbviteli eljárások során megszülető bírósági határozatok lényegi tartalmára nézve.

Ez a jelenség többek között azzal a ténnyel is összefüggésbe hozható, hogy a magyar bírósági rendszer csúcspontján álló Legfelsőbb Bíróságnak évente több ezer a fellebbezési eljárás során hozzá eljutó esetben kell határozatot hoznia. Ezeket az eseti ügyekben hozott döntéseket a „Bírósági Határozatok”-ban mindenki számára hozzáférhetővé teszik és ezen határozatok – mint ahogyan azt az alábbiakban empirikus adatokkal alátámasztva részletesebben be fogjuk mutatni – számos esetben orientációs pontokként szerepelnek az alsóbb bíróságok későbbi ügyekben megszülető eseti döntéseinek meghozatalakor.

A Legfelsőbb Bíróság azonban nem csak a fent említett tevékenységével képes hatást gyakorolni a bírói jogalkalmazás egészére. Alkotmányunk 47.§-a a következőket tartalmazza:

„ A Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága elvi irányítást gyakorol az összes bíróságok működése és ítélkezése fölött. A Legfelsőbb Bíróság irányelvei és elvi döntései a bíróságok számára kötelezőek.”

Az alkotmány evvel tulajdonképpen valamennyi bíróság számára egyértelműen kötelezővé tette az irányelvekben és az elvi döntésekben foglaltakat, ám ezen felül – mint ahogyan azt az alábbiakban példákkal is illusztrálni fogjuk – a kollégiumi állásfoglalások tartalmát is a bíróságok határozataik meghozatalakor lényegében jogforrásként veszik számba. Teszik ezt annak ellenére, hogy itt tulajdonképpen nem létezik semmilyen írott jogszabály, amely a bíróságok számára ezt a gyakorlatot előírná azaz voltaképpen ezen kollégiumi állásfoglalások a sokéves bírói ítélkezési gyakorlat által nyertek – ilyenképpen mondhatjuk azt hogy szokásjogi úton – jogforrási jelleget.

A Legfelsőbb Bíróság illetve a különböző megyei bíróságok a kollégiumi állásfoglalások figyelmen kívül hagyása illetve tartalmuknak az adott esetben helytelennek ítélt alsóbb bírósági értelmezése esetén az ilyen határozatokat a helyesnek tartott értelmezésre hivatkozva ugyanúgy felülbírálják a fellebbezési eljárás során, mint bármely más esetben mikor döntésük alapját kötelező erővel bíró jogszabályi rendelkezés képezi.

A kollégiumi állásfoglalások és az elvi döntések illetve az irányelvek voltaképpen a bírói jogalkalmazás egységét hivatottak megteremteni. Az 1997.évi. LXVI. Hatályba lépése óta a Legfelsőbb Bíróságnak már az úgynevezett jogegységi határozatok meghozatalával kell megteremtenie illetve elősegítenie a bírói jogalkalmazás egységét. Az 1997.évi LXVI. törvény 29.§-a első bekezdésének a, és b, pontjaiban a következőképpen határozza meg azt, hogy mikor van helye jogegységi eljárásnak:

„1997. LXVI (1) 29.§. a.: A jogegységi eljárásnak van helye:

a, az egységes ítélkezési gyakorlat biztosítása érdekében elvi kérdésekben jogegységi határozat meghozatala szükséges

b, a Legfelsőbb Bíróság valamelyik tanácsa jogkérdésében el kíván térni a Legfelsőbb Bíróság másik ítélkező tanácsának határozatától.

Mindez nem jelenti azt, hogy a korábbi elvi döntések és irányelvek - még ha nem is rendelkeznek jogszabály szerint kötelező erővel – ne töltenének be jogforrási funkciót, hiszen a gyakorlatban továbbra is mérvadónak tekintik a bíróságok ezek tartalmát akárcsak korábban a kollégiumi állásfoglalások esetében , annál is inkább mivel a fentebb említett törvény ugyan „papíron” voltaképpen eltörölte az elvi döntések és irányelvek addigi kötelező jellegét de nem rendelkezett ezek további sorsáról illetve megszüntetéséről, így értelemszerűen a kollégiumi

állásfoglalásokkal együtt mindaddig alkalmazhatóak amíg nem születik eltérő iránymutatást tartalmazó jogegységi határozat.

Mint ahogyan azt már a korábbiakban is jeleztük számos példa található arra a Bírósági Határozatokban, hogy a bírák határozataikat bírói jogra valóhivatkozással hozzák meg. Ilyen esetekben a Legfelsőbb Bíróság illetve elvi döntéseire továbbá iránymutatásaira valamint kollégiumi állásfoglalásaira nem ritkán pedig más hasonló esetekben megszületett bírósági határozatokra vagy sokszor csupán a kialakult bírói gyakorlatra hivatkozva bírálják el a fellebbezési eljárás során eléjük kerülő bírósági határozatokban szereplő vitatott kérdéseket. 1990-1999 közötti a Bírósági Határozatokban megjelent határozatok közel 28%-ában ilyen módon hoztak ítéletet a bírák.

Az 1990/85. számú esetben egy kollégiumi állásfoglalást alapul véve hozta meg döntését az adott ügyben a terhelt javára emelt törvényességi óvás elbírálásánál a bíróság, a következőképpen fejtte ki álláspontját:

1, A terheltet a városi bíróság ittas vezetés vétsége miatt tíz hónapi tíz százalékos bércsökkenéssel járó javító-nevelő munkára,

2, kiskorú veszélyeztetésének büntette miatt egy év hat hónapi tíz százalékos bércsökkenéssel járó javító-nevelő munkára ítélte. Az 1. és 2. ítéletekkel kiszabott büntetéseket összbüntetésbe foglalta minek tartalmát két év javító-nevelő munkában állapította meg tíz százalékos bércsökkenés mellett.

3, ezen felül természet elleni fajtalanság büntette miatt tíz hónapos börtönben végrehajtandó szabadságvesztésre ítélte. A városi bíróság az 1. és 3. alatti büntetéseket összbüntetésbe foglalta tartalmát egy év három hónapi börtönben megállapítva.

A terhelt javára emelt törvényességi óvást a Legfelsőbb Bíróság törvényesnek találta. Okfejtése szerint az eljáró bíróságok az összbüntetésnek egy év négy hónapi tartamának megállapítása során az összbüntetésbe foglalandó büntetések együttes tartamából egy év négy hónap 28 napból csupán 28 napot engedtek el. Az elengedésnek ez a mértéke nem felel meg a L.B. B.K. 105. számú állásfoglalása C/1/a, pontjában foglaltaknak.

A kifejtettre tekintettel a Legfelsőbb Bíróság a törvényességi óvással megtámadott összbüntetési ítéletet hatályon kívül helyezte, és az újabb összbüntetési eljárás lefolytatása végett az ügyet a városi bírósághoz visszaküldte.

Egy ugyancsak a kilencvenes évek elején született határozatban melyet a Fejér Megyei Bíróság hozott meg, a bíróság döntésében a „jogszabályt értelmező bírósági gyakorlatra hivatkozott” egy 1988-ban született esetet megjelölve. Az adott ügyben a városi bíróság 500 forint rendbírságra ítélte a tanút mivel indoklása szerint a tanú a bíróság folyosóját a tanács elnökének engedélye nélkül elhagyta. Ez ellen a tanú fellebbezést jelentett be, indoklása szerint orvoshoz ment s ezen indokláshoz igazolást csatolt. Miután a megyei bíróság megvizsgálta a városi bíróság végzését s az ügyvel kapcsolatos iratokat, a fellebbezést alaposnak találta: „Kétségtelen, hogy a vádlott megsértette a tárgyalási fegyelmet, ezt azonban – bár nem helyeselhetően de emberileg bizonyos fokig méltányolható okból tette. Kiemeli a megyei bíróság, hogy a jogszabályt értelmező ítélkezési gyakorlat iránymutatása szerint (BH. 441/1988) a rendbírság kiszabása mindig csupán lehetőség soha nem kötelező, alkalmazása bírói mérlegelés jogkörébe tartozik és a mulasztás rendzavarás körülményeinek súlyosságának a vizsgálatától függ.” (Fejér Megyei Bíróság Bf. 606/1989.sz.) BH.372/1990

Egy másik bírósági határozatban melyben a kilencvenes évek végén a Legfelsőbb Bíróság által hozott döntést tartalmazza a terhelték védőjük útján védőjük által benyújtott felülvizsgálati indítványban egy 1995. évben született bírósági határozatra hivatkoztak mellyel kapcsolatos értelmezésüket a Legfelsőbb Bíróság tévesnek találta. Az adott ügyben a városi bíróság a terheltéket pénzbüntetésre ítélte, valamint az eljárás során lefoglalt 150 műsoros videokazettákat elkobozta. A terhelték olyan videokazettákat akartak értékesíteni melyek a hazai jogtulajdonos által voltak forgalomba hozva illetve melyeken televízió csatornákról

jogtalan átmásolással valamint mozijogos filmek illegális felvételével és sokszorosításával készült filmek voltak, ezeken felül pedig olyan filmek melyek Magyarországon a mozikban történő bemutatás előtt illegális videokazettán kerültek forgalomba, tehát ezek a kazetták a forgalmazás feltételeinek nem feleltek meg és a terheltek nem rendelkeztek árusításra engedéllyel ennek ellenére ezeket a videokazettákat újsághirdetés útján próbálták meg értékesíteni. A terheltek védőügyvédjük által benyújtott felülvizsgálati indítványban szereplő álláspontjuk szerint a tényállásban megállapított és a terhükre rótt magatartás nem merítette ki a szerzői és a szomszédos jogok megsértésének vétségét illetve kísérleti alakzatát sem. A Bírósági Határozatokban szereplő eseti döntésre (1995/623. sz.) való utalással arra hivatkoztak, hogy újságban közzétett hirdetéssel a cselekmény csak előkészületi szakaszig jutott el ezt viszont a törvény nem bünteti.

A felülvizsgálati indítványukat a Legfelsőbb Bíróság nem találta alaposnak a következők miatt: „Tévesen értelmezte a Bírósági Határozatok 1995/623. sorszámú eseti döntését. A hivatkozott jogesetben a cselekménynek nem büntethető előkészülete azért volt megállapítható mert az eladásra meghirdetett videokazettákat jogellenes forgalomba hozatal végett nem a terhelte másolta és nem is tudott azok illegális voltáról. Amennyiben viszont az elkövető a videokazetták jogosulatlan forgalomba hozása céljából a videokazetták illegális előállításában, sokszorosításában közreműködik vagy azok ilyen eredetéről tudomással bír, a cselekménye már készenléti stádiumba kerül.” (Legf. Bír. Bfv. I.187/1997.sz.) B.H. 1998/324.

6.

(Doktrinális-jogdogmatikai jogszabályértelmezés)

A jogdogmatikai alapelvek fényében való jogszabályértelmezés a gyakorlatban a Bírósági Határozatokban szereplő megyei és Legfelsőbb Bírósági határozatokat a 1990-1999-es időszakot áttekintve az egyik leggyakrabban előforduló interpretációs módszernek bizonyult. Ezen vizsgált esetek több mint 40%-ában fordult elő hogy egy ügy kapcsán a bíróság elé kerülő adott vitás kérdésben született döntés indoklásánál a fenti módszer alkalmazásra. Ezen értelmezési módszer a Btk. Általános részével kapcsolatban elsődlegesnek bizonyult.

A jogdogmatikai interpretatio technika büntetőjogban történő gyakori alkalmazásának oka, hogy a büntető anyagi jog területén -hasonlóan a polgári joghoz, és ellentétben a közigazgatási joggal- kidolgozott, a jogszabályrendszerben általánosan ismert és elfogadott jogdogmatikai modellek léteznek, melyek az interpretatio ezen módszerének használatakor nem teszik bizonytalanná az értelmezési folyamatot. Mindazonáltal a büntetőjogban is több dogmatikai konstrukció létezik, amelyek adott esetben ellentétbe kerülhetnek egymással az interpretatio során. A bírói gyakorlattól függ az, hogy a létező dogmatikai modellek közül melyek azok, amik a törvénykezés során alkalmazásra kerülnek. Ezért a bírói gyakorlat alapján történő, illetőleg a jogdogmatikai interpretatio igen szoros kapcsolatban, illetőleg kölcsönhatásban állnak egymással. (A létező dogmatikai modellek alapját képezik a bírói gyakorlatnak, a jogalkalmazás során ezen modellekkel kapcsolatosan felvetődött problémák pedig a jogdogmatika jogtudomány általi továbbfejlesztésének folyamatát segítik elő.) Az elmúlt tíz év során számos nagyon érdekes jogdogmatikai interpretatio által hozott ítélet született. Ezek közül kerül bemutatásra néhány az alábbiakban.

Az 378/1991. számon megjelent esetben a pszichikai bűnsegély és a felbujtás fogalmainak a jogirodalomban egységes ezen kérdésre vonatkozó elv képezte a döntés alapját. A vádlottakat az elsőfokú bíróság több rendbeli részben társtettesként részben pedig bűnsegédként, bünszövetségben üzletszerűen elkövetett, dolog elleni erőszakkal elkövetett lopás mondotta ki bűnösnek és halmazati büntetésként börtönbüntetésre valamint a közügyektől való eltiltásra ítélte. A Legfelsőbb Bíróság az elsőfokú bíróság jogi álláspontját csupán egy vonatkozásban találta tévesnek, miszerint: „Az elsőfokú bíróság azokban az esetekben amikor a vádlott csak ötletet, címet adott társainak meghatározott sértett kifosztására – anélkül hogy egyéb módon részt vett volna a bűncselekmény elkövetésében – ezt a magatartást bűnsegédi bűnrészességnek minősítette. A Legfelsőbb Bíróság ezzel az állásponttal nem értett egyet.

Kétségtelenül a vádlottak üzletszerűen és bünszövetségben követték el a bűncselekményeket, szándékuk tehát meg nem határozott rendbeli lopás véghezvitelére irányult. Akkor azonban amikor valamelyik vádlott konkrét cím közlésével, meghatározott sértett sérelmére történő elkövetéssel bízza meg társát, ezzel a magatartásával az adott lopási cselekmény elkövetésére irányuló szándék létrejöttében, kialakításában működik közre. Ez a részesi alakzat pedig nem bűnsegédi, hanem az ennél súlyosabb jogi értékelés alá eső felbujtói alakzatnak felel meg. A felbujtás és a pszichikai bűnsegély elhatárolásánál azt – a jogirodalomban is egységes – elvet kell szem előtt tartani, hogy a szándék életre hívása, fellobbantása tekintetében elkövetett rábíró tevékenység felbujtás, míg a már kialakult szándék ébrentartásában való közreműködés a pszichikai bűnsegély fogalma alá tartozik.”

Egy másik esetben (B.H. 1991/181) a megyei bíróság a vádlott cselekményét az elbíráláskor hatályban lévő – 1987. évi III. törvény 22.§- ával módosított – a Btk252. §-ának (1) bekezdése szerinti büntettként értékelte, mely álláspontot a Legfelsőbb Bíróság tévesnek talált ugyanis: „ A szóban forgó cselekmény elkövetésének napja: 1987. április, 30., az 1987. évi III. törvény pedig 1988 január elsején lépett hatályba. Az adott cselekmény megítélését illetően az új törvény szigorúbb rendelkezést tartalmaz, és ezért a Btk 2. §- a értelmében annak alkalmazására nem kerülhet sor.”Ebben az esetben tehát az egyik büntetőjogi alapelvet a NULLUM CRIMEN /NULLA POENA SINE LEGE PRAEVIA, azaz az elkövetéskor hatályos törvény alkalmazásának követelményét illetve a súlyosabb büntető törvény visszaható hatályának tilalmát sértette meg a megyei bíróság határozata mint ahogyan az a Legfelsőbb Bíróság határozatából tisztán kiolvasható.

A jogdogmatikai interpretatio szempontjából igen érdekesek azok a határozatok, melyek a BTK.-ban nem szabályozott okozati összefüggés kérdéseivel kapcsolatosan foglalnak állást.⁴⁵ Erre kerül sor a BH.1997/511. számú eseti határozatban, ahol a fent említett kérdés az emberölés delictumával kapcsolatosan merül fel. Az elsőfokon eljáró bíróság az ügy terheltjét emberölés büntette miatt letöltendő börtönbüntetésre ítélte. Az ítélet tényállás szerint a terhelt élettársát hangos veszekedés után leszúta. A sértett a kórházba szállítás után vér-vesztéses sokk következtében elhalálozott. A bizonyítási eljárás során bizonyítást nyert, hogy a sértett halála bekövetkezésében a sérülés ellátása során történt diagnosztikai tévedés is közrehatott. Egyértelműen bebizonyosodott az is, hogy a terhelt ölési szándék nem vezette cselekménye elkövetéséhez. Ezekre tekintettel mind a védelem, mind a vád képviselője enyhítésért jelentett be fellebbezést. A Legfelsőbb Bíróság az elsőfokú bíróság által hozott ítélet jogi minősítését megváltoztatva, emberölés büntette helyett halált okozó testi sértés delictumát állapította meg. Az ítélet indoklásában (jogdogmatikai interpretatio alkalmazásával) arra mutatott rá, hogy a terheltet a testi sértés okozására egyenes szándék vezette, a bekövetkezett halálos eredmény tekintetében azonban megállapítható a vádlott gondatlansága. (Ezért az adott esetben életveszélyt okozó testi sértés megállapítására nem kerülhetett sor, mivel az orvosi segítség a sértett életét nem menthette volna meg, illetőleg a sértett halála nem a tettes által elindított okfolyamattól függetlenül következett be.) Az ügy terheltjének a tőle elvárható gondosság alapján fel kellett volna ismernie, hogy szúrásai a sértett halálához vezethetnek, így tehát esetében a negligentia kétséget kizáróan megállapítható. Az orvosi diagnosztikai tévedésnek, mint közreható oknak (concausa) a fennforgása nem zárja ki az elkövető büntetőjogi felelősségét. Az okozati összefüggésnek, mint jogdogmatikai kategóriának a konkrét esetekben történő vizsgálata, a jogintézmény jellegéből adódóan a jogdogmatikai (továbbá a bírói gyakorlat alapján történő) interpretatio alapján lehetséges. Ezt mutatja a hivatkozott határozaton kívül a többi ilyen típusú ítélet is.

A következő említésre érdemes bírósági határozat a BH.1998/572.sz. eseti ítélet. Itt a valóságos alaki bűnhalmazat jogintézményének interpretálására kerül sor az önbíráskodás és a könnyű testi sértés bűncselekményével kapcsolatosan. Az elsőfokon eljáró városi bíróság az ügy terheltjének bűnösségét társtettesként elkövetett önbíráskodás büntettségében állapította meg, és ezért őt letöltendő börtönbüntetésre ítélte. Az ítélet tényállás szerint a terhelt és büntársai a vádlott feleségétől a jogosnak vélt vagyoni igényének kielégítése céljából okiratokat és értékpapírokat tulajdonított el úgy, hogy az eközben kialakult dulakodás során az ügy sértettjének (a terhelt feleségének) nyolc napon belül gyógyuló sérüléseket okozott. A másodfokú bíróság erre figyelemmel az önbíráskodás mellett a terheltet bűnösnek találta könnyű testi sértés okozásában is, ezért halmazati büntetést szabott ki. A védelem képviselője felülvizsgálati indítványában előadta, hogy álláspontja szerint halmazati büntetés kiszabásának

⁴⁵ Az okozati összefüggésről részletesen lásd:

GYÖRGYI KÁLMÁN: Az okozati összefüggésről IN.: WIENER
A. IMRE (szerk.): Büntetendőség, büntethetőség

ilyen esetben nem lehet helye, mivel ilyenkor a látszólagos alaki hal-mazat miatt a konzumpció elve érvényesül, tehát a súlyosabb büntetési tétellel fenyegetett törvényi tényállás elnyeli az enyhébbet. A Legfelsőbb Bíróság a felülvizsgálati indítványt alaptalannak találta. Az ítélet indoklásában a jogdogmatikai, illetőleg bírói gyakorlat alapján történő interpretatio szerint az alaki bűnhalmazat csak abban az esetben látszólagos, ha a törvényi tényállások találkozása szükségszerűen foglalja magába más, enyhébben büntetendő bűncselekmény tényállását is, és ez utóbbi az önálló bűncselekményként történő értékelhetőségét elveszti. Mivel azonban az önbíráskodás (más egyéb típusú személy elleni erőszakos bűncselekményekkel ellentétben) megvalósítható testi sértés okozásával is, így a könnyű testi sértés okozása nem veszti el önállóságát, tehát a bűnhalmazat megállapítása mindenképpen indokolt.

Befejezés

A rendszerváltozást követő tíz év büntetőbírói jogértelmezésére jellemző, hogy alapvetően a jogértelmezés hét tárgyalási módszerét alkalmazzák az eseti ítéletekben. Az analógia alapján történő interpretatio - a büntetőjog speciális alapelvei miatt - az anyagi büntetőjogban nem alkalmazott jogértelmezési forma. (Kivételesen képez természetesen a mi tanulmányunkban is említett, NAGY FERENC által hivatkozott 1986-os eseti ítélet, de ez nem az általunk vizsgált időszakban született.) Etikai elveken, illetőleg általános jogelveken alapuló jogértelmezésre empirikus példa nem akadt az 1990-'99-es időszakban.

A jogszabály célja, illetőleg a jogalkotó szándéka alapján történő interpretatio néha egy-egy eseti határozatban megjelenik ugyan, de a tárgyalási jogértelmezési módszerekhez képest - alkalmazásának gyakorisága aspektusából - elhanyagolhatónak mondható, így ezek jelen tanulmányban külön nem kerültek tárgyalásra. Érdekes jelenség ugyanakkor az, hogy az 1998, 1999-ben keletkezett Legfelsőbb Bíróság által kiadott jogegységi határozatokban meglepően gyakori a fent említett interpretációs technikák alkalmazása.⁴⁶ Lehetséges, bár korántsem biztos, hogy a jogalkotó szándéka, illetőleg a jogszabály célja szerinti interpretatio a későbbiekben az eseti ítéletek indoklásában is használatos jogértelmezési módszer lesz.⁴⁷ (Természetesen nem olyan formában, mint az például Svédországban tapasztalható.)

Összegzésképpen elmondható, hogy a jogértelmezési folyamatnak, annak sajátosságainak a feltárásához a MacCORMICK/SUMMERS szerzőpáros által szerkesztett tanulmánygyűjtemény által alkalmazott eszközök (főképp a hagyományos interpretációs tipológiát pontosító, azokat kiegészítő jogértelmezési technikákat egységes rendszerbe foglaló elméleti konstrukció) igénybevételével a korábbi kutatási módszerekhez képest pontosabb képet kaphatunk, így az egyes országokon, illetve jogágakon belül kialakult jogértelmezési

⁴⁶ Példa erre a 2/1998, a 3/1998, 4/1998, illetőleg a 2/1999-es jogegységi határozatok indoklása.

⁴⁷ A jogalkotói szándék alapján történő jogértelmezés Magyarországon a '70-es években (az új BTK. hatálybalépését követő időszakban) kapott igen csekélynek mondható jelentőséget, de ez azonban a '80-as években már nem volt tapasztalható.

Ehhez lásd:

POKOL BÉLA: Felsőbírói jogértelmezés Magyarországon

gyakorlat összehasonlítására is jobb lehetőségek kínálkoznak. Mindez természetesen az ilyen típusú kutatások jövőbeni irányát is meghatározza. Mint ahogyan azt a jelen tanulmány bevezetőjében is jeleztük, a magyarországi büntetőbíráskodás gyakorlatának feltárásához elengedhetetlenül szükséges a büntető alaki jogban kialakult jogértelmezési mechanizmusok elemzése is. Hasonlóképp lényeges a magyar és a külföldi (főképp az európai) országok jogalkalmazói jogértelmezésének összehasonlítása a büntetőjog aspektusából. (Ez az EU-csatlakozás kapcsán időszerű is.) További iránya lehet a kutatásnak a bírói, illetőleg az egyéb jogalkalmazói (például ügyészi) gyakorlat összehasonlítása. Nagyon lényeges szempont ez, hiszen az ügyészi/bírói statisztikák tanulsága szerint a büntetőügyek jelentős része nem jut el a büntetőeljárás bírói szakába. A nyomozati, illetve ügyészi szakaszban az ügyészségi jogértelmezési gyakorlat releváns, ugyanakkor erről a tudományos publikációkban nem áll rendelkezésre a jelentőségéhez mért nagyságú és rendszerezett anyag. A fent említett kérdések megválaszolása nélkül a büntetőjog gyakorlatban érvényesülő mechanizmusainak megértése véleményünk szerint nemigen képzelhető el.

IRODALOMJEGYZÉK

(Felhasznált és hivatkozott irodalmak)

- 1.) **Alkotmányos Elvek és Esetek**
(COLPI Kézikönyv 1996)
- 2.) **BERKES GYÖRGY:** A társadalomra veszélyesség hiányának büntetőjogi értékelése
(Magyar Jog 1999/12.)
- 3.) **BERKES GYÖRGY** (szerk.): Magyar Büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára
(HVG-ORAC Kiadó 1995+Frissítések)
- 4.) **BÓDIG MÁTYÁS/SZABÓ MIKLÓS** (szerk.): Logikai olvasókönyv joghallgatók számára
(PRUDENTIA IURIS 6. BÍBOR Kiadó 1996.)
 - **RUZSA IMRE:** A klasszikus kétértékű logika
 - **JOHN B. ROSSER/ATWELL R. TURQUETTE:** Többértékű logikák
 - **GILBERT RYLE:** Formális és informális logika
 - **LOFTI A. ZADEH:** Életlen logika
 - **JERZY WRÓBLEWSKI:** A jogi szillogizmus és a bírói döntés racionalitása
 - **LOTHAR PHILIPS:** Az életlen szubszumpció elmélete
- 5.) **DUDÁS GÁBOR:** A bírói jogértelmezés lehetőségei a magyar közigazgatási bíráskodásban

(Magyar Közigazgatás 1997/10.)

6.) **DWORKIN, RONALD**: Taking Rights Seriously
(Harvard University Press 1978.)

7.) **DWORKIN, RONALD**: Freedom's Law (The Moral Reading of the American Constitution)
(Oxford University Press 1996.)

8.) **GÖNCÖL KATALIN/KORINEK LÁSZLÓ/LÉVAI MIKLÓS**: Kriminológiai ismeretek
(CORVINA 1996.)

9.) **GYÖRGYI KÁLMÁN**: Büntetések és intézkedések
(KJK 1984.)

10.) **GYÖRGYI KÁLMÁN/WIENER A. IMRE** (szerk.): A Büntető Törvénykönyv magyarázata
(KJK 1996.)

11.) **HORVÁTH/KERESZTY/MARÁZ/NAGY/VIDA**: A magyar büntetőjog különös része
(KORONA Kiadó 1999.)

12.) **KECSKÉS/MACZONAKI/SZÉCSÉNYI**: Jogharmonizációs kötelezettségeink és lehetőségeink
(INTEGRÁCIÓS STRATÉGIAI MUNKACSOPORT 1997.)

13.) **KOVÁCS JÓZSEF**: Bűnözés a gazdaságban
(Rendészeti Szemle 1992/6.)

14.) **LOMNICZI ZOLTÁN** (szerk.): Európai intézmények és a jogharmonizáció
(HVG-ORAC 1998.)

15.) **MISKOLCZI BODNÁR PÉTER** (szerk.): A gazdasági társaságok I-II
(HVG-ORAC 1998.)

16.) **MacCORMICK N.D./SUMMERS R.S.** (szerk.): Interpreting Statutes. A Comparative Study
(Dartmouth 1991.)

- **ALEXY R./DREIER R.**: Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany

17.) **NAGY FERENC/TOKAJI GÉZA**: A magyar büntetőjog általános része
(KORONA Kiadó 1998.)

18.) **NYÍRI SÁNDOR**: A gazdaság, a korrupció és az etika
(Belügyi Szemle 1995/2.)

19.) **POKOL BÉLA**: A jogértelmezés alapjai
(Magyar Jog 1999/4.)

- 20.) **POKOL BÉLA:** Bevezető megfontolások a jogforrások jogelméleti elemzéséhez
(Jogelméleti Szemle 2000/1.)
- 21.) **POKOL BÉLA:** A jog szerkezete
(Rejtjel Kiadó 1998.)
- 22.) **POKOL BÉLA:** Jogbölcseleti vizsgálódások
(Nemzeti Tankönyvkiadó 1998.)
- 23.) **RAWLS, JOHN:** Az igazságosság elmélete
(OSIRIS 1997.)
- 24.) **SOLT PÁL**(szerk.): A Legfelsőbb Bíróság határozatainak hivatalos gyűjteménye
(HVG-ORAC 1999.)
- 25.) **SZABÓ MIKLÓS:** A jogdogmatika előkérdéseiről
(PRUDENTIA IURIS 6. Bíbor Kiadó 1999.)
- 26.) **SZOLLÁR PÁL:** Csődbüntetés
(Magyar Jog 1994/8.)
- 27.) **TÓTH MIHÁLY:** Piacgazdaság és büntetőjog
(Magyar Jog 1995/11.)
- 28.) **TÓTH MIHÁLY:** Gazdasági bűncselekmények az alakuló joggyakorlatban
(ELTE-JOTOKI 1996.)
- 29.) **TÓTHNÉ MAGYARI CSILLA:** Töprengések a BTK.290.§.(5) bekezdése szerinti csődbüntetésről (Ügyészek Lapja 1996/1)
- 30.) **VARGA CSABA:** A jog mint folyamat
(OSIRIS 1999.)
- 31.) **VARGA CSABA:** Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról
(OSIRIS 1999.)
- 32.) **VARGA CSABA**(szerk.): Jog és filozófia
- **EUGEN EHRLICH:** Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány
- **RUDOLF von JHERING:** Küzdelem a jogtudományért
- **RUDOLF STAMMLER:** A helyes jog
- **RUDOLF STAMMLER:** A jogtudomány elmélete
- 33.) **WIENER A.IMRE**(szerk.): Büntetendőség, büntethetőség (Büntetőjogi tanulmányok)
(KJK 1998.)
- **WIENER A.IMRE:** Büntetőpolitika-büntetőjog
 - **LIGETI KATALIN:** A jogállami büntetőjogról
 - **NAGY FERENC:** A nullum crimen/nulla poena sine lege alapelvről
 - **WIENER A.IMRE:** Büntetendőség-büntethetőség

34.) **WIENER A.IMRE:**A büntetőjog forrásairól
(Magyar Jog 1999/4.)

Pollmüller Tamás

Közigazgatási bírósági határozatok 1997-99.

I. Előszó:

Tanulmányom csapatmunka eredménye, melyet az ELTE Állam- és Jogtudományi Karán Dr. Pokol Béla egyetemi tanár iránymutatásával végeztünk.

A római jog, magánjog-közjog felosztását alapul véve, munkám különlegessége az így születő dolgozatokkal szemben, hogy közülük az egyetlen, mely egyértelműen egy **közjogi** jellegű jogterület anyagát dolgozza fel.

A Legfelsőbb Bíróság **közel kétszáz** - pontosabban az elmúlt három év 197 - közigazgatási bírósági határozatát tekintetem át. Elemzésem többirányú, leglényegesebb eleme annak vizsgálata, hogy a jogértelmezés 12 fő eszköze közül, melyek a legelterjedtebbek a Legfelsőbb Bíróság ítélkezési gyakorlatában.

Munkám a **közigazgatási jogi** törvénykezés elemzésére koncentrálok. A Legfelsőbb Bíróság ítélkezési gyakorlatára vonatkozóan átfogóbb képet kaphat az olvasó, ha ezt követően elolvassa Keszthelyi Balázs jogegységi határozatokról, Parádi Ákos és Makai Attila büntetőjogi, továbbá Botos Viktor munkajogi bírósági határozatokról szóló tanulmányát.

Dolgozatunk készítésénél mindannyian az 1999. végével lezárt CD jogtár dokumentumaira támaszkodtunk. E forrás napjainkra a jogászai tevékenység nélkülözhetetlen információs bázisává vált, mely lehetővé tette számunkra, hogy időnk nagy részét ne a szükséges bírósági határozatok felkutatására, hanem azok feldolgozására, elemzésére fordítsuk.

II. Bevezető gondolatok a közigazgatási jogról és a közigazgatási eljárásról:

A közigazgatási jog - a jogrendszer **speciális** területe. Itt ugyanis - az ügyek egy részénél - a jogi jellegű szabályok mellett meghatározó jelentőséggel bírnak olyan szakkérdések, melyekben az érintett területen jártas **szakértők** nélkül a bíróság képtelen eldönteni a jogvitát, sőt sok

esetben már a tényállás feltárásához is szükségesek szakmai ismereteik. Így a döntéshozatalban meghatározó szerephez jutnak, véleményüket a bírói gyakorlat általában nem hagyhatja figyelmen kívül. Sok esetben megalapozzák az ítéletet, leszűkítve ezzel a bírói önállóság, függetlenség, autonóm döntéshozatal kereteit.

E jogterület másik jellegzetessége, hogy a bírósági eljárásban megjelenő felek legalább egyike - **közérdeket**, közjót képviselő - állami, közigazgatási szerv. Ez azonban nem zárja ki azt sem, hogy a közigazgatási perben két közigazgatási szerv közötti hatásköri vita bontakozzon ki.

A közigazgatási perek, bírósági határozatok előzményeként mindenképpen szólni kell a megelőző eljárásról, melynek integráns része a **közigazgatás rendszerén belüli** döntéshozatal és jogorvoslat. Míg a büntetőjogban a bírósági eljárás kezdetét rendőrségi szakban a tényállás, a cselekmény körülményeinek feltárása, illetve a munkajogban a munkaügyi jogszabályokban meghatározott releváns tények léte előzi meg, addig a közigazgatási pereket megelőző eljárási elemek valamivel bonyolultabbak.

Közigazgatási szervek határozataival szembeni jogorvoslat lehetősége - a közigazgatás hierarchikus szervezetrendszerén belül is adott. Ilyen lehetőség a munkaügyi eljárásban természetesen nincs, hiszen - hasonlóan a büntetőeljáráshoz - jogorvoslatra csak az elsőfokú bírósági ítélet megszületését követően nyílik mód.

Közigazgatási perben a bírósági keresetindítás alapja, hogy az érintett élt a közigazgatáson belüli jogorvoslat lehetőségével. Amennyiben ezt nem használta ki, a közigazgatási határozat - jogerőre emelkedését követően - bíróság előtt nem támadható meg. Ez a gyakorlatban következőképpen történik. Kérelemre, vagy hivatalból indított eljárás esetén a körülmények és jogszabályi rendelkezések áttekintését követően az elsőfokú közigazgatási szerv határozatot hoz. Ezután az illetékes közigazgatási szerv az Áe. 48. §-ban meghatározott feltételek mellett a határozatot kiegészítheti, kicserélheti, vagy kijavíthatja, kivéve, ha az ügyfél jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogát sérti.¹ Lehetősége van az államigazgatási szervnek határozata módosítására, illetve visszavonására, ha észleli, - még mielőtt felettes szerv, vagy bíróság megállapítaná - hogy az jogszabályt sért². Módosítás és visszavonás ellenérdekű fél hiányában ügyfél kérelmére, akkor is lehetséges, ha a szerv az ügyfél jogorvoslati kérelmében foglaltakkal egyetért³. Lényeges korlátozás, hogy az Áe. erre csak egyszer, a határozat közlésétől számított egy éven belül ad lehetőséget⁴.

¹ Államigazgatási eljárás általános szabályairól szóló 1957. évi IV. tv. 48. §

² Államigazgatási eljárás általános szabályairól szóló 1957. évi IV. tv. 61. §

³ Uo.

⁴ Uo.

Biztosítja az Áe. az elsőfokú határozat fellebbezéssel történő megtámadását. Fellebbezéssel élhet - 15 napon belül - az érdemi döntéssel szemben, akire vonatkozóan a határozat rendelkezést tartalmaz⁵. Meghatároz a törvény olyan eseteket is, melyek kizárják a fellebbezést⁶. Általános szabály, hogy az ügyfél kérelmét a határozatot hozó szervnél terjeszti elő, melyben új tényeket, bizonyítékokat is megjelölhet. Ha az elsőfokú határozatot hozó szerv nem ért egyet a fellebbezésben foglaltakkal, jogszabályban rögzített kötelezettsége - 8 napon belül - felterjeszteni azt felettes szervéhez. Utóbbi - határozatot hoz, melynek eredménye az eredeti határozat helybenhagyása, megváltoztatása, vagy megsemmisítése, az elsőfokú szerv új eljárásra utasítása, vagy a tényállás önmaga révén történő kiegészítése mellett.

Amennyiben az ügyfél a másodfokú határozattal sem ért egyet, nyitva áll előtte a kétlép-csős bírósági jogorvoslat lehetősége.

Összegzésként elmondható, hogy a közigazgatási perek nagyrésze ráépül a közigazgatási szervekben folyó eljárásra, valamint az ott hozott érdemi határozatokra. A közigazgatási eljárás speciális szabályai - a többi jogágtól eltérően - lehetőséget teremtenek a bírósági jogorvoslat elkerülésére, és az azt megelőző - közigazgatás keretei között történő - jogorvoslatra.

III. A Legfelsőbb Bíróság 1997-99-es közigazgatási bírósági határozatairól általában:

A Legfelsőbb Bíróság közigazgatási határozatainak száma növekvő tendenciát mutat. Míg '97-ben 60, '98-ban 66, '99-ben 71 ilyen határozat született. Ez azt jelenti, hogy az évente elbírált ügyek száma '99-re - az első vizsgált év adatahoz képest - 18 %-kal nőtt. Éves szintre lebontva a növekedés lassult, hiszen míg a '98-as adat a '97-eshez képest 10 %-os, addig a '99-es a '98-ashoz képest csak 7,6 %-os növekedést mutat.

Változott az összes felülvizsgálati kérelmen belül az alaposak, és nem alaposak aránya. Így alapos, kisebbrészt alapos, vagy alábbiak szerint alapos minősítést a '97-ben benyújtott felülvizsgálati kérelmek 35 %-a kapott. Ez az arány '98-ra 33,3 %-ra csökkent, majd '99-re 43,7 %-ra nőtt. Az elmúlt esztendőben jelentősen - mintegy 31,2 %-kal - javult a felülvizsgálati kérelmek eredményessége. Nagyon magas azonban még mindig az alaptalan, vagy nem alapos minősítésű kérelmek aránya. Bár a '97-es 56,7 %-ról folyamatosan csökken, még '99-ben is 39,4 %-os értéket mutat. Az alapos és nem alapos felülvizsgálati kérelmek közötti differencia abból adódik, hogy léteznek megalapozatlan, illetve a Legfelsőbb Bíróság által nem értékelt kérelmek

⁵ Államigazgatási eljárás általános szabályairól szóló 1957. évi IV. tv. 62-63. §

⁶ Uo. 64. §

is. Ezek aránya kezdetben 8,3 % volt, majd 6 %-ra csökkent, végül '99-ben nagyon magas - 16,9 %-os értéket ért el.

Dolgozatom statisztikai összehasonlítását folytatva érdekes annak áttekintése, hogy a CD Jogtár közigazgatási határozatai témájuk szerint hogyan oszlanak meg. Melyek voltak az elmúlt évek legelterjedtebb ügyfajtái és melyek fordultak elő csak elvétve ?

A három év közigazgatási határozatai sorában legmagasabb arányt az alapítványokhoz, egyesületekhez, egyházakhoz, pártokhoz kapcsolódó ügyek képviselnek. Ezek az összes közel egyharmadát, 29,4 %-át adják. Főként az alapítványok, egyesületek bírósági nyilvántartásba-vételéhez, alapító okiratuk módosításához, közhasznú szervezetté minősítéséhez kapcsolódnak.

Az összes közigazgatási határozat 17,3 %-a eljárási, 16,8 %-a kárpótlási, 13,2 %-a adó, vám, jövedéki, TB., 8,1 %-a választási ügyben hozott döntés. Kisebbségi arányt képviselnek, de jelentősök 4,1 %-kal a munkavállalókhöz és érdekképviselőikhez, valamint 3,0 %-kal a közbeszerzési eljáráshoz kötődő határozatok. Az összes közigazgatási határozat 2,5-2,5 %-a segélyekhez, engedélyezésekhez, ingatlanokhoz kapcsolódik.

Alapítványok, egyesületek jogvitáinak aránya az említett átlagos 29,4 %-nál '97-ben jóval magasabb 40,0 %-os volt, mely közel felére (21,2 %) esett vissza, majd '99-re az előző évihez képest 7 %-ot emelkedett. E tendenciát látva úgy gondolom, ezen ügyek aránya tartósan 20 % felett fog maradni.

Az eljárási kérdések köre viszonylag tág kategória. Tartalmazza a közigazgatási szerveken belüli, illetve a bírósági eljárást érintő jogvitákat. Az előző kategóriához hasonlóan itt is hullámzó arányszámokat kaptam. Különösen magas 21,2 %-os volt az eljárási kérdések aránya '98-ban, míg a '99-es érték - a kezdő évnél 2,6 %-kal alacsonyabb - 14,1 %. Ezek együttes hatása eredményezte három év átlagában a fent említett 17,3 %-os arányt.

A kárpótlási határozatok aránya mindhárom évben 13 és 20 % között mozgott. '97-ben volt a legalacsonyabb 13,3 %, míg '98-ban elérte a 19,7 %-ot, ami 48%-os növekedést jelentett. '99-re 16,9 %-ra visszaesett arányuk. Az utóbbi két év csökkenő tendenciája - a kárpótlottak körének további szélesítése hiányában - véleményem szerint tartós lesz.

Egyértelmű, kis mértékben csökkenő trendet jelzett az adó, jövedéki, TB., vám határozatok aránya, de mindhárom évben meghaladta a 10 %-ot (13,3, 12,1, 11,3 %). Valószínű, hogy ezek aránya a következő években is hasonló lesz.

Végül, bár három év együttes átlagában a választással kapcsolatos bírósági határozatok aránya nem haladta meg a 10 %-ot, mégis említést érdemelnek. Ez ugyanis a közigazgatási határozatok azon kategóriája, melyen egyértelmű trendek láthatók. '97-ben - a választásokat megelőző évben - arányuk 1,7 %-os volt. A '98-as parlamenti és helyhatósági választások

előkészületei, eredményei kapcsán arányuk elérte a 7,6 %-ot. A vizsgált időszak végén - e választások utóhatásaként - az összes közigazgatási határozaton belül 14,1 %-os arányt képviseltek. E tények láttán racionálisnak látszik az a magyarázat, hogy a választási határozatok aránya a választásokat megelőzően növekedni kezd. Csúcspontját valamikor a választást követő időszak elején éri el, majd csökkenni kezd. Valószínű, hogy ez a trend - a ciklikusan következő - újabb választás esetén megismétlődik.

Általánosságban - statisztikai adatokkal kiegészítve - az értékelt három év közigazgatási határozatairól ennyit szükségesnek tartottam rögzíteni. Most azonban rátérnék a bírósági határozatok elemzésén belül - a jogértelmezés eszközeinek vizsgálatára.

IV. Jogértelmezési eszközök a közigazgatási bírósági határozatokban:

A jogászai munka egyik legnehezebb területe a jogalkotó tevékenység. Míg a jogszabályok előkészítését szűkebb jogászai kör végzi, elfogadásuk választott képviselői szerv "szimboli-kus" aktusa, egy közel ilyen fajsúlyos feladat - a **jogértelmezés** - szinte minden jogászai képzettséggel - sőt nemcsak azzal - rendelkező szakember, rutinszerű tevékenysége lehet. Jogot értelmeznek a köztisztviselők, peres ügyekben az ügyfeleket képviselő ügyvédek, továbbá az ügyészek, és bírák. De - mindenki számára megismerhető jogszabályok révén - nincsenek ki-zárva ebből a körből más területek szakértői sem. Így saját munkája könnyítése érdekében jogot értelmezhet akár a háziorvos, a mérnök, vagy a közalkalmazott stb. is.

Ennek ellenére - a **jogbiztonság**, jogállamiság követelményeit szem előtt tartva - legalább ennyire lényeges kérdés a hatályos jogszabályok megfelelő értelmezése. A bíróság előtti jogviták tárgya - annak esetleges vitatása mellett - a tényállás minősítése, jogkövetkezményeinek levonása.

Ideális esetben, egyértelmű tényállási elemek és jogszabályi háttér mellett is előfordulhat, hogy - az érintett jogászok - eltérő, sőt ellentétes következtetésekre jutnak. Az így kibontakozó jogvitákban döntő szót független, csak jogszabályoknak alárendelt bíróságok, néha a Legfelsőbb Bíróság mondja ki. Elmondható azonban, hogy a bíróságok elé kerülő ügyek döntő része nem jut el az utóbb említett fórumig - többségük a másodfokú ítélet jogerőre emelkedésével végződik.

A mégis Legfelsőbb Bíróság elé kerülő másodfokú ítélettel szemben - jogerőre emelkedését megelőzően - a felek törvénysértésre hivatkozva felülvizsgálati kérelmet nyújthatnak be. A fent említett viszonylag alacsony - 50 %-nál jóval alacsonyabb - eredményességi ráta csökkentheti

a perek folytatására irányuló hajlandóságot. Ennek ellenére a Legfelsőbb Bíróságon dolgozó bírák létszámához képest - az általuk tárgyalt ügyek, hozott határozatok száma jelentős.

Elterjedt jogértelmezési eszköz a használt szavak, kifejezések **hétköznapi**, illetve **speciális-technikai** értelmezése. Ezek az elemek a közigazgatási határozatokban is nagy gyakorisággal fordulnak elő. Nem ritka az sem, hogy egy határozaton belül - egyidejűleg - mindkettő megtalálható. E két értelmezési alap közül úgy érzem mégis az utóbbi - speciális-technikai értelmezés - jellemzi inkább a közigazgatási határozatokat. Jó példa erre a Legfelsőbb Bíróság 1999. évi 484. határozata, mely így fogalmaz:

*"Az . 17. §-ának (1) bekezdése akként rendelkezik, hogy nem jegyezhető be a változás, ha az okiratnak olyan **alaki** vagy **tartalmi hiányossága** van, amely miatt nyilvánvalóan érvénytelen."*⁷

A kiemelt kifejezések - így az alaki, tartalmi hiányosság, illetve a nyilvánvaló érvénytelenség fogalma - jogilag kidolgozott terminus technicusok, melyek valódi értelmet más jogszabályokkal összefüggésben nyernek. Helyes értelmezésük jogászai képzettség hiányában nehezen képzelhető el.

A harmadik - **kontextuális** - értelmezési forma szintén elterjedt a közigazgatási határozatokban. Általában a Legfelsőbb Bíróság nem egy, hanem kettő, három, esetleg több törvényre hivatkozva dönti el az ügyeket, határozza meg a további teendőket. Jellemző szinte minden esetben a Polgári perrendtartásról, valamint az Államigazgatási eljárásról szóló törvényre történő hivatkozás.

Gyakori a - speciális ügyekre vonatkozó - kapcsolódó jogszabályok említése is. Például alapítványok, egyesületek esetében az 1989. évi II. Egyesületekről szóló, kárpótlási ügyekben a kárpótlási, továbbá vám, adó, jövedéki ügyekben az Art., vagy a Gt. rendelkezéseire stb. való utalás.

Az a tény, hogy a bíróság egy határozatban több jogszabályra hivatkozik, rávilágít a magyar jogrendszer egységére, melynek átlátása, ismerete a jogértelmező tevékenység alapja.

Közigazgatási jogviták elbírálásánál a Legfelsőbb Bíróság gyakran alkalmazza a **joglogikai** maximák alapján történő értékelést. A vizsgált három év közigazgatási határozatainak 25,9 %-ában egyértelműen megjelenik. Erre a jogértelmezési eszközre példa lehet a **lex specialis derogat legi generalis** (a speciális szabály lerontja az általánosat) érv - idézett kárpótlási ügyben - felmerülése:

⁷ BH. - 484. Nem jelenti a jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogok sérelmét a határozat visszavonása abban az esetben, ha a fél nem volt alanya a visszavont határozat alapjául szolgáló jogviszonynak (1999.)

*"A Kpt. I. 9. §-a alapján a kárpótlásra jogosultat a volt tulajdonának az Állami Vagyongyűjtemény vagy az önkormányzat által történő értékesítése esetén az ott megjelölt kivételekkel illeti meg elővásárlási jog. Ilyen kivételként szerepel, ha az önkormányzati vagy állami tulajdonú bérlakást az abban lakó bérlő vásárolja meg."*⁸

Ebben az esetben általános szabály, hogy a kárpótlásra jogosultat - volt tulajdonának ÁVÜ, vagy önkormányzat általi értékesítése esetén - elővásárlási jog illeti meg. Speciális szabály szerint a törvényi rendelkezés kivételeket fogalmaz meg. Ilyen kivétel, amikor a bérlakást bentlakó bérlő vásárolja meg. A '97 évi 459. bírósági határozatban e speciális kivétel lerontja az általános szabályt.

A joglogikai értelmezés eszközei közül legelterjedtebb az *argumentum a contrario* (ellenkezőből következtetés) alkalmazása. Megjelenik az 1998. évi 59. Társadalombiztosítási kötelezettségről szóló határozatban is:

*"A Gt. 24. §-ának (1) bekezdése értelmében a gazdasági társaság a cégjegyzékbe való bejegyzéssel - a társasági szerződés megkötésének, részvénytársaságnál az alapszabály elfogadásának időpontjára visszamenőleg - jön létre. Tekintettel arra, hogy a perbeli betéti társaság a cégbejegyzési kérelmét visszavonta, az a Gt. idézett rendelkezéséből következően **nem jött létre. Társasági jogviszony nem keletkezett**, ezért a T. 10. §-ának (5) bekezdése értelmében a **biztosítás sem állt fenn.**"*⁹

Az idézett közigazgatási határozat rögzíti, hogy a - törvény szerint - társaság cégjegyzékbe való bejegyzéssel jön létre. Jogszabály nem szabályozza azt az esetet, amikor ez - kérelem visszavonása miatt - nem történik meg. Ennek ellenére a Legfelsőbb Bíróság azt a következtetést vonja le, hogy mivel a szükséges feltételek nem adóttak - a társaság nem jött létre. Ebből logikusan következik, hogy társasági jogviszony, illetve TB. fizetési kötelezettség sem keletkezhetett.

Szintén az *argumentum a contrario* jellemzi a '98. évi 402. határozatot, mely az alapítvány megszűnését követő alapítványi vagyonra vonatkozóan rendelkezik:

*"A . **nem tartalmaz kifejezett előírást arra vonatkozóan, hogy az alapító milyen eltérő rendelkezést tehet, így **nem tiltja** azt sem, hogy az alapítvány megszűnése esetére úgy rendelkezzen, hogy a megmaradt vagyon az alapítót illeti meg. Ez***

⁸ BH. - 459. A kárpótlásról szóló hatósági határozat alapján elővásárlási jog az ingatlan-nyilvántartásba nem jegyvezhető be (1997.)

⁹ BH. - 59. A cégbejegyzési kérelem visszavonása esetén a cég nem jön létre, a társadalombiztosítás tehát a létre nem jött társaság tagjára nem terjed ki (1998.)

*azonban **nem** jelenti azt, hogy az alapítók az alapítvány meg-szűnése esetére **korlátozás nélkül, kizárólag saját érdekeiket szem előtt tartva** rendelkezhetnek a vagyon felhasználásáról.*"¹⁰

A Legfelsőbb Bíróság ítélete abból az elvből indul ki, hogy amit törvény - jelen esetben a Ptk. - nem tilt, azt szabad. Ennek ellenére nem ezt a következtetést vonja le, hanem kifogásolja azt a gyakorlatot, hogy az alapítók a vagyonról kizárólag saját érdekeiknek megfelelően rendelkeznek.

Hasonló joglogikai következtetést tartalmaz - a szintén '98 évi - 404. bírság kiszabásáról szóló ítélet. Itt ugyanis a törvényszöveg kimondja, hogy adott tényállás esetén abból a közigazgatási szervnek milyen következtetést kell levonnia. A Legfelsőbb Bíróság - az elsőfokú bírósággal - azonos törvényre hivatkozva ellentétes következtetésre jut, így kimondja, hogy a jogszabály szövegéből nem következik, ami a korábbi határozatokban megjelent. Ezt a következőképpen fogalmazza meg:

*"Téves az elsőfokú bíróságnak a bírság kiszabására vonatkozó törvényi értelmezése is. A törvény értelmezéséből **nem következik**, hogy az alperes kizárólag jogvitában szereplő két ellenérdekű fél együttes szankcionálása mellett szabhatna ki bármelyikükkel szemben bírságot.*"¹¹

A jogértelmezés ötödik eszköze - a **precedensek fényében** értelmezés - direkt formája nem terjedt el a magyar közigazgatási bírósági döntések gyakorlatában. Burkolt precedenskövetésről is csak néhány esetben beszélhetünk. Ez a vizsgált közigazgatási határozatok kb. 2,5 %-ban fordul elő. Példa lehet rá a tavaly hozott 428. - közalapítványról szóló - bírósági határozat, mely így fogalmaz:

*"A Legfelsőbb Bíróság által **következetesen folytatott bírói gyakorlat** nem engedi meg az alapító okirat korlátlan módosítását. A kérelmező által bejelentett alapítóokirat-módosítás a Ptk. fent hivatkozott rendelkezéseibe ütközik, mert meghaladja az ott megjelölt kereteket és mértéket. Ezért helyesen járt el az elsőfokú bíróság, amikor a módosítás nyilvántartásba vételével kapcsolatos kérelmet elutasította.*"¹²

¹⁰ BH. - 402. Az alapítvány megszűnése esetén a vagyon felosztására vonatkozó alapítói rendelkezésnek egyértelműnek kell lennie (1998.)

¹¹ BH. - 404. A Közbeszerzési Döntőbizottság mind az ajánlattevőt, mind az ajánlatkérőt megbírságozhatja, ha annak a törvényben meghatározott feltételei fennállnak (1998.)

¹² BH. - 428. Közalapítvány alapító okiratában sem módosítható és egészíthető ki az alapítvány eredeti célja (1999.)

Hasonló ügyek elbírálása során - több jogeseten keresztül - kialakult bírói gyakorlat, a precedensek fényében történő értelmezés közvetett megjelenése.

Nem túl elterjedt az **analógiák útján** való értelmezés. A Legfelsőbb Bíróság közigazgatási határozatainak 11,2 %-ában ismerhető fel. Ilyen határozat az alapítói képviselőtről szóló '99. évi 583., mely így rendelkezik:

*"Nem ért egyet a Legfelsőbb Bíróság a fellebbezőnek az alapítók képviselői jogosultságának korlátaira vonatkozó álláspontjával. A Pp. 66. §-a szerint amennyiben a **törvény** egyes perbeli cselekményekre **másként nem rendelkezik**, a fél helyett az általa, illetőleg törvényes képviselője által választott meghatalmazott is eljárhat."¹³*

Ebben az esetben - eltérő törvényi rendelkezés hiányában - a bíróság automatikusan alkalmaz más ügyekben irányadó jogi szabályokat. Így saját hatáskörben kitölti a törvényhozó által hagyott joghézagot, mely a konkrét jogeset és a törvénytövege közötti különbségből adódik, továbbá kiszélesíti a jogszabály hatókörét.

A jogértelmezés hetedik eszköze - a **jogi doktrinális-jogdogmatikai** értelmezés. Az előbbi két eszközhöz hasonlóan - a Legfelsőbb Bíróság közigazgatási határozataiban - ez sem igazán elterjedt. '97-99. között mindössze 3 olyan ítéletet találtam (1,5 %), melyben nyomai vannak. Leglátványosabban - joglogikai következtetéssel ötvözve - egy ingatlan-használattal kapcsolatos ügyben jelenik meg:

*"A másodfokú bíróság a tényállást helyesen állapította meg, és a jogszabályok helyes értelmezésével hozta meg határozatát. Az Ötv. 2. §-ának (1) bekezdése alapján a bizottság adja az önkormányzat tulajdonába az ingatlankezelő szerv kezelésében lévő épületet (épületrészt), ha egészben vagy részben az önkormányzat, illetve az önkormányzat intézménye, közüzeme használja. A Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint ez a **használat** a fizikai értelemben vett birtokban, **hatalomban tartást** jelenti. Az albérletbe adással a bérlő ezt a **használati jogát ruházta át**, így a használati jog az albérlőre szállt át. A **bérlő** tekintetében tehát **nem** lehet szó **használatról**.*

*A felperes felülvizsgálati kérelmében arra is hivatkozott, hogy az önkormányzat intézménye és a kft. között **közös használat** valósult meg. Ezt a hivatkozást a Legfelsőbb Bíróság nem tartja megalapozottnak, mivel jogilag releváns közös használatot csak meghatározott épületrészekre és meghatározott jogcímmre*

¹³ BH. - 583. Az alapítvány bírósági nyilvántartásba vétele során a képviselő szabályai is irányadók (1999.)

lehet alapítani. Nem vitatottan az egész ingatlant a kft. részére albérletbe adták, a közigazgatási döntések is ezen alapultak, így az a körülmény nem bír relevanciával, hogy az intézmény egyes dolgozói továbbra is e helyiségekben végeztek munkát."¹⁴

Nem jellemző a jogtudományi művekre történő direkt hivatkozás. Ebben a határozatban a használat, közös használat fogalmánál merül fel a jogdogmatikai megközelítés szerepe.

Jóval gyakoribb a **jogelvek**, illetve **alkotmányos alapjogok, alapelvek** fényében való értelmezés. Előbbi a vizsgált időszak közigazgatási határozataiban 40,1 %-ban, utóbbi 15,7 %-ban jelenik meg.

E két jogértelmezési alap szorosan összekapcsolódik - elválasztásuk, megkülönböztetésük nehéz feladat. Alkalmazásuk leginkább kárpótlási, alapítványi, választási ügyekben jellemző.

Jogelvi értelmezést tartalmaz a '98. évi 104. határozat is:

*"Alapítvány létrehozására a bírák és a bírák által létrehozott társadalmi szervezetek is jogosultak, hiszen **alapítási jogukat törvény nem korlátozza.**"*¹⁵

A Legfelsőbb Bíróság döntésének alapja - amit a törvény nem tilt, nem korlátoz, azt szabad.

A névvalódiság, névszabatosság követelményére hivatkozik a '98. évi 456. közigazgatási határozat:

*"A nyilvántartásba vétel során eljáró bíróságnak kell vizsgálnia az Etv. 7. §-a (2) bekezdésének megfelelő alkalmazásával, hogy a párt, illetőleg társadalmi szervezet elnevezése más bejegyzett szervezet elnevezésétől különbözik-e, illetőleg, hogy megfelel-e a **névvalódiság, névszabatosság** követelményének.*"¹⁶

Általános pénzügyi, adójogi elvként felmerül - adólevonás esetére a számla jogszabálynak való alaki és tartalmi megfelelése, melyet a '99. évi 537. határozat részletez:

*"A Legfelsőbb Bíróság több eseti döntésében rámutatott arra, hogy adólevonási jog kizárólag az előzetesen felszámított általános forgalmi adó összegét **hitelesen igazoló** dokumentum birtokában gyakorolható. A számlának nemcsak **alakilag**, hanem **tartalmilag** is meg kell felelnie a jogszabályi előírásoknak.*"¹⁷

¹⁴ BH. - 362. Az önkormányzati tulajdonba adás szempontjából nem minősül használatnak a bérlő, ha az ingatlant albérletbe adja (1998.)

¹⁵ BH. - 104. Alapítvány létrehozására a bírák és a bírák által létrehozott szervezetek is jogosultak (1998.)

¹⁶ BH. - 456. Ha a párt elnevezését a bíróság - törvényesnek találva - bejegyezni rendelte, a választási szerv ezt a döntést nem bírálhatja felül (1998.)

¹⁷ BH. - 537. Csak alakilag és tartalmilag hiteles számlával igazolt forgalmi adó visszaigénylésének van helye (1999.)

Bírói függetlenségre, összeférhetetlenségre vonatkozó alapelvet említ '99. évi 396. határozatában:

*"A Pp. 14. §-a alapján a perben **nem járhat el** az a megyei bíróság, melynek vezetője a fél képviselőjének a 13. § (2) bekezdésében felsorolt **hozzátartozója**."*¹⁸

Inkább alkotmányos alapjogok, alapelvek fényében való értelmezés jellemzi a következő néhány határozatot. A Legfelsőbb Bíróság - kárpótlási határozatában - politikai indíttatású szabadságelvonásra, az emberi és állampolgári alapjogok megsértésére hivatkozva így fogalmaz:

*"A tiltott határátlépés következtében lefolytatott büntetőeljárás - függetlenül attól, hogy a szovjet Btk. mely §-a, milyen minősítés alapján tekintette bűncselekménynek, politikai indíttatású büntetőjogi felelősségre vonást valósított meg, így **ellentétes az emberi és állampolgári alapjoggal, amely szerint lakóhelyét mindenki szabadon választja meg**. Az elkövetett cselekmény és annak büntetése egyértelműen bizonyítja, hogy a cselekmény megítélése politikai indíttatású volt, és az elszenvedett szabadságmegvonást a felperes politikai okok miatt szenvedte el.*

*A Kpt. 3. §-a (1) bekezdésének d) pontja szerint kárpótlás jár a **személyes szabadságot** súlyosan korlátozó sérelmekért, ha szovjet szervek által történő kényszermunkára hurcolás, továbbá a szovjet bíróság **politikai indíttatású** ítélete vagy más szovjet hatóság intézkedése alapján végrehajtott szabadságelvonásra hivatkozva kéri a kárpótlás megállapítását a sérelmeket elszenvedett."*¹⁹

A Legfelsőbb Bíróság egy másik kárpótlási határozatában - az államigazgatási eljárás során fellépő - diszkrimináció tilalmát hangsúlyozza:

*"A törvény 2. §-ának (5) bekezdése alapján az államigazgatási eljárásban mind a magyar, mind a külföldi ügyfelek a **törvény előtt teljes egyenlőséget** élveznek, és ügyeiket minden **megkülönböztetés és részrehajlás nélkül** kell elintézni.*

A rendelkezésre álló adatok alapján megállapítható, hogy az alperes ugyanezen kitelepítésre figyelemmel más személyek részére kárpótlást állapított meg, míg a felperes kérelmét elutasította. Az alperes eljárása tehát - anélkül, hogy

¹⁸ BH. - 396. Nem járhat el a per másodfokú elintézése során az a megyei bíróság, amelynek vezetője a peres féllel, illetőleg képviselőjével hozzátartozói kapcsolatban van... (1999.)

¹⁹ BH. - 254. A szovjet bíróság által tiltott határátlépés miatt történt elítélés politikai indíttatású szabadságelvonásnak minősül (1998.)

*az eltérés okát feltárná és indokolná - az **ügyfélegyenlőség elvét** sérti, azaz a döntés jogszabálysértő.*"²⁰

A Legfelsőbb Bíróság egyesülési joggal kapcsolatos határozatában kifejti, hogy - mindenkinek joga van demokratikus, önkormányzati elven alapuló egyesületet létrehozni, működtetni. Ezt a gondolatot elsősorban az Alkotmányra, illetve az Etv.-re hivatkozva részletezi.

*"Az egyesülési jogról szóló 1989. évi II. törvény (továbbiakban: Etv.) 1. §-a értelmében az **egyesülési jog** mindenkit megillető **alapvető emberi szabadság-jog**, amelyet a Magyar Köztársaság elismer, és biztosítja annak zavartalan gyakorlását. Az egyesülési jog alapján mindenkinek joga van arra, hogy másokkal szervezeteket, illetőleg közösségeket hozzon létre, vagy azok tevékenységében részt vegyen.*

Az Etv. 3. §-ának (1) bekezdése szerint a társadalmi szervezet olyan önkéntesen létrehozott, önkormányzattal rendelkező szervezet, amely az alapszabályban meghatározott célra alakul, nyilvántartott tagsággal rendelkezik, és céljának elérésére szervezi tagjai tevékenységét.

*Az Etv. 6. §-ának (1) bekezdése alapján a társadalmi szervezet alapszabálya az abban meghatározott célkitűzéseknek megfelelően biztosítja a szervezet **demokratikus, önkormányzati elven** alapuló működését, elősegíti a tagok jogainak és kötelességeinek érvényesülését.*"²¹

A lelkiismereti és vallásszabadság, mint alapvető emberi jog - a '99. évi 480. bírósági határozat középpontjában áll:

*"A lelkiismereti és vallásszabadságról, valamint az egyházakról szóló 1990. évi IV. törvény 1. §-a szerint a **lelkiismereti és vallásszabadság** mindenkit megillető **alapvető emberi szabadságjog**, amelynek zavartalan gyakorlását a Magyar Köztársaság biztosítja. E lelkiismereti és vallásszabadság magában foglalja a vallás vagy más lelkiismereti meggyőződés szabad megválasztását vagy elfogadását és azt a szabadságot, hogy vallását és meggyőződését mindenki vallásos cselekmények, szertartások végzése útján vagy egyéb módon - akár egyénileg, akár másokkal együttesen - nyilvánosan vagy magánkörben kinyilváníthassa, gyakorolhassa vagy taníthassa.*"²²

²⁰ BH. - 367. Az ügyfélegyenlőség elvét sérti, ha a hatóság több ügyfél esetén - azonos jogszabály és tényállás mellett - más-más döntést hoz (1998.)

²¹ BH. - 366. A társadalmi szervezet (párt) alapszabályába foglalt rendelkezés megsértése törvénysértésnek minősül (366.)

²² BH. - 480. A közérdekű cél meghatározása a vallásos meggyőződéshez kapcsolható (1999.)

A jogértelmezés tizedik eszköze - a **jog mögötti etikai értékek** fényében való értelmezés. Leginkább kárpótlási ügyekben jellemző. A vizsgált időszak közigazgatási határozatainak 19,8 %-ánál megtalálható. Egyértelműen növekvő tendenciát mutat az etikai alapú mérlegelés jelenléte. Míg '97-ben a határozatok 11,7 %-ában, '98-ban 15,2 %-ában, '99-ben 31 %-ában érezhető hatása.

Kárpótlási ügyeknél kiterjesztően értelmeztem e jogértelmezési eszköz jelenlétét. Nem minden esetben a konkrét etikai hivatkozás alapján, hanem sok esetben a mögöttes mérlegelés révén soroltam be a határozatokat. Egyértelműen látható azonban jelenléte a következő két idézett határozatban:

"Az alperesi határozat jogszerűségének, a felperes térítési kötelezettségének alapjául szolgáló, a társadalombiztosításról szóló 1975. évi II. törvény 106. §-ának (2) bekezdésében foglaltak szerint a jogalap nélkül felvett társadalombiztosítási ellátást attól lehet visszakövetelni, akinek az ellátás felvétele felróható.....

*Felperesi **felróhatóság hiányában** ezért a másodfokú bíróság az 1991. június 3-tól 1992. március 31-ig terjedő időszakra helytállóan mentesítette a felperest a visszatérítési kötelezettség alól....."²³*

E határozat a felróhatóság fogalmát használja, melynek meglétét a független bírói fórum mérlegeli. Így tehát a bíróságon múlik, hogy a feltárt tényállásból a felróhatóság meglétére következtet-e. Mint látható, konkrét esetünkben - a kérdéses időszakban - nem találta helytállónak a felróhatóságot bizonyító érveket.

Szintén az etikai jellegű értékelés jelenik meg a '99. évi 589. határozat szövegében:

*"A Pp. 106. §-ának (1) bekezdése szerint, ha a fél valamely határnapon hibáján kívül nem jelent meg, vagy határidőt hibáján kívül mulasztott el, a **mulasztás következményei igazolással orvosolhatók**. A felperes az 5. számú végzés kézhezvételét követően mind fellebbezéssel, mind igazolási kérelemmel élt. Egyrészt igazolási kérelemmel arra vonatkozóan, hogy kórházi kezelése miatt a végzés ellen a fellebbezését határidőben nem tudta benyújtani, másrészt mulasztását a tárgyalásról történt távolmaradását azzal igazolta, hogy 1996. június 2-án feladott beadványában kérte betegségére való hivatkozással a tárgyalás távollétében történő megtartását.*

²³ BH. - 534. Félreérthető tájékoztatás a jogalap nélkül felvett gyermekgondozási segély visszatérítéséhez szükséges felróhatóságot kizárhatja (1999.)

*A Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint, tekintettel a felperes életkorára, egészségi állapotára, külföldi lakhelyére, a felperes által az igazolási kérelemben előadottak a mulasztás vétlenségének igazolására alkalmasak, és így a Pp. 107. §-ának (1) és (2) bekezdése alapján az igazolási kérelem megalapozott. A mulasztás igazolásának elutasítására csak azon indok alapján nem kerülhet sor, hogy a felperes a tárgyalás távollétében való megtartására vonatkozó beadványa postai feladóvevényét bírósági felhívásra nem csatolta. Az igazolási kérelmet méltányosan, a kérelemben előadottak mérlegelésével kell elbírálni."*²⁴

A Legfelsőbb Bíróság határozatában etikai alapon közelíti meg a mulasztás okait. Elfogadja a felperes életkorára, egészségi állapotára, lakhelyére történő hivatkozást. Ítélete végén rögzíti, hogy a hasonló ügyeket a kérelemben foglaltak mérlegelésével - méltányosan - kell eldönteni.

Végül a jogértelmezési eszközök közül ki kell térnem a **jogszabály céljai**, illetve a **jogszabály akarata, szándéka** szerinti értelmezésre. Áttekintve a Legfelsőbb Bíróság előző három évének közigazgatási határozatait egyértelmű következtetésként levonhatom, hogy az előbbi szerepe meghatározó, míg az utóbbi csak elvétve fordul elő. Statisztikai adatok nyelvére fordítva 95,4, illetve 4,6 %-os arányt képviselnek. Előbbire jó példa a '98. év 105. számú kárpótlási határozata:

"Helyesen utal a jogerős ítélet indoklása arra, hogy a törvény értelmében a sorsolás helyéről és idejéről a földkiadó bizottság a felpereseket köteles lett volna írásban értesíteni, hiszen a felperesek nem a földkiadó bizottság székhelyén, hanem más településen laktak. Az értesítés megtörténtét a földkiadó bizottságnak kellett volna bizonyítania, ezt a tényt, azonban sem a közigazgatási eljárás során, sem a bírósági eljárás során nem tudta bizonyítani. Egyetért a Legfelsőbb Bíróság a jogerős ítélet indoklásában foglalt azon megállapítással is, hogy a törvény szóhasználatából egyértelműen arra kell következtetni, hogy a nem helyben lakó földkiadási igényt bejelentő részarány-tulajdonosokat kötelező írásban értesíteni, azaz az értesítés nem maradhat el. A törvény megsértése súlyos jogszabálysértésnek minősül, amely a közigazgatási

²⁴ BH. - 589. Az igazolási kérelem elbírálásának szempontjai (1999.)

*eljárás során hozott határozat érdemére is kihatott, tehát a felperesek távolmaradása a földkiadó bizottság érdemi határozatát lényegesen befolyásolta."*²⁵

A Legfelsőbb Bíróság törvény értelmére, szóhasználatára hivatkozva egyértelművé teszi, hogy a törvényszöveg, a törvény objektív célja elsődleges.

Ellentétben ezzel, a jogalkotó szubjektív akarata megjelenik a '99. évi 93. határozatnál:

*"A Legfelsőbb Bíróság Közigazgatási Kollégiumának 2. sz. állásfoglalása alapján nemcsak az elsőfokú bíróságnak, hanem a másodfokú bíróságnak is vizsgálnia kell, hogy az alapítvány céljára szolgáló vagyon rendelkezésre áll-e, hiszen a . 74/A. §-ának (2) bekezdése alapján a nyilvántartásba vétel nem tagadható meg, ha az alapító okirat az e **törvényben meghatározott fel-tételeknek** megfelel.*

*A fellebbezési eljárásban adat merült fel arra, hogy nagy valószínűséggel az alapító halálát követő hagyatéki eljárás következtében az alapítvány céljára rendelt vagyon most már elkülönítetten az alapítvány rendelkezésére áll."*²⁶

Az idézett jogesetben a jogszabályi feltétel későbbi - halasztott - bekövetkeztét elfogadja a bíróság. Erre utal, hogy a nagy valószínűséggel kifejezést használja.

V. Összegzés:

Az említett 12 jogértelmezési alap közül legelterjedtebb a hétköznapi, speciális-technikai szószerinti, illetve a jogszabály céljai szerinti értelmezés. Jellemző még a joglogikai maxi-mák, alkotmányos alapjogok és alapelvek, továbbá mögöttes etikai értékek alkalmazása.

A vizsgált három év magyar közigazgatási határozataiban kevésbé elterjedt a precedensek, valamint a jogalkotó akarata révén értelmezés. Végül szinte nincsenek is jelen az analógiák, doktrinális-jogdogmatikai eszközök a jogértelmezésben.

Érdekes összefüggés, hogy egyes ügyfajták erősebben kötődnek egy-egy értelmezési alaphoz. Így például az etikai alapú értékelés hangsúlyosan jelenik meg a kárpótlási ügyekben, míg az alkotmányjogi érvelés inkább jellemzi az alapítványi, választási határozatokat.

Irodalom:

Pokol Béla - A jogértelmezés alapjai (A szövegréteg működése)

²⁵ BH. - 105. Súlyos eljárási jogszabálysértés, ha a földkiadó bizottság a nem helyben lakó, földkiadási igényt bejelentő részarány-tulajdonosokat nem értesíti írásban a sorsolásról (1998.)

²⁶ BH. - 93. Az alapítói vagyon rendelkezésre állását vizsgálni kell, a végrendeleti juttatás ígérete nem elegendő (1999.)

- Felsőbírósági jogértelmezés Magyarországon

- A bírói precedensjog rétege

CD Jogtár - Közigazgatási döntvények

1997. évi BH.-k: 95-99, 146-151, 204-209, 250-255, 311-315,
366-370, 414-419, 455-461, 504-508, 560-563,
611-615,

1998. évi BH.-k: 57-60, 103-109, 152-154, 201-205, 252-255,
306-311, 362-367, 402-406, 458-463, 513-515,
562-563, 616-622,

1999. évi BH.-k: 45-50, 90-94, 141-144, 187-192, 391-394,
429-432, 480-485, 533-537, 581-589,

Pokol Béla

Posner gazdasági jogelmélete

A gazdasági jogelmélet már a '80-as évek közepétől ismertté vált Magyarországon, mivel 1984-ben egy válogatást állítottak össze és fordítottak le az irányzat munkáiból (lásd Harmathy/Sajó 1984). A kötetet azonban a legnagyobb mértékben recipiálatlanul hagyta a magyar elméleti jogi gondolkodás. Magam is szinte csak kötelességszerűen foglalkoztam vele egy rövid tanulmányban, hogy a joghallgatók halljanak valamit tanulmányaik során erről a jogelméleti irányzatról is (Pokol 1994). Időközben azonban ez az irányzat az Egyesült Államokban az egyetemi jogászi berkeken túl a gyakorlati jogi életben is az egyik - talán a leginkább - uralkodó jogfelfogássá vált, ugyanígy a fejlett világ sok országában befolyásos jogelméletként jelent meg, és itthon is kezd érdeklődés mutatkozni a gazdasági jogelmélet által kínált lehetőségek iránt (lásd Vékás 1998). Mindezek megkövetelik a hazai jogelméleti gondolkodástól is, hogy mélyebben gondoljuk végig ezt a jogfelfogást. Ebben a tanulmányban a gazdasági jogfelfogás fő alakjának, Richard Posnernek az elméletével foglalkozom, de a későbbiekben még részletesebb tanulmányokban kívánom körbejárni a gazdasági jogfelfogás büntetőjogi, magánjogi, perjogi, munkajogi, alkotmányjogi megoldási javaslatait is.

Bevezetés

Richard A. Posner 1963-ban fejezte be jogi tanulmányait a Harvardon, de 1972-ben írt könyve a jog gazdasági szemléletű elemzéséről már nagyon hamar ismertté tette a nevét az Egyesült Államokon kívül is. A gazdasági szemléletű jogfelfogás, melynek háttér-társadalomelméleti alapjai a társadalom minél szélesebb piac általi szervezésére irányulnak, a '70-es évek végétől a politikai légkör eltolódásából is profitált. Az állami beavatkozás növekedésének több évtizedes folyamatainak leállítását majd csökkentését és az állami társadalomszervezés helyett a piac szervező erejét célul tűző politikai erők kormányra kerülése - Angliában Thatcher, az Egyesült Államokban Reagan

adminisztrációja - növelte a jog gazdasági szemléletének lehetőségeit, és e szemlélet híveinek karrier-lehetőségeit. Kutatási pályázatok, egyetemi vezető professzori kinevezések, szövetségi vezető bírói pozíciókba kerülés és egy sor hasonló támogatás révén a jog gazdasági megközelítése a '80-as évekre az amerikai jogi karokon és a bírói szférában az egyik domináló jogfelfogássá vált. Posner maga is szövetségi bírói kinevezést nyert, de e mellett példátlan termékenységgel ontotta és ontja tanulmányainak és köteteinek tömegét. Ennek során egyre inkább tágult szemszöge, és a jogelmélet és a modern társadalomélet történeti eredményeit és mai továbbfejlesztéseit elemezve, a mai jogelméleti szerzők közül talán a legrészletesebben végiggondolt jogkonceptiót hozta létre. Ennek legteljesebb összefoglalását az 1990-ben kiadott "The Problems of Jurisprudence" ("A jogelmélet problémái") c. könyve tartalmazza, így ezt vesszük alapul koncepciójának elemzésénél. Jogelméletének egyik fontos vonása a jog átmoralizálásával való szembenállás, amit legtisztábban az 1998-as "The Problematics of Moral and Legal Theory" ("A morálfilozófia és a jogelmélet problematikája") c. vaskos tanulmányában fejtett ki. Mivel a mai amerikai jogelméletben a morálfilozófiai jogelmélet az egyik legbefolyásosabb irányzatot jelenti - és az egyetemi jogászörökben Magyarországon is vannak hívei ennek a jogfelfogásnak - a tanulmány második részében erre térek ki. A harmadik részben Posner jogelméletének társadalomelméleti előfeltevéseit elemzem, melyek érthetőbbé teszik e jogfelfogás jellegzetességeit. És végül külön részben ezután Posner bírói szerepjátszásának értékelése következik, hiszen napi ítélkezési tevékenysége a legkonkrétabb szinten mutatja meg jogfelfogását. (Posner 1981-től a szövetségi Seventh Circuit Court of Appeals bírója Chicagóban, majd 1993-ban e fellebbezési bíróság főbírójává nevezték ki.) Az értékeléshez az anyagot többek között a chicagói Council of Lawyers (Ügyvédi Tanács) által a bírói értékelések sorozatában Posnerről kiadott elemzés adja, amely az interneten elérhető: <http://www.chicagocouncil.org/federal.htm>.

A juriszprudencia problémái

Posner a jogelmélet tíz alapvető problémáját sorolja fel, melyekkel majd félezer oldalas könyvében foglalkozni kíván, és ezek kiterjednek a jog önállóságának (vagy ezzel szemben politikával, morális értékeléssel, gazdasági megfontolásokkal való közvetlen összefonódásának) kérdésére; a bírói ítélet objektivitásának - azaz törvényszöveg és precedens általi meghatározottságának - lehetőségére (vagy ezzel szemben szubjektív - hatalmi, politikai, személyi etc. - szempontok ítélkezésbe beleszövőződésének elkerülhetetlenségére); a jogi igazságosság kiegyenlítő, megtorló, vagy disztributív igazságosság szempontjai szerinti szerveződésére; a bírói szerep lehetőségeire, a bírói mérlegelés

ítélkezésben megfigyelhető terjedelmére; a jog forrásaira; a szokások és tradíciók jogban betöltött szerepére; a jogértelmezés módszereire és végül a jog alkotásában és bírói alkalmazásában illetve nem utolsósorban a jogászképzésben a társadalomtudományi eredmények bevonásának lehetőségeire. Posner nem kevés energiát fordít arra is, hogy a fenti kérdésekre az amerikai jogelméleti irányzatok válaszait is elemezze, így könyve saját elméletének kibontása mellett mint az amerikai jogelmélet történetének és mai irányzatainak elemzése számára íródott monográfia is hasznos szerepet tölt be.

(Az autonóm jog ellen) Központi tézise a **jog autonóm logikájának tagadására irányul**, és minden korábbi elemzés és jogelméleti irányzat, amely ezt állítja, felhasználásra kerül igazának alátámasztására. Így bár nem vallja magát a jogi realisták utódának - inkább a jogi realisták nézeteit előkészítő Oliver Wendell Holmes nézeteihez kíván csatlakozni - de bőven merít a jogi realisták érveiből az autonóm jogi logika mítosza ellen. A törvények és a precedensek menthetetlenül nyitottan hagyják egy sor esetben a bírák számára az eset eldöntését, és ekkor belépnek a bírák személyes politikai motivációi, morális értékelései, világnézeti szempontjai.

E fő tézise mellett többször felbukkan elemzéseiben, hogy egy fontos előfeltétel megléte esetén lehetőség nyílik a zsinórmértékszerű jogszolgáltatásra: mégpedig akkor, ha a jogászság, ezen belül első sorban a bírói kar társadalmilag és - ebből következően politikailag - homogén. Ekkor az alapul fekvő morális értékek és társadalompolitikai célok szempontjából vita nélküliek maradnak a jogi szövegek alatti alapkérdések, és így a zsinórmértékszerű jogszolgáltatás többé-kevésbé megvalósulhat. "Nehéz kérdések" akkor vannak, ha a bírói kar és a jogászság markánsan eltérő társadalmi rétegek értékeit és céljait szocializált belső csoportokra bomlik, és ezek szembenállása vitássá teszi a jogi szövegek alatt fekvő kérdéseket. Az amerikai jogászságban és a bírói karban az 1950-es évektől gyorsult fel a korábbi belső társadalmi és politikai egység szétesése, és így utópiává vált a törvények és precedensek előírásai alapján történő előre kiszámítható jogszolgáltatás. És ezzel a jog autonóm - politikai, morális, személyi és más ad hoc szempontoktól független - működése lehetetlenné vált.

Posnernek ezt a "nem hivatalos" jogelméletét szem elé kapva láthatjuk, hogy míg az Egyesült Államok mai jogelméleti irányzatainak nagy többsége valamilyen indokkal kinyitni kívánja a jogot, és összefonni ezt a politikával és valamilyen más társadalmi szférával, addig az európai országokban a jog autonómiáját valló jogelméletek nagyobb dominanciát érnek el az egyetemi és a gyakorlati jogi életben. És Posner figyelem-felhívása arra is érzékennyé teszi az elemzőt, hogy az európai országokban a jogászság belső átpolitizálódása messze alatta marad ma még az amerikai jogéletben megfigyelhető foktól. Vagyis Posner elmélete alapján Európában a jog autonómiája, önálló logikájának

működése nem tagadható oly mértékben mint a mai Egyesült Államok átpolitizált jogászságának helyzetében. Ezt Posner az angliai állapotok vonatkozásában maga is jelzi: "The English judiciary is more homogeneous than ours, enabling greater agreement on premises and hence greater reliance on genuinely syllogistic legal reasoning" (Posner 1990:26). E disztinkció szem előtt tartásával mondhatjuk, hogy Posner elmélete alapvetően a mai amerikai jog elmélete, és más jogrendszerek megítélése felé az előbb jelzett előfeltételek leellenőrzésével párhuzamosan vihető át. Következik még ebből az is, hogy egy sor jogfejlődési tendencia, melyek az utóbbi években az Egyesült Államokból kerülnek át egyes európai országokba, köztük hozzánk Magyarországra is - pl. a bírói jogszolgáltatás alkotmánybíráskodással és alkotmányos alapjogokkal, alapelvekkel összefonására irányuló törekvések, és a jogászi, bírói körökben a közvetlen politikai-morális értékelések felerősödése - Posner elemzései alapján (mintegy a "bejárt út végéről") új fényt kaphatnak.

A mai helyzetben - az amerikai jogászság és a bírói kar belső társadalmi-politikai csoportokra bomlásának és ezek harcainak fényében - Posner nem látja lehetőséget a formális jogszolgáltatást, és abban nincs vitája a mai amerikai jogelmélet másik két fő irányzatával - a morálfilozófiai jogelmélettel és a kritikai jogi tanulmányok irányzatával -, hogy ebbe az irányba ma már nincs kiút. **Ezért az utóbbi években az amerikai gyakorlati jogi életben erősödő neotradicionalisták formális és depolitizált jogszolgáltatás felé törekvését éppúgy elveti, mint a többi irányzat hívei.** Am a jog teljes átpolitizálást valló kritikai jogelmélet nézeteit is túlzottnak tartja, mivel az esetek tömegében - az "egyszerű esetekben" - azért lehetőséget látja az amerikai jogászság mai belső politikai harcai mellett is a depolitizált bírói döntést. A formális jog CLS (Critical Legal Studies) általi teljes elvetése és a neotradicionalisták teljes formális jog követelése között így Posner jogelmélete mint közvetítő pozíció jelenik meg. Igaz, más szempontból pedig a neotradicionalisták - Charles Fried, Ernest Weinrieb, Antony Kronman, Alexander Bickel, Robert Teachout etc. - állítják magukról a közvetítő közép szerepét, mert a CLS kemény, sokszor marxista-leninista baloldaliságának és Posner radikális piacpártiságának - ami az Egyesült Államokban a konzervatív jobboldaliság egyik fő irányát jelenti - pólusaihoz képest a politikailag neutrális formális jog követelése valóban közép pozíciót is jelent.

Ugyanilyen ambivalens Posner közössége a formális jog elvetésében Dworkin morálfilozófiai jogelméletével is. Abban egyetért vele, hogy a mai amerikai jogszolgáltatásban tényszerűen jelen vannak a bírák közvetlen morális szempontjai, de azt a fajta teljes összefonást, amit Dworkin és követői kívánnak a bírói ítélezésben a jog és a morális igazságra törekvés között, lehetetlennek tartja. Fő ok erre az, hogy a bírák és a jogászság belső csoportjainak morális értékelései polárisan szemben állnak ma már azért, hogy a feketék és a

sokszínű amerikai társadalom minden más részéből rekrutálódik a jogászság az utóbbi évtizedekben, a különböző politikai ideológiák mentén kialakított jogkonceptiókon (feminista, marxista, balliberális republikanizmus etc.) felnevelődve, és így az egyes bíró közvetlen morális értékítéletével szemben más bírák és a jog más befolyásos szereplőinek morális ítélete áll. A jog átmoralizálása tehát nem megoldás, aki erre törekszik az letakarja a társadalom morális széttöredezését. De e mellett egy sor további problémát lát Posner a jog átmoralizálásban. Például ennek következménye az, hogy a morális érvekre átállt ügyvéd számára a szembenálló fél nem egyszerűen egy más - jogilag lehetséges - álláspontot véd, hanem a morális Jóval szemben a Rossz pártfogója. És ugyanígy az ilyen szerepet magára vállaló bíró is a jogi vitát mélyebb, morális szintre tolja át, és ezzel elmérgesíti a mindennapi jogi élet vitáit (Posner 1990:232). Egy másik oldalról úgy is bírálni lehet a dworkinisták átmoralizált jogfelfogását, hogy ezzel sokszor partikuláris politikai szempontok morálisnak álcázását hajtják végre. Első lépésben a morális érvek ruhájába öltözteti az egyik fél politikai szempontjait és érdekeit, majd a második lépésben úgy állítja be az ezzel szemben álló politikai érdeket és véleményt, mint "a" morállal szembenálló Rosszat (i.m. 237.). Összességében pedig ez arra fut ki - ha sikerül a jogot nagyobb mértékben átmoralizálni és ezzel átpolitizálni - hogy maga a jogállam, maga a jog válik semmissé: "The irony of Dworkin's project is that the more broadly law is defined, the less rather than the more secure the "rule of law" becomes. Law loses distinctness - merging first with moral, and then, when it is recognized that society is morally diverse, with politics and hence no-law. If law includes a broad swatch of political principles, then judges can do politics and say with a good conscience that they are doing law. "Right" and "wrong" become epithets bestowed on the legal analyst's political friends and enemies" (Posner 1990:26-27).

Mindamellet a jog morálra alapozásának népszerűségét bizonyos fokig Posner is kihasználja a jog gazdasági szemléletének elfogadtatására. A jog gazdasági megközelítésének alapja az, hogy a jog funkcióját a társadalom jóléte maximalizálásának biztosításában látja. Ez azt jelenti, hogy - mind a jogi rendelkezés megalkotásában, mind a már létező rendelkezés eseti alkalmazásában - a fő szempont nem az egyes ember jogának minden áron való érvényesítése, hanem a konfliktusban szembenálló felek valamelyikének győzelme és a másik peresztése esetén **mindkét fél költség-haszon egyenlegének és ennek össztársadalmi költségvonzatának** szem előtt tartása. E mérlegelés után pedig abba az irányba kell dönteni, amely a legkisebb össztársadalmi költségvonzattal jár, mivel ez szolgálja az össztársadalom jólétének maximalizálását.

Posner ezután első lépésben abból indul ki, hogy **hogyan a jólét-maximalizáció az átfogó igazságosságnak a közgazdasági nyelven való kifejezése**, így a jog

gazdasági megközelítése és a pusztán "jogos-jogtalan" kalkuláció helyett az össztársadalmi jóléti maximalizáció behozatala bizonyos szempontból a morálra ülteti rá a jogot. Második lépésben Posner kimutatja, hogy a common law évszázados hagyományai minden elméleti reflexió nélkül is spontán módon közel álltak a precedensek alkotásánál és az egyes ügyek eldöntésénél a költség-haszon egyenleg össztársadalmi kihatásának figyelembe vételéhez. Erre a könyv többször idézett példája Learned Hand bíró híres formulája, aki a szövetségi Legfelsőbb Bíróság bírójaként 1947-ben aszerint látta eldönthetőnek az eléjük terjesztett kártérítési ügyet, hogy mennyibe került volna az alperesnek a kár megelőzése, illetve milyen valószínűsége volt a kárt okozó esemény bekövetkezésének, és csak akkor látta megítélhetőnek a kártérítést, ha a káresemény megelőzésére fordított összeg és a kár bekövetkezésének valószínűségét kifejező százalékarány szorzata kisebb mint az okozott kár, míg ha ez nagyobb lenne, mint a ténylegesen okozott kár, akkor mentesül a kártérítés megfizetése alól az alperes. Össztársadalmilag ugyanis éppúgy számba jön a kár elhárításának költsége, mint az okozott kár, és ha többbe kerül az elhárítás, mint a tényleges kár, akkor az össztársadalom szintjén veszteség lenne, ha rákényszerítenék az embereket a kártérítési perekben hozott ítéletekkel, hogy még ilyen esetekben is törekedjenek megelőzni a kárt.

A Learned Hand-formula Posner számára a common law-ban benne rejlő gazdasági jogkonceptió világos példáját jelenti. Ezzel az érveléssel nézőpontja idegenségét is igyekszik csökkenteni a jogászok számára, hisz a hagyományosan a jogos-jogtalan dimenzióban gondolkodó jogászság előtt radikális változtatásnak tűnik a gazdaság logikájának jogba bevitele. Így Posner inkább a "tényleges" common law egyoldalú tematizálásának minősíti a hagyományos jogos-jogtalan gondolkodást, és a jog gazdasági elméletét a common law belsejéből kiszabadításként igyekszik bemutatni.

(A jog konzekvencialista értelmezése) A jog össztársadalmi jólét dimenziójába helyezése és a jog funkciójának ennek maximalizálásában megadása egy sor következménnyel jár az egyes jogi témák megítélésében. Egy ilyen következményt jelent **a törvények és a precedensek értelmezésében való állásfoglalás**. Addig ugyan elismeri Posner a jogi rendelkezések és a benne rejlő jogdogmatikai kategóriák fényében való objektív értelmezés lehetőségét, amíg a jogásztársadalom társadalmilag-politikailag egységes, ám amilyen fokban ez megszűnik, olyan fokban válik egyre több jogi kérdés "nehéz kérdéssé", és ekkor az eltérő csoportok morális és társadalompolitikai álláspontjai egymással szembenálló és egyenrangú ítéleteket produkálnak. A megoldás ekkor már csak az lehet, ha az ítéletek következményein orientálódik a bíró, és az ítéleti-verzióit mindig az össztársadalmi jólét maximalizálása szempontjából ellenőrzi le, és azt mondja ki végül ítéletként, amely ebből a szempontból a legoptimálisabb.

Posner gazdasági jogelméletéből tehát a konzekvencialista jogértelmezés következik.

(A jog társadalomtudományosítása) Egy másik következményt jelent a jog jólét-maximalizálási funkciójából való kiindulás a jognak a tudományokra, - és lévén a jog a társadalom szabályozója - első sorban társadalomtudományokra alapozásának követelése Posner elméletében. A jog "társadalomtudományosítása" vagy ennek elvetése a legszorosabb összefüggésben áll a jog autonómiájának vagy ezzel szemben az ösztársadalmi irányítás eszközeként felfogásával. Pl. Németországban Niklas Luhmann a jog zárt társadalmi alrendszerként felfogásával évtizedes vitákat folytatott az instrumentalista jogfelfogások híveinek "társadalomtudományosított" jogfelfogásával (lásd Luhmann 1981). Az amerikai instrumentális jogelmélet legtisztább alakja a jog "társadalmi mérnökösködésének" eszméje volt a XX. század első évtizedeiben, melyet Posner egyik példaképe Holmes is vallott, de a társadalomtudományok jogba bevitelét a jogi realizmus és az 1950-es években a "policy jurisprudence" (társadalompolitikai jogelmélet) is a középpontba emelte (lásd Grey 1996). Posner már a jogászképzésben középponti szerepet kíván juttatni a társadalomtudományok, első sorban persze a közgazdaság, a statisztika, de a szociológia és a politológia eredményeinek is. A bonyolult társadalmi következmények felmérése, melyek egy-egy jogi rendelkezésből, egy-egy precedensből erednek, csak széleskörű tudományos ismeretek elsajátítása révén lehetséges - mondja. E nélkül csak a bornírt-önlégtült jogász döntése lesz a bírói ítélet, és hályogkovács módjára dönthet csak a bíró, hisz nem képes átlátni a döntésével kiváltott társadalmi következményeket.

Hadd jelezzem, hogy aki - mint Luhmann is - a jog autonómiájából indul ki, az a jogba a társadalomtudományos ismereteket **a jogi konstrukciókba való előzetes jogtudósi beépítéssel látja bevihetőnek**, és az egyes bíró, amikor a jogi konstrukciók belső összefüggései szerint dönt, akkor ennek tudatos átlátása nélkül is "társadalomadekvát" módon dönt. A társadalom ugyanis olyan bonyolult, hogy a konkrét szituációkba bekötött bíró úgy sem képes átlátni az ösztársadalmi összefüggéseket, még kis munkateher mellett sem. Pedig neki az esetek tömegét kell rövid felkészüléssel kemény napi döntési munkával elintézni. Csak a specializált jogtudós szintjén követelhető meg, hogy a társadalom szűk parcelláját, melyet érintenek az általa kezelt jogi rendelkezések, a társadalomtudományos és társadalomstatisztikai adatok fényében is figyelje, és tudja ezek eredményét is beledolgozni az általa kialakított jogi konstrukciókba. A jog autonómiáját és a társadalommal csak egységes egészként érintkező alrendszer jellegét tagadó álláspontból azonban következik az egyes bíró és minden egyes jogász nagyon erős társadalomtudományos képzésben részesítése, ahogy azt Posner követeli.

(Az "érdekcsoport"-parlament leértékelése) Megvilágító erővel bír Posner jogfelfogásának hangsúlyaira az is, ahogyan a parlamenti törvényhozást szemléli. Számára a törvényhozás nem a közjóra tekintő döntési mechanizmust jelenti, ahol a milliók választása útján bekerülő képviselők kompromisszumaiból végső soron a közjóra irányuló törvények születnek, hanem az érdekcsoportok küzdelmeinek szerepét emeli ki. A törvény így nem más, mint az elfogadásakor aktuális erőviszonyok szerinti legerősebb érdekcsoport álláspontjainak megtestesítője : "indeed, a statute may reflect nothing more exalted than the political muscle of an interest group that was able to obtain a legislative redistribution of wealth from a less well organized group" (Posner 1990:272). Enyhén szólva is egy "szkeptikus demokrata" Posner, és ebből az alapállásból túlzottan nagy törvénytisztelet nem várható. A jog feletti meghatározásért a törvényhozás és a bíróságok között folyó évszázados harcokban azonban Posner nem áll teljesen a bíróságok oldalára sem, mert az ottani problémákat is tisztán látja. Ebből következik a bírák törvényhez kötésének egy középerős fokozata melletti kiállása elméletében, amit a törvényeket "civilizáló értelmezésnek nevez". Ez azt jelenti, hogy a bírónak mindig meg kell kísérelni a törvényhozó szövegéből származó értelem alapján a döntést, de a partikuláris érdekcsoport-szemponatok túl erős felhangjait igyekezni kell eltüntetni értelmezésével. A törvényhez kötés középerős fokozata mellett tehát egy nem túl erős, de bizonyos fokú aktivizmust megenged a bíró számára Posner jogfelfogása, ez azonban nem a dworkinisták morális aktivizmusa, hanem a gazdasági szempont jogértelmezésbe bevitelét jelenti.

Az értelmezési szabadságnak ez a megalapozása lehetővé teszi Posner számára a jogértelmezésben a gazdasági (költség-haszon) szempontú elemzés propagálását, amely folyamatosan felbukkan könyvében. Azt is lehet mondani elmúlt évtizedekben kifejtett jogelméleti elemzéseiről, hogy szinte mindegyik elemzése mögött felsejlik valamilyen fokban a jog gazdasági elemzése előtt a terep egyengetésének szándéka, és a jog ebbe az irányba fejlesztésének szabadabb tétéle.

(A tudati elemek kiszorítása a jogból) Ebbe az irányba mutat a tudati állapotok értékelését tartalmazó jogi konstrukciók szerepének csökkentése is Posner elemzései között. A polgári jogi kártérítési felelősségi formák között a vétkesség szerepének csökkentése ebben éppúgy benne van, mint a büntetőjogban a bűnösség kategóriájának tudati mozzanatait háttérbe szorítani törekvő elemzések. Maga a választott elméleti megközelítés, a **behaviorizmus is a külső cselekvést helyezi előtérbe Posner jogelméletében**, amely a cselekvésekben meglévő mentális, tudati komponensektől deklaráltan eltekinteni törekszik. A jog a világ számára külsőleg megjelenő cselekvéssel foglalkozik, és a cselekvéseket külső megjelenési jegyeik alapján értékeli. Megértéssel idézi Holmes XIX. század végén írt elemzését, miszerint a jog fejlődése a mentális-

tudati mozzanatok eltűnését hozza, és e helyett a tudományos előrelátás a cselekvéseket és ezek alapján az embereket külső jegyek szerint egyre inkább kiszámíthatóbbá teszi, és a jog ezek alapján lép fel. "Oliver Wendell Holmes believed...that the role of mental states in law diminishes as law becomes more sophisticated, reflecting the progress of scientific knowledge;...Holmes argued that as law matures, liability - even criminal liability - becomes progressively more "external", that is, more a matter of conduct than of intent" (Posner 1990:169). Posner persze jelzi, hogy ez sok szempontból nem következett be, sőt néhány jogi konstrukció szempontjából még fokozódott is a mentális állapotok szerinti értékelés, de ez jórészt a jogélet és a jogtudomány nyelvhasználatának és gondolkodási sémáinak konzervativizmusából fakad szerinte: "The persistence of mentalist language in law may bespeak the cultural conservatism of the legal enterprise". (id. mű 176.). Egy sor jelenséget külső - tudati állapottól független értékeléssel - is ki lehet fejezni - mondja Posner - és pl. egy előre kitervelt és egy hirtelen felindulásban elkövetett emberölés megkülönböztetése és az előbbi súlyosabban büntetése úgy is megalapozható, hogy az előre kiterveltség nagyobb valószínűséggel sikeres lesz, mint a hirtelen felindulásban elkövetett emberölés, ezért az objektíve nagyobb társadalmi veszélyessége miatt kell így büntetni. "The "cold and calculating" killer is not punished severely than the impulsive killer because his will was freer....but the criminal who plans his crime in advance is in average more dangerous than the impulsive criminal because more likely to do harm and more difficult to apprehend, and dangerousness is a reason for punishing one criminal more severely than another" (id. mű 177.).

A külsővé átalakított cselekvési következmények értékelése aztán szabad utat ad a következmények költség-haszon nyelvén való lemérésére a legkülönbözőbb jogágak területén, és ezzel a jog gazdasági kalkulációk szerinti továbbfejlesztése szabaddá válik. Ennek megfelelően az elmúlt években az empirikus statisztikai munkák tömegét hajtották végre a gazdasági jogelemzők táborának hívei a polgári jogon túl is, ahonnan az irányzat kiindult, a büntető jogban, a munkajogban, az alkotmányjogban és szinte minden más jogterületen.

Posner a jog átmoralizálása ellen

Posner - saját gazdasági jogelméletén túl - szembenáll a mai amerikai jogelmélet minden lényegesebb irányzatával, így a jogi szöveghez tapadó neo-traditionalistákkal, a kritikai jogi tanulmányok irányzatával, a feminista jogelmélettel, de kritikájának fő célpontját visszatérően Dworkin és a

morálfilozófiai jogelmélet jelenti. Ezt a kritikáját legteljesebben a már jelzett 1998-as tanulmánya bontja ki, így nézzük most meg ennek főbb megállapításait.

A jog átmoralizálását Posner nem általános jelenségként észleli, hanem csak az utóbbi negyven év amerikai jogfejlődésében. Az 1950-es évek közepétől indulóan az Earl Warren főbíró által "magával ragadott" szövetségi Legfelsőbb Bíróság az Egyesült Államokban bő másfél évtized alatt döntő módon átalakította a korábbi formálistább jogszolgáltatást. Az alkotmányos alapjogok nagyon széles igénybevételével és ezek morálfilozófiai érvekre ültetésével lépésről-lépésre megváltozott a szövetségi bíróságok kiszámítható jogszolgáltatása. E fejleménnyel párhuzamosan, illetve ezt követően az amerikai jogi karokon is kialakult és teret nyert a morálfilozófiai jogelmélet irányzata, és ez még tovább is radikalizálta a Warren-bíróság által a jog átmoralizálása felé tett lépéseket. Ezzel szemben Angliában és az európai kontinensen ez a radikális változás nem ment végbe, kivéve itt - Posner szerint - az új, közép-európai alkotmánybíróságokat: "Law in England is an autonomous discipline....Sometimes English judges have to make policy choices, but so rarely what when they have do so they have a feeling that they're 'stepping outside' the law. It is different in the United States, as in the constitutional courts of Central Europe, but my focus will be on the United States" (Posner 1998:1693). A közép-európai alkotmánybíróságok együttes kiemeléséhez európai gyakorlatból és ezeknek az amerikai átmoralizált joggal azonosításához persze meg kell jegyezni, hogy Posner e téren a magyar tapasztalatokból általánosított - 1995-ben a magyar dworkinisták hívták meg egy konferenciára (lásd Posner 1995; Kis 1995) - és vitatni lehet az általánosítás helytállóságát. A magyar alkotmánybíráskodásra mindenesetre teljes mértékben ráillik az átmoralizáltság jelzője.

Az amerikai jog részbeni átmoralizálódása ellenére Posner jelzi, hogy az amerikai bírúk sokszor a hagyományos bírói precedensek pontos mércéi szerint döntve is használnak a morális kifejezéseket - "fair", "unjust", "inequitable" stb. - de ezt nem Dworkinék általános morálfilozófiai elméletének részeiként teszik. A pontos jogi - törvényi, precedensjogi - rendelkezések alkalmazása közben használt "morális szemantika" félreértése lenne, ha ezt is a jog átmoralizálásának fognánk fel (Posner 1998:1695). A jognak az az átmoralizálása, amelyet Dworkinék támogatnak a modern társadalmakban kivihetetlen, és csak a fundamentalista iszlám államokban valósul meg. Posner - nem kis polemikus felhevüléssel - a Nyugat talibán harcosainak nevezi ezért vitapartnereit: "So Dworkin and his allies are the Taliban of the Western legal thought" (Posner 1998:1695).

A jog átmoralizálása fanatizálja a jogi per résztvevőit. A morális érvekkel küzdő ügyvéd napi peres ügyeiben nem jogi ellenfélnek, hanem a Rossznak tekinti,

kell, hogy tekintse a szembenálló peres felet; a bíró a napi rutinügyek helyett a Jó és a Rossz közötti döntésként kénytelen így megélni mindennapi tevékenységét. Ám e felfokozott döntési tevékenységhez nem tud találni sem az ügyvéd, sem a bíró tényleg megbízható, specifikált döntési támpontokat. A morális érvek absztraktsága és tetszőleges rendbe állításuk ugyanis több lehetséges döntést lehetővé tesz. A jog átmoralizálása tehát egyrészt a peres felek ügyvédeknek és a bírónak a fanatizálása felé ösztönöz, de másrészt a felajzott jogászokat nem tudja biztos döntési támpontokkal ellátni (Posner 1998:1690).

Egy másik érv a jog átmoralizálása ellen a társadalom morális pluralitásából fakad. Ténylegesen mindenki által vallott morális parancsolatok csak a néhány "tízparancsolat"-szerű követelmények lehetnek. De ezek általánosságukban - "ne ölj!", "ne lopj!" - semmitmondók, hisz bizonyos konkrét szituációkban épp megsértésük a morális parancs. Pl. egy gyerek kimentése egy gyilkosságra készülő kezei közül akár annak megölése árán is a morális parancs. És ilyen kérdésekben ezután dönteni a bírónak nem lehetséges egyértelmű morális érvek alapján.

A morálisan plurális társadalmakban csak akkor tűnik egyértelműnek a morális alátámasztottság, ha más csoportok morális prioritásait semmisnek vesszük. Posner ennek példájára hozza fel Dworkin kritikáját egy legfelsőbb bírói - abortusz-kérdéssel kapcsolatban hozott - döntéssel szemben, mely döntés a törvényhozásra kívánta bízni az abortusz lehetőségének vagy megtiltásának vagy valamilyen korlátok közötti engedélyezésének kérdését. Dworkin a radikális abortuszpártiság talaján úgy érvelt ezzel szemben, hogy a döntés időbeli eltolásával a fiatal nők ezreinek életét teszi tönkre a bíróság, mivel magzatuk megszületésére kényszerülnek így. Posner azonban jelzi, hogy más társadalmi csoportok morális értékei felől pontosan az az időbeli eltolás pozitívuma, hogy addig is sokezer méhmagzat életének megtartása jön így létre, és egyénileg lehet valaki abortuszpárti vagy ennek ellenzője, de a morálisan plurális társadalomban nem teheti meg, hogy csak az egyiket tekintse morális értéknek (Posner 1998:1703). Az átmoralizált jog tehát annak elfogadható, akinek - versengő - morális értékeit tartalmazza ez a jog, de nem annak, akinek szembenáll vele. És hogyan lehetne akkor őt jogi engedelmességre kérni?!

Ebből következik Dworkinék pozíciójának egy másik kritikája is, ami a mindenkori (saját) politikai érvek morális ruhába öltöztetését veti fel velük szemben. A politikai álláspont ugyanis mindig egy sor oldalról védhető, pszichológiai, gazdasági, szociológiai, stb. érvekkel. Morális érvekbe burkolva - és a szembenálló csoportok morális érveit semmisnek tekintve - úgy adható elő a politikai álláspont, mint a morál elkerülhetetlen parancsa. **A jog**

átmoralizálása így sokszor a jog átpolitizálása a morál álcája alatt. Ekkor a politikai küzdelem nem formalizált választásokon összecsapó politikai táborok alakjában és a résztvevőknek egyenlő választójogot biztosítva megy végbe, hanem a társadalom szellemi elitjéhez áttolva ezt, akik aztán nem a törvényhozást, hanem a bíróságokat, különösen az össztársadalmi döntéseket meghozó alkotmánybíráskodást végző testületeket megcélozva fejtik ki morális küzdelemnek álcázott politikai küzdelmeiket.. E kritikákkal szemben Dworkint és követőit nem lehet megvédeni.

Posner elméletének társadalomelméleti premisszái

A gazdasági jogelmélet szemléletmódjának kiépítése és ennek alapján a legkülönbözőbb jogterületeken - polgári jog, közigazgatási jog, családjog, büntetőjog, perjogok stb. - konkrét megoldások kialakítása, átfogó társadalomelméleti szinten is előfeltételezi egy ennek megfelelő ember- és társadalomkép elfogadását. Ez meg is található Posner írásaiban, noha nem önállóan kifejtett tanulmányokban, hanem inkább csak az elemzései között elszórt utalások formájában. Társadalomképének első jellemzője, hogy **csak az egyes embereket tekinti létező jelenségeknek, és a kollektív (csoport, intézményi stb.) képződményeket nem létezőnek veszi.** Ennek további oldala, hogy az **egyének kollektív képződményekbe bekötöttsége, és e képződményeken belüli normatív, szolidaritási, identitásbeli meghatározók egyének felé sugárzó hatása is eltűnik szemszögéből.** Az egyén az ő világméretében magában áll a világban és hasonlóan magában álló más egyénekkal érintkezve kalkulálva dönt és cselekszik. Átfogó társadalomelméleti szinten ez a módszertani individualizmus a racionális választások elméletében és a társadalmi csere elméletében nyert különböző megfogalmazást, de Posner rendszeres elemzésben nem foglal állást ezek között. (Ezen elmélet Raymond Boudon általi kifejtéséhez lásd : Pokol 1999:234-270).

A módszertani individualizmuson nyugvó társadalom- és emberkép másik vonása Posnernél, hogy nála **minden emberi cselekvés haszonelvű, haszonmaximalizáló cselekvés.** Ehhez persze két kiegészítést kell tenni. Az egyik az, hogy a cselekvésnél felmerülő előnyök-hátrányok közötti kalkulálás jóval szélesebb, mint az anyagi jellegűek, és a legkülönbözőbb dolog, esemény, következmény előnyként vagy hátrányként számba jöhet. Pl. ha a polgári perben a vesztes félnek kell fizetni a pernyertes fél ügyvédének költségét is, akkor ez csökkenti a perbemenetel valószínűségét az eleve gyengébb jogi pozícióban levőnél, és ez a perek számának csökkenéséhez vezet (ti. a valószínű pervesztes inkább egyezkedik és fizet, mintsem hogy belemenjen egy eleve vesztes perbe, ahol még az ellenfél ügyvédét is fizetheti majd), és ezt előnyként veszi számba a gazdasági jogelmélet, míg az ellenkező megoldásnál a perek elburjánzást

hátránynak, és így mérlegel a különböző perjogi megoldások nyújtotta előnyök-hátrányok között (lásd Brautigam/Owen/Panzar 1984:173-185). A másik megjegyzés arra vonatkozik, hogy Posner elismeri a mindennapi döntésnél a félig-tudatos, rutinokkal átszőtt döntések sokaságát, ahol csak homályosan és háttér irányítóként működik az előnyök-hátrányok összevetésének állandó művelete. Mindenesetre ezzel a cselekvési képpel Posner az önző, haszonelvű embert és az ezekből felépülő társadalmakat tekinti realitásnak, és a szolidaritáson, érzelmi közösségen nyugvó cselekvéstől és az ezekből következő hatásoktól eltekint. A tényleges társadalmakat és társadalmi intézményeket pedig így csak torzítva és egyoldalúan lehet megragadni.

Társadalomképének e két jellemzőjét jól kiegészíti az, hogy **minden emberi érintkezést és tevékenységegyeztetést a versengés feltételei között látja megvalósulni**. Mindenhol, minden emberi érintkezésben csak piaci versengés van, mégha ezek terminusai, tétjei változóak is (lásd Macneil 1996:4). E teljes piaci nézőpontjánál kell említeni Posner gazdasági jogelméletének azt a sajátosságát, hogy szinte teljesen eltűnt elemzéseiből a tranzakciós költségek "nehezeke", amely a jog gazdasági elemzéseinek kiindulópontjánál, Ronald Coase elméletében fontos szerepet töltött be. A tranzakciós költség fogalma ugyanis azokat a korlátozó körülményeket hozza be a nézőpontba, amelyek megakadályozzák a piaci csere működését, és az e szerinti alternatívákra áttérést, mégha az rentábilisabb is lenne. Ezzel a kategóriával az ideális piaci csere elméleti konstrukciója mellé mindig belépett a reális társadalmi kötöttségek, feltételek - ideális piactól eltérítő - valósága. Posnernél ez tűnt el fokozatosan, és az ideális piaci csere mint a realitás ténye szerepel (lásd Macneil 1996).

Ezt az - absztrakt ideális helyzetet realitásként felfogó - álláspontját hozza létre az a jellegzetesség is Posner elméletében, hogy **az egyes konkrét jelenségekre a gazdasági jogelmélet téziseit dedukálva fejt ki, logikai módon, és nem empirikus felmérések tanulságaiból kiindulva**. A gazdasági jogelmélet ugyanis az egyes szabályok emberek cselekedeteire tett külső hatásait vizsgálja - így a jogszociológiai jogelméletek családjába sorolható - és egyes állításai így empirikus ellenőrzésnek is alávetethetők. Ezek az empirikus vizsgálatok nagy tömegben létre is jöttek az irányzat más képviselőinél, de maga Posner az absztrakt tézisek logikai-deduktív műveletével alakítja ki rendszerint állításait. Igaz óriási ítélkezési gyakorlata - kb. 1.500 bírói véleményt fogalmazott meg az 1981-es bírói kinevezése óta eltelt majd húsz esztendő alatt - bizonyos fokig pótolja az empiriát. Mindenesetre ez az absztrakt-deduktív gondolkodásmódja is nagy mértékben hozzájárulhat végletekig hajtott "önző individuumokból" álló társadalomképéhez, és ez ellenhatásként olyan irányzatok kibontakozását is ösztönözte az utóbbi években a gazdasági jogelmélet táborán belül, melyek enyhítik a "homo economicus" kizárólagosságára épülő jogi

konstrukciókat. Különösen ilyen az **intézményi gazdasági jogelmélet**, amely közgazdaságtani intézményi szemléletre épít, és itt John R. Commons 1924-es *Legal Foundation of Capitalism* c. munkájára megy vissza. Posnerrel szemben ezen irányzat fő képviselői ma Steven Medema és Warren Samuels (lásd Medema/Mercuro/Samules 1996), de maga Ronald Coase is fellépett Posner totális piaci társadalom felfogása ellen. (lásd Coase 1993).

Posnernek ezek a társadalomelméleti premisszái egy sor szempontból megcsonkított társadalmi valóságot állítanak jogelmélete mögé, és elemzései különösen azokon a jogterületeken futnak félre, ahol az önző piaci érintkezések nem vagy csak félig kapnak szerepet. Ezzel szemben ahol ez a realitásban is meghatározó, ott valóban "kiszabadító" hatása van elméletének. És különösen ahol empirikus felmérések nyomán alakítják ki a gazdasági jogelmélet konkrét téziseit, lehetséges új belátásokat nyerni velük.

A morális kötelékek teljes visszaszorítása az emberi érintkezésekből azonban épp olyan túlzásnak tekinthető nála, mint a másik irányban Dworkin és követői minden jogi vitát végső soron morális alapon eldöntő álláspontja is az. Mindenesetre Posner - átmoralizált jogot végletesen elvető - álláspontja épp kihegyezettsége miatt jól tud rámutatni Dworkinék túlzásaira. Posner e téren kritikájában erős inkább, és a morális-szolidáris hatások jog működéséből való teljes kiszorítása elméletében szintén nem fogadható el.

E két végletes állásponttal szemben Niklas Luhmann morál-fejlődésre vonatkozó elemzése adhat megoldást, amely a történelem menetében a tradicionális társadalmak közösségeinek közvetlen morális-politkai-vallási-gazdasági stb. összefonódott irányítása helyett a funkcionális differenciálódást látja létrejönni, és az egyes önálló alrendszerlogikák irányításában már csak megszüntetve-megőrizve vannak jelen a morális meggyőzések. Az emberi érintkezéseket a személytelenné váló érintkezések világában közvetlenül technikai, udvariassági, jogi szb. szabályok irányítják, és csak ezekben benne rejtve vannak jelen a társadalom morális mércéi (lásd Luhmann 1984). E felfogással szemben Jürgen Habermas mindig vitatkozott, és a "hideg" rendszerlogikákkal szemben az életvilág és a közösségiség kibővítését követelte, de átfogó morál- és jogfilozófiájában maga is a közvetlen morális irányítottság elégtelenségét hangsúlyozta John Rawls és Ronald Dworkin elméletével szemben (Lásd Habermas 1992). Megítélése szerint a jog technikai pontosításai és az empirikus társadalom politikai akaratképzésén nyugvó törvényhozás konszenzusteremtő ereje nélkül **a morális normák nem tudnak hatni és önmagukban már nem elégségesek a modern társadalmak integrációjának biztosítására**. Posner örömmel idézi Habermasnak ezeket a fejtegetéseit Dworkinnékkal szembeni kritikái alátámasztására (Posner 1998), de be kell látni hogy az ő morált teljességgel kiszorító álláspontja sem fogadható el.

Posner mint bíró

Posner nem mindennapi teherbírását jelzi, hogy miközben az egyik legtermékenyebb jogelméleti szerző az Egyesült Államokban, és 1981 óta szövetségi bíró a három tagállamot (Illinois, Indiana és Wisconsin) összefogó VII. Kerületi Fellebbezési Bíróságon, 1993-ban a bíróság vezetőjévé is kinevezték. A majd két évtizedes bírói tevékenység elemzése jó lehetőséget nyújt arra, hogy a gyakorlati jogi szint tükrében is megnézzük Posner jogfelfogását. A Chicagói Ügyvédi Kamara 1996-ban egy elemzést és értékelést készített róla, több bíró társával együtt, és ez akkor is informatív, ha tudjuk, hogy ennek szemszöge Posner bírói széke előtt megjelenő ügyvédek és ügyfelek nézőpontját tükrözi, amely csak a bírói döntési folyamat egyik oldalának a látószögét fogja be. E mellett bírói tevékenységének első három éve után készült egy tanulmány, amely Posner gyakorlati jogfelfogását elemezte (Cohen 1985), és az ebben bemutatott posneri döntések jól kiegészítik a gyakorló jogászok beszámolóit.

Posner az amerikai per passzív bírói szerepéhez képest erősen aktivista bíró. Vagyis míg az eljárási szabályok szerint a legteljesebben kötve lenne ahhoz, hogy a felek és ügyvédek által elé tárt tények, bizonyítékok és az általuk felhívott törvényhelyek, precedensek, jogi érvek alapján ítélje meg az ügyet - és ha ő más törvényhelyet, precedenst, jogelméleti érvet etc. is fontosnak lát, akkor fel kellene hívnia a feleket, hogy valamelyikük terjessze ki indítványát ezekre is - addig ő bátran túlterjeszkedik az elé tárt tényeken, és ezeket az átlagosnál erősebben szelektáltan veszi figyelembe, hogy az összkép alapján már kialakított jogi álláspontja jobban védhető legyen. E mellett olyan törvényhelyekhez és precedensekhez is kinyúl, amelyek az elé tárt tények alapján nem lennének relevánsak: "Posner főbíró egy jogi realista.... és őszintén beszél a tényről, hogy a bírák - őt is beleértve - olyan döntéseket is meghoznak, melyek nem következnek a precedensekből" (Chicago Council of Lawyer 1996). Az amerikai passzív, a peres felek tényállításaihoz, jogmegjelöléseikhez kötött bírói szerep helyett Posner a kontinentális európai bíró szabadabb szerepét játssza, és ez az Ügyvédi Kamara kritikáját is kiváltotta: "Ha egy bíróság (vagy a bíróság egyik bírója) egy kérdést, jogi elméletet, érvet vagy tény fontosnak gondol, és ezt nem tartalmazzák a keresetlevelek, akkor a bíró megteheti, hogy jelzi ezt a peres feleknek, és lehetőséget ad nekik, hogy valamelyikük ezekre pótlólagosan kiterjessze a beadványt" (Chicago Council of Lawyer 1996).

Egy másik jellemzője Posner jogfelfogásának, hogy a legélesebben szembenáll a törvényhozó szándékának és az alkalmazásra kerülő törvényhely történeti szándékának (ti. hogy mit akart az orvosolni) kutatásával: "Posner főbíró kis súlyt helyez a norma történetére és híresen gúnyos az eredeti szándékot illetően" (Chicago Council of Lawyer 1996).

Posner tehát nem "szövegjogász", nem "szándékkutató" ítélkezése folyamán, hanem átfogó jogi koncepciókkal közelíti meg, és többé-kevésbé ezekből dedukálja esetre vonatkozó ítéletét. Ebből ered az a kritizált vonása, hogy egyrészt az átlagosnál erősebben szelektál az elétárt tények között, másrészt olyan jogi támpontokat (törvényhelyeket, precedenseket, jogelméleti érveket) is bevon ítéletének megalapozásába, melyekhez ténybeli alap nem volt elé terjesztve. Ezek az átfogó-irányító jogi koncepciók pedig - nem meglepően - a gazdasági jogelmélet téziseiből származnak. Ezek sokszor találónak tűnnek - jelzi az Ügyvédi Kamara anyaga - de néha a doktrinárság jeleit is mutatják.

Összefoglalóan elismerik a chicagói ügyvédek Posner gazdasági jogfelfogásának használhatóságát a kereskedelmi jogi ügyekben, de a kialakult érveléseket sokszor felforgatónak érzik ez által: "Sok kereskedelmi jogi ügyben Posner főbíró gazdasági jogi elemzést használó véleménye megfelelő....De vannak esetek, amikor ez a jogfelfogás arra indítja őt, hogy megkísérelje felborítani a kialakult törvényi jogpolitikákat (statutory policy) amelyekkel ő nem ért egyet" (Chicago Council of Lawyers 1996).

Jogfelfogásának másik jellemzőjét árulja el Posnernek az a hajlandósága, hogy miközben hajlamos arra, hogy átfogó jogi véleménye és igazságérzete alapján korrigálja az alkalmazott jogi rendelkezéseket, addig messzemenően óvakodik ezek alkotmányellenessé minősítésétől: "...egy feszültség létezik a hajlandóság, amellyel Posner főbíró korrigálja az igazságtalanságot, és a vonakodás között, amely visszatartja attól, hogy ezeket alkotmányellenessé nyilvánítsa" (Chicago Council of Lawyers 1996). Posner tehát nem csak elméleti síkon áll szemben Dworkinék morálfilozófiai jogelméletével, hanem gyakorlati ítélkezése során is elveti az alkotmányos alapjogok túlzott igénybe vételét.

Áttérve a George Cohen által elemzett döntésekre, általános jellemzőként írja róla a tanulmány, hogy Posner kevesebb döntésben vallja be explicit módon a gazdasági jogfelfogás érvei alapján a döntést, mint ahányban ténylegesen felhasználja azt. Egy cikkben azt állította 1984-ben, hogy az addig hozott mintegy 200 döntéséből 20-ban használta fel expliciten a gazdasági téziseket, de Cohen - tartalmilag elemezve ezeket - 124-ből 98-ban talált ilyen felhasználást. Jellemző így Posner stílusára - írja -, hogy óvatos a tényleges érvei kimutatásával és a hagyományos érveléstől

eltérése demonstrálásával (Cohen 1985:1141). Mindamellet a következö döntéseiböl jól kidomborodik jogfelfogásának jellemzöje.

Posnernek a gazdasági jogfelfogás befolyása alatti bírói véleményére jó példát jelent egy börtönben ülö elítélt polgári perében a kirendelt ügyvédhez való jog igényében való döntése. Az elítélt - a börtönorvos téves diagnózisa miatt - nagy mértékben elveszítette egyik szemének látását és ezért pert indított. Az elsőfokú bíróság nem tett eleget az elítélt-felperes kérelmének, és nem biztosított számára kirendelt védöt, amit az alkotmányos jogának megsértéseként fogott fel, és fellebbezett. Bár a többségi vélemény elismerte ezt az igényét, Posner különvéleményt jelentett be. Úgy érvelt, hogy egy elítélt számára, akinek van egy jó kártérítési ügye, az ügyvédi piac bőségesen nyújt vállalkozó ügyvédeket. Ha pedig nem kap ügyvédet, az csak az ügyvédi piacnak azt az ítéletét jelenti, hogy nincs esély a nyeresre. A többség úgy érvelt vele szemben, hogy az elítélt a börtönböl csak nehezen tud hozzá jutni a ügyvédi piachoz, de Posner szerint ez az érv csak arra jó, hogy az elítélt számára jogot biztosítsanak a jogászok névjegyzékéhez való ingyenes hozzájutáshoz, de nem az ingyenes kirendelt védöhöz.

Egy másik ügyben a felperes a városi hatóságot perelte be, mert a tilosban parkírozó gépkocsiját a városi önkormányzat rendeletének megfelelően elszállították. A felperes megítélése szerint ez sérti a fair eljárás alkotmányos követelményét, mert előzetesen meg kellene hallgatni a gépkocsi tulajdonosát, mielőtt ilyen szankcióval sújtanak a öket. Posner - elutasítva ezt az érvet - abból indult ki, hogy bár a ritkán valóban felmerülö kimentö körülményt így nem tudja felmérni a szankció előtt a városi hatóság, de e költség, összehasonlítva azzal a költséggel, amit egy ilyen előzetes eljárás közbeiktatása okozna a kocsik elszállítása előtt, még mindig sokkal kisebb. Így gazdasági jogszemlélet alapján elutasította az igényt.

Egy másik ügyben néhány sebész-felperes ügyében kellett döntenie, akik egy nagy országos sebész-egyesületet pereltek be, mert ennek vezetösége elutasította felvételi kérelmüket. A felperesek azt követelték, hogy a máskülönb magánalapon szervezödö országos egyesület hozza nyilvánosságra a véleményezést, amely alapján az elutasító döntést meghozták. Posner nem adott helyt kérelmüknek, mert úgy érvelt, hogy a későbbiekben a véleményezések sokkal kevésbé lennének őszinték, ha állandóan nyilvánosságra hozással kell számolni a vélemények szerzöinek, és ezzel a valódi indokok egyesületeken belüli megvitatása és nyilvánossága minden egyesületnél csökkenne, és ez összességében rontaná ezek működésének hatékonyságát.

Érdekesen mutatja meg Posner gazdasági jogszemléletét egy rendörségi titkosügynökök által lépre csalt bűnelkövetö ügye is. A vádlott eredetileg munkát keresett, és egy rendörségi informátor előtt jelezte egy italozás közben, hogy jó szakértelmet szerzett bármilyen tüz létrehozására és épületek felgyújtására is

bármikor vállalkozik. A rendőrség megbízásából az informátor aztán összehozta őt egy másik titkosügynökkel, aki nagymenő bűnözőnek kiadva magát egy nagy ház felgyújtásával bízta meg, és amikor ez megjelent, és elkezdte a ház felgyújtásának előkészületeit, a rendőrség lecsapott rá. A vádlott törbeccsalás miatt kérte felmentését, amit az elsőfokú bíróság azzal utasított el, hogy a cselekményt ugyan a rendőrség beugratására akarta elkövetni, de meg volt benne a predispozíció, a beállítódás az ilyen cselekmények elkövetésére, ezért jogos a vád alá helyezése. Posner egyetértett az elsőfokú bírósággal a hozzá érkezett fellebbezés eldöntésekor, de más érvet fűzött döntéséhez: “Ha a rendőrség olyanokat ugat be bűncselekmény elkövetésére, akik e nélkül nem követnének el ilyen bűncselekményt, és ezután elítéli és megbünteti őket, akkor ez egyszerűen csak csökkentené értelmetlenül a társadalom bűnözés elleni pénzeszközeit, hisz egyik részével megnöveli a bűnözést, a másikkal pedig a felbújtott bűnelkövetőt megbünteti. Ám ha a rendőrség olyan valakit ösztönöz egy bűncselekmény hamarabbi elkövetésére, aki később úgyis elkövetné ezt, akkor ez csak egy kontrollált körülmény biztosítását jelenti a bűnelkövető leleplezésére, és ez csökkenti a büntető igazságszolgáltatás költségét” (Idézi: Cohen 1985:1143).

Egy következő eset Posner erős fenntartásait mutatja a közvetlenül alkotmányos alapjogok mentén való perléssel szemben, amely az egyszerű magánjogi út elkerülését vonja maga után. Egy iskolai atlétikai edzőt kétéves szerződése első évének végén elbocsátották, és ő azt az utat választotta, hogy a XIV. Alkotmánymódosítás alapján perelte be az iskolát, mert az “fair eljárás nélkül fosztotta meg vagyoni jogától”, hisz meg sem hallgatták elbocsátása előtt. Posner azonban szűken értelmezte az alkotmányos jogot – mint ahogy minden alkotmányos jognál ezt teszi - és azt mondta, hogy a XIV. Alkotmánymódosítás csak tulajdon megfosztása esetén merül fel, és az ő munkabére nem értelmezhető ezen a kereten belül. De bármikor indíthat magánjogi pert, és azon minden esélye meg lesz a per megnyerésére (Cohen 1985:1149).

Irodalom

- Brautigam, R./B. Owen/J. Panzar (1984): An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems. In: Law and Contemporary Problems. 173-185 p.
- Coase, Ronald (1993): Coase on Posner on Coase. In: Journal of Institutional and Theoretical Economics. 96-98. p.
- Grey, Thomas C. (1996): Modern American Legal Thought. In: Stanford Law Review. 1996.
- Habermas, Jürgen (1992): Faktizität und Geltung. Suhrkamp. Frankfurt/Main.
- Harmathy A./Sajó A. (szerk.) (1984): A jog gazdasági elemzése. KGJ. Budapest.
- Kis János (1995): From Costs and Benefits to Fairness: A Response to Richard Posner. In: East European Constitutional Review. 1995 (Vol. 4.) NO. 3. 84-87. p.
- Luhmann, Niklas (1981): Ausdifferenzierung des Rechts. Suhrkamp. Frankfurt/Main.
- Luhmann, Niklas (1984): Soziale Systeme. Suhrkamp. Frankfurt/Main.
- Macneil, Ian R. (1996): Other Sociological Approaches. In: Encyclopedia of Law and Economics. (<http://encyclo.findlaw.com/lit/063.html>)
- Medema, S.- S/N. Mercurio/W.-J Samuels (1996): Institutional Law and Economics. In: Encyclopedia of Law and Economics. (<http://encyclo.findlaw.com/lit/0520.html>)
- Pokol Béla (1984): A jog gazdasági elemzése. In: uő: Jogbölcséleti vizsgálódások. Nemzeti Tankönyvkiadó. 52-64. p.
- Pokol Béla (1999): Szociológiaelmélet. Rejtjel Kiadó.
- Posner, Richard A. (1990): The Problems of Jurisprudence. Harvard University Press.
- Posner, Richard A. (1995): The Costs of Enforcing of Legal Rights. In: East European Constitutional Review. 1995 (Vol. 4.) NO. 3. 71-86. p.
- Posner, Richard A. (1998): The Problematics of Moral and Legal Theory. Harvard Law Review. 1998 (Vol 111). 1638-1715. p.
- Sajó András (1984): Közgazdasági vizsgálódás a jogról. In: Sajó/Harmathy (szerk.): A jog gazdasági elemzése. KGJ: 1984. 5-42. p.
- Scheuerman, William E. (1999): Die stille Revolution im amerikanischen Recht. In: Hauke Brunkhorst/P. Niessen (Hrsg.): Das Recht der Republik. Suhrkamp. Frankfurt/Main. 1999. 209-231. p.
- Vékás, Lajos (1999): A magánjog gazdasági elemzése. In: Állam- és Jogtudomány. (Vol. XXXIX) 1998/1-2. 3-20. p.

*“Lehetünk-e egyenlően a közhatalom előtt akkor,
amikor a biztonsághoz való jog tekintetében*

vannak még nálunk egyenlőbbek?”

Szigeti Péter

Vázlat a közbiztonság három dimenziójáról: világrendszer – nemzetállami szint és lokalitás

I. Módszertani alapvetés

A társadalomtudományok napjainkban is igen sokféle módszertannal dolgoznak. Nemcsak az elméleti és az empirikus megalapozottságú kutatások válhatnak el egymástól, hanem a modern társadalomelméletek különböző paradigmái – strukturalizmus, funkcionalizmus, akcionalizmus, marxizmus, szellemtudományi irányzat stb. – is a kutatások eltérő szemléletű kiinduló pontjaihoz vezetnek. Jelen tanulmányomban mégsem ezen a legáltalánosabb kiindulópontok egyikét kívánom érvényesíteni, hanem azt a Nyugat-német pozitívizmus vitában¹ kikristályosodott distinkciót, amely a “Sozialwissenschaft” oder “Sozialtechnik” kérdésfeltevéshez kapcsolódott.

Személyes tapasztalatom és meglátásom, hogy hazánkban – különösen, ami a jogtudományt és az úgynevezett rendvédelmi tudományokat illeti – szinte kizárólag a szocialtechnik szemléletmód uralkodik. Ennek központi kérdésfeltevése, hogy hogyan segíthetnénk elő különböző empirikus kutatásokkal, a létező intézmények működésének

¹ Tény, érték, ideológia. A pozitívizmus vita a nyugat-német szociológiában. Gondolat, Budapest, 1976. (összeállította: Papp Zsolt)

hatékonyságát. A fogalmi elméleti konstrukciókat adottságoknak véve, mindig az ágensek tevékenységének optimalizálása jelenik meg követendő célként. A kutatások logikája ehhez a kérdésfeltevéshez igazodik, s az a módszertani apparátus, melyet alkalmaznak, empirikus orientációja folytán már immanensen is ezt a tendenciát erősíti fel. A jelenségek *történetileg fellépő* funkciói és struktúrája így eleve háttérbe szoruló kérdésfeltevés marad, mert nem a dolgok folyamatszerűségének és másképpen létének modalitásait keresik, hanem tapasztalatilag rögzített állapotok – mindenkori éppígy létük – pozitívizmusának kérdésfeltevése között marad ez az optimalizáció kutatás.²

A rendőrség munkáját, a közbiztonság alakulását vizsgáló kutatások is állandóan ezt a szemléletet termelik újjá. Az előfeltételek előzetes vizsgálata nélkül feltételezik, hogy a közbiztonságot biztosító szervek a helyükön vannak, azok egymáshoz való viszonya, a struktúra elfogadható, s az így adott struktúrán belül akarják a munkát hatékonyabbá tenni. Ezt szolgálja a szociotechnika. Holott egyáltalán nem biztos, hogy a mára kialakult rendőrségi struktúra az egyedül lehetséges és kívánatos volna. A pozitívizmus nézőpontjával szemben ugyanis feltehető, hogy a *közrendőrség*, a speciális rendőrségi *szakszolgálatok* (nemzetbiztonsági, adó nyomozó hatóság, vámnyomozás) és a *biztonsági magánszemélyzet* hármas struktúrája egyáltalán nem problémátlan helyzetet fejez ki. Az még csak nyomon követhető a szakirodalomban, hogy történetileg hogyan alakult ki ez a struktúra. Azzal azonban már a legkevésbé sem számolnak, hogy mik a meglévő funkciók mellett a diszfunkciói ezen hármas struktúrának. Pedig a háromféle egymás mellett létező rendőrség igencsak heterogén képződmény, s ennek következtében a jövő perspektívái sem problémátlanok. A szakirodalom azon implicite optimista végkicsengésű – mert a kérdésfeltevést eleve nem radikalizáló – helyzetleírásai, mely szerint egymást jól kiegészítik *egyfelől* az államilag fizetett rendőrség és a magánbiztonsági szervek³, *másfelől* a “lágy” eszközöket alkalmazó közrendőrség és a “kemény” (titkosszolgálati) eszközöket alkalmazó szakszolgálatok, csak a kritikai szemléletet mellőző pozitívista tudományos orientáció számára

² A jogtudományi szemléletmód pozitívizmusát érintő jogosult bírálatunk, ugyanakkor egyáltalán nem jelentheti és jelenti azt, hogy ne lenne szükség arra a teljesítményre, melyet a jogtudomány(ok) a létező intézmények, normaszövegek, belső szemléletű fogalomelemző, jogdogmatikai tisztázásokat, történeti és rendszertani-jogági rendszerezéseket elvégző stb. eljárásokkal nyújtani tud(nak).

³ Ebben az értelemben érvel Finszter Géza “Magánvállalkozások a biztonságért” című tanulmányában, mellyel éppen azért lesz érdemes foglalkoznunk, mert e tudományterületen nem igazán jellemző elméleti igényességgel néz szembe az élet új kihívásaival.

elfogadhatóak. Itt ugyanis a mérhetőség és a mérhetőség illúzióin keresztül munkálkodó meggyőződések túltengenek a kritikai szemléleten. Az adott állam adott szervtípusainak és tevékenységfajtáinak optimalizációja kizárja azt, hogy ennek az államnak a társadalmi környezetével való kapcsolatát és az ebből következő funkcionális elemzést elvégezzék. A társadalomtudományi elemzés viszont teoretikus orientációjú és meghaladja a társadalom technikai ismeretek, operacionális tudás dimenzióit. Kétség kívül utóbbira is szükség van és szükség lehet, de nem azon az áron, hogy kibontatlanul hagyja azokat a nézőpontokat és összefüggéseket, melyeket a kritikai elméletek (Sozialwissenschaft) vizsgálnak. Ezek már nemcsak azt nézik, hogy ami van, a fennálló az hogyan módosítható, a növelhetőség vagy a csökkenthetőség értelmében, hanem a létezők terjedelmi nézőpontjával szemben a minőségek, struktúráik és funkcióik kibontására is kíváncsi. Ami van, az jó-e, értékes-e vagy éppen káros, és ami van, az hogyan lehetne egészen másképp, mint ahogy van. Példáknak okáért: ha már kialakult a háromféle rendőrség hazánkban, akkor probléma tárgyává tehető, hogy mi a viszonya a struktúra három elemének egymáshoz? *Ha nemcsak egymást kiegészítő munkamegosztást feltételezünk közöttük*, mint ezt a status quo-n orientálódó irodalom teszi, *hanem ellentéteket és ellentmondást is, akkor a magánbiztonsági szervek egyfajta refeudalizációként, a jogegyenlőségi jogot sértő privilégiumként értékelhetőek*. Vannak olyan átlagos állampolgárok, akiknek a rendőrség által biztosított közrend és közbiztonság jár, és vannak olyanok, akiknek efellett a biztonsági szint felett plusz biztonsági igényeik lehetnek, ha ezt anyagilag képesek megfizetni. *Azaz a vagyoni különbségek vonzataként (köz)biztonsági különbségek keletkeznek állampolgár és állampolgár között*. Vannak akik egyenlőek és vannak akik még egyenlőbbek az egyenlőekhez képest. Ezt a megoldást már csak fokozatok választják el a feudális magánhadseregek világától, amennyiben semmiféle érdemi kritériuma nem marad annak, hogy a rendvédelem közbiztonsági területéről ne léphessenek át a rendvédelem egy másik, katonai területére. Ha a biztonsági igények teljesítése nem állampolgári jogon, jogegyenlőségi alapon szerveződik, hanem vagyoni alapon lehet magántevékenységeken – őrző, védő kft.-ken – keresztül jogosultságokat szerezni, akkor egyfelől a jogegyenlőtlenségi jog helyzete áll fenn, másfelől nem állunk messze ennek a gyakorlatnak a nemzetállami szint alatt fungáló magánhadseregekre történő

kiterjesztésétől. Itt még nem tartunk, de elvileg utóbbi sem indokolható rosszabbul, mint a biztonsági magánszemélyzetek tevékenysége.

A társadalomtudományokban a kritikai elméletek tehát arra vállalkoznak, hogy kritikailag világítsák át a fennállót, azért hogy felmutassák, hogy mindaz ami van, talán másképp is lehetne, illetőleg attól, hogy valami van, nem biztos, hogy legitimnek kell tekintenünk. Max Horkheimerrel szólva az a véleményünk, hogy a társadalomkutatásban nincsenek tények önmagukban, mert a tényeket mindig a fogalmi megközelítésben értelmező szubjektivitáson keresztül vizsgálják. Az, hogy mi a tény mindig csak az elemző és az elemzés tárgya közötti összefüggésként értelmezhető. Vagy ahogy ezt Marc Bloch a történetírás szempontjából kifejezte “a forrás ugyan tanú, de mint általában a tanúk nem beszélnek, csak akkor, ha kérdezik őket”. Témánkhoz közelítve ez azt jelenti: az az aktuális kriminológiai kérdés, hogy *van-e olyan társadalmi tény, amely megélhetési bűnözésnek nevezhető, nem dönthető el tisztán empirikusan*. Ha feltételezik, hogy tényként létezik egy jelenség – s itt a tény fogalma szempontjából már alkalmazható az a neokantiánus meghatározás, amely szerint a tények térbeli, időbeli és ok- okozati összefüggések által határoltak (szemben az értékekkel, amelyek nem tér, nem időbeli és nem okozatosak) – akkor elkészíthetik a reá vonatkozó indexeket, s mérhetik azok gyakoriságát (tényrögzítés) és korrelációikat. Ha viszont – teszem azt – a módszertani individualizmusból indulnak ki, mely szerint minden individuális magatartás egyszeri, egyedi és ebben a minőségében megismételhetetlen, akkor minden bűncselekmény elkövetésekor az elkövető motivációs háztartását vizsgálják, s az egyediség alapján teljesen kizárt, hogy társadalmi tömegjelenségként fogják fel a megélhetési bűnözést. Hiszen ha nem tipizálhatók az elkövetők motívumai és életkörülményei, melyek bizonyos bűncselekményeket mozgatnak, váltanak ki, akkor az általánosítási stop következtében elesik ez a fajta elkövetői kategória. Félreértés ne essék, nem gondoljuk azt, hogy egy meghatározott társadalmi feltétel együttesnek, mint létalapnak, ne lennének meg azok konzekvenciái, melyekkel a megélhetési bűnözés elkövetőit, tetteit és sértett jogtárgyait azonosítani lehetne, *de a tényfogalom használatának reláció függőségét, a társadalomelmélet felvetéseinek jogosultságát ezen a speciális területen szeretnénk volna igazolni, azzal a szociotechnikával szemben, amely – lett légyen szó szociológiáról, kriminológiáról vagy más szaktudományos*

diszciplináról – *vakon megy el e probléma mellett*. Ez tehát a módszertani alapja a status quon orientálódó pozitivizmusnak, aminek eszköze a szociotechnika és aminek az antitéziseként intellektuálisan a társadalomelméletek felé kell fordulnunk. Pedig a konzekvenciák igen súlyosak – a pozitivizmus szintjén is - ami látható ha megfordítjuk tézisünket. Ha változatlanul hagynak társadalmi feltételegyütteseket, olyanokat, amelyeket a hosszú távú tartam vizsgálata azonosíthat, akkor nem kell csodálkozni azon, *hogy maradnak a tények*, s a szociotechnikai eszközökkel mért összefüggések segítségével, melyekre az intézmények működésének optimalizációja épül, legfeljebb mennyiségi arányok változtathatóak meg, de nem a bűnözés, nem a deviancia mint olyan szorítható vissza, s a közbiztonság is csak a fokozat mennyiségi összetevője értelmében vett jobb (vagy rosszabb) lehet, de nem érhető el *a köz biztonságának* minősíthető állapot.

A társadalomelméletnek, a társadalom technikával szembeállított útján járva – a frankfurti kritikai elmélet képviselői mellett – jelentős eredményeket produkált a *világrendszer-szemlélet* jegyében elemző iskola is.

A világrendszer kutatás az Annales történész iskola Fernand Braudel, Marc Bloch, Georges Duby és mások nevével fémjelezhető irányzatából nőtt ki, s e század 60-as éveitől fontos szerepet játszik a gazdaságelmélet és történet mellett a szélesebb értelemben vett társadalomtudományokban is.⁴ Magyarországon Pach Zsigmond Pál, Ránki György, Berend T. Iván gazdaság és társadalomtörténet írásai kapcsolódnak leginkább e szellemi hagyományhoz. A világrendszer kutatók a nemzetállami elemzési szint mellett és afölött tulajdonítanak nagy jelentőséget a *világrendszer szintű* elemzésnek. A modernitást a tradicionálissal szembeállítva éppen az jellemzi, hogy a XVI. század, a nagy földrajzi felfedezések óta, amely lehetővé tette a kontinensek közötti világkereskedelem kialakulását, az emberek és földrészek közötti érintkezés, a kereskedelmen túlmenően, egyetemessé vált. A hierarchikus munkamegosztáson alapuló világpiac létrejöttével vette kezdetét a modern világrendszer története (Wallerstein)⁵. A kialakuló kapitalizmussal a fokozatosan terjedő, mára, a globalizáció korára már terjedelmileg majdnem egységesedő világgazdaság és a világgazdaság

⁴ Ránki György: Közgazdaság és történelem – a gazdaságtörténet válaszútjai. Akadémia, Budapest, 1977:41-53.

⁵ I.Wallerstein: A modern világgazdasági rendszer kialakulása Gondolat, Budapest, 1983.

egyenlőtlen fejlettségi szintjei és ezek hierarchikus újratermelése vezet a világrendszer differenciálódásához. A működési törvényszerűségeiben egységesedő világgazdaság és az egyenlőtlen fejlettségi szinteken egzisztáló világrendszer, melynek nemzetállamai és regionális összetevői vannak, képezik az iskola által kidolgozott autonóm elemzési egységeket, a hosszú távú világgazdasági folyamatok bázisán.⁶ Az iskola másik módszertani premisszája szerint ugyanis a világrendszerben játszódó folyamatokat a 'longue durée', a hosszú távú folyamatosság és a rövid távon zajló változások összehasonlítása szempontjából kell elbírálni. Azért, mert szemben a rövid távok gyorsan ingadozó és változó viszonyaival, a konjunkturális mozgásokéival, ezek a tőkefelhalmozás tartós meghatározottságait, feltételeit és uralmi viszonyait képesek megmutatni. A biztonság pedig a globális kapitalizmus világában nem lokalizálható nemzetállami szinten, ha egyszer a nemzetállamok is ki vannak téve az egyetemes kommunikáció és tevékenységcsere világpiacra és világrendszerben zajló nyomásának. Ezért célszerű a kritikai társadalomelmélet nézőpontjainak problémákra való kiterjesztése mellett specifikusan Wallerstein nézeteinek a bemutatásából kiindulnunk. *Így válik – hipotézisünk szerint – a közbiztonság partikuláris szemléletű, pozitivistá kérdésfelvetése a világrendszer, nemzetállam és lokális viszonyok eltérő dimenziójú, mert részben eltérő törvényszerűségeknak engedelmessé váló problematikájává.*

II. Wallerstein közbiztonság diagnózisa – a világrendszer alakulásának hosszú távú szemlélete nyomán

A világgazdaság és a világrendszer hosszú távú tendenciáinak vizsgálatánál Wallerstein a tőkefelhalmozás eddigi módjait kikezdő szekuláris, évszázados folyamatokból indul ki⁷. Gazdaságtörténeti dimenziójába helyezve, jelenleg a negyedik Kondratyev ciklus leszálló ágának (B szakasz) végén élünk, melyet a közeljövőben kell felváltania az újabb hosszú távú, 25-30 éves konjunktúra (A) szakasznak. Szemben azonban az eddigi

⁶ Michel Beaud: Histoire du capitalisme 1500-1980 Éditions du Seuil 1981. és

I. Wallerstein: Le capitalisme historique Éditions La Découverte, Paris 1985.

⁷ Globalizáció vagy az átmenet korszaka? A világrendszer alakulásának hosszú távú szemlélete Eszmélet, 1999/43:17-36. (ford: Pach Éva). Megjegyzendő, a szerző ezen írása tekinthető egy egész sereg egyéb munkája közérthető formájú, 'haute vulgarisation' kifejtésének.

ciklusokkal, a növekedés korszak dinamikájának feltételei nem látszanak fenntarthatóaknak. Különösen három tényező miatt látszik problematikusnak az eddigi felhalmozási modell követhetősége – a világgazdaság szintjén.

Az első szekuláris tendencia a reálbér szintnek, mint a termelési költségek hányada alakulásának átlagban számított, a világgazdaság egészében játszott alakulása. Világos, hogy minél alacsonyabb a bérhányad, mint a termelés költség tényezője, annál magasabb a profitszintje és megfordítva is. Hogy mi határozza meg a reálbér szintvonalat, az viszont a munkaerő és a munkáltató közötti erőviszonytól függ a világgazdaság adott övezetében és szektorában. Manapság az ipar periférizálódása, azaz a termelési szektoroknak az alacsonyabb bérű térségek felé áramlása a meghatározó tendencia. Ennek következtében ment végbe a világrendszer derularizálódása, de úgy, hogy ez az ötszáz éves folyamat gyorsan felfelé ívelő görbét mutatott 1945 után. A perifériák iparosodtak és népességük megszűnt agár népesség lenni, viszont közben nem szűnt meg ezen újonnan iparosodott országok periférikus elmaradottsága, mert a negyedik ipari forradalom következtében végbe ment a hagyományos ipar leértékelődése, periférizálódása (G. Arrighi, 1992). Tehát a periféria iparosodását az ipar periférizálódása követte – idézhetjük a fő folyamatot megragadó Arrighi formulát. Ebben a keretben válik értelmezhetővé, hogy miután az egész világrendszer deruralizálódik, a perifériák iparosodása és urbanizálódása nyomán a tőkéseknek egyetlen választási lehetősége az lesz, hogy az osztályharcokat a jelenlegi helyszíneken és az egykori a harmadik világban is folytassák. A formális értelemben vett bérmunka gazdaságok kiterjesztése az eddigi agrárterületekre, tehát maga után vonja, hogy fokozatosan záródnak az új munkaerők megszerzésének területei, s a harmadik világ új munkássága előbb-utóbb, de elkezd majd érdekérvényesítő nyomást gyakorolni a bérszintekre. Ha pedig ez párhuzamosan megy végbe a világgazdaság más régióiba élőkkel, akkor a munkapiac, mint a munkabér szintjét meghatározó objektív tényező ki lesz téve a munkabér szintjét meghatározó másik, politikai tényezőnek.⁸

⁸ Hogy e levezetést egy saját, élő példán keresztül régióinkban szemléltessük: Az EU országokban napjainkba váltak ismeretessé az euro-sztrájkok, melyek közül a francia, az olasz és a spanyol munkásság együtt sztrájkolt a francia progresszív kormány 35 órás munkahét törvénye mellett, hogy az egységesítéssel tegye hatástalanná a világrendszer centrumába is betört munkapiaci megosztottságot. Legutóbb ilyen sztrájk 1999. november 3-án volt Madridban, a Plaza de Las Coltes-en.

A munkabér költségek alakulásának kiegyenlítő tendenciája – az első strukturális nyomás – mellett lép fel a második évszázados tendencia, a *termelési költségek externalizálása* lehetőségének elzáródása. Fogynak azok a hasznosítatlan térségek, amelyek egyfelől a nyersanyagokat adják a ipari kapitalizmus számára, másfelől ahova el lehet telepíteni – a bioszféra épségét közvetlenül károsító következmények nélkül – a hulladék anyagokat. A nyersanyag vételezés-hulladék elhelyezés 500 éves gyakorlata nem mehet tovább, részben mert elfogynak az érintetlen területek, részben pedig a problémák sokasodásával arányosan növekednek azok az ökológiai mozgalmak, amelyek meggátolják a termelési költségek ún. externáliáinak eddig követett és követhetett minimalizációs stratégiáját. Az externáliák súlyosbodó problémája pedig a profitráta ($m/c+v$) alakulására olyan újabb súlyos nyomást gyakorol, amely a világgazdaság keretein belül e ráta süllyedő tendenciáját erősíti – éppúgy globális értelemben, mint az egyes cégek profitrátáját illetően –, az anyagi ráfordítási költségek (c) drasztikus növekedése következtében.

Ha eddig parafráztuk, tömörítettük és kiegészítettük a mondanivalót, akkor most már, a harmadik tényezőhöz, a *fiskális krízishez érve*, melyet a társadalomtudományok köztudatába először James O'Connor világhírű munkája (The fiscal crises of the States) vitt be, érdemes szó szerint is gyakorta idéznünk Wallerstein-t. Azért, mert a világgazdasági tőkefelhalmozás strukturális korlátainak elemzése ezen a ponton kapcsolódik szorosán vett témánkhoz, a közbiztonság helyzetéhez. Szerzőnk ugyanis a fiskális krízis kérdését vezeti át *az államstruktúrák delegitimálódásához*, s itt érünk el a világrendszer biztonsági problémájához. “A harmadik nyomás az adózás szférájában található. Az adózás természetesen fizetség a szolgáltatásokért, és ezért indokolt termelési költségként fogható fel, feltéve, ha nem túl magas. Namármost, mi határozza meg az adószintet? Természetesen állandó igény van a biztonsági szervezetekre (katonaira és rendőrire). Ez az igény, mint tudjuk, évszázadok óta folyamatosan növekedik, mert emelkednek a biztonsági eszközöknek, a katonai műveletek hatókörének és az érzékelhetően szükséges rendőri intézkedéseknek a relatív költségei. A második folyamatos növekedés a világ polgári bürokráciájának a méreteiben mutatkozik meg – ennek funkcióját mindenekelőtt az adóbehajtás szükséglete, másodsorban a modern állam bővülő feladatainak ellátása teszi ki.

A legfontosabb bővülő feladat bizonyos igényekről való gondoskodás. Ez sem szabadon választható költség: ezeknek a gondoskodásoknak a gyarapítása ugyanis a viszonylagos politikai stabilitás biztosításának fő eszköze, válaszul az alacsonyabb rétegek növekvő elégedetlenségére, amelyet a reáljövedelmek növekvő polarizációja vált ki belőlük; ez utóbbi pedig a világrendszer létének állandó jellemzője. A kormányok szociális-jóléti erőfeszítései lényegében törlesztések abból a célból, hogy megszelídítsék a “veszélyes osztályokat”, azaz az osztályharcot korlátok között tartásuk.

Az ilyen jellegű tömegigényekre adott választ “demokratizálásnak” nevezzük, és ez szintén egy nagyon valóságos szekuláris tendencia. A szóban forgó tömegigények: az oktatási intézmények, az egészségügyi szolgáltatások és a jövedelem garانتálása az egyén egész életére szólóan (főleg a munkanélküli biztosítás és a társadalombiztosítás az idősek számára). Két dolgot szükséges megjegyeznünk ezekkel az igényekkel kapcsolatban. A világrendszer egyre több zónájában léptek fel, és ma már szinte univerzálisak. Továbbá az igények szintjei folyamatosan emelkednek minden országban, nincsenek világosan látható határaik.

Ez azt jelenti, azt kell jelentenie, hogy az adókulcsok folyamatosan emelkednek úgyszólván minden országban, és legfeljebb csak időnként csökkennek, kis mértékben. Ám, egy bizonyos ponton az ilyen újraelosztó adózás olyan szinteket ér el, ahol komolyan beleütközik a tőkefelhalmozás lehetőségébe. Ebből következik, hogy az “államok fiskális válságaiként” értelmezett jelenségre a tőkés ma az adók leszorításának követelésével reagálnak, és a tömegek támogatását kérik azon az alapon, hogy az egyéni adózás is meredeken emelkedik. A dolog iróniája az, hogy míg az adókorlátozást a tömegek gyakran támogatják, egyáltalán nem támogatják a jóléti szolgáltatások visszanyesését (sem az oktatásban, sem az egészségügyben, sem a jövedelmi garanciákban). Sőt, ugyanakkor, amikor nagy lármát csapnak a magas adózás miatt, a kormány szolgáltatásai iránti tömegigények szintje emelkedik. Tehát itt is tapasztaljuk a tőkefelhalmozásra nehezedő strukturális nyomást.

Tehát itt tartunk most: három fő strukturális nyomás a tőkés tőkefelhalmozó képességére – olyan szekuláris tendenciák eredményeként, amelyek folyamatosan zárnak fölfelé. Ezt a válságot, amely nem a növekedés, hanem a tőkefelhalmozás válsága, tovább bonyolítja egy másik jelenség: az *államstruktúrák legitimitációjának*

elvesztése. Az államok a tőkés tökefelhalmozó képességének igen fontos elemei. Az államok tesznek lehetővé kvázi-monópoliumokat, amelyek a kiemelkedő profitszintek egyetlen forrásai. Az államok működnek annak érdekében, hogy elnyomással vagy békéltetéssel megszelídítsék a “veszélyes osztályokat”. Az államok azoknak az ideológiáknak a fő forrásai, amelyek a néptömegeket rábírják arra, hogy viszonylag türelmesek legyenek.” (1999:31-32.)

Az elmúlt két évszázadot a haladásba vetett hit, a dolgok jobbra fordulásának hivatalos liberális ideológiája uralta, s intette ezzel türelmességre a néptömegeket és dolgozó osztályokat. Mindaddig, amíg a rendszerellenes mozgalmak – kommunista, szociáldemokrata, nemzeti felszabadító – *mozgósító szakaszukban voltak*, kiterjedt támogatásra leltek. Minthogy azonban 1945 utáni negyedszázadban világszerte hatalomra jutottak, a kondratyevi A periódusban, tesztelésnek lettek kitéve. Az eredmény negatívnak mutatkozott. A centrum országokban, reformjaik ellenére sem voltak képesek arra, hogy jelentős mértékben csökkentsék a belső polarizációt, s politikai egyenlőséget teremtsenek. A centrum zónáján kívüli rezsimek pedig strukturálisan bizonyultak képtelennek arra, hogy lépést tartsanak a gazdag országokkal.⁹ Ezért következett be a rendszeropozíciót kínáló társadalmi mozgalmakból való tömeges kiábrándulás “Addig a fokig, ameddig e mozgalmak megtartják támogatottságukat, ez legföljebb a kisebbik rossz, amennyiben egy reformista csoport talán jobb, mint egy jobboldalibb alternatíva, de ettől még mindez természetesen nem az új társadalom előhírnöke.

A fő eredmény az állami struktúrák iránti tömeges bizalomvesztés volt. A néptömegek a világon – azután, hogy az államok felé fordultak, mint az átalakulás tényezői felé – most egy még mélyebb szkepticizmusba “húzódtak” az államnak az átalakulást előmozdító, vagy akár csak a társadalmi rendet fönntartó képességét illetően.

Ennek az egész világon feltámadó államellenességnek két azonnali következménye van. Az egyik az, hogy a társadalmi félelmek eszkalálódnak, és az

⁹ Empirikus igazolás ehhez: “Az adatokból kiderül, hogy a 93-ból 88 állam, vagyis a lakosság 94%-a 1975-83-ban annak a zónának a határain belül maradt, amelyben 1938-50 között volt. Ha az időszakot egésznek vesszük, a tőkés világgazdaság gazdasági hierarchiájában a felfelé és a lefelé történő mobilitás kivételnek számít. (A Líbia-eset költségeit leszámítva.) A kivételek két felfelé irányuló mobilitási esetről szólnak, az egyik a félperifériából a centrum felé (Japán és Olaszország), egy másik a perifériától a félperifériába (Dél-Korea, amelyhez hozzátehető lenne talán Tajvan, ha elérhetőek lennének az utóbbi évek adatai), valamint egy lefelé irányuló mozgás a félperifériáról a perifériára (Ghana). Arrighi, *Eszmélet*/15-16. 1992:155-160.)

emberek mindenütt visszaveszik az államoktól a személyes biztonságukról való gondoskodás szerepét. Ez persze egy negatív spirál eredményez. Minél inkább teszik ezt, annál nagyobb a zűrzavar és az erőszak, és minél nagyobb a zűrzavar és az erőszak, annál kevésbé képesek az államok a helyzet kezelésére, következésképp annál több ember vonja meg bizalmát az államtól, ami azután tovább gyengíti az államok képességét arra, hogy gondoskodjon a személyes biztonságról. Már benne vagyunk egy ilyen spirálban, amely a világrendszer különböző országaiban, különböző iramban, de úgyszólván mindenütt növekvő iramban gyűrűzik.” (1999:33-34.)

“Amint a világgazdaság a terjeszkedés új periódusába lép, ezáltal éppen azokat a feltételeket fogja súlyosbítani, amelyek a végső válság felé vezetnek. Technikailag szólva, az ingadozások egyre vadabbak lesznek, illetőleg egyre “zűrzavarosabbak”, és a pálya görbájének iránya egyre bizonytalanabb, mivel az útvonal egyre cikkcakkosabbá válik, mindez nagyobb sebesség mellett. Ugyanakkor arra számíthatunk, hogy a kollektív és az egyéni biztonság foka – lehet, hogy szédítően – csökkenni fog, mivel az állami struktúrák egyre többet veszítenek legitimitásukból. És ez kétségtelenül növelni fogja az erőszak mennyiségét nap mint nap a világrendszerben. Ez a legtöbb ember számára félelmetes lesz, és annak is kell lennie.” (1999:35.)

III.

Ha tehát a világrendszer szintű elemzés nem téved, s az állami struktúrák iránti bizalomvesztés a társadalmi félelmek eskalálásával fog járni, ahol az erőszak mennyisége napról-napra nő a világban, nos ott, a rendvédelemnek lenne dolga elég, csak hogy a fiskális krízis megakadályozza a közrendőrség adekvát szintre fejlesztését. A neokonzervativizmus negyedszázados előre törése mellett, alighanem ez a folyamat váltotta ki nyugaton, a centrum országaiban a biztonsági magánszemélyzet virulenciáját.¹⁰ A hanyatló közbiztonság komplementerévé vált a biztonságok magánbiztonsági vállalkozások útján történő előállítási kísérlete, amely a biztonság

¹⁰ 1990-ben a biztonsági magánszemélyzet foglalkoztatási kategória az USA-ba az aktív népesség 2,6%-ra rúgott. Többen voltak, mint a hivatásos rendőrök (forrás: J.Decornoy cikke, Le Monde Diplomatique, 1991/11.) Magyarországon a vagyónvédelmi szolgáltatások száma megközelíti a 2000-et, az összlétszám pedig becslések szerint meghaladja a 40 ezret. (Finszter 1998/12:9.) Azaz már itt is többen vannak, mint a hivatásos rendőrök.

piacán beszerezhető szolgáltatásokat árul. Nem problémátlanul. Olyan szolgáltatásokat, amelyet csak a szupergazdagok engedhetnek meg maguknak, s ahol a magán és a közelem – mint látni fogjuk – nem minden tekintetben választható el egymástól. Nemcsak a gazdag népesség településszerkezetileg is elváló külön villanegyedeiről – az egykori harmadik világban villamos áram szögesdrót kerítéssel és fegyveres őrékkel ellátott részeiről – van szó, hanem a közlekedés rendjébe őrző gépkocsikkal résztvevő magánszemélyekről. Olyanokról, akik nem közfunkcióik okán kapnak védő díszkíséretet, mint az államok közjogi méltóságai és diplomatái, hanem magángazdagságuk okán. A példa jól mutatja, hogy a közbiztonság hanyatlása nem, vagy nem elsősorban szakmai kérdés, hanem olyan társadalmi probléma, amelyre különböző formájú és súlyú szakmai (rendvédelmi) válaszok születhetnek, *de nem születhet meg a szakmai válasz*. A válasz szakmai eleme, hogy a nemzetállamok bűnüldöző és egyéb rendvédelmi szervei együttműködnek (Interpol, Europol, Schengeni Egyezmény), regionális és internacionális keretben, de ahogy ezzel védettebbé teszik országaikat, régióikat a feszültségek ott és akkor történő, bűnözés útján való levezetésétől, úgy növelik meg a feszültséget, *zónáikon kívül*. Azaz ha a világrendszer szintjén egyre növekszik a feszültség és az erőszak, akkor ezt nem közömbösítheti, csak máshova telepítheti és arányaiban változtathatja meg a centrumországok rendvédelmi szerveinek felkészültsége.

Mutatis mutandis *egy nemzetállamon belül* ugyanaz a problémátológatás jelenik meg az állami rendőrség és a magánbiztonsági szolgálatok munkamegosztásának hatása következtében: a bűnözés nem csökken attól, hogy a magánbiztonsági szinteken (is) védett népesség megjelent, hanem csak lejjebb szorult. A bűnözés céltáblái, a viktimológia törvényei szerint oda csoportosulnak át és összpontosulnak, ahol az alacsonyabb biztonsági szint következtében a cselekmények elkövetői nagyobb eséllyel léphetnek fel a siker reményében. A bűnözők sok szempontból képesek magatartásuk racionális kalkulációjára. Köztudomású, hogy nem a büntetések súlyosságát, hanem a felderítetlenségi mutatókat veszik figyelembe magatartásuk várható következményeinek kalkulálásakor. Kialakulnak az alacsony és a magasabb biztonsági

szintek szerinti övezetek, s az ebben a relációban állandónak vett bűnözési potenciál az alacsonyabb szint felé tevődik át.¹¹

A magánhelyzetek különböző védettségi lehetőségei – a vagyoni különbségek függvényében – differenciálják a közbiztonságot: *a biztonsági magánszolgáltatások megvásárlásával plusz biztonsági szinteket teremtő népesség át tudja csoportosítani a bűnözés arányait a csak a közbiztonsági nívótól védelmet remélhető népesség terhére.* Az alacsonyabb szint biztonsága és a magasabb szint (köz+magánőrizeti) biztonsága tehát nem semleges-komplementer viszonyban áll egymással, hanem átterelő-kiegészítő viszonyban. A különböző vagyoni helyzetek rétegspecifikus biztonságot teremtenek tehát, s ezzel megszüntetik az állampolgári jogon, jogegyenlőségi alapon működő, elvileg mindenki számára egyformán hozzáférhető biztonsági szintet, azzal, hogy a potenciális veszélyt (vagy ennek egy részét) átcsoportosítják az alacsonyabb szintre. *A differenciálódó rendvédelem így szüli meg a számottevő vagyoni különbségeken keresztül a jogegyenlőtlenséget.* Ez pedig alkotmányellenes, mert alapjogot, a jogegyenlőségre épülő [Alkotmány 70/A. §. (1-3.)] jogrendet sérti. Miért?

A jogegyenlőséget érvelésünkben – ezúttal – nem kívánjuk helyettesíteni a társadalmi egyenlőség gondolatával. “A jogegyenlőség – ahogy azt Schmidt Péter az Alkotmánytan (Osiris, 1996:164. negyedik kiadás) megfogalmazza – formális egyenlőség, amely csak annyit jelent, hogy minden ember a közhatalomhoz képest egyenlő.” Az Alkotmány 70/A. §. (1-2.) bekezdése szélesen értelmezett egyenjogúság fogalmakat ad. De hogy ne ezen a széles országúton járjunk, idézzük csak fel a 3. bekezdést, amely kimondja: “Az állam a jogegyenlőség megvalósulását az esélyegyenlőtlenségek kiküszöbölését célzó intézkedésekkel is segíti.”

A biztonsági magán személyzet ezzel a jogegyenlőségi állammal szemben éppen az esélyegyenlőtlenségeket növeli, intézményteremtéssel, jogszabályi úton. Ha nem lenne az Alkotmány 70/A. §. (3), akkor csak érdeksérelemmel járna a biztonsági kockázat alacsonyabb szintre történő áttelepítése a magánőrizeti tevékenységgel, de mivel a 70/A. § (3) érvényes eleme Alkotmányunknak, ezért itt expressis verbis jogsérelem valósul meg. Az Alkotmány ugyanis nemcsak normák, hanem jogelvek és jogtételek együttese. Ahhoz tehát, hogy a biztonsági magánőrizet intézményének

¹¹ Pontosan úgy, ahogy ezt Irwin Shaw: Gazdag ember – szegény ember c. neorealista regényében leírta

megteremtése ne legyen alkotmányellenes, vagy törölni kellene az Alkotmányból a felidézett bekezdést, s feledni kellene, mint programot vagy pedig át kellene fogalmazni az ellenkezőjére, s ekkor a jogegyenlőtlenség tényeként mutathatná fel, hogy: “Az állam a jogegyenlőtlenség megvalósulását az esélyegyenlőtlenségek növelését célzó intézkedésekkel is segíti.” Például a közfunkciók azon privatizálásával, amellyel egyfelől jogszabályi úton létrehozta a biztonsági magánszemélyzetek megteremtésének magánjogi lehetőségét, másfelől, amely szolgáltató tevékenység bár legitim erőszak monopóliumot de facto nem gyakorolhat ugyan (egyenlőre), de de iure az erőszakkal való potenciális fenyegetést valósítja meg a hétköznapi élet bizonyos tartományaiban. Végző elemzésben tehát azt állítjuk, hogy *a biztonsághoz való, jogegyenlőségi jogot sérti a vázolt veszély áthárító mechanizmusok létesítésének engedélyezése.*

A helyzet világossá tételéhez vegyünk egy ellenpéldát: mi az ami nem jogi kérdés és hol kezdődnek a jogi problémák. Az, hogy valakinek a gépkocsijában milyen technikai berendezés van, – döntően vagyoni kérdés. Nem lesz jogi konzekvenciája, csak más védelmi szintje egy légzsákos, ABS-es, kipörgésgátlós gépkocsinak, mint az ezeket vagy ezek egy némelyikét nélkülöző autónak. De ettől még a közlekedés egyenjogú tényezői, azonos KRESZ szabályok vonatkoznak rá. A közlekedési balesetek ugyanis olyan véletlen tömegjelenségek, melyeknek résztvevőiről egyfelől nem feltételezhető, hogy szándékosan idéznének elő baleseteket, másfelől pedig azonos szabályok vonatkoznak mindenkire. De ott, ahol a bűnözők magatartásának hatására – tudatos döntéseiken keresztül – az áldozatok kockázata változik meg, a plusz biztonsági szint rétegspecifikus elérhetősége következtében, ott a jogegyenlőség megveszendőbe. Ez pedig *refeudalizáció.*

IV.

A magyarországi helyzetre vonatkoztatva, nemzetállami keretekbe és a minimális állam álláspontjáról gondolta át a magánbiztonsági vállalkozások helyzetét Finszter Géza (Belügyi Szemle 1998/12.). Ő igényesen érvel az államilag szervezett biztonság és a vagyonvédelmi cégek szakszerű és civiljogi konstrukció között életképes párhuzamos,

egymást kiegészítő megoldásának szükségessége mellett. Hiszen egyfelől be kell látni, hogy “kizárólagos állami eszközökkel általános biztonságot nem képes (senki) garantálni”, másfelől a biztonság megteremtésének hatósági monopóliumát olyan etatista hagyománynak fogja fel, amely alkotmányos keretek között nem tartható fenn. (Hogy miért nem, ezt már nem vezeti le.) A legitim erőszak monopólium vonatkozásában pedig különösen az államigazgatás és a büntetőjogi szankciók alkalmazási területén tartja kívánatosnak a kizárólagos állami jelenlétet. Az új helyzetben olyan tanulási folyamattal állunk szemben, ahol mindhárom szereplőnek – az államnak, a tulajdonosoknak és a vagyoni védelmi cégeknek is – tanulniuk kell. Pozíciója szempontjából fontos rámutatni arra, hogy “A vagyoni védelmi cégeknek meg kell tanulniuk, hogy ... képesek legyenek a közbiztonság érdekében együttműködni a rendvédelmi szervekkel, de úgy, hogy saját tevékenységükben hatósági jogosítványokra nem tarthatnak igényt, viszont az emberi jogok tiszteletében a közhatalokkal azonos mértékű felelősséggel tartoznak.” (Belügyi Szemle, 1998/12:6.)

Elismerve, hogy itt nem egykönnyen megoldható elméleti kérdésekről van szó, mégis tennék szerzőnk álláspontjával szemben két ellenvetést. Egyfelől kiindulópontjához, másfelől pedig olyan konzekvenciák tekintetében, melyek végiggondolásától tanulmánya tartózkodott. Nézzük először a kiindulópontot. “A tulajdonszerzés szabadsága és a piacgazdaság áruvá teszi a biztonságot. A sikeres vállalkozások a vagyoniok, a termelőegységek, a készletek, az ipari, a kereskedelmi és a szolgáltatási infrastruktúra olyan tömegű és terjedelmű értékeit hozzák létre, hogy az a tulajdonos által személyesen gyakorolt birtokvédelem lehetőségeivel hatásosan már nem oltalmazható. A gyarapodó magánvagyonok megvédése nem lehet hatósági feladat, minthogy ehhez az államigazgatásként működő rendszer kapacitása nem elegendő, továbbá mert a tulajdonosi jogok ilyen módon sem csorbíthatóak. Az értékek megóvása a tulajdon egyik részjogosítványához, a birtokláshoz tapad. ...

A privatizáció tehát megteremti a biztonsági piac keresleti oldalát. Ezzel egy időben nyilvánvaló lesz az is, hogy a vagyoni őrzés és a személyvédelem olyan szakmaként művelhető, amely eszközeit nem a közhatalomtól kölcsönzi, hanem a tulajdonos szerződéssel átruházott jogosítványaiából alakítja ki. A közjogi viszony

helyére a polgári jogi szerződés lép, a köztisztviselőből vállalkozó megbízott, az ügyfélből pedig a szerződést kötő megbízó lesz.” (Belügyi Szemle, 1998/12:5.)

A kiindulóponttal kapcsolatban azt vetjük fel, hogy minek hoztuk létre a közhatalmat, ha még a minimális állam teóriák szerinti alapfunkcióit is – a közrend és a közbiztonság fenntartása – a magántulajdonból (birtokvédelem, jogos önhatalom) vezetjük le? Ha a biztonsági piac keresleti oldalának megszületése után a kínálat garantálni tudja (tudná) a biztonságot, tehát a magán- és a közbiztonságot együtt, akkor minek a *res publica* dolga, hiszen a biztonsági szükséglet kielégítésének piacosított módja úgy, mint minden más szükséglet esetében, biztosíthatná kielégítésének módozatát, magánjogi konstrukcióval. Finszter álláspontja mögött ez a feltételezés húzódik meg – voltaképpen a Say dogma közterületre való kiterjesztésével, ti., hogy minden kínálat megszüli a maga keresletét –, hogy nincs különbség szükséglet és szükséglet, magán és köz dolga között. Minden privatizálható, a közbiztonság is és amikor ez megtörtént, akkor a szükséglet kielégítés piaci módozata már adekvát eszköz a cél eléréséhez. Az elgondolás ugrópontja azonban téves: a *res publica* nem integrálható zavarmentesen a *res privata*-ba a piacosítás útján.

A fegyverhasználat hazai története – 1971-től napjainkig – sem tanulság nélkül való. Először csak a mezőőrök kaptak fegyverhasználati jogot, hogy a TSZ pénzét a bankba kísérhessék, s ne kelljen a szállításhoz külön rendőrt hívni. Aztán a vállalati rendészek is fegyver kértek és kaptak, saját vállalatuk vagyónvédelmének céljára. Később személyvédelmi célra is kiterjedt a fegyverhasználat. Az 1998. évi IV. törvény óta pedig a magánnyomozón és a személyvédelmen túl, már a *nem* saját vagyónukat védő vagyónügynökségekre (cégeket, üzletrészeket védő funkcióval) is kiterjed a fegyverhasználat. Tehát egyre abszraktabbá, általánosabbá és kiterjedtebbé válik a fegyverhasználó *alanyok* és a fegyverhasználati *jogcímek* (saját pénzvédelem, személyvédelem, más vagyónának vagyónvédelme) köre. Következésképp, egyre nehezebb a jogszerű fegyverhasználat kontrollját megszervezni.¹² Önmagukban véve egyes racionális megoldások, a mennyiségi felhalmozódás minőségbe való átcsapódás okán, összhatásukban irracionális, kezelhetetlen helyzetekhez vezethetnek. Ne

¹² A fegyverhasználati jog alakulására Házi András hívta fel a figyelmünket, az 1999. december 17-i “A közbiztonság-jogbiztonság és a közöttük lévő kapcsolatok” című Rendőrtiszti Főiskolán műhelykonferencián.

nyugtassuk meg azzal magunkat, hogy Amerika még messze van (ahol mindenféle rendű és rangú elmebeteg és 5-14 éves gyerekek is lövöldöznek), mert az út, amire léptünk ide vezethet. A fegyverdemokrácia pedig azt jelenti, hogy visszatérnek az önsegély elvéhez, azaz az államalapító szerződés visszavételéhez, a vadság állapotához.

A következmények tekintetében pedig csak megerősíthetjük az előző fejezetben tett ellenvetésünket, hogy ott, ahol részben a magántulajdonhoz kötik a közbiztonságot, ott valamilyen mértékben fellép a refeudalizáció jelensége. A gazdaság feletti magánhatalom egyesül a közfunkciókkal, s ezzel a polgári társadalom és a politikai állam elválását számolják fel, aminek következtében az erőszakkal való fenyegetés kapcsolódik a hétköznapi élethez. Ami mögöttünk volt, az lesz újra az etalon.

V.

A közbiztonság és a magánbiztonság kettőségének bizonyos következményeit – sajátos konkurencia és modernizációs kényszer kialakulása, elhatárolási problémák fellépése, az emberi jogoknak a megbízó érdekkörén kívül eső érvényesítésére kevésbé érzékeny magánrendőrségek – Szikinger István: “Rendőrség a demokratikus jogállamban” című könyve számba veszi (1998:41-45.). Ő Magyarország vonatkozásában a problémát elsősorban a biztonsági magánvállalkozások szabadsága jogi helyzetének nem kielégítő szabályozásában keresi. Ennek ellenére, amikor a struktúra és funkció megkettőződésnek általános tendenciáinak síkját nézi a hivatalos és a magánrendőrségek kapcsolatának

elemzésében, akkor eljut a “szürke rendészet” (Bob Hoogenboom) veszélyt jelző fogalmához. E szerint szürke rendészet (grey policing) az a rendszer, “amelyben a rendőrség, a különböző felügyeleti szervek és a magánrendőrségek ellenőrizhetetlen, alapvetően informális kapcsolata elmosza a felelősséget, így a rendőrség hagyományos kék színe szürkévé változik. Más országokban végzett kutatások is megerősítették Hoogenboom tételeinek érvényességét és az átláthatatlan rendészeti kooperáció veszélyességét. (Szikinger 1998:43.)”

Mi ennél erőteljesebben kell hogy fogalmazzunk, amikor a köz és a magánhatalom bizonyos refeudális tendenciáit mutattuk fel. Ugyanis nemcsak jogkörök és hatáskörök, következésképpen tevékenységek és felelősségek válnak átláthatatlanná, hanem egyfelől elméletileg az is világossá válik, hogy a *különös szervek* megjelenése és sokasodása *az általános közbiztonsági szerv működésének hatását is lerontja*, s ez akkor is így van, ha a közrendőrségi szervezet önmagában nem túl nagy hatáskörrel dolgozik vagy dolgozott. Képiesen szólva, a szürke zóna tehát a kék melletti fehér és fekete megjelenésének egyenes következménye. Másfelől a még nagyobb bajt a leíró – tehát még csak nem is feltétlenül ideológiakritikai értelemben vett - refeudalizáció, a polgári társadalom és a politikai állam elválasztottságának megsértése okozza.¹³

Ezek után azt a kérdést kell megvizsgálnunk, hogy van-e harmadik lehetőség, vagy az *államilag szervezett rendőrség* és a *magánbiztonsági szervezetek* nem problémátlan dichotómiájában kell-e maradnunk. Harmadik út lehetőségét rejti magában a közösségi rendőrség lehetősége, amely a lokális, helyi társadalomhoz kötődő elemzési szinten vethető fel értelmesen, két formájában. Egyrészt társadalmi önvédelmi alakzatként, másrészt professzionális közösségi rendőrségként (Community Policing).

¹³ Tipizáljuk ilyen helyzeteket és jelenségeket. Ilyen jelenség az, amikor megbízója ingatlanát védő magánbiztonsági Kft. alkalmazottja azon túl, hogy oltalmazza megbízóját, a környező lakossággal szemben erőszakos vagy potenciális fenyegetéssel éri el jogilag megengedett cselekmények magánhatalom általi beszünttetését. (Kutya közterületen, utcán sétáltatása, gyermek megfélemlítése, görkorsolya, biciklizés, zajjal járó játékok játszása stb.). Ilyen jelenség, hogy személyes intimitásuk feladására, felfüggesztésére kényszeríthetnek sporteseményt biztosító magánőrizetek, azon a jogalapon, hogy a jegyvétel polgári jogi aktusával alávetettük magunkat az ő közhasznú motoros tevékenységüknek. Ilyen, nem ritka jelenség, amikor az üzleti kalkuláció modorában, őrző- védő szervezetek felkínálják szolgáltatásaikat olyan boltoknak, amelyek erre – a burkolt kényszerrel való jogellenes fenyegetés nélkül – nem tartanának igényt. Ilyen jelenség, amikor a gazdasági kapcsolatokban erőfölényt fitogtatással befolyásolják őrző-védő vállalkozással rendelkező cégek alárendelt partnereik termelői és/vagy piaci magatartását. Vagy ilyen jelenség az is, amikor az erőszakkal való “látszólagos” fenyegetés is elég ahhoz, hogy jogellenes magatartás hiányában is hátrányt szenvedjen el valaki. Például így volt ez, amikor egy 16 négyzetméteres garázlakást egy vállalkozó megvett, majd saját embereivel megjelent a helyszínen, s az imbecill gyermekével bennlakó anyát a helység elhagyására készítette. (Népszava, 1999. december 13.)

I. Az első forma történetileg változatos módokon nyilvánult meg a vigilantizmus klasszikus, majd modern formáinál. Napjaink úgynevezett komplex társadalmában, ahol a munkamegosztás és szakosodás valóban minden eddigit felülmúló fokot ért el, viszont már nem vagy nem igazán jellemző.

A közösségi rendőrség működése is felvet elvi nehézségeket. Azt, hogy a társadalmi önvédelem formáiként létrejött spontán csoportosulások is átalakulhatnak, s kezdeti társadalmi kötődéseikkel szemben etatizálódhatnak.

Erre a nehézségre hoz példát Michel Foucault, aki a XVIII. századi spontán szerveződések átalakulását jellemzi. E csoportok népi kezdeményezésre vagy legalábbis a kispolgárság körében alakultak ki. A XVII. és a XVIII. századi kvékerek és metodisták azért törekedtek saját közösségeikben az erkölcstelenségek megzabolázására és tagjaik viselkedésének megreformálására, hogy biztosítsák az általuk kívánatosnak tartott rend megóvását – bizonyos értelemben éppen azzal a politikai hatalommal szemben – amely véres büntetőhatalmat érvényesíthetett a társadalom egésze fölött. “A törvény több mint háromszáz esetet nevezett meg, melyben a bitófa volt a büntetés. Ezek szerint a hatalom birtokosainak, az arisztokráciának, a bírósági apparátus urainak nem okozott nehézséget, hogy félelmetes nyomás alatt tartsák az alacsonyabb néprétegeket. A szakadár vallási csoportosulásoknak elemi érdekük volt, kivonják magukat egy ilyen véreskező és fenyegető bírói hatalom hatóköréből.” (Foucault: Az igazság és az igazságszolgáltatási formák. Latin Betűk, Debrecen, 1998:78.)

Itt tehát a társadalmi önvédelem az állami büntetőhatalom önkényével szemben, kisközösségi szinten szerveződik meg, azaz a feudális legalitással szemben a kisközösség önvédelmét és belső moralitásának érvényesítését képviselte. Ahogy azonban megváltozott a XVIII. század során e csoportok társadalmi beágyazódása és rekrutációs bázisa, úgy alakultak át az erkölcstelenségek visszaszorításának szervéből az állami büntetőhatalom védőbástyáivá.

Ezen átalakulás élesen veti fel a moralitás és a legalitás viszonyának alakulását. Ugyanis nem egészen közömbös, hogy milyen moralitás az, ami a legalitáson túlmenően, vagy – mint Foucault fenti példájában – a legalitással szemben lép fel. Itt vagyunk a közösségi rendőrség hatáskörének problémájánál. Teljes körű vagy legalábbis többségi konszenzuson alapuló társadalmi normák léte esetén volna min

orientálódnia az ilyen rendőrségnek. De mivel heterogén közösségek, heterogén társadalmi normái alkotják a modern, plurális társadalom legalitáson túllévő társadalmi normavilágát, ezért a legalitáson túlmenő hatáskörök felvétele, s a hétköznapi moralitások feletti ellenőrzés, igencsak problematikusává válhat, mert jogalap nélküli és jogtalan beavatkozást jelenthet az adott kisközösség életébe.

Ha a társadalmi önvédelem szervezete a demokratikus ellenőrzéstől elszakad, azaz közösség nevében, de annak érdek és értékrendjével szemben lép fel, akkor a látens funkciók könnyen vezethetnek diszfunkciókhoz: helyi vagy regionális kiskirályok szemétdombjainak uralmi eszközévé válhatnak. A kapitalista alapú modernitás mai fokának egyik tulajdonsága éppen az "Organisationsgesellschaft", a szervezeti társadalom. Ez pedig a nem, vagy csak formálisan demokratikus politikai környezet mellett, autoriter politikai kultúrák léte mellett könnyen az ilyen szervezeteknek való egyéni-állampolgári alárendelődést, függést idézhet elő. A társadalmi önvédelem működése tehát sohasem függetleníthető attól a politikai kultúrától, amelyben fellép. Ezért ez a decentralizált, öntevékeny megszerveződésre épülő szervezeti forma, mint az állami és magánrendőrségek dichotomiájából való kiút elvi lehetősége, erősen a helyi közösségek arculata által kondicionált.

II. A közösségi rendőrség – főleg az USA-ban e század utolsó harmadától terjedő – modellje nem keverhető össze a társadalmi önvédelmi mozgalmakkal, mert itt hivatásos, munkamegosztásosan elkülönülő, közhatalmi eszközökkel eljáró rendőri szervezetről van szó – csak éppen működési módjukban igyekeznek a helyi társadalmak feltételeihez, szükségleteihez igazodni. Olyan, a lakossággal való együttműködésre hangsúlyt helyező törekvésről van szó, melyet nemcsak a bűncselekmények elkövetésének mindig utólagos felderítése jelent, hanem a bűn megelőzés, a proaktív tevékenységek felvállalása.

A professzionizált, hierarchikus felépítésű rendőrség társadalomtól elidegenített vonásai leküzdésének kísérlete a Community Policing¹⁴. Azon a felismerésen alapul, hogy kerülendő az erősen centralizált, katonai jellegű rendőrségi

¹⁴ Erről a törekvésről részletesebben lásd Bólyai János tanulmányait: A közösség és a rendőrség viszonya Nagy-Britanniában és az USA-ban. Rendészeti Szemle 1993/2.

A közösségi rendőrség in.: Szociális Szakképzés Könyvtára ELTE Szociológiai és Szociálpolitikai Tanszék-Twins 1994. október

működésmód, mert ez még a lakosság szimpátiáját is gyakran a bűnözők oldalára állítja. A jogsértésekre reagáló bűnüldöző típusú rendőrséggel szemben a közösségi rendőrség együttműködik a lakossággal, s nemcsak információkat gyűjt soraikból, hanem felhívja a lakosság figyelmét bűncselekmények veszélyére: hol, mit, hogyan kellene másképp csinálni ahhoz, hogy ne váljanak áldozattá, szűkítsék az áldozattá válás potenciális körét. Ennek érdekében adnak olyan bűnmegelőzési tanácsokat, melyek a biztonságtechnikai eszközök helyes alkalmazásával kezdődnek, s bizonyos magatartásuktól, helyzetektől való tartózkodással folytatódnak. A proaktív beavatkozással csökkenthető a bűncselekmények elkövetésének veszélye ott, ahol az állampolgárok nem veszik észre, hogy nem kellő gondosságuk, vagy egyenes gondatlanságuk, miként kedvez a bűnözésnek. A gondozatlanul hagyott javak – őrizetlen épületek, félkész épületek, elromlott útszéli autók stb. – egyfelől további állagromlásnak vannak kitéve, másfelől a bűnözők számára az a jelentőségük, hogy szabad vagyoni prédául állnak. Ez az “áldozati központú megközelítés” nemcsak arra jó, hogy csökkentsék az elkövetésre alkalmas helyzeteket, hanem arra is, hogy bizalmat teremtsenek a lakosság körében, s így megalapozzák a további nyílt őszinte együttműködést, ami miatt az állampolgárok hasznos védelmezőjüket, nem pedig elnyomó, politikai ellenőrző, külső fegyelmező erőt fognak látni a rendőrségben. A helyi közösség és a vele együttélő, problémáit ismerő rendőrség interakciója és bizonyos módszerek alkalmazása – lakossági kapcsolatokra épülő járőrözés, figyelőszolgálat szervezés, Neighbourhood Watch, téves vagy előítéletes sztereotípiák korrigálása – tehát a közösségi rendőrség.

A közösségi rendőrség meghonosíthatósága, alkalmazási területeinek, módszereinek nem ellentmondás mentes értékelése mellett is azt kell, hogy mondjuk: a hazai, gyenge lábakon álló, csak spontán, elszigetelt eseteket jelentő kísérleteket érdemes lenne kiterjeszteni és felfejleszteni, mert a rendvédelemben meglévő elvi és gyakorlati problémák súlya indokolttá tenné, hogy a rendőrség tanulmányunkban felmutatott válságából a kiútkeresést ebben az irányba jobban szorgalmazzák.

Kritikai fejtegetéseink célja éppen az volt, hogy egy olyan világban, melyben terjed az erőszak, továbbá terjesztik az erőszak kultuszt, felmutassuk azokat a nem

kívánatos strukturális helyzeteket, veszélyforrásokat, melyeket kedvező esetben talán még mérsékelni lehet.