

Balogh István – Karácsony András
Social Theory in Germany
(Preface, Introduction)*

Preface

The present book, like every comprehensive summary, is a *selection* based on conception and is not without both personal points of view and evaluations, and because of that needs explanation. In the present case, we had to follow three points of selection. The first one of them concerns the (disciplinary) division of the knowledge on society and consists of the questions of the origins, the disciplinary specificities and the self definition of social theory. The second one is the point of view of the internal division of the social theory, therefore we should give an answer to what extent the endeavours, directions and schools in the postwar *German* social theory may be considered particularly interesting as far as their angle of view, topics, terminological constructions and language are concerned. The third direction of the selection, in turn, refers to the recent past and the present of the diverging and immense German social theory: we have to give our reasons concerning the criteria of selection among the authors, topics and schools.

The *preliminary* criteria of selection for the elaboration of the subject – the half century long history of the German social theory – can be justified only by the detailed treatment. It seems to be suitable, however, to outline briefly the main considerations that support the selection adapted. Its more lengthy specification will be carried out by the introductory and, in our intention, short historical summary, which expounds the origins of the social theory, and also by the description of the outline. Before all that, however, we should mention some motives of selection that were followed not because of essential considerations but rather because of necessity or incidence. We should mention, first of all, that the limits of size had to be taken into account as an inevitably important factor, even if not a principle, in the description of the lively German social theory which is almost incomprehensibly rich in topics, schools and publications. This necessity of selection is the main reason why we do not deal with the sociological works of René König in this summary, and why we pay the oeuvre of Ralf Dahrendorf, one of the most influencing personalities in the postwar German sociology and social theory, much less attention than it would deserve. In this summary, we have to

* Balogh István - Karácsony András: *Német társadalomelméletek*. Balassi Kiadó, Budapest, 2000. c. monográfia előszavának és bevezetésének angol nyelvű változata.

ignore entirely the works of the members of a whole generation (for example, Mühlmann, Popitz, Stammer, Plessner), which played an outstanding role in the institutionalization of the sociology in Germany during the fifties, though their oeuvres deserve recognition also from the point of view of social theory. It seems to be even more difficult to justify the missing of the attempt of that school that was called sociology of figure by its initiator, Norbert Elias. We can explain it only by stating that in our opinion Elias' attempts ought to be characterized mainly as falling under social history and sociology first of all. We have also left out of the summary the introduction of the "Heidelberg School" as well as that of the "Erlangen School", and, at most, we just mention the social theory attempts of some of their youngest scholars and researchers (for example, Harold Wenzel, Sigrid Brandt, among others) to give a new interpretation of Parsons. In our hope, these decisions are justified not only by the limits of size, but also by the essential points of view that determine the structure of the book.

As far as the latter, that is, the structural considerations, are concerned, for the time being, we only mention that our purpose was to give a detailed picture of three definite tendencies in the German social theory, and therefore we would like to limit the scope of our work to the tracing of those three tendencies. We are convinced that the three tendencies, which we consider prevailing, are in direct connection with the questions of the social theory of modernity. Consequently, at first we are going to analyse the shift of conceptual accent in the theoretical labor that has been trying to interpret or ground social change, a shift that may be summarized and characterized briefly as a tendency from the revolutionizing of social critique to the institutionalizing of the reform projects. We are describing that shift of accent in the chapters on the critical theory and in those on the problems of law. The connection of the theory of action and the systems theory as well as the constant clashes of the two paradigms form another definite theoretical trend. We give a comprehensive outline of that trend in the chapters on the recent endeavours of systems theory and on the new projects of the theory of action, as well as in the chapters where we describe the main stages and turns of the continuing debate between Habermas and Luhmann. Finally, the third definite tendency is the fundamental change going on in the problematization of the subject and, within it, that of the subject – object relationship, which is meant to be the philosophical and theoretical ground of the Enlightenment tradition; the social theory consequences of that change manifests itself in a radically new approach towards modernity. That process is illustrated by the discussion and the intended overview of the topic of rationality and, within it, those of the attempts of the discourse as well as the argumentation theories.

With the main points being justifiably stressed, it may hardly seem to be acceptable for the ones who have a bit more thorough knowledge on the developments in the German social theory during the past decades, to draw the works of the philosopher Wolfgang Schluchter partially, at least, into the present comprehensive summary. In our opinion, however, the elaboration of Schluchter's

oeuvre in connection with the problem of rationality cannot have been omitted, since Schluchter, leaning on the elaboration and thinking over of the religion sociological works and manuscripts of Max Weber, has been aiming more and more definitely at the grounding of a new synthesis (or paradigm) of a kind of social theory, which can be definitely distinguished from the philosophical tradition.

Beside the limits of size, in some cases the necessary selection was based on other, not less incidental factors. One of them was the attempt to preserve a kind of thematic unity, and another, in turn, was the international or the domestic, German reputation, and a final one was that, as far as the younger scholars, who have published their first or second works only, are concerned, hardly could we talk about definite and long standing schools of research or of theory, however important books those might be.

We also ought to mention finally the undoubtedly incidental but inevitable selection resulting from the limited knowledge and scope of interest of the authors of the present volume. The presence of the latter kind of selection in this summary is really inevitable not at last because of the fact that there are no comprehensive and detailed works on the recent period of the German social theory either in Germany or in Hungary. We can refer to this volume as a first attempt of that kind, and beside the diligent additional investigation on the side of the authors, the opinion and critiques of the readers are indispensable for the work to be carried on.

We are convinced that by the introduction, representation and conceptualization of the crystallization in Germany of the social theory point of view, which is differing from both philosophy and theoretical sociology, we help the Hungarian reader get more closely acquainted with one of the most recent streams of the knowledge on society. At the same time, by the present work, we would like to remember and also to remind the reader of our as a young man departed friend and colleague, Zsolt Papp, because, in our opinion, we are carrying on his initiative and weaving the net of thought he started.

We must acknowledge this time too that both the formation of the idea of the book as well as the elaboration of the different topics in it were immensely helped by the continuing discussions and friendly talks with the possibility of which we were always kindly granted by Professor Richard Münch at his home or at the university first in Düsseldorf and then in Bamberg. We are glad to meet our commitment and express our gratitude for his attention, advices and encouraging remarks. The visits just mentioned that were so important for us, as well as the long studies in Germany were mostly sponsored by German institutions, particularly by the Friedrich Ebert Foundation and the Konrad Adenauer Foundation. We would like to express our gratitude to them and to all the other institutions that provided us with scholarships and supports. We also have to mention that we could not have brought about and finished our many year long work without the support of the Institute of Political Science of the

Hungarian Academy of Sciences and that of the Research Fund of the Academy, or without the continuous discussions and talks with our colleagues.

We have also benefitted from the advices of the colleagues of ours who read the manuscript and helped us make the final version of the text. It is not their fault that inspite of our purpose, we were unable to give it to the readers earlier, and hence we could not thereby guide those interested to the remarkably lively and vivid developments of the German social theory earlier.

the authors

Introduction (Balogh István)

By social theory one can mean different things. The most obvious way to define social theory is to refer to it as comprising all the fundamental theses of the different disciplines that belong to the social sciences, their interrelationships, and also their fundamental methodological considerations. In this way, we will have to realize the variousness of the theoretical grounds of the social sciences, and if we want to carry out the summing up or the generalization of the social sciences that are diverging as far as both their approaches and methodologies are concerned, we would have to define social theory as a *generalizing* metatheory.

Another approach would make us to define social theory within the system of sciences; and then we would examine what kind of specificities can be found if we compare so different disciplines as natural sciences and social sciences and what kind of consequences of those specificities can be found concerning the process, structure and methods of theory building. In that case, social theory should be referred to as a part of the general theory of science. We may finally consider to belong to the scope of social theory all the theoretical constructions that were invented in order to ground and explain theoretically society as a world *sui generis*. In the following, we are going to speak about social theory exclusively in the latter context.

1. Social theory on the way to independence

One can say for sure: the end of the formation of new disciplines is far from being over. Not only in the sphere of the natural sciences but in that of the knowledge on society as well, the process of the formation of new sciences and their integration into the universal system of science are going on. It can be considered to be one of the newest results of the dynamics mentioned that nowadays one can see social theory become independent more and more definitely, a process which is only the completing of some rather long standing tendencies.

Preliminaries in the history of theory: The formation of social theory as a relatively independent realm of the knowledge on society, and its separation from philosophy and sociology are a present day process that has not come to an end yet. That tendency towards independence could be seen more and more definitely since the fifties and particularly in Germany, and is in close connection with the transformations of philosophy and of theoretical sociology. That is, on the one hand, with the continuous attempts of philosophy to find its place and to reformulate itself facing the approaches which question its grounds, and also with the relativity of the results of those attempts. That is, with the process on which Peter Sloterdijk made the following, proper, remark: "Philosophy has been dying for a whole century but, not having done its duty, it is unable to die." (Sloterdijk

1983/I:7). On the other hand, the process of social theory to become independent is connected to the theoretical crisis of sociology. In this regard, we may quote one of the most important works of Luhmann where he writes: "Sociology has got into theoretical crisis. Although the fairly fruitful empirical researches have resulted in the increase of our knowledge, they have not concluded in the formation of a theory that may provide the special researches with unity. As an empirical science, sociology cannot give up its endeavours to match its statements to the facts ... But that is the very principle which hinders sociology in grounding both the specificity of its object of investigation and itself as a scientific discipline" (Luhmann 1984:7). These examples and statements also demonstrates that the dilemmas of the philosophy and the theoretical sociology were those that have repeatedly provided social theory with starting-points and impulses towards its recent attempts to become independent, whose particular problems of approach, methodology and structure we have to return to below.

The recently strengthening process of social theory becoming a separate sphere of knowledge is not a new phenomenon at all. One can trace back its beginnings as far as the Greek philosophy. Namely: the specific issue of social theory was already given a systematic elaboration by *Aristotle* when he claimed that neither the forms of the coexistence and relationships between people (e.g., family, state) nor their institutions (government, law) could be directly deduced from general metaphysical, philosophical, logical principles, they form rather a sphere *sui generis*. For Aristotle, metaphysics and politics (ethics) were to be strictly separated (*The Nicomachean Ethics*). While from the general philosophical doctrine on the tripartite division of soul *Plato* finds deduceable not only the virtues (wisdom, courage, temperance and the overall comprehensive justice), but the doctrine of the social articulation of society as well as the doctrine of the division of labour and other connections between the orders (teachers, soldiers, farmers), and the doctrine on the state itself, in the works of Aristotle, we do not find a deduction of that kind. For him, logic, metaphysics are considered to be the realms of knowledge on the never changeable, from which the realm of politics, containing ethics and economy, should be separated. The latter is a dynamic and changeable sphere under the influence of the human practice, decisions and action. The communities of the people (that is, family and the household community, the village and the polis) are not based directly on general philosophical, metaphysical principles, but on the natural human capability of building community: by his nature, man is a being that lives community life and, by that, is a being that constitutes state, states Aristotle (*The Politics*). Consequently, the social theory of Aristotle – just like his economic theory – is in fact a political theory, the goals and the laws of function of which cannot be directly deduced from general metaphysical considerations (Bayer, 1998).

That performance of the Aristotelian philosophy, which is of decisive importance as far as the founding of an independent social theory is concerned, became overshadowed by its contact with and reinterpretation by the Christian

philosophy even if it was never entirely forgotten. In spite of the Christian philosophy's approach to philosophy (philosophy of religion) and to social theory (political theory), an approach differing from that of Aristotle, and in spite of the (closer) connection between those two realms also differing from the way Aristotle used to apprehend it, the *issue* of the relating the two spheres to each other survived. Thus, speaking of the City of God (*De civitate Dei*), *Augustine* not only claims that the City of the World is founded by a kind of love that is different from the one founding the City of God but also considers the fight of two cities possible, including the possibility of a self-love that may lead even to the rejection of God. Although in his philosophy of law, Thomas Aquinas claims in general terms that human laws should not oppose the divine laws, softening the strictness of the use of that principle, he recognizes that "...the end of the law is not always the common good..." (*Summa Theologica*), and more than that, speaking on the problem of kingdom, he literally repeats the view of Aristotle and defines man as "a political and social animal". Accordingly, Thomas Aquinas, on the one hand, distinguishes the divine wisdom that governs everything, the eternal law (*lex aeterna*), the natural laws (*lex naturalis*) from the human laws (*lex humana*), and refers to the human communities and the specific statutes of governments as the scope of the latter, and does not question, on the contrary, he does claim, the existence of free will. On the other hand, however, in the course of the normative grounding, leading finally to the divine laws, of the rules determining the coexistence of people, and within that attempt in the course of their adjustment to the requirements of the community of Christ, he at least brings relativity into the independent and original grounding of the human coexistence that was aimed at by Aristotle, and that he himself considers so important in defining the nature of man. Whereas the philosophy of the Middle Ages is far from being invariable even concerning the question of the relationship between the eternal divine law and the human community law (e.g., Occam's political philosophy founds the legitimacy of the earthly power on the agreement of the citizens), the first important attempts that the contemporaneous philosophy made towards the independence of the social theory after the return and the renewal of the Platonic thought mentioned above were inevitably accompanied by the loosening and the disintegration of the philosophy of religion. That logic was followed by *Hugo Grotius*, when he laid the direct foundation of the human communities on the natural law in close connection with the human gregarious instinct which man is bestowed with by God in the last analysis but which is postulated directly as an independent principle. Accordingly, the social theory point of view asserts itself in the frameworks of political theory: within the philosophy of religion, beside the power of God and that of the church, the secular powers, because of the necessary recognition of the state, the political philosophy, and finally, within law, the idea of natural law appear as the undeveloped preliminaries of social theory. Consequently, the fact, that although "...politics was neither one of the independent special realms in the universities ... nor was it mentioned explicitly

among the 'seven liberal arts' of the Middle Ages... and, more than that, political theory was not in the center of the theoretical activity, politics was still present as an important topic within the frameworks of theology and jurisprudence" (Miethke 1991: 69-71) has an importance that concerns not only the history of the political ideas and doctrines. It was Machiavelli who, at the turn of the fifteenth and sixteenth centuries, stepped over these frameworks of the approach to politics and, even if limiting his thoughts on the political practice and government, questioned the idea of the inhesion of politics, philosophical ethics and law, the idea that had been maintained since the end of antiquity (Paczolay-Szabó 1984; Lieber 1991; Bayer 1998).

The loosening of the philosophy of religion and, from the seventeenth century on, the rise of the philosophical doctrine of rationalism (Descartes) seem to be, however, only the remote prehistory of the unfolding of social theory. The decisive turn was brought about by *Thomas Hobbes's* empiricism based on mathematics and natural sciences and opposed to any kind of metaphysical consideration as well as by his theory of the state elaborated in the *Leviathan*, the latter resting on the former one. Hobbes is criticized, usually sharply and justifiably, because of his radical empiricism and, mainly, because of his thesis of *bellum omnium contra omnes*. At the same time, however, it is mostly forgotten, that Hobbes, in fact, expounded not one, but two inseparable principles (not historical stages) conditional upon each other, which was followed by consequences of decisive importance concerning the development of social theory until the present day. One of the principles concerns the original, natural conditions: that is the playground of the above mentioned principle of "the war of all against all". The other principle means the end of this natural condition: by the recognition and realization of the necessity of *contract*, a new system of relations and an institution, created rationally by the people themselves, begin to function among the people and become the basic condition for human existence. Although Hobbes does not make it clear, at what extent one may speak about the logical grounding of human coexistence and at what extent one could consider those principles to be "laws of development" that distinguish real historical stages, one thing is certain. On the one hand, those principles *together* interrupt the logical necessity of the philosophical systems that they should arrange their statements and theses on the different realms of reality into a hierarchic order (including society) on the top of which one could find a single principle, idea (e.g., God, reason, absolute spirit) which solves and, at the same time, lays foundation to, the differences and oppositions. On the other hand, by the inseparable principles of *bellum omnium contra omnes* and the contract, Hobbes endeavoured to draw a dividing line between the natural conditions of man – in fact, the nature – and the existence of the human community, a limit deriving from the logic of the human relations themselves and therefore makes superfluous any kind of logical deduction from some transcendental principle. The main point of Hobbes's principles is that man himself creates his world of cooperation and his social-

communal life, there are no laws and norms beyond him. While "...the agreement of these [natural] creatures is natural; that of men is by covenant only, which is artificial..." (*Leviathan*, Part II, Chap. XVII.). Recognizing the importance of the contract as an act that creates a new sphere of reality Locke claims: "...when any number of men have, by the consent of every individual, made a community, they have thereby made that community one body, with a power to act as one body. ...or else this original compact, whereby he with others incorporates into one society, would signify nothing, and be no compact if he be left free and under no ties than he was before in the state of Nature." (*An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Governement*, Chap. VIII, Sections 96 and 97).

The theoretical grounding of the separation from the philosophy of religion differs, however, from the theoretical, scientific justification of the *sui generis* character of the human community. And there is another definite difference between that issue and the historical studies on the origins of society. It is without doubt that Hobbes does not separate these aspects of his theory, he rather considers them identical. One should therefore think it natural that the historical and logical arguments raised against the Hobbesian theory of contract stimulated new investigations and theoretical attempts. Hereby we list the the main directions and types only.

a) *Attempts to correct or to replace the Hobbesian theory of contract.* All the theories, however different and debating with one another they may be, can be considered to belong to this group which refer to the system and the forms of the communal and social relations from a theoretical and methodological point of view as a sphere of reality that cannot be reduced to more basic principles and units, and cannot be deduced from more general principles. In the frameworks of those theories, just like according to Hobbes, society is a reality *sui generis*, the grounds, laws and functioning of which have to be analyzed in themselves but the origins and the continuance of the society cannot be understood on the basis of the principle of contract. The theories of necessity and utility (e.g., Hume, the utilitarianism), of solidarity (e.g., Durkheim), of action (e.g., Weber and certain marxist schools) among others, can be considered to fall under that type.

b) *The theories that recognize the particularity of the cummunal and social relations as a specific shere of reality on the one hand, on the other, however, tend to find the scientific criteria of the knowledge on society in the taking over and adaptation of the methods used by the exact sciences (natural sciences, mathematics).* These "universality theories" interpret society or the knowledge on society as a realtively independent part (cosmos, sciences) of a more general (more universal) overall unit. The schools of the sociological positivism (e.g., Comte, Merton) and some schools of the systems theory (e.g., the theories of social cybernetics) may be considered to come under this category.

c) *The schools, relating to the latter group, of the (re)integration into philosophy after the separation of philosophy and the philosophy of religion from each other.* They refer to society as a specific way of the realization of an absolute

and universal principle. The principle may be either material or spiritual. The social theories of the classical German philosophy (e.g., Kant, Hegel, the philosophical period of Marx and the schools of the Marxist philosophy of history) can be considered to come under this group.

Sociology was without doubt the first, after the political, economic or legal interpretations, to apprehend the realm of sociality, as a system or network of relations among people, positively and in general as sociality (Heilbron 1995). This way sociology brought about a decisive turn again in the history of social theory, since it got beyond the special, single and therefore onesided approach towards human relations. At the same time, however, since the very beginning, in sociology, there has been a contradiction between the above mentioned approach to sociality and the scientific idea and ambition of sociology, which have the model and the methodological views of the natural sciences (the experimental sciences) in sight. The adaptation of the sociality as a point of view means that we found our concepts, and among them, the scientific categories that are to serve cognition, on the relations among people. Consequently, contrary to the experimental or fact-statements of the natural sciences, the basic concepts and statements of sociology are concepts and statements of relation. The increase of that original tension, which can be seen in the recent history of modernity, is on the way to force apart sociology nowadays: the empirical, fact-giving sociology is getting separated from the theoretical problems of sociality drawing a dividing line between itself and social theory that is becoming independent by that process.

The definition of social theory: One could draw two important conclusions on the basis of the tendencies, we have outlined above in its main characteristics, on the basis of the tendencies that demonstrate the way social theory is becoming independent. On the one hand, one can see that the centuries old process of social theory becoming independent has not come to an end even by these days, on the other hand, however, the main cleavages of separation have become distinct. We have to pay a bit more attention to the latter in order to be able to define the essence, history and approach of social theory more closely. In advance, and in order to complete those we expounded above, we could say that as belonging to the group of social theories we refer to the realm of the systematic knowledge and analyses, where the inner and interrelated systems of relations of the human interactions and those of the communities are regarded as the realm *sui generis* of sociality and where, in that framework, questions are raised concerning its characteristics, dynamics, and tensions, those questions are to be answered by hypotheses on macro level, using logical approach as well as empirical references to test them. Thus, in the following, *by social theory* (in singular) *we mean the new discipline of social science that is approaching the definition outlined above. We name social theories* (in plural) *all the theories or certain smaller or larger groups of them that belong to the realm of that discipline. Finally, we give indication of content to the single schools, positions and works* (e.g., systems theory, theory of action).

It is a consequence of the description on social theories given above that the main dividing lines needed for their becoming independent realm of knowledge concern the realms of philosophy, particularly philosophy of society and of history, and of sociology first of all, without breaking the connections and, in some cases, the overlappings. That is why, beside stressing the relative separation, it is suitable to compare social theory with the two other branches of science in detail. Accordingly, social theories, just like the philosophies of society and history, are macro-level theories, whose subject is the system of the social and communal relations, that suppose that the transformations, dynamics and interrelations of the phenomena they consider relevant can be understood only by stepping beyond the realm of the phenomena themselves, in a conceptual system and on a level of explanation and interpretation not deducible directly from the phenomena themselves. In this connection, they follow, explicitly or implicitly, the methodological principle that their empirical objects of investigation, that is, the social facts and data, are not given elementary things but constructions of fact that presuppose theoretical involvement. At the same time, in contrast to the philosophical approach, social theories do not endeavour to interpret the interrelations, contradictions and dynamics of the phenomena as realizations of either transcendental or ontological principles beyond the community. Just the opposite: they also interpret the transcendental or ontological principles as the results of the functioning and activity of the communities and the human interactions. Consequently, the external-normative logic, external to the human relations, cannot be found in the social theories: in social theory, one can regard that kind of logic not as a pre-given thing, not as ultimate principles, but as a historical result, as an attempt to solve problems. That point of view implicitly contains not only the recognition that the social organizations are not without conflicts, but also the acceptance that the contradictions are manageable even if inevitable. Accordingly, in his comprehensive work, Robert Nisbet, among others, defining the tendencies within philosophy towards social theory as attempts of social philosophy, refers to the inevitability of the conflicts as "the incurable essence of the Western social philosophy since its very beginning". Although "...we commonly think of conflict as disintegrative in effect. Only a moment's thought, however, is required to remind us that it is in circumstances of conflict with external forces that almost every social group achieves its highest unity." (Nisbet 1973:5). As far as the approach towards the contradictions and conflicts is concerned, social theories are not far away from the theories of sociology. That is the reason why social theories, not without any basis, have usually been considered, particularly in the early period of the discipline, to be a part of sociology (Heilbron 1995). The fact that, inspite of the common characteristics, social theories are separating from sociology is in connection mainly with the transformation, accelerating during the recent decades, and the difficulties of sociology, particularly with regard to the place, function and characteristics of the sociological theory, namely with the problematic connection

between the empirical research and the theoretical investigations. And, in concrete terms, mainly with the fact that on the one hand, the increasing predominance of the empirical research, due to several political, financial, scientific and other circumstances, as well as its direct practical applicability by itself, decreases the need for theory and the conviction with regard to the reliability of the theories. On the other hand, in close connection with the foregoing, in the framework of the sociological theories, the more and more central role of the micro-macro problem, which includes also the relating of the empirical research and the theoretical analyses into its programme, also narrows the macro-theoretical horizon. The third factor, which is closely connected with all that, is the sharpening methodological contradiction of sociology. The contradiction can be traced back to the unfolding, on the one side, of new, more and more complicated and sophisticated procedures, technics and considerations to help the empirical research find data, whereas, on the other side, the empirical methodological refinement is accompanied by a theoretical simplicity, regarding the nature of the "processed" data, in the course of the elaboration of the interpretative frameworks. In the course of inventing and empirically testing hypotheses and explanatory schemes, after their production, the data *constructed* by complicated procedures more and more difficult to adapt, are referred to as basic and original facts as if they were physical entities. As a consequence, in the frameworks of the empirical sociology, the theoretical questions are being transformed into the methodological questions of the empirical datahunt.

Within philosophy and sociology, the differentiation that leads towards the formation of social theories also appears as a breach from certain traditional topics and doctrines. As far as philosophy is concerned, with regard to the German philosophical tradition, it means firstly the critique of and the transcending both the philosophy of subject and, in connection with that, the issues of epistemology. It is well known that the dissatisfaction with the philosophy of subject, beyond the "great tradition" of social philosophy too, has accompanied the whole history of both the German and the American philosophy since the second half of the nineteenth century (Joas 1980; Habermas 1985; Böhme 1994). At the same time, as far as sociology is concerned, it was the American sociology, where one could see the separation and the breach of the "grand theory", a process not yet come to an end even today, start. In that story of separation, it was Parsons, without doubt, to play the decisive role of initiator: although he steadily regards his own theory sociology, already in the term that designs his programme, he expresses that he wants to do something more. Namely, he refers to his "voluntaristic" theory not as just one of the possible theories but the single possible social theory, which synthesizes the most different attempts (Parsons 1937). Parsons not only considers the sociological theory and the social theory to be connectible but, in the elaboration, he regards them identical in his synthesis on the very high level of abstraction. The later history of the issue of the "grand theory", particularly since the mid-range theories, which are generally considered to be sociological *par*

excellence, were designed as such by Merton (as a matter of fact, against Parsons' "too general and abstract" theory), shows the increasing differentiation. On the basis of the sociological conception of the mid-range theories, Merton drew rather radical conclusions concerning the possibilities of the "classical" theoretical tradition: he simply relegated it in its entirety into the past of the history of theory, into a past that has no actual relevance even if it is not dead (Merton 1949: 35-38).

Bibliography

- Bayer J., *A politikai gondolkodás története*. Budapest, Osiris 1998.
- Böhme, G., *Weltweisheit, Lebensform, Wissenschaft. Eine Einführung in die Philosophie*. Frankfurt/M. Suhrkamp 1994.
- Habermas, J., *Die philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*. Frankfurt/M. Suhrkamp 1985.
- Heilbron, J., *The Rise of Social Theory*. Cambridge, Polity Press 1995.
- Joas, H., *Praktische Intersubjektivität. Die Entwicklung des Werkes von G.H. Mead*. Frankfurt/M. Suhrkamp 1980.
- Lieber, H.-J. (Hrsg.), *Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart*. Bonn 1991.
- Luhmann, N. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt/M. Suhrkamp 1984.
- Merton, R. K. *Social Theory and Social Structure*. New York-London. The Free Press-Collier Macmillan 1949.
- Miethke, J., "Politische Theorien im Mittelalter". In: Lieber, H.-J. (Hrsg.) *Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart*. Bonn. Bundeszentrale für politische Bildung. Bd. 299, 1991.
- Nisbet, R., *The Social Philosophers. Community & Conflict in Western Thought*. New York. Th. Y. Crowell 1973.
- Paczolay P. – Szabó M., *A politikaelmélet rövid története*. Budapest. Kossuth Könyvkiadó 1984.
- Parsons, T., *The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*. New York – London. The Free Press-Collier, Macmillan 1937.
- Sloterdijk, P., *Kritik der zynischen Vernunft* 2 Bde. Frankfurt/M., Suhrkamp 1983.

Cservák Csaba:

Választási rendszerünk a jogösszehasonlítás és a reformlehetőségek tükrében

A választási rendszer fogalma és elemei

A kulcsfogalom meghatározásának – részint a rendszer-fogalom körülhatároló jellegéből, részint a téma további strukturált tárgyalhatóságának igényéből sarjadólag – minden mást meg kell előznie e tanulmányban.

Először is azt szükséges tisztázni, hogy a milyen szélesen vonjuk meg vizsgálódásunk határmezsgyéit. A polgári demokratikus rendszerekben ugyanis a hivatalos állami-hatalmi szervek közül a jogosultak választása révén jönnek létre a népképviselői-törvényhozó szervek és a helyi önkormányzatok, (fél)prezidenciális állammodellek esetén pedig az államfő is így lesz a tisztség letéteményese. Egy adott ország választási rendszerén érthetjük az összes említett tényezőt egyetemen, vagy pedig – szűkebb értelemben – kizárólag a parlament kialakításának folyamatára gondolhatunk. (E dolgozatban kizárólag ez utóbbit vesszük górcső alá.)

Fontosnak tartom kiemelni, hogy a választási rendszerek összehasonlító elemzésének kizárólag a demokratikus államberendezkedés keretei között lehet helye, hisz magának a választás fogalmának szükségszerű előfeltétele a demokratikus választójog és egyéb politikai szabadságjogok megléte. (Az

államszocialista modell bábszavazásait a szó alkotmányjogi és politológiai értelmében sem tekinthetjük választásnak.)

A politológiai szakirodalom egyes új álláspontjai a választási rendszer fogalmát pusztán a *szavazatok mandátumokká transzformálásával azonosítják*. Eme jogtudományi szempontból tarthatatlan értelmezés teljességgel figyelmen kívül hagy olyan lételemű – az előbbivel egybeszerkeződő – tényezőket, mint a *jelölés törvényes feltételei*, a *szavazatok leadásának formája*, valamint a *választókerületek kialakításának szabályai*.¹ Az alkotmányjogi megközelítés ezen paneleket mindenképpen a definíció szükségszerű elemeinek tekinti. Ide tartozhatnak még olyan kérdések, mint a választó és választható állampolgárok körének meghatározása (aktív és passzív választójog), esetleg a kampánynak, szavazás rendjének és a szavazatok összeszámolásának szabályozása, a választás tisztaságának garanciái s ezzel együtt a felmerülő vitás kérdések rendezésének eszközei stb.

A fentiek fényében a választási rendszer fogalmának egyszólatos definíciója úgy szólhat: A választási rendszer a választópolgároknak a népképviselői szerv létrehívására irányuló tevékenységét szabályozó (alkotmányos és törvényi) normák által érintett releváns elemek összefoglaló elnevezése.

Dolgozatomban a jogösszehasonlítás módszerével, különös tekintettel a fölmerülhető finomításokra fogom elemezni a magyar választási rendszer sajátosságait. Mivel egyes kérdések (pl.: választójog) ma már nemzetközi összevetésben úgyszólván egybevágoók, vita tárgyát jelenleg nem képezhetik, továbbiak pedig, jóllehet önmagukban fontosak (pl jelöltség, kampány), a választások eredményére nem *közvetlenül* hatnak, terjedelmi okok által is vezérelve eme dolgozatnak nem képezik tárgyát. A tanulmány „vezérszalagja” a szavazatok mandátummá alakításának menete (beleértve a szavazati struktúrát, a körzetbeosztást, az elosztás algoritmusát stb.), s az így előálló eredmények közötti összefüggés vizsgálata. Külön fejezetet szentelek a gazdag hazai hagyományokkal és széleskörű nemzetközi példával rendelkező, a reformelképzelések között gyakorta feltűnő kétkamarás országgyűlési rendszernek. Ezen célkitűzéseknek az alábbi szerkezeti beosztásban kívánok

¹ Dezső Márta mutat rá erre az elméleti problémára, ld.: Dezső Márta: Képviselő és választás a parlamenti jogban

eleget tenni: a választási rendszerek típusai, a magyar választási rendszer kialakulása, az egyéni, illetve a listás rész külön-külön történő összehasonlító elemzése, választási rendszerünk arányossága és aránytalanságának okai, a kétkamarás országgyűlés lehetősége, s végül a dolgozat zárköveként a már fölmerült és még elképzelhető reformlehetőségek.

A választási rendszerek főbb típusai

Mint a jogösszehasonlítás során minden típusba soroláskor, helyütt is azzal ildomos kezdeni: a tipizálás túlzottan általánosító, torzító lehet, nincs két egyforma megoldás, voltaképp ahány ország, annyi választási rendszer létezik. Mindazonáltal két, történetileg kifejlődött alaptípus egyértelműen elhatárolható: a **többségi** és az **arányos** konstrukció. (Persze a létező modellek messze nem mindegyike sorolható be tisztán e kettő közül valamelyikbe.) Dezső Márta lényegi ismérvek az előbbieket esetében az egyének rivalizálására épülést, utóbbiaknál a pártok versengését tartja.²

E leginkább elfogadott tipizálás léteképp teljességgel megfeleltethető az **egyéni-listás** rendszerezésnek (- értelemszerűen többségi=egyéni és arányos=listás). E 2-2 kategória a gyakorlatban mintegy valóban egylényegű, csupán néhány kivétel akad. Kivételt képez az egyéni jelöltek közötti voksoláson sarkalló *szavazatátruházó arányos* megoldás, mely tehát *arányos, de nem listás*. Egy korábban Franciaországban kipróbált modell pedig arra épült, hogy amennyiben a kerületi *listák* közötti választáson egy párt megkapja a szavazatok több mint felét, az összes megszerezhető mandátumot elnyeri (ez tehát többségi elv), ha nincs abszolút győztes, a mandátumok az arányosság elve szerint kerülnek kiosztásra. („Megerősített PR-rendszer”) Más nézetek szerint az első csoportosítás (többségi, arányos, s elkülöníthetünk még félarányos rendszereket) a szavazatok mandátumokká alakítása alapján történik, emellett létezik a szavazás módjára épülő fölosztás,

² Dezső Márta: Képviselő és választás a parlamenti jogban; 35.o.

s így beszélhetünk egyéni kerületi, pártlistás, valamint e kettőt valamilyen formában kombináló megoldásokról.³

Ezt a problémát egyszerűsíti le az az elmélet, mely szerint a többségi-arányos felosztás a célként követendő vezérelv, míg az egyéni-listás csoportosítás az ezt megvalósítandó eszköz alapján történik. E sorok írója is ezen levezetés mellett tör kelevézt.

Az egyik legkérdeményesebb pont a vegyes rendszerek kérdésköre. Ha abból indulunk ki, hogy minden állam választási rendszere besorolható valamilyik csoportba, akkor az a modell, amely nem kizárólag egyéni kerületi vagy pártlistás szavazáson alapszik, vegyes rendszernek tekinthető, így akár a preferenciás listás és a többmandátumos egyéni körzet is. Ezzel szemben Dezső Márta következetesen azon álláspont mellett tesz hitet, mely szerint **vegyes rendszer** akkor jön létre, **ha a többségi, illetve arányos alaptípust tiszta formájában, egymás mellett alkalmazzák**, tehát egyidejűleg mindkét módon mandátumot lehet nyerni⁴. Létezik olyan fölfogás is, mely szerint nincsenek vegyes rendszerek, csak többségiek vagy arányosak, amelyek csupán abban különböznek egymástól, hogy jobban vagy kevésbé felelnek meg saját elveiknek. (D. Nohlen) A „legszélsőségesebb” elmélet egyenesen azt állítja, hogy a különböző választási rendszerek között nem lényegi, hanem csupán fokozati különbség van, aszerint, hogy mennyire közelítenek az arányossághoz.⁵

Egyéni rendszerek

Történetileg az elsőként kialakult rendszereknek az egyének vetélkedésére épülő többségi megoldásokat tekinthetjük. Ennek magyarázata a modell egyszerűsége : aki az adott körzetben a legtöbb szavazatot kapja, az lesz a képviselő. Látni fogjuk, hogy az arányosságot lobogójukra tűző rendszerekben

³ Id Kovács L. I.: Id. mű

⁴ Ezen elmélet szerint tehát a magyaréhoz leginkább hasonlónak tartott német választási rendszer nem vegyes, hanem arányos (, hisz a mandátumokat a pártlistás szavazatok alapján osztják szét) ! D. M. is oda sorolja. Arányossági mutatója 99% körül mozog, ami persze szintén megerősíti eme kategorizálást.

⁵ Richard Rose politológiai-szociológiai álláspontja

mennyire bonyolult és a közember számára érthetetlen a mandátumelosztás módja, ehhez képest szinte nyilvánvalóságnak titulálhatjuk az említett megoldást. Sokat emlegetett erénye, hogy képes megteremteni a képviselt és képviselő közöttes közvetlen kapcsolatot, részint azért, mert a választópolgár közvetlenül a jelölt személyére szavazhat, részint pedig a képviselő „helyhez tartozása” miatt, a választókerületekben ugyanis lehetőség nyílik a rendszeres érintkezésre, például fogadóórák formájában. Persze az más kérdés, hogy eme nagyszerű elmélet hogyan működik a gyakorlatban...

Szintén e módszer javára írják egyesek, hogy képes szilárd parlamenti többséget képezni, s ekként a kormányozhatóság letételese. Ha azonban egy kicsit elgondolkodunk a megoldás rögtön észrevehetően magában rejti a legnagyobb problémát, jelesül : akár előfordulhat, hogy egy országos szinten jóval népszerűtlenebb párt a szavazatoknak a választókerületek közötti sajátos elosztása miatt megszerzi a mandátumok többségét.

Például, képzeljük el, egy relatív többségi rendszerben A párt 100 körzetből 51-ben nyer, úgy hogy az összes kerületben a szavazatok 30 %-át szerzi meg. (Tehát összesítésben nagyjából 30 %-ot.) B párt 49 körzetben a leadott voksok 60 %-át nyeri el, a többi kerületben 20%-át. (Ez országos szinten kb. 40 %-ot jelent!) Tehát az adott államban egyértelműen támogatottabb párt nem jut kormányzati pozícióba a választási rendszer miatt! (Angliában többször valójában is a kevesebb szavazatot kapott párt szerzett többséget a parlamentben, például 1929-ben, 1951-ben és 1974-ben!)

E rendszer problémáira világított rá Condorcet 1785-ben, és megfogalmazta máig ható tételét : relatív többségi rendszerekben, kettőnél több jelölt esetében csak az tekinthető győztesnek, aki a külön-külön, egymással szemben folytatott versengésben is legyőzné valamennyi vetélytársát.(Ez a „Condorcet-győztes”) E lemma gyakorlati megvalósítását elősegítendő, megalkották az abszolút többségi modelleket, amelyekben az minősül győztesnek, aki megszerzi a kerületi voksok több mint felét. Az abszolút többségi rendszernek is több válfaja ismeretes. (Ezeket majd a magyar megoldás elemzésénél részletezem.)

A listás módszer meghonosodása

Az abszolút többségi rendszereknél is csupán a győztes nyer mandátumot, a többiekre leadott szavazatok mintegy figyelmen kívül maradnak, a mandátumok elosztása tekintetében nem jönnek számításba. Így a reformtörekvések sugárpontjába a XIX. században egyre inkább az arányosság (proporcionalitás – innen a PR-rendszer rövidítés) kérdése került. Nemzetközi konferenciák sora foglalkozott azzal, hogy melyik javaslatot fogadják el a fölmerültek közül.⁶ A versengő listákra történő szavazás első „vasfürdője” az 1889-es belga választás volt, ahol a d’Hont-módszer alapján jártak el. Az ezt követő két évtizedben Nyugat-Európából számos országban hódított teret az arányos rendszer. Ma a világ választási rendszereinek zöme valamilyen mértékben az arányosságot irányozza elő.

Az említett kivételtől eltekintve (ld. A szavazatátruházó módszer) az arányos szisztémák a listás szavazás talpkövére építkeznek. Ennek mellékzöngéjeként általában a következőket szokták emlegetni.

- 1.** A választás személytelen, a szavazó nem közvetlenül egy adott képviselőre, hanem egy pártra szavaz, így a képviselővé válás tekintetében a párton belüli „másodlagos rekrutáció” a döntő, nem pedig a polgárok közötti népszerűség.
- 2.** A választási eredmények általában koalíciókényszert vonnak maguk után, a kormányalakításra a szavazónak nincs ráhatása, hisz amaz a pártok közötti paktum folyamánya.
- 3.** A listás-arányos rendszer nagyfokú töredezettséget okoz a parlamentben, amelynek révén a kormányozhatatlanság kimérája sejlik föl.

⁶ 1864-ben Amszterdamban, 1885-ben Antwerpenben tanácskoztak a téma szakértői, többek között arról, hogy a Thomas Hare vagy a Viktor d’Hont által megalkotott szisztéma a jobb-e.

Mindhárom állítás könnyedén ellentételezhető. Az első a preferenciális szavazatok révén, mely lehetőséget a listás részről szóló fejezetben fejtek ki. A koalíciókényszer azt jelenti, hogy az együttműködni képes (!) politikai erők kompromisszumot kötnek, vagyis egyikük sem sajátíthatja ki a kormányprogram megalkotását, tehát végső soron több választó akarata (is) érvényesül. A harmadik felvetésre a reformokat vizsgáló részben térek vissza, itt csupán annyit erről, hogy például a konstruktív bizalmatlanság intézménye foganatos ellenszer a kérdéses problémára.

Hány szintű a körzetbeosztás?

A listás módszer vonatkozásában elsőként azt érdemes vizsgálni, hány szintű a körzetbeosztás. Léteznek rendszerek (így például a holland és az izraeli), ahol egyetlen választókerületnek tekintik az egész ország területét. Ez az arányosság igen magas fokát segíti elő, ugyanakkor ellene szól, hogy a pártok centralizációs törekvéseinek enged kizárólagos teret, mivel csupán az országos listán történik a mandátumszerzés. Erre dolgozott ki ellenszert a holland választási rendszer, amelyben a képviselői helyeket (szám szerint) országos szinten osztják el, azonban a pártok 19 területi listájának jelölése alapján. („A képviselő az országé és nem a helységé” elmélet szerint azonban a központosulást nem is érheti bírálat.) Ahol körzeteket alakítanak ki, ott általában több szinten történik a mandátumelosztás. A kétszintű rendszerek megteremtik az egyénihez hasonló szoros, választó-választott kölcsönviszonyt és előmozdítják a modell célkitűzéseinek homlokterében lévő arányosítást. E módszernek két válfaját különböztetjük meg : a maradék-átvivő és a korrekciós megoldást. Előbbi sarkköve, hogy az alsóbb szinten nem osztják ki a mandátumokat a legnagyobb szavazatmaradékkal rendelkező pártok között, hanem átviszik a magasabb szintre, és ott részeltetik a bennük valamilyen módszer alapján a pártokat. A korrekciós modellek esetében a felső elosztás csupán az alsóbb körzetek torzításait hivatott tompítani-ellensúlyozni az arányosítás jegyében.

Az *Ausztriában* 1992-ben bevezetett szisztéma sajátos háromszintes mandátumelosztást teremt meg, mégpedig regionális, tartományi és országos szinteken. A Landok szintjén csak az a párt juthat képviselői helyhez, melynek eggyel alább is legkevesebb egy tagja bekerült a parlamentbe vagy elérte országos viszonylatban a szavazatok 4%-át. A harmadik lépcsőfokon csak a már második elosztásban is részt vett listák szerezhettek mandátumot. Az országos kiosztásnál levonják a már megszerzett mandátumokat a pártok részesedéséből.

A *görög választási rendszer* több változata is igen egyedi megoldásnak minősítendő. Olyan (három, illetve négyszintes) maradékátvivő rendszert képez, ahol a szavazatmennyiségek nem, csupán a mandátumok csúsznak feljebb egy-egy fokozattal, vagyis a mandátumok elosztása minden menetben a pártok össz-szavazata (és nem maradék szavazata) alapján történik.⁷

A korlátozott szavazás

A japánban alkalmazott korlátozott szavazás (LV) sajátlagos, félarányosnak is vélelmezhető modellt jelent. E módszer lényege, hogy a szavazás *több* egyéni jelöltre történik, hasonlóan az ún. kislistás rendszerekhez, egy választópolgárnak viszont egy kerületben valamennyivel kevesebb szavazata van, mint ahány mandátumot a körzetben kiosztanak. (Pl. Japánban egy körzetben 2 szavazat és 4-10 mandátum) Hogy ez miért arányosabb, mint a többségiként besorolt kislistás szisztéma? Egy egyszerű levezetéssel belátható. Az utóbbi rendszerben ha egy párt vagy csoport egyértelmű túlnyomósággal bír a népszerűség vonatkozásában az adott körzetben, akkor általában minden támogatója minden szavazatlehetőségét ezen erőknak adja (, a mai pártelvű viszonyok között ez valószínű). Így ezek a jelöltek (mondjuk 25 %-nyi támogatottsággal) mind megelőzik a többieket (mondjuk a 20%-

⁷ Nem nehéz belátni, ez a nagyobb pártoknak kedvez és az arányosságot is óriási mértékben torzítja, egyesek szerint nem is PR-rendszert eredményezve.

os népszerűségüket). Ezzel szemben az LV-rendszerben több mandátum kerül kiosztásra, mint ahány szavazatuk a legnépszerűbbeknek van, ezáltal a másik csoport jelöltjei, ha kevesebb szavazattal is, de képviseltetve lesznek. (Esetleg a kétszavazatos modellben az első kettő A-párti lesz, a második kettő B-párti. Általában ilyen rendszerben a pártok annyi jelöltet indítanak, ahány szavazati lehetőség van, máskülönben egymástól vennék el a voksokat.) Az SNTV (szintén Japán) az LV egyik esete, ahol egy választónak csupán egy szavazati joga van.

A szavazatátruházó rendszer

Az egyének közötti választás és az arányosság erényeit kögíti szerves egységgé a szavazatátruházó módszer, amely Írországban és Máltán használatos. A többmandátumos választókerületekben a választópolgárnak rangsorba állítva annyi jelöltre kell szavaznia, ahányan a körzetben mandátumot nyerhetnek.

- 1.** A szavazás megtörténte után határozzák meg az elosztás alapjául szolgáló Droop-kvótát. Ez úgy jön ki, hogy a választókerületben leadott összes érvényes szavazatot elosztják a megszerezhető mandátumok eggyel növelt számával, majd az így kapott hányadoshoz hozzáadnak egyet. Az a jelölt, akire a leadott elsődleges szavazatok összege eléri a Droop-formulát, megválasztottnak tekinthető.
- 2.** Ha nem lehet ezen eljárás alapján az összes mandátumot kiosztani (ez a szavazatok megosztottsága miatt valószínű), újabb számítás következik. A már megválasztott képviselők szavazólapjait újra elosztják az azokon szereplő másodlagos preferenciák alapján, de csak egy arányszámmal megszorozva növelik meg a másodikként rangsorolt jelöltek szavazatszámát. Az arányszám=
$$\frac{\text{a megválasztott képviselő szavazatainak száma}}{\text{a megválasztott képviselő szavazatainak száma}}$$

a megválasztott képviselő szavazatainak száma - Droop-kvóta

a megválasztott képviselő szavazatainak száma

Akiknek e számmal megnövelt szavazatai elérik a kvótát, mandátumot szereznek.

3. Ha így sem tölthetnek be minden képviselői helyet a körzetben, törlik a legkevesebb elsődleges voksot kapott jelölt szavazatait, s annak szavazólapjait a másodlagos preferenciák alapján elosztják a még be nem jutottak között. Akik így elérik a Droop-kvótát, bejutnak a parlamentbe.
4. Ha még ezen művelet után sem talált gazdára az összes mandátum, a 2. és 3. pont szerint megválasztottak szavazólapjait a másodlagos és harmadlagos preferenciák alapján osztják újra az előbbi módszer szerint. Akiknek ezzel az eljárással jön ki a Droop-kvóta, mandátumhoz jutnak.
5. Ha esetleg még így is maradna kiosztatlan mandátum, az egész metótus folytatódik, amíg kell.

Az arányosság szavatosa, hogy a sokadlagos preferenciák is figyelembe veendők. Bár egyéni választásról van szó, az egyének pártok jelöltjei, és a jelöltek általában tájékoztatják is a választókat, önmaguk után kinek a támogatását tartják kívánatosnak. (A pártoknak célszerű mérlegelni népszerűségüket, és egy körzetben annyi jelöltet indítani, hogy ne rontsák túlzottan egymás esélyeit.) Írországból egyébként a körzeti magnitúdó 3,7, tehát az alacsonyabb preferenciákat ritkábban kell felhasználni. Az ilyen rendszerekben az alacsony magnitúdó azért is ajánlatos, mert ez kevesebb terhet ró a szavazókra.

A német perszonalizált PR-rendszer

Sokan a magyar választási rendszert a némethez tartják leginkább hasonlatosnak, már csak az alkotmányozásra gyakorolt német hatás miatt is. Ezért különösen érdemes részletesen górcső alá venni szabályait. A német rendszer azonban szigorú értelmezésben nem is vegyes, hanem ún. perszonalizált PR-rendszer. Arányos rendszer az eredmények ismeretében is, hiszen az aránytalanság 1% körüli. Arányos (listás) mivoltát az a tény is

alátámasztja, hogy a mandátumok elosztása kizárólag a listás szavazatok alapján történik; a következő módon:

1. A jogosultak két szavazattal élhetnek: az egyéni képviselőre és tartományi listára voksolhatnak. A 328 egyéni körzetben *relatív* többséget elért jelöltek már mindenképp parlamenti hely letéteményeseivé emelkednek.
2. Összesen 656 tagú a parlament, következésképp ennyi mandátumot kell kiosztani. Ez a művelet – legalábbis a számarányok tekintetében – kirekesztőleg a pártlistás szavazatokat veszi alapul. Azon pártok, melyek nem szerzik meg országos összevetésben a voksok legalább 5%-át, vagy nem juttatnak be legalább 3 egyéni képviselőt, kiesnek, szavazataikat figyelmen kívül hagyják.
3. A pártok között a 656 képviselőiséget – a Hare-Niemeyer módszer vezérszalagján – először országos szinten osztják szét, majd az ekképp kiszámított mandátummennyiségekben – szintén a fönntüntetett algoritmusra támaszkodva – a pártok *területi* listáit részeltetik.
4. Az adott tartományban a pártoknak járó mandátum-összmennyiségből levonják az ugyanazon erők által megszerzett egyéni helyeket. A megmaradó mandátumok a területi lista alapján kerülnek kiosztásra.
5. Ha egy párt által elnyert mandátumok száma meghaladja a pártnak a 3. pont szerint járó mennyiséget (hisz az egyéni győztesek már mindenképp képviselők!), a párt a többletmandátumot (Überhangmandate) megtarthatja, ezért a többiek semminemű kompenzációban nem részesülnek, s ezzel növekszik a parlament alaplétszáma. (Erre eddig ritkán került sor.)

Fábián György kimutatása szerint ma formáját tekintve 23 abszolút, 58 relatív többségi, 60 arányos és 29 vegyes rendszer működik a világon.

A választási rendszerek típusainak sorjáztatása után nézzük meg a magyar modell fejlődéstörténetét!

Választási rendszerünk kialakulása és fő jellegzetességei

A polgári modell kialakulása

A magyar választási rendszer fejlődésének átfogó elemzése külön tanulmányt is megérne, s rajta főképp e dolgozatban nem vizsgált kérdések hangja vonulna át, ezért csupán leglényegesebb, témánk tekintetében is elhanyagolhatatlan vázlatpontjait sorjázatom.

A választási rendszer fogalma mai értelmének szükségszerű tartozványa a **népképviseleti választójog, a parlamentarizmus és a képviselőlet polgári felfogása**, melynek sarkalatköve a szabad mandátum intézménye. Ekként a választási rendszer hazai elemzése **1848-tól** történhetik, hisz az ez évi V. **törvénycikk** teremtette meg a fönti alapvetést. Korábban, a rendi monarchia keretei között a megyei *követek* vettek részt az országgyűlés munkájában, akik mandátuma a követutasítás (instructió) révén kötöttségektől volt terhes. Az említettem jogszabály a Magyarországon született vagy honosított, huszadik életévét betöltött, atyai, gyámi vagy gazdai hatalom alatt nem álló, valamely bevett valláshoz tartozó férfiaknak adott választójogot, akik ellen nem indult eljárás.⁸Vagyoni cenzusként egynegyed telek birtoklását vagy 300 forint értékű városi ház tulajdonjogát, illetve évi 100 forintos jövedelmet szabtak, de az értelmiség egyes tagjai és a legalább egy segédet foglalkoztató iparosok *mentesültek* ezen megkötések alól. Az 1874. évi XXXIII. tc. ráadásul szigorította a jogosultságot a városi polgárok ingatlantulajdonával és az adóhátralékkal kapcsolatban. Természetesen a **választás egyéni körzetekben történt**. A szavazók körének kiterjesztésére irányuló kísérletek az 1918. évi I. néptörvényben értek célt, *mely megteremtették az általános*

⁸ Ezzel a lakosságnak csupán 5-7%-a lett választójogosultsága az első világháborúig, s az országgyűlés szociális összetétele sem sokban tért el a korábitól. A fő különbség, hogy nem a születési előjog volt a szavazás feltétele.

választójogot és a listás rendszert, azonban a Tanácsköztársaság zavaros időszakában ezek alapján választásra nem került sor.⁹

A listás rendszer megjelenése

Az 5985/1919. ME rendelet révén a lakosság mintegy 40 %-a lett jogosult a voksolásra. A feltételek: 24 év betöltése, legalább hat éves állampolgárság és fél esztendő helyben lakás, nőknél írni-olvasni tudás. A Horthy-korban később tovább szigorították az előírásokat.¹⁰ 1922-ben bevezették az Európa-szerte egyre inkább elterjedő **lajstromos rendszert**, és visszaállították az előző esetben eltörölt nyílt szavazást. Az **1925:26 tc. először szabályozta átfogóan** a választási rendszer fő kérdéseit. (Itt említendő meg, hogy 1925-ben újra működni kezdett a Felsőház.) Sajátos módon a törvényhatósági jogú városokban arányos, a többi területen abszolút többségi modell érvényesült.¹¹ 1938-ben érvényesült először a plurális választójog, a hagyományosan konzervatívabbnak ítélt vidéki lakosságot **ugyanis kétszeres szavazati jogosultságban részesítették** (, az egyéni mellett ők is szavazhattak listára.) Az egyéni kerületekben a győzelem feltétele **40%-nyi** voks elérésére lett, igen **különös relatív többségi** rendszert teremtve meg.

Az 1945: VIII. tc. a világháború után *még* a demokrácia erénytükre volt, ugyanis megteremtette az **általános, egyenlő, közvetlen és titkos választójogot** és a községenkénti szavazást. A voksolás – az arányosság jegyében – **lajstromokra** történt. Az országot *16 kerületre* osztották, egy mandátum megszerzéséhez a kvóciens (sajátnemű módon előre meghatározottan) 12000 szavazat volt. Főntartottak 50 helyet az országos listák számára, a mandátumok elosztása az országosan összesített szavazatok alapján történt. A korhatár 20 évben történt meghatározása eredőjeként a lakosság 60 %-a lett választójogosultság birományosa. Az 1947:XXII. tc. (a

⁹ Az 1919. évi XXV. néptörvény is ugyanezeket a célokat tűzte ki.

¹⁰ A Lex Bethlen (1922) például már tíz évi állampolgárságot, két éves helyben lakást, lakás tulajdonlását, négy elemi elvégzését, nőknél 30 év betöltését szabta feltételül. A későbbiekben ezek szigorodtak, ld. Erről nagyon részletesen Mezey Barna (szerk.): Magyar alkotmánytörténet, A népképviselői választójog fejezetét (266. old)

¹¹ A listás rész a Hare-módszerhez hasonló kvóciensre (összes voks/megszerezhető mandátum) épült.

kizárások és a jelölések diszkriminatív szabályozásán túlmenően) meghonosította a **prémiumos rendszert**. A szavazatok 60 %-ának megszerzése a mandátumok 80 %-ának, a 75 % elnyerése pedig az összes (!) parlamenti helynek megszerzését vonta maga után¹². A hányados 14000-re, az országos lista kerete 60 főre emelkedett. Ekkor először a **kerületi töredékszavazatokat is összeadták** az elosztás során.

A kommunisták teljes hatalomátvételével a választás fogalmának megcsúfolásaként csupán egyetlen listára (!), az MDP uralta Magyar Függetlenségi Népfontra lehetett voksolni. Az államszocializmus berendezkedéséhez híven sem a politikai erők, sem az egyének közötti választásra nem nyílt mód. Az egyéni kerületi rendszer 1966-os bevezetése legfőljebb formális reformnak tekinthető.¹³

A rendszerváltás hatása

Már a „lassú átmenet” folyamán, 1987-ben születtek a választási rendszer reformját előirányzó tervezetek, az MSZMP 1988-as pártértekezletének egyes felszólalói is ennek hűrjait pengették. Az igazi áttörést azonban természetesen az **Ellenzéki Kerekasztal** megalakulása jelentette, melynek egyik sarkköve – a politikai rendszer átalakításának kezdeteként – persze épp a fenti kérdés volt. A BM által kidolgozott tervezet vitaalapként való elfogadása mellett, a **Nemzeti Kerekasztal** (tehát az állampárt, a reformerek és a „harmadik oldal”) az I/3. számú bizottság feladatává tette a reformjavaslat végleges kifejezését.¹⁴ Az MSZMP a tisztán egyéni rendszer (300 fős, egy 50 helyes kompenzációs országos listával kiegészítve) mellett

¹² Hasonló prémiumos rendszer ma is ismeretes. Például a paraguayi választási rendszerben a győztes párt eleve megkapja a mandátumok 2/3-át, a többi helyet arányosan osztják el. Koreában 244 képviselőt közvetlenül választanak, 38-at jelölhet a győztes párt, 37-et a többiek. Máltán a győztes négy prémiummandátumot kap. (A köztudatban egyébként gyakorta az él, hogy a hatályos magyar rendszerben a győztes párt megkapja a küszöb alattiak mandátumait.)

¹³ Csak 1985-ben indulhattak először nem hivatalos jelöltek.

¹⁴ E bizottság tagja volt az új pártok delegáltjaként Torgyán József, Áder János, Tölgyessy Péter, Balsai István, az állami vezetés (BM) révén Tóth Zoltán, az OVI későbbi vezetője, a szakmai oldal részéről pedig például Kukorelli István. Erről bővebben ld. Kukorelli István: Az alkotmányozás évtizede (Négy választás Magyarországon)

kardoskodott, hisz ennek révén a (várt) relatív többségű győzelem a mandátumok tekintetében abszolúttá növelhető. Az EKA sem volt először teljesen egységes. Az SZDSZ egy tisztán egyéni modell hívének mutatkozott. A történelmi pártok közül például az FKgP és a KDNP a tisztán listás megoldás mellett tett hitet.¹⁵ A feladat az volt, hogy a kormányozhatóság talpkövének felépítésével egyetemleg a visszarendeződés ellensúlyait, a demokráciát sáfároló intézményrendszert is megteremtsék. Végül mintegy összesítve elképzeléseiket, az egyéni-listás helyek egyenértékűségét támogatták. A „harmadik oldal” a kétharmad egyéni, egyharmad listás arányt vélte üdvösnek. A kerekasztal szeptember 18-i plenáris ülése adta áldását a mai rendszerre, jóllehet ekkor még 152-152 egyéni és megyei listás, valamint 70 fős országos kompenzációs helyet irányzott elő. Ennek háttérében az áll, hogy a kialakulatlan népszerűségi hagyományok okából a pártok nem tudták fölmérni esélyeiket, ezért előre biztosítékokat kerestek vereségük esetére, hasonlóan a kormányzati rendszer intézményeihez.¹⁶ A többségi elemek a kormányozhatóság előmozdítását szolgálták. A tervezetek különböző mértékű (1-8%) bejutási küszöböket javasoltak, megakadályozandó a parlament „weimarizálódását”. *Ekkor ez a sok, kialakulóban lévő, alig-alig ismert párt miatt reális aggodalom volt.* Az egyéni képviselőnek az új rendszerben a bizalmatlanság légköre, és az ismert, népszerű személyeket körülengő közbizalom fontossága adott jelentőséget. Ezek jegyében 22 módosító indítvány született.

Az országgyűlési törvényjavaslatok monnal a kerekasztal szövegezését képezték le. Az „utolsó rendi országgyűlés”¹⁷, hasonlóan az 1848-as névadóhoz, végül némi vonakodás és viszonykodás-vitatkozás után, a matematikai arányok csekély módosításával, 286 igen, 20 nem szavazattal, 24 tartózkodás fogadta el, s október 30-án kihirdették az 1989. évi XXXIV. törvényt.

¹⁵ Érdekes módon a fentiek ellentétben állnak azon Dezső Márta által megfogalmazott ténnyel, mely szerint Nyugat-Európában a szocialista-liberális pártok a listás, a konzervatív erők az egyéni rendszer hívei (ld. Wiener hiv. tanulmányát)

¹⁶ Erről a kérdéstről *A magyar kormányzati rendszer* című dolgozatomban szóltam részletesen.

¹⁷ Kukorelli István

A létre hívott felépítés minden megközelítés szerint **a vegyes rendszerek** iskolapéldája: egyéni és listás úton egyidejűleg lehet mandátumot nyerni. Az országgyűlés létszáma **386 fő**. A **listás mandátumszerzésen belül is két szint** különíthető el: **területi (152 hely) és országos (58 hely)**. A képviselőségért való harc tehát három fronton folytatódhatik, a választópolgárok **azonban csak egyéni képviselőre és területi (azaz megyei vagy fővárosi) listára szavazhatnak**. Az országos helyek betöltése – nemzetközi összehasonlításban igen sajátos megoldást képezve – a területi és az egyéni töredékszavazatok alapján történik. Az országos lista tehát kapcsolatot teremt a két „ág” között, ezzel **kompenzációs vegyes rendszert** alkotva, ellentétben az ún. „árok-rendszerrel”¹⁸, melynél a többségi elv alapján szerzett mandátumokat nem veszik figyelembe a listás elosztásnál.

E vázlatos áttekintés után nézzük át részletesebben a mandátumszerzés útjait!

Az egyéni rész egyetemes összevetésben

A magyar választási rendszerben, mint látni fogjuk, igen jelentős szereppel bír a többségi képviseleti rész. Nézzük meg ennek egyes elemeit, a jogösszehasonlítás tükrében!

A körzetbeosztás

¹⁸ Mirjana Kasapovic-Dieter Nohlen: Választási rendszerek és rendszerváltás Kelet-Európában. Az árokrendszerbe tartozik eszerint például az albán, a litván, a horvát és az orosz megoldás.

- A hatályos jogszabályok az ország területét **176 egyéni körzetre** osztják. Hozzávetőlegesen 60 000 lakosonként kell egy választókerületet létesíteni. Eme vezérelv mellett járulékos szempontként figyelembe veendő az alábbiak: a választókerületeknek teljes egészükben a megyék, a főváros, illetve a helyi önkormányzatok határain belül kell elhelyezkedniük, nem vághatják át az említett közigazgatási egységek határait. Ez a megszorítás nem vonatkozik a fővárosi kerületekre; például Budapest XIII. kerületének egy része a hetedik, másik a tizenkilencedik, harmadik pedig a huszadik választókerület „alkatelemét” képezi. Tekintetbe kell venni még a körzethatárok meghúzásánál a nemzetiségi, vallási, történelmi sajátosságokat, egyéb tradíciókat – ez természetesen mindig viták kútforrása, hisz valamely értéknek az említettek közül mindig csorbát kell szenvednie. (Finnországban érdekes módon kifejezetten a választások céljából osztják föl az állam területét, de megkötés, hogy a kisebb területi egységeket ne darabolják szét.) **A választópolgárok egyenletes eloszlása** tekintetében a gyakorlat igen jelentős problémákat tükröz: a legkisebb választókerület a fővárosi 31. számú körzet (31 746), a legnagyobb szintén Budapesten található, a 18. (58 774). Eme számottevő különbség egy tisztán egyéni modellben már nem állná meg a helyét az igazságosság ítélőszéke előtt. Itt szeretnék utalni arra a kérdésre is, hogy egy párt támogathat több jelöltet is egy körzetben¹⁹, több körzetben viszont nem indíthatja ugyanazon személyt²⁰.

Az abszolút többség elve

- A képviselők megválasztása **abszolút többségi** rendszerrel történik. Az abszolút többségi rendszereket a relatív többségi modell visszasságainak orvoslására alkották meg. (Ehelyütt csupán emlékeztetek a választási

¹⁹ Természetesen saját esélyeit rontja ezáltal, hisz híveinek szavazatai megoszlanak

²⁰ Ez nem mindenhol honos szabály, például az indiai többségi rendszerben egy jelölt több körzetben is indulhat.

rendszerek típusairól írt fejezetre, az elveszett szavazatok és a „Condorcet-győztesség” problémájára.) *Borda* elmélete szerint az objektivitás és igazságosság letéteményese az lenne, ha a választópolgárok a körzet valamennyi jelöltjét rangsorolnák, s az így kialakuló sorrend (a rangorszámok összesítése alapján) határozná meg, ki lesz a képviselő. A sok jelölt miatt e parlamenti választásokon soha ki nem próbált megoldás kicsit nehézkesnek tűnhet, azonban igen erősen figyelembe veszi a sokadlagos preferenciákat, s előmozdítja az „igazságos”, kompromisszumon sarkalló képviseletet. Hasonló elvi alapon áll az Ausztráliában honos *alternatív szavazási rend*, melynél szintén rangsorolni kell a jelölteket. Ha az elsődleges preferenciák alapján nincs abszolút győztes, az így utolsó jelölt szavazólapjain lévő másodlagos preferenciákat hozzáadják a többiek szavazatszámához, aztán, ha kell, a harmadlagosakat is, s így tovább, amíg valaki el nem ér a voksok 50%-a fölötti eredményt. (Kicsit emlékeztet e módszer a szavazatátruházó rendszerekre, a legfőbb különbség talán, hogy itt nem lehet szó arányosságról, hisz csupán egyvalaki juthat mandátumhoz.)

Abszolút többségi rendszerek, relatív többség

- A már említett abszolút többségi rendszereknek is két válfaja ismeretes. Az egyiknél a második fordulóban az első kör első két helyezette indulhat el, s 50%+1 voks szükséges a mandátumszerzéshez. Ez az ún. **abszolút-abszolút többségi** modell, melyet inkább csak közvetlen elnökválasztásokon alkalmaznak. Az **abszolút-egyszerű többségi formulánál** a második fordulóban csupán egyszerű többség kell a győzelemhez, s értelemszerűen több jelölt indulhat, azonban rendszerint a pártalkuk okozta visszalépések folyamányaképp már csak az első kettő indul el ténylegesen. *A magyar megoldás ez utóbbi rendszert követi.* A tapasztalat azt mutatja, hogy az első fordulóban legalább 40%-ot elérő jelöltek a második körben is megőrzik előnyüket a sok távolmaradó szavazó miatt, a 30%-kal vagy kevesebbel vezetők végső diadalában az

döntő tényező, hogy miként alakulnak a másodlagos preferenciák. (Körösényi)

A relatív többségi rendszer mellékszöngéiről már volt szó, esetleges létjoga a hazai alkalmazás tekintetében azért merülhet föl, mert már a választások előtt összefogásra, nevezetesen közös jelöltek állítására sarkallja a pártokat, így átláthatóbbá teszi a szövetségi viszonyokat. Ez – az egyidejű listás szavazás okából – méltányosabb a választókra nézve, hisz mérlegelhetik, kedvenc pártjuk mellett kinek a sikere mellett „serkenkedjenek”.

A jelenlegi rendszerben is van lehetőség közös jelöltek állítására.²¹

Érvényesség és eredményesség

- A forduló **érvényes**, ha azon a szavazásra jogosultak több mint fele részt vett, **eredményesnek** akkor tekinthető, ha a győztes jelölt abszolút többséggel nyer. Ez utóbbira a többpártrendszer keretei között nem akad gyakran példa,²² hisz nálunk a körzetenként hozzávetőlegesen 8-10 jelölt alaposan megosztja az erőviszonyokat; a kevésbé népszerűek legalábbis szavazatokat „vesznek el” az esélyesektől. Ha az első fordulóban nincs győztes, második körre kerül sor. Ekkor már csupán a jogosultak 25 %-ának részvétele az érvényesség alapvető feltétele. Ebben a menetben az első fordulóban az élen végzett első három jelölt szerepelhet, és még az, aki a szavazatok 15 %-át megszerezte. A tapasztalat azt mutatja (mind a magyar, mind az európai), ilyenkor gyakori, hogy a szövetséges csoportok visszaléptetik egymás javára esélytelenebbnek vélt jelöltjeiket, így nem ritka (sőt), hogy a második fordulóban csak ketten vesznek részt, általában az előző kör első két helyezettje. A választópolgárok ily módon

²¹ A választójogi törvény viszont – ellentétben a közös- és kapcsolt listákkal – nem mondja ki, hova számít be a közös képviselő töredékszavazata.

²² Az 1998-as választásokon egyedül a fideszes Rapcsák Andrásnak sikerült bejutnia az első fordulóban.

kifejezésre juttathatják másodlagos preferenciáikat, vagyis azt, hogy esetlegesen először támogatott jelöltjeik kiesése után kit látnának legszívesebben a parlamentben. (Ez az alternatív többségi rendszerekben már az első fordulóban megtörténik.) Ehelyütt fontos megjegyezni, hogy a később elemzendő **küszöb nem érinti a** megszerzett mandátumot, a győztes – pártjának bejutásától függetlenül – mindenképpen bejut a parlamentbe.

•

A körzeti magnitúdó

- Arra az evidenciának tűnő tényre még nem utaltam, hogy **körzetenként 1 mandátum** szerezhető. (Szaknyelven: egy a körzeti magnitúdó.) A többségi rendszereknek ez semmiképp sem szükségeszerű velejárójuk, például a klasszikus angol többségi rendszerben a kétmandátumos körzetek voltak jellemzőek, ekkor a jogosultak két egyéni jelöltre szavazhattak. E századév közepén is előfordult egyes országokban (pl.: Anglia, India, Kanada, USA) néhány (!) *többmandátumos körzet*, miközben a választókerületek nagy részének lakossága csupán egy képviselőt küldhetett a parlamentbe. Ez a megoldás – bár egyes fölfogások máshogy tartják – nem arányos, hanem többségi struktúrának tekinthető. (Dezső Márta szerint a magyar önkormányzati választásokon alkalmazott, és néhány francia reformjavaslat által tervezett kislistás rendszer szintűgy.) A körzeti **magnitúdó nálunk tehát egy**, így a körzetnagyság szempontjából elemzendő kérdés (ellentétben a listás résszel, mint ott látni fogjuk) a kerületek lakossága. Egyéni körzetekre épülő rendszereknél az „igazságosabb”, kifejezőbb képviselet előmozdításának záloga az, ha minél kevesebb lakosa van egy körzetnek. (Ez levezethető a képviselet kevésbé közvetettségéből, illetve abból is, hogy a nem annyira népes körzetekben kevesebb szavazat vész el.) Magyarországon tehát hozzávetőlegesen 60 000 lakosa van egy választókerületnek. Hogy ez sok vagy kevés? Németországban 328 körzet van, tehát alig kétszer több, mint nálunk, szemben a lakosság nyolcszoros többségével (mintegy 240000 állampolgár

/kerület), Angliát 635 egységre osztották (potom 90000 lakó körzetenként, pedig itt nincs is listás szavazás), Indiában közel 1000000 személy választhat egy képviselőt, egy klasszikus demokráciamodellben, az Amerikai Egyesült Államokban 435 körzet esik a (elmúlt évtizedek átlagai alapján) hozzávetőleg 270 millió állampolgárra.

A független képviselők

- Az egyéni rendszer tagadhatatlan erénye napjaink pártelvű világban, hogy teret nyit a *pártoktól **független képviselőknek**, esélyt teremt*, hogy a társadalom mintegy más törésvonalak mentén is képviseltetve legyen – legalábbis elméletileg. A tapasztalatok alapján megállapítható, hogy a választók az egyéni szavazásnál is voltaképp a pártokat keresik¹⁷. Ennek tolmácsjegye, hogy a pártok egyéni és listás szavazatszáma között nincs lényegi különbség.²³Az első demokratikus választás során **6 egyéni jelölt** szerzett mandátumot, 1994-ben **egy sem** (!), legutóbb is **csupán egyetlen**: Kupa Mihály. Az 1990-es „siker” is magyarázatot érdemel, függetlenként indult ugyanis több ismert politikus is, akik hovatartozásáról a választók meg lehettek győződve.²⁴ „A kerekasztalnál megálmodott dualista szavazati jog tehát nem jött be. A választópolgárok döntő többsége mindkét szavazatával a bizalmat ébresztő pártokat kereste, másodlagos szempont volt a jelölt személye.”²⁵ Ez a tendencia nem csupán a függetleneket, hanem a kis pártok képviselőit is sújtotta. A többségi rendszerű országok nagy hányadára egyébként a kétpólusú pártstruktúra jellemző, ahol általában a „két nagy” jelöltje közül kerül ki a győztes.

Helyi kötődés vagy pártkötöttség?

¹⁷ Kukorelli István

²³ Dezső Márta is hasonló megállapítást tesz.

²⁴ Például Németh Miklós volt miniszterelnök, Maróthy László exminiszter, Nagy Sándor, a SZOT főtitkára stb.

²⁵ Kukorelli István

- Az egyéni képviselő mellett érvelésnek mindig talán legállékonyabb talpköve a választottnak a körzethez való kötődése és a szavazókkal történő közvetlen kapcsolatteremtés lehetősége. A visszahívhatóság intézményét a magyar jog nem ismeri, így a választópolgárok „ráhatási lehetősége” meglehetősen gyenge. Az esetleges képviselői fogadóórák csupán „aranyfüstöt” jelentenek: a parlamentbe beszavazott politikusok az országgyűlésben fegyelmezett pártkatonaként tevékenykednek. A **jelöltek körzetükhöz való kötődése is megkérdőjelezhető**, különösképp, ha összevetjük ugyanazok szereplését a megyei listákon²⁶. Megállapíthatjuk, hogy jó néhány esetben teljesen eltérő körzetben indulnak a két szavazási ágon. Az egyértelmű pártkötődésű szavazók *választási lehetősége* nagyon behatárolt, főképp a második fordulóban; *véleményem szerint csekélyebb, mint a preferenciás listák esetében.*

Az egyéni kerület rendszer tehát, mint láttuk, nem mindenben teljesítette az elvárásokat, s ebből, valamint jelentős torzító hatásából (ld.: az erről szóló fejezetet) sarjadólag átgondolásra szorul.

A listás rész elemzése nemzetközi összehasonlításban

²⁶ Jól szemlélteti az említett jelenséget az FKgP szavazási stratégiája a legutóbbi választásokon. Torgyán József pártelnök például a Mátészalkai egyéni választókörzetben indult, miközben a fővárosi listán szerepelt. Pokol Béla a budapesti 3. körzet mellett a Borsod-Abaúj-Zemplén megyei listavezető, Lányi Zsolt a fővárosi 15.választókerületben indult, s a Veszprém megyei listán került a parlamentbe, Béres Béla neve a budapesti 8-as számú OEVK mellett a Szabolcs-Szatmár-Bereg megyei „lajstromon” szerepelt. Kötődésük mindegyik területi egységhez kimutatható, azonban az eltérő helyek amellett szólnak, hogy nem forrtak össze teljesen a képviselői hellyel. EZ a tendencia a pártok nagy részénél megfigyelhető.

A magyar parlamenti helyek többségének betöltése a listás rész révén történik, amely két pilléren sarkallik: a területi és az országos lista nyújt lehetőséget a mandátumszerzésre. A választópolgároknak viszont csupán a területi listára kell szavazniuk (az egyéni mellett persze), az országos helyek elosztásának alapja a töredékszavazatok száma. „Alapállásban” előbbi úton 152, utóbbi „mellékösvényen” 58 jelölt juthat be az országgyűlésbe. A képviselőjelöltek egyetemleg szerepelhetnek egyéni körzetben, területi és országos listán, s az egyéni mandátum elsőbbséget élvez ama tekintetben, hogy a már így parlamentbe jutottak nevét törlik a listákról, s a sorban mögöttük álló veendő figyelembe. Ugyanez vonatkozik a területi és országos lista viszonyára is.

A listás rendszereket (illetve a vegyes felépítésűeket, már csak azért is, hisz klasszikus vegyes rendszer meglehetősen kevés létezik) az alábbi szempontsor figyelembe vételével ajánlatos elemezni: a rendszer szintjei és jellege, a küszöb, a választókerületek kijelölése és nagysága, a szavazati struktúra (egy vagy többszavazatos stb.), a szavazatok mandátumokká alakítása – általában, illetve ezzel összehasonlítva hazánkban.

A rendszer szintjei és jellege

- Választási rendszerünk listás része igen sajátos helyet foglal el a nemzetközi jogösszehasonlítás palettáján. **A kétszintű rendszerek** közül a lehetséges maradék-átvivő, illetve korrekciós modell közül a mandátumkiosztás vonatkozásában okvetlenül az első halmazba sorolandó, azonban az egyéni választókerületekben felhalmozódott töredékszavazatok figyelembe vétele az országos szinten egyértelműen a kompenzáció csillámköve, s egyben egy igencsak különös és ritka modell megteremtője.

Összesen – és mindenképpen – 210 mandátumot osztanak ki a listák révén. Ebből főszabály szerint 152-t e területi listákról, 58-at az országosról. Az

elosztás módszerének sajátosságai miatt (ld.: az utolsó pontban!) azonban előfordulhat, hogy nem sikerül az összes helyet betölteni a megyékből és a fővárosból. Ilyenkor a ki nem osztott mandátumok mintegy „fölcúsznak” az országos listára. 1990-ben 32, az 1994-es választások alkalmával 27, 1998-ban pedig 24 többlet keletkezett ily módon a felsőbb szinten.

Az országos mandátumokat a nem hasznosult (tehát mandátumot nem eredményezett) egyéni és területi listás szavazatok arányában osztják föl a pártok között. Ebből következően az egyéni kerületekben és a listákon jól szerepelt pártok az országos listáról kevés helyet szereznek. A győztes MDF 10, az MSZP 7, a Fidesz szintén 10 képviselőjelöltjét juttatta be e módon. A kompenzációs szerepről azonban „meg kell jegyezni, ha a lista valóban arányosító funkcióval bírna, a „túlgyőztes” pártok már nem juthattak volna újabb mandátumokhoz.²⁷

A küszöb

- A listás elosztásból (mind területi, mind központi szinten) kizárólag az a párt részesedhet, amely eléri országos összesítésben a (megyei) pártlistákra leadott **szavazatok 5%-át**²⁸. Az e **küszöb** alatti pártokat a mandátumosztáskor figyelmen kívül kell hagyni. (Tehát a közhiedelemmel ellentétben nem a győztes párt kapja közvetlenül ezek szavazatait !) Ez a megkötés az egyéniben elért eredményeket nem érinti.

A küszöb célja hivatalosan: megakadályozni a parlament fragmentálódását. A kis pártokat igencsak súlytó szabály sokak ellenérzését kiváltja, de a **3/1991. (II. 7.) AB határozat** kimondta: a küszöb **nem alkotmányellenes**, mert „azt a célt szolgálja, hogy a törvényhozásban csak

²⁷ Ld Dezső Márta: A választási rendszer életképessége és anomáliái. A fenti, mások által is megfogalmazott reformjavaslat lényege, hogy az országos lista helyeiből csupán a megyei listás és egyéni eredményeikhez képest alulprezentált pártok részesedhessenek. Hasonló a véleménye Szoboszlai Györgynek is.

²⁸ Egyes rendszerekben (pl.: egy korábbi NSZK-beliben) a küszöböt választókerületenként értik. Eme modellben egy regionálisan népszerű párt, országos szinten hátrányos pozíciója ellenére is mandátumot nyerhet, viszont a bizonyos körzetekben küszöb alatti támogatottság az adott körzetben esetleg megszerezhető mandátumokat és az országos összesítésbe beleszámító töredékszavazatokat is megsemmisíti. A magyar megoldás nem „jutalmazza” az egyéniben jól szereplő pártokat sem.

tényleges társadalmi támogatottsággal rendelkező erők vegyenek részt”.²⁹ Hasonló korlátozások nem ismeretlenek a nemzetközi gyakorlatban. A sok szempontból példának tekintett Németországban 5, Lengyelországban, Csehországban és Horvátországban szintén ennyi, Ausztriában (a landok szintjén) 4, Romániában, Szlovákiában és Spanyolországban 3, Albániában 2, Dániában és Izraelben 1.5-3 % a küszöb. Igazán elgondolkodtató, hogy (az átlagos választói aktivitást figyelembe véve) mintegy 250-300 000 szavazó támogatása **társadalmilag elhanyagolhatónak tartható-e**, úgy hogy véleményét még egyetlen képviselője révén sem tudja kifejezni³⁰... Az ilyen mértékű bejutási határ egyébként indokolatlan egy vegyes rendszerben, ahol az egyéni ügyis elegendő stabilizálója (ún. erősítője) a struktúrának, létjoga inkább egy tisztán arányos modellben lenne. ³¹

A pártok választási szövetségének alkotmányjogi vonatkozása **a közös listaállítás** lehetősége.³² Azonban véleményem szerint az erre irányuló szabályozás lényegében funkciótlan, hisz kettő vagy három párt összefogása esetén a küszöb 10, illetve 15 %, tehát a szövetség épp lényegi célját nem éri el, szinte semminemű könnyítést nem jelent³³. A cseh választási rendszer ezzel szemben, az 5%-os alapküszöb mellett két politikai erő közös listája esetén 7, hárompárti koalíciónak 9, négy- vagy több erő egyesülésének 11 % minimális elérését szabja feltételül, tehát könnyítést jelent az összefogás esetére. A francia választási rendszer (1951, 1956) nagy találmánya **az apparentement**, mely a pártlisták összekapcsolásának lehetősége a közös listaállítás nélkül. A már említett „megerősített PR-rendszerben” a választókörzetekben az abszolút többséget szerzett lista az összes mandátumot elnyeri. Ha ilyen nincs, az abszolút többséggel rendelkező apparentement „visz mindent”, ha ilyen sincs, a

²⁹ Dezső Márta összegezte így az AB-határozatot

³⁰ Az említettem AB-határozat idején 4% volt a korlát, a rossznyelvek szerint a parlamenti erők a MIÉP és a Munkáspárt kizorítása végett emelték föl az 1994-es választások előtt.

⁵ Szoboszlai György említi ezt meg, de a terület egyéb jeles kutatói sem túlzottan lelkes hívei a küszöbnek.

³² Szoboszlai szerint a küszöb egyetlen pozitív eleme, hogy a kis pártokat összefogásra sarkallja, s ezáltal a szélsőségesnek tartott, másokkal együtt nem működő pártokat háttérbe szorítja.

³³ Legföljebb egy nagy párt vihet be a parlamentbe egy (vagy több) kisebbet. Nyilvánvalóan csak akkor kerülhet erre sor, ha a nagyobb biztos bejutó, még a közös lista esetén is. (Tehát egy 10% körüli pártnak kockázatos egy 1%-ossal összefogni, mert közösen sem bizonyosan átugorható a küszöb.)

módszer átalakul arányos d'Hont formulává, melynél a kis magnitúdójú körzetekben szintén nagy előnyt jelent az összefogás. (E reform a „kompromisszumkész”, összefogásra képesebb középpártok érdekében született, akik a kisebb erőknek kedvezőtlen mandátumelosztás miatt így tudták fölvenni a versenyt a szélsőséges, illetve annak tartott pártokkal, a kommunistákkal és gaullistákkal.)

Az 1989-es választójogi törvény a közös és a kapcsolt listaállításra is módot ad. A törvény nem definiálja pontosan a fogalmakat, de a megnevezések magukban hordozzák a tartalmat. Előbbi esetében több párt közösen állítja össze a megválasztandó képviselők sorát, a szavazólapon pedig egy helyen szerepelnek, míg utóbbinál pedig külön, viszont szavazataikat összesítik, s így határozzák meg mandátumaik számát, amit voksaik arányában osztanak ki a szövetkezett pártok között (ennek jelentősége a rendszer kis pártokat sújtó jellegében áll, emellett a kevésbé szoros, a pártok különállását élesebbet tükröző szövetkezésre teremt módot). A kissé félreérthető törvénytörzset 1990-ben a 233. BH értelmezte, eszerint a küszöb a *kapcsolásban részt vevő* pártokra külön-külön is vonatkozik. Az 1997-es törvénymódosítás (talán az egyértelműség jegyében is) átfogalmazta az érintett részeket, az előbbi szabályt viszont kiterjesztette a *közös listaállításban* részt vevő pártokra is! Ezen pártok külön szavazatszámát az érintettek által országosan egységesen tett nyilatkozatnak megfelelően, ennek hiányában egyenlően kell megosztani³⁴. (Utóbbi esetben persze a küszöböt elért közös lista tagjai automatikusan szintén elérik a szükséges határt.) A módosított törvényben a 8. § (5) bekezdésének bb) pontja szerint, ha a közös vagy kapcsolt lista egyik tagja a küszöböt önmagában nem éri el, kiesik, s úgy kell tekinteni, mintha a kapcsolásban vagy közös listaállításban részt sem vett volna.³⁵

³⁴ Viszont ennek úgyszólván csak elvi jelentősége van, hisz a közös listát a pártok nem feltétlenül a megállapodott arányszám szerint állítják össze. A megosztás úgy nyeri el értelmét, ha az mindenképp biztosítja a lista összes tagjának bejutását (5%-át) külön-külön is.

³⁵ Nem szavazta meg viszont az országgyűlés azt a javaslatot, mely szerint az így kieső lista mintegy „magával rántja”, kiejti a másikat, tehát a küszöböt önmagukban elérő párto(ka)t is.

A gyakorlatban viszont nehezen képzelhető el, hogy mi lesz az így kiesett párttal, mert a közös listán nem jelölendő meg, ki hová tartozik, tehát voltaképp a be nem jutó szervezet képviselői mandátumot szerezhetnek.

Homályos a törvényszöveg ama tekintetben, lehet-e egyes megyékben más-más párttal közös listát állítani, ugyanis a szöveg szerint *országosan összesíteni csak az ugyanazon pártok által azonos módon összeállított listákat lehet*. A korábbi szabály viszont úgy rendelkezett, az eltérő összeállítású megyei listák esetében a szavazatokat a pártok megállapodásának (ennek hiányában egyenlő) arányában kell külön-külön számításba venni a százalékos határ megállapítása tekintetében.³⁶ E sok kérdés persze azért vetődhetik fel, mert a 3 lezajlott választás során sem közös, sem kapcsolt listaállításra nem került sor, tehát az értelmezésnek nem alakulhatott ki gyakorlata.

A választókerületek kijelölése és nagysága

- A (területi) választókerületek beosztása a nemzeti történelmi hagyományok hordnokára, a megyerendszerre építkeznek: a 19 megye, illetve a főváros jelenti a körzeteket. Az egyes választókerületekben szerezhető mandátumok száma igen alacsony, ennek problémájára dolgozatom későbbi szakaszában részletesen kitérek. A körzetekben elnyerhető parlamenti helyek számának meghatározása *előre* történik. Ennek kiemelése azért fontos, mert egyes országokban (pl.: Szlovákiában) csupán a választási eredmények ismeretében állapítják meg az elnyerhető mandátumok számát. Ezen megoldás mellett szól, hogy egyes megyékben eltérő lehet a választók aktivitása, így a magyar rendszer szerint lehetséges, hogy egy passzívabb területen *kevesebb jogosult akár több jelöltet* juttathat az országgyűlésbe, mert a körzet lakossága több. (A mi megoldásunkban az az elmélet nyilvánul, hogy a távolmaradók is kifejezik akaratukat, úgy szavaznak, hogy egyik politikai erőt sem választják.) A körzetenként

³⁶ A kérdést azért vetem fel, mert a dőlt betűs szöveg alapján nem egyértelmű, az összesített küszöb szigorú szabálya csupán az országosan egységes közös listákra vonatkozik – ami nyilvánvalóan logikátlan és igazságtalan, vagy pedig arról van szó, más-más pártok által közös listákat megyénként felállítani nem lehet. Az OVB értelmezése szerint más-más pártokból összeállított közös listára nincs, arra viszont van mód, hogy egyes megyékben legyen, másokban ne legyen közös lista

megválasztható képviselők szélsőségei az 1989. évi XXXIV. tv melléklete szerint:

Budapest	28
Pest megye	14
Borsod-Abaúj-Zemplén megye	11
.....	
Nógrád, Tolna, Vas megyék	4

A többi kerület megszerezhető mandátumai valahol középen, 5-6 körül szóródnak. Mint látni fogjuk, a választókörzetekben elnyerhető mandátumok csekély száma választási rendszerünk aránytalanságának egyik kútforrása. Az arányos mandátumelosztás szavatosai a sokmandátumos körzetek. A holland és az izraeli rendszer az egész országot egyetlen választókerületnek veszi. A német és a dán modellben ugyan vannak tartományi listák, azonban a szavazatokat először országosan összesítik, kiszámolják a pártoknak „osztályrészül jutó” mandátumokat, majd ezeket osztják el a tartományok listái között. A nemzetközi gyakorlatban ismert, nagyobb területű regionális listák bevezetése – az EU régiókban való gondolkodásának vezérszalagja mentén – ésszerűen fölmerülő javaslat.

A szavazati struktúra

- A szavazati struktúra szempontja arra a kérdésre ad választ, hogy a választópolgárnak **hány szavazatot kell leadnia és hogyan**. Léteznek **egy-** illetve **többszavazatos** rendszerek. Utóbbiakon belül megkülönböztethetjük a *preferenciális, a szavazatok kumulálására lehetőséget adó, valamint a szavazatok megosztását is ismerő modelleket*. Az elsónél a választópolgárnak lehetősége van a megadott pártlistán módosításokat tettelezni, az általa kedvelt politikusokat valahogy megjelölni. A második esetén a szavazó egy jelöltnek – bejutását fogyanatosabban elősegítendő – további többletvoksokat adhat. A harmadik

pedig a fönnerintett lehetőségeket különböző listák jelöltjeire nézvést is megnyitja.

A **preferenciás módszerek** színeképe igen tarka a szavazók módosítási joga tekintetében. *Ausztriában csupán 1, Olaszországban 4 preferált személy jelölhető meg. Svájcban és Luxemburgban a szavazatomegosztás is lehetséges, oly módon, hogy minden választópolgárnak annyi voksolási lehetősége van, ahány mandátum kiosztható az adott körzetben, s ezekben eltérő pártok jelöltjeit is részeltetheti. Nyugat-Európa legtöbb országában mára már elfogadottá lett a választópolgároknak a listák összeállításába való beleszólási lehetősége, Belgiumban például csaknem 50%-os az ilyen szavazatok hatásának aránya, szinte csak a német rendszer nem ismeri ezen intézményt, ott az egyéni körzetek pótolják a személyek közötti választást.*

A rendszerváltások után kifejecesedett Kelet-Közép-Európai rendszerek némelyike is ismeri a „flexibilis”, rugalmas listák módszerét. *Lengyelországban a választóknak a pártok területi listájáról egy nevet kell kiválasztaniok, s ez számít egyetemleg pártok közötti választásnak is. Hasonló ehhez a szlovén modell, melyben a választókörzeteket egyéni körzetekre osztják, s az egyéni jelöltek egyben a listák jelöltjei is, a választók pedig a képviselőre történő voksolással választanak pártot is.³⁷ A mandátumokat a listák szavazataránya alapján osztják szét, s azok a jelöltek nyernek mandátumot, akik saját listájukon a legtöbb szavazatot kapták. Csehországban és Szlovákiában is alakíthatják a szavazók az előzetesen megadott sorrendet. Minden választópolgár megjelölhet 4 olyan személyt a listákon, akit különös tekintettel szeretne a parlamentbe juttatni. Preferenciás szavazatokkal akkor lehet mandátumhoz jutni, ha a körzetben a választóknak legalább 10%-a élt a preferálás lehetőségével, s az adott jelölt a pártjára leadott szavazatokhoz képest legalább 10%-nyi ilyen voksot megszerzett. Ausztriában ugyanez a szabály, csak az egy*

³⁷ Nézetem szerint eme modell, mivel adott párt különböző jelöltjei közöttes választásra lehetőséget nem ad, nem is preferenciális arányos rendszer, hanem inkább a német perszonalizált PR-rendszerekkel eshet hasonló tekintet alá.

mandátumhoz szükséges szavazatok fele vagy az adott pártra leadott voksok 1/6 része a preferenciális mandátumszerzés feltétele.

Az európai tapasztalatok azt jelzik, hogy általában ritkán változik a preferenciás szavazatok révén a pártok által előzetesen megadott sorrend, mégis elvi jelentőséggel bír, hogy tér nyílik az egyének közötti választásra is az arányos mandátumelosztás mellett. Így nem csupán a pártokon belüli „másodlagos rekrutáció” dönt a képviselői helyekről. Eme modell, úgy vélem, megteremti az egyéni és listás rendszerek erényeinek elegyítésével az igazságos, mindkét irányból (arányosság és közvetlenség) elfogadható mandátumelosztást.

A magyar választási rendszerben a kötött listákon való változtatásra, preferenciális szavazatok leadására semminemű mód nincs.

A pártok domináns szerepe abban is kifejezésre jut, hogy a listás képviselő mandátumának megszűnésekor a párt jelölheti ki az új képviselőt. Egyetlen megkötés, hogy az illetőnek már a választások idején is rajta kellett, hogy legyen a listán. (Hogy hányadik helyen, az teljesen közömbös.)

A szavazatok mandátummá alakítása

- A szavazatok mandátumokká való átforgatása a szavazópolgárok körében kevésbé ismert, mégis a választási rendszer egyik urdallópontja. A képviselői helyek ugyanis az egy körzetben elnyerhető mandátumok (legalábbis a szavazatokhoz képest) kis száma miatt nem oszthatók el teljesen a pártok arányos részesedése alapján. (Hogy is lehetne egyszerűen a részarányok alapján elosztani 5 mandátumot, mondjuk egy 60, egy 40 és egy 30 ezres szavazatszámot elnyert párt között?) Az arányos elosztás módszere tehát szükségszerűképp valamely érdek sérelmét idézi elő, s hogy melyikét, azáltal az egész rendszert döntően befolyásolja.

A mandátumok listák közötti arányos elosztásra szolgáló módszerek két fő csoportba sorolhatók, miszerint a **legnagyobb átlag, illetve a legnagyobb maradék elvén sarkallnak.**

Az első metódus „anyamódszere” a **d’Hondt-módszer**. Ennek lényege, hogy egy táblázatot alkotnak, melynek egyik tengelye a pártok által megszerzett szavazatok száma, a másik pedig a pozitív egész számok halmaza. A pártok szavazatszámát elosztják a fenti (1,2,3,4 stb) osztóssal, majd az egész táblázatból nagyság szerinti sorrendbe állítják a kijövő számokat. A mandátumokat aszerint osztják ki, hogy az így kijövő számok kihez tartoznak. Egy ötmandátumos körzetben, egy 60000(A), egy 28000(B) és egy 12000(C) szavazatot elnyert párt között ezen eljárással az A pártot 4, B pártot 1, a C-t 0 mandátumban részesítik. A **Sainte-Lague módszer** ugyanez, csak a $(2n-1)$ osztóssal végrehajtva a műveletet. A különbség: A párt csak 3, B 1 és C is 1 mandátum osztályrészesévé válik. *Már ebből megállapítható tehát, hogy a Sainte-Lague módszer a kisebb pártoknak kedvez, mert az első mandátumhoz való hozzájutást könnyebbé teszi a többi osztószám megemeléseivel.* Ezt ellensúlyozandó alkották meg a módosított Sainte-Lague-formulát, mely az első osztónak 1.4-et vesz.³⁸

A **Hare-módszerek** az egy mandátum elnyeréséhez szükséges szavazatszámot határozzák meg először, majd ez alapján osztják el a helyeket. A kvóta: a körzetben leadott érvényes szavazatok/a megszerzhető képviselői helyek száma. A pártok voksainak számában ahányszor ez megvan, annyi mandátumot szereznek. Az **LR-Hare rendszerekben (a legnagyobb maradék módszer)** az összes mandátum gazdára talál, ha az első körben ez nem sikerül, akkor a pártok maradékszavazatainak sorrendje az elosztás alapja. A fenti példánál maradva, A párt 3, B és C 1-1 parlamenti székkel tudhat magáénak ezen módszer szerint. A Hare-féle metódusnak különféle módosításait is létre hívták. A Hagenbach-Bischoff-formula könnyebbé teszi a mandátumelosztást, mert osztóként a (megszerzhető mandátumok száma+1)-et használ.³⁹ (Svájcban alkalmazzák és egy változatát

³⁸ Az elmélet kialakította még ezen módszercsoport oltványait, pl. az egyenlő arányok módszerét, melynél a $0 \times 1, 1 \times 2, 2 \times 3$ szorzatok négyzetgyökei jelentik az osztókat.

³⁹ A kvóta $100000/6=16666.7$, így az elosztás az előzővel megegyező. Nagyobb terület esetén a tapasztalat szerint arányosabb eredményt produkál a hagyományos formulánál.

hazánkban). Az Imperiali-formula kettőt ad a kvóta meghatározásakor a nevezőben szereplő mandátumszámhoz.⁴⁰

A legnagyobb átlag módszerek közül a legkevésbé arányos eredményt a d'Hondt módszer hozza létre, a gyakorlatban a Sainte-Lague eljárásnak csak a módosított válfaját alkalmazzák. Az Imperiali-rendszer a d'Hondt-módszerhez hasonló eredményeket hoz létre. A legarányosabbnak az LR-Hare algoritmust ítélnék.

A **magyar** választási rendszer egy pontosan seholy másutt nem másodolt módszert alkalmaz⁴¹. **A mandátumelosztás alapja az első körben a Hagenbach-Bischoff-formula.** A mandátumelosztás *második körében azonban az a párt is mandátumot nyerhet, amelyik rendelkezik a kvóta kétharmadnyi értékével.* Ha így sem sikerült az összes hely elosztása, a megmaradó mandátumok felkerülnek az országos listára, tehát a legnagyobb maradék módszere nem érvényesül, a magyar megoldás nem LR (legnagyobb maradék)-rendszer. Ebben a modellben tehát „már nem a támogatottság mértéke dönt, hanem az, hogy a mandátumot még nem szerzett párt szavazatszámja nagyobb-e vagy a már mandátumhoz jutottak maradékvoksa”.⁴² Találónan úgy lehetne minősíteni az elemzett módszert, mint a "**korlátozott legnagyobb maradék módszert**", hisz a második körben voltaképp itt is a „maradék” a mandátumelosztás talpköve, csak hogy ez a **maradék minimálisan a kvóta kétharmada.**

Megoldásunk tehát **a kétharmadot elérni képtelen kis pártokat sújtja,** számos megyében ugyanis a szerezhető 5-6 mandátumból kiindulva ~10% a fenti minimum. Az országos listán elosztható helyek jóval csekélyebb számából következőleg a fenti elosztási mód az aránytalanság egyik legmélyebb kútforrása. Az országos elosztás a szintén a nagyobb politikai

⁴⁰ A kvóta 14285,7, így A-nak 4 mandátum jut! Ez is megerősíti: az egy időben Olaszországban alkalmazott Imperiali-kvóta folyamánaképp nagyobb az aránytalanság. A megerősített Imperiali-formula 3-at ad a mandátumok számához. A Hare-Niemeyer-metódus szerinti elosztás azt akadályozza meg, hogy a szavazatok abszolút többségét elért párt ne kapja meg a mandátumok abszolút többségét. A teljes kvótaértéket elért pártok közötti elosztás után így a második körben az első mandátumot a szavazatok több mint felét elérő párt kapja.

⁴¹ A belga módszer hasonlít a miénkhez.

⁴² Ld.: Fábrián György-Kovács László Imre: Az arányosság újabb dimenziói. A szerzőpáros kiemeli a maradék-és töredékvoksa közötti különbséget. A maradékszavazat az elsődleges mandátumelosztás során fel nem használt szavazatok száma, töredékszavazat pedig a végső eljárásban a megyéből továbbvitt érték.

Véleményem szerint a megállapítás kicsit félreérthető, hisz a legnagyobb maradék elve szerint sem az erőssorrend döntene, hanem szintén az, hogy a már mandátumot szerzett párt maradékszavazata, vagy a még nem bejutott párt szavazatszámja nagyobb-e.

erőknek kedvező, főntebb részletezett d'Hondt-módszerrel történik. A fenti kérdésre az arányosságról és a reformokról szóló fejezetben visszatérünk.

Választási rendszerünk arányossága és az aránytalanság okai

A magyar választási rendszer, mint az előzőekből kiviláglik, formáját tekintve a **vegyes rendszerek** iskolapéldája, „nem arányos, de arányosító elemeket is tartalmazó kombinált rendszer.”⁴³ Vajon a konkrét eredmények fényében is ezen megállapítások helytállóak? Nézzük meg gyakorlati példák, számítások segítségével!

Az arányosság mérése és a magyar eredmények

- Az arányosság – tömören szólva – a leadott szavazatok és a parlamenti összetétel közötti eltérés. Arra a kérdésre ad választ, hogy a mandátumok elosztása mennyire felel meg a választók akaratának. Mérésére módszerek sokaságát dolgozták ki, ezen eljárásokban más-más tényezők hatása hangsúlyosabb. Ilyen metódus például a Loosemore-Hanby-, a Rae-, a legkisebb négyzetek-, a Sainte-Lague- és a d'Hondt-index.⁴⁴ A leginkább elterjedt, s a melléköngéi ellenére talán a legkifejezőbbnek ítélt módszer a **Loosemore-Hanby** mérőszámot veszi alapul. Ennek menete, hogy összehasonlítják a pártok által elnyert szavazatokat a megszerzett mandátumaik arányával (pártonként), majd az így kijövő különbségek

⁴³ Dezső Márta: A magyar választási rendszer meghatározó vonásai

⁴⁴ Ld. Ezek részletes leírását: Michael Gallagher: Arányosság, aránytalanság és választási rendszerek.

összegét osztják kettővel. Gondot okozhat, hogy egyes rendszerünknel fogva kérdéses lehet, mit tekintünk a pártok által megszerzett szavazatszámoknak. Pusztán a pártlistákra leadott voksokat, esetleg hozzáadva az első fordulás egyéni eredményeket, netalántán a második körét is? Mivel a második körben a visszalépések eleve irreálissá tennék a számítást, az első fordulás eredmények vonatkozásában pedig az egyéni és listás szavazatszámok között (mint már említettük) nincs számottevő különbség, az áttekinthetőség és egyszerűség céljától vezérelve a pártpreferenciákat tisztán mérő megyei listás voksokat teszem patikamérlegre. (ld. A táblázatokat!)

- A számítások önmagukért beszélnek, választási rendszerünk arányossága a többi országgal egybevetve a legrosszabb! A magyar eredményekből kinyilvánodik, hogy 1990-ben és 1994-ben a győztes párt volt igencsak felülreprezentálva, s ennek mértéke rontotta le igen jelentősen az indexet. A kutatók közül néhányan úgy vélekedtek két választás után, hogy ha a struktúra változatlan marad, „akkor várhatóan mindig lesz egy párt, amelyik – az egyéni kerületi választások megnyerése révén – komoly előnyt fog élvezni.”⁴⁵ **Az 1998. évi választások azonban rávilágítottak ama összefüggésre, hogy nem föltétlenül egy párt lesz felülreprezentálva, hanem akár több is, ha népszerűsége és annak szerencsés területi megosztása folyamányaképp jelentős számú egyéni mandátumot képes elnyerni.** Ekkor a végső győztes Fidesz, leküzdve listás hátrányát, az egyéni eredményekkel kerekedett az MSZP fölébe, de látható, hogy kicsivel több egyéni mandátum elnyerésével (nem sokon múlt) az utóbbi is jócskán aránytalanabb sikerrel büszkélkedhetett volna.
- *Gallagher* reálisabbnak és szemléletesebbnek ítéli a természettudományokból jól ismert **legkisebb négyzetek módszerét**, mely a nem annyira érzékeny a pártok számára, s a kevés nagy különbséget jobban figyelembe veszi, mint a sok kis különbséget, hisz ha például 10 pártnál egy-egy százalékos eltérés mutatkozik, az nem eshet egy tekintet alá azzal, ha ugyanezen 10% egyetlen erő aránytalanságaként jön létre.

⁴⁵ Kovács László Imre: Voksok és mandátumok

*Ezen módszer inkább választásonként, globálisan méri az aránytalanságot, mint pártonként.*⁴⁶ (Ez utóbbi tényező a magyar választási és politikai rendszer sokpártisága miatt különösen fontos.) A legkisebb négyzetek indexe: a pártok szavazat- és mandátumaránya különbsége négyzetének összege, osztva kettővel, és az egészből négyzetgyököt vonva. Mint a táblázatból kiszínlik, ezen számítási metódus szerint is a sereghajtók közé tartozunk. (Bár 1998-ban javult az eredmény.)

- Kovács László Imre egy sajátos számítást használ: a pártok által elnyert mandátumok százalékát elosztja az ugyanazok által kapott szavazatok százalékával. (A megszerzett szavazatokba mindkét egyéni forduló eredményeit számításba veszi.) A számítás záróakkordjaként kivonja a legkisebb hányadost a legnagyobból. Az így kapott együtthatók segítségével elemzi a választási rendszerek arányosságát, s arra a megállapításra jut, hogy a magyar eredmények középúton helyezkednek el a többségi angol és az arányos osztrák között. A konkrét adatok tehát voltaképp egybevágnak a rendszer formájával.⁴⁷ (A többi mérőszámhoz képest kedvezőbb eredmények részint arra vezethetők vissza, hogy a parlamentből kiszorult pártok eredményeit nem kerültek számításba, részint pedig arra, hogy a küszöböt átlépő politikai erők egyike sincs kimagaslóan alulreprezentálva, így a számítás alapját jelentő különbség nem annyira jelentős.)
- Fábián György az országgyűlésből kirekedt pártokra érzékeny mutatót említ tanulmányában. Az „r” kvóciens az effektív választási pártszám és az effektív parlamenti pártszám összefüggését vizsgálja, s nemzetközi jogösszehasonlításban számottevőnek titulálható 40%-os arányt eredményez, például a küszöböt (4%) szintén ismerő bolgár modell csupán 12%-os „r”-et produkál. Effektív pártszámon azon hipotetikusan egyenlő nagyságú pártok számát kell értenünk, melyek ugyanolyan hatást gyakorolnának a pártrendszer frakcionalizáltságára, mint a valóságban a különböző nagyságú pártok.

⁴⁶ Gallagher kiemeli, hogy a legkisebb négyzetének indexe arany középutat jelent az általában két végletnek tartott Loosemore-Hanby- és a Rae-index között.

⁴⁷ A részletes adatokat ld. K. L. I.: Voksok és mandátumok

- Tehát bármilyen számítást is alkalmazunk, az egyértelmű, hogy a magyar választási eredmények igen jelentős aránytalanságot mutatnak, csak annak mértéke a különböző. Megállapítható, hogy az 1998-as választásokon csökkent az aránytalanság, főleg a kiegyensúlyozottabb, két nagy párt uralta egyéni eredmények, és a kiesettekre leadott kevesebb szavazat folyományaképp. (Utóbbiról lásd a küszöb torzításának politológiai aspektusát!) Az adatok ismeretében egyértelmű, hogy megoldásunk „a kormányozhatóságot előnyben részesíti az arányossággal szemben”⁴⁸, s „inkább a többségi, mint az arányos rendszerekhez áll közel”.⁴⁹ Vitatható az a fölfogás⁵⁰, mely szerint a parlamentbe bejutó pártok közötti arányok nem torzulnak jelentősen, csupán a kiesők rovására gyarapszik a győztes mandátumszáma. Ez utóbbi tény ugyanis a többiekéhez képest a győztes(ek) részesedését aránytalanul növeli. (Ez az adatokból csalhatatlanul kinyilvánodik.)

A választási eredmények egyes tényezőinek összevetéséből visszavezethetjük, mi is okozza a rendszer nagyfokú aránytalanságát.

Az aránytalanság gyökerei

- A táblázat adataiból kiderül, hogy az **egyéni** kerületi eredmények még a rendszer egészének aránytalanságát is messze fölülmúlják. 1990-ben az MDF a lehetséges 176 mandátumból 114-et megnyert, ami 64.77%-ot jelent! Ezen tény különösképp azzal összevetve érdekes, hogy a párt a megyei listákon ezzel egyidejűleg 24.73%-os támogatottságot élvezett, az első fordulóban rá leadott voksok aránya pedig 24.01% volt. A Fidesz 8.94%-os listás és 5.01%-os első forduló egyéni eredményei, valamint az MSZP 10.89 és 10.32%-os hasonló adatai csupán 1-1 egyéni képviselő (

⁴⁸ Szoboszlai

⁴⁹ Fábán György

⁵⁰ Többek között Salamon László (ld. Wiener: hiv. forrás) és Szoboszlai képviseli

az összes egyéni hely 0.57%-a !) bejuttatásával párosultak. Pusztán ezek alapján tehát a választási rendszer egészen ijesztő aránytalanságot produkálna. Hasonló eredményeket hozott az 1994-es országgyűlési választás is. Az MSZP ekkor 32.99%-os „lajstromos” voksrészesedése mellé az egyéni képviselői helyek 84.65%-át nyerte el, az MDF-Fidesz-FKgP-KDNP négyesnek mindössze 4.55%-nyi rész jutott ezek tekintetében, 34.56%-os együttes listás arányával egyidejűleg! Jól példázza az egyéni és listás elosztás különbségeit egy 1994-es eset. Békés megye mind a hét kerületében az MSZP jelöltjei győztek, ezzel szemben a hat listás mandátumból csupán kettőt szereztek meg, pedig utóbbi szavazataik száma meg is haladta az előbbieket (68128, illetve 61277).⁵¹ Ez az aránytalanság messze fölülmúlja az angliai, tisztán többségi rendszer mutatóit.⁵² A fentiek fényében megerősítést nyerhetnek azon tételek, lemmák, hogy a szavazatok kerületek közötti elosztása lényegében a véletlen műve. A „választási rendszer csupán keret, amit a választói tömegmagatartásokkal tölthetnek meg. Például egy arányos rendszer is eredményezhet egypárti túlsúlyt, ha a választói akarat így jut kifejezésre.”⁵³ Remek észbizonyosság erre, hogy például a formáját tekintve tiszta többségi angol választások egyes években arányosabb eredményt hoztak, mint a vegyes rendszerű magyar. Szoboszlai számításai szerint a relatív többségi számítás (vagyis az első fordulós voksok) arányosabb összetételel eredményezett volna. Az első két választás során a második fordulóban (mivel a politikai tagoltság többközpontú volt) a másodlagos preferenciák döntöttek. 1998-ban a két tábor (liberálszocialista és polgári-népnemzeti) közötti, választói aktivitáson sarkalló népszerűség volt a győzelem szavatosa (bár a szavazók másodlagos preferenciája nem mindig egyenlik a pártokéival), **s az egyes táborokon belül legnépszerűbb párt eredményét növelte meg szegődményeséi rovására.**

⁵¹ Dezső Márta több tanulmányában is használja szemléltetésként e példát.

⁵² Annak adatait ld. Kovács László Imre idézett tanulmányában.

⁵³ Szoboszlai György szemléletes megfogalmazása

- A (listás) **körzeti magnitúdó és a mandátumelosztás módja** monnal „egybeszerkező” kérdéskör. A kevés megszerzhető képviselőség mindig az aránytalanság gyökere, hisz minél kisebb a mandátumok száma, annál kevésbé feleltethető meg, bármilyen módszert alkalmazzunk is, az elért voksok részarányának.⁵⁴ A listás részről szóló fejezetben láthattuk, egyes körzetekben csupán 4 helyet osztanak ki, ez már magában is aránytalanságot idéz elő. Ennek hatását pedig jócskán fölerősíti az alkalmazott algoritmus igen sajátos mineműsége: hisz, ellentétben az LR-módszerekkel, csak a kvóta legalább kétharmadát elérők nyerhetnek mandátumot, míg a kiosztatlan helyek fölcsúsznak az országos listára. Ez pedig, részint mert az ott elnyerhető helyek száma jóval kisebb, és részint mert abban az elosztásban minden töredékszavazatával az összes párt részt vehet, a „kicsik” helyzetét rontja jelentős mértékben. A mandátumelosztás második körében, hasonlóan a legnagyobb maradék módszerekhez, apróságokon múlik, hogy egy nagyobb párt szerez sokadik, vagy egy nála kisebb (de „legalább közepes”) lista első mandátumot. Az igazán kicsik azonban képtelenek elérni az engedményes kvótát is, hisz ez a legcsekélyebb magnitúdójú körzetekben 11-13% körüli. Csupán a területi listás eredményeket vonva mérlegelésünk fókuszába, megállapíthatjuk: ez a részterület is igen aránytalan eredményt hozott.⁵⁵ (Az országos listával összesítve nem annyira, hisz amaz az arányosság jegyében az alsóbb szinten és egyéniben sikertelenebb pártokat próbálja kompenzálni.)
- Az **országos lista** mandátumelosztásánál a **d’Hondt-módszert** alkalmazzák, mely általában a legaránytalanabb eredmény kútforrása, s az ezt a szintet a „beérkezés utolsó reményhorgonyának” tekintő kis pártok számára jelent újabb tehertételt. Külön aránytalansági tényezőnek ítéltjük, hogy az országos listás helyekből azok a pártok is részesedhetnek, amelyek már megszerzték a szavazatarányuknak megfelelő mandátumot. Tehát nem csupán az alsóbb fokozatok alapján alulképviselet pártok részesülnek kompenzációban, így voltaképp a legfelső

⁵⁴ Fábrián György szerint sokan túl nagy jelentőséget is tulajdonítanak ennek, véleményem szerint viszont az igen kicsi magyar körzetek esetében indokolt.

⁵⁵ Győzelmekor az MDF 24%-os listás szavazatarányával a listás mandátumok 33%-át szerezte meg, 1994-ben az MSZP illetén adatai 33, ill 44%, tehát pusztán a listás eredmények aránytalansága is számottevő.

szint nem tudja betölteni rendeltetéses szerepét, vagyis az arányosítás feladatát.⁵⁶ (Ez nem önmagában növeli az aránytalanságot, hanem béklyózza az aránytalanság kiegyenlítését, a kompenzációt. Külön-külön vizsgálva, a legtöbb töredékszavazata a listákról a kicsi, az egyéni ágról a sok jelöltet állítani tudó, de kevés képviselőt bejuttató középpártoknak van.)

- **A küszöb**, mint a dolgozat más részeiből kiszínlett, jelentős számarányú politikai erőt kívül rekeszt a hatalom sáncain. (Az első két választáson 15, legutóbb 10% körüli listás szavazat nem hasznosult.) Egyes kutatók sokáig főképp a küszöbnek tulajdonították a nagyfokú torzulást.⁵⁷ Mennyire lett volna arányosabb a rendszer a küszöb nélkül? Vizsgáljuk meg az eredményeket ezen górcső alatt! Fábrián György és Kovács László Imre végigfuttatta a mandátumelosztást a jelenlegi modell szerint – de küszöb nélkül⁵⁸. A megyei listákon egyik kieső párt sem szerzett volna mandátumot, csupán az országos lista vonatkozásában kerültek volna számításba. 1990-ben 7, 1994-ben 8 újabb párt jutott volna be a parlamentbe az effektív, tényleges küszöb alapján.⁵⁹ Az ún. egyéb pártok az első választások alkalmával 26, másodjára 20 mandátumhoz jutottak volna, ami az összes képviselői helyek 6.73, illetve 5.18%-a, tehát jócskán elmarad a kapott voksok arányától. Az országos listát állító pártok közül először az összes, másodszor a Magyarországi Zöld Párt kivételével a többi párt eme fölvázolt modell szerint bejutottnak tekinthető. Az aránytalanság valódi értékét 100%-nak véve 1990-ben 91.81, 94-ben 97.17% lett volna az így számított mérőszám. A fentiekből tehát kiviláglik hogy arányosság tekintetében a jelenlegi számítás szerint a küszöb szerepe nem jellegadó. Egyebekben persze igen fontos, és egy más számítási metódussal társoltatva az eredmények arányossága vonatkozásában is számottevően közrehatna. Annál jelentősebb a küszöb szerepe **politológiai aspektusból**. A közvélekedés által esélytelennek bélyegzett pártoktól ugyanis, a média

⁵⁶ Erre a problémára többek – így Dezső Márta és Szoboszlai György is – is kölhívják a figyelmet.

⁵⁷ Pl Szoboszlai és Kovács L I

⁵⁸ Ld. Bővebben F. Gy.- K. L. I.: Az arányosság újabb dimenziói.

⁵⁹ Az effektív küszöb az az érték, melynek elérése egy adott elosztási rendszerben minimálisan szükséges ahhoz, hogy egy párt mandátumot nyerjen. Ez néha lényegesen alacsonyabb, mint a jogi küszöb.

által is erősítve, a nem hasznosuló szavazatok lélektani hatásának hangsúlyozásán keresztül jelentős számú voks vész el, az önmagát beteljesítő jóslat tüköröspéldájaként.⁶⁰

Összefoglalva tehát megállapíthatjuk, hogy a magyar választási rendszer nemzetközi **összevetésben aránytalannak tekinthető** (bár mértéke mérséklődött), ez pedig – egy gyanítható erősrend szerint – az egyéni kerületek, a kis magnitúdójú körzetek, a mandátumelosztás módja és a küszöb „vetenyfája”.

A kétkamarás országgyűlés lehetősége

A bevezető részben leírtak szerint dolgozatomban a törvényhozó testületek megválasztásának módját veszem bonckés alá, mindazonáltal eddig nem tértem ki arra kérdéskörre, hogy a parlamentek nem csupán egy-, hanem kétkamarás szerkezetben is működhetnek. E fejezetben terjedelmi okokból az egyébként külön tanulmányt is megérő témának csupán legfontosabb elemeit, választási vonatkozásait elemezhetjük.

A kétkamarás országgyűlések típusai

⁶⁰ Talán ennek is tulajdonítható 1998-ban a KDNP és az MDNP rossz szereplése.

- 1. A „Pairek kamarája”** csoportba sorolható testületek az intézmény korábbi szerepét örökítette át némiképp napjainkra⁶¹ (, ezzel pár sorral alább foglalkozunk). Az e válfajba tartozó parlamentek közös tulajdonítványa, hogy valamiféle – származási, szellemi stb. – elitet tömörítenek magukban. A képviselők személyüknél fogva, az örökletesség jogcímén, a születési elv alapján válnak a tisztség letéteményesévé. A XX. századév elejéig a felsőházaknak eme csoportja volt túlnyomóságban⁶², napjainkban azonban csupán Nagy-Britanniában találkozhatunk klasszikus formájával, ahol is a Lordok Házának 773 örökletes peer-tagja volt az 1994-es adatok alapján.
- 2. A népképviseleti szenátusok** megválasztására teljes egészében a dolgozat korábbi részeiben írtak irányadók.
- 3. A szövetségi típusú,** szövetségi tagállamok képviseletére szolgáló második kamarák a (voltaképp bizonyos fokig szuverénnek tekinthető) államalkotó részek érdekvédelmét látják el. Az eme csoportba sorolható testületek között nagy különbségeket fedezhetünk föl, részint a tagállamok közötti képviseleti arány, részint a képviselőség keletkezése tekintetében. Míg ugyanis egyes országokban a tagállamok egyenlőségének elve nyilatkozik meg a parlament összetételének vonatkozásában⁶³, addig másutt a lakosság arányában részeltetik a tartományokat képviselői helyekben⁶⁴, megint másutt pedig a két elvet egybeigazítván, az arányosságot a kisebbek javára torzítják.⁶⁵ Ami a képviselőség keletkezését illeti, abban szükségszerűen meg kell nyilvánulnia a tagállamnak mint szuverénnek: nevezetesen annak törvényhozó vagy végrehajtó hatalma általi delegálás az eme kategóriába sorolás alapfeltétele. Németországban a tartományok kormányának maguk által meghatározott tagjai (népességszám alapján 3-5 fő), alkotják a Szövetségi Tanácsot, Oroszországban pedig a legfőbb képviseleti szervek és a kormányok 1-1 delegáltja. Kanadában sajátos módon a főkormányzó nevezi ki a szenátus tagjait a tartományok jelöltjei közül. Érdekes, hogy a szakirodalom jeles alakjai az USA sokak által

⁶¹ Ezért is nevezik néhányan e kategóriát történeti vagy arisztokratikus felsőházaknak is.

⁶² A legtípikusabban Angliára, Magyarországra, a német államokra, Spanyolországra és Japánra volt jellemző.

⁶³ Az USA és Oroszország minden tagállama 2-2 főt delegál a Szenátusba

⁶⁴ Ausztriában eszerint a tartományok osztályrésze 3 és 12 között szóródik

⁶⁵ Indiára jellemző ez a módozat

klasszikusan szövetséginek minősített felsőházát a tagok 1913-ban bevezetett közvetlen választása óta a népképviseleti kategóriába sorolják.⁶⁶

4. A területi vagy önkormányzati felsőházak rendszere nagyon hasonlít a szövetségiékre, a különbség csupán annyi, hogy itt az állam alkatelemei nem saját jogon, hanem a szuverén döntésének nyomán bírnak képvisellel. Főképp az unitárius és szövetségi államok között átmenetinek tekinthető regionális felépítésű országok második kamarái sorolhatók a tárgyalta csoportba. Hollandiában az Erste Kamer (így hívják a felsőházat!) 75 tagját a tartományi tanácsok választják, nem feltétlenül saját tagjaik közül. A küldöttek mandátuma az önkormányzatokéhoz igazodik. Hasonló volt az 1969-ig létező svéd, valamint szövetségi állammá válásáig (1993) a belga felsőház kialakítási rendje.⁶⁷ Franciaországban a szenátorokat sajátos megyei kollégiumok választják meg, melyeknek megyei és községi önkormányzati képviselők, kantonális és regionális tanácsosok a tagjai. Spanyolországban a szenátus többségét a régiók (autonóm közösségek) lakossága közvetlenül választja meg, a többi tagot az autonóm közösségek törvényhozó szervei delegálják. Olaszországban is a régiókra épül a felsőház, azonban a szenátorok *általános és közvetlen* választójog alapján nyerik el tisztségüket, voltaképp tehát a régió a *népképviseleti* típusú második kamara választókerületi beosztásának alapját képezi csupán.

5. A korporatív típusú második kamarák esetében a társadalmi munkamegosztás vezérszalagja mentén történik az összetétel kialakítása, az egyes foglalkozási ágak, érdekképviseletek kerülnek be e módon is a törvényhozás menetébe. Egyetlen ma is létező megnyilvánulása az ír Szenátus⁶⁸. A dolgozat témája, a választási rendszerek miatt fontos kiemelni, hogy 43 tagot a mezőgazdaságot, ipart, közigazgatást, oktatást, kereskedelmet stb. képviselők, társadalmi szervezetek, hivatásrendek jelöltjei közül egy mintegy 1000 fős elektori testület *választja meg*, hatan a

⁶⁶ Kisényi Géza, Szenté Zoltán

⁶⁷ Belgiumban minden 200 000 lakos után egy-egy szenátort választhattak a tartományi tanácsok

⁶⁸ Hasonló szerepet tölt be a gyenge jogkörű szlovén Államtanács. A munkaadók és munkavállalók 4-4, a földművesek, kisiparosok és független foglalkozásúak szintén 4, a mezőgazdasági szervezetek 6 képviselőt delegálnak, míg még 22-en a helyi érdekeket képviselik.

két ír egyetem diplomásai közül nyernek tagságot, 11 személyt pedig a miniszterelnök nevez ki.

6. Egyéb alkotóelvek alapján is létrejöhetnek még második kamarák, hisz az említett típusok eleve nem tiszta formájukban nyilvánulnak⁶⁹. A képviselői tisztség keletkezésének módja szerint megkülönböztethetjük a **születésen, méltóságon-tisztségen, választáson-delegáláson, valamint a kinevezésen alapuló tagságot**. A kinevezésre a már említett kanadai rendszer a szinte egyetlen ma is élő példa, míg a múlt században jó néhány állam eszerint építette föl felsőházát⁷⁰, míg néhány jelenkori szenátusban pusztán járulékos elvnek tekinthető.⁷¹ Belgiumban a tagok egy-hetednyi részét a szenátorok maguk választják (*kooptálás*).

Az ún. „**ál-kétkamarás**” **rendszerek** csupán munkamegosztási elkülönülést jelentenek. Svédországban a megválasztott országgyűlés (Storting) kiválasztja tagjai egynegyedét, ők alkotják a Lagtingot, míg a maradék háromnegyed az Odelstinget. Az izlandi Althing ugyanezt teszi, csak az arány itt egyharmad-kétharmad.

A népképviselési típusú második kamarák

A népképviselési második kamarák közvetlen választójog, az egyéni és listás választókerületi rendszerek, tehát teljes egészében a dolgozat többi részében írtak szerint épülnek fel, viszont épp a témánkkal való szorosabb kapcsolat miatt fontos néhány lényeges vonatkozását kiemelni. Általában tehát szintén pártalapúak, így a második kamarák egyik legfontosabb hagyományos funkcióját, a hatalmi ellensúly szerepét nemigen tölthetik be. Ugyanakkor előfordulhat, hogy a két ház összetétele nem egyezik meg. Ez lehet annak hárulata is, hogy a például más elv szerint választják meg a két testületet: így

⁶⁹ Gondoljunk csak az ír, vagy a az előbb említett szlovén rendszerre, melyek különböző elveket kögítenek.

⁷⁰ Pl Olaszország, Oroszország, Portugália, Törökország

⁷¹ Így Olaszországban a köztársasági elnök öt személyt élethossziglani hatállyal kinevezhet szenátorrá, tudományos, kulturális, művészeti érdemeire való tekintettel, illetve Angliában az uralkodó a volt miniszterelnököket úgy lorddá emelheti.

Csehországban az arányosan, listás módon kialakított képviselőházat kétfordulós, abszolút többségi alapra építkező szenátus egészíti ki. Lengyelországban hasonló a rendszer, a különbség csupán az, hogy relatív többségi választást alkalmaznak a második kamara esetében. A két ház megbízatási ideje is eltérő lehet, illetve a választásokra más-más időben kerülhet sor, láthatunk számos példát a nemzetközi gyakorlatban a rotációra, vagyis arra, hogy a képviselők egyes hányadait több szakaszban választják meg.⁷² Bevett gyakorlat, hogy az aktív vagy passzív választójog korhatára eltérő a két kamara tekintetében, általában a felsőházak esetében a passzív választójogot magasabb életkorhoz (gyakran 40 évhez) kötik.⁷³ Romániában mindkét kamara a vegyes rendszerre építkezik. Olaszországban a képviselőház tagjainak $\frac{3}{4}$ része egyéni választókerületből jut mandátumhoz, $\frac{1}{4}$ -e pedig a pártlistára leadott szavazatok alapján. A szenátus esetében ugyanez a két módozat közötti arány, az eltérés csupán annyi, hogy e tekintetben minden választónak csak egy szavazata van, s az egyénre leadott voks egyúttal pártszavazatnak is számít a kompenzációs jellegű listán. (A rendszer 4%-os küszöbvel és d'Hont formulával működik).

A kétkamarás parlamentek létjogáról

A címben megfogalmazott kérdéskör az állam- és jogtudomány legvitályosabb pontjai közé tartozik.

Egyesek már az ókori római senatusban is eme jogintézmény gyökereit vélik fölfedezni. A rendi-képviselési állammodellekben a két kamara az eltérő társadalmi osztályok, rétegek képviselőjére volt hivatott.⁷⁴ A polgárosodással, s ekként a parlamentarizmus térhódításával párhuzamosan a „második kamarák” sokáig megmaradtak a régi uralkodó rétegek letéteményesének. A demokratikus rendszerekben azonban – a korábbiak mellett – a

⁷² Például Csehországban minden második évben kerül sor a – 6 éves mandátumú – szenátorok egyharmadának megválasztására. Hasonló rendszert követ az USA is.

⁷³ Megint a cseh példa: az aktív választójog 18 év, a passzív pedig a képviselőház vonatkozásában 21, a szenátuséban 40 esztendő.

⁷⁴ A „szenátus” a különböző néven nevezett arisztokrácia, a legelőkelőbb réteg, míg az alsóház a kis- és középnemesség, majd a fokozatosan fejlődő polgárság képviselői szerve volt

szenátusoknak új funkcióira is felfigyelhetünk, miközben azok összetétele is változáson ment keresztül általában.

A törvények kettős elfogadása a megfontoltabb jogalkotás szavatosa lehet, elejét veheti az állandó módosítások szükségességének. „Tehát a második kamara hagyományőrző, ellenőrzési, hozzájárulási jogköreivel enyhén korlátozó, fékező funkciót tölt be.”⁷⁵ Az országgyűlés és kormány összefonódását jelentő parlamentáris rendszerek esetében⁷⁶ valóságos hatalommegosztást teremthet, „el-elrontja” a népképviselői szerv szavazógéppé silányuló működését, annál inkább, minél eltérőbb a két kamara megválasztásának módja. John Stuart Mill máig ható elmélete szerint a túlhatalommal rendelkező szerv, így a törvényhozó testület könnyen elbizakodottá és erőszakossá válhat annak következtében, ha senki más véleményét nem kell hivatalosan tekintetbe vennie.

A kétkamarás rendszer tekintélyesebb legitimitációt biztosít az esetlegesen a parlament által megválasztott tisztségeknek, jelesül a köztársasági elnöknek, az alkotmánybíráknak, s más, a kormányzattól függetlenül működő személyeknek.⁷⁷

A nem népképviselői alapon létrejövő, legalábbis nem a pártrendszeren sarkalló második kamara a társadalmat más törésvonalak mentén tükrözhetné, hisz vannak az állampolgároknak pártpolitikai hovatartozásuktól függetlenül tagozódó, ugyanakkor politikaivá artikulálható érdekeik és véleményük is⁷⁸. Képviselői lehetőséget teremthetne az apolitikus, a pártrendszerrel megcsömörlött személyeknek; mind az aktív, mind a passzív választójog gyakorlásának vonatkozásában. Szakmai alapon, és nem a kormány/ellenzék bináris kódja alapján bírálhatná felül a népképviselői kamara határozatait (, már csak a pártoktól távolságot tartó kiváló szakemberek bevonásával is). Montesquieu és (kor)társai úgy látták, a második kamara célja, hogy közvetítsen az uralkodó és a nép (azaz a népképviselői kamara) között. Ma ugyanezen közvetítő szerepet emelhetnének

⁷⁵ Takács Imre

⁷⁶ Hisz a népképviselői parlament, azaz a győztes politikai erő választja a kormányt, szinte saját „élcspataként”.

⁷⁷ LB elnöke, legfőbb ügyész, ombudsman, az MNB elnöke. Kulcsár Kálmán szerint a szenátus elnöke megfelelőbb volna a pártatlan államfői tisztség helyettesítő betöltésére a rendszerint aktív pártpolitikus alsóházi elnökkel szemben.

⁷⁸ Kulcsár Kálmán nyomán

ki – a pártok (mint „uralkodó”) és a nép között. Tehát e modell mintegy „detronizálhatná az új fejedelmet”.⁷⁹

E sok észbizonyossággal szemben mi szól a második kamarák ellen? Sieyès és követői szerint a bikameralizmus azért támadható, mert ha a nép egységes, a képviselőtársaság is egységesnek kell lennie. Nos, a mai pártpolitikai viszonyok között a népképviselői parlamentet, az igen eltérő véleményű erők miatt távolról sem lehet egységesnek tekinteni...Mindazonáltal, ha a döntések az állampolgárok, így a parlamentben lévő (azaz leginkább a koalíciós) pártok véleményének eredője, miért ne lehetne ebbe a folyamatba a második kamarát is beépíteni? A legvitatottabb probléma, egyszerre mind az alkotmányos többség által legnehezebben egyetértést hozó kérdés a szenátus összetétele.

A két kamara viszonyáról

A két kamara hatásköre nemzetközi összehasonlításban általában annyira egyenrangú egymáshoz, amennyire közelít a második kamara összetétele a népképviselői elvhez.⁸⁰ A külön tanulmányt megérő kérdést most csupán vázlatosan elemezhetjük.

- 1.** Két teljesen egyenrangú ház esetén a szenátus abszolút vétóval rendelkezik. Ennek veszélye, hogy véleményeltérés esetén patthelyzet alakulhat ki: a törvényhozás döntésképtelen. (Ennek leküzdésére egyeztető bizottságokat, illetve együttes üléseket szokásos összehívni.)
- 2.** A részben abszolút vétójog esetén a második kamara csak bizonyos kérdésekben egyenrangú; néhány igen jelentős tárgykörre nem terjed ki a szenátus hatásköre (általában költségvetés, kormányválasztás, bizalmatlansági indítvány), vagy épp ellenkezőleg, pont azokra terjed ki (, alkotmányos, vagy a szövetségi kamarát nagyon érintő kérdések).
- 3.** Erős felfüggesztő vétóról beszélhetünk, ha az alsóház minősített többséggel ignorálhatja azt. Például Németországban a Szövetségi Tanács kétharmados többséggel elfogadott óvását a Bundestag jelen lévő

⁷⁹ Gramsci nevezte így a napjainkban uralkodó pártrendszert.

⁸⁰ Például szinte egyenrangú Olaszországban, ilyenkor szokás szimmetrikus bikameralizmusról beszélni.

képviselőinek kétharmada (de legalább az összes képviselő több mint fele) hatástalaníthatja.

4. Gyenge felfüggesztő hatályú a vétó, ha végső soron az alsóház egyszerű többsége is kiiktathatja a szenátus döntését. Például az angol Lordok Háza döntését bizonyos feltételekkel ignorálhatja a House of Commons – pénzügyi kérdésekben.⁸¹

Tehát megfigyelhetjük, hogy a 2., illetve 3-4. kategóriák, a vétójog terjedelme és tárgyköre is keveredhetnek. Így Franciaországban az erős felfüggesztő vétó az organikus törvényekre vonatkozik.⁸²

A második kamara vétóját esetleg az államfőével is össze lehetne kapcsolni.

A második kamara magyar múltja

A szerves fejlődésen keresztülment magyar kormányzati rendszerben a világi és egyházi főurak a XVI. századtól tanácskoztak külön a követek által képviselt megyei nemességtől, s ezt a helyzetet szentesítette az 1608. I. tc.⁸³ 1885-ben következett be a már anakronisztikussá váló második kamara reformja. (Az elnevezése Főrendiházra változott.)⁸⁴

Az 1926. I. tc. által – 8 évi szünet után – Felsőház néven újra létre hívott kamarának a Habsburg-ház 24 évnél idősebb, hazánkban élő sarjai **örökös jogon** tagjai. **Hivatal** és **méltóság** alapján kerültek be például egyes magas fokú bíróságok és ügyészségek vezetői, a koronaörök, a vezérkari főnök, egyes egyházi képviselők. (pl püspök, református világi vezető, rabbi stb.) A demokratizálódás jegyében **választás** útján lettek felsőházi tagok a legalább 2000 pengő földadót fizető nemesi családok és egyes jogi személyek (MTA, Országos Vitézi Szék, egyetemek és főiskolák stb.) képviselői. A kormányzó

⁸¹ A kategorizálást Sente Zoltán nyomán végeztem.

⁸² Nem vehető ki pontosan (ezt a kérdést kevésbé dolgozzák ki), azonban úgy tűnik, szakirodalmunk nagyjai a második vagy harmadik kategóriás rendszert kívánják hazánkban meghonosítani.

⁸³ Dezső Márta nyomán

⁸⁴ Megszűnt a címzetes katolikus püspökök és a főispánok tagsága. Ugyanakkor bekerült a Kúria, a Budapesti Ítéltábla, a Közigazgatási Bíróság elnöke, az uralkodó által élethossziglan kinevezett 50 tag, és valamennyi bevett egyház képviselője.

kinevezésével vehetett részt a törvényhozás munkájában 40 (később 87) személy.

A hatalom koncentrációjára törekvő és a közjogi hagyományokat megtagadó kommunista vezetés megszüntette a második kamarát, természetesen még annak lehetőségét is.

A rendszerváltás, a különböző politikai erők kényes egyensúlykeresése során megalkotott alkotmányreformban a szenátusnak nem jutott hely, a bikamerális rendszer nem kelt új életre. A Horthy-korral kapcsolatos előítéletek is meggátolhatták a szenátus ismételt létre hívását. Kulcsár Kálmán szerint a lengyel második kamara időleges posztkommunista eluraltságának rossz tapasztalatai is ellene hatottak. Alkotmányjogi szakirodalmunk igen jelentős képviselői azonban hitet tesznek a vitatott jogintézmény mellett.

A második kamara lehetősége napjainkban

A gazdag történelmi hagyományokkal rendelkező kétkamarás rendszer gondolatai a jelenkor igényeinek (és érdekeinek) szűrőjén keresztül módosulva jelennek meg. A tudomány kész modelleket is kidolgozott a szenátus megvalósításáról.

Kulcsár Kálmán a következők szerint állítaná össze a 100 tagú kamarát:

- 1.** A tagok negyven százalékát az önkormányzatok delegáltjai alkotnák (Főváros, megyei jogú városok, tízezernél kevesebb és több lakosú települések 10-10 % - az arány más is lehet, pl.: az első kettő, illetve a második és harmadik egyharmad-egyharmad⁸⁵);
- 2.** Húsz százalékot az ország legfontosabb köztestületei választanák (MTA, szakmai kamarák, egyetemek);
- 3.** A harmadik csoportot (20%) a nemzetiségi szervezetek választottjai jelentenék;
- 4.** A negyedik csoportot a köztársasági elnök nevezné ki egyes, jelentős társadalmi megbecsülést kivívott neves művészek, tudósok, szakemberek közül.

⁸⁵ Tehát egészen különös módon nem a települések elhelyezkedése, hanem a nagysága lenne a döntő tényező.

Az egyházak képviselőit is bevonná, ha belső szabályzatuk lehetővé tenné ezt⁸⁶, a szakszervezeteknek azonban más képviseleti fórumot tart megfelelőnek.

Dezső Márta ³/₄ részben a megyei önkormányzatokra építené a szenátust. A képviselők megválasztása vagy kislistás rendszerben közvetlenül történne, vagy inkább az önkormányzatok által, állampolgárok és társadalmi szervezetek jelölése alapján, hisz szerinte így markánsabban jut kifejezésre az önkormányzatok képviselete. Megyénként 2, 3 vagy 4 (de azonos számú) jelölt nyerne mandátumot. Ennek függvényében 60, 80, legföljebb 100 tagú lenne a második kamara. A többi képviselőt a határon túli magyarság (postai úton 2-4 fő), valamint a magyarországi kisebbségek (1-1 fő) adnák, illetve hazánk minden, korábbi miniszterelnöke és köztársasági elnöke jutna be a szenátusba. (Dezső Márta ezen elnevezést támogatja.)

Takács Imre a király nélküli királyság második kamarájának tényezői közül a regionális és közintézményi delegáltakat tartaná egy esetleges második kamarába bevonandó tényezőknek.

Pokol Béla Területi Tanács, Sajó András Kerületi Gyűlés néven szintén az önkormányzati-körzeti elv alapján építené fel a kérdéses testületet.

Bihari Mihály korporatív, etnikai, vallási elemeket javasol a szenátus felállítására; akár a szervek tagsága általi választás, akár pozicionális vagy hivatali elv alapján, de nem veti el a kooptálás korlátozott érvényesülését sem. Samu Mihály önkormányzatok és civil szervezetek képviselőiből álló második kamara lehetőségét vázolja föl, emellett rámutat egy igen sajátos, nemigen emlegetett megoldásra, mely a korporativizmus és a népképviseleti elv erényeit társoltatja. A rendszerváltás során vetődött fel, hogy különböző érdekképviseleti szervek, szakszervezetek, egyesületek stb. indíthassanak a hagyományos pártokhoz hasonlóan listát, s az állampolgárok szavazhassanak egy pártra s emellett egy civil szervezetre. (Utóbbi alapján a második kamarába lehetne bekerülni.)

⁸⁶ A katolikus egyház belső szabályai nem teszik lehetővé az egyházi tisztségviselők világi pozícióvállalását, emiatt nem képviselhetné minden felekezetet erre megválasztott tisztségviselője – mutat rá Kulcsár Kálmán. (Az általa jelölt külsős delegált azonban igen, ez megoldást jelenthetne.)

Ifj. Trócsányi László – az előbbieket mellett – a kereskedelmi- és iparkamarák képviselőit és egyes tisztségek viselőit is (például: MNB és Legfelső Bíróság elnöke) lehetséges alkotó tényezőként említ.

A második kamara mellett hitet tevő pártok (FKGP, KDNP, MIÉP) részéről még felvetődött a diákok, nyugdíjasok, testi fogyatékosok, sportolók tagsága is.⁸⁷

Tehát a második kamara igen összetett szempontokból képviselhetné a társadalom érdekeit, ennek ellenére felállítása – bár a szaktekintélyek sora támogatja – valószínűleg csupán terv marad. A létre hívását illető esetleges megegyezést követően pontos összeállítása **osztaná meg az alkotmányozókat.**

Saját elképzelésemet a reformokról szóló részben tárgyalom.

Reformelképzelések és lehetőségek

A pártok terveiről

- Az 1989.évi választójogi törvény egyszeri használatra készült⁸⁸, ehhez képest jól kiállta az idő próbáját: a közép-kelet-európai rendszerek közül a legállékonyabbnak, legtartósabbnak bizonyult. Persze a győzteseknek mindig megfelelő, a veszteseknek mindig pallérozandó az adott megoldás...

⁸⁷ Ld például: Hazánk Holnap, Kiszgazda program

⁸⁸ Schmidt Péter megfogalmazása, Megerősíti Kukorelli István is.

- Az első választás után az **MDF** a modell változatlansága mellett tört kopját, később az ekkor még 4%-os küszöb felemeléséért kardoskodott. A nagyjából hasonlóan szerepelt **MSZP és KDNP** is a vegyes rendszer hívének mutatkozott, de a rendszer valamely mérvű arányosítását tartották kívánatosnak, a listás rész szerepének növelésével. Az MSZP a küszöb eltörlésére vagy legalábbis mérséklésére tett javaslatot. Az **FKgP** álláspontja a kormányból való kilépés után szintén az arányosítás, így a küszöb torzító hatásának hangsúlyozásában csendült ki. A **Fidesz** és az **SZDSZ** a parlament létszámának csökkentését irányozta elő. Előbbi 200-240 fős képviselőtestületet tartott volna üdvösnek, utóbbi 280-as létszámú országgyűlést képzelt volna el, még hozzá a területi lista távoztatásával, és országos kompenzációs lista (azaz egyszavazatos struktúra) létrehívásával. A ciklus során azonban csupán egy változás történt: 1993 decemberében a küszöböt 5%-ra emelték. A választási programok is nagyjából a fentiekhez igazodtak. Az FKgP – G. Nagyné Maczó Ágnes tervezetét felkarolva – a pusztán (továbbra is 176 fős) egyéni rendszer megteremtését írta lobogójára, melyet összekapcsolt a képviselők visszahívhatóságának intézményével. Majd’ minden párt elképzeléseinek sugárpontjában az igen népszerű költségmegtakarítást célzó létszámcsökkentés terve állott tehát. A másik alapösszefüggés, hogy a főképp a kieséstől tartó pártok indítványozták a küszöb eltörlését. (, kirekesztőleg az utolsó kisgazda elképzelést.)
- Az 1994-ben hatalomra jutott erők kormányprogramja magában foglalta a választási rendszer reformját. Az egyfordulós, relatív többségi modell megteremtését és az arányosság előmozdítását határozták el. Ennek alapján többféle javaslat látott napvilágot. Az „**A**” variáns csupán a fenti célokat vette tervbe az első fordulós érvényességi és eredményességi küszöb eltörlésével. A szándék egyértelmű: a modell a legerősebb párt túlnyomóságát mozdítja még inkább elő.⁸⁹ A „**B**” terv az SZDSZ

⁸⁹ Wiener György véleménye.

elképzelését követte (ld fentebb), ez pedig a tapasztalatok szerint a második legnagyobb pártnak (jelesül az SZDSZ-nek...) kedvezett volna. Az MSZP által (azóta is) leginkább támogatott „C” metódus a már elemzett német rendszert képezi le kis eltéréssel,⁹⁰ 152 egyéni és ugyanennyi listás hellyel, 5%-os küszöbvel, valamint a megtartható többletmandátumokkal. A „D” ötlet ehhez nagyon hasonló, a különbség az, hogy először az egyéni mandátumokat osztanák szét, majd kompenzációs céllal a listásokat. (Így nem lennének többletmandátumok.) Ez úgy történék, hogy az egy mandátum megszerzésének feltételét jelentő, az egyéni és listás voksokból kiszámított kvótát megszorozzák az egyes pártok által elért egyéni győzelmek számával, s eme értéket levonják a listás szavazatokból. A területi elosztás tehát csupán a kompenzáció alapján történne. A tervezet országos szintet is előirányoz, melynek talpköve a listás töredékszavazatok száma lenne. A töredékből levonnák a pártok által részarányuknál több mandátumot eredményező szavazatszámot.⁹¹ Mindazonáltal e rendszer arányossága valószínűleg a „C”-é alatt maradna.⁹² Az „E” módozat az egyéni körzetek számát 120-150-re mérsékelné, a területi listás helyeket 180-200-ra növelné, s 60 helyet juttatna a 3%-os küszöbvel működő országos listának. A javaslat megszüntetné a mandátumok „felcsúszásának” lehetőségét, LR-módszert alkalmazva. E tervezet egy változata 120 egyéni, 120 országos (!) listás képviselőt juttatna mandátumhoz, 60 fős kompenzációs listát fönntartva. Jóllehet 1996 márciusában hat(-, majd hét)párti tárgyalások kezdődtek, úgy tűnt, a Fidesz és az SZDSZ is támogathatná a megszemélyesített arányos rendszert, érdemi változtatást nem hajthattak végre.

- A 98-as választások előtt az FKgP, a Fidesz és az SZDSZ írta lobogójára a parlament létszámának csökkentését. A **kisgazdák** visszatértek régebbi álláspontjukhoz, a rendszer arányosítása, s következőleg az egyéni

⁹⁰ Wiener leírásából úgy tűnik, a szavazatokat nem összesítenék országos szinten a megyei listák közötti elosztás előtt, mint az eredetnél.

⁹¹ Az SZDSZ-es Szigethy István dolgozta ki eme modellt.

⁹² Wiener

kerületek számának csökkentése mellett téve hitet. Ezen modellben egy 170 fős alsóházat és egy 70 fős felsőházat vázoltak föl. **A győztes párt** hozzávetőleg 220-250 létszámú egykamarás országgyűlést képzelt el. Az egyéni kerületek érintetlenül hagyása mellett a listás ág reformját irányozták elő, a kétszintűség megszüntetésével, és egy közötte regionális elosztás megteremtésével. A nagyobb körzetek a kisebb pártok számára is méltányosabbak a Fidesz érvelése szerint, mindazonáltal részletes koncepciót nem dolgoztak ki.⁹³ Az **MDF** nem volt a létszámcsökkentés híve, így e törekvések háttérbe szorultak.⁹⁴ A **MIÉP** a legnagyobb kormánypárt koncepcióját a kis pártokat tekintve méltánytalannak ítélte. Az **SZDSZ** és az **MSZP** – a választási rendszert illetően – kitartott régi elképzelései mellett, előbbi a kompenzációs országos lista, utóbbi **a personalizált PR-rendszer** mellett „serkenkedett”. Lamperth⁹⁵ a német példára hivatkozva **a jelenlegi rendszer érényeit és a nagyobb fokú arányosságot** egyetemleg látná biztosítottak a megszemélyesített arányos képviseleti modellben, ugyanakkor megfélekedezik arról a tényről, hogy adott választási rendszer egészen eltérő eredményeket produkálhat. A jelenlegi megoldás mellett elméletileg sokkal nagyobb szavazat-mandátum összezsengés is elképzelhető, míg Németországban egyfajta „választási csodának” lehettünk tanúivá.⁹⁶ Képzeljük el, hogy egy tízmandátumos körzetben⁹⁷ egy párt 30 %-os részesedéssel akár mind az 5 egyéni képviselőséget megszerezheti a relatív többségi rendszerben, holott az arányosan osztályrészül jutó háromhoz képest 2 többletmandátum keletkeznék. Nem tudok egyetérteni tehát azzal a megállapítással, hogy a többletmandátumok száma biztosan csekély.⁹⁸ Nem fedezhető fel a tervezetben a Németországban bevált országos mandátumösszesítés sem. A körzetekben a kiosztható kisszámú mandátum, országos lista nem lévén,

⁹³ Legalábbis Lamperth Mónika szerint. „Mint sánta ló az ügétőn”? Népszabadság, 1999. július 30.

⁹⁴ Lamperth szerint már Pokol Béla (FKgP) is a radikális létszámcsökkentés lehetetlenségét hangsúlyozta, kiemelve, hogy az egyéni kerületek száma nem vihető 150 alá, tehát a nagy mérséklés ára a listás rész megnyirbálása volna, ami az aránytalanság további fokozódásának veszélyét hordozza.

⁹⁵ Ld.:Lamperth Mónika. Hiv. cikk

⁹⁶ Nohlen jellemzi így a két domináns párt együttes szavazatarányának növekedését, s az arányosság ennek tulajdonítható magas szintjét.

⁹⁷ A tervezet szerint 304 fős lenne a parlament létszáma, tehát a tízfős körzet még az átlagosnál is kisebb.

⁹⁸ Ld. a hiv. cikket!

az 5-10 %-os pártokra nézvést igen sérelmes lenne. Az országgyűlés létszáma alig csökkenne. Mivel a választási rendszer megváltoztatása kétharmados kérdés, az ellenzék egyetértésére is szükség lenne. 1999 januárjában a Kisgazdapárt kezdeményezte a hatpárti tárgyalásokat, s többszöri egyeztetés után a parlament március 2-án 12 tagú eseti bizottságot alakított az e téma szakértőjének (is) számító Pokol Béla elnökletével.

A szakma javaslatai

- Választási rendszerünk ellentmondásai a szakma jobbító szándékú pergőtüzének is régóta célpontjában állnak. **A szakemberek** körében főként az arányosítás kérdése jutott túlnyomóságra.⁹⁹ Ennek előmozdítására megfelelő megoldásnak tartják a **mandátumok elosztásának olyatén átalakítását**, hogy azok maradéktalanul kerüljenek kiosztásra a megyei listákról, s *ne „csúszhassanak föl”* az országos szintre. Ez történhetnék az LR-Hare rendszer szerint. Fölvetődhetik, hogy az országos listáról csupán a többi szintet tekintve alulképviselt pártok részesedhessenek, azaz **a listás töredékszavazatok maradjanak figyelmen kívül.**¹⁰⁰ Szoboszlai a német rendszer leképezésének lehetőségét is fölveti. A parlament **létszámcsökkentésének** általában népszerű elképzelésével Fábián György azt az észbizonyosságot szegezi szembe, hogy az elvégzendő munkák, feladatok nem csökkennének, tehát a pártapparátusokat, szakértői csoportokat kellene bővíteni, s emiatt semminemű megtakarítás nem maradna. (Az mindenképp megfontolandó, hogy ennek tükrében csökkentsék a létszámot és szabályozzák a frakciók támogatását, mert talán lenne megoldás, mely a takarékoság és a létszámcsökkentés szempontjából egyetemleg sándoripolcra

⁹⁹ Dezső Márta, Szoboszlai György, Wiener György, Fábián György, Kovács László Imre egyaránt emellett törserkényt.

¹⁰⁰ Dezső Márta, Szoboszlai

emelkedhetnék, vagyis megvalósítaná a létszámmérséklést és egyúttal nem vonná maga után a szakértői támogatás nagyarányú emelését.) Ugyanő a körzeti magnitúdó növelése és a választási formula, a számítási mód reformja mellett kardoskodik. A **bekerülési küszöböt illetően**, mint a listás részről szóló fejezetben szó volt róla, ha létjogát nem is tagadják, mértékét általában túlzónak tartják a tudományterület művelői.¹⁰¹ Többeknél fölmerül a relatív többségi egyfordulós rendszerre való áttérés gondolata az egyéni kerületek vonatkozásában, hisz egyesek szerint a második forduló nem változtat jelentősen az első kör erőviszonyain¹⁰², sőt, mások úgy vélik, még arányosabb elosztást is eredményez¹⁰³. Az említettem elméletekből azonban kinyilvánodik, hogy a szakértők úgyszólván mindegyike perbe száll a rendszer *típusának* megváltoztatásával. Dezső Márta a modell egészének megőrzése mellett fölveti a második kamara létre hívásának lehetőségét, ennek okából az alsóház létszámcsökkentését, és párhuzamosan az arányosítás kérdését. Az egyéni kerületek számát 130-ra mérsékelné¹⁰⁴, a 140-es keretű területi és a 30-as országos lista a kompenzációra nagyobb lehetőséget nyújtana az arányos rész nagyobb aránya okából. Az egyéni választásokat relatív többségűvé változtatná, a megyei listás mandátumokat *maradéktalanul* kiosztatná. Eme „arany középutat” célba vevő megoldás kapcsán csak az a kérdés merül föl, hogy a területi szint képviselői helyeinek további csökkenése révén keletkezhető további aránytalanodást ellensúlyozni tudná-e az országos kompenzáció.

Egy lehetséges megoldás...

Ennyi kritikus elemzés, ennyi „kíméletlen” bírálat után az olvasóban joggal vetődhetik fel a kérdés, vajon e sorok írójának van-e megoldási javaslata, s ha

¹⁰¹ Szoboszlai, Wiener,

¹⁰² Kukorelli István

¹⁰³ Szoboszlai

¹⁰⁴ Mint már írtam róla, egyesek az egyéni kerületek számának legfeljebb 150-re történő mérséklését tartják elképzelhetőnek a beosztottság nehézsége miatt.

igen, megállja-e a helyét az ésszerűség ítélőszéke előtt. Nos, megkísérlem, hogy eleget tegyek ezen kívánalmaknak, hozzátevé, hogy az alábbi terv is csupán egy lesz a (támadható) sok közül...

A reformok szükségszerűségét az alábbi csapásirányok szerint vélem elengedhetetlennek: az **aránytalanság, a kiszoruló pártok, a parlament létszáma**, mindazonáltal kardot kötök a modell jelenlegi előnye, az **egyének közötti választás** lehetősége mellett. A választási rendszer megújítását egy vele szorosan összekapcsolódó kérdéskör, a **kormányforma átalakításával egyidejűleg** tartanám kívánatosnak. A következők során erre irányuló szerves egységgé „tetemesített” elképzeléseimet fogom levezetni. A magyar alkotmányos berendezkedés egyik igen vitályos pontja a **kétharmados törvények kérdésköre**. Kormány(ok) és ellenzék(ek) között áthidalhatatlan szakadék feszül, s ez a gond a kormányzást voltaképp meg is béníthatja. Javaslatom: a kétharmados döntések (az alkotmányozás és egyes személyi kérdések, például az alkotmánybírák megválasztása kivételével) eltörlése, s a kérdéskörök valamilyen más többletmegszorításokkal történő biztosítása. Ez lehetne az összes képviselő létszámának több mint fele, illetve elképzelhető esetleg a szlovák alkotmány által előírt 60 %, valamint bekapcsolható a rendszerbe szenátus is¹⁰⁵. A túlhatalom ellenszere a parlament arányossága volna.¹⁰⁶ Támasztékul szeretném hívni ezzel összefüggőleg **Considérant** lemmáját, aki szerint *a többségi elv a döntés elve, az arányossági elv pedig a képviseleté*. A parlament a szuverenitás átlényegült letéteményese, az elsődlegesnek tekintett közvetett demokrácia gyakorlásának hivatottja. Azonban a népfelség elvének fontos tartozványa, hogy – mintegy a közvetlen demokrácia gyakorlásaként – az állampolgárok közössége hozza létre azt a szervet, melyre hatalmát a célszerűség és szakszerűség követelményének hárulataként átruházza. E szemszögből, véleményem szerint, nem védhető az aránytalanság, valamint a jelenlegi küszöb, mert mintegy 300 000 választó társadalmilag igenis komoly támogatottságot jelent¹⁰⁷. A **konstruktív**

¹⁰⁵ Ennek előnyeiről ld. az előző fejezetet

¹⁰⁶ Nem osztom azonban Bagehot elméletét, miszerént a többség kormányoz, a kisebbség kritizál. Az ellenzéknek a dán rendszerhez hasonló döntési jogkört adnék, tehát 30%-nyi (vagy hasonló arányú) képviselő a legfontosabb kérdésekben népszavazást írhatna ki, esetleg a szenátus eljárását kezdeményezhetné.

¹⁰⁷ A rendszerváltáskor, mint már írtam, a gombamódra szaporodó pártok miatt indokolt volt a 4%-os küszöb, azonban ma már a kijegecesedett pártrendszer okából túlzottnak tekinthetjük, legalábbis annak mértékét.

bizalmatlanság intézménye a kormányozhatóság oltalmazványosa volna. (Esetleg ezzel párhuzamosan el kellene határolni a kormány eredeti jogalkotási tárgyköreit, úgy, hogy az érintett kérdéseket nem törvény, hanem kormányrendelet szabályozza, ezáltal is oldva a parlamenttől való függését.¹⁰⁸)

) Az EU is a tagállamok választási rendszerének arányosítására ébreget, a csatlakozásra figyelemmel ezt nem árt nekünk sem szem előtt tartanunk.

Azon, szinte szentségtörésnek tűnő kijelentés mellett kezesítem magam, hogy a személyek közötti választásra a legnagyobb lehetőséget nem az egyéni rendszer kínálja, hanem a **preferenciális lista!** Mint már szó volt róla, a választók az egyéneken is a pártot keresik¹⁰⁹, a szavazatok megosztására ritkán kerül sor. Az egy párt mellett határozottan hitet tevő polgároknak semminemű beleszólásuk nincs, hogy saját pártjukból kit juttassanak képviselői méltóságba, vagyis csupán a „másodlagos rekrutáció”, a párton belüli küzdelem dominál, mintegy a választók megkerülésével. A módosító szavazatoknak ama formájáért szállok síkra, amely lehetővé teszi a szavazatok különböző pártok közötti megosztását, illetve kumulálását, vagyis egyetlen jelölt többszöri megerősítését.

A fölvezetett igényeket több elképzelhető modell is kielégíti, melyek egy gondolatsor módoszatai.

Elképzelhetőnek tartok egy **pusztán országos listáról** történő elosztást (Itt a preferálás lehetőségének technikai nehézségeit, nevezetesen, túl sok képviselőt kellene az országos listán felsorolni, hogy ne csupán az élen állók közül lehessen választani, úgy oldanám meg, hogy a szavazólapon a támogatni kívánt képviselő meghirdetett kódszámát lehetne megjelölni).

Ha területi szintet is létesítenénk, a **regionális listákat** javasolnám ezen célra, mert a nagyobb mandátumszám arányosabb elosztást eredményez. (Ez ráadásul egybecseng az EU régiókban való gondolkodásának, s a körzetek is sokszor mesterséges alkotványok, így a jelöltek azokhoz sem kötődnek

¹⁰⁸ A kormányzat rendszer reformjának szükségességét A magyar kormányzati rendszer című dolgozatomban fejtettem ki részletesebben.

¹⁰⁹ Erre utal, hogy neves, képzett, nem lejáratódott személyek hullanak alá minimális szavazatszámmal, csupán pártállásuk miatt. Jól példázza ezt a budapesti 7. Választókerület eredménye. Kádár Béla egyetemi tanár, a korábban nem kompromittálódott miniszter 7.95, a betegek és szegények jogaiért vezérszónoklataiban kiálló, sokat szereplő Pusztai Erzsébet 6.46, Szentgyörgyvölgyi Péter, a Károli Gáspár Református Egyetem JTK mb. dékánja 5.85, míg az SZDSZ-en belül sem annyira ismert Haris György 14.29 % szavazatot kapott, tehát a környék pártpreferenciái érvényesültek.

feltétlenül erősebben.) E modellben a jogosultak a **regionális listákon szereplő jelöltek között oszthatnák meg voksaikat, mondjuk 4-et vagy 5-öt.** (Az egész szavazás ennyiből állna, tehát nem jelentene a polgároknak jelentősebb terhet.) **A mandátumokat a pártokra leadott szavazatok szerint osztanák ki, a preferenciák csupán a pártokon belüli sorrendet befolyásolnák.** Az arányosítást országos kompenzációs lista segíthetné.

A nagyobb pártok miatt, melyek kompenzációs helyeket nem kapnak, a görög rendszerhez hasonlóan eloszthatnánk egy meghatározott számú mandátumot az *országosan összesített* szavazatok alapján, hogy a legfontosabb személyek bejutását semmi se veszélyeztesse. (Ugyanakkor fölvetődhetik, a kérdés, hogy vajon a népszerűtlen, regionális listákról bejutni képtelen pártvezéreket segítenünk kell-e ily módon.)

A fentieket fejleszti tovább az a gondolatsor, mely szerint a voksokat központilag összesítenék, majd a pártok részesedését leosztanák a területi listák között.¹¹⁰ (S ekkor is elképzelhető néhány mandátum országos elosztása.)

A talán legüdvösebb az a felépítmény volna, melynek talpköve az előbbiekhöz hasonlóan a **regionális szint.** A szavazatokat **országos fokozatban összesítenék, s az országos listák között osztanák el.** A regionális állomásról **az a képviselő nyerhetne mandátumot, aki elnyeri a pártja regionális listájára leadott szavazatok meghatározott százalékát**¹¹¹ (mondjuk 10 %-ot, de feltétlenül csak annyit, hogy a preferenciáknak jelentős szerepük legyen), vagy a régióban az összes voks bizonyos hányadát. Eme modellben helyet szoríthatnánk még a **független képviselőknek** is, mégpedig úgy, hogy rájuk nézvést is meghatároznánk egy kvótát (esetleg kedvezőbbet a listásnál), és annak elérése esetén képviselőséget juttatnánk osztályrészükül. (Esetleg a függetlenekre eső szavazatok szerint járó mandátumokat osztanák ki a szavazatok aránya szerint, illetve többletmandátumokat képeznék a német rendszerhez hasonlóan.) A preferenciás úton már a régióban megszerzett mandátumok számát levonnák az országosan kiszámított összmenyiségből.

¹¹⁰ Hasonlóan a német rendszer összesítéséhez

¹¹¹ A cseh és a szlovák rendszer követ hasonló zsinórmértéket.

A fölvázolt rendszerekben (lényegében egy modell 5 lehetséges módozata) a mandátumelosztás alapjául egy méltányos algoritmus szolgálhatna, ez lehetne **LR-Hare, avagy** – főképp, ha pusztán megyei szinten osztjuk el a helyeket – **Sainte-Lague**, mely segítségével a viszonylag csekély mandátumból is részeltetni lehetne a kis pártokat.

Küszöbbel valószínűleg **nem** próbálnám akadályozni a parlamentbe jutás útját. Ha mégis (a pártok töménytelen megszorodása esetén) ez 1-3 % lehetne, esetleg a részesedés feltétele egy regionális mandátum elnyerése volna.¹¹² Meghatározott *szavazatszám* eléréséhez is köthetnénk a bejutást. Elképzelhető, hogy a kisebb (például 1 % alatti) pártok csupán egy-egy szószólói helyet kapjanak.

Ezen módszer szerint tetszőlegesen változtathatjuk a parlament létszámát. Ezt úgy célszerű megtenni, hogy az így megtakarított összeg jelentősebb legyen a szakértőkre fordítandó többletösszege. (Véleményem szerint a képviselők messze nem mindegyike szakértője bizottsági területének, így a pártapparátusok hathatósabb munkát végezhetnek. Magam egy 200 fős alsó- és egy 100 fős felsőház mellett török lándzsát, figyelemmel a hasonló nagyságú országok adataira.)

A már említett **második kamarát** illetően nehezebb egy kész tervvel előállni. Megannyi remek ötlet és nemzetközi példa, megannyi képviseletre méltó érték és megjelenítendő társadalmi érdek láttán minden elképzelés teljesen szubjektívnek tűnik. Itt ugyanis nem egyetlen (népképviseleti) elv helyes mederbe terelése a cél, hanem egyéb elvek közül minél többnek az érvényre juttatása. Magam főképp az alábbiakat javasolnám a szenátus tagságába.

Második kamaránk módot adhatna a **határon túl élő magyarok** képviseletére, ezt hazánk történelmi hagyományai, a nemzet szétszakítotttsága, valamint a kérdés mai, hiányos rendezése is indokolja.¹¹³

¹¹² Tehát pusztán tényleges, ún. effektív küszöb lenne, azaz csupán az egy mandátumhoz szükséges szavazatszám. (Ez számításaim szerint 1-2 % körül szóródna a regionális rendszerben.)

¹¹³ Különböző régiókból kerülnének ki a képviselők, pl erdélyi, felvidéki, vajdasági, kárpátaljai, amerikai, észak-európai, nyugat-európai stb. A szavazás hazánk területén történne, hosszú szavazási határidővel. (Akinek fontos a kérdés, az idejön...) A kérdés összefüggésbe hozható a külhoni állampolgársággal: esetleg ennek alanyai lennének a választók.

A **regionális képviseletnek** a közvetett és közvetlen formája mellett is szólnak érvek, én utóbbi mellett teszem le a voksom – tekintettel a népképviseleti kamara tekintetében javasolt listás rendszerre. A választás megfelelő formája lehetne az ír szavazatátruházó modell, mely a sokadlagos (második, harmadik stb.) preferenciákat is figyelembe veszi. (Ordinális szavazás). A választás a népképviseleti ciklus félidején történne, megfontolandó a rotáció is.¹¹⁴

A **köztársasági elnök által** a közélet, tudomány, művészet, sport kiválóságai közül **élethossziglan** kinevezettek is a tagok közé emelkedhetnének.¹¹⁵

Érdekes ötlet a **népképviseleti és a korporatív elv egyesítése** (ld. az előző fejezetet). Ezt a módszert arra használnám eszközül, hogy a választók meghatározzák, a civil szféra tagjai, társadalmi szervezetek, kamarák közül melyek legyenek a szenátus alkotó tényezői.¹¹⁶

A (volt) **tisztségen alapuló** tagságra irányuló javaslatok között nem találtam példát a volt alkotmánybírák, alkotmánybírószági elnökök ajánlására. Pedig így talán javítható lenne a törvényhozás előzetes szűrése az alkotmányos alapjogok jegyében, s feleslegessé válhatna olykor az utólagos normakontroll az Alkotmánybíróság gyakorlatát belülről ismerő személy révén.

A **szellemi elit** (MTA, egyetemi tanárok, Rektori Konferencia) képviselőinek bevonását is megfontolandó ötletnek tartom.

E kézirat megszületésének időpontjában a különbizottság csupán a kapcsolt listák megszüntetése tekintetében jutott egyetértésre. Megoldatlan még a kisebbségek parlamenti képviselete¹¹⁷, illetve a majdani európai uniós képviseleti rendszer megteremtése. A további reformok előkészítésének feladata már félé, hogy a következő jogászgenerációkra marad...

¹¹⁴ Kizárnám, hogy a jelöltek országgyűlési képviselők vagy jelöltek, illetve párttagok legyenek, így ezen személyek talán hathatósabban képviselnék a helyi érdekeket. Ezen összefüggésben megvalósítható a visszahívás intézménye is.

¹¹⁵ Jelölhetnének civil szervezetek, állampolgárok, és esetleg az előző köztársasági elnök is.

¹¹⁶ Tehát lényegében e listás szavazás népszavazás lenne, mely meghatározza a szenátus összetételét. A delegálást a szervek feladatává tehetnék.

¹¹⁷ Ez még kétkamarás rendszer esetén is problémás, hisz politológiai elemzések sora emeli ki, hogy a kisebbségek elemi érdeke a mindenkori kormány támogatása. A kisebbségi képviselők választásának módja az lehetne, hogy mind a 13 kisebbség 1 tagot választ (Hisz diszkriminálni egyiket sem lehetne...) A maximum 100 fős szenátusban azonban a fentiek miatt e létszám szinte a mérleg nyelvéné válna. Én ezért (a szakirodalomban olvasott javaslatok közül) a szenátusban a kisebbségek küldöttjeinek szavazat nélküli, tanácskozási jogú tagsága mellett kezeseitem magam.

1990.	szavazat mandátum L-H- index			Legkisebb négyzetek indexe egyéni területi országos négyzetek			
MDF	24.73%	42.7%	17.97%	322.9%	114	40	10
SZDSZ	21.39%	23.6%	2.21%	4.88%	35	34	23
FKgP	11.76%	11.4%	0.36%	0.123%	11	16	17
MSZP	10.89%	8.55	2.34%	5.47%	1	14	18
Fidesz	8.95%	5.4%	3.55%	12.6%	1	8	12
KDNP	6.46%	5.4%	1.06%	1.12%	3	8	10
Agrárszöv.	3.13%	0.26%	2.87%	8.23%	1		
többiek	12.69%	0.%	12.69%	161.03%	10		
Összesen			43.05%	516.353%			
Indexérték			21.525%	16.06%			
1994.							
MSZP	32.99%	54.14%	21.15%	447.3%	149	53	7
SZDSZ	19.74%	17.98%	1.86%	3.46%	17	28	25
MDF	11.74%	9.84%	1.9%	3.61%	4	18	15
FKgP	8.82%	6.74%	2.08%	4.32%	1	14	11
KDNP	7.03%	5.7%	1.33%	1.77%	3	5	14
Fidesz	7.02%	5.18%	1.84%	3.39%	0	7	13
Agrárszöv	2.1%	0.26%	1.84%	0.0676%	1		
többiek	12.4%	0.%	12.4%	153.79%	1		
Összesen			44.4%	616.55%			
Indexérték			22.2%	17.57%			
1998.							
Fidesz	29.48%	38.34%	8.86%	78.5%	90	48	10
MSZP	32.92%	34.72%	1.8%	3.24%	54	50	30
FKgP	13.45%	12.44%	1.01%	1.02%	12	22	14
SZDSZ	7.57%	6.2%	1.37%	1.87%	2	5	17
MIÉP	5.47%	3.62%	1.85%	3.42%	0	3	11
MDF	2.8%	4.4%	1.6%	2.56%	17	0	0
többiek	8.31%	0.%	8.31%	69.%	1		

Felhasznált irodalom:

- Dezső Márta: Képviselő és választás a parlamenti jogban, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1998
- Fábíán György (szerk.): Választási rendszerek, Osiris-Láthatatlan Kollégium 1997

Különös tekintettel az alábbi tanulmányokra:

Kovács László Imre: Választás és Választási rendszer

Douglas W. Rae: A választási rendszer változó elemei

Arendt Lijphart: Választási rendszerek: Típusok, formák, fejlődésvonalak

Michael Gallagher: Arányosság, aránytalanság és választási rendszerek

Max Kaase: Megszemélyesített arányos képviselő

Mirjana Kasapovic-Dieter Nohlen: Választási rendszerek és rendszerváltás Kelet-Európában

David Butler: A Westminster-modell változásai

Fábíán György-Kovács László Imre: Az arányosság újabb dimenziói

- Szoboszlai György: Képviselő és választási rendszer európai kontextusban, Politikatudományi szemle 1998. 1.sz
- Kukorelli István: Az alkotmányozás évtizede, Korona Kiadó 1995.
- Fábíán György: A magyar választási rendszer kelet-közép európai összehasonlításban, Politikatudományi szemle 1999. 3. szám
- Szoboszlai György: A választási rendszer és a választási eredmények összefüggései, Info-Társadalomtudomány 22. Sz
- Kovács László Imre: Voksok és mandátumok, Társadalmi Szemle, 12/92
- Fábíán György: Választási rendszerek és a magyar megoldás, Társadalmi Szemle 4/94
- Wiener György: A választási rendszer reformja, Magyar Közigazgatás 6/97

- Dezső Márta: A választási rendszer életképessége és anomáliái, Választások 1995.
- Pokol Béla: A magyar parlamentarizmus, Cserépfalvi 1994.
- Körösényi András: A magyar politikai rendszer, Osiris 1998.
- Schmidt Péter: Választottunk (Szeljegyzetek a választáshoz , Parlamenti választások 1990. MTA Társadalomtudományi Intézet 1990.
- Dezső Márta-Tóth Zoltán: Választási rendszerek, BM Kiadó 1996.
- Wiener György: A kelet-közép európai választások összehasonlítása, Info-Társadalomtudomány 22. sz. 1992.
- Sente Zoltán: Bevezetés a parlamenti jogba, Atlantisz 1998.
- Dezső Márta, Kukorelli István (szerk.): Választástudományi tanulmányok, Országos Választási Iroda, 1999.
- Kelet-Európa új alkotmányai, szerkesztette: Tóth Károly, JATE-ÁJK Alkotmányjogi Tanszék, 1997.
- 1989 . évi XXXIV. törvény az országgyűlési képviselők választásáról, és az ennek módosításáról szóló 1994. évi III., 1997. évi C., ill. XCVI. tv.
- Magyar alkotmánytörténet, szerkesztette: Mezey Barna. Osiris Kiadó 1996.
- Alkotmánytan, szerkesztette: Kukorelli István. Osiris Kiadó 1996.
- Bihari Mihály-Pokol Béla: Politológia. Nemzeti Tankönyvkiadó 1992.
- Takács Imre: A törvényhozás második kamarája. Társadalmi Szemle 1995. 10. szám
- Kulcsár Kálmán: A kétkamarás országgyűlés problémája. Társadalmi Szemle 1995. 10. szám

Fenyvesi Csaba

A védő az “egyszerűsített” külön eljárásokban

A külön eljárások az általános (rendes) eljáráshoz képest speciális eljárási szabályokat tartalmaznak. Az ezekről szóló Be. fejezetek rendelkezései mutatis mutandis érvényesek, tehát a hagyományos eljáráshoz képest nyújtanak plusz garanciákat, (pl. védőkényszer van) vagy éppen ellenkezőleg, hagyhatják el akár a rendes eljárás egyes szakaszait is (pl. a nyomozás elmaradása a magánvádas eljárásban vagy akár magának a tárgyalásnak a mellőzése a büntetőparancsos vagy tárgyalásról lemondásos eljárásban).

A speciális eljárási szabályok alkalmazásának jogpolitikai indoka alapvetően kétirányú; egyrészt az eljárás minél gyorsabb lefolytatása, “egyszerűsítése” (magánvádas, tárgyalás mellőzések, bíróság elé állításos, tárgyalásról lemondásos, terhelt távollétében lefolytatott eljárás), másrészt a hagyományostól eltérő életviszonyokból, illetve alanyokból következő eltérő szabályozási követelmények alapozzák meg pl. a fiatakorúak és katonák ellen folytatott eljárásokat.

“Az egyes külön eljárások hol “felgazdagított eljárást” eredményeznek (procedure enrichée, pl. fiatakorúak elleni büntetőeljárás), hol éppen ellenkezőleg “zsugorított eljárást” tesznek lehetővé (procedure réduite, pl. tárgyalás mellőzése, tárgyalásról lemondás), de a külön eljárás illetőleg az abban hozott határozat akár “egyenértékű” is lehet a hagyományos eljárással (procedure équivalente, pl. a katonai büntetőeljárás).”¹ Tanulmányomban az ún. egyszerűsített (“zsugorított”), eljárást gyorsító külön eljárásokban fellelhető, védői jogállással kapcsolatos sajátosságokat tekintem át.

A védő a magánvádas eljárásban

A magánvádas eljárásban a védői jogállás - sehol másutt nem található sajátossága - fedezhető fel, nevezetesen a védő egyúttal vádlóvá is válhat. Ez az esetleges viszonyvadás esetén fordulhat elő, ahol mint a terhelt védője ellátja a “vádlói” jogi feladatokat is. A viszonyvadás védőre is kiható hatását jól érzékelteti Tremmel Flórián: “A viszonyvadás két alapvető eljárásjogi státuszt létesít. Az eredeti magánvádlóból egyszersmind vádlott lesz, az eredeti vádlottból pedig vádló is. Ez a multipozíció számos eljárásjogi kérdés megoldásánál komoly körültekintést kíván az eljáró bíróságtól. Különösen bonyolult eljárásjogi kérdések merülhetnek fel több sértett, több elkövető esetén. Lényegében megkettőződik a terhelt védőjének, illetve a magánvádló képviselőjének pozíciója is.”² Ez a multipozíció nincs ellentétben a “védvadás” elkerülésének követelményével, hiszen itt a “vádolás” esetében a terhelt védő quasi sértetti jogi képviselő. A terhelt elleni vád hiányában nem védőről kellene beszélni, hanem sértett jogi képviselőjéről. Azzal a nem elhanyagolható különbséggel, hogy a magánvádas eljárásban a vádat nem az ügyész képviseli, hanem ez a feladat is a védőre hárul. Ebben a speciális eljárásban fordul elő egyes egyedül, hogy a védő egyszerre tart véd- és vádbeszédet. Ám nem minden

¹ Herke Csongor: A fiatakorúak elleni büntetőeljárás. Jura, 1997/1. 29. o.

² Tremmel Flórián: A magánvadás. KJK, Bp. 1985. 270. o.

ügyészi-vádlói jog illeti meg a védőt, nem mondható, hogy az ügyész “helyetteseként” lép fel. Nem illeti meg például kényszerintézkedés elrendelése, fellebbezés a vádlott terhére, stb. Így legfeljebb “quasi” vádlóról beszélhetünk, nem többről.

Az új Be. a pótmagánvádló intézményének bevezetésével szélesíti a magánvádlói jogokat. A magánvádló, illetve a pótmagánvádló mellé a bíróság ügyvédet rendelhet ki³ 56. (1) bek., aki mint (sértetti) jogi képviselő vesz részt az eljárásban és aki a magánvádlói, illetve a pótmagánvádlói jogokat - többek között a vádolás jogát - gyakorolhatja. Az ügyvédi képviselet kötelező a vádindítvány benyújtásától kezdve. 312. (3) bek.⁴ Érdekes nívuma az új Be-nek, hogy kötelezővé teszi a védői részvételt ha pótmagánvádló lép fel. Vagyis a tárgyalóteremben a pótmagánvádló ügyvédje (mint quasi vádló) és a terhelt védője (védőügyvédje) fog egymással szemben ülni. Ezáltal biztosítottnak látszik a fegyverek egyenlősége is, miután mindkét oldalon szakképzett, hivatásos ügyvédek fognak ülni. A többes szám mindkét oldalra helyesen értendő, mivel nincs korlátozás sem az ügyvédek sem a védőügyvédek számában, többen is képviselhetnek, illetve védhetnek egy-egy eljárási résztvevőt.

Itt jegyzem meg, hogy miután az új Be-ben (illetve a hatályosban a felülvizsgálat során) megjelent az ügyvéd, mint eljárási résztvevő méginkább indokolt megkülönböztetés a terhelti védelmet ellátó - hivatásos - ügyvéd esetében a “védőügyvéd”, mint terminus technikus alkalmazása. A pótmagánvádló képviseletét ellátó ügyvéd nem védőügyvéd, ilyen jogosultságai nincsenek. Jogállása sokkal inkább hasonlít a sértetti jogi képviselőhöz, valamint részben az ügyészéhez. Ebbe a körbe tartozik például a perbeszéd, azon belül vádbeszéd jellegű és célzatú beszéd tartása. új Be. 343. § (3) bek.

Előfordult a gyakorlatban, hogy magánvádas eljárásban lefolytatott személyes meghallgatáson az idézettek nem jelentek meg, ennek ellenére a feljelentett, illetve védője kérte az eljárási cselekmény megtartását. A Legfelsőbb Bíróság iránymutató álláspontja⁵ szerint ebben az esetben nem tartható meg a személyes meghallgatás.⁶

A “minima non curat” elvére alapozott indokolással egyetértve jelzem, hogy a terhelt fellebbezési jogát ilyen vélelmezett vádelejtés esetén kizártnak tartom. A Tremmel Flórián által is képviselt⁷ álláspontot alátámasztja, hogy egyfelől a Be. 9.-a szerint a bíróság (a másodfokú bíróság) sem járhat el törvényes vád hiányában (illetőleg tulajdonképpen a védelem által fenntartott vád alapján), másfelől pedig a törvény kogens rendelkezése folytán a magánvádló (vagy képviselője) kellően ki nem mentett mulasztása esetén az eljárás megszüntetése mérlegelés nélkül kötelező. Ez a megoldás

³ A francia szabályozásban a vizsgálóbíró előtt magánfélként fellépés esetén az ügyvédkényszer nem érvényesül. Ld.: Francois Terré: Introduction générale au droit (balloz, Paris, 1991. Roland, Henri-Boyer, Laurent: Adages du droit français Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1992.

⁴ A magánvádas eljárásban is előfordulhat védőkényszer - mutatott rá a bírósági gyakorlat - helyesen: “A magánvádas eljárásban is kötelező a védő részvétele, ha a terhelt más ügyben kiszabott szabadságvesztés büntetését tölti.” Bírósági Határozatok, 1979. 60. sz. jogeset.

⁵ Legfelsőbb Bíróság 32. sz. Kollégiumi Állásfoglalása (BK 32.)

⁶ Az 1951. évi Bp. 154. § (2) bekezdése még külön jogorvoslatot biztosított a megszüntető végzés ellen: “Ha a magánvádló, illetőleg a képviselője a tárgyalásról elmarad és kellően nem menti ki magát, a bíróság az eljárást végzéssel megszünteti, a terheltnek vagy védőjének kérelmére azonban a tárgyalást ez esetben is meg kell tartani.”

⁷ Tremmel Flórián: Im. 226-227. o.

teljes összhangban van nemcsak a minima non curat, hanem a “vi gi lantibus est scriptum ius” követelményével.

A védő a bíróság elé állításnál

Az országos átlagban 6-8 %-ot⁸ kitevő bíróság elé állítás tárgyalási szakában kötelező a védői részvétel.

Ennek betartása a bírósági gyakorlatban is következetes. “Feltétlen eljárási szabálysértést és felülvizsgálati eljárást eredményező ok valósul meg, ha a bíróság elé állítás esetén az elsőfokú bíróság a tárgyaláson szakértői bizonyítást rendel el, majd a szakvélemény több hónappal később történt beérkezése után az ügyész és a védő távollétében megtartott tárgyalás alapján hozza meg az ítéletét”.⁹

A törvényhozó sem a hatályos sem az új Be-ben nem kívánta - az általános okokon túlmenően - a nyomozási szakban is biztosítani a védői részvételt. Ez csak onnantól válik kényszerre, amikor az ügyész dönt az előállításról, amikor egyértelművé válik az eljárási forma alkalmazása. Mindaddig ugyanis az ügyész másként is dönthet, vádat emel, további nyomozási cselekményeket ír elő, stb. Miután a terhelteket tettenérték¹⁰ vagy beismertek, az ügy megítélése egyszerű,¹¹ a nyomozás igen rövid idejű, egyúttal szinte a bizonyítékok az első intézkedések folytán rendelkezésre állnak, magam sem látom szükségességét a nyomozási szakra való védőkényszer bevezetésének, az általános okokon túlmenően, speciálisan erre az eljárásra nézve. Elégségesnek tartom a tárgyaláson való védői részvétel kötelezettségét, mivel legfőképpen a büntetés kiszabása és egyéb járulékos - esetlegesen minősítési - kérdések merülhetnek fel reálisan védői “terepként.”¹²

A bíróság elé állítás specialitása a vádlói “rövid feljegyzés”, amely a vádindítványt, illetve vádiratot helyettesíti. Ezt csak a vád “előterjesztésekor”¹³ adja át a bíróságnak és

⁸ Harangi István vezette konzultáció a bíróság elé állítás gyakorlatáról. Belügyi Szemle 1986/5. sz. 27. o.

⁹ Legfelsőbb Bíróság Bfv. I. 735/1998. sz., Bírósági Határozatok 1999/5. 201. sz. jogeset, 344-345. o.

¹⁰ A tettenérésnek a Code Procedure Penale 53. §-a a bűncselekmények meglehetősen széles körét felölelő definíciója adja. E bűncselekmények (flagrants délits) nyomozásakor a bűnügyi rendőrség igen komoly saját jogosítványokkal, valamint kényszerítő eszközökkel rendelkezik, ugyanakkor a Köztársaság ügyésze és a vizsgálóbíró is közreműködik az ilyen cselekmények “halaszthatatlan” nyomozásánál. Tettenéréskor a rendőrségnek haladéktalanul értesíteni kell a Köztársaság ügyészét, aki köteles helyszínre menni, irányítani a nyomozást, biztosítani a bizonyítékok megőrzését és rögzítését. Ld.: Lévai Ilona: Büntetőeljárás és ügyészség - a “francia modell” magyar aspektusból. 43-105. o.

¹¹ Az ügy egyszerűsége, a tettenérés, a beismerés helyes megítélése, megállapítása alkalmanként nehézséget okozott (okoz) a bírói gyakorlatnak. Erre utal Maros Lászlóné Safrankó Margit: A bíróság elé állítás vádirat és tárgyalás kitűzése nélkül a gyakorlatban. Magyar Jog, 1969/8. sz., 461. o.

¹² A konzultáción szereplő Parti Jánosné szerint a vádlottak javarésze nem is tartja szükségesnek a védőket ebben a külön eljárási formában: “A vádlott nem kéri, nem is érti miért szükséges, sőt sokszor kijelenti, hogy neki nem kell ügyvéd. Nem is emlékszem olyan esetre, hogy ne kirendelés alapján kapcsolódott volna a védő az eljárásba. A mi munkánkat pedig segítik, mert van még egy kontroll, aki megvizsgálja ismét az ügyet - többek között - abból a szempontból, hogy az megfelel-e a bíróság elé állítása feltételeinek. Harangi István: Im. 27. o.

¹³ A Legfőbb Ügyész 2/1999. (ÜK. 2.) LÜ utasítása a nyomozás törvényessége feletti felügyeletről és a nyomozás befejezése utáni ügyészi feladatokról. 70. § (2).

a védőnek a vádló. A büntetőeljárás közbenső eljárásában de lege ferenda javaslatként vetem fel,¹⁴ hogy kívánatos lenne, hogy az ügyész a vádját (a váddokumentum) elkészültét követően, a védőnek is megküldené közvetlenül, a bíróságnak való eljuttatás mellett. Ebben az esetben az idő rövidege és az ügy egyszerűsége, a gyorsítás, mint fő cél maradéktalan megvalósítása érdekében,¹⁵ ezt nem látom szükségesnek.

A hazai szakirodalomban alapvető reformjavaslatok születtek bíróság elé állítással kapcsolatban, érintve a védői jogokat is. Közülük Botos Gáboré a leginkább reformer, aki kifejti, hogy “kisebb ügyekben - véleményem szerint az érkező ügyeknek legalább 50 %-a ilyen - a bíróság elé állítás lehetőségét intézményesíteni kellene: például tettenérés esetén úgy, ahogyan az Franciaországban van: nyomban a bíróság elé kellene állítani az elkövetőt, nyomozási szakban erről csupán rövid feljegyzés készülne, amely tartalmazná az elkövető és a tanúk nevét, a helyszínt, valamint az elkövetés módját. Bár eretnokségnek hangzik, mégis azt kell mondanom, hogy a rendőrkapitányságokon létrehoznám az ügyeletes bírói rendszert, (az ügyeletes ügyészi rendszerrel együtt) és az előállítási ügyekben az ügyeletes ügyész szóban előterjesztett indítványára az ügyeletes bíró nyomban dönthetne az előreláthatóan is kisebb tartamú büntetés mértékéről és neméről. Ez ellen a határozat ellen az érdekelt ügyésznek, a vádlottnak, továbbá esetleges védőjének fellebbezési joga lehetne a városi bíróságokhoz, és a városi bíróságok ugyancsak egyes bírói eljárásban döntenének a fellebbezés alaposságáról vagy alaptalanságáról, a helyes büntetési nem és mérték alkalmazásáról, esetleges további bizonyítás felvételéről. A városi bíróságok tehát - egyúttal, mint fellebbezési bíróságok - végleges határozatot hozhatnának.”¹⁶

A javaslatot támogathatónak vélem, magam is az eljárás egyszerűsítésének és gyorsításának vagyok híve. Nézetem szerint semmi sem indokolja a jelenlegi gyakorlatban az egyszerű megítélésű (pl. közlekedési ügyek túlnyomó többsége, testi épség elleni, garázda jellegű stb.) bűncselekmények esetén a több hónapig tartó nyomozást, majd ügyészi, végül bírósági procedúrát. Ezekben a védő nem tesz többet, mint a bíróság elé állításnál tette, semmiféle jogsérelemről nem beszélhetünk sem a terhelt, sem a védő oldalán.

A már Botos Gábor által is hivatkozott francia szabályozásban 1983-ban jelent meg a gyorsított eljárási forma, nevezetesen az azonnali megjelenésre szóló idézés (convocation par procès-verbal, comparution immédiate), amely csak vétség esetében alkalmazható. Tettenérés esetén kerülhet rá sor, ha a cselekmény egytől öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő vétség, de tettenérés hiányában is alkalmazható kettőtől

¹⁴ A védőügyvéd. PhD értekezés, kézirat. Pécs, 2001. 247. o.

¹⁵ A célszerűség alatt nem pusztán a bűnüldözés, hanem a terhelt érdekét is értem. Önmagában a bűnüldözés célszerűsége, eredményessége nem állhat követelményként. Mellette megjelennek és meg kell, hogy jelenjenek más, legalább ennyire fontos elvek, amelyek “fékek és gátak” szerepét betöltve megakadályozzák, hogy a büntető igazságszolgáltatás kizárólag a bűnüldözés célszerűségét szem előtt tartva működjék. Egyetértve Balogh Jenő megfogalmazásával: “Lehetőleg figyelembe kell venni, illetőleg kímélni kell a terheltnek s egyéb állampolgároknak egyéni és polgári jogait, és mind a bírósági szervezet, mind az eljárás lefolytatása körül alkotmányjogi garanciákat kell az egyéni szabadság és az alkotmányos jogok védelmére felállítani.” Balogh Jenő: Magyar bűnvádi eljárási jog. Grill, Budapest, 1901. 145. o.

¹⁶ Botos Gábor: Néhány gondolat a büntetőeljárás koncepciójához. Rendészeti Szemle 1994/9. sz.; 16-21. o.

öt évig terjedő börtönnel fenyegetett vétségek esetén. Mindkét esetben feltétel, hogy a bizonyítékok rendelkezésre álljanak, ezek beszerzéséhez ne váljék szükségessé vizsgálat lefolytatása. Ha letartóztatás látszik indokoltnak, az ügyész indítványára a törvény elnöke vagy az általa megbízott bíró határoz. Ilyen esetben két napon belül tárgyalni kell az ügyet. Gyorsított eljárásban egyébként az ügyet első fokon két napon belül, másodfokon négy hónapon belül be kell fejezni.¹⁷

Az olasz büntetőeljárás kódexben (449-452 Art) is található ún. “gyorsított eljárás” (giudicio direttissimo). Alkalmazásának célja a “drága”¹⁸ és hosszú általános eljárás korlátozása. Feltételei hasonlóak a magyar szabályozáshoz. “Az alapvető különbség abban jelentkezik, hogy a határidők lényegesen rövidebbek: Tettenéréskor elfogott gyanúsítottat 48 órán belül kell az ügyésznek az illetékes bíró elé állítania. Ha viszont az ügyész úgy látja, hogy ugyan viszonylag tiszta bizonyítási helyzetből indulhat ki, de a gyorsított eljárás rövid határideje a nyomozáshoz nem elég, indítványozhatja a közvetlen eljárást (giudicio immediatio, 453-458. Art.), amelyben 90 nap áll rendelkezésre a nyomozás lefolytatására. Előzetes tárgyalásra ebben sem kerül sor, de bizonyítási közbülső eljárásra a szükséghez képest igen.”¹⁹

Az Angliában honos és a hazai bíróság elé állításhoz is hasonlító, ám sok részletben eltérő - gyorsított eljárás (Accelerated Procedure) - olyanformán válik valósággá, hogy a vádlott írásban értesítheti az ügyészt arról, hogy beismerő vallomást kíván tenni. Ha ezt elfogadják, gyorsított eljárást folytatnak le, amely során nem szükséges tárgyalást tartani.²⁰

A modell hasonlít a tárgyalás mellőzéses külön eljárásunkra is, ahol a beismerő vallomást követően elmaradhat a tárgyalás. Az angol megoldás szimpatikussága abban

¹⁷ Ld.: Lévai Ilona: Büntetőeljárás és ügyészség - a “francia modell” magyar aspektusából. Kriminológiai és Kriminálisztikai Évkönyv. Bp., 1994. 43-105. o.

¹⁸ A korábbi szovjet szakirodalom nem támogatta az egyszerűsített eljárásokat. M. Sztrogovics neves büntetőeljárás jogász például kifejtette, hogy a “processzuális ekonomia”, mint elv nem létezik. Perokonómiai szempontok miatt nem lehet feladni a garanciális szabályokat. Döntő jelentőségűnek tartotta a szovjet büntetőeljárás fejlődésének elvi irányát, amely véleménye szerint az eljárási formák egységesítésében nyilvánul meg. Szerinte az ügyeket nem lehet egyszerűekre és bonyolultakra felosztani, sőt elfogadhatatlan még maga a gondolat is az “egyszerű, világos” ügyekről, a “nyilvánvaló bűncselekményekről” - mivel az ilyen értékelés a bírósági elbírálást megelőzően szubjektív és előítéletet eredményez az ügy elbírálásánál. Álláspontja szerint a differenciálás elvileg megengedhető, de csak az eljárási garanciák fokozása, kiszélesítése irányában. Az egyszerűsítés károsan befolyásolná a büntető ügyek kivizsgálásának minőségét. M. Sztrogovics különösen a bírósági eljárás tekintetében ellenezte az egyszerűsítést, eleve elfogadhatatlannak tartva minden ilyen irányú javaslatot. Vajda Alajos: Az előállítás intézménye, avagy az ügy bírósági szakot megelőző előkészítésének jegyzőkönyvi formája a szovjet büntető eljárásban. Magyar Jog 1987/7-8. sz., 662. o.
A jelenlegi orosz szabályozásban “gyorsított eljárásként” ismerik 1991. óta a magánvádas eljárást. Ebben a vádlott beismerése esetén a bíróság tárgyalás lefolytatása nélkül közvetlenül hoz határozatot.

¹⁹ Pusztai László: Az új olasz büntetőeljárás törvény a hazai kodifikáció nézőpontjából. Magyar Jog, 1991/4. sz., 236. o.

²⁰ Lévai Miklós: A büntetőjogi jogkövetkezmények rendszere Angliában és Walesben; kriminálpolitikai tanulságok. Kriminológiai Közlemények, 42. sz. 1991. 34. o.

rejlük számomra, hogy az eljárás közben is előfordulhat a folyamat megindítása, vagyis nem biztosan csak a cselekményt közvetlenül követő rövid időszakban.

Kelet-Európában is hasonló változások zajlottak le, illetve zajlanak az egyes államok büntetőeljárás szabályozásában. A reformtörekvések közé tartozik szinte mindenhol - legfőképpen a megnövekedett bűnüldözési terhek miatt - a büntetőeljárás gyorsítása, egyszerűsítése, az opportunizmus erősítése az officialitással és legalitással szemben. Egyúttal a reformintézkedések együtt járnak az eljárásban részt vevő személyek - köztük a védő - jogainak további bővítésével és a kontradiktórius elv erősítésével.²¹

A védő a tárgyalás mellőzéses eljárásban

A külön eljárásokban - mint fentebb már utaltam rá - gyakorta találunk opportunistá intézményeket.²² Itt is erről van szó, a terhelt a beismerésért cserébe enyhe súlyú ügyekben egyszerűsített eljárást kap az igazságszolgáltatásban, anélkül, hogy találkozná az elbíráló bírósággal. Az intézmény a Bp-ben "Büntetőparancsként"²³ volt ismert a magyar szabályozásban; ezt az elnevezést használja az új Be. is, a jelenlegihez képest változatlan szabályozással. Jogtörténetileg az intézmény angolszász modellre épül²⁴,

²¹ Farkas Ákos jól mutatja be a kelet-európai tendenciákat: "A büntetőeljárás reformok, bármelyik rendszer irányába mutatnak is, elsősorban az eljárás egyszerűsítését és gyorsítását, a büntetőügyek konszenzusos alapon történő elintézését célozzák, ami leggyakrabban az anyagi igazság elvének érvényesüléséről, és a kontradiktórius tárgyalás elvéről történő lemondással jár együtt.

...A nyomozás egyszerűsítése mellett a tárgyalás elkerülése, az ügyek bíróságon kívüli elintézése a reformjavaslatok másik iránya. Lengyelországban például a kisebb súlyú magánvádas bűncselekmények esetén a bírói fórum előtt mód nyílt a sértett és az elkövető kiegyezésére. Az elképzelések szerint a bűncselekménnyel okozott kár jóvátétele a főtárgyalás elkerülésének előfeltétele lehetne.

...A fiatalok és a katonák esetén a szétválás előtti Csehszlovákiában korábban is mód nyílt az ügyek bíróságon kívüli rendezésére. Nagyobb érdeklődés mutatkozik a főtárgyalás elkerülését szolgáló jogintézmények iránt.

... A horvát reformtörekvésekben bizonyos kisebb súlyú bűncselekmények vagy "flagrant delit"-ek esetén a bíróságok előtt létrejövő, a vádlott beleegyezését igénylő konszenzusos megegyezésként valósul meg." Farkas Ákos: A büntetőeljárás reformja és a bűnmegelőzés. A szociális munka gyakorlata. Büntetőpolitika, bűnmegelőzés. Tanulmánygyűjtemény a szociális szakképzés számára, Budapest, 1994. 9. o.

²² Hasonló jellegű, egyszerűsítő eljárás az EU tagállamok szinte mindegyikében található. Az intézményt, mint az eljárás egyszerűsítésének egyik módját "penal order" néven maga az Európa Tanács Miniszteri Bizottsága is szorgalmazta és szorgalmazza ajánlásában. Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának Ajánlása a büntetőeljárások egyszerűsítéséről. R (87) 18. Ld. magyar nyelven: Rendészeti Szemle, 1991/5. 97-103. vagy Bírósági Határozatok Melléklet 1999/1.

²³ Az intézményt "büntetőparancs" néven, német és osztrák mintára már az 1896. évi Büntető perrendtartás is ismerte (532-535. §) Bevezetésnek célja az eljárás gyorsaságának előmozdítása és az egyes bíróságok teendőinek tetemes csökkentése volt. A korabeli magyarázat szerint a büntetőparancs némileg a "fizetési meghagyás" intézményének (1893. évi XIX tcz.) átültetése a büntetőeljárásba.

²⁴ Az angolszász területeken az intézmény "plea bargaining" néven ismert. "Ezt az angol kifejezést beismerési vagy védekezési alkunak is lehet fordítani, de közismertebb nevén vádalkunak hívják. Az Egyesült Államokban a büntető ügyek több mint 90 %-ában a vádemelést követően az ügyész, illetve a vádlott és védője között lefolytatott vádalku és az ennek eredményeként létrejött megegyezés határozza meg a további bírósági eljárás menetét. Amennyiben a vádlott a megegyezés szerinti bűncselekményben beismeri bűnösségét s ezzel lemond arról a jogáról, hogy ügyében az esküdtbíróság döntsön, úgy az egyesbíró bizonyítási eljárás lefolytatása nélkül, a beismerés alapján hozza meg ítéletét. Az így "megspórolt" bizonyítás és a rövid tárgyalás fejében az ügyész a vádbeli bűncselekményt enyhébben minősíti, illetve a bíróság a minősítés változatlansága esetén is jelentősen

aholis a beismerésnek mindig is kiemelt szerepet adtak.²⁵ A kontinentális megoldások^{26, 27} köztük a magyar is - az inkvizitórius negatív tapasztalatok emléke alapján - igyekszik biztosítani a beismerés önkéntességét, ám főszabályként fenntartja a tárgyalási formát, holott erre a valóban önkéntes és aggálytalan beismerés esetén nem feltétlenül van szükség. A tárgyalás mellőzéses (büntetőparancsos) külön eljárás óvatos lépés volt az eljárások egyszerűsítése irányába.²⁸

Ugyanakkor az anyagi igazság megállapításának kívánatos helyeként megjelölt tárgyalás fenntartása és az eljárás egyszerűsítésének célja között feszülő ellentét, ahogyan Erdei Árpád megfogalmazza - "dilemmát" okozott a magyar jogalkotásban is;²⁹

enyhébb büntetést szab ki. Ennek gyakorlati előnye kétségtelen, hiszen a túlterhelt igazságszolgáltatás e jogintézmény nélkül összeomlana."

Kiss Anna: A tárgyalás mellőzésének elméleti és gyakorlati kérdései. Kriminológiai és Kriminálisztikai Tanulmányok. XXXIII., 158-176. old.

²⁵ "Ezt a magyar jogtudomány jóformán mindig fenntartásokkal, gyakran ellenszenvvel ítélte meg (és nem csak az amerikai vádalkunak /plea bargaining/ az igazság megállapítására hivatott büntetőeljárás magasztos elveitől idegen kufárszelleme miatt, amelyet Uviller úgy jellemez: a hajdan tiszta és tiszteletre méltó bűnösség elismerés mára szorosan összefonódott a vádalkuval, amely az előnyök üzleti szellemű cseréjén alapul és amely "jobban illik egy marokkói bazárhoz, mint az igazságszolgáltatás csarnokaihoz". "Pleading guilty: A critique of four models" (Review of the School of Law of Duke University, 1977. I. sz., 102. o.).

Az okok között elsősorban a beismerés kikényszerítése iránti irtóztatós és persze a hamis beismeréstől való félelem szerepel: a törvénytelen kényszer éppúgy túrhetetlen, mint az olyan bírói döntés, amely nem az igazságon alapul." Erdei Árpád: A trónfosztott királynő uralkodása, avagy a bizonyításelmélet szent tehene. Magyar Jog, 1991/4. sz., 210. o.

²⁶ Olaszországban az igazságszolgáltatás tehermentesítése céljából összesen öt külön eljárás létezik, amelyek közül három - a rövidített eljárás, az egyezségeen alapuló eljárás, illetve a büntetőparancs - a főtárgyalás elkerülésével éri el az eljárás gyorsítását és egyszerűsítését. "Rendszerint főtárgyalás nélküli ügylezárással jár a büntetőparancs (procedimento per decreto 459-464. Art.), amely lényegében azonos a magyar Be. eredeti, 1973-as szövege szerint a XVII. fejezetben szabályozott külön eljárással ("A tárgyalás mellőzése pénzbüntetés kiszabása esetén"). Feltételül az olasz törvény is a tiszta bizonyítási helyzetet írja elő, illetve, hogy olyan bagatell-bűncselekményekről legyen szó amelyekre a törvény szerint pénzbüntetést kell kiszabni." A bíró ítéletét a nyomozás adatai alapján a felek egyetértésével hozza. Ez a terhelt számára azért kedvező, mert a törvény által előírt büntetési tétel egyharmaddal alacsonyabb ebben az eljárásban. A vádlottnak nem kell viselnie a perköltségeket és a büntetés sem kerül be a bűnügyi nyilvántartásba. Pusztai László: Az új olasz büntetőeljárás törvény a hazai kodifikáció nézőpontjából. Magyar Jog, 1991/4. sz., 236. o.

²⁷ Németországban "Strafbefehl"-ként, büntetőparancsként ismert az intézmény. A csekély súlyú bűncselekmények miatt folytatott eljárásban az ügyész vádirat helyett ún. büntetőparancs-tervezetet készít, amelyben tájékoztatja a bíróságot az ügy részleteiről és indítványt tesz meghatározott pénzbüntetés kiszabására. A bíró az ügy érdemének vizsgálata nélkül aláírja ezt, majd a kézbesítés után a vádlott kifizeti a büntetést és ezzel elkerüli a tárgyalást.

²⁸ Ma már nem kivételes, hiszen újabb opportunistá, eljárást egyszerűsítő intézmények - mondhatni - sokaságát vezette be a jogalkotó. A "felbátorodott" jogalkotás terméke pl. a későbbiekben tárgyalandó tárgyalásról lemondás, a távollévő terhelt esetébeni tárgyalás, a korábbi eljárási szakaszokból pedig a vádemelés mellőzése, a terhelttel való megállapodás.

²⁹ A tudomány képviselőinek aggályaira jól mutat rá Kiss Anna is, amikor megfogalmazza: "Az általános eljárás szabályaitól a legkirívóbban a büntető végzés szabályai térnek el, mert ebben az eljárásban nem érvényesülnek a szóbeliség, a közvetlenség, az ártatlanság vélelmének és a kontradiktórius eljárásnak az elvei. Mivel az eljárás a terhelt rendelkezési jogán alapszik - beismerte a bűncselekmény elkövetését - a bíróság nem vizsgálja a nyilatkozatot valóságtartalmát, és ha a vádlott a végzésbe belenyugszik, nem kér tárgyalást, a bíróság végül is belenyugodva, elrendelheti a végrehajtást. Mindezzel a döntésért, ennek igazságáért a felelősséget az állam nagy részben a vádlottra hárította át." Kiss Anna: Im. 159. o.

“melyik követelménynek kell nagyobb fontosságot tulajdonítani. A tárgyalás mellőzése az eljárás egyszerűsítését veszi a legfontosabb érdeknek., ezért, s ezért a másik kettőt félretéve egyszerűen eltekint a tárgyalástól. A büntető eljárásban azonban a tárgyalást szokás az igazság megállapítására a legalkalmasabb szakasznak tekinteni. Így az egész bírósági tárgyalást s vele az inkvizíciós eljárás ellenében megszületett alapelveket félretevő eljárás egyáltalán nem látszik szalonképesnek a tárgyalás híveinek szemében. A jogalkotó tehát úgy igyekszik elfogadhatóvá tenni, hogy hatókörét csupán olyan ügyekre terjeszti ki, melyeknek egyenkénti súlya nem jelentős. A tárgyalás mellőzésének feltételei között tehát helyet kap az ügy csekély jelentősége, a tényállás egyszerűsége, valamint a kiszabható büntetés állítólagos enyhésége. Felbukkan továbbá feltételként a terhelt beismerése.

Az eredmény: erős inkvizitórius jegyeket mutató külön eljárás, amely közvetett, írásbeli, nem nyilvános, nyomozási túlsúlyt mutat és a terhelt beismerését alapvető követelményként kezeli. Ismétlem, inkvizitórius jegyekről van szó. És az ilyen jegyek az angolszász modellben már csak azért sem mutathatók ki - ezt még ellenfelei is valószínűleg elismerik -, mert a bűnösség beismerése legalább a bíró előtt is elhangzik.”³⁰

Nézetem szerint az olyan büntetőeljárás egyszerűsítő formák, amelyek nem sértik a terhelt és védője jogait, amelyekben megtalálhatók a törvényi garanciális elemek számukra, elfogadhatóak, támogatásra érdemesek.³¹ A tárgyalás mellőzéses eljárásban ezt a törvényi garanciát abban látom, hogy a bíróság által, tárgyalás nélkül meghozott határozat ellen jogorvoslással, “ellentmondással”³² élhet mind a terhelt, mind a védő. Mindketten, önállóan, egymástól függetlenül is tárgyalás tartását kérhetik. Így - álláspontom szerint - adott a lehetőség a bíró előtti megjelenésre, az Emberi Jogok

³⁰ Erdei Árpád: Im. 211. o.

³¹ Ennek létre és jelentőségére mutat rá Farkas Ákos is, amikor megfogalmazza: “A jogállami (alkotmányos), emberi jogi garanciák a terhelt és védőjének eljárási pozícióját jelentősen megerősítette (a sértett és a tanú helyzete az eljárásban csak az utóbbi években kezdett a terheltéhez felzárkózni), ami az igazságszolgáltatási szervek cselekvési szabadságát számottevően korlátozza, s ez a bűnüldözés eredményességét negatívan befolyásolja. Ezen az sem változtat, hogy az említett elvek rovására bizonyos bűncselekmény-kategóriák (szervezett bűnözés, kábítószer-bűnözés, terrorcselekmények) esetén jelentős engedményeket tesznek.

A büntetőeljárás reformok, bármelyik rendszer irányába mutatnak is, elsősorban az eljárás egyszerűsítését és gyorsítását, a büntetőügyek konszenzusos alapon történő elintézését célozzák, ami leggyakrabban az anyagi igazság elvének érvényesüléséről, és a kontradiktórius tárgyalás elvéről történő lemondással jár együtt.”

Farkas Ákos: A büntetőeljárás reformja és a bűnmegelőzés. □ A szociális munka gyakorlata. Büntetőpolitika, bűnmegelőzés Tanulmánygyűjtemény a szociális szakképzés számára. Budapest, 1994. 9. o.

³² A jogalkotók és a tudomány képviselői is a “büntetőparancs és a büntetőeljárás alapelvei közötti ellentmondás feloldását kezdettől fogva abban látták, hogy amennyiben a terhelt “ellentmond” a bíróság határozatának, úgy azt nemlétezőnek kell tekinteni, és a tárgyalást rendes eljárás szabályai szerint kell lefolytatni. A terhelt ellentmondása esetén a büntetőparancs semmilyen kötőerővel nem bírt egészen 1987-ig, amikor a terhelt védelme érdekében bevezették a relatív súlyosítási tilalmat.

Ezt a felfogást tükrözi az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának ajánlása is. Eszerint a vádlott ellentmondása önmagában a parancs megsemmisítését, érvénytelenítését vonja maga után, és szükségessé teszi a hagyományos eljárás lefolytatását, amelyben - szemben a magyar jogi megoldással - nem kell érvényesülnie in peius tilalmának sem (II/c/5. p.)”

A 67/1995. (XII. 7.) AB határozat indokolása.

Európai Bírósága által is megkövetelt pártatlan³³ bíróság előtti megjelenésre, a tisztességes bírósági tárgyalás lefolytatására.

A védőt megillető speciális jogorvoslati forma, a tárgyalás tartásának kérése az alapeljárásban, jogerő előtt érvényesíthető, így erre is vonatkozik, hogy a védő a terhelt akaratától függetlenül élhet ezzel. Az - egyébként törvényi feltételként megjelenő - szabadlábon levő³⁴ terhelt hozzájárulása nem kell hozzá, a terhelt nem tilthatja meg. A tárgyalás kezdetéig a kérelmező visszavonhatja a tárgyalás tartására irányuló kérelmet. □ Be. 355.§ (1) bek., új Be. 550.§ (1) bek. □ Ugyan a törvény nem fogalmazza meg külön, hogy a védőként benyújtott kérelmet csak a terhelt hozzájárulásával lehet visszavonni - mint megteszi ezt a fellebbezés esetében -, értelmezésem szerint erre a sajátos jogorvoslati formára is vonatkoztatni kell. Ellenérvként merülhet fel, hogy majd a tárgyalást követő fellebbezésnél áll fenn ez a megszorítás, csak erre vonatkozik a törvény szövege, amit nem lehet kiterjesztően értelmezni. Álláspontom szerint a védői tárgyalás tartás kérés esetleges visszavonása - terhelti hasonló kérés hiányában - nem szolgálná a terhelt és egyúttal az anyagi igazság érdekét, perlező hatású lenne. Különösen fontosnak tartom az ilyen jellegű eljárásban, ahol a védői "szakérvek" tárgyaláson nem hangozhattak el.

A védői kérelem irányulhat csak járulékos kérdésekre. Ha a kérelem kizárólag az elkobzásra, az elkobzás alá eső érték megfizetésére vagy a polgári jogi igényre vonatkozó rendelkezést sérelmezi, a tárgyalást akkor is teljes egészében le kell folytatni. A végzésnek a büntetőjogi főkérsre vonatkozó része azonban jogerőre emelkedik, és a tárgyalás csupán a sérelmezett rendelkezések megvizsgálására vonatkozik akkor, ha a védő (ügyész, terhelt, magánvádló vagy annak jogi képviselője³⁵) csak az intézkedést,

³³ A bíróság pártatlanságával az Alkotmánybíróság is foglalkozott, miután az egyik indítványozó szerint a Be. alkotmányellenesen szabályozza, hogy nincs kizárva a tárgyalási elbírálásból az a bíró, aki ugyanabban az eljárásban már tárgyalás mellőzésével meghozta a határozatot, aki az ügyben az iratok alapján állást foglalt. Az Alkotmánybíróság az indítványt elutasította. Indokolásában kifejtette, hogy a pártatlanság követelményéből garanciák mellett - engedményt kell tenni más alapjog, az ügyek ésszerű időn belüli eldöntése javára. "A tárgyalás mellőzésével hozott határozatában a bíróság a bűncselekmény elkövetését és gyorsítását szolgálja. Ennek a célnak ellentmondó következményre vezetne az iratok alapján határozatot hozó bíró kizárása. A kizárás követelményeként éppen a kisebb jelentőségű és egyszerűbb megítélésű ügyekben mintegy háromfokú elbírálás lehetősége valósulna meg. Ez az eljárás elhúzódásához vezetne. Sőt gyakorlatilag a kisebb létszámú helyi bíróságokon, ahol nem ritka az egyetlen büntető ügyszakos bíró, az intézmény alkalmazhatatlanságához vagy magának az egész bíróságnak a kizárásához, és a tárgyalás másik helyi bíróságon való lefolytatásához vezetne, ennek további következményeivel együtt." 67/1995. (XII. 7.) AB határozat.

³⁴ Az irodalomban felvetődött, hogy mi történik, ha a bíróság tárgyalás mellőzésével pénzbüntetést szab ki, nem tudva arról, hogy a terheltet idő közben más ügyben letartóztatták? A végzés hatályon kívül helyezésére ez nem nyújt lehetőséget. Legfeljebb annyit tehet meg a bíróság hogy a letartóztatás miatt - kötelezően védőt rendel ki, s a végzést nemcsak a letartóztatott vagy büntetését töltő terheltnek, hanem a védőnek is kézbesítik, akik tárgyalás tartását kérhetik. Ha a terhelt vagy védője nem kéri a tárgyalás kitűzését, a végzés jogerőre emelkedik, és csak rendkívüli jogorvoslattal támadható. Salamon Géza: A tárgyalás mellőzésével kiszabott pénzbüntetés egyes kérdései. Magyar Jog, 1964/3. sz., 112. o.

³⁵ Szabóné Nagy Teréz világított rá, hogy a magánvádlót - akár jogi képviselője útján - is megilleti a tárgyalás tartásának kérés joga, mint "fellebbezést helyettesítő" jogorvoslat.

"A Be. XVII. fejezetéből egyértelműen kiviláglik, hogy a büntető végzés magánvádas ügyben - és pedig a magánvádló indítványa nélkül, hivatalból - is meghozható. . A magánvádas ügyben a vádat a magánvádló képviseli - amennyiben az ügyész a magánvádlótól a vád képviselőségét nem veszi át -, és a magánvádlót a vád képviselőségével együttjáró jogok megilletik (Be. 312. paragrafus). A vonatkozó rendelkezések egységes értelmezése végett a Tanácselnöki Értekezlet állásfoglalását hozott, amelyben kimondta, hogy: "A pénzbüntetés tárgyalás mellőzésével való kiszabása esetén a magánvádló kérheti tárgyalás tartását."

illetőleg a polgári jogi igényt sérelmezi, illetőleg ha a tárgyalás tartása iránt kérelmet csupán a magánfél, illetőleg az egyéb érdekelt terjeszt elő.

Az eljárás lezárásával járhat a “hallgatólagos visszavonás”, amikor is a tárgyalás tartását kérelmező nem jelenik meg a tárgyaláson, és elmaradását alapos okkal előzetesen nem mentette ki,³⁶ úgy kell tekinteni, mint aki a kérelmet visszavonta. □Be. 355.§ (2) bek. □ Ez a rendelkezés értelmezésem szerint a védőre is vonatkozik, miután kérelmező lehet önállóan és a terhelttel együtt is. Ha a kérelmező terhelt nem jelenik meg (és nem is mentette ki magát) a védő nem kérte a tárgyalást, (tehát nem kérelmező), akkor visszavonásnak kell tekinteni, tárgyalást nem lehet tartani.

Ha mindkettő (terhelt, védő) kérték a tárgyalás tartását, a terhelt meg nem jelenése, ugyanakkor a védő jelenléte - nézetem szerint - nem jelentheti a lezárást, mivel él a védő kérelmi joga. Ez szolgálja az anyagi igazság, a tárgyaláshoz való jog, a védő önállóságának, a védelem elvének következetes megvalósulását. A kérelmező terhelt megjelenésekor, kérelmező védő hiányában (aki nem mentette ki magát) nincs akadálya a tárgyalás megtartásának, ha a terhelt is ekként nyilatkozik. Ha nem és ragaszkodik a védője jelenlétéhez, akkor a védővel szemben a mulasztásra vonatkozó szankciókat lehet alkalmazni.

A leginkább vitatható kérdésként merül fel, hogy önálló védői kérelmezés esetén a védő meg nem jelenése (és alapos okú kimentés hiánya) maga után vonja-e a “visszavonási” jogkövetkezményt, ha a tárgyalást nem kért terhelt pedig megjelenik. A jelenlegi szabályozás értelmezése szerint nem lehet az eljárást folytatni, mert az egyetlen kérelmező nem jelent meg, a terhelt pedig nem kérte a tárgyalást. Álláspontom kimondásához figyelembe veszem a fenti érvelésemet, amely szerint a védői kérelem visszavonásához szükségesnek tartom a terhelt beleegyezését. Ebben az esetben a terhelt akaratától tenném függővé a további a eljárást. A bíróság nyilatkoztatja a megjelent terheltet, hogy egyetért-e, hozzájárul-e a védői tárgyalás tartási kérelem “hallgatólagos” visszavonásához. Ha egyetért tárgyalást nem lehet tartani, ha nem járul hozzá indokolni sem köteles ezt -, akkor a későbbiekben tárgyalást kell tartani, a meg nem jelent védőt pedig a meg nem jelenéshez kötődő szankciókkal lehet sújtani.

A védő a tárgyalásról lemondás során

A hatályos Be-be az új Be-ből “átemelve”, az 1999. évi CX. törvénnyel beiktatott, - szintén opportunistá, legfőképpen angolszász eredetű³⁷ - intézményről van szó, melynek célja az eljárás gyorsítása, egyszerűsítése. Csakúgy mint a tárgyalás mellőzésénél

Szabóné Nagy Teréz: A tárgyalás mellözése pénzbüntetés kiszabása esetén. Magyar Jog, 1985/7. 590. old.

³⁶ Az új Be. mindösszesen annyit változtatott ezen, - fokozva a kérelmező kötelességét, felelősségét - hogy az alapos okú, előzetes kimentésnek “haladéktalanul” kell megtörténnie, tehát az nem lehet az ok felmerülését követően sem késedelmes.

³⁷ Az angol jogban a vádlottnak joga van eldönteni, hogy ügyében a magistratusi bíróság járjon el sommás eljárás keretében, vagy a korona bíróság (Crown Court) vádirat alapján és esküdtszékkal, ha ügyvezetett mindkét módon tárgyalható bűncselekményt (pl. lopást, betörést, stb.) követett el. A vádlott beleegyezése szükséges az ítéletkiszabás elhalasztásához, a próbára bocsátáshoz és a próbára bocsátás idejére meghatározott magatartási szabályokhoz, gyógykezeléshez, közérdekű munka kiszabásához is.

(illetve részben - mivel tettenérés is lehet - a bíróság elé állításnál) a terhelt beismerése szükséges.³⁸ Egyúttal a nemzetközileg is támogatott, előírt tárgyalási jogáról is le kell mondania. Védői kötelezettséget csak attól a pillanattól kezdve ír elő a törvény, amikor az ügyész megteszi indítványát az ügy nyilvános bírósági ülésen való megtételéről. A védői belépés lehetőséget nyújt arra, hogy esetleges korrekciót hajtsanak még végre a védelem alanyai, ha netán helytelenül mérlegelt az önállóan, egyedül eljáró terhelt.

Gyakorlati példaként említem meg, hogy tárgyalásról lemondás esetén a Btk. 87/C. és 90. § e) szakaszát együtt kell vizsgálni - főleg a védelem hivatásos tagjának, a védőügyvédnek - az esetleges szankciók miatt. Ugyanis az 5 évig, illetve 8 évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő bűncselekmények esetén a másodikként idézett szakaszhely kizárja a szabadságvesztés felfüggesztésének lehetőségét. Így a terheltre - törvényi kötelezettség folytán - jóval súlyosabb szankció vár tárgyalásról lemondás esetén, mint tárgyaláson, ha a védelem célja a felfüggesztett szabadságvesztés. Miután ez törvényileg kizárt ezekben az esetekben, nem célszerű pl. halálos közúti baleset gondatlan okozása vétségében (5 évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő) a tárgyalásról lemondást kezdeményezni, mert - ha szabadságvesztést szabnak ki - kogens módon csak végrehajtandót szabhat ki a bíróság.

Helyesnek tartom azon rendelkezést is, hogy a vádemelést megelőzően az ügyész a tárgyalásról lemondás lehetőségéről és annak következményeiről tájékoztatja a terheltet. (Be. 355/x. § (2) bek.) Itt nyílik - többek között - lehetőség az esetleges rosszul mérlegelt kezdeményezés megváltoztatására, egyúttal az ügyész is meggyőződhet a szándék valódiságáról, megfontoltságáról, őszinteségéről. A terheltnek joga van védőt megbízni már ekkor is, ám a törvényi kötelező eseteken kívül ebben a stádiumban még nem feltétlenül vesz részt védő. Álláspontom szerint - miután ez a leginkább alkalmas hely és idő az esetleges rossz terhelti döntés átformálására, a tárgyalás kérésére - célszerű lenne a védői kötelezettséget ehhez az időponthoz kötni.³⁹ Ellenérvként többet is fel lehet hozni, nevezetesen; nem biztos, hogy az ügyész kezdeményezi a nyilvános ülést a terhelti tárgyalásról lemondás esetén sem, másrészt az indítványozás után belépő védőügyvéd mind az ülés előtt még, illetve legkésőbb az ülésen felvilágosíthatja a terheltet esetleges magára nézve hátrányos nézetéről, aminek következtében a terhelt a tárgyalás jogával kíván élni. Amikor ezt csak az ülésen teszi meg, akkor plussz munkát okoz a bíróságnak, az eljárási időtartam pedig némi csorbát szenved, hiszen az ügyet tárgyalásra kell majd utalni, amelyen a bíróság összetétele is változhat.

A törvény - feltehetően az előző alfejezetekben kifejtett, beismerő vallomásokkal kapcsolatos tradicionális bizalmatlanság miatt - több "őszinteségi" szűrőt is beiktat a terhelti nyilatkozat helytállósága ellenőrzéseként. Először a nyomozóhatóság előtt hangozhat el a lemondás, majd az ügyész is személyesen meggyőződik a vádemelés

³⁸ A terhelt aktivitását korunk büntetőeljárása több módszerrel is igyekszik biztosítani. Közülük legfontosabb a beismerő vallomás honorálása és bizonyos eljárásjogi döntéseknek, intézkedéseknek a terhelt engedélyéhez kötése. A terhelt beismerő vallomását több ország joga a kiszabható büntetésnek előre deklarált és rendszerint jelentős mértékű (1/3-1/4) leszállításával, a bűnügyi költségek elengedésével, az eljárás egyszerűbb, gyorsabb formái (egyszerűbb bizonyítás), illetőleg a vádalku engedélyezésével honorálja.

³⁹ Hasonló felvetés már az irodalomban is megfogalmazódott: "További feltétel lehetne, hogy a terhelt egyetértését mindig védője segítségével, vagy jóváhagyásával adja. Így nem lehet kétséges, a terhelt tudatában van a teljes eljárás által nyújtotta garanciákról való lemondásának következményeivel." Momcilo Grubac: A büntetőeljárás egyszerűsítése az eljárási formák egyszerűsítése útján. In: Cséka Ervin Emlékkönyv, Szeged 1992 - Acta Juridica et Politica 183. o.

előtt, majd a bíróságon is nyilatkoztatják erről, ami előtt a vádlott a védőjével tanácskozhat. □Be. 355/M. □ (3) bek. □

Az ellenőrzés következő lépcsője, hogy a bíróság “szükség esetén az ügyészhez és a védőhöz intézett kérdésekre adott válaszok alapján megállapítja, hogy a nyilvános ülésen való elintézésének nincs akadálya, a bíróság a nyilvános ülést megkezdi.” □Be. 355/M.§ (4) bek. □

Ez az egyetlen eset a hatályos büntetőeljárásban, hogy a védőtől a bíróság kérdez, a védő pedig válaszol. Az új Be. szerint - mint utaltam rá korábban - a tárgyaláson a terhelt nyilatkozatát a védő kiegészítheti □285. § (3) bek. □, azonban ez nem kérdésre történik és nem válaszadás. Ugyanakkor jól érzékelhető az - általam támogathatónak tartott - tendencia, hogy a terhelti nyilatkozatok mellett megjelenik a hivatásos résztvevő, a védőügyvéd szimultán megnyilatkozási lehetősége, mintegy kiegészítve, értelmezve a laikus és “halmozottan” terhelt közléseit. Helyette tett nyilatkozat - figyelembe véve a terhelt önrendelkezési jogának nemzetközi szinten elfogadottságát - nem várható, azonban mellette az egyes államok jogában is megtalálható.

Végül a “túlbiztosítási” folyamat azzal zárul(hat), hogy a tárgyalásról lemondás megerősítése után a vallomástételt megtagadó vádlott esetében az ügyet tárgyalásra utalja a bíróság, vagyis nem folytatja le a különeljárást. Ilyenformán a különeljárást törvényi feltétele nem csupán a tárgyalásról való lemondás és a beismerés, hanem a kötelező vallomástétel is.⁴⁰ Ez a szabályozás - nézetem szerint - nem felel meg a Miranda elveknek, hiszen a vallomás megtagadása nem csökkenti a terhelt beismerésének értékét, amit megtett a nyomozás során, akár a nyomozóhatóság, akár az ügyész előtt. Annál inkább nem, mert a bírósági gyakorlat szerint a vallomást megtagadó terhelt nyomozási vallomását bizonyítékként értékeli. Indokolatlan vallomástételi kényszerről van így szó, amit nem alapozhat meg az eljárás külön jellege, specialitása sem.

A bíróság által tartott nyilvános ülésen az ügyész részvétele kötelező □Be. 355/L. § (1) bek. □, ugyanakkor nincsen szó a védőről, holott védőkényszer van, már az ügyész gondoskodott róla korábban, ha netán még nem lett volna. Felfogásom szerint a védő részvétele ugyanúgy kötelező, mint az ügyészé, annak ellenére, hogy a törvény ezt nem nevesítené. Hiányában - álláspontom szerint - ülést nem lehet tartani, hiszen a védőkényszernek, a védő kötelező bevonásának egyébként értelme nem lenne. A védő elmaradását - ha alapos okkal nem mentette ki magát - az általános szabályok szerint lehet a bíróságnak szankcionálnia.

⁴⁰ A szabályozás nagyon hasonlít az angolszász országokban, különösen az Egyesült Államok tagállamainak egy részében alkalmazott bűnösség beismerési (plea of guilty) eljárására. Ennek keretében a bíróság előtt megjelenő megvádolt személy nyilvánosan kijelenti, hogy beismeri, vagy tagadja az ellene felhozott vádakot. Az ilyen ügyekben a tárgyaló bíróságnak kell határoznia, hogy nyomozás nélkül, vagy részleges nyomozás alapján jár-e el, lehetősége van arra, hogy a bűnössége beismerése esetén nyomban lefolytassa a bírósági eljárást, az elkövető személyisége, a bűnösségi körülmények figyelembevétele alapján nyomban megállapítsa a bűnösséget és kiszabja a büntetést. A nyomban megtartott nyilvános tárgyaláson a vádlott részéről egyértelmű pozitív válasz szükséges az ellene felhozott vád tekintetében, vagyis ő sem élhet itt a hallgatás jogával, annak ellenére nem, hogy a Miranda-elv amerikai kezdeményezésű és általánosan alkalmazott.

(Az Egyesült Államokban a büntetés kimondásával végződő eljárások 90 % véget ér még a főtárgyalás előtt a plea of guilty mechanizmusa révén.)

A védői jogorvoslati jog korlátozását vezette be ezen új intézmény esetén a jogalkotó. A bűnösség megállapítása, valamint a váddal egyező tényállás miatt nincs helye fellebbezésnek. (355/R. §)⁴¹

Újabb - a védő bírói megkérdezése és válasza, terhelti vallomástevesi követelmény melletti - különlegességről van szó, amely ismét alapelvet érint. Ilyen mértékű és irányú, főleg célú korlátozást azonban nem tartok alapelv-ellenesnek, törvénysértőnek.⁴² Legfeljebb megállapíthatom, hogy a trend világosan kirajzolódik: a terheltnek juttatott kedvezményekért, az eljárás egyszerűsítéséért cserébe bizonyos engedményeket kell tenni nem csak a legalitás elvéből, hanem a terhelti és védői jogokból, az őket érintő alapelvek követelményeiből is. (Jelen esetben például a jogorvoslatból.)

Cséka Ervin több ponton megkérdőjelezi az opportunisták intézmények előretörését, köztük a tárgyalásról lemondást. Álláspontja szerint - az általam jelzettek túlmenően - indokolatlanul sérülnek, kérdőjeleződnek meg alapelvek; "A miniszteri indoklás szerint a tárgyalásról való lemondással rendkívül leegyszerűsödik a bírósági eljárás. Ezt valóban nehéz volna vitatni, legfeljebb az intézmény processzualis jogi konstrukcióját illetően merül fel néhány kérdés: A büntetőeljárásban végbemenő igazságszolgáltatás klasszikus intézménye, a tárgyalás nem egyéb, mint a terhelt egyik eljárási jogosítványa, amelyről egyszerűen (csekély ügyészi támogatással) le lehet mondani? Mi a viszony e külön eljárást megalapozó beismerés kiemelt törvényi jelentősége, illetőleg a bizonyítási eszközök és bizonyítékok előre meghatározott bizonyító erejét kizáró törvényi szabályozás között? E külön eljárásban mi a vád tárgya (ténybeli és jogi tartalma): az, amit a vádlott beismer, avagy a vád "megformálásában" van szerepe az ügyésznek is?"

A büntetésnek a törvény által jelentősen leszűkített keretek között megállapítása összhangban van (lehet)-e az igazságos és a törvény előtti egyenlőség követelményével?⁴³

⁴¹ Hasonló megoldás van az olasz büntetőeljárásban a főtárgyalás elkerülését célzó külön eljárások között megtalálható rövidített eljárásban. (giudicio abbreviato, 438-443. Art.). "A rövidített eljárásban a bíró a felek egyetértésével a főtárgyalás megnyitása érdekében előterjesztett akták alapján már az előzetes tárgyaláson ítéletet hoz. Ez az eljárás bármilyen - tehát a legsúlyosabb - bűncselekménynél is alkalmazható, a bíró csupán azt vizsgálja, hogy a felek az eljárás lefolytatására irányuló indítványukat megtették-e, s hogy a nyomozás adatai a döntéshez elégségesek-e. A rövidített eljárás a gyanúsított számára azért csábító, mert alkalmazásával egyharmaddal alacsonyabb büntetést szabnak ki annál, amit a törvény előír, nem kell viselnie a perköltségeket és a büntetés nem kerül be a bűnügyi nyilvántartóba. Hátránya viszont, hogy a gyanúsított eleve lemond a főtárgyalás jogi garanciáiról, illetve, hogy az ítélet ellen jogorvoslatot csak kivételképpen lehet emelni." Pusztai László: Az új olasz büntető eljárási törvény a hazai kodifikáció nézőpontjából. Magyar Jog, 1991/4. 236. o.

⁴² Kelemen Ágnes ezt a jogorvoslati szabályozást nem tartja indokoltnak. "Mindezek mellett sem látszik azonban indokoltnak, de legalább is nehezen értelmezhető a terhelt jogorvoslati jogának az a korlátozása, amely szerint a bűnösség megállapítása, valamint a beismerő vallomásra alapított, a váddal egyező tényállás miatt nincs helye fellebbezésnek. Mindenesetre a fellebbezés kiterjedhet arra is, hogy a vádlott nem a bíróság ítéletében megállapítottak szerint mondott le a tárgyalásról, vagy hogy a megállapított tényállás nem a váddal egyező volt." Kelemen Ágnes: Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának ajánlás és a Magyarázó Megjegyzések a büntető eljárás egyszerűsítése tárgyában. Magyar Jog, 1991/12. 741. o.

⁴³ Cséka Ervin: Bevezető. (Tanulmány az új Be-vel kapcsolatban). Jogtudományi Közlöny, 1998/4. 113. o.

A mérlegelés dilemmái

1. A téma időszerűsége

Jól tanítjuk-e a jogászképzés, illetve a közszolgálati képzés¹ keretei között a jogalkalmazói (bírói és közigazgatási) mérlegelés évente ügyfelek millióit érintő kérdéseit? Rendelkeznek-e leendő jogalkalmazóink egy kiérlelt, valamennyi hatósági ügy- és aktusfajtára kiterjedő - az atipikus mérlegelési helyzeteket is érzékenyen letapogató - mérlegelési doktrínával?

Egyáltalán minek tekintjük a mérlegelés műveletét? Vajon a jogalkalmazás legmagasabbrendű szellemi műveletének, amely szilárd erkölcsi alapállást, emberismeretet, innovatív képességeket, empátiát, a sokféle szakma és ágazat belső világának ismeretét követeli meg, vagy pedig amolyan kiküszöbölhető, önkénygyanús eljárásként tüntetjük fel a mérlegelés dilemmáit, amelyet tulajdonképpen a hibátlan jogalkotási technika egyszer majd végképp feleslegessé tehet?

Az őszinte szavazat ez utóbbi attitűdre esik. Mintha Montesquieu szelleme kísértene, akinél a bíró (tágabban: a jogalkalmazás orgánuma) egy logikai művelet passzív "automatája", csupán a "száj" aki törvény szavait kimondja, de sem annak erején, sem szigorán nem képes változtatni.² Az igazságszolgáltatás és közigazgatás törvény alá rendeltségének természetes jogállami követelménye alapvetően kedvez ennek az - elméletileg meghaladott, a gyakorlatban pedig sohasem létezett - alapállásnak.

Milyen értékrangsort sugall a jogalkalmazói szuverenitásban önkényt gyanító, paternalista attitűd? azt, hogy a legszerencsésebb, ha a bizonyítást érintő, tehát elkerülhetetlen mérlegelésen kívül minden mást a jogalkotó dönt el, ha pedig - kényszerűségből - mégis választási helyzetbe kell hozni a jogalkalmazót, akkor az szigorúan kötött lehet, a lehető legkevesebb tért hagyva a szinte rendőrállami rekvizitumként számon tartott "szabad belátás" lehetőségének. A baj csak az, hogy:

- a) nem derül ki, hogy miben áll tulajdonképpen a "mérlegelési jogkört meghaladó döntési szabadság",³ ami több, mint a "kötött mérlegelési jogkör", de nyilvánvalóan kevesebb, mint az "önkényen" alapuló aktus,
- b) bagatellizálják - tapasztalati érvek nélkül - a szabad mérlegelés jelentőségét, mondván, hogy a diszkrécionális döntések perifériakussá váltak a közigazgatásban,
- c) a diszkréció alkalmazásának terét - ugyancsak minden alap nélkül és teljesen érthetetlenül - a súlyos vészhelyzetekre (?), illetve a külkapcsolatokkal összefüggő igazgatásra (külkereskedelmi igazgatás, idegenrendészet) szűkítik le,⁴

¹ Ne feledjük, hogy az első fokú hatósági ügyintézői állomány döntő része nem jogvégzett, ezért számukra a közigazgatási szakvizsga tantárgyi rendszere, s az erre való felkészítés programjai a meghatározóak. A közigazgatási szakvizsga kötelező és választható vizsgatárgyai között azonban nyoma sincs a hatósági mérlegelés problematikájának. A tételesjogra épülő tananyagokból sajnos úgy tűnik, hogy a jogász szerzők magától értetődőnek veszik azt, ami a jogalkalmazást valóban hivatássá teszi.

² Montesquieu: Vom Geist der Gesetze. Bd. 1. 2. Aufl. Tübingen, 1992. 225. o.

³ Magyar Közigazgatási Jog. Általános rész. Bp., 1999. 330. o.

⁴ Magyar Közigazgatási Jog.... 330. o.

d) miben áll - fennáll-e egyáltalán? - a közigazgatási hatósági mérlegelés specifikuma a bírói mérlegeléssel szemben, ide nem értve természetesen a kétféle jogalkalmazás közötti elismert különbségeket.⁵

Baj van tehát e problematika szemléletével, a mérlegelésre alapot adó döntési helyzetek valódi természetének feltárásával. A következőkben a mérlegelési alaphelyzetek három esetkörét szeretném felvillantani, avval az "eretnek" előfeltevéssel, hogy nemhogy a megoldás végén volnánk, de még a problematika teljes körű feltérképezése sem történt meg.

A kérdés nem csak az elmélet és a jogi oktatás adóssága, hiszen elhíresült példákon keresztül érzékelhetjük, hogy a hatósági jogalkalmazásban is mennyire eltorzult mérlegelési felfogások érvényesülnek.

Idetartozik a fővárosban a külföldiek ingatlanvásárlási ügyeiben követett jogértelmezési gyakorlat, amely a közérdek állítólagos sérelme miatt tagadja meg sorozatban az ilyen irányú kérelmek teljesítését, mert érvelése szerint a külföldiek által támasztott kereslet árfelhajtó hatású, ami megnehezíti, hogy a szerényebb jövedelmű hazai vevőkör "normális" áron jusson hozzá ezekhez az ingatlanokhoz.

Ez a gyakorlat iskolapéldája a hatásköri túllépésnek, amely egyúttal természetesen a mérlegelési jogkör túllépését is jelenti. A baj evvel nem az, hogy maga a kiinduló premissza hamis, vagy legalábbis teljesen bizonyítatlan, hiszen semmiféle egzakt közgazdasági bizonyíték nincs arra, hogy az árak emelkedése valóban a külföldiek által támasztott igény következtében - s ha igen, akkor milyen arányban - állna elő. Ha a tétel igaz volna, akkor sem képezhetné az egyedi ügyben a mérlegelés tárgyát, mégpedig azért nem, mert a közigazgatási szerv arra bizonyosan nem kapott felhatalmazást, hogy ingatlanpiaci törvényszerűségeket hatósági ügyek elbírálásán keresztül befolyásoljon.

Túl a közérdek leplebe burkolt "piacvédő" törekvésen, enyhe kifejezés, itt a közérdek fogalmának súlyos, az ügyfélegyenlőség elvét sértő, diszkriminatív tartalmú megerősokolásáról beszélhetünk: nem az ügyfél valamilyen értékszempontra szerint kifogásolható magatartása vagy előélete képezi a "közérdeksértés" tárgyát, hanem külföldiként való puszta megjelenése, a közérdek sérelmének (árfelhajtás) tényét már önmagában hordozó ügyféli minősége.

2. A "bizonyítós" mérlegelés

Minden jogalkalmazói döntés tényfeltáráson és annak jogi értékelésén alapul. Akkor is így van ez, amikor a jogalkotó a legszigorúbban megköti a jogalkalmazó kezét. Egyrészt

a) megkísérel egyértelműen meghatározni a jogalkalmazás tárgyát képező fogalmakat, illetve csak egyetlen helyes értelmezést engedő módon leírni a tényállást, amelyre a jogalkalmazónak reagálnia kell,⁶

b) a jogilag releváns tényállás bekövetkeztére mérlegelést nem tűrő rendelkezést ír elő a

⁵ Tárgyunk szempontjából csak azt vesszük ide ami a két szervtípus tevékenységében közös: mindketten törvényi felhatalmazás alapján - hatáskörük és illetékességük keretein belül - egyedi konkrét ügyben jogot vagy kötelezettséget állapítanak meg, illetve egyéb, joghatást kiváltó aktust bocsátanak ki, s ezeknek adott esetben kényszer útján szereznek érvényt.

⁶ Az Alkotmánybíróság 11/1992. (III. 5.) sz. határozata megfogalmazza a jogalkotástól elvárt követelményt: eszerint a jogbiztonság az államtól és elsősorban a jogalkotótól azt várja el, hogy a jog egésze, egyes részterületei és egyes szabályai is világosak, egyértelműek, hatásukat tekintve kiszámíthatóak legyenek. A jogbiztonság megköveteli a jogszabályok olyan világos és egyértelmű fogalmazását, hogy mindenki, akit érint, tisztában lehessen a jogi helyzettel, ahhoz igazíthassa döntését és magatartását, s számolni tudjon a jogkövetkezményekkel. Ideértendő az is, hogy ki lehessen számítani a jogszabály szerint eljáró más jogalanyok és állami szervek magatartását.

jogalkalmazó számára.⁷

Azonban a teljes jogi "kötöttség" esetében is el kell dönteni, hogy

- a) a konkrét esetnek van-e jogi relevanciája (fennállnak-e egyáltalán jogi tények),
- b) ha igen, akkor azok milyen anyagi jogi normák alkalmazását teszik szükségessé,
- c) eljárhat-e a konkrét ügyben (van-e hatásköre és illetékessége), s ha nincs, akkor mely szervezet illetik meg ezek a jogosítványok?

A közigazgatási szerv a tényállást - akár csak a bíróság – a bizonyítási eljárás során felmerült bizonyítékoknak egybevetése alapján állapítja meg; a bizonyítékokat a maguk összességében értékeli és meggyőződése szerint bírálja el. Mérlegelése tehát kiterjed egyrészt az egyes bizonyítékok bizonyító erejének megállapítására, másrészt a bizonyítékok egybevetésére és a maguk összességében való értékelésére.

Mindezekből következtetés útján alakul ki az eljáró ügyintézőben a belső meggyőződés arról, hogy az ügyre vonatkozó tények valóságosak (pontosabban: bizonyítottak-e), s ha igen, akkor milyen jogi következtetésre adnak alapot.

A fenti esetben tehát *tényállás-megállapító, bizonyítási típusú mérlegelésről* beszélhetünk, hiszen a jogalkalmazónak a megalapozott érdemi állásfoglalás érdekében fel kell derítenie a tényállást, s azok jogi értékeléséről önállóan kell számot adnia.

A "bizonyításos mérlegelés" esetében sincs szó mechanikus logikai műveletről (az egyesnek az általános alá rendelése), hiszen

a) a kívülállónak evidenciaként ható, "legtényszerűbbnek tűnő" jelenségek, személyek és tárgyak (éjszaka, idegen dolog, közterület, kár, mozgáskorlátozott személy, stb.) is *jogfogalmak*, azaz normatív jellegűek, tehát nem egyszerűen észleléssel vagy más a külvilágból nyert tapasztalással "állnak elő", hanem jogi értékelés eredményeként,

b) az ellentétes következtetésekre alapot adó bizonyítékokat egyenként és összességükben - a tényállás lényegére vetítve - meggyőző erejük (hitelt érdemlőségük, életszerűségük) alapján kell mérlegre tenni, elfogadásukat és elvetésüket ésszerűen és okszerűen kell megindokolni.

Ha a tényállás megállapítása csupán a bizonyítékok révén rekonstruálható megtörtént események feltárására korlátozódna, akkor a "bizonyításos" mérlegelést hermetikusan el lehetne választani a mérlegelés egyéb kategóriáitól. Ha ugyanis a bizonyítás folytán feltárul az ügy releváns ténytartalma, akkor abból meghatározott logikai következtetési műveletek révén előáll a tényállás jogi értékelése.

Számos esetben azonban nem a külvilágban lejátszódó cselekmény vagy történés, illetve annak jogi értékelése a bizonyítás tárgya, hanem annak eldöntése, hogy ami történt, vajon megfelel-e a jogszabályban megfogalmazott (általános) értékítéletnek, azt tagadja, vagy éppen

⁷ A Montesquieu féle jogalkalmazói ideálnak tökéletesen megfelel a közúti közlekedési előéleti pontrendszeréről szóló 2000. évi CXXVIII. törvény (tv.), amely - a jogszabályban meghatározott szabályszegés elkövetése esetén – meghatározott pontokat "ad", majd a tv.-ben meghatározott pontszám elérése esetén a vezetői engedély ideiglenes visszavonására kerül sor. A tv. hatálya alá tartozó jogsértések jogerős megállapítása esetében tehát a megfelelő mennyiségű pont automatikusan "jár", semmiféle mérlegelésnek nincs helye. De kötött a közigazgatási szerv döntése abban a tekintetben is, hogy adott pontszám elérése esetében köteles a vezetői engedély visszavonására. Nehéz ezt a fajta automatizmust jogalkalmazásnak nevezni, hiszen mindez gépi úton történik, s legfeljebb összeadási vagy egyéb számítási hibára kell a jogalkalmazónak reagálni.

közömbös iránta. A határozatlan jogfogalmak kapcsán látni fogjuk, hogy amennyiben nem tényeket kell bizonyítani, akkor a különböző mérlegelési helyzetek közötti határok elmosódnak.

3. A "kényszerű" mérlegelés típusai

A "kényszerű" mérlegelés esetei tulajdonképpen nem tartoznak a "szabad belátás" fogalomkörébe, tekintettel arra, hogy itt eredetileg fennállt az egyértelmű jogalkotói akarat, *de kodifikációs hiba folytán a jogi norma olyan - tartalmi, logikai, nyelvtani - fogatékosságban szenved, amelyet a jogalkotásnak a lehető leggyorsabban korrigálnia kell.*

Mindaddig azonban, amíg a jogszabálymódosítás nem történik meg, a jogélet nem állhat meg, a jogalkalmazásnak működni kell, új ügyek indulnak, a folyamatban lévő eljárásokat be kell fejezni, a jogerős döntéseket végre kell hajtani, stb. Ebben a helyzetben tehát a jogalkalmazóra vár, hogy meghatározott logikai eljárások és értelmezési műveletek révén következtessen a feltehető jogalkotói akaratra, illetve átvegye annak szerepkörét. Anélkül, hogy a részletekbe belemennénk, vegyük sorra, hogy milyen jogalkotói "típushibákkal" találkozhatunk ebben a körben:

A jogszabály

- a) nem ad egyértelmű felvilágosítást az adott jogfogalom, illetve a rendelkezés tartalma felől,⁸
- b) nem rendelkezik azokra az esetekre, amelyek egyértelműen szabályozást igényelnének (joghézag),
- c) egymással, illetve az általánosan elfogadott jogelvekkel ellentétes értelmezést, illetve rendelkezést tartalmaz (koherenciazavar).

A három eset orvoslására az értelmezéstan (hermeneutika) Savigny óta hallatlanul gazdag kollektívát felmutatni képes eljárásai és elvei állnak rendelkezésre,⁹ ezek ismertetésére, esetleges újraértelmezésére ez a dolgozat nem vállalkozik.¹⁰

4. A "felhatalmazásos" mérlegelés típusai

Ez az esetkör tartalmazza a jogalkalmazói mérlegelés "valódi" területét: itt ugyanis a jogalkotó

⁸ Súlyos hiba került az egyes szabálysértésekről szóló 218/1999. (XII. 28.) Korm. rendelet (R.) 6. §-ának (1) bekezdésébe, amely a csendháborítás tényállását írja le. Eszerint aki lakott területen, az ott levő épületben, vagy az ahhoz tartozó telken, tömegközlekedési eszközön, továbbá természeti és védett természeti területen indokolatlanul és a megengedettnél nagyobb zajt okoz, amely alkalmas arra, hogy mások nyugalmát, illetőleg a természeti vagy a védett természeti értéket zavarja, harmincezer forintig terjedő pénzbírsággal sújtható. Mivel "illetőleg" helyett "és" került a szövegbe, a tényállás alkalmazhatatlanná vált, hiszen az emberi zajra nem értelmezhető a "megengedettnél nagyobb" kategória, a gépi zajnál pedig felesleges az "indokolatlanul" kifejezés, mert annak mértékét a különböző "zajrendeletek" határozzák meg. A hibát az önkormányzati terület jogalkalmazói már 1999-ben jelezték a BM-nek, s bár az R.-t azóta többször módosították, a 6. § érintetlen maradt.

⁹ A hermeneutika fogalomtörténeti áttekintését nyújtja Karácsony András: Megjegyzések a jogi hermeneutikáról .c. tanulmánya. In: Karácsony András: Jogfilozófia és társadalomelmélet. Bp., 2000. 99-126. o.

¹⁰ A 35/1991. (VI. 20.) AB határozat szerint a törvényhozás valamely, az Alkotmány sérelmét nem jelentő hibáját általában jogalkalmazói jogszabály értelmezéssel kell feloldani, mert a jogalkalmazás hivatott eldönteni, hogy a konkrét jogviszonyokban az ellentétet (látszólagos ellentétet) hordozó rendelkezések közül melyik törvényhely alkalmazásával kell eljárni. Amennyiben pedig a jogszabályok értelmezésével, azok alkalmazásának mérlegelésével eredmény nem érhető el, az ellentét megszüntetése törvényhozási (jogalkotói) útra tartozik.

kifejezetten lehetővé teszi a közigazgatási szerv mérlegelését. Ilyenkor a jogalkotó vagy

a) megnevezi - adott tényállás mellett - az egymással egyenrangú döntési alternatívákat (diszjunktív normák),

b) felhatalmazza a jogalkalmazót, hogy meghatározott feltételek mellett

aa) a felelősségrevonásra irányuló eljárások esetében célszerűségi szempontok alapján eldöntse, indít-e eljárást, illetőleg alkalmazza-e az adott tényállásra a jogszabályban meghatározott jogkövetkezményt (opportunitás),

bb) a jogot korlátozó, illetve kötelezettséget megállapító jogszabályi rendelkezéstől az érintett javára eltérjen (méltányosság),¹¹

c) a jogszabályban meghatározott keretek között a jogalkalmazó "szabad belátására" bízza a normában szereplő jogfogalmak értelmezését, illetve az eljáró szervnek - adott kereteken belül - rendelkezési szabadságot ad.

Az a) pont esetében kötött a mérlegelés, hiszen a jogalkalmazó kizárólag a normában előre megadott - és egyaránt jogszerűnek minősített - döntési lehetőségek között választhat.

A jogszabályi feltételek meghatározhatósága szempontjából az *opportunitás* a mérlegelés "szabadabb" körébe sorolható: a célszerűség elve áll szemben az eljárás megindítását és a szankcionálás feltétlen parancsát képviselő törvényhozói akarattal, vagyis a *legalitás* elvével.

Itt olyan - tételesjogilag pontosan nem meghatározható, de a felügyeleti jogkörben, a felsőbb bírósági gyakorlatban, illetve a jogirodalomban kidolgozott - szempontok érvényesítéséről van szó, amelyek a legszorosabb összefüggésben állnak a konkrét jogsértés csekély súlyával, az egyéni és általános megelőzés céljaival,¹² illetőleg avval az ellentmondással, ami a jogsértések tömege és a mindenkori hatósági kapacitás" között feszül.¹³

¹¹ Az Áe. indokolása szerint a központi jogi szabályozás alkalmanként feljogosítja az eljáró államigazgatási hatóságokat arra is, hogy az ügyfél kivételes körülményeit (pl. szociális helyzet) hangsúlyosan értékelje és a javára méltányosságot gyakoroljon. A méltányosság gyakorlása azonban nem lehet *contra legem*, annak mindig jogszabályi felhatalmazáson kell alapulnia. Az államigazgatási hatóság ugyanis nem jogalkotó, hanem jogalkalmazó. Jogszabályi felhatalmazás hiányában - csupán "saját kútfőből" nem tekinthet el a jogszabályok alkalmazásától. A felkészült és igényes jogalkalmazó mindezek ellenére nem válhat passzívvá. Ha a jogalkalmazói munkában olyan jogalkotási hibával találkozik, amely a szakmai nézete szerint akadályozza a humánus, igazságos döntéshozatalt, akkor kellően megindokolt észrevételét és javaslatát a felettes szervekhez kell eljuttatnia.

¹² A közszolgálati jogszabályokban a közszolgálati jogviszonyból eredő vétkes köteleességsértés általában kötelezően maga után vonja a fegyelmi felelősségrevonást. A közalkalmazotti, köztisztviselői területen azonban - *praeter legem* - mégis kialakult az a gyakorlat, hogy a munkáltató a vétkes cselekmény elkövetése esetén a fegyelmi eljárás megindítása helyett felajánlja a dolgozónak a közszolgálati jogviszony közös megegyezés útján történő megszüntetésének lehetőségét. Jól tetten érhetőek itt a célszerűségi szempontok: a munkáltató mentesül evvel a hosszadalmas, bizonytalan kimenetelű eljárástól, s egyben megszabadul a "vétkestől", a munkavállaló pedig tiszta lappal léphet ki a munkaerőpiacra. A hazai ítélkezési gyakorlat - mintegy legalizálva e törvénytelen opportunitást - ehhez hozzáteszi, hogy ez az eset nem tartozik a munkáltató általi fenyegetések körébe.

¹³ Előfordulhat az is, hogy egyszerűen nincs mód a tömeges jogsértés megakadályozására anélkül, hogy ez ne járna komoly veszéllyel. A jogszabály vagy közlekedési hatóság által előírt sebességkorlátozás ellenére is gyakran előfordul, hogy a járművek tömegesen, 10-20 km/h-val az adott sebességhatár felett közlekednek. Amennyiben folyamatos és zavartalan gyakorlatról van szó, ennek rendőri intézkedések sorozatával történő megszakítása balesetveszélyt, illetve a forgalom folyamatosságának megzavarását jelentené. Erősebb érdek szól tehát a közúti közlekedés konkrét biztonsága - tehát a törvénytől, de veszélymentes opportunitási gyakorlat! - mint a szankcionálás mellett. Úgy tűnik, mintha a túlságosan alacsony határokkal a jogalkotó, illetve a hatóság

Egyszerűen érthetetlen, hogy miért marad ki következetesen az opportunitás a közigazgatási mérlegelés tankönyvirodalmi tárgyalásából. Hiszen *a kérdés minden jogsértésre reagáló, felelősségrevonásra irányuló eljárást érint (közszolgálati fegyelmi jog, felügyeleti jogkörben gyakorolt opportunitás, szabálysértési jog, egyéb közigazgatási jogellenességek elbírálása), ahol a jogsértés üldözése, illetve szankcionálása célszerűségi szempontoknak mond ellent.* Lehet természetesen a célszerűséget a határozatlan jogfogalmak körében is elhelyezni,¹⁴ csak egyet nem: a kérdést a közigazgatási mérlegelés köréből kirekeszteni, s kizárólag a büntetőeljárás jog asztalára telepíteni!

Ami ennél is nagyobb baj: az érintett közjogi területek (szabálysértési jog, felügyeleti jog, közszolgálati jog) szemérmesen hallgatnak a célszerűségi mérlegelés lehetőségéről, alkalmazásának jogszabályban megfogalmazható szempontjairól. Így kaphat széles teret a gyakorlati opportunitás, ahol aztán könnyen az eljáró hatóság "kényelme", "tehermentesítése" válhat döntésmeghatározó tényezővé ahelyett, hogy jól kodifikált és szigorúan ellenőrzött szempontok alapján működne a célszerűségi mérlegelés.

Az opportunitással szemben, *a méltányosság* kötöttebb mérlegelésről szól, hiszen itt - amolyan pozitív diszkriminációként - a jogszabály megmondja, hogy milyen esetkörben, kinek a javára, milyen feltételek mellett hozható ilyen tartalmú döntés.

E szigorú kötöttségek alapján a méltányosságot meg szokták különböztetni a mérlegeléstől.¹⁵ Szerintem tévesen: igaz ugyan, hogy a döntés tartalmát illetően a jogalkotó behatárolja a "kedvezmény" tartalmát és mértékét, (pl. pénzben teljesítendő kötelezettség megállapításakor részletfizetési lehetőséget vagy fizetéshalasztást enged és ennek időtartamát maximálja) de valójában kétszeres mérlegelésről van szó:

a) össze kell vetni a méltányossági kérelemben foglaltakat a jogi kötelezettség - társadalmi megítélés szerinti - teljesíthetőségével, s ennek alapján el kell döntenie, hogy fennállnak-e a méltányosság alapjául szolgáló feltételek,

b) mivel "kegyelmi" típusú döntésről van szó, e jog gyakorlása az eljáró szervnek nem kötelezettsége, "csak" joga.

A mérlegelés valódi dilemmái ott kezdődnek, ahol a jogalkalmazó valóban úgy érezheti: a törvényhozó elengedte a kezét, innentől kezdve valóban a "szabad belátás", a diszkrecionális jellegű döntés helyzetébe jut. Szontágh Vilmos - Laun mukája nyomán¹⁶ - a közérdeknek a jogalkotói akarattól elszakított, speciális értelmezésével operál:

"... a közérdek a szabad belátást engedő vonatkozásokban egy sajátos, a többi jogi fogalmaktól elütő fogalom, amelynek tartalmi kitöltése az eljáró organum subjektív megítélésén múlik."¹⁷

A következőkben röviden áttekintjük a "felhatalmazásos" mérlegelésnek a jogirodalomban

előre bekalkulálna ezt a - működőképés - "fegyelmezetlenséget".

¹⁴ Kaltenbach Jenő: Az önkormányzati felügyelet. Szeged, 1991. 155-168. o.

¹⁵ Magyar Közigazgatási Jog. Általános rész. Bp., 1999. 330. o..

¹⁶ R. Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig, 1910.

¹⁷ Szontágh Vilmos: A közigazgatás szabad belátása. Miskolc, 1928. 117. o. A szerző a jogalkalmazói önkénnyel szemben a következő, ma is méltányolható korlátokat emeli: fontos formai követelmény az eljárás kötött rendje, továbbá a feladat- és hatásköri normák meghatározása: ezek ugyanis tartalmi korlátot képeznek, hiszen kijelölik a közigazgatási szerv profilját, "rendeltetészerű" működésének határait. Aki túllép ezen, az egyben túllép a mérlegelés törvényi határain is.

elfogadott lehetőségeit. Karl Engisch ma már klasszikusnak tekinthető munkájában¹⁸ négy kategóriát, négy mérlegelési alaphelyzetet különböztet meg, nevezetesen:

a) a határozatlan jogfogalmakat, ezen belül a

b) a normatív jogfogalmakat,

c) az ún. mérlegelési klauzulát,

d) az ún. generálklauzulát.

Engisch – Otto Mayerrel és más neves szerzőkkel szemben - semmiféle minőségi különbséget nem lát a bírói és a közigazgatási szerv által végzett mérlegelés között, s végig együtt, ugyanazal a kategóriarendszerrel tárgyalja mindkettőt. *Szó sincs tehát arról a megszokott tételről, hogy a tény- és jogkérdések bizonyítást érintő eldöntése tekintetében a kétféle jogalkalmazás együtt halad, s csak ami "ezen felül" van, az tekinthető a közigazgatás számára fenntartott "valódi" (szabad) mérlegelésnek.*

Attól, hogy a bíró kérelemre induló ügyben jogvitát dönt el, s ezt a közigazgatáshoz képest általában nagyobb formakényszerrel járó eljárásban, s döntése tartalmára vonatkozóan nem utasíthatóan teszi, nem következik, hogy ne kerülne pontosan ugyanazokba a mérlegelési helyzetekbe, mint a közigazgatás.¹⁹

Empirikusan az is cáfolható, hogy a bíró csupán – a múltra vonatkoztatva - megállapítja, a közigazgatási szerv pedig – a jövőre orientáltan - maga konstituálja a tényállást. A jogilag releváns egyedi tények elvont norma alá rendelésének kötelezettsége a közigazgatási szerv számára még akkor is fennáll, amikor intézkednie kell. Ekkor - a veszélyelhárítási kötelezettség sürgőssége okán - legfeljebb idő nincs a megalapozott tényállás feltárására, de ez nem elvi jellegű különbség.

Prognosztikus döntést a bíró is hoz számtalan esetben, a büntetőeljárásjogi kényszerintézkedésektől kezdve egészen a személyek és dolgok jövőbeli státuszát érintő polgári jogi, családjogi, munkajogi, idegenrendészeti, stb. döntésekig.

Engisch egy látszatparadoxonnal indít, amikor leszögezi, hogy a pozitív jogban alig találunk "tisztán" határozott fogalmakat, ezek tehát "jól meghatározottságuk" ellenére is értelmezésre szorulnak. Olyan egyszerűnek tűnő és számos jogágban használatos fogalmak, mint "dolog", "tárgy", "kár", "éjszaka", "testi sérülés", stb., valójában számos elfogadott - adott esetben egymást kizáró - jelentéssel rendelkeznek, így a konkrét esetekben a legnagyobb értelmezési gondot okozhatják.

Az önálló értelmezésre akkor is szükség lehet, ha a jogszabály egyébként meghatározza az adott fogalom terjedelmét és tartalmát, vagy ha a jogalkalmazói gyakorlat már kikristályosította, illetve megerősítette a jogi forgalomban elfogadott jelentéseket. A helyes,²⁰ a jogalkotói

¹⁸ K. Engisch: Einführung in das juristische Denken. 9. Aufl. Stuttgart Berlin Köln, 1977. 134-175. o.

¹⁹ Számomra egyetlen gyakorlati különbség mutatkozik, ez pedig az "intézkedéses" mérlegelés, ahol a közigazgatási szerv - rendszerint veszélyelhárítási célból - azonnali végrehajtási kötelezettséggel járó reálaktust bocsát ki. Ebben az esetben "an Ort und Stelle" kell erősen kötött idő mellett, az intézkedéssel érintettek esetleges fizikai ellenállásával is számolva a tény- és jogkérdésről állást foglalni, s a beavatkozás szükségességéről, illetve eszközeiről dönteni.

²⁰ Engisch az egyedüli helyes döntésre utaló "Richtigkeit" (helyesség) kategóriájával szemben a nem tőle

szándéknak megfelelő értelmezési gyakorlat kialakításában és megszilárdításában a közigazgatási jogalkalmazást jelentősen segítheti a közigazgatási felügyeleti, illetve bírói gyakorlat.²¹

Nehezebb a helyzet a normatív fogalmak esetében, amelyek Engisch szerint ugyan a határozatlan jogfogalmak egyik esettípusát képezik, mégis megérdemlik az önálló tárgyalást.

A "tapasztalati" fogalomhoz ugyanis a külvilágban létező, tényszerűen megtapasztalható (érzékelhető) jelenségkör rendelhető, s ennek alapján megadható hozzá egy olyan leírás, amelynek van logikai igazságértéke.

Más a helyzet, amikor nem leíró jellegű, hanem értékelést tartalmazó fogalomról van szó: egy plakát a maga fizikai létében egy adott leíró jellegű meghatározással a dolog fogalma alá rendelhető, s ennek alapján büntető- polgári és egyéb jogviszonyok tárgya lehet. Annak eldöntése azonban, hogy a plakát mit ábrázol, a kép pornográf jellegű-e, azaz öncélúan ábrázolja-e a sexualitást, már nem ténykérdés, nem leírás kérdése, hanem önálló jogalkalmazói értékelést, s ennek alapján értékítéletet követel.²²

Kérdés, hogy az értékelés eredménye - ahogyan Szontágh állította - bár a közérdekre hivatkozik, de valójában a jogalkalmazó személyes, individuális döntése, vagy abban valami "objektívnek", "általánosnak", "társadalmi" kell megnyilvánulnia?

Engisch szavazata egyértelműen az utóbbira esik: a normatív fogalmak tartalmának meghatározását - Laun, Szontágh és mások "szubjektivista" felfogásával szemben - nem bízta a jogalkalmazó szubjektív értékítéletére.

Vajon kinek az értékrendjét veszi át a jogalkalmazó, amikor dönt az utcai plakát pornográf jellegéről, hogy a szerződés nyilvánvalóan a jó erkölcsbe ütközik-e, hogy a színházi előadáson történő hangos "mobilizálás" kihívóan közösségellenes-e, hogy erkölcstelen életmódot folytatott-e a kötelező részre jogosult, s ezért helye van kitagadásnak, hogy az adott újságcikk uszító vagy "csak" gyalázkodó tartalmú volt-e, stb.?

Engisch az érintett közösségek (die betreffenden Bevölkerungskreise)²³ meghatározó nézeteit, értékrendjét veszi alapul, amelyekre felépül az állam- és jogrend. A jogalkalmazónak a normatív fogalom kitöltésekor - félretéve személyes világnézetét, értékítéleteit - képzeletben

származó, egyszerre többféle helyes értelmezést asszociáló "Vertretbarkeit" (képviselhetőség) kategóriáját ajánlja. K. Engisch: Einführung... 170-171. o.

²¹ A Legfelsőbb Bíróság a fegyverengedélyezési gyakorlat "eligazítása" és egységessége érdekében szögezte le, hogy a lőfegyvertartás engedélyezése iránti ügyekben az a helyes jogalkalmazói álláspont, hogy minél kevesebb, élet kioltására alkalmas lőfegyver legyen az állampolgárok birtokában (BH 1993. 766.).

²² A normatív fogalmak esetében tulajdonképpen kettős értékelési műveletről van szó: először arról kell állást foglalni, hogy az adott magatartás, tény, esemény egyáltalán releváns-e a tényállásban szereplő érték (erősíti, tagadja) szempontjából, majd igenlő válasz esetén dönteni kell az afirmáció vagy a tagadás mértékéről, intenzitásáról. Ilyen pl. az *uszítás*, amely Btk. 269. §-ának kulcsfogalma. Itt egyrészt

a) el kell dönteni, hogy az adott szóbeli vagy írásbeli megnyilatkozás alkalmas-e gyűlölet keltésére, azaz ellenséges indulat kialakítására, másrészt

b) a közlés tartalma (a tények csoportosítása, ábrázolási módja, általánosítása, a közléssel összefüggő történelmi múlt társadalmi megítélése, "érzékenysége", a közlés társadalmi fogadtatása, stb.) eléri-e az uszítás szintjét, azaz aktív, tevékeny gyűlöletre - mintegy a leendő erőszak érzelmi előkészítéseként - bátorít-e vagy sem.

²³ K. Engisch: Einführung... 163. o.

ennek a közösségnek az értékvilágába kell belehelyezkednie és átélnie (ne féljünk a szótól: átéreznie), hogy az adott cselekmény milyen hatással volt, vagy lehetett az "általánosan elismert" értékekre.

A normatív fogalom tehát - amikor azt a jogalkalmazó esetről esetre újra "életre kelti" - szokás-, illetve kultúra-függő, együtt lélegzik az érintett közösségekben kialakított erkölcsi értékrendekkel, a mindennapi viselkedést meghatározó - a hagyomány, a szokás, a vallás, az etnikai összetartozás által szentesített - kulturális normákkal.

Nem lehet már szó az "eredeti" jogalkotói szándék (értékítélet) feltárásáról, hiszen azt a fogalom határozatlanul hagyásának tényével maga a törvényhozó engedte át - de nem a jogalkalmazónak, hanem annak a kulturális entitásnak, amelynek az értékrendjét a fogalom érinti! A jogalkalmazó tehát ebben a folyamatban deklaratív szerepet játszik: ő "csak" helyesen reflektál, adekvát módon felszínre hozza, megfogalmazza azt, ami rajta kívül, mint közösségi érték, értékképzet, mint társadalmi objektíváció létezik.

A fentiek alapján a normatív fogalommal összefüggő mérlegelést "*beleéléses*" mérlegelésnek nevezem.

Engisch megoldása egy gyakorlati és két elméleti problémát fel, amelyekre nem ad választ. Mi a helyzet akkor, ha

a) a jogalkalmazó - képzettségének, jogi kultúrájának fogyatékoságai miatt, vagy éppen a napi ügyintézés terhei alatt - nincs abban a helyzetben, hogy adekvát módon "kitapogassa" az irányadónak tekinthető többségi értékítéletet,

b) a "többségi álláspont" mögött meghúzódó értékrend²⁴ ellentétben áll az adott jogrendszer (jogágot, jogterületet) meghatározó - legtöbbször alkotmányosan rögzített - szabályozási elvekkel,

c) egyszerre többféle - egyaránt helyeselhető, társadalmilag legitimált - értékfelfogás áll egymással szemben.²⁵

Az első esetben téves mérlegelésről van szó, ami pedig jogsértő, tehát a közigazgatás keretein belül a döntés felülmérlegelhető, illetve bírói szakban is megadhatóak azok az

²⁴ Sok jelből sejthető pl., hogy a magyar lakosság jelentős része a homoszexualitás minden formáját elutasítja, s néhány közéleti megnyilatkozásból is úgy tűnik, hogy a közvélemény még e szubkultúrát érintő felvilágosító tevékenységet is a pornográfia egy formájának értékeli. Ha tehát abban az esetben kell normatív fogalmat (pl. közerkölcs) értelmezni, amikor a konkrét eset a homoszexualitással függ össze, akkor a jogalkalmazó vagy az erkölcsi (világnézeti) semlegesség alapján dönt, de evvel mintegy "kilép" a társadalomból, vagy elfogadja a többségi álláspontot, de evvel alkotmányos tételekkel és elvekkel (az emberi méltóság sérthetlenségére visszavezethető szabad identitásválasztás joga, a diszkrimináció minden formájának tilalma) kerül szembe.

²⁵ Közismert, hogy a magyar társadalomban - a rendszerváltozás óta felerősítetten és nyíltan megjelenítve - különböző, egymással rivalizáló, egyaránt erős képviselőket felmutatni képes értékrendek uralkodnak pl. a nyilvánosság előtti viselkedés tolerálható határait illetően. Ezt az állapotot a *multikulturalizmus* nevű érték-kategóriájával jelölhetjük, amely egymástól egyébként idegen kulturális normák - ideértve a nyilvánosság előtti viselkedés szabályait is - olyan együttlétezését jelenti, ahol a többség - előítéletei, félelmei, elkülönülő törekvései ellenére - nem engedi izolálódni, gettósítani az adott kisebbséget, illetve annak szokásrendjét. A multikulturalitás nem értékmentes, leíró kategória, nem egyszerűen a különböző (a többségi társadalomtól eltérő értékrendet követő vallási, etnikai közösségek, alternatív életmódot kínáló ifjúsági csoportok, stb.) kultúrák pusztán együttlétezése, hanem a "másság" létjogának többségi tudomásulvétele, a kisebbségi létforma diszkriminációmentes gyakorlásának jogi lehetősége, egyben valósága.

értékszempontok, amelyeket az új eljárásban mérlegelni kell.

Ha pedig kollíziós helyzet áll elő, akkor bizony a jogalkalmazó személyes - de kellően argumentált - értékválasztására van szükség, ahol viszont már nem áll fenn a felülmérlegelés lehetősége.

Itt derül ki, hogy eljárásjogi értelemben mennyire nem mindegy, hova helyezzük el a határozatlan jogfogalmakat: ha ugyanis ezek a szabad mérlegelés körébe tartoznak, akkor nem mérlegelhetőek felül, feltéve, hogy eleget tettünk a helyes mérlegelésre vonatkozó szabályoknak. Ha viszont a "bizonyítási" mérlegelés "jogkérdés" kategóriájába illeszkednek, akkor - mivel elvben csak egyféle jogilag elfogadható értelmezés lehetséges - minden további nélkül "elvonható" a mérlegelési hatáskör és felülbírálati szakban egy teljesen új jelentés adható a fogalomnak.

A határozatlan jogfogalomnak a "valódi" mérlegeléstől való külön tartása mellett a következő érveket szokták felhozni:

a) amíg a diszjunktív- és a keretnorma a jogszabály diszpozíciós oldalához tartozik, hiszen különböző tartalmú cselekvésre hatalmazza fel a közigazgatási szervet (Handlungsermessen), addig a jogfogalom a hipotézis része, itt tehát nem döntés tartalmáról, hanem annak - értelmezést igénylő - előfeltételéről van szó²⁶;

b) A tartalom és terjedelem tekintetében nincs minőségi, csak mennyiségi különbség a határozott és a határozatlan jogfogalmak között, ha tehát az előbbi aggálytalanul jogkérdésként kezelendő, akkor az utóbbinak is ez a sors jár.

A "mit kell tennem" (cselekednem kell-e egyáltalán) kérdése már csak következmény, annak a függvénye, amilyen tartalmú tényállás születik meg a jogalkalmazó fejében: ez pedig adott esetben a határozatlan jogfogalom értelmezésének a függvénye, hiszen a két művelet nem választható el egymástól.

A b) pontnál az a kérdés, van-e alapvető különbség a tapasztalati és az értékfogalmak között? Ezt a problémát a "bizonyítási" mérlegelésnél érintettük, amikor azt állítottuk, hogy már a bizonyítás során el kell dönteni, hogy

a) az adott állapot, esemény, magatartás egybeesik-e a jogszabályban megfogalmazott értékítéllettel (affirmáció),²⁷

b) avval ellentétben áll-e,

²⁶ ld. Kaltenbach Jenő: Az önkormányzati felügyelet. Szeged, 1991. 151-155. o. A szerző a jogfogalomnak a mérlegeléstől való külön tartását fogadja el, mondván, hogy az előbbi "csak" értelmezési, az utóbbi pedig cselekvési (rendelkezési) kérdés.

²⁷ Az állampolgári jogok országgyűlési biztosáról szóló 1993. évi LIX. törvény szerint az Országgyűlés az országgyűlési biztost azok közül a kiemelkedő tudású elméleti vagy legalább tízévi szakmai gyakorlattal rendelkező jogászok közül választja meg, akik az alkotmányos jogokat érintő eljárások lefolytatásában, felügyeletében vagy tudományos elméletében jelentős tapasztalatokkal rendelkeznek, és köztisztviselteknek örvendenek. Ebben a megfogalmazásban a "kiemelkedő tudás", a meghatározott területeken szerzett "jelentős tapasztalat" és a "köztisztviselő" képezi azt a pozitív értékkeszletet, ami normatív jellegű mérlegelést igényel. A köztisztviselő például megnyilvánulhat a szakmai közvéleményen túli tartós népszerűségben, de e kritérium akkor is megáll, ha egy egyetemi oktastónak - például a szakterületének erősen speciális jellege miatt - nincs a társadalomban különösebb ismertsége, de "egyetemi", "közigazgatási" körökben, vagy bizonyos civil szervezetekben elismerik és gyakran hívták és hivatkozott kutatónak számít.

c) eléri-e azt a fokot, terjedelmet, mértéket, intenzitást, amit a jogalkotó a tényállásszerűséghez megkövetel.

Megítélésem szerint a határozott jogfogalom tartalmára (éjszaka, hozzátartozó, háztartás, közterület, stb.) adott jogi környezetben csak egyféle helyes válasz adható még akkor is, ha a jogalkotó sorozatos "selejt-termelése" folytán számos felesleges értelmezési dilemma terheli a jogalkalmazót. A normatív fogalom esetében azonban - s ezért fejezi ki pontosan a helyzetet a már hivatkozott "Vertretbarkeit" kategóriája - ugyanabban a jogi környezetben az adott ügyben többféle egyenrangúan képviselhető értelmezés adható, egyaránt meggyőző indokolással. Ennek alapján a normatív fogalmat nem lehet a tény- és jogkérdés szabad mérlegelést nem tűrő "bizonyítási" ketrecébe zárni.

Engisch szerint a jogalkalmazó személyes, szubjektív értékelésének igazi terepe az ún. mérlegelési klauzula.

Miben áll a mérlegelési klauzula sajátossága a határozatlan jogfogalmakkal szemben? A mérlegelés - szemben a diszjunktív normákkal - a jogszabályban nem nevesített választási (döntési) lehetőséget jelent egyenrangú alternatívák között: itt tehát a jogalkalmazó nem fogalmat értelmez, vagy tényállást állapít meg, hanem - jogszabályi felhatalmazás alapján, amely a mérlegelés határait is utal - a már megállapított tényállás és a tisztázott jogfogalmak birtokában önállóan, mérlegelési "szabadságával" élve választ a rendelkezésére álló döntési és döntésvégrehajtási lehetőségek közül.

Ilyen mérlegelési szabadsága van a jogalkalmazónak a jogsértésre adott válasz, a jogi szankció nemének és mértékének megválasztásakor: a jogalkalmazó kötelezettsége "csak" abban áll, hogy lelkiismeretesen feltárja a jogsértés súlyát, az elkövető személyi körülményeit, az enyhítő és súlyosító tényezőket, ezeket egyenként és összességükben értékelje, tehát a mérlegelés szempontjából hiánytalan (ténybelileg és jogilag megalapozott) tényállást produkáljon.

A rendészetben - a veszélyhelyzetek rendkívüli sokfélesége és a veszélyelhárítás sürgőssége okán - gyakran találkozunk avval a megoldással, amikor a jogszabály a jogalkalmazó mérlegelési jogkörébe adja az intézkedés foganatosításának és a foganatosítás módjának (eszközének) a jogát.²⁸

Álláspontom szerint a rendészetben túl a közigazgatási jog széles palettáját kínálja azoknak a jogalkalmazói döntési helyzeteknek, ahol meglehetősen széles a jogalkalmazó "akaratszabadsága". Idetartoznak azok az esetek, amikor múltbeli "érdemek", illetve "bűnök" alapján - melyek beszámítása és súlyozása tekintetében a jogalkotó szabadságot adott a jogalkalmazónak - a jövőre szóló, prognosztikus döntést kell hozni, ha tehát

²⁸ A Rendőrségről szóló 1994. évi XXXIV. törvény (Rtv.) szerint pl. a rendőr bilincset alkalmazhat a személyi szabadságában korlátozni kívánt vagy korlátozott személy

- a) önkárosításának megakadályozására,
- b) támadásának megakadályozására,
- c) szökésének megakadályozására,
- d) ellenszegülésének megtörésére.

Az Rtv. tehát az intézkedő rendőr mérlegelésére bizza, hogy a törvény által meghatározott veszélyhelyzetekben alkalmazza-e ezt a kényszerintézkedést. Választás azonban csak az alkalmazás tényét illetően illeti meg a rendőrt, annak módja tekintetében már szigorúan kötve van a jogszabályhoz.

a) személyzeti döntések gyakorlása, illetve javak, jogosultságok "odaítélése" körében a jogi értelemben azonos helyzetben lévők "érdemeit" kell mérlegre tenni,²⁹

b) adott jog vagy kötelezettség megállapítását az érintett aktuális teljesítményétől (vizsga) vagy jövőbeli magatartásától kell függővé tenni.³⁰

Engisch negyedik kategóriája a generálklauzula, amelyet szembeállít a kazuisztikus szabályozással: szerinte egyszerű jogalkotási technikáról van szó, olyan általános fogalmak alkalmazásáról, amelyek elhárítják a kazuisztikus technika veszélyeit, mert tág tartalmuk révén "lefedik" azokat az eseteket, ahol

a) az előforduló élethelyzetek sokaságát nem lehet megnyugtató módon az általánosság szintjére emelni,³¹

b) az adott jogfogalomnak - a társadalmi értékítélet, illetve az egyes szakmákban elfogadott eljárási és értelmezési módok változásaira, valamint a tudományos-technikai fejlődés új eredményeire tekintettel - a jövő irányában nyitottnak kell lennie.

A generálklauzula klasszikus példája a rendészetben az ilyen feladatkörrel rendelkező szervek általános veszélyelhárítási kötelezettsége, amelyet az Rtv. a következőképpen fogalmaz meg:

"A rendőr jogkörében eljárva köteles intézkedni vagy intézkedést kezdeményezni, ha olyan tényt vagy körülményt észlel, illetőleg hoznak tudomására, amely rendőri beavatkozást igényel."

A jogszabály - bár törekednie kell rá - nem tudja felvállalni az "életben" előforduló, rendészeti reagálást igénylő veszélyhelyzetek teljes körű felsorolását. Ha ezt megtenné, talán már másnap előállna egy olyan helyzet, amely más jogi aktussal nem pótolható intézkedést tenne szükségessé.

A mindenkori büntető- és szabálysértési jog különös része, illetve a közigazgatási jogellenességek jogszabályokban megállapított köre "konkretizálja" ugyan a jogtárgyak ellen irányuló támadásokat, de a rendészeti szervek feladat- és hatásköri normáinak alapjául

²⁹ Abban a pillanatban belép a mérlegelés ilyen értelmű szabadsága, amikor pl. az adott közfunkció pályázat útján történő odaítélésekor legalább ketten megfelelnek a pályázat előre meghatározott követelményeinek. Innentől kezdve az "előnyösebb ajánlat" kiválasztása tekintetében jogi norma már nem áll rendelkezésre, a kinevező (választó) valóban "egyedül marad" a saját értékítéletével, amelyet a közérdekről (közjóról), célszerűségről, stb. kialakított magában. Mérlegelése jövőre orientált: az adott közfunkció által támasztott követelményrendszer veti össze a jelöltek szakmai és emberi kvalitásaival, s ennek alapján egy valószínűsége alapozó döntést hoz. Nem egy múltbeli magatartást rekonstruál, s keres hozzá jogi normát (aminek az megfeleltethető, s jogilag minősíthető), hanem egy jelenbeli állapotot mér fel, az azonos pozícióban, versenyhelyzetben levők között kísérel meg - személyes meggyőződését, értékrendjét a döntés részévé téve - különbséget tenni.

³⁰ Az idegenrendészeti tárgyú jogosító és kötelező hatósági aktusok általában ilyen jellegű prognosztikus döntésen alapulnak: az alkalmi vagy életvitelszerű magyarországi tartózkodás feltételeit, beilleszkedési esélyeit kell a hatóságnak vizsgálni. Idetartozik a külföldi állampolgár előélete, gazdasági, szociális helyzete, aktuális életvitele, a származási országhoz való viszonya, stb.

³¹ Engisch a generálklauzula "önállóságának" kifejtésekor a legkevésbé meggyőző, mert nem teszi világossá, hogy miben tér el egymástól a generálklauzula és a határozatlan jogfogalom. Idetartozónak véli pl. a közkerkölcs fogalmát, ami pedig kifejezetten a normatív tartalmú határozatlan jogfogalmak osztályába sorolható.

szolgáló általános veszélyelhárítási kötelmet nem képes kiváltani.

De túl a rendszeten: a közszolgálati fegyelmi jog pl. meg sem kísérli a "különös rész" kialakítását, megelégszik a "közszolgálati jogviszonyból eredő vétkes kötelességszegés" enyhén szólva parttalan fogalmával.

A hatályos jogban találkozhatunk olyan generálklauzulákkal, amelyek az általánosság alacsonyabb szintjén állnak, ténybelileg kezelhető élethelyzetekre korlátozzák a hatósági cselevést, ezért megkönnyítik a jogalkalmazó fogalom-értelmezési feladatát.³²

A generálklauzula és a kazuisztika együttes alkalmazásáról van szó, amikor a jogalkotó példálózó felsorolást ad a számításba jövő élethelyzetekről, illetve értelmezési lehetőségekről.³³

5. Összefoglaló: a jogalkalmazói mérlegelés tézisei

A mérlegelésen alapuló közigazgatási aktusokhoz a következő "tízparancsolat" rendelhető:

1. A mérlegelés tárgya kettős: kiterjedhet a döntés alapjául szolgáló tényállás elemeire (határozatlan jogfogalom, generálklauzula), illetve a szankciót is magában foglaló diszpozícióra (diszjunktív norma, mérlegelési klauzula).

2. A hatósági jogalkalmazásban gyakorolt szabad mérlegelés három pilléren nyugszik:

a) a jogszabályon, amely egyrészt lehetővé teszi, másrészt megadja az értelmezés és a döntés tartalmi kereteit (subsumciós határok),

b) az adott kulturális normarendszeren, amely a normatív jogfogalom, illetve generálklauzula értelmezési tartományát jelöli ki,

c) meghatározott mérlegelési helyzetekben³⁴ a jogalkalmazó személyes értékrendjén.

³² A gyülekezéssről szóló 1989. évi III. törvény (tv.) nem a közrend - túlságosan általános, jogilag kezelhetetlen - sérelmére hivatkozik, hanem konkrét "rendsértések" (a közlekedés rendjének aránytalan sérelme, a bíróságok zavartalan működésének veszélyeztetése) esetén teszi lehetővé a tervezett demonstráció megtartásának megtiltását. Itt rövid időn belül kell alkotmányos alapjogot érintő prognosztikus döntést hozni. A rendezvény várható (valószínűsíthető) negatív hatásait egy benyújtott terv alapján kell felmérnie, "előre" döntenie tehát arról, hogy mikor minősül aránytalannak a közlekedés rendjének sérelme, vagy miben áll a bíróságok működésének megzavarása.

³³ A külföldiek beutazásáról és tartózkodásáról 2001. évi XXXIX. törvény szerint a beutazáshoz és tartózkodáshoz szükséges anyagi fedezet - tételesen meghatározott fizetőeszközök és dokumentumok mellett - igazolható *más hitelt érdemlő módon is*. Ugyanez a törvény előírja azt is, hogy nem kaphat letelepedési engedélyt az a külföldi, akinek a letelepedése a nemzetbiztonságot vagy a közbiztonságot sérti. Nos ezeket a fogalmak valóban tág lehetőséget adnak az idegenrendészeti hatóság önkényes jogértelmezésére. Vajon megtudunk valamit az indokolásból a jogalkotói szándékról? Dehogya! Hozzá kell szoknunk, hogy a törvényeink egyre színvonalatlanabb indokolása - legfeljebb más szavakkal - megismétlik a jogszabályi rendelkezéseket, s szemérmesen hallgatnak a jogalkotói akarat, motívum és értelmezés tartalmairól. Ebben az esetben az indokolás annyit mond, hogy az engedély megadásának további feltétele, hogy a külföldivel szemben a törvényben meghatározott kizáró ok ne álljon fenn, tehát a külföldi letelepedése ne járjon a közrend, közbiztonság veszélyeztetésével.

³⁴ Korábban idéztük a három esetkört, ami a "személyes" mérlegelés világába tartozik:

a) személyzeti döntések (pl. minősítés) gyakorlása,

b) javak, jogosultságok "odaítélése" körében a versenyhelyzetben lévők aktuális teljesítményét, illetve korábbi "érdemeit" kell mérlegre tenni,

3. A hatályos jog, illetve a joggyakorlat tükrében nem bizonyítható az elvi különbség a két hatalmi ág, a bírói és a közigazgatási hatósági mérlegelés között. A bíró - szemben a közigazgatással - nem "felügyel" és nem intézkedik, de ezen kívül a hatósági jogalkalmazás összes lehetséges mérlegelési helyzetét átéli.

4. A mérlegelési helyzetek közötti - nem elvi jellegű - törésvonal a hatósági jogalkalmazáson belül helyezkedik el: a tényállás megállapításának időigényére, a végrehajtás azonnaliságára, illetve az esetleges fizikai ellenállás lehetőségére tekintettel (ld. kényszerítőeszközök megválasztása) szükséges különbséget tenni az "intézkedésszerű" és a "határozathozatalos" mérlegelés között.

5. A jogsértésre reagáló, illetve a felelősségrevonásra irányuló közigazgatási jogalkalmazásnak (ideértve a felügyeleti tevékenységet is) integráns része a célszerűségi mérlegelés, az oportunitás. Az oportunitás azt engedi meg a közigazgatási szervnek, hogy az eset összes körülményeinek mérlegre tétele mellett,

a) a jogsértés konkrét társadalomraveszélyességének súlytalanságára,

b) a bizonyítás aránytalanul nagy többletenergiát igénylő nehézségeire,

d) a jövőbeli jogkövetés esélyeit szolgáló, konkrét hátránnyal nem járó eszközök (pl. felvilágosítás, figyelmeztetés) hatékonyságára

figyelemmel kivételesen eltekintsen a jogsértés "üldözésétől", illetve - amennyiben az eljárás már megindult - azt megszüntesse.

6. A jogszerű mérlegelés "keretnormái" a következők:

a) az alkotmányos, illetve az adott jogágra (jogterületre) vonatkozó alapelvek,

b) a közigazgatási szervekre vonatkozó feladat- hatásköri és eljárási jogszabályok,

c) a jogértelmezést segítő hatósági felügyeleti tevékenység,

d) a mérlegelést érintő bírósági fogalomértelmezési gyakorlat.

7. A fenti "játéktéren" belül a közigazgatási szerv mérlegelési jogkörben hozott döntése nem jelent önkényes döntést. A döntésnek megalapozott tényállásra kell épülnie, illetve olyan indokolást kell tartalmaznia, amely magában foglalja a mérlegelés alapjául szolgáló körülményeket, továbbá azok okszerű mérlegelését.

8. A fogalomértelmezés, illetve a döntési alternatíva kiválasztása akkor okszerű, ha

a) a mérlegelés kiterjed az alapjául szolgáló valamennyi körülményre (teljesség),

c) adott jog vagy kötelezettség megállapítását az érintett aktuális teljesítményétől (vizsga) vagy prognosztizált magatartásától kell függővé tenni.

b) összhangban áll az eljáró közigazgatási szerv feladatkörével,

c) a mérlegelés egymásnak ellentmondó szempontjai az adott ügyben fennálló közérdek (közrend, közfelfogás, társadalmi rendeltetés, stb.) szem előtt tartása alapján kerülnek mérlegre tételre (optimalizáció).

9. A mérlegelésen alapuló döntések - a hatósági "önként" orvoslása érdekében - a jogállamban nem felülbíráhatatlanok, a felülbírálatnak azonban meghatározott korlátai vannak: a felülbírálati eljárásban annak vizsgálatára kerül sor, hogy a közigazgatási szerv eleget tett-e a köteleességszerű mérlegelés követelményeinek (teljesség, feladatkörrel való összhang, optimalizáció);

10. A mérlegelést tartalmazó közigazgatási határozat jogszabálysértő, ha

a) a jogszabály kizárta a mérlegelés lehetőségét (mert pl. alanyi jogot engedélyezett),

b) az eljáró szerv a tényállást nem tisztázta kielégítően,³⁵

c) a mérlegelés alapjául szolgáló körülményeket nem súlyuknak, társadalmi rendeltetésüknek megfelelően értékelte, tehát

aa) "profilidegen" körülménynek tulajdonított meghatározó jelentőséget, amely nem egyeztethető össze az eljáró szerv feladat- és hatáskörével,³⁶

bb) nem vont a mérlegelés körébe olyan ügyretartozó körülményt, amely a döntés érdemére kihatással lett volna,³⁷

cc) az adott jogfogalom tartalmát nyilvánvalóan tévesen állapította meg,

d) nem tett eleget indokolási kötelezettségének.

³⁵ A mérlegelési jogkörben hozott határozat nem tekinthető jogszerűnek, ha a tényállás nincs kellően feltárva és a mérlegelés szempontjai nem állapíthatók meg (BH 2000. 331).

³⁶ Szontágh példája erre az esetre: Mivel a közúti közlekedés területén a közérdekeket a közforgalom zavartanságának érdeke testesíti meg, egy politikai párt célja nem szolgálhat alapul adott forgalomkorlátozás elrendeléséhez (Szontágh Vilmos: A közigazgatás szabad belátása.... 124. o.). Abban a szerzőnek igaza van, hogy pártpolitikai szempontok közigazgatási döntések alapjául nem szolgálhatnak. A konkrét esetben azonban - feltehetőleg - nem erről van szó, hanem a gyülekezési jog gyakorlásának lehetőségéről. Egy pártrendezvény megtartása érdekében foganatosított - a rendezvény valóságos méreteihez, időtartamához és helyéhez (útvonalához) szigorúan igazodó, azzal arányos, tehát ésszerű és tárgyszerű szempontokon alapuló - közlekedési korlátozás semmiféle párttörekvést nem támogat, mindössze teret ad, legális feltételeket biztosít egy alapjog gyakorlásának. Az adott közérdek fennállásának és a közúti közlekedés – szintén közérdekű - zavartalanságának teljes körű és tárgyszerű szembeállításai és mérlegelési kötelezettsége szempontjából nincs különbség, hogy útépitésről, vagy éppen politikai demonstrációról van szó. Túl ezen: ma már nemcsak a közérdek, hanem a jogosnak minősíthető magánérdek (filmforgatás, esküvő) is alapja lehet ésszerű közlekedési korlátozásnak.

Nagy Tamás : Néhány eljárás : Kafka-olvasatok a jogirodalomban

Bevezetés

Jelen írás az eredetiség semmilyen státuszára nem tart –és nem is tarthat- igényt. Szerény szándékai szerint Franz Kafka több művének néhány jogirodalmi értelmezésén keresztül a „jog és irodalom” néven az elmúlt évtizedekben ismertté vált jogelméleti irányzat kutatási lehetőségeiről kíván számot adni. A témában magyar nyelven eddig megjelent egyetlen írástól –Maria Aristodemou: „A jog és az irodalom tanulmányozása: irányok és kapcsolódások” (01) c. cikkétől- eltérően nem általános és átfogó leírást próbál adni az irányzat törekvéseiről, hanem konkrét példákkal szeretné illusztrálni azon megközelítések –vagy ha a Tisztelt Olvasó úgy értékeli: tévutak- némelyikét, amelyeket az irányzat magában foglal. A tanulmány része – vagy inkább: töredékes vázlata- egy készülő hosszabb írásnak, ami Kafka műveinek teljes jogirodalmi recepcióját kíséri meg feldolgozni. Az alábbiakban e másodlagos irodalomból három reprezentatívnek tekinthető olvasatot emelnék ki, amelyek eltérő irányokból közelítenek Kafka „jogi tárgyú” regényeihez és elbeszéléseihez. Az első Richard Posneré, aki a jog gazdasági elméletének képviselőjeként s egyben a jog és irodalom irányzat „bosszúálló angyalaként”- azt próbálja meg igazolni, hogy a jognak és az irodalomnak alig van érdemi közük egymáshoz, s így Kafka írásai sem szolgálhatnak semmilyen igazán hasznosítható mondandóval a jogtudomány és a jogászok számára. Posneréhez szorosan kapcsolódik Robin West –sokak szemében túlzottan ideologikus és átpolitizált, s ezáltal a jog „humanista” kritikájának legveszélyesebb tendenciáit megjelenítő- Kafka-olvasata, ami éppen a jog gazdasági elmélete morális igazolásának lehetőségét vonja kétségbe, Kafka írásaiból merített példák segítségével. (A vita központi kérdésével, miszerint a piaci és a nem-piaci tranzakciók konszenzuális jellege valóban szolgálhat-e a modern társadalmak jogrendszerének legitimációs alapjaként –ahogy az a posneri elgondolásból következik-, itt nem áll módunkban foglalkozni; ami érdekes, az kizárólag a Kafka-művek relevanciája a kérdés tekintetében.) A tanulmány harmadik része pedig Theodor Ziolkowski interpretációjával foglalkozik, ami a XIX.-XX. század fordulójának osztrák büntetőjogi reformvitái kontextusába helyezi Kafka „A per” c. regényét, megkísérelve kibontani annak egészen konkrét jogi-jogtudományi vonatkozásait, mindazon utalásokat és kritikát, amelyek egy korszerűtlen jogrendszerre és annak krízishelyzetére vonatkoznak.

Mit akar ez az egy ember? –avagy Richard Posner megmondja

A (Bevezetés, repríz)

„The most interesting thing about Law and Literature: a Misunderstood Relation by Richard Posner is how the book uncannily reenacts its own title –how the relation of law and literature is systematically misunderstood by Richard Posner.”

Richard Posner egy egész könyvet –sőt, egy tíz évvel későbbi, átdolgozott és bővített kiadást is- szentelt annak illusztrálására, hogy a jognak és az irodalomnak –jelentsenek bármit is ezek a szavak- nincs túl sok köze egymáshoz, amennyi viszont mégis, az legyen az ő életművének része, (03) s ezen keresztül az amerikai jogirodalomé. (Számításai többé-kevésbé be is jöttek, ugyanis egy 1995-ös tanulmány szerint az amerikai egyetemek „jog és irodalom”-kurzusain az egyik legtöbbet használt forrás lett, (04) annak ellenére, hogy az írás jogtudományi kritikai visszhangja –a könyv hátsó borítójának abszurditásig erőteljes magasztalásával szemben- igencsak kíméletlennek bizonyult.) Posner számára az interdiszciplinaritás terepe korántsem volt ismeretlen, lévén a '60-as évek óta a „jog és gazdaság”-irányzat prominens képviselője, -a műfaj annál inkább. Törvényszerűen merül fel a kérdés, hogy mi indokolta a hirtelen váltást –illetve így utólag inkább: a kitérőt-; miért kezd bárki, aki a jog közgazdasági szemléletének elkötelezett híve volt több évtizeden keresztül, irodalmi művekkel és irodalomtudománnyal foglalkozni, és miért fektet több évnnyi energiát ilyen irányú kutatómunkába. Személyes becsvággal nyilván nem vádolható Posner –miszerint egy egyre divatosabb és egyre jelentékenyebbnek tűnő mozgalomhoz szeretett volna csatlakozni-, hiszen nála szilárdabban már a '80-as években sem lehetett senki az „establishment” része; sem lényegesen nagyobb hírnévre vagy elismertségre, sem több elfogadható meghívásra, (05) sem magasabb pozícióra (mint a 7. kerületi fellebbviteli bíróság bírói majd főbírói széke) nem számíthatott a „jog és irodalom” kutatásokhoz való kapcsolódás révén. Minden bizonnyal Jack M. Balkinnak és azoknak van igazuk, akik szerint Posner hirtelen támadt érdeklődése a „jog és irodalom” kérdései iránt semmiképpen sem tekinthető véletlennek. (06) Eleve gyanút ébreszthet a Reagan-kormányzat által kinevezett, konzervatív politikai nézeteiről is ismert főbíró felbukkanása egy olyan irányzat közelében, amelyet az amerikai jogi akadémia világán belül sokan –igaztalanul vagy sem- a legszorosabb együttműködésben lévőnek tekintenek a kritikai jog mozgalommal (CLS) és a feminista jogelméletekkel, képviselőik politikai nézeteit pedig általában –s ráadásul nemegyszer radikálisan- baloldalinak szokás tartani. Posnert saját bevallása szerint –túl azon, hogy gyermekkorától élt benne az irodalmi érdeklődés- „dogmatikus szendergéséből” Robin West azon tanulmánya ébresztette fel, amelyben West a jog gazdasági elméletének Posner által is megjelenített változatát támadja, s kritikájának érveit döntően Kafka írásaiból vett példákkal támasztja alá (részletesen lásd később).(07) Posner vállalkozásához mindez azonban valószínűsíthetően csak az apropót szolgáltatta, s a valódi okok máshol keresendők; leginkább abban, hogy a '80-as évek első felében az amerikai jogtudományban több olyan elméleti irányzat-iskola is rendkívüli mértékben megerősödni látszott, amelyek a jog és gazdaság elméletének hegemon pozícióit veszélyeztetni voltak képesek.

A „jog és irodalom” irányzata is ezek közé tartozott, amely James Boyd White „The Legal Imagination” c. művének 1973-as megjelenése óta a jogelméleti diskurzus egyre nagyobb terét hódította meg, s intézményi szinten is egyre népszerűbbnek mutatkozott. Annak ellenére, hogy a jog és a humaniorák kapcsolatának évezredek hagyományait senki nem tagadta, White könyvének megjelenése előtt az irodalmat a jogászok számára legfeljebb lélekemelő szórakozásnak, a jog és irodalom kapcsolatrendszerére irányuló kutatásokat pedig olyan jogtudósok lényegi tudományos vagy gyakorlati relevanciával nem rendelkező szabadidős tevékenységének tekintették, akik a kellenél több szépirodalmat olvastak.

Posner irodalom-felfogása is leginkább ezt a szemléletet tükrözi, melyből következően amíg a jogtudományos status quo-t senki nem igyekszik a szükségesnél nagyobb mértékben megváltoztatni, addig különösebb figyelmet nem is érdemel az egész: virágozzék minden virág.

Amint azonban irodalmi művek olyan értelmezései bukkannak fel jogtudomány címén, amelyek pl. a jog gazdasági elméletének morális megalapozottságát próbálják kikezdeni, vagy az irodalomnak a jogi oktatás rendszerébe történő integrálását szorgalmazzák, rámutatva annak addigi szűklátókörűségére, vagy irodalmi szövegeket is felhasználnak a fennálló jogi rend kritikájához, stb., nos, abban a pillanatban azonnal komoly védelemre van szükség. S Richard Posner nekiáll a feladatot elvégezni. Mindezek alapján egyáltalában nem meglepő Balkin azon kijelentése, miszerint Posner könyvének csak névlegesen témája a jog és az irodalom –már a könyv címében „félreértettnek” minősített- kapcsolata, valójában a szerző kísérellete –tényleg lenyűgöző tudásának és briliáns retorikájának valamennyi ereje- a jog és gazdaság megközelítés elméleti és intézményi pozícióinak védelmére irányul, s így válik részévé annak a tervszerű törekvésnek, amelynek jegyében Posner egész életműve megfogant, nevezetesen –hangozzék bármilyen furcsának is elsőre- a jog autoritása és a jogtudomány autonómiája védelmezésének.

A jog autoritásának koncepciójával és a jogtudomány autonómiájával szembeni kihívások szorosan összefüggnek az '50-es években domináns szerepet betöltő processzualista iskolával szembeni támadásokkal és a jogtudomány '60-as években lejátszódó interdiszciplináris fordulatával. Posnerre, aki 1962-ben végzett a Harvardon, mind a processzualista iskola, mind a nézeteivel szemben megfogalmazott támadások komoly hatással voltak. A processzualisták (Henry Hart, Herbert Wechsler, stb.) eljárási jogszemlélete döntően a jog –s elsősorban a jogalkotás- politikától való függetlensége biztosításának érdekében fogalmazódott meg, mégha elfogadták is a jog realizmus azon belátásait, hogy az igazságszolgáltatás nem lehet sem mechanikus, sem egészében apolitikus. A processzualista iskola hanyatlásával párhuzamosan az interdiszciplináris jogtudományi vizsgálódások térhódítása világossá tette a jogászok számára, hogy a jogi problémák kizárólag jogi kategóriák segítségével történő megragadása és megoldása többé nem lehetséges. Posner is felismerte, hogy intellektuális példaképeinek célkitűzéseivel való minden egyetértése ellenére a jog önmagában többé nem képes a politikával szembeni autoritását és autonómiáját megőrizni, s a függetlenség egyáltalában lehetséges mértékének fenntartásához valamilyen külső segítségre szorul. Ez a felismerés nagyban magyarázza Posnernek a közgazdaságtan felé fordulását, ami a társadalomtudományok közül a legszigorúbbnak, a „legkeményebbnek” számított. Posner a közgazdaságtant az emberi viselkedés általános tudományaként fogta fel, s ebből az alapállásból kiindulva működött közre a jog egy olyan interdiszciplináris megközelítésének részletes kidolgozásában, amely a jogi autoritás és autonómia megőrzésének alkalmas eszközeként tűnt fel. A jog gazdasági elmélete hosszú időn keresztül domináns pozíciót töltött be az amerikai jogtudományban, s a tényleges igazságszolgáltatási gyakorlat jogszemléletére is komoly hatással volt. A '80-as években azonban a radikálisan új interdiszciplináris megközelítések, amelyek hirtelen legalább annyi és hasonlóan erőteljes mondandóval jelentkeztek a jogra vonatkozóan, mint a közgazdaságtan, vadonatúj kihívást jelentettek Posner számára. A feladat immáron a jog interdiszciplináris megközelítéseinek keretében a közgazdaságtan autoritásának megvédése lett, akár annak kimutatása révén, hogy az olyan diszciplínák, mint pl. az irodalom, sem a jog, sem a politika vonatkozásában releváns mondandóval nem rendelkeznek, a kortárs társadalmi-jogi problémák megoldásához semmilyen hasznosítható belátással nem tudnak szolgálni, vagy ha mégis, akkor azt az emberi viselkedés általános tudományaként meghatározott közgazdaságtan már régen elmondta.

Posner „jog és irodalom” könyvének ideológiája és stratégiája így válik láthatóvá: olyan módon kell az irodalmat és az irodalomtudományt is definiálni, hogy azoknak a lehető legkevesebb közül lehessen társadalmi és politikai kérdésekhez. Amennyiben ugyanis elismerjük az irodalom esetleges relevanciáját e kérdések tekintetében, azzal potenciálisan egyre közelebb engedjük a joghoz, s ez a közgazdaságtan számára „versenyhelyzetet” teremthetne.

(Posner, a piac feltétlen híve tudja, hogy néha nem árt egy-két szereplőt csendben kiiktatni.) Minél inkább megmarad az irodalom és tudománya apolitikusnak, minél inkább hozzáköthető a l'art pour l'art eszményéhez, annál alkalmasabb Posner céljaira. Ennek folytán minden egyes esetben, amikor egy irodalmi mű értelmezésében társadalmi-politikai motívumok is felbukkannak, rossz értelmezéseként ítéltetnek meg, s ugyanígy minden olyan irodalomelmélet, amely magában hordozza a társadalomkritika lehetőségét, rossz elméletnek minősül a szerző szemében, vagy legalábbis olyannak, amely a kritikai gyakorlat meghatározó irányain kívül esik. (08)

Ami a jog és az irodalom kapcsolatára nézve mindebből következik, könnyen kitalálható (s egyben ezek Posner könyvének fő tézisei): a jog felfogható ugyan egyfajta szövegvilágként, de sokkal inkább a társadalmi ellenőrzés rendszere, működésének vizsgálatára a társadalomtudományok alkalmasak, megítélése pedig etikai kritériumok szerint történik. Az irodalom ezzel szemben művészet, értelmezésének és értékelésének legjobb módszerei esztétikai természetűek. Saját irodalom- és jogszemléletét formalizmusként határozza meg az előbbi és pragmatizmusként (azaz egyfajta antiformalizmusként) az utóbbi esetében. (09)

Tézisei kifejtésének retorikai stratégiája pedig lényegét tekintve olyan kategoriális dichotómiák létrehozására épül, melyek révén Posner nem egyszerűen egymással szembenálló erők küzdelmeként írja le a világot, hanem a fogalompárok által megjelenített értékek valamelyikét minden esetben privilegizált helyzetbe is hozza. Felvilágosodás és romantika, tudomány és babona, realizmus és utópisztikus álmodozás, megfontoltság és radikalizmus, rend és anarchia, érettség és józanság illetve gyerekesség és lázadás, az autoritás tisztelete és vakmerő engedetlenség, apollóni és dionüszoszi, s végül a legfontosabb különbségtétel, amellyel tulajdonképpen az összes többi átfogható: értelem és érzelem. A valóság efféle megkonstruálásának megint csak fontos szerepe van Posner elméletében (10): a világnak ez az értelmi és érzelmi „újrafelosztása” nem egyszerűen az értelem és az értelemmel azonosítható dolgok melletti elkötelezettségét fejezi ki, de egyben alkalmas is mindazon jelenségek nem-racionális vonásainak elrejtésére, amelyeket Posner alapvetően az ész által vezéreltként határoz meg, továbbá saját elfogultságainak, előítéleteinek leplezésére is, amelyek így eltűnhetnek a tudomány, a természettörvények, a biológiai törvényszerűség, a közgazdasági elemzés, a logikus okfejtés, a semleges elvek, stb. spanyolfalai mögött. Továbbá: a különbségtétel és azonosítás e módszere kiválóan alkalmazható társadalmi intézmények és gyakorlatok vonatkozásában is: amennyiben a jogot sikerül az értelemmel azonosítanunk, már csak meg kell neveznünk, hogy mi az, ami az irracionális (érzelem, szenvedély) valamennyi negatív tulajdonságát magában foglalja –politika, irodalom, tetszés szerint-, elkerülve ezzel annak elismerését, hogy a jog is lehet irracionális, előítéletes, ideologikus, elnyomó, félelmetes, kiszámíthatatlan. Vagy éppen kafkai. Ideje vele is elbánni.

B (Kafka örök – és maradjon is az)

„No matter what work one hands Posner, it will turn out to be about maturity or, when that fails, private grief and despair.”

Robert Weisberg (11)

„Most literature is about screwing up one's life in one way or another.”

Richard Posner (12)

Ez utóbbi mondatot megismételném, hogy jobban halljuk: „Az irodalom nagyrészt arról szól, hogyan cseszi el valaki az életét így vagy úgy.” Igen sommás kijelentés szökkent ezzel ki Posner foga kerítésén, igaz, tudja ő ezt finomabban is: „tönkreteszi az irodalmat, ha politikai küzdelmek szolgálatába állítjuk. Sokan úgy gondolják, hogy az irodalom megóvásának módja a XX. sz.-ban, ha XX. sz.-i problémákról szólóként kezeljük. De amiről az irodalom szól, azok az emberi létezés örök problémáinak és nem századunk politikai problémáinak sajátos megnyilvánulásai. Könnyen elhibázhatjuk, hogy mi teszi jellegzetessé az irodalmi műveket, ha propaganda-kiáltványokká alakítjuk azokat, még akkor is –vagy talán különösen akkor-, ha olyan égető kérdésekről van szó, mint a genocídium, a totalitarianizmus, a faji megkülönböztetés és a jogpolitika. Azzal, hogy ragaszkodunk a jog és az irodalom különválasztásához, még kölcsönhatásaik felderítése során is, mindkét területet segítünk megóvni.” (13)

S bár ezen állítások közül többel feltétlenül egyetérthetünk –jobb, ha az irodalom nem politikai propaganda és jobb, ha nem használja a politika eszközként-, azt is kell látni, hogy Posner ugyan az irodalom valamiféle szentségének védelmezőjeként igyekszik feltüntetni magát, állításai legalább annyira irányulnak a jog érinthetlenségének fenntartására is. Ennek érdekében próbálja az irodalmat olyanként meghatározni, mint ami kizárólag az emberi létezés örök kérdéseivel foglalkozik és meggyőzni az olvasót, hogy minden, amit nagy irodalomként tartunk számon, nem értelmezhető helyesen napjaink társadalmi-politikai –vagy adott esetben jogi-problémáinak kontextusában. (Az önmagában véve is érdekes kérdés, hogy Posner mit is tart „nagy” irodalomnak. Nem mintha akár az irodalmiság meghatározásáról, akár az irodalmi kánonok alakulásáról szóló könyvtárnyi irodalomban sokat számítana az ő szava, de mivel deklarált szándékával ellentétben –miszerint a kanonikusság kérdésével nem kíván részletesen foglalkozni (14)- legalábbis a „jog és irodalom” kánonjának körülhatárolására irányuló erőfeszítés áthatja az egész írást. A kísérlet nem érdektelen, különösen, hogy összefüggésbe hozható mindazzal a hihetetlenül erősen átpolitizált vitával és kulturháborúval, ami a '80-as-'90-es évek fordulóján az irodalmi kánonok tekintetében bontakozott ki az Egyesült Államokban. (15) Szóval: Posner szerint azok az irodalmi alkotások tekinthetők kanonikusnak, azaz a valaha létrejött valamennyi szöveg közül kiemelkedőnek, amelyek az irodalmi piac versenyében életképesnek bizonyultak, túléltek évtizedeket és századokat, tehát kiállták az idők próbáját. Márpedig az irodalmi piac „...azokat a munkákat kedveli, amelyek általános érvényűek, univerzálisak. Azok a munkák, amelyek lényegileg helyi érdekűek –s a legtöbb, a jogászok szemében komolyan a jogról szóló munka ilyen-, nem boldogulnak valami jól ebben a versenyben.” (16) Ami tehát általános érvényű és az örök kérdésekre vonatkozik, az nagy és kanonikus, ami viszont másról –mint pl. a jogról- szól (vagy szólhatnak értelmezései), az csak igen korlátozott érdeklődésre tarthat számot s el fog bukni, és ez sajnos a piac –*miszerint az élet-* kíméletlen törvényszerűsége.

A túlélés és versengés metaforái egyébként is nagyszerűen illeszkednek Posner világgépébe, aki minden emberi viselkedést a piaci viselkedés és minden történést a piaci történések analógiájára képzel el.

Ez a darwinianus irodalomszemlélet szintén kedves a közgazdaságtannak –lévén az az evolucionárius biológiával eleve szoros kapcsolatban-, ráadásul lehetőséget nyújt Posnernek arra, hogy a véleménye szerint igazán irodalomnak tekinthető művek általánosságát (s ezzel együtt a kortárs társadalmi és politikai kérdések vonatkozásában megmutatkozó irrelevanciáját) a művek immanens sajátosságának tekintse, elzárkózva így attól, hogy legalább részben azon szemlélet- és olvasási módok sajátosságaként kezelje, amelyekkel az egymást követő nemzedékek kánonalakító „értelmezői közösségei” a műveket megközelítették.

Így az irodalmi kánonok alakulása –éppúgy, mint az ezeket kitevő művek mindegyike- szocio-kulturális tényezőktől független, a piac és az idő akarata természeti törvényszerűségként

érvényesül. Ezzel nincs mit tenni, az árral szemben ne is akarjunk úszni, az irodalom és értelmezései ha jót akarnak- tartsák inkább távol magukat a társadalmi-politikai-jogi kérdésektől, különben el fognak tűnni a múltnak mélységes mély kútjában.)

Ami pedig a nagy irodalom tematikáját illeti: Robert Weisberg is megjegyzi, hogy Posner minden klasszikust úgy olvas, mintha mindegyik valamilyen kollektív Bildungsroman volna, s mindegyik voltaképpen tárgya az „érettség” lenne, akár egy társadalomé, akár a „főhőse”. Vagyis minden arról szól, hogy az értelem előbb-utóbb győzedelmeskedik, a rációnak megfelelő viszonylatrendszer alakul ki, aki/ami pedig mindennek ellenáll, szükségszerűen bukásra van ítélve. (Gombrowicznak nyilván lenne ehhez néhány szava.) Ehhez képest a jog esetleges témája az irodalomnak, gyakori előfordulása „statisztikai jelenség”, jelentése az esetek túlnyomó többségében szimbolikus, a bíróságok és tárgyalótermek pedig éppoly közönséges színterei a cselekménynek, mint az iskolák, télikertek vagy szobabelsők.

Kafka. (Tisztában vagyok vele, hogy a cím ígérete szerint jelen tanulmány e részének Richard Posner Kafka-értelmezéséről kellene szólnia –fog is-, de a fentieket, nevezetesen, hogy milyen tényezők határozzák meg Posner Kafka-interpretációját és miként, sokkal érdekesebbnek tartom, mint magát a meglehetősen lapos olvasatot, amelynek tartalmát az eddigiekből többé-kevésbé ki is lehet találni.) Posner „jog és irodalom” könyvében Franz Kafkának két szempontból is kitüntetett szerep jut. Egyrészt: Kafka irodalmi teljesítménye az ízlésítéletek valamennyi különbsége ellenére vitathatatlanul a legnagyobbak közé tartozik a XX. században, s ezt saját preferenciáitól függetlenül Posner is tudja; ráadásul az egész világirodalomban –még ha ez valamelyest mást is jelent *itt*, mint *ott*- talán Kafkának van talán a legtöbb köze a joghoz: maga is jogot végzett, jogészként dolgozott egész életében, műveinek a jog –Posner szerint ugyan csak látszólag- állandóan visszatérő témája. Mindezek Kafka életművét a „jog és irodalom”-kutatások számára központi jelentőségűvé avatják –nem véletlen, hogy talán az egy Shakespeare kivételével ő a legtöbbet tárgyalt szerző-, így amennyiben Posnernek sikerülne bebizonyítani, hogy a jog szerepe az életműben tulajdonképpen mellékes, mert a művek valami egész másról szólnak, akkor igen komoly lépést tehetne a „jog és irodalom” mozgalom semlegesítésének irányában, hiszen ha még Kafka sem, akkor ugyan kicsoda. Másrészt: Posner egész jogelmélete ellen a ’80-as években a legélesebb és legnagyobb visszhangot kiváltó támadást Robin West intézte azzal a már említett tanulmányával, amelyben rámutat a gazdasági jogelmélet morális megalapozottságának problémáira, s ennek során végig Kafkára hivatkozik. Az a tény, hogy Posner egy, az általa képviselt jogelmélettel szembeni támadás okán kerül kapcsolatba a „jog és irodalom” elméletével valamint Kafka írásaival, és ennek kapcsán kezd el mindezzel komolyan foglalkozni, eleve meghatározza értelmezői pozícióját.

Védekezésre kényszerül másokkal szemben, s ez a szerencsétlen körülmény egyben hozzájárulhatott ahhoz, hogy Posner többnyire –nevezzük így- negatív olvasatokat produkál, azaz beérni látszik annyival, hogy mind West interpretációjáról, mind másokéről, akik úgy gondolják, hogy Kafkának valóban van mondandója a jogról (is), megpróbálja bebizonyítani, hogy tévesek. Ettől eltekintve azonban semmilyen eredeti értelmezéssel nem áll elő. (Tanácstalanságát mutatja az is, hogy értelmezésének mennyiségileg nagyobb részét teszi ki az általa tárgyalt két írás, „A fegyencgyarmaton” c. elbeszélés és „A per” cselekményének összefoglalása, s legyen bármily bőséges a jegyzetapparátus, az ilyesmit már egy érettségi dolgozat esetében is rossz néven szokás venni.)

„A fegyencgyarmaton”-nal kapcsolatban hiányosnak és erőtlennek tarja Lida Kirchberger arra irányuló kísérletét, hogy az elbeszélést a jog olyan allegóriájaként kezelje, amelyben az ítélet-végrehajtás eszközéül szolgáló szerkezetet az igazságszolgáltatás gépezetének szimbólumaként

ragadja meg, szétesését pedig annak jelképeként, hogy a mechanikus, lelkiismeretlen és minden diszkréciót nélkülöző igazságszolgáltatás lehetetlen. (17) Posner szerint ez a megközelítés hibás, mert nem képes magyarázattal szolgálni a tiszt személyiségére és arra a pátoszra nézve, amellyel a tiszt a gépezet működését ecseteli, majd szemlélteti, sem arra, hogy a gépezet nem alkot szabályokat, nem vizsgál tényeket, nem hoz ítéleteket, azaz semmi olyat nem tesz, ami egy jogrendszer szükségszerű eleme. Elhibáztatnak tekinti továbbá mindazokat az értelmezéseket –„A fegyencgyarmaton” és „A per” esetében egyaránt-, amelyek Kafka írásaiban a totalitárius diktatúrák és jogrendszerek működésére vonatkozó próféciákat látnak. Egyrészt azért, mert –annak ellenére, hogy a Kafka-írásokban szereplő eljárások és a történetileg megvalósult diktatúrák igazságszolgáltatásainak párhuzamát elismeri- a totalitárius rendszerek lényegi sajátosságai hiányoznak mind az elbeszélés, mind a regény által megjelenítettekől. Erről könnyen meggyőződhetünk –mondja Posner-, ha semmi mást nem teszünk is, mint összevetjük a Kafka által elképzelt igazságszolgáltatásokat a pl. Arthur Köestler „Sötétség délben” c. regényében szereplő szovjet viszonyokkal. Másrészt azért, mert „A per” –minden autentikus jogi vonatkozása ellenére- jelentős mértékben különbözik a „20-as, ’30-as évek dokumentarista regényeinek (Malraux, Orwell, Dos Passos, stb.) műfajától. Ez utóbbi regények –ellentétben „A per”-rel- történetileg pontosan behatárolható helyen és időben játszódnak, felismerhetően valós politikai és igazságszolgáltatási viszonyok közepette. A lényegi különbség a politikai vonatkozás hiányában áll: sem Josef K.-nak nincsenek politikai elkötelezettségei, de a vele szemben eljáró bíróság sem része semmilyen, állami szinten működő megfélemlítési rendszernek. „A per”-rel kapcsolatban Theodor Ziolkowski értelmezését is irrelevánsnak tekinti, aki –mint később részletesen látni fogjuk- megpróbálta Kafka regényét összefüggésbe hozni a századforduló osztrák-magyar büntetőjogi reformvitáival, a regénybeli eljárást pedig az 1852-es osztrák Büntető Törvénykönyvvel. Posner ellenvetései azonban kimerülnek annyiban, hogy megállapítja: ad1. Ziolkowski eljárása gyanús, mivel a befejezetlen regény kéziratából később kimaradt és töredékes fejezetekre is támaszkodik okfejtése során; ad2. a létrejött interpretáció „A per”-t „ezoterikus történelmi relikviává” fokozza le, s egyben „dögunalmassá” teszi, (18) ráadásul amit Ziolkowski csinál, az sokkal inkább jogtörténet, mint „jog és irodalom”, mivel figyelmének középpontjában mindig a jogfejlődés egy-egy krízishelyzete áll, és csak mellékesen ezek irodalmi vetülete. (A későbbiekben igyekezni fogok bemutatni, hogy ez nem egészen így van, és szerintem az sem véletlen, hogy Ziolkowskit mindössze egy terjedelmesebb lábjegyzet keretében próbálja Posner elintézni, ami fölött az olvasó figyelme esetleg egyébként is elsikkad.)

Mit tud mindezek helyére maga Posner állítani? Nem sokat. Nem kívánja ugyan tagadni, hogy „A per” a jog vonatkozásában is érdekes lehet –„I do not mean that The Trial is devoid of legal interest.” (19)-, de az egyetlen, amit konkrétan meg is nevez, az annak a tapasztalatnak a közvetítése, amely a laikus ügyfélé lehet, amint kapcsolatba kerül egy számára teljesen kiismerhetetlen rendszerrel és azzal az érthetetlen nyelvvel, amit a jog és a jogászok beszélnek. Különösen az utóbbiak –ld. „A per” Huld-epizódját-, akik tevékenységüket olyan jogi halandzsa („legal mumbo-jumbo”) mögé rejtik, ami a beavatottság, a mindent tudás és a hatalom privilegizált státuszát biztosítja számukra. Ettől eltekintve azonban Posner szerint Kafka írásai egészen másról szólnak, s meg is mondja, hogy miről.

„A fegyencgyarmaton” egy olyan emberről –a tisztról-, aki képtelen a világot meggyőzni a rögeszméjévé vált küldetéstudatának középpontját képező feladat fontosságáról, és képtelen mindennek közvetítésére megfelelő kommunikációs viszonyt létesíteni a környezetével, aminek következtében a „modern ember metafizikai léptékű” elszigeteltségéről győződhetünk meg Kafka olvasása során, s képessé válunk szánalmat érezni még egy olyan szörnyeteg iránt

is, mint a fegyengyarmat tisztje, lévén, hogy átérezhetjük az ember képtelenségét arra, hogy terveit és szenvedéyleit másokkal megossa. „A per” c. regény –amelyben a regény vázát adó egész bírósági eljárás csak egy ugyanolyan „tipikusan karkai beteges vicc” (sic!), mint Gregor Samsa ébredése „Az átváltozásban”- lényege pedig K. hiábavaló kísérlete arra, hogy emberi jelentést találjon az univerzumban, amit a bíróság jelképez, s „amit nem azért hoztak létre, hogy az embert szolgálja és érthető legyen számára”, s ami ehhez képest „személytelen, kegyetlen, megtevesztő és megfoghatatlan.” (20) Hát – *it is so ordered* - ennyi.

Kafka alászáll, avagy Robin West (és Posner mégegyszer)

A (Egy hölgy arcképe)

„...*West might be something worse –a crit.*”

David Ray Papke (21)

„*She is –in short- a romantic.*”

Richard A. Posner (22)

Robin West Kafka-értelmezésének háttérében azok a jogelméleti –bár többek véleménye szerint jogelméletnek álcázott politikai-ideológiai- fejtegetések állnak, amelyek egyben „Narrativitás, autoritás és jog” c. könyvének alapkoncepcióját is szolgáltatják. (23) Az egész könyv arra irányuló kísérletként ragadható meg, hogy megalapozza a napjaink nyugati típusú társadalmában –persze, nyilván elsősorban az Egyesült Államokban- fennálló jogi rend és kultúra „humanista”, azaz a humaniorákat és ezek jellegzetes metodológiai eljárásait segítségül hívó kritikáját. West kiindulópontja az a véleménye szerint a kortárs amerikai jogtudományi körökben általános nézet, miszerint a jog nemcsak azt az üzenetet közvetíti címzettjei számára, hogy a szabályoknak engedelmessé kell, hanem azt is, hogy e szabályok alapvetően igazságosak, a jog intézményei és eljárásai döntő többségükben morálisan problémátlanok; illetve, hogy a jognak nemcsak a szankciótól való félelmünkben engedelmessé kell, de azért is, mert hajlunk arra, hogy fogalmait, előírásait, eljárásait erkölcsi szempontból helyesnek tartjuk. Ennek következtében a jog egyfajta morális autoritással bír meggyőződéseink felett, és ez a jog erkölcsiségére vonatkozó értékelésünkön túl komoly mértékben befolyásolja azon morális vélekedéseink tartalmát is, amelyek éppen ennek az értékelésnek is az alapját képezik. Amennyiben pedig valóban ez a helyzet, megkérdőjeleződik a jog morális megalapozottságú kritikájának lehetősége, illetve előáll az a –West kifejezésével- „kritikai dilemma”, ami kérdésként megfogalmazva a következőképpen szól: hogyan lehetséges morális szempontból kritikát gyakorolni a fennálló jogrenddel és jogi kultúrával szemben annak ellenére, hogy ezek eleve erőteljesen meghatározzák erkölcsi ítéleteinket? Erre a kérdésre West szerint sem a jogi pozitivizmus elmélete, sem a ’70-es, ’80-as évek kritikai jogi mozgalma sem tudott megfelelő válasszal szolgálni. (24)

A jogpozitivizmus megragadt a jog és az erkölcs egymástól való elválasztásának kísérleténél, annak kérdésével viszont nem foglalkozott, hogy a jog esetleges morális kritikájának alapját képező meggyőzések tekintetében miként küszöbölhető ki magának a jognak a hatása. A kritikai jogi mozgalom képviselői pedig kimutatták ugyan, hogy a jogra és a jogi kultúrára irányuló kritika lehetőségei milyen mértékben korlátozottak annak a ténynek köszönhetően,

hogy erkölcsi vélekedéseink részben éppen e kultúra termékei, valamint azt, hogy miként képes így a jog még kritikusi és „áldozatai” szemében is legitimálni önmagát a legmélyebb szinten, de ennél ők sem jutottak tovább. Mindezekhez képest a dilemma fennáll: lehetséges-e a kívülálló nézőpontjának megteremtése, létezik-e erkölcsi tudatunknak olyan része vagy tapasztalatainknak olyan területe, amely a jog morális autoritásától viszonylag érintetlen?

Ezen a ponton fordul West a humaniórákhoz, melyeknek tradicionális módszerei –azaz narratív szövegek írása, olvasása illetve az ezekkel kapcsolatos fogékonyság fejlesztése– szerint legalábbis részleges válasszal szolgálhatnak a „kritikai dilemmára”, ahogy ezeknek történetileg mindig is fontos szerepük volt a társadalmi, politikai és jogi kriticismus megalapozásában.

A humaniórák –s ezek közül is elsősorban az irodalom– foglalják magukban azokat a narratívákat, amelyek az emberi természetet a legérzékletesebben ábrázolják, s így kiindulópontot jelenthetnek egy olyan kritériumrendszer kidolgozásához, amely mérceként szolgálhat a jog morális kritikájához és az eddigi kritikai gyakorlat alapját képező, reflektálatlan morális meggyőződések felülvizsgálatához egyaránt. (Olyan meggyőződésekről van szó, amelyek arra a kérdésre vonatkoznak, hogy milyenek kellene lennie a jognak –hatékonyak, méltányosnak, büntetőnek, dialogikusnak, stb.–, s amelyek felülvizsgálatának folyamata annak a felfedésében áll, hogy az említett lehetséges célok illetve a jogszabályok, amelyek e célkitűzéseket megtestesítik, mennyiben tükrözik és szolgálják a humaniórák narratíváiban kifejezésre jutó általános emberi törekvéseinket, céljainkat, egyéni és közösségi lehetőségeinket.) West szerint a humaniórák három irányban nyújthatnak segítséget e kísérlethez. (25) Ad1: a klasszikus és a kanonikus irodalom –nem is beszélve az irodalom e státuszt még el nem nyert alkotásairól– az emberi természet olyan leírásával szolgál, amely – minden posztmodern ellenkezéssel szemben– univerzálisnak nevezhető, s amellyel szembesíthetők a társadalom meghatározó csoportjainak morális vélekedései, töltsenek be azok akár apologetikus funkciót a jog vonatkozásában, vagy irányuljanak éppen annak kritikájára. Ad2: a narratív jogtudomány összefoglaló néven ismertté vált törekvések révén vizsgálható a történetmondás („storytelling”) és –hallgatás jelentősége a jogfejlesztés tekintetében, nevezetesen annak a tervnek a keretében, hogy a jogtörténet hagyományos kirekesztettjei –nők, szegények, faji, nemi, etikai kisebbségek– számára igazságosabb és emberibb társadalmi világot lehessen teremteni a jog segítségével is. Ad3: nemcsak az irodalom olvasható egy adott jogrendszerre és kultúrára vonatkozó közvetlen vagy közvetett kritikaként, de a konvencionális jogtudomány keretében elmondott narratívák is kezelhetők irodalomként, hozzájárulva ezzel a jog és az ahhoz fűződő viszonyunk mélyebb megértéséhez.

Jelen tanulmány –és Kafka műveinek jogirodalmi olvasatai szempontjából– e fenti lehetőségek közül az első az érdekes. West Kafka írásaira támaszkodva vizsgálja azt a meggyőződést, ami explicit módon a jog gazdasági elméletéhez kötődik, de általában jellemző a liberális legalizmus jogszemléletére is, miszerint adott jogszabályok és jogrendszerek, valamint mindazon műveletek, amelyeket magukban foglalnak, mindaddig morálisan helyesnek, igazságosnak tekinthetők, amíg konszenzuálisak, azaz az érintett személyek kifejezett, hallgatóságos vagy feltételezett beleegyezésén nyugszanak.

E meggyőződés szerint demokratikus társadalmakban csak olyan változásokhoz adjuk beleegyezésünket, amelyek jólétünket vagy az osztálytársadalmi jólétet növelik, így mindazok a jogszabályok, jogrendek és tranzakciók, melyek konszenzuálisnak tekinthetők, nyilvánvalóan a jólét általános növekedését segítik elő, ennek köszönhetően pedig erkölcsi szempontból védhetők, jelentős mértékben hozzájárulva ezzel pl. a tulajdonjog vagy a szerződések joga jelenlegi rendszerének immunissá tételéhez mindenféle kritikával szemben. West szerint ez az

érvelés mélyen problematikus még a kifejezett beleegyezést megjelenítő ügyletek esetében is, leginkább azért, mert magának a beleegyezés aktusának természetéről nem mond semmit. West Kafka műveiben látja a „behódolás szabadsága” szubjektív tapasztalatának azt a megjelenítését, amely révén visszautasítható a jog gazdasági elmélete vagy a liberális legalizmus által bejelentett igény a konszenzuális joguralmak és intézmények morális igazolására. Megpróbálja meggyőzni az olvasót, hogy az említett megközelítések által még kétely nélkül konszenzuálisnak tekintett ügyletek esetében sem szükségszerűen valósulnak meg az általuk feltétlen pozitívumként és öngazolásuk alapjaként kezelt értékek: sem a jólét-növekedés, sem az egyéni autonómia erősödése.

B (Konzenuális ügyletek –az éhezőművész és a többiek)

„It may be true, as Bentham thought, that „all man calculate”. It is not true, as Posner blithely assumes that all man calculate all of the time.”

Robin West (26)

„Csaknem úgy érződik, mintha azt mondanák mifelénk az emberek: -Nos hát elvetted mindenünket, amink volt, kérlek vegyél hozzá minket magunkat is.”

Franz Kafka (27)

„But the characters in Kafka’s fiction are not typical Americans.”

Richard A. Posner (28)

Adott két világ –egyik sem létezik-, s Robin West megpróbálja őket összehasonlítani. Az egyik Richard Posner steril, teoretikus és –végső soron- boldog világa, melynek szereplői aszerint viselkednek, ahogy Posner rakosgatja őket a „The Economics of Justice” lapjain.(29) A másik Franz Kafka tragikus és ironikus világa, melynek szereplői lépen-nyomon elvesznek saját életük rémálmai között. *Kevésbé poétikusan:*

Richard Posner érvelése –legszűkebb értelemben véve- annak alátámasztására irányul, hogy a bírói döntések meghozatalának vezérelve a jólét maximalizálásra-törekvés kell, hogy legyen. E törekvés azonban nemcsak a bírói döntések, de minden piaci ügylet és jogintézmény esetében is morális szempontból vonzó, lévén, hogy az egyéni autonómia növelését segítik elő. Azokat az ügyleteket tekinti ui. jólét-maximalizálóknak, amelyekhez az érintett felek –még az ügylet által helyzetükben hátrányosan érintettek, azaz a „vesztesek” is-hozzájárulásukat/beleegyezésüket adták. Ily módon, ha a jólét-maximalizálás és az egyéni autonómia megvalósulása között e reláció valóban fennáll, ezen ügyletek korántsem csak az erkölcsi szempontból talán kevésbé tetszetős utilitariánus alapokon igazolhatók, de ettől függetlenül, az egyéni autonómia kiteljesedésére való hivatkozással is.

Posner három osztályba sorolja a jólét-maximalizáló ügyleteket (30): 1. olyan tranzakciók, amelyek harmadik személyekre nincsenek kihatással, 2. olyanok, amelyek érintenek ugyan a feleken kívül másokat is, de azok valamikor a konkrét ügyletet megelőzően már hozzájárulásukat adták esetleges veszteségeik bekövetkeztének kockázatához, 3. olyan tranzakciók, amelyek megvalósulását nem-piaci természetű jogintézmények befolyásolják. A három ügylet-típus mindegyikéhez különféle beleegyezések meglétét feltételezi Posner: az első

kategóriához a felek kifejezett, a másodikhoz az érintettek hallgatólagos, a harmadikhoz szintén az érintettek mindegyikének –még az aktuálisan rosszabb helyzetbe kerülőknek is- a feltételezett, hipotetikus beleegyezése tartozik. Így a jólét-maximalizáló ügyletek mindhárom típusának esetében kimutatható az érintettek –nyertesek és vesztesek- mindegyikének valamiféle beleegyezése, legyen az ügylet következménye akár nyereség, akár veszteség. Ennek következtében Posner szerint a jólét-maximalizáló ügyletek morális igazolásához nincs szükség sem a tranzakciók haszon-maximalizáló jellegének, sem a Pareto-minimum teljesülésének bizonyítására, mivel konszenzuálisak lévén mindenképpen erősítik az egyéni autonómiát.

West szerint Franz Kafka fiktív világa jelentős mértékben hasonlít Posneréra, különösen abban a tekintetben, hogy mindkét világ szereplőivel jobbra olyan dolgok történnek, amelyekhez beleegyezésüket adták. Kafka figurái is számos személyes természetű piaci vagy jogügyletbe járulnak hozzá önként, aminek következményeivel a későbbiekben szembesülnek. Kifejezett beleegyezésük figyelhető meg több esetben lealacsonyító és megalázó üzleti, munkahelyi vagy épp szexuális tranzakciók tekintetében. Más esetekben önként beletörődnek jövőbeli veszteségeik kockázatába, mintegy hallgatólagosan hozzájárulnak mindenféle veszteséghez, amit jólét-maximalizáló ügyletek okozhatnak számukra. S szintén Posner szereplőéhez hasonlóan Kafka alakjainál is kimutatható hipotetikus beleegyezésük megléte egy sor nem-piaci jogi norma vonatkozásában, legyen szó akár büntetőjogról –vagy eljárásról, akár magáról a joguralom adott rendszeréről. Mindezek következtében –mondja West- a beleegyezés valamilyen formájának állandó jelenléte azt eredményezi, hogy mindkét világban eltűnnek a határok sorsszerűség és választás, szabadság és kényszer, hatalom és szegénység között: rabok és börtönőrök, urak és szolgák, bűnözők és törvénytisztelő polgárok egyaránt olyan sorsokhoz jutnak, amely felett nincs ellenőrzésük, olyan világban élnek, amely saját választásuk eredménye ugyan, de amelyet épp e választások folyamányaként nem képesek megváltoztatni. Mindkét világ morális kulcsa: a beleegyezés.

Mindkét világban a szereplők tulajdonképpen csak éppen azt kapják, amiről azt hiszik, hogy akarták. Mindezzel együtt: Posner világa kiegyensúlyozott és ideális, Kafkáé rémisztő és abszurd, minden hasonlóság ellenére kevésbé különbözik két világ annyira egymástól, mint kettejüké. Hogyan lehetséges ez? West szerint éppen e különbségek radikalitása mutat rá a két világ lényegi azonosságára: Kafka fikciója értelmezhető úgy, mint Posner normatív természetű elképzeléseinek drámai megjelenítése. Posner amellet érvel, hogy a beleegyezés morálisan mindent legitimál, Kafka megmutatja az átélés szubjektív tapasztalatát, azt, hogy milyen lehet egy ekként legitimált világban élni. Az alapvető eltérés forrásaként pedig West a két szerzőnek az emberi természetre vonatkozó teljesen eltérő megközelítését jelöli meg. Posner szereplői végletesen egoisták, pszichológiai szempontból pedig legalább annyira egyszerűek, mint az erkölcsi szabály, amely szerint élnek. E világ alakjait –legyenek bűnözők, bírák, törvényhozók, szerződő felek, akárkik- egyetlen szempont vezérli: önnön jólétük lehető leggyorsabb mértékű növelése , s amennyiben ügyleteiket megelőzően kellő tájékozottsággal, információval rendelkeztek a választási lehetőségekről illetve a vállalandó kockázatról, dolguk végeztével elégedtek illetve azok kell, hogy legyenek.

Ezzel szemben Kafka szereplői javarészt nem azért tesznek bármit is, hogy jólétüket előmozdítsák, hanem azért, mert azt mondták nekik, arra utasították őket, azt várják el tőlük, hogy meghatározott módon cselekedjenek, sőt, gyakran kifejezetten vágynak arra, hogy mondják meg nekik, utasítsák őket arra, hogy mit tegyenek; szükségük van valamilyen utasításra, s többször fáradhatatlanul keresik azt, hogy végül behódolva eleget tehessenek a kívánalmaknak. (S ennek ellenére: Kafka szereplőinek szubjektív világa sokkal inkább

felismerhető lehet számunkra, mint Posner minden körülmények között racionális, önmaguk jólétének megteremtésére koncentráció alakjaié, hiába, hogy Kafka világa egy tér- és időkoordinátáitól megfosztott rémálomszerű hely, míg Posner szereplőinek külső körülményei a kortárs piaci társadalmak mindennapjai és legegyszerűbb ügyletei.) *Kevésbé általánosan:*

B/1: A kifejezett beleegyezés aktusai: egy mutatványos, egy asszony, egy bankár.

A felek kifejezett beleegyezésén nyugvó ügyletek képezik a jólét-maximalizáló tranzakciók legerősebb formáját, és morális szempontból is ezek tűnnek a leginkább problémátlanoknak, különösen, ha ezen ügyletek háttéréként elfogadjuk Posner azon állítását, hogy nincs okunk feltételezni, hogy az emberi viselkedés alapvető természete ne racionális volna. (31) Kafka írásai számos esetben ábrázolnak olyan önkéntes piaci ügyleteket, amelyek a kifejezett beleegyezés követelményeinek tökéletesen megfelelnek. „Az éhezőművész” története is lecsupaszítható hasonlóan kifigasztalanul konszenzuális ügyletek sorára; az éhezőművész eminens posneriánus vállalkozó, közönsége pedig posneriánus fogyasztókból áll. A főhős professzionális művész, aki önkéntesen éhezik előbb impresszáriója, majd egy cirkusz igazgatóságának irányítása mellett, akik igyekeznek nyereségre szert tenni az attrakció révén, amelyre hol nagyobb, hol kisebb közönség jegyet vált. Nincs olyan ügylet a történetben, ami ne az érintett felek kifejezett hozzájárulásával történne, következésképp az eseményeket a posneri követelményeket kielégítőnek kell tekintenünk, olyan tranzakciók együttesének, amelyek résztvevői jólétüket növelik, s amelyek egyéni autonómiájuk erősödéséhez is hozzájárulnak. Mindez fennáll még abban a pillanatban is, amikor szabad akaratának érvényesítéseként az éhezőművész halálra éhezi magát. Időközben a közönség érdeklődése is érezhetően megcsappant a mutatvány iránt, tehát sem ők, sem a cirkusz nem vesztett semmit a halálával: nem jártak rosszabbul, és látszólag minden úgy történt, ahogy történnie kellett.

Mégis abszurd volna Kafka elbeszélését efféle ideális piaci viszonyokat megjelenítő meseként olvasni: „Az éhezőművész” tragikus történet, a címszereplő cselekedetei –minden önkéntességük ellenére– tragikusak, a többieké nyilván nem, de morális szempontból azok sem tekinthetők feltétlenül attraktívnak. Az éhezőművész az identitásának megerősítéseként kezelt választások pillanataitól eltekintve nemhogy jólétét nem növeli, de tönkreteszi magát, autonómiájának kiteljesítése helyett pedig rögeszméjének rabjává válik, még a szó legkonkrétabb értelmében is, lévén, hogy élettére egyetlen ketrecre korlátozódik. Ezzel együtt az éhezést és a még tovább éhezést minden egyes pillanatban tökéletesen önkéntes és szabad választásként éli meg, még önmaga elpusztításának ellenében is –pedig ő sem tagja „az öngyilkosok klubjának” (Hart)-, azonban a cselekedetei, ügyletei formális konszenzualitásának háttérében rejlő motiváció-komplexumot bajosan lehetne a posneri jólét-maximalizálás általános törvényszerűségére visszavezetni.

Ami pedig a többiek viselkedését illeti: West szerint látszólag ezek is teljes összhangban állnak Posner ideális világával: abban, ahogyan az éhezőművészhez viszonyulnak, az egyéni autonómia iránti tisztelet megnyilvánulását is láthatnánk, valójában azonban inkább a közösség tagjainak nemtörődömségéről, vagy –West kifejezésével– „morális bukásáról” van szó. (32)

Ezen túl Kafka regényei és elbeszélései a felek kifejezett beleegyezésén nyugvó ügyletek egyéb típusainak is drámai leírását adják számos alkalommal ugyanazon konszenzuális ügyletek szubjektív átélésének megjelenítése révén, amelyeket Posner külső,

formális nézőpontból ábrázol. Mindkettőjükénél megjelenik például a munkahelyi hierarchiába betagozódó, munkáját a munkaadónak eladó munkavállaló/alkalmazott alakja, de az ábrázolások drasztikusan különböző nézőpontokat elevenítenek meg. Kafka írásaiban a munkahelyi viszonyok sem bírnak pozitív morális tartalommal, hanem ellenkezőleg, az alkalmazott helyzete gyakran megalázónak, visszataszítónak, tragikusnak tűnik. „A per” c. regény egyik jelenetében K. észreveszi, amint a letartóztatására kirendelt és később általa bepanaszolt két egyenruhás őrt megkorbácsolja felettesük, aki maga is egy felettes megbízó autoritás kegyelmétől függ. A munka világa Kafkánál ha nem is feltétlenül mindig ehhez hasonló kíméletlen, fojtogató hierarchikus viszonyok képében jelenik meg, a morális szempontból helyeselhetőség képzete sem kapcsolódik hozzá soha. Hasonlóan éles különbségeket mutat a konszenzuális szex megjelenítése. Posner világában –minden más konszenzuális tranzakcióhoz hasonlóan- a felek kölcsönös, kifejezett beleegyezésén nyugvó szex is jólét-maximalizáló ügylet, amely a felek autonómia-érzetét erősíti, s morális helyeslésünkkel találkozhat. Kafka szereplőinek szexuális viszonyai ehhez képest motivációs szempontból rendkívül ellentmondásosak (Posnernél a beleegyezés motivációs elemei eleve nem számítanak): minden ábrázolt szexuális viszony esetében jelen van egy konvencionális „jólét-maximalizáló” motívum, ami látszólag a beleegyezést kiváltotta, ugyanakkor Kafka mindig számos jelét adja annak, hogy a valódi indok valami más, leggyakrabban egy férfi hatalmának való behódolás. Ennek tipikus esete a bírósági szolga feleségéé „A per”-ben. Az asszony explicit módon saját érdekeire hivatkozik: az élvezetre, amit a viszony nyújt, illetve arra, hogy férje állását biztosítja ily módon; ugyanakkor láthatóvá válik, hogy vonzza a vizsgálóbíró hatalma és autoritása. Számára –de Kafka hősei számára általában- a szexuális viszony létesítése konszenzuális, s mint ilyen, rendjén való, de ezen aktusokat ábrázolásuk soha nem tünteti fel olyanoknak, amelyek a felek autonómiáját erősítenék vagy jólétüket mozdítanák elő és egy morálisan megfelelő világrendbe illeszkednének bele; az olvasó ezekben az esetekben is sokkal inkább a megalázás, lealacsonyítás tapasztalataival találkozik. Összefoglalva: a fenti konszenzuális ügyletek mindegyike –legyenek azok üzleti, munkahelyi vagy szexuális jellegűek- a felek kifejezett beleegyezésén nyugszik ugyan, de Kafka ábrázolásában mind borzalmasnak tűnik, sem a résztvevők jólétének maximalizálásához, sem autonómiájuk erősödéséhez nem járul hozzá; s amennyiben Kafka leírásai meggyőzőek, úgy Posner érvelése tarthatatlanná válik ebben a tekintetben.

B/2: A hallgatólagos beleegyezés ügyletei: a veszély vonzásában

Posner is elismeri, hogy a konszenzuális ügyletek paradigmikus esetének a felek kifejezett beleegyezésén nyugvókat volna szerencsés tekintenünk és morális szempontból is ez lenne a leginkább kívánatos, de a valós helyzet más: az ügyletek javarésze akarva vagy akaratlanul is hatással van olyan harmadik személyekre, akik előzetesen nem adták kifejezett hozzájárulásukat az ügyletnek. S hiába növekedhet az osztálytársadalom jóléte egy-egy ilyen tranzakció nyomán, vesztesek mindig lesznek.

Ennek ellenére –érvel Posner- e tranzakciók döntő többségéhez is előzetesen hozzájárulásukat adták még a hátrányosan érintettek is. A beleegyezésnek ez a formája hallgatólagos, forrása pedig az az ellentételezés –ex ante kompenzáció-, amit az esetleges későbbi vesztes az ügyletet megelőzően kap annak fejében, hogy önkéntesen vállalja későbbi veszteségeinek kockázatát. (Az ellentételezés természetesen összegszerűen nem felel meg bekövetkező veszteségeinek, de valamit kap.) Posner a lottószelvény vásárlásának metaforájával világítja meg az ilyen ügyletek és a hozzájuk tartozó beleegyezés természetét (33): aki lottószelvényt vásárol –tisztában lévén

a nyereség esélyeivel-, vállalja annak kockázatát, hogy pénzét esetleg „az ablakon dobja ki”, de ha másért nem, a játék izgalmáért mégis megéri e döntést meghoznia, s így nyereségétől és veszteségétől függetlenül végső soron ez az ügylet is jólét-maximalizáló, s a veszély-viselés választásának szabadságában egyéni autonómiája jut kifejezésre. West szerint Kafka történetei mégiscsak számos ponton rámutatnak ennek az elképzelésnek a leegyszerűsítő és morálisan nem kielégítő voltára. Több olyan bukott „vállalkozó” tűnik fel Kafka írásaiban, akik gyakorlatilag a Posner által meghatározott módon nyugodtak bele veszteségeikbe valamilyen előzetes kompenzáció megléte mellett. Egyik példája ismét „Az éhezőművész”. Az éhezőművész önként választja hivatását s az ezzel járó veszélyeket, mindenkorai döntéseinek következményeivel végig tisztában van. Ahogy lehetett tudni azt, hogy egy-egy városban, ahol a mutatóval felléptek, a közönség érdeklődése 40 nap után már nem tartható fenn, így lehetett számítani arra is, hogy előbb-utóbb maga az „éhezőművész” is veszít érdekességéből az éhezőművész teljesítményétől és akaratától függetlenül. Ezzel együtt vállalta, hogy nagyon könnyen rajta kívül álló erők hatalmába kerülhet, az ex ante kompenzációt pedig a korai évek sikerei jelentik. Ezen túl: a hanyatlás periódusában is úgy reagál a helyzetre, ahogy Posner világának bármely racionális alakja tenné: elbocsátja impresszárióját, s egy nagy cirkuszi társulathoz szegődik el. Az önkéntes veszélyvállalás motívuma itt újra felbukkan: olvasatlanul írja alá a szerződést, de ennek ellentételezése is adott: a megalázó feltételek így legalább nem sértik „érzékenységét”.

„Az ítélet”-ben pedig két hajdani barát –két üzletember- sorsát állítja szembe egymással Kafka, akik közül az egyik eleve belenyugodott bukásának lehetőségébe, míg a másik üzleti szempontból sokkal szerencsésebbnek bizonyult. Georg barátjának döntése katasztrofális következményekkel jár rá nézve: elvész valahol Oroszország mélyén, elzárva hazájától és barátaitól, és más módon ugyan, mint az éhezőművészt, de választása őt is tragikus helyzetbe sodorja. A posneri formális szempontból vizsgálva az oroszországi vállalkozás kezdeti sikerei itt is felfoghatók ex ante kompenzációként, a történetmondás idején fennálló helyzete viszont nyilvánvalóvá teszi, hogy az ő sorsa sem diadalt, hanem teljes bukást tükröz, és az ismeretlen erőknél való kiszolgáltatottság itt sem az egyéni autonómiát erősítő egyszerű kockázatvállalásként jelenik meg, hanem nyomorúságként, s őt is, ahogy az éhezőművészt „a világ fosztotta meg jutalmától”, mindenféle ex ante vagy ex post ellentételezés nélkül. És: „ugyan mit írjunk az ilyen embernek, ki nyilvánvalóan rossz vágányra futott; sajnálhatjuk, segíteni nem tudunk rajta.” (34) A mondat Kafkáié, de Posner is írhatta volna.

Legyen szó bármilyen ügyletről, ha a veszteség kockázatát –akárcsak hallgatólagosan is, de- valaki vállalta, akkor bukása esetén nem kell többet törődnünk vele, mint bárkivel, aki lottószelvényt vásárolt és nem nyert. West a hasonló viszonyulást a veszteségekhez egy közösség morális bukásaként értékeli és nem a posneri ideális világ szabályainak érvényesüléseként.

Véleménye szerint Kafka történetei egy egyszerű igazságot illusztrálnak: a kockázatvállalás önkéntessége nem jelenti azt, hogy az erre vállalkozónak akár a jóléte, akár az egyéni autonómiája növekedne, továbbá, hogy bármily természetes is az emberi vonzódás a győztesekhez és az elfordulás a veszteséktől –*mindenki a fiatal párducot csodálta*-, morális szempontból mégis megbocsáthatatlan, ha azon az alapon nem igyekszünk segíteni az utóbbiakon, hogy valakinek a veszteségeit nem kompenzáljuk –s ebben az esetben mindegy, hogy Posner vagy Kafka veszteségeiről van-e szó-, az indok nem lehet az, hogy magatartásuk az

alkalmi fogadóéra vagy szerencsejátékoséra hasonlít. S még ha elfogadjuk is Posnertől számos esetben, hogy a veszteségek kockázatának vállalása önkéntes volt, ebből semmi, aminek morális szempontból jelentősége volna, nem következik –egy lottószelvény vásárlása is tükrözhet önpesztító és nem kreatív emberi erőt.

B/3: A feltételezett beleegyezés ügyletei: mea culpa, mea culpa maxima

A konszenzuális ügyletek utolsó típusát Posner elemzésében azok a nem-piaci, jólét-maximalizáló intézmények illetve az ezek elismerésére vonatkozó beleegyezés teszik ki, amelyek Posner szerint szintén igazolhatók a hozzájárulás elvére való hivatkozással. Azok a nem-piaci intézmények, amelyek valóban jólét-maximalizálóak, kiváltják az érintett felek beleegyezését –illetve ez a beleegyezés bátran feltételezhető. (35) Amennyiben megkérdeznék az állampolgárokat arról, hogy ha választaniuk kellene, akkor vajon egy egészében jólét-maximalizáló intézmény(rendszer)t és az esetlegesen ezzel együttjáró terheket vagy egy drágább és bizonytalanabb, de esetlegesen könnyebbségeket jelentő intézmény(rendszer)t preferálnának-e, Posner meggyőződése szerint minden racionálisan gondolkodó polgár az előbbire szavazna, s így ez az, amelyikhez hipotetikus beleegyezésük társítható. Számos nem-piaci természetű jogi normának engedelmességek ugyan, de egyetértésünket csak azok váltják ki, amelyek jólétünket növelik, ily módon morálisan szintén csak azok igazolhatóak, amelyek e tulajdonsággal bírnak.

Kafka hőseinek viselkedése ismételtelen eltér ettől a mintától. Az a meggyőződés árad írásaiból, hogy az emberek korántsem a szankcióktól való félelmükben engedelmességek a jog vagy bármilyen autoritás gyakorlatilag valamennyi –tehát nem feltétlenül jólét-maximalizáló- utasításának, hanem azért, mert egyetértenek ezekkel a normákkal és a belőlük fakadó ítéletekkel is. Ha megkérdeznék őket, feltehetőleg hozzájárulnának mindahhoz, amit e szabályok és végrehajtók rájuk rónak. A beleegyezésük mögött meghúzódó indokok, engedelmességük egész belső pszichológiája radikálisan különbözik a posneri elképzeléstől: az állam jogi normái –Kafka sugallata szerint- arra teremtenek alkalmat, hogy elismerjük bűneinket, hogy ítélezhessenek felettünk, s hogy elnyerjük méltó büntetésünket. Ebből kifolyólag azok a parancsok, amelyeknek Kafka szereplői engedelmességek, sem a jólétüket nem növelik, sem autonómia-érzetüket nem erősítik, annál inkább büntudatukat, alkalmatlanságuk feletti kétségbeesésüket, önmagukkal szembeni kételyeiket. Ebben a világban ismét semmi morálisan értékelhető nem fakad abból, hogy az állam polgárai kötelességtudóan engedelmességek a jog vagy bármilyen autoritás előírásainak. „Az ítélet”-ben Georgot apja bűnösnek nyilvánítja, miután érzéketlenséggel, önzéssel és ördögiességgel vádolta meg, s mindezek okán „fulladásos vízhalálra” ítéli. Georgot semmilyen tényleges szankció nem fenyegeti, de belső kényszer hajtja, hogy alávesse magát apja ítéletének, amit végül meg is tesz.

Posneri terminusokkal leírható volna a történet oly módon is, hogy Georg beleegyezését adta az ítélethez, miután –ha megkérdeznék- egyetértene azzal, hogy lényének ördögi volta miatt halálbüntetést érdemel. „Az ítélet”-en kívül Kafka számos elbeszélése és „A per” is példáját adja hasonló viselkedésnek, nevezetesen annak, hogy az állam vagy más autoritás személytelen parancsainak való engedelmesség mögött nem a jólét növelésének motivációja áll, hanem az alárendelődésre, behódolásra irányuló belső kényszer („Az elutasítás”, „A törvény kapujában” stb.) „A per”-ben pedig azzal kell szembesülnünk, hogy mi történhet, ha a parabolákban megjelölt uralkodók képest valamilyen ismeretlen, rosszindulatú

hatalommal kerülünk szembe, s magatartásunkat egyfajta mazochisztikus készlet vezérli, hogy alá vessük magunkat egy személytelen intézményrendszer utasításainak. Josef K-t fizikailag soha nem kényszerítik semmire: letartóztatják ugyan, de nem tartják fogva, önként járul a bíróság elé, amelynek eljárását és végső soron mindenhatóságát és mindenütt jelenvalóságát is elismeri. Kezdeti tiltakozásától a per végére szinte a teljes azonosulásig jut el, ítéletének végrehajtóival „már teljes egyetértésben haladtak át mind a hárman egy hídon a holdfényben”. (36) „A per” rémisztő, de egyben ismerős jellege nem feltétlenül egy jogrendszer jogtalanságának vagy az állami erőszaknak való kiszolgáltatottság tapasztalatából fakad, hanem K. hajlandóságából arra, hogy elfogadja mindazt, ami vele történik. (K. egyetlen pillanatra próbál ellenállást tanúsítani –nem hajlandó saját magába döfni a kést-, de ezt is gyengeségként éli meg.) Ha megkérdeznék, Georg hasonlóan egyetértene a vele szemben meghozott ítélettel, s az adekvát büntetéssel is.

Mindezeket összefoglalva Robin West arra a következtetésre jut, hogy Posner érvelése az emberi természet téves leírásából indul ki, s ez Kafka műveinek meghatározott szempontú olvasata segítségével ki is mutatható. Posner és Kafka egyaránt olyan világokat hoznak létre és vizsgálnak, melyek szereplői számos autoritás –családi, állami, munkahelyi- normáinak engedelmeskednek önként, szabad elhatározásból. Ugyanakkor e szereplők egymástól radikálisan különböző személyiségek és az általuk benépesített világok morális tetszetőssége is drasztikusan eltérő. Posner alakjai jólétük előmozdítására tekintettel adják kifejezett, hallgatólagos vagy feltételezett beleegyezésüket körülményeik megváltoztatásához, Kafka hőseinek hasonló hozzájárulásai mögött egészen más indokok húzódnak, leginkább egy adott autoritás akaratának elismerésére irányuló kényszer-érzet. Kafka alakjai lehetnek ugyan eltúlzottan mazochisztikusak, de nem jobban, mint amennyire egoisták és önzőek Posneréi. S amennyiben Kafka leírásai legalább részben helytállóak, azaz az általános emberi természet egy valóban létező oldalát ragadják meg, rámutatva arra, hogy döntéseinket nemcsak jólétünk racionális előmozdítása érdekében hozzuk meg, hanem gyakran félelemből, szorongásból, egy autoritásnak való behódolás kényszeréből vagy ennek mazochisztikus vágya vagy önmagunkkal szembeni kételyeink alapján, akkor ez aláássa Posner érvelését, mert amennyiben ez utóbbiak váltják ki beleegyezésünket, abban morálisan semmi vonzó és helyeselhető nincs.

Posner szerint West Kafka-olvasata teljes tévedés vagy még inkább szándékos félreolvasás. (37) West olyan utópista (szocialista) álmodozó, aki egész egyszerűen félreérti a kockázatvállalás társadalmi funkcióját, kapitalizmussal szemben érzett ellenszenvének demonstrációjához pedig Kafka presztízsét akarja kihasználni. Egyebekben Kafka írásait – Swift vagy Orwell műveitől eltérően- nem lehet politikai allegóriákként olvasni, hiszen azok leginkább a „privát érzések” birodalmának dolgairól szólnak, s ha már West egyáltalán próbálkozott, jobban tette volna, ha „Az átváltozásról” ír, mert talán ebből az elbeszélésből hámozható ki valami a kapitalista viszonyok elidegenítő hatásáról.

Továbbá: Kafka művei kb. annyi hasznosítható belátással szolgálhatnak „a modern amerikai élet” tekintetében, mint mondjuk –mondja Posner- Drakula gróf története (bár: amilyen elvetemült, West képes volna a grófban a vérszívó kapitalizmus szimbólumát látni). Egyébként is: Kafka hősei többnyire mentálisan beteg emberek, akiktől racionális döntés nem várható, így bármilyen módon az ő viselkedésükre és azok motívumaira építeni a konszenzuális ügyletek morális igazolásának a kritikáját lehetetlen. Arról nem is beszélve, hogy West állításával ellentétben, Kafka szereplői számos esetben egyáltalán nem is adták beleegyezésüket mindahhoz, ami velük történt: sem Gregor Samsa ahhoz hogy féreggé változzon (bár West „Az átváltozás”-ról tényleg nem ejt szót), sem Josef K. a letartóztatásához. Ami pedig az éhezőművészt illeti: „képletesen szólva minden bukott vállalkozó „éhezik”. De ha egyszer

nyitott szemmel döntött a vállalkozás mellett, miért sajnálnánk?” (38) Ha Kafka hősei népesítenék be Amerikát, akkor Posner szerint a nemzetnek újra kellene gondolnia elkötelezettségét a szabad piaci versengés és a demokratikus kormányzás mellett. De szerencsére –*In God We Trust*- nem ez a helyzet. Ezek a „hősök” nem az amerikai embert jelentik meg, hanem alkotójuk neurózisát illetve történelmi szituáltságát a hanyatló osztrák-magyar monarchia német anyanyelvű és zsidó polgáraként. Mindent egybevetve pedig: „Az utópista gondolkodóknak lehet némi társadalmi hasznuk azáltal, hogy rámutatnak olyan problémákra és lehetőségekre, amelyek a gyakorlat embereinek figyelmét esetleg elkerülték. E küldetésükbe azonban Kafka nem lehet a segítségükre.” (39)

(Kinek van igaza? Szerintem leginkább megint csak Jack M. Balkinnak, aki szerint munkája minden érdeme ellenére West alapvetően rossz irányba indult, amikor azt próbálta meg kimutatni, hogy Kafka szereplőinek döntései és beleegyezései mennyire más természetűek, mint Posneréi. Hatékonyabb lehetett volna az érvelése, ha azt mutatja meg, hogy Posnernek a jog gazdasági elméletéről szóló írásai mennyire kafkaiak. Kafka írásművészetének az egyik legjellegzetesebb vonása, hogy a hétköznapi érzékelés szerint félelmetes, szörnyű, irracionális eseményekről is egészen szenttelen hangon számol be, mintha valóban csak egy tényszerű „jelentést írna az akadémiának”, a kíméletlen ésszerűség jegyében. A szereplők pedig e legvalószínűtlenebb és legbizarrabb történeteket is természetesként vagy szükségszerűként élik meg, különösebb érzelmi megrázkódtatások nélkül. Posner világa is ebben az értelemben kafkai. A különbség „mindössze” abban áll, hogy Posner és szereplői szenttelensége nem indirekt hatású írói eszköz, ő szó szerint azt gondolja, abban hisz, amit ír. Ha az „új kritika” Posner által magasztalt irodalomtudományi iskolája reneszánszát tudná élni –mondjuk 100 év múlva-, és kizárólag a szövegből kiindulva azt a lehető legjobb szándékkal próbálnák meg értelmezni, akkor Posnerben talán a késő huszadik századi kapitalizmus legnagyobb öntudatlan szatirikusát lehetne felfedezni.) (40)

„A per” mint burleszk, avagy releváns kontextus-e az osztrák-magyar büntetőjog?

A (Balassi, Kafka és a Habsburg fin de siècle)

A cím Szilasi László egy tanulmányára utal, melyben a szerző Balassi Bálint, az első magyar *költő és hadvezér* irodalomtörténeti bizonyítékok szerint utolsó versének újszerű értelmezésére tesz javaslatot. (41) A vers tulajdonképpen a héber-katolikus számozás szerint az 50., a protestáns besorolásnak megfelelően pedig az 51. zsoltár fordítása, ami először 1598-ban Rimay János kiadásában jelent meg.

Az „*Ah Deus immensum clemens miserere precantis*” kezdetű zsoltárt Balassi a halálos ágyán fordította valamikor 1594. május 19.-e –lábainak amputálásához is vezető végzetes kimenetelű sebesülésének napja- és 30.-a között. A költeményt a mára kanonikusnak tekinthető irodalomtudományos értelmezések hol Vergilius-alluzióként, hol a keresett halál poétikájának megjelenítéseként kezelik, vagy éppen az „athleta christi” toposzának megelevenítéseként értékelik. Ezekkel szemben Szilasi interpretációjának újszerűsége abban áll, hogy a Balassi-szöveget egy olyan, eredetileg a középkori angol kánonjogból származó, de a későbbiekben a világi joggyakorlatban is meghonosodó szokással hozza összefüggésbe, amelynek középpontjában ugyanez a zsoltár áll. E szokás értelmében az angol klérus tagjai felett csak egyházi bíróság ítélezhetett, legsúlyosabb büntetésként pedig „csak” az egyházból történő

kizárás jöhetett szóba. A kizártakkal szemben ugyan már világi bíróságok is eljárhattak, de védelmüket szolgáló e hagyomány megváltozott formában élt tovább, s rövidesen mint általában véve az írástudókat kiváltságos helyzetbe juttató intézmény jelent meg; mely szerint a hazaárulás és a felségsértés eseteit kivéve írástudókat nem lehetett kivégezni. Az írni-olvasni tudás bizonyítékeként a Szentírás egy meghatározott versszakát kellett a bűnösnek felolvasnia, s amennyiben a próbát sikerrel teljesítette, elkerülhette a halálbüntetést. E szövegrészlet pedig nem volt más, mint a szóban forgó zsoltár, ami a köznyelvben így „nyakversként” vált ismeretessé. Balassi zsoltár-fordítása ennek fényében új értelmezést nyer, az angol jog egy adott intézményével összefüggésben maga a szöveg és a fordítás gesztusa is új jelentéssel telítődik; s ahogy Szilasi írja: „...a nyakvers olvasása betöltötte archaikus funkcióját: a bűnös írástudót az írás olvasni-tudása kimenti a halálnak töréből.” (42)

Ami viszont jelen tanulmány szempontjából ennél fontosabb, hogy a konkrét példán keresztül Szilasi eljut annak a kérdésnek a megfogalmazásáig, ami „a jog és irodalom” néven ismert vizsgálódások számára is alapvető, nevezetesen, hogy irodalmi és jogi szövegek képezhetnek-e egymás számára értelmes kontextust, az egyik csoportba tartozó szövegek tanulmányozása járhat-e bármilyen haszonnal a másik szövegegyüttes darabjainak értelmezése tekintetében. (Igazság szerint Szilasi ennél tovább megy, s kérdését akként teszi fel, hogy irodalmi szövegek értelmezését illetően „létezik-e irreleváns kontextus”, de számunkra elegendő az *absztrakció eggyel alacsonyabb lépcsőfokára* felállni.)

Mindezek alapján Ziolkowski Kafka-olvasata (43) is megragadható kísérletként annak megválaszolására, hogy az osztrák századforduló irodalmilag is –ld. Musil, Kraus, Werfel– megjelent büntetőjogi reform-vitái szolgálhatnak-e Kafka írásainak releváns kontextusaként, illetve ennél is konkrétan: lehet-e az Osztrák-Magyar Monarchia 1852. évi Büntetőjogi Törvénykönyve Franz Kafka „A per” c. regényének intertextusa.

Az a büntető törvénykönyv, amely a XIX-XX. század fordulójára a kontinens legrégebb gyökerekkel rendelkező és legelavultabb kódexének számított. Az 1852-es Strafgesetz az 1803-as büntető kódexre épült, amelynek eredete viszont II. József 1787-es törvénykezésén keresztül egészen az 1768-as Constitutio Criminalis Theresiana-ra vezethető vissza. A reform égető szüksége nemcsak a szakjogászok, de a korszak szellemi elitje számára is nyilvánvaló volt.

1912-ben önálló bizottságot hoztak létre a reform szükségességének vizsgálatára, s a bizottság maga is arra a következtetésre jutott, hogy a kódex számos tekintetben nem felel meg kora követelményeinek, lévén, hogy még egy abszolutista állam büntetőjogi koncepcióját jeleníti meg. (Azt, hogy a kérdéstről folytatott vita milyen széles nyilvánosság előtt zajlott, jelzi az is, hogy Robert Musil „A tulajdonságok nélküli ember” c. regényében több fejezeten keresztül foglalkozik a bizottság munkájával. A regény egyik főszereplőjének, Ulrichnak az édesapja tagja a bizottságnak, az apropót pedig a történet azon szála szolgáltatja, ami szerint a regény első felének egyik kulcsfigurája, Christian Moosbrugger, egy prostituált brutális meggyilkolásának vádjával áll bíróság előtt.)

A konkrét kérdés, mely Musilt különösen foglalkoztatta, a büntetőjogi felelősség és az elmebetegség kapcsolata, illetve a bizottság erre vonatkozó állásfoglalása volt, ennek tárgyalása azonban jelen tanulmány kereteit meghaladná.

Továbbá: túl azon, hogy olyan problémák mint a halálbüntetés vagy az esküdtszéki rendszer jogtudományi megvitatásába is bekapcsolódtak, az irodalmi élet több jeles képviselőjét komolyan foglalkoztatta a bizottság munkájának több aspektusa illetve ezek erkölcsi, filozófiai, társadalomtudományi vonatkozásai. Karl Kraus például már 1902 óta számos cikket publikált a kíméletlen hangjáról ismert egyszemélyes „Die Fackel” c. folyóiratában a monarchikus igazságszolgáltatás hipokrita jellegéről, s különösen olyan kérdések kapcsán, mint a házasságtörés, pornográfia, prostitúció, határozottan követelte minden olyan magatartás dekriminalizálását, amelyeket nem tartott a társadalomra nézve veszélyesnek. A jog és erkölcs

kapcsolatára vonatkozó általánosabb kérdések tárgyalása pedig olyan írók műveiben kapott irodalmi megjelenési formát is, mint Franz Werfel vagy Karl Emil Franzos.)

A Habsburg monarchia büntetőjogának anakronisztikus volta különösen a korszak társadalomtudományos gondolkodása fejlődésének fényében illetve általában a századfordulós Bécs virágzó intellektuális életének kontextusában válik láthatóvá. E kontextus jogfilozófiai elemének tekinthető az a vita, ami a jogi pozitívizmus szemlélete és a jog egyes szociológiai megközelítései között bontakozott ki. Kelsen „Tiszta jogtan”-a ugyan csak 1934-ben jelent meg, de a jogpozitívizmus legradikálisabb formájának alapvető tézisei már 1911-re készen álltak Kelsen írásaiban, míg a szociológiai megközelítések egyik legerőteljesebb megnyilvánulásának tekinthető szabadjogi iskola szemlélete már 1888 óta formálódott Eugen Erlich tanulmányaiban, melyek összegzést Ehrlich 1913-ban megjelent „Grundlegung der Soziologie des Rechts” c. művében nyertek, de a kortárs Kantorowicz és Fuchs munkásságáról sem szabad megfeledkezni ebben a tekintetben. Ami azonban Kafka műveinek lehetséges jogirodalmi olvasata szempontjából fontosabb az az, hogy a korabeli osztrák jogtudomány vezető szerepet játszott a modern kriminálpszichológia megteremtésében, ami többek között az un. klasszikus és modern iskola XIX. sz. végén fellángoló dühödt vitáiban öltött testet a –Georg Jellinek megjegyzése szerint- „rég és új jog” küzdelmének jegyében. (A büntető igazságszolgáltatás konzervatívizmusára jellemző, hogy e vita eredményei csak a XX. sz. második felében éreztették hatásukat az osztrák büntetőjogban.) A bűnelkövetők elmeműködése vizsgálatának keretében az un. klasszikus iskola –Kant morálfilozófiájának alapjain- az emberi szabad akarat feltételezéséből indult ki, olyan individuumként definiálva a bűnelkövetőt, aki szabadon döntött a jog normáinak megszegéséről, s aki ennek okán megérdemli az általa megvalósított bűncselekményért járó büntetést, amiről eleve tudhatott, s amit így számításba is vehetett. Ezzel szemben a Franz von Lisztől eredeztethető un. modern iskola a bűnelkövető szociális körülményei vizsgálatának szükségességét hangsúlyozta. Ez utóbbi iskola képviselőjeként különösen Hans Gross vált ismertté mint a „kriminálpszichológia atyja” 1887-ben megjelentetett „Kriminalpsychologie” c. munkája révén, amelyben Gross amellet érvelt, hogy a pszichológia fontos szerepet kell játsszon a bűnelkövetés megértésében; a bűnelkövető mentális állapotának vizsgálatán túl pedig a pszichológia szerepét kiterjesztette az igazságszolgáltatási eljárás valamennyi résztvevője –bírák, szakértők, tanúk, esküdtszék tagjai- viselkedésének elemzésére is.

(A kor vadonatúj pszichológiai ismeretanyaga a büntetőjogi reformbizottság tagjaihoz még nem talált utat magának, s ahogy Musil is megállapítja, ez az ötven évnyi lemaradás, ami a bizottságot elválasztotta saját korának tudásanyagától predesztinálta őket arra, hogy a büntetőjogi felelősségre vonás alapjaként azt fogadják el, hogy valaki intellektuálisan és morálisan képes bűncselekmény elkövetésére.) Ezen túlmenően Gross 23 évnyi gyakorlati tapasztalattal a háta mögött 1897-ben egy nagy hatású kézikönyvet is publikált vizsgálóbírók számára, ami egyben a modern tudományos-induktív nyomozás módszertanának egyik megalapítójává is tette.

S még valami: Gross 1902 és 1905 között a prágai egyetem professzora volt, s ebben az időszakban Franz Kafka három büntetőjogi és egy jogfilozófia- történeti kurzusát is hallgatta. Ez az adat már azon –részben életrajzi tények egyike, amelyeket Ziolkowski saját Kafka-értelmezése létjogosultságának háttereként vonultat fel.

B (Kafka doktor úr)

„Hirtelen egy vaskos osztrák törvénykönyv került a kezembe, nagyon nehéz volt cipelni,

de mintha valahogy az lett volna a rendeltetése, hogy a segítségével rád találjak és helyesen viselkedjek veled.”

Franz Kafka (44)

„Die Ganze Welt ist eine Jurisprudenz.”

Thomas Bernhard (45)

Ziolkowski abból a hipotézisből indul ki, hogy az évtizedeken keresztül általánosan elfogadott vélekedésekkel szemben Kafka írásainak sokkal közelebbi és konkrétabb jogi és jogtudományos vonatkozásai vannak, mint azt a szakirodalom feltételezte. Hosszú ideig az a nézet volt az uralkodó, amely „a jog” bármilyen előfordulását Kafkánál teológiai, metafizikai, pszichológiai, prófétikus vagy általános társadalomkritikai jelentéssel ruházta fel. Ziolkowski természetesen nem vitatja el mindezen olvasatok létjogosultságát, ugyanakkor –anélkül, hogy a pozitivisták irodalomtudományos módszereit bármilyen rehabilitációjáról lenne szó– szerint számos körülmény utal arra, hogy Kafka több művének olyan értelmezései is megalapozhatóak, amelyek e művek kapcsolatát koruk jogi-jogtudományi vitáival a korábbiaknál jóval szorosabbnak tekintik. Egy olyan író életművéről van ugyanis szó, aki több mint húsz éven keresztül –azaz felnőtt életének java részében– élethivatásszerűen foglalkozott a jog gyakorlati működésével, jogi tanulmányainak 1901-es kezdetétől egészen 1922-es nyugdíjba vonulásáig, s akinek professzionális érdeklődésére több bizonyíték hozható fel. Kafka 1901-ben iratkozott be a prágai német nyelvű egyetem jogi fakultására, ahol tanulmányainak első két évében döntően római jogi és kánonjogi kurzusokat látogatott, valamint német és osztrák jogtörténetet hallgatott. Egyetemi pályafutásának második felét pedig döntően a kortárs joganyag tanulmányozása tette ki: két kurzus keretében foglalkozott osztrák magánjoggal és eljárásjoggal, ezen túl pedig általános és osztrák alkotmányjoggal, gazdasági, kereskedelmi és közigazgatási joggal, illetve –Hans Gross tanítványaként– büntetőjoggal és jogfilozófiával. Ezzel együtt nem kizárólag Hans Gross előadása révén kerülhetett kapcsolatba a kortárs kriminálpszichológiai, büntetőjogi és jogfilozófiai vitákkal. Kafka 1902 és 1905 között rendszeresen látogatta az un. filozófusok körét a Café Louvre-ban, melynek egyik legintenzívebb résztvevője az a filozófus Oskar Kraus volt, aki a jog és az erkölcs egymáshoz való viszonyának kérdésében a pozitivisták szemlélet és a szabadjogi iskola meggyőződése közötti közvetítésen fáradozott. Tudható továbbá, hogy Kafka folyamatosan figyelemmel követte a német nyelvű lapok bírósági tudósításait, valamint alkalmi olvasója volt Karl Kraus már említett „Die Fackel” c. folyóiratának.

1906-ban szerzett jogi doktorátust, ezt követően egy évig a prágai tartományi büntető bíróságon dolgozott gyakornokként, 1908-ban tanfolyamot végzett a kereskedelmi akadémián a munkásbiztosítások tárgykörében, s miután átmenetileg az építőipari biztosításokkal foglalkozott, 1923-tól kezdve az osztrák belügyminisztérium által létrehozott prágai Munkás-Balesetbiztosító egyik vezető tisztségviselője lett. Mindezekkel összefüggésben Ziolkowski szerint nemcsak, hogy nem véletlen a jog, a tárgyalótermi helyszín, a különféle igazságszolgáltatási eljárások gyakori szerepeltetése Kafka írásaiban és nem is pusztán szimbolikus jelentésű, de ezeknek egészen konkrét jogi vonatkozásai is megállapíthatók, lévén, hogy Kafka élénk érdeklődése korának jogi problémái iránt jól dokumentálható. (46)

B/1: K. a bíróságon – sírjunk, ne vessünk

*„Áprilka, tudja hogy milyen a prágai ironia?”
Bohumil Hrabal (47)*

Kafka életművéből Ziolkowski elsősorban az 1914 augusztusa és 1915 januárja között íródott „A per” c. regény jogi vonatkozásaira koncentrált, bemutatva, hogy az –minden más irányú olvasat létjogosultságának elismerése mellett –nemcsak a hanyatló és egyre inkább diszfunkcionálissá váló monarchia vagy a modern kapitalizmus korrump bürokráciájának általános szatírájaként értelmezhető, hanem olyan szöveggként is, ami burleszkként jeleníti meg mindazon korabeli igazságszolgáltatási eljárásokat, amelyeknek Kafka maga is szakértője volt. (Nem kulcsfontosságú ugyan, de ez a nézőpont magyarázattal szolgálhat arra az anekdotára is, mely szerint amikor Kafka baráti társaságban –melynek tagjai között nem egy jogász is volt, többek között Max Brod például- először felolvasta a regény első fejezetét, időről időre abba kellett hagynia az olvasást, mert a nevetés miatt nem tudta folytatni.) A mű burleszk-jellegére számos textuális bizonyíték utal. Maga az eredeti cím –amelynek magyar fordítása sokkal inkább „az eljárás” volna- jóval erőteljesebben az igazságszolgáltatás abszurdként megjelenített folyamatára irányítja figyelmünket, és nem az eljárás drámai kulminációjára egy formális és leszámolás jellegű tárgyalás keretében és nem is a tragikus végkifejletre. (Az angol fordítás esetében, ahol a cím „The trial”, azaz tárgyalás, ez még szembetűnőbb.) Ezzel együtt a regényben szereplő aktuális eljárás soha nem lép túl az előzetes nyomozás szakaszán, holott K. reményei szerint egy teljes és szabályszerű eljárásnak kellene lezajlania, s a kortárs olvasók elváráshorizontját is egy olyan eljárás képezhetné, ami megfelel az 1873-as osztrák büntetőeljárás kódexnek. (Ennek a folyamatnak jól körülhatárolható fázisai vannak: az államügyész bűncselekmény elkövetésének alapos gyanúja esetén utasítja a vizsgálóbíró a nyomozás lefolytatására, majd ezt követően kerül sor a vádemelésre, a formális tárgyalásra és az ítélethozatalra.) Ez a kódex illetve az általa meghatározott formában közismert eljárás a cselekmény menetében folyamatosan vonatkoztatási pontként szolgál, s így bizonyos értelemben e törvénykönyv világa és ennek paródiája meg is határozza a regény struktúráját. A mű esztétikai hatásának egyik kulcsa is éppen az, hogy Kafka idegenné és abszurdá teszi számunkra mindazt, ami jogilag ismerős és nyilvánvaló.

A regény több pontján illetve a töredékesen maradt és végül kihagyott fejezetek információiból kiderül, hogy K. abban a tudatban él, hogy az állam, amelynek polgára, jogállam, továbbá működő igazságszolgáltatási rendszerrel bír, arról nem is beszélve, hogy közeli barátja államügyészként dolgozott, hogy bankjának jogi képviselőjével hosszas beszélgetéseket folytatott ügyéről, hogy saját maga is a kereskedelmi jog szakértőjének tartja magát, s hogy ügyfelei is szinte jogászként tekintenek rá. Mindezek alapján K. –és az olvasók- elvárásai is arra irányulnak, hogy egy ismerős és kiszámítható rend szerint zajlik majd le az eljárás. Hamar rájöhethetünk azonban, hogy minden másként alakul, s K. egy olyan igazságszolgáltatás rémálomszerű világában találja magát, ahol még az eljárás alapjául szolgáló joganyag sem ismeretes a résztvevők számára. Azokról a könyvekről, melyekről K. azt hiszi, hogy a törvényt tartalmazzák kiderül, hogy pornográf regények, s még Huld is bevallja, hogy soha nem olvasta a törvényt. Epizódról epizódra világossá válik, hogy mindazok, akik a titkos jog önjelölt szakértőiként tűnnek fel –Huld, Leni, Block, Titorelli, a pap- csak hallomásból ismerik a szabályokat. Fokozatosan egy párhuzamos, kiismerhetetlenségében félelmetes

igazságszolgáltatás képe rajzolódik ki, ugyanakkor Kafka folyamatosan utalásokat tesz egy „valós” jogrendszer létezésére is, amelyhez képest válik csapdává K. helyzete, s amelyről való tudásunkhoz képest tűnik egyre hátborzongatóbbnak a regénybeli paralegális bíróság működése. (Az egymással párhuzamosan működő jogrendszerek történeti létéről egyébként Kafka nyilván tudott egyetemi tanulmányai alapján, különösen a római jog és a kánonjog kettősségéről a középkori Európában, s arról is, hogy e rendszerek eljárásai –közös jusstiniánuszi eredetük ellenére- jelentős mértékben eltértek egymástól.) Az 1873-as kódex normáival ütköző incidensek sorozatával találkozhatunk a különböző epizódokban. Néhány példa: K. letartóztatásának reggelén őrei semmilyen indokát nem adják eljárásuknak (209.§.), a vizsgálóbíró nem ismerteti K.-val az ellene felhozott vádat (199.§.), nem figyelmezteti, hogy amennyiben megtagadja a közreműködést, a védekezés adott lehetőségeiről mond le ezáltal (203.§.).

Más esetekben viszont Kafka azzal az eszközzel él, hogy az osztrák büntetőjog kereti közé tökéletesen illeszkedő mozzanatokot a szereplők viselkedésén keresztül ábrázolja abszurdként. Letartóztatásakor az örök arról biztosítja K.-t –leszerelni akarva tiltakozását-, hogy „hatóságunk...nem keresi a lakosságban a bűnt, hanem...a bűn vonzza őt magához, s ezért kénytelen kiküldeni minket, öröket. Ez törvény.” (48) K. válasza: „Ezt a törvényt nem ismerem.” A helyzet bizarr volta ellenére itt semmi másról nincs szó, mint rutinszerű eljárásról: bűncselekmény gyanúja esetén a vizsgálóbíró nyomozást rendel el –ebben az értelemben valóban „a bűn vonzza őt magához”. S amikor K. válaszára az egyik ör csak annyit felel, hogy „látod Williem, bevallja, hogy nem ismeri a törvényt, s ugyanakkor az értetlenségét hangoztatja”, akkor tulajdonképpen nem történik más, mint hogy Kafka egy különös helyzet különös szereplője szájába adja az 1852-es Strafgesetz 3.§-át, miszerint: „A büntettekről jelen törvény nem tudásával senki nem mentheti magát.” (49) A szereplők magatartása révén az adott szituációban még ez az egészen alapvető jogelv is valamilyen abszurd színezetet kap. Hasonlóképpen az is, hogy K.-t nem viszik magukkal, hanem közlik vele, hogy szabadon mozoghat és védekezhet tetszése szerint, hiszen az osztrák büntetőjogi gyakorlatban az előzetes letartóztatásba helyezés is igen ritka volt (még akkor is, ha a későbbiekben a diák figyelmezteti K.-t, hogy a fogvatartás elrendelésére a vizsgálóbírónak –éppúgy, ahogy a valóságban- adott esetben joga van.) Ugyanígy az ügyész és az ügyvéd szerepe is torz megvilágításba kerül egy-egy konkrét helyzetben. Amikor K. közli a felügyelővel, hogy az államügyész jó barátja, és megkérdezi, hogy telefonálhat-e neki, a felügyelő válasza mindössze annyi, hogy: „hogyne...de nem tudom, mi értelme volna, hacsak nincs vele valami megbeszélni való magánügye.” (50)

A megjegyzés mélységesen cinikusnak tűnik, és K. felháborodott reakciója is ebben erősít meg bennünket, de voltaképp csak eltereli a figyelmünket arról, ami nyilvánvaló: nevezetesen, hogy az államügyésznek azután, hogy a vizsgálóbírót a nyomozás lefolytatására hívja fel, egészen a vádemelési javaslat megtételéig az ügyben semmilyen szerepe nincs. Ugyanez vonatkozik az ügyvédre is: K. kétségbeesik Huld erőfeszítéseinek gyengesége láttán, holott a tényleges vádemelésig az ügyvédnek sem vesz részt az eljárásban. (51) Az elidegenítésnek ugyanezt a technikáját alkalmazza Kafka az eljárás titkosságának kérdését illetően is. Az ügyvéd felhívja K. figyelmét arra, hogy „az eljárás nem nyilvános, esetleg ha a bíróság szükségesnek tartja, nyilvánossá is válhat, de a törvény nem írja elő a nyilvánosságot.” (52) És tényleg: az osztrák büntetőjog szerint is csak a vádemelést követően vált nyilvánossá az eljárás. A fenti esetekben tehát olyan eljárási mozzanatokkal találkozhatunk, melyek az osztrák-magyar büntetőjoggal tökéletes összhangban álltak, ám a Kafka-hősök viselkedésének és szituációinak kontextusában mégis egy burleszk bizarr elemeinek tűnnek.

Az „első vizsgálat” –a regény második fejezete- pedig kifejezetten parodisztikus jelleget ölt. A helyszín egy lerobbant külvárosi bérház ötödik emeleti lakásának szobája. „K. azt hitte,

valami gyűlésre tévedt be.” A vizsgálóbíró „egy kövér, szuszogó kis emberke”, aki –miután abbahagyta a „mögötte álló férfival” folytatott kedélyes beszélgetést- közli K.-val, hogy annak kérése miatt már nem is volna köteles a meghallgatást lefolytatni, de kivételesen mégis megteszi. A jegyzőkönyv iskolai füzetre hasonlít, melybe beletekintve a vizsgálóbíró szobafestőként próbálja azonosítani K.-t. A tárgyalótermi közönség viselkedése olyan, mintha politikai gyűlésen vennének részt. És így tovább.

Nem alaptalan az az érvelés, mely szerint Kafka ebben a jelenetben Hans Grossnak az Ausztriában 1872-ben visszaállított esküdszéki rendszerre vonatkozó kritikáját közvetíti, aki szerint egy olyan laikusokból álló esküdszék, melynek tagjai közül többen talán életükben először vesznek részt büntető-tárgyaláson és először látnak valódi bűnözőt, csak megnehezíti a bíró dolgát. De ezzel együtt más feltevések is megalapozhatóak. Egy héttel később kiderül, hogy a törvénykönyvnek hitt könyvek pornográf regények, s ez –a diák, a bírósági szolga felesége és K. között lejátszódó jelenettel- Karl Krausnak a „Die Fackel” c. folyóiratban megjelentetett cikksorozatában foglalt kritikájához kapcsolódik, ami egy olyan igazságszolgáltatás tagjai ellen irányult, melynek keretei között a pornográfia és a prostitúció privát örömeit élvezik, ugyanakkor nyilvánosan és a jog eszközét is felhasználva ellenzik és büntetik.

B/2: Igazság, győzelem, vadászat vagy a három grácia

Mindez azonban –bármilyen erőteljes hatású legyen is az igazságszolgáltatási procedúrák burleszkként való ábrázolása- önmagában erőtlen választ adna csak az osztrák századforduló jogi krízishelyzetére, s a kapcsolódási pontok vizsgálata is megragadna a felületesség szintjén, ha Kafka nem szolgálna szubsztantív kritikával a jog működését illetően. Titorelli műtermében egy félig kész kép áll a festőállványon. A festmény egy bíró megrendelésre készített portréja, kövér férfi egy trónuson, melynek háttámláján az igazság istennőjének felettébb furcsa ábrázolásával találkozhatunk. K. felismeri Justitiát –, *itt a kötés a szemén, és itt a mérleg*” (53)-, de meglepődve veszi észre, hogy az istennő sarkán szárnyak láthatók, és az alak fut. Titorelli felvilágosítja, hogy ez az igazság és a győzelem istennője egy személyben”, mire K. ennyit felel: „Nem jó társítás..., az igazságnak nyugalom kell, különben inog a mérleg, és nem lehet igazságos az ítélet.”

Mindeközben Titorelli tovább dolgozik a képen, s a változtatások nyomán a kép figurája egyre inkább a vadászat istennőjéhez válik hasonlatossá. A kép így kerül tökéletes összhangba azzal az igazságszolgáltatással, amelynek K. a foglya lett: a rendszerrel, amely meghátrálás nélkül a végső győzelemre tör. Van-e mindennek a szövegen túlmutató jelentése? Kafka mindig is szeretett különféle kulturális szimbólumokkal „játszani”, lásd a Szabadság-szobor esetét az „Ameriká”-ban, ahol Karl Rossmann nem a szokásos fáklyát, hanem egy kardot láthat a szobor kezében. Az igazság istennőjének efféle ábrázolása esetében azonban ennél többről van szó, vagy legalábbis plauzibilis magyarázat adható annak eredetére vonatkozóan. Származhatna az ötlet akár Karl Kraustól is, aki a kortárs osztrák igazságszolgáltatás ellen irányuló támadásai során többször ábrázolta az igazság istennőjét parodisztikus módon, például mikor az érzékeny megjelenített Justitia letépi szeméről a kötetést, hogy mások titkait megleshesse és a kendőt meztelen ölének eltakarására használja. Valószínű azonban, hogy az ötlet annak apropóján fogant meg, hogy 1907 januárjában a német birodalmi igazságügy-miniszter egy rendelete kimondta, hogy Justitia valamennyi ábrázolásának –legyen szó akár festményről, akár szoborról- a szemét elfedő kötetést el kell hagynia újonnan épült középületek esetében. A rendelet kétségkívül a német és az osztrák igazságszolgáltatás közötti különbségek hangsúlyozására

szolgált, aminek alapját nyilván az egészében megreformált német jogrendszer feletti büszkeség adta, szembeállítva az egyre korszerűtlenebb Habsburg monarchia joganyagával, és ehhez kapcsolódóan az istennő hagyományos ábrázolásával. (Az ábrázolás eredetileg , négy évszázaddal korábbi megjelenésekor Sebastian Brandtnál szatirikus célokat szolgált, de a későbbiekben az ikon jelentésváltozáson ment keresztül, és így vált a pártatlanság szimbólumává.) Az intézkedés rendkívülinek számított, és kizárt, hogy Kafka ne tudott volna az eseményről és annak kortárs visszhangjáról a német és osztrák sajtóban valamint a közéletben.

Amennyiben elfogadjuk ezt a feltevést, Kafka sajátos Justitia-ábrázolása vonatkozatható az osztrák büntetőjog azon visszasságára, ami a német reform viszonylatában még szembetűnőbbé vált, nevezetesen arra, hogy az osztrák Btk. a büntetőjogi felelősség megállapítása során sokkal erőteljesebben koncentrált a bűnös szándéokra (s nem egy esetben megelégedett a bűncselekmény elkövetése lehetőségének megállapításával a bűnösség kimondásához), mint a tényleges cselekmény felelősséget megalapozó jellegére.

B/3: Egy mondat a rágalmazásról

„Mondtam valamit a Kafka-mondatról (hogy a fenyegetés a mondatszerkezetben van –ezért reménytelen a fordítás.”

Esterházy Péter (54)

Az 1852-es Btk. által szimbolizált elavult osztrák büntetőjog és az 1871-es büntető kódex által megtestesített megreformált német jog összevetése a regény számos más pontján tetten érhető. Erről tanúskodik már a történet első mondata is: „Valaki megrágalmazhatta Josef K.-t, mert noha semmi rosszat nem tett, egy reggel letartóztatták.” Az eredeti szöveg a rágalmazás tekintetében az osztrák kódex „verleumdung” megnevezésére utal (55), míg ugyanerre a cselekményre a német Btk. a „falsche Anschuldigung” kifejezést alkalmazza. (56)

A „rágalmazás” megnevezést Kafka pontos és technikai értelemben használja: Josef K. azzal a feltételezéssel indul neki az eljárásnak, hogy valaki feljelentette a hatóságoknál egy feltételezett bűncselekmény elkövetése miatt, s ez indokolja a vizsgálat lefolytatását, s minden pontosan megfelel az osztrák Btk. törvényi definíciójának. (A tényálláshoz egyébként Ausztriában sokkal súlyosabb jogkövetkezmény fűződött, mint Németországban, akár egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztés is lehetett a büntetés, míg Németországban egy hónapnál nem hosszabb elzárás és néhány jogkorlátozó-jogfosztó jellegű mellékbüntetés.) Jóval többről van azonban szó, mint egyszerű terminológiai különbségről. Ami igazán lényeges, az a két kódex koncepcionális különbsége. A legáltalánosabb szinten a hasonló fejlettségű országok büntető anyagi jogszabályai erőteljesen hasonlítanak egymásra, különösen a meghatározó –élet, vagyon, állam elleni- bűncselekménytípusok tekintetében. Igaz ez az említett osztrák és német kódexekre is, számos bűncselekmény meghatározása és a kapcsolódó szankciók is lényegileg azonosnak tűnnek. Ugyanakkor a felszíni hasonlóság mögött alapvető koncepcionális eltérések rejtőznek, s a regénynek már az első mondata is ezekre utal. Josef K.-t letartóztatják, „noha semmi ROSSZAT nem tett”, „ohne daß er etwas Böses getan hatte”. A „Böses” szó mint „rossz” ebben a szövegekörnyezetben nem a „törvénytelen/jogtalan” értelmében értendő, hanem

morális értelemben vett „rossz”, gonosz jelentéstartalommal, s ez egy olyan koncepcióra való utalásként értékelhető, ami az osztrák büntetőjog lényegi sajátossága az 1787-es Josephina óta, ellenben ismeretlen az 1871-es német Btk. számára. Mindkét kódex a különböző bűncselekménytípusok osztályozásával indít, ugyanakkor míg a német Btk. esetében a kategorizálás alapjául egy merőben külsődleges és racionális kritérium, a kapcsolódó büntetés szigorúsága szolgál, addig az osztrák kódex már az első mondatával –„A büntetthez gonosz szándék kivántatik meg.”- egy olyan morális univerzumba vezet, amelynek szemlélete a német törvénykönyvtől teljesen idegen. A Strafgesetz 4.§-a is ebben a szellemben íródott: „A büntett a tettes gonoszságából ered...”. Ebből következően látható, hogy „A per” első mondata közvetlenül az osztrák Btk. alapjaira utal. K. nem is az ellen tiltakozik, hogy bármi törvénybe ütközött tett volna, hanem azt tagadja, hogy bármi gonosz szándék lenne benne: „...vádolnak ugyan, de nem lelem magamban a legcsekélyebb olyan vétket sem, amely miatt vádolhatnának.” (57) A „Böses” szó tehát egyértelműen a szubjektív mozzanatra utal, ami az osztrák büntetőjogi szemlélet meghatározó eleme, szemben a némettel, ami az aktuális cselekedetre, az objektív mozzanatra koncentrál. Mindez együtt nyilvánvalóan egy olyan jogász szemléletmódját tükrözi, aki a jogászai gondolkodást az osztrák-magyar büntetőjog tanulmányozása során sajátította el. Ez a szemléletmód a „bűn” fogalmát sokkal inkább szubjektív, morális szempontból közelíti meg, és nem jog definícióként alkalmazza, mint a német Btk. A korszak osztrák büntetőjogászai sokkal inkább a bűnelkövető tudatára és nem magára a törvénybe ütköző cselekedetre irányították figyelmüket.

Mindezt tekintetbe véve már az első mondat egyértelmű utalásából kiindulva megalapozható a regény egy olyan olvasata, amely az osztrák büntetőjog e szemléletmódjának kritikája köré épül, kibontva abból az abszurd benne rejlő lehetőségeit, különös tekintettel arra, hogy törvénybe ütköző cselekedet megvalósítása nélkül is lehet valakit bűnösnek tekinteni. (A dolgok furcsa iróniája nyilvánul meg abban az 1913-as esetben, amit maga Kafka is kitalálhatott volna: Hans Gross fiát letartóztatták Berlinben és egy bécsi elmegyógyintézetbe zárták – pusztán azon az alapon, hogy bűncselekményt ugyan nem követett el, de mentális állapotából ítélve elkövethetne.) Kafka regényében egy olyan büntető igazságszolgáltatási rendszer paradigmája bontakozik ki, amelynek középponti eleme a „jogtalanság nélküli bűnösség” gondolata, s amely így az osztrák büntetőjog jellegzetes szubjektivizmusát tükrözi, szemben a német Btk. objektív szemléletével.

Kafka regénye természetesen jóval több annál, hogy csak a századvégi Ausztria jogrendszerének parodisztikus paradigmáját adná, a „per” teológiai, metafizikai, egzisztenciális olvasatainak létjogosultságát –vagy akár primátusát- senki nem vitatja el. Ugyanakkor látható, hogy a regény terminológiája és felépítése milyen szoros szálakkal fűződik ahhoz a jogrendszerhez, amelynek Kafka professzionális résztvevője volt. Sőt, talán azt sem túlzás állítani, hogy az a Kafka, aki bizonyíthatóan érdeklődött a kor jogi-jogtudományi kérdései iránt, maga is mondhatta volna azt, ami Josef K. a regény egy pontján: „Valójában szabad akaratomból bizonyára sosem keveredtem volna ezekbe a dolgokba, és sosem zavarta volna meg az álmomat, hogy ez a bírósági gépezet javításra szorul. De állítólagos letartóztatásom... arra kényszerített, hogy beavatkozzam, és pedig a magam érdekében. De ha közben valamiképp magának is hasznára lehetek, természetesen nagyon szívesen megteszem.” (58) (Az állásfoglalás szükségessége nem korlátozódik „A per”-re, „A fegyencgyarmaton” c. elbeszélés –amit Kafka „A per” kidolgozásának hónapjaiban írt- hasonlóképpen értelmezhető a büntetőjogi reformviták kontextusában, konkrétan a halálbüntetés és általában a büntetés-végrehajtás kérdéseire vonatkoztatva.)

Mindezt összefoglalva: Kafka regénye a korabeli osztrák igazságszolgáltatás burleszkyszerű ábrázolásán túl szubsztantív kritikát is megfogalmaz a hanyatló monarchia

jogrendszerével szemben. *Néhány óvatos következtetés.* Egy extremitásoktól sem mentes szubjektív jogszemlélet kritikája bontakozik ki a regényben: egy olyan rendszeré, amelyben az előzetes nyomozás helyettesíti a teljes eljárást, semmibe véve annak garanciáit; ami egészében a vádlott bűnösségére koncentrál, ignorálva az objektív tényállási elemeket; ami érdemi védelem és tárgyalás nélkül jut el az ítéletvégrehajtásig. Mintha „A fegyencgyarmaton” utazójához hasonlóan –aki sietve elhagyja a szigetet, teljesen kiábrándulva mind a korábban ott uralkodó jogrendből, mind az új igazságszolgáltatás rendszeréből- menekülési vágy fogná el Kafkát a Jellinek által réginek és újnak nevezett jog működése láttán egyaránt. Kétségbeesésének szimbóluma pedig egy olyan Justitia lehetne, aki leveszi szeméről a kötést, hogy „el nem fordult tekintettel” (Petri) szemlélhessen mindent, de mint a győzelem istennőjének, szárnyakra lenne szüksége, hogy egyensúlyát ne veszítse el teljesen. Jogfilozófiai kontextusban értelmezve pedig mindez jelez egyfajta idegenkedést a szabadjogi mozgalom nézeteitől, nevezetesen a kodifikált jog kötőerejének tagadásától, ugyanakkor a pozitivista jogszemlélettől is, a jog autonómiájába vetett hittől és a büntetés megtorlasként való értelmezésétől.

S lezárásként ez visszavisz bennünket Szilasi kérdéséhez: létezik-e irreleváns kontextus? Szilasi válasza saját kérdésére egy határozatlan „nem tudom”- ámbár ez lehet egy poszt-akármilyen irodalmár nyegleségének megnyilvánulása is-, de számomra mind az ő Balassi-értelmezése, mind Ziolkowski elemzése meggyőző „a jog és irodalom”-kutatások lehetőségeinek szempontjából, még ha Milan Kundera Kafka vonatkozásában valószínűleg „kafkalógiának” is minősítené az egészet. (59)

Ezzel viszont nincs mit tenni –illetve megpróbáljuk majd a későbbiekben cáfolni-, addig pedig csak védhetjük magunkat Szilasi egy másik mondatával, miszerint aki nem néz rá „könnyes és meghatott szeretettel, az...” <öncenzúra> (60)

Jegyzetek

Szerzői jegyzet

Jelen tanulmány semmilyen kutatási programnak nem része, nem támogatta semmilyen alapítvány. A benne foglaltakat senkivel nem beszéltem meg, de így legalább nem tudom rájuk fogni utólag, hogy bármiben hibáztak volna. Kutató-asszisztenseim nincsenek, minek következtében minden hálám G. S.-é, aki lehetővé tette számomra a hozzáférést olyan publikációkhoz, amelyek egyébként örökre elérhetetlenek maradtak volna, valamint Kanizsai Orsolyáé, aki ezt a mondatot is legépelte.

01. In.: Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések (Szerk.: Szabadfalvi József, Bíbor Kiadó, Miskolc 1996, 167-199.o.)
02. Jack M. Balkin, The Domestication of Law and Literature, 14 Law & Social Inquiry 787 (1989)
03. Richard Posner, Law and Literature: Misunderstood Relation, Cambridge: Harvard University Press, 1988. pp. xi+371 (továbbiakban: Posner: LL) illetve második kiadás 1998 (továbbiakban LL2)

04. Elisabeth Villiers Gemette, *Law and Literature: Joining the Class Action*, 29 VAL.U.REV. 665 (1995)
05. A kontraszt és a „rosszindulat” kedvéért vö.: „...I recognise that Posner will still be at the head table, giving speeches and accepting plakues, while I am eking out my pension by emptying the ashtrays in the lobby.” „Posner...is at home anywhere, ready to be...the bride at every wedding, the corps at every funeral.”
John D. Ayer, „Aliens are coming! Drain the pool!”, 88 MICH.L.REV. 1612, 1598, 1584 (1990)
06. Jack M. Balkin, lásd: 02.sz. jegyzet
07. Robin West, *Authority, Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner*, 99 HARV.L.REV. 384 (1985)
08. Arról, hogy az irodalom-értelmezések szocio-kulturális tényezőinek ez a teljes figyelmen kívül hagyása mennyire érthetetlennek tűnik egy másik politikai, kulturális közegben mozgó szerző számára, s a arról, hogy ez az eltérő közeg magát a jog- és irodalom-megközelítéseket is mennyire más jelentéssel és jelentőséggel ruházza fel, érdemes elolvasni Terry Threadgoldnak az Ausztrál Jog és Irodalom Szövetség elnökének Posner-recenzióját.
Terry Threadgold, *Book Review*, Melbourne University Law Review 830 (1999)
09. Posner, LL2, 7.o.
10. Túl azon, hogy egyébként is kedves foglalatosságának tűnik az ellentétes tartalmú fogalompárok kidolgozása. vö.: Stanley Fish, *Don't know much about the Middle Ages: Posner on Law and Literature*, 97 Yale Law Journal 777 (1988)
11. Robert Weisberg, *Law-Literature Enterprise*, 1 Yale J.L. & Humanities 1, 25 (1988)
12. Posner, LL2 3.o.
13. Posner, LL2 356-357.o.
14. Posner, LL2 20.o.
15. Ehhez lásd: Farkas Zsolt: *Kánonvita és kulturháború az Amerikai Egyesült Államokban*, in.: uő: *Most akkor*, Filum Kiadó, Budapest 1988. 5-37.o.
16. Posner, LL2 15.o.
17. Lida Kirchberger, *Franz Kafka's Use of Law In Fiction: A New Interpretation of In der Strafkolonie, Der Process, and Das Schloss*, Peter Lang, New York, 1986
18. Posner, LL2 130.o.
19. Posner, LL2 135.o.
20. Uo.
21. David Ray Papke, *Problems with an Uninvited Guest : Richard A Posner and the Law and Literature Movement*, BOSTON UNIV. L. REV. 1067, 1071 (1989)
22. Posner, LL2 204.o.
23. Robin West: *Narrativity Authority and Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993 (a továbbiakban NAL.)
24. West, NAL 4-6.o.
25. West, NAL 8-11.o.
26. West, NAL 75.o.
27. Franz Kafka: *Az elutasítás*, In.: *Elbeszélések*, Európa Kiadó, Budapest, 1973. 419.o.
28. Posner, LL2 199.o.
29. Richard A. Posner: *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1981. (a továbbiakban EJ)
30. Uo. 92-99.o.
31. Uo. 237.o.
32. West, NAL 39.o.
33. Posner, EJ 94.o.
34. Franz Kafka: *Az ítélet*, In.: *Elbeszélések*, lásd: 27.sz. jegyzet, 39.o.
35. Posner, EJ 94-97.o.

36. Franz Kafka: A per, Tálatum Diákkönyvtár, é.n., 183.o.
37. Posner, LL2 196.o.
38. Uo.
39. Posner, LL2 202.o.
40. Balkin, lásd: 02.sz. jegyzet
41. Szilasi László: Nyakvers (irodalmilag releváns kontextus-e az angol jog?); In: Ui.: Miért engedjük át az ácsnak az építkezés örömét; József Attila Kör Pesti Szalon Könyvkiadó, 1994.
42. Uo. 66.o.
43. Theodor Ziolkowski: The Mirror of Justice: Literary Reflections of Legal Crisis, Princeton, Princeton University Press, 1997.
44. Franz Kafka Felice Bauernek, 1912. december 6-7., In.: Naplók, levelek, Európa Könyvkiadó, 1981. 201.o.
45. Thomas Bernhard: Ist es eine Komödie? Ist est eine Tragödie?, In.: Die Erzählungen, Suhrkamp, Farnkfurt am Main, 1979. 162.o.
46. Ziolkowski: lásd 43.sz. jegyzet, 225-6.o.
47. Bohumil Hrabal: Levelek Áprilkának, Göncöl Kiadó, 1990. 125.o.
48. Franz Kafka: A per, lásd: 36.sz. jegyzet, 13.o.
49. Az ausztriai Büntető Törvény általános része, Pest, 1857., Heckenast-kiadás
50. Franz Kafka: A per, lásd: 36.sz. jegyzet, 18.o.
51. Uo. 104-5.o.
52. Uo. 97.o.
53. Uo. 121.o.
54. In.: Marianna D. Birnbaum: Esterházy-Kalauz, Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1991., 156.o.
55. 209-211.§.
56. 164-165.§.
57. Franz Kafka: A per, lásd: 36.sz. jegyzet, 17.o.
58. Uo. 47.o.
59. Vö.: Milan Kundera: Szent Garta kasztráló árnya, In.: Elárult testamentumok, Deurópa Könyvkiadó, Budapest, 1996., 35-53.o.
60. Szilasi László: Irodalomtörténés, In.: lásd: 41.sz.jegyzet, 11.o.

Nagy Zsolt

A klinikai jogi oktatás kérdéseiről

Manapság általánosan elfogadott, hogy egy ország jövőjét elsősorban oktatási rendszere, annak minősége határozza meg. Ebbe beletartozik az alapfokú oktatás úgy, mint a közép-, illetve felsőfokú képzés, melyeknek legfontosabb célja, hogy a tanulókat felkészítse a minél eredményesebb munkavégzésre. E nemes cél elérése érdekében különféle módszereket alkalmaznak. Ezek tényleges hatékonyságát sajnos lehetetlen rövid idő alatt felmérni, mert a tömegével végzett diákok későbbi helytállását meghatározni nem könnyű feladat, ehhez talán évtizedekre van szükség.

Az oktatási módszer országoként más és más, emellett a két nagy oktatási rendszer – a porosz és az angolszász típus – alapvetően meghatározza a tanulás és tanítás helyzetét. Vannak hasonlóságok, de tudományáganként, illetve szakmánként különbségeket is találhatunk. Minden tudományterületet, vagy szakmát nem lehet egyforma módszerekkel tanítani, így bizonyos esetekben az elméleti, más esetben pedig a gyakorlati képzés, illetve ezek kombinációja előnyösebb.

A jogi oktatást illetően az említett párhuzamok és differenciák éppúgy léteznek, mint bármely más tudományterületen. Az viszont már sokkal vitatottabb kérdés, hogy a jogászképzés esetében a maximális hatékonyság eléréséhez az elméleti, vagy a gyakorlati oktatás dominanciájának érvényesülése az eredményesebb. A szakmai álláspontok nem egyeznek mindenben, így egyes nézetek szerint a jogdogmatika átadása a legfontosabb¹, ehhez pedig elsősorban

¹ Lsd.: Pokol Béla: A jogi oktatás, mint a jogrendszer része 6. p. Jogelméleti Szemle 2000/4.

elméleti képzés szükséges, míg mások – elsősorban angolszász jogterületen - a gyakorlati képzés primátusát vallják.²

Az angolszász, illetve a kontinentális jogrendszer valamilyen mértékben determinálja a jogi képzés folyamatát, mint ahogy ezt a fent említett álláspontok is megmutatják, azonban a különféle vélemények ütköztetése hasznos konzekvenciákhoz vezethet, mely elősegítheti az eredményesebb, tökéletesebb oktatást. Annál is inkább, mivel legyen szó akár a jogi képzésről, akár más területről, az oktatás minden ország jövőjének egyik záloga.

Mi is az a klinikai jogi képzés?

A kérdés megválaszolásához vissza kell mennünk az időben és egyúttal át kell utaznunk az óceánon is. Nevezetesen az 1920-as 1930-as évek Amerikájában a jogi realizmus mozgalmanak keretei között hallhattunk erről először. A mozgalom egyik élharcosa Jeromy Frank tette fel először a kérdést 1933-ban: Miért ne létesülhetne jogi klinika?³ Szerte az Egyesült Államokban más szerzők tollából is hasonló cikkek jelentek meg az említett tanulmánnyal párhuzamosan. A terminológiát az orvoscépzésből kölcsönözték, tartalmában pedig durván az orvosi klinikai képzéshez hasonló jogi oktatási rendszer gondolatát vetették fel. (A XIX. sz. végén, XX. sz. elején végbement ipari változások által indukált gyorsan fejlődő jogrendszer szükségessé tette a jogi képzés megváltoztatását is. A régi keretek közötti oktatási forma már tarthatatlanná vált, hátrányos következményeire reagáltak az említett cikkekkel többek között a jogi realisták is.)

² Lsd.: Wilson, Richard J.: Clinical Legal Education As A Means To Improve Access To Justice In Developing And Newly Democratic Countries 1.p. Berlin 1996

³ Frank, Jerome: Courts on Trial Chapter XVI. Legal Education 225-247 Princeton, New Jersey, Princeton University Press 1949

Az Egyesült Államokban a XIX. sz. második felének jogi oktatását Christopher Columbus Langdell a Harvard jogi karának dékánja határozta meg. Oktatási filozófiáját a következőképpen foglalta össze: “Először a jog tudomány, másodsor: ennek a tudománynak minden hozzáférhető anyagát nyomtatott könyvek tartalmazzák.”⁴ Az idézett mondat teljesen kifejezi az akkori oktatás struktúráját, ami a vázolt filozófia révén nélkülözött mindenféle gyakorlati megközelítést. Ezt megerősíti a praktizálásról alkotott nézete, miszerint: “Ha feltételezzük, hogy a jogot tudományként kell tanítani és tudományos szellemben, az előzetes praxisban szerzett tapasztalat ugyanolyan feleslegessé válik, mint a praxis meghosszabbítása az oktatás megkezdése után.”⁵ A “Langdell-i oktatási módszer” lényegében esetjogi tanulmányokat jelentett. A hallgatók felsőbbírási döntéseket tanultak ún. “case book-ok” segítségével, melyeket mindig az adott tárgy oktatói állítottak össze.

(A Harvardi metódus mellett létezett egy másik kevésbé elterjedt forma is, ami a Yale Law School-hoz kötődik. Ebben az iskolában a hallgatók esetek helyett jogelveket tanulmányoztak, és a számonkérés az elvek, szövegek hibátlan visszamondásának ellenőrzése volt.⁶)

Jerome Frank szerint azonban a “Langdell-szellem” bénítóan hatott az oktatásra, mivel hiába tanulmányozták a hallgatók és oktatók az eseteket, a felsőbbírási vélemények az esetek csak egy részét tudják visszaadni. Hiányoznak a felsőbbírási véleményekből azok a tények, melyek igazán meghatározzák a peres eljárás kimenetelét (tanúk befolyásolása, esküdtek személyisége, tárgyalás körülményei, stb.). Mindezért azt javasolta, hogy a jogi oktatóknak vagy legyen közvetlen kapcsolatuk a bíróságokkal, vagy rendelkezzenek gyakorló jogászai múlttal. Az esetek tanulmányozása pedig ne csak a felsőbbírási döntések

⁴ Frank, Jerome i.m.

⁵ The Centennial History of Harvard Law School 1918 In: Frank, Jerome i.m.

⁶ A XX. sz. eleji oktatási reform, mely Corbin, Hohfeld, Cook, illetve Oliphant nevéhez kötődik, valójában erről az egyetemről indult el, és a jogelvek helyett szintén az esetek irányába terelte a képzési formát. A különbség a Langdell-i, illetve a Corbin féle esetmódszer között, hogy az utóbbi nagyobb hangsúlyt fektetett az esetek tényeinek elemzésére. Lsd.: Szilágyi István: A jogi antropológia főbb irányzatai

elemzéséből álljon, hanem át kell tekinteni az összes peres iratot, hogy teljes körűen láthassák a problémát. Összehasonlítva az orvosképzéssel álláspontja szerint a medikusoknak sem lenne elegendő, hogy műtétek, vagy boncolások leírását olvassák, azokat látniuk, illetve gyakorolniuk is kell. Ezért javasolta ún. jogi klinikák létesítését, melyeket jogi oktatók működtetnének és felügyelnének, a joghallgatók pedig a medikusképzéshez hasonlóan elméleti tudásukat a gyakorlatban is kipróbálhatnák.

Az új felvetésnek a '30-as években tényleges gyakorlati hatása nem volt. A fejlődésnek igazi lökést a '60-as években különböző alapítványok adtak, melyek akkoriban frissen létrejött "jogi klinikákat" támogattak. Az ilyen intézmények létesítésével és támogatásával két problémára kerestek megoldást: egyrészt ezáltal fejleszteni szerették volna a joghallgatók gyakorlati tudását, másrészt jogi szolgáltatásokat kívántak nyújtani az alacsony jövedelműek számára. Nem egészen egy évtized alatt hatalmas fejlődésen ment keresztül ez a képzési forma, amit az is mutat, hogy a '70-es évekre már minden amerikai jogászképzést folytató iskolában szabadon választható tantárgy a klinikai program. Bár a mai napig nem lett kötelező tárgy, így a diákok egy része elkerüli, de felmérések szerint a "jogi klinikák" rendkívül népszerűek a joghallgatók körében.

Azonban a feltett kérdésre még mindig nem adtuk meg a választ. Igazán pontos meghatározás talán nem is adható, mindenesetre, ha a különböző klinikai programokat összegezzük, akkor a következő szűkebb fogalmat alakíthatjuk ki. Az orvosi, klinikai gyakorlat mintájára kialakított olyan jogi gyakorlat, ahol a joghallgató egy jogvégzett, az adott szakterületen járatos személy, vagy személyek felügyelete alatt tényleges jogi munkákat végez, beleértve igazgatási funkciókat is, vagy bizonyos ügyvédi feladatokat, jogi tanácsadást lát el. Mindezeket a feladatokat a programban résztvevők ún. jogi klinikákon teljesítik, ahol valós jogi problémákat kell - természetesen segítséggel - megoldaniuk. "Szélesebb értelmében azonban a klinikai jogi képzés a jog olyan tapasztalatokon

alapuló gyakorlati aktív képzési módja, melynek – elsősorban, mint pedagógiai módszer – feladata a jogászai szakmai képzés.”⁷

Ennek a módszernek többféle változata létezik, mely országoként, iskolánként differenciálódott, illetve a jogi környezetnek a képzésre gyakorolt hatása is egyértelműen kimutatható. Mindenekelőtt meg kell különböztetni az olyan klinikai gyakorlatot, melyet az adott jogi kar berkein belül valósítanak meg (az egyszerűség kedvéért nevezzük ezt egyetemhez kötött programnak), illetve melyet az egyetemen kívül, attól teljesen függetlenül valósítanak meg.

Ez utóbbi általában olyan állami intézményt takar, mely alapvetően az államilag finanszírozott kórházakhoz hasonlatos. Ilyenre példa Hollandiában az ún. jogsegélyhivatal, ahol az alacsony jövedelmű állampolgárok kaphatnak jogi segítséget jelképes összegekért vagy teljesen ingyenesen. Továbbá Oroszországban is található hasonló, nagy hagyománnyal rendelkező intézményt, ahova az emberek bizonyos meghatározott jogi ügyekben fordulhatnak, és kaphatnak segítséget. (Például igazgatási problémák megoldása vagy bevándorlási kérdések végett.)⁸ Az Egyesült Királyságban is található egy igen hasonló intézményt, mely utcára nyíló helységeiben bármely, kérdéssel hozzá forduló személyt alapvető jogi információval lát el. Az ilyen szervezeteknél dolgozhatnak joghallgatók is, akik ezzel bizonyos fakultatív óra keretében meghatározott kötelezettségeknek tesznek eleget, vagy kredit pontokat szereznek. Más szóval itt kapcsolódik össze az egyetemi jogi képzés az egyetem keretein kívüli jogsegélyszolgálattal.

Az egyetemhez kötött képzési program esetében további különbségek fedezhetők fel. Létezik az ún. “kliens nélküli” rendszer és az “élő kliens” módszer.⁹ A kliens nélküli klinikai program keretében a hallgatók laikusoknak

⁷ Wilson, Richard J. i.m.

⁸ Az intézmény neve Oroszországban “Priomnaja komnata”, egyszerűen a köznyelvben csak “prijomnaja”-nak mondják, ami tulajdonképpen egy állam által fizetett hivatalnokokból álló segélyszervezetet takar.

⁹ A megfogalmazás furcsának tűnhet, azonban a “live-client” és “no-client” angol terminológiát nehéz más szavakkal visszaadni. Az Egyesült államokbeli szakemberek között is vitákat, illetve ellenérzéseket váltottak ki ezek az elnevezések, sőt humor tárgyául is szolgáltak. Lsd.: Rekosh, Edwin: The Possibilities For Clinical Legal Education In Central And Western Europe In: Public Interest Law Initiative 2000

magyaráznak jogi problémákról (például iskolákban, esetleg büntetés-végrehajtási intézetekben). Emellett bizonyos jogkérdéseket egyfajta szimulációs tárgyalás keretében vitatnak meg. Az élő-kliens klinikai rendszerre jellemző a közvetlen kontaktus valódi ügyfelekkel. Ennek a módszernek további két változata létezik: az ún. “peres ügyön alapuló” és a “nem peres ügyön alapuló” program, mely utóbbi lényegesen kisebb számban fordul elő a klinikai programok között. Lényege, hogy hallgatók segítséget nyújtanak non-profit szervezetek bejegyzéséhez, esetlegesen adótanácsadást nyújtanak, természetesen mindezt felügyelet alatt teszik. A “peres ügyön alapuló” program keretében a hallgatók olyan ügyekkel foglalkoznak, melyek feltehetően közigazgatási szerv, vagy bírói testület elé kerülnek. Tulajdonképpen úgy foglalkoznak az ügyfelekkel, mintha igazi ügyvédek lennének.

Ahhoz, hogy a klinikai képzések között legelterjedtebb és leghatékonyabb “élő-kliens” program lényegét könnyebben megértsük, szükséges kiemelni négy alapvető elemét. Mindenekelőtt a hallgatók valós ügyekkel foglalkoznak, többnyire olyan emberekkel, akik alacsony jövedelmük miatt nem tudnának ügyvédhez fordulni. A valós problémák feldolgozásához rendkívül nagy segítséget nyújt, hogy ezzel párhuzamosan a hallgatók szemináriumokon, gyakorlati foglalkozásokon az ügyeket megbeszéljék oktatójukkal. Elsősorban olyan hallgatók vehetnek részt a programban, akik bizonyos tantárgyi előfeltételeket teljesítettek, hiszen alapvető elméleti tudás szükséges ahhoz, hogy az ügyeket kezelni tudják. Végül pedig a hallgatók saját tapasztalataik alapján tanulhatják a jog működését, ami kétségtelenül az egyik legeredményesebb módszer - ahogy ez az orvosképzésnél is látható, hiszen az is elképzelhetetlen lenne valódi betegek kezelése nélkül.

A klinikai jogi képzés előnyei

Minden oktatási módszer legfőbb célja, hogy minél könnyebben, minél eredményesebben adja át a tudást úgy, hogy lehetőleg ez a folyamat – beleértve a számonkérést – a hallgató számára minél kevesebb stresszrel járjon. Ha különféle szabályok ismeretéről, és alkalmazásáról van szó, akkor a leginkább eredményre vezető módszer a közvetlen tapasztalat. A joghallgatók ezáltal saját élményük alapján mind az adott szabályt, mind annak alkalmazását, illetve az azzal kapcsolatosan felmerülő problémákat könnyebben elsajátíthatják, mintha pusztán az absztrakt tényállásokat ismernék, azok gyakorlati vetülete nélkül.

További előnye, hogy közvetlen visszacsatolás lehetséges, hiszen egyrészt az “élő-kliens” program esetében az ügyfél, más klinikai módszer esetében a hatóság problémák esetén visszajelez, illetve a klinikai programhoz tartozó felügyelet is számos kérdésre válasszal szolgálhat a hallgatók számára. Ezzel szemben a hagyományos képzési mód esetében sokszor jelent problémát, hogy “a hallgatók soha nem kapnak visszajelzéseket, kivéve amikor az adott tantárgyból vizsgáznak.”¹⁰

A klinikai program fejlesztheti továbbá a hallgatók ügyelemzési gyakorlatát, illetve azt a készségüket, hogy egy-egy problémát több oldalról közelítsenek meg, hiszen ezek aktuális ügyekből erednek.¹¹ Ezáltal nagyobb gyakorlatot szereznek a kreatív gondolkodás terén, ami - főleg olyan jogrendszerben, ahol a szabályok gyorsan változnak - különös előnyökkel jár. (Ezenkívül nem szabad elfelejteni, hogy angolszász jogrendszerben működő jogi iskolákban a hallgatók érdeklődése a program iránt hihetetlenül nagy, ami önmagában megmutatja a klinikai képzés eredményességét.)

Végül pedig az “élő-kliens” program az ügyvédek számára is segítséget nyújt. Az ügyvédek a klienseik által fizetett munkadíjból élnek, ezért számukra úgy tűnhet, hogy a jogi klinika aláássa ügyfélkörüket. A klinikai képzésben

¹⁰ Kennedy, Duncan: Legal education as training for hierarchy 48. p. In: The politics of law Edited by David Kairys New York 1996

¹¹ Rekosh, Edwin i.m. 3.p.

azonban olyan ügyfelekkel foglalkoznak, akik jövedelmi viszonyaiknál fogva nem tudnak hathatós ügyvédi segítséget kérni. Mivel az ügyvédi szervezetek is fenntartanak ingyenes jogsegélyszolgálatot, így ez az oktatási forma egyúttal súlyos terhet tud levenni az ügyvédségről. A szegény rétegek jogi segítséggel való ellátása nem a joghallgatók feladata, azonban az ügyvédség komoly ellenállást tanúsítana, ha a jogi klinikákon a hallgatók az ügyvédek potenciális ügyfeleinek problémáit látnák el.

Szükséges-e ez a képzési forma a kontinentális jogrendszerekben?

A kérdést illetően a vélemények megoszlanak. Egyesek szerint nem szükséges a hagyományos, kizárólag az absztrakt teóriákon alapuló oktatást megváltoztatni¹², sőt ebbe az irányba kell továbbfejlődni¹³, mások szerint a gyakorlati képzés elengedhetetlen az egyetemi hallgatók számára.^{14,15} A gyakorlati oktatásra a klinikai program mellett egy másik lehetőség a német “referendárium” rendszer, ami azt jelenti, hogy az államvizsgával záruló 3 éves egyetemi képzés után, a hallgató 2 és fél éves előkészítő gyakorlatban vesz részt a jogi szakma minden lényeges területén, mely után a hallgatók a második államvizsgával fejezik be tanulmányaikat.¹⁶ Magyarországon is, ahogy általában más közép-kelet európai országban némi eltéréssel, ehhez hasonló gyakorlati képzés valósult meg. Mint az köztudott, az egyetemi 5 éves oktatás után diplomázottaknak 3 éves gyakorlaton kell részt venniük (ügyészségi, bírósági

¹² Priest, George L.: The Growth of interdisciplinary Research and Industrial Structure of the Production of Legal Ideas: A Reply to Judge Edwards In: Michigan Law Review 1993

¹³ Posner, Richard A.: The Deprofessionalization of Legal Teaching and Scholarship. In: Michigan Law Review 1993

¹⁴ Ostertag, Juergen R.: Legal education in Germany and the United States – A Structural Comparison. In: Vanderbilt: Journal of Transnational Law. 1993 No.2.

¹⁵ Lsd.: Edwards, Harry T.: The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript 1993

¹⁶ Ostertag, Juergen R. i.m.

foglalmazóként, ügyvédjelöltként, vagy a közigazgatásban fogalmazói státuszban) ahhoz, hogy szakvizsgát tehessenek. Csak a sikeres szakvizsga után lehet őket bírónak, ügyésszé kinevezni, a közigazgatásban magasabb státuszba emelni, illetve csak ezután kérhetnek felvételt az ügyvédi kamarába. Valójában mind a két képzési forma (a klinikai és a német modell) ugyanazt a célt szolgálja: alaposabb ismeretet adni a jog valós működéséről.¹⁷

Közép-Kelet Európa országainak jogi egyetemei általában azzal a problémával küzdenek, hogy exponenciálisan nő a joghallgatók száma, ezzel szemben az oktatási költségvetés és az egyetemi férőhelyek behatároltak. A végzős diákok esetében a helyzet változatlan. A frissen diplomázottak száma jóval meghaladja az olyan “gyakornoki” álláshelyek számát, melyek betöltése elengedhetetlenül szükséges ahhoz, hogy valaki később szakvizsga letétele után “teljes értékű jogászként” tudjon dolgozni, tehát sokaknak már esélyük sincs arra, hogy jogi diplomával a kezükben megfelelő jogi munkát végezzenek. (Természetesen ilyenkor kerülnek előtérbe a családi kapcsolatok, személyes ismeretségek, melyek előnyösebb helyzetbe hozhatnak egyeseket mások rovására.)¹⁸ Talán a fent leírt visszás helyzet kezelésére egy lehetséges megoldás lenne a klinikai képzés, ami – bár ez csak feltevés – feleslegessé tehetné a diploma utáni gyakorlatot.

A klinikai oktatás egy másik probléma megoldásához is közelebb vihet, nevezetesen szociális, humanitárius segítséget nyújthat az elesettek számára, ami ebben a régióban különösen fontos. A rendszerváltás után a társadalmi különbségek rendkívüli módon megnöttek és ez a folyamat csak folytatódik. A szegényebb rétegek pedig képtelenek hatékony jogi segítséget igénybe venni, hiszen nem tudják azt megfizetni. Ha ez a program nem is eredményezne tökéletes megoldást, hiszen egy ilyen problémára más megoldásokat kell keresni, mindenképpen érdemes átgondolni ezt a vetületét is.¹⁹

¹⁷ Pokol Béla i.m.

¹⁸ Lsd.: Rekosh, Edwin i.m. 2. p.

¹⁹ Lsd.: Wilson, Richard J. i.m. 3. p.

Azonban ebben a régióban a klinikai programmal kapcsolatban egy sor probléma is felmerülne. Többek között a jogi oktatók elfoglaltsága, hiszen általában olyan kevés fizetésük van, hogy kénytelenek más állásokat is betölteni. Emellett kevésbé valószínű, hogy elég időt tudnának szakítani a klinikai program felügyeletére. Joghallgatók nem léphetnek fel ügyfél képviselőként sem bíróság, sem más hatóság előtt, így egy tényleges “élő-kliens” program megvalósítása a jelenlegi szabályok mellett szinte képtelenség. Elképzelhető az is, hogy az ügyvédség aggályokat táplálna a programmal szemben, mondván, hogy ez alááshatná ügyfélkörüket, pedig az egyetemisták – ahogy ezt az előző fejezetben jeleztük - valójában csak olyan kliensekkel foglalkoznának, akik képtelenek lennének egy ügyvédet megfizetni.

A fejezet címében feltett kérdést nem lehet tökéletesen megválaszolni, mert csak a klinikai program tényleges megvalósulása után láthatnánk annak előnyeit, illetve hátrányait. Nézetünk szerint azonban egy ilyen rendszer hazánkban a már működő hagyományos oktatás mellett kiegészítőként működhetne. Ebben az esetben ugyanis minden komolyabb kockázat nélkül lehetne kipróbálni, és ezáltal empirikus kutatásokat végezni e tárgykörben. Azt azonban mindenképpen hangsúlyozni kell, hogy az egyetemeken továbbra is folytassák a hagyományos dogmatika központú oktatásnak, még egy ilyen program bevezetése mellett is.

Klinikai program a gyakorlatban

Angolszász jogterületen - különösen az Egyesült Államokban és Kanadában - a klinikai képzés szinte minden formája széles körben elterjedt. A hallgatók felvehetik ezeket a kurzusokat, melyekről tájékozódhatnak az előzetesen kiadott kurzusleírásokban. Ezek tartalmazzák, hogy mit várhatnak a programtól, mi ezeknek az óráknak a célja, milyen bírósági, illetve más hatósági

eljárásokban vehetnek részt, milyen kérdések kerülnek az ügyek kapcsán terítékre, és milyen problémákat fognak megvitatni. Mindezek alapján választhatnak, hogy - érdeklődéstől és aktivitási készségüktől függően - melyik programban kívánnak részt venni.

A leginkább elterjedt és a hallgatók legnagyobb tömegét foglalkoztató képzési rendszer az egyetemhez kötött “kliens nélküli” és “élő-kliens” klinikai programok kombinációja egy kurzuson belül. Erről általánosan elmondható, hogy minden egyetemen elsődlegesen a programok célja olyan lehetőségek megteremtése a hallgatók számára, melyek alapján megismerhetik, hogyan kell eljárni ügyfelek érdekében. Ezen belül megtapasztalhatják a jogászok szerepét, a jogász szakma és a személyes erkölcsök konfliktusát, a kapcsolatot jog és igazság közt, a bíróság szerepét és hasznát. Továbbá benyomásokat szerezhhetnek arról, hogy az ügyfelek problémáját a jogalkotás sikeresen vagy sikertelenül oldja meg, esetlegesen jogi reformok szükségessége is felmerülhet bennük, végül pedig a hatályos szabályok alaposabb ismeretéhez is hozzásegít.²⁰ A programajánlások rendkívül széles körűek, így lehetséges büntetőjog (beleértve nyomozási eljárásokban való közreműködést, bizonyítékok felvétele, stb.), polgári jog, családi jog, szociális jog ilyen módon történő tanulmányozása, de természetesen nem szükséges mindegyik tárgykört felvenni.

A programok hetekre vannak felosztva úgy, hogy általában a hét első négy napján találkozhatnak a hallgatók a konkrét ügyekkel, és az ötödik napon megvitatják a látottakat, hallottakat, vagy amit az ügyfelekkel kapcsolatban tapasztaltak. Az ilyen vitanapok viszonylag kötetlenek, melyeken lehetőség nyílik anyagi, illetve eljárásjogi problémák mellett az ügyek, etikai, politikai vetületeinek megbeszélésére is.

A hallgatók az egyetemi klinikai programba fokozatosan vonják be. Az első periódus az ún. orientációs szakasz. Ebben a terminusban próbatárgyalásokat tartnak a hallgatók részvételével. Itt a diákok eljátsszák az eljárás különböző

²⁰ Lsd.: The University of Victoria Faculty of Law Clinical Law Program The Official Course Description

résztevőinek szerepét, majd megbeszéljük a tapasztaltakat, illetve kritikával illetik egymást. Emellett találkoznak mind jogalkalmazási, mind jogalkotási szervek (például: országgyűlési biztos irodája, gyámügyi hatóság, stb.) vezető egyéniségeivel, illetve megbízottaival. A második periódusban a hallgatók bírósági és közigazgatási eljárásokat látogatnak és hallgatnak meg. Ebben a szakaszban az eljárások minden részletét, így például büntetőügyben nemcsak a rendőrségi nyomozást, de a szakértői vizsgálatokat is megtekintik, mi több ők maguk is megpróbálnak bizonyos vizsgálatokat elvégezni (például ittas járművezetés gyanújának esetén az elkövető szondáztatása). Végül a harmadik szakaszban dolgoznak a hallgatók valós ügyfelekkel, ami azt jelenti, hogy képviselik őket bíróság, vagy közigazgatási hatóság előtt. Ezenkívül meglátogatnak különböző biztonsági fokozatú börtönöket, illetve gyógykezelési intézményeket, igazságügyi megfigyelő intézeteket, és ezeken a helyeken az elítéltek, illetve gyógykezelték jogi problémáival foglalkoznak. Mindezeket már szoros felügyelet alatt teszik, az adott oktató bármikor segítséget tud nyújtani a hallgatónak, vagy közvetlenül meg lehet vele beszélni a felmerült nehézségeket.

A fentiek alapján látható, hogy ez az oktatási forma rendkívül hatékony, és a hallgatók nemcsak rengeteg információt gyűjtenek össze a jog gyakorlati működéséről, hanem sokkal könnyebben jutnak a tudáshoz, mivel közvetlenül empirikus úton szerzik azt meg. Nem állítható, hogy csak ez a képzési mód egyedül az üdvözítő, hiszen az egyébként régóta működő egyetem utáni szakmai gyakorlat is elengedhetetlenül szükséges, de mindenképpen érdemes átgondolni a klinikai jogi oktatás előnyeit. Nemcsak a tudás megszerzését, de annak átadását is könnyebbé teszi ez az oktatási forma. Főleg olyan tárgyak esetében, amelyeknél nem elég pusztán a dogmatika, vagy a szabályok hiánytalan ismerete (természetesen ezek is elengedhetetlenül fontosak), emellett nélkülözhetetlen a szakmai gyakorlat, és tapasztalat is. "Egy hallgató sem tudhatja, mit csinál egy

jogász, mert azt nem lehet pontosan elmondani. Ugyanis mindegyik jogász, mint ember különböző és teljesen más a jogi gyakorlatuk is.”²¹

Irodalomjegyzék

Badó Attila - Nagy Zsolt: Hungarian lawyers in the making. Selectional distortions before and after the democratic changes in Hungary. Paper for the “Trends in the Legal Profession” panel. Law and Society Association Budapest, 2001

Dieker, Lawrence Jr.’s Speech before the American Bar Association/Law Student Division American University, Washington College of Law Washington D.C. October 7, 2000

Edwards, Harry T.: The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript 1993 In: Michigan Law Review No.6.

Frank, Jerome: Courts on Trial Chapter XVI. Legal Education. Princeton, New Jersey, Princeton University Press 1949

Frank, Jerome: Law and the Modern Mind. Garden City: Anchor 1930

H. Szilágyi István: A jogi antropológia főbb irányai. Budapest 2000

Kennedy, Duncan: Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. In: Boyle, J ed: Critical legal studies 1996

Ostertag, Juergen R.: Legal education in Germany and the United States - A structural Comparison. In: Vanderbilt Journal of Transnational Law. 1993 No.2.

Pokol Béla: A jogi oktatás, mint a jogrendszer része. Jogelméleti Szemle 2000/1. www.extra.hu/jesz

Posner, Richard A.: The deprofessionalization of Legal Teaching and Scholarship. In: Michigan Law Review 1993

Priest, George L.: The Growth of Interdisciplinary Research and the Industrial Structure of the Production of Legal Ideas: A Reply to Judge Edwards. In: Michigan Law Review 1993

Rekosh, Edwin: The Possibilities For Clinical Legal Education. In Central And Eastern Europe 1998 In: Public Interest Law Initiative www.pili.org./library/cle

The University of Victoria Faculty of Law Clinical Law Program The Official Course Description. In: The Law Centre www.thelawcentre.ca/course.html

The University of Victoria Faculty of Law Clinical Law Program What to Expect as a Student. In: The Law Centre www.thelawcentre.ca/course.html

The University of Victoria Faculty of Law Clinical Law Program The Week in Review. In: The Law Centre www.thelawcentre.ca/course.html

²¹ Lawrence Dieker Jr.’s Speech before the American Bar Association/Law Student Division American University, Washington College of Law Washington D.C. October 7, 2000

Wilson, Richard J.: Clinical Legal Education As A Means To Improve Access To Justice In Developing And Newly Democratic Countries. Paper Presented at the Human Rights Seminar of the Human Rights Institute, International Bar Association Berlin, Germany October 17, 1996

Pokol Béla

Miért nem volt Németországban “alapjogi forradalom”?

Az Egyesült Államokhoz hasonlóan az 1950-es évek közepétől Németországban is megindultak abba az irányba, hogy a mindennapi bírói eljárásokban a bírák az ítéleteiket - az egyszerű törvényi jog mellett - közvetlenül az alkotmányra alapozzák. Ennek erősebb válfaját Hans Nipperdey, a legfelső szintű munkaügyi bíróság akkori elnöke is támogatta, aki az alkotmányos alapjogok közvetlen hatását hirdette. E szerint a vonatkozó törvényi rendelkezéseket félretolva is eldönthették volna a bírák az eléjük tárt eseteket. Nagy vita után végül is ilyen fokban nem tudott lábra kapni az alkotmányos alapjogok behatása az ítékezésbe, de közvetett módon - amikor a törvényi rendelkezések nyitottságait a bírának az alapjogok fényében is értelmezni kell - megvalósult az ítékezés alapjogokra építése (l. Alexy 1985 Dreier 1988). A világ többi országában - ahol az alkotmánybíráskodás intézményesedett - hosszú nem talált követésre semmilyen formában az alapjogok bevonása a bírói ítékezésbe, és csak az utóbbi években vannak jelei egyes országokban ennek követésére. (Pl. Kanadában az 1980-as évektől az Egyesült Államok mintájára, Olaszországban a német minta alapján mentek végbe eltolódások ebbe az irányba. L. Epp 1998). Így érdekes összehasonlítani a majd félévszázados múltra visszatekintő német és az amerikai alapjogi bíráskodás eltérő sajátosságait. Németországban ez a fejlemény alig érintette a jog össz-szerkezetét illetve a politikai döntési folyamatokat, és az alapjogi réteg inkább csak kiegészítette a jog és a politika belső szerkezetét. Ezzel szemben az Egyesült Államokban katartikus hatást tett mind a jogrendszer belső összetevőire és a jog működésére, mind a politikai döntési folyamat intézményeire (L. Posner 1990). Az utóbbiban az alapjogi ítékezés társadalmi forradalomhoz hasonló katarziszokhoz vezetett, és a társadalomban, a politikában és a jogban végbement változásokat “alapjogi forradalom” címen foglalják össze az ezzel foglalkozó irodalomban. Németországban azonban ez csak akcentus-eltolódásokat produkált, de “alapjogi forradalomról” itt nem beszélhetünk.

Mivel magyarázhatjuk a folyamat teljesen eltérő jellegű lefolyását a két országban?

Nézzük meg először, hogyan bontakozott ki az Egyesült Államokban az “alapjogi forradalom”, majd azt kell megvizsgálni, hogy a németeknél mi állta útját annak, hogy a jog és a politika egyes szerkezeti összetevőiben hasonló folyamatok bontakozzanak ki.

I. Az alapjogi forradalom kibontakozása az Egyesült Államokban.

A főbb mozzanatokot tekintve a következő fázisokat és előre mozdulásokat lehet megállapítani az amerikai alapjogi forradalom lefolyásában.

1. A folyamat megindulását Earl Warren, egy korábbi tagállami, republikánus kormányzó kinevezése jelentette a szövetségi Legfelsőbb Bíróság főbírájává 1953-ban, mely kinevezést

aztán Eisenhower elnök élete legnagyobb tévedésének nevezett. Warren a törvényhozási és a széles társadalmi közvélemény többségi akaratával szemben beindította az alkotmányos alapjogokra támaszkodva a társadalmi állapotokat átszabni törekvő legfelsőbb bírósági ítélkezést. Az első években ez még - Felix Frankfurter és néhány köré csoportosuló legfőbb bíró ellenállása miatt - nem tudott kibontakozni, de Frankfurter 1962-es nyugdíjba vonulása után akadálytalanná vált. Az 1960-as években mindvégig biztos többsége volt az USA Legfelsőbb bíróságában a társadalmi állapotokat az alapjogokra épített ítélkezéssel átalakítani törekvő stratégiának. A legfőbb bírói fórum belső erőviszonyainak alakulása azonban még nem tudta volna létrehozni az alapjogi forradalmat, ehhez még egy sor további körülményre és párhuzamos változásra volt szükség.

2. Ezek közül a legalapvetőbb az Egyesült Államok jogászai közösségének radikális kibővülése és ennek folytán politikai szétesése volt (L. Edwards 1992; Tushnet 1991). Az egyetemi oktatás óriási kibővülése az 1950-es és '60-as évek folyamán sokszorosára emelte általában is a főiskolai és egyetemi diplomások számát itt (ahogy a legtöbb nyugat-európai országban is hasonló radikális bővülés ment végbe ekkor ezen a téren) és a jogi karokon is ugyanilyen bővülés zajlott le. Az egymást váltó kormányzatok egységesek voltak abban, hogy a szegényebb néprétegek - és ezen belül a feketék, a spanyol nyelvű kisebbségek - köréből kormányzati segítséggel is nagy számmal juttassanak be diákokat az egyetemek falai közé. Az amerikai jogászság korábban - társadalmilag és politikailag - homogén közösségei ezután a radikális kibővülés menetében mindinkább egymással engesztelhetetlenül szembenálló politikai táborokra esett szét (Scheingold 1998). A "fekete párducok" aktivistái éppúgy jogi diplomát szereztek, mint a konzervatív fehér farmerek gyerekei, vagy az amerikai nagyvárosok gettóiból származó más szegény kisebbségek gyerekei, és az 1960-as évek végére a mozgalmi jogászok sokasága nevelődött ki a jogi karok falai között. A korábbi neutrális jogszolgáltatás ilyen jogászközösségek mellett sok szempontból a politikai jogászharcosok terepnumává vált.
3. Önmagában a jogászság társadalmi-politikai szétesése sem tudta volna azonban létrehozni az alapjogi forradalmat, ha a jogász-szocializáció az egyetemeken ellen tudott volna állni az átpolitizálódásnak, és az egyetemi jogi oktatás megmaradt volna a korábbi neutrális jogdogmatikai-esetjogi keretek között. Ez indult bomlásnak az 1960-as évek végén, és a korábban uralkodó processzualista jogkonceptiót egyre inkább az alapjogi aktivizmust elméletté formáló "morálfilozófiai" jogkonceptió szorította háttérbe. A jog súlypontja ezzel átkerült az alkotmányos alapjogok szintjére, és az egyes jogágak szabályozását egyre inkább az alapjogok köré telepítették át. Ezek azonban az alapjogok absztraktsága - és az alapjogok egymással szembenálló iránymutatásai - folytán szabadabb bírói érveléseket és tetszőlegesebb jogtudományi alátámasztásokat tettek lehetővé- A családi jog. A munkajog, a pénzügyi jog, a büntetőjog, az eljárási jogok mindinkább mint "derivált" alkotmányjogi ágazatok kezdtek megjelenni, és ezekben az átfogó ideológiai-politikai érvelések jutottak uralomra a korábbi neutrális-jogdogmatikai nézőponttal szemben.

De nemcsak az átfogó jogkonceptió szintjén ment végbe radikális eltolódás az Egyesült Államokban, hanem az egyetemi oktatógárdák is alapvetően átalakultak. Az óriásivá duzzadó amerikai egyetemi képzés a korábbi oktató gárda többszörösét követelte meg az 1960-as évektől, és az utánpótlás egyre inkább a politikailag egymással szembenálló jogászközösségekből érkezett. A fekete mozgalmi aktivista, a radikális feminista, a homoszexuális-leszbikus mozgalmak jogásza stb. éppúgy a jogi kari oktató gárdák tagjaivá vált, mint a társadalmilag-politikailag heterogén jogászság többi részéből érkezők. Sőt azt lehet mondani, hogy épp a jogi karok oktatógárdái töltötték be a katalizátor szerepet az egyes

társadalmi csoportok emberjogi-politikai mozgalmának szervezésében. A jogi kari oktatás - az egyes jogi karokon eltérő fokban - bizonyos mértékben a jogi mozgalmak és a politikai nevelés fő csatornájává vált ekkor az Egyesült Államokban.

Ezt egészítette ki az egyes jogterületek fogalmi anyagának mozgalmi jogász szempontrú átalakítása. Például a családi jog fogalmi átértelmezése, új fogalmak alkotása a radikális feministák egyetemi jogászai által, vagy más szempontból ugyanezt végezték el a homoszexuális-leszbikus mozgalmak jogászai is. Egy sor jogterületet a fekete aktivisták mozgalmi jogászai, a munkajog fogalmainak átalakítását a baloldali-marxista "crit"-ek végezték el, és szinte minden jogágban ideológiailag-politikailag versengő fogalmi anyag alakult ki. A jogi karokon tanuló diákok nagy része pedig a származásának, családi szocializációjának megfelelő mozgalmi jogi fogalomtárat választhatta karokon egymással versengő politikai csoportosulások kínálatából.

Összegezve ezt a pontot azt lehet mondani, hogy a jogi oktatás a neutrális jogdogmatikai-esetjogi képzés helyett átcsúszott az egymással szembenálló mozgalmi jogászat fogalomtárainak átadására az egyre bővülő jogászutánpótlás nevelésében.

5. Ezeket a folyamatokat egészítette ki - illetve tette maga is ezt lehetővé - a társadalmi-politikai harcmodor megváltozása az 1960-as évek elejétől az Egyesült Államokban. A kongresszusi és a tagállami törvényhozások felé irányuló politikai szerveződések fokozatosan irányt váltottak ekkor, és a Warren-bíróság társadalmat átszabni igyekvő ítélkezésének ösztönzését felvéve a politikai mozgalmak egyre inkább a bírósági tárgyalótermek felé kezdték meg kiépíteni szervezetüket, a jogi részlegeket létrehozva. A legfőbb bíróság mellett ugyanis a '60-as évek demokrata kormányzatai az összes szövetségi bíróságon olyan bírakat igyekeztek kinevezni, akik fogékonyságot tanúsítottak az alapjogi forradalom iránt, és az egyszerű joganyag helyett maguk is közvetlenül az alkotmányos alapjogokra építették ítéleteiket, és hajlandók voltak engedni a mozgalmi jogászok egyre szélesebb alapjogi definícióinak. Pl. a tulajdon fogalmába belefogták a munkaszerződés esetében a jövőben esedékes béreket is, és így a munkajogi perek nagy része - a tulajdon alkotmányi védelmére támaszkodva - mint alkotmányos per is lefolyhatott, ha egy dolgozót elbocsátottak a munkahelyéről. De volt olyan érvelés is, amely szerint a munkás egyetlen tulajdona a munkaereje, és így ha munkanélkülivé válik egy elbocsátás miatt, akkor az a tulajdonától megfosztást jelent, tehát az eleve alkotmányos alapjogának a megsértését jelenti. A mozgalmi jogászat terjedése pedig arra ösztönözte a '60-as évek demokrata elnöki adminisztrációit, hogy egyre inkább a korábbi mozgalmi jogász múlt alapján válasszák a szövetségi bírakat, melynek ellenhatásaként aztán a republikánus elnöki adminisztrációk, a '70-es években a hangsúlyozottan konzervatív politikai irányba húzó egyetemi jogászokból igyekeztek feltölteni a bírói helyeket. Így az egyetemi mozgalmi jogászképzés, majd a harcok mozgalmi ügyvédek után az ilyen tapasztalatokkal rendelkezőkkel - illetve politikai ellenfeikkel - töltődött fel a szövetségi bírói kar. (A tagállami bíróságoknál is voltak ebbe az irányba eltolódások, de igazán a szövetségi szinten ment végbe ez a változás annak megfelelően, hogy a szövetségi alkotmány alapjogi rendelkezéseire alapult az "alapjogi forradalom").

Kezdetben csak néhány nagy szervezet tevékenykedett a mozgalmi jogász vonalon. Így az ACLU, az Amerikai Polgári Szabadságok Szövetségének létrejötte jelentette a kezdetet, de ahogy terjedt az alapjogi bíraskodás a mindennapi ítélkezésben az 1960-as évektől, egyre inkább újabb és újabb társadalmi csoportok és politikai szervezetek mentek el abba az irányba, hogy jogi részleget is kiépítsenek. Így a feministák, a melegek, a feketék, a hajléktalanok mozgalmi jogász-szervezetei után a legkülönbözőbb kisebbségek - vakok, mozgássérültek,

nemzeti kisebbségek stb. - is erre az útra léptek. Az óriási jogásztúlképzés nyomán pedig a más lehetőséggel amúgy sem rendelkező végzettek a különböző mozgalmi ügyvédi irodák ezreiben helyezkedtek el, és a kisebbségek állami finanszírozásából, illetve az alkotmányos perlés költségvetési összegeiből igyekeztek megélni. A majd egymilliós amerikai jogászközösség egy nem jelentéktelen hányadát ezek a mozgalmi jogászatra specializálódott jogészok adják mára.

6. A fenti fejlemények nem mehettek volna végbe, ha az Egyesült Államok szellemi-kulturális közegében és az ebből kinövő médiavilágban nem kaptak volna folyamatos támogatást az “alapjogi forradalom” folyamatai. A mérvadó napilapok, televíziós csatornák - különösen a keleti partvidéken - mindvégig a legerősebb támogatást adták az alapjogi mozgalmakban, és a velük szembenálló “konzervatív” jogászi csoportok diszkreditálását és háttérbe szorítását erőteljesen segítették. Tulajdonképpen ez a széles és intenzív médiatámogatás tette lehetővé az egyetemek belső légkörének átalakítását, és a mozgalmi jogászat megtelepedését az amerikai jogi karokon.

7. A legmélyebb gazdasági-politikai harcokat és mozgatórugókat tekintve pedig azt kell kiemelni, hogy a banki-pénzügyi tőke támogatása állt mindvégig az alapjogi forradalom mögött (L. Epp 1998). Már az első emberjogi szerveződést is a banki-pénzügyi tőke támogatta az 1910-es évektől, de ezután is az ipari-mezőgazdasági tőkével és ezek konzervatív társadalmi csoportjaival szembenálló banki-pénzügyi tőke baloldali és liberális csoportjai adták az alapjogi forradalom gazdasági-politikai gyökerét. A fennálló állapotokhoz ragaszkodó ipari-mezőgazdasági tőkés csoportokkal és az idehúzó társadalmi többséggel szemben a változásokban érdekelt banki-pénzügyi tőkés csoportok - és az általuk támogatott baloldali-liberális szellemi rétegek - a legkülönbözőbb kisebbségek felkarolásán keresztül igyekeztek teret nyerni. Az alapjogi forradalom ennek adta meg az “emberjogi” ruházatát.

II. Az alapjogok hatása Németországban.

A kiindulópont az alapjogi forradalomhoz éppúgy meg volt az 1950-es évek közepén Németországban, mint az Egyesült Államokban. Hans Nipperdey, mint a Szövetségi Munkaügyi Bíróság elnöke 1953-ban olyan ítéletet harcolt ki e bíróságon, amely egy munkaügyi perben félretolta a vonatkozó munkajogi törvényi rendelkezéseket, és közvetlenül a német alkotmány egy cikkelyét vette alapul. Az alkotmányos alapjogok közvetlen hatásának elmélete, melyet ő dolgozott ki, rendelkezett bizonyos támogatással a német jogászörökben, de miután alaposan megvitatták a jogi rendelkezések ennek következtében végbemenő relativizálódását, és a jogági dogmatikák által kontrollált jogági kódexek szerepének leértékelődését, a túlnyomó többség elvetette ezt az utat. A Szövetségi Alkotmánybíróság ezután egy 1958-as döntésében az alapjogok *közvetett* hatását mondta ki. Ennek megfelelően a bírácoknak ugyan figyelembe kell venni az egyes törvényi rendelkezések értelmezésénél a vonatkozó alkotmányos alapjogokat, de a törvényi rendelkezés tiszta értelme köti őket, és azt nem tolhatják félre az alapjogokra hivatkozva.

Ez a közvetett hatás vált bevetté a német bírói ítélezésben, de ténylegesen ez is csak alárendelt szerepet tölt be a felsőbírósági precedensekre, vagy a jogági jogdogmatikai irodalomra támaszkodó értelmezés mellett. *Összehasonlítva az amerikai alapjogi forradalommal, tehát itt lényegében csak kisebb akcentus-eltolódásokat okozott az alkotmányos alapjogok bírói ítélezésbe való belefónódása.*

Nézzük meg, hogy milyen körülmények óvták meg itt a jogrendszer hagyományos szerkezetét az alapjogi forradalomtól.

1. Legfontosabb körülményt az alapjogi forradalom felé fejlődés megállításában a német bírói kar beágyazódása jelentette a jogági jogdogmatikákat kezelő egyetemi jogászságba. Különösen a felső és a legfelső bírói szinteken mutatható ki az egyetemi jogászprofesszori csoportokkal való személyi összefonódás, de a német bírói kar egészének a jogdogmatikán való szocializációja is szerepet játszott ebben. Itt ugyanis rögtön az egyetemi diploma megszerzése után kezdődik a bírói karrier, és ez nem az előzetes ügyvédi gyakorlathoz kötött, az egyetemeken pedig a jogdogmatikai fogalomtárak átadása és sulykolása történik meg. Az ügyvédségtől és a mindennapi gyakorlati élettől való elszigeteltség a bírói karrier során zártabbá teszi a bírói kart a társadalmi-politikai küzdelmekkel szemben. Összevetve ezzel az amerikai bírói kart láthatjuk, hogy itt az ügyvédi rétegből szedik a bírói utánpótlást, illetve az egyetemi jogászok, akik különösen a felsőbíróságok és a legfelső bírói szint posztjainak várományosai, szintén párhuzamosan ügyvédi tevékenységet folytatnak. Ez az összefonódott ügyvédi-bírói réteg pedig egy sor szálon belefonódik a társadalmi-politikai szerveződésekbe (L. Klaus 1981).

Strukturálisan tehát a német bírói kar társadalmi-politikai harcoktól való elszigeteltsége, míg az amerikai esetében az ebbe belefonódás a jellemző. Ez adta az egyik alapvető körülményt az alapjogi forradalom kibontakozásához az USA-ban, míg ennek elakadása a németeknél jórészt ezzel magyarázható.

2. Egy másik eltérést jelent a németeknél az amerikaihoz képest a jogászságuk belső politikai homogenitása. Bár a jogász közösségek méretei a németeknél is drámaian megnöttek az utóbbi évtizedekben, és ez a jogászság tagjainak korábban jellemző felső-közép rétegekből származása helyett jobban szétterítette a rekrutációt a társadalom alsóbb rétegei felé is, de a beáramló heterogénebb jogászutánpótlást a fennálló jogi kulturális minták integrálni tudták. Vagyis a jogászság belső kohéziója, politikai homogenitása a radikális kibővülés ellenére is többé-kevésbé meg tudott maradni, és a jogász utánpótlás eltérő szocializációs és származásbeli különbségei nem feszítették szét a német jogászságot, nem alakítottak ki markánsan eltérő politikai táborokat. Mindezek a jogászságon belüli kommunikációk és érintkezések politikai neutralitását teszik meghatározóvá.

3. Ugyanez a politikai semlegesség figyelhető meg az egyetemi jogi karok belső működésében is. Az egyetemi jogászok az utóbbi évtizedekben megnövekedett származásbeli és szocializációs eltérések ellenére megmaradtak a politikailag semleges jogdogmatikai elemzések keretei között, és az *eltérő politikai mozgalmak ideológiai és szemléletmódbeli különbségei nem tudtak alternatív jogi fogalmi keretként behatolni a jogi oktatásba.* A jogász utánpótlás itt például nem feminista családjogi, konzervatív családjogi, baloldali-kritikai családjogi (de ugyanígy a többi jogág is említhető lenne itt) kínálatából választva szocializálódik jogásszá, hanem az egységesen maradt jogági dogmatikák alapfogalmain. Ennek következtében a semleges jogász utánpótlás maradt a jellemző a radikálisan kibővült német jogászságban az elmúlt évtizedekben mindvégig, és az Egyesült Államokra jellemző “mozgalmi jogászharcosok” csak elvétve kerülnek ki az egyetemekről.

4. Fontos eltérést jelent az amerikaiakétól a német alkotmányjogiasításban a jogdogmatikai kötöttség épségben tartása. Bár az egyes jogágak jogtudósai között sokszor okoztak és okoznak felzúdulást az alkotmánybírák dogmatikai újításai egy-egy döntésük kapcsán az egyes jogágak

belső szabályozásait illetően, de fontos különbség ebben az, hogy az alkotmánybírák legalább megkísérlik maguk jogdogmatikai továbbfejlesztéshez kötni egy-egy jelentősebb belenyúlásukat a jogágakba. Ez egyrészt mérsékli a kialakult jogági szabályozástól való eltérés mértékét, másrészt a jogdogmatikai rendszer párhuzamos továbbfejlesztése révén számon kérhetők maradnak a későbbi alkotmánybírói döntések. Így a politikai értékek szerinti tetszőleges döntések lehetősége korlátozott marad itt, szemben az amerikai alkotmánybíráskodási gyakorlattal. Az ellentmondásmentes jogdogmatika fenntartása melletti elkötelezettség a német alkotmánybíráskodást visszatartotta attól, hogy közvetlenül magára vállalja a társadalmi-politikai feszültségek megoldását, és az alapjogra támaszkodva maga próbálja meg átszabni a társadalom kialakult intézményeit.

5. A jogászságon, a bírói karon és az alkotmánybírói gyakorlaton belüli viszonyok nem kedveztek annak a stratégiának, ami az amerikaiaknál a politikai harcok egy részét a törvényhozási küzdelmekből a bírói tárgyalóterem felé terelte. Míg az Egyesült Államokban erre a stratégiára különböző országos szintű emberjogi szervezetek jöttek létre, és az összes politikai csoportosulás igyekezett kiépíteni mozgalmi jogász részlegeket, például közérdekű ügyvédi irodák, emberjogi alapítványok stb. formájában, és a mozgalmi jogászok sok ezres rétege épült ki itt, addig a németeknél ez a stratégia minimális szinten bontakozott csak ki. Mint ennek pótléka, inkább az országon túli "emberjogi" európai szervezetek politikai célú felhasználása említhető itt. Egyes politikai csoportok például az Európai Tanács parlamenti közgyűlésében igyekeznek kiharcolni olyan emberi jogokra épülő ajánlásokat, melyeket aztán a belpolitikai harcokban eszközként használnak fel a törvényhozás meghatározott irányba terelésénél. Vagy ugyanígy az Európai Emberjogi Bírósághoz beadott keretesk a saját állammal (értsd: a kormánypárti többséggel) szemben jelentik Európában az emberjogi ideológián keresztül politikai harc realizálását. Ezek azonban csak elenyésző szerepet töltenek be a teljes politikai harci terepet tekintve, és azok túlnyomórészt megmaradnak a parlamenti küzdelmek köré szerveződve. A bírói perekon keresztül politikai harc és ennek mozgalmi jogász intézményrendszere csökevényes maradt Németországban.

6. Nem kapott nagyobb támogatást Németországban az alapjogi forradalom a szellemi-média szférából sem. Míg az Egyesült Államokban a keleti partvidék sajtója, televíziós csatornái a legintenzívebben részt vettek az 1960-as évektől az alapjogi forradalom kibontakoztatásában és a fennálló társadalmi intézmények átalakításának támogatásában, addig a politikailag kiegyensúlyozottabb és közvetlen politizálástól tartózkodóbb német média szféra nem mutatott erre hajlandóságot. A kis emberjogi mozgalmak esetleg ebbe az irányba mutató broszúráin túl *így ezek a követelések nem tudtak átfogó közvéleményformáló erővé válni.*

7. Mélyebben magyarázza a német média szféra eltérését az amerikaitól a befolyásos tőkés csoportok eltérő stratégiájának felmutatása. Itt nem állt fenn az a mély ellentét a bankipénzügyi és az ipari-mezőgazdasági tőkés csoportok között, ami az Egyesült Államokban a polgárháborús állapotok vállalását is ösztönözte az elmúlt években. Ez az ellentét így megoldást tud találni a többpártrendszer és a parlamenti küzdelmek keretein belül. Itt egyszerűen nem volt szükség a tőkés csoportok egymás közötti harcaiban a kisebbségek "emberjogi felfegyverzésére". Mint Charles Epp, az "alapjogi forradalom" kiváló elemzője írja, a bankipénzügyi körök által létrehozott és hosszú ideig kizárólagosan finanszírozott ACLU 1910-től kezdte el működését, és aktivistáinak ezután minden legfelső bírósági döntés kiharcolásában, új emberjogi szervezetek létrehozásában központi szerepe volt (lásd Epp 1998:34). A németeknél erre a fejleményre nem került sor.

Összegezve tehát, míg az Egyesült Államokban több egymást erősítő körülmény az 1950-es évek közepén indulás után alapjogi forradalommá fejlesztette a bírói ítélkezés alkotmányjogiasítását, addig Németországban a hasonló kiinduló pont után az ellenkező előjelű körülmények és ezek összegződő hatása megakasztotta ezt a folyamatot. Ennek révén a német jogrendbe mint egy új aspektus csak kiegészítő jelleggel kerültek be az alkotmányos alapjogok. Az Egyesült Államokban ezzel szemben katartikus hatásokat kiváltva és a jogrendszer belső összetevőit részben összetörve alapjogi forradalommá fejlődött ez. Ennek utóhatásai az amerikai jogrendszerben ma is egy sor területen kitapinthatók, noha az 1970-es évek közepétől nagy erőfeszítések és ennek nyomán ellentendenciák indultak be az "alapjogi forradalom" által létrehozott roncsolások helyreállítására.

Az alkotmányos alapjogok csak abban a formában képesek harmonikusan beilleszkedni a jog rétegei közé, ha hatásuk - és a rájuk épített alkotmánybíráskodás - a törvényhozás felé irányul, és nem közvetlenül a bírói ítélkezés felé. A német és az amerikai jogfejlődés összevetése tanulságos ebben a tekintetben is.

Irodalom

- Alexy, R. (1985): *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos
- Dreier, R. (1988): *Konstitutionalismus versus Legalismus*. In: *Festschrift für W. Maihofer*. Berlin/New York: Duncker & Humblott.
- Edwards, Harry T. (1992): *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*. In: *Michigan Law Review* No. 6.
- Epp, Charles R. (1998): *The Rights Revolution*. Chicago and London. Chicago University Press.
- Klausa, Ekkehard (1981): *Deutsche und amerikanische Rechtsdenker. Wege zu einer Soziologie der Jurisprudenz*. Baden-Baden: Nomos.
- Posner, Richard A. (1990): *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press.
- Scheingold, Stuart (1998): *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford University Press. 1998 118-150 p.
- Tushnet, Mark (1991): *Critical Legal Studies: a political history*. *The Yale Law Journal*. 1991. 1515-1544. p.

Prugberger Tamás: Globalizáció és Jog*

A mikrotechnika és az internet által kialakult globális tömegkommunikáció először globalizálta az ipart, ott is elsődlegesen a hadiipart, valamint a kereskedelmet és a szolgáltatást, ez utóbbinál is elsődlegesen a szállítmányozást, fuvarozást és a személyszállítást. E téren az új, mikroműszakipari forradalmon kívül komoly impulzust adott a bankszféra, annak hitelszolgáltatási rendszere. A magas kamatkikötéseken keresztül osztozott a mikroszoftipar és az újszerződésű kereskedelem/szolgáltatás hasznából olyannyira, hogy többszörösen felesleges pénztőke birtokosává vált. Tetézi ezt a közép-kelet-európai és a harmadik világhoz tartozó államok irányában történő permanens kölcsönkihelyezések, amelyek a bankszféra részére immanens nagy összegű kamatjövedelmet biztosít, a hitelfelvevő országokat és régiókat viszont adósságcsapdába taszítja. A bankszféra olyannyira meggazdagodott, hogy ma már a tőkenövelés elsődleges forrása a pénzszakmán belüli öncélú pénzügyi műveletekkel végzett tőkegyarapítás és csak másodlagossá vált a kockázattal járó hitelezési tevékenység.

Mindezek eredményeként először a bankszakmában, majd a médiában indult meg egy ma is feltartóztathatatlanul folyó fúziós hullám, amely átgyűrűződött a kereskedelemre/szolgáltatásra, valamint az iparra is. E határtalan fúziós folyamatot nem fékezik a fúziós kontrollt előíró és bizonyos nagyságon felül azt tiltó versenyjogi előírások a piaci verseny és a fogyasztók védelmében. A multinacionális vállalatok át tudják lépni a korlátokat, amelyek ki kerülhetők arra hivatkozással, hogy a fúzió műszaki vagy gazdasági haladást von maga után. A gyakorlat viszont legtöbbször a menedzserek személyi ambíciója és hatalmi

* A cikk az MTA-ME Rudolf von Jehring kutatási pályázat keretében készült.

harca, amely egyértelműen a fogyasztói oldalt szolgáltatja ki. Ennélfogva a fogyasztóvédelem marginalizálódik.

A napjainkban lezajló mikrotechnikai, valamint távközlési boom következtében a gazdasági szervezetek szupranacionális óriásméretűk mellett is gazdaságosan irányíthatók, a technikai-technológiai tökéletesség pedig egyre nagyobb mértékben kiváltja az emberi munkaerőt, ami a társadalom nagytömegű munkavállalói réteget szolgáltatja ki. A XXI. század első negyedére a Sant Francisco-i Közgazdasági Konferencia már 80 %-os munkanélküliséget prognosztizált. Az önfoglalkoztatású egyéni és mikroállalkozásokat, sőt még a mezo méretűeket is elnyeli a gazdasági koncentráció. Az állami gazdaságpolitika és a gazdasági jog egyre egyértelművé válva a szupranacionális és a mamutnacionális tőke és vállalkozói szféra kiszolgálójává válik.

Az állami gazdaságpolitika által befolyásolt szociális piacgazdaság kifulladására belső indikációra következett be. Azonban a welfare state nyomása alól felszabadult monetarista, indusztrionalista és merkantilista gazdaság befolyása, sőt malma alá vonta a politikát és a politikán keresztül magát a jogot is.

A gazdasági-vállalkozói érdek maga alá gyűrte a politika és a jog segítségével a társadalom más irányú érdekeit és értékeit. A gazdasági individualizmus tönkreteszi a környezetet, a természetet és kimeríti a természeti erőforrásokat és elszennyez mindent. A túltermelés hatalmas szerves és szervetlen hulladékmennyiséget teremt, melynek jelentős része veszélyes, vagy ártalmas hulladék. A profit termelőit nem érdekli az ökológiai egyensúly ma már érezhető és egyre több természeti katasztrófát involváló felbomlása.

A globalizáció hatására komoly egyensúlyeltolódások álltak elő a fejlett tőkés országokban is. Ugyanakkor az egyensúlyeltolódás hatványozottabban nyilvánult meg a közép-kelet-európai, a latin-amerikai, a távol-keleti és a harmadik világhoz tartozó államokban. E térségbe történő munkaerő miatti termeléskihelyezés, ártalmas és a veszélyes hulladékbeszállítás,

környezetellenséges technológiák és termékek bevitele, természeti erőforrásaik rablógazdálkodásszerű kitermelése, faunájuk és flórájuk, termőföldjeik, erdeik és vizeik tönkretétele (erdőirtás, édesvízkészlet elszállítás, stb.) hatványozottan jelentkezik. Mindebben most is segít az állami, a politikai és a jogi mechanizmust maga alá gyűrő globális szupranacionális tőkéhez csatlakozó nemzeti komprádortőke és annak érdekeit képviselő politikai és jogi normarendszer. Ez megmutatkozott hazai színben is feltételek kikötését mellőző asszinallagmatikus privatizációban, a termőföldek és az erdők majdnem ingyenes külföldi kézre juttatásában, a csak az EU-ra előnyös társulási megállapodáskötésben, a hazai kistermelői és a kisvállalkozói szférának, valamint a munkaerőnek a külföldi érdekeknek történő kiszolgáltatásában.

A globalizálódott szupranacionális gazdasággal szemben egyre erőteljesebben jelentkező nacionalista visszahatás, a szociális feszültségek kiéleződése miatt az egyik oldalon egyre erőteljesebben jelentkező devianciába is torkolló elégedetlenség, a másik oldalon viszont az emiatt erősödő félelem és az ezáltal kiváltódó diktatúra felé tendáló demokráciacsorbulás valószínűsíti Soros György és Emánuel Wallenstein jóslatát, amely a kapitalizmus három évtizeden belüli felbomlását vázolja fel. Ha erre sor kerülne, nem mindegy viszont, hogy miként. A közelmúlt története bebizonyította, hogy társadalmi rendszerváltozásra sor kerülhet számos legalizált visszaélésekkel tarkított kompromisszumos konszenzuson nyugvó békés úton (l. Magyarország, Csehszlovákia), lágyabb vagy keményebb fegyveres konfliktus mellett (Lengyelország és Nagy-Jugoszlávia), valamint egészben vagy részben anarchiába torkolló leszámolások útján.

Annálfogva, hogy a geopolitikai egyensúly felbomlott és USA-domináns egypólusúvá vált, fenn áll egy innen kiinduló és az egész világra kiterjedő gazdasági és politikai diktátum. Addig, amíg a többi gazdasági és politikai centrum (Európai Unió, CEFTA és a rajta kívüli Közép-Kelet-Európa, FÁK, Dél-Kelet-Ázsia), meg nem erősödik, fenn áll a veszélye annak, hogy az ingatag

talajon álló nemzetek feletti monetáris luftballon szétpukkad és egy, az 1929-32-es gazdasági válságnál nagyobb gazdasági és politikai krízist idéz elő. Minél jobban képessé válik megerősödni a többi centrum, annál jobban csökkenne egy ilyen krízis világméretű romboló hatása. Ha viszont az EU-on és a CEFTA-án ill. Közép-Európán kívül valamelyik túlerősödne, kialakulhat akár egy fegyveres küzdelem is a piac és a tőkenyereség újra felosztásáért. Ennek gazdasági, politikai, kulturális, szociális és környezeti kihatásai beláthatatlanok lennének, Ugyanakkor, amíg a régiócentrumok többsége (Közép-Kelet-Európa, Dél-Kelet-Ázsia, Latin-Amerika) szegény, nem várható, hogy mind ipari, mind mező-, és erdőgazdasági, mindpedig kereskedelmi tevékenységük környezetbarát legyen. Sőt környezet-, és természetvédelmi kultúrátlansága vezető gazdaságpolitikai grémiumuk is hozzájárul ahhoz, hogy az ott folyó és az általuk zöld utat engedett környezet-, és természeti rombolás messze a határaikon túl is komoly nehezen visszafordítható, sőt nem egyszer visszafordíthatatlan károkat okoz (l. az ukrán-, és román erdőirtás árvízkihatásait a magyar alföldön, a román aranybányaipar katasztrófális ciánszennyeződését, a Tiszán és az ezzel mit sem törődve továbbra is a régi környezetveszélyes technológia változatlan alkalmazását).

Nem lehet azonban e vonatkozásban felmenteni a fejlett polgári államokat sem. Ha gazdasági érdekeik úgy kívánják, ők is meghajolnak a gazdasági és infrastrukturális prioritások előtt a környezet- és természetvédelem hátrányára (Lásd: e vonatkozásban a légkörfelmelegedését a sűrű repülőgéphálózat miatt, az egyre sűrűbbé és veszélyesebbé váló lavinákat a síturizmus végetti erdőirtások miatt, az őserdők korlátlan gazdasági célú irtását, aminek erőteljes korlátozási tervét Rio de Janeiro-ban éppen az akkori amerikai elnök, G. Bush akadályozta meg, további ilyen a költségkímélés végett szimplafalúvá épített olajszállító óriástankhajók nagyméretű tenger szennyeződését, a floridai vállalatok kanadai tavak édesvízének ipari célú kiszivattyúzásának, ill. csőrendszeren keresztül az USA-ba szállításának a tervét, valamint az elhagyott kolorádói aranybányáknak a romániaihoz hasonló ma is ható ciánszennyezését).

A tőke tehát minél inkább globalizálódik és szupranacionalizálódik, elismerni szükséges pozitív hatásai mellett annál nagyobb társadalmi veszélyeket hordoz magával, amely ellen csak szupranacionális politikával és jogi szabályozással, valamint e szabályok internacionális és nemzeti végrehajtásával lehet sikeresen felvenni a harcot. Mindez szükségessé teszi, hogy az ENSZ, amely ma az egyetlen átfogó világszervezet és amelyből az USA - mint egyetlen világhatalmi centrum - sajnos ki akar válni, reorganizálódjon és az EU-hoz hasonlóan tagjai irányában kötelezően alkalmazandó jogalkotó szervé váljon. Ezt figyelembe véve az EU direktívákhoz és irányelvekhez hasonló módon kellene tartalmilag is megfelelő normativitással kitöltve a piaci versenyre, a fúzió kontrollra, az agro-, és erdő-, és vadgazdálkodási minimumra, a környezet-, és a természetvédelemre a kartell-, valamint monopóliumtilalomra, a fogyasztóvédelemre és mindezekkel együtt a kisegzisztencia-kisvállalkozói érdekvédelmet biztosító szövetkezeti mozgalomra és az EU szociális chartájához, valamint a munkavállalók szociális alapjogairól szóló 1989. decemberi EK bizottsági chartához hasonlóan a szociális és az egyéni emberi, valamint a kollektív emberi-kisebbségi jogokra olyan előírásokat megalkotni, amelyeket minden állam köteles lenne saját nemzeti jogába beiktatni és szigorú szankcionálás mellett betartatni. Ha pedig maga az állam nem tartaná be az ENSZ ily módon meghozandó normáit, akkor az ENSZ szankcionálná hasonlóan az ENSZ jogforrásokat áthágó államot. Csak ily módon menthető meg az emberi társadalom a környezeti katasztrófától, a nyomasztó gátlástalan gazdasági szorítástól, a többség szociális elnyomódásától, valamint a túlvagyonosodott kisebbség félelméből fakadó diktatúrájától. Egyébként egy szomorú és anarchikus jövő vár az emberiségre. Hasonló, mint amilyen a Római Birodalom széthullását követő népvándorlási anarchia időszakában a kora-középkorban bekövetkezett, ha csak egy környezeti katasztrófa még ilyen vegetálásra sem ad módot.

S. Szabó Péter
Földesi Tamás: Valamit valamiért?
(Budapest, Korona Kiadó)

Földesi Tamás, jogvégzettként, egész munkásságában a jog, a filozófia és az erkölcs problematikájával foglalkozik, különös figyelmet szentelve az igazságosság kérdésköre artikulálásának. Ez monográfiáiban - Az igazságosság dilemmái (1983); Jog és igazságosság (1989) is tükröződik. Az utóbbi másfél évtizedben viszont az emberi jogok speciális területe az, ami intenzívebben foglalkoztatta, 1989-ben e témakörben jelentetett meg monográfiát (Az emberi jogok), a nagyszámú egyéb publikáció mellett.

Legújabb könyve is erről a problematikáról szól. A cím (Valamit valamiért?) nyelvi alakja, ugyanaz a két szó, egyszer tárgyraggal, egyszer célhatározói toldalékkal, az ősi talio -elv (szemet szemért) nyelvi formáját idézi fel az asszociációkban; valamiféle megfeleltetést, azt, hogy a bűnért lakolni kell, mégpedig arányos mértékben, a tettek jogi következményeket vonzanak, de azt is, hogy valamiféle juttatásért előzőleg adni kell valamit, vagy hasonlót. De a könyvcím nyelvi formulája alkalmas arra is, hogy tulajdonképpen mindenfajta szerződés-elv alapképletét felidézze. A címben szereplő kérdőjel szintén sok mindenre figyelmeztethet. Arra például, hogy a könyv tartalma nyitott kérdéseket rejt, hogy “mozgó front” jellemzi a tárgyalt problémakört, hogy nincsenek még kész, lezárt megoldások, de utalhat arra is - jelen esetben talán ez is nagyon fontos - hogy valami eddig szentnek, abszolút igaznak tartott vélekedésről derül ki épp, hogy nem biztos, hogy igaz, vagy legalább is nem biztos, hogy pontosan úgy igaz, ahogy azt eddig gondoltuk vele kapcsolatban.

Ezzel tulajdonképpen bent is vagyunk a tárgyalt könyv problematikájának közepében. Ezt a könyv alcíme is pontosan megadja; “a jogok és kötelezettségek harmóniája és diszharmóniája” megjelöléssel. Igaz-e, hogy az erkölcsben és a jogban csak “valamiért” adnak “valamit”, hogy mindkét rendszer eleve olyan természetű, hogy a benne lévő jogosultságok élvezéséhez előbb, arányosan kötelezettségeket kell teljesíteni, hogy a jogosultságok csak így, ezen és csakis ezen a módon illetik meg az embert? Vagy pedig van más modell is? Hogy vannak jogok, erkölcsi jogok (például az identitáshoz való jog, vagy egy idős asszony erkölcsi joga arra, hogy átadják neki az ülőhelyet), vagy emberi jogok (amelyek megilletnek például letartóztatott, vagy fogvatartott embereket is), tehát olyan jogosultságok, amelyek anélkül illelnének meg embereket, az embereket, hogy előtte bármilyen kötelezettséget teljesíteniük kellene, azaz egyszerűen hozzá tartoznak emberi mivoltunkhoz. Nem tévedek tán, ha itt, ebben a dilemmában vélem felfedezni a könyv legközpontibb, leglényegibb problémáját. És a kérdésfelvetés, a cím kérdésfelvetése is szinte sugallja a kifejtett saját álláspont természetét; hogy igenis megváltozott, vagy változóban van a hagyományosabb, jelentős részben vallási megalapozású álláspont, amely főleg erkölcsi parancsok,

kötelezettségek mentén és következményeként közelíti a problémakört, vannak, a felvilágosodás hagyományaihoz kötődő szekuláris etikákban, jogfilozófiai közelítésekben más természetű koncepciók is.

A szerző gazdagon, gondosan, széleskörű argumentációs anyagra támaszkodva mutatja be az egymással vitatkozó koncepciókat és képviselőiket. Ezt a gazdagságot egy recenzióban legfeljebb csak jelezni lehet az érdeklődés felkeltése céljából, visszaadni semmiképp. Annyit talán erről, hogy a már említett vallási alapú, illetőleg szekularizált közelítéseken kívül nagyon nagy hangsúlyt kap a természetjogi alapon álló és a jogpozitvista jogfilozófiai koncepciók jellemzése, mert talán ezek vitája hozza közel leginkább és legplasztikusabban a központi problematikát. Az elemzett koncepció-ütközések közül főleg a Hart-Dworkin, illetve a Luhmann-Habermas vita emelkedik ki, amelyek gazdag érvanyagot vonultatnak fel az általuk képviselt koncepció mellett, de a vitapartnerek érvei révén a koncepciók erőssége mellett gyengeségeik is feltáruznak, és - talán nem túlzás, ha azt mondom, hogy - még a nem jogi végzettségű, foglalkozású olvasók számára is követhetően, izgalmasan, érdekesen. Így válik egyre plasztikusabbá, hogy bár általában a jogok és kötelezettségek sajátos ellentétpárt alkotnak, a szimmetria és a reciprocitás jellemzi viszonyukat, aminek lényege, hogy a jogok a kötelezettségek teljesítéséért járnak, és a jogok élvezésének feltétele a kötelezettségek vállalása és teljesítése, azért ez a globális összefüggés lényegesen árnyaltabban jelenik meg a valóságban, mindenképpen differenciáltabb elemzést igényel. Ezt az igényes elemzést a szerző el is végzi a könyv három fejezetében, három területen; az erkölcs világában, a jog világában és ez utóbbinak egy speciálisabb területén, az emberi jogok világában.

A könyv egyik igazi nívója - lehet, hogy ez szubjektív értékítélet, hisz más lehet, hogy más témát tartana érdekesnek - az erkölcsi jogokat jellemző részekben tárul fel. Ez annak is betudható, a probléma érdekfeszítő jellegén túl, hogy az erkölcsi jogok problémája meglehetősen új keletű, a XX. század második felétől, a II. világháború végétől kezd artikulálódni, és az utóbbi 20-30 év amerikai jogfilozófiai irodalmában válik karakterisztikussá, amit a könyv szerzője amerikai oktató- és kutatómunkája során közvetlenül is megtapasztalt. Ugyanakkor igazi "mozgó front" is ez a kérdéskör, hisz, mint a szerző írja "az erkölcsi jogok elmélete, másként megfogalmazva az a gondolat, hogy az embernek vannak - méghozzá elég széleskörűen - erkölcsi jogai, korántsem tört még át."(133.o.) Arra is utal, hogy ez némi feszültséggel is jár: "egy bizonyos értelemben az erkölcsi jogok problémája idegen test az etikán belül, bizonyos értelemben - ha nem érthető félre - az erkölcsi jogok "deviánsak" egy természetszerűen kötelezettség-centrikus, kötelezettség-alapú etika számára."(21.o.) Ez a jellemző egyébként az erkölcsi jogok történetére is hatással van, mint ahogy erre a szerző is utal: "Ez a magyarázata annak, hogy az erkölcsi jogok története szükségszerűen és aránytalanul szegényebb, mint az erkölcs kötelezettségeké. Lényegében csak az emberi jogok előtérbe kerülésével, annak

holdudvarában vetődik föl az a probléma, hogy az emberi jogok megalapozásához előfeltételként szükség lenne egy erkölcsi jogi koncepcióra is. Az erkölcsi jogok problematikája azonban igazán csak az elmúlt két-három évtizedben került előtérbe, akkor is a szekularizált etika bizonyos ágainál, míg a vallásos erkölcssteológián belül ez a problematika továbbra is lényegében háttérben maradt.”(21.o.)

A könyv által tárgyalt sokrétű problémakörből talán még egy témakör kiemelése tűnik indokoltnak, szintén amiatt, hogy újdonságnak számít a megközelítés, amit felvázol. Itt is a jogosultságok és kötelezettségek viszonyáról van szó. Ebben a viszonyban, N. Luhmann elemzéseit követve, alapvetően kétféle modell lehetséges; egyrészt a hagyományosabb “római jogi jus”, másrészt a “szubjektív jog” képviselte modell, és míg az elsőben a jogok és kötelezettségek viszonyát a szimmetria és a reciprocitás jellemzi, addig a másodikban, aminek prototípusa az emberi jogok, ez a szimmetria hiányzik, mert itt a jogok nem a kötelezettségek teljesítése miatt, hanem emberi lény mivoltuk miatt illetik meg a jog alanyait. A nóvum most jön; Földesi Tamás ugyanis a Luhmann féle dichotóm megoldást - ellenszolgáltatásért jár-e a jog, vagy sem - egy sajátos trichotómiává fejleszti, a jogok egy az eddigi kettőtől eltérő csoportjára utalva. Azokról a jogokról van itt szó, amelyek a különböző hatóságok képviselőit (bírák, ügyészek, az államigazgatás tisztségviselői) illetik meg. Ezek a luhmanni kategóriák egyikébe sem illenek bele. Egyrészt, mert nem a magánemberek jogosultságai, hanem az állam nevében gyakorolt “privilegiumok”, másrészt a jogosultságot itt nem övezi a szabadság szférája oly módon, mint a magánjogban, hogy az illető szabadon dönt, hogy él-e a jogosultságával, vagy nem. Itt kötelező például a vádemelés jogosultságával való élés, ennek elmulasztása “törvénysértésként fogható fel” - idézi a szerző a Magyar Büntetőeljárás Jog első kötetét. (110. o.) Itt tehát a jog egyben köteletség is, nem szuverén döntés kérdése.

Elképzelhetőnek tartom, hogy a tárgyalt problémakörök közül az “erkölcsi jogok” problematika felmerülése és tárgyalása újdonságnak számíthat és épp ezért nagy érdeklődésre tarthat számot az etika problémakörét a közoktatás különböző szintjein oktató tanárok körében. Hisz eddig elég erőteljes hangsúly volt a jog és az erkölcs külön területként kezelése, amelyben a rokon vonások (pl.: mindkettő szabályoz) mellett főleg azt emelték ki, amiben különböznek (hatókör, szankcionálás, stb.). Eszerint lehetnek köztük átfedések is, van amit mindkettő tilt például, de ez csak bizonyos tartalmakra vonatkozik. És a jog gyökereinek megmagyarázásánál vált nyilvánvalóvá az erkölcsi alapozás. De hogy az erkölcsön belül legyenek jogok, erkölcsi jogok, ez elég újkeletű összefüggés az eddigiekhez képest, bizonyára sok etika tanár választaná szívesen továbbképzési témául, melynek során töprengeni lehet az etika témáiról. A kérdéskör “újdonság” jellegét a szerző maga is alátámasztja azzal, hogy úgy látja, hogy “ezért nem véletlen, hogy a fölgyorsuló kutatások ellenére sem rendelkezünk olyan elmélettel, illetve koncepcióval, amely megnyugtató választ adhatna az erkölcsi jogok alapproblémáira.”(21.o.) A jelenlegi helyzetet, mely valóban töprengésre

ösztönzi az etikával foglalkozókat, így jellemzi: “a nem jogpozitvista amerikai jogfilozófia jelentős eredményeket ért el az erkölcsi jogok meghatározásával, logikai szerkezetének, igazolási lehetőségeinek feltárásával. Ugyanakkor az etikusokra vár a feladat, hogy behatóan foglalkozzanak az erkölcsi jogok erkölcsön belüli szerepével és jelentőségével.”(36.o.) Ezeknek az erkölcsi jogoknak a taglalásából, a példa kedvéért kiemelendő az identitáshoz való jog, vagy a polgári engedetlenséghez való jog, mint az erkölcsi jogok pregnáns esetei (v.ö.:39-40.o.), valamint a részvétel, a beleszólás, a kritika, vagy ellenállás, mint erkölcsi jog, hisz ezek azon alapulnak, hogy az embernek erkölcsi joga van arra, hogy saját sorsa, vagy nemzete sorsa alakulásában aktívan részt vegyen.

Nyilvánvaló ez utóbbiakból, hogy az erkölcsi jogokra - és az egész problémakör egy speciális területére, az emberi jogokra - vonatkozó ismeretanyag, tudásanyag közlése túlmutat a pusztán ismeretközlő funkción. Így - befejező gondolatként - a könyvnek arra a tartalmára kell utalni, ami már az ismeretek pusztá közlésén túli funkcióra, a nevelésre, emberformálásra irányul. Nagy erénye a könyvnek, hogy olyan ismereteket ad, amelyek az embernek saját személyisége kiteljesítéséhez is adalékokat szolgáltatnak. Emberformáló szerepe is van tehát, noha deklaráltan nincs ilyen szándéka. De az általa nyújtott ismeretek az erkölcsi jogokról, az emberi jogokról hozzájárulnak ahhoz, hogy az ezeket megismerő ember teljesebben lássa át saját lehetőségeit, ennek révén tudatosabban tudjon részt vállalni saját nemzete sorsának alakításában, és ezáltal ennek a nemzetnek, de az ennél szélesebb emberi közösségnek is felemelt fejű, teljesebb jogú polgára lehessen. A könyv megvásárolható a Korona Kiadó Könyv- és Tankönyvcentrumában (Budapest, Bartók Béla út 50.).

Varga Péter

De testamento militis

(A katonák végrendeletéről-forráselemzés)

I.

Bevezetés

1. A római öröklési jog sajátos szelete a katonák végrendeletére vonatkozó kázusok összessége, amely a Digesta 29. könyvének 1. fejezetében található. A kázusok összevetéséből két következtetés vonható le, az egyik, hogy a katonák alakszerűségektől mentesen, szóban végrendelkeztek és ez a végrendelet a katonai státusuk megszűnésétől számított 1 évig volt érvényben. A másik, hogy a katona végakarata még teljesebben juthatott érvényre mint általában az örökhagyó akarata. Találhatunk több olyan konkrét esetet is, amikor az általános szabályok szerint készített végrendelet, valamilyen ok miatt megdőlt, de a katonai végrendelet nem. Azaz a favor testamenti elve még teljesebben érvényesült, mint a civilek végrendeleteinél. Ezt igazolja Papinianus az alábbiakban:

.....*quoniam voluntas quoque militis testamentum est. (D.29.1.34.2.-Papinianus)*

Azaz a katona akarata maga a katona végrendelete. Annak, hogy a katonai végrendelet két, ilyen komoly kedvezményt élvezett az általános szabályok szerint készített végrendelettel szemben praktikus és jogpolitikai indokai voltak. A rómaiak praktikusán mellőzték a végrendelet szigorú alakosságait a katonák esetében, hiszen a legtöbb esetben mód és idő sincs a harc hevében, vagy a táborban mostoha körülmények között a végrendeletet írásban elkészíteni és 7 felserdült férfi tanút előkeríteni. Annak pedig, hogy a katonai végrendelet olyan esetekben is érvényes maradt, amikor az általános szabályok szerint készített nem, az a jogpolitikai indoka, hogy a katonáskodás az állam érdekében végzett, veszélyes tevékenység, ezért célszerű e tevékenység fontosságának elismeréseképpen az állam részéről olyan esetekben is biztosítani a katona utolsó akaratának érvényesülését, amikor az egyébként nem volna lehetséges. Ez beletartozott a katonáskodás fejében az állam által nyújtott kedvezmények körébe. Ha már a katona az állam érdekében kockáztatja életét, akkor legalább biztos lehessen abban, hogy halála esetén végakarata az általános szabályoknál szűkebb kivételektől eltekintve, maradéktalanul érvényre juthasson, erre maga Ulpianus is hivatkozik az egyik rescriptumot idézve:

“ *Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferi, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati*

fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque at bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.” (D.29.1.1.-Ulpianus)

“ Azt javasolták hogy nyissam meg szívemet a derék, kiváló és leghűségesebb katonáinknak az általuk készített végrendeletek érdekében, amelyek vitatottá váltak a jog gondos előírásai folytán. Úgy vélem, hogy gondoskodni kell a jogban járatlanokról, hogy olyan végrendeletet készíthessenek, amelybe akaratauk belefoglaltatható. Ezért hagyni kell őket, hogy olyan végrendeletet készíthessenek, amelyet kívánnak, hagyni kell őket, hogy úgy csinálhassák, ahogy tudják és a végrendelkező pusztá akarata érvényesülhessen vagyona felosztásánál.”¹ Ugyancsak a katonákat megillető kedvezmény fenntartása mellett érvel Marcianus is:

Tractabatur, an tale aliquid et in paganorum testamentis indulgendum esset: et placet non sine distinctione hoc fieri, sed, si quidem vivo testatore et sciente decessissent, nihil novi statuendum, si autem ignorante aut post mortem eius, omnimodo subveniendum. (D.29.1.14.-Marcianus)

Meggondolandó, hogy kell-e adni ennyi kedvezményt a polgárok végrendeleténél is, szerintem a különbségtétel feltartandó, de ha ők a végrendelkező életében meghalnak és a végrendelkező erről tudott, akkor nem kell újra rendelkeznie, de ha nem tudott róla, vagy a halála után haltak meg, akkor bizonyosan valami megoldást kell találni.

Marcianus töredékének első gondolata egyértelmű szerinte is fenn kell tartani a katonai végrendelet privilegizált formáját. Némi fejtörésre ad okot a töredék további része. Feltehetőleg a katona örökösire vonatkozik a gondolatsor. Ha az örökösök a végrendelkező életében meghalnak akkor nem kell új végrendeletet készíteni mondja a jogtudós. Pedig ebben az esetben a végrendelet megdől. De mivel a végrendelkező tud a végrendeleti örökösök haláláról, ezért ha nem készít újat, akkor a törvényes öröklés szabályai érvényesülnek, itt nincs gond, mert az örökhagyó akarata mindenféleképpen érvényesülni fog. Probléma akkor van, ha az örökhagyó nem tud a végrendeleti örökösök haláláról, vagy már az ő halála után haltak meg, anélkül, hogy az örökséget megszerezték volna, ugyanis ha már megszerezték, akkor nincs gond, mert az ő örökösök fognak örökölni. Ha a végrendeleti örökösök haláláról az örökhagyó nem tud, vagy már az örökhagyó halála után haltak meg, akkor valami megoldást kell találni, hogy a végrendelkező akarata érvényesülhessen. A megoldásról már a forrás nem szól, de lehetőség van pl: helyettes örökösnevezésre, ezzel elhárítható az az eset, hogy a végrendelet utólagosan megdőljön az örökösök halála miatt.

2. Mivel Róma története során számos háborút vívott és a légióknak mindig is fontos szerep jutott a birodalom történetének alakításában, így érthető, hogy több különleges tényállású jogesetet találunk a Digesta ezen fejezetében.

A szerző a kázusokat tartalmuk szerint csoportosítva tárgyalja az egyes fejezetekben, így a katonák végrendelkezési és öröklési képességére vonatkozókat, a katonák utáni

¹ Ugyanezen a véleményen van Gaius is: A katonák végrendelet rendelkezésinél mindennek a pontos betartásánagy fokú tájékozatlanságuk miatt- a császárok rendeleteikkel elengedték. Ugyanis még ha nem is alkalmaztak törvényes számban tanukat, sem a vagyonukat nem adták el, sem nem nuncupáltak végrendeletet, mégis minden további nélkül elfogadhatóan végrendelkeznek. (Gai. 2.109.). Majd szintén ezt erősíti meg Iustinianus is (Inst.2.11.).

öröklésre, a katonai végrendelet személyi és időbeli hatályára, speciális szabályaira, érvénytelenségére vonatkozókat, a fiókvégrendeletre és a helyettes örökösre vonatkozókat.

II.

A katonák végrendelezési és öröklési képessége

1. Rómában a katonákat nem mindig illette meg a korlátlan végrendelezési jog az első aki ezt biztosította nekik Ulpianus szerint Ceasar volt:

Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Julius Ceasar concessit: sed ea concessio temporalis erat postea vero primus divus Titus dedit : post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit capot tale. (D.29.1.1.-Ulpianus)

De a Ceasar által megadott kedvezmény átmeneti volt . Azonban később Titus adta meg elsőnek, majd utána Domitianus² és Nerva is megadta a legteljesebb kedvezményt a katonáknak. Traianus is folytatta ezt és ettől fogva bekerült egy ilyen jellegű rendelkezés a császári közigazgatási rendeletekbe. Ceasart megelőzően a katonák a hadrakelt sereg előtt végrendelezhettek, ez volt a katonai végrendelet ősi formája.³ Ekkor még a végrendelezés nem magánügy, hanem az egész közösséget érintő közügy volt. Békeidőben a comitia calatan, a polgárok összessége előtt, háborúban pedig az egész sereg előtt lehetett végrendelezni. Először ezt Ceasar⁴ biztosította nekik és a végrendelet elkészítését magánüggé is tette ezzel. A szöveg szerinti korlátlan végrendelezési jog, azt jelentette, hogy minden alakiságtól mentesen, kötetlen formában rendelkezhettek haláluk esetére vagyonukról. A császárkorban ez a privilégium Titustól illette meg őket, de a császári rendeleteknek csak Traianustól lett állandó eleme. Titus e mellett a kedvezmények egész új sorát hozta be.⁵ Nem véletlen,

² Suetonius szerint Domitianus kiutalt még egy negyedik zsoldot a katonáknak 3-3 arany formájában. Suet.Domit.7.3.

³ Gaius szerint kezdetben két végrendeleti forma volt a comitia calata és a csatasor előtt tett végrendelet. Az előbbi a békeidőben, az utóbbi a háborús időkben tett végrendelet volt. (Gai. 2.101). De utóbb mindkettő kiment a szokásból (Gai. 2.103.) Hasonlóan nyilatkozik az elmúlt idők végrendeleti formáiról Iustinianus is (Inst.2.10.1.) Pólay E: A római végrendelet eredete Jur. et. Pol. Szeged, 1956. 38 p. Schulz: Classical Roman Law Oxford 1951. 435.p.

⁴ Guarino o.c. 360 ss. az irodalom nagy többségének véleményétől eltérően Ceasar időleges engedményét egy glosszátor művének tekinti és fenntartja azt a véleményét, hogy csak Titus vezette be a libera testamenti factio-t a katonák javára nekik tett engedményként. Vitatható ez az álláspont, Suetonius ugyanis azt írja, hogy Ceasar a katonákat nem csapatgyűlés előtt, hanem hízelgő modorban bajtársaknak nevezte, s annyira gondot viselt rájuk, hogy aranyozott és ezüsttel díszített fegyvereket adományozott nekik egyrészt a szépségükért, másrészt azért, hogy a csatában attól tartva, hogy elveszítik azokat bátrabban harcoljanak. Suet. Caes.67.3. Látható, hogy Ceasar szerette katonáit és biztos, hogy a szabad végrendelezés jogát is megadta nekik, ez legalább annyira ösztönző lehetett a harcban, mint egy aranyozott fegyver.

⁵ V.S. Ussani: Il “testamentum militis” nell’eta di Nerva e Traiano, Sodalitas Napoli 1984 1385 p. Titus egyetlen rendeletben minden régi kiváltságot megerősített Suet.Titus 8.1.

hogy ez a jog véglegesen Traianustól lett a rescriptumok állandó eleme, hiszen Nerva egy tábornokot adoptált és tette utódjává.⁶

Ulpianus pedig felteszi a kérdést, hogy mi van akkor ha a katona az általános szabályok szerint akar végrendekezni, de meghal mielőtt megtehetné?

Si miles, qui destinaverat communi iure testari, ante defecerit quam testaretur? Pomponius dubitat. sed cur non in milite diversum probet? neque enim qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est, quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus: quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenti faciunt prescripturam, adicere velle hoc etiam vice codicillorum valere. quicquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse, nam secundum nostram sententiam etiam divus Marcus rescripsit. (D.29.1.3.-Ulpianus)

Pomponius ezt vitatja, vajon miért, kérdezi a jogtudós, hiszen nincsenek eltérő szabályok a katonák esetére? Ha valaki az általános szabályok szerint végrendekezni, attól még nincs megvonva tőle a katonákat megillető kedvezmény, kivéve ha valaki azért választja ezt a végrendeletet, hogy megtámadhassa saját jogát. De nagyobb a hibázás lehetősége, ha valaki kétféleképpen készíti el a végrendeletét. A legtöbb polgár írásbeli végrendeletet készít, ha valamit később akar hozzáteheti fiókvégrendelettel. Marcussal egyezően szerintünk a végrendelet nem teljes, ha nincs fiókvégrendelet.

Ulpianus tehát vitába száll Pomponius kételkedésével és azt mondja, hogy ha a katona az általános szabályok szerint végrendekezni, attól még a kedvezmény megilleti, kivéve ha a privilégiumot csalárd célra akarja használni, azaz a kedvezménnyel vissza akar élni. Nagyobb a veszélye érvénytelen végrendelet készítésének, ha két féle készül. A jogtudós szerint a leggyakrabban a polgárok írásbeli végrendeletet készítenek és utólag fiókvégrendeletet fűznek hozzá. Ez valószínűleg annyira gyakorlattá vált, hogy a jogtudósnak is az a véleménye, hogy az örökhagyó végakarata akkor teljes, ha fiókvégrendelet is van.⁷

Aki katona az katonai végrendeletet készíthet még ha valamilyen fogyatékosága van akkor is, ezt mutatja egy, szintén Ulpianustól származó fragmentum:

Iure militari surdum et mutum testamentum facere posse ante causariam missionem in numeris manentem placet. (D.29.1.4.-Ulpianus)

A katonai jog szerint a süket és a néma is tehet végrendeletet, amíg alkalmatlanság címén el nem bocsájtják a hadseregből⁸. Nyilvánvaló, hogy a süket és a néma, ha katona volt, akkor ő is kötetlenül, alakszerűségektől mentesen végrendekezhetett, valójában

⁶ im. 1390 p.

⁷ A iustinianusi tankönyv szerint Augustus kora előtt a fiókvégrendelet nem volt ismeretes. Először Lucius Lentulus készített ilyet, amelyben a császártól hitbizomány megadását kérte. Augustus összehívta a jogtudósokat, köztük Trebatium, aki a fiókvégrendelet hasznossága mellett érvelt. Amikor már Labeo is készített ilyet, már senki sem vonta kétségbe annak érvényességét. (Inst.2.25.)

⁸ A iustinianusi tankönyv szerint a néma és süket ember nem tehet minden esetben végrendeletet. (Inst.2.12.2.) Egyértelmű, hogy végrendekezési képességük nem általános, de katonai végrendeletet tehettek.

azonban végrendeletet alkotni csak írásban volt képes, hiszen szóbeli végrendeletet nem volt képes tenni.

Szintén Ulpianus mondja, hogy az a személy, aki az ellenség fogságába esett nem végrendelezhet:

Facere testamentum hostium potitus nec iure militari potest. (D.29.1.10.-Ulpianus)

Ha ezt az esetet összevetjük a fictio legis Corneliae-vel látható, hogy a két eset között az a nagy különbség megvan, hogy a fictio legis Corneliae esetében a katona még szabad emberként végrendelezett majd hadifogságba esett és ott meghalt. Ilyenkor a jog úgy tekintette, mint aki élete utolsó szabad pillanatában halt meg, míg jelen jogesetnél márcsak legfeljebb rabszolgaként végrendelezhetett volna. A rabszolgák pedig dolgok.⁹ Ugyancsak Ulpianustól származik a következő fragmentum, amelyből kiderül, hogy a katonai bűncselekmény alapján elítéltek a katonai jog alapján készíthetnek végrendeletet:

Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis dumtaxat castrensibus: sed utrum iure militari an iure communi quaeritur. magis autem est, ut iure militari eis testandum sit: nam cum ei quasi militi tribuatur ius testandi consequens erit dicere iure militari ei testandum. quod ita intellegi oportet, si non sacramenti fides rupta sit. (D.29.1.11.-Ulpianus)

A jogtudós felveti a kérdést, hogy miért a katonai jog alapján és miért nem a civiljog alapján, azért mert a katonai jog alapján szerezte a végrendelezési jogot, ennek következtében a katonai jog szerint végrendelezhet, amely a méltányosságon és nem az eskü kötőerején alapszik. Tehát a katonai bűncselekmény miatt halálra ítélték bár megszegték katonai esküjüket, de a méltányosság szerint joguk van katonai végrendeletet készíteni. A jogtudós szerint a végrendelezési joguk nem alapulhat az esküjükön, mert azt megszegték, hanem csak a méltányosságon.

Majd azt mondja, hogy a bizonytalan státuszú katona végrendelete érvényes, még akkor is, ha a katona apja él:

Si miles incertus, an sui iuris sit, testamentum fecerit, in ea conditione est testamentum eius, ut valeat: nam et si incertus, an pater suus vivat, testamentum fecerit, testamentum eius valebit. (D.29.1.11.1.-Ulpianus)

Ha a katona esetében vitatott, hogy önjogú, vagy hatalomalatti végrendelete akkor is érvényes, ha az apja él. Ez azért van így, mert a katonáskodással szerzett vagyonról a hatalomalatti is szabadon végrendelezhet. Tehát a katonáskodással szerzett vagyon esetében mindegy, hogy a katona önjogú, vagy hatalomalatti, mert arról minden esetben szabadon végrendelezhet.

Ha a hatalomalatti nem tudja, hogy az apja meghalt, a katonai szolgálattal szerzett vagyonáról végrendelezhet, de ez a joga nem terjed ki az apja vagyónára, csak a katonáskodással szerzetre:

⁹ Ugyanezen az állásponton van a iustinianusi tankönyv is (Inst.2.12.5.)

Si filius familias ignorans patrem suum decessisse de castrensi peculio in militia testatus sit, non pertinebunt ad heredem euis patris bona, sed sola castrensia:
(D.29.1.11.2.-Ulpianus)

Ha a hatalomalatti abban a tudatban van, hogy az apja él, akkor végrendelete nem terjedhet ki az apjától örökölt vagyona, mert az akarata erre nem irányulhatott, csak a katonáskodással szerzett vagyona, mert arról minden körülmények között végrendelkezhet. Sőt azt kell mondanunk, hogy a szabad végrendelkezés joga a hatalomalattit csak a katonáskodással szerzett vagyona illette meg. Ha erről nem végrendelkezett akkor azt a paterfamiliasa örökölte.¹⁰

2. A katonák nem csak végrendelkezési képességgel, hanem öröklési képességgel is rendelkeztek. Erre utal Ulpianus a következő töredéssel:

Milites etiam his, qui heredes exstiterunt, possunt substituere in his dumtaxat, quae sunt ex testamento eorum consecuti. (D.29.1.5.-Ulpianus)

A katonák lehettek örökösök és helyettes örökösök is végrendelet alapján, azaz közvetlenül kinevezhetőek voltak örökösnek, vagy egy örökös helyett, annak kiesése esetén helyettes örökösnek is végrendelet alapján. Majd így folytatja:

Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisset: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus. (D.29.1.6.-Ulpianus)

Ha egy katonát örökössé neveznek a telek egy részére és a maradványt az örökhagyó halála folytán adósság fejében törvényes öröklés jogcímén megszerzi, akkor ő részben törvényes részben végrendeleti örökös. Tehát újra csak megerősíti, hogy katona örökölhét végrendelet alapján, de törvényes örökös is lehet. Tehát a katonáskodással szerzett vagyonnál a végrendeleti és a törvényes öröklés nem zárta ki egymást.¹¹ Azonban a forráspéldánál a katona nem törvényes örökös, hanem hagyatéki hitelező, hiszen a fél hagyatékot adósság fejében szerzi meg. Tehát a forrás valójában nemcsak azt igazolja, hogy a katonák örökösök lehettek, hanem azt is, hogy hagyatéki hitelezők is.

Gaius a katonák, mint örököstársak örökléséről az alábbiakat mondja:

Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset. (D. 29.1.17.-Gaius)

Ha a katonák meghatározott dolgot, vagy más városi telki szolgálmat, vagy kültelki szolgálmat, vagy több dolgot örökölnék érvényesen és köztük a részek nincsenek

¹⁰ Egyértelműen ezt fogalmazza meg a iustinianusi tankönyv is. (Inst. 2.12.)

¹¹ Jogunk nem engedi meg, hogy a nem katonai szolgálattal szerzett vagyona egyszerre legyen végrendeleti és törvényes öröklés. (D.50.17.7.-Pomponius). Ha valaki a fele vagyona nevez egyetlen örököst, ez a fele rész magában fogja foglalni az egész hagyatékot, mert ugyanaz a személy nem halhat meg részben végrendelet hátrahagyásával, részben végrendelet nélkül, kivéve a katonát, akinek végrendelkezésénél csupán akaratát nézzük. (Inst.2.14.5.)

pontosan meghatározva, mindenki a saját részét, úgy öröklí, mint az előhagyománynál. Ez azt jelenti, hogy a katonák a hagyományok kiadásánál a többi örököszt megelőzik ugyanúgy, mint az előhagyományos az örökösöket.

3. Összefoglalva a katonák öröklési és végrendekezési képességéről írtakat elmondható, hogy a katonák először Ceasartól kapták meg a formaságoktól mentes végrendekezés jogát, több átmeneti időszak után Traianustól lett a rescriptumok állandó eleme. Minden katonát megilletett ez a jog, még a fogyatékos is, amíg katona volt, de nem illette meg a hadifogságba esettet.

A katonákat a formaságoktól mentes végrendekezési jog akként illette meg, hogy ha önjogú volt akkor a teljes vagyonáról végrendekezhetett a katonai jog szerint, ha hatalomalatti volt, akkor csak a katonáskodással szerzett vagyonról.

A peculium castrensénél a végrendeleti és a törvényes öröklés nem zárta ki egymást, úgymint az egyéb hagyatéknaál. A katonák öröklési képessége azonos volt a civilekével.

III.

A katonák utáni öröklés

1. A katonák után öröklésre nagyjából ugyanazok a szabályok érvényesek, mint a civilek utánira, de annyi különbség még is csak van, hogy peregrinusokat és latinusokat is nevezhettek örökösül, vagy azoknak hagyományozhattak.¹²

Ide kapcsolódóan mondja Ulpianus:

Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex conditione vel in conditionem. (D.29.1.15.4.-Ulpianus)

A katona valakit bizonyos ideig örökösévé tehet, majd mást is az örökösévé tehet bizonyos feltétel bekövetkeztéig, vagy be nem következéig. Majd így folytatja:

Item tam sibi quam filio iure militari testamentum facere potest: et soli filio, tametsi sibi non fecerit: quod testamentum valebit, si forte pater vel in militia vel intra annum militiae decessit. (D.29.1.15.5.-Ulpianus)

Ugyancsak lehetséges a katonai jog szerint, hogy a katona végrendekezzen saját maga és fia javára , csak egyedül a fia javára, ez a végrendelet érvényes, de nem végrendekezhet csak saját maga javára, ha az apa meghal a katonai szolgálatban, vagy a katonai szolgálat megszűnését követő egy éven belül.

A forrásból egyértelmű, hogy a katona nem végrendekezhet saját maga javára és az is egyértelmű, hogy végrendekezhet csak a fia javára. Töprengésre ad okot a forrás azon része amely szerint a katonai jog szerint a katona végrendekezhet saját maga és fia javára. A forrás szövege problémás, értelmetlen a katona saját maga részére való végrendekezése, még ha csak részben történik is. Feltételezhető, hogy a kompillátorok

¹² Egyébként peregrinusok öröklését a civiljog kizárta, míg a latinok csak a lex Iunia szerint örökölhettek. (Gai.2.110.)

tévedésből kihagyták a “non” szócskát, mert a “non” szócska beírásával kaphat értelmet a forrás ezen része, tehát “a katona a katonai jog szerint nem végrendekezhet saját maga és fia javára.”¹³

Ulpianus azt írja, hogy ugyanaz a helyzet, ha megváltoztatja végrendeletét, de nem a katonáskodással szerzett vagyonról írtat, hanem az apjától érvényesen szerzetett, hogy azt más örökösre írassa:

Idem est, etsi de testamento mutando cogitavit, non quia adimere volebat castrensia bona heredi scripto, sed quia de paternis testari volebat et alium heredem scribere.

(D.29.1.13.-Ulpianus)

Az “ugyanaz a helyzet” kifejezéssel Ulpianus visszautal a D.29.1.11.2. alatti kázusra, amikor is ahhoz hasonlóan szintén érvénytelen lesz a végrendelet, ha a katona nem a saját a katonáskodással szerzett vagyonról írásban készített végrendeletét kívánja megváltoztatni, hanem az apjától érvényes végrendelettel örökölt vagyonra más személy öröklését kívánja. Nyilvánvaló, hogy a favor testamenti elvéből kiindulva az apa végrendeletét a fiú nem változtathatja meg. Ez sértené a semel heres semper heres elvét is, hiszen, ha már egyszer végrendelettel megörökölte az apja vagyonát, akkor utóbb azt megváltoztatva, másra át nem testálhatja, mert aki egyszer örökös lett az örökös is marad. Majd pedig így folytatja:

Sed si iam veteranus decessit, universa bona etiam paterna ad heredem pertinere castrensium Marcellus libro decimo digestorum scribit: neque enim iam potuit de parte bonorum testari. (D.29.1.13.1.-Ulpianus)

De ha akkor hal meg, amikor már veterán, Marcellus digestájának 10. könyvében azt írja, az apától örökölt vagyona és a katonáskodással szerzett vagyona is a végrendeleti örökösé lesz, még ha nem tudott végrendekezni róla akkor is.

Az előbbi kázust tovább folytatva mondja azt a jogtudós, hogy ha a katona a katonáskodással szerzett vagyonáról végrendekezett és az apjától örökölt vagyonról nem akkor a teljes hagyatéka a végrendeleti örökösé lesz. Ennek indoka az, hogy az apjától örökölt vagyonra az általános szabályok vonatkoztak és ennél csak egyfajta öröklés létezett, ha volt végrendelet, még ha abban nem is a teljes hagyatékról rendelkeztek, akkor is a teljes hagyatékban végrendeleti öröklés állt be. Az általános szabályok szerint a törvényes és a végrendeleti öröklés egymást kizárták.¹⁴

2. Majd tovább folytatja a deportáltak és a büntetésből rabszolgává lett személyek öröklésével:

Et deportati et fere omnes, qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt. sed si servum poenae heredem scribat, institutio non valebit: sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convallescere quasi nunc data hereditate. et generaliter in omnibus id poterit dici quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat

¹³ Ezt az értelmezést támasztja alá Tryphoninustól származó kázus, ahol a jogtudós szintén kizártnak tartja azt, hogy az örökhagyó saját maga javára végrendekezzen. (D.29.1.41.5.)

¹⁴ Paulus szerint: amíg hatályosulhat a végrendelet, addig nem örökölhet a törvényes örökös. (D.50.17.90)

vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui potuerit.
(D.29.1.13.2.-Ulpianus)

A deportáltak és a végrendekezési joggal nem rendelkező más személyek a katonák után örökölhetnek. Ha büntetésből rabszolgává lett személy van örökössé kinevezve ő a szerzésre nem képes, ha a halál időpontjában polgár volt, akkor szerzőképes, feltéve hogy az öröklési joga akkor még fennállt.

Általában elmondható, hogy a katonák után mindenki öröklőképes, ha a halál időpontjában öröklési joga fennáll. Tehát a katonák után ugyanúgy öröklőképes mindenki, mint a civilek után, ha öröklési joga megvan, kivéve a deportáltakat. A száműzetésre ítélt civilek után nem örökölhettek, mivel a száműzött római polgár peregrinussá lett¹⁵, katonák után azonban igen. A deportált elveszti polgárjogát, minden vagyonát, szabadságát megtarthatja, rá nem a *ius civile*, hanem a *ius gentium* vonatkozik. A deportálás rendszerint egy szigetre történik.¹⁶

A büntetésből rabszolgává lett személyek esetében nincsen különbség, hiszen a katonák után is csak akkor örökölhettek, ha az örökhagyó halála pillanatában polgárok voltak, tehát volt öröklési képességük, azaz nem voltak még rabszolgák. Egyébként szerzésre csak uruk számára voltak képesek, saját maguk javára nem.¹⁷

Azok a nők, akikre a szégyen gyanuja vetül Tryphoninus szerint nem örökölhetnek katonai végrendelet alapján sem, Hadrianus rescriptuma szerint:

Mulier, in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut divus Hadrianus rescripsit. (D.29.1.41.1.-Tryphoninus)

Ha valaki becstelenné vált nem lehetett olyan jogviszonyok alanya, vagy tanuja, amely bizonyos megbízhatóságot kívánt.

Papinianus azt az esetet tárgyalja, amikor a katona másra hagyja katonáskodással szerzett és megint másra nem katonáskodással szerzett vagyonát:

Miles castrensium et non castrensium diversis heredibus institutis postea castrensium bonorum alios heredes instituit. prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores contulerit: nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis unus heres scriptus fuisset. (D.29.1.36.1.-Papinianus).

Egy katona miután különböző örökösökre hagyta katonáskodással és nem katonáskodással szerzett vagyonát, utóbb más örökösökre hagyja katonáskodással szerzett vagyonát. Aztán úgy határoz, hogy a korábbi végrendeletéből kivesz egy részt és ugyanúgy áthelyezi egy későbbibe, ez nem változtat a helyzeten még akkor sem, ha egyetlen örökös örökölt volna a korábbi végrendelet alapján. A jogesetből egyértelműen

¹⁵ Gaius azt mondja: mivel pedig az, akit a *lex Cornelia* alapján száműzetésre ítélt elveszíti a római polgárságot, ebből következik, hogy mivel ilyen módon a római polgárok sorából törölték,..... (Gai.1.128)

¹⁶ A deportálás és a *relegatio* viszonyáról lásd bővebben Molnár I: A császárkori Róma büntetési rendszere Bérczi Imre Emlékkönyv, Szeged, 2000 372. p. és köv.

¹⁷ Gaius szerint:, amiből következőleg általa az ura lesz az örökös; ő maga ugyanis sem örökös sem szabad nem lehet. Ha egy idegen rabszolgát neveznek örökösül, ha ugyanazon körülmények között él tovább, ura parancsára köteles a hagyatékot elfogadni. (Gai. 2. 188.,189) Szintén így rendelkezik Iustinianus is. (Inst. 2.14.1.)

kitűnik, hogy mindig a katona utolsó akarata az érvényes öröklésnél. Ha később készít egy végrendeletet, akkor a korábbi automatikusan megdől. Ha a korábbi végrendeletének egy részét átteszi a későbbi végrendeletébe, ezzel nem a korábbi végrendeletének egy része válik újra érvényessé, hanem mint végső akarata.¹⁸

3. Ulpianus a rabszolgák öröklésével kapcsolatban két kázust ismertet:

Si servum proprium, quem liberum esse credidisset, miles heredem sine libertate insituit in ea conditione est, ut institutio non valeat. (D.29.13.3.-Ulpianus)

Ha egy katona saját rabszolgáját nevezi ki örökösének azt gondolván, hogy szabad, ha a szabadsága nincs meg, akkor öröklésre nem képes. A rabszolga jogképtelen így nem is örökölhet, tehát a végrendelet megdől. A tényleges állapot érvényesül, nem pedig a katona vélekedése.

Cum miles in testamento suo servo libertatem dederit eidemque et a primo et a secundo herede per fideicommissum hereditatem reliquerit, quamvis et primus heres et substitutus priusquam adierint hereditatem, mortem obierunt, non debere intestati exitum facere imperator noster cum divo Severo rescripsit: sed perinde habendum est, ac si eidem servo libertas simul et hereditas directo data esset, quae utraque ad eum pervenire testatorem voluisse negari non potest. (D.29.1.13.4.-Ulpianus)

Amikor egy katona végrendeletében felszabadítja rabszolgáit¹⁹ és hitbizományosaiként első és második helyen örökösévé teszi és a rabszolgák meghalnak mielőtt az örökséget megszerezték volna Severus császár rescriptumában azt mondja, bár a végrendeletnek nem kell megdőlnie, de az örökhagyó kétségtelenül azt akarta, hogy a rabszolgák egyszerre és közvetlenül szerezzék meg a szabadságot és az örökséget.

Ulpianus abból, hogy az örökhagyó a rabszolgákat csak a végrendeletében akarta felszabadítani következtet arra, hogy a szándéka arra irányult, hogy egyszerre szerezzék meg a szabadságot és az örökséget. Ha nem ez lett volna a szándéka, akkor már a végrendelet elkészítése előtt felszabadította volna őket és utána végrendeletkezett volna a javukra.²⁰

¹⁸ Gaius szerint:Egy, az előírtaknak megfelelően készített későbbi végrendelet lerontja az előzőt. Nem bír jelentőséggel, hogy annak alapján lett-e valaki örökössé, vagy nem lett..... ugyanis az első végrendelet érvénytelen, mert a második megdöntötte. (Gai. 2.144). Ugyanez a szabály található az Inst.2.17.2.-ben.

¹⁹ Ha a családfiú katona felszabadít egy rabszolgát, akkor a rabszolga az -általános szabályokkal ellentétesen- a fiú libertinusa lesz és nem az apjáié, Hadrianus egyik rescriptuma szerint. (D.38.2.22-Marcianus, D.37.14.8.- Modestinus)

²⁰ Gaius szerint a rabszolgát egyidejűleg szabadnak és örökössé is ki kell nevezni. Ha ugyanis a szabadság megadása nélkül nevezik ki örökössé, még ha utóbb az ura fel is szabadította nem lehet örökös, mert az ő személyét illetően az örökösnevezés nem áll meg. (Gai. 2.186-187). Iustinianus már Gaiustól eltérő álláspontra van: A saját rabszolgákat régebben sokak véleménye szerint csak szabadonbocsátással együtt lehetett jogérvényesen örökösül kijelölni. Ma ellenben már a szabadság megadása nélkül is ki lehet nevezni őket örökösnek constitutióink értelmében. Ezt pedig nem mint újítást hoztuk be, hanem egyrészt, mert igazságosabb volt, másrészt mert Paulus könyveiben, úgy a Massurius Sabinushoz, mint a Plautiushoz írottakban, említi, hogy Attilicinus ezt tartotta helyesnek. Az a rabszolga, kit ura a maga örökösévé tett, ha e viszonyában megmaradt, a végrendelet következtében felszabadul s szükségképpen örökös lesz.(Inst.2.14.)

21 Gaius szerint:Egykor szabad volt, hogy a libertinus büntetlenül mellőzze patrónusát végrendeletében. Ugyanis a XII táblás törvény végül is, csak akkor hívta meg a libertinus örökségéhez a patrónust, ha a libertinus végrendelet nélkül halt el és nem maradt utána suus heres. Ha tehát, bár végrendelet nélkül halt el a libertinus, de

4. Paulus a felszabadított utáni örökléssel kapcsolatban az alábbi kázust ismerteti:

Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, út omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem.

(D.29.1.37.-Paulus)

Ha a felszabadított katona két örököszt nevezett ki és az egyik nem örökölt, az örökhagyó akarata az, hogy a végrendelet részben megdőljön, mert egy katona részlegesen is tud örökölni és a bonorum possessio a felszabadított patronusa tarthat igényt, kivéve ha az örökhagyó kinyilvánította, hogyha az egyik örökös nem szeresheti meg az örökséget, akkor a teljes hagyaték a másiké legyen.

Itt arról van szó, hogy a libertinus végrendelete részben megdőlt és megdőlt részre beáll a törvényes öröklés, mert mint korábban látható volt, a katonáskodással szerzett vagyonban a végrendeleti és a törvényes öröklés nem zárta ki egymást. Ha a libertinusnak nem volt suus örököse, akkor a patronusa örökölt utána, mint törvényes örökös.²¹ De ha a libertinus azt kívánta a teljes vagyonában beállt a végrendeleti öröklés, csak a végrendeleti örökös örökölt. Eltérően az általános szabályoktól a libertinus katona végrendelet készítésével kizárhatta patronusát az öröklésből. A civileknél a patronust ilyen végrendelet esetében is megillette a kötelelésrész.

5. Ulpianus azt mondja, magától értődik, hogy ha a katonának csak egyetlen szükségképpen örököse van, ez hitelezőinek hátrányos:

In fraudem plane creditorum nec miles amplius quam unum necessarium facere poterit.
(D. 29.1.15.-Ulpianus)

A forrás két kérdést vet fel, az egyik, hogy miért volt hátrányos a hagyatéki hitelezőknek, ha csak egy örökös volt, a másik hogy ki a szükségképpen örökös. Azért volt hátrányos, mert az örökös a hagyatéki hitelezők felé saját vagyonával is felelt, felelőssége korlátlan (ultra vires hereditatis) volt. Azaz ha a hagyaték nem volt elegendő az örökhagyó hitelezőinek kielégítésére, akkor az örökös saját vagyona is fedezetül szolgált. Ezért, minél több örökös volt, annál nagyobb volt az esély a túl adósodott hagyaték hitelezőinek a követelésük megtérülésére.

Rómában az örökösöknek két csoportja volt a szükségképpen örökösök, akik az örökhagyó halálának pillanatában ipso iure örökösök lettek, ezt el sem háríthatták és a házonkívüli örökösök, akik csak akkor váltak örökössé, ha elfogadó nyilatkozatot tettek. A házon kívüli örökösök túl adósodott hagyaték esetén ha nem fogadták el az örökséget, így megmenekültek attól, hogy a saját vagyonuk is fedezetül szolgáljon, de a

suus herest hagyott maga után, hagyatékához a patronusnak semmi joga nem volt. És még ha természetes gyerekei közül hagyott is hátra suus herest, semmiféle panasszal nem lehetett élni.....

Ez okból később a praetori edictumban ezt a jogi méltánytalanságot helyesbítették. Ugyanis még ha végrendeletet készítene is a libertinus, azaz előírás, hogy úgy kell végrendelkezzék, hogy patronusára hagyja vagyonának a felét; ha viszont semmit, vagy kevesebbet, mint a felét hagyta, a patronusnak a fele részre megadják a bonorum possessio contra tabulas testamenti..... (Gai. 3.39-41.) Iustinianus ezen rendelkezéseket fenntartva a patronusnak járó kötelelésrész mértékét a libertinus vagyonának feléről annak egyharmadára leszállította. (Inst.3.7.3.)

szükségképpen örökösök, mivel mindenféleképpen örökösök lettek, ezt elhárítani csak akkor tudták, ha tartózkodtak a hagyaték átvételétől.²²

6. Gaius Julianusra hivatkozva a következőket mondja arra az esetre, hogyha egy katona után más személy öröklí a katonáskodással szerzett vagyont és más az egyéb vagyont:

Julianus etiam sit, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, út etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut ex quaqua causa debeatur militi, vel huic heredi, vel illi ipso iure debeatur. quod si alterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat et propter hoc is qui ex ea parte heres institutus est non adierit, alterum qui adisset compellendum esse aut defendere totam hereditatem aut totam creditoribus solvere. (D.29.1.17.1.-Gaius)

Julianus azt mondja, hogyha az egyik személy a katonáskodással szerzett vagyont öröklí, míg egy másik az egyéb vagyont, ezt úgy kell érteni, hogy a két örökség két személyé, ez annyira így van, hogy a katonai szolgálattal szerzett vagyont terhelő tartozásokért csak az ezt öröklő személy tartozik felelősséggel, míg az egyéb vagyont terhelő tartozásokért csak az egyéb vagyon szolgál fedezetül. Az bizonyos, hogy vannak a katonát terhelő tartozások és vannak a törvény erejénél fogva létrejött tartozások, amelyek a későbbi, vagy a korábbi örököse. Ha a felosztott vagyon nem fedezi a kifizetetlen adósságokat, akkor az az örökös, aki nem ezt a részt szerezte meg, az nem felelős, míg a másiktól kikényszeríthető keresettel teljes öröksége erejéig, vagy megfizeti a teljes tartozást a hitelezőknek.

Itt Julianusra hivatkozva Gaius egy olyan esetet ismertet, amikor a katona után a hagyatéknek két része van, a katonáskodással szerzett vagyon, illetve a nem katonáskodással szerzett vagyon. Ezt a két fajta vagyontömeget két személy öröklí. A két hagyatéki rész teljesen külön válik, a katonáskodással szerzett vagyont terhelő tartozásokért csak az ezt a vagyont öröklő örökös tartozik felelősséggel, míg a nem a katonáskodással szerzett vagyont terhelő tartozásokért csak az ezt öröklő örökös tartozik felelősséggel. Gaius szerint a nem az általa örökölt vagyont terhelő tartozásokért az örökös nem felelős, noha ugyanannak a katonának a hagyatékáról van szó. A felelős örökös két dolgot tehet, vagy kifizeti a tartozást, vagy keresettel hajtják be rajta az öröksége erejéig, azaz a felelőssége a hagyatéki tartozásokért korlátozott. A korlátozott felelősség iustinianusi beszúrás, hiszen Gaius (Gai. 2.158) korában még csak a korlátlan, ultra vires hereditatis felelősség volt ismert.

Ugyanakkor Marcellus a következőket mondja:

²² Gaius a szükségképpen és a házon kívüli örökösökről a következőket mondja: Azért hívják őket sui heredesnek, mert házon belüli örökösök és még atyjuk életében valamiképpen tulajdonosnak tekintik őket. Ebből következik, hogy ha valaki végrendelet nélkül hal el, az utódlásban az első hely a gyerekeket illeti. Necessariusoknak pedig azért mondják őket, mivel mindenképpen akár akarják, akár nem, ugyanúgy végrendelet nélkül, mint végrendelet alapján, örökössé válnak. A praetor azonban megengedi nekik, hogy tartózkodjanak az örökségtől, hogy így inkább az apjuk vagyonát árverezzék el..... (Gai.2.157-158). A többieket, akik nincsenek alávetve a végrendelező potestasának extranei heredesnek nevezik..... Az extraneus örökösöknek megadták a meggondolási lehetőséget arra nézve, hogy elfogadják-e az örökséget, vagy ne fogadják el. (Gai. 2.161-162.). Hasonlóan rendelkezik Iustinianus is (Inst. 2.19.2-3.5.)

Si secundum probabilem voluntatem militis hereditas eius non adeatur, nec res castrenses heredibus competunt. (D.29.1.32.-Marcellus)

Ha egy katona öröksége nem száll át feltehető akarata szerint, akkor a katonáskodással szerzett vagyon sem lesz az örököseié. A rendelkezés egyértelmű a katona akarata szerint hagyatéka csak akkor szállhat át, ha a végrendelete érvényes.

Ulpianustól származik az alábbi kázus:

Cum filius familias miles decessisset filio impubere herede instituto eique substituisset in avi potestate manenti tutoresque dedisset, divi fratres rescripserunt substitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere, quia hereditati quidem suae miles qualem vellet substitutionem facere potest, verum tamen alienum ius minuere non potest. (D.29.1.28.-Ulpianus)

Ha egy hatalomalatti meghal, miután serdületlenül megszerzett egy örökséget, az ő helyére kijelölt fia a gyámjává kijelölt nagyapja hatalma alatt marad, a császári rescriptum szerint az öröklés érvényes, de a gyámi kijelölés nem érvényes, mert egy katona biztosan nem akarhat olyan öröklést a hagyatékában, amelynek nyomán más az ő jogait csorbíthatja. Az unoka, mivel a nagyapja agnatiojában maradt, ezért felette a nagyapa apai hatalmat gyakorol. Ha még ő lenne az unoka gyámja is, akkor ő kezelhetné az unoka apja utáni örökségét. Ezért utal a rescriptum arra, hogy a nagyapa a halott fia jogait vagyonkezelésével csorbíthatná. Ezen a véleményen van Tryphoninus (D.29.1.41.2.) is.

7. Végül pedig álljon itt két jogeset a katonák utáni csalárd úton való öröklésre Ulpianustól majd Gaiustól.

Si quis se scribat heredem in testamento militis, non remittitur ei senatus consulti poena. (D. 29.1.15.3.-Ulpianus)

A jogtudós azt mondja, hogy ha valaki saját magát írja be örökösnek egy katona végrendeletébe egy senatusconsultum szerint a büntetéstől nem lehet eltekinteni. Ez az örökösnevezés mindenképpen érvénytelen hiszen nem az örökhagyótól származik.

Si pater a filio familias milite ex castrensi peculio heres institutus omissa causa testamenti aliquid ex peculio possidebit dolove malo fecerit, quo minus possideret, datur in eum legatorum actio. (D.29.1.17.3.-Gaius)

Ha az apa katona fia katonáskodással szerzett vagyonát, mintha örököse lenne, csalárd módon, vagy megtévesztéssel birtokba veszi, birtokát nem tarthatja meg és öröklési keresetet is adnak ellene. Itt arról van szó, hogy az apa fia végrendeleti felhatalmazása nélkül szerzi meg valamilyen meg nem engedhető módon a katonáskodással szerzett vagyonát, mintha neki örököse lenne.

8. Összegezve a fejezetben írtakat elmondható, hogy a katona hagyatékában az általános szabályoktól eltérően megállt egymás mellett a törvényes és a végrendeleti öröklés. Ha a katona katonáskodással szerzett vagyonát és a nem katonáskodással szerzett vagyont más és más személy örökölte, akkor a két hagyatéki rész teljesen elvált egymástól,

mindegyik örökös csak az általa örökölt részt terhelő hagyatéki tartozásokért felelt a teljes vagyonával egészen Iustinianusig, nála már csak az öröksége erejéig. A katonák után az általános szabályoktól eltérően a deportáltak is örökölhettek.

IV.

A katonai végrendelet személyi és időbeli hatálya

1. Nyilvánvalónak tűnik, hogy katonai végrendeletet csak katona készíthet, de kérdésként merül fel, hogy az aki belépett a hadseregbe, mikortól tekinthető katonának, azaz mikortól készíthet katonai végrendeletet. Erre a választ Ulpianus adja meg, amikor azt mondja:

Ex eo tempore quis iure militari incipit posse testari, ex quo in numeros relatus est, ante non: proinde qui nondum in numeris sunt, licet etiam lecti tirones sint et publicis expensis iter faciunt, nondum milites sunt: debent enim in numeros refferi.

(D.29.1.42-Ulpianus)

Egy ember attól az időtől kezdve kezdhet katonai végrendeletet készíteni, amikortól felcsapott katonának előtte nem, természetesen akkor sem, ha nem állt még be katonának, bár kiválogatták újoncnak és közköltségen utazott, de még nem katona, be kell állnia katonának.

A sorozás után az újoncokat kiképző táborokba küldték, de ők még nem voltak katonák, ezért katonai végrendeletet sem készíthettek, csak azután miután letették a katonai esküt²³.

Kérdésként merül fel, hogy a császári testőrség katonái a praetorianusok katonának tekintendők-e, vagy sem, készíthetnek-e katonai végrendeletet, vagy sem. Papinianus erről az alábbiakat mondja:

Filius familias equestri militia exornatus et in comitatu principum retentus cingi confestim iussus testamentum de castrensi facere potest (D.29.1.42-Papinianus)

Egy hatalomalatti akit felszereltek lovaskatonának, de visszatartanak a császári testőrségbe, ha táborba száll, végrendelkezhet a katonáskodással szerzett külön vagyonáról. Azaz a forráshelyből azt a következtetést lehet levonni, hogy a praetorianusok is csak akkor végrendelkezhetnek a katonai jog szerint, ha táborba szálltak, azaz ténylegesen harci feladatokat láttak el.²⁴

2. Az Ulpianustól származó alábbi töredék azt mutatja, hogy bizonyos rangú személyek nem végrendelkezhetnek a katonai jog szerint, s e szerint a provinciai helytartótól is megvonták ezt a jogot:

²³ Gáspár D.:Eskü a rómaiaknál és a sacramentum militiae Bp. 1982 45p.

²⁴ Iustinianus institúciói is csak akkor adják meg a katonának a katonai végrendelet készítésének a jogát, ha a tényleges szolgálatot látnak el és a katonai táborban vannak. (Inst.2.11.3.) Ha a hadjáratoktól távoli szolgálati helyen, vagy más helyen tartózkodnak akkor ők is az általános szabályok szerint végrendelkezhetnek (Inst.2.11.).

Rescripta principum ostendunt omnes omnino, qui eius sunt gradus út iure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur et illic decedant, quomodo velint et quomodo possint, testari, sive praeses sit provinciae sive quis alius, qui iure militari testari non potest. (D.29.1.44.-Ulpianus)

Egy császári rendelet azt mondja, hogy azok akik ilyen rangban vannak nem készíthetnek végrendeletet a katonai jog szerint, de készíthetnek úgy ahogy akarnak, illetve ahogy tudnak, ha őket ellenséges területen elfogják és ott meghalnak, ha az elfogott provinciai helytartó, vagy valaki más sem készíthet katonai végrendeletet.

Sajnos a forrás nagyon töredékes így nem tudjuk, hogy milyen rangú személyek azok, akik nem készíthetnek katonai végrendeletet csak akkor, ha ellenséges területen elfogják őket és ott meghalnak. Ebben az esetben csak találgatásokra vagyunk utalva. Talán olyan magas rangú tisztekről lehet szó, akik közvetlenül nem harcolnak a harcmezőn, így nem kerülhetnek olyan helyzetbe, amikor formáságoztól mentesen katonai végrendeletet készíthetnének. Ezt a magyarázatot támasztja alá az, hogy ha ellenséges területen elfogják őket és meghalnak akkor az általuk készített katonai végrendelet érvényes. Szintén ezt az értelmezést támasztja alá az, hogy a provinciai helytartó esetében sincs meg a katonai végrendelet készítésének a joga. Ugyanis a helytartó bár katonai jogköre volt, de tisztsége inkább volt politikai mint katonai.

Szintén Ulpianus a katonai végrendelet alapján megadott bonorum possessioval kapcsolatban (D.37.13.1.) azt mondja- az előbbiekkal egyezően- hogy az ellenség fogságába esett személyeknek az a kívánságuk, hogy a katonai jog szerint végrendelkezessenek, ezért a császári rescriptumok gyakran megadták nekik ezt a jogot. Ez a forrás sem szól arról, hogy kik voltak ezek a személyek. Majd így folytatja:

Item nauarchos et trierarchos classium iure militari posse testari nulla dubitatio est. in classibus omnes remiges et nautae milites sunt. item vigiles milites sunt et iure militari eos testari posse nulla dubitatio est. Si quis militum ex alio numera translatus sit in alium, quamvis et hinc sit exemptus et illo nondum pervenerit, tamen poterit iure militari testari: est enim miles, quamvis in numeris non sit. (D.37.13.1.1-2- Ulpianus)

Ugyanakkor a jogtudós szerint nem kétséges, hogy a kormányos és hajós katonák végrendelkezettek a katonai jog szerint. A vigilek is katonák, ezért ők is készíthetnek katonai végrendeletet. Ha a katona átkerül egy másik katonai egységbe vagy csak át akar kerülni, akkor is végrendelkezhet a katonai jog szerint hiszen katona.

A forrás rendelkezései egyértelműek. Kétkedés csak a vigilekkel kapcsolatban merülhet fel. Ők Róma városában a rendre felügyeltek. Nem voltak harcoló alakulat, még is a forrás katonának tekinti őket. Ennek csak az lehet az oka, hogy a rendfenntartást ugyanolyan fontos feladatnak tekintették, mint a katonáskodást.

A katonai végrendelet személyi hatályához kötődik Marcellus következő fragmentuma:

Titius priusquam tribunus legionis factus esset, testamentum fecit et postea cinctus manende eodem defunctus est: quaero, an militis testamentum videatur esse. Marcellus respondit: testamentum quod ante tribunatum fecisset, nisi postea ab eo factum dictum esse probaretur quod valere vellet, ad commune ius pertinet: constitutionibus enim

principum non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt confirmatur: sed plane fecisse testamentum eum interpretandum est, qui se velle testamentum quod ante fecerat valere aliquo modo declaravit. (D.29.1.25-Marcellus)

Titius mielőtt tribunus lett készített egy végrendeletet, aztán megkapta tiszti kinevezését, majd mint tribunus halt meg. Kérdésem, hogy végrendelete katonai végrendelet-e. Marcellus szerint a végrendelet, amit a tribunatus előtt készített az általános szabályok alá esik, kivéve ha bebizonyosodik, hogy utólag valamit változtatott rajta, vagy ha úgy tűnik azt akarta, hogy érvényes legyen. A császári rendeletek által annak tekintettek valójában nem azok, de azok a katonák által érvényesen készítették, sőt azok is amelyeket a katonák előbb készítették, de érvényes végrendeletnek jelentettek ki. Marcellus álláspontja az adott kérdésben világos, hiszen Titius még civilként készítette végrendeletét, tehát az általános szabályok szerint érvényes. Ha utólag a tribunatus alatt változtatott rajta, akkor már mint később készített végrendelet érvényes és mivel azt katonaként készítette, ezért az katonai végrendeletként érvényes. De ha nem változtatott rajta, azonban olyan magatartást tanúsított, amely szerint érvényesnek tekintette, akkor halálakor ez mint katonai végrendelet érvényes.²⁵

A jogeset tisztázása után Marcellus felsorolja a katonai végrendelet három fajtáját: az első csoportba azok a katonai végrendeletek tartoznak, amelyek nem azok, de a császári rendeletek talán méltányosságból, vagy jutalomképpen annak minősítettek, a második csoportba a katonák által készített katonai végrendeletek tartoznak, a harmadikba pedig amelyet a katonák a katonáskodás előtt készítették, de a szolgálatba lépés után érvényesnek jelentettek ki.

3. Macer a becstelenség miatt elbocsátottak végrendeletéről az alábbiakat mondja:

Testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, statim desinunt militari iure valere, quod anni spacium testamentis eorum, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, tribuitur. ius testandi de castrensi, quod filiis familias militantibus concessum est, ad eos, qui ignominiae causa missi sunt, non pertinet, quod hoc praemii loco merentibus tributum est. (D.29.1.26.-Macer)

Azok katonai végrendeletének érvényessége, akiket közvetlenül becstelenség miatt bocsájtottak el megszűnt, de azoké nem akiket az első évben tisztességből, vagy alkalmatlanság miatt bocsájtottak el. Az a végrendelet, amelyben a becstelenség miatt elbocsájtott hatalomalatti katonáskodással szerzett vagyonáról rendelkezett nem kapta meg ezt a kedvezményt, mert ezt csak azok kapták meg, akik ezt meg is érdemelték.

A katona háromféleképpen hagyhatta ott a hadsereget, amikor a szolgálati idejét kitöltötte, vagy alkalmatlanság miatt bocsájtották el, vagy bűncselekmény elkövetése miatt lett elbocsátva²⁶. A forrás szerint a becstelenség miatt elbocsátottak végrendelete érvénytelenné vált, mintegy büntetésből. Majd meg is magyarázza, hogy miért, azért

25 Iustianus institúciói ugyanezen a véleményen vannak (Inst.2.11.4.)

26 Macer szerint az elbocsátásnak 3 általános oka van: a tisztesség, a betegség és a becstelenség. A tisztesség, amely biztosítja a katonaidő kitöltését. A betegség, amikor megállapítják, hogy szellemi, vagy testi hibája miatt katonáskodásra alkalmatlan. A becstelenség oka, amikor valakit bűncselekmény elkövetése miatt mentenek fel a katonai esküje alól. A becstelenség miatt elbocsájtott nem tartózkodhat Róma városában és nem vehet részt vallási mentekben. Ha nem becstelenség miatt bocsájtják el, akkor a becstelenség hátrányait nem kell elviselnie. (D.49.16.13.3.-Macer)

mert csak annak jár ez a kedvezmény, aki ezt megérdemli. Így jár azoknak, akik alkalmatlanság miatt, vagy tisztességes úton távoztak a hadseregből. Aki a katonai szolgálatra alkalmatlan, annak valamilyen testi, vagy szellemi hibája van, például a harc közben elveszthette valamelyik testrészét, vagy olyan sérülést szenvedhetett, amely alkalmatlanná tette a további szolgálatra. De sebesülés miatt akár ép eszét is elveszthette. Ezek az emberek Rómáért harcoltak így az a méltányos eljárás, ha a katonai végrendeletük a szolgálat megszűnésétől számított 1 évig érvényes marad. Ugyancsak érvényes marad azok végrendelete is, akik kiszolgálták katonai idejüket, itt a kedvezmény jutalomként illette meg őket.

4. A katonai végrendelet a katonai status megszűnését követő 1 évig még érvényes volt. Ezt olvashatjuk az alábbi forráshelyen Paulustól:

Quod dicitur, si miles intra annum quam missus est decesserit, valere eius testamentum quod iure militari fecerat, verum est, etiamsi post annum condicio institutionis exstiterit, mortuo eo intra annum. et ideo si heredi filio substituerit, nihil interest, quando filius moliatur: sufficit enim patrem intra annum obisse.

(D. 29.1.38.-Paulus)

Ha egy katona a szolgálatból történt elbocsájtásától számított egy éven belül meghal a katonai jog szerint készített végrendelete érvényes, ez még akkor is igaz, ha a megszerzés feltétele egy év után sem lett teljesítve, mert a fia meghalt 1 éven belül. Ezért, ha a fiának helyettes örökösöt nevez, nem baj ha a fia meghal, elégséges, hogy az apa meghaljon 1 éven belül.

Mint látható, a katonai végrendelet nem lesz érvénytelen ha a katonai status megszűnését követő 1 éven belül az öröklés ugyan megnyílik, de az örökséget az örökös nem szerzi meg. Tehát a katonai végrendelet a katonai status megszűnését követő egy éven túl sem dől meg, ha az örökség megnyílása 1 éven belül megtörténik, azért mert a megnyílás idején a katonai végrendelet még érvényes volt. Ha van olyan személy aki képes az öröklésre, akár mint helyettes örökös , a végrendelet még 1 éven túl sem dől meg, de ha ilyen személy nincs, akkor természetesen érvénytelen lesz.²⁷ Africanus szerint eltúlzott ez a kedvezmény:

Quod constitutum est, ut testamentum militiae tempore factum etiam intra annum post missionem valeret, quantum ad verba eius ad eos dumtaxat qui mitti solent id beneficium pertinere existimavit: secundum quod neque tribunos aut ceteros, qui successoribus acceptis militare desinunt, hoc privilegium habituros.

(D.29.1.21.-Africanus)

A császár rendelete szerint a katonai szolgálat alatt készített végrendelet érvényes marad a leszerelés utáni évig, túl hosszú ez az érvényességi idő, a kedvezményt általában csak a leszerelésig kellene megadni, ezen szabálynak megfelelően a tribunosokat is és másokat is, akik leszerelni jönnek a táborba a kedvezmény megillet. Africanus tehát

²⁷ Ezt a kedvezményt Iustinianus is fenntartotta:S az a végrendelet, amelyet a táborban nem az általános szabályok, hanem a maguk módja szerint csináltak, elbocsátásuk után csak egy évig érvényes. Mi történjék azonban akkor, ha egy éven belül meghal a végrendeletkészítő, de az örökös számára megszabott feltétel csak egy év után lépett életbe? Vajon mint katonai végrendelet lesz-e ez érvényes? A döntés úgy szól, hogy érvényes, mint katonai végrendelet (Inst. 2. 11.3.)

vitatja a kedvezményt, abból az elvből kiindulva, hogy katonai végrendeletet csak katona készíthet és csak addig lehet érvényes, mint katonai végrendelet, amíg az örökhatározó katona.

5. Ha a katona a szolgálata alatt készít egy végrendeletet, majd leszerel és később újra katonának áll, kérdésként merül fel, hogy a korábbi szolgálat idején készített végrendelete érvényes marad-e a későbbi szolgálat idején. Paulus erre a következőket válaszolja:

Miles testamentum fecerat, deinde non ignominiae causa missus rursus cinctus est in alia militia: quaerebatur, an testamentum eius, quod in militia fecerat, valeret. Quaesivi, utrum iure militari an communi iure testatus est. et si quidem communi iure testatus est, nulla dubitatio est quin valeat. sed si ut miles fecisset testamentum, agitare coepi, quando adsumptus fuisset, postquam desiit in numeris esse, utrum intra annum an post annum: cognovi intra annum eum adsumptum. ergo si cum adhuc iure militari valeret, rursus eodem iure posset testari, numquid etiam post annum eo mortuo valeat testamentum? me movebat, quod alia militia est posterior: sed humanius est dicere valere testamentum, quasi coniuncto munere militiae. non loquor de eo, qui voluit valere testamentum etiam adsumptus: hic enim quasi in militia sequenti fecit testamentum exemplo eius, qui paganus fecit, deinde militare coepit.

(D.29.1.38.1.-Paulus)

A jogtudós a feltett kérdésre azt mondja, hogy az első szolgálat idején készített végrendelet érvényes, de kérdés, hogy a katonai jog szerint, vagy az általános szabályok szerint készítse-e el. Azt tanácsolja, hogy az általános szabályok szerint készítse el, mert akkor biztosan érvényes lesz, hiszen az általános végrendeletnek szigorú alakosságai voltak, ha az elkészített végrendelet ennek megfelel, akkor a formátlan katonai végrendeletnek is megfelel. Ha az első szolgálat alatt készített egy katonai végrendeletet, akkor azt tanácsolja, hogy a második szolgálatba lépéskor egy éven belül készítse el újra, mert ha elkészíti egy éven belül, akkor a katonai jog szerint érvényes lesz, de ha nem és 1 éven belül meghal, akkor a végrendelet érvénytelen lesz. Majd megváltoztatja véleményét és azt mondja, hogy a második szolgálat alatt is érvényes lesz a végrendelet, mert humánusabb a katonai szolgálat szakaszait együttesen figyelembevenni.

Tehát nem kell újra elkészíteni a katonai végrendeletet, mert bár amikor leszerelt a katonai végrendelet a leszerelés után 1 év múlva érvénytelen lett, de méltányosságból, ha a katona a második szolgálat alatt nem készít másikat, akkor úgy tekinti mintha az akarata semmit sem változott és elismeri a korábban készített végrendelet érvényességét, de ennek feltétele, hogy a katona másodsorra is szolgálatba lépjen.

A fenti jogeset alapján a következő megoldások lehetségesek. Ha a katona az első szolgálati ideje alatt az általános szabályok szerint készít végrendeletet, az időbeli korlát nélkül érvényes lesz függetlenül attól, hogy katona, vagy már leszerelt. Ha az első szolgálati ideje alatt készít egy katonai végrendeletet majd kilép a szolgálatból és meghal ez a végrendelet a leszerelést követő egy évig érvényes. Ha a leszerelést követően egy éven túl hal meg, akkor a végrendelet már nem érvényes. Ha a leszerelést követően újra szolgálatba lép akkor a leszerelést követő 1 év múlva a végrendeletnek meg kellene dőlnie, de méltányosságból érvényes marad, mert úgy tekintik, hogy ha a katona nem változtatott rajta, akkor a végakarata sem változott meg.

Nem illeti meg ez a méltányossági kedvezmény azokat, akik azt akarták, hogy végrendeletük újra érvényes legyen miután újat készítettek. Itt érvényesül az általános szabály, hogy mindig az utolsó végrendelet az érvényes, mert az tartalmazza az örökhatóság aktuális akaratát. Nem illeti meg továbbá ez a méltányosság azt sem, aki a második szolgálata alatt készítette a végrendeletet, tehát ha a második szolgálata megszűnt, akkor 1 év múlva ez a végrendelet is érvénytelen lesz.

Végül azt sem illette meg, aki civilként készített egy végrendeletet és belépett a szolgálatba. Ezt azért nem illette meg, mert nincs rá szükség. A civilek végrendeletének szigorú alakosságai voltak, azaz ha a végrendelet az általános szabályok szerint érvényes, akkor a katonai végrendeletre vonatkozó szabályok szerint is, mert a többiben a kevesebb benne foglaltatik.

6. Összefoglalva a katonai végrendelet személyi és időbeli hatályáról mondottakat megállapíthatjuk, hogy katonai végrendeletet csak katona készíthet, az aki már letette a katonai esküt. Katonának tekintették a vigileket is.

A praetorianusok, a császári testőrség tagjai akkor készíthetnek katonai végrendeletet, ha táborba szálltak, azaz tényleges harci feladatokat láttak el. Bizonyos rangú tiszték nem készíthettek katonai végrendeletet, csak akkor, ha ellenséges területen elfogják őket és ott később meghalnak.

A katonai végrendelet a katonai status megszűnését követő 1 évig érvényes, ha a leszerelés nem becstelenség miatt történt. De ha a katona újból szolgálatba lép, akkor az előző szolgálat idején készített végrendelete érvényes marad, mert méltányosságból a katonai szolgálat idejét együttesen veszik figyelembe.

V.

A katonai végrendeletre vonatkozó speciális szabályok

1. A katonai végrendeletre speciális szabályok vonatkoztak Gaius alábbi forráshelye szerint:

De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novitex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari. (D.29.1.2.-Gaius)

A proconsul kiadott egy edictumot a katonák végrendeletének elkülönítéséről, mert jól tudta a császári rendeletekből, hogy a katonák végrendeletére speciális rendelkezések vonatkoznak. A speciális szabályok jórészt azért térnek el az általános szabályoktól, mert a katonai végrendeletnél a jog több kedvezményt biztosít, mint az általános végrendeletnél.

Így például Papinianus szerint a katonák még ha tudnak is írni mellőzhetik:

Milites enim ea dumtaxat, quae haberent scriptis, relinquunt. (D. 29.1.12.-Papinianus)

Azaz a katonai végrendelet szóban is érvényes. Az írásbeliség a végrendelet tartalmának bizonyítására a legalkalmasabb forma, mellőzésének azonban két praktikus oka lehetett. Az egyik a célszerűség, hogy a katona a harctéren csata előtt, vagy a harc közben, vagy utána esetleg sebesülten gyorsabban és egyszerűbben tudjon végrendelkezni. Nagyon megnehezíthette volna a végrendelkezést az írásbeliség kötelezettsége, hiszen az egyszerű katonák felszerelése között nem igen volt papírusz és írószerszám.

A másik oka az írásbeli forma mellőzésének pedig az lehetett, hogy a katonák egyrésze nem tudott írni, tőlük ezért az írásbeliség megkövetelése elvette volna a végrendelkezési jog gyakorlásának lehetőségét. Ezért a célszerűség került előtérbe a bizonyítás megkönnyítésével szemben.

Szintén az alakszerűség mellőzhetőségére utal Florentinus töredéke:

Divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit: "Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intellegi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura et a non militantibus fieri potest. si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem et cui libertatem tribuere: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus et voluntas eius rata habenda est. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: "ego te heredem facio" aut "tibi bona mea relinquo", non oportet hoc pro testamento observari. nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti: alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona cui visum sit, et per hoc iudicia vera subvertuntur". (D.29.1.24.-Florentinus).

Traianus az alábbi rescriptumot intézte Statilius Severushoz: " A katonáknak az a privilégiuma, hogy az általuk készített végrendelet a régi szokás szerint érvényes, azt úgy kell érteni, hogy annak kell bebizonyítva lenni, hogy tényleg végrendelkeztek; amit írás nélkül még a nem katonák is csinálhatnak . Az a katona, kinek vagyona ügyében előtted a per folyik, ha a végből, hogy végakarátának tanúi legyenek, összehívott emberek előtt kinyilvánította , hogy kit akar örökösenek, kinek hagyományoz szabadságot, tekinthető úgy, mint aki írásbafoglalás nélkül végrendelkezett és az akarata érvényesülni fog. Például , ha gyakran mondja azt a katona valakinek, hogy " örökösömmé teszek", vagy " rád hagyom a vagyonom", ezt nem kell végrendeletnek tekinteni. Hiszen senkinek nincs inkább érdekében, mint éppen azoknak, kiknek ez a privilégium adva van, hogy a hasonló eseteket ne ismerjük el, mert így a katona halála után könnyen felléphetnének tanúk, akik azt állítanák, hogy hallották mikor ez kijelentette, hogy erre meg arra hagyja a vagyont és az igazi szándék megmásítattnék."²⁸

A Florentinus által idézett császári rescriptum bizonyítja, hogy a katonáknál tényleges igény volt a katonai végrendelet, mint privilegizált végrendeleti forma létezésére. A forrás újfent megerősíti, hogy a katonai végrendelet érvényességéhez az írásba foglalás nem volt feltétel. Utána a császár kioktatja Statilius Severust, hogy milyen esetekben kell a katona kijelentéseit végintézkedésnek tekinteni. Ezek után pedig kiderül, hogy a katona végrendelkezési szándékának komolynak kell lennie, ha csak azt mondja

²⁸ Iustianus tankönyve ezt a rescriptumot ugyanezen szavakkal tartalmazza (Inst. 2.11.1.)

valakinek, hogy örökösévé teszi, hogy rá hagyja a vagyonát, ha az erre irányuló akarata nem tűnik egyértelműnek, akkor nem lehet végrendeletnek tekinteni, de ha vannak tanúk, akiket a katona azzal a céllal hívott oda, hogy hallják végakarátát, akkor az ilyen kijelentés végrendeletnek tekintendő. Viszont ha a katona halála után jelentkeznek bizonyos személyek, hogy ők hallották, hogy az elhalt kire kívánta hagyni vagyonát, ezt nem lehet végrendeletként értékelni, mivel ezeknél a személyeknél nem bizonyítható állításuk valóságosága. Amikor a katona kifejezetten maga kéri fel társait, hogy hallják az ő végakarátát, itt egyértelműen megállapítható a katona végakarata, de ha a katona nem nyilatkoztatta ki egyértelműen, hogy végrendeletnek, de társai jelentkeznek, hogy hallották végakarátát, itt a bizonyosság nem egyértelmű, végrendeletként nem elfogadható.

2. Ulpianus és Marcellus szerint voltak olyan szabályok is, amelyek mind a civilek, mind a katonák végrendeletére vonatkoztak:

Bonorum possessionem ultra tempora edicto determinata nec militis posse adgnosci Papinianus libro quarto decimo quaestionum scribit, quia generalis est ista determinatio. (D.29.1.15.6.-Ulpianus)

Papinianus azt írja a kérdésekről szóló 14. könyvében, még a katona sem szeresheti meg a bonorum possessiót az edictumban meghatározott időn túl, mert az erre nyitva álló idő általánosan van meghatározva.²⁹ Azaz a praetor csak az edictumában rögzített idő alatt utalja be a hagyaték birtokába az örökölni szándékozót, még ha katona akkor is, mert ez az általános öröklési szabály a katonákra is vonatkozik. Szintén általános szabály érvényesüléséről ír Marcellus:

Edictum praetoris, quo iusiurandum heredibus institutis legatariisque remittitur, locum habet etiam in militum testamentis, sicut etiam si fideicommissis: idemque si turpis esset condicio. (D.29.1.29.2-Marcellus)

A praetori edictumban foglalt, az örökség megszerzéséhez szükséges elfogadó nyilatkozat vonatkozik a katonai végrendelet alapján szerző hagyományosokra, a hitbizományosokra, akkor is ha a feltétel csalárd volt. Tehát a katonai végrendelet alapján a hagyományos és a hitbizományos is csak akkor szerzi meg a hagyományt, illetve a hitbizományt, ha az általános szabályok szerint elfogadó nyilatkozatot tesz.³⁰ Az elfogadó nyilatkozat szükségességéről folyó vita Gaius idejére nyugvópontra jutott és a communis opinio szerint az elfogadó nyilatkozat szükséges, amely akár ráutaló

²⁹ Justinianus tankönyve szerint: A praetor a bonorum possessio megadására záros határidőt állapított meg. A vérszerinti és örökbefogadott gyermekeknek, valamint az édes és örökbefogadó szülőknek 1 évet, a többieknek 100 napot. (Inst. 3.9.9.-10.)

³⁰ Gaius szerint vitatott volt a két klasszikus kori iskola között, hogy a dologi hagyománynál kell-e elfogadó nyilatkozatot tenni, vagy sem: A jogtudósok egyedül abban térnek el egymástól, hogy Sabinus és Cassius, valamint a többi tanítómesterünk szerint, amit így hagyományoztak, arról az tartják, hogy az örökség elfogadása után azonnal a hagyományos lesz, még ha nem is tud arról, hogy neki hagyományoztak. De ha ezt később megtudja és nem tart igényt a hagyományra, olyan mintha nem is történt volna hagyományozás. Nerva viszont és Proculus, valamint a másik iskolának többi jogtudósai úgy vélik, hogy másként nem lesz a dolog a hagyományosé, csak ha akarja, hogy az az övé legyen. Ma azonban már az isteni Antoninus Pius rendelete alapján úgy tűnik, inkább azzal a jogi megoldással élünk, amit Proculus részesített előnyben. (Gai.2.195)

magatartás is lehet. Marcellussal szemben Gaius nem említi a hitbizományt.³¹ Szintén az általános szabályok vonatkoztak csalárd feltétel esetén.

3. Majd Marcellus így folytatja:

Patri eius, qui in emancipatione ipse manumissor exstittisset, contra tabulas testamenti dandam bonorum possessionem partis debitae placet exceptis his rebus, quas in castris adquisisset, quarum liberam testamenti factionem habet:

(D.29.1.29.3-Marcellus)

Az apának, aki fia felett felszabadítás útján elvesztette hatalmát végrendelet ellenére való öröklés alapján meg kell kapja a köteles részét, kivéve azt a vagyont amit a fiú katonáskodással szerzett, mert arra szabad végrendelkezési joga van. A forrás szerint az apa, mint anyagilag mellőzhetetlen az emancipált fia hagyatékából kötelesrészre tarthat igényt, de ez nem vonatkozik a fiú azon különvagyonára, amit katonáskodással szerzett. Azaz a kötelesrész a katonáskodással szerzett vagyonnál nem érvényesül. Szintén ez a véleménye Paulusnak egy császári rescriptumra hivatkozva:

nam in bona castrensia non esse dandam contra tabulas filii militis bonorum possessionem divus Pius Antoninus rescripsit. (D.29.1.30.-Paulus)

4. Tryphoninus az általános szabályokkal egyezően szól arról, hogy a katona nem tud gyámot rendelni annak, aki más hatalma alatt áll:

Nec tutorem ei, qui in aliena est potestate, miles dare potest.

(D.29.1.41.2.-Tryphoninus)

A felmenők a gyerekeiknek, akik hatalmuk alatt állottak végrendeletileg gyámot rendelhettek. A fiú- és lányunokáknak is lehet gyámot rendelni, ha a végrendelkező halála után nem jutottak vissza apjuk hatalma alá. Ha a fiú apja halála pillanatában az apja hatalma alatt volt, akkor a tőle való unokáknak a nagyapa végrendeletében nem rendelhet gyámot, mert halála után az unokák apjuk hatalma alá kerülnek (Gai. 144. 146).

5. Összegezve a katonai végrendelet speciális szabályait a következő megállapításokat tehetjük: a császári rendeletek mindig megerősítették a katonai végrendelet privilegizált voltát, s olyan végrendeleteknek is megadták a privilégiumot, amelyet nem a katonai szolgálat alatt készítettek.

A katona a peculium castrenséjéről, a katonáskodással szerzett vagyonáról szabadon végrendelkezhetett és arra nem vonatkoztak az anyagi mellőzhetetlenség szabályai. Ugyanakkor a katonai végrendelet alapján szerző hagyományosnak és hitbizományosnak az általános szabályok szerinti elfogadó nyilatkozatot kellett tennie. Érvényesültek a praetori edictumban a csalárd feltétel esetére kialakított szabályok is.

³¹ Gaius részletesen tárgyalja a hagyomány és a hitbizomány közötti különbségeket (Gai.268-289). Iustinianus egységesítette a hagyomány és a hitbizomány szabályait. (Inst.2.20.3.) Ezek után már érthető, hogy Gaius miért nem, illetve a marcellusi töredék a Digestában miért említi a hitbizományt az elfogadó nyilatkozat- tal kapcsolatban.

VI.

A katonai végrendelet érvénytelensége

1. Bár a katonai végrendeletre a jog kevesebb előírást tartalmazott, mint az általános szabályok szerint készítetténél, mégis több olyan esettel is találkozunk, amikor a katonai végrendelet, valami miatt érvénytelen lett, de olyannal is amikor az általános végrendelet megdőlt, míg a katonai nem.

A kázusok ismertetését kezdjük egy ilyen, Ulpianustól származó forrással:

Qui iure militari testatur etsi ignoraverit praegnatem uxorem vel non fuit praegnas, hoc tamen animo fuit, ut vellet quisquis sibi nascetur exheredem esse, testamentum non rumpitur. (D.29.1.7.-Ulpianus)

Ha a végrendelező a katonai jog szerint készít végrendeletet és nem tudja, hogy a felesége állapotos volt vagy nem volt állapotos és azt kívánja, hogy a méhmagzat ne örököljön utána, ettől a végrendelet nem lesz érvénytelen.

A forrás alapján több jogi megoldás lehetséges. Ha a katona nem tudja, hogy felesége állapotos és ezért nem említi meg végrendeletében a méhmagzatot, a végrendelet az általános szabályok szerint érvénytelen, mivel mellőzhetetlen postumusa születik. Ha tudja, hogy felesége állapotos és azt kívánja, hogy a méhmagzat ne örököljön akkor a végrendelet, az általános szabályoktól eltérően, érvényes marad.³²

Postumus alatt nemcsak azok a személyek értendők, akik az örökhagyó halála után születtek, hanem a végrendelet elkészítése után születettek, valamint azok az unokák is akik a végrendelet elkészítése után váltak önjogúvá.³³

Marcellus szerint ugyanez lesz a helyzete az örökbefogadott unokának, aki a családfiú helyén örököl.

Idem est et si adrogaverit filium neposque successerit in locum filii.

(D. 29.1.8.-Marcellus)

Az örökhagyó által örökbefogadott unoka, aki a családgyerek helyére kerül, ugyanabba a helyzetbe jut, mint a nasciturus, mert szintén alakilag mellőzhetetlen, ezért az általános

³² Iustinianus institúciói is így rendelkeznek: Ha a hadjáratban résztvevő katona végrendeletet tesz és nem tagadja ki névszerint már megszületett, vagy születendő gyermekeit, ámbár tudomása van létezésükről, hanem hallgat róluk a császári constitúciók értelmében hallgatása a névszerinti kitagadással egyenértékű lesz. (Inst. 2.13.6.)

³³ Gaius szerint: Utószülöttek helyzetében lévőknek tekintendők, azok akik egy suus heres helyébe következvén, mintegy odaszületve válnak szüleiknek suus heredesévé. Amint ha egy fiút és egy tőle való fiú, vagy lányunkát potestas alatt tartok, mivel a fiú fokozatban előbbre van, egyedül őt illeti meg a suus heredesi jogosultság, annak ellenére, hogy a tőle való fiú- és lányunoka is ugyanazon potestas alatt áll. Ha azonban a fiam még az én életemben meghal, vagy bármilyen más okból kikerül a potestasomból, a fiú- és a lányunoka ettől kezdődően az ő helyére lépnek és ílymódon a sui heredes jogát, mintegy odaszületéssel megszerzik. (Gai.2.133) Ugyanígy rendelkezik a iustinianusi tankönyv is (Inst. 2.13.2.)

szabályok szerint örökössé kell nevezni, vagy ki kell tagadni³⁴, de a jog itt is a katona akaratát helyezi előtérbe.

Ulpianus két újabb esetet említ, amikor ugyanez a jogi megoldás születik:

Idemque erit dicendum et si nato filio vivo se maluit eodem testamento durante decedere: nam videtur iure militari refecisse testamentum: ut est rescriptum a divo Pio in eo qui, cum esset paganus, fecit testamentum, mox militare coepit: nam hoc quoque iure militari incipiet valere, si hoc maluit miles. (D.29.1.9.-1.- Ulpianus)

Ugyanez a helyzet, ha az örökhagyó életében fia születik és mielőtt a katona meghal nem változtatja meg végrendeletét, vagy a katonai jog alapján ugyanolyat készít. A helyzet azért ugyanaz, mint az előző két esetben, mert a méhmagzat, ha élve születik a családgyerek pozíciójába kerül, ugyanúgy az örökbefogadott unoka is.

Szintén ez a jogi megoldás Pius császár rendelete szerint, ha civilként készít valaki egy végrendeletet majd belépett a hadseregbe és a katonai jog hatálya alá kerülve azt fenntartotta.

Papinianus a postumusokkal kapcsolatban az alábbiakat mondja:

Miles in supremis ordinandis ignarus uxorem esse praegnatam ventris non habuit mentionem. post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit neque legata deberi. si qua vero medio tempore scriptus heres legata solvisset, utilibus actionibus filiae datis ob improvisum casum esse revocanda nec institutum, cum bonae fidei possessor fuerit, quod inde servari non potuisset, praestare.

(D.29.1.36.2.-Papinianus)

Egy katona, aki amikor a végintézkedést tette nem tudta, hogy felesége terhes, nem említette meg születendő gyermekeit. Amikor a lány született az apja már meghalt, nyilvánvaló, hogy a végrendelet érvénytelenné válik és a hagyományrendelések is megdőlnék. De ha ez idő alatt a hagyományok ki lettek adva a lányt megilleti egy utánképzett kereset a juttatás visszaszerzésére az előre nem látható esemény miatt, de ha a szerző jóhiszemű birtokos, nem felel semmiért, a lány a juttatást nem tudja visszaszerezni.³⁵

Mint látható Papinianus szerint ha a katonának postumusa születik, akkor a végrendelete megdől és a hagyományokat sem kell kiadni. Ha már kiadták, akkor a lányt öröklési kereset illeti meg a hagyományok visszakövetelésére. Ha a hagyományos jóhiszemű birtokos, azaz azt hiszi, hogy a hagyomány vagyontárgyait jogszerűen birtokolja, akkor nem kell visszaadnia azokat.

Majd később szintén a postumusokkal kapcsolatban azt mondja:

Centurio secundo testamento postumos heredes instituit neque substitutos dedit: quibus non editis ad superius testamentum se redire testatus est. cetera, quae secundo

³⁴ Gaius szerint: Ha valaki a végrendelet elkészítése után fogadott örökbe egy fiút, akár a nép által egy olyat, aki sui iuris volt, akár a praetor közben jöttével egy olyat, aki atyja hatalma alatt állott, ezzel mindenképpen megdől a végrendelet, mintha csak suus heres született volna még oda. (Gai. 2.138.) Ugyanígy rendelkezik a iustinianusi tankönyv is (Inst.2.13.4.)

³⁵ Paulus szerint: azonos jogcím esetén a birtokos helyzete kedvezőbb (D.50.17.128.)

testamento scripsit, esse irrita placuit, nisi nominatim ea confirmasset ad priorem voluntatem reversus. (D.29.1.27.-Papinianus)

Ha a százados postumusai szerzik meg az örökséget egy második végrendelet alapján helyettes örökösök hiányában, ő azt mondja végrendeletében, hogy ha ők nem születnek meg akkor érvényesüljön az első végrendelet. Megállapítható, hogy a második végrendelet marad érvényben, kivéve ha kifejezetten kinyilvánítja, hogy korábbi akaratát kívánja érvényre juttatni.

Tehát itt arról van szó, hogy a katona a második végrendeletében a postumusokat nevezte örökösévé, ez ebben a korban már lehetséges volt, míg a korábbi időkben incerta personákat nem lehetett örökössé nevezni. Majd úgy rendelkezett, hogy ha a postumusok nem születtek meg, akkor a korábbi végrendelete érvényesüljön. De ez nem lehetséges, mivel a későbbi végrendelet a korábbit megdöntötte, azonban, ha ezt kifejezetten kívánta, akkor így lesz.³⁶

Nézzük meg egy harmadik jogtudós, Tertullianus mit mond erről:

Si filius familias miles fecisset testamentum more militiae, deinde post mortem patris postumus ei nasceretur, utique rumpitur eius testamentum. verum si perseverasset in ea voluntate, ut vellet adhuc illud testamentum valere, valiturum illud, quasi rursum aliud factum, si modo militaret adhuc eo tempore quo nasceretur illi postumus.

(D.29.1.33.-Tertullianus)

Ha egy hatalomalatti katonaként a katonai szabályok szerint készít végrendeletet és miután az apja meghalt egy postumusa születik, a végrendelet biztosan érvénytelenné válik. De ha neki az az akarata, hogy érvényes legyen, akkor a végrendelet érvényes lesz, mintha megcsinálta volna újra, feltéve hogy ő még katona volt amikor a postumusa született.

Tertullianus szerint, ha a katona akarata arra irányul, hogy a végrendelete a postumus mellözése esetén is érvényes legyen, akkor érvényes lesz. Hozzáteszi, de csak akkor, ha katona volt, amikor a postumus megszületett.

Ebből látszik, hogy ez csak a katonáknak járó kedvezmény volt. A három jogtudós egybevágó véleménye alapján el kell fogadnunk, hogy a katonai végrendeletet a mellözött postumus születése nem dönti meg, ha a postumus születéséről az örökhagyó tud és azt akarja, hogy ne örököljön. De ha nem tud postumusa születéséről, akkor az általános szabályok érvényesülnek és a végrendelet megdől.

Tertullianus a postumusokkal kapcsolatban további három jogesetet ismertet:

³⁶ Gaius azt mondja: Egy, az előírtaknak megfelelően készített későbbi végrendelet lerontja az előzőt. Nem bír jelentőséggel, hogy annak alapján lett-e valaki az által örökössé, vagy nem lett; csak arra kell tekintettel lenni, hogy lehetett volna-e. (Gai. 2.144) Ezzel szemben iustinianus institúciói már a papinianusi álláspontot képviselik:Érvényes a másodikként tett végrendelet is, még ha csak meghatározott dolgokra van is abban örökös kijelölve, éppúgy mintha az illető dolgokról nem is történt volna benne említés; de a kinevezett örökös köteles lesz arra, hogy- megelégedve a neki juttatott dolgokkal , illetőleg a lex Falcidia alapján kiegészített hagyatéki negyeddél- az örökséget adja ki azoknak, akik a régebbi végrendeletben ki vannak jelölve; mindez azért, mert a második végrendelet szavaiban kétségtelen módon kifejezésre van juttatva az örökhagyó akarata, hogy a korábbi végrendelet érvényben maradjon. (Inst.2.17.3) Bár a tényállás más, de az tisztán látható, hogy ha az örökhagyó akarata erre irányul, akkor a korábbi végrendelet is érvényes lehet, míg Gaiusnál ez kizárt.

Sed si filius familias miles fecisset testamentum, deinde postea vivo eo et adhuc avo quoque superstitie nasceretur ei postumus, non rumpitur eius testamentum, quia cum id quod nasceretur in potestate eius non perveniret, non videtur suus heres adgnasci: ac ne avo quidem suo hunc nepotem postumum, cum vivo filio nasceretur suum heredem protinus adgnasci et ideo nec avi testamentum rumpi, quoniam, licet in potestate avi protinus esse inciperet, tamen antecederet eum filius. (D.29.1.33.1.-Tertullianus)

Ha a hatalomalattinak, aki katonaként készít egy végrendeletet, még életében születik egy postumusa, de az apja túléli őt, az ő végrendelete nem válik érvénytelenné, mert a postumus nem kerül apai hatalma alá, a suus heres nem kerül az agnatiójába, miként ez a fiú életében született postumus bekerül a nagyapja agnatiójába és annak suus herese lesz és a nagyapa végrendelete sem válik érvénytelenné, mert ő a nagyapja hatalma alá került közvetlenül és a fiú sohasem előzte meg őt.

A jogtudós jogi okfejtése helytálló, hiszen a fiú életében születik egy postumusa, akit nem említett meg a végrendeletében. Az örökhagyó fiút apja, a postumus nagyapja túléli. Mivel a postumus születésekor a nagyapa még él, ezért neki lesz apai hatalma az unoka felett, az ő agnatiójába kerül be és nem az örökhagyóéba. Ezért nem lesz az örökhagyó mellőzhetetlen suua, mert a nagyapa suusa lesz. A nagyapa végrendelete dől meg mondja a jogtudós, de csak akkor nem, ha a nagyapa végrendeletét az unoka születése után készítette és megemlítette, mert akkor neki már nem lesz postumusa.

Secundum quae si filius familias miles testamentum fecerit et omiserit postumum per errorem, non quod volebat exheredatum, deinde postumus post mortem avi vivo adhuc filio id est patre suo natus fuerit, omnimodo rumpet illius testamentum. sed si quidem pagano iam illo facto natus sit, nec convalescet ruptum: si vero militante adhuc natus fuerit, rumpetur, deinde, si voluerit ratum illud esse pater, convalescet sic quasi denuo factum. (D.29.1.33.2.-Tertullianus)

E szerint, ha egy hatalomalatti készít katonaként egy végrendeletet és tévedésből nem említi meg benne postumusát és nem azért, mert nem akarta, hogy örököljön és utána megszületik postumusa nagyapja halála után, de még az apja életében, ez érvénytelenné teszi a végrendeletet. De ha akkor születik, amikor az apja már civil lett, a végrendelet, amely érvénytelen nem tehető érvényessé, de ha a postumus akkor születik, amikor az apja még katona, a végrendelet érvénytelen, de ha az apja akarja, érvényes lesz, úgy mintha újra elkészítette volna.

A kázus abban különbözik az előzőtől, hogy az örökhagyó tévedésből nem említi meg a postumust és a postumus születésekor az apja még él, de az ő nagyapja már halott. Mivel a postumus az apja agnatiójába kerül az ő hatalma alá, ezért neki lesz a suusa és a végrendelet megdől. Ha a postumus apja az ő születésekor már leszerelt, akkor a végrendelet mindenképpen érvénytelen, ha még katona és azt kívánja, akkor a végrendelete érvényes lesz, mintha újra megcsinálta volna, mert ez a privilégium a katonákat megillette.

Sed et si vivo avo nascatur postumus, hic non rumpet continuo patris testamentum: si supervixerit post mortem avi vivo adhuc patre, rumpet, quod novus illi nunc primum

heres adgnascitur: ita tamen, ut numquam possit duorum simul testamenta rumpere et avi et patris.
(D.29.1.33.3.-Tertullianus)

De ha a postumus még a nagyapja életében születik, ez az apja végrendeletét nem fogja közvetlenül érvénytelenné tenni, ha ő túléli a nagyapját, még az apja életében, akkor érvénytelenné teszi azt, mert utólag egy első sorban öröklő új örökös került az agnatióba, de ilyenkor sohasem lesz egyszerre mind a kettő, az apa és a nagyapa végrendelete érvénytelen.

Ha a postumus még a nagyapja életében születik, akkor az ő hatalma alá kerül és az apja végrendelete nem lesz közvetlenül érvénytelen, ha túl éli a nagyapját, de még az apja él, akkor bekerül annak agnatiójába és mellőzhetetlen suusa lesz és az apja végrendeletét érvénytelenné teszi. De vagy a nagyapját, vagy az apját fogja érvénytelenné tenni a kettőt egyszerre nem, mert ha a nagyapa meghal az ő végrendeletét a postumus léte nem dönti meg, mert neki nem lesz suusa, ugyanis az unoka az apja hatalma alá kerül.

Tertullianus fragmentumai a katonai végrendelet kapcsán kimerítően tárgyalják a postumussal kapcsolatos jogi problémákat.

2. Ulpianustól származó, korábban már idézett forrás szerint (D.29.1.15): a hagyatéki hitelezőkre hátrányos, ha a katonának csak egy szükségképpen örököse van, majd a jogtudós így folytatja:

Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest. denique si cancellaverit testamentum suum vel inciderit, nullius erit momenti: si tamen testamentum cancellaverit et mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate. et ideo cum miles induxisset testamentum suum, mox anulo suo signasset, qui super ea re cogniturus erit considerabit, quo proposito id fecerit: nam si mutatae voluntatis eum paenituisse probabitur, renovatum testamentum intellegitur: quod si ideo, ne ea quae scripta fuerant legi possint, causa irriti facti iudicii potior existimabitur.

(D.29.1.15.1.-Ulpianus)

De, ha ez a pusztá akarata megteheti. Ezentúlmenően, ha érvényteleníti, vagy megváltoztatja végrendeletét, az érvénytelenné válik. De ha érvényteleníti végrendeletét és azt kívánja, hogy az érvényes legyen, akkor érvényes lesz, mert ez az utolsó akarata. Ha a katona visszavonja végrendeletét és utána lepecsételi azt gyűrűjével, a végrendelet végrehajtója alaposan vizsgálni köteles, hogy ő mit akart tenni. Ha bebizonyosodik, hogy második szándéka akarata megváltozását jelenti, akkor a végrendelet megújítottnak kell tekinteni.

Ha az amit leírtak olvashatatlan, akkor az hatástalan, ami a jogban erősebb megítélésű. A forrás jól mutatja, hogy a végrendelet végrehajtója, a cogniturus a végrendelet érvényességét nagyon körültekintően volt hivatva vizsgálni. A jogtudós utolsó gondolata jogilag helytálló. Ugyanis, ha a végrendelet olvashatatlan, akkor az érvénytelen lesz, mert tartalmát nem lehet megállapítani, az írásbeli forma nem érvényességi kellék, csak a bizonyítást könnyíti meg. Ilyen esetben a végrendeletnek nem lesz joghatása, nem örökölnék a végrendelet alapján.

A megállapíthatatlan tartalmú végrendelet akár utólagosan, akár eredetileg érvénytelen lehet. Ha például a harc közben halálosan megsebesült katona két otlévő katonatársa előtt nyilvánítja ki végakarátát, akik később a harcban maguk is elesnek, akkor a

végrendelet érvényesen létrejött, de utóbb nem lesz joghatása, mert a tartalma nem megállapítható. Eredetileg lesz érvénytelen a katonai végrendelet, ha a csatazaj miatt a két másik katona nem érti meg, hogy a halálosan sebesült mit mondott. Ilyenkor a végrendelet érvényesen létre sem jön.

3. Ezek után Ulpianus így folytatja:

Testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, iure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, divus Pius rescipit. (D.29.1.15.2.-Ulpianus)

Pius császár rescriptumában az áll, hogy ha a katona azelőtt készít végrendeletet, mielőtt belépett a hadseregbe, a katonai jog szerint ez érvényes, ha a szolgálat közben meghal és ez nem ellentétes a katona akaratával.

A forrás alapján két variáció lehetséges. Az egyik, hogy a katona a katonáskodása előtt a civilekre vonatkozó szabályok szerint készít végrendeletet, ezt tanácsolja Paulus is (D.29.1.38.1.), itt nincs probléma, mert ha a végrendelet a szigorúbb szabályoknak megfelel, akkor privilegizált katonai végrendeletként is érvényes. A második esetben a katona a katonai szolgálata előtt katonai végrendeletet készít és azt miután belépett a hadseregbe, nem változtatta meg, akkor úgy tekintették, mintha az lenne az akarata, hogy ez a végrendelet érvényre juthasson, kivéve ha valamilyen körülmény folytán az ellentétesnek látszik a katona akaratával.

Hasonló tényállású jogesetnél Julianus a következőket mondja:

Cum aliquis facto testamento militare coeperit, id quoque testamentum, quod ante quam militare coeperit fecerat, aliquo casu intellegitur militiae tempore factum, veluti si tabulas inciderit et legerit testamentum ad rursus suo signo signaverit, amplius si et aliquid interleverit perduxerit adiecerit emendaverit: quod si nihil bonorum inciderit, testamentum eius ad privilegia militum non pertinebit. (D.29.1.20.1.-Julianus)

Amikor valaki, aki csinált egy végrendeletet, megkezdte katonai szolgálatát, a végrendeletet, amelyet katonai szolgálata megkezdése előtt készített, bizonyos körülmények között úgy kell tekinteni, mintha a katonai szolgálata alatt készült volna, például ha elvágja a végrendeletet, majd felolvassa azt és lepecsételi a pecsétjével, továbbá ha kitöröl még valamit itt is ott is, áthúz valamit vagy hozzátesz vagy kijavít, de ha semmi változás nem lesz, akkor a végrendelet nem lesz privilegizált.³⁷

Julianus látszólag más véleményen van, mint Ulpianus, mert szerinte a katonai szolgálat előtt készített végrendelet, csak akkor lesz katonai végrendelet, ha a katona magatartása azt igazolja, hogy ő maga azt katonai végrendeletként is fenntartja. Valójában a két jogtudós véleménye nem ellentétes egymással, mert Ulpianus röviden annyit mond, hogy a császári rescriptum szerint, akkor lesz a végrendelet katonai, ha ez nem ellentétes a katona akaratával. Julianus pedig arra mutat rá, hogy melyek azok a konkrét magatartások, amelyekből a katona ilyen irányú szándéka világlik ki. Azaz az Ulpianus által kimondott elméleti szabály érvényesülésére Julianus mutat rá a gyakorlatban.

³⁷ A iustinianusi tankönyv ezzel kapcsolatban a következőket mondja: Sőt, ha valaki bevonulása előtt nem szabályszerűen csinált végrendeletet és katonasága alatt a hadjárat folyamán felbontja azt, s valamit hozzáír, vagy töröl belőle, vagy más módon kétségtelenül megállapítható a katonának arra irányuló akarata, hogy ez az írás érvényes legyen, azt kell mondanunk, hogy a végrendelet érvényes a katona újabb akaratából kifolyólag. (Inst.2.11.4.)

Papinianus rokon tényállású ügyben, a korábbi végrendelet újbóli érvényességéről a következőket mondja:

Miles iure communi testatus postea testamento iure militiae super bonis omnibus facto post annum militiae vita decesserat: prioris testamenti, quod ruptum esse constabat, non redintegrari vires constitit. (D.29.1.36.4.-Papinianus)

Ha a katona az általános szabályok, majd a katonai jog szerint is végrendelezik az egész vagyonáról és a katonai szolgálat befejezését követő egy éven belül meghal, egyértelműen megállapítható, hogy a korábbi végrendelete érvénytelen és azt megerősítéssel visszaállítani nem lehet.

Mivel az általános szabályok szerint készített végrendeletnek szigorú alakiságai voltak, ha az utóbb megdőlt, azt visszaállítani nem lehet, csak a megfelelő alakiságok betartásával újra el lehet készíteni. Míg, a fenti jogesetektől jól láthatóan, a katonai végrendelet az örökhagyó ez irányú szándékának egyértelmű kinyilvánításával visszaállítható. Mivel a katonai végrendelet alakiságoktól mentes volt így a visszaállításhoz elegendő volt az örökhagyó ilyen irányú szándékának kinyilvánítása. 4. Paulusnak a gyorsírással készített végrendeletről a következő véleménye van:

Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit et antequam litteris praescriberetur, vita defunctus est: quaero, an haec dictatio valere possit. respondi militibus, quoquo modo velint et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur. (D.29.1.40.-Paulus)

Lucius Titius katona lediktálta végrendeletét titkáranak, aki gyorsírással jegyezte le azt és meghalt mielőtt teljes formájában leírhatta volna. Kérdés, hogy a lediktált szöveg érvényes végrendelet-e. Véleményem az, hogy meg kell a katonáknak adni azt a jogot, hogy úgy készítsék el a végrendeletüket ahogy akarják, illetve ahogy tudják, mindig intézkedni kell törvényes bizonyíték bemutatásáról, hogy valóban úgy történt.

Amint látható a jogtudós következetes, mert a gyorsírással leírtakat is érvényes végrendeletnek tekinti. Meg is indokolja, hogy miért, mert a katonák úgy tehetnek végrendeletet ahogyan akarnak, mindenféle alakiság nélkül. A gyorsírással csak egy gond lehet, hogy nehézséget okozhat a végrendelet tartalmának megállapítása, de ez az érvényességet nem érinti. A végrendeletnek akkor lehet joghatása, ha a tartalma kétséget kizáróan megállapítható, ezért mondja Paulus, hogy törvényes bizonyíték bemutatásáról mindig gondoskodni kell. Majd így folytatja:

Idem respondit ex testamento eius, qui iure militari testatus esset, servum, qui licet sub condicione legatum meruit, etiam libertatem posse sibi vindicare.

(D.29.1.40.1.-Paulus)

Ugyanaz a véleményem, ha egy végrendeletet a katonai jog szerint készítenek el és a rabszolga hagyományrendelésnek köszönheti szabadságát.

Tehát a katonai végrendeletben tett rabszolgafelszabadítás hagyományrendelés formájában is érvényes.

5. Továbbiakban a kétértelmű végrendeleti rendelkezésről szól:

Idem respondit: Lucius Titius miles testamentum ita fecit: "Pamphila serva mea ex asse mihi heres esto": alio deinde capite Sempronio commilitoni suo eandem Pamphilam reliquit, cuius fidei commisit, ut eam manumitteret: quaero an heres esset Pamphila atque si directo accepisset libertatem. respondi intellegendum militem, qui ancillam suam heredem instituerat, ignorasse posse ex ea institutione etiam libertatem ei competere et ideo sine causa postea a commilitone petisse, ut eandem manumitteret: cum ex priore scriptura libera et heres effecta est, postea nullo praeiudicio voluntati facto frustra legata est. (D.29.1.40.2.-Paulus)

Ugyanezt tanácsolhatom, amikor Lucius Titius készít egy végrendeletet a következők szerint: " Pamphila nevű rabnőm legyen minden vagyonom örököse", aztán egy másik helyen ugyanazt a Pamphilát Sempronius bajtársára hagyja hitbizományként, hogy szabadítsa fel a rabnőt. Kérdés, hogy Pamphila örökös lesz-e és megszerzi-e közvetlenül a szabadságot. Szerintem a rendelkezést úgy kell érteni, hogy a rabnő az örökös és nem lehet úgy értelmezni, hogy a szabadság megszerzése egy cselekménytől függne, ezért nincs ok arra, hogy megkérje egy harcostársát, hogy szabadítsa fel a rabnőt, mivel a rabnő megkapta a szabadságot és ő az örökös is a korábbiakban írtak szerint. A későbbi rá vonatkozó hagyomány érvénytelen³⁸, ez nem okozza az örökhagyó akaratának csorbítását.

Itt a végrendelet kétértelműségéről van szó és mivel a többben a kevesebb benne foglaltatik, ezért helyes a jogtudós álláspontja. Az örökhagyó akarata arra irányult, hogy a rabnő örökölje minden vagyonát. Mivel az akarata ez volt a rabnő a szabadságot már az örökhagyó halála pillanatában megszerzi az örökséggel együtt, így nincs arra szükség, hogy őt Sempronius felszabadítsa. Tehát a hagyományrendelés okafogyott, ezért érvénytelen.

A jogeset utolsó félmondatában fogalmazza meg a jogtudós azt az alapelvet, amelyet irányadónak tekintett jogi véleménye kialakításánál, azaz az örökhagyó akarata ne csorbuljon.

6. Marcianus szerint a katona statusváltozása a végrendelete érvényességét nem érinti:

Miles filius familias si capite minutus fuerit, vel emancipatus, vel in adoptionem datus a patre suo, testamentum eius valet quasi ex nova voluntate. (D.29.1.22.-Marcianus)

Ha a családgyerek katona családi állapota változik, vagy felszabadítják, vagy apja örökbeadja, végrendelete érvényes marad, mintha ez lenne az ő új akarata.

A hatalomalatti családi statusa két féleképpen változhatott, vagy önjogú lett, mert apja emancipálta, vagy átkerült egy másik családfő hatalma alá, mert a saját apja örökbeadta. Az első esetben statusa nőtt, mert hatalomalattiból önjogú lett, míg a második esetben

³⁸ A iustinianusi tankönyv szerint a lehetetlen feltételt az örökösnevezésnél, a hagyomány-, vagy hitbizományrendelésnél és felszabadításnál úgy kell tekinteni, mintha írva sem lenne. (Inst.2.13.10) Már pedig itt lehetetlen feltételről van szó, mert ha Pamphila felszabadult és örökös lett, akkor őt már nem lehet másra hagyományozni.

nem változott, mert hatalomalatti volt és az is maradt. Mindkét esetben a katonai végrendelete érvényes maradt, mert úgy tekintették, mintha ez lenne az ő új akarata.³⁹ Tertullianus ugyanerre a megállapításra jut ha a katona paterfamilias végrendelezik a katonáskodással szerzett vagyonáról, majd még katonaként örökbefogadtatja magát, de ha ez már a leszerelés után történik a végrendelet nem lesz érvényes.

Idem et si pater familias miles de castrensibus rebus dumtaxat testatus adrogandum se dederit: si vero missus iam hoc fecerat, non valet testamentum.

(D.29.1.23.-Tertullianus)

Ha a paterfamilias még katonaként fogadtatja örökbe magát, akkor a katonai végrendelete érvényes marad, csak annyi történik, hogy önjogából hatalomalatti lesz. Viszont, ha leszerelés után teszi ezt, akkor már ez a kedvezmény nem illeti meg, hiszen már nem katona.⁴⁰

7. A katona öngyilkossága a katonai végrendeletet nem teszi érvénytelenné Papinianus szerint:

Eius militis, qui doloris inpatientia vel taedio vitae mori maluit, testamentum valere, vel intestati bona ab his qui lege vocantur vindicari divus Hadrianus rescripsit.

(D.29.1.34.-Papinianus)

Hadrianus rendelete szerint annak a katonának a végrendelete, aki inkább meghalt, mert nem bírta tovább a fájdalmat, vagy belefáradt az életbe, érvényes, de ha végrendelet hátrahagyása nélkül halt meg, akkor vagyona a törvényes öröklés szabályai szerint száll át.

Tehát a katonai végrendelet érvényességét az nem befolyásolja, hogy az örökhagyó önkeze által halt-e meg, vagy sem. Ha nincs végrendelet beáll a törvényes öröklés.⁴¹ Majd a jogtudós így folytatja:

Militia missus intra annum testamentum facere coepit neque perficere potuit: potest dici solutum ita esse testamentum quod in militia fecit, si iure militiae fuit scriptum: alioquin si valuit iure communi, non esse iure rescissum. (D.29.1.34.1.-Papinianus)

Akit elbocsájtottak a hadseregből egy éven belül elkezdte végrendeletét készíteni, de nem fejezte be, mondhatjuk azt, hogy a végrendelet akkor katonai végrendelet, ha a katonai jog hatálya alatt írták, ellenkező esetben az általános szabályok szerint érvényes, ha nem érvénytelenítették törvényesen.

³⁹ Iustinianus institúciója szerint: Végül, ha a katonát arrogálják, vagy mint családfiút emancipálják, végrendelete, mint katonai végrendelet, az ő újabb akaratából folyólag érvényes, s nem tekintendő capitis deminutio folytán érvénytelenné válnak. (Inst.2.11.5.)

⁴⁰ Gaius szerint:..... Ugyanis, ha azért vált érvénytelenné a végrendelet, mert mondjuk a végrendelező polgárságát, vagy szabadságát elvesztette, vagy valakivel örökbefogadtatta magát és halála idején örökbefogadó apjának potestasa alatt állt, a kinevezett örökös nem kérheti a bonorum possessio secundum tabulast. (Gai.2.147). Iustinianus institúciója szerint is, ha a végrendelező capitis deminutiót szenved a végrendelet megdől. (Inst.2.17.4.6.)

⁴¹ Gaius az öröklésnek két fajtáját jelöli meg, amely egyben sorrendiség is: az öröklések kétféleképpen illelhetnek meg bennünket: végrendelet alapján, vagy végrendelet nélkül. (Gai.2.99.)

A jogtudós szerint csak a katonák készíthetnek katonai végrendeletet, akit elbocsájtottak, még ha egy éven belül el is kezdi elkészíteni végrendeletét csak az általános szabályok szerint lesz érvényes, ha nem vonták törvényesen vissza.

A csak részben elkészült katonai végrendelet, illetve a több részben elkészült katonai végrendelet érvényességét szintén Papinianus tárgyalja:

Miles si testamentum imperfectum relinquat, scriptura quae profertur perfecti testamenti potestatem optinet: nam militis testamentum sola perficitur voluntate: quique plura per dies varios scribit, saepe facere testamentum videtur.

(D. 29.1.35.-Papinianus)

Ha egy katona nem teljes végrendeletet hagy maga után, az írásnak amelyet elkészített ugyanolyan ereje van, mintegy kész végrendeletnek.⁴² Egy katonai végrendelet akkor teljes, ha a maga egészében tartalmazza a katona akaratát és ha úgy írta, hogy egyes részeit több, különböző napon, akkor sűrűn nyilatkoztassa ki, hogy végrendeletet készít. A jogtudós szerint a végrendelet akkor teljes, ha a maga egészében tartalmazza a katona akaratát. Általában ha írásbeli végrendeletet készítettek, akkor azt egyszerre, egybefüggően készítették el, de nem kizárt, hogy a végrendelet egyes részeit különböző napokon készítsék el, ilyenkor a félreértések elkerülése végett célszerű sűrűn kinyilatkoztatni, hogy az irat a katona végrendelete.⁴³

9. Szintén Papinianustól származik a végrendelet visszavonását tárgyaló alábbi kázus is:

Veteranus moriens testamentum iure communi tempore militiae factum irritum esse voluit et intestatus esse maluit. heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit, legata vero petentes exceptione doli mali secundum ius commune summoveri, cuius exceptionis vires ex persona petentis aestimantur: et alioquin potior est in re pari causa possessoris. (D.29.1.36.3.-Papinianus)

Egy haldokló veterán az általános szabályok szerint a szolgálati idő alatt készített végrendeletét megsemmisítette és kinyilvánította a törvényes öröklés iránti akaratát. Ki lehet jelteni, hogy az örökösök és a helyettes örökösök ugyanabban a helyzetben maradtak, de azok akik a hagyományért perelnek távollathatók az általános szabályok szerinti megtevesztés kifogásával. Ezen kifogás a peres fél személyére vonatkozik, egyébként ha másban egyenlőek a birtokos az erősebb.

A végrendelet utólagos érvénytelenségének egyik esetét tárgyalja a jogeset, amikor az örökhagyó visszavonja azt. A jogtudós szerint az örökösök és a helyettes örökösök ugyanabban a helyzetben maradnak, ez pedig csak akkor lehetséges, ha az örökhagyó a törvényes örökösait nevezte örököséivé a végrendeletben, mert ha a végrendeletét visszavonja, akkor is a törvényes örökösai örökölnék csak az öröklés jogalapja fog

⁴² Iustinianus institutioi szerint az általános szabályok ezzel ellentétesek: hogyha valaki előbbi végrendelete megtétele után másikat kezdett csinálni és akár közbejött halála miatt, akár mert ezt ismét megbánta, nem fejezte be azt, divus Pertinax császár oratiojában ki van mondva, hogy az előző jogszerűen alkotott végrendelet ne legyen érvénytelenné, hacsak az utóbbi nem jutott szabályszerű kifejezésre. A be nem fejezett végrendelet kétséget kizáróan semmis. (Inst.2.17.7.)

⁴³ Iustinianus institutioi szerint: Nincs jelentősége annak, hogy a végrendeletet táblákra, papírra, hártályapokra, vagy más anyagra írják-e. Ugyanazt a végrendeletet több példányban is le lehet írni, csak hogy mindegyiket a fennálló szabályok szerint kell szerkeszteni. (Inst.10.12.pr.)

változni. Ugyanez áll a helyettes örökösökre is. A perlekedő hagyományosokkal szemben az örökösök, illetve a helyettes örökösök a megtevesztés kifogásával tudnak védekezni.

Kérdésként merül fel, hogy milyen szituációban nyer a perben a birtokos, ezt a jogtudós már részleteiben nem fejt ki. De előállhat ez a helyzet, ha például az egyik hagyományos már birtokba lépett és őt perli be a másik hagyományos, akkor mivel jogcíme egyiknek sincs, akkor a birtokos lesz az erősebb, mivel valójában egyik sem hagyományos, mert a végrendelet a visszavonás folytán érvénytelen lett. Ezért a birtokló fél fog nyerni a másikkal szemben.

10. Paulus a fictio legis Corneliae hatását vizsgálja a végrendelet érvényességére az alábbiakban amikor azt mondja:

Si filius familias miles captus apud hostes decesserit, dicemus legem Corneliam etiam ad eius testamentum pertinere. sed quaeramus, si pater eius prius in civitate decesserit relicto nepote ex filio, an similiter testamentum patris rumpatur. et dicendum est non rumpi testamentum, quia ex eo tempore, quo captus est, videtur decessisse.

(D.29.1.39-Paulus)

Ha egy katona hatalomalattit elfognak és a fogságban meghal, mi azt tartjuk, hogy végrendeletére a lex Corneliát alkalmazni kell.⁴⁴ De ha a nagyapa meghal mielőtt az unoka elveszti polgárjogát az apja miatt, a nagyapa végrendelete egyszerűen megdől? Azt kell mondanunk, hogy a végrendelet nem dől meg, mert a hatalomalattit halottnak kell tekinteni, amikortól fogságba esett.

Ha nem ismernénk a fictio legis Corneliae rendelkezését, akkor a fenti jogi megoldás igencsak vitatható lenne. A hadifogságba esett római polgárokat a római jog rabszolgáknak tekintette, de emiatt utánuk nem lehetett volna örökölni, mert a rabszolga jogképtelen. Ezért egy lex Cornelia kimondta, hogy a hadifogságba esett római polgárt, ha ott meghalt, úgy kellett tekinteni, mintha élete utolsó szabad pillanatában halt volna meg.

A jogeset első mondatát különösebben értelmezni nem kell, az előzőekben leírtak miatt alkalmazni kell a lex Corneliát. Bonyolultabbnak látszik a helyzet akkor, ha a nagyapa végrendeletet készít a fia javára és meghal mielőtt a fia a hadifogságban meghalt volna, ekkor az unoka már nem tudna az apja után örökölni, mert rabszolga után nincs öröklés. De mivel az apát úgy tekintették, mint aki élete utolsó szabad pillanatában halt meg ezért a nagyapa végrendelete nem dőlt meg és mint szabad római polgár után a fia örökölhét az apja után.

11. Összefoglalva a katonai végrendelet érvénytelenségéről írtakat elmondható, hogy a jogesetek eldöntésénél a fő szempont, hogy a végrendelet lehetőleg érvényes maradjon és az örökhagyó akarata érvényre jusson. Ezért a gyorsírással írt, illetve a be nem fejezett végrendelet, az általános szabályoktól eltérően is érvényes.

Ha a katona a katonai végrendeletét érvényteleníti aztán később újra érvényessé akarja tenni, megteheti ha ez a kifejezett akarata. Ilyenkor úgy tekintik, mintha újra elkészítette volna. Ezzel szemben az általános szabályok szerint készített végrendelet, ha egyszer érvénytelen lett az is marad, azt még a katonai szolgálat alatt sem lehet újra érvényessé tenni. Ennek azaz indoka, hogy a katonai végrendelet mindenféle alakítás nélkül

⁴⁴ Ugyanígy rendelkeznek a iustinianusi institutiók is. (Inst.2.12.5.)

létrejöhet és ezért egyszerűen újra érvényessé lehet tenni, elegendő a katona ez irányú kívánságának a kinyilvánítása, míg az általános szabályok szerinti végrendelet szigorú alakításához volt kötve, ezért az újra érvényessé tenni a pusztá akarattal nem lehet, még akkor sem, ha a végrendelező közben katona lett.

Ha katona nem tudott arról, hogy postumusa van, akkor a katonai végrendelet is megdől, de ha tudott róla és ennek ellenére mellőzte őt a végrendelete elkészítésekor, akkor a végrendelet, az általános szabályokkal szemben, érvényes maradt.

VII.

A fiókvégrendelet

1. Gaius a katonai végrendelet és a leszerelés után készített fiókvégrendelet⁴⁵ viszonyáról a következőket mondja:

Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam et intra annum missionis moriatur, plerisque placet in codicillis iuris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti, nec ad rem pertinere, quod testamento confirmati sunt. ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi Falcidiae locum non esse, at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse. (D.29.1.17.4.-Gaius)

Ha a katona katonai szolgálata alatt végrendeletet készít, de a fiókvégrendeletet csak a szolgálata után készíti el és a leszereléstől számított 1 éven belül meghal, a legtöbb szerző arra az álláspontra helyezkedik, hogy a fiókvégrendeletnek a civiljog szabályainak meg kell felelnie, mert azt már nem katona készítette és nincs jelentősége annak, hogy érvényes végrendelet is van. A végrendeletben szereplő hagyományrendeléseknél nincs helye a lex Falcidiának, míg a fiókvégrendeletben szereplőknél igen.

Ha a katona a leszerelés után fiókvégrendeletet készít akkor annak a civiljog szabályainak kell megfelelnie, mert az a jog vonatkozik rá, amelynek fennállta alatt készítették. Ha a katona a leszerelés után egy éven belül hal meg, akkor még a katonai végrendelete is érvényes, amelyre azonban nem vonatkozik a lex Falcidia. Tehát a katonai végrendeletben akár annyi hagyomány is rendelhető, hogy az örökséget teljesen kimerítse. Az örökös nem feltétlenül kapja meg a hagyaték 1/4-t hagyományoktól mentesen.

Julianus a táborban készített fiókvégrendeletéről a következőképpen vélekedik:

⁴⁵ A fiókvégrendeletben senkit nem lehet örökössé nevezni és ki sem lehet tagadni. (Gai.2.273;) Továbbá a kijelölt örökösnek sem feltételt szabni, sem helyettest rendelni nem lehet. Fiókvégrendeletből több is készíthető. (Inst.2.25.2.pr.)

Tribunus militum si intra dies certos, quam successor eius in castra venerat, manens in castris codicillos fecerit et ibi decesserit, quoniam desinit militis loco haberi, postquam successor eius in castra venit, ideo communi iure civium Romanorum codicilli eius aestimandi sunt. (D.29.1.20.-Julianus)

Ha egy katonai tribunus azért jön bizonyos napokra a táborba, hogy ott fiókvégrendeletet készítsen és ott leszereljen, mivel hogy leszerelni jött a táborba, a fiókvégrendeletére a római polgárokra vonatkozó szabályokat kell alkalmazni.

Julianus azt mondja, hogy mivel a fiókvégrendelet elkészítésekor már a leszerelés szándéka megvolt, ezért a fiókvégrendeletre az általános szabályokat kell alkalmazni. 2. Ulpianus a katonai végrendelet és a fiókvégrendelet viszonyáról a következőket mondja:

Quaerebatur, si miles, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset et in eo comprehendisset se fidei heredis comittere, ut priores tabulae valerent, quid iuris esset. dicebam: militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expressit, nec superius per inferius rumpetur, cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato, ex parte intestato decedere. quin immo et si codicillos ante fecerat, poterit eos per testamentum sequens cavendo in potestatem institutionis redigere et efficere directam institutionem, quae erat precaria. secundum haec in proposito referebam, si hoc animo fuerit miles, ut valeret prius factum testamentum, id quod cavet valere oportere ac per hoc effici, ut duo testamenta sint. sed in proposito cum fidei heredis comittatur, ut valeat prius testamentum, apparet eum non ipso iure valere voluisse, sed magis per fideicommissum, id est in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris testamenti convertisse. (D. 29.1.19.- Ulpianus)

A jogtudós szerint, ha a katona, aki már készített egy végrendeletet készít egy másikat és abban hitbizományt rendel, akkor a korábbi végrendelete érvényes maradhat. A katona készíthet különböző végrendeleteket, akár egy időben, akár elkülönülten készíti őket érvényesek lesznek, ha rendelkezéseik világosak, a korábbi végrendeletet nem semmisíti meg a későbbi, mivel megszerezheti a hagyaték egy részét is, azaz a végrendeleti és a törvényes öröklés megáll egymás mellett.

Mégha először egy fiókvégrendeletet készít is⁴⁶, majd a következő végrendelettel a hatalomra hagyja azt, közvetlenül egy állami szervre szívességi használatra. Ebben az esetben, ha a katona épelméjű volt, amikor az első érvényes végrendeletet készítette, akkor azt érvényesnek kell tekinteni, így megtörténhet, hogy két végrendelet lesz. Ekkor a hitbizománnyal együtt az első végrendeletet is érvényesnek kell tekinteni, mert világos, hogy nem azt akarta, hogy az elsőt a törvény erejénél fogva tekintsék érvényesnek, hanem inkább azt, hogy a hitbizománnyal és a fiókvégrendelettel együtt. A katonának két egymás után készített végrendelete is érvényes lehet, hogy ha a második nem teljesen ellentétes az első rendelkezéseivel és a katona az elsőt egyértelműen nem érvénytelenítette (Inst. 2.17.3.).

Ha a katona az első végrendelet készítésekor épeszű volt, akkor a fiókvégrendeletben rendelt hitbizománnyal együtt az első végrendeletet is érvényesnek kell tekinteni. Akkor

⁴⁶ Gaius szerint hitbizományt már a végrendeletet megelőzően készített fiókvégrendeletben is lehet rendelni és ez akkor is érvényes, ha utóbb azt végrendeletben nem erősítik meg. (Gai. 2.270/a). Ugyanígy rendelkezik a iustinianusi tankönyv is. (Inst. 2.25.1.)

is érvényes a fiókvégrendeleti intézkedés, ha a hitbizományos a hatalom valamely szerve és a juttatás szívességi használat. Még a következőket mondja:

Utrum autem totum testamentum in eam causam conversum sit, hoc est et heredis institutio, an vero legata tantum et fideicommissa et libertates, quaeritur. sed mihi videtur non solum cetera praeter institutionem heredis, sed et ipsam institutionem in causam fideicommissi vertisse, nisi aliud testatorem scripsisse probetur.

(D.29.1.19.1.- Ulpianus)

Az egész végrendelet jogalapja megváltozik, vagy csak az öröklésre, a hagyományra, a hitbizományra, a felszabadításra vonatkozó rész? Azt mondja nemcsak az örökség megszerzése változik meg, hanem a jogcíme is át változik hitbizománnyá, kivéve ha bizonyítják, hogy a végrendelező mást írt.

A jogtudós azon a véleményen van, hogy az egész öröklés jogcíme átváltozik hitbizománnyá.

Papinianus erről a kérdéstről a következőképpen nyilatkozik:

Militis codicillis ad testamentum factis etiam hereditas iure videtur dari. quaere si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit, legata autem testamento data communiter debentur.

(D.29.1.36-Papinianus)

Ha a katona fiókvégrendeletet készít végrendeletéhez, az egy örökléssel juttatott ajándék. Ezért ha a fiókvégrendelettel megosztja a hagyatékot, a végrendelettel a teljes hagyatékra jogosult örökös, csak a hagyaték felét szerzi meg, de a végrendelet szerinti hagyományok kiadására mindkettő együtt szolgál.

Papinianus arról az esetről szól, amikor a katonai végrendeletet követően a katona fiókvégrendelettel hagyományt is rendel. Ez egy örökléssel juttatott ajándék

(Inst.2.20.1.), mert a hagyomány csak aktív, mindig konkrétan meghatározott vagyontárgy lehet. Ilyenkor a végrendeleti örökös csak a hagyományokkal csökkentett hagyatékot szerzi meg. A hagyományok közül a végrendeletben rendelték megelőzik a fiókvégrendeletben juttatottakat, tehát előbb a végrendeleti hagyományokat kell kiadni és csak utána a fiókvégrendeletben rendelteteket.

Tryphoninus egyező véleményen van Papinianussal a végrendeletben és a fiókvégrendeletben juttatott hagyományok kiadásánál:

Si vero composita utraque legata, tam quae testamento quam quae codicillis data sunt, ultra dodrantem sint, quaeritur, quatenus minuantur ea, in quibus Falcidia locum habet. commodissime autem id statuatur, ut ex universitate bonorum in solidum solutis legatis quae testamento miles dederat id quod supererit pro dodrante et quadrante dividatur inter heredes et eos, quibus codicillis legata data sunt.

(D.29.1.18.-Tryphoninus)

De ha a végrendeleti és a fiókvégrendeleti hagyományokat összerakjuk és többet tesznek ki az örökség háromnegyedénél, felmerül a kérdés, hogy meddig érvényesül a lex

Falcidia⁴⁷ csökkentő hatálya. A legcélravezetőbb az, hogy miután a végrendeletben juttatott hagyományokat kiadták, a katona egész vagyonát felosztják $\frac{1}{4}$ és $\frac{3}{4}$ arányban az örökösök és a fiókvégrendeletben juttatott hagyományok között.

Tryphoninus Papinianussal egyezően azt mondja, hogy előbb a végrendeleti hagyományokat kell kiadni, majd mivel a fiókvégrendeleti hagyományokra már érvényesül a lex Falcidia csökkentő hatálya, a megmaradt örökséget fel kell osztani az örökösök és a fiókvégrendeleti hagyományosok között. Az örökösöknek meg kell kapniuk az így fennmaradt örökség $\frac{1}{4}$ -t, a quarta falcidiát fiókvégrendeleti hagyományoktól mentesen.

A végrendeleti hagyományok teljesen kimeríthetik-e az örökséget, erre a jogtudós a következő választ adja:

Quid ergo si consumant universorum bonorum quantitatem legata quae testamento data sunt, utrum nihil ferent hi, quibus codicillis legatum est, an aliquid? et quoniam si adhuc miles haec quoque legasset, contribuebantur omnia et pro rata est omnibus decedebat ea portio, quam amplius legaverat quam in bonis habuerat, nunc quoque idem fiet: deinde constituta quantitate legatorum quae codicillis data sunt ex summa, quae efficiebatur debita, si aequo iure omnia deberentur, quartam deducet his solis quibus codicillis legata sunt. (D.29.1.18.1.-Tryphoninus)

Ha a végrendeleti hagyományok teljesen kimerítik a vagyont, a fiókvégrendeletben rendelt hagyományok kiadhatók, vagy sem? Akkor, ha a katona így rendel hagyományt, azokat össze kell számítani és úgy kell arányosan kiadni, mint amikor a hagyományok meghaladják a hagyatékot. Az összes hagyományból meg kell állapítani a fiókvégrendeletben rendelt hagyományok összegét és csak ezt kell csökkenteni $\frac{1}{4}$ részig. Itt arról az esetről szól a jogtudós, amikor az összes hagyomány meghaladja a teljes örökséget. Ilyenkor a végrendeleti hagyományokat teljes egészében ki kell adni, mert arra nem vonatkozik a lex Falcidia, míg a fiókvégrendeleti hagyományokat pedig csökkenteni kell a végrendeleti hagyományok kiadása után megmaradt vagyonból, úgy hogy az örökösök annak $\frac{1}{4}$ -ét megkaphassák, mert a fiókvégrendeleti hagyományra vonatkozott a lex Falcidia. Majd így folytatja:

Quod si post utraque legata solida computata deprehenderetur, quod remaneat apud heredem, non tamen sufficiens quartae eorundem legatorum: quod ei deest, detrahatur his solis, quibus codicillis legata data sunt. (D.29.1.18.2.-Tryphoninus)

De ha az elszámolás után a két hagyományfajta együttes összege, amit öröklés előtt rendelték, mind a mellett meghaladják az örökség $\frac{3}{4}$ -t, akkor a fiókvégrendeleti hagyományokat kell csökkenteni.

3. Összegezve az örökség $\frac{1}{4}$ -nek hagyománymentesen való kiadása mindig a fiókvégrendeleti hagyományokkal szemben érvényesül. A fiókvégrendelettel

⁴⁷ A lex Falcidia azt volt hivatva megakadályozni, hogy a hagyományok teljesen kimerítsék az örökséget. Ezen törvény elfogadása előtt az első kísérlet a lex Furia volt, amely tiltotta az 1000 as feletti hagyományt és halál esetére szóló juttatást. Mivel e törvénnyel sem lehetett meggátolni az örökség kimerítését, ezért a lex Voconia kimondta, hogy hagyomány, vagy halál esetére szóló juttatás címén nem adható több, mint amit az örökös kap. Mivel több örökös kinevezésével ez is kijátszható volt, ezért elfogadták a lex Falcidiát. (Gai.2. 224-227. ; Inst. 2.22).

kapcsolatban elmondható, hogy az abban rendelt hagyományokra érvényesült a lex Falcidia, míg a katonai végrendeletben rendelvekkel szemben nem.

VIII.

A helyettes örökös

1. A helyettes örökösre vonatkozó szabályokat csak egy jogtudós, Tryphoninus tárgyalja egyetlen fragmentumban:

Miles ita heredem scribere potest: “quoad vivit, Titius heres esto, post mortem eius Septicius “ sed si ita scripserit: “ Titius usque ad annos decem heres esto” nemine substitio, intestati causa post decem annos locum habebit. et quia diximus ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, ex eodem privilegio competat. (D.29.1.41.-Tryphoninus)

A katona a következőképpen is nevezhet ki örökösöt: “Titius legyen az örökösöm Septicius halála után.” De ha a kikötés a következőképpen szól: “ 10 év után Titius legyen az örökösöm” a helyettes öröklés nem következik be, 10 év után is a törvényes öröklés rendje marad. Mivel azt mondtuk, hogy a katonák meg tudják az örökséget megszerezni egy bizonyos időtől egy bizonyos ideig, akkor vagyunk következetesek, ha amikor az örökség megszerzése végrendelet alapján lehetséges engedélyezzük a hagyaték felosztását, ez a kedvezmény megilleti őt erre az időszakra, ez nem csekély kedvezmény.⁴⁸

Mint látható a katonák úgy is nevezhettek helyettes örökösöt, hogy egy bizonyos ideig egy személy volt az örökös, majd annak halála után egy másik személy lett. De nem volt érvényes az olyan helyettes örökösnevezés, amikor a törvényes öröklés következik be, majd bizonyos idő eltelté után egy meghatározott személy lett az örökös. Azaz helyettes örökösnevezésnek csak végrendeleti öröklésnél volt helye. A katonák kedvezményként -a semel heres semper heres elvét áttörve- meghatározott időtartamig is lehettek örökösök. Feltehetőleg ez azzal függött össze, hogy a katonák állandó életveszélynek voltak kitéve, bármikor meghalhattak. Ezért lehetővé tették nekik, hogy az örökösöknek egy bizonyos ideig az egyik, majd utána egy másik katona legyen az örökös. Természetesen ez csak végrendeleti öröklésnél volt lehetséges. Ezt a kedvezményt maga a jogtudós is nagy jelentőségűnek tartja.

⁴⁸ Ez valóban egy nagy kedvezmény, mert a iustinianusi tankönyv szerint mindenféle időponthoz kötött örökösnevezést az általános szabályok tiltottak. Akkor is, ha egy bizonyos ideig egy személy, majd onnantól egy másik személy lett örökös és azt is, ha az örökös az örökös halála után csak bizonyos idő elteltével lett örökössé nevezve. Az időponthoz kötött örökösnevezésnél az időpontot nem létezőnek kell tekinteni, mintha az örökösnevezés feltételmentes volna. (Inst.2.14.9.).

Ulpianus idekapcsolódóan azt vizsgálja, hogy ha a katona bizonyos ideig egy személyt, majd pedig egy másikat nevez ki örökösének, akkor az utóbbi örökös köteles-e az előbbinek a vitatott hagyományt kiadni:

Si quis milite heres ad tempus scriptus esset alius ex tempore, quaeritur, an posterior heres a priore relicta legata debet. et arbitror hunc non debere, nisi alia voluntas militis probetur. (D.29.1.19.2.- Ulpianus)

Azt a választ adja, hogy nem kell kiadnia, kivéve ha bizonyítják, hogy ez volt a katona akarata.

A döntés okszerű, ha ugyanis az örökhagyó akarata nem egyértelmű, akkor a hagyományt nem kell kiadni, mert ilyenkor a vitatott hagyományi vagyontárgyat is az örökös örökli és így kevésbé csorbulhat a végrendelkező akarata, mint ha egy olyan személy kapja a hagyományt, akit az örökhagyó nem is akart juttatásban részesíteni.

2. Tryphoninus felveti a kérdést, hogy az örökhagyó fia lehet-e helyettes örökös:

Si miles exheredaverit filium vel sciens eum filium suum esse silentio praeterierit, an legatum a substituto eius dare possit, quaesitum est. dixi non posse, licet ampla legata reliquerit exheredato. (D.29.1.41.3.-Tryphoninus)

Ha a katonát, mint az örökhagyó fiát kitagadták⁴⁹, vagy tudta az örökhagyó, hogy a fia, de hallgatólagosan mellőzte, kérdés hogy helyettes örökösként kaphat-e hagyományt. Azt mondom nem kaphat még akkor sem ha tekintélyes hagyományt hagyta rá. A jogtudós álláspontja egyértelmű, ha az örökhagyó kitagadta fiát, vagy hallgatólagosan mellőzte, mint örökösét, akkor helyettes örökös sem lehet és hagyományt sem kaphat. Mert az örökhagyó nem akarta, hogy utána örököljön, ezért nem lehet helyettes örökös sem.

Majd az emancipált fiú helyettes örököséről szól:

Miles et emancipato filio substituere potest: verum hoc ius in his exercebitur, quae ab ipso ad eum cui substituit pervenerint, non etiam in his, si quae habuerit vel postea adquisierit. nam et si filio suo vivo adhuc avo substituit, post adquisitam ei avi hereditatem nemo diceret ad substitutum pertinere. (D.29.1.41.4.-Tryphoninus)

A katona és az emancipált fiú is lehet helyettes örökös: valójában ezt a jogot csak az gyakorolhatja, aki helyettes örökösként szerez, de az nem, aki saját jogon, vagy utána szerzett. Még ha a nagyapja életében rendel is helyettes örököst a fiának, később senki nem mondhatja, hogy a nagyapa öröksége a helyettes örökösé.

A jogtudós szerint csak az a helyettes örökös, aki helyettes örökösként szerez, az nem aki saját maga örökös és az sem aki az örökös örököse lesz. Majd egy példán keresztül ezt be is mutatja. Ha az örökhagyó fiának helyettes örököst még a nagyapa életében rendel, akkor sem lehet a helyettes örökösé a nagyapa vagyona, mert az apa csak a saját vagyonára nevezhet ki a fia helyett örököst.

⁴⁹ A családgyerek ha katonáskodik névszerint örökössé kell nevezni, vagy ki kell tagadni az öröklésből, miután már megszűnt Augustus császár az az edictuma, amely szerint az apa nem tagadhatja ki fiát az öröklésből. (D. 28.2.26.-Paulus)

3. Végül pedig a serdületlen részére rendelt helyettes örököst tárgyalja:

Si militis adita non fuerit hereditas, an substitutio quam pupillo fecit valeat, quaeritur. et consequens erit hoc dicere, quia permittitur militem filio facere testamentum, quamvis sibi non fecerit. (D.29.1.41.5.-Tryphoninus)

Ha egy katona után nem örökölhetnek, felvetődik a kérdés, hogy a serdületlene részére rendelt helyettes örökösnevezés érvényes-e. Logikusan azt kell mondanunk igen, mert a katonának szabad a fia javára végrendekeznie, de saját maga javára nem.

Itt arról van szó, hogy az örökhagyó serdületlen fiát nevezte ki örökösévé és helyettes is nevezett ki. Ha a fiú nem tud örökölni, akkor helyettese örököl, de akkor is ha a fiú örököl apja után, de mielőtt felserdülne meghal. A második esetben valójában arról van szó, hogy két öröklés van, mert a helyettes örökös a fiú örököse lesz, akit azonban az apa nevezett ki. Ugyanis a fiú örököl apja után és ha ő felserdülése előtt meghal, akkor a helyettes örökös az ő örököse lesz. Azaz egy végrendelet van két hagyatékról. Éppen ezért, ha az apa végrendelete érvénytelen a helyettes örökös a fiú után sem örökölhet.

(Gai.2.180; Inst.2.16.2)⁵⁰

4. Összefoglalva a helyettes örököséről írtakat megállapítható, hogy a katonák is nevezhettek ki helyettes örököst arra az esetre, ha az örökös nem tud, vagy nem akar örökölni. De, ha a suust az örökhagyó mellőzte, akkor érvényesen helyettes örökössé sem nevezhette ki.

PÉTER VARGA: DE TESTAMENTO MILITIS

(Zusammenfassung)

Die Soldaten erhielten zuerst von Ceasar das Recht zur Errichtung eines Testaments, das nach mehreren Übergangsperioden ab Trajan ein standiges Element der rescripta wurde. Dieses Recht stand allen Soldaten, auch den behinderten, zu, solange sie Soldaten waren. Den Kriegsgefangenen stand dieses Recht nicht zu.

Eigenberechtigte Soldaten konnten über ihr Gesamtvermögen letztwillig verfügen, während die freien dies nur über ihr peculium castrense konnten. Beim peculium castrense schlossen sich gesetzliche und testamentarische Erbfolge nicht aus.

Wenn das Vermögen aus dem Soldatendienst und das übrige Vermögen von unterschiedlichen Personen geerbt wurden, wurden die beiden Teile des Nachlasses getrennt: Ein Erbe haftete nur für diejenigen Nachlassschulden mit seinem Gesamtvermögen, die den von ihm geerbten Teil belasteten. Ab Justinian hafteten die Erben nur mehr mit ihrem Erbanteil. Auch Verbannte konnten Soldaten beerben.

Ein Soldatentestament konnten nur Soldaten errichten, die den Soldateneid bereits abgelegt hatten. Leibwächter des Kaisers konnten ein Soldatentestament machen, wenn sie zu Felde zogen. Bei den Römern galten auch die Vigiles als Soldaten.

⁵⁰ A serdületlen fiú részére rendelt helyettes esetére a visszaélések elkerülése végett mind Gaius, mind Iustinianus azt tanácsolja, hogy ilyenkor a helyettes örökösnevezést a végrendelet alsó táblája tartalmazza azzal a rendelkezéssel, hogy azt csak akkor szabad felnyitni, ha a fiú serdületlenként hal meg. (Gai.2.181; Inst.16.3.)

Soldaten in bestimmten Rängen konnten kein Soldatentestament errichten, außer wenn sie auf feindlichem Gebiet gefangengenommen wurden und später dort starben.

Das Soldatentestament blieb ein Jahr nach der Entlassung aus dem Dienst gültig, sofern diese nicht Folge einer Schandtät war. Sollte der Soldat jedoch wieder in den Dienst treten, galt sein Testament weiter.

Die Regeln zur Unzulässigkeit einer Unberücksichtiglassung galten beim peculium castrense nicht. Traditionelle und Fideikommissare mußten jedoch eine Annahmeerklärung abgeben.

Soldatentestamente blieben häufiger gültig, als allgemeine Testamente. Testamente in Kurzschrift und unbeendete Testamente waren ebenso rechtsgültig. Ein ungültiges Testament konnte wieder gültig gemacht werden, wenn dies der ausdrückliche Wille des Soldaten war.

Wenn dem Soldat bekannt war, daß er einen postumus hatte, oder wenn er ihn unberücksichtigt ließ, blieb das Testament gültig. War es ihm jedoch nicht bekannt, so wurde das Testament hinfällig. Auf das Soldatentestament bezog sich die Lex Falcidia nicht. Auch die Soldaten durften einen Ersatzerben einsetzen, für den Fall, daß der Erbe nicht erben wollte oder konnte. Wenn ein Erblasser seinen suus unberücksichtigt ließ, konnte er ihn auch nicht als Ersatzerben einsetzen.