

Laureline Bideau

Les sanctions en droit pénal français

INTRODUCTION

" Pour que n'importe quelle peine ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou par plusieurs contre un citoyen, elle doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi "

Cesare BECCARIA, « Des délits et des peines¹ ».

En France, sous l'Ancien Régime, la fonction de la peine était essentiellement intimidatrice et était dominée par la volonté d'éliminer le délinquant. La peine de mort s'y exerçait de manière particulièrement cruelle et de nombreuses autres peines corporelles pouvaient être infligées à l'auteur d'une infraction pénale (amputation d'un membre, langue coupée ou percée...).

Aujourd'hui, les peines encourues sont bien évidemment différentes. Elles doivent en effet respecter un certain nombre de garanties liées essentiellement au respect du principe de légalité ou de la dignité de la personne humaine. Ces garanties sont imposées par de nombreux textes internationaux (Charte des Nations Unies, Déclaration universelle des Droits de l'Homme) européens (Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales) ou internes (Constitution, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 16 du Code civil).

L'évolution des idées a conduit par ailleurs à une substitution partielle de la notion de mesure de sûreté à celle de peine au sens strict.

La nomenclature des peines applicables en France s'inscrit dans le respect de ces impératifs. Il existe six grandes catégories de peines.

- Les **peines privatives de liberté** qui sont l'emprisonnement (s'il s'agit de juger un délit) ou la réclusion (s'il s'agit de juger un crime - le terme de " détention " est réservé aux infractions politiques).
- Les **peines restrictives de liberté**, telles que l'interdiction du territoire français, l'interdiction de séjour ou encore l'interdiction de quitter le territoire français.
- Les **peines privatives de droits**, telles que la privation des droits civiques, civils et de famille ou l'interdiction d'exercer une activité professionnelle.
- Les **peines patrimoniales**, c'est à dire les sanctions qui ont une incidence sur la composition du patrimoine du délinquant : amende, mais aussi confiscation ou fermeture d'établissement.
- Les **peines qui imposent au condamné une obligation de faire** : obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, obligation de se soumettre à un traitement médical ou à un suivi socio-judiciaire.
- Les **peines qui affectent la réputation du condamné** : affichage ou diffusion de la condamnation pénale.

Selon le cas, il s'agit de peines principales, accessoires ou complémentaires.

Toutes ces peines obéissent à un principe fondamental celui de la personnalisation des peines tel qu'il est imposé par l'article 132-24 du code pénal. En vertu de cette disposition, les magistrats doivent prononcer une peine en prenant en compte les circonstances de l'infraction et la personnalité de l'auteur.

¹ « *Dei Delitti e elle pene* » (« Des délits & des peines »). Éditeur : Flammarion (7 janvier 1993), Collection : Garnier Flammarion / Philosophie

En général, la loi prévoit une peine maximale. Il n'y a plus aujourd'hui de minima légaux. De fait on parle de circonstances atténuantes quoique la loi ne reprenne plus cette notion.

En France, c'est donc la possibilité dont dispose le tribunal d'individualiser (ou, d'après la terminologie du nouveau Code Pénal, de personnaliser) la sanction pénale, qui domine la discussion depuis le milieu du 19^{ème} siècle. C'est dans cet objectif que, depuis les années trente du 19^{ème} siècle jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, le législateur a étendu les choix du tribunal tant pour le quantum de la peine que pour le genre des sanctions à sa disposition. Ainsi, le juge pouvait descendre en-dessous de la peine minimale édictée par la loi par le biais des circonstances atténuantes et accorder le sursis à une peine d'amende ou encore d'emprisonnement déjà vers la fin du 19^{ème} siècle. Au cours du 20^{ème} siècle, le législateur a agrandi l'éventail des sanctions et la marge du tribunal dans la détermination de celles-ci. Depuis les lois du 11 juillet 1975 et du 10 juin 1983, le tribunal correctionnel dispose, en plus de la peine privative de liberté et de l'amende, d'une multitude de peines différentes comme le travail d'intérêt général, des peines privatives ou restrictives de droit visant par exemple le permis de conduire. Le tribunal peut infliger ces sanctions à titre principal ou encore complémentaire, en les combinant selon des règles souvent compliquées entre elles. En outre, il peut accorder le sursis à presque toutes ces sanctions.

Cette liberté du tribunal dans le choix de la sanction se retrouve au niveau de la procédure : à part l'art. 132-19 du Code Pénal, nouvelle prescription sans précédent du Code Pénal de 1992, le choix de la sanction ne doit pas obligatoirement être motivé lors de la rédaction du jugement. Même si le nouveau Code pénal contient, pour la première fois en France, dans son art. 132-24 des critères pour la personnalisation de la sanction, la Cour de Cassation française se restreint toujours dans le contrôle du choix de la sanction. "*La détermination de la peine par les juges dans les limites prévues par la loi, relève d'une faculté dont ils ne doivent aucun compte*", stipule-t-elle en jurisprudence constante.

Ainsi, il conviendra d'analyser en détail les sanctions pénales en droit français en se penchant sur les critères déterminant le choix de la sanction (Chapitre I) et ensuite, sur les aménagements et les exemptions à la peine privative de liberté (Chapitre II).

CHAPITRE I. Les critères déterminant le choix de la sanction pénale.

Le droit pénal français est marqué par la possibilité dont dispose le juge d'individualiser la peine en fonction de la personnalité et le comportement de l'auteur de l'infraction (section I). En cas de pluralité d'infraction, le principe reste le même. Pourtant une proposition de loi relative au traitement de la récidive et tendant à instaurer des peines minimales contredisait ce principe. Après de nombreux débats parlementaires, le principe des peines planchers sera rejeté et la loi sera adoptée, mais en prévoyant la mise en place d'un dispositif plus souple destiné à prévenir la récidive (section II).

Section I. La détermination de la sanction pénale par le juge.

Les sanctions, qui dépendent de la qualification de l'infraction par le juge, sont classées en différentes catégories (A) en fonction du principe de l'individualisation des peines (B).

A. Distinction préalable : classement des peines et qualification de l'infraction.

Les peines applicables aux personnes physiques relèvent des articles 131-1 et suivants du Code pénal. Une fois que le juge pénal aura établi la réalité d'une infraction et son imputabilité à une personne punissable, il devra alors choisir une sanction. Le principe de légalité des peines² lui impose de limiter son choix à la palette offerte par la loi, laquelle classe les sanctions en différentes catégories : les peines principales, les peines complémentaires, et les peines accessoires.

² En droit pénal, le principe de légalité des délits et des peines, développé par le pénaliste italien Cesare Beccaria au XVIII^{ème} siècle dispose qu'on ne peut être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair (en clair : *Nullum crimen nulla poena sine lege*).

Mais, toutes ces peines obéissent à un principe fondamental, celui de la personnalisation des peines tel qu'il est imposé par l'article 132-24³ du code pénal et qui exige que les magistrats doivent prononcer une peine en prenant en compte les circonstances de l'infraction et la personnalité de l'auteur.

La peine principale est la peine de référence. Elle permet de qualifier l'infraction de pénale et de la classer entre contravention, délit ou crime.

La peine complémentaire, elle ne révèle un caractère pénal qu'associé à une peine principale pénale. Ainsi, par exemple, l'interdiction d'exercer une activité économique est une peine complémentaire pénale de la faillite personnelle, mais peut également être prononcée par le Tribunal de Commerce et perdre le caractère pénal.

La peine accessoire est une peine automatiquement et implicitement applicable en conséquence de la peine principale. Toutefois, ces peines ont été exclues dans le nouveau Code pénal français mais restent présentes pour les sanctions pénales contenues dans les autres Codes.

La peine applicable dépend de la qualification de l'infraction, en crime, délit ou contravention.

Les crimes en droit pénal français, c'est-à-dire les infractions punies d'une peine de prison dont le maximum est supérieur ou égal à 10 ans, peuvent être punis, aux termes de l'article 131-1 du Code pénal⁴, d'une peine principale de réclusion criminelle qui peut être associée par le texte d'incrimination à une amende. Dans ce cas, la Cour d'assise a la liberté du choix de la peine principale applicable.

La Cour d'assise pourra également utiliser les peines complémentaires prévues par le texte d'incrimination : privation de droits, confiscation, injonction de soins... Mais ces peines complémentaires ne peuvent être prononcées à titre de peine principale.

Les délits, c'est-à-dire les infractions punies d'un emprisonnement d'un maximum de 10 ans au plus ou d'une amende d'au moins 3750 euros, peuvent être punis d'une des peines principales prévues par l'article 131-3 du Code pénal : emprisonnement, se cumulant éventuellement avec une amende, ou, si l'emprisonnement est encouru mais non prononcé ; peine de jour-amende ; stage de citoyenneté ; travail d'intérêt général ; peine alternative de l'article 131-6 ou peine complémentaire de l'article 131-10 prononcée à titre principal.

La peine de jours-amendes est une sanction pécuniaire dont le montant est déterminé par jour pendant un certain temps. Son maximum est 1000 euros par jour à partir du 1er janvier 2005 (300 euros auparavant), pendant 360 jours. Il s'agit d'une alternative à l'emprisonnement, et son montant pourra dépasser le maximum prévu pour l'amende.

B. Le pouvoir d'individualisation des peines.

La détermination de la sanction pénale en France est marquée par la possibilité dont dispose le juge d'individualiser (ou d'après la terminologie du nouveau code pénal, de personnaliser) la sanction pénale.

Ce principe est mentionné à l'article 132-24 du nouveau code pénal qui stipule que « *Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.* »

La détermination de la peine par le juge a subi une importante évolution historique, puisqu'on est passé du système des peines arbitraires sous l'ancien régime à celui des peines fixes du droit révolutionnaire, puis à celui des peines variables

³ Article 132-24 du code pénal « *Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.* »

⁴ Article 131-1 du code pénal: « *Les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont:*

1) *La réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité;*

2) *La réclusion criminelle ou la détention criminelle de trente ans au plus;* 3) *La réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus;*

4) *La réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus.*

La durée de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps est de dix ans au moins ».

entre des limites minimales et maximales fixés du code pénal de 1810, puis à l'évolution vers l'élargissement des pouvoirs d'individualisation donnés au juge.

Ainsi, l'ancien code pénal prévoyait des peines minimales. Considéré unanimement comme trop sévère, ce système a été supprimé dans le nouveau code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994.

L'article 132-17 du code pénal⁵ dispose désormais qu'aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée, ce qui marque l'abandon des peines accessoires automatiquement attachées au prononcé de certaines peines.

L'individualisation de la peine est donc laissée à la libre appréciation du juge, auquel aucun critère de choix n'est proposé par la loi entre les différentes peines, notamment au regard de la gradation de sévérité.

Le juge détermine librement la sanction infligée au coupable, à l'intérieur des limites légales, dès lors qu'il ne viole pas le principe de légalité des sanctions, soit en inventant une peine, soit en dépassant le quantum légal. Il n'a à justifier, ni la nature, ni la mesure de la peine retenue.

Selon une jurisprudence constante, le choix de la nature et de la mesure de la peine constitue une faculté discrétionnaire dont le juge ne doit aucun compte, qu'il accorde au condamné le bénéfice de la semi-liberté ou du fractionnement de la peine, qu'il assortisse la sentence du sursis simple, probatoire ou avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, qu'il ajourne le prononcé de la sanction ou dispense le condamné de peine⁶.

La réforme du code pénal en 1992 n'a apporté aucun changement à cette liberté, bien au contraire, puisque le nouveau code pénal a supprimé les minima et les circonstances atténuantes, ce qui a encore accru la liberté du juge qui peut désormais prononcer une peine inférieure au maximum légal sans avoir à motiver sa décision sur l'octroi de telles circonstances.

Pourtant, le nouvel article 132-24 devait permettre de mieux encadrer la détermination judiciaire de la peine au regard, non seulement du principe de l'individualisation de la sanction, mais aussi des éléments à prendre en compte (circonstances de l'infraction et personnalité de l'auteur).

Mais la Cour de Cassation a rapidement confirmé sa jurisprudence antérieure, en rappelant que « *la détermination de la peine par les juges dans les limites fixées par la loi relève d'une faculté dont ils ne doivent aucun compte, et à laquelle l'article 132-24 nouveau du code pénal n'a apporté aucune restriction* ⁷. »

Ce principe ne connaît que quelques exceptions dans le nouveau code pénal : en matière criminelle, le maintien de peines planchers (article 132-18 du code pénal), l'instauration de seuils de vingt et trente ans de réclusion (article 362 alinéa 2 du code de procédure pénale) et l'interdiction du prononcé d'une peine complémentaire à titre principal (article 131-11 du code pénal, a contrario) ; en matière délictuelle, l'obligation de motiver spécialement le prononcé d'une peine de prison ferme (article 132-19 du code pénal) et l'interdiction de la réformation aggravante sur le seul appel du prévenu (article 515 alinéa 2 du code de procédure pénale).

Les seules peines planchers prévues à l'article 132-18 concernent les crimes : la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à deux ans si l'infraction est punie de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité ; et à un an si elle est punie de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps. Mais elle peut être assortie du sursis ou du sursis avec mise à l'épreuve.

Ce principe n'a pas été reconnu tout de suite comme exigence de valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel. Bien que dans ses décisions, il se soit déjà référé au « principe d'individualisation des peines », il ne lui a pas conféré cette valeur⁸.

Il avait à l'époque relevé que « *si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ; qu'ainsi, à supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse, dans ces limites, être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la*

⁵ Article 132-17 rédigé comme suit :

« *Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée. La juridiction peut ne prononcer que l'une des peines encourues pour l'infraction dont elle est saisie.* »

⁶ Sur le choix de la nature et de la mesure de la peine : Cass Crim 11/10/1960, Bull crim n°440 ; 26/12/1962, Bull crim n°388 ; 5/10/1977, Bull crim n°291 ; 9/2/1987, Bull crim n°61 ; 5/9/1989, Bull crim n°315.

Sur l'ajournement et la dispense de peine : Cass Crim 20/11/1985, Bull crim n°368 ; 9/7/1991, Bull crim n°293 ; 6/11/1997, pourvoi n°96-84.368

⁷ Cass Crim 19/12/1996, Bull crim n°482 ; solution confirmée par Cass Crim 7/10/1997, JCP Ed G IV 2487

⁸ Décision n° 80-127DC du 20 janvier 1981, Loi dite « Sécurité et liberté », où le grief tiré de la violation de ce principe a été rejeté.

République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions⁹ ».

Depuis, le rapport de la mission d'information constituée le 4 mars 2004 sur le traitement de la récidive des infractions pénales avait toutefois mis en évidence, dans une exacte synthèse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que si le principe n'avait jamais été consacré en tant que tel, il découlait des décisions sur la nécessité des peines¹⁰.

De même, dans sa décision 99-410 DC du 15 mars 1999, le Conseil a-t-il sanctionné le caractère automatique de la déchéance des droits civils et politiques consécutive à une déclaration de faillite par le juge commercial. Par ailleurs, le juge constitutionnel a fait usage d'une réserve d'interprétation rendant conforme une disposition qui, à défaut aurait été déclarée contraire à la Constitution du fait de l'automatisme de la peine, en considérant « *que les peines prévues par ces articles, qui peuvent être prononcées pour un montant ou une durée inférieure par le juge, ne sont pas entachées de disproportion manifeste* ». L'incise du juge constitutionnel, soulignant que le juge conserve la possibilité de prononcer des peines inférieures, mérite d'être relevée et atteste de l'importance que le pouvoir d'appréciation du juge revêt à ses yeux. Comme l'a indiqué le professeur Jean Pradel, il ressort de l'analyse de cette jurisprudence que, si l'individualisation des peines ne relève pas explicitement de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹¹, il ne semble pas infondé de considérer qu'elle possède néanmoins une telle valeur tant l'interdiction continue et répétée des peines automatiques par le juge constitutionnel et son attention quant au respect du principe de nécessité et de proportionnalité des peines tendent à s'assurer de l'individualisation de la peine et de son exécution.

Le Conseil ne l'avait cependant jamais consacré sous cette appellation comme exigence de valeur constitutionnelle¹².

Cette consécration est venue à son heure, de manière toute naturelle, dans la décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005 sur la loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (plaider-coupable). Dans cette décision, le Conseil a indiqué que la loi nouvelle ne méconnaît pas « *le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

Sans doute le développement de la jurisprudence du Conseil sur la nécessaire conciliation entre les diverses exigences constitutionnelles a-t-elle favorisé l'éclosion de cette nouvelle exigence puisqu'elle ne se voyait pas reconnaître de la sorte une valeur absolue. C'est le caractère attaché à la reconnaissance d'une exigence constitutionnelle, qui avait pu

⁹ Considérant n°16 de la décision.

¹⁰ Dans un certain nombre de décisions, le Conseil a tiré du principe de nécessité des peines l'interdiction des peines « automatiques ». Il en est ainsi en matière de reconduite à la frontière puisque le Conseil a considéré que le fait que « tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction de territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée [...] ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la déclaration de 1789 ».

¹¹ Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) sont, en France, des principes de valeur constitutionnelle dégagés par le Conseil constitutionnel français et par le Conseil d'État.

Cette notion est énoncée sans plus de précision dans le préambule de la constitution de 1946. Le préambule de la constitution de 1958 fait référence à ce préambule de 1946. Les PFRLR sont donc des principes inclus dans le « bloc de constitutionnalité ». Voici quelques décisions proclamant des PFRLR :

* CE Ass. 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris : PFRLR de la liberté d'association.

* CE Ass. 3 juillet 1996, Koné : PFRLR consacrant le principe d'interdiction des extraditions demandées dans un but politique.

* CE 6 avril 2001, SNES, n° 219379 : PFRLR de la laïcité, permettant l'application de la loi de 1905 en Alsace-Moselle.

* CC 16 juillet 1971, Liberté d'association : PFRLR de la liberté d'association.

* CC 23 novembre 1977, Liberté d'enseignement : PFRLR de la liberté d'enseignement et de la liberté de conscience

¹² A l'occasion d'une exception d'irrecevabilité soutenue à l'Assemblée nationale le 14 décembre 2004, lors de la discussion de la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, des députés avaient soutenu que le principe avait été consacré aussi dans la décision sur la loi Perben II du 2 mars 2004 : « *Le principe de l'individualisation de la peine n'est pas inscrit dans le marbre de la Déclaration de 1789 ni, explicitement, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Néanmoins, il est acquis qu'on ne saurait retirer au juge tout pouvoir d'individualisation de la peine. Une valeur constitutionnelle est reconnue à ce principe par le Conseil qui, dans sa décision du 2 mars 2004 relative à la loi tendant à adapter la justice aux évolutions de la criminalité, a tenu à exprimer des réserves. Il n'a validé la procédure du plaider-coupable que sous réserve d'une homologation par le juge, qui pourra la refuser « s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire »* ».

alors paraître absolu, qui avait en effet été avancé un temps par la Doctrine comme constituant un obstacle à une telle reconnaissance¹³.

Section II. Les normes de répression posées par le droit pénal français en matière de pluralité d'infractions.

En matière de pluralité d'infractions, les sanctions varient selon la situation juridique dans laquelle se trouve l'infracteur (A). Une proposition de loi concernant les délinquants récidivistes tendait à instaurer des peines planchers. Mais ce principe d'une peine minimale, contraire au principe constitutionnelle de l'individualisation de la peine ne sera pas retenu par la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale, laquelle a retenu un dispositif contre les récidivistes, plus souple (B).

A. Les situations juridiques et les sanctions prononcées en cas de pluralité d'infractions¹⁴.

Lorsqu'un infracteur commet plusieurs infractions, il peut se trouver dans trois situations juridiques distinctes : la réitération, la récidive ou le concours d'infractions.

La **réitération** est la situation, simple, dans laquelle une personne, définitivement condamnée pour une infraction, en commet une autre, sans se trouver en état de récidive. Aucune règle particulière ne s'appliquant, la peine encourue sera celle prévue par la loi, à ceci près que le juge, utilisant ses pouvoirs d'individualisation de la peine, sera souvent plus sévère que contre un primo-délinquant.

La **récidive** est prévue aux articles 132-8 et suivants du Code pénal. Elle est constituée de deux termes : une première infraction ayant donné lieu à condamnation définitive, et une seconde infraction commise dans un certain délai suivant l'expiration ou la prescription de cette première condamnation. Les sanctions diffèrent selon la gravité des infractions.

Lorsque le premier terme est un délit, si le second terme est le même délit ou un délit qui lui est assimilé qui intervient dans un délai de 5 ans, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues pour le second terme est doublé. Les délits assimilés au regard de la récidive sont d'une part les principales infractions contre les biens : vol, extorsion, chantage, escroquerie et abus de confiance ; d'autre part les délits sexuels ; enfin, certains délits automobiles et notamment les infractions involontaires commises à l'occasion de la conduite d'un véhicule.

Lorsque le premier terme est un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement et que le second terme est un délit puni de la même peine, qui intervient dans un délai de 10 ans, ou un délit puni de plus d'un an, intervenant dans un délai de 5 ans, la peine encourue pour le second terme est doublée dans les mêmes conditions que précédemment.

Lorsque le premier terme est un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement et que le second terme est un crime, sans condition de délai, l'emprisonnement maximum encouru pour le second terme passe, suivant les cas, à 30 ans ou perpétuité selon que ce crime était normalement puni, respectivement, de 15 ans de prison, ou de 20 ou 30 ans.

S'agissant des concours d'infractions, ceux-ci sont prévus par les articles 132-2 et suivants du Code pénal. La notion de concours d'infraction recouvre les cas dans lesquels un infracteur commet plusieurs infractions avant d'avoir été définitivement condamné pour l'une d'elles.

La règle générale est celle du non-cumul des peines de même nature selon le principe « *non bis in idem*¹⁵ », qui interdit de sanctionner plusieurs fois un même fait. Ainsi, si plusieurs peines privatives de libertés sont encourues, le juge ne

¹³ Analysant les considérants de la décision « sécurité-Liberté », le commentateur au jurisqueleur (J. Calvez) indiquait en 1994 : « Le principe de la nécessité de la peine issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'a pas été interprété par le Conseil constitutionnel comme interdisant au législateur de poursuivre des fins autres que l'individualisation de la sanction pénale. Il lui a, à l'inverse, reconnu la liberté de privilégier, lorsqu'il le souhaite, la punition par rapport à l'individualisation, de prendre en considération plus l'acte délictueux que l'homme qui l'a commis. De ce fait, l'individualisation de la sanction pénale ne constitue pas un principe d'ordre constitutionnel car : « il n'a pas le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ».

¹⁴ Voir ANNEXE I Tableau sur les pluralités d'infractions

¹⁵ Les faits déjà jugés ne peuvent en aucun être sanctionnés de nouveau sous une autre qualification, seuls ou adjoints à d'autres faits nouveaux, sauf lorsque la loi le prévoit comme par exemple dans la mise en œuvre de la récidive ou pour établir l'existence d'une infraction d'habitude.

pourra prononcer qu'une peine privative de liberté, dans la limite du maximum le plus élevé prévu pour l'une des infractions en concours.

La règle du non-cumul des peines ne s'applique que pour les peines de même nature. Les peines de natures différentes (pécuniaire, privative de droit, etc...) peuvent se cumuler entre elles, toujours dans la limite du maximum le plus haut prévu par une infraction pour chacune des catégories.

Un fait unique ne donne en principe lieu qu'à une peine : par exemple, une négligence provoquant les blessures de plusieurs personnes ne peut donner lieu à plusieurs condamnations en fonction de la gravité des blessures de chacun (Crim. 11 mai 2004).

B. La loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales¹⁶.

Lors d'une interview du 20 novembre 2003, le ministre de l'Intérieur, Mr Nicolas Sarkozy à l'époque, a proposé d'instaurer des « peines planchers¹⁷ » de prison ferme pour les délinquants récidivistes. Selon lui, des peines planchers permettraient de faire comprendre aux multirécidivistes que « *le risque qu'ils prennent n'en vaut pas la chandelle* ». Pour lui, il ne s'agit pas d'un automatisme de la peine, mais d'un minimum.

Une proposition de loi reprenant ce projet du ministre a, à la suite été déposée auprès de l'Assemblée Nationale par plus de 180 députés de la majorité le 29 janvier 2004. Ensuite la création d'une mission d'information de l'Assemblée nationale relative au traitement de la récidive des infractions pénales avait été précisément suscitée, à l'initiative de M. Christian Estrosi par le dépôt de cette proposition de loi tendant à établir les peines minimales en matière de récidive.

Il s'agissait donc d'instaurer, pour les crimes commis en état de récidive, une peine minimale de 5 ans de prison ferme, sans possibilité de sursis ou de sursis avec mise à l'épreuve, si l'infraction est punie de la réclusion ou de la détention criminelle à perpétuité, et une peine minimale de 3 ans de prison ferme, sans possibilité de sursis ou de sursis avec mise à l'épreuve, si elle est punie de la réclusion ou de la détention criminelle.

Pour les délits, le texte prévoyait une gradation de la peine entre la première et la troisième récidive légale: la première entraînerait une peine de prison dont la partie ferme serait au moins égale au tiers du maximum de la peine qui réprime ce délit; la seconde une peine de prison dont la partie ferme serait au moins égale aux deux-tiers du maximum de la peine qui réprime ce délit; et la troisième une peine de prison dont la partie ferme serait au moins égale à la peine maximum qui réprime ce délit. Par exemple, pour un vol simple, passible de trois ans de prison et donc de six ans en cas de récidive, la première récidive entraînerait une peine automatique d'un an ferme, la seconde de deux ans fermes et la troisième de trois ans fermes. Cette proposition s'inspire du système américain qui, à la deuxième récidive, peut, dans certains États, conduire un simple voleur de pizza à la réclusion criminelle à perpétuité.

Les auteurs ont donc estimé que la solution passe par la prévention rigoureuse de la récidive, à savoir que la commission d'un nouveau délit par un auteur condamné pour des faits de même nature entraînera la mise en oeuvre automatique d'une aggravation de la peine qui sera en outre dotée d'un minimum et ne pourra faire l'objet de mesures d'aménagement ou de confusion.

Il était proposé :

- le maintien du principe de l'aggravation des peines encourues en cas de récidive ;
- l'automatisme des effets juridiques de l'état de récidive légale ;
- le principe d'une peine minimale applicable à tout auteur d'infraction en état de récidive légale ;
- l'exclusion du bénéfice des mesures d'aménagement de la peine (placement à l'extérieur, semi-liberté, permission de sortir, placement sous surveillance électronique) et de la confusion de peine aux auteurs d'infractions commises en état de récidive légale.

Toutefois, les auteurs de la proposition de loi, conscient de la nécessité de respecter le principe constitutionnel de l'individualisation de la peine, affirmaient que le texte n'y dérogeait pas, puisque le juge correctionnel conserverait la faculté d'assortir la peine minimale d'une mesure éducative (sursis, sursis avec mise à l'épreuve, sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général) par une décision spécialement motivée fondée sur l'existence de sérieuses garanties d'insertion.

¹⁶ Voir ANNEXE II « La loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales »

¹⁷ La « peine plancher » ou peine minimale implique l'obligation pour le juge de prononcer la peine privative de liberté édictée par la loi sans pouvoir retenir une peine moins forte.

Voir ANNEXE III « Les peines plancher dans les autres pays européens »

Mais il convient de relever que cette exception à l'automatisme de la peine d'emprisonnement ferme n'est prévue qu'en matière correctionnelle et que les juridictions criminelles seront tenues de prononcer la peine minimale de trois ans d'emprisonnement ferme.

Mais cette proposition de loi reprenant le projet du ministre de l'Intérieur, avait suscité l'opposition du ministre de la Justice, Mr Perben et les syndicats de magistrats au nom du principe de l'individualisation de la peine.

En effet, le ministre de la Justice émettait de fortes « réserves » sur « les systèmes automatiques », qu'il jugeait contraires aux principes du code pénal visant à prendre en compte la personnalité des délinquants. Le jeudi 29 janvier 2004, M. PERBEN avait déclaré qu'il n'avait « pas du tout l'intention de céder », ajoutant que « dans un État démocratique, il faut laisser au juge indépendant la possibilité de tenir compte de la personnalité du délinquant et du contexte dans lequel le délit a été commis ». Il estimait qu'une loi contraire serait « sans doute anti-constitutionnelle ».

De même, de nombreux magistrats se sont opposés fermement à ce projet :

- Dominique BARELLA, président de l'Union Syndicale des Magistrats a ainsi estimé que « C'est de l'essence du travail du juge que d'apprécier la sanction en fonction de la personnalité du prévenu. Autrement, le juge n'a plus de sens, autant le supprimer ! ». « Si on entre dans ce système à l'américaine, on risque d'atteindre les 40 000 détenus à moyen terme, contre environ 60 000 aujourd'hui. C'est un choix de société qu'il va falloir assumer. Pour ma part, je préfère qu'un récidiviste paye 15 euros d'amende dans les quinze jours plutôt qu'il fasse deux mois de prison, deux ans après... »

- Nicolas BLOT, secrétaire général de l'Union Syndicale des Magistrats déclarait qu' « Il est aberrant que les magistrats ne puissent pas appréhender une affaire dans sa plénitude et individualiser la peine ».

- Enfin, Marie-Suzanne PIERRARD, juge à Créteil (Val de Marne) et ancienne présidente de l'ANJAP considérait que « Le récidiviste ne va pas s'arrêter parce que la peine est plus importante. C'était l'argument de la peine de mort. Mais on l'a supprimée ! »

Le 24 février 2004, à l'occasion de la réunion hebdomadaire du groupe UMP de l'Assemblée Nationale, tenue en présence du Premier ministre Jean-Pierre RAFFARIN, du Garde des Sceaux Dominique PERBEN et du président du groupe UMP Jacques BARROT, M. Nicolas SARKOZY a abordé la question des récidivistes, responsables, selon lui, de « 30% des crimes et délits »¹⁸, indiquant : « Je ne lâcherai pas sur ce sujet ». « Les Français ne comprendraient pas que nous ne prenions pas des mesures efficaces. Ils veulent qu'on s'en occupe rapidement et exigent de vraies réponses ».

Monsieur PERBEN est alors intervenu pour répéter son opposition à l'automatisme des peines, plaidant pour que le juge conserve une liberté d'appréciation. Il a ajouté qu'il jugeait préférable, compte tenu de la sensibilité du problème, de réaffirmer, par une instruction générale aux parquets, la nécessité d'appliquer des sanctions proportionnées aux délinquants récidivistes.

Au terme d'un long débat, la commission des Lois de l'Assemblée nationale a rejeté l'amendement prévoyant l'instauration de ces peines minimales dès la deuxième récidive, sauf décision motivée de la juridiction.

Si la proposition de loi de l'Assemblée nationale n'a pas retenu le principe de peines plancher, elle suggère en revanche la mise en place d'un dispositif destiné à prévenir la récidive du délinquant à l'issue de son incarcération. La personne serait ainsi placée sous surveillance électronique mobile. Ce dispositif emprunte, d'une part, la technique au « bracelet électronique » dont l'usage est néanmoins réservé actuellement aux mesures d'aménagement de peine et, d'autre part, d'un point de vue juridique, au suivi socio-judiciaire qui a vocation à s'appliquer après la libération du condamné.

Cette loi, relative au traitement de la récidive des infractions pénales a donc été adoptée le 12 décembre 2005¹⁹ après plusieurs débats parlementaires.

Dans sa décision du 22 décembre 2005²⁰ le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions de ce texte, qui avaient fait l'objet d'un recours, étaient conformes à la Constitution.

CHAPITRE II. Les aménagements et les exemptions à la peine privative de liberté.

¹⁹ Loi n° 2005-1549. Publiée au Journal Officiel le 13 décembre 2005. Voir ANNEXE IV

²⁰ Décision n° 2005-527 DC

De nombreuses alternatives à l'incarcération existent en France afin d'éviter une peine d'emprisonnement (Section I). De même, postérieurement au prononcé de la peine, des événements peuvent intervenir exemptant ainsi le coupable ou l'autorisant à bénéficier d'une libération conditionnelle. Ces événements, s'inscrivant dans une recherche constante de l'individualisation des peines, s'apprécient en fonction de la situation et du comportement de l'intéressé durant sa peine (Section II).

Section I. Les sanctions alternatives à l'incarcération.

Le bilan actuel de la prison comme réponse pénale à la délinquance en France reste assez sombre : surpopulation carcérale, exclusion de la vie sociale et professionnelle, absence quasi-générale de programmes et actions en vue de la réinsertion des détenus... Des juristes, des observateurs de la réalité pénitentiaire, des législateurs tentent de promouvoir des mesures et sanctions alternatives à l'incarcération et ce dans une recherche constante de l'individualisation de la peine, de son adaptation à la personnalité du délinquant, aux circonstances explicatives du passage à l'acte et de l'évolution de l'intéressé.

Les sanctions alternatives à l'incarcération sont à distinguer quand elles existent lors de l'audience pénale (A) ou lorsqu'elles sont prévues après la condamnation, durant l'exécution de la peine (B).

A. Les modes de personnalisation des peines et les peines alternatives à l'incarcération au stade du jugement pénal.

Au stade de l'audience pénale, des modes de personnalisation de la peine privative de liberté sont proposées au juge pénal afin de permettre d'éviter l'incarcération. A côté de ces modes d'aménagement de la peine d'emprisonnement sont prévues, à titre de peine principale, des sanctions alternatives, telles que le travail d'intérêt général et les peines privatives ou restrictives de droits.

Le premier mode de personnalisation des peines alternatives à l'incarcération en France est le **sursis simple**. Celui-ci consiste, pour le juge pénal, à prononcer une peine d'emprisonnement qu'il assortit d'un sursis, période d'observation durant laquelle le condamné sursitaire ne doit pas commettre une nouvelle infraction sous peine de revenir devant le tribunal et de voir révoquer le sursis initialement accordé et mis à exécution tout ou partie de la peine d'emprisonnement initialement prononcée.

Le deuxième mode de personnalisation des peines alternatives à l'incarcération est le **sursis avec mise à l'épreuve** par lequel le juge pénal suspend l'exécution de la peine « ferme » durant une période probatoire (qui va généralement jusqu'à trois ans). Durant cette période, le probationnaire doit respecter des obligations générales et spéciales (obligation de se présenter au juge ou au délégué de probation, de demander l'autorisation de changer d'adresse, obligation de ne pas se rendre dans tel lieu, de ne pas entrer en relation avec la ou les victime(s) de l'infraction, de réparer le préjudice subi, de suivre un traitement médical ou psychologique, de trouver un travail, etc.).

Une variante du sursis avec mise à l'épreuve est le **sursis assorti de l'obligation d'effectuer un Travail d'intérêt général**²¹ (dit "sursis/TIG"). Le juge pénal, tout en fixant une ou plusieurs des obligations ci-dessus citées, y ajoute celle de réaliser un Travail d'intérêt général, qui devient ainsi une des obligations spéciales fixées au probationnaire. Cette peine est prévue par l'article 132-54 du code pénal²². La non-exécution de ce TIG (comme le non-respect des autres obligations ou la

²¹ La loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice favorise le recours à cette peine en étendant à deux nouvelles infractions la possibilité de prononcer une peine de TIG. L'article 24 modifie les articles 322-1, 322-2 et 322-3 du code pénal pour permettre de prononcer, en sus d'une peine d'amende, une peine de travail d'intérêt général à l'encontre de l'auteur d'inscriptions, de signes ou de dessins, sans autorisation préalable sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain. L'article 45 modifie l'article 433-5 du code pénal en ajoutant une peine d'emprisonnement aux peines encourues en cas d'outrages à une personne chargée d'une mission de service public lorsque les faits ont été commis à l'intérieur d'un établissement scolaire ou éducatif ou à ses abords et permet ainsi à la juridiction de jugement de prononcer, à titre d'alternative à l'emprisonnement, une peine de travail d'intérêt général.

Voir Annexe V sur la 12^{ème} législature du Sénat concernant le travail d'intérêt général.

²² La juridiction peut, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 132-40 et 132-41, prévoir que le condamné accomplira, pour une durée de quarante à deux cent quarante heures, un travail d'intérêt général au profit d'une personne morale de

commission de nouvelles infractions dans le délai d'épreuve) peut entraîner la révocation totale ou partielle du sursis probatoire initialement prononcé.

Le TIG consiste pour le condamné, sous réserve de son accord pour effectuer cette peine, à effectuer un travail bénévole pour une collectivité publique, administration, collectivité locale ou association reconnue d'intérêt public.

Une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis (avec ou sans probation) est non avenue (donc disparaît des fiches B2 et B3 du casier judiciaire accessibles aux employeurs et aux administrations) à l'issue du délai d'épreuve si le sursitaire s'est comporté de façon satisfaisante durant ce délai.

D'autres modes de personnalisation des peines ont été recensés comme le port du "bracelet électronique" récemment instauré en France. Cela permet au condamné de ne pas être emprisonné à condition de demeurer dans un périmètre autorisé, sous le contrôle du bracelet qu'il porte au poignet et qui le relie électriquement aux services de contrôle.

Les autres sanctions principales alternatives à l'incarcération sont les **peines privatives ou restrictives de droits** qui, sans emprisonnement, atteignent le condamné dans l'exercice des droits souvent à l'origine de l'infraction. Il s'agit, à titre d'exemple, du retrait de permis de conduire ou du permis de chasse, de la confiscation d'objets ayant permis la commission de l'infraction, etc.

Cette palette de modes d'individualisation de la peine privative de liberté et de sanctions principales alternatives à l'incarcération permet au juge pénal d'adapter sa réponse aux circonstances de commission de l'infraction et à la personnalité de l'auteur des faits.

Ainsi, l'emprisonnement n'est plus le seul recours mais le dernier recours lorsque d'autres réponses pénales ont échoué.

B. Les mesures d'individualisation de la peine privative de liberté lors de l'exécution de la peine.

Une fois la peine privative de liberté prononcée, la personnalité du délinquant incarcéré, son évolution, son désir de réinsertion sont prises en compte par l'autorité judiciaire française pour aménager la sanction.

C'est ainsi que des mesures d'aménagement de la peine privative de liberté sont prévues. Ces mesures relèvent de la compétence exclusive d'un magistrat, statutairement et constitutionnellement gardien des droits et libertés individuelles, et non du pouvoir d'un chef d'établissement pénitentiaire ou d'un Ministre relevant du pouvoir exécutif.

La première de ces mesures d'aménagement alternatives à l'incarcération est la **liberté conditionnelle**²³. Dans des délais fixés par la loi, un détenu peut se voir mis en liberté avant l'expiration de sa peine définitive, et ce sous condition de respecter des obligations fixées par le juge.

Une autre mesure d'aménagement de la peine est la **semi-liberté** par laquelle un détenu peut être autorisé par le juge, pour des motifs graves d'ordre familial, médical ou social, à sortir de l'établissement pénitentiaire pendant la journée pour réintégrer la prison pendant la nuit. Cette mesure permet de ne pas couper le détenu de sa famille, de son travail, ou de préparer un projet de libération conditionnelle.

Les permissions de sortir, autres mesures d'aménagement de l'incarcération, qui peuvent aller de vingt-quatre heures à quatre jours, sont accordées par le juge pour se rendre auprès d'un parent gravement malade ou décédé, pour se rendre à une convocation judiciaire ou à un examen ou encore, de façon plus large, pour maintenir les liens familiaux ou sociaux.

L'ensemble de ces mesures relève d'une même volonté de promotion de la réinsertion socioprofessionnelle des détenus appelés, tôt ou tard, à réintégrer la société.

Le juge de l'application des peines peut également décider d'une **suspension de la peine d'incarcération** (celle-ci n'est pas exécutée immédiatement) ou d'un **fractionnement** de celle-ci (elle est alors exécutée par tranches dans un délai

droit public ou d'une association habilitée à mettre en oeuvre des travaux d'intérêt général.

Le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ne peut être ordonné lorsque le prévenu le refuse ou n'est pas présent à l'audience.

Les modalités d'application de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général sont régies par les dispositions des articles 131-22 à 131-24. Dès l'accomplissement de la totalité du travail d'intérêt général, la condamnation est considérée comme non avenue.

²³ Cette mesure d'aménagement alternative fera l'objet d'un développement dans le Chapitre II, section II, B

maximum fixé par la loi) afin de permettre au condamné de faire face à des obligations familiales, professionnelles ou médicales.

Lorsqu'une peine ferme de prison est prononcée en France, le Ministère public chargé de la mettre à exécution doit obligatoirement communiquer le dossier au juge de l'application des peines qui a encore l'opportunité, au regard des particularités de chaque dossier, de prononcer des modes alternatifs à l'incarcération pour exécuter la peine (semi-liberté, TIG, libération conditionnelle). Cette procédure dite de conversion des courtes peines d'emprisonnement est prévue en France, par exemple, pour les peines d'emprisonnement d'un an au plus, ce qui représente toutefois une partie importante de la petite délinquance.

Une dernière mesure d'aménagement de la peine privative de liberté est la **réduction de peine**. Celle-ci, accordée par le juge, permet au détenu de bénéficier (jusqu'à cinq mois par an dans la législation française) de réductions de peine par mois ou année d'incarcération, au regard de son comportement en détention.

Ainsi, l'ensemble de ces sanctions, modes de personnalisation des peines et mesures d'aménagement de l'incarcération alternatifs à l'emprisonnement témoignent de la volonté grandissante de la société et de ses juges d'instaurer d'autres réponses pénales que l'enfermement.

Section II. Les normes de répression posées par le droit pénal en cas de pluralité d'infractions.

Bien qu'il semble naturel que la reconnaissance de culpabilité se traduise par le prononcé d'une sanction pénale, le coupable peut, dans certaines circonstances prévues par la loi, être exempté de toute peine (A) ou bénéficier de la libération conditionnelle (B).

A. Les exemptions législatives et judiciaires.

On distingue les exemptions législatives des exemptions judiciaires.

Les **exemptions législatives** sont automatiquement accordées dans certains cas limitativement énumérés. En France dans les affaires de terrorisme et de faux-monnayage, les délinquants qui ont " *permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres coupables* " sont exemptés de peine.

Quant aux **exemptions judiciaires**²⁴, elles existent en France sous deux formes : la dispense de peine et l'ajournement du prononcé de la peine. Ainsi, les tribunaux français, dans le cadre de leurs pouvoirs d'individualisation judiciaire, jouissent depuis quelques années du pouvoir discrétionnaire de ne pas sanctionner l'accusé reconnu coupable. Ce pouvoir d'exemption est limité aux seules matières correctionnelle et contraventionnelle.

L'ajournement du prononcé de la peine, introduit dans la législation française en 1975, a mis fin au principe de l'indivisibilité de la sentence selon lequel le juge ne peut pas dissocier dans le temps les décisions sur la culpabilité et sur la sanction. Ce mode de personnalisation des peines très utilisé dans les législations anglophones, mais de plus en plus usité en France permet au juge pénal, lors de l'audience, de se prononcer sur la culpabilité mais sans déterminer la peine, dont il ajourne le prononcé à une date ultérieure (à fixer dans un délai raisonnable, qui peut aller jusqu'à un an en France). S'il s'agit d'un ajournement simple, le coupable ne sera pas soumis à un contrôle judiciaire mais devra démontrer au juge, lors de la seconde audience, les efforts faits pour sa réinsertion socio-professionnelle et (ou) pour la réparation des dommages ou encore pour le paiement des sommes dues (dans le cas des non-paiements de pension alimentaire, par exemple). A l'audience de renvoi, le juge pénal fixe alors la peine en fonction des efforts ainsi menés, de l'évolution du condamné et peut ainsi être amené à prononcer une peine sensiblement plus clémente que si elle avait été prononcée lors de la première audience.

L'ajournement (ou "*suspended sentence*") peut être assorti d'une mise à l'épreuve, à savoir d'obligations auxquelles devra se soumettre le condamné sous le contrôle du juge de l'application des peines²⁵ et du délégué à la probation.

Il est intéressant de noter ici que le condamné peut bénéficier d'une dispense de peine et ce à trois conditions: que le trouble à l'ordre public causé par l'infraction ait cessé, que le dommage soit réparé, et le reclassement du délinquant acquis.

²⁴ Voir ANNEXE VI « L'exemption judiciaire dans les autres pays européens »

²⁵ Création de ce juge en 1958 tant en milieu « ouvert » qu'en milieu « fermé ».

Le juge de l'application des peines est chargé du suivi de l'exécution de la peine.

Parmi les événements pouvant intervenir postérieurement au prononcé de la peine et perturbant son exécution, les trois principaux sont : la prescription, la grâce et l'amnistie.

La prescription

La prescription des peines est le délai après lequel, si la peine n'a pas été exécutée, elle ne peut plus l'être.

La prescription n'emporte en aucun cas effacement de la condamnation ; comme pour la prescription des obligations en droit civil, c'est seulement l'exécution qui est paralysée.

Le délai de prescription des peines court à compter de la date à laquelle la condamnation devient définitive.

Sa durée dépend de la gravité de l'infraction : Les crimes se prescrivent par 20 ans, les délits par 5 ans et les contraventions par 3 ans.

Comme en ce qui concerne la prescription de l'action publique, le législateur a prévu un régime dérogatoire pour certaines infractions particulièrement graves : les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, le terrorisme et le trafic de stupéfiants se prescrivent par 30 ans pour les crimes et 20 ans pour les délits.

La prescription est interrompue par tout acte d'exécution de la peine (arrestation, saisie...).

La prescription de la peine n'emporte aucune conséquence sur l'exigibilité des dommages et intérêts, qui obéissent aux règles du Code civil.

La grâce

La grâce est la dispense d'exécution de la peine. Traditionnellement, il s'agit d'une prérogative du pouvoir exécutif, et en France elle s'exerce par décret du Président de la République (article 17 de la constitution de 1958).

La grâce peut être individuelle ou collective, partielle ou totale. Elle intervient en général lorsque les circonstances laissent penser qu'un condamné est victime d'une erreur judiciaire sans que les voies de droit permettent la révision du procès, ou à l'occasion d'événements politiques particuliers.

La grâce présidentielle est une coutume constitutionnalisée au mépris du principe de séparation des pouvoirs.

Certaines mesures judiciaires peuvent être assimilées à des mesures de grâce : relèvement, par la juridiction de jugement, d'une peine accessoire ; remise de peine pour bonne conduite ou libération conditionnelle, selon les gages de réinsertion de l'intéressé, dans le respect de la mesure de sûreté (peine incompressible) éventuellement prononcée par la juridiction de jugement.

L'effet des grâces se limite strictement à l'exécution de la peine. En aucun cas, la condamnation ni l'infraction ne disparaissent. C'est ce qui différencie les grâces de l'amnistie.

L'amnistie

L'amnistie est une mesure législative qui impose l'oubli en faisant disparaître légalement l'infraction.

Le législateur peut décider d'amnistier une personne ou une catégorie de personnes (amnistie personnelle), un ensemble de faits en circonscrivant une période et un lieu (en rapport avec la guerre d'Algérie par exemple) ou une catégorie d'infraction (par exemple les infractions routières sauf celles ayant entraîné des blessures ou la mort d'une personne) : il s'agira d'amnisties réelles.

Le parlement peut renvoyer à un décret présidentiel l'application de l'amnistie à certains individus appartenant à un groupe déterminé : on parle alors de grâce amnistiante.

Le parlement peut également choisir, parmi les critères permettant de bénéficier de l'amnistie, la durée de la peine ou sa nature. Ipso facto, l'amnistie se trouve subordonnée à la décision des juges : on peut parler d'amnistie judiciaire, même si l'origine de la mesure reste législative.

Les effets de l'amnistie sont radicaux : effacement des condamnations et des peines, rétablissement d'un sursis antérieur qui aurait été révoqué... L'amnistie n'emporte pas restitution des amendes versées, ni réparation pour la peine déjà exécutée. La peine amnistiée est même effacée du casier judiciaire.

L'amnistie fait disparaître le caractère délictueux des faits concernés, en sanctionnant souvent d'une amende le rappel des sanctions amnistiées, mais ne fait pas disparaître les faits eux-mêmes, qui peuvent fonder notamment une action civile. Cette limitation des effets de l'amnistie est légitime dans un souci de respect des droits des tiers.

B. La libération conditionnelle²⁶.

²⁶ Voir l'Annexe VII « La liberté conditionnelle dans d'autres pays européen ».

La libération conditionnelle est une forme de mise en liberté sous condition qui ne peut être accordée qu'après l'examen minutieux de renseignements et une évaluation du risque. Après l'étude du dossier du délinquant, des commissaires déterminent si ce dernier peut ou non, être autorisé à retourner dans la collectivité avant l'expiration de sa peine d'emprisonnement.

La libération conditionnelle permet donc à certains délinquants de finir de purger leur peine à l'extérieur d'un établissement.

Les dispositions françaises relatives à la libération conditionnelle ont été récemment réformées par la loi du 15 juin 2000²⁷ renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, ainsi que par la loi du 9 mars 2004²⁸ portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Ces deux textes ont assorti les décisions ayant trait à l'exécution des peines de garanties juridictionnelles.

Actuellement, en application de l'article 729²⁹ du code de procédure pénale, la libération conditionnelle peut être accordée aux condamnés qui ont accompli au moins la moitié de leur peine. Les récidivistes, quant à eux, ne peuvent être libérés que s'ils ont effectué au moins les deux tiers de leur peine. En revanche, les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité ne peuvent prétendre à une libération conditionnelle qu'au terme de quinze années de détention, tandis que les condamnés à une peine privative de liberté assortie d'une période de sûreté doivent attendre l'expiration de celle-ci, dix-huit ans le plus souvent, pour demander leur libération conditionnelle.

L'article 729 du code de procédure pénale prévoit également que les condamnés ne peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle que « *s'ils manifestent un effort sérieux de réadaptation sociale, notamment lorsqu'ils justifient soit de l'exercice d'une activité professionnelle, soit de l'assiduité à un enseignement ou à une formation professionnelle ou encore d'un stage ou d'un emploi temporaire en vue de l'insertion sociale, soit de leur participation essentielle à la vie de famille, soit de la nécessité de subir un traitement, soit de leurs efforts en vue d'indemniser leurs victimes* ».

Par ailleurs, l'octroi de la libération conditionnelle est subordonné à l'accord de l'intéressé.

Selon les cas, l'octroi de la libération conditionnelle est décidé par le juge de l'application des peines ou par le tribunal de l'application des peines. Le juge de l'application des peines est compétent si la durée de la peine prononcée n'excède pas à dix ans ou si la peine restant à purger est inférieure ou égale à trois ans. Dans les autres cas, la libération conditionnelle est accordée par le tribunal de l'application des peines.

Conformément au code pénal, la libération conditionnelle est assortie de mesures de contrôle, dont le respect est obligatoire pendant le délai d'épreuve : les unes, de droit commun, s'appliquent à tous les bénéficiaires de la libération conditionnelle, tandis que les autres dépendent de la situation spécifique du condamné.

Les mesures de contrôle de droit commun visent à faciliter la surveillance de l'intéressé et à vérifier son reclassement par le service pénitentiaire d'insertion et de probation. Elles portent notamment sur l'emploi, la résidence et les déplacements. Une libération conditionnelle efficace est une des mesures importantes de la réinsertion des détenus, si elle est effectivement accomplie sous le contrôle d'un juge et d'une équipe de travailleurs sociaux mandatés à cette fin.

En outre, le condamné peut être obligé de résider en un lieu déterminé, d'exercer une activité professionnelle ou de suivre une formation, de se soumettre à des examens médicaux, des traitements ou des soins, y compris dans la cadre d'une hospitalisation, de contribuer aux charges familiales ou de payer les pensions alimentaires, de réparer les dommages

²⁷ loi n° 2000-516 du 15 juin 2000

²⁸ loi n° 2004-204 du 9 mars 2004

²⁹ Article 729 du code pénal : « La libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive. Les condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale, notamment lorsqu'ils justifient soit de l'exercice d'une activité professionnelle, soit de l'assiduité à un enseignement ou à une formation professionnelle ou encore d'un stage ou d'un emploi temporaire en vue de leur insertion sociale, soit de leur participation essentielle à la vie de famille, soit de la nécessité de subir un traitement, soit de leurs efforts en vue d'indemniser leurs victimes.

Sous réserve des dispositions de l'article 132-23 du code pénal, la libération conditionnelle peut être accordée lorsque la durée de la peine accomplie par le condamné est au moins égale à la durée de la peine lui restant à subir. Toutefois, les condamnés en état de récidive aux termes des articles 132-8, 132-9 ou 132-10 du code pénal ne peuvent bénéficier d'une mesure de libération conditionnelle que si la durée de la peine accomplie est au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir. Dans les cas prévus au présent alinéa, le temps d'épreuve ne peut excéder quinze années.

Pour les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité, le temps d'épreuve est de quinze années. »

causés, etc. Le juge peut également lui interdire de conduire certains véhicules, de fréquenter certains lieux, d'entrer en relation avec certaines personnes, notamment la victime, d'engager des paris, ainsi que de détenir ou de porter une arme.

Le contrôle judiciaire exercé par le juge de l'application des peines, en liaison avec un délégué à la probation, se poursuit jusqu'à la date de l'expiration théorique de la peine (le délai d'épreuve pouvant être prolongé un an après cette date d'expiration).

En règle générale, la décision de libération conditionnelle résulte également de l'appréciation de la situation de l'intéressé. Elle est en effet prise en fonction de chaque cas particulier, et les conditions dont elle est assortie dépendent également de chaque détenu : la conduite en prison, le passé judiciaire, les circonstances de l'infraction qui ont motivé la détention, la sincérité du repentir, la probabilité de récidive, etc. constituent autant d'éléments dont il est tenu compte.

CONCLUSION

Les choix dont dispose le juge en matière de sanction pénale sont bien particuliers en France. Le principe de l'individualisation de la peine prend une place importante et primordiale. De ce fait, en vertu de ce principe, qui a désormais valeur constitutionnelle, le juge n'a pas à motiver le choix de la peine alors que dans d'autres pays européens, comme l'Allemagne par exemple, la motivation reste un critère important. En effet dans ce pays, la violation de ce critère forme une cause de pourvoi en cassation. C'est seulement en ce qui concerne la sanction de l'interdiction sur le territoire français que la Cour de Cassation commence à contrôler le contenu de la motivation. Ici se montre l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg eu égard à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

De ce fait, en France, les peines dites « automatiques » et/ou les peines minimales sont interdites. Le juge a donc la possibilité de prononcer des peines inférieures que celles mentionnées dans la loi pour l'infraction en cause. Il peut le faire en aménageant la peine selon la personnalité du délinquant. Maintenant de plus en plus, toujours en vertu du principe de l'individualisation des peines, les juges essaient de trouver des sanctions alternatives à l'incarcération afin d'éviter une peine privative de liberté et plus adéquate aux délinquants.

ANNEXE I

Tableau relatif aux différents degrés de sévérité de la réponse pénale concernant une personne commettant successivement deux infractions.

Le tableau suivant récapitule les conséquences juridiques des trois hypothèses de pluralité d'infractions.
(récidive, concours d'infraction et réitération).

Qualification juridique	Hypothèse	Peines encourues	Cumul des peines	Confusion des peines	Exemples (pour un vol simple ou des violences punies au maximum de 3 ans d'emprisonnement)
Infractions en concours	La personne n'est pas déjà définitivement condamnée pour la première infraction lorsqu'elle commet la seconde	Pas d'aggravation	Limité au maximum légal de la peine la plus sévère	OUI, la personne peut obtenir la confusion totale ou partielle des 2 peines	Vol le 1/1/05, condamnation le 20/1/05 à 18 mois Vol le 5/1/05, condamnation le 30/1/05 à 2 ans Total des peines exécutables : 3 ans (et non 3 ans 6 mois) Confusion possible à 2 ans 6 mois
Réitération	La personne est déjà définitivement condamnée pour la première infraction lorsqu'elle commet la seconde, sans que les conditions de la récidive soient réunies	Pas d'aggravation	OUI, sans limitation	NON	Vol le 1/1/04, condamnation le 20/1/04 à 18 mois Violences le 5/1/05, condamnation le 30/1/05 à 2 ans Total des peines exécutables : 3 ans 6 mois (et pas de confusion possible)
Récidive	La personne est déjà définitivement condamnée pour la première infraction lorsqu'elle commet la seconde, alors que les conditions de la récidive sont réunies	Plafond de peine doublé	OUI, sans limitation	NON	Vol le 1/1/04, condamnation le 20/1/04 à 2 ans Vol le 5/1/05, condamnation le 30/1/05 à 4 ans Total des peines exécutables : 6 ans

ANNEXE II

LOI n°2005-1549 relative au traitement de la récidive des infractions pénales

TITRE Ier

DISPOSITIONS RELATIVES À LA RÉCIDIVE,

À LA RÉITÉRATION ET AU SURSIS

Article 1

Après l'article 132-16-2 du code pénal, sont insérés deux articles 132-16-3 et 132-16-4 ainsi rédigés :

« Art. 132-16-3. - Les délits de traite des êtres humains et de proxénétisme prévus par les articles 225-4-1, 225-4-2, 225-4-8, 225-5 à 225-7 et 225-10 sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction. »

« Art. 132-16-4. - Les délits de violences volontaires aux personnes ainsi que tout délit commis avec la circonstance aggravante de violences sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction. »

Article 2

I. - Après l'article 132-16-2 du code pénal, il est inséré un article 132-16-6 ainsi rédigé :

« Art. 132-16-6. - Les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union européenne sont prises en compte au titre de la récidive conformément aux règles prévues par la présente sous-section. »

II. - L'article 442-16 du même code est abrogé.

Article 3

Les sous-sections 3 et 4 de la section 1 du chapitre II du titre III du livre Ier du code pénal deviennent les sous-sections 4 et 5 et, après la sous-section 2, il est inséré une sous-section 3 ainsi rédigée :

Sous-section 3

« Des peines applicables en cas de réitération d'infractions »

« Art. 132-16-7. - Il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale. »

« Les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente. »

Article 4

L'article 132-24 du code pénal est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions. »

Article 5

I. - Le premier alinéa de l'article 132-41 du code pénal est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Lorsque la personne est en état de récidive légale, il est applicable aux condamnations à l'emprisonnement prononcées pour une durée de dix ans au plus. »

II. - Le premier alinéa de l'article 132-42 du même code est complété par deux phrases ainsi rédigées :

« Lorsque la personne est en état de récidive légale, ce délai peut être porté à cinq ans. Ce délai peut être porté à sept ans lorsque la personne se trouve à nouveau en état de récidive légale. »

III. - Le dernier alinéa du même article 132-42 est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Cette partie ne peut toutefois excéder cinq ans d'emprisonnement. »

Article 6

L'article 132-41 du code pénal est complété par un alinéa ainsi rédigé :

à La juridiction pénale ne peut prononcer le sursis avec mise à l'épreuve à l'encontre d'une personne ayant déjà fait l'objet de deux condamnations assorties du sursis avec mise à l'épreuve pour des délits identiques ou assimilés au sens des articles 132-16 à 132-16-4 et se trouvant en état de récidive légale. Lorsqu'il s'agit soit d'un crime, soit d'un délit de violences volontaires, d'un délit d'agressions ou d'atteintes sexuelles ou d'un délit commis avec la circonstance aggravante de violences, la juridiction ne peut prononcer le sursis avec mise à l'épreuve à l'encontre d'une personne ayant déjà fait l'objet d'une condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve pour des infractions identiques ou assimilées et se trouvant en état de récidive légale. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque le sursis avec mise à l'épreuve ne porte que sur une partie de la peine d'emprisonnement prononcée en application des dispositions du dernier alinéa de l'article 132-42. »

Article 7

Après l'article 465 du code de procédure pénale, il est inséré un article 465-1 ainsi rédigé :

« Art. 465-1. - Lorsque les faits sont commis en état de récidive légale, le tribunal peut, par décision spéciale et motivée, décerner mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu, quelle que soit la durée de la peine d'emprisonnement prononcée.

« S'il s'agit d'une récidive légale au sens des articles 132-16-1 et 132-16-4 du code pénal, le tribunal délivre mandat de dépôt à l'audience, quel que soit le quantum de la peine prononcée, sauf s'il en décide autrement par une décision spécialement motivée. »

Article 8

I. - L'article 717-1 du code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° Dans le dernier alinéa, les mots : « pour le meurtre ou l'assassinat d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour toute infraction visée aux articles 222-23 à 222-32 et 227-25 à 227-27 du code pénal » sont remplacés par les mots : « pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru » ;

2° Sont ajoutés deux alinéas ainsi rédigés :

é Sans préjudice des dispositions de l'article 763-7, le juge de l'application des peines peut proposer à tout condamné relevant des dispositions de l'alinéa précédent de suivre un traitement pendant la durée de sa détention, si un médecin estime que cette personne est susceptible de faire l'objet d'un tel traitement.

« Les dispositions des articles L. 3711-1, L. 3711-2 et L. 3711-3 du code de la santé publique sont applicables au

médecin traitant du condamné détenu, qui délivre à ce dernier des attestations de suivi du traitement afin de lui permettre d'en justifier auprès du juge de l'application des peines pour l'obtention des réductions de peine prévues par l'article 721-1. »

II. - L'article 721-1 du même code est ainsi modifié :

1° Dans la première phrase du premier alinéa, après les mots : « d'une formation », sont insérés les mots : « , en suivant une thérapie destinée à limiter les risques de récidive » ;

2° Dans la deuxième phrase du premier alinéa, les mots : « à un suivi socio-judiciaire comprenant une injonction de soins, et qui refusent de suivre un traitement » sont remplacés par les mots : « pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru et qui refusent de suivre le traitement qui leur est proposé ».

Article 9

I. - Dans le premier alinéa de l'article 717-3 du code de procédure pénale, après les mots : « de formation professionnelle », sont insérés les mots : « ou générale ».

II. - Le deuxième alinéa du même article 717-3 est ainsi rédigé :

« Au sein des établissements pénitentiaires, toutes dispositions sont prises pour assurer une activité professionnelle, une formation professionnelle ou générale aux personnes incarcérées qui en font la demande. »

Article 10

Au début du premier alinéa de l'article 720-1-1 du code de procédure pénale, sont insérés les mots : « Sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction, ».

Article 11

I. - Avant le dernier alinéa de l'article 720-1-1 du code de procédure pénale, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Si la suspension de peine a été ordonnée pour une condamnation prononcée en matière criminelle, une expertise médicale destinée à vérifier que les conditions de la suspension sont toujours remplies doit intervenir tous les six mois. »

II. - Les dispositions du présent article sont applicables aux suspensions en cours à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, quelle que soit la date de commission des faits ayant donné lieu à la condamnation.

Article 12

L'article 721 du code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° Dans le premier alinéa, après les mots : « suivantes et », sont insérés les mots : « , pour une peine de moins d'un an ou pour la partie de peine inférieure à une année pleine, » ;

2° Le même alinéa est complété par les mots : « ; pour les peines supérieures à un an, le total de la réduction correspondant aux sept jours par mois ne peut toutefois excéder deux mois. » ;

3° Après le même alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque le condamné est en état de récidive légale, le crédit de réduction de peine est calculé à hauteur de deux mois la première année, d'un mois pour les années suivantes et, pour une peine de moins d'un an ou pour la partie de peine inférieure à une année pleine, de cinq jours par mois ; pour les peines supérieures à un an, le total de la réduction correspondant aux cinq jours par mois ne peut toutefois excéder un mois. Il n'est cependant pas tenu compte des dispositions du présent alinéa pour déterminer la date à partir de laquelle une libération conditionnelle peut être accordée au condamné, cette date étant fixée par référence à un crédit de réduction de peine qui serait calculé conformément aux dispositions du premier alinéa. » ;

4° Après le deuxième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque le condamné est en état de récidive légale, le retrait prévu par le troisième alinéa du présent article est alors de deux mois maximum par an et de cinq jours par mois. » ;

5° Dans l'avant-dernier alinéa, les mots : « du premier alinéa » sont remplacés par les mots : « du premier ou du deuxième alinéa », et les mots : « du deuxième alinéa » sont remplacés par les mots : « du troisième alinéa ».

Article 13

Après l'article 723-28 du code de procédure pénale, il est inséré une section 9 ainsi rédigée :

Section 9

« Dispositions relatives à la surveillance judiciaire de personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit »

« Art. 723-29. - Lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à dix ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, le juge de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération et pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine ou aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait.

« Art. 723-30. - La surveillance judiciaire peut comporter les obligations suivantes :

« 1° Obligations prévues par l'article 132-44 et par les 2°, 3°, 8°, 9°, 11°, 12°, 13° et 14° de l'article 132-45 du code pénal ;

« 2° Obligations prévues par les articles 131-36-2 (1°, 2° et 3°) et 131-36-4 du même code ;

« 3° Obligation prévue par l'article 131-36-12 du même code.

« Art. 723-31. - Le risque de récidive mentionné à l'article 723-29 doit être constaté par une expertise médicale ordonnée par le juge de l'application des peines conformément aux dispositions de l'article 712-16, et dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné. Cette expertise peut être également ordonnée par le procureur de la République.

« Art. 723-32. - La décision prévue à l'article 723-29 est prise, avant la date prévue pour la libération du condamné, par un jugement rendu conformément aux dispositions de l'article 712-6. Lorsque est prévue l'obligation mentionnée au 3° de l'article 723-30, la décision intervient après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Lors du débat contradictoire prévu par l'article 712-6, le condamné est obligatoirement assisté par un avocat choisi par lui, ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier.

« Le jugement précise les obligations auxquelles le condamné est tenu, ainsi que la durée de celles-ci.

« Art. 723-33. - Le condamné placé sous surveillance judiciaire fait également l'objet de mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier sa réinsertion.

« Ces mesures et les obligations auxquelles le condamné est astreint sont mises en oeuvre par le juge de l'application des peines assisté du service pénitentiaire d'insertion et de probation, et, le cas échéant, avec le concours des organismes habilités à cet effet.

« Art. 723-34. - Le juge de l'application des peines peut modifier les obligations auxquelles le condamné est astreint, par ordonnance rendue selon les modalités prévues par l'article 712-8.

« Si la réinsertion du condamné paraît acquise, il peut, par jugement rendu selon les modalités prévues par l'article 712-

6, mettre fin à ces obligations.

« Si le comportement ou la personnalité du condamné le justifie, il peut, par jugement rendu selon les modalités prévues par la dernière phrase du premier alinéa de l'article 723-32, décider de prolonger la durée de ces obligations, sans que la durée totale de celles-ci ne dépasse celle prévue à l'article 723-29.

« Art. 723-35. - En cas d'inobservation par le condamné des obligations et interdictions qui lui ont été imposées, le juge de l'application des peines peut, selon les modalités prévues par l'article 712-6, retirer tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié et ordonner sa réincarcération. Les dispositions de l'article 712-17 sont applicables.

Le juge de l'application des peines avertit le condamné que les mesures prévues aux articles 131-36-4 et 131-36-12 du code pénal ne pourront être mises en oeuvre sans son consentement, mais que, à défaut, tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié pourra, en application du premier alinéa, lui être retiré.

Art. 723-36. - Les dispositions de la présente section ne sont pas applicables si la personne a été condamnée à un suivi socio-judiciaire ou si elle fait l'objet d'une libération conditionnelle.

« Art. 723-37. - Un [décret](#) détermine en tant que de besoin les modalités et les conditions d'application des dispositions de la présente section. »

Article 14

L'article 729 du code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° La dernière phrase du deuxième alinéa est complétée par les mots : « ou, si le condamné est en état de récidive légale, vingt années » ;

2° Le dernier alinéa est ainsi rédigé :

« Pour les condamnés à la réclusion à perpétuité, le temps d'épreuve est de dix-huit années ; il est de vingt-deux années si le condamné est en état de récidive légale. »

Article 15

Le dernier alinéa de l'article 729-3 du code de procédure pénale est complété par les mots : « ou pour une infraction commise en état de récidive légale ».

Article 16

Après l'article 132-16-2 du code pénal, il est inséré un article 132-16-5 ainsi rédigé :

« Art. 132-16-5. - L'état de récidive légale peut être relevé d'office par la juridiction de jugement même lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuites, dès lors qu'au cours de l'audience la personne poursuivie en a été informée et qu'elle a été mise en mesure d'être assistée d'un avocat et de faire valoir ses observations. »

Article 17

Le dernier alinéa de l'article 132-19 du code pénal est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Toutefois, il n'y a pas lieu à motivation spéciale lorsque la personne est en état de récidive légale. »

Article 18

I. - Dans le troisième alinéa de l'article 398 du code de procédure pénale, les mots : « sauf si la peine encourue, compte tenu de l'état de récidive légale du prévenu, est supérieure à cinq ans d'emprisonnement » sont supprimés.

II. - L'article 398-2 du même code est ainsi modifié :

1° Dans la première phrase du dernier alinéa, les mots : « si la complexité des faits le justifie » sont remplacés par les mots : « si ce renvoi lui paraît justifié en raison de la complexité des faits ou, au regard notamment des dispositions du dernier alinéa, en raison de l'importance de la peine susceptible d'être prononcée » ;

2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Le tribunal correctionnel siégeant dans sa composition prévue par le troisième alinéa de l'article 398 ne peut prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée supérieure à cinq ans. »

TITRE II

DISPOSITIONS RELATIVES AU PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE MOBILE

Article 19

Après l'article 131-36-8 du code pénal, il est inséré une sous-section 7 ainsi rédigée :

« Sous-section 7

« Du placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté »

« Art. 131-36-9. - Le suivi socio-judiciaire peut également comprendre, à titre de mesure de sûreté, le placement sous surveillance électronique mobile, conformément aux dispositions de la présente sous-section.

« Art. 131-36-10. - Le placement sous surveillance électronique mobile ne peut être ordonné qu'à l'encontre d'une personne majeure condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans et dont une expertise médicale a constaté la dangerosité, lorsque cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin.

« Art. 131-36-11. - Lorsqu'il est ordonné par le tribunal correctionnel, le placement sous surveillance électronique mobile doit faire l'objet d'une décision spécialement motivée.

« Lorsqu'il est ordonné par la cour d'assises, il doit être décidé dans les conditions de majorité prévues par l'article 362 du code de procédure pénale pour le prononcé du maximum de la peine.

« Art. 131-36-12. - Le placement sous surveillance électronique mobile emporte pour le condamné l'obligation de porter pour une durée de deux ans, renouvelable une fois en matière délictuelle et deux fois en matière criminelle, un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national.

« Le président de la juridiction avertit le condamné que le placement sous surveillance électronique mobile ne pourra être mis en oeuvre sans son consentement, mais que, à défaut ou s'il manque à ses obligations, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution.

« Art. 131-36-13. - Les modalités d'exécution du placement sous surveillance électronique mobile sont fixées par le titre VII ter du livre V du code de procédure pénale. »

Article 20

Après l'article 763-9 du code de procédure pénale, il est inséré un titre VII ter ainsi rédigé :

« TITRE VII TER

« DU PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE MOBILE À TITRE DE MESURE DE SÛRETÉ

Art. 763-10. - Un an au moins avant la date prévue de sa libération, la personne condamnée au placement sous

surveillance électronique mobile en application des articles 131-36-9 à 131-36-12 du code pénal fait l'objet d'un examen destiné à évaluer sa dangerosité et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction.

« Cet examen est mis en oeuvre par le juge de l'application des peines, après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté composée selon des modalités déterminées par le décret prévu à l'article 763-14. Les dispositions de l'article 712-16 sont applicables.

« Au vu de cet examen, le juge de l'application des peines détermine, selon les modalités prévues par l'article 712-6, la durée pendant laquelle le condamné sera effectivement placé sous surveillance électronique mobile. Cette durée ne peut excéder deux ans, renouvelable une fois en matière délictuelle et deux fois en matière criminelle.

« Le juge de l'application des peines rappelle au condamné que le placement sous surveillance électronique mobile ne pourra être mis en oeuvre sans son consentement, mais que, à défaut ou s'il manque à ses obligations, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 du code pénal pourra être mis à exécution.

« Six mois avant l'expiration du délai fixé, le juge de l'application des peines statue, selon les mêmes modalités, sur la prolongation du placement sous surveillance électronique mobile dans la limite prévue au troisième alinéa.

« A défaut de prolongation, il est mis fin au placement sous surveillance électronique mobile.

« Art. 763-11. - Pendant la durée du placement sous surveillance électronique mobile, le juge de l'application des peines peut d'office, sur réquisitions du procureur de la République ou à la demande du condamné présentée, le cas échéant, par l'intermédiaire de son avocat, modifier, compléter ou supprimer les obligations résultant dudit placement.

« Art. 763-12. - Le condamné placé sous surveillance électronique mobile est astreint au port, pendant toute la durée du placement, d'un dispositif intégrant un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national.

« Ce dispositif est installé sur le condamné au plus tard une semaine avant sa libération.

« Le procédé utilisé est homologué à cet effet par le ministre de la justice. Sa mise en oeuvre doit garantir le respect de la dignité, de l'intégrité et de la vie privée de la personne et favoriser sa réinsertion sociale.

« Art. 763-13. - Le contrôle à distance de la localisation du condamné fait l'objet d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, mis en oeuvre conformément aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

« Dans le cadre des recherches relatives à une procédure concernant un crime ou un délit, les officiers de police judiciaire spécialement habilités à cette fin sont autorisés à consulter les données figurant dans ce traitement.

« Art. 763-14. - Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du présent titre. Ce décret précise notamment les conditions dans lesquelles l'évaluation prévue par l'article 763-10 est mise en oeuvre. Il précise également les conditions d'habilitation des personnes de droit privé auxquelles peuvent être confiées les prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté concernant la mise en oeuvre du placement sous surveillance électronique mobile et relatives notamment à la conception et à la maintenance du dispositif prévu à l'article 763-12 et du traitement automatisé prévu à l'article 763-13.

« Les dispositions de ce décret relatives au traitement automatisé prévu à l'article 763-13, qui précisent, notamment, la durée de conservation des données enregistrées, sont prises après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

Article 21

L'article 763-3 du code de procédure pénale est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Le juge de l'application des peines peut également, après avoir procédé à l'examen prévu à l'article 763-10, ordonner

le placement sous surveillance électronique mobile du condamné. Le juge de l'application des peines avertit le condamné que le placement sous surveillance électronique mobile ne pourra être mis en oeuvre sans son consentement mais que, à défaut ou s'il manque à ses obligations, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 du code pénal pourra être mis à exécution. Les dispositions du deuxième alinéa du présent article sont applicables. »

Article 22

Après l'article 731 du code de procédure pénale, il est inséré un article 731-1 ainsi rédigé :

« Art. 731-1. - La personne faisant l'objet d'une libération conditionnelle peut être soumise aux obligations qui sont celles du suivi socio-judiciaire, y compris l'injonction de soins, si elle a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel cette mesure était encourue.

« Cette personne peut alors être également placée sous surveillance électronique mobile dans les conditions et selon les modalités prévues par les articles 763-10 à 763-14. »

TITRE III

DISPOSITIONS RELATIVES AU SUIVI SOCIO-JUDICIAIRE

Article 23

I. - L'article 221-9-1 du code pénal est ainsi rédigé :

« Art. 221-9-1. - Les personnes physiques coupables des crimes prévus par la section 1 du présent chapitre encourrent également le suivi socio-judiciaire selon les modalités prévues par les articles 131-36-1 à 131-36-13. »

II. - Après l'article 224-9 du même code, il est inséré un article 224-10 ainsi rédigé :

« Art. 224-10. - Les personnes physiques coupables des crimes prévus par la section 1 du présent chapitre encourrent également le suivi socio-judiciaire selon les modalités prévues par les articles 131-36-1 à 131-36-13. »

Article 24

I. - Le début de l'article 222-48-1 du code pénal est ainsi rédigé :

« Les personnes physiques coupables de tortures ou d'actes de barbarie ou des infractions... (le reste sans changement). »

II. - A la fin du même article 222-48-1, la référence : « 131-36-8 » est remplacée par la référence : « 131-36-13 ».

III. - A la fin de l'article 227-31 du même code, la référence : « 131-36-8 » est remplacée par la référence : « 131-36-13 ».

Article 25

I. - Après l'article 322-17 du code pénal, il est inséré un article 322-18 ainsi rédigé :

« Art. 322-18. - Les personnes physiques coupables des infractions définies aux articles 322-6 à 322-11 peuvent également être condamnées à un suivi socio-judiciaire selon les modalités prévues par les articles 131-36-1 à 131-36-13. »

II. - Dans l'avant-dernier alinéa de l'article 322-5 du même code, les mots : « pendant huit jours au plus » sont remplacés par les mots : « pendant au moins huit jours ».

Article 26

Après l'article L. 3711-4 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 3711-4-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 3711-4-1. - Si la personnalité du condamné le justifie, le médecin coordonnateur peut inviter celui-ci à choisir, soit en plus du médecin traitant, soit à la place de ce dernier, un psychologue traitant dont les conditions de diplôme et les missions sont précisées par le décret prévu à l'article L. 3711-5.

« Les dispositions des articles L. 3711-1 à L. 3711-3 applicables au médecin traitant sont applicables à ce psychologue à l'exception de celles prévues au dernier alinéa de l'article L. 3711-3. »

Article 27

L'article L. 3711-3 du code de la santé publique est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsqu'il a été agréé à cette fin, le médecin traitant est habilité à prescrire au condamné, avec le consentement écrit et renouvelé, au moins une fois par an, de ce dernier, un traitement utilisant des médicaments dont la liste est fixée par arrêté du ministre de la santé et qui entraînent une diminution de la libido, même si l'autorisation de mise sur le marché les concernant n'a pas été délivrée pour cette indication. »

Article 28

I. - Le code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° L'article 706-47 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Ces dispositions sont également applicables aux procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale. » ;

2° Avant l'article 706-53-1, l'intitulé du chapitre II du titre XIX du livre IV est ainsi rédigé : « Du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes » ;

3° Le début de l'article 706-53-1 est ainsi rédigé : « Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes constitue... (le reste sans changement). » ;

4° Dans l'avant-dernier alinéa de l'article 706-53-5, après les mots : « à cette fin », sont insérés les mots : « soit auprès du commissariat ou de l'unité de gendarmerie de son domicile, soit » ;

5° Le quatrième alinéa (3°) de l'article 706-53-7 est complété par les mots : « ainsi que pour le contrôle de l'exercice de ces activités ou professions » ;

6° Le même article 706-53-7 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les officiers de police judiciaire peuvent également, sur instruction du procureur de la République ou du juge d'instruction ou avec l'autorisation de ce magistrat, consulter le fichier à partir de l'identité d'une personne gardée à vue dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire ou en exécution d'une commission rogatoire, même si cette procédure ne concerne pas une des infractions mentionnées au 2° du présent article. »

II. - Le II de l'article 216 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Dans le cadre de ces recherches, les dispositions du premier alinéa de l'article 78 du code de procédure pénale sont applicables. »

III. - Les dispositions de l'article 216 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité sont applicables aux auteurs des infractions mentionnées au dernier alinéa de l'article 706-47 du code

de procédure pénale dans sa rédaction résultant du 1° du I du présent article.

Article 29

I. - L'article 712-7 du code de procédure pénale est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« S'il en fait la demande, l'avocat de la partie civile peut assister au débat contradictoire devant le tribunal de l'application des peines pour y faire valoir ses observations, avant les réquisitions du ministère public. »

II. - L'article 712-13 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« S'il en fait la demande, l'avocat de la partie civile peut assister au débat contradictoire devant la chambre de l'application des peines de la cour d'appel statuant en appel d'un jugement du tribunal de l'application des peines pour y faire valoir ses observations, avant les réquisitions du ministère public. »

Article 30

Après l'article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, il est inséré un article 21-1 ainsi rédigé :

« Art. 21-1. - I. - Les services et unités de la police et de la gendarmerie nationales chargés d'une mission de police judiciaire peuvent mettre en oeuvre, sous le contrôle des autorités judiciaires, des traitements automatisés de données à caractère personnel collectées au cours des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire et concernant tout crime ou délit portant atteinte aux personnes punis de plus de cinq ans d'emprisonnement ou portant atteinte aux biens et punis de plus de sept ans d'emprisonnement, ou collectées au cours des procédures de recherche de cause de la mort et des causes de disparitions inquiétantes, afin de faciliter la constatation des crimes et délits présentant un caractère sériel, d'en rassembler les preuves et d'en identifier les auteurs, grâce à l'établissement de liens entre les individus, les événements ou les infractions pouvant en mettre en évidence ce caractère sériel.

« Ces traitements peuvent enregistrer des données à caractère personnel de la nature de celles mentionnées au I de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dans la stricte mesure nécessaire aux finalités de recherche criminelle assignées auxdits traitements.

« II. - Ces traitements peuvent contenir des données sur les personnes, sans limitation d'âge :

« 1° A l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission d'une infraction mentionnée au premier alinéa du I ; l'enregistrement des données concernant ces personnes peut intervenir, le cas échéant, après leur condamnation ;

« 2° A l'encontre desquelles il existe des raisons sérieuses de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction mentionnée au premier alinéa du I ;

« 3° Susceptibles de fournir des renseignements sur les faits au sens des articles 62, 78 et 101 du code de procédure pénale et dont l'identité est citée dans une procédure concernant une infraction mentionnée au premier alinéa du I ;

« 4° Victimes d'une infraction mentionnée au premier alinéa du I ;

« 5° Faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes de la mort, prévue par l'article 74 du code de procédure pénale, ou d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte, prévue par les articles 74-1 et 80-4 du même code.

« III. - Les dispositions du III de l'article 21 sont applicables à ces traitements.

« Les personnes mentionnées aux 2°, 3° et 4° du II peuvent demander l'effacement des données enregistrées dans le traitement dès lors que l'auteur des faits a été définitivement condamné, sauf si le procureur de la République compétent en prescrit le maintien pour des raisons liées à la finalité du traitement, auquel cas elles font l'objet d'une mention.

« IV. - Sont destinataires des données à caractère personnel mentionnées au présent article :

« - les personnels spécialement habilités et individuellement désignés de la police et de la gendarmerie nationales ;

« - les magistrats du parquet et les magistrats instructeurs, pour les recherches relatives aux infractions dont ils sont saisis.

« L'habilitation précise la nature des données auxquelles elle autorise l'accès.

« V. - Les dispositions de l'article 17-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité ne sont pas applicables aux traitements prévus par le présent article.

« VI. - En application de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise la durée de conservation des données enregistrées, les modalités d'habilitation des personnes mentionnées au deuxième alinéa du IV, ainsi que, le cas échéant, les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer leur droit d'accès de manière indirecte, conformément aux dispositions de l'article 41 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée. »

TITRE IV

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 31

I. - Après l'article 222-31 du code pénal, il est inséré un article 222-31-1 ainsi rédigé :

« Art. 222-31-1. - Lorsque le viol ou l'agression sexuelle est commis contre un mineur par une personne titulaire sur celui-ci de l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité en application des dispositions des articles 378 et 379-1 du code civil.

« Elle peut alors statuer sur le retrait de cette autorité en ce qu'elle concerne les frères et soeurs mineurs de la victime.

« Si les poursuites ont lieu devant la cour d'assises, celle-ci statue sur cette question sans l'assistance des jurés. »

II. - Après l'article 227-28-1 du même code, il est inséré un article 227-28-2 ainsi rédigé :

« Art. 227-28-2. - Lorsque l'atteinte sexuelle est commise sur la victime par une personne titulaire de l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité en application des dispositions des articles 378 et 379-1 du code civil.

« Elle peut alors statuer sur le retrait de cette autorité en ce qu'elle concerne les frères et soeurs mineurs de la victime.

« Si les poursuites ont lieu devant la cour d'assises, celle-ci statue sur cette question sans l'assistance des jurés. »

Article 32

L'article 222-24 du code pénal est complété par un 10° ainsi rédigé :

« 10° Lorsqu'il est commis en concours avec un ou plusieurs autres viols commis sur d'autres victimes. »

Article 33

Dans le deuxième alinéa (1°) de l'article 144 du code de procédure pénale, après les mots : « sur les témoins ou les

victimes », sont insérés les mots : « et leur famille ».

Article 34

L'article L. 3213-7 du code de la santé publique est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« A toutes fins utiles, le procureur de la République informe le représentant de l'Etat dans le département de ses réquisitions ainsi que des dates d'audience et des décisions rendues. »

Article 35

I. - Après le 5° de l'article 41-1 du code de procédure pénale, il est inséré un 6° ainsi rédigé :

« 6° En cas d'infraction commise soit contre son conjoint ou son concubin, soit contre ses enfants ou les enfants de ce dernier, demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, de s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique. »

II. - Après le 13° de l'article 41-2 du même code, il est inséré un 14° ainsi rédigé :

« 14° En cas d'infraction commise soit contre son conjoint ou son concubin, soit contre ses enfants ou les enfants de ce dernier, résider hors du domicile ou de la résidence du couple, et, le cas échéant, s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique. »

III. - Après le 16° de l'article 138 du même code, il est inséré un 17° ainsi rédigé :

« 17° En cas d'infraction commise soit contre son conjoint ou son concubin, soit contre ses enfants ou les enfants de ce dernier, résider hors du domicile ou de la résidence du couple, et, le cas échéant, s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique. »

IV. - L'article 132-45 du code pénal est complété par un 19° ainsi rédigé :

« 19° En cas d'infraction commise soit contre son conjoint ou son concubin, soit contre ses enfants ou les enfants de ce dernier, résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique. »

Article 36

I. - L'article 434-7-2 du code pénal est ainsi modifié :

1° Les mots : « de révéler, directement ou indirectement, ces informations à des personnes susceptibles d'être impliquées » sont remplacés par les mots : « de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées » ;

2° Les mots : « est de nature à entraver » sont remplacés par les mots : « est réalisée dans le dessein d'entraver » ;

3° Les mots : « cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 d'amende » sont remplacés par les mots : « deux ans d'emprisonnement et de 30 000 d'amende » ;

4° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant des dispositions de l'article 706-73 du code de procédure pénale, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 d'amende. »

II. - Dans la première phrase du second alinéa de l'article 43 du code de procédure pénale, les mots : « une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public » sont remplacés par les mots : « un magistrat, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes ou de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ».

Article 37

L'article 56-1 du code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

« Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat. » ;

2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal de grande instance qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier. »

Article 38

L'article 100-5 du code de procédure pénale est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense. »

Article 39

I. - L'article 76 du code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° Dans la première phrase du dernier alinéa, après les mots : « de l'enquête relative », sont insérés les mots : « à un crime ou » ;

2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Pour l'application des dispositions de l'alinéa précédent, est compétent le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dont le procureur de la République dirige l'enquête, quelle que soit la juridiction dans le ressort de laquelle la perquisition doit avoir lieu. Le juge des libertés et de la détention peut alors se déplacer sur les lieux quelle que soit leur localisation sur le territoire national. Le procureur de la République peut également saisir le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la perquisition doit avoir lieu, par l'intermédiaire du procureur de la République de cette juridiction. »

II. - L'article 135-2 du même code est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« La présentation devant le juge des libertés et de la détention prévue par les dispositions ci-dessus n'est pas nécessaire si, dans les délais prévus pour cette présentation, la personne peut comparaître devant la juridiction de jugement saisie des faits.

« Les dispositions du présent article sont également applicables aux mandats d'arrêt délivrés après l'ordonnance de règlement. Elles ne sont toutefois pas applicables lorsque, postérieurement à la délivrance du mandat d'arrêt décerné au cours de l'instruction ou après son règlement, la personne a été condamnée à une peine privative de liberté, soit en matière correctionnelle par un jugement contradictoire ou réputé contradictoire, soit en matière criminelle par un arrêt rendu par défaut ; elles ne sont de même pas applicables lorsque le mandat a été délivré à la suite d'une telle condamnation. Dans ces cas, sans qu'il soit nécessaire de la présenter devant le juge des libertés et de la détention, la personne arrêtée est placée en détention provisoire jusqu'à l'expiration des délais de recours et, en cas de recours, jusqu'à sa comparution devant la juridiction de jugement, sans préjudice de son droit de former des demandes de mise en liberté. »

III. - Au second alinéa de l'article 379-4 du même code, après la référence : « article 379-3 », sont insérés les mots : « ou décerné avant l'arrêt de condamnation ».

IV. - L'article 498-1 du même code est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« Si la personne a été écrouée en exécution de la condamnation après l'expiration du délai de dix jours prévu par le premier alinéa et qu'elle forme appel conformément aux dispositions du deuxième alinéa, elle demeure toutefois détenue, sous le régime de la détention provisoire et sans préjudice de son droit de former des demandes de mise en liberté, jusqu'à l'audience devant la cour d'appel.

« Les dispositions du présent article sont également applicables en cas d'itératif défaut. »

V. - Après le premier alinéa de l'article 695-36 du même code, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Les dispositions de l'article 74-2 sont alors applicables, les attributions du procureur de la République et du juge des libertés et de la détention prévues par cet article étant respectivement confiées au procureur général et au président de la chambre de l'instruction ou un conseiller par lui désigné. »

VI. - Après le premier alinéa de l'article 696-21 du même code, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Les dispositions de l'article 74-2 sont alors applicables, les attributions du procureur de la République et du juge des libertés et de la détention prévues par cet article étant respectivement confiées au procureur général et au président de la chambre de l'instruction ou un conseiller par lui désigné. »

VII. - L'article 706-92 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Pour l'application des dispositions des articles 706-89 et 706-90, est compétent le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dont le procureur de la République dirige l'enquête, quelle que soit la juridiction dans le ressort de laquelle la perquisition doit avoir lieu. Le juge des libertés et de la détention peut alors se déplacer sur les lieux quelle que soit leur localisation sur l'ensemble du territoire national. Le procureur de la République peut également saisir le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la perquisition doit avoir lieu, par l'intermédiaire du procureur de la République de cette juridiction. »

VIII. - Le deuxième alinéa de l'article 706-96 du même code est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Les dispositions du présent alinéa sont également applicables aux opérations ayant pour objet la désinstallation du dispositif technique ayant été mis en place. »

IX. - A la fin du dernier alinéa de l'article 716-4 du même code, après les mots : « de l'article 712-17 », sont insérés les mots : « , de l'article 712-19 ».

X. - Dans le dernier alinéa de l'article 721-3 du même code, la référence : « 712-6 » est remplacée par la référence : « 712-7 ».

XI. - Dans la première phrase de l'article 723-2 du même code, après les mots : « de la semi-liberté », sont insérés les mots : « ou du placement à l'extérieur ».

XII. - 1. A la fin de la première phrase du premier alinéa de l'article 733-2 du code de procédure pénale, les mots : « en application du premier alinéa de l'article 131-22 du code pénal » sont remplacés par les mots : « en application des dispositions du deuxième alinéa des articles 131-9 et 131-11 du code pénal ».

2. Le 2° de l'article 174 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité est abrogé.

XIII. - Dans le premier alinéa de l'article 742 du même code, les mots : « ordonnance motivée » sont remplacés par les mots : « jugement motivé ».

XIV. - 1. L'article 762 du même code devient l'article 761-1.

2. Il est rétabli, dans le même code, un article 762 ainsi rédigé :

« Art. 762. - Lorsque le juge de l'application des peines statue en application des dispositions de l'article 754 pour mettre à exécution l'emprisonnement encouru pour défaut de paiement d'un jour-amende, les dispositions de l'article 750 ne sont pas applicables.

é Les dispositions des articles 752 et 753 sont applicables. Pour l'application de l'article 754, une mise en demeure de payer, adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, a les mêmes effets qu'un commandement de payer. »

XV. - Dans le dernier alinéa de l'article 762-4 du même code, la référence : « 712-5 » est remplacée par la référence : « 712-8 ».

Article 40

L'article 712-2 du code de procédure pénale est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Pour le fonctionnement de son cabinet, le juge de l'application des peines est assisté d'un greffier et doté d'un secrétariat-greffe. »

TITRE V DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET RELATIVES à L'OUTRE-MER

Article 41

Quelle que soit la date de commission des faits ayant donné lieu à la condamnation, sont immédiatement applicables :

1° Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 721 du code de procédure pénale, dans leur rédaction résultant de l'article 12 de la présente loi, pour les condamnations mises à exécution après la date d'entrée en vigueur de cette loi ;

2° Les dispositions de l'article 731-1 du code de procédure pénale, dans leur rédaction résultant de l'article 22 de la présente loi, pour les condamnations en cours d'exécution après la date d'entrée en vigueur de cette loi.

Les dispositions de l'article 723-36 du code de procédure pénale, dans leur rédaction résultant de l'article 13 de la présente loi et qui interdisent le recours à la surveillance judiciaire lorsque la personne a été condamnée à un suivi socio-judiciaire, ne sont pas applicables aux condamnations prononcées pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de cette loi.

Article 42

Les dispositions de l'article 723-29, des 1°, 2° et 3° de l'article 723-30, et des articles 723-31 à 723-37 du code de

procédure pénale relatives à la surveillance judiciaire sont immédiatement applicables aux condamnés dont le risque de récidive est constaté après la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Toutefois, s'il s'agit de personnes condamnées pour des faits commis avant cette date, les compétences confiées au juge de l'application des peines par les articles 723-29 et 723-31 sont exercées par le tribunal de l'application des peines. Si le condamné demande que l'expertise prévue par l'article 723-31 fasse l'objet d'une contre-expertise, celle-ci est de droit.

Pour l'application des dispositions de l'article 723-29 aux personnes dont la condamnation a été mise à exécution avant le 1er janvier 2005, il est tenu compte des réductions de peine dont le condamné a bénéficié conformément aux dispositions de l'article 721 du code de procédure pénale dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Pour l'application des dispositions de l'article 723-29 aux personnes condamnées avant le 1er mars 1994, il est tenu compte de la nature des faits pour lesquels elles ont été condamnées sous l'empire des dispositions du code pénal applicables avant cette date, au regard des qualifications prévues par les dispositions du code pénal applicables à compter de cette date.

Article 43

La présente loi est applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 12 décembre 2005.

ANNEXE III

LES « PEINES PLANCHER » dans les autres pays européens

Deux grands modèles se distinguent pour les peines contre la récidive :

- le système anglo-saxon fondé sur la définition de peines minimales,
- le système romano-germanique articulé autour de l'individualisation de la peine.

La « peine plancher » ou peine minimale implique l'obligation pour le juge de prononcer la peine privative de liberté édictée par la loi sans pouvoir retenir une peine moins forte. Ce concept a été retenu par les législations anglo-saxonnes.

Alors que les systèmes juridiques romano-germaniques éconcentrent des règles détaillées pour la prise en compte de la récidive, le droit américain, fondé principalement sur la rétribution, prévoit l'automatisme des peines en matière de récidive quelle que soit la nature des infractions commises.

La célèbre loi adoptée en 1994 par l'Etat de Californie « three strikes and you're out », qui oblige à prononcer une peine variant de 25 ans à la perpétuité à la troisième condamnation peut s'appliquer à n'importe quel fait délictueux sans condition de prescription.

Par exemple, en 1995, René Landa purge une peine de réclusion à perpétuité avec une période de sûreté de 27 ans pour le vol d'une roue de secours, alors qu'il avait été condamné en 1972 et en 1986 pour vol avec effraction.

Les Etats-Unis ont fourni également un autre modèle en matière de peine plancher : le système fédéral de barème des sanctions pénales, fondé sur une détermination quasi-mathématique de la peine (les « sentencing guidelines » - recommandations de sanction-). Pour chaque infraction, le juge fédéral est tenu d'appliquer une peine en fonction de deux paramètres, celui de la gravité du délit et celui du passé judiciaire du prévenu.

Le gouvernement travailliste britannique a récemment lancé une réforme de la justice pénale instituant le « Sentencing Guidelines Council ». Ce conseil travaille en collaboration avec la *Court of Appeal*, afin de créer et de tenir à jour une liste des quantum de peines applicables à chaque infraction à laquelle les juges devront ensuite se référer.

Les peines minimales sont la marque d'un système où le ministère public détient un pouvoir important au travers du « plaidé-coupable ». Cette pratique autorise une très grande souplesse au niveau de la qualification pénale retenue et permet au ministère public de déjouer l'automatisme de la peine à travers le choix de la qualification des faits et la reconnaissance de culpabilité négociée avec le prévenu. De telles dispositions légales témoignent aussi de la méfiance de l'opinion populaire et du pouvoir législatif à l'égard du pouvoir judiciaire. Jusqu'à présent, les études menées sur les peines minimales n'ont pas démontré leur effet dissuasif sur la criminalité.

ANNEXE IV

Tableau des cas de récidive applicables aux personnes physiques

Source : droit pénal général, Frédéric Desportes, Francis Le Gunehec, 11^e édition, Economica.

Nature de la première infraction (1 ^{er} terme)	Nature de la nouvelle infraction (2 ^e terme)	Délai de commission de la nouvelle infraction (1)	Aggravation de peine encourue	Article du code pénal	Catégorie de récidive
Crime ou délit puni de 10 ans d'emprisonnement	Crime passible de 20 ou 30 ans de réclusion	Pas de délai	Réclusion criminelle à perpétuité	132-8	Récidive générale et perpétuelle
	Crime passible de 15 ans de réclusion		30 ans de réclusion		
	Délit passible de 10 ans d'emprisonnement	10 ans	Doublement de l'emprisonnement et de l'amende encourue	132-9, al. 1	Récidive générale et temporaire
	Délit passible d'un emprisonnement inférieur à 10 ans et supérieur à 1 an	5 ans		132-9, al. 2	
Autres délits	Délit identique	5 ans		132-10 + 132-16, 132-16-1, 132-16-2, 321-5	Récidive spéciale et temporaire
	Délit assimilé				
Contravention de la 5 ^e classe	Contravention identique si le règlement prévoit la récidive	1 an	Amende portée à 3 000 €	132-11	Récidive spéciale, temporaire et expresse

(1) Calculé à compter de l'expiration ou de la prescription de la peine prononcée pour la première infraction.

ÉLÉMENTS STATISTIQUES RELATIF À LA RÉCIDIVE

1/ Taux de récidive légale et d'emprisonnement par infractions en 2002

(Source : Direction des affaires criminelles et des grâces.)

	Condamnations		% des récidives	Taux d'emprisonnement			
	en récidive	hors récidive		en récidive	hors récidive	ferme en récidive	ferme hors récidive
Tous crimes et délits	20.439	367.302	5,0 %	88 %	66 %	51 %	25 %
Tous crimes	82	3.035	2,6 %	99 %	99 %	98 %	90 %
Vols avec arme	34	375	8,3 %	100 %	100 %	100 %	95 %
Tous délits	20.357	364.267	5,3 %	88 %	65 %	51 %	24 %
Vol simple	1.582	20.830	7,1 %	90 %	68 %	79 %	33 %
Vol avec effraction	409	4.673	8,0 %	97 %	87 %	90 %	53 %
Vol avec violence	301	5.495	5,2 %	99 %	87 %	96 %	53 %
Vol entraînant destruction/dégradation	454	6.559	6,5 %	97 %	79 %	88 %	43 %
Autres vols avec une circonstance aggravante	618	14.181	4,2 %	94 %	68 %	83 %	33 %
Autres vols avec deux ou trois circonstances aggravantes	1.098	16.077	6,4 %	97 %	80 %	87 %	48 %

Recel simple	410	10.276	3,8 %	95 %	70 %	84 %	34 %
Conduite malgré une suspension de permis	240	4.495	5,1 %	88 %	62 %	78 %	37 %
Coups et violences volontaires (CVV) ayant entraîné une incapacité totale de travail (ITT) < 8 jours avec circonstances aggravantes	571	22.161	2,5 %	95 %	77 %	78 %	30 %
CVV ayant entraîné une ITT > 8 jours avec circonstances aggravantes	142	5.581	2,5 %	100 %	90 %	90 %	45 %
Blessures involontaires dues à une conduite en état alcoolique (CEA) ayant entraîné une ITT < 3 mois	192	2.927	6,2 %	94 %	81 %	43 %	10 %
Exhibition sexuelle	125	1.798	6,5 %	90 %	79 %	58 %	11 %
Détention et acquisition de stupéfiants	306	8.713	3,4 %	92 %	75 %	78 %	35 %
Usage de stupéfiants	116	4.687	2,4 %	68 %	60 %	46 %	20 %
Commerce / transport / emploi de stupéfiants	138	4.094	3,3 %	93 %	85 %	86 %	43 %
Outrage à agent public	225	14.039	1,6 %	84 %	49 %	68 %	20 %
Conduite en état alcoolique	11.883	97.860	11,0 %	84 %	55 %	31 %	5 %

2/ Taux de recondamnation par nature de délit

Source : Casier judiciaire national -SDSE - ministère de la Justice

Nature d'infraction sanctionnée en 2001	Nombre de condamnés en 2001	Nombre de recondamnés sur les 5 précédentes années	Taux de recondamnation	Dont récidivistes d'un même délit	
				Nbre	%
Tous types de délits	326053	102127	31,3	39149	38,3
Vols recels	74358	31355	42,2	18730	59,7
Conduite en état alcoolique	90723	22696	25,1	12081	53,2
Autres délits routiers	23912	8443	35,3	1313	15,6
Violences volontaires	31695	10594	33,4	2185	20,6
Autres atteintes à la personne	6169	2161	35	183	8,5
Outrages	15181	6992	46,1	857	12,3
Stupéfiants	16788	5304	31,6	1299	24,5

Destruction dégradations	11682	4122	35,3	473	11,5
Escroqueries	10064	2310	23,0	283	12,3
Port d'arme	3777	1553	41,1	93	6,0
Police des étrangers	4471	1057	23,6	469	44,4
Moeurs	6939	1013	14,6	357	35,2
Abandon de famille	5038	703	14,0	269	38,3
Travail illégal	5303	564	10,6	175	31,0
Autres délits	20403	3260	16,0	382	11,7

Lecture : En 2001, sur 326.053 condamnés pour délit, 102.127, soit 31,3 %, avaient un antécédent pénal. Parmi ces récidivistes, 39.149, soit 38,3 %, ont été condamnés les deux fois pour le même type de fait. Cette étude, dont la démarche est rétrospective, donne des résultats comparables à ceux cités dans l'exposé général.

3/ Taux de nouvelles condamnations, calculé sur une période de 5 ans après la sortie de prison (échantillon national de détenus libérés en 1996-1997)

Source : Kensey (A), Tournier (PV), *La récidive des sortants de prison, ministère de la justice, Cahier de démographie pénitentiaire, n° 15, 2004, 4 pages*

Niveau 5. Il existe une peine de réclusion criminelle.

Niveau 4. Peine d'emprisonnement ferme ou de réclusion criminelle (**retour en prison**).

Niveau 3. SME, SME-TIG, TIG-PP, emprisonnement ferme ou réclusion criminelle.

Niveau 2. Sursis, SME, SME-TIG, TIG-PP, emprisonnement ferme ou réclusion criminelle.

Niveau 1. Dispense de peine, suspension, confiscation, annulation, interdiction, jour-amende, amende, sursis, SME, SME-TIG, TIG-PP, emprisonnement ferme ou réclusion criminelle.

Taux globaux de nouvelles condamnations

	Niveau 5	Niveau 4	Niveau 3	Niveau 2	Niveau 1
Infraction initiale	0 %	41 %	46 %	47 %	52 %
Atteintes volontaires contre les personnes					
Homicide volontaire	0 %	13 %	19 %	21 %	28 %
Violence volontaire, outrage à fonctionnaires ou magistrats	0 %	49 %	59 %	60 %	70 %
Violence volontaire sur adultes	1 %	44 %	51 %	53 %	61 %
Agression sexuelle ou autre atteinte sexuelle sur mineur (crime)	1 %	11 %	19 %	25 %	30 %

Agression sexuelle ou autre atteinte sexuelle sur mineur (délict)	0 %	11 %	14 %	14 %	23 %
ILS* sauf cession seule ou usage seul	1 %	22 %	27 %	28 %	34 %
Cession de stupéfiants	1 %	43 %	49 %	51 %	56 %
Vol avec violence (délict)	0 %	57 %	65 %	66 %	72 %
Vols - Recels					
Vol (crime)	2 %	32 %	45 %	48 %	57 %
Vol sans violence (délict)	1 %	65 %	70 %	71 %	75 %
Recel	0 %	52 %	55 %	55 %	60 %
Escroqueries					
Escroquerie, filouterie, abus de confiance (délict)	0 %	29 %	32 %	34 %	42 %
Faux et usage de faux documents administratifs (délict)	0 %	22 %	22 %	23 %	26 %
Circulation routière					
CEI** sans atteinte involontaire contre les personnes	0 %	29 %	38 %	39 %	43 %
Défaut de pièces administratives, conduites de véhicules	1 %	44 %	54 %	55 %	61 %
Ordre public et réglementation					
Infraction à la police des étrangers	0 %	28 %	28 %	28 %	30 %
Usage de stupéfiants seul	0 %	50 %	52 %	52 %	59 %

ANNEXE V

Travail d'intérêt général 12^{ème} législature du Sénat.

Question écrite n° 18288 de M. Jacques Mahéas (Seine-Saint-Denis - SOC), publiée dans le JO Sénat du 23/06/2005 - page 1701

M. Jacques Mahéas attire l'attention de M. le garde des sceaux, ministre de la justice, sur le TIG. Cette peine correctionnelle est prévue par l'article 131-3 du code pénal. Selon l'article 131-8 du même code, elle peut être prononcée à la place de l'emprisonnement. Toutefois, elle « *ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou qui n'est pas présent à l'audience. Le président du tribunal, avant le prononcé du jugement, informe le prévenu de son droit de refuser l'accomplissement d'un TIG et reçoit sa réponse* ». Enfin, le code prévoit également, dans ses articles 132-54 et suivants, la possibilité pour le tribunal, dans les mêmes conditions, de prononcer une obligation d'accomplir un TIG dans le cadre d'une condamnation assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve. Il lui demande les mesures qu'il entend mettre en oeuvre afin que les travaux d'intérêt général puissent être proposés de manière plus systématique en peine principale par les tribunaux.

Réponse du Ministère de la justice, publiée dans le JO Sénat du 25/08/2005 - page 2199

Le garde des sceaux, ministre de la justice, répond qu'il partage son souci de voir se développer les peines de travail d'intérêt général qui, tout en présentant un caractère de sévérité, participent de la réinsertion du condamné par le travail et de la prévention de la récidive. Les éléments statistiques au plan national montrent que le travail d'intérêt général, qu'il soit prononcé seul à titre de peine principale ou associé à un sursis, a connu une baisse régulière à partir de la fin des années 90 : 23 541 peines de travail d'intérêt général prononcées en 1997, 17 658 en 2001. Toutefois, depuis 2002, le nombre de peines de travail d'intérêt général prononcées par l'ensemble des juridictions se stabilise : 17 581 condamnations à un travail d'intérêt général en 2002 et 17 957 en 2003. Cette peine a représenté 3,42 % de l'ensemble des condamnations prononcées en 2003. Les statistiques provisoires de l'année 2004 seront prochainement disponibles. Cette situation, qui traduit un certain essoufflement de la peine de TIG, devrait toutefois connaître une sensible amélioration à la suite des récentes dispositions législatives tendant à favoriser son prononcé. Premièrement, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice favorise le recours à cette peine en étendant à deux nouvelles infractions la possibilité de prononcer une peine de travail d'intérêt général. L'article 24 modifie les articles 322-1, 322-2 et 322-3 du code pénal pour permettre de prononcer, en sus d'une peine d'amende, une peine de travail d'intérêt général à l'encontre de l'auteur d'inscriptions, de signes ou de dessins, sans autorisation préalable sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain. L'article 45 modifie l'article 433-5 du code pénal en ajoutant une peine d'emprisonnement aux peines encourues en cas d'outrages à une personne chargée d'une mission de service public lorsque les faits ont été commis à l'intérieur d'un établissement scolaire ou éducatif ou à ses abords et permet ainsi à la juridiction de jugement de prononcer, à titre d'alternative à l'emprisonnement, une peine de travail d'intérêt général. Deuxièmement, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a intégré de nombreuses modifications législatives afin de favoriser le recours à la peine de travail d'intérêt général et de renforcer l'effectivité de la mise à exécution de cette peine. Elle donne au juge d'application des peines le pouvoir de convertir une peine d'emprisonnement ferme en une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec obligation d'effectuer un travail d'intérêt général, alors que cette faculté appartenait jusqu'ici au tribunal correctionnel, qui devait être ressaisi par requête. Cette simplification de la procédure de conversion est de nature à favoriser le prononcé du travail d'intérêt général, au cours de la phase post-sententielle, en tant qu'alternative à l'emprisonnement. La loi contient en outre des dispositions tendant à crédibiliser la peine de travail d'intérêt général, afin de favoriser à la fois son prononcé et sa mise à exécution. A cet effet, elle prévoit que, suite au prononcé de la peine d'emprisonnement avec sursis assortie de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, le président de la juridiction notifie au condamné les

obligations à respecter durant le délai d'épreuve. Ce transfert de compétence du juge de l'application des peines au président d'audience devrait permettre une mise à exécution plus rapide de la condamnation. Dans cette même logique de plus grande effectivité dans l'exécution de cette mesure, le pouvoir de révocation du sursis avec obligation d'effectuer un travail d'intérêt général en cas d'inexécution volontaire du travail par le condamné est transféré du tribunal correctionnel au juge de l'application des peines. Cette nouvelle procédure de révocation est de nature à dissuader plus fortement les condamnés de se soustraire à l'exécution du travail. Parallèlement, une disposition supplémentaire du texte vise à renforcer la crédibilité du travail d'intérêt général prononcé en tant que peine principale en permettant au tribunal de fixer simultanément la peine maximale encourue en cas de non-accomplissement du travail, et en confiant au juge de l'application des peines la détermination ultérieure de cette peine en cas d'inexécution. Enfin, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité devrait venir au soutien du prononcé de cette peine. En effet, en favorisant la discussion autour de la peine, cette nouvelle procédure doit permettre de recueillir plus aisément le consentement du condamné à la peine de travail d'intérêt général. Troisièmement, afin de diversifier les postes de travail d'intérêt général et

de faciliter leur mise en oeuvre, des instructions ont été données aux procureurs de la République de développer en concertation avec les juges de l'application des peines et les services pénitentiaires d'insertion et de probation un partenariat avec les collectivités locales, notamment dans le cadre des contrats locaux de sécurité et de prévention de la délinquance. L'élargissement du champ d'application de la mesure et la simplification de la procédure de conversion ou de révocation doivent contribuer à augmenter le nombre de peines de travail d'intérêt général. Néanmoins, il convient de rappeler que le prononcé de cette peine doit obéir à certaines exigences liées à la définition juridique du travail. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme en son article 4 proscrie le travail forcé ou obligatoire. Dans ces conditions, la présence du prévenu à l'audience et son acquiescement à la peine prononcée est obligatoire, conformément aux articles 131-8 et 132-54 du code pénal. En outre, comme cette peine constitue l'exécution d'un travail, l'article 131-23 du code pénal prévoit qu'elle est soumise aux prescriptions législatives et réglementaires relatives au travail de nuit, à l'hygiène, à la sécurité ainsi qu'au travail des femmes et des jeunes travailleurs. Enfin, elle suppose que l'état de santé du condamné soit compatible avec l'exécution d'un travail d'intérêt général qui, le plus souvent, implique un travail physique.

ANNEXE VI

L'EXEMPTION JUDICIAIRE DE SANCTION PENALE dans les autres pays européens.

Pour analyser les dispositifs étrangers d'exemption judiciaire, il faut savoir si les pays voisins connaissent des institutions comparables à la dispense de peine et à l'ajournement du prononcé de la peine. Pour cela, on se penche, en outre sur l'Angleterre, le Pays de Galles, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne et l'Italie.

1) L'ajournement du prononcé de la peine existe en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles et en Belgique.

En Angleterre et au Pays de Galles, ainsi qu'en Belgique, l'ajournement du prononcé de la peine obéit aux mêmes règles qu'en France : la décision sur la culpabilité et la décision sur la peine sont dissociées. A l'issue d'un délai fixé au moment de la première, l'accusé peut être dispensé de toute peine.

En revanche, en Allemagne, lorsque la juridiction pénale rend un " *avertissement avec suspension du prononcé de la peine* ", elle détermine par avance la peine éventuelle, en même temps qu'elle déclare l'accusé coupable et qu'elle fixe un délai au terme duquel elle peut constater qu'il n'y a pas lieu de prononcer la peine prévue.

En dehors de cette différence de fond, les trois pays qui connaissent l'ajournement du prononcé de la peine l'utilisent selon des modalités variables.

a) *Le champ d'application de l'ajournement du prononcé de la peine diffère.*

En Allemagne, il est limité aux infractions mineures. En Belgique, il est exclu en matière criminelle. En revanche, la loi anglaise ne définit pas son champ d'application par rapport à la gravité de l'infraction concernée : n'importe quel tribunal pénal, qu'il s'agisse d'une *magistrates' court* ou de la *Crown Court*, peut ajourner le prononcé de la peine s'il estime qu'une telle décision est conforme aux " *intérêts de la justice* ".

b) *La durée de l'ajournement est variable.*

En Angleterre et au Pays de Galles, l'ajournement ne peut dépasser six mois. En Allemagne, il est compris entre un et trois ans. En Belgique, sa durée peut varier entre un et cinq ans.

c) *Les lois anglaise et belge exigent l'accord du condamné pour que les tribunaux puissent ajourner le prononcé de la peine.*

d) *Dans chacun des trois pays, le tribunal qui ajourne le prononcé de la peine peut imposer des conditions probatoires.*

2) La dispense de peine existe en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles ainsi qu'en Italie.

En Angleterre et au Pays de Galles, elle est très comparable à son équivalent français. Il en va de même en Italie, même si elle n'existe qu'au bénéfice des mineurs.

En Allemagne, la dispense de peine revêt une signification totalement différente. En effet, elle est obligatoirement

prononcée lorsque la peine encourue est inférieure à un an de prison et que les conséquences de l'acte incriminé sont telles qu'il est évident que le coupable s'est en quelque sorte châtié lui-même et que toute sanction serait superflue.

ALLEMAGNE

I - L'AJOURNEMENT DU PRONONCE DE LA PEINE

Prévu à l'article 59 du code pénal, l'**avertissement avec suspension du prononcé de la peine**, introduit par la grande réforme du droit pénal de 1969, est seulement applicable aux personnes condamnées à payer des amendes inférieures ou égales à 180 " *taux journaliers* " (1(2)).

Un tel avertissement peut être rendu lorsque l'évaluation des faits et de la personnalité du coupable laissent penser qu'il convient de ne pas prononcer de peine. En revanche, il est exclu lorsque, au cours des trois dernières années, le condamné s'est vu infliger une peine ou a déjà reçu un tel avertissement.

Lorsqu'un avertissement avec suspension du prononcé de la peine est rendu, la **peine est déterminée** et un sursis, compris entre un et trois ans, est fixé. Le tribunal peut également imposer des obligations au coupable (compensation financière du dommage par exemple). Le délai écoulé, le tribunal peut constater qu'il n'y a pas lieu de prononcer la peine.

Dans la pratique, cette possibilité est rarement utilisée parce que " **l'arrêt conditionnel de l'instance pénale** ", qui s'applique dans les mêmes conditions et qui permet au ministère public de renoncer à intenter l'action publique, lui est généralement préféré.

II - LA DISPENSE DE PEINE

L'article 60 du code pénal oblige le tribunal à ne pas prononcer de sanction lorsque les conséquences de l'acte incriminé sont " *tellement graves* " qu'il serait inconvenant de prononcer une peine, le coupable s'étant en quelque sorte châtié lui-même. Cette disposition s'applique seulement lorsque la peine encourue est inférieure à un an de prison.

La jurisprudence prend en compte aussi bien les conséquences physiques de l'acte incriminé, sur l'auteur de l'acte ou sur ses proches, que ses conséquences matérielles. Ainsi, si un conducteur provoque un grave accident de la route au cours duquel son conjoint est grièvement blessé et que la sanction pénale qu'il encourt est inférieure à un an de prison, le tribunal a l'obligation de ne pas prononcer de sanction.

ANGLETERRE ET PAYS DE GALLES

I - L'AJOURNEMENT DU PRONONCE DE LA PEINE

L'article 1-1 de la loi de 1973 sur les pouvoirs des tribunaux pénaux, les autorise à ajourner d'au plus six mois le prononcé de la peine, avec **l'accord du condamné**. Cette disposition doit permettre au tribunal de prononcer la peine en tenant compte de sa conduite après la condamnation.

L'ajournement du prononcé de la peine peut être exercé aussi bien par une *magistrates' court* que par la *Crown Court*. Il n'est donc pas réservé aux infractions mineures. La loi précise que seuls les " *intérêts de la justice* " doivent justifier la décision d'ajournement, compte tenu de la nature de l'infraction ainsi que de la personnalité du coupable.

Bien que la loi soit muette sur ce point, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que le tribunal qui prend la décision d'ajournement doit indiquer au condamné les raisons de l'ajournement et la conduite que l'on attend de lui pendant cette période. Si le condamné s'est conformé aux prescriptions indiquées par le tribunal, il peut, à l'issue du délai de six mois, être dispensé de toute peine.

En règle générale, une décision d'ajournement du prononcé de la peine n'est pas prise lorsque les améliorations de la conduite du condamné sont suffisamment précises pour faire l'objet d'une ordonnance de probation. Cette institution, qui permet à une personne reconnue coupable d'être laissée en liberté tout en étant placée sous la surveillance d'un fonctionnaire spécialisé, n'est pas traitée ici car elle constitue une sanction.

II - LA DISPENSE DE PEINE

Elle est prévue par l'article 1a de la loi de 1973 sur les pouvoirs des tribunaux pénaux et connaît deux modalités :

- la dispense absolue,
- la dispense conditionnelle

1) La dispense absolue

Après avoir reconnu la culpabilité, le juge ne prononce aucune peine, même mineure, s'il estime que ce n'est pas nécessaire. C'est par exemple le cas lorsque la culpabilité, bien qu'effective sur le plan juridique, ne traduit aucune " mauvaise action ".

2) La dispense conditionnelle

Le juge peut assortir la dispense de peine de l'absence de toute infraction pendant un délai inférieur à trois ans. Une condamnation n'est alors prononcée qu'en cas de mauvaise conduite.

BELGIQUE

I - L'AJOURNEMENT DU PRONONCE DE LA PEINE

Il a été institué en 1964. En effet, d'après l'article 1er de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, " la mise à l'épreuve d'un délinquant se réalise :

- 1) par la suspension du prononcé de la condamnation ;
- 2) par le sursis à l'exécution des peines. "

La " suspension du prononcé de la condamnation " correspond en fait à la suspension du prononcé de la peine.

En matière pénale, la suspension du prononcé de la peine ne peut pas être décidée par une cour d'assises.

L'exposé des motifs du projet initial justifiait la suspension du prononcé de la peine " dans le cas où, l'affaire étant trop grave pour être laissée sans suite, une condamnation, même prononcée avec sursis, serait de nature à compromettre le redressement -d'jà acquis ou qu'on est en droit d'espérer- de l'inculpé et le reclassement de celui-ci dans la société. "

Aux termes de l'article 2 de la loi de 1964, " la suspension peut être ordonnée de l'accord de l'inculpé, [...] en faveur de l'inculpé qui n'a pas encouru antérieurement de condamnation à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal de plus d'un mois, lorsque le fait ne paraît pas de nature à entraîner, comme peine principale, un emprisonnement correctionnel supérieur à deux ans ou une peine plus grave et que la prévention est déclarée établie. "

La décision ordonnant la suspension en détermine la durée, nécessairement comprise entre un et cinq ans et, le cas échéant, les conditions de probation imposées.

En effet, la suspension comporte deux modalités :

- la suspension simple, qui n'implique aucune modalité particulière ;
- la suspension probatoire qui comporte des conditions particulières (réparer le préjudice, ne pas fréquenter certains lieux...)

II - LA DISPENSE DE PEINE

Une telle mesure n'existe pas.

ESPAGNE

Le droit pénal ne connaît ni l'ajournement du prononcé de la peine, ni la dispense de peine.

En effet, à chaque faute correspond une peine que le juge doit appliquer. Il ne peut qu'en faire varier la durée en fonction d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes.

ITALIE

I - L'AJOURNEMENT DU PRONONCE DE LA PEINE

Une telle mesure n'existe pas.

II - LA DISPENSE DE PEINE

Dénommée " *pardon judiciaire* ", **la dispense de peine n'existe qu'au bénéfice des mineurs** sans antécédents pénaux encourant une peine d'incarcération de moins de deux ans.

ANNEXE VII

La liberté conditionnelle dans les autres pays européens.

Les débats suscités par certaines décisions récentes de libération conditionnelle fournissent l'occasion d'examiner les principales règles qui régissent les dispositifs équivalents dans divers pays européens, l'Allemagne, l'Angleterre et le pays de Galles, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie et les Pays-Bas.

Seules, les dispositions relatives aux majeurs ont été prises en compte.

Bien que la libération d'un condamné avant l'expiration de sa peine d'emprisonnement n'entraîne pas nécessairement le respect de certaines obligations pendant le délai d'épreuve et puisse donc exister sous une forme non conditionnelle, l'expression « libération conditionnelle » a été utilisée pour tous les pays étudiés.

Pour chacun des pays retenus, nous allons étudier :

- les conditions d'octroi de la libération conditionnelle, en terme de durée d'exécution de la peine prononcée et de personnalité du condamné ;
- l'auteur de la décision de libération conditionnelle et les recours offerts aux détenus ;
- les modalités d'exécution de la libération conditionnelle, c'est-à-dire les obligations du bénéficiaire et la durée du délai d'épreuve ;
- la révocation de la libération conditionnelle.

L'accent sera mis sur les évolutions législatives, récentes ou à venir. Celles-ci font apparaître :

- l'individualisation croissante des décisions de libération conditionnelle ;
- la généralisation du délai d'épreuve.

1) L'individualisation croissante des décisions de libération conditionnelle

La libération conditionnelle est toujours subordonnée à l'exécution d'une partie minimale de la peine, exprimée en pourcentage de la peine prononcée pour les détenus qui purgent des peines temporaires et en durée pour les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité.

En règle générale, la décision de libération conditionnelle résulte également de l'appréciation de la situation de l'intéressé. Elle est en effet prise en fonction de chaque cas particulier, et les conditions dont elle est assortie dépendent également de chaque détenu : la conduite en prison, le passé judiciaire, les circonstances de l'infraction qui ont motivé la détention, la sincérité du repentir, la probabilité de récidive, etc. constituent autant d'éléments dont il est tenu compte.

Deux pays font exception à cette règle et accordent la libération conditionnelle de façon automatique : les Pays-Bas, ainsi que l'Angleterre et le pays de Galles. Tous les condamnés bénéficient de la libération conditionnelle automatique aux Pays-Bas, tandis que seuls les détenus *a priori* considérés comme les moins dangereux en bénéficient en Angleterre et au pays de Galles.

Aux Pays-Bas, aucune condition n'est requise de la part du détenu, dont la libération à mi-peine est automatique, sauf dans certains cas particuliers.

En Angleterre et au pays de Galles, le Conseil de la libération conditionnelle ne se livre à une appréciation des risques qu'une libération ferait courir à la société que pour certains détenus : d'une part, ceux qui ont été condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité et, d'autre part, ceux qui ont commis une infraction sexuelle ou une autre infraction violente et que le tribunal considère comme récidivistes potentiels. Dans tous les autres cas, les détenus bénéficient d'une libération conditionnelle après avoir purgé la peine minimale requise, mais sans que leur cas particulier soit examiné.

Il convient de souligner que cette situation est récente : elle résulte de la loi de 2003 relative à la justice pénale, qui a modifié le régime anglais de la libération conditionnelle et a restreint le champ d'application des libérations automatiques. En effet, auparavant, tous les détenus purgeant des peines de prison de moins de quatre ans étaient automatiquement

libérés à mi-peine. La récente réforme anglaise a donc limité le champ d'application du modèle de la libération automatique.

2) La généralisation du délai d'épreuve

La libération conditionnelle est en principe assortie d'un délai d'épreuve, pendant lequel l'intéressé doit se plier à certaines obligations, faute de quoi il court le risque d'être réincarcéré.

Les deux pays qui accordent la libération conditionnelle de façon automatique font également exception à cette règle du délai d'épreuve : l'Angleterre et le pays de Galles, où les condamnés à une peine de prison de moins d'un an ne sont pas astreints à un délai d'épreuve, et les Pays-Bas, où la libération anticipée constitue depuis le début de l'année 1987 un droit qui n'est assorti d'aucun délai d'épreuve.

Dans les deux cas, la situation devrait changer prochainement.

En effet, la loi anglaise de 2003 relative à la justice pénale a introduit un délai d'épreuve pour les condamnés à une peine de prison de moins d'un an. Cette mesure n'est toutefois pas encore entrée en vigueur, mais elle devrait s'appliquer à partir de l'automne 2006.

De même, aux Pays-Bas, le gouvernement a élaboré un projet de loi liant le caractère définitif de la libération au respect de certaines conditions pendant un certain délai.

BIBLIOGRAPHIE

Sites internet :

- <http://biu-cujas.univ-paris1.fr/principal/rs/revue.php?id=15>: Bibliothèque Cujas
- http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/krim/mueller_f.html: Institut Max-Planck de Droit Pénal Etranger et International – Fribourg
- http://www.bib.ulb.ac.be/DRT/submat_comp.html: la bibliothèque de droit
- <http://bib7.ulb.ac.be/uhbin/cgisirsi/Wed+May+10+10:15:20+CEST+2006/167020112/28/138/X>: Catalogue des bibliothèques de l'université Libre de Bruxelles
- <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l33131.htm>: Activités de l'Union Européenne
- http://www.facedroit-lyon.com/modules/ivd/17_droit_penal.php: faculté de droit virtuelle. Plateforme pédagogique de la faculté de droit de Lyon.
- <http://www.justice.gouv.fr/motscles/mcjl.htm>: Ministère de la justice française
- <http://champpenal.revues.org/>: Nouvelle revue Française de criminologie
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/penalconstit.pdf>: Site du Conseil Constitutionnel
- http://www.senat.fr/lc/lc17/lc17_mono.html: Site du Sénat
- <http://assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i1718.asp>: Site de l'Assemblée générale
- http://www.asmp.fr/travaux/dossiers/juge_application_peines.htm: Académie de sciences morales et politiques
- <http://www.guidejuridique.lautre.net/SITE2/pages/lois.html>: Guide juridique

Bódis Krisztián Lajos/Kováts Orsolya

**A családi jog jövőbeni lehetséges fejlődési irányai és tendenciái
különös tekintettel a házassági jogra**

A család, a családjog története

Ahhoz hogy megértsük a „család” szó jelentését, érdemes megnéznünk hogy hogyan fejlődött a család kifejezés az elmúlt évszázadokban:

A görögök nem ismerték a család kifejezést, az együttélésük alapja a közös ház volt, ott volt az anya területe. Barátságot és társaságot a férfi nem ott keresett. A 4. században egy szónók ezt mondta: „A barátnők azért vannak, hogy jól szórakozzunk, a szerető azért, hogy testünknek mindennapi kívánságait megadja, az asszony azért, hogy nekünk gyermeket ajándékozzon, és házunknak hűséges őrzője legyen” Ezzel a rómaiak kevésbé tudtak azonosulni, náluk a monogámia és a nagycsalád volt az alapkö, a családfőnek nagy jelentősége volt, de az asszonynak is megvolt a maga szerepe. A középkorban a városok egyre jobban fejlődtek és ez egyfajta egységet teremtett az életnek és munkának. Még itt is inkább a nagycsaládok domináltak, főleg vidéken. Ekkor már az újraházasodás gyakori, ugyanis jellemző volt a nő halála a szülés közben, vagy éppen a bölcsőhalál. Sok gyermeket kellett nemzeni, mert nem mindegyik élte túl az első évet. A párválasztás a család feladata volt, főleg az apa döntésén múlt a házasságkötés. A XX. század közepére válik általánossá az érzelmi alapon kötött házasság. Itt tehát egy komoly váltással állunk szembe, immár nem a „hideg fejjel” kötött házasság az általános, nem mutatkozik feltétlen házassági elvárás a család részéről a fél részére. Lassú, de biztos folyamat, amelynek a végére eljutottunk oda, hogy a vagyoni alapon kötött házasság kifejezetten nem elfogadott, és ma már aki ilyet köt, az számíthat arra, hogy a közösség rossz szemmel néz rá.

Tehát a jogalkotónak már korábban szembe kellett néznie a tán legelső családjogi szokásjogváltozással, az élettársi viszony népszerűvé válásával (és ezzel a házasságkötések számának csökkenésével. Az elmúlt 20 évben folyamatosan csökkentek a házasságkötési arányszámok, míg a házasságkötési életkor felfelé tolódott. Látható hogy a korábban közösségi erkölcsbe ütköző élettársi viszony napról-napra elfogadottabbá vált, végül eljutott egy olyan szintre, ahol egyszerűbb és emberi természetűen látszólag jobban harmonizáló volta miatt, továbbá az erkölcsök lazulása folytán gyakoribbá vált a házasságkötésnél.

A családjogi szabályozás a jelen korban és a közeljövőben

A házasság megkötése

A magyar nép a házasságot, mint intézményt egészen a közelmúltig nagyra értékelte, és a családi élet alapjának tekintette. A felnőtté válásnak, a társadalomba való beilleszkedésnek formális feltételét látták a házasságkötésben, az életút egyik legmeghatározóbb eseményeként tartották számon. A jelenleg hatályos 1952. évi IV. törvény a házasságról, családról, gyámságról mint száma is mutatja, több mint 50 éve fennálló családszerkezethez készült (bár azóta többször módosították). A törvény a klasszikus családmodell lehetséges életviszonyait veszi alapul, és szabályozza. Az eltelt idő alatt azonban rengeteg társadalmi és politikai változás ment végbe, amelyek a jogalkotás számára előbb-utóbb komoly kihívást jelenthetnek, amennyiben az újonnan létesült családjogi életviszonyok tömeges mértékben kezdenek előfordulni, illetve belső és esetleges külső presszió hatására korábban nem létező életviszonyokat szükséges törvénybe foglalni.

Szóba került az új Polgári Törvénykönyv (továbbiakban: új PTK) megalkotása kapcsán, hogy a Családjogi Törvényt beleintegrálnák az új PTKba. A családjognak a Polgári Törvénykönyvbe való integrálása három irányú kérdést vethet fel. Az egyik: vajon mennyiben alkalmazhatóak a családjog területén a polgári jognak azok a szabályai, amelyek a Családjogi törvény hatályos szabályaiban egyáltalán nincsenek rendezve, vagy csak hiányosan vannak rendezve, a másik, mondhatni ennek a fordítottja: vajon melyek a polgári jognak azok a szabályai, amelyeknek éppen a családjog által védett érdekekhez kell majd a maiénál jobban alkalmazkodniuk, és végül a harmadik: felül kell majd vizsgálni, hogy hol mutatkozik a polgári jogi és a családjogi szabályok között indokolatlan ellentmondás. Eddig a PTK szabályainak alkalmazási lehetősége különösen a házassági vagyongjogra vetődött fel, de az új PTKban valószínűleg a házassági akaratnyilatkozatokra is a PTK rendelkezései lesznek irányadóak, különös tekintettel az érvényesség kérdésére.

Az új PTK koncepció szerint az újjáalkotott családjogi törvény az Európai Emberi Jogi Egyezmény családi jogi rendelkezéseire, illetve az ezen rendelkezések alapján kialakult Strasbourgi Emberi Jogi Bíróság családjogi tárgyú ítélezési gyakorlatára, illetve az 1989. évi Gyermejjogi Egyezményrel lesz összhangba helyezve. Mindez felveti annak a lehetőségét, hogy a magyar családjogi törvény a későbbiekben az egységes európai családjog magyar kodifikációjaként jelenjen meg, ezzel követve egy egységes európai családmodell-szabályozást, átengedve ennek a fontos területnek a szabályozását a nemzetközi térbe. A koncepció a „szociális piacgazdaság társadalommodelljét” nevesíti, mint a törvény által védett modellt. Ez tulajdonképpen megfelel a jelenkor családi viszonyainak, lényegében a jelenleg hatályos családjogi törvény továbbélésének eszmei alátámasztásával találjuk magunkat szemben. Viszont a „szociális piacgazdaság” nevesítése elsősorban egy gazdasági mechanizmus nevesítése, következtetéssel juthatunk el ettől a gazdasági mechanizmustól egy családjogi modellhez. Mindenképp örvendetes az új PTK koncepciójától a Gyermejjogi Egyezmény néhány elsődlegesen családjogi tárgyú elvének, rendelkezésének - mint például annak, hogy a gyermek lehetőség szerint családjában vagy, ha erre bármely oknál fogva

tágabb családjában sincs lehetőség, akkor is családban nevelkedjék - a családjogi szabályok körében való kimondása is.

A kódex öt könyvből fog állni, ennek második könyve lesz a Családjog. A Családjogi könyv rendszerét illetően a családjog anyagának három fő része - a házasság, a rokonság, a gyámság - tagolása változatlanul fennmarad.

Az új PTK koncepciója a házassági jogon belül három fő kérdéscsoportot szabályoz: a) a házasság megkötésének szabályait, ideértve annak törvényes előfeltételeit és a házasság érvénytelenségét is, b) a házasság megszűnésének szabályait, ezen belül elsősorban a házasság felbontását és c) a házaspárok jogait és kötelességeit, amelyek közül legnagyobb jelentőséggel a házassági vagyoni jog szabályai, valamint, legalábbis a magyar jogban, a házastársi lakáshasználat kérdései bírnak. Az új Ptk.-ban továbbra is fenntartani kívánják a kötelező polgári házasságot. Ezt Magyarországon az 1894. évi Házassági Törvény vezette be, és 1895. októbere óta kötelező jog, az egyházi házasság gondolatát az új PTK nem támogatja. Az egyházi házasságkötéshez a magyar jog továbbra sem kíván jogkövetkezményeket fűzni.

Magát a jelenleg hatályos törvényt nézve, rögtön a törvény második szakasza figyelmet érdemel. A házasságkötés alaki kellékei között sorolja fel, hogy a házasságkötésnek nyilvánosan, két tanú jelenlétében, az erre rendelt hivatalos helyiségben kell történnie. A szakasz negyedik bekezdése kivételt tesz ez alól, amikor rendkívüli körülmény esetén megengedi, hogy hivatalos helyiségen kívül köttessen a házasság. Bár a legtöbb házasságkötés továbbra is a hivatalos helyiségekben történik, kétféle ellentétes tendencia is érvényesül. Az első napjainkban az a média által gerjesztett divat, amely szerint a házaspárok emlékezetessé téve házasságkötésüket különböző extrém, minél inkább a normálistól eltérő helyen és módon kívánják életüket egybekötni. A jogalkotó megadja ennek lehetőségét a „rendkívüli körülmény” homályos fogalma által, bár valószínűleg a jogalkotó eredeti szándéka nem az ejtőernyős ugrás közben történő házasságkötésre terjedt ki. Jelenlegi családjogunk így nem ellentétes ezzel a „szokásjoggal”, az új PTK pedig csupán a felek együttes jelenlétéről kíván nyilatkozni, illetve bizonyos keretek közé kívánja szorítani a helyszínt.

A másik, és sokat vitatott a templomi szertartás hivatalossá tétele. Itt nem csupán a helyszín különbözőségéről beszélünk, az eljárást lefolytató személy sem azonos, ez esetben a pap vallási hagyományoknak megfelelő eljárását kellene hivatalosnak tekintenie a jognak. Felmerül ugyanakkor az állam és az egyház elválasztásának alapelve ez esetben, illetve az a tény, hogy amennyiben az egyik vallás gyakorlójának lehetővé tesszük, akkor a másik vallás gyakorlójának is lehetővé kell tennünk, mivel vallási alapon nem tehetünk különbséget. Esetleg itt megoldás lehet a történelmi egyházak ilyen eljárásának elismerése szemben a nem történelmi egyházakkal. Ezt indokolja, hogy az európai családjogi intézmény szorosan kötődik a keresztény-zsidó kultúrkörhöz és vallásokhoz. A polgári házasságot Európában egyébként a Code Civil (1804) intézményesítette. Magyarországon 1895 óta csak az anyakönyvvezető előtt és két tanú jelenlétében kötött házasságot ismerték el érvényesnek.

A törvény harmadik szakasza „gondolkodási időt” hagy a házasulandóknak, mely szerint a házasságkötés előbb harminc nappal előbb be kell jelenteni a házasulandó feleknek a házasságkötési szándékukat az anyakönyvvezetőnél. A törvény szerint ez alól a jegyző felmentést adhat. A manapság érvényesülő liberális tendenciák itt is előbb-utóbb változást hozhatnak. Mint tudjuk az Amerikai Egyesült Államokban egyes helyeken (pl. Las Vegas) az „instant házasságkötés ipara” működik, azaz olyan házasságkötő helyek működnek, ahol a házasságkötést a szándék létrejötte után azonnal tett követheti. Természetesen ez a harminc napos határidő nem tekinthető szükségtelennek, ismerve az emberi természetet ez a család intézményének további megcsúfolását jelenthetné, hiszen egy hirtelen jött házassági szándék gyorsan megváltozhat, így akár létrejöhet mellé az „instant házasságfelbontás ipara” is.

A törvény házasságkötési akadályként nevezi meg a már fennálló házasságot. A monogám családtípus és életforma a keresztény-zsidó kultúrkör egyik alapvető eleme, ezt a törvény ilyenformán nevesíti is. Ugyanakkor manapság a határok leépülése, a nemzetek keveredése jellemző, így a korábbinál sokkal magasabb számban jellemző lehet a poligám joggal bíró ország állampolgára (akinek akár már fennáll ott kötött házassága) és a monogám joggal bíró ország állampolgárának házasságkötése. Ilyen esetben a házasságkötés helye szerinti jog veendő figyelembe.

A házasságkötés alsó életkori határa 16 év. Sokan ma is élnek ezzel a lehetőséggel. Azonban a jellemző tendenciák szerint a fiatalok egyre fiatalabb korban kezdik szerelmi életüket, ennél fogva igény jelentkezhet ennek a korhatárnak a csökkentésére. Valószínűleg ez sosem lesz elég erős igény arra, hogy tényleges változást okozzon, tekintettel, hogy magának a házasságnak a morális értéke csökkent. A hatályos büntetőjog szerint a „beleegyezési korhatár” 14 év (az a korhatár, amikortól szexuális kapcsolat létesülhet büntetőjogi szankció nélkül). Mivel a beleegyezési korhatár, és a házasságkötési alsó korhatár közti különbség csupán 2 év, és a tendenciák afelé mutatnak, hogy gyermekeink egyre fiatalabb korban kezdik szexuális életüket, ez a beleegyezési korhatár minden bizonnyal csökkenni fog. Erre egyes összeesküvéselmélet gyárosok azzal a nevetséges válasszal reagálnak, lassanként a pedofília divattá válhat. Ám mindannyian tudjuk, hogy ez nem fog bekövetkezni.

A törvény érvénytelennek tekinti azt a házasságot, amelynél a házasulandó felek akarat kijelentésüknél nem voltak mindketten jelen. Az Internet és digitalizáció elterjedésével azonban megjelent például az online templom, és ez magával hozhatja az online házasságkötés igényét is, miképp történt ez a világ nyugati felében. A törvényben érvénytelennek mondják ki továbbá az egyenesági rokonok, a testvérek házasságát, továbbá a testvérnek testvére vér szerinti leszármazójával való házasságkötését. Ezekben a házasságkötési akadályokon, bármilyen szabadelvűvé válják is a világ, valószínűleg senki sem változtat, nyugati kultúrkörben valószínűleg mindig is kirekeszteniék azt, aki ezeket a szabályokat megsérti.

A mai szabályok szerint emellett egyes a tárgyalta körbe tartozó házassági akadályok alól a jegyző felmentést adhat, hiányzik azonban a szabály arra nézve, hogy milyen szempontok figyelembevételével adhatja ezt meg a jegyző, és főleg, hogy milyen szempontok figyelembevételével tagadhatja ezt meg. A korábbi szabályokban, a távolabbi vérrokon kapcsolat alapuló házassági akadály esetén genetikai szempontok voltak irányadók, az egyenesági sógorság esetén pedig - bár erre korábban sem volt szabály - annak lehetne a megtagadás szempontjából jelentősége, ha a mostoha szülő hosszabb időn át gyermekeként nevelte a mostoha gyermekét.

Az a kérdés, hogy akarati hibák címén legyen-e mód a házasság megtámadására, érvénytelenítése iránti per indítására, 1952-ben, a Csjt. megalkotásakor nemleges irányban dőlt el. Az akarathibák értékelésében az egyes külföldi jogrendszerek különböző álláspontokat követnek. A magyar jog nem teszi lehetővé az akarathibák megtámadási okokként való elismerését.

A család fejlődésének tendenciáját figyelve, meg kell állapítanunk, hogy a nagy család, illetve a „sok gyermek” tervezése ma már csak kis számban jellemző.

Az utóbbi időszakban elkezdtek felesleges formalitásnak tekinteni a házasság intézményét, csökkent a házasságkötések száma, megnövekedett a válások száma. A válások száma 1978 óta meghaladja a házasságkötések számát. A dátum maga érdekes lehet annak fényében, hogy nagyjából ebben az időben tetőzött a születések száma. Ez alapján vannak akik olyan következtetéseket vonnak le, hogy a házasságon belül ideálisak a körülmények a gyerekek születéséhez, illetve a házasságok számának növekedése, a házasság értékének helyreállítása a népességfogyást megállíthatja.

A házasság felbontása

A jogrendszerek jelentős többsége a házassági bontójogban ma már a feldúltsági elvet követi a korábbi vétkességi elv helyett. Ez igaz a mai magyar jogrendszerre is.

A házasság felbontását kérheti bármelyik házastárs, illetve a felek kérhetik közösen is. Feltételként a törvény azt nevezni meg, hogy „a házasság teljesen és helyrehozhatatlanul megromlott”. Ez egy, a házasság intézményének tiszteletét mutató mondat, valószínűleg egy későbbi új családjogi törvényből kihagyja majd a jogalkotó. A jelenlegi törvényben viszont nevesítve vannak azok a tényállások, amelyek a házasság helyrehozhatatlanul megromlott voltát jelenti.

Statisztikai felmérések mutatják, hogy egy kétgyermekes család életszínvonala az ennek megfelelő gyermektelen család életszínvonala alatt van. Több gyermeket vállalni ma nagy rizikó. Természetesen nem csak a pénzügyi nehézségekről kell szólni. A elhelyezkedési problémák is jelentősen hátrányként jelentkeznek, a gyermekkel rendelkező szülők nem olyan rugalmasak, sem időben sem helyileg. De elvileg a gyermekes és gyermektelen családokat ugyanúgy kell kezelni.

Fontos állomásnak tekinthető a XX. század közepén a nők munkába állása. Ez a gazdasági alapon, hideg közgazdasági számítások alapján létrehozott folyamat

nem számol azon értékvesztésekkel, amelyek a GDP-ben nem jelentkeznek. Míg a nemzetgazdaságot látszólag növeli az, hogy munkába állítjuk a nőket, gyakorlatilag minden korábban nem létezett családi probléma gyökerét elültetjük ezzel. A gyereknevelés az iskolára, a pedagógusokra marad, a házimunka örök vita forrásává lesz (amíg nem az ipar természetesen válaszol erre, és olyan termékeket ajánl, amelyek kvázi helyettesítik a házimunkát), már nincs meg az a személy, akinek főfoglalkozása hogy a családdal foglalkozzék, többgenerációs családok esetén ez a nyugdíjaskorú nagyszülőre hárul, egyébként pedig olyan nem mérhető negatív gazdasági externáliákat ad, amelyek jóval nagyobbak, mint a nyereség. Kár az okokba részletesen belemenni, mindenki lát a környezetében széteső családokat, életbeli példákat, amelyek visszavezethetőek ide. Természetesen túlnépesedő világunkban gazdasági szempontból nézve ezt jónak láthatnánk, emberi szemmel nézve azonban semmiképp sem jó, lokálisan pedig kifejezett katasztrófa-ként értékelendő, mivel Magyarországon komoly probléma az előregedő népesség, a népességfogyás, vagyis a talpas népességi korfa.

A lányból asszony lesz, és plusz terheket kap. A munka helyett gyermeket nevel, és kevés évet tölt el a munkában. Így kevés lesz a nyugdíja. Egy felmérés alapján mondható, hogy a szegények többsége nő. Ez arra ösztönzi őket, hogy a munka világában részt vegyenek.

A szülő-gyermek kapcsolat is megváltozott. Röviden, a nevelési stílus a barátság irányába mozdult. Még a verés, mint nevelő célzatú büntetés, nem tűnt el teljesen, de ez már csak idők kérdése. Az erőszak mind a családból, mint a társadalomból el fog tűnni. Sajnos a családon belüli erőszak átlaga még mindig túl magas, mindenekelőtt a férfi által, akár a saját partnere felé. Az otthon az a hely, ahol a stresszmentesen lehet pihenni, de nagyon sok otthonban a stressz itt kezdődik.

A bölcsödétől a diplomáig, mire teljesen önálló lesz a gyermek, 25 év vagy akár több is eltelik. Ez alatt függenek a szüleiktől. A gyermekek hamarabb függetlenséget akarnak, de tudják hogy számíthatnak szüleik támogatására. Természetesen a világkép is más a szülőknél, és más a gyermekeknél. Ez nemcsak a vallási, hanem a politikai és társadalmi kérdéseket is illeti. A házasság, annak ellenére, hogy magas válási arány van, hosszú ideig tart, azért mert az elvárása az embereknek, de főleg a nőknek az elmúlt 100 évben megkétszereződött. 65 éves nagyszülők közül már nagyon sokan dédnagyszülők. A családok bár horizontálisan vékonyabbak lettek, vertikálisan viszont megnyúlt. Ez azt is jelenti, hogy az aktív dolgozó embereknek a kihívás nagyobb lett. A idősebb generáció segít a háztartásban, a nevelésben. Gyakran az asszony elhelyezkedése egyáltalán nem lenne lehetséges, ha a nagyszülők egy tetemes rész a háztartásban (például a gyermekfelügyelet) nem segítenének be.

De térjünk vissza a házassághoz, illetve ahogy a jogalkotó a ma már igen divatos élettársi viszonyt szabályozta. Jogilag rendezett párkapcsolat az élettársi viszony, amelyet a jog sem tekint családnak, de a polgári jogi társaság egyik formájának igen. Az élettársi viszony egyetlen törvényi meghatározását a Ptk. 578/G. § (1) bekezdése tartalmazza. Eszerint „az élettársak - házasságkötés nélkül, közös háztartásban érzelmi és gazdasági közösségben együttélő nő és férfi”. Az élettársi jogviszonyban közös tulajdon keletkezik az együtt szerzett vagyontárgyakra, a szerzés aránya kétség esetén egyenlő. A viszony megszűntét követően vagyonszerű felállítás kötelező. A tényleges élettársi együttélést a

bírói gyakorlat az ötvenes években kezdte elismerni. Feltehetően ez azonban egy provizórikus rendezési forma, a későbbiekben ennek valamiféle változása várható. Egyes vélemények szerint a regisztrált élettársi kapcsolatok létrejötte lenne szükséges, ez azonban a napjainkban egyre gyakoribbá váló változások miatt feltehetően bizonyos személyek gyakran elmulasztanak vagy késve tennék be a bejelentéseket, így a lakcímnnyilvántartáshoz hasonló káosz alakulhatna ki, és egy újabb bírói jognak kellene kialakulnia a be nem jelentett élettársi kapcsolatok vagyoni jogi kezelésére, rendezésére.

Az új PTK koncepciója az élettársi viszonyt a családjog könyvben kívánja szabályozni a dologi jogi rész helyett, ezzel mintegy jogilag is beemelve a családmodellek közé. Ugyanakkor nem tervezi a regisztrált élettársi kapcsolatok bevezetését.

Mindenesetre összehasonlítva a házasság intézményével, alapvető hasonlóságokat vehetünk észre. Köznapi szavaink egyszerű értelmezésével is gyakran eljuthatunk kialakulásuk és jelenésük megértéséhez. A HÁZASSÁG magyar szó eredeti jelentése egy olyan kvázi jogi aktus, amely lehetővé teszi a házasulandó felek számára az egy háztartásba költözést. Tehát hogy ez az egy háztartásba költözés a közösség számára elfogadottá váljon a feleknek össze kell házasodni. A válás pedig lehetetlen, illetve a középkorban csakis pápai engedéllyel lehetséges (értelemszerűen felsőbb társadalmi rétegek tagjainak), létezik azonban a separatio a thoro et mensa intézménye, azaz az ágytól és asztaltól elválasztás. A kánonjog szerint a házasság felbonthatatlan, életszövetségnek minősül, mégis a középkori magyar jog elismerte a felek kölcsönös megegyezésén nyugvó elválást. Az első esztergomi zsinat határozatai alapján a felesége házasságtörését bizonyító férfi más nővel új házasságot köthetett. A nőnek ugyanakkor meghatározott esetekben joga volt a házasság egyoldalú felbontására: E jogával élhetett akkor, ha férje őt hamisan vádolta házasságtöréssel, vagy ha a férje őt elhagyta.

Megállapítható azonban általánosságban, hogy a házasságkötés a keresztény-zsidó kultúrkörhöz tartozó területeken az évszázadok során alapvetően vagyoni (esetleg hatalmi) fúziókat jelentett, két család vagyoni jellegű kapcsolatépítését, nem kifejezetten érzelmi alapon létrejött viszonyt. Ezért általában azonos vagyonnal rendelkező személyek kötöttek egymással házasságot (a magyar népnyelv „föld a földdel” hasonlata vonatkozik erre), a rangon aluli házasság a vagyonosabb családban gyakran vizályt szült.

Eltekintve ettől a ténytől a viharos évszázadok során a házasság mint biztonságot nyújtó intézmény állt az emberek szolgálatában akár érzelmi, akár családok közti megállapodás eredményeképp jött létre, mivel a válás kvázi lehetetlen volt, életre szóló köteleket jelentett az esetek többségében, ami a kiszámíthatatlan viszonyok között nem jelent feltétlen hátrányt.

Innen máris eljutunk napjaink divatos és a média világában felkapott életmódjával, a „single” vagy magyarosabban „szingli” és az ezzel összefüggő „yuppie” életmódjához. Az ilyen életformát választó ember igyekszik megszüntetni minden családjogi viszont maga körül, életcélja a szükségletek kielégítése lesz, és a pénz teszi meg mozgatórugójának, amely segíti kielégíteni minden létező, illetve a marketingszakma által kreált, korábban nem létező szükségletét is. Felületes,

formális kapcsolatokat köt, és az emberi természetnek ellentmondó életformát él, amelynek egyenes következménye többféle lelki betegség (amelyeknek gyógyítására szintén létrejöhet valamilyen ipar).

A szingli életformán családjogilag szabályozandó dolog nincs, jogilag rendkívül egyszerű életmód.

Napjainkban a tolerancia erősítésével, illetve a homoszexualitás elfogadtatásával egyre nő azok száma, akik homoszexuálisnak tartják magukat. Ezek az emberek törekednek arra, hogy az ő kapcsolataikat is azonos rangúként ismerje el a jog a férfi-nő kapcsolatokkal. Ők, és pártfogóik törekednek arra, hogy eltüntessék az akadályokat a homoszexuális házasságok elől. Tekintettel ezekre az erőkre a jog előbb-utóbb kénytelen lesz engedni, miképp tette az alkotmánybíróság 37/2002 IX.4. határozatában, ahol hivatkozva a diszkrimináció tilalmára és az egyenlő bánásmódra, kimondja, hogy a Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény 199. §-a és 200. §-a - "Természet elleni fajtalanság" és "Természet elleni erőszakos fajtalanság" - alkotmányellenes, ezért azt a határozat közzétételének napjával megsemmisíti.

Az azonos neműeknek az élettársi viszonyhoz mindenben hasonló együttélése - a közös háztartásban együtt élés, az érzelmi, gazdasági és szexuális kapcsolat, az összetartozás minden vonatkozásban való vállalása harmadik személyekkel szemben - ma, ha nem is olyan tömegesen, de lényegében hasonlóan veti fel a jogi elismerés szükségességét, mint a terjedő élettársi viszonyok az ötvenes évek végétől kezdve. Viszont hasonlóképpen az élettársi kapcsolatokhoz, a házasság ezen formájának engedélyezése felvethet olyan kérdéseket, amelyek szerint a klasszikus házassági formula további inflálódása folytatható-e a népességi mutatók tükrében.

A nemüket megváltoztató személyek házasságának sorsa is fontos kérdés. A kérdés rendezésre szoruló voltát az Igazságügyi Minisztérium vetette fel, azzal, hogy ez a probléma, ha nem is nagy számú, de évenként valamelyest emelkedő számú személyeket, házastársakat érint.

Figyelemmel arra, hogy a házasság a magyar jognak a jövőben is követendő álláspontja szerint egy férfi és egy nő közötti kötelék, a felmerült eseteket a házasság megszűnése egy speciális eseteként kell szabályozni, amely, amennyiben ez szükséges, a házasság megszűnésekor rendezésre szoruló járulékos kérdések rendezését is igényli.

Mindez persze a családról kialakított fogalmainkat újragondolásra kényszeríti. Ezt követően a homoszexuálisok gyermekvállalása is feszegetheti a jog kereteit. Jelenleg a magyar jog a mesterséges megtermékenyítésnél azt a feltételt alkalmazza, hogy házastársi vagy különeműek közötti élettársi kapcsolatban álló személyeknél, és nővel élettársi viszonyban élő nőnél lehetséges a mesterséges megtermékenyítés mint reprodukció eljárás. Tehát homoszexuális nőknek engedélyezi a gyerekvállalás ezen formáját.

Ugyanakkor a szabadelvűség ezzel nem elégszik meg, a következő követelése, hogy ilyen esetben szülői státuszt kelljen adni az élettársnak is. Ennek a kimenetele még kétséges.

Az örökbefogadás azonban régóta heves viták középpontjában áll. Liberális erők azt a politikát képviselik, hogy homoszexuálisok alkalmasak lehetnek gyermekek örökbefogadására anélkül, hogy ebben a környezetben a gyermek nevelése veszélyeztetve lenne, biztosítható lenne az egészséges szexuális-szellemi fejlődés. Mindenesetre a magyar jog az örökbefogadás feltételének szabja meg, hogy teljesen cselekvőképes nagykorú személy legyen az örökbefogadó személy, aki a szükséges tanfolyamon és tanácsadáson részt vett, és személyisége és körülményei alapján alkalmas az örökbefogadásra, illetve az örökbefogadandó gyermeknél legalább 16, legfeljebb 45 évvel idősebb. Magyarán a törvényt liberális és konzervatív kedve szerint értelmezheti, a jogalkotó egy teljesen más környezetben alkotta a jogszabályt, amely a mindenkori jogalkalmazóra bízta a döntést. Mivel a probléma új, nincsenek még arra irányuló tapasztalatok, hogy igaz-e, amit az ellenzők mondanak, vagyis hogy az egyik szülői minta hiányában hasonló viselkedési devianciák jelenhetnek meg, mint amelyek a csonka családok gyermekeinél jellemzőek. Közismert tény, és a Legfőbb Ügyészség által kiadott bűnügyi statisztikák is ezt támasztják alá, a csonka családban élő gyermekek között nagyobb a bűnelkövetés esélye. Ez részben anyagi okoknak, részben pszichés okoknak tudható be. Ez utóbbit a hiányzó apai illetve anyai minta jelenti

Milyen kilátások vannak a jövőre nézve? A két generáció együtt élése egyelőre maradni fog. De kérdés az, hogy hogyan fog továbbfejlődni? A visszatérés a régi családmodellhez már nem lehetséges. A „házasság és család” fogalma alatt már a házasságot értjük inkább, a házasság lett a hangsúlyos. Ez azt hangsúlyozza, hogy ez egy olyan társadalmi berendezkedés, amiben a gyermeknek már nincs helye. Természetesen a társadalom csak akkor élhet tovább, ha a család továbbra is gyermekeket nemz, és segíti a társadalomba való beépülését. A reprodukció és a szocializáció, ez a család a társadalom számára. Ahhoz, hogy ez így maradjon a jövőben is a családmodell, feltétele, hogy ökonómiailag lényegesen javuljon főként a nők élet-, munka és nyugdíjperspektívája.

Végezetül II. János Pál pápa gondolataival zárva: „...VI. Pál pápa rámutatott arra, hogy a hivatásos média szakembereinek *„ismerniük kell és tisztelőben kell tartaniuk a család igényét, és ez időnként valódi bátorságot és mindenkor igen nagy felelősségérzetet kíván tőlük.*” (Kommunikációs Világnap 1966). Nem könnyű ellenállni a szekularizált ideológiák nyomásának és a hasonulás kísértésének, azonban ez a felelős médiszakemberek útja. Nagy a tét, hiszen a család értéke elleni minden támadás az emberiség valódi java elleni támadás.

A közéleti szereplőknek kötelességük, hogy magasra emeljék a házasság és a család eszményét a társadalomban. Ehelyett azonban sokan elfogadják és követik bizonyos szabadelvű csoportok érveit, kiállnak olyan gyakorlat mellett, amely a család krízisét növeli és gyöngíti a házasság igazi eszményét. A cenzúra visszaállítása nélkül igen szükséges, hogy a közélet szereplői határokat szabjanak, és eljárás módokat alakítsanak ki annak elérésére, hogy a média ne cselekedhessen a családok java ellen. A családok képviselőinek részt kell venniük ebben a folyamatban....”

Irodalom

Az új polgári törvénykönyv koncepciója (Magyar Közlöny 2003. évi 8. szám)

<http://uj.katolikus.hu/modules.php?name=News&file=article&sid=46>

KSH

14/1995. (III. 13.) AB határozat

1952. évi IV. törvény a házasságról, családról, gyámságról

Akadémiai kislexikon

Baltes P.B. u.a. Hg., Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung, Berlin 1992

Bundesministerium für Familie und Senioren, Fünfter Familienbericht, Bonn 1994

Gronemeyer R., Ohne Seele, ohne Liebe, ohne Haß, Düsseldorf 1992

Internationales Jahr der Familie, Familienreport 1994, Bonn 1994 (umfangreiche Literaturangaben!)

Nave-Herz R., Markefka M. Hg, Handbuch der Familien- und Jugendforschung, Bd.1, Neuwied 1989

Segalen M., Die Familie, Frankfurt 1990

Jean-Pierre Bussalb

Wo stehen wir? Oswald Spenglers Vision vom Niedergang des Westens

I. Oswald Spengler: Erkennen der Zukunft

Nach dem weltweiten und nahezu ausnahmslosen Zusammenbruch des Staat gewordenen Kommunismus und seiner Ableger in der Folge des Jahres 1989 gab es im Hinblick auf die Interpretation dieser Entwicklung verschiedene geschichtsphilosophische Ansätze, die sich in zwei extremen Positionen gegenüberstanden. Die einen sprachen vom Ende der Geschichte, das jetzt angebrochen sei, da die Welt ohne Blockkonfrontation und mit liberaler Demokratie einer friedlichen und sorgenlosen Zukunft zustrebe. Die anderen sahen einen Kampf der Kulturen heraufziehen, da die Konflikte nicht mehr den Zwängen der Blöcke unterlägen und Unordnung, ja Barbarei, weltweit auf dem Vormarsch seien, ein „finsteres Mittelalter“ einläutend.

Wenn die Deutungen auch auseinander gehen, so hat sich seit 1989 jedenfalls ein neues Feld eröffnet, das der wirtschaftlichen Globalisierung. Zwar gab es seit dem „Zeitalter des Imperialismus“ der europäischen Staaten einen Expansionsdrang, der die ganze Welt umfasste, und nach dem Zweiten Weltkrieg globale Tendenzen der „Amerikanisierung“ und der kommunistischen „Weltrevolution“, ausgehend von der Ideologie der beiden Supermächte USA und UDSSR. Im Kalten Krieg versuchten diese Imperien mit Hegemonialanspruch ihren Machtbereich in die „Dritte Welt“ auszudehnen, riskierten aber keinen Weltkrieg, der die Entscheidung über die alleinige Weltherrschaft hätte bringen können. Erst der Zusammenbruch der Sowjetunion ermöglichte vorerst den beinahe weltweiten Sieg des Kapitalismus und die Vorherrschaft der USA.

Lange vor dem Kalten Krieg haben wenige Philosophen diese Entwicklung erkannt und frei von den Zwängen unserer heutigen Gesellschaft versucht, die Möglichkeiten der Geschichte auszuloten, ja vor auszusehen. Ein Denker tritt dabei besonders hervor: Oswald Spengler (1880 – 1936). War er auch stark von den unmittelbaren Ereignissen seiner Zeit geprägt, so hat er dennoch weit über seine Gegenwart hinaus gedacht und jenseits von Tagespolitik und Parteiräson über die Zukunft geurteilt. Die Einsichten, die er gewann, sind es wert, heute noch einmal betrachtet und analysiert zu werden. Spengler ist als Geschichtsdenker hervorgetreten und hat auf dieser Grundlage eine Vergangenheits- und Gegenwartsanalyse gewagt, die den Blick auf unsere Zukunft frei geben kann. Er entwarf eine „Morphologie der Weltgeschichte“, die auf der Lehre eines immer wieder kehrenden organischen Schemas beruht: Geburt, Blüte und Tod der einzelnen Kulturen.

Spengler unternimmt im „Untergang des Abendlandes“ den Versuch, Geschichte vor auszubestimmen. Er will den Werdegang einer Kultur, und zwar der einzigen, die heute auf diesem Planeten in Vollendung begriffen ist, der westeuropäisch-amerikanischen, in den noch nicht abgelaufenen Stadien verfolgen, analysieren und in Umrissen ihr Schicksal aufzeigen.¹ Dabei entwickelt er in seinem Werk eine „Technik der Vergleiche“, d. h. eine Analogiemethode der Entwicklungsstadien und des Verlaufs der einzelnen Kulturen sowie der Homologie geschichtlicher Szenarien. Durch eine vergleichende Betrachtung der Kulturen will er verborgenes Vergangenes und noch nicht enthülltes Zukünftiges aufdecken. Dabei legt er konstant bleibende

¹ Spengler, Der Untergang des Abendlandes, Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte, DTV, 13. Aufl. 1997, S. 3.

Beziehungen charakteristischer Teile der Historie frei, um daraus „eine große Lösung des Problems der Geschichte“ zu entwerfen und um das Schicksal der abendländischen Kultur, also der westlichen Zivilisation, vorauszusagen.

Im Folgenden soll gezeigt werden, welches Potential und welche Entwicklungsmöglichkeiten unter Zugrundelegung der Einsichten Spenglers für den Westen noch bestehen. Anhand seines Hauptwerks „Der Untergang des Abendlandes“ soll herausgearbeitet werden, welche Kriterien die westliche Kultur im Gegensatz zu anderen Kulturkreisen einzigartig machen und in welchem Stadium seiner Entwicklung der Westen sich befindet.

Zunächst soll dargestellt werden, dass ein verkehrtes Geschichtsbild und der im Westen weit verbreitete Glaube an den unaufhaltsamen Fortschritt der Menschheit zu Frieden, Demokratie und wirtschaftlicher Prosperität das wahre Stadium der westlichen Kultur verschleiern. Dann soll betrachtet werden, was die Schicksalhaftigkeit einer historischen Persönlichkeit und einer Epoche ausmachen und wie das Schicksal in die Geschichte der Kulturen hineinwirkt und diese beeinflusst. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, dass alle großen Kulturen Stadtkulturen sind. Stadtmenschen erst bringen Imperialismus, Sozialismus sowie andere stoische Lebensformen hervor. Die Weltstadt erzeugt dabei eine Massenseele von ganz neuer Art, deren Wesen, Intelligenz, Genusssucht und Kinderarmut die Wendung zum Tod einer Kultur vorbereiten. Abschließend soll aufgezeigt werden, wie am Ausgang jeder Kultur, im Zeitalter der Riesenkämpfe wenige Machtzentren und Großräume die Herrschaft über die Welt unter sich ausmachen und Machtmenschen von cäsarischem Schlag freie Bahn bekommen, über eine geschichtslose Masse nach Gutdünken zu herrschen.

Spengler kommt in seinem Hauptwerk zu dem Schluss, dass der westliche Kulturkreis dem baldigen Tode geweiht sei. Ob der Westen wirklich stirbt, mag dem Urteil der Geschichte vorbehalten bleiben. In jedem Fall erkannte und verarbeitete Spengler bereits während des Ersten Weltkriegs in seinem Werk diejenigen Gründe und Symptome des Niedergangs unseres Kulturkreises, die uns heute beschäftigen. Schon aus diesem Grund ist die Analyse seines Werks hilfreich und notwendig, denn es gibt keinen schlimmeren und unverzeihlicheren Fehler, als den historischen Moment falsch einzuschätzen, in dem man sich befindet.

II. Die Vision vom Untergang des Westens

Spengler nennt „gleichzeitig“ zwei geschichtliche Tatsachen, die, jede in ihrer Kultur, in derselben – relativen – Lage, zu „demselben Zeitpunkt“ auftreten und eine entsprechende ähnliche Bedeutung und Auswirkung haben. „Gleichzeitig werden Alexandria, Bagdad und Washington erbaut; gleichzeitig erscheinen die antike Münze und unsere doppelte Buchführung, die erste Tyrannis und Fronde, Augustus und Schi Hoang-ti, Hannibal und der Weltkrieg.“²

Er vergleicht die Stadien des menschlichen Lebens mit den einzelnen Epochen eines Kulturkreises. Jede Kultur durchläuft die Altersstufen des einzelnen Menschen. Jede hat also ihre Kindheit, ihre Jugend, ihre Männlichkeit und ihr Greisentum.³ Eine Kultur stirbt, wenn sie die volle Summe ihrer Möglichkeiten in der Gestalt von Völkern, Sprachen, Glaubenslehren, Künsten, Staaten, Wissenschaften verwirklicht hat und wieder ins „Urseelentum“ zurückkehrt. Ist das Ziel erreicht und die ganze Fülle innerer Möglichkeiten verwirklicht, so erstarrt die Kultur, ihre Kräfte schwinden und sie wird zur Zivilisation, bevor sie endgültig stirbt.⁴

² Spengler, Untergang, S. 151.

³ Spengler, Untergang, S. 144.

⁴ Spengler, Untergang, S. 143.

Doch betont Spengler auch die Unterschiede der von ihm ausgemachten Kulturkreise und den Charakter jedes ihrer Schicksale: „Im antiken Dasein spielen Jahre keine Rolle, im indischen kaum Jahrzehnte; für uns ist die Stunde, die Minute, zuletzt die Sekunde von Bedeutung. Von der tragischen Spannung historischer Krisen, wo der Augenblick schon erdrückend wirkt wie in den Augusttagen 1914, hätte weder ein Grieche noch ein Inder eine Vorstellung haben können.“⁵

Spengler erkennt im Willen zur Überwindung von Widerständen und zur Expansion den typischen Antrieb der abendländischen Seele, der sie von allen anderen gewesenen Kulturkreisen unterscheidet: „Aktivität, Entschlossenheit, Selbstbehauptung werden gefordert; der Kampf gegen die bequemen Vordergründe des Lebens, die Eindrücke des Augenblicks, des Nahen, Greifbaren, Leichten, die Durchsetzung dessen, was Allgemeinheit und Dauer hat ... ist der Inhalt ... der ungeheuren Macht- und Willensäußerungen unserer Staaten, Wirtschaftsmächte und unserer Technik.“⁶ Die Expansion der abendländischen Kultur betrifft dabei jeden Bereich des menschlichen Lebens und jeden Winkel der Erde. „Die abendländische Kultur ist auf Ausdehnung gerichtet, sei sie politischer, wirtschaftlicher oder geistiger Natur; sie versucht alle geographisch-stofflichen Schranken zu überwinden, ... sie suchte ... um des Symbols willen, Nord- und Südpol zu erreichen; sie hat zuletzt die Erdoberfläche in ein einziges Kolonialgebiet und Wirtschaftssystem verwandelt. ... Das Grenzenlose war das eigentliche Ziel ihres Ehrgeizes ...“⁷

Als letztes Stadium steht die Zivilisation als schleichender Tod jeder Kultur. Das Abendland, der Westen, hat für Spengler dieses Stadium erreicht, oder steht kurz davor, und kann sich ihm nicht entziehen. Er sieht im Cäsarismus der Antike unser nächstes Stadium, auf das die Zeit des „Imperium mundi“ folgt: Imperialismus ist für ihn reine Zivilisation und diese expansive Tendenz ist ein Verhängnis, etwas Dämonisches und Ungeheures, das den Menschen des späten Weltstadiums ergreift, in seinen Dienst zwingt und verbraucht: Der Imperialismus ist ein notwendiges und unweigerliches Ergebnis jeder Kultur, das „... ein Volk im Nacken packt und in die Herrenrolle stößt, wenn es sie zu spielen sich weigert.“⁸

Doch welche Mächte sind berufen diese „Herrenrolle“ zu spielen? Für Spengler beginnen seit Beginn des 20. Jahrhunderts die Mächte sich zu bilden, welche bestimmt sind, den Endkampf um die Herrschaft auf diesem Planeten zu führen und von denen nur eine dem Imperium mundi seinen Namen geben kann und wird. Bei diesem Ringen um die Weltherrschaft stellen sich dem westlichen Kulturkreis Mächte und Großräume entgegen, die längst „verblüht“ zu sein scheinen und sich dennoch weiterhin zur Geltung bringen und dem Westen Widerstand leisten. „So kann ... ein verwitterter Baumriese im Urwald, noch Jahrhunderte und Jahrtausende hindurch die morschen Äste emporstrecken. Wir sehen es an China, an Indien, an der Welt des Islam.“⁹

Im Hinblick auf das, was uns blüht, verweist Spengler auf das Schicksal der Römer, die – in ihrem Wesen „... von strengstem Tatsachensinn, ungenial, barbarisch, diszipliniert, praktisch, protestantisch, preußisch ...“¹⁰ – dem Westen ähnlich sind und daher den Schlüssel zum Verständnis unserer eigenen Zukunft bieten. „Griechen und Römer – damit scheidet sich ... das

⁵ Spengler, Untergang, S. 174 f.

⁶ Spengler, Untergang, S. 403 f.

⁷ Spengler, Untergang, S. 432.

⁸ Spengler, Untergang, S. 1089.

⁹ Spengler, Untergang, S. 143.

¹⁰ Spengler, Untergang, S. 36.

Schicksal, das sich für uns schon vollzogen hat, von dem, welches uns bevorsteht.“¹¹ Spengler weist im Gegensatz zum Aufblühen Griechenlands auf den sich hinziehenden Untergang Roms, ein Stadium, in dessen Verlauf der Westen eingetreten ist, und bemerkt pessimistisch: „Es wird in wenigen Jahrhunderten keine westeuropäische Kultur, keinen Deutschen, Engländer, Franzosen mehr geben, wie es zur Zeit Justinians keinen Römer mehr gab.“¹²

Für Spengler ist der Sinn des Untergangs in der Geschichte die innere und äußere Vollendung, das Fertigsein, was jede Kultur ihrem Schicksal gemäß erleidet. Wie der „Untergang der Antike“ steht vor uns der „Untergang des Abendlandes“, der schon deutlich spürbar ist.¹³ Spengler untersucht dabei Zeichen und Indizien dieses Verfalls, welche in sämtlichen Bereichen und Institutionen der westlichen Welt zum Vorschein treten. Es handelt sich um den „... Niedergang der Kunst, den wachsenden Zweifel am Wert der Wissenschaft; die schweren Fragen, welche aus dem Sieg der Weltstadt über das Bauerntum hervorgehen: die Kinderlosigkeit, die Landflucht; ... die Krisis im Materialismus, im Sozialismus, im Parlamentarismus; die Stellung des einzelnen zum Staate; das Eigentumsproblem, das davon abhängige Eheproblem ...“.¹⁴ Spengler will, dass diese Lage, dieses Schicksal für jeden einsehbar wird, wobei man sich über die Tatsachen belügen, aber nicht hinwegsetzen kann. Dieses Endstadium, in dem der Westen angelangt ist, ist dabei ohne schöpferische Höhepunkte und ohne bleibenden Wert. Eine Phase rein extensiver Wirksamkeit ohne nennenswerte künstlerische und metaphysische Produktion ist für ihn letztlich eine Zeit des Niedergangs, die wir nicht gewählt haben und nicht ändern können.

III. Das westliche Geschichtsbild als optische Täuschung

Spengler stellt sich vehement gegen die bis zum heutigen Tag vorherrschende Geschichtsbeachtung, welche das Bild der Vergangenheit mechanisiert, materialisiert und für die Gegenwart und Zukunft lediglich eine Summe kausaler Regeln ableitet. Spengler zerstört den Glauben an den geschichtlichen Fortschritt und widerlegt das dürftige und sinnlose Schema „Altertum – Mittelalter – Neuzeit“, das in der Geschichtswissenschaft dominiert und dessen unbedingte Herrschaft über das geschichtliche Denken uns daran hindert, die wirkliche Stellung der „kleinen Teilwelt“ der westlichen Zivilisation im Verhältnis zu anderen Kulturen gemäß ihrer zeitlichen Lage, ihrer Gestalt und ihrer Lebensdauer richtig aufzufassen und einzuordnen. „Warum soll“, so Spengler, „morphologisch betrachtet, das 18. Jahrhundert wichtiger sein als eins der sechzig vorausgehenden? Ist es nicht lächerlich, eine ‚Neuzeit‘ vom Umfang einiger Jahrhunderte, noch dazu wesentlich in Westeuropa lokalisiert, einem ‚Altertum‘ gegenüberzustellen das ebensoviel Jahrtausende umfaßt und dem die Masse aller vorgriechischen Kulturen ohne den Versuch einer tieferen Gliederung einfach als Anhang zugerechnet wird?“¹⁵

Das Dreier-Schema „Altertum – Mittelalter – Neuzeit“ verstellt den Blick für die Wirklichkeit, denn „... dieser Grundriß mit seinem einfältigen geradlinigen Ablauf, seinen unsinnigen Proportionen, der von Jahrhundert zu Jahrhundert unmöglicher wird und eine natürliche Eingliederung der neu in das Licht unseres historischen Bewußtseins tretenden Gebiete gar nicht zulässt ...“¹⁶, ist schuld an der optischen Täuschung, „... wonach in der Ferne die Geschichte von Jahrtausenden wie die Chinas und Ägyptens episodenhaft zusammenschrumpft, während in der

¹¹ Spengler, Untergang, S. 36 f.

¹² Spengler, Untergang, S. 216.

¹³ Spengler, Untergang, S. 144.

¹⁴ Spengler, Untergang, S. 67.

¹⁵ Spengler, Untergang, S. 23.

¹⁶ Spengler, Untergang, S. 21.

Nähe des eigenen Standorts, seit Luther und besonders seit Napoleon, die Jahrzehnte gespensterhaft anschwellen.“¹⁷

Spengler räumt zwar ein, dass die Kultur des Abendlandes, das Dasein von Athen, Florenz, Paris für uns wichtiger sind, als beispielsweise fernöstliche Gegebenheiten vor vielen tausend Jahren. Dennoch darf man einen geradlinigen an einem Ziel orientieren Ablauf nicht zur Grundlage eines Schemas der Weltgeschichte machen. Für Spengler sind die Menschen der westeuropäischen Kultur mit ihrer Geschichtsauffassung eine Ausnahme und im Vergleich zu anderen Kulturen nicht die Regel. „Weltgeschichte ist *unser* Weltbild, nicht das `der Menschheit´.“¹⁸

Spengler betont daher die Einsicht in den historisch-relativen Charakter des abendländischen Denkens und seiner Ergebnisse als Ausdruck des Daseins einer einzelnen Kultur. Er bringt zu Bewusstsein die notwendigen Grenzen der Gültigkeit ihrer Maßstäbe und vor allem die Auffassung, dass unsere „unumstößlichen Wahrheiten“ und „ewigen Einsichten“ eben nur für uns wahr und in unserem Weltbild ewig sind. Er hält es für seine Pflicht, darüber hinaus nach Paradigma zu suchen, die der Mensch anderer Kulturen mit derselben Gewissheit aus sich heraus entwickelt hat und für allgemein gültig hält. Er schreibt: „Es gibt hier nichts Bleibendes und Allgemeines. Man rede nicht mehr von Formen des Denkens, dem Prinzip des Tragischen, der Aufgabe des Staates. Allgemeingültigkeit ist immer der Fehlschluß von sich auf andere.“¹⁹ Ewige Werte sind für Spengler daher zumeist episodische und örtliche, auf die augenblickliche Intelligenz der Großstädte von westeuropäischem Typus beschränkte Ansichten. Hierzu zählen auch die vom Westen propagierten Leitbilder der Verwirklichung von Demokratie und Menschenrechten überall auf der Welt. „Die Erscheinung anderer Kulturen redet eine andere Sprache. Für andere Menschen gibt es andre Wahrheiten.“²⁰

Jede Philosophie ist somit Ausdruck allein ihrer Kultur und der Zeit, des Zeitgeistes innerhalb einer Kultur, und es gibt nicht zwei Zeitalter, welche die gleichen philosophischen Ansätze und Intentionen besäßen.²¹ Jede Kultur wiederum ist vergänglich und der Vergessenheit unterworfen. Das gilt für alle ihre Bereiche und Erscheinungsformen. „Es wird eine Tages das letzte Bildnis Rembrandts und der letzte Takt Mozartscher Musik aufgehört haben zu sein, obwohl eine bemalte Leinwand und ein Notenblatt vielleicht übrig sind, weil das letzte Auge und Ohr verschwand, das ihrer Formensprache zugänglich war. Vergänglich ist jeder Gedanke, jeder Glaube, jede Wissenschaft, sobald die Geister erloschen sind, in deren Welten ihre `ewigen Wahrheiten´ mit Notwendigkeit als wahr empfunden wurden.“²²

Da es keine immerwährenden Wahrheiten gibt, ist jede in der Geschichte auftauchende Macht, jeder Staat nur einmal da, lässt sich zu keinem Zeitpunkt und an keinem Ort duplizieren und ändert sich unbemerkt mit jedem Augenblick, auch unter der Kruste einer noch so starren gesetzlich festgelegten Verfassung. Daher wirken Versuche, die westliche Lebensweise und ihr Verfassungssystem dauerhaft in nicht westliche Kulturkreise einzupflanzen, nur an der Oberfläche und sind letztlich zum Scheitern verurteilt. „Der Staat Venedigs oder Friedrichs des Großen oder das englische Parlament, so wie es wirklich ist und arbeitet, lassen sich nicht wiederholen, aber `moderne Verfassungen´ lassen sich in jedem afrikanischen und asiatischen Lande und antike Poleis unter Numidern und Britanniern `einführen´.“²³

¹⁷ Spengler, Untergang, S. 23.

¹⁸ Spengler, Untergang, S. 20 f.

¹⁹ Spengler, Untergang, S. 32.

²⁰ Spengler, Untergang, S. 34.

²¹ Spengler, Untergang, S. 57.

²² Spengler, Untergang, S. 217.

²³ Spengler, Untergang, S. 685.

Für Spengler bedeuten Worte wie Republik, Absolutismus, Demokratie innerhalb jeder Kultur etwas anderes und werden für ihn zur Phrase, sobald man sie als feststehende Begriffe anwendet, wie es Philosophen und Ideologen in der Regel tun. Eine Staatengeschichte ist für ihn Physiognomik und nicht Systematik. Sie hat nicht zu zeigen, wie die „Menschheit“ allmählich zur Eroberung ihrer „ewig bestehenden Rechte“, zu Freiheit und Gleichheit und der Entwicklung des weisesten und gerechtesten Staates fortschreitet. Vielmehr sind die in der Tatsachenwelt wirklich vorhandenen politischen Einheiten zu beschreiben, „... wie sie aufblühen, reifen und welken, ohne je etwas anderes zu sein als wirkliches Leben in Form.“²⁴ Zwangsläufig gibt es keine einzige, allgemein gültige Moral. Spengler beantwortet die Frage nach der Moral vielmehr mit dem kulturellen Maßstab, an welchem ein Mensch sich messen lassen muss. Der einzelne Mensch kann moralisch oder unmoralisch, „gut“ oder „böse“ handeln, dies allerdings nur aus dem Urgefühl seiner Kultur heraus, denn die Theorie seines Handelns ist durch die jeweilige Kultur festgelegt.²⁵

Den Vertretern des Primats der Ökonomie wirft Spengler bloße Selbstanalyse des wirtschaftlichen Denkens und Verabsolutierung des Wirtschaftsdenkens einer einzigen Zeitepoche einer Kultur vor, was notwendigerweise fehl geht und exemplarisch durch den Zusammenbruch der Sowjetunion im Jahr 1990 belegt wird: Man „... hält das Wirtschaftsleben für etwas, das man ... aus sichtbaren Ursachen und Wirkungen erklären kann, das ganz mechanisch angelegt und völlig in sich abgeschlossen ist, und das endlich zu den ebenfalls für sich gedachten Kreisen der Politik und Religion in einem irgendwie kausalen Verhältnis steht. Weil diese Betrachtungsweise systematisch und nicht geschichtlich ist, so glaubt sie an die zeitlose Gültigkeit ihrer Begriffe und Regeln und hat den Ehrgeiz, die allein richtige Methode `der` Wirtschaftsführung aufstellen zu wollen. Deshalb hat sie überall, wo ihre Wahrheiten mit den Tatsachen zusammentrafen, ein vollkommenes Fiasko erlebt, wie es mit den Voraussagen für den Ausbruch des Weltkriegs durch bürgerliche und mit der Errichtung der Sowjetwirtschaft durch proletarische Theoretiker der Fall war.“²⁶

IV. Zufall, Verhängnis, Fügung

„Waren T. Cracchus und Sulla Zufälle, Cäsar aber ein Schicksal?“²⁷ Zwischen Schicksal und Zufall scheint nur ein Gradunterschied an Gehalt zu bestehen. Dennoch bezeichnen diese Worte für Spengler eine unentrinnbare Notwendigkeit des Lebens. Wirkliche Geschichte ist schicksalsschwer und frei von Gesetzen und Festlegungen. Spengler schreibt: „Man kann die Zukunft ahnen, und es gibt einen Blick, der tief in ihre Geheimnisse dringt, aber man berechnet sie nicht. Der physiognomische Takt ... bleibt weltenfern von aller `Ursache` und `Wirkung`.“²⁸

Gegen tote Kausalität gibt es für Spengler „...Worte, die wie von einem tiefen Geheimnis umgeben sind: Geschick, Verhängnis, Zufall, Fügung, Bestimmung“, die als Symbole und nicht als Begriffe aufzufassen sind.²⁹ Spenglers Kritik richtet sich gegen Systematiker wie Aristoteles oder Kant, die nichts mit diesen Begriffen anfangen konnten, denn sie „...verstehen von Urteil, Wahrnehmung, Aufmerksamkeit, Erinnerung zu reden, aber sie schweigen von dem, was in den

²⁴ Spengler, Untergang, S. 1018.

²⁵ Spengler, Untergang, S. 440.

²⁶ Spengler, Untergang, S. 1146.

²⁷ Spengler, Untergang, S. 181.

²⁸ Spengler, Untergang, S. 154.

²⁹ Spengler, Untergang, S. 153.

Worten Hoffnung, Glück, Verzweiflung, Reue, Ergebenheit, Trotz liegt“, und Spengler schließt: „Schicksal ist das Wort für eine nicht zu beschreibende innere Gewißheit.“³⁰

Gesetze kausaler Natur sind daher „greisenhafte Entwürfe“, die dazu führen, „... daß man Nützlichkeitsideale wie Aufklärung, Humanität und Weltfrieden als Zwecke der Weltgeschichte ...“ voraussetzt, um sie durch eine Art Fortschrittsprozess zu erreichen, der das Gefühl von Schicksal verdrängt, doch in Wahrheit der geschichtliche Ablauf „... einer dunklen Entscheidung entgegengedrängt.“³¹ Spengler folgert den „Glauben an den Fortschritt“ aus dem Gefühl, dass Wissen Macht ist, was allen reifen Kulturen wohlbekannt und als Macht über das Schicksal gewollt ist. So ist der abstrakte Gelehrte, der Naturforscher und Denker in Systemen, der sich allein auf das Kausalitätsprinzip stützt, nur eine „... späte Erscheinung unbewußten Hasses gegen die Mächte des Schicksals, des Unbegreiflichen.“³²

Diese schicksalhaften Kräfte bleiben dem Betrachter jedoch zumeist verborgen, denn an der Oberfläche des Weltgeschehens herrscht das Unvorhergesehene. So hat niemand „...beim Auftreten Mohammeds den Sturm des Islam, niemand beim Sturze Robespierres Napoleon vorausgewußt.“³³ Daher bleibt es unberechenbar, was „große Menschen“ unternehmen, ob es ihnen glückt und ob eine mächtig einsetzende Entwicklung sich in großer Linie vollendet oder letztlich im Verhängnis untergeht.³⁴

Spengler erkennt, dass der „freie Wille“ zwar eine innere Gewissheit darstellt, aber dennoch einer tieferen Notwendigkeit entspringt und sich für den verständigen Betrachter in eine große Ordnung einfügt.³⁵ Napoleon hatte in bedeutenden Augenblicken ein starkes Gefühl für diese tiefe Logik und Schicksalhaftigkeit des Seins. „Ich habe also den Willen des Schicksals erfüllt?“, antwortete der Kaiser einigen seiner Getreuen, die im Jahr 1812 den Versuch wagten, ihn vom Russlandfeldzug abzubringen. Napoleon ahnte, dass er Schicksal für andere war und zugleich diesem ausgesetzt. „Ich fühle mich gegen ein Ziel getrieben, welches ich nicht kenne. Sobald ich es erreicht haben werde, sobald ich nicht mehr notwendig sein werde, wird ein Atom genügen mich zu zerschmettern. Bis dahin aber werden alle menschlichen Kräfte nichts gegen mich vermögen.“³⁶

Angesichts dieser Einsichten kommt es nicht darauf an, dass singuläre geschichtliche Ereignisse wirklich eintreten, sondern dass der verborgene historische Sinn der Epoche erfüllt wird. Bismarck hätte in den Augen Spenglers früh entlassen und die Schlacht bei Leipzig gegen Napoleon hätte verloren werden können; die Gruppe der Kriege von 1864, 1866 und 1870 hätte durch diplomatische, dynastische, revolutionäre oder volkswirtschaftliche Tatsachen – „Modulationen“ – vertreten werden können, der Sinn der Epoche – das Thema – wäre aber durch keine Gestaltung des Tatsächlichen verändert oder verfälscht worden. Goethe hätte in frühen Jahren sterben können, nicht seine „Idee“. Faust und Tasso wären nicht geschrieben worden, aber sie wären, ohne ihre poetische Greifbarkeit, in einem sehr geheimnisvollen Sinne trotzdem „gewesen“.³⁷ Die französische Revolution hätte durch ein anderes Ereignis an anderer Stelle, in England oder Deutschland etwa, vertreten werden können. Ihre „Idee“, der Übergang der Kultur in die Zivilisation, der Sieg der anorganischen Weltstadt über das organische Land, das nun

³⁰ Spengler, Untergang, S. 153 f.

³¹ Spengler, Untergang, S. 198.

³² Spengler, Untergang, S. 157.

³³ Spengler, Untergang, S. 182.

³⁴ Spengler, Untergang, S. 182.

³⁵ Spengler, Untergang, S. 183 f.

³⁶ Spengler, Untergang, S. 188.

³⁷ Spengler, Untergang, S. 189.

„Provinz“ in geistigem Sinne wurde, war notwendig, und zwar in diesem Augenblick.³⁸ Als um das Jahr 1000 die abendländische Kultur in Westeuropa erwachte, folgte sie von diesem Augenblick „dem Gesetz, wonach sie angetreten“. Innerhalb jeder Epoche besteht – so Spengler – eine unbegrenzte Fülle überraschender und nie vorherzusehender Möglichkeiten, letztlich ist aber die Epoche selbst das Entscheidende und man „... begreift, daß in Kriegen und politischen Katastrophen ... der Sieg nicht das Wesentliche eines Kampfes und der Friede nicht das Ziel einer Umwälzung ist.“³⁹

V. Die Weltstadt als Symbol des Niedergangs

Für Spengler ist die Stadt das Urphänomen menschlichen Daseins und zugleich ein Zeichen des Untergangs. „Völker, Staaten, Politik und Religion, alle Künste, alle Wissenschaften beruhen auf *einem* Urphänomen menschlichen Daseins: der Stadt.“⁴⁰ Spengler erkennt 1914 visionär, dass die Weltstädte der westeuropäisch-amerikanischen Zivilisation bei weitem noch nicht den Gipfel ihrer Entwicklung erlangt haben. Er führt im Hinblick auf die Megastädte unserer Tage aus: „Ich sehe – lange nach 2000 – Stadtanlagen für zehn bis zwanzig Millionen Menschen, die sich über weite Landschaften verteilen, mit Bauten, gegen welche die größten der Gegenwart zwerghaft wirken, und Verkehrsgedanken, die uns heute als Wahnsinn erscheinen würden.“⁴¹

Die Stadt als Symbol des Untergangs wird jedoch zum Problem und zum unausweichlichen Schicksal jeder Kultur. Stadt und Erlöschen einer Kultur sind Synonyme von schicksalhafter Bedeutung. Für Spengler ist hier der Gipfel erreicht, von dem aus die letzten und schwersten Fragen der historischen Morphologie gelöst werden. Zivilisationen, Kulturen in ihrem Endstadium, sind die letzten Zustände, deren nur eine höhere Art von Mensch fähig ist. „Sie sind ein Abschluß; sie folgen dem Werden als das Gewordene, dem Leben als der Tod, der Entwicklung als die Starrheit, dem Lande und der seelischen Kindheit ... als das geistige Greisentum und die steinerne, versteinerte Weltstadt. Sie sind ein Ende, unwiderruflich, aber sie sind mit innerster Notwendigkeit immer wieder erreicht worden.“⁴²

Für Spengler haben die Menschen der Spätzeit, Stadtmenschen, den babylonischen, ägyptischen, indischen, chinesischen und römischen Imperialismus durchgeführt. In solchen Zeiten sind auch der Buddhismus, Stoizismus und Sozialismus zu „endgültigen Weltstimmungen“ herangereift.⁴³ Das Leben als problematisch zu betrachten ist der Hintergrund und Antrieb dieser Lehren. Es handelt sich dabei um morphologisch gleichwertige Enderscheinungen aller Kulturen, da sie ein erlöschendes Menschentum in seiner ganzen Substanz ersehnen, erreichen und erlösen wollen.⁴⁴

Ahnherr des Sozialismus ist Rousseau, der neben Sokrates und Buddha zu den ethischen Wortführern großer Zivilisationen zählt. Seine Ablehnung aller großen Kulturformen, aller bedeutungsvollen Konventionen, seine berühmte „Rückkehr zur Natur“, sein praktischer Rationalismus tragen für Spengler die in die Steinmassen der großen Städte verschlagene Seele zu Grabe. Sokrates, Buddha und Rousseau predigen das Evangelium der Menschlichkeit des intelligenten Stadtmenschen, der die späte Stadt und mit ihr die Kultur satt hat und dessen „reine“, seelenlose

³⁸ Spengler, Untergang, S. 193 f.

³⁹ Spengler, Untergang, S. 197.

⁴⁰ Spengler, Untergang, S. 661.

⁴¹ Spengler, Untergang, S. 675.

⁴² Spengler, Untergang, S. 43.

⁴³ Spengler, Untergang, S. 44.

⁴⁴ Spengler, Untergang, S. 455.

Vernunft nach einer Erlösung sucht. Dies wiederum kündigt vom Kommen des Nihilismus, der für Spengler keiner großen Kultur fremd ist. Nihilismus ist das Wesen einer Seele, die ihre Möglichkeiten restlos verwirklicht hat und ein inneres Fertigsein des Weltstadtmenschen darstellt. „Für die Antike trat es zur Römerzeit ein. Für uns gehört es der Zeit nach 2000 an.“⁴⁵

Nihilismus bedeutet in den Augen Spenglers, dass wir „zivilisierte Menschen“ sind und nicht „... Menschen der Gotik und des Rokoko; wir haben mit den harten und kalten Tatsachen eines späten Lebens zu rechnen, dessen Parallele nicht im Athen des Perikles, sondern im cäsarischen Rom liegt.“ Weder große Malerei und Musik, noch herausragende architektonische Möglichkeiten sind uns noch gegeben. Wir haben demnach nur noch extensive Möglichkeiten.⁴⁶ „Daß man eine unmetaphysische Religion konstruiert und sich gegen Kulte und Dogmen auflehnt, daß ein Naturrecht den historischen Rechten entgegengestellt wird, daß man in der Kunst Stile 'entwirft', ... daß man den Staat als 'Gesellschaftsordnung' auffaßt, die man ändern könne, so- gar ändern müsse ..., das alles beweist, daß etwas endgültig zerfallen ist.“⁴⁷

Zur Weltstadt gehört nicht mehr ein Volk, das sich seiner selbst bewusst ist, sondern die formlose Masse. „Volk“ – das ist jetzt Stadtvolk, anorganische Masse, etwas Fluktuierendes.⁴⁸ Der „neue Mensch“, welcher hoffnungsvoll in allen Niedergangszeiten empfunden worden ist, ist immer „... der formlos durch alle Großstädte flutende Pöbel, an Stelle des Volkes die wurzellose städtische Masse ...“.⁴⁹ Die Stadt ist geprägt durch den Großstadtbewohner, den Spengler negativ charakterisiert als traditionslosen auftretenden Tatsachenmenschen, unreligiös, intelligent, unfruchtbar.⁵⁰ Das Unverständnis der Masse „... für alles Überlieferte, ... ihre Intelligenz, ihr Naturalismus in einem ganz neuen Sinne, der über Sokrates und Rousseaus weit zurück in bezug auf alles Sexuelle und Soziale an urmenschliche Instinkte und Zustände anknüpft, das *panem et circenses*, das heute wieder in der Verkleidung von Lohnkampf und Sportplatz erscheint – alles das bezeichnet ... eine ganz neue, späte und zukunftslose, aber unvermeidliche Form menschlicher Existenz.“⁵¹

Dabei begreift Spengler auch die Intelligenz und den intellektuellen Versuch, für alle Dinge wissenschaftliche Gründe zu finden, als Symbol der Endzeit einer Kultur. „Intelligenz ist nichts als Fähigkeit zu angespanntestem Verstehen. Diese Köpfe sind in jeder Kultur der Typus ihres 'letzten Menschen'. ... Intelligenz ... läßt sich auch als die beständige Abnahme des Schicksalsgefühls und die hemmungslose Zunahme des Bedürfnisses nach Kausalität bezeichnen. Intelligenz ist ... meisterhafte Übung im Denken, ... je mehr die Gewohnheit um sich greift, sich alles 'klar zu machen', desto mehr wird die Angst ... kausal gestillt. Daher die Gleichsetzung von Wissen und Beweisbarkeit und der Ersatz des religiösen Mythos durch den kausalen: die wissenschaftliche Theorie.“⁵² Wissenschaftliche Welten sind für Spengler letztlich oberflächliche, seelenlose, rein extensive Welten.

Der Gegenpart der Intelligenz ist die Entspannung, die reine „Zerstreuung“, die der Stadtmensch auf die Spitze treibt. Hingegen werden das „...echte Spiel, die Lebensfreude, die Lust, der Rausch ... in ihrem Wesen gar nicht mehr begriffen. Aber ... die Ablösung der geistigen Anspannung durch die körperliche des Sports, der körperlichen durch die sinnliche des

⁴⁵ Spengler, Untergang, S. 449 f.

⁴⁶ Spengler, Untergang, S. 56.

⁴⁷ Spengler, Untergang, S. 451.

⁴⁸ Spengler, Untergang, S. 452.

⁴⁹ Spengler, Untergang, S. 460.

⁵⁰ Spengler, Untergang, S. 45.

⁵¹ Spengler, Untergang, S. 46.

⁵² Spengler, Untergang, S. 677 f.

‘Vergnügens’ und ... der ‘Aufregung’ des Spiels und der Wette, ... – das kehrt in allen Weltstädten aller Zivilisationen wieder.“⁵³

In allen Zivilisationen nehmen die modernen Städte ein immer gleichförmigeres, langweiligeres Gepräge und dieselben Muster des Verfalls an. „Man kann gehen, wohin man will, man trifft Berlin, London und New York überall wieder; und wenn ein Römer reiste, konnte er in Palmyra, Trier, Timgad und in den hellenistischen Städten bis zum Indus und Aralsee seine Säulenstellungen, statuengeschmückten Plätze und Tempel finden. Was aber hier verbreitet wird, ist nicht mehr ein Stil, sondern ein Geschmack, keine echte Sitte, sondern Manieren, und nicht die Tracht des Volkes, sondern die Mode.“⁵⁴ So entwickelt die Stadt für Spengler eine Formensprache, die alle Züge ihres Wesens wiedergibt: nicht die eines Werdens, sondern die eines Gewordenen, eines Fertigen, das sich wohl verändern, aber nicht mehr entwickeln lässt. Und deshalb gibt es nur Kausalität, kein Schicksal, nur Ausdehnung, keine lebendige Richtung mehr.⁵⁵

Grund für den Untergang des im Ausgangsstadiums einer jeden Kultur sich befindenden Stadtmenschen ist jene Erscheinung, „...die im stillen längst vorbereitet war und jetzt plötzlich in das helle Licht der Geschichte rückt, um den ganzen Schauspiel ein Ende zu bereiten: die Unfruchtbarkeit des zivilisierten Menschen.“ Für Spengler liegt hier eine metaphysische Wendung zum Tode vor. „Der letzte Mensch der Weltstädte will nicht mehr leben, wohl als einzelner, aber nicht als Typus, als Menge ...“⁵⁶ Intelligenz und Kinderlosigkeit hängen dabei miteinander zusammen. Nicht nur weil Kinder unmöglich geworden sind, sondern weil die bis zum äußersten gesteigerte Intelligenz keine Gründe für ihr Vorhandensein mehr findet, bleiben sie aus.⁵⁷

Die große Wendung zum Untergang tritt ein, sobald es im alltäglichen Denken einer hochkultivierten Bevölkerung für das Vorhandensein von Kindern „Gründe“ gibt. Der Geburtenreichtum ursprünglicher Bevölkerungen ist eine Naturerscheinung, über deren Vorhandensein niemand nachdenkt, geschweige denn über ihren Nutzen oder Schaden. Wo Gründe für Lebensfragen überhaupt ins Bewusstsein treten, da ist das Leben schon fragwürdig geworden. „Da beginnt denn auch, und zwar im buddhistischen Indien so gut wie in Babylon, in Rom wie in den Städten der Gegenwart, die Wahl der ‘Lebensgefährtin’ ... Statt der Kinder hat der ‘letzte Mensch’ seelische Konflikte, es kommt darauf an, ‘sich gegenseitig zu verstehen’“. Die Menschen dieses Entwicklungsstadiums „... gehören alle sich selbst und sie sind alle unfruchtbar.“⁵⁸

Auf dieser Stufe beginnt für Spengler der mehrhundertjährige Prozess einer entsetzlichen Entvölkerung in allen Zivilisationen. Die ganze Pyramide des kulturfähigen Menschentums verschwindet. Sie wird von der Spitze herab abgebaut, zuerst die Weltstädte, dann die Provinzstädte, endlich das Land, das durch die Landflucht seiner Bevölkerung eine Zeitlang das Leerwerden der Städte verzögert⁵⁹, aber nicht aufhält.

Am Ende steht das Verschwinden der Nationen. Für Spengler ist weder die Einheit der Sprache noch die der leiblichen Abstammung entscheidend für die Bildung und den Erhalt einer Nation. Was ein Volk von einer Bevölkerung unterscheidet, es aus dieser abhebt und wieder in ihr aufgehen lässt, ist stets das innere Erlebnis des „Wir“, das diesen bedeutsamsten aller Verbände

⁵³ Spengler, Untergang, S. 678.

⁵⁴ Spengler, Untergang, S. 685.

⁵⁵ Spengler, Untergang, S. 684.

⁵⁶ Spengler, Untergang, S. 679.

⁵⁷ Spengler, Untergang, S. 679.

⁵⁸ Spengler, Untergang, S. 680 f.

⁵⁹ Spengler, Untergang, S. 681.

innerlich zusammenschließt. Je tiefer dieses Gefühl, desto stärker ist die Lebenskraft des Verbandes. Spengler unterscheidet die Nationen von den Gebilden, die vor ihr stehen und nach ihr folgen. Der Nation liegt eine Idee zugrunde, die geschichtsmächtig wird.⁶⁰ Nation und Geschichtsmächtigkeit sind jedoch vergänglich und vergehen im reifen Stadium der Weltstadt, der Zivilisation. „In der römischen Kaiserzeit beginnt man sich allenthalben zu verstehen, aber eben deshalb gibt es nichts mehr, was in antiken Städten zu verstehen sich lohnte. Mit dem Sichverstehen - können hatte diese Menschheit aufgehört, in Nationen zu leben; *damit hat sie aufgehört, historisch zu sein.*“⁶¹

Alle „Weltverbesserer“ und „Weltbürger“ – im China der kämpfenden Reiche, im buddhistischen Indien, im Hellenismus und heute – vertreten für Spengler pazifistische „Fellachenideale“, die zum Untergang ihrer Kultur führen. Deren Erfolg bedeutet die Abdankung der Nationen und Völker innerhalb der Geschichte, jedoch nicht zugunsten des ewigen Friedens, sondern zugunsten einzelner Machtmenschen.⁶² „Panem et circenses“ – das ist für ihn nur eine andere Formel für Pazifismus.⁶³ In der chinesischen Staatenwelt hat das Reich von Tsin um 250 v. Chr. deshalb den Endsieg erfochten, weil seine Nation sich von den Stimmungen des die Indifferenz predigenden Taoismus frei gehalten hatte. Auch hat das römische Volk über den Rest der Antike gesiegt, weil es die pazifistischen Fellacheninstinkte des Hellenismus für die Haltung seiner Politik auszuschalten wusste.⁶⁴ „Die Pax Romana hat für die späteren Soldatenkaiser und germanischen Heerkönige nur die eine praktische Bedeutung: eine formlose Bevölkerung von hundert Millionen zum Objekt des Machtwillens kleiner Kriegerschwärme zu machen.“⁶⁵

VI. Das Ende des Parlamentarismus und des Geldes – der kommende Cäsarismus

Für Spengler ist der Parlamentarismus kein Höhepunkt der westlichen Kultur wie die griechische Polis oder der Barockstaat, sondern ein kurzer Übergang, nämlich von der Spätzeit mit ihren gewachsenen Formen hin zum Zeitalter der großen Einzelnen inmitten einer formlos gewordenen Welt. „*Dadurch, daß er erreicht ist, ist er eigentlich schon überwunden.*“⁶⁶, schreibt Spengler zum Parlamentarismus. Freiheit als Voraussetzung von Demokratie besteht dabei in erster Linie in der „... Ablehnung der Tradition: der Dynastie, der Oligarchie, des Kalifats; aber die ausübende Macht geht von diesen sofort und ungeschmälert an neue Gewalten über, an Parteihäupter, Diktatoren, Präbendenten, Propheten und ihren Anhang ...“.⁶⁷ Und „... eben deshalb treibt ein unwiderstehlicher Zug jede Demokratie auf diesem Wege weiter, der sie zu ihrer Aufhebung durch sich selbst führt.“⁶⁸

Weder die großstädtische Masse noch der starke Einzelne haben für Spengler wahre Achtung vor Parlamentarismus und Demokratie, die als Form ohne Tiefe und Vergangenheit wahrgenommen wird, und „... sobald man entdeckt, daß sie nur Form ist, ist sie auch schon Maske und Schatten geworden.“⁶⁹ Wie das englische Königtum im 19. Jahrhundert, so werden die Parlamente ab dem 20. Jahrhundert ein feierliches leeres Schauspiel. Dies bewirkt letztlich eine Verlagerung der Machtzentren, sodass eine neue Herrschaftsform entsteht. „Wie dort Szepter und

⁶⁰ Spengler, Untergang, S. 761.

⁶¹ Spengler, Untergang, S. 763.

⁶² Spengler, Untergang, S. 1106.

⁶³ Spengler, Untergang, S. 781.

⁶⁴ Spengler, Untergang, S. 782.

⁶⁵ Spengler, Untergang, S. 782 f.

⁶⁶ Spengler, Untergang, S. 1080.

⁶⁷ Spengler, Untergang, S. 1132.

⁶⁸ Spengler, Untergang, S. 1133.

⁶⁹ Spengler, Untergang, S. 1080.

Krone, so werden hier die Volksrechte mit großem Zeremoniell vor der Menge einhergetragen und um so peinlicher geachtet, je weniger sie bedeuten. ... Aber die Macht verlagert sich ... aus den Parlamenten in private Kreise, und ebenso sinken die Wahlen unaufhaltsam zu einer Komödie herab, für uns wie für Rom. Das Geld organisiert den Vorgang im Interesse derer, die es besitzen, und die Wahlhandlung wird ein verabredetes Spiel, das als Selbstbestimmung des Volks inszeniert ist.⁷⁰ Letztlich siegt beim Volk die Einsicht, dass das allgemeine Wahlrecht überhaupt kein wirkliches Recht enthält, nicht einmal das der Wahl zwischen den Parteien, weil diese Machtgebilde durch das Geld alle geistigen Mittel der Rede und Schrift beherrschen und damit die Meinung des Einzelnen *über* die Parteien nach Belieben lenken, und andererseits durch ihre Verfügung über Ämter, Einfluss und Gesetze einen Stamm unbedingter Anhänger züchten, den „Caucus“, der den Rest ausschaltet, was zu einer Wahlmüdigkeit führt, die schließlich selbst in den großen Krisen nicht mehr überwunden werden kann.⁷¹

In Gestalt der Demokratie hat für Spengler vorübergehend auch das Geld triumphiert. Dennoch ist dies kein endgültiger Sieg, denn sobald die Gier nach Profit die alten Ordnungen einer Kultur zerstört hat, tauchen aus dem Chaos neue, übermächtige Größen empor: die Menschen von cäsarischem Schlag. An ihnen geht die Allmacht des Geldes zugrunde, um den bodenständigen Urwerten wieder Platz zu machen.⁷² Der Cäsarismus wächst auf dem Boden der Demokratie, aber seine Wurzeln reichen tief in die Untergründe des Blutes und der Tradition hinab.⁷³ Es erhebt sich der Endkampf zwischen Demokratie und Cäsarismus, zwischen den führenden Mächten einer diktatorischen Geldwirtschaft und dem politischen Ordnungswillen der Cäsaren.⁷⁴

Die „Kaiserzeit“ bedeutet in jeder Kultur das Ende der Politik von Geist und Geld. Die Mächte des Blutes, die urwüchsigen Triebe alles Lebens, die ungebrochene körperliche Kraft treten für Spengler ihre alte Herrschaft wieder an. Es ist der Erfolg des Stärksten, der den Rest als Beute begreift. Das Cäsarentum ergreift das Weltregiment, und das Reich der Bücher und Probleme erstarrt oder versinkt in Vergessenheit. Es handelt sich um einen Bruch, der ein neues Stadium einer Kultur einleitet. „Seit dem Anbruch der Kaiserzeit gibt es keine politischen Probleme mehr. Man findet sich ab mit den Lagen und Gewalten, die vorhanden sind. Ströme von Blut haben zur Zeit der kämpfenden Staaten das Pflaster aller Weltstädte gerötet, um die großen Wahrheiten der Demokratie in Wirklichkeit zu verwandeln und Rechte zu erkämpfen, ohne die das Leben nicht wert schien, gelebt zu werden. Jetzt *sind* diese Rechte erobert, aber die Enkel sind selbst durch Strafen nicht mehr zu bewegen, von ihnen Gebrauch zu machen. Hundert Jahre später, und sogar die Historiker verstehen die alten Streitfragen nicht mehr. Schon zur Zeit Cäsars beteiligte sich die anständige Bevölkerung kaum noch an den Wahlen. Das ist das Ende der großen Politik, die einst ein Ersatz des Krieges durch geistigere Mittel gewesen war und nun dem Kriege in seiner ursprünglicheren Gestalt wieder Platz macht.“⁷⁵

Cäsarismus ist für Spengler die Regierungsart, welche trotz aller staatsrechtlichen Formulierungen und Verschleierungen in ihrem inneren Wesen wieder ganz formlos und ungebändigt ist. Cäsar sah die Dinge realistisch, wie sie waren, und richtete seine Herrschaft ohne Sentimentalität nach praktischen Gesichtspunkten ein. „Die Gesetzgebung seiner letzten Monate

⁷⁰ Spengler, Untergang, S. 1142 f.

⁷¹ Spengler, Untergang, S. 1132.

⁷² Spengler, Untergang, S. 672.

⁷³ Spengler, Untergang, S. 1143.

⁷⁴ Spengler, Untergang, S. 1144.

⁷⁵ Spengler, Untergang, S. 1102 f.

beschäftigte sich ausschließlich mit Übergangsbestimmungen, von denen keine einzige für die Dauer gedacht war.“⁷⁶

Daher darf man sich durch Titel, Institutionen und althergebrachte Formen nicht täuschen lassen. „Es ist gleichgültig, ob Augustus in Rom, Hoang-ti in China, Amosis in Ägypten, Alp Arslan in Bagdad ihre Stellung mit altertümlichen Bezeichnungen umkleiden. Der Geist dieser alten Formen ist tot. Und deshalb sind alle Institutionen, sie mögen noch so peinlich aufrecht erhalten werden, von nun an ohne Sinn und Gewicht. Bedeutung hat nur die ganz persönliche Gewalt, welcher der Cäsar oder an seiner Stelle irgendjemand durch seine Fähigkeiten ausübt. Es ist die Heimkehr aus einer formvollendeten Welt ins Primitive, ins Kosmisch-Geschichtslose. Biologische Zeiträume nehmen wieder den Platz historischer Epochen ein.“⁷⁷ Damit tritt für Spengler ein neues Aeon ein. Das Private löst das Öffentliche, den Weltfrieden, die hohe Politik ab. Das Formlose, Ungebändigte und Urwüchsige setzt sich wieder durch.

VII. Ausblick: Das Zeitalter der Riesenkämpfe und der Machtwille Einzelner

Damit ist der Eintritt in das Zeitalter der Riesenkämpfe vollzogen, in dem wir uns gemäß Spengler heute befinden. Es ist der Übergang vom Napoleonismus zum Cäsarismus, von der Demokratie zur Diktatur, eine allgemeine Entwicklungsstufe vom Umfang wenigstens zweier Jahrhunderte, die in allen Kulturen nachzuweisen ist. Die Chinesen nennen sie laut Spengler *tschan-kuo*, die Zeit der kämpfenden Staaten. Am Anfang werden in dieser Phase sieben Großmächte in China gezählt, die erst planlos, dann mit immer klarerem Blick für das unvermeidliche Endergebnis in eine dichte Folge von ungeheuren Kriegen und Revolutionen eintreten. Es steigert sich der Kampf zu einem ununterbrochenen Ringen der gesamten chinesischen Welt, mit Massenheeren, die bis zur äußersten Anspannung der Bevölkerungszahl aufgebracht werden. Spengler schreibt: „Die Verbündeten, deren Länder zehnmal so groß waren als die von Tsin, wälzten umsonst eine Million Menschen heran. Tsin hatte immer noch Reserven in Bereitschaft. Von Anfang bis zum Ende fiel eine Million Mann, schreibt Se-ma-tsien.“⁷⁸ Damit beginnt das nächste Stadium der chinesischen Entscheidungskämpfe. Die Zahl der selbständigen Staaten wurde immer kleiner.⁷⁹ Ein Jahrhundert später waren es noch fünf.⁸⁰ Und ihre Zahl sank weiter.

Dasselbe gilt für unsere Zeit. Die Epoche der kämpfenden Staaten – das Zeitalter der Weltkriege – hat spätestens mit dem Ersten Weltkrieg begonnen und dauert für Spengler noch bis zum Jahr 2200 an. In den Kriegen um das Erbe der ganzen westlichen Welt werden Kontinente, Großräume und Religionen eingesetzt oder bringen sich zur Geltung: Amerika, Europa, Russland, Indien, China, der Islam und andere Mächte sind die Hauptakteure. Es werden neue Techniken und Taktiken gegeneinander ausgespielt und angewendet. Die großen weltstädtischen Machtmittelpunkte und Kontinente verfügen über die kleineren Staaten und sogar ganze Kontinente wie Afrika, ihr Gebiet, ihre Wirtschaft und Menschen nach Gutdünken: Letzteres ist nur noch Provinz, Objekt, Mittel zum Zweck, sein Schicksal ohne Bedeutung für den großen Gang der Dinge.⁸¹

Kein Zeitalter zeigt in den Augen Spenglers so deutlich wie das der kämpfenden Staaten die weltgeschichtliche Wandlung. Sowie die Nationen aufhören, politisch in Verfassung zu sein,

⁷⁶ Spengler, Untergang, S. 1103.

⁷⁷ Spengler, Untergang, S. 1101.

⁷⁸ Spengler, Untergang, S. 1082.

⁷⁹ Spengler, Untergang, S. 1083.

⁸⁰ Spengler, Untergang, S. 1081.

⁸¹ Spengler, Untergang, S. 1098.

wachsen die Möglichkeiten für den energischen Privatmann, der politisch schöpferisch sein, um jeden Preis Macht besitzen will und durch die Wucht seiner Erscheinung zum Schicksal ganzer Völker und Kulturen wird. Die Ereignisse sind der Form nach voraussetzungslos geworden. „An Stelle der gesicherten Tradition ... tritt nun der Zufall großer Tatsachenmenschen; der Zufall ihres Aufstiegs führt ein schwaches Volk wie das makedonische über Nacht an die Spitze der Ereignisse und der Zufall ihres Todes kann die Welt aus persönlich gefestigter Ordnung unvermittelt in das Chaos stürzen, wie die Ermordung Cäsars beweist.“⁸² Aber dasselbe gilt auch von den Kriegen, in denen die Heere und ihre Taktik immer mehr Schöpfungen unumschränkter Einzelführer werden, die oft ihr Genie erst spät und durch Zufall entdeckt haben. Spengler führt aus: „Um 300 gibt es *römische* Heere, seit 100 gibt es nur noch Heere des Marius, Sulla, Cäsar ...“.⁸³ So hat sich das römische Heer im Osten in weniger als zwei Jahrhunderten aus einer modernen Armee in ein Ritterheer zurückverwandelt. Im Westen sanken sie zu Horden herab.⁸⁴ Auch das Politische löst sich vom Staatlichen ab: „Der Prinzeps Pompejus und der Tribun Cäsar ... vertreten noch Parteien, aber sie haben ... in Lucca zusammen mit Crassus zum ersten Male die Welt unter sich verteilt. Als bei Philippi die Erben gegen die Mörder Cäsars kämpften, waren es ... noch Gruppen; bei Actium waren es nur noch Einzelpersonen ...“⁸⁵, die die Welt unter sich aufteilten.

Damit wird die Welt zum Schauplatz tragischer Privatgeschichte, welche die Staatengeschichte ablöst.⁸⁶ Es ist der letzte Schritt zum Definitiven. Mit dem Weltfrieden, „...*dem Frieden der hohen Politik* ... gibt es nur noch *Privatgeschichte*, private Schicksale, privaten Ehrgeiz, von den kümmerlichen Nöten des Fellachen angefangen bis zu den wüsten Fehden der Cäsaren um den *Privatbesitz der Welt*. Die Kriege im Zeitalter des Weltfriedens sind Privatkriege, furchtbarer als alle Staatenkriege, weil sie formlos sind.“⁸⁷ Die asymmetrischen Kriege unserer Zeit, Berufsarmeen gegen Partisanentum, sterbende Staaten und Staatensysteme im Kampf gegen Terroristen und private *Warlords* künden bereits von einem Umbruch der Zeiten und sind ein Zeichen dafür, dass Spengler Recht behalten wird.

⁸² Spengler, Untergang, S. 1083.

⁸³ Spengler, Untergang, S. 1085.

⁸⁴ Spengler, Untergang, S. 797.

⁸⁵ Spengler, Untergang, S. 1090.

⁸⁶ Spengler, Untergang, S. 1105.

⁸⁷ Spengler, Untergang, S. 1106.

Halmai Gábor

Jakab András: A magyar jogrendszer szerkezete című PhD értekezéséről

Jakab András 2005-ben benyújtott PhD értekezése – ha eltekintünk a jogrendszer horizontális tagozódásáról szóló rövid alfejezettől és a közben született 17/2004-es AB határozat értékelésétől - lényegét tekintve megegyezett 2003-ban az Unió Kiadó gondozásában megjelent A jogszabálytan főbb kérdései című kismonográfiájának tartalmával. A magyar jogrendszer alapelemeiről szóló, mindkét dolgozatban szereplő jogelméleti fejezet ezen kívül megjelent a Jogelméleti Szemle című internetes folyóiratban. Először ez utóbbi, rövid írás váltott ki meglehetősen heves reakciókat Pokol Béla és Bódig Mátyás részéről, majd Bencze Mátyás írt értékelő, bíráló recenziót ugyancsak a Jogelméleti Szemlében. Emellett Csizmadia Tamás és Molnár Olga Borbála írt inkább leíró ismertetést az Európai Jog, illetve a Jogtudományi Közlöny hasábjain, az utóbbi kritizálva is a szerző „túlzott magabiztosságát” és azt, hogy „gyakran komolyabb magyarázat nélkül kategórikusan elutasítja” mások véleményét. Kétségtelen, hogy az említett érvelő kritikák sem sok nyomot hagytak a munka eredetileg benyújtott változatán. (Volt olyan helye a szövegnek, ahol még az időközben bekövetkezett uniós csatlakozás ténye sem módosított a megfogalmazáson.) Így azután a doktori eljárás során az értekezésnek a jogszabály által megkívánt új eredményeit nyilván elsősorban az eredeti, 2003-as szöveg vonatkozásában lehet csak bizonyítani. Ebben azonban nem lehetnek kételyeink, hiszen Jakab András munkájának elvitathatatlan novuma – ahogy azt az egyébként több tekintetben kritikus Bencze Mátyás és elismeri -, hogy a jogszabálytan egyes részkérdéseivel foglalkozó eddigi magyarországi publikációk után egy általános jogszabálytani dogmatika kidolgozásának igényével megkísérli rendszerbe foglalni a magyar jogszabályok összességét. Teszi mindezt úgy, hogy ellentétben az ilyen dogmatika hagyományosan magánjogi alapjaival, példái nagyrészt közjogiak, ami jelentős hozzájárulás a magyar alkotmányjog, ezen belül a törvényalkotási és az alkotmánybíráskodási matéria dogmatikájának kialakulásához. Értelemszerűen az alkotmányjogász bíráló elsősorban ezekhez a részekhez szól hozzá.

1. Miután módomban volt a munkahelyi vitára bocsátott változatot is véleményeznem, örömmel jelenthetem, hogy ezt követően már történtek változások a szövegben. A legkomolyabb átalakuláson az elméleti előfeltevéseket tárgyaló első fejezet ment át.

A legtöbb kritika ugyanis a szerző által használt jogfogalmat érte. A 2003-as változatban használt „strukturált tömegpszichózis” már az eredetileg benyújtott szövegben „tömeghitre” módosult, de az igazán radikális változás a mostani szövegben következett be, amelyből eltűnt ez és bármely más jogfogalom (valójában ez nem szükséges a szerző által vállalt tudományos feladat megoldásához), és helyére a jogrendszer, mint előírásrendszer meghatározása lépett. A változtatás annál is inkább indokolt volt, mert gondolom, hogy Jakab Andrásnak nem sikerült meggyőzően igazolnia, miért tesz kivételt éppen a jog fogalmának megalkotása során az általa követett elv alól, hogy ti. elméletében nem ad helyt nem-jogi megközelítéseknek, illetve ha mégis, akkor kimutassa, hogy milyen mechanizmusok révén alakítja a hit a magyar jogrendszert. Ezzel az el nem végzett vizsgálattal szemben áll a jogszabály létezésének a hit elemét nélkülöző az a felfogása, amely egy másik jogszabálynak megfelelő megalkotáson és kihirdetésen alapszik. Ennek az ellentmondásnak a magyarázatában magam nem mennék odáig,

mint Bencze Mátyás, aki egyenesen azt feltételezi, hogy Jakab András e jogfogalom használatával azt a paradoxont akarta elkerülni, hogy olyan metafizikai mozzanat kerüljön jogelméletébe, mint Kelsen hipotetikus alapnormája.

Ugyancsak újdonság a korigált szövegben, hogy a szerző a jog fogalmi rendszerét (dogmatikáját) a korábbi kettő helyett immáron alapvetően háromféle fogalomtípusból építi fel: a normatív aktusokban található és a szokásjogi érvelésekben használt pozitív jogi fogalmakat és a jogtudósok által alkotott, a jogrendszer működésének magyarázatát segítő jogelméleti fogalmakat kiegészíti a jogtudósok és a joggyakorlat szereplői által a jogi döntések érvelésében való használat végett alkotott, szűkebb értelemben vett jogdogmatikai fogalmak kategóriájával.

2. A 2003-as változatban még a bevezető fejezet részét képező, a magyar jogrendszer alapelemeit tárgyaló alfejezet önálló fejezetté bővült, amely részletesen tárgyalja a jogrétegek illetve a jogelvek és szabályok viszonyának kérdését, anélkül, hogy a jogirodalmi vita jelentősebb nyomott hagyott volna a szerzőnek e kérdésekkel kapcsolatos álláspontján.

3. Változatlan maradt a normatív aktusok érvényessége, hatálya és alkalmazhatósága című fejezet belső struktúrája. A jogszabályok érvényességével összefüggésben a szerző jogkövetkezmények szempontjából csoportosítja azokat a hibákat, amelyekről való mentesség az érvényesség feltétele. A nem orvosolható súlyos eljárási szabálysértések kapcsán megjegyzi: ez esetben a jogszabály olyan hibával rendelkezik, ami miatt nem érvényes, ezért az Alkotmánybíróság által megsemmisítendő. Ennek kapcsán érdemes lett volna kitérni arra a problémára, amely az alkotmánybírói gyakorlatban nem ellentmondásmentesen érvényesül, vajon a megsértett eljárási szabályt az alkotmánynak magának kell-e tartalmaznia, vagy elegendő, ha például a Házsabályt sértik meg. A 63/2003-as Ab határozat esetében a politikai vétővel megtámadott kórháztörvény újratárgyalása kapcsán az alkotmánybírók az elnöki jogok semmibevétele miatti jogos felháborodásukban ahelyett, hogy az általuk megfogalmazott helyes alkotmányos követelmények törvénybe, de még inkább az alkotmányba foglalását szorgalmazták volna, a házsabályi normákat felemelték az alkotmány szintjére, és ennek alapján megsemmisítették a törvényt, elindítva a hasonló következményekkel járó vizsgálatok beláthatatlan folyamatát.

Azokkal az esetekkel kapcsolatban, amikor a hiba olyan mértékű, hogy a jogszabály még megsemmisítésre sem érdemes, a szerző megállapítja: ilyenkor a jogszabály létre sem jött. A kérdés csak az, mi a teendő akkor, ha mégis születnek és alkalmaznak is ilyen súlyos hibában szenvedő „jogszabályokat”. A 60/1992-es AB határozat például ilyen, felhatalmazás nélkül kiadott, „nem létező” minisztériumi leiratokkal kapcsolatban a testület megjegyzi, hogy azok ténylegesen az állami irányítás egyéb jogi eszközeként, vagyis normaként viselkednek, ezért – bár a megsemmisítésükre vonatkozó indítvány nem teljesíthető -, az alkotmánybírók szükségét érezték leszögezni, hogy azokhoz jogi hatás nem fűződhet.

Az érvényesség, hatályosság és alkalmazhatóság viszonyáról szóló áttekintésben a hatályos, de nem érvényes és nem alkalmazható jogszabályok esetének túlságosan kézenfekvő példája az Abtv.-t ex nunc hatályon kívül helyező egyszerű törvény, hisz itt valóban kézenfekvő az Alkotmánybíróság részéről történő alkalmazhatatlanság. Vajon ugyanilyen kézenfekvő lenne-e a helyzet, ha az Országgyűlés egy egyszerű törvénnyel cenzúrahivatalt állítana fel? Itt ugyanis kétséges a többi állami szerv részéről történő alkalmazás hiánya, az AB pedig indítvány hiányában aligha tudná megállapítani az alkotmányellenességet. Mindenesetre ez az eset felveti azt, a dolgotban később tárgyalt kérdést, vajon nem az alkotmány közvetlen alkalmazása jelent-e megoldást az alkalmazhatatlanságra.

A hatályos és alkalmazható, de nem érvényes jogszabályok esetében a szerző szerint a közigazgatás önmagában azért nem tagadhatja meg egy kormányrendelet alkalmazását, mert az egy törvénynek (véleménye szerint) ellentmond. Ezzel az állítással kapcsolatban csak az a kérdés fogalmazódik meg, vajon a kormányrendelet alkalmazásának kötelezettsége jelenti-e egyszersmind a törvény alkalmazásának tilalmát, és ha igen, ez miből származtatható. Nem szól-e legalább annyi érv a kormányrendelettel ellentétes törvény alkalmazásának kötelezettsége mellett?

A nem hatályos és nem érvényes, de alkalmazható jogszabályok esetkörüre Jakab András azt a példát említi, amikor az Alkotmánybíróság az Abtv. 43.§ (4) bekezdése alapján egy normatív aktust megsemmisít (még hozzá a hatálykezdet időpontjára ex tunc), de bizonyos esetre elrendeli az alkalmazását. Kérdés, vajon ezen törvényhely alapján nem csak az alkotmányellenessé nyilvánított, de meg nem semmisített jogszabály alkalmazásáról lehet-e beszélni, mint a 37/1992-es AB határozat esetében az 1976-ból származó, a kormánynak a Magyar Televízió feletti felügyeletét szabályozó határozata hatályban tartásával történt. Itt azonban nem került sor a hatályon kívül helyezésre.

Az alkalmazási elsődlegesség természetének a közösségi jog és a tagállami jog viszonya kapcsán egyet lehet érteni a szerzőnek azzal a megállapításával, hogy ha a belső jog ellentmond a közösségi jognak, nem történik sem derogáció, sem invalidáció, hiszen az ellentmondást minden jogalkalmazónak joga – sőt kötelessége – megállapítani, legfeljebb az a kérdés fogalmazódik meg, mi történik, ha ez mégsem következik be.

4. Nem változott a jogforrási hierarchiával foglalkozó fejezet belső szerkezete sem. Az alkotmány közvetlen alkalmazhatósága ellen és mellette szóló érvek közül Jakab András a jogbiztonság illetve a hatékony alapjogvédelem szempontjait tartja igazán erősnek, de úgy ítéli meg, hogy egyik mellett sem szól kényszerítő erejű alkotmányjogi érv. Az opponens továbbra is fenntartja azt a neki tulajdonított érvelést, miszerint a bíróságok már most is félreteszik a törvényellenes rendeleteket – feltételezve az Abtv. 38.§-ának alkotmányellenességét -, miért éppen az alkotmányellenes rendeletek és törvények félretétele lenne tilos. Emellett a jogbiztonság érvét sem tartom elég meggyőzőnek, hiszen a bíróságok eltérő félretételi gyakorlata esetére egyszerűen kialakítható lenne egy speciális eljárás, amelynek során a bíróság által félretett jogszabály alkotmányosságáról végső soron az Alkotmánybíróság döntené.

Ha a szerző kevésbé ragaszkodik mereven a német-osztrák jogtudományi irodalomhoz, mint forráshoz, talán nem fordult volna elő, hogy az alkotmány kötelező erejét veszélyeztető érvek sorába helyezze a political question doctrine-t. Ez a doktrina ugyanis nem a látszat-alkotmány veszélyét idézte fel, sokkal inkább a nem-jogi, politikai alkotmánybíráskodás veszélyeit háritotta el.

A munkahelyi vitát követően a szerző kiegészítette az Alkotmánybíróság normamegsemmisítési lehetőségeivel kapcsolatos fejtegetéseit. Erre annál is inkább szükség volt, hiszen a 42/2005. (XI. 14.) AB határozat a Legfelsőbb Bíróság egyik jogegységi határozatának megsemmisítésével radikális választ adott arra a kérdésre, vajon megilleti-e az alkotmányvédelmet minden állami aktus megsemmisítésének joga. Jakab András már a kézirat eredeti változatában is igenlően válaszolta meg a kérdést, elvetve annak az Alkotmánybíróság által korábban kialakított alternatíváit, mint amilyen az „élő jog” doktrínájának vagy az alkotmánykonform értelmezés alkalmazása. Így azután érthető, hogy a szerző egyetértően kommentálja az alkotmánybírák többségének döntését. Érvelésével -, hogy ti. az „élő jog”

alkalmazása egy jogegységi határozat esetében annak megsemmisíthetlensége esetén az értelmezett (és esetleg nem alkotmányosértő) törvény anullálását eredményezheti, és mint ilyen „ágyúval verébre lövés”, az alkotmányos értelmezéssel történő „ellen-jogegységi” döntés pedig a Legfelsőbb Bíróságtól való hatáskörelvonást valósít meg - jórészt egyet is lehetne érteni, ha nem kerülné meg azt a kérdést, vajon az egyes normatív aktusok megsemmisítéséhez nem kell-e kifejezett hatásköri felhatalmazás.

Végül néhány szó a dolgozat formai problémáiról. A munka élvezetét nagyban nehezíti, hogy a folyamatos olvasást – ami a formális logikai levezetések követéséhez elengedhetetlen – szinte lehetlenné teszi a lábjegyzetek indokolatlanul nagy száma. A lábjegyzetek között sok a felesleges, sőt az ismétlés is (Ockham borotvájának előfordulását már számolni sem tudja az olvasó). A stílus határozottsága, a kritikai megfogalmazások érdekessége – ha azok kellő érveléssel párosulnak – inkább elősegítik a szerző álláspontjának tisztázását, pozicionálását mások felfogásához képest. A mondatfűzés helyenként tapasztalható modorossága, állazasága azonban könnyen kiküszöbölhető lett volna.

Mindent összevetve Jakab András tudományos és oktatási szempontból fontos munkát végzett. Az eredmény talán kevesebb, mint amit a cím ambicionál, de a magyar jogszabályok rendszerének dogmatikai kidolgozásához jelentősen hozzájárult, ezért nyilvános vitára tűzését feltétlenül javaslom.

Budapest, 2006. június 22.

Jakab András: A magyar jogrendszer szerkezete

PhD értekezés tézisei

I. A kutatási feladat rövid összefoglalása

A munka a jogrendszer-strukturálás elméleti problémáit elemzi a magyar jogrendszer példáján. A főbb tárgyalt témák a következők: 1. a magyar jogrendszer alapelemei, 2. az érvényesség, a hatály és az alkalmazhatóság fogalmai, 3. a magyar jogforrási hierarchia, 4. a szokásjog, 5. a jogrendszer horizontális tagozódása és 6. a közösségi jog és a tagállami jog viszonya.

A kitűzött cél szerinti kérdésfelvetések tipikusan a német-osztrák irodalom problémakörébe illeszkednek, és így nem nagyon rendelkeznek angol vagy francia nyelvű irodalommal. Sőt: a fejtegetések egy része (pl. a norma szerkezete mint jogtudományi probléma) Közép-Európán kívül valószínűleg teljesen érthetetlennek (és értelmetlennek) tűnne. A témából adódó ezen nyelvi orientáció indokolja, hogy a szakkifejezéseket a magyar megfelelőik után gyakran szerepelnek zárójelben németül.

Ez a munka egy jogdogmatikai (fogalmi tisztázó) munka, tehát tematikájából hiányoznak a jogalkotás hatékonyságát és eredményességét, netán társadalmi elfogadottságát vagy demokratizmusát tárgyaló részek. Ezen témákat a jogalkotástan – egyébként viszonylag bő – irodalma tárgyalja.

A megírás során elsősorban a hatályos magyar jogrendszer problémáiáltak a középpontban, ezért a felvetett kérdésekre adott válaszok nem minden esetben alkalmazhatóak más jogrendszerekre, ill. a magyar jogrendszer korábbi állapotaira. A kötetben tehát a jogösszehasonlító és jogtörténeti aspektusok ennek megfelelően háttérbe szorultak. Hasonlóképpen nem kerülnek elemzésre a témát érintő jövőbeni esetleges változásokról sem (pl. új jogalkotási törvény vagy épp az Európai Alkotmány szerződés tervezetének várható hatásai a magyar jogrendszer szerkezetére). Ezen szűkítések mellett azonban a kötet teljességre törekszik – még hozzá főleg abban az értelemben, hogy a lehetséges továbbgondolási irányokat megkíséreltem lezárni (tehát megpróbáltam megválaszolni 1. egyrészt az álláspontommal szemben felhozható lehetséges ellenérveket, 2. másrészt pedig az „*És mi van, ha...?*”-típusú kérdéseket).

II. Források és kutatási módszer

Jelen munka gondolkodási stílusa igen közel áll a Bécsi Jogelméleti Iskolához (KELSEN, MERKL, KOJA, WALTER). Ez a „közelség” a megnyilvánul abban az alapvető előfeltevésben, hogy a jogrendszer egy előírásrendszer (értsd: *Sollen*, azaz pl. nem „társadalmi gyakorlat” és nem is csupán fogalmi rendszer), továbbá egyrészt a kérdésfeltevésben és a kutatási célkitűzésben, másrészt a válaszkeresés módszertani kereteiben, és végül jónéhány esetben a konkrét válaszok azonosságában is.

A kérdésfeltevés és a kutatási célkitűzések tekintetében a közös pontok 1. a főleges (magyarázó erővel nem bíró) jogelméleti fogalmaktól való megválaszra ill. 2. a jogi jelenségek egységes fogalmi rendszerben történő magyarázatára való törekvés valamint 3. általában a jogszabálytani s ezen belül kifejezetten 4. a hatályos *pozitív* joghoz kapcsolódó kérdések iránti fokozott érdeklődés.

A kutatási módszertant illetően 1. a használható érvek tudatos szűrése (módszertisztaság), konkrétan pedig 2. a nem jogi (erkölcsi, szociológiai, politológiai)

szempontok háttérbe szorítása nevezhető meg vállalható örökségként. A Bécsi Iskola tagjaihoz hasonlóan igyekeztem 3. logikus és világos („őszinte”) gondolatmeneteket bemutatni, valamint 4. a premisszákat egyértelművé tenni.

A konkrét eredményeket tekintve elfogadhatónak vélem a *Tiszta Jogtan* azon tételeit, amelyek szerint 1. a szubjektív faktornak elkerülhetetlen a szerepe a jogalkalmazás során, 2. nem az „állam hozza létre a jogrendet”, hiszen az állam maga is jogi képződmény, 3. a közjog-magánjog elválasztás jogelméletileg értelmetlen, 4. az alanyi jog visszavezethető a tárgyi jogra, 5. a személy jogi fogalma valójában egy normakomplexum (jogok és kötelezettségek kötege, amelyek aztán visszavezethetőek a tárgyi jogra), 6. a jogrendszereknek sajátos belső struktúrájuk (nevezetesen hierarchiájuk ill. hierarchiáik) van(nak) és 7. a (jogi) norma hipotetikus („ha-akkor”) szerkezetű, azaz kételemű (tényállásból és jogkövetkezményből áll).

Három igen fontos különbség van azonban, amelyek miatt mégsem sorolom magam ezen Iskolához: 1. a jogrendszerek monista felfogásával szemben a pluralizmust látom helyesebbnek (tehát önálló jogrendszernek gondolom a nemzetközi jogot, a közösségi jogot, a magyar jogot, a katolikus kánonjogot, a szlovák jogot, stb.), 2. az Iskolában központi szerepet játszó joglépcsőelméletet tarthatatlannak vélem, és 3. KELSENnel ellentétben álláspontom szerint a jogtudomány feladata nem korlátozódik a jogi aktusok lehetséges interpretációinak számbavételére, hanem ezek közül a leginkább elfogadhatót meg kell neveznünk. Kétség esetén ilyen esetekben a joggyakorlat nyújt útmutatót.

III. A kutatás eredményei

A Bécsi Jogelméleti Iskolához közel álló premisszák első fejezetbeli tisztázása után, a második fejezet azzal a kérdéssel foglalkozik, milyen alapelemekből építhető fel általában egy jogrendszer, s különösen a magyar jogrendszer. Ennek során a jogok és kötelezettségek (PUCHTA), a jogviszonyok (ACHTERBERGER), a szabályok és elvek (DWORKIN és ALEXY) s végül a jogrétegek (POKOL) kerülnek elemzésre és (különöző okokból) elutasításra. A szerző a jogi aktus mellett érvel, mint a magyar jogrendszer alapeleme. Ezen belül normatív jogi aktusok (röviden normák) olyan jogi aktusokként kerülnek meghatározásra, amelyek normatív rendelkezéseket is tartalmazhatnak; egyedi aktusok ezzel szemben csupán egyedi rendelkezéseket tartalmazhatnak. A kurrens elméletek vizsgálata után a szerző a normatív és egyedi rendelkezések közti különbséget a címzetti kör nyitottsága ill. zártsága alapján véli megtalálni.

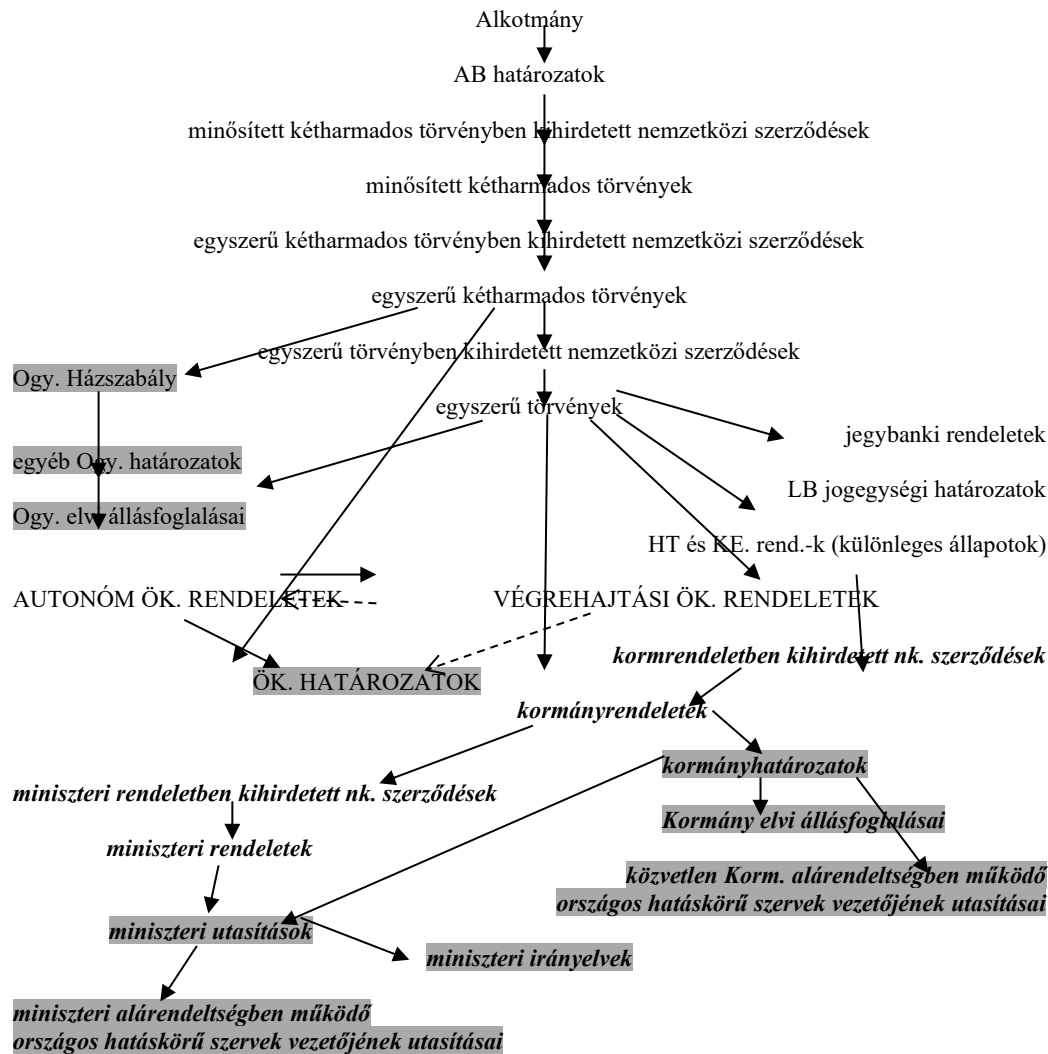
A harmadik fejezet a normatív jogi aktusok érvényességének, hatályának és az alkalmazhatóságának fogalmait vizsgálja. Az érvényesség mint a „bizonyos súlyos hibáktól mentesen való létezés” kerül meghatározásra, amely vagy adott vagy nem (1 vagy 0, *tertium non datur*). Az érvényesség kezdete szerint különböztetünk meg *lex posteriort* és *lex priort*. A hatály (a kortárs osztrák irodalomnak megfelelően) mint a norma tartalma kerül meghatározásra. A *lex specialis* és a *lex generalis* közti különbség a hatály terjedelmének különbségén alapul. *Lex specialis* nem derogálja a *lex generalist* (tehát nem helyezi hatályon kívül az érintett hatály-terjedelmet), hanem csupán alkalmazási elsődlegessége van vele szemben. Egy normatív aktus hatályos, ha létezik és az időbeli hatálya teljesül – ez nem zárja ki, hogy érvényességi fogyatékoságban szenvedjen. A továbbiakban olyan fogalmak kerülnek elemzésre, mint kötelező erő és (annak különleges formái, nevezetesen) alkalmazhatóság, közvetlen (*ex lege*) kötelező erő, hierarchiakonform értelmezés és a jogalkotó felé irányuló kötelező erő.

A szerző kidolgozza a *jogrendszerre veszélyes hiba* elméletét. A hibás normákat az állami szervek alkalmazni kötelesek (kivételesen a rendes bíróságok által kezdeményezett konkrét alkotmánybírósági felülvizsgálat), amíg az Alkotmánybíróság ezeket a normákat meg nem semmisíti. Ha azonban a hiba a demokratikus és jogállami jogrendszer önvédelmi mechanizmusait veszélyezteti (tehát pl. az alkotmánybíráskodást egy miniszteri rendelet felfüggeszteni), akkor a kérdéses normát nem szabad alkalmazni. Csak ha az Alkotmánybíróság megállapítása szerint a kérdéses norma alkotmányos, akkor lehet (és kell) azt alkalmazni. A fejezet ezt követően a normahierarchia különféle fogalmait elemzi. A jogrendszerek a szerző szerint tulajdonképpen többféle szempontból hierarchizálhatóak, úgy mint hatályon kívül helyezési erő szerint (Magyarország), alkalmazási elsődlegesség szerint (USA) és „kollízió miatti megsemmisítés” szerint (Ausztria).

A negyedik fejezet a magyar jogforrási hierarchiát mutatja be. Ennek során az intern és extern jogi aktusok közti különbség kerül elemzésre; méghozzá avval az eredménnyel, hogy előbbiek az utóbbiaknak szükségképpen alárendeltek egy olyan jogállamban, amely hatályon kívül helyezési erő szerinti jogforrási hierarchiával dolgozik (mint Magyarország). Máskülönb az intern (és ennek megfelelően az állampolgárok számára nem megismerhető) normák esetleg általános extern normákat úgy helyezhetnék hatályon kívül, hogy a címzettek azt meg sem tudják. A szerző szerint bár nincs explicit, de létezik implicit inkorporációs parancs a magyar Alkotmányban, amely szerint a nem inkorporált alkotmánymódosítások (ill. alkotmány-kiegészítések) mint eljárási hibában szenvedő normák az Alkotmánybíróság által megsemmisítendőek („alkotmányellenes alkotmányjog az egyrétegű alkotmányban”). A német alkotmányjoghoz hasonló magasabb alkotmányjogi réteg (pl. megváltozhatatlan klauzulák) azonban Magyarországon nem léteznek.

Az Alkotmánybíróság döntései extern normák, amelyek közvetlenül az Alkotmány alatt helyezkednek el. Visszamenő hatállyal hatályon kívül helyezhetnek (megsemmisíthetnek) törvényeket. Ez a fajta megsemmisítés (negatív jogalkotás) konstitutív természetű, mint azt Ausztriában és újonnan már Németországban is elismerik (Dirk HECKMANN). A magyar alkotmányjogi dogmatika specialitása, az Alkotmánybíróság első elnökétől, SÓLYOM Lászlótól származó fogalom, a láthatatlan alkotmány mint az alkotmánybírósági határozatok (és dogmatikájuk) rendszere kerül meghatározásra.

A szerző a Magyar Alkotmánybíróság által még mindig használt LABANDi kettős törvényfogalom elvetéséért érvel, s ezáltal az alkotmánybírósági vizsgálati hatáskörnek az olyan törvényekre való kiterjesztéséért, amelyek csak egyedi rendelkezéseket tartalmaznak. A Magyar jogrendszerben a törvények egymás közti hierarchiáját egyrészt a különféle parlamenti többségi követelmények, másrészt pedig a nemzetközi szerződéseket kihirdető törvények különleges helyzete bonyolítja meg. A fejezet további részeiben az egyes jogforrások ill. jogforrási hierarchiában elfoglalt helyük kerülnek egyenként és részletesen elemzésre. Ennek eredménye a következő ábrán mutatható be:



Az ábra nehezen áttekinthető, de ez nem az ábra hibája, hanem a magyar jogrendszer ilyen bonyolult. Az ábra értelmezése: egy AB határozat megsemmisíthet egy miniszteri utasítást, mert közvetve felette áll (nyílak láncolata vezet hozzá). A végrehajtási önkormányzati rendeletről szaggatott nyílak vezetnek tovább. Ez azt jelenti, hogy ő maga hatályon kívül helyezheti a szaggatott nyílak végén található normatív aktusokat, de azon normatív aktusok, amelyek neki fölérendeltjei (pl. egyszerű törvény), már nem (itt tehát nem tranzitív a hierarchia): Egy egyszerű törvény tehát nem helyezhet hatályon kívül egy normatív önkormányzati határozatot.

Az ábrán **szürkével jelöltem** az intern normatív aktusokat. Egyszerű álló betűvel jelöltem az Ogy., **vastag dőlt betűvel** az államigazgatás és KIS KAPITÁLISSAL az önkormányzatok normatív aktusait. Azon normatív aktusokat, amelyeket nem ezen három szerv(csoport) alkotja, vastagított keretben szerepeltettem. Láthatjuk, hogy sok esetben nincs a különféle normatív aktusok között jogforrási hierarchia (pl. egy jegybanki rendelet és egy önkormányzati rendelet közt). Ez azt jelenti, hogy egyik sem helyezheti tehát hatályon kívül a másikat.

Az ötödik fejezet a szokásjog problematikáját tárgyalja. A szokásjog a Magyar jogrendben „kötelezőnek tekintett értelmezési gyakorlatot” jelent. Egy az angolszász jellegű precedensrendszer (azaz szokásjog mint önálló jogforrás, s nem csupán mint a normaértelmezés kötelező gyakorlata) Magyarországon nem létezik. Maga a *láthatatlan alkotmány* is csupán ebben az értelemben szokásjog. *Desuetudo* csupán

olyan értelemben létezik Magyarországon mint valamely norma nem-alkalmazása – ez azonban nem eredményezi az illető norma hatályvesztését.

Az utolsó előtti fejezet témája a jogrendszer horizontális tagozódása. A szerző szerint a magyar jogrendben a hagyományos közjog–magánjog kettéosztásnak nincs értelme. A közjog–magánjog elválasztás mögötti politikai érdekek mára eltűntek. Az „állam” és „társadalom” elválasztásából (amelynek értelmessége maga is kérdéses) nem következik a „közjog–magánjog” elválasztás. A magyar jogrendben (ellentétben pl. a némettel) nincs pozitív jogi szerepe sem a szembeállításnak. A jogorvoslati utat Magyarországon az határozza meg, hogy egy aktus közigazgatási aktus vagy sem. Gyakorlati jelentősége tehát ezen fogalomnak van, s nem pedig a „közjog”-nak. A közigazgatási szervet ebben az összefüggésben, első megközelítésben azon szervek összességéeként határozhatjuk meg, amelyeket hagyományosan közigazgatási szerveknek szoktak nevezni. Kétes (új) esetekben a közigazgatásba való besorolásra az a mérvadó, hogy a magánszemély lehetőleg ne maradjon jogvédelem (jogorvoslat) nélkül. A közigazgatás ezen definíciójához nincs szükség a „közjog” fogalmának használatára. Jogelméletileg következetes elválasztási kritérium nem létezik, a besorolás (jog)történeti esetlegességek terméke. Amikor a közjog és magánjog közti határ elmosódásáról olvasunk, akkor valójában „közjog” és „magánjog” alatt tipikus szabályozási módszereket (és hozzájuk kapcsolódó jogvédelmet ill. felelősségi szabályokat) értenek, nevezetesen közjog alatt a tipikus közigazgatási jogi módszereket, magánjog alatt pedig a polgári jogiakat. Ha azonban precíze akarunk lenni, akkor inkább „szerződés”-ről vagy „egyoldalú állami aktus”-ról kellene beszélnünk, s a „közjog” ill. „magánjog” kifejezéseket kerülnünk kellene. Az elválasztás tehát pozitív jogilag irreleváns, fogalmilag homályos és politikai indokait tekintve meghaladott.

A szerző a továbbiakban a szovjet jogdogmatikából származó, de mind a mai napig gyakran használt jogágak (alkotmányjog, büntetőjog, polgári jog, polgári eljárásjog, stb.) szerinti jogrendszer-strukturálást tárgyalja. Következetes elválasztási kritériumot itt sem lehet találni. Ezek az ugyanis inkább tudományszociológiai és egyetemsszervezési okokkal, egy-egy új törvény megalkotására irányuló törvényhozói ötlettel, a társadalmi jelentőségre vonatkozó (jogászai) közvélekedéssel és (teljesen logikátlan) hagyományos beidegződésekkel magyarázhatók. Sem a közjog–magánjog elválasztás, sem a jogági tagozódás nem alkalmas tehát a jogrendszer elméleti igényű strukturálására.

Az utolsó, hetedik, fejezetben a közösségi jog és a magyar jog közti viszony kerül elemzésre. A szerző a közösségi jogrendet olyan autonóm (önálló) jogrendnek tekinti, amely közvetlen alkalmazhatósággal és alkalmazási elsődlegességgel rendelkezik. Ez a fajta önállóság nem jogontológiai kategória, hanem csupán annyit jelent, hogy (a munka jogelmélet-fogalmának megfelelően) a jogi helyzet áttekinthető magyarázatához célszerű a használata. A közösségi jogot tehát azért tekintjük önálló jogrendnek, mert normái olyan speciális tulajdonságokkal rendelkeznek, és olyan számosak, hogy az egyszerű leírás végett megkülönböztetjük a nemzetközi jogtól. A közvetett hatály (*direct effect*) a szerző szerint egy fölösleges fogalom, hiszen ez tulajdonképpen a bíróságok általi közvetlen alkalmazhatóságot jelenti (*direct applicability*). A könyv a közösségi jog és a magyar alkotmányjog közti viszony problematikájának tárgyalásával zárul.

IV. Az értekezés témájába illeszkedő publikációk jegyzéke

- JAKAB András: „Jogszabályok érvényessége, hatálya és alkalmazhatósága. Különös tekintettel a közösségi jog és a tagállami jog viszonyára” *Jogelméleti Szemle* [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2001/2.
- JAKAB András – CSERNE Péter: „A kétharmados törvények helye a magyar jogforrási hierarchiában” *Fundamentum* 2001/2. 40-49. o.
- JAKAB András: „A norma szerkezetének vizsgálata” *Jogelméleti Szemle* [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2001/4.
- JAKAB András: „A közösségi jog és a tagállami jog viszonya (Négy tévedés a 4/1997. AB határozat egyetlen bekezdésében)” *Allam- és Jogtudomány* 2001/3-4. 25-50. o.
- JAKAB András: „Az osztrák EU-csatlakozás alkotmányjogi szempontból” *Jogelméleti Szemle* [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2002/1.
- JAKAB András (szerk.): *Jogérvényesítés – jogalkalmazás* (Budapest: KGRE 2002)
- JAKAB András: „A norma szerkezete és a jogalkalmazási modell” in: JAKAB András (szerk.): *Jogérvényesítés – jogalkalmazás* (Budapest: KGRE 2002) 59-64. o.
- JAKAB András: „A norma szerkezete” *JURA-Pécs* 2002/2. 132-134. o.
- JAKAB András: „A magyar jogrendszer alapelemei” *Jogelméleti Szemle* [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2003/1.
- JAKAB András: „Válasz Pokol Béla kritikájára” *Jogelméleti Szemle* [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2003/1.
- JAKAB András: „Válasz Bódig Mátyás kritikájára. Együttal hozzászólás a Bencze–Bódig vitához” *Jogelméleti Szemle* [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2003/2
- JAKAB András: „A szocializmus jogdogmatikai hagyatéka” *Jogelméleti Szemle* [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2003/4.
- JAKAB András: *A jogszabálytan főbb kérdéseiről* (Budapest: Unió 2003)
- JAKAB András: „A közigazgatás helye a magyar államszervezetben” *JURA* 2004/1. 39-47. o.
- JAKAB András: „A joglépcsőelmélet problémái” in: SZABÓ Miklós (szerk.): *Regula iuris. Szabály és/vagy norma a jogelméletben* (Miskolc: Bíbor 2004) 215-248. o.
- JAKAB András: „Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2004/4. 1045-1057. o.
- JAKAB András: „Ki a jó jogász?” *JURA* 2005/1. 95-100. o.
- JAKAB András: „Probleme der Stufenbaulehre. Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2005/3. 333-365. o.
- JAKAB András – Miklós HOLLÁN: „Die rechtsdogmatische Hinterlassenschaft des Sozialismus im heutigen Recht: Das Beispiel Ungarn” *Jahrbuch für Ostrecht* 2005/1. 11-40. o.

András Jakab: Die Struktur der ungarischen Rechtsordnung

Thesen der PhD Dissertation

I. Kurze Zusammenfassung der Fragestellung der Forschung

Das Buch analysiert die theoretischen Probleme der Rechtsordnungsstrukturierung anhand der ungarischen Rechtsordnung. Die wichtigsten behandelten Themen sind: 1. Grundelemente der ungarischen Rechtsordnung, 2. Begriff der Geltung, des Geltungsbereichs und der Anwendbarkeit, 3. die Hierarchie der Rechtsquellen, 4. Gewohnheitsrecht, 5. die horizontale Aufteilung der Rechtsordnung und 6. das Verhältnis von Gemeinschaftsrechtsordnung und mitgliedstaatlicher Rechtsordnung.

Die Fragestellung ist ein typischer deutscher und österreichischer Forschungsbereich, und dementsprechend hat es kaum französische oder englische Literatur. Ein Teil der Gedankenführungen (z.B. die Struktur der Rechtsnorm als rechtswissenschaftliches Problem) wäre außerhalb von Mitteleuropa sogar als unverständlich (und sinnlos) betrachtet. Wegen dieser aus dem Thema stammenden sprachlichen Orientierung wurden die wichtigsten Fachausdrücke nach dem ungarischen Wort in Klammern auch auf Deutsch hingefügt.

Diese Arbeit ist eine rechtsdogmatische (Begriffsanalysierende) Arbeit. Aus ihrer Thematik fehlen also die Effizienz bzw. Demokratismus oder gesellschaftliche Akzeptanz der Rechtssetzung. Diese Themen werden von der – auf Ungarisch verhältnismäßig großen – Literatur der Gesetzgebungslehre behandelt.

Bei der Fertigstellung des Buches standen in erster Linie die Probleme der geltenden ungarischen Rechtsordnung im Mittelpunkt, deshalb können die Antworten auf die jeweiligen Fragen nicht ohne weiteres auf andere Rechtsordnungen, bzw. auf den früheren Stand der ungarischen Rechtsordnung angewandt werden. Im Band treten also die rechtsvergleichenden und rechtsgeschichtlichen Aspekte in den Hintergrund. Ebenso blieben die eventuellen künftigen Änderungen (z.B. der neue Gesetzesvorschlag über die Rechtssetzung oder die mögliche Wirkung des Entwurfes des Europäischen Verfassungsvertrages auf die Struktur der ungarischen Rechtsordnung). Innerhalb dieser Grenzen versucht aber die Arbeit vollständig zu bleiben – und zwar in dem Sinne, dass die möglichen Argumentationsrichtungen abgeschlossen werden (es werden also 1. die möglichen Gegenargumente gegen meine Thesen und 2. die Fragen „*was ist wenn...?*“ beantwortet).

II. Quellen und Methode der Forschung

Mein Denkstil steht der Wiener Schule der Rechtstheorie (KELSEN, MERKL, KOJA, WALTER) am nächsten. Diese „Nahe“ offenbart sich in der Voraussetzung, dass die Rechtsordnung eine Vorschriftenordnung (d.h. Sollen, und nicht etwa „gesellschaftliche Praxis“ und auch nicht nur ein Begriffssystem) ist, ferner einerseits in der Fragestellung und Zielsetzung der Forschung, andererseits im methodischen Rahmen der Antwortensuche, und letztlich in einigen Fällen auch in der Identität der konkreten Antworten.

Gemeinsame Punkte in der Fragestellung und in der Zielsetzung der Forschung sind 1. das Loswerden der keine Erklärungskraft besitzenden rechtstheoretischen

Begriffe, bzw. 2. die Tendenz, die rechtlichen Phänomene in einem einheitlichen Begriffsrahmen zu erklären ferner 3. im allgemeine das Interesse für normtheoretische, und darunter insbesondere für diejenigen Fragen, die 4. für das geltende Recht relevant sind.

Bezüglich der Forschungsmethode sind folgende Elemente als akzeptable Hinterlassenschaft zu nennen: 1. ein bewusstes Filtern der brauchbaren Argumente (Methodenreinheit), und konkret 2. die Zweitrangigkeit der metajuristischen (moralischen, soziologischen, politologischen) Gesichtspunkte. Ähnlich zu den Mitgliedern der Wiener Schule versuche ich 3. logische und klare („ehrliche“) Gedankenführungen darstellen, ferner 4. die Prämissen klarstellen.

Unter den konkreten Ergebnissen halte ich für akzeptabel diejenigen Thesen der *Reinen Rechtslehre*, nach denen 1. der subjektive Faktor unausweichlich in der Rechtsanwendung ist, 2. nicht der „Staat schafft die Rechtsordnung“, da er selbst Rechtliches ist, 3. die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht rechtstheoretisch sinnlos ist, 4. das subjektive Recht aus dem objektiven Recht ableitbar ist, 5. der rechtliche Begriff der Person eigentlich ein Normenkomplex ist (ein Bündel von Rechten und Pflichten, die dann auf das objektive Recht zurückführbar ist), 6. die Rechtsordnungen eine eigenartige Struktur (nämlich eine Hierarchie bzw. Hierarchien) aufweisen und 7. die (rechtliche) Norm ein hypothetische Struktur („wenn-dann“), d.h. (bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolge) zweigliedrig ist.

Wegen drei wichtiger Unterschiede kann die Arbeit jedoch nicht in die Wiener Schule eingeordnet werden: 1. gegenüber der monistischen Auffassung der Rechtsordnungen wird hier einen Pluralismus befürwortet (d.h. das Völkerrecht, das Gemeinschaftsrecht, das ungarische Recht, das slowakische Recht, das kanonische Recht usw. werden als eigenständige Rechtsordnungen betrachtet), 2. die in der Schule zentrale Rolle spielende Stufenbaulehre wird abgelehnt, und 3. im Gegensatz zu KELSEN wird hier die Auffassung vertreten, die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist nicht nur die Darstellung der möglichen Interpretationen der Rechtsakte, sondern man soll diejenige zeigen, die am ehesten akzeptabel ist. Im Zweifelsfall hilft die allgemein anerkannte Interpretationspraxis.

III. Forschungsergebnisse

Nach der Klärung der der Wiener Rechtstheoretischen Schule nahe stehenden Prämissen im ersten Kapitel, das zweite Kapitel beschäftigt sich mit der Frage, welche Grundelemente eine Rechtsordnung (und insbesondere die ungarische Rechtsordnung) hat. Dabei werden die Rechte und Pflichten (PUCHTA), Rechtsverhältnisse (ACHERBERGER), Regeln und Prinzipien (DWORKIN und ALEXY), Rechtsschichten (POKOL) durchdekliniert und (aus verschiedenen Gründen) abgelehnt. Der Autor plädiert für den Rechtsakt als Grundelement der Rechtsordnung. Normative Rechtsakte (kurz als Normen bezeichnet) werden als Rechtsakte definiert, die *auch* normative Bestimmungen enthalten können; individuelle Rechtsakte können hingegen nur individuelle Normen enthalten. Nach der Untersuchung der gängigen Theorien über die Unterscheidung zwischen normativen und individuellen Bestimmungen entscheidet sich der Autor für ein Kriterium, das auf die Geschlossenheit bzw. Geöffnetheit des Adressatenkreises setzt.

Das dritte Kapitel konzentriert sich auf die Analyse der Begriffe Geltung, Geltungsbereich und Anwendbarkeit der normativen Rechtsakte. Geltung wird als „Existenz ohne schwerwiegende Fehler“ definiert, die entweder gegeben ist oder nicht

(1 oder 0, *tertium non datur*). Gemäss des Beginns der Existenz wird *lex posterior* und *lex prior* voneinander unterschieden. Der Geltungsbereich der Norm wird (im Einklang mit der zeitgenössischen österreichischen Literatur) als der Inhalt der Norm bestimmt. *Lex specialis* und *lex generalis* werden auf der Grundlage der Breite des Geltungsbereichs unterschieden. *Lex specialis* derogiert nicht die *lex generalis* (d.h. setzt nicht außer Kraft den berührten Geltungsbereich), sondern hat nur einen Anwendungsvorrang gegenüber ihr. Eine Norm ist in Kraft, wenn sie existiert und ihr allgemeiner zeitlicher Geltungsbereich erfüllt ist – dies schließt aber eine Fehlerhaftigkeit (also Geltungsmangel) nicht aus. Es werden im weiteren die Begriffe Verbindlichkeit und ihre spezielle Formen: Anwendbarkeit, direkte (*ex lege*) Verbindlichkeit, hierarchiekonforme Auslegung und Bindung der Rechtssetzung analysiert.

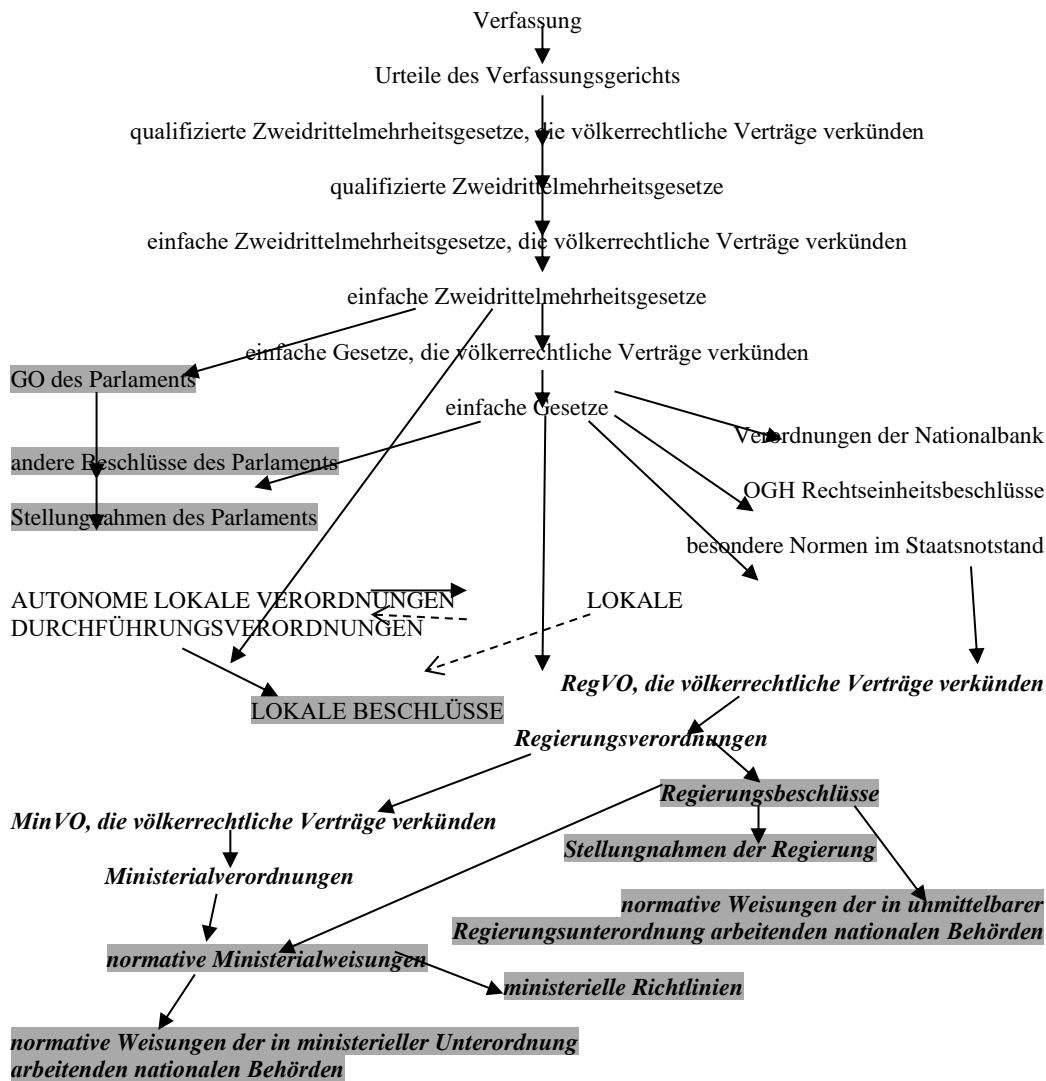
Der Autor entwickelt eine Doktrin vom *auf die Rechtsordnung gefährlichen Fehler*. Fehlerhafte Normen sollen von den Staatsorganen angewandt werden (mit Ausnahme der konkreten verfassungsgerichtlichen Kontrolle initiiert durch ordentliche Gerichte), bis das Verfassungsgericht diese Normen vernichtet. Wenn aber der Fehler die Selbstverteidigungsmechanismen der demokratischen und rechtsstaatlichen Rechtsordnung gefährdet (also z.B. die Verfassungsgerichtsbarkeit durch eine Ministerialverordnung suspendiert wird), dann darf die fragliche Norm nicht angewandt werden. Erst wenn das Verfassungsgericht diese fragliche Norm doch für verfassungsmäßig hält, dann kann (und soll) sie angewandt werden. Das Kapitel analysiert demnach den Begriff der Normenhierarchie. Die Rechtsordnungen sind nach dem Autor eigentlich in mehreren Hinsichten zu hierarchisieren, wie Hierarchie gemäß der Aufhebungskraft (Ungarn), gemäß Anwendungsvorrang (US) und gemäß „Vernichtung wegen Kollision“ (Österreich).

Das vierte Kapitel stellt die ungarische Hierarchie der Rechtsquellen dar. Dabei werden interne und externe Rechtsakte unterschieden, und wird festgestellt, dass die vorigen dem letzteren in einem Rechtsstaat mit Rechtsquellenhierarchie nach der Aufhebungskraft (wie Ungarn) notwendigerweise untergeordnet sind. Sonst könnten eventuell interne (und dementsprechend nicht der Allgemeinheit zugänglich gemachte) Normen auch allgemeine externe Normen so außer Kraft setzen, dass die Adressaten dies nicht erfahren. Nach dem Autor existiert zwar kein ausdrückliches, wohl aber eine impliziertes Inkorporationsgebot in der ungarischen Verfassung, nach dem nicht inkorporierte Verfassungsänderungen (oder Verfassungsergänzungen) als prozedural fehlerhaft vom Verfassungsgericht aufzuheben sind („verfassungswidriges Verfassungsrecht im einschichtigen Verfassungsrecht“). Eine der deutschen Rechtsordnung ähnliche höhere Schicht des Verfassungsrechts (z.B. Ewigkeitsklausel) existiert allerdings in Ungarn nicht.

Die Urteile des Verfassungsgerichts sind externe Normen, und stehen direkt unter der Verfassung. Sie können insb. Gesetze mit Rückwirkung außer Kraft setzen (vernichten). Diese Vernichtung (negative Rechtssetzung) ist *konstitutiver Natur*, wie es in Österreich und neuerdings auch schon in Deutschland anerkannt wird (Dirk HECKMANN). Die Spezialität der ungarischen Verfassungsdogmatik (entwickelt von László SÓLYOM, dem ersten Präsidenten des ungarischen Verfassungsgerichts), die unsichtbare Verfassung wird als ein Geflecht der verfassungsgerichtlichen Urteile (und ihre Dogmatik) definiert.

Der Autor argumentiert für das Verwerfen der vom ungarischen Verfassungsgericht noch immer benutzten LABANDSchen Zweiteilung des Gesetzesbegriffes, und somit für eine Ausdehnung der verfassungsrichterlichen Prüfungskompetenz auf solche Gesetze, die nur individuelle Bestimmungen beinhalten.

Die Lage der ungarischen Gesetzeshierarchie wird einerseits durch die verschiedenen Mehrheitserfordernisse im Parlament, andererseits durch die spezielle Lage der die internationalen Verträge verkündenden Gesetze verkompliziert. Im weiteren Verlauf des Kapitels werden die Rechtsquellen und ihre Stellung in der Normenhierarchie im einzelnen detailliert dargestellt. Die Ergebnisse können graphisch folgendermaßen abgezeichnet werden:



Das Bild kann folgendermaßen entziffert werden: ein Urteil des Verfassungsgerichts kann eine Ministerialweisung außer Kraft setzen, da von ihm eine Pfeilenkette zu ihr führt. Von den lokalen Durchführungsverordnungen führt eine gestrichelte Pfeile nach unten. Dies bedeutet, dass sie selbst einen lokalen Beschluss außer Kraft setzen kann, aber diejenigen Normen, die über ihr stehen, können es nicht mehr (d.h. die Hierarchie ist hier nicht transitiv). Ein einfaches Gesetz kann also einen lokalen Beschluss nicht außer Kraft setzen. Die **internen Normen** sind mit grauem Hintergrund bezeichnet. Einfache Buchstaben stehen für Normen des Parlaments, **fett und kursiv** für die zentrale Verwaltung und **KAPITÄLCHEN** für die Normen der lokalen Selbstverwaltungen. Diejenigen Normen, die in keine dieser Gruppen einzuordnen sind, habe ich fett umgerahmt.

Das fünfte Kapitel behandelt die Problematik des Gewohnheitsrechts. Gewohnheitsrecht heißt in der ungarischen Rechtsordnung eine als verpflichtend

betrachtete Interpretationspraxis. Ein angelsächsisches Präzedenzsystem (d.h. Gewohnheitsrecht als eigenständige Rechtsquelle und nicht nur als verpflichtende Praxis der Normeninterpretation) existiert in Ungarn nicht. Selbst die unsichtbare Verfassung ist nur in diesem Sinne Gewohnheitsrecht. *Desuetudo* existiert in Ungarn nur insoweit, als eine Norm nicht angewandt wird. Ein Außerkrafttreten kann allerdings durch *desuetudo* nicht erfolgen.

Das vorletzte Kapitel ist der horizontalen Strukturierung der Rechtsordnung gewidmet. Der Autor sieht die traditionelle Zweiteilung der *ungarischen* Rechtsordnung in öffentliches und privates Recht als sinnlos. Die dahinterstehenden politischen Interessen sind für heute verschwunden. Aus der Trennung von Staat und Gesellschaft (deren Bedeutung selbst fraglich ist) folgt nicht die traditionelle Zweiteilung der Rechtsordnung. In der positiven ungarischen Rechtsordnung hat die Unterscheidung auch keine praktische Bedeutung (im Gegensatz zu Deutschland). Der Rechtsweg wird in Ungarn danach entschieden, ob es um einen Akt eines Verwaltungsorgans handelt, oder nicht. Praktische Konsequenz wird also nur diese Begriff (nicht der des öffentlichen Rechts) haben. Der Begriff Verwaltungsorgan soll in diesem Zusammenhang im ersten Schritt als die traditionell als so definiert werden, dass die traditionell als Verwaltungsorgane angesehenen Organe darin eingeordnet sind. In zweifelhaften (neuen) Fällen ist maßgebend, dass das Individuum den Rechtsschutz nicht entbehrt. Man kann also den Begriff Verwaltung so definieren, dass der Begriff „öffentliches Recht“ dazu unnötig ist.

Ein konsequentes Separationskriterium für die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht existiert nicht; die Einteilung ist die Folge rechtsgeschichtlicher Zufälligkeiten. Wenn man über die Verwischung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht liest, dann werden unter „öffentlichem Recht“ und „Privatrecht“ typische Regelungsmethoden (und damit verbundene Rechtsschutz- bzw. Verantwortlichkeitsregel) verstanden, und zwar unter öffentlichem Recht die typischen verwaltungsrechtlichen Methoden, unter Privatrecht hingegen die typischen zivilrechtlichen Methoden. Wenn man aber präzise bleiben möchte, sollte man lieber über „Vertrag“ oder „einseitiger Staatsakt“ sprechen und den Gebrauch der Ausdrücke „öffentliches Recht“ bzw. „Privatrecht“ vermeiden. Die Unterscheidung ist also in der ungarischen Rechtsordnung rechtlich irrelevant, begrifflich unklar und politisch überholt.

Der Autor behandelt im weiteren die aus der sowjetischen Rechtsdogmatik stammende, aber immer noch oft benutzte Rechtsordnungsstrukturierung nach Rechtszweigen (z.B. Verfassungsrecht, Strafrecht, Zivilrecht, Zivilprozessrecht usw.). Ein konsequentes Unterscheidungskriterium existiert auch hier nicht. Diese Unterscheidungen sind eher mit wissenschaftssoziologischen und universitätsorganisatorischen Gründen, mit den spontanen Gesetzgebungsideen des Parlaments, mit allgemeiner Überzeugungen (der Juristen) über die Wichtigkeit eines Regelungsbereiches und mit (völlig unlogischen) Juristentraditionen zu erklären. Weder die Zweiteilung in öffentliches Recht und Privatrecht, noch die Rechtszweiglehre kann also zu einer konsequenten Strukturierung der ungarischen Rechtsordnung benutzt werden.

Im letzten, siebten, Kapitel wird das Verhältnis zwischen der Gemeinschaftsrechtsordnung und der ungarischen Rechtsordnung analysiert. Der Autor betrachtet Gemeinschaftsrecht als eine eigenständige Rechtsordnung mit unmittelbarer Anwendbarkeit und Anwendungsvorrang. Die Eigenständigkeit hat mit Rechtsontologie nicht zu tun; dies heißt einfach, dass der Gebrauch dieses Begriffes (entsprechend dem Rechtstheoriebegriff der Arbeit) für eine übersichtliche Erklärung

der Rechtslage nützlich ist. Gemeinschaftsrecht wird also nur deshalb als eigenständige Rechtsordnung betrachtet, weil seine Normen über so spezielle Eigenschaften verfügen, und sie so zahlreich sind, dass zwecks der einfachen Deskription es vom Völkerrecht unterschieden wird. Die unmittelbare Wirkung (*direct effect*) ist nach dem Autor ein überflüssiger Begriff, da es eigentlich unmittelbare Anwendbarkeit (*direct applicability*) durch die Gerichte bedeutet. Das Buch endet mit der Problematik des Verhältnisses zwischen Gemeinschaftsrecht und ungarischem Verfassungsrecht.

IV. Publikationen im Thema der Dissertation

- JAKAB András: „Jogszabályok érvényessége, hatálya és alkalmazhatósága. Különös tekintettel a közösségi jog és a tagállami jog viszonyára” [Geltung, Geltungsbereich und Anwendbarkeit genereller Normen. Mit besonderer Rücksicht auf das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht] *Jogelméleti Szemle* [Zeitschrift für Rechtstheorie] [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2001/2.
- JAKAB András – CSERNE Péter: „A kétharmados törvények helye a magyar jogforrási hierarchiában” [Die Stelle der Zweidrittelmehrheitsgesetze in der ungarischen Rechtsquellenhierarchie] *Fundamentum* 2001/2. pp. 40-49.
- JAKAB András: „A norma szerkezetének vizsgálata” [Ein Untersuchung der Struktur der Norm] *Jogelméleti Szemle* [Zeitschrift für Rechtstheorie] [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2001/4.
- JAKAB András: „A közösségi jog és a tagállami jog viszonya (Négy tévedés a 4/1997. AB határozat egyetlen bekezdésében)” [Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht (Vier Fehler in einem einzigen Absatz der Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts 4/1997. AB)] *Állam- és Jogtudomány* [Staats- und Rechtswissenschaft] 2001/3-4. pp. 25-50..
- JAKAB András: „Az osztrák EU-csatlakozás alkotmányjogi szempontból” [Der österreichische EU-Beitritt aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel] *Jogelméleti Szemle* [Zeitschrift für Rechtstheorie] [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2002/1.
- JAKAB András (Hrsg.): *Jogérvényesítés – jogalkalmazás* [Rechtsdurchsetzung – Rechtsanwendung] (Budapest: KGRE 2002)
- JAKAB András: „A norma szerkezete és a jogalkalmazási modell” [Die Struktur der Norm und das Modell der Rechtsanwendung] in: JAKAB András (Hrsg.): *Jogérvényesítés – jogalkalmazás* [Rechtsdurchsetzung – Rechtsanwendung] (Budapest: KGRE 2002) pp. 59-64.
- JAKAB András: „A norma szerkezete” [Die Struktur der Norm] *JURA* 2002/2. pp. 132-134.
- JAKAB András: „A magyar jogrendszer alapelemei” [Grundelemente der ungarischen Rechtsordnung] *Jogelméleti Szemle* [Zeitschrift für Rechtstheorie] [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2003/1.
- JAKAB András: „Válasz Pokol Béla kritikájára” [Antwort auf die Kritik von Béla Pokol] *Jogelméleti Szemle* [Zeitschrift für Rechtstheorie] [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2003/1.
- JAKAB András: „Válasz Bódig Mátyás kritikájára. Együttal hozzászólás a Bencze–Bódig vitához” [Antwort auf die Kritik von Mátyás Bódig. Zugleich ein Beitrag zur Debatte zwischen Bencze und Bódig] *Jogelméleti Szemle* [Zeitschrift für Rechtstheorie] [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2003/2
- JAKAB András: „A szocializmus jogdogmatikai hagyatéka” [Die rechtsdogmatische Hinterlassenschaft des Sozialismus] *Jogelméleti Szemle* [Zeitschrift für Rechtstheorie] [<http://jesz.ajk.elte.hu/>] 2003/4.
- JAKAB András: *A jogszabálytan főbb kérdéseiről* [Hauptfragen einer Theorie der normativen Rechtsakte] (Budapest: Unió 2003)
- JAKAB András: „A közigazgatás helye a magyar államszervezetben” [Der Platz der Verwaltung in der ungarischen Staatsorganisation] *JURA* 2004/1. pp. 39-47.
- JAKAB András: „A joglépcsőelmélet problémái” [Probleme der Stufenbaulehre] in: SZABÓ Miklós (Hrsg.): *Regula iuris*. Szabály és/vagy norma a jogelméletben [Regula iuris. Regel und/oder Norm in der Rechtstheorie] (Miskolc: Bibor 2004) pp. 215-248.
- JAKAB András: „Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2004/4. pp. 1045-1057.
- JAKAB András: „Ki a jó jogász?” [Wer ist der gute Jurist?] *JURA* 2005/1. pp. 95-100.
- JAKAB András: „Probleme der Stufenbaulehre. Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2005/3. pp. 333-365.
- JAKAB András – Miklós HOLLÁN: „Die rechtsdogmatische Hinterlassenschaft des Sozialismus im heutigen Recht: Das Beispiel Ungarn” *Jahrbuch für Ostrecht* 2005/1. pp. 11-40.

Jakab András
Válasz Szilágyi Péternek és Halmai Gábornak

Először is szeretném megköszönni a két opponensnek alapos, sokrétű és szakmailag igen hasznos kritikai megjegyzéseiket. A dicsérő szavakat külön is köszönöm, de értelemszerűen az elkövetkezőkben inkább a kritikai pontokat válaszolnám meg egyenként sorra véve.

A. Válasz Szilágyi Péternek

1. Szilágyi Péter szerint problematikus, hogy nem teszek „különbséget a bírói szokásjog és a jogértelmezési gyakorlat között.” A bírói szokásjogot tényleg mint a bíróságok által (jogként követett) értelmezési gyakorlatot definiáltam, azaz egy speciális fajta jogértelmezési gyakorlatot értek alatta. Az opponens álláspontjával ellentétben azonban úgy vélem, hogy lényegtelen, vajon valamely fogalmat a bíróságok az ítélet rendelkező részében, vagy csak az indokolásában használnak: amennyiben a döntéshez szükség volt a fogalomra (egy ki nem hagyható érvelési lépésben használták), akkor jogdogmatikai fogalomról van szó. Ha pedig ez egyben jogértelmezési gyakorlatot is jelez (tehát nem csak egyszeri esetről van szó), akkor egyúttal pozitívjogi (ti. azon belül szokásjogi) is a fogalom. Az opponens kritikájának bizonytalan pontját jelzi, hogy ő maga is utal a döntés „ratio decidendi”-jére, mint amely pozitív jogi fogalmakat keletkeztet, de közben azt is írja, hogy a döntésnek az indokolása már nem pozitív jogi jellegű. Ennek a bizonytalanságnak álláspontom szerint az az oka, hogy az opponens tölem eltérő álláspontot vall atekintetben, hogy a különféle kategóriák (ti. esetünkben konkrétan: a pozitív jogi fogalmak és a jogdogmatikai fogalmak kategóriája) részben átfedhetik-e egymást. Ha jól értem, akkor az opponens ezt tagadja, én pedig (ld. kül. 21. o.) állítom.

2. Az opponens szerint következetlen a szóhasználatom egy helyen, mivel azt ígérem, hogy az „aktus” kifejezést az eredmény értelmében (ti. pl. törvény vagy rendelet) használom, s egy alkalommal később mégis a tevékenységre (ti. pl. törvényalkotás) utalok vele. Az észrevétel teljesen korrekt, ezúton is köszönöm Szilágyi Péternek, hogy felhívta figyelmemet erre.

3. Ugyancsak felrója nekem az opponens, hogy az egyedi aktusokat is a jogrendszer részének tekintem, de ehhez képest nem elemzem ill. nem szentelek külön fejezetet a kérdésnek. Ezt a kritikai pontot is el kell fogadjam – mindazonáltal annyit jegyeznek meg, hogy minden művet valahol egyszerűen „abba kell hagyni” és sosem lehet teljesen „befejezni”. Amennyiben az egyedi aktusokról lett volna még egy fejezet, akkor hasonlóképpen adódott volna, hogy az egyedi aktusok keletkezéséről (ti. a jogalkalmazásról) is legyen egy (jogelméletileg egyébként igen messzire vezető) fejezet. Sőt: tekintve, hogy külön fejezet foglalkozik a közösségi jogi és a tagállami jog viszonyával, ugyancsak „hiányzó téma” a kötetből pl. a kánonjog és az állami jog viszonyának, vagy éppen a különféle nemzeti jogrendszerek egymáshoz való viszonyának (ezen belül pedig a nemzetközi magánjog problematikájának) a tárgyalása. A sor természetesen még folytatható.

4. Az opponens szerint „nem kapunk választ, sőt még problémaexponálást se” arra, hogy mi a helye a bírói jognak a magyar jogrendszer szerkezetében. Evvel kapcsolatban kifejezetten ellent kell mondjak az opponensnek, ugyanis azt írom (168. o.), hogy „A bírói szokásjog mindig szubszidiárius jellegű. Ez azt jelenti, hogy csak annyiban alkalmazandó, amennyiben nincs olyan normatív aktus (tv., rendelet, esetleg JEH), amely pontosítaná a kérdéses normatív rendelkezést (tipikusan valamely tv. egy paragrafusát).” Ez persze csupán az alkalmazhatóság problémájáról szól, de a derogációról (amelyet lényegében a strukturálás fő kritériumaként

használok a könyvemben) is írok, nevezetesen az 5.3 pontban, amelyet teljes egészében a *desuetudónak* szenteltem, s amelynek épp az a fő tétele, hogy szokásjogilag nem lehet normatív aktusokat derogálni (169-170. o.). A 158. oldalon pedig a semmisségi törvények kapcsán azt említem meg, hogy törvények derogálhatnak egyedi bírósági ítéleteket. Természetesen a kérdést lehetett volna elemezni mélyebben (melyik kérdést nem lehetne?), de azt, hogy „még problémaexponálás” sincs, túlzásnak látom.

5. Az opponens evidens érvként kezeli, hogy a „magatartás-előíráshoz szankcionáló előírás vagy szankcionáló norma társul” a jogban. Álláspontom szerint ez nem ilyen egyértelmű, és bár nem is ellenzem kifejezetten az érvet, de magától értetődő érvként való használatával szemben kételyeim vannak. Ez ahhoz a kérdéshez vezet, hogy vajon a *lex imperfecta* tényleg csak egy igen-igen ritka patológikus kivétel, vagy pedig egy többé-kevésbé normális jelenség a jog világában, és konkrétan a magyar jogrendben. Ez utóbbihoz statisztikai vizsgálatra lenne szükség, amelyet nem végeztem el – de amelyet tudtommal senki más sem végzett el. A kérdés szerintem teljesen nyitott, és még találgatni sem tudnék az eredményt illetően.

6. Az opponens szerint reflektálnom kellett volna Kelsen „elsődleges és másodlagos norma”-fogalmára. Az észrevétel teljesen korrekt, ezúton is köszönöm Szilágyi Péternek, hogy felhívta figyelmemet a problémára; bár megjegyzem, hogy a különbségtételt ismerem és érvelésem lényegén ez nem változtatna.

7. Az opponens szerint „a jogkövetkezmény fogalmát túlzottan kiterjeszt[em], lényegében mindenféle kötelezettséggel azonosít[om]”. Igaza van az opponensnek abban, hogy álláspontom szerint lényegében minden kötelezettség jogkövetkezményként is felfogható. Ez (mint az opponens megjegyzi) tényleg a kételemű normaszervezetből fakadó elképzelés, de azt nem látom, hogy ez az elképzelés miért lenne problematikus.

8. Az opponens idézem: „Az implicit és az explicit diszpozíció megkülönböztetése ugyanakkor föltételezi, hogy valami valamit vagy explikál, vagy nem. Ez az explikáló valami csak szöveg, nyelvi megfogalmazás lehet, amit viszont vagy explikál vagy nem, azaz csak implikál, az viszont valami mögöttes, föltehetően valami mögöttes értelem lehet. Az implicit diszpozíció ugyan nem létezhet, hiszen diszpozíció sincs, de a normaszöveg mégis implikál valamit, amit explicitté lehet tenni, akkor viszont a diszpozíció nem azonos a normaszöveggel vagy annak valamely összetevőjével, elemével közvetlenül, hiszen a diszpozíció magában foglalja az explicit és az implicit megfogalmazás egységét és egyben megkülönböztetésük lehetőségét, tehát valahol a normaszöveg mögött keresendő. Hogy hol, arra nézve nem kapunk útmutatást a szerzőtől.” Szilágyi Péter ehelyütt úgy kezeli az általam az explicit és implicit diszpozícióról írottakat, mintha szerintem lenne valamely normának explicit vagy implicit diszpozíciója. Valójában azonban én csak azt kívántam megmutatni, hogy miként szoktak *mások* érvelni.

9. Szilágyi Péter szerint általános probléma a háromelemű normaszervezettel szembeni kritikámmal, hogy nem különböztetem meg 1. a norma nyelvi megfogalmazását (norma-propozíciót, *Sollsatz*) és 2. magát a normát (*Sollen-t*) ill. annak logikai szerkezetét. Való igaz, hogy a lehetőségekhez mérten igyekszem kiindulópontul a norma-szöveget használni, és olyan normák létezését nem szívesen feltételezem, amelyek létezésének feltevése nem felétlenül szükséges a jogrendszer működésének magyarázatához (Ockham borotvája). Kifejezetten nem ez a helyzet azonban pl. a *lex specialis* szabályának feltevéseivel (59., 85. o.), vagy éppen a *számos* jogdogmatikai jellegű tételek esetében (kétharmados tévények helye, vagy épp a közösségi jog és tagállami jog viszonya esetében a hatáskör és az alkalmazási elsődlegesség viszonya 196-198. o.).

10. Az opponens szerint általános probléma, hogy vizsgálódásaim nem lépnek túl a pozitív alkotmányjog keretén, ill. „túlzottan tapad[ok] a jogszabályok nyelvezetéhez”, s ez különösen az érvényesség (ill. ennek kapcsán a norma-létezés) fogalma kapcsán problémás. Ez tényleg így van, de ezt nem tudom kritikaként felfogni, mert az általam vallott módszertani kiindulópontok miatt nem is tehetek másként. A dolgozat egy jogdogmatikai tisztázó mű, amely azonban csak úgy tudja az általam kitűzött feladatot (ti. jogbiztonság segítése a fogalmi

tisztázások révén), ha a pozitívjogi szóhasználatot tekintem kiindulópontnak, és azt kezdem el rendszerezni ill. pontosít(g)a(t)ni. Máskülönb a joggyakorlat szóhasználatától való túlzott elszakadás miatt nem tudnék hatást gyakorolni a joggyakorlatra (ld. 25. o.).

11. Szilágyi Péter szerint Peschkával szembeni kritikámban a marxizmus ún. terjedelmi koncepciójára vonatkozó kritikákra hivatkozom, noha Peschka ehelyett inkább Lukács filozófiájára épített. Elismerem, hogy ehelyütt igazságtalan voltam Peschkával, de megjegyzem, hogy álláspontjával szembeni többi érvem ettől függetlenül él.

12. Az opponens szerint magammal kerülök ellentmondásba, amikor egyrészt Peschkát a háromelemű normaszervezet legismertebb képviselőjének nevezem, másrészt pedig azt állítom, hogy a norma szerkezetéről tulajdonképpen nem mond semmit. Elismerem, hogy a megfogalmazásom valóban kevésbé sikerült. Csupán arra kívántam utalni vele, hogy Peschkát mint a normaszervezet szakértőjét szokták idézni, noha ő a norma (értsd nálam: *Sollen*) szerkezete helyett a *Sein* és a *Sollen* viszonyáról ír, s ezt nevezi normaszervezeti vizsgálatnak. Ezt azonban álláspontom szerint szerencsésebb lett volna a norma (tipikus?, vö. még fent 5. pont a szankcióról) megvalósulásának, s nem pedig a norma szerkezetének, nevezni.

13. Ugyancsak felrója nekem az opponens, hogy nem adok „egy, a normaszervezettől független normafogalmat”. Való igaz, hogy a normáról csak mint „előírás”-ról ill. „Sollen”-ről írok, de a kérdést nem elemzem mélyebben. Ennek oka, hogy úgy véltem, egy ilyen ontológiai jellegű vizsgálat a kötet célkitűzései szempontjából (ld. fent 10. pont) felesleges lett volna.

14. Az opponens szerint összemosisom az érvényesség fogalmát és kritériumait. Való igaz, hogy az érvényességet mint az érvényességi kritériumok meglétét (avagy mint az érvénytelenségi kritériumok hiányát) definiálom. Szerintem azonban más megoldás nem is lehetséges, hacsak nem akarunk esszencialista érvelésekbe bonyolódni. Az „érvényesség” nem „valami”, aminek előbb a lényegét (fogalmát) meghatározzuk, s aztán kritériumokat aggatunk rá, hanem az érvényesség egy jellegzetesség, amely bizonyos részjellegzetességek (ti. érvényességi kritériumok) összességéként határozható meg.

B. Válasz Halmi Gábornak

1. Való igaz, amint erre Halmi Gábor utal, hogy az AB a Jat.-tal ellentétben a Hárszabály minden megsértését mint súlyos eljárási hibát kezel (ld. 54. o. 214. láb. és 55. o. 222. láb.). Nem látom azonban oly mértékben újnak a jelenséget, hogy egy Alkotmányon kívüli eljárási szabály megsértése miatt állapít meg az AB eljárási alkotmányellenességet, hiszen ilyen történt már a 11/2004. (IV. 7.) AB hat. (ABK 2004/3. 306, 308-309) és a 26/2003. (V. 30.) AB hat. (ABH 2003, 790, 794) esetében. Persze az, hogy minek alapján tesz különbséget a Jat. és az egyéb nem-alkotmányi eljárási szabályok közt az AB, s ebben egyetértek az opponenssel, nem teljesen világos.

2. Az opponens ama kérdésére, hogy álláspontom szerint azon törvény alkalmazhatósága megkérdőjelezhető-e, amely nyilvánvalóan alkotmányellenes, de a jogrendszer önvédelmi mechanizmusát (ti. alkotmánybíráskodás) közvetlenül nem veszélyezteti (pl. cenzúrahivatal felállítása), azt válaszolnám, hogy az ilyen törvény minden állami szerv által alkalmazandó (kivéve a bíróságok Abtv. 38. § szerinti hatáskörét). Megvan ugyanis az AB által az eljárási út eme alkotmányellenesség kiküszöbölésére, tehát (ellentétben pl. az AB felszámolására irányuló egyszerű törvénnyel vagy akár kormányrendelettel) a jogrend működési mechanizmusai nem bénulnának meg az alkalmazhatóság elfogadásával. Az alkalmazhatóság eltagadása „jogrendszerre veszélyes hibá”-ra való hivatkozással csupán egy igen kivételes eset lehet, különben fennállna a veszélye, hogy félig képzett, alkotmányjogilag stréberkedő jogalkalmazók kezdik a jogbiztonságot kikezdeni (hiszen egyik helyen alkalmaznák, másik helyen meg nem – amíg az AB nem döntene, ez pedig jó hosszú időbe is telhet).

3. Felveti az opponens, hogy vajon miért pártolom a törvényellenes kormányrendelet alkalmazását, hiszen ezzel egyúttal a törvény nem-alkalmazása mellett kardoskodom. Avagy

másként megfogalmazva: miért jobb a törvényellenes kormányrendelet alkalmazása és a törvény nem-alkalmazása, mint a fordított eset? Ezen a ponton valóban pontosítanom kell az értekezésben kifejtett álláspontomat: az alacsonyabb rangú aktus alkalmazási elsődlegessége azt előfeltételezi, hogy ez az alacsonyabb rangú aktus *lex specialis* a magasabb rangúhoz képest. Ez általában így van (tipikusan: végrehajtási rendelet), de (s ebben igaza van az opponensnek) nem minden esetben. A lényeg, amire rá akartam mutatni, hogy a decentralizált (*horribile dictu* közigazgatási szervek általi) alkotmánybíráskodást el kell kerülni.

4. Az opponens szerint az Abtv. 43. § (4) bekezdése olyan esetekre vonatkozik, amikor az alkotmányellenessé nyilvánított, de meg nem semmisített jogszabály alkalmazását megtiltja az AB. Való igaz, hogy az AB joggyakorlatában egyelőre csak ilyen esetek történtek, de az AB sehol sem zárja ki azt az általam felvetett azon lehetőséget, hogy az AB egy normatív aktust megsemmisít (még hozzá a hatálykezdet időpontjára *ex tunc*), de az Abtv. 43. § (4) bekezdése alapján bizonyos esetre elrendeli az alkalmazását. Az általam felvetett megoldásra valóban nincs még példa az AB gyakorlatában, de azt nem is zárja ki az.

5. Az opponens azon kérdése kapcsán, hogy vajon mi történik, ha a magyar szervek nem tartják be a közösségi jog alkalmazási elsődlegességét, csupán a közösségi jog általános működési mechanizmusaira (EKSZ 226. és 228. cikk), ill. a magyar bíróságok szerepére (kül. EKSZ 234. cikk kapcsán) tudok hivatkozni. Ha a magyar bíróságok sem követnék a feltétlen elsődlegesség doktrínáját, vagy ha az ügy olyan jellegű, hogy nem tud rendes bíróság elé kerülni, akkor tényleg csak a Bizottság és az EuB eljárása EKSZ 226. cikk szerint nyújt megoldást eljárásjogi értelemben.

6. Az opponens szerint „a bíróságok már most is félreteszik a törvényellenes rendeleteket”. Ez elképzelhető, hogy így van, de a szakirodalomban még senki sem hozott erre konkrét példát (BH), s én sem találtam ilyet. Feltéve tehát, hogy van ilyen, úgy vélem, hogy ez szimpla jogsértés, ti. az Abtv. 38. § megsértése (lenne). Az opponens szerint kár aggódni a jogbiztonság miatt ezügyben, mert „a bíróságok eltérő félretételi gyakorlata esetére egyszerűen kialakítható lenne egy speciális eljárás, amelynek során a bíróság által félretett jogszabály alkotmányosságáról végső soron az Alkotmánybíróság döntene.” Álláspontom szerint már most van egy olyan eljárásunk, amely mind a jogbiztonság követelményének, mind pedig annak eleget tesz, hogy a bíróságok ne alkalmazzanak alkotmányellenes jogszabályokat: ez az Abtv. 38. §.

7. Halmai Gábor szerint túlzottan ragaszkodom a német-osztrák jogtudományi irodalomhoz, s ezért kritizálom a *political question doctrine*-t. Elismerem, hogy elsősorban németes jogdogmatikai szemüvegen át olvasom a problémákat, s ennek tudható be egyes kérdések sajátos olvasata is.

8. Az opponens egyetért a JEH-ok AB általi megsemmisítésére vonatkozó álláspontommal, de kérdésként felveti, hogy vajon mire (ti. milyen jogszabályhelyre) lehet alapozni a kifejezetten az Abtv.-ben és az Alk.-ban ilyenként meg nem nevezett normatív aktusok (esetünkben: JEH) megsemmisítését. Álláspontom szerint a hatásköri felhatalmazást az Alk. 32/A. § (1) bek.-ben és az Abtv. 1. § b) pontjában a „jogszabály” szó oly módon (és olyan indokokkal) történő tág értelmezése adja meg, ahogy azt az AB a 42/2005. (XI. 14.) AB határozatban tette.

9. A Halmai Gábor által említett formai és stiláris problémákat, amelyek a dolgozat korábbi állapotaira tényleg álltak, igyekeztem a munkahelyi vita óta kiküszöbölni.

Még egyszer szeretném megköszönni mindkét opponensnek kritikai megjegyzéseiket, a jelenlévőknek pedig a figyelmet.

Juhász Zoltán

A bírósági végrehajtás alkotmányossága és a zálogjogosult bekapcsolódása a végrehajtási eljárásba

1. A bírósági végrehajtás célja és az állami kényszer

A bírósági végrehajtás célja, hogy a jogot, az ennek megfelelő jogi szankciót a kötelezettel szemben kényszerrel is érvényre juttassa.¹ Ez a szankció rendszerint a kötelezettség teljesítésére (a követelés kielégítésére), kivételesen a későbbi teljesítés biztosítására irányul (biztosítási intézkedés végrehajtása). Bár meg kell jegyezni, hogy a jogfejlődés során felmerülő ügyek természete is átalakul, így például egyre nagyobb jelentősége van a károkozással fenyegető magatartástól való eltiltásnak, gondoljunk csak környezetszennyezéssel vagy építkezéssel kapcsolatos esetekre. Ez a végrehajtási lehetőségek megfelelő változásának szükségességét is igényli.² Az eljárásban általában vagyoni kényszer, kivételesen személy elleni kényszer kerül alkalmazásra.

A bírósági végrehajtásról szóló 1994. évi LIII. törvény (a továbbiakban: Vht.) 1. §-a szerint: „A bíróságok és a jogvitát eldöntő más szervek határozatait, továbbá egyes okiratokon alapuló követeléseket bírósági végrehajtás útján, e törvény szerint kell végrehajtani.”

Az Alkotmánybíróság 46/1991. (IX. 10.) AB határozatában kifejtette, hogy a bírósági határozatok tiszteletben tartása, a jogerős bírósági döntések teljesítése – akár jogszerű kényszerítés árán is – a jogállamisággal kapcsolatos alkotmányos értékekhez tartozik. A végrehajtási eljárásban már nem a mindenkit megillető alkotmányos személyi jogokat kell elvont módon védeni, hanem az „ártatlanságában” a megelőző eljárás során megcáfolt jogsértővel szemben kell konkrét törvényes kényszerítő eszközöket alkalmazni. Ha ugyanis a végrehajtási rendszer gyenge és könnyen kijátszható, ez óhatatlanul a bírósági határozatok lebecsüléséhez, jogbizonytalansághoz, a jogtudat romlásához, a jogállamiság sérelméhez vezet. Az ilyen veszély leküzdése nyilvánvalóan mind állampolgári, mind társadalmi, mind pedig állami szempontból alkotmányos érdek. A bírósági ítéletek és más bírósági határozatok végrehajtásakor nem lehet ugyanis feltételezni, hogy az adós először akkor szerezne tudomást a követelésről, amikor a végrehajtó a lakásán megjelenik. A tipikus esetben az adós már a keresetlevél (fizetési meghagyás) kézbesítése során értesül a vele szemben fennálló követelésről. A bírósági eljárásban részt vehet, védekezhet, bizonyítási indítványt terjeszthet elő stb. Az adósnak módjában áll az önkéntes teljesítés is. Ha mégsem teljesít, kiszolgáltatottnak, ártatlannak, emberi méltóságában sértett személynek semmiképpen nem lehet őt tekinteni. Sőt kifejezetten hitelezővédelmi és általános jogállamisági érdeket szolgál az a rendelkezés, hogy a végrehajtó újabb, az önkéntes teljesítésre felhívó felesleges felszólítást már nem küld az adósnak, hanem megjelenik a lakásán és a követelés fejében lefoglalja ingóságait. Az alkotmányos rend védelme a végrehajtási eljárás e fázisában éppen a jogszerű kényszerintézkedések hatékony alkalmazásával érvényesül.

E gondolatmenetnek megfelelően szabályoz a Vht. 5. §-a, mely szerint a bírósági végrehajtás során állami kényszerrel is el kell érni, hogy a pénzfizetésre, illetőleg az egyéb magatartásra kötelezett (az adós) teljesítse a kötelezettségét. Az állami kényszer – a törvény keretei között – elsősorban az adós vagyoni jogait korlátozhatja, de kivételesen az adós személyiségi jogait is érintheti. Az adós személye elleni kényszercselekményt a rendőrség végzi el. A rendőrség

jogosult és köteles mindazokat a kényszerítő intézkedéseket megtenni és kényszerítő eszközöket alkalmazni, amelyek a rendőrségről szóló jogszabályok szerint megtehetőek, illetőleg alkalmazhatóak, és az adott esetben a végrehajtás eredményes befejezéséhez szükségesek.

2. Alkotmányjogi kérdések a bírósági végrehajtásban

A bírósági végrehajtási eljárás szabályozása során alapvetően a hitelező érdekeit, valamint az adós méltányolható érdekeit, illetve alapvető jogainak védelmét kell szem előtt tartani. A gazdasági és társadalmi változások hatására az elmúlt tizenöt évben a hitelezővédelem kapott jelentős figyelmet. Ugyanakkor az adós érdekeinek gondos figyelembe vételét indokolja mindenképpen az a tény, hogy a végrehajtási eljárás nem kontradiktórius eljárás, és nem jellemzik olyan garanciális jellegű intézmények, formák, melyek a pert.³

A végrehajtási eljárásban – ahogy az 1. pontban írtam – elsősorban az adós vagyoni jogainak korlátozására kerül sor. Ezen belül leginkább a tulajdonjog korlátozásáról, illetőleg teljes elvonásáról beszélhetünk. Az érvényesítendő követelések legnagyobb része pénzben kifejezhető, számszerűsített összeg, melynek végrehajtása – ha inkasszóra nincs lehetőség – az összefoglalóan munkabérnek nevezett jövedelemcsoportból történő levonással, ingó-, valamint ingatlan végrehajtással történik leggyakrabban. Az ingók lefoglalása jegyzőkönyvbe való összeírással történik (Vht. 84. §). Az eljárás megindulásakor, ha a végrehajtó az adós tulajdonában álló ingatlan létezését deríti fel, minden esetben végrehajtási jogot jegyeztet be arra, s ezzel az ingatlant lefoglalja, az adós tulajdonosi jogosítványait korlátozza (Vht. 138. §). Az ingatlan értékesítésére csak akkor kerülhet sor, ha a követelés az adós egyéb vagyontárgyaiból nincs teljesen fedezve vagy csak aránytalanul hosszú idő múlva elégíthető ki (Vht. 7. §).

A tulajdonjog bírósági végrehajtási eljárásban történő korlátozásának, elvonásának minden esetét a Vht. szabályozza. A végrehajtási eljárás keretében biztosítottak a jogorvoslati eszközök. Alapvető a végrehajtási kifogás, mely a végrehajtó törvénysértő intézkedése vagy mulasztása esetén vehető igénybe tizenöt napos szubjektív és hat hónapos objektív határidőn belül. A végrehajtási kifogást a foganatosító bíróság bírálja el, így a független és pártatlan bírói kontroll garanciái érvényesülnek.

A polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) XXV. fejezete a végrehajtási perekre vonatkozó, az általánostól eltérő szabályokat tartalmazza. Ezek a peres eljárások is sajátos jogorvoslatot jelentenek az adós, illetve más érdekelt személyek vonatkozásában. A végrehajtási igényper egyben tulajdonvédelmi jellegű is, mivel az, aki a lefoglalt vagyontárgyra tulajdonjoga vagy más olyan joga alapján tart igényt, amely a végrehajtás során történő értékesítésnek akadálya, a vagyontárgynak a foglalás alóli feloldása iránt végrehajtási igénypert indíthat a végrehajtást kérő ellen (Pp. 371. §).

Az elvi struktúra mellett a gyakorlati jogalkalmazás az, amely igazán biztosíthatja az egyensúlyt a hitelező érdekeinek védelme és az adós méltányolható érdekei, alapvető jogai között.

A jogorvoslathoz való jog érvényesüléséhez szükséges rendszert megteremti a Vht., miközben vékony sávon egyensúlyoz a jogbiztonság és a jogorvoslathoz való jog alapelveinek határmezsgyéjén. A jogorvoslati rendszert erősíti, hogy a kapcsolódó egyéb eljárásokban (így például a földhivatali eljárásban, a rendőrségi eljárásban) is biztosított a megfelelő jogorvoslat.

Ez azért is fontos, mert az adós személyiségi jogait érintő korlátozásokat megvalósító kényszercselekményeket a rendőrség foganatosítja. A jogorvoslatok hatékonyságát csökkenti, hogy a végrehajtási kifogás elbírálására nincsen megszabva törvényi határidő. A végrehajtási eljárás felfüggesztéséről pedig – mérlegelési körében – a bíróság határoz, nem köteles felfüggeszteni a végrehajtást sem végrehajtási kifogás benyújtásakor, sem akkor, ha végrehajtási per, illetve az alapüggyel összefüggésben felülvizsgálati vagy perújítási eljárás van folyamatban.⁴

Összességében: a bírósági végrehajtásban érvényesülniük kell az Alkotmányban megfogalmazott alapelveknek, az igazságszolgáltatás alapelveinek, valamint – a Vht. 9. §-ának utaló szabályára is tekintettel – a polgári eljárás alapelveinek is. Végezetül a bírósági végrehajtási eljárásnak vannak sajátos alapvető jogelvei, mint például az arányosság és fokozatosság elve (Vht. 7. §).

2.1. Hatékonyság a bírósági végrehajtásban

A bírósági végrehajtási rendszer hatékony működése meghatározó fontosságú a demokratikus jogállam alapvető fogalmából [Alkotmány 2. § (1) bekezdés] levezetett jogbiztonság követelménye szempontjából. Ugyanis a jogbiztonság érvényesülésének elengedhetetlen feltétele, hogy a bíróság jogerős ítéleteiben, valamint más végrehajtható okiratokban (Vht. 10. §) foglaltak végrehajtása önkéntes teljesítés hiányában is megtörténjen. Ennek érdekében jár el a bírósági végrehajtó (önálló bírósági végrehajtó és megyei bírósági végrehajtó), aki jogosult az állami kényszer fokozatos és arányos alkalmazására az eljárás sikere érdekében. A hatékonyság növelése miatt szükséges folyamatosan vizsgálni azokat a lehetőségeket, amelyek a gyorsabb, eredményesebb végrehajtást biztosíthatják. Ezek körébe tartozik a megfelelő jogi szabályozási környezet kialakítása éppúgy, mint az anyagi jellegű fejlesztések megvalósítása. A bírósági végrehajtás szabályozásának az Európai Unión belüli egységesítésére irányuló törekvés fő rendezőelve is az eljárás hatékonyságának és gyorsaságának növelése.⁵

A bírósági végrehajtásról szóló törvényt, a Vht-t, 1994-ben fogadta el az Országgyűlés. A törvény azóta több módosítást is megélt. Eredetileg az volt a cél, hogy a végrehajtás terén az 1990-es évek elejére kialakult áldatlan állapotokat megszüntessék. Azonban nyilvánvalóvá vált, hogy a hozzá fűzött reményeket a törvény nem tudta beváltani. Az eredményességi statisztika látványosan nem javult.⁶ A 2000. évi CXXXVI. törvény a Vht. jelentősebb módosítását jelentette, több eljárási rendelkezést megváltoztatott, illetve újabbakat illesztett be, mindenek célja elsősorban a hatékonyabb végrehajtás biztosítása volt. Ugyanakkor a módosítást követően is felmerül alkotmányjogi szempontból jelentőséggel bíró kérdés a Vht. zálogjogosult bekapcsolódására vonatkozó szabályaival összefüggésben, melyek ellentétben állnak az arányosság és fokozatosság alapelveivel, s ezáltal az Alkotmány által garantált tulajdonhoz és tisztességes eljáráshoz való joggal.

2.2. Az arányosság és fokozatosság alapelve és a zálogjogosult bekapcsolódása a bírósági végrehajtási eljárásba

A Vht. alapvető rendelkezései előírják a végrehajtási kényszer arányos és fokozatos alkalmazását. Ezek szerint – ha azonnali beszedési megbízás alkalmazásának lehetősége nem állt fenn – ez azt jelenti, hogy a bírósági végrehajtás során a pénzkövetelést elsősorban az adós munkabéréből, egyéb járandóságából, illetőleg a pénzintézetnél kezelt, őt megillető összegből

kell behajtani. Ha azonban előre látható, hogy a munkabérré vagy a pénzügyintézetnél kezelt összegre vezetett végrehajtás viszonylag rövid időn belül nem vezet eredményre, az adós bármely vagyontárgya végrehajtás alá vonható. A lefoglalt ingatlant csak akkor lehet értékesíteni, ha a követelés az adós egyéb vagyontárgyaiból nincs teljesen fedezve vagy csak aránytalanul hosszú idő múlva elégíthető ki (Vht. 7. §). Ugyanakkor figyelembe kell venni a végrehajtást kérő rendelkezési jogát is, amely szerint a törvény keretei között a végrehajtást kérő rendelkezésétől függ, hogy az adós milyen jellegű vagyontárgyából kívánja követelésének végrehajtását, de a bírósági végrehajtási eljárás folyamán a bíróság a végrehajtási kényszer arányos, illetőleg fokozatos alkalmazása céljából a végrehajtást kérő rendelkezésétől az adós érdekében eltérhet (Vht. 8. §).

A Vht. zálogjogosultra vonatkozó szabályainak 2000-es módosítását jelentős mértékben indokolták azok a jogos igények, melyek a zálogjogosult kielégítési elsőségét a végrehajtási eljárásban ténylegesen biztosítani kívánták. Ugyancsak fontos érv volt az, hogy a más (nem a zálogjogosult) által indított végrehajtás esetén is biztosítható legyen ez a kielégítési elsőség, ne vonják el esetlegesen a zálogjogosult kielégítési alapját.

Jelenleg azonban a kényszer arányos és fokozatos alkalmazásának alapelve – véleményem szerint – csorbát szenvedhet a zálogjogosult bekapcsolódása esetében, és így a tulajdonhoz, valamint a tisztességes eljáráshoz való jogot sértheti a jelenlegi szabályozás. Az erre vonatkozó rendelkezéseket a Vht. több szakaszában határozza meg: 114/A. §, 138/A. §-ától – a 138/B. §-ig, a kielégítést jelzálogjog alapján a Vht. 169. §-ától - a 170. §-ig. E fő szabályok, valamint a bírósági végrehajtási eljárás irányát megszabó többi szabály azt eredményezi, hogy a zálogjoggal biztosított követeléstől (jogosultságtól) eltérő jogalpból származó akár egészen csekély összegű tartozás végrehajtása is eredményezheti az adós tulajdonában álló ingatlan árverési értékesítését.

Így amennyiben az adós tulajdonában álló ingatlanra (annak tulajdoni lapjára) az ingatlan-nyilvántartásban jelzálogot jegyezték be (például bankkal kötött kölcsönszerződés miatt), s valamilyen kisebb összeg (pl. 1-2 havi közüzemi számla, kisösszegű más tartozás) miatt az adós ellen bírósági végrehajtási eljárás indult, a Vht. idézett szakaszai alapján a zálogjogosult is bekapcsolódhat az eljárásba. A hatályos szabályozás szerint a zálogjogosult kérelmére a végrehajtást fogantató bíróság a soron kívül meghozott végzésével megállapítja a zálogjogosult kielégítési jogának megnyíltát, és engedélyezi, hogy a végrehajtási eljárásba bekapcsolódjék, ha a zálogjoggal biztosított követelés jogalapja ésösszege – önálló zálogjog esetén a jogalap és azösszege – nem vitatott [Vht. 114/A. § (1) bek.]. Amennyiben a bíróság engedélyezte a zálogjogosult bekapcsolódását, akkor a Vht. 114/A. §-ának (10) bekezdése alapján a bekapcsolódó zálogjogosultra a végrehajtási eljárás illetékének és egyéb költségeinek előlegezése és viselése, valamint a jogosultat a végrehajtási eljárás során megillető jogok és kötelezettségek tekintetében a végrehajtást kérőre irányadó szabályokat kell alkalmazni.

A zálogjogosult ilyen esetben végrehajtást kérőként szerepel a továbbiakban a végrehajtási eljárásban, így a zálogjoggal biztosított követelés is esedékessé válik, az „új” végrehajtást kérő (zálogjogosult) jogszerűen követelheti a felé fennálló, eredetileg zálogjoggal biztosított követelést.

A tartozás összege ekkor rögtön óriásira nőhet, különösen, ha valamilyen nagyobb összegű lakáshitel miatt került jelzálog az adós ingatlanának tulajdoni lapjára. A behajtandó összeg nagysága miatt, az arányosság és fokozatosság elvét is figyelembe véve, jogszerű lesz az

ingatlan árverési értékesítése. Így válhat a kisebb összegű tartozás, mely egyébként esetleg az adós munkabéréből való letiltással is kiegyenlíthető lenne rövid időn belül, az ingatlan elvesztésének okává a zálogjogosult bekapcsolódása miatt.

Ilyen esetben a kisebb összegű tartozás miatt bírósági végrehajtást kezdeményező végrehajtást kérő is kerülhet rosszabb helyzetbe, hiszen elvileg előfordulhat az, hogy a zálogjogosult kielégítése után az ő követelésének behajtására nem marad esély, mivel a Vht. 170. §-a alapján a zálogjogosult „végrehajtást kérőt” kielégítési elsőbbség illeti meg a behajtott összegből, ugyanis a Vht. 170. §-a így rendelkezik: *„Ha az ingatlan, továbbá a vízi, illetőleg a légi jármű értékesítéséből befolyt összegből jelzálogjoggal biztosított követelést is ki kell elégíteni, az ilyen követelést a 165. § d)-f) pontjában meghatározott követeléseket megelőzően kell kielégíteni. Jelzálogjoggal biztosított több követelés esetén e követeléseket a jelzálogjogok bejegyzésének sorrendjében kell kielégíteni.”* Tehát a zálogjogosultat (vagy zálogjogosultakat) megelőzően csak a végrehajtási költséget, a gyermektartásdíjat, illetve egyéb tartásdíjat, valamint a munkavállalói munkabért és a vele egy tekintet alá eső járandóságot lehet kifizetni (Vht 165. §, Vht. 167. §).

Megfelelő megoldást jelenthetne, ha az ingatlanra vonatkozóan bejegyzett zálogjog jogosultja bekapcsolódási igényét csak abban az esetben terjeszthetné elő, ha az adós ellen – az eredeti más jogalpból származó kisebb összegű tartozás miatt indult végrehajtási eljárás keretében – munkabérre vezetett végrehajtás (esetleges inkasszó) sikertelen volt, illetőleg az ingófogalás sem vezetett eredményre. Csak ezeknek a végrehajtási cselekményeknek a sikertelensége esetén következhetnének azok az eljárási cselekmények, melyeket a Vht. említett szabályai határoznak meg a zálogjogosult bekapcsolódásával összefüggésben.

A zálogjogosult elsőségi igénye igazi csorbát így sem szenvedne, hiszen a zálogjoggal terhelt ingatlan elvonása nem történik meg. Amennyiben a végrehajtás „tovább folyik”, a zálogjogosult bekapcsolódása megtörténik, az ingatlan árverési értékesítése, a befolyt vételár felosztása, kifizetése során a zálogjogosult kielégítési elsősége teljes mértékben biztosított.

Ilyen formán megvalósulhatna az alkotmányosság követelményének érvényesülése, de a zálogjogosult érdekei is figyelembe lennének véve, a zálogjog (jelzálogjog) jogintézményének megfelelő, egyúttal alkotmányos szabályozás kialakításával.

3. Összegzés

A bírósági végrehajtás történetét végigkíséri a hatékonyság kérdésköre, mivel minden történelmi korszakban központi jelentősége van annak, hogy az igazságszolgáltatás miképpen működik. Ezen belül is fajsúlyos probléma a bírói ítélet végrehajtása, mivel önkéntes teljesítés hiányában valamilyen módon biztosítani kell a bírói döntés teljesülését. Ez az igény általában az állami kényszer valamely formában történő megjelenését is szükségessé teszi az önhatalom visszaszorulásával, az állami lét magasabb szintjének elérésével. Ezzel párhuzamosan megfigyelhető, hogy a hangsúly az adós személyére irányuló szankciókról áttevődik az adós vagyont célzó szankciókra.⁷ Ezzel a végrehajtás is nehezebbé válik, mivel a vagyon elrejtése, eltitkolása is értelemszerűen megjelenik. Ezt a tevékenységet bizonyos esetekben művészetté fejlesztik napjainkban. A jogalkotásnak követnie kell ezeket a változásokat, azonban ezt megnehezíti, hogy tulajdonképpen több jogágba tartozó szabályok módosításával, az egész szabályozási környezet megfelelő kialakításával lehet csak eredményeket elérni.

A zálogjogosult végrehajtási eljárásba történő bekapcsolódására vonatkozó szabályokkal vélte többek között elérhetőnek a jogalkotó, hogy a jogbiztonság érvényesülésének biztosítása érdekében a bírósági végrehajtás eredményessége, hatékonysága növekedjék, a zálogjogosult kielégítése elsőbbsége biztosítva legyen. Azonban – véleményem szerint – a szabályozási logika kissé megbicsaklik, és nem biztosítja a végrehajtási eljárásban követendő alapelv, a fokozatosság és arányosság alapelvének érvényesülését a zálogjogosult bekapcsolódása esetében. Ezzel megsért két alkotmányos alapjogot, illetve alapelvet: a tulajdonhoz való jogot, valamint a jogbiztonság elvéből levezetett tisztességes eljáráshoz való jogot.

Az így megfogalmazott, részletesen a 2.2. részben kifejtett aggályok kiküszöbölésére kívánatosnak látszik a szintén a 2.2. részben javasolt jogszabály-módosítás. Ekkor biztosítható ugyanis a jogbiztonság, a tisztességes eljáráshoz való jog, valamint a Vht-ban is megfogalmazást nyert elv: a végrehajtási kényszer arányos és fokozatos alkalmazása. A fokozatosság és arányosság elve egy „magasabb rendű” célt, az igazságosságot is megvalósíthatja ebben az esetben. A jelenlegi társadalmi és gazdasági körülmények megkívánják, a hitelezővédelem fontossága mellett is, az adósra nézve „kíméletesebb” és nem mellesleg az alkotmányos szabályozást ebben az esetben. A zálogjogosult elsőségi igénye nem sérülne, hiszen a zálogjoggal terhelt vagyontárgy elvonása nem történik meg. Amennyiben a végrehajtás folytatódik, a zálogjogosult szabályszerű értesítése, illetve bekapcsolódása megtörténik, kielégítési elsősége biztosított.

¹ A bírósági végrehajtás fogalmára, céljára részletesen lásd például Balogh Olga-B. Korek Ilona-Császtai Ferenc-Juhász Edit: A megújult bírósági végrehajtás. Budapest, Hvg-orac, 2004, 19-21. o. és Németh János-Vida István: A bírósági végrehajtás magyarázata. Budapest, KJK-KERSZÖV, 2004, 163-167. o.

² Harmathy Attila: A bíró szerepéről. In Magister Artis Boni et Aequi. Studia in honorem Németh János. Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2003, 370. o.

³ Kapa Mátyás: A hitelezők érdekeit védő új intézmények a bírósági végrehajtásban. In Jogérvényesítés. Budapest, 2002, 69. o.

⁴ Vht. 48 - 51. §§, Vht. 222. §, Pp. 267. § és 273. §, valamint 370. §, 374. § és 386. §

⁵ Kormos Erzsébet: A bírósági végrehajtás szabályozásának egységesítése az Európai Unión belül. Európai Jog, 2003/2. szám, 17-21. o.

⁶ Kormos Erzsébet: A bírósági végrehajtás rövid története 1945-től napjainkig a bírósági végrehajtók szemszögéből. Publ. Univ. Miskolc. Sect. jur. et pol., Tomus 19, 2001, 177. o.

⁷ Lásd például Vida István: A bírósági végrehajtás szabályozása a magyar jogban az első végrehajtási kódex megalkotásáig. In Magister Artis Boni et Aequi. Studia in honorem Németh János. Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2003, 933-941. o.

ÁDÁM MÉSZÁROS

**THEORETICAL AND PRACTICAL QUESTIONS OF THE
STUDY OF CRIMINAL ACTORSHIP AND COMPLICITY**

– SUMMARY OF RESEARCH TASK –

Monographic surveys of questions related to delinquents of crimes were provided in the end of the nineteenth century by Gyula Wlassics [Wlassich (1885) and (1893)] and in the middle of the twentieth by István Losonczy [Losonczy (1961) and (1966)]. In the recent past, several essays and studies dealt with delinquents (as with other questions of criminal law). These mostly concerned the problematics of indirect involvement in crimes, the possibility of its legal sanctioning, and the particulars of such sanctioning [Lőrinczy (1981), Sántha (2000), Szomora (2002)]. Not since 1966, however, has a full-scale summary work on delinquency and complicity been published.

Students of criminal law were keenly interested in questions of crime delinquents in nearly all historical periods. As long as the crime is committed by the activity of one person, no special problems appear; but as soon as more persons are involved in the commitment of a crime, several dilemmas present themselves. Such a dilemma is the determining of the relative weight of the roles of each person in the commitment of the crime; that is, which of them can be taken as the principal, and which of them as the accessory. For centuries, this considerably important field of criminal law was shaped by a number of theoretical debates and arguments; it is, however, still doubtless that the theories concerning delinquents are one of the most thorny fields of criminal law [Chauveau – Hélie (1887)].

Both abroad and in Hungary, the legal regulations on delinquency and complicity have been shaped by compromises between several theoretical stances since the setting up of the nineteenth-century criminal codes. Despite these efforts, further problems waiting to be solved emerged. At the beginning of the twenty-first century, the reviewing of the legal regulations on delinquents is necessitated by the two basic principles of criminal law, legality and justice. This study attempts to fill the gaps which appear in the systematic summary of regulations on delinquents currently in effect, and casts light on the problems which arise from the regulations on delinquents currently in effect, thereby highlighting tasks still to be undertaken.

The study, after an overview of the basic principles of legal theory and crime studies which serve as a theoretical framework (Part I), we will survey the roles, effectual de lege lata, of the delinquency formations recognized and regulated by law (Part II). This (general) part intends to offer solutions to numerous practical problems, in addition to being a theoretically systematized framework. The emphasis will be on the characteristics of complicity and its problems, since much more problems arise concerning this sphere of delinquency. The specialized part (Part III) of the study aims at uncovering the problematic areas of both the theory of criminal law (academic considerations) and legal practice, and at finding theoretically based guiding directions for further work on delinquents. One part of the highlighted problems is mostly theoretical, but can easily have practical relevance in some circumstances. Such are, for example, the problematics of the incidentality of complicity (and connected to this, of indirect complicity), the evaluation of *actio libera in causa* or the actions of a so-called agent provocateur, or the consideration of personal circumstances. Another part of the questions examined here was pointed out by practical difficulties: such are the possibility of complicity in crimes strictly of mixed culpability, or the practical issues connected to indirect involvement. The results of the specialized part, therefore, might prove useful also in legal practice.

After the theoretical framework, the survey of regulations in effect, and the outlining of problematic areas, the study closes with the description of a conception for regulation (Part IV), which could be used to some profit even in the presently ongoing codification process of the Criminal Code.

1. THE METHODS APPLIED

The study attempts to make use of a type of system theory, claiming that the validity of any assertion can only be unambiguously predicated within a given system. The questioning of any such assertions, therefore, will involve the laying bare of possible contradictions in the system grounding it. The framework of this study is determined by a system of legal theory (from the philosophy of law) on the one hand, and a system of criminal studies (the concept of the crime) on the other.

The primary nature of the sources used needs to be emphasized; relatively few cases made the recourse to secondary interpretation necessary. It is important to underline this,

because due to the fact that the last 40 years saw no full-scale monographic work on the subject, the sources of the study are mostly textbooks and studies on criminal law from the end of the nineteenth century or the beginning of the twentieth century. The most significant works of nineteenth-century French [Chauveau Adolphe – Faustin Hélie: *Théorie du Code pénal* (1887)] and Italian [Francesco Carrara: *The Programme of Criminal Law* (1878)] scholars have also been taken into account. The consideration of such older sources does not, however, affect the study's own point of view: there are numerous overlaps between criminal codes of the nineteenth and twenty-first centuries in respect of the roles legal study and practice attributes to delinquents. Instigation, for example, has always been defined as making another person commit a crime, and the definition of instigation has also been practically the same. The concept of indirect actorship was as familiar in the last century as it is today. This, naturally, does not mean that the processes of legal politics or the social changes of the recent decades are ignored.

After this short description of the methodology employed in this study, it is necessary to mention briefly two applied methods. The results of the study have emerged, first, by the application of the method of *concept analysis*, and second, by deduction from contrasting opposing views.

2. THE RESULTS OF THE RESEARCH AND THEIR POSSIBLE USES

2.1. THE FRAMEWORK OF LEGAL THEORY

A certain mediating attitude determines the basis of this study concerning the framework of legal theory, connected to the definition of the origins and validity of (criminal) law and following the survey of systems of natural and positive law. Consonant with the concept of the rule of law, the existence of a system of laws, clear, available to everyone, and codified by the state, can be made a requirement (cf. the principles of legal security and *nullum crimen sine lege scripta*). One cannot, at the same time, ignore the material implications of the rule of law: therefore, certain *values* which, if not individually, at least taken together, can influence the validity of the law, must be operational in the concept of criminal law. Such values are freedom (freedom of will and action), morality and justice. These categories may sometimes (to the

advantage of the delinquent) supersede formal legal regulations: a case in point is the causes excluding illegality and guiltiness over the law (see e.g. the contradiction of obligations excluding illegality, or the lack of expectations excluding guiltiness). Among the values connected to the validity of law and which are to the disadvantage of delinquents, objective injustice has to be stressed; this, in this exceptional and narrow case, might be used to question the validity of positive law (cf. G. Radbruch's formula, 1946). This study will maintain the stance that in cases when the principle of justice would require the handling of an action in the context of criminal law, but formal legal regulations are unavailable, it is not a valid practice to 'create' judicial or custom law to the disadvantage of the delinquent. Consequently, the practical application of the construction of indirect actorship can be a constitutionally questionable practice.

2.2. FRAMEWORKS OF CRIME STUDIES

The basis of the system theory referred to above is in this study provided by the definition of the concept of crime. The concept of crime used here emerged after the survey of the conceptual models in the two opposing continental legal systems. In this definition, its universality was one of the points which were aimed at: I intended to form a definition which is not opposed to the *de lege lata* legal concept of crime, but contains the most important conceptual elements even in the case of the formalization of the legal concept. I paid particular attention to the clear separation of objective and subjective elements in the concept, and to include all necessary elements. However, each element appears only once in the definition.

In the study, I consequently differentiate between the concepts of crime and indictable offence. A *crime*, in the context in this study, is an indictable offence whose delinquent is guilty; a crime therefore includes an indictable offence, but is more than that. The elements of *indictable offence* are the objective (reduced) elements (disposition) and its going against (criminal) law. The notions of intention and negligence are accordingly referred to the sphere of the question of the delinquent's guilt. The *guiltiness of the delinquents* is a complex concept in the system, and contains the subjective requirements for material legal responsibility necessitated by the indictable offence committed by the delinquent.

2.3. THE DEFINITION OF THE CONCEPT OF DELINQUENT

The study treats the definition of the concept of delinquents in a separate part. In the course of this, the basic question is the outlining of the general concepts of principal and accomplice: for the following discussion, we need such general definitions of the concepts of principal and accomplice that can be used in the current Hungarian practice of criminal law. The criteria to be kept in mind are to include in these concepts the common characteristics of all species of the given delinquency formation, and to take care that all elements of the concept should be fully valid for all legally recognized formations. All this considered, according to the *general concept of criminal actorship* principals are persons whose actions fulfill the conceptual criteria of a crime (these actions realize objective elements the legal regulations classify as elements of criminal actions), and in their person show the objective qualifications for being committers. In the sense of the *general concept of complicity*, an accomplice is a person taking part intentionally and indirectly in an intentionally committed criminal action in such a way that their actual action does not realize the objective elements of a crime. In other words, complicity is the contribution of a person in an intentionally committed crime, which contribution is indirect, intentional, and is outside the legally defined objective elements of the crime.

These definitions highlight that in Hungarian criminal law there is a class of delinquents which does not in fact come under either the concept of actorship or that of complicity. Such persons are the performers of preparations to a crime, who can neither be considered a committer (contributes outside the legally defined objective elements) nor an accomplice (due to the lack of the elements of complicity). The general concepts of actorship and complicity also do not include persons who, although their actions fulfill criteria of objective or indirect elements, do not actually satisfy the conceptual requirements of the crime (underage or insane mental state), or the so-called agent provocateur, who, due to certain dogmatical problems, can also not be considered as either a perpetrator or an accomplice. These persons can be taken as delinquents, but cannot come under the concepts of either actorship or complicity: that is to say, the term 'delinquency' refers to a wider category, and also includes the persons realizing indictable offences.

2.4. THE PRINCIPLE OF IN DUBIO MITIUS

Several fields in criminal law still await solutions not supplied by the directions offered in positively codified legal regulations. Legal practitioners, however, have to find ways to deal with and evaluate relations not fully clarified, and in special cases have to decide between legal assertions apparently contradicting each other. The principle of *in dubio mitius* works to resolve such situations. This principle is connected to the category of justice. Connected to the association of justice and legal security, we earlier stated that the so-called causes excluding responsibility over the law can be appealed to for the advantage of delinquents. But the responsibility of delinquents cannot be grounded by the necessity required by justice, if exact legal regulations do not apply. Justice can enter the considerations if a given action comes under the scope of a positively codified legal regulation, but this regulation is ambiguous, or if the evaluation of an action can come under more than one regulations the application of which yields different results. The principle of *in dubio mitius* works in these cases to ensure, on the basis of justice, the interpretation or decision which serves the advantage of the delinquent. The principle thus functions when the principle of *nullum crimen sine lege certa* is violated, and essentially codifies the requirement of the more advantageous interpretation or the prohibition of the less advantageous interpretation for the delinquent in the case of legal uncertainties.

2.5. THE QUESTION OF PERSONAL CIRCUMSTANCES

The problematics of personal circumstances is one of the most vexed in criminal law. In this field, we inquire whether and to what extent a characteristic or circumstance belonging to one of the persons (victim, principal, or accomplice) involved in a crime influences the criminal responsibility of extraneous delinquents. A personal circumstance is a characteristic feature inherent in and inseparable from the person, or the relationships the person holds towards other persons or object.

Before Act IV of 1978 On the Criminal Code, all criminal acts contained provisions for the issues connected with the responsibility for personal circumstances. Despite this, no real consensus has been created about the effects of such circumstances, signaled by the fact that *Pál Angyal*, perhaps the best-known scholar of criminal law at the beginning of the twentieth century, specially devoted a discussion to the divisibility of individual personal circumstances

[Angyal (1902)]. The currently effective Criminal Code did not adapt the regulation on the responsibility for personal circumstances, and among current scholars in criminal law, only *József Földvári* remarks that all aggravating or mitigating circumstances evaluated by law can only qualify the actions of those delinquents to whom the circumstances actually belong [Földvári (2002)]. For all these reasons, a more in-depth study of personal circumstances is necessary, in which certain basic principles of criminal law can be appealed to (such as the principle of responsibility founded on individual guilt, the principle of individual responsibility for actions, and the principle of *in dubio mitius*, referred to above); but a valid examination has to take into account which of the persons involved in the crime (victim, principal, or accomplice) the circumstance belongs to; what is the level of objectivity on which the circumstance is (an element of the basic case, or an aggravating/mitigating circumstance); and what is the legal nature of the circumstance (a reason for excluding illegality or guilt, or secondary indictment obstacle).

Concerning personal circumstances connected to *victims*, we can say that if such a circumstance is part of the basic objective elements of the crime (as in section I, paragraph 201 § (1) of defloration), the crime is not realized in the absence of the circumstance: the personal circumstance of the victim influences the responsibility of both the principal and the accomplice. If the victim's personal circumstance forms a qualifying circumstance, the intention of the delinquents of the crime needs to include the awareness of this aggravating circumstance, in order to become responsible.

Concerning personal circumstances connected to *delinquents*, what we have to set down is that these affect the legal responsibility of persons to whom they belong. The only exceptions are special cases of the so-called *delictum proprium*, where the criminal action itself is not realized without the personal circumstance. In these cases, the very existence of the personal circumstances of the delinquent grounds the responsibility of the accomplice (e.g. in the case of incest).

Concerning *complicity in delictum proprium*, based on the fact that this delinquency formation also falls under the scope of the general concept of actorship, I have concluded that the accomplice in a *delictum proprium* can only be a person who has the personal qualifications to be a committer. Consequently, a personal circumstance of one delinquent does not ground the responsibility of another in a *delictum proprium*. One remaining problem is the case of a delinquent who performs the action of the *delictum proprium*, together with an accomplice who has the necessary personal qualifications, but himself does not show the necessary features of actorship. Whether such a person is the accomplice of the *delictum proprium*, or the individual

committer of the corresponding crime, is a highly problematic point; based on the concept of assistance, the survey of legal objectives, and the principle of *in dubio mitius*, referred to above, I would argue for the latter. Consequently, an accomplice who contributes to the *delictum proprium* only outside of its objective elements can, in my interpretation (based on the examination of legal objectives, the indirectness of complicity, the requirement of justice, and a certain logical necessity), only be legally responsible for the ordinary crime (*delictum commune*).

In treating the influence of the personal circumstances relating to the *accomplice*, my basic starting point was the rule of the incidentality of complicity. The responsibility of the accomplice presupposes the action of the committer to have taken place, an action that at the same time constitutes an intentional crime. The responsibility of the accomplice, therefore, is connected to the principal's action, and not the principal's person. Consequently, the personal circumstances related to the committer do not influence the accomplice's responsibility (except in cases when these circumstances define the committer's action as indictable, that is, in the special cases of the *delictum proprium*). My final conclusion in the matter is that the personal circumstances of the accomplice do not influence the responsibility of the principal, but they can modify the responsibility of the accomplice.

The summary conclusion of this part of the study is that personal circumstances belonging to one of the delinquents, determining how the given action is qualified in the categories of criminal law or the culpability of the delinquent, can be taken into account only in the case of the person to whom it belongs. The exceptions are another special class of *delictum proprium*, where accomplices are responsible for the committers' actions even in the lack of personal circumstances.

2.6. THE INCIDENTALITY OF COMPLICITY

In current Hungarian criminal law, it is a generally accepted thesis that complicity is an incidental form of responsibility. By 'incidental' we mean that these delinquency formations (where the delinquent is not alone; here the person who carries out preparations to the crime is not considered) do not produce independent criminal responsibility, but require a criminal

action to do so. In this sense, incidental delinquency formations are instigation, assistance, and co-actorship. The difference between the incidentality of complicity and co-actorship lies in the detail that while the *complicity* responsibility of the instigator or the accessory depends on the committer's action, the *principal* responsibility of a co-principal (being basically a principal) is independent of the action of the other principal(s)—in this case, the co-principal is judged as a(n independent) committer even in the lack of criminal action on the other person's part (if the other committer is underage or in an insane mental state). Thus, while co-principals are punishable independently of each other, accomplices receive the culpability of their actions from the evaluation of the committer's action.

In the Hungarian (and German) legal system, it is customary to use the system worked out by *Max Ernst Mayer* to typify the incidentality of complicity. In this system, the incidentality of complicity can fall into four categories. The principle of the so-called *minimal* incidentality only requires that the committer's action be a legal fact of a crime; *limited* incidentality adds that the action should be illegal, while for *full* incidentality, the person's guiltiness is also required. According to the principle of *hyper-incidentality*, the accomplice is also affected by the evaluation of the committer's action. This certainly seems to be a simple typology. But taking into account that (1) legal facts and guiltiness are concepts which can have different meanings in different systems, that (2) not even one school of criminal law can be said to be relying on only one rule of incidentality, and finally that (3) there are systems of incidentality which cannot be integrated with Meyer's categories, I do not consider this model of typology; instead, I think it is more important to define the upper and lower limits of the incidentality of complicity.

The *lower limit* of the incidentality of complicity means those features which indubitably have to be realized for complicity to happen. The first of these is the definition of the *applicable (criminal) action*. In connection with this, the important point is that delinquency formations can *directly* belong to a committer's action; in certain cases, also to an accomplice's action, but in these cases they have to be *indirectly* connected to the principal's action. In the case of indirect complicity, it is the committer's action which makes the chain of indirect accomplices punishable. This is related to the supposition, mentioned above, that complicity is connected to an applicable (*criminal*) action, and not a *person*. Related to the action, two further requirements can be examined: the action has to be an *intentional crime*, and the committer has to take this action at least to the *attempted stage*. No delinquency formation can be connected to preparatory actions; such actions have to be judged as preparations. Consequently, the responsibility of complicity is an *incidental* form of responsibility concerning its punishability.

The *higher limit* of incidentality refers to the demarcation lines above which requirements of consequences fall outside the sphere of the accomplice's responsibility. Related to this, it has to be said that the responsibility of the accomplice is not influenced by the committer's *modification* (when the committer commits the action not in the way intended by the accomplice—in the final analysis, a different crime is committed, but one that is not more serious than the one intended by the accomplice) or the committer's *excess action* (*excessus* or *excessus mandati*). In the course of the examination of personal circumstances, we have concluded that the accomplice is not responsible for the personal circumstances of the committer, except for some special cases of *delictum proprium* (where a criminal action is realized without the personal circumstances). Above and over this, the *actual punishability of the committer* is not a prerequisite of the realization of complicity. Consequently, the fact that the punishability of the accomplice's action is derived from the principal's action does not mean that the evaluation of the accomplice's action is necessarily determined by the principal's action. The responsibility of the accomplice can freely be influenced, independently of the committer's, by the scope of intentions, or the personal circumstances belonging to the accomplice. While complicity is objectively (that is, concerning its punishability) incidental, it is an *independent form of responsibility* if considered *subjectively*, concerning the extent and level of responsibility. But the subjective features mentioned above remain outside the rules or pre-requirements of incidentality.

2.7. DELINQUENCY FORMATIONS AND CRIMES OF NEGLIGENCE

Co-actorship, instigation, and assistance are basically doubly intentional delinquency formations. Despite this, their relation to crimes of negligence can profitably be examined. Both practical and theoretical cases requiring clarification call our attention to this. From among the three spheres of cases that become relevant here (crimes of mixed culpability, cases of the so-called *action libera in causa*, and the criminal responsibility of the so-called *agent provocateur*), I will briefly discuss here the case of crimes of mixed culpability.

A crime is of *mixed culpability* if some objective elements of the criminal action come under the intention of the committer, while some others under the scope of negligence. In this group, there are crimes which can *potentially* be committed with mixed culpability, and others which, according to definitions of crime studies, can *only* be committed thus (crimes of *strictly mixed culpability*).

It can be taken as a general axiom that if mixed culpability arises concerning the *basic bearings of the case*, the crime is to be considered a crime of negligence. In these cases, co-actorship and complicity are excluded. In cases when mixed culpability is realized in the basic case, that is, if the action of the delinquent is determined by intention while the result by negligence, the contribution of another person is ontologically conceivable. Legally, however, a person who participates in the intentional part of such a crime of mixed culpability, and whose negligence can even be established in the result, *de lege lata* cannot be made responsible. If a passenger of a car makes the driver disregard the (red) traffic light and drive through a junction, thereby causing an accident, it would seem justified (based on the general causal relationships of contributions to crimes, and the intentional instigation to criminal action) to hold responsible the person (the passenger) who had an essential part in the causing of the result.

If mixed culpability arises concerning the *aggravating circumstances* (if the bearings of the case come under the delinquent's intention, while the qualifying result under negligence), I (contrary to the general practice of the Supreme Court) do not think that either co-actorship or complicity can be established. The responsibility of these delinquents cannot be grounded by the facts that both committers and accomplices are likewise *delinquents*, and that §15 of the Criminal Code makes the more serious legal consequence for the *delinquent* dependent on negligence. Both delinquency formations referred to can only be realized *de lege lata* intentionally, and in an intentional crime. Crimes of mixed culpability including qualifying results cannot by definition be taken as intentional crimes. The appropriateness of the requirement that persons contributing to more serious results, in some cases the 'starters' of crimes, consciously able to comprehend the possibility that such more serious results can happen, should be included in the responsibility of such actions, is unquestioned, and a sense of justice is certainly also attached; but the grounding legal codification cannot be substituted for by the justified nature of the requirement. What this means is that *de lege ferenda* legal regulations should ensure the possibility to hold such co-principals and accomplices legally responsible.

2.8. INDIRECT ACTORSHIP AND ITS QUESTIONS

As in other legal systems, indirect actorship is a known and applied delinquency category of Hungarian criminal law. This delinquency formation is, however, not unproblematic concerning its concept, characteristics, and legal foundation. Its *legal foundation* is questionable, because the definition of actorship in the Criminal Code actually does not apply for the indirect committer: actorship is based on the realization of the objective elements of the crime as set down in the law, while the indirect committer basically contributes to the indictable offence (in exceptional cases, criminal action) of the other person by behavior falling outside the scope of these objective elements. *Theoretically*, such delinquents are also hard to see as principals, since indirect committers are not necessarily required to have the personal qualifications which define actorship. Consequently, indirect committers cannot in fact be considered as principals; it might be more appropriate to see them as *indirect delinquents* (this does not apply to cases of instigation and in the group of direct accessories, since these are named categories). But the *definition of the concept* of the indirect delinquent (indirect committer) is not without its difficulties either: generally, we understand by this term the person who uses other person(s) as instruments for the commitment of a crime. Some sources take as an element of the definition that the person used cannot (or at least in relation to the given crime) be held legally responsible. But to concede this would result in a legal loophole, e.g. if the mistake of the person used derives from negligence, since actions of negligence are punishable by law. In this study, I have defined the requirements and characteristics for indirect committers and persons used.

Such *objective requirements and characteristics for indirect committers* are that their actions cannot be objectively qualifiable (do not belong to the bearings of the case), and that even though their basic action is to make others do indictable offences, their accessory-like behavior cannot be excluded. Indirect actorship with omission cannot be excluded either; this special delinquency formation is, however, realized only when the delinquent (who is under special legal obligation to prevent the given result or action) has personal interest in the committing of the indictable offence (this results from the requirement of use of others as instruments). As a *subjective requirement* we can mention that the committing of the indictable offence of the person(s) used should be governed and defined by the intentions of the 'indirect committer'. Finally, we should stress that since indirect delinquents cannot be considered as committers, it cannot be required that they have the personal qualifications included in the

concept of actorship. What is required, on the other hand, is that either him/her, or the person(s) used should fulfill these requirements.

A basic *objective requirement* for *persons used* is that they should realize actions which fulfill the legally defined criteria for an indictable offence, or perform objective elements of actions belonging to the sphere of preparation. The characteristic feature of this delinquency formation is that the evaluation (by the study of the stages of criminal actions) of the action conforms to the evaluation of the actions of the person(s) used. It is a minimal *subjective requirement* that the person(s) used have their volitional abilities; that is, that there should be a certain minimal subjectively grounded connection between the person and the behavior or action. Finally, if the person(s) used realize crimes of negligence, there should be an intentional part of this action (crimes of mixed culpability), since in crimes of negligence in the strict sense it is ontologically impossible that there be contributing persons.

2.9. THE POSSIBLE APPLICATIONS OF THE RESULTS OF THE STUDY

There are three intended purposes of this study; if these are achieved, the possible profitable application of the result can also be threefold.

As I remarked in the summary of the research task, it is now half a century since a full monographic work was published on the questions of actorship and complicity. Both legal and social changes have taken place since then, and a few current questions have also been raised. In this study, I was therefore aiming at a systematic theoretical treatment of the problematics connected to delinquents. As a result, the study can have its uses in *legal education*.

Several questions touched on in this study were raised by practical problems. In these problematic fields, I attempted to give theoretically founded guidelines, which can be used in legal practice. Accordingly, the study has its profits in *practical legal work*.

The study closes with the sketching up of a *de lege ferenda* suggestion about the regulations concerning delinquents, based on the theoretical frameworks described and the survey of the problematic fields. In the course of the codification work on the Criminal Code (in progress since the spring of 2001), it has become apparent that the legal regulations on delinquents need modifications. The only wide-scope suggestion of modifications concerning delinquents to date was written by Imre A. Wiener, but the closing part of this study, which

contains a suggestion in many elements similar but in others different from this, could easily be used in the course of *legal codification work*.

NAGY TAMÁS

A SAMSA-AFFÉR AVAGY EGY LELEPLEZÉS TÖRTÉNETE

„A nagy erőkről meg persze kussolok.”

Esterházy Péter¹

(BEVEZETÉS)

Metró, peron, buszmegálló. Novhét, Felszab. Jégbüfé. K i a z a C s o k o n a i L i l i ? – (I nő, persze, de mégis: ki-cso-da!? – tették fel a kérdést mindenütt 1986 –’87 telén és kora tavaszán. Értetlenség. Suttogva terjedő pletykák egy titokzatos szerző kilétéről. Homály, kétség, találgatás – akadt, akit bosszantott –, misztifikáció, ál-leleplezések és hárítások, s legfőképp *gyanakvás, mely sehol nem lelt nyugvást, se beigazolással, se cáfolással.* (Mégha az ilyesmi akkoriban amúgy sem volt szokatlan, titok van, valami készül, lenni összeesküvés. Jó, jó, de banán lesz, fater? Arról beszéljél.) Milyen tél volt, alig emlékszem. Nagy havak, leginkább. Épp mint Chicagóban, ahol – *egy másik tél dolgai* – ezidőtájt formálódott egy szintén rejtélyes kézirat. A *Jog és irodalom* címet viselte, s végül két évvel később jelent meg monográfiaként az amerikai jogtudomány könyvpiacán, Richard Posner név alatt. Látszólag semmi különös nem történt, könyvhét vagy ilyesmi, megint egy nap, megint egy dollár, csak egy újabb publikáció. Látszólag semmi nem indokolta a találgatásoknak azt a hosszú sorát, amely a könyv borítóján szereplő név hitelességét illetően indult meg szinte azon nyomban, ahogy az értő közönség kezébe vehette a művet. A jogtudományban egyébként sem szokásos, hogy a szerző kilétének kérdése kerüljön, akárcsak átmenetileg is, a figyelem középpontjába. Kéziratoknak születniük kell, a tudós kutató szakmai elismerést kap pályatársaitól a teljesítményéért, kell legyen neve – a borítón szintén –, s mindenki gondosan fel is tünteti: a sajátját. A szerző amúgy is ismert volt mindenki előtt, már évtizedek óta.

Ám talán éppen ez, a szerző korábbi pályafutásának és műveinek általános ismertsége vált a kételyek első számú forrásává. A kérdés rendkívül egyszerűen hangzik: mi indokolta a hirtelen váltást, miért kezd bárki, aki a jog közgazdasági szemléletének elkötelezett híve volt több évtizeden keresztül, irodalmi művekkel és irodalomtudománnyal foglalkozni, és miért fektet több évnyi energiát ilyen irányú kutatómunkába.

Többféle egyszerű okoskodás lehetséges. Ezek közül a legelterjedtebb változatok a szakirodalomban fellelhetők, most csak a ritkábban felbukkanó álláspontokra térünk ki röviden.

Az egyik verzió szerint, amelyet az amerikai jogélet – nevezzük így – sans-culott-jai és jakobinusai terjesztettek (nem szükséges őket megneveznünk, mindenki tudja, kikről van szó), Posner arra a kihívásra kívánt válaszolni, amelyet az 1970-es és ’80-as évek fordulóján egyre népszerűbbnek mutatkozó „jog és irodalom” kutatások jelentettek a jog gazdasági elmélete számára. Talán meglepő, de ebben az esetben nem a teoretikus kihívásról van szó – hisz a megszámlálhatatlanul sok vélekedés, iskola és irányzat egyidejű jelenléte a jogtudományban már akkor sem számított új jelenségnek –, hanem az intézményiről. Nevezetesen – a helyzet

¹ ESTERHÁZY PÉTER: Tizenhét kitömött hattyúk – fontoskodás –, In: A kitömött hattyú – írások –, Magvető Kiadó, Bp., 1988., 121. p.

igen röviden összegezhető – az amerikai egyetemek jogi fakultásain szinte egyik pillanatról a másikra látványosan szaporodni kezdtek a „jog és irodalom” kurzusok. Márpedig – és Posnert ez készítette lépésre – a leendő jogászok gondolkodásmódját befolyásolni: hatalom. Azt viszont: ki ne akarná? Írnia kellett hát egy monográfiát, amelyben rendkívül fortélyos kettős stratégiával egyrészt azt kellett bizonyítania, hogy jognak és irodalomnak nincs érdemben közük egymáshoz (egyben világossá tennie, hogy a jog gazdasági elmélete mennyivel kifinomultabb, tudományosabb és hatékonyabb megközelítés), másrészt el kellett érnie, hogy amennyi köze mégiscsak lehet egymáshoz az említett területeknek, annak foglalata legyen az ő munkája (ami ráadásul így a töretlenül népszerű kurzusok révén magas példányszámot is biztosít), és a jövő amerikai jogászai nevelődjenek annak tézisein.

A másik verzió valamelyest nagyobb átfedést mutat az amerikai jogtudomány – úgymond – hivatalos történetíróinak feljegyzéseivel, de némileg szánakozó, bár egyúttal romantikus felhangoktól sem mentes. Ezen elbeszélés szerint „szegény Posner” voltaképp egész életében a jog és az irodalom összefüggéseiről szeretett volna írni, csak egészen eddig, karrierje kiteljesedéséig nem tehetette meg, ugyanis már pályafutása legelején be kellett látnia, hogy ily módon esélytelen maradna, hogy megvalósítsa az amerikai jogtudósok langdell-i álmát, az igazságszolgáltatási gyakorlat működésének tényleges befolyásolását (hogy a legfőbb tisztesség, a bírói kinevezés elérhetetlenségéről már ne is beszéljünk). Ekként lett végül is ifjúkori indíttatásai ellenére – ki ne emlékezne, milyen meleg szavakkal idézi fel könyve előszavában édesanyjának az irodalom iránti vonzódását? – a jog gazdasági elméletének híve és minden tekintetben sikeres reprezentánsa. A *Jog és irodalom* kritikai hangvétele pedig nem más, mint részleges leszámolás saját ifjúságával.

Történetünk kezdetei azonban e ponton valamelyest homályba vesznek. A jogtudósok ugyanis – ki tudja, miért? talán a teljes igazság utáni vágyuk avagy szenvedélyes kíváncsiságuk okán? – nem érték be a napvilágot látott magyarázatokkal, újabbak és újabbak után kutattak, amelyek végre tisztáznák a kérdést: ki ez az ember? Egyre merészebb – bár vélhetően eleinte csak tréfaaként megfogalmazódott – elképzelések bukkantak fel a szakmai közvéleményben. Például: „ez a Posner nem is az a Posner”, „két Posner van, ikrek, egypetéjűek, olyannyira, hogy a nevük is azonos”, „több Posner van, tulajdonképpen ezek a Posnerek maguk a braziliai fiúk” (ez egyben magyarázattal szolgálhat arra is, hogyan képes annyit írni) stb., ám ezek az állítások nem vehetők komolyan, igazolatlanul maradt valamennyi. Annyi hasznot azonban mégis tulajdoníthatunk ezen ötleteknek, hogy valamelyik valószínűleg forrása lett annak a feltételezésnek, amely mindenkit lázba hozott. (Biztosat nem tudhatunk és sajnos városi legenda sincs, amely őrizné az elgondolás eredetének pontos történetét.)

A *Jog és irodalom* igazi szerzője Gregor Samsa, Franz Kafka *Az átváltozás* című elbeszélésének főszereplője – hangzott az állítás. Amennyire képtelennek és megdöbbentőnek tűnt a kijelentés első hallásra, annyira meggyőzővé vált alig néhány hónap leforgása alatt. Hetente születtek teóriák, amelyek Samsa szerzőségének a lehetőségét kísérelték meg valószínűsíteni, fokozatosan hártva el az akadályokat a végső bizonyosság megszerzésének útjából.

Mindenekelőtt kiemelendők azok az érvelések, amelyek rámutatnak arra, hogy a valóságnak tételezett és a fiktív/virtuális, illetve a humán és a szupra-humán világok közötti határok létének a bizonyosság erejével történő állítása milyen teoretikus nehézségeket támaszt (e kérdések történeti szempontú elemzéseit pedig kiemelték, hogy filozófusok, teológusok és egyéb tudósok hosszú sora miként próbálta e szférák kontinuitását igazolni). Ha pedig konkrét irodalomtörténeti vonatkozások után kutatunk – mondták a diskurzusba bekapcsolódó irodalmárok –, azonnal eszünkbe juthatnak például a „Balzac-ügy” tanulságai (köztudomású, hogy az *Emberi Színjáték* szerzője a halálos ágyán saját regényfolyamának orvosát hívatta), s miért ne lehetne ez a reláció ellenkező irányban is „működőképes”?

Mint minden vizsgálódás során, itt is adódtak előre nem látott nehézségek. A Samsa-nyomozást egy pillanatra megakasztotta az időbeli elcsúszás (*différance*) kérdése. A fenti „egyvilág-tézis” elfogadása ugyanis még nem eliminálta azt a problémát, hogy Samsa Kafka beszámolójának tanúsága szerint – az írás 1912-ben keletkezett – már akkor felnőtt hivatalnokként dolgozott. Ez egyben azt jelenti, hogy 1988-ban már jóval túl kellett járnia a századik életévén. A jogtudósok nem tartották valószínűnek, hogy valaki ilyen idős korában álljon elő olyan jelentős munkával, mint a *Jog és irodalom*, és ez átmenetileg csüggedést okozott körükben. Azt az olvasói levelet (bizonyos Mulder és Scully FBI-ügyökök aláírásával), amely az amerikai kormány titkos és egészen újszerű humánreprodukciós kísérleteiről számolt be, s amely így elűzte volna a jogtudósok gondját, a Harvard Law Review nem merte közölni, a diákszerkesztők jobbnak látták titokként kezelni a dokumentumot. Más megoldáshoz kellett folyamodni, amit meg is találtak hamar: az időproblematikát módszertani kérdéssé nyilvánították, s így az – bizonytalan lejárattal – könnyen felfüggeszthetővé vált, és folytatódhatott a leleplezés processzusa.

Jelentős eredmények ígéretével kecsegtettek azok a vizsgálódások, amelyek a „Posner” (elérkezett az idő, hogy immáron mi is idézőjellel utaljunk a személyazonosság bizonytalanságára) valamint Samsa és Kafka viszonyrendszerrel illetően textuális bizonyítékok után kutattak. Egyes értelmezők a *Jog és irodalom* terjedelmes Kafka-fejezetét egyértelműen a *Levél apámhoz* című Kafka-írás inverz mintáját követő *hommage*ként olvasták, amelyben Samsa lerója háláját saját teremtőjének, és egyúttal figyelmeztetést küld a jogtudomány számára – s ezt azonosítják a fejezet megírásának közvetlen indokaként –, hogy azok a kérdések, amelyekről Kafka művei szólnak, csak az „örökkévalóság háttere előtt” vizsgálhatók és nem földi jogrendszerek kontextusában. (Meg kell jegyeznünk, hogy e ponton Samsa hibát vét, amikor elmulasztja érvei erejének növeléséhez felhasználni a cseh esszéista, Milan Kundera elemzéseit, amelyek „kafkalógia” névvel illetik és ostromozzák mindazon értelmezéseket, amelyek Kafka írásait az európai regény történetének összfüggéseiből kiragadják.) E megjegyzésnél azonban fontosabb, hogy bár rögvest részletezendő okokból kifolyólag aggályok merülhetnek fel ezen olvasatok helytállóságát illetően, azt kétségtelenné teszik, hogy a szövegben – s ennek megállapítása volt a kutatás legfőbb tétje – kétségkívül Gregor Samsa beszél, egyszerre hozzánk, olvasókhöz és Franz Kafkához (pontosabban: köztünk járó szelleméhez). Ami az aggályokat illeti: más értelmezők arra figyelmeztetnek, hogy a fejezet egy bizonyos pontján Samsa *Az átváltozás* történetét „tipikusan beteges karkai vicc”-nek nevezi. Ez még ugyan elhárítható volna azzal, hogy az vesse az első követ Samsára e megjegyzésért, aki még nem érezte magát pocskékul a saját életében (és okolta ezért szülőjét, nevelőjét), az viszont már szinte visszaverhetetlen támadás, hogy a *Jog és irodalom* „bosszú-fejezetének” (amelyet sokan a könyv elméletileg leginvenciózusabb részének tartanak) számos értelmezése azt támasztja alá, hogy Samsát a gyűlölet viszonya fűzi Kafkához. Nina Roth-Swanson professzorasszony mutat rá – aki korábban a Mendel Oszipovics költészetére vonatkozó értelmezéseivel hívta fel elemzőkészségére a figyelmet –, hogy a bosszú intézményének analitikája éppen e gyűlöletből meríti teoretikus energiáit és kiválóságát, amely gyűlölet voltaképp nem más, mint a *Levél apámhoz* kényszerűen elfojtott és elfojtottságában ki nem élt bosszúvágyának transzportált és transzformált samsai formája, amely az „evilági realitás” koordinátarendszeréből kilépve immár az imaginárius fiú és a valós – ámbár rég halott – apa viszonylatában realizálódik. (Abban mindenki egyetért, hogy a „bosszú-fejezet” utalása Hamlet apjára csak Samsa „elterelő hadművelete”: retorikai stratégia, amellyel a hétköznapi olvasó figyelmét kívánja elvonni egyre nehezebben titkolható kilétének kérdéséről.) Mindenesetre: a Samsa/Kafka viszony ezen ambivalenciája nemhogy gyengítette, sokkal inkább megerősítette a „Posner”/Samsa-azonosság tézisének az álláspontját, amennyiben láthatóvá tette azt is, hogy a feldolgozatlan múlt feszültségeinek a „kibeszéléséhez”, és az ezáltal esetlegesen eredményre vezető önterápiához – személyazonosságának felfedése nélkül

– Samsának „semleges” terepet, nyelvet és szerepet kellett választania, s erre mi sem tűnt alkalmasabbnak, mint a jogelmélet. E birodalom lakói – hercegek, herkulések és halandók – között, úgy gondolta, feltűnés nélkül elvegyülhet.

Am mint utólag már tudjuk, kísérlete nem járt sikerrel. A fent ismertetett teoretikus előkészítés után csak egyetlen lépésre volt szükség, hogy a rejtély ne legyen többé az. A lépést Anthony D’Amato professzor tette meg, amikor 1989 nyarán minden további vizsgálódást feleslegessé téve igazolta a „Posner”= Samsa tézist. Arra azonban még ő sem számíthatott, ahogy senki sem – és ez lett a nyár legnagyobb szenzációja –, hogy megtörténik a beismerés. Samsa, érezvén, hogy értelmetlen tovább rejtőzködni, előlépett az ismeretlenségből és bevallott mindent (mintegy beteljesítve Heidegger hajdani jóslatát, amely szerint a létező igazsága egyszer csak működésbe lép). E két dokumentumot, a végső leleplezését és a beismerését, adjuk közre az alábbiakban.

(AMIKOR EGY REGGEL GREGOR SAMSA)

Amikor egy reggel Gregor Samsa nyugtalan álmából felébredt, a Jog – szörnyű! – Közgazdasági Elemzőjévé változva találta magát ágyában. A hátán feküdt. Egy kissé fölemelte a fejét, ám hirtelen megállt. Azon kezdett töprengeni, vajon költséghatékony-e mindezt folytatni. Miután arra jutott, hogy nem, visszahanyatlott a hűvös lepedőre.

„Mi történt velem?” – gondolta. Nem álmodott. Szobája, e szabályos, csak kissé szűk egyetemi oktatói szoba, békésen terült el a jól ismert négy fal között. Az asztalon keretek, kárigények, kifogások heverték szanaszét, amelyek – ahogy most Gregor felidézte mind – oly jelentéktelennek tűntek.

Tekintete ezután az ablakra vetődött, és a borongós időtől – hallani lehetett, amint esőcseppek koppannak a párkány bádoglapjára – egészen mélabússá vált. „Mi lenne, ha kicsit még aludnék, és elfelejteném ezt az egész örültséget?” – gondolta. De ez megvalósíthatatlan volt. Ránézett az ébresztőórára, amely az éjjeliszekrényen ketyegett. „Mennybéli Úristen!” – villant belé. Fél hét volt, és a mutatók békésen haladtak előre, jelezvén az összefüggést, miszerint az idő: pénz. Pénz, amit Gregor épp elherdált, ágyában heverészve.

Amikor a lehetőségköltségek alakulását nagy sietve végiggondolta – megéri-e mégis felkelni vagy sem? –, az ágy fejénél óvatosan kopogtattak az ajtón.

„Gregor” – szólta anyja –,háromnegyed hét. Nem akartál elindulni?”

Gregor megjédt, amikor meghallotta önmaga válaszoló hangját, amely félreismerhetetlenül régi hangja volt ugyan, de mintegy alulról valami visszafojthatatlan, fájdalmas semmitmondás vegyült bele.

„Igen, igen, anyám” – mondta – „de a tranzakciós költségek túl magasnak tűnnek, legalábbis számomra. S jelen pillanatban én vagyok az egyetlen, aki saját hasznosíthatóságomat illetően tisztán látok.”

„Mit locsogsz itt?” – hallotta meg apja hangját. A másik oldalajtónál a húga aggodalmaskodott halkán: „Gregor, nem jól vagy? Szükséged van valamire?”

Mindkét oldalra így felelt:

„Várjatok egy percet, megmutatom rögvést, miről beszélek!” Fogott egy darab papírt, rajzolt rá néhány egyenes vonalat, majd azok végpontjaihoz és a vonalak metszőpontjához apró betűket illesztett. Kicsúsztotta a lapot az ajtó alatt.

„Mi ez?” – kérdezte anyja, amikor kis idő múlva újra megszólalt, ám ezúttal mélyebb, figyelmeztető hangon, ami Gregor számára eddig ismeretlen volt.

„Ez a szolgáltatásaimra vonatkozó keresleti-kínálati görbe.”– felelte Gregor a csukott ajtó mögül. Ez támasztja alá, amit mondani próbáltam. Az egész görbe bal felé mozdul el, ha az embernek tranzakciós költségei támadnak.

„Milyen görbe!? Mi mozdul el balra!?” – kérdezte anyja.

Ingerülten, Gregor résnyire nyitotta az ajtót. Ott állt anyja a papírlapot fürkészve, mögötte apja dühös tekintettel, s a háttérben húga, aggodalmasan.

„Ez a görbe!” – mutatott Gregor a vonalakra.

„De hát ez nem görbe. Ez itt két egyenes vonal X alakban.”

„Nem érted, anyám. Ez egy görbe.”

„Ez nem görbe, ez két egyenes vonal, s majd én foglak téged bal felé mozdítani, te ostoba!”

S mintha varázsütésre, hirtelen egy seprű tűnt fel anyja kezében – eddig nyilván a háta mögött rejtegette –, magasra emelte, és mint egy légycsapóval, ütlegelni kezdte Gregort. Ő hátralépett, hogy elkerülje felbőszült anyja csapásait. A kilincset megragadva Gregornak sikerült becsuknia az ajtót, abban a pillanatban, amikor anyja épp visszahúzta seprűjét, hogy lendületet vegyen egy komolyabb előretöréshez.

Kulcs fordulása hallatszott a zárban. Bezárták! Gregor nem törődött vele. Kimerülten zuhant vissza ágyára, és már csak azt furcsállta, hogy valaki egy seprűvel még mindig püfölte a kemény tölgyfaajtót.

Egy pillanattal később hallotta, amint csengettek a lakásajtón. „Valaki az egyetemről!” – gondolta magában. A cselédlány, mint máskor, most is szilárd léptekkel az ajtóhoz ment, és kinyitotta. Gregornak elég volt a látogató első üdvözlő szavát meghallania, és már tudta is, ki az: maga a Dékán.

„Nem tudták, hogy egy évfolyamnyi hallgató várakozik rá?”– kezdte faggatni a Dékán a szüleit. „Miért nem jött?”

Kopogás az ajtón. „Miért nem jelent meg az egyetemen?” A Dékán volt az, olyan panaszteljes és emelt hangon szólalva meg, ahogy azt Gregor még sosem hallotta. „Tisztában van azzal, hogy hallgatók várják? Diákok, akik a fizetését állják – meg az én fizetésemet is, de jelen pillanatban a maga fizetése az, amely miatt aggódom.”

Gregor mély lélegzetet vett. „Ez az egész olyan ostobaság, uram” – hallotta, amint kibuknak szavai – „a bírók azt hiszik, hogy az eseteket a jog szabályai alapján döntenek el, így gondolják a hallgatók is, úgyszintén az egyetemi oktatók, sőt, ha már itt tartunk, a világ összes jogásza és a közvélemény is. De mindannyian tévednek! Az eseti döntések alapját a közgazdaságtan hajlíthatatlan vastörvényei adják! Legalábbis a javarészüket.”

„Miket beszél?”– kérdezte a Dékán, öklével a tölgyfaajtót verve. „Elment magának a józan esze?”

„Nem, uram, éppen hogy most vált tökéletesen nyilvánvalóvá számomra, hogy doktrínális jogtudomány helyett mást kellene tanítanunk! Mikroökonómiát, metaökonómiát, makroökonómiát, ökonometriát! Vagy bármit, de legyenek benne számok és táblázatok!”

„Megtagadja, hogy jogot oktasson?”

„Igen. Úgy értem, nem. De a régi fajta oktatás szuboptimális. A közgazdaságtan a Bar új zászlóshajója! Ez magyarázza meg a legtöbb esetet, a legtöbb ellentmondást.”

„Hát, akkor azt mondja meg nekem, Herr Professzor, mi van azokkal az esetekkel, amelyeket nem magyaráz meg? Nos? Nos?”

Gregor úgy gondolta, a Dékán – minden hűzöngése ellenére – ördögien intelligens. „Lépre akar csalni.” Egy pillanattal kivárt. „Hogyan tudná egy közgazdasági elmélet megmagyarázni azokat az eseteket, amelyeket nem magyaráz meg?” Gregor új teoretikus elméje gyorsabban felelt meg a kihívásnak, mint azt lehetségesnek gondolta volna.

„Azok az esetek nem igazodnak az elmélethez, uram”– mondta.

„Ó, valóban? És pontosan miért is nem?”

Gregor felült az ágyban és tisztán kivehetően így kiáltott: „Mert azokat rosszul döntötték el! Minden esetet, amelyet a közgazdaságtan nem tud megmagyarázni, rosszul döntöttek el. A többit pedig helyesen, összhangban a megcáfolhatatlan közgazdaságtani érveléssel.”

Szünet támadt. „Aha” – gondolta Gregor – „most megfogtam a vén zsványt”.

„Nem tudom, mitévő lehetnék” – hallotta, ahogy anyja a Dékánhoz szól – „ez egyáltalán nem jellemző arra a Gregorra, akit mi mindig is a legnemesebb értékekre neveltünk.”

Gregor hallotta, ahogy becsapódik a bejárati ajtó. A Dékán nyilvánvalóan köszönés nélkül távozott.

Egy pillanatra Gregornak eszébe jutott, hogy kétségkívül szégyellnie kellene magát, és úgy találta, hogy egy nappal korábban még minden biztonnal lett is volna efféle érzése. De valahogy ezen a napon az érzései mintha elhagyták volna. Szégyent hozott a szüleinek, ez igaz. Ugyanakkor: önálló döntéssel bíró felnőtt emberekről van szó. Ha szégyenben érzik magukat, fel kellene ajánlaniuk valamekkora összeget Gregor számára, hogy ő tegyen bizonyos lépéseket hangulatuk javítása érdekében. Ám kellő ellentételezés hiányában, érvelt Gregor, semmi nem ösztönzi arra, hogy helyrehozza a dolgokat.

Így töltötte az egész délelőttöt szobájában. Az újra meg újra rátörő éhség ellenére elfoglalta magát: megírt egy teljesen hasznavehetetlen értekezést a haszonélvezeti jog közgazdaságtani megközelítéséről. Hatórányi munkával készült el az 560 oldalas értekezés, amelyhez 921 lábjegyzet tartozott, 17 grafikon ábrával, 33 grafikon ábrák nélkül, valamint 237 matematikai egyenlet, nem számítva a segédteteleket.

Kopogtattak az ajtón. „Én vagyok az, Grete, a húgod” – hallotta a hangot. „Veszel ebédet?”

„Mennyiért?”

A megnevezett ár abszurd módon magasnak bizonyult, így a következő tíz percben Gregor alkudozni próbált. Egyre elkeseredettebb és dühösebb lett.

„Grete, úgy tűnik, nem érted, hogy az az ebéd sokkal értékesebb, ha megeszem, mint ha elfogyasztatlanul marad.”

„Persze, értékesebb: a te számodra, a te gyomrodban. S ha ez így van, fizetned kell nekem érte, még hozzá olyan összeget, hogy inkább azt válasszam, ahelyett, hogy megtartanám az ebédet.”

„De hát miféle lehetséges hasznot jelenthet számodra egy elfogyasztatlan ebéd?”

Grete egyből válaszolt. „Ha visszatartom az ebédet, károm keletkezik. De legalább megtestesíti az ettől kezdve veled szemben fennálló követelésemet.”

„De tudod, hogy nincs nálam semmi készpénz. Tartozáselismerő nyilatkozat megfelel?”

„Személyazonosságodat tudod igazolni?”

„A papírjaim kint vannak a nappaliban, az asztalfiókban.”

„Ez így elfogadhatatlan” – mondta a lány – „azok lehetnek hamisak is.”

„Az ég áldjon meg, Grete, a bátyád vagyok!”

„Ó, nem, nem” – felelte élénken a lány – „többé nem nyomhatsz el engem azzal, hogy saját érdekedben a családon belüli önzetlenségre hivatkozol.”

Gregor erősen törte a fejét, igyekezte újonnan támadt képességét a közgazdasági racionalizálásra a lehető legmélyebben kiaknázni. S végül úgy tűnt, megoldásra lelt.

„Te nem értesz semmit” – kiáltotta a tömör ajtónál –, „egyáltalán nem szükséges, hogy bármit fizessék neked! Amíg van pénzem vagy képes vagyok előteremteni azt, és hajlandó is vagyok megadni az árat, amit kérsz, addig nincs szükség rá, hogy ténylegesen fizessék is.”

„Igazad van, Gregor, ezt valóban nem értem.”

„Figyelj jól!” – szólt ingerülten. „A hajlandóságom, hogy X összeget fizessék neked Y ebédért, azt jelenti, hogy Y ebéd többet ér, ha megeszem, mint ha ott maradna kint, megpenészedne és legyen lepnék el. A nálam jelentkező utilitás bármilyen alternatív utilitásnál

nagyobb. Egy pártatlan bíróság nekem ítélné az ebédet, és nem azért, mert fizettem érte, hanem mert így értékesebb.”

„Mi az az utilitás?”

„A szükséglet kielégülés mértéke, te idióta!”– kiáltotta Gregor. Közgazdasági értelemben az az összeg határozza meg, amelyet hajlandó vagyok fizetni, tőkém más jellegű hasznosításával összevetve. S mivel hajlandó vagyok X összeget fizetni, Y ebéd utilitása a gyomromban nagyobb, mint bárhol máshol, így ha azt odajuttatjuk, az egész világ összjólétének mennyiségében fog általános növekedést okozni.” Itt rövid szünetet tartott, s a hangját kissé visszafogta. „Azt még neked is el kell ismerned, Grete, hogy a világ összjólétét mint totalitást növelni, jó dolog. Ez a te javadat is szolgálja, s persze az enyémet is éppúgy, de én itt most elsősorban rád gondolok.” Szavai most már gyorsan törtek fel. „A világ összjóléte azon nyomban növekedni fog, amint megeszem azt az átkozott ebédet, akár fizettem érte, akár nem!”

A vita véget ért. Grete hallgatott; nyilvánvalóan nem tudott mit felelni. Gregor kivárt, s bizonyosan hitte, hogy győzött. Közelebb lépett az ajtóhoz, és nyújtani kezdte kezét, hogy jutalmát átvegye. Grete váratlanul megszólalt.

„Nos, ezt mesélheted valamelyik hallgatónak, de ha nem csúszatsz ki az ajtó alatt X koronát Y ebédért, akkor üldögélj csak ott, és lakjál jól a Z utilitással.”

Kész, kereset elutasítva. „De még az is lehet”– okoskodott Gregor –, „hogy az étel hiánya nem jár különösebb következményekkel.” Visszatért a munkájához. Ahhoz túl éhes volt, hogy megírjon még egy értekezést, de hogy mégis elterelje gondolatait az ételről, írt tizenkét law review tanulmányt, négy könyvfejezetet, három kommentárt és tizenhét recenziót.

Az utcán már alkonyodott, és az éhség borzalmas rohamai lehetetlenné tették Gregor számára, hogy folytassa az írást. Egyedül volt, éhes és teljesen magára hagyatott. „De végtére is, mi az a privacy?”– tűnődött el Gregor. „Paradox fogalom, igencsak az, ha a közgazdasági elemzés nagyjátékával szemléljük. Híres atléták és filmsztárok áruba bocsáthatják arcukat hirdetések számára, azon az áron, hogy feladják privacy-jukat. Minél kevesebbet őriznek meg belőle, annál nagyobb részét tudják eladni, és egyre magasabb és magasabb összegért cserébe! Viszont az olyan teljesen ismeretlen emberek, mint Gregor Samsa – akik számára pedig a privacy létfontosságú érték –, semekkora részét sem tudják piacra dobni, még áron alul sem.”

Ez az ellentmondás tegnap még elkésérítette volna Gregort. De ma nem volt más érzése, csak a kisémmizettség. Tekintete körbejárta a szobát. A készletét, hogy felmásszon a falra, elfojtotta.

Arra gondolt, lennie kell valami módjának, hogy privacy-jét pénzre váltsa. „Ez az!”– gondolta hirtelen. „A privacy-mból táplálkozva csinállok egy közgazdaságtani értekezést a privacy-ról. S aztán nincs más dolgom, mint hogy eladjam az értekezést, és így keletkezik majd származtatott érték az értéktelen privacy-m helyén.”

Gregor fogta a már megírt értekezését, kitörölte a „haszonélvezet” szót, ahányszor az csak előfordult a szövegben, és kicserélte a „privacy” kifejezésre. Azonnal látta, hogy ez a behelyettesítés szemernyi hatással sincs munkája teoretikus érvényességére.

„Grete!”– kiáltotta.

Hallotta, ahogy húga csoszogó léptei az ajtó felé közelednek.

„Van itt egy 560 oldalnyi könyvem. Lehetnél az ügynököm, elvihetnéd és eladhatnád egy kiadónak.”

„De mi van, ha még az útiköltségem sem térül meg, édes bátyám? Adsz előleget útiköltségre?”

„Tudod, hogy semmi pénzem nincs itt.”

„Akkor a könyved, a jelenlegi helyén, nem ér semmit.”

„Jól van, te nyertél” – mondta Gregor – „eladom az egész könyvet, közvetlenül neked, egyetlen nyomorult ételért.”

„Rendben” – szólt Grete olyan hirtelenséggel, amely meglepte Gregort.

Hallotta a kulcsot megfordulni a zárban. Az ajtó valamelyest kitárult. Húga valami kásaszerű pempőt tolt be, amit tegnap még Gregor azon nyomban visszautasított volna, kijelentve, hogy élvezhetetlen, de ma valahogy finomnak tűnt az illata. Cserébe átnyújtotta a vaskos kéziratot.

Az elkövetkező három hetet így vészelte át Gregor, és így kapta meg mindennap táplálékát. Naponta megírt egy-egy jogtudományi értekezést, s azt eladta húgának az esti étkezésért. Azt viszont nem sikerült elérnie, bár folyton ezzel zaklatta húgát, hogy Grete elárulja, mennyit kapott a könyvekért. Arra a következtetésre jutott, látva a dühöt, ami húgát elfogta aznap, amikor egy új értekezés helyett egy köteg law review cikket adott át neki, hogy Grete kezdeti kiadásai csak most kezdenek megtérülni. Húga hozzávágta a cikkeket, és azt mondta, hogy eladhatatlanok. Mindazonáltal a szokásos kását elkészítette. „Semmi haszna, hogy éheztesselek” – magyarázta –, „mert akkor holnap nem tudnál két könyvet megírni, sem azt, amivel a mai napért tartozol, sem az újat.” Ez olyannyira szokatlan volt tőle, hogy Gregor zavarba jött. Soha nem úgy ismerte húgát, mint aki hajlandó lenne kockázatot vállalni. Az a Grete, akit ő ismert és szeretett egész gyermekkorában, minden kétséget kizáróan vidáman hagyta volna éhen halni, semmint hogy hitelezzen. Rövidesen azonban már majszolta is mohón a hideg kását, ismerős íze megnyugtatta, s elterelte figyelmét a kérdésről.

Másnap viszont, bárhogy próbálta is, a második értekezését képtelen volt megírni. Kétségbeesésében új stratégiához folyamodott. Fogta a law review tanulmányok kötegét, amelyet Grete visszadobott, megváltoztatta a címeket, „Első fejezet”, „Második fejezet”, és így tovább, összenyalábolta a papírhalmazt, s az egészet új címmel látta el: „Az Engedelmesség Ökonómiája: Szerény Hozzájárulás az Emberi Gondolkodáshoz”. Amikor elérkezett az ideje, Grete átvette a köteget, s az esetről soha többé egy szót sem ejtett – nyilvánvaló, hogy senki nem vette észre a cselt.

Így történt, hogy Gregor nap mint nap tanulmányokat és értekezéseket készített, amelyek mindegyike önmagában is megjelenítette a jog valamennyi problémájának teljes közgazdasági elemzését, úgy mint:

ERŐSZAK
INCESZTUS
CSONKÍTÁS
MAZOCHEZMUS
ANYAGYILKOSSÁG
APAGYILKOSSÁG
VÁLLALATI FÚZIÓ
SZADIZMUS
SZODÓMIA
RABSZOLGASÁG
BESTIALITÁS
TETTLEGESSÉG
MEGVESZTEGETÉS
BETÖRÉS
ZSAROLÁS
TAROLÁS,

és még sok egyéb, lehetetlen volna mind felsorolni. Úgy tűnt, a családja nem bánja többé, hogy nem jár be az egyetemre, miként azt sem, hogy a Dékán bizonyára kirúgja majd. Ha már kirúgta volna, Gregor arról sem tudott volna. Semmiféle újságról nem szerzett tudomást.

Efféle, jelenlegi állapotában az járt a fejében, vajon milyen lehet családja vagyoni helyzete, most, hogy professzori fizetésétől vélhetően elestek. Remélte, hogy sikerült félretenniük valamennyit, rosszabb napokra. De hát nem épp ő volt-e az, aki – még a bőséges

pénzkereset idején – annyiszor figyelmeztette őket, hogy gyakorolják a takarékoság és a mértékletesség erényét?

Egy alkalommal – Gregor születésnapja volt –, amikor vacsoráját beadták az ajtón, a valószínűleg egyszer s mindenkorra Gregornak szánt tál közepén, a kásába szúrva, egy gyertya égett. „Hogy engedhették meg maguknak, hogy gyertyát vegyenek? Ez azt kell jelentse, hogy a családomnak mégsem mehet olyan rosszul.” – gondolta Gregor. S ekkor váratlanul előntötte a megelégedettség érzése. Ez egészen sokszerűen hatott Gregorra, mert átváltozásának napja óta ez volt az első érzelm, ami elérte. Úgy tűnt, hogy új, közgazdasági elemző teste számára az elégedettség érzése megengedett.

Szinte minden nap, amikor Grete az ételt hozta, jogtudományi folyóiratokat is mellékel, amelyek a postával érkeztek. Először csak szórványosan, de kis idő elteltével egyre növekvő gyakorisággal, olyan cikkek kezdtek megjelenni ezekben a folyóiratokban, amelyek Gregor írásait támadták. Mivel hiányzott belőle a sérelem érzete, Gregor egyszerűen tudomásul vette a kritikai darabok létét. De egy este mégis úgy alakult, hogy valamelyikre választ fogalmazott meg. Valójában az apropó, ami a válaszírás gondolatát szülte, annak a felismerése volt, hogy lassan kezdett kifogyni a mondandójából. Ráadásul válaszcikkek írása révén talán elkerülhetővé válnak bizonyos mentális költségek, amelyek az eredeti gondolkodással általában együtt járnak.

És így Gregor tudományos pályafutása új vállalkozásába kezdett: a válaszírásba. Úgy találta, semmi másra, mint egyetlen témára van szüksége, mégpedig arra, hogy kritikusai nem voltak képesek megérteni korábbi munkásságát. Mivel Gregornak egyetlen példánya sem volt munkáiból – kizárólag eredeti kéziratokat készített, amelyek mindegyikét át is adta Gretenek –, találgatnia kellett, mit is írhatott. De még ha rendelkezett volna is ezekkel a példányokkal, akkor sem lett volna ideje – hisz újfent rengeteget megírnivalója akadt –, hogy újra kézbe vegye azokat és elolvassa.

Mindennek következtében Gregor talán megfélelmezhetett korábbi munkáinak egynémely részletéről, kritikusai ugyanis most azt rótták fel neki, számos alkalommal, hogy nem ők, hanem éppen maga Gregor nem értette meg, mit is állított. Feleletként Gregor azzal vádolta meg kritikusait, hogy pontosan ugyanannál az oknál fogva képtelenek a válaszcikkeit is megérteni, amelynél fogva képtelenek voltak megérteni már eredeti mondandóját is, nevezetesen, hogy nem képesek megragadni a jog közgazdasági alapjait.

Taktikája zavart keltett kritikusai körében, s az ellene felhozott újabb vádak már inkonzisztenciáról, irrelevanciáról, inkoherenciáról, inkompetenciáról és inhumanitásról szóltak. Ezek a támadások azonban azt a nem várt hatást eredményezték, hogy a Gregor írásaira irányuló figyelem erősebb lett, s így azok immár a szakma legmegközelíthetlenebb folyóiratainak lapjaira is utat találtak.

Az elkövetkező termékeny hónapok során Gregor soha, semmilyen formában nem kért információt a külvilágról. Az íráshoz csak elméjére volt szüksége, s még ha a szobáján túli világ megszűnt volna is létezni – feltéve, hogy ez tudomására jut –, szavai közül akkor sem kellett volna egyetlen egyet sem visszavonnia. Az új közgazdasági elemzés csodája abban állt, hogy egyszerre volt deskriptív mindenket illetően, amivel kapcsolatban a jogban deskriptívnek lehet lenni, s ugyanakkor normatív minden mást illetően, amivel kapcsolatban normatívnak lehet lenni a naprendszeren belül. Gregornak különösen öröme szolgált az a tény, hogy bármely ponton, ahol a jog gazdasági elemzése megszűnt deskriptív lenni, automatikusan átalakult normatívvá – és vice versa.

Egyszer azonban előfordult, hogy egy kritikus oly módon támasztott kifogást, hogy az aláásni látszott Gregor elgondolását. A kritikus Gregor egyik tanulmánya ellen indított támadást – a 'Milyen Hatást Gyakorol a Hűtőszekrény-eladásokra a Negligencia Elvének Felváltása az Objektív Felelősség Rendszerével a Sarkkörü Régiókban: Izobarikus-Izometrikus Analízis' című munkáról van szó –, és kárörvendve kimutatta, hogy a sarkkörtől északra egyáltalán nem

adnak el hűtőszekrényeket, s így Gregor elemzése menthetetlenül téves. Gregor ujjai egy percen – illetve, hogy pontosak legyünk, 57 másodpercen – belül már gépelték is a választ. Az említett tanulmányának lényegi megállapítása, írta Gregor, éppen az kellett legyen, hogy a jogi szabályozás megváltoztatása – negligencia helyett objektív felelősség – semmilyen hatást nem gyakorol a hűtőszekrény-eladásokra. S ez pontosan az, amit Coase – aki pedig tekintélyes időt töltött az eszkimók földjén – előre megjósolt. Az eladási görbe nulla felé konvergálása, folytatta Gregor, érvényesen alátámasztja elméletét, ahogy ugyanez lenne a helyzet, ha a nevezett görbe bármilyen pozitív egész számértéken stagnálna. S aki ez ügyben nem lát tisztán, az csak tudatlanságáról tesz tanúbizonyságot a jogrendszer mint egész közgazdasági alapjait illetően.

Gregor eddigre annyi elvégzendő munkát halmozott fel, hogy merész lépésre szánta el magát. Közölte Gretevel, hogy mivel ezentúl napi két könyvvel fogja ellátni az egy helyett, neki is kapnia kell egy második ételt, ami azonban ezúttal nem lehet pocskék. Meglepetésére húga alkudozás nélkül beleegyezett. Így aztán, napi kétszeri étkezéssel, az élet kezdett valamelyest jobban alakulni Gregor számára.

Egy csütörtöki napon, 19. május elsején, reggel negyed kilenckor, minden előzetes figyelmeztető jel nélkül Gregor szobájába zajongás és élénk vitatkozás hallatszott be, mindezt éles kopogtatás követte, majd hallatszott, amint a kulcs megfordul a zárban. Grete hangja szólalt meg. „A rendőrség van itt. Azt hiszem le vagy tartóztatva. Azért jöttek, hogy a bíróságra vigyenek.”

„Mi a vád?” – tudakolta volna Gregor, de az ajtót azon nyomban belökték, két szakállas rendőr vonult be, és megragadták Gregort mindkét karjánál fogva, habár meglepő gyengédséggel. „Velünk kell jönnie.” – mondták.

A lakás nappaliján keresztül vezették el Gregort. A rozoga szobabútorok eltűntek, helyükön antik darabok, aranyozott karfákkal és ékszerberakásokkal. Cselédlányok álltak vigyázban egy hatalmas cserepes növény mellett. A szobában, annak különböző stratégiai pontjain elhelyezkedve, még két komornyik, egy inas, egy sofőr és egy szolga is tartózkodott, valamint egy ideges ügynök az East Könyvkiadó Társaságtól. Gregor anyja – prémeckebe öltözötten, nyakán gyöngysorral – és apja – elegáns lovaglőöltözetben, fényes csizmában, s kezében egy ostort tartva – alig vetettek pillantást Gregorra, ahogy elhaladt mellettük; építési tervek nagy, kék színű lapjait tanulmányozták, a hátuk mögött több sornyi ügyvéd bólogatott bátorítólag. Mielőtt kivezették a bejárati ajtón, Gregor észrevette hűgát a bal kéz felé eső előszobában – „vajon hogy ért oda ilyen gyorsan?” –, amint egy tükör előtt – a leghatalmasabb előtt, amit Gregor valaha látott – illegeti magát, miközben egy érett gyümölcsöt majszol. Úgy tűnt, valahogy sikerült szert tennie egy kivételesen szép ruhára. Ujjait díszes gyűrűk ékesítették, és mindkét csuklóját három vékony ezüst karperec fonta körbe.

Ahogy a rendőrök az utcán kísérték végig Gregort, társaik a járdán összesereglett tömeget próbálták meg visszatartani. Az emberek öklüket rázták, pfujoltak, szidták és minden létező módon sértegették Gregort. „Ugyan melyik írásom kavarhatta fel ezeket ennyire?” – gondolta. „Az a javaslatom talán, hogy a tőzsdén lehessen határidős ügyleteket kötni csecsemőkre? Az a tanácsom a szegényeknek, hogy fontolják meg, mint ésszerű alternatívát, nem érdemesebb-e eladniuk magukat rabszolgának? Talán nem tetszett a közvéleménynek az ötletem, hogy minden tizedik parkolási szabálysértés alkalmával rendeljünk el gyorsított kivégzést? De mi ezen olyan kifogásolható? Nem akarnak példát statuálni?”

„Jól van” – kiáltotta Gregor a tömegnek, miközben megpróbált kitérni a felé hajított dinnyehéjak elől –, „visszavonom mindegyiket, és majd valami egészen másról írok, ami nem lesz ellenükre, legyen mondjuk: jog és irodalom!” De szavai elhaltak a gyümölcshejak és -darabok általános zűrzavarában. Gregor ekkor felismerte, hogy az emberek nem érdemesek arra, hogy rájuk bizzák a jogszolgáltatást. Közelebb húzódott a rendőrökhöz védelemért, akikkel már-már kezdett egyfajta rokonságot érezni.

A bíróság épülete távolabbinak tűnt, mint arra Gregor gyermekkorából emlékezett. De végül is megérkeztek, és Gregort a fő tárgyalóterem ajtajához kísérték. „Most magára hagyjuk” – szólalt meg az egyik rendőr –, „menjen a bírói emelvényhez.” Gregor elindult egy átjárón az emelvény felé. A középnyagyságú, kétablakos termet zsúfolásig megtöltötték a legkülönbözőbb emberek; mindkét oldalon nézők, újságírók serege és árusok, akik sört és sült krumplit osztogattak. Fönt, egészen a mennyezet alatt a körbefutó karzat is teljesen megtelt, pedig ott csak görnyedten lehetett állni. Általános moraj hullámzott végig a termen, hol erősödött, hol csendesedett, mintegy gyászos kíséretként társulva Gregor bizonytalan lépteivel, amelyekkel megközelítette az emelvényt.

Gregor felnézett a pulpitusra. Nem ült ott bíró! Most mitévő legyen? A rendőrökhöz akart fordulni, hogy közölje: nincs bíró, de azoknak már nyomát sem lehetett látni. Aggodalmaskodva feszengett a helyén, remélve, hogy a bíró gyorsan feltűnik, ugyanakkor azon morfondírozott, nem járna-e jobban, ha mégsem jönne bíró. A csődület élénk zaja majdnem elnyomta gondolatait.

Az emelvény mögötti falon ajtó nyílt, s egy kövér, szuszogó kis emberke lépett be, prémmel szegett kabátban. Hosszú, vékony kecskeszakálla volt. Hirtelen elbődült, olyan erős hangon, ami meglepte Gregort, nem gondolta volna, hogy egy ilyen apró alak erre képes lehet. „Figyelem! Figyelem! A Tisztelt Bíróság megkezdí működését!” – kiáltotta. A tömeg moraja azonnal elült. Minden tekintet Gregor felé fordult, de Gregor továbbra is a kis embert figyelte, aki folytatta: „A nagytiszteletű Gregor Samsa Főbíró elnököl! Isten óvja a Tisztelt Bíróságot!”²

(GREGOR SAMSA: GREGOR SAMSA VÁLASZOL³)

Életrajzi kutatásai során Anthony D’Amato professzor a közelmúltban figyelemre méltó megállapításra jutott. *Suttogva terjedő pletykákban* már régen megfogalmazódott a gyanú, amely szerint a „Richard Posner” nem több írói álnévnél, ám elsőként D’Amato igazolta e gyanút írásában, s „Richard Posner” így végre lelepleződött. Kiderült, hogy az álnév mögött valójában Gregor Samsa, Kafka *Az átváltozás* című elbeszélésének féregszerű főhőse rejtőzik.

Mindazonáltal már-már rágalommal érne fel más tudós kutatókkal szemben, ha azt állítanánk, hogy D’Amato minden kollegiális segítség nélkül folytatott nyomozást az igazi Posner azonosítása érdekében. D’Amato is sietve és készséggel ismerné el, hogy elgondolásaira hatást gyakorolt Peter Junger professzornak a maga idejében nevetség tárgyát képező kijelentése, miszerint „Posner” tulajdonképpen nem más, mint maga a „Nagy Sün” Arkhilokhosz töredékesen ránk maradt állatmeséjéből.⁴ Arkhilokhosz – aki egy Mihály Babits (ejtsd: Mihali) nevű magyar kutató szerint „az első jambusi poéta” volt – említett művében a következőket írja, idézem: „Sok cselhez ért a róka; a sün egyetlenegyhez,/ de az pompás...”,

² A fenti szövegben Anthony D’Amato-idézetek vannak: ANTHONY D’AMATO: As Gregor Samsa Awoke One Morning from Uneasy Dreams He Found Himself Transformed into An Economic Analyst of Law, 83 *Northwestern U. L. Rev.* 1012 (1989). A fordítás Franz Kafka *Az átváltozás* és *A per* című műveinek Györfly Miklós, illetve Szabó Ede által készített fordításai felhasználásával készült. Az idézés *fenti* módja sem eredeti, Esterházy Pétertől – *kitől mástól?* – kölcsönöztem. Vö. ESTERHÁZY PÉTER: *Bevezetés a szépirodalomba*, Magvető Kiadó, Bp., 1986., 645. p.

³ GREGOR SAMSA: Gregor Samsa Replies, 83 *Northwestern U. L. Rev.* 1022 (1989)

⁴ PETER JUNGER: A Fox Interprets the Hedgehog, 39 *In Brief* 5 (Jan. 1987), (*Law Alumni News Bulletin of Case Western Reserve University*)

idézet vége.⁵ Ráadásul: publikációjának illusztrációjaként Junger egy sünt ábrázoló tusrajzot illesztett a szöveghez, amely azonban sokkal inkább egy páncélos bogár képeként volt felismerhető. Ezt is figyelembe véve D'Amato munkájának jungeri ihletése végképp nyilvánvalónak tűnik. Ugyanakkor nem szabad megfeledkeznünk Peter Teachout professzorról sem, aki „Posner”-ben Adler doktort, Saul Bellow *Napjaid gyümölcse* című regényének érzéketlen apafiguráját látta.⁶ Sajnálatos módon viszont mindkét kutató tévedett: amiként Junger hibázott, amikor „Posner”-t egy mesén kívül is valóságosan létező állatként gondolta el, úgy Teachout is célt tévesztett, amikor egy (fiktív) emberi alakként azonosította a nevezett szerzőt. Milyen emberi lény volna képes a csecsemőkereskedelmet pártfogolni!? (Attól most tekintsünk el, hogy „Posner” *nem* veszi védelmébe a csecsemőkereskedelmet. Mások azonban – Robin West és a többiek – így értették szavait, s *persze* nem zörög a haraszt, ha nem fújja a szél.) Csak egy szörnyeteg propagálná az efféle kereskedést – s innen már csak egy lépés –, Gregor Samsa szörnyeteg, így aztán „Posner”: Samsa.

Ilyen előzmények után úgy vélem, nem tisztességtelen megkockáztatnunk azt a felvetést – D'Amato professzor teljesítménye lebecsülésének a legcsekélyebb szándéka nélkül –, hogy „Posner” kilétének szinte azonnali lelepleződése egyébként is elkerülhetetlenné vált 1988-ban, a *Jog és irodalom: egy félreértett kapcsolat* című monográfia megjelenését követő hónapokban. Az a kivételes érzékenység (ez most nem ideje az álszerénységnek), amellyel „Posner” Kafka műveinek a mélyére hatol – kiegészítve a kétségbevonhatatlan történeti tény felidézésével, nevezetesen, hogy Kafka vitán felül már meghalt –, egy D'Amato professzorénál lényegesen kevésbé éles elme számára is egyértelművé tehetette, hogy a *Jog és irodalom* szerzője csakis Kafka valamelyik alakja lehet.

De vajon melyik? Annak ellenére, hogy Robin West professzorasszony minden bizonnyal a leghalványabb kétely nélkül nevezné meg *A fegyencgyarmaton* kínzószervezetét működtető tisztet, D'Amato Samsa mellett felhozott érvelése ellenállhatatlan. A párhuzamok és azonosságok, amelyekre D'Amato rámutat „Posner” karrierje és Samsa poszt-kafkai életútja között, a kételkedés lehetőségét is kizárják. Az pedig igen naív gondolat volna, hogy D'Amato hipotézisét cáfolná a tény, hogy *Az átváltozás* végén Samsa meghal. A fiktív alakok halhatatlanok (arról nem is beszélve, hogy az elbeszélés végét Kafka elhibázottnak tartotta).

Lévnem csak az életrajzi vizsgálódások, de egyben a juriszprudencia kiváló szakértője is, D'Amato nem eléged(het)ett meg bámulatos felfedezésének egyszerű nyilvánosságra hozatalával. A tényközlésen túl lényegbevágó kérdéseket is megfogalmaz – s teszi mindezt olyan stílusban, amely egyszerre visszafogott és ellentmondást nem tűrő – a jog gazdasági elemzésének Samsa („Posner”) nevével fémjelzett álláspontjait illetően. Nincs-e valami nevetséges abban a meggyőződésben – kérdezi D'Amato –, hogy a jog gazdasági elemzése alkalmas lehet az emberi viselkedés valamennyi formájának közgazdaságtani, azaz tudományos terminusokkal történő analízisére. Nem valami fékevesztett redukciónizmusról van-e szó inkább? S ez nem teszi-e képtelenné a meggyőződés híveit, jelen esetben magát Samsát, hogy kiegyensúlyozott és gyümölcsöző emberi kapcsolatok részesei legyenek? Samsa sorsa nem példázata-e annak a bölcs mondásnak, amely szerint a közgazdászok ugyan mindennek ismerik az árát, de az értékét semminek? Vajon nem az-e a helyzet, hogy még Samsa legendás szerzői termékenysége sem a közgazdaságtani megközelítés erejét és lehetőségeit, hanem épp ellenkezőleg, a csődjét igazolja? Nyilvánvaló, hogy a jog közgazdásza csak annak az eleven, lüktető, zibongó élmény-kavalkádnak, ami az emberi tapasztalat gazdagságát adja,

⁵ ARKHILOKHOSZ: (Egy elveszett állatmeséből), In: FALUDY GYÖRGY: *Test és Lélek*, Magyar Világ, Bp., 1988, 22. p. (ford. FALUDY GYÖRGY)

⁶ Vö. PETER TEACHOUT: Chicago Exposition: The New American Jurisprudential Writing as a Cultural Literature, 39 *Mercer L. Rev.* 767, 801 (1988), ill. SAUL BELLOW: *Napjaid gyümölcse*, Magvető Kiadó, Bp., 1980.

a teljes figyelmen kívül hagyása mellett lehet képes egyetlen modell keretei között magyarázni társadalmi érintkezéseinket.

A *Jog és irodalom* hatodik fejezetében Samsa – álnok módon – megpróbálta előre hatástalanítani D’Amato kritikáját a jog gazdasági elemzésével szemben. Többek között amellet érvelt, hogy az absztrakció a tudományos módszer esszenciája; hogy mivel az emberek végső soron nem mások, mint állatok terjedelmes agytérfogattal (mely utóbbi megjegyzés az éles szeműek kezébe további kulcsot adott a „Posner”-rejtvény megfejtéséhez), így társas interakcióik mutathatnak tudományosan igazolható törvényszerű szabályosságokat; hogy a nem-piaci viselkedés ökonómiájára vonatkozóan létezik olyan virágzó irodalom, amelynek darabjait a jogászok haszonnal forgathatnák; hogy számos jel utal arra, hogy a jogi eljárások résztvevői gyakran racionálisan viselkednek; hogy a jogtudomány önmagában nem olyan hatékony eszköze a vizsgálódásnak, hogy megengedhetné magának, hogy durván visszautasítsa más diszciplínák közreműködését; s hogy a közgazdaságtan valóban rideg és ijesztő nyelve csak azért ilyen, mert a közgazdász pontosságra törekszik, viszont semmivel sem embertelenebb, mint a tízévenkénti népszámlálás vagy epidemiológiai értekezések a tüdőrákról vagy az átlagkereset alakulása. A szépséghiba mégis szembeötlő. Mert amikor mindez elmondott, hol maradt a szeretet?

West professzorasszony tanulmánya, amelyben szintén lehull a lepel a *Jog és irodalom* szerzőjéről, inkább pszichobiográfiai természetű, mint historikus, ám szépen kiegészíti D’Amato „Posner”-azonosítását.⁷ Válogatott idézetek hálóját szöve köré, e dekonstruktív tour de force keretében West sem hagy kétséget afelől, hogy a *Jog és irodalom* szerzője egyike a karkai karaktereknek. Irtózik a szabadságtól (s „Posner” tiltakozásai csak további bizonyítékai a West által feltárt szubtextusnak), irtózik a természetestől (a *Halál Velencében* Aschenbachjának rokona), a passzivitást és az elnyomást ünnepli, sóvárog, hogy alávethesse magát valamilyen autoritásnak – ki más is lehetne, mint Kafka teremtménye?

Az a „Posner”, aki West ravasz olvasatában életre kel, nem lehet – miként azt korábban gondolták róla, s ahogy azt hajdanán maga West is gondolta⁸ – a szabad piacok panglossianus felkent papja, hacsak a piaci szabadságot valaki nem rabszolgaságként értelmezi. Ahogy nem is a klasszikus liberalizmus híve, hacsak valaki a liberalizmust a szabadság elől való menekülésként nem értelmezi. S épp így nem pluralista, kulturális relativista vagy libertariánus, hacsak valaki mindezeket nem az autoritarianizmus különféle álcáiként értelmezi. S ez ugyanaz a „Posner”, aki – egy híresebb autoritariánushoz, George Orwellhez hasonlóan (már megint egy írói álnév) – úgy gondolja, hogy az irodalmi értékítéleteknek az idő teljességében kell kirajzolódniuk, és nem valamilyen kulturális elit diktátumaiként megfogalmazódniuk; aki, mint az autoritariánus John Stuart Mill, az eszmék piacában hisz; aki, mint az Amerikai Polgárjogi Unió autoritariánus jogászai, úgy hiszi, hogy a művészeteket nem kell cenzúrázni; aki kritizálja az irodalom átpolitizálódását; aki Holmes főbíró véleményét, amellyel kiállt a sterilizációs törvény mellett, „gyatra érvelésű, embertelen, sőt, gonosz” állásfoglalásként jellemzi; aki tagadja, hogy az igazságosság eszméje kimerülne a jogi igazságosság fogalmában; aki megkérdőjelezi a jogi formalizmus létjogosultságát és a hagyományos legalizmus egyéb nézőpontjait is; aki elutasítja a szerzői szándék kitüntetett szerepét az irodalmi értelmezésben; aki empatikusabb jogtudomány létrehozását sürgeti; aki azt javasolja olvasóinak, hogy „ne vegyék semmibe romantikus ösztöneiket, az emberi lehetőségek végtelenségének érzetét, ami kiiktathatatlan eleme az emberi természetnek, s történetileg legalább annyi jónak, mint rossznak a forrása” – nos, ezek szerint ez a libertariánus pozór félreértette a szabadság lényegét.

⁷ ROBIN WEST: Law, Literature, and the Celebration of Authority, 83 *Northwestern U. L. Rev.* 977 (1989)

⁸ 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, 387 (1985) („Posner teoretikus világa egy elégedett és látszólag boldog világ.”)

A szabadság nem tűri a kompromisszumot; a „rendezett szabadság”: oxymoron. A szabadság 1968 szelleme, az ifjúság szelleme és az egészséges öntudaté. A szabadság a szubjektivitás valamennyi formájának ünnepe, ide értve az olvasó szabadságát is, hogy figyelmen kívül hagyja egy szöveg szavainak a jelentését (ezt a szabadságot aknázza ki West a legmélyebben a *Jog és irodalom* olvasása során). A szabadság elkötelezettség az emberi természet határtalan képlékenysége mellett, valamennyi dolgunk (szavunk, fogalmunk, jogunk) kontingenciája mellett. A szabadság hit abban, hogy ha meg tudnánk végre szabadítani szellemünket mindazon vénemberek lejárt eszméitől, akik a politikaelméletet, a közgazdaságtant, a genetika tudományát és, igen, a jogot formálták; ha végre megtanulnánk „tanulni elfelejtett természetünktől, hallgatni a szívünkre és bízni legmélyebb énünkben”⁹; ha végre tudatosítanánk magunkban, hogy a joguralom és a piac, a börtönök és a rendőrség, a konvenciók és a különbségek emberek adottságai és jelleme között, a burzsoá értékek, a prudencia, kérdések intézése diákokhoz az órákon, a nyugati civilizáció nagy művei (melyek sorában ott az a reakciós szexista munka, a *Nikhomakhoszi etika* is), az érettség és a professzionalizmus, a szakértelem és a tisztelet és a tradíciók és – csak két szóban – az intézmények és korlátok, vagy – egy szóval – a liberalizmus egytől egyig csak autoritáriánus hülyeség, akkor elvégezhetnénk a feladatunkat (s könnyebb volna, mint gondolnák), hogy építsünk egy meleg, szeretetteljes, törődő, nyitott, reményteli, összeölelkezős, közvetlen, hierarchia mentes, prelingvisztikus, empatikus, affektív (de nem szentimentális, mert a liberálisok a szentimentálisak), boldog, növényevő, fegyvertelen, teljes kiőrlésű, napenergia fűtötte, radikálisan polimorf, osztály nélküli, Utópikus társadalmat az Egész Emberi Család számára.

Megindultan és zavartan, Samsa egy sötét sarokba húzódik vissza, hogy bánatban és szegyenben – amely nyilván túléli őt is – elmélkedjen vízióinak szüklátókörsége felett.

(EPILÓGUS)

Ez volt Gregor Samsa egyetlen saját neve alatt megjelentetett jogtudományi publikációja. Samsa további sorsa majdhogynem ismeretlen, újfent jobbra csak találgatásokra szorítkozhatunk. A legkomorabb lehetőséget egyelőre vessük el, annak ellenére, hogy írásának utolsó mondata nem mentes az efféle célzásoktól. A „sötét sarok” kifejezés egyértelműen a mitológiai Hádészra utal, és Josef K. élete szomorú végének a megidézése is („szégyene talán még túléli őt”) az öngyilkosság lehetőségének fontolgatásáról szóló üzenetként olvasandó. Teljes bizonyossággal ugyan ezt a tragikus forgatókönyvet sem zárhatjuk ki az események alakulásának sorából, ám mégis élhetünk valamelyest megalapozott ellenvetéssel, amennyiben maga Samsa írja, hogy a hozzá hasonló alakok halhatatlanok, és ebben az esetben szuicid hajlamról kevéssé értelmes beszélnünk. Valószínűleg más történet, és inkább az eltűnés, név- és alakváltoztatás vagy a megtevesztés merészebb taktikáihoz folyamodott.

Íly módon a „sötét sarok” fordulat is jelentésváltozáson esik át, jelölheti akár a világ bármely – Amerikától távoli – szegletét. Hiteles források számolnak be arról, hogy mintha látták volna Samsát újra „Posner” álnéven megjelenni a jogfilozófusok amszterdami világtalálkozóján, már az új évezredben. (Főhősünk talán úgy gondolhatta, hogy Európa és a lelepleződése óta eltelt tizenöt év elegendő távolság és idő ahhoz, hogy a jogfilozófusok megfeledkezzenek az 1989-es szenzációról. Elvégre van fontosabb dolguk is, épp elég. Azzal azonban nem számolt, s ez szinte érthetetlen elővigyázatlanságról tanúskodik, hogy a jogtudósok mindent – apró részleteket is – észben tartanak.) A szemtanúk egybehangzó és világosan felismerhető személyleírással szolgálták Samsáról: cingár alkat, nagy fej, jellegzetes

⁹ ROBIN WEST: *Law, Literature, and the Celebration of Authority*, lásd fent 6. sz. jegyzet, 1011. p.

kéztartás. (Ezen a ponton a mesélők egyike sem volt képes ellenállni a karizmának, amely hasonlóan a karkai szövegvilág szinte mágikus vonzerejéhez a leírt alakból sugárzott, és – az „*ilyen hosszú ujjai voltak!*” megjegyzés kíséretében – önkéntelenül kifeszítették tenyerüket, mintha maguk is próbálnák valamiképp az ujjukat megnyújtani.

Ezek után viszont e különös figura nyomát végképp elveszítjük. Bizonyos vélekedések szerint visszatért szülőhazájába, az irónia városába, ami ma Csehország központjaként ismert. Látták a Hradsin hosszú folyosóin rollerrel közlekedni (s ezúttal a felsorakozott sofőrök, komornyikok és egyéb tisztségviselők állítólag „Vacláv”-nak szólították), de feltűnni az U Flekuban és az Arany Tigrisben is, míg más legendák szerint ő lehetett az, aki „Hrabal” fedőnéven szörnyű balesetet szenvedett, miközben galambokat etetett a főváros egyik kórházának erkélyén, lába megcsúszott és kizuhant. Ám tudjuk, a szájhagyományt a nép teremti, az írók fantáziálnak, illetően formán lehetséges, hogy mindez képzelgés, s csak egyvalami bizonyos: hogy Samsa eddigi utolsó felbukkanásának hónapjában – és *ilyenkor már a kürt ekhóiban hallatszanak a tél lovasai* – Prágába újra beköszöntött, ami minden évben szokott: a karácsony, a hóesés.

Pokol Béla

Ítélező jogi fakultások. Adalékok a középkori jog szerkezetéhez

Az 1800-as évek közepétől vizsgálva a modern európai és amerikai jogrendszereket, a jog értelmi rétegeinek hordozói - a törvénytörvény felett rendelkező parlamenti pártpolitikusok és minisztériumi törvényelőkészítési apparátusai, a jogdogmatikai kategóriákat és fogalmakat gondozó egyetemi jogászság, az eseti jogi döntésekből kinövő, konkretizáló bírói jogot létrehozó bírói kar és az eseteket az ügyfelek szempontjai szerint formáló ügyvédek és ügyészek - elkülönülnek egymástól, és szakmai ethoszaik, de konkrét jogi előírások is igyekeznek sajátos funkcióikat tisztán tartani más feladatok torzításaitól. A jogász szerepek mai megoszlásának és a jog szerkezetének mai felépítésének mélyebb megértéséhez jutunk azonban, ha történetileg korábbi időpontokban is szem elé tudjuk kapni a jog akkori szerkezetét, az abban játszott jogász szerepeket, és ezek maitól eltérő összekapcsolásait. A középkor és az újkor első évszázadainak kontinentális európai jogrendszerei és az akkori jogász szerepek eltérései a maitól jól megmutatják, hogy egyrészt a jog és a joggyakorlat funkcionális problémáit miként lehetett megoldani az akkori körülmények között, másrészt ezektől a megoldásoktól miként közeledtek az 1800-s évek végéig a ma ismert jogszerkezeti felépítéshez.

Az ítélező jogi fakultások az 1200-as évek végi észak-olasz területek kezdetei után az 1400-as évek közepétől indulóan a németeknél alakultak ki, és ez az egyetemi jogászprofesszori csoportokat helyezte a konkrét eseti bíráskodás középpontjába. De ugyanakkor ezek a professzori ítélező testületek, a Spruchkollegium-ok egyben a mai ügyvédi tevékenység tudományosabb vállfaját, a konzíliumadást is ellátták, és e tevékenységük nem egyszerűen „melléktevékenységet” jelentett a tanítás és a jogirodalmi tevékenység mellett, mert az ebből adódó munkateher és a befolyó honoráriumok bőven – néha többszörösen – meghaladták az egyetemi oktatói munkát és finanszírozását. A konzíliumadás a németeken túl, szélesebb körben is, az olaszoknál, a franciáknál, a spanyoloknál és a hollandoknál is központi szerepet játszott az egyetemi professzorok tevékenységében, igaz itt rajtuk kívül hamar megjelentek a városi hivatalnokok, a felsőbírák és az állami központi kancellária főtisztviselői konkurenciaként. A németeknél az ítélezési fakultások és bennük az jogászprofesszorok háttérbeszorulását illetve szorítását az elitjogászok egy részének egyetemekről áttelepedése az abszolutista hatalomhoz jutott német királyi és hercegi udvarokba indította el az 1700-as évek elejétől, de ugyanígy a francia királyi udvar ordonnance-ainak átfogóbb kódex-szabályozásai is csak a jogászdoktorok királyi udvarba áttelepedésével jöhettek létre. Tágabban is szemlélve, a konzíliumkérés a bíróságok részéről annak mértékében szorult vissza franciáknál, a spanyoloknál és a holland területeken is az 1700-as évek elejéig, ahogy a római jogban és ennek újkori usus modernus változatában képzett jogászdoktorok elfoglalták a felsőbírói posztokat. A jog belső differenciálódásának folyamatai és a mai szerepmegoszlások kialakulása így a legközvetlenebbül végigkövethetőek és megérthetőek, ha az egyetemi jogászság középkori ítélezési és konzíliumadási tevékenységét vesszük szemügyre.

A mai jogrendszerekben felbukkanó olyan kiegészítő tevékenységek a jogász alapszerepek és tevékenységek mellett, mint az egyetemi jogászprofesszorok eseti jogi szakvéleményadásai

vagy és a jogirodalmi vélemények fő áramlatainak „uralkodó tanként” jogforrási szerepbe emelése egyes jogrendszerekben, például a legerősebben a németeknél (lásd Drosdeck 1989, magyar nyelven Pokol 2001:216-217; Szabó 2001:154-156) vagy az amerikai joggyakorlatban oly elterjedt „amicus curiae”-levél, a középkori fejlemények utóhatásait jelentik, noha részben átalakult funkciókat ellátva.

A következőkben az e problémakört tárgyaló jogtörténeti munkákat ebből a szempontból igyekszem kivonatolni, és egy rövid összképet adni a középkori és újkori egyetemi jogászság ítélkezési és konzíliumadási tevékenységéről. Az utóbbiról magyar nyelven tudomásom szerint egyetlen tanulmányt Szabó Béla készíttette „Doktor alkotta jog” címmel (lásd Szabó 2001), de a professzori ítélkező munkáról nem találtam magyar anyagot. A konzíliumadás római jogi előzményeit Pólay Elemér 1988-as „A római jogászok gondolkodásmódja” c. könyvének egyes részletei mutatják be (különösen Pólay 1988:38-40; és 141-155). A középkor vonatkozásában nagyobb terjedelemben és részletesebben foglalkozott ezzel a kérdéskörrel a Helmut Coing által szerkesztett „Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte” c. többkötetes mű II/2. kötete, külön német, francia, spanyol és holland országtanulmányokkal, de legfőbb segítséget itteni munkámhoz Ulrich Falk frissen megjelent nagymonográfiája adta (lásd Falk 2006).

E jogtörténeti anyag rendszeresebb jogelméleti keretbe illesztése még egy következő feladatot jelent, és terveim szerint a jog egyes rétegeinek részletesebb jogtörténeti elemzése után néhány év múlva átfogó jogelméleti munkámat ezek alapján írom újra át (a legutóbbi összefoglaláshoz lásd Pokol 2005).

1. A konzíliumok gyakorlatának kialakulása: disputatio, quaestio, konsilium

A középkori és újkori konzíliumadás a jogászdoktorok részéről - mely több helyen átfejlődött a bíróságok kérésére ítéletkészítésre is - alapvetően a római jogban bevett responsum-adásból vette a mintát, de formáját tekintve a középkori jogi iskolák tanítási módszerét képező disputációkból alakult ki. Az Accursius utáni legisták a quaestio formáját a glosszátoktól vették át, és egész időszakukban számtalan ilyen készítettek. Maguk a glosszátorok a quaestio-t a tanításuk folyamatának részét képező disputatio-ból alakították ki, és az első kommentátorok is e formában írták quaestióikat. Pl. Bartolus quaestiói pontosan megadják a disputáció idejét és helyét, melyből eredtek az egyes íráások. Ezeket a disputációkat az egyetemi szabályzatok írták körül, és az ebből készült írásbeli anyagokat az egyetemi gyűjtemény számára lemásolni rendelték. Később a quaestio mint írásmű már önállósodott, és nem ténylegesen lefolyt disputációk nyomán írtak ilyeneket, de azért ezeket imitálták. A kommentátorirodalom quaestiói abból álltak, hogy néhány pontosan megfogalmazott jogi kérdést vázoltak fel, melyek eldöntéséhez érveket és ezekhez ellenérveket soroltak fel, és vizsgálták meg egyesével. Így a séma a következő: az eset rövid leírása (casus); a jogi kérdés (quaestio szűkebb értelemben) érvek és ellenérvek, majd a megoldás (solution, decisio).

Első példa ehhez Cinus „Rector civitatis” c. quaestiója, melynek elején egy eset rövid leírása áll, majd három jogkérdés középpontba állítása következik, és ezeket egyesével megvitatta. Az első jogi kérdést ismét három részre bontotta, és ezek mindegyikéhez érveket és ellenérveket vizsgált meg, az eldöntési lehetőségeket feltárandó. A következő példa Bartolus „Lucanae civitatis” nevű quaestiója, melyet 1342-ben Pisa-ban vitatott meg. Először az eset rövid leírása,

melyből két, egymással összefüggő jogi kérdést emelt ki, és ezután tíz érv és tíz ellenérv következik, Ezután egy hipotézisszerű tézis a jogi kérdések megoldásához, melyet a lehetséges ellenérvek megvizsgálásával jár körbe, és ezután a feltételes döntésből végleges döntést formált. „Ez a quaestio követi a disputáció folyamatát, ahol először a diákok vitatják meg a jogi kérdéseket és az érveket, majd a tanár következik, aki tisztázza a felmerült problémákat és a döntést meghozza” (Horn 1973:334).

A quaestio tárgyai rendszerint teljes jogesetek voltak, és nem csak egy-egy absztrakt jogi kérdés, de néha a disputáció tárgya egy absztrakt jogkérdés megvitatására szűkült. Később a sok-sok quaestio készítése és megvitatása után egyes szerzők már csak az ezekből felhalmozódott jogi kérdéseket és ezek megoldásaihoz a bevezetett distinkciókat tárgyalták, és ezekben az eredeti quaestiók már csak mint egy nagyobb monografikus mű részei szerepeltek egy-egy átfogóbb terület jogi kérdéseinek rendszeres tárgyalása kapcsán. Pl. Petrus Bellapertica „Quaestiones auree” c. műve már csak a rövid distinkciók tömegét tartalmazta. A quaestio írásmű alapját a középkori exegézis eljárásban a „quaero” igével jelzett művelet képezte, mely a felmerülő problémák rögzítését és intenzívebb tárgyalását célozták.

A konzílium mint forma a quaestio fejlődése folyamán jött létre azáltal, hogy az addig tanításban használt és kialakult elemzési formát a gyakorlat vitás eseteire és ezek jogi megoldásaira kezdték alkalmazni. „Was in der questio methodisch eingeübt wird, wird im consilium auf die Rechtspraxis angewendet. Das consilium ist das wissenschaftliche Gutachten eines Rechtslehrers über eine Rechtsfrage der Praxis” (Horn 1973:336). A kommentátorok idején ez már folyamatos foglalkozássá vált, és Baldus - Savigny közlése szerint - egyézs vagyont gyűjtött ezzel a tevékenységével. Halála után később 2500 konzíliuma jelent meg nyomtatott formában. A konzíliumokat vagy a feleknek még az üzleti tevékenységük folyamán adtak, vagy a peres eljárásuk menetében a felek valamelyike, vagy a bíróság kérésére. Bár a fő szabály szerint az itáliai gyakorlatban ekkor a bíróság kérte a peres eljárásban a konzíliumot a felek javaslatára vagy e nélkül is. Mint stabil intézmény az eljárásban először az 1200-as években jelent meg a konzíliumadás. Több városi statútumban megjelent ebben az időszakban, de Durantis Speculum iudiciale c. kézikönyve is ezt bizonyítja.

Woldemar Engelmann 1938-as „Wiedergeburt der europäischen Rechtskultur” c. könyve kimutatta, hogy elsősorban a Podesta-bírósági formával rendelkező városokban alkalmazták ezt, mivel az így külföldről jött bírák nem ismerték a helyi jogot, de különösen, mert hivatali idejük lejárta után felelősek voltak döntéseikért. (Lásd ehhez Szabó Béla leírását is, különösen Szabó 2001:122). Nápolyi királyságban ez csekélyebb szerepet kapott, mert Róma egyházi bíróságai elutasítóan áltak szemben a konzíliumkéréssel. De a ius commun álláspontja szerint később az alakult ki, hogy nehéz és bonyolult esetekben a bíróságnak joga volt konzíliumot kérni, amelyet ugyan figyelembe kellett vennie döntése kialakításában aztán, de uralkodó vélemény szerint ehhez nem volt kötve. „Ein eingeholtenes Gutachten mußte bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden, die Richter waren aber nicht daran gebunden”. (Horn id. mű,337.p.) Később a városi statútumok egyre inkább azt írták elő, hogy a bíró a felek kérésére köteles beszerezni a konzíliumot az adott ügyben, de hivatalból kérés csak kivételes legyen. Az 1300-as és 1400-as években néhány városi statútum azt írta elő, hogy a bíró köteles a konzílium alapján dönteni. Ezek a konzíliumok rendszerint egyedi jogtudósok jogi véleményei voltak, de néha testületi jogvélemény is volt. A konzílium tárgya legtöbbször egy egész jogeset volt - amihez elküldték az aktákat - de sokszor csak egy-jogi kérdés.

Jellemző, hogy a kezdeti időkben a konzíliumok témaiként legtöbbször mai felfogás szerint közjogi jellegű kérdések szerepeltek. Pl. Cinus 20 konzíliumából 15 ilyen volt, és csak öt a mai

értelemben vett magánjog területére eső. Pl. Baldus egy konzíliuma egy város hűbéri függésének kérdését vizsgálta egy vitában. A városok és más politikai testületek és hatalmak közötti vita során sűrűn alkalmazták a konzíliumkérést.

A konzíliumok gyakorlatának kialakulása összefüggött a bírói ítéletek indokolással ellátásának kérdésével, és ezt vizsgálta meg Mario Ascheri az olasz döntvénygyűjtemények kapcsán. (A „Sentenza–dipositivo”, akkori latin jelzéssel „vota decisiva” vagyis az ítélet érdemi része és az indokolás, a „Sentenza –mozivazione” megjelenítése ezekben a gyűjteményekben.) A egyházi Rota-bíróságok, a csúcson a Rota Romana-val kötelesek voltak már korán indokolással ellátni ítéletüket, míg a többi bíróságnál ez változó volt, és csak 1774-től válik törvényileg kötelezővé ez az olasz részek bíróságaira általában. A döntvénygyűjtemények ezért csak az ilyen bíróságok indokolásait közlik együtt az ítéleti rendelkező résszel. A Rota bíróságokon a bírák rendszerint előtte egyetemi professzorok voltak, és az indokolással ellátott saját döntéseik kiadása után ezek a művek átfogóan befolyásoltak a joggyakorlatot. De pl. Torino világi bíróságánál is kötelezővé tették már 1774 előtt az indokolással ellátott ítélethezatalt. A gyakorlat számára épp az ítéleti indokolás volt a fontos, mivel ez adta meg a normatív alap körbeírását egy tényállásra, és ezt nevezték „decisio”-nak. A Rota és a döntési stílusát átvevő más bíróságok döntéseinek tipikus formája a következő volt: bevezetőben a tényállás rövid leírása, majd a vitás jogi kérdések az ügyben, ezután a pervesztes fél álláspontjának ismertetése, majd álláspontja elutasításának indokai a másik fél részéről, majd az elutasítás okai a bíróság részéről, végül a bíróság által elfogadott normatív támpontok megadása.

Az olaszoknál elterjedtek voltak a bírósági konzíliumok is, amikor egy bíróság kért ilyet egy magasabb bíróságtól, mely az előtte futó ügyben akart megalapozottabb ítéletet hozni. Ritkán kerültek nyomtatásba itt ilyen konzíliumok gyűjteményekbe. Voltak olyanok is, melyek egyszerűen csak aláírást kértek egy másik bíróság által már elkészített konzíliumhoz, hogy erősítse hitelét, ahogy a privát professzorok korábbi olasz gyakorlatában is ez jelentős volt.

A konzíliumok szerepére és ezek gyűjteményeire az itáliai területeken Ascheri összegzése a következő: „Man kann sagen, daß die Literaturtyp des Konsiliums im 16. Jahrhundert beherrschend ist. Deshalb kann man mit Recht von einer Konsiliatorenzeit sprechen. In den darauffolgenden Jahrhunderten nahm die Konsilienliteratur weniger zu; ihr Ansehen ging aber im Vergleich zur Autorität der Rechtsprechung zurück. Im 18. Jahrhundert bekam die Rechtsprechung schließlich eine beherrschende Stellung, und die Konsiliensammlungen wurden auch zahlenmäßig seltener” (Ascheri 1976:1202.) Az ezt követő időkben a konzíliumok hanyatlásának okai is jól kivehetők elemzéséből, és ennek lényege, hogy az 1600-as évekre a felsőbíróságok szerepe növekedett az alsóbíróságok ítéleteinek felülvizsgálatában, és itt egyetemi jogászprofesszorok voltak a középpontban, illetve a jogászok krémje lassan itt kezdett kialakulni, szemben az 1200-1400-as évekkel, amikor az egyetemek jelentették ezt a helyet. Így a megnövekedett tekintélyű felsőbíróságok ítéletei léptek a jogi vélemények tekintélyhierarchiájának élére, és a másik oldalról pedig az egyszerű ügyvédi tevékenység allegatio-i (keresetleveleik tényleírásai és jogi fejtegetésük) kezdték átvenni az egyetemi emberek konzíliumai szerepét, melyeket kiadva néhány ügyvéd responsum-oknak is nevezte a nagyobb tekintély kedvéért, de ezek már egyszerű ügyvédi munkát jelentettek, tisztán egy-egy fél mellett elfogultan. Így ez a konzíliumok tekintélyét végleg eltüntette. Az alsó bíróságokon még egy ideig élt az 1700-as években is a konzíliumokra támaszkodás, de a felsőbíróságokon ez szinte teljesen megszűnt ekkora.

Az összkép tehát az olasz egyetemeken belüli ítélkezésre illetve a konzíliumadás gyakorlatára a következő: az 1200-as évek második felére a bírák ítéleteinek leadása az egyetemi

professzorok felé sűrűn alkalmazott volt, igaz nem a későbbi német megoldással, az egész egyetemi Spruchkollégium döntését, hanem csak egy-egy jogászprofesszort kértek erre fel, vagy a felek megegyezése szerint, vagy a bíró választása szerint. Később ez a szerep csökkent, és az 1400-as évektől csak az egyetemi professzorok konzíliumadásának fontossága maradt meg - ennek csúcsa még az 1500-as évek első fele volt -, és innentől egyre inkább a jogtudósokkal feltöltött felsőbíróságok ítélkezési gyakorlata lépett a középpontba az 1600-as években, noha csökkenően azért még a konzíliumadások is megmaradtak, majd a 1700-a évekre ez már csak az alsóbíróságokon maradt meg. Ezzel szemben a németeknél az 1700-as évek közepéig a legteljesebb volt, mind az ítélkező fakultások szerepe (ezután még bő száz évig a német területek nagyobb részén továbbra is, kivéve a poroszokat, ahol ezt 1747-ben megtiltották), mind a egyetemi jogászprofesszorok konzíliumadási tevékenysége, és ennek eljárásjogi konzekvenciái is rögzítettek voltak.

A franciák felé fordulva először a bírói döntési gyűjteményeket említve, itt ezekből az 1500-1800 közötti időkből 25 nyomtatott kötet létezik, melyek gyűjtőit a szuverén bíróságok (elsősorban a „parlement”-ek) „arret” nevű döntései nyomán arretistáknak nevezik. A párizsi Parlement arret-jeit 1302-ben adták ki, Toulouse-ét 1420-ban, a Groneble-i parlement-ét 1453-ban, Bordeaux-ét 1462-ben, Dijon-ét 1476-ban, Rouen-ét 1499-ben, Rennes-ét 1553-ban, Metz-ét 1633-ban, Besancon-ét 1676-ban és a Nancy városiét 1775-ben (Walter 1976:1229-1234). Ezek az gyűjtemények egy-egy ilyen bíróság döntéseit tartalmazták, és a szerzőjük vagy korábban ott volt bíró, vagy ügyvéd e bíróság mellett. Már itt jelezni kell, hogy a bírósági döntések indokainak nyilvánosságát egy sor rendelet tiltotta, így ezek sokszor nem az eredeti indokolásokat tartalmazták - ha egyáltalán -, hanem csak az összeállító utólag rekonstruálta ezeket. A legtöbb gyűjtemény a párizsi parlamentről jelent meg, melynek illetékességi területe a francia királyság egyharmadát átfogta, és mintegy tízmillió lakos felett állt. A francia bírói eljárás szabályozásában alapvető volt az 1667-es ordonnance, az „Ordonance civile touchant la réformation de la justice”, amely az egész királyságban egységesítette, és újraszabályozta az eljárást. E szerint a felperes a bíróság tisztségviselője (sergent vagy huissier) révén hivatatta ellenfelét egy meghatározott bírósági napra. Ez a megidézés a felperes írásbeli keresetével történt, mely röviden tartalmazta az igényét és az ezt alátámasztó indokokat. Ez az idézés aztán kötelezte az a alperest, hogy jelentkezzen a bíróság kancelláriáján, és adja meg egy általa választott prokurátor (procureur) nevét. Ezután az alperesnek meg kellett nevezni az igénnyel szembeni védekezése indokait, és csatolnia az ezeket alátámasztó iratokat, illetve e mellett még a felperesi keresettel szemben az összes lehetséges anyagi jogi és eljárási ellenvetését meg kellett tennie. Erre a felperes még egyszer reagálhatott írásban, de ezután minden írásbeli ellenvetés és vita tiltott volt, noha a gyakorlatban ezt sokszor nem tartották be. Ebben a folyamatban a bíró még nem vett részt, és csak e második írásbeli érintkezés lezárása után lehetett a bíró elé vinni az ügyet, megadva az advokat-ok (avocat) nevét, aki képviseli az egyes feleket. A bíróság által kitzűzött tárgyalásra mind az prokurátoroknak, mind az advokat-oknak meg kellett jelennie, és ha ezen az ülésen az ügyet tisztázni tudták, a felek advokátjai megtartották perbeszédüket. Ha a bíróság az ügyet döntésre érettnak minősítette, akkor egy titkos tárgyalásra visszavonult, majd a tárgyalóteremben kihirdette az ítéletet. Ám ha nem látta érettnak, akkor egy részítéletet kellett hoznia, melyben esetleges az egyes felektől újabb iratokat betérjesztését rendelhetette el, kiküldve az egyik bírót a bírói tanácsból, ennek megvizsgálására, aki erről egy jegyzőkönyvvel számolt be a bírói tanácsnak. A bizonyítás lehetett tanúkkal, vagy az igényre vonatkozó iratokkal, de ha 100 livre értéket meghaladta pertárgy értéke, akkor a tanúbizonyítás kizárt volt, és csak iratokkal lehetett ezt bizonyítani, noha bizonyos kivételek még ezen felül is lehetővé tették kivételesen a tanúbizonyítást. (A franciáknál középkorban és az újkorban három szintű bíróság rendszer volt: első fokot a prevot (egyes területeken ezt chatelain-nek, vicomte-nak vagy viguir-nek - nevezték) jelentette, a második szint, melyhez

ezek döntései ellen lehetett fordulni, a baillage-ok vagy a sénéchaussée-k bírósága volt, és ezek döntései ellen vagy egy királyi parlamentekhez vagy más szuverén bírósághoz vezetett az út.)

Az ítéletek indokolásának alapvető hiánya a francia bíróságoknál egészen a francia forradalom idejéig jellemző volt. Még magát az ítéletet is csak külön kérelemre kapta meg a peres fél prokurátora, ez volt a „Qualité”, mely a peres felek nevét, rendi állását, az eljárás lefolyásának összefoglalását, a keresetben érvényesített igények jelzését, a legfontosabb tényeket és a bíróság következtetéseit tartalmazta. Ezt a bírósági írnok, a greffier állította össze, és ezen az leírás alá a tárgyalóteremben kihirdetett ítéletet másolta, ellátva ezt a bíróság pecsétjével. (A németeknél az ítélet rendelkező részét Urteilstenor-nak nevezik a franciák ezt dispositive-nak). Indokolást azonban soha nem tartalmazott az ítélet. Ezt csak akkor kellett indokolnia utólag a bíróságnak, ha kivételesen a parlamenttől vagy más felsőbbbírószágtól a Conseil du Roi-hoz, a királyi tanácshoz fordultak ez ellen. Ekkor a királyi tanács követelhetette a bíróságtól a megtámadott ítélet indokosának elkészítését, és átküldését számára. Azonban ennek készítésekor nagy gondot fordítottak arra, hogy a felek és ügyfelek nehegy megismerjék ezt. Az indokolások készítése korábban még szokásban volt a párizsi parlamentnél, de az 1300-s években ez fokozatosan eltűnt, és az 1336-os „Style de la chambre des enquetés” szabályozás már az indokolások tilalmát rögzítette, majd innen az egész Franciaországban elterjedt. Sok-sok megismételt tiltás után az 1535-ös ordonnance 36. szakasza megtiltotta a bíróságok elnökeinek, a bírácoknak és a bíróságok mellett tevékenykedő advokat-oknak, hogy a bíróság indokait egy-egy döntéséről a felek vagy prokurátoaik tudomására hozzák, és az ez ellen vétőt első esetben pénz- és testifenyítéssel fenyegette, majd másodszori alkalommal a hivatala elvesztésével. Ebből aztán adódott, hogy a bírósági döntésgyűjtemények egészen a francia forradalomig semmilyen hivatalos és autentikus indokolásokat nem tartalmaztak. A rendek folyamatosan tiltakoztak ez ellen, és pl. az 1560-as általános rendi gyűlésen a nemesi rend Orléans-ban követelte egy indokolást megteremtő szabályozás kiadását

A szigorú tiltás ellenére gyakorlatban az arretisták egyre inkább azért találtak utat az indokok feltárásához az 1500-as évek második felétől. Így Job Bouvot vagy Joseph Bonnet majd az 1600-as évek végén Jean de Catellan az indokolásokat és a tényállásokat is alaposan ismertetni tudta már. A legtöbb ilyen gyűjteményt azoknak az advokat-oknak gyűjteményeiből adták ki, akik egy-egy parlament mellett voltak, de egyharmadukat itteni bírác gyűjteményeiből, vagy a „gens du roi”, vagyis a Generaladvokat-ok és Generalaprokuratorok gyűjteményeiből. Az esetek leírását az ügyvédek úgy tudták elvégezni, hogy az egy-egy parlament mellé rendelt advokat-ok az ülésteremben ülhetek azokon az üléseken, ahol perbeszédet előadták, és a fiatalabb segítők rendszeresen lejegyzetelték az eljárás menetét és a felmerült tényeket, kérdéseket. Így ez a szokás egész perfolymatokat és a felmerült jogi kérdéseiket jegyzetekben megtartotta az ügyvédeknel, akik ezzel a későbbi perekben már kész anyagokhoz jutottak. Vagyis a feljegyzések eredetileg nem publikálásra, hanem saját későbbi felhasználásra készültek. Sok esetben csak a gyűjtő halála után az örökösök részéről jutott nyilvánosságra az ilyen gyűjtés. (Lásd ehhez Dawson 1968-as *The Oracles of Law* c. könyvének középkori német joggal foglalkozó részét is, Dawson 1968:195-210). Végül is a történelemből nem maradt fenn egyetlen példa sem, hogy megbüntették volna a gyűjtemények nyilvánosságra hozóit, vagy a gyűjtőket, pedig a nyomtatás előtt a király megbízottjai minden könyvet átvizsgáltak és engedélyeztek.

A francia bírósági döntési gyűjteményektől az itteni konzíliumgyűjteményekhez fordulva jelezni kell, hogy a franciáknál a többi európai országgal szemben csak kevés ilyen gyűjtemény került nyomtatásba. Ennek megértéséhez segít, ha látjuk, hogy itt a korai római jogi és kánonjogi szerep után a helyi szokásjogi gyűjtemények rendszeres létrehozása következett -

1453-ban VII. Károly erre külön rendeletet is kiadott - és ezek fogalmi rendszerezésébe az 1500-as évek vége felé olyan nagy nevek szálltak be, mint Boerius, vagy Chassaneus és Dumoulin, de ezután ezt nem folytatták. Ugyanakkor az 1500-as évek utolsó harmadában egyben a római jog második felvirágzása indult be a humanistákkal, mindenekelőtt Cujas tevékenységével. Am ez a tudományos fellendülés a gyakorlatra nem volt nagy hatással. Az egyetemeken egészen 1679-ig csak római jogot és kánonjogot oktattak, és csak ettől kezdve vették fel a tantervbe a hazai jog oktatását is. Ez az egyetemi professzorok sok-sok évtizeden keresztüli kikapcsolását hozta létre a jogi életben, és ez a magyarázata a viszonylag kevés konzílium készítésének. A legtöbbet eleve nem is egyetemi professzorok készítették itt, hanem advokat-ok vagy bírók, a fakultás-konzílium pedig teljesen hiányzott. Egy-két fennmaradt ilyen konzíliumot a német bíróságok kértek, esetleg aktafelküldési eljárásban francia egyetemektől, de ez is nagyon ritka volt. Néhány híresebb jogász konzíliumai azért nyomtatásba kerültek: Nicolaus Boerius *Consilia* c. műve 1554-ből, Chassaneus-é 1581-ből, Francois Hotmann *Consilia* c. műve 1578-ből. Az 1600-as és 1700-as években összesen 15 ilyen gyűjtemény született, vagyis mennyiségileg alacsony szinten, de még ekkor is volt azért ilyen. Ezek szerepe itt az is volt, hogy a bírói ítéletek hiányzó indoklásait ezek pótolni tudták.

A különböző spanyol királyságokban eltérő volt a bíróság ítéletindokolási kötelezettsége az középkorban és az újkorban, Kasztíliaiban a bírácnak nem kellett megindokolni az ítéleteiket, és ezt III. Károly még egy rendeletben 1778-ban meg is erősítette, ezzel szemben Aragóniában 1547-től már rendeletileg is kötelezve voltak erre, és a felek kérésére át kellett adni (Scholz 1976:1271-1318). Itt azt vélték ettől, hogy így a felek további perlekedése csökkenni fog, mert a perlekedés kilátástalanságát az indokok ismerete megmutatja. Ezzel szemben III. Károly a kasztíliaiaknál a tanácsadóira hallgatva épp azt hozta fel a megtiltásra, hogy az indokok nyilvánossága a perek számának növekedéséhez és perek fellebbezéseikhez vezet majd. Katalóniában 1510-től indokolási kötelezettség volt, ám az 1700-as évektől itt is a kasztíliai példára, a tiltásra tértek át, az ő okaikat elfogadva. Ebből az eltérésből ered, hogy a bírói döntésgyűjtemények azokon a helyeken voltak jelentősek, ahol az indokolási kötelezettség és ezek nyilvánossága létezett, vagyis aragóniai és a katalán részeken.

A konzíliumgyűjtemények sorsa a spanyoloknál: 1500 és 1650 között 15 ilyen gyűjtemény jött létre, azután már nem, noha még kiadtak néhányat a régiak közül. A konzíliumok tekintélyének csökkenése itt is az, ami mindenhol felmerült ellenük, hogy a pénzért adott jogi tanács pártossá válik, és ezt nem semleges jogi véleménynek tekinteni. Ahogy az olaszoknál is a felső bíróságok tanult bírakkal feltöltése után csökkent a konzíliumok kérése, és csak az alsó bíróságokon maradt fenn, úgy itt a spanyoloknál is ez volt a helyzet. Az alsó bíróságok nem képzett bírái kértek ilyet, és sokszor az ítélet is csak a kért szakvélemény érveit sorolta fel – írta megvetően ezekről a katalán bírósági szenátor, Lluís de Peguera 1603-ban *Practica* c. művében. Vagyis a peres felek által kért konzíliumok mellett itt is voltak bíróságok által rendelték, pl. Juan Gutierrez többször kiadott *Consilia* c. műve 1587-től kezdve jórészt ilyen bírósági szakvéleményeket tartalmazott.

A hollandoknál a konzíliumgyűjtemények csak az 1500-s évek második felétől kezdtek nyomtatásban megjelenni, az első Everardus-é 1554-ből, majd a második Leoninus gyűjteménye 1582-ben. Összesen 35 ilyen gyűjtemény jelent meg a hollandoknál - beleértve a mai belga részeket is - és ezek kb. száz kiadást értek meg összesen. A csúcsa ennek az 1600-as években volt, de még az 1700-as években is egy sor ilyen gyűjtemény jelent meg. Jellemző adat, hogy a bírósági döntésgyűjtemények kinyomtatása pedig éppen az 1700-as években érte el a csúcst, ami azt is jelenti, hogy a súlypont a kezdeti jogtudósi véleményekről mindinkább átcúszott a tanult jogászokkal feltöltött bíróságokra egy idő után. Fakultások által készített

konzíliumok nyomtatásban csak kis számmal jöttek létre hollandoknál, de Groningen vagy Leuven fakultásai adtak ki ilyeneket. Az 1400-as években a fakultáskonzíliumokat a holland bíróságok sokszor még felhasználták ítéletkészítésre is, de ez nem vált itt bevetté, ahogy később a németeknél (Wagner 1976:1399-1430).

2. A konzíliumadás és az ítélkező fakultások paradicsoma: a német egyetemi jogászság

Ulrich Falk 2000-ben habilitációs disszertációt írt e témáról „Die Gutachtenpraxis des Usus Modernus pandectarum” címmel, és ebből nőtt ki 2006-ban megjelent nagy monográfiája (Falk 2006). A következőkben elsősorban ez alapján kerül bemutatásra a német gyakorlat, bevonva ellenőrzésképpen Steffen Kischkel 2003-as kismonográfiáját, mely ezt csak Rostock egyeteme szempontjából vizsgálja meg, illetve Wieacker magánjogtörténetét, melyben ez a vonal érintőlegesen szerepel (Wieacker 1967). Ezen túl említeni kell John P. Dawson 1968-as nagy munkáját, amely a német ítélkező fakultások hatását az egész későbbi német jog eltudományosodása szempontjából tárgyalja (lásd Dawson 1968; feldolgozását magyar nyelven Pokol 1991:131-134).

Falk alapvetően az 1500-1800 közötti konzíliumadási és az egyetemek felé irányuló Aktenversendung keretében végzett praxist elemzi, az erre vonatkozó szakirodalmon túl azzal a technikával, hogy néhány konzíliumadásban és egyetemi bíraskodásban résztvevő professzor által kiadott gyűjteményt elemez, és ebből emel ki néhány jellemző jogesetet, majd ez alapján ítéli meg a jog akkori szerkezetében a konzíliumadási és aktafelküldési eljárás szerepét, funkcióit. Christoph Richter az egyik ilyen, aki 1602-1673 között élt, és a Jénában volt professzor illetve az ottani Schöffentstuhl tagja, ennek keretén belül folyamatosan konzíliumok és ítéletek szerkesztésében vett részt. Ez a Schöffentstuhl tulajdonképpen a Jéna egyetemének a Spruchkollegium-a volt, de Richter egyben Beisitzer (assessor) is volt Jéna Hofgericht-jénél. Gyűjteménye címe „Decisionens Juris Variarum” volt, és 1668-ban jelent meg, részben német részben latin nyelven, ami ebben az időben a jogban használt nyelvre a németeknél általában is jellemző volt.

A konzíliumadás és az egyetemi ítélkezés összefüggéséről írja Falk: „Az akkori szakvéleményadás funkcionális mechanizmusai elválaszthatatlanul össze voltak kötve egy intézménnyel, mely a Régi Birodalomban központi szerepet játszott, az aktafelküldési eljárással (transmissio actorum)” (Falk 2006:5). Lipszében ez az intézmény már az 1400-as évek közepén kimutatható, a Wittenbergi Egyetemen a kollektív szakvéleményadás kezdetei 1500 körül kezdődtek, míg az ítéletek kidolgozása itt az aktafelküldés során 1530-tól. De a peres felek által kért szakvélemény is kimutatható a Wittenbergi Egyetemen az 1500-s évek első évtizedétől. Jénában 1558-ban alapították az egyetemet, és a konzíliumadási praxis itt is rögtön megkezdődött. „A bíróságok átküldték az ügynevezett „Collegiis practicis und relatoriis”-nak az összes és lepecsételt bírósági aktákat egy kísérőlevéllel együtt, amelyben egy döntést kértek az akták alapján” (uo.). Néha a kérés csak a döntési formula megadására vonatkozott, de nem ritkán az ítéleti indokolással, az ún. Zweifel- und Entscheidungsgründen”, latinul „rationes dubitandi et decidendi” elkészítésével együtt. A visszaküldés után a bíróság az ítéleti javaslatot – „der eingeholte Rath der Rechtsgelehrten” az akkori formula szerint - saját nevében, mint ítéletet kihirdette. A teljes neve ennek az eljárásnak az akkor használt latin alapján „transmissio Actorum ad Collegium Iureconsultorum pro concipiendis sententia” volt, és ennek normatív alapja a közös német jogban szokásjogilag alakult ki, a területi törvényhozások által legtöbbször

csak hallgatólagosan elismerve, de néha konkrét szabályozást is adtak ki erre az eljárásra. Birodalmi szinten pedig fontos volt ebből a szempontból az 1532-ben megjelent büntetőjogi Carolina szabályozása, amely kétség esetén a bírák számára az ügy aktáinak egy közeleső egyetemre felküldését írta elő tanácskérés céljából. De ezután is kifejezett megerősítést például a szász választófejedelem egy 1572-ben konstitúciójában kapott ez az eljárás, miután a korábbi gyakorlatot több bíróság elhagyta, és az ítélező fakultás kollégiumainak ítéleti formuláját nem mindig hirdették ki ítéletként, ezért a választófejedelem elrendelte: „Derhalben ordnen und constituiren wir, daß solcher Gebrauch nochmals beständig und die also publicierte Urtheil kräftig seyn, auch in rem iudicatum gehen sollte” (idézi Falk 2006:6). Vitás volt az eltérő német területek között, hogy a bíró köteles-e kihirdetni a megkapott ítéleti formulát, vagy azt elvetve egy másik egyetemhez fordulhat-e ezután, más ítéleti formuláért. A többség a megismételt eljárást lehetségesnek tartotta, és néha gyakorolta is.

A bíróságok kérésére adott konzíliumok és az ítéletek indokolási kötelessége vitatott volt, és a régi német bíróságok egészen az 1700-as elejéig az ítéleti indokolás megadásától fel voltak mentve. Ugyanígy a Spruchfakultás részére sem állt fenn általános indokolási kötelesség az aktafelküldési eljárás keretében az ítéleti formulán túl, de ha bíróság adott esetben erre kérte őket, akkor kötelesek voltak erre is, noha ez hosszabb időt vett igénybe, és megdrágította az eljárást. Ezzel szemben a magánfél részére adott konzíliumokban az indokokat rendszerint meg kellett adni, már Carpzow is ezt írta az 1600-as évek gyakorlata alapján. Ez a helyzet tisztán látszik Christian Thomasius (1655-1728) döntési gyűjteményében, aki miután a bíróság egymás után két Spruchkollegium-tól is kért ugyanarról az ügyről ítéletet és ő mindkettőt közli, csak a lipcsei Spruchkollegium ítéleti formulája van indokolással ellátva, és a hallei nem, jelezve, hogy Halle felé elküldött levélben nem kért indokolást a felkérő levél: „Weil keine Rationes decidendi gefordert wurden, haben wir auch keine gegeben” (idézi Falk 2006:10). Ez a gyakorlat már az 1500-es évek közepétől kimutatható néhány Spruchkollegium esetében, pl. Marburg jogi fakultásának szabályzata írja 1570-ből: „rationibus seu motivis” csak a megbízó kifejezett kérésére készítenőd, és azt archiválni kell a fakultáson belül, és ugyanezt az 1633-as egyetemi szabályzatukban is megismétlik. Ám abban is egyetértés volt, hogy a bíróság utólagos kérésére is el kell készíteni az indokolást az olyan ügyben, ahol eredetileg indokolás nélkül kértek ítéletet, és küldték át a bíróságnak. Erre különösen akkor került sor, ha a vesztes peres fél egy jogorvoslatot nyújtott be, és a bíróság most már fokozott érdeklődéssel bírt az ítéleti indokolás iránt. Ez már az 1600-as évek elején a *communis opinio doctorum* része volt, mint Dominicus Arumaeus (1579-1637) egy 1612-es tanulmányában írta. (Ő 1605-től volt Jénában professzor és az itteni Schöffentstuhl tagja.) Pl. egy ilyen esetben 1659-ben Halle Spruchfakultása azt válaszolta Naumburg bíróságának, hogy két feltétel esetén elkészítik az utólagos indokolást korábbi ítéleti formulájukhoz: Először is az összes aktát kérik még egyszer, másodsor, egy további honoráriumot fizessenek még. De a pótlólagos honorárium vitatott volt 1654-től - mint Brunemann írta erről - mert egy, Regensburgban tartott birodalmi gyűlésen hozott 1654-es birodalmi határozat óta az összes Spruchkollegium arra volt kötelezve, hogy az ítéleti indokolást legalább röviden írják mindig le. Így ha egy peres fél az ítéletet később megtámadja, az indokolásokat ingyenesen kötetesek voltak átadni a bíróságnak az ítélező fakultás tagjai. Az utólagos döntési gyűjtemények publikációi mindenestre azt mutatják, hogy az 1600-as évektől az ítélező fakultások az ítéleteiket rendszerint megindokolták, még ha néhányan csak röviden tette ezt. Ez azonban a kor bírói gyakorlata miatt volt, ahol rendszerint erre nem fektettek hangsúlyt.

A konzíliumgyűjteményekbe sokszor felvettek a publikáló szerzők sajátjukon kívül másoktól származókat is, azok engedélye nélkül, a peres felek nevének publikálásával együtt, és a kifogások ellen védekezve írta Christopher Richter gyűjteménye elején, hogy a rómaiaknál

pontifexek monopóliumát megtörendő Gnaeus Flavius is nyilvánosságra hozta a kereseti formákat, nagy jótéteményt gyakorolva ezzel: „Zugleich beschwor er den legendären Gnaeus Flavius der das Monopol der römischen pontificies brach, indem er die sakralen Klageformeln dem Volk bekannt machte”. (Falk 2006:15.).

Az 1600-as évek közepén keletkező gyűjteményeken, melyekben az egyes döntések valóban csak az oda vonatkozó ítélet vagy konzílium szövegét tartalmazták, túlmutat Richter technikája, aki bár szintén egy-egy döntésnek nevezi, és egy konkrét eset köré szervezi a bemutatást, de ennek kapcsán az adott normatív támpontra vonatkozó korábbi konzíliumok és ítéletek sokaságát mutatja be. Így inkább mai értelemben joggyakorlatot bemutató tanulmánynak tekinthető munkája nagy része. Erre egy példa gyűjteményéből: egy nő kártérítési keresetét írja le korábbi szexuális partnerével szemben, akitől gyereke lett, és ennek kapcsán Richter a jénai Schöffentstuhl gyakorlatából húsz korábbi döntést (aktafelküldési eljárás nyomán keletkezett ítéletet, illetve konzíliumot) elemez, és mutatja be röviden ezek szövegét is. Az egyes felmerülő kérdések egyikét jelenti az ügyben a gyermek eltartási költségének az apával szembeni érvényesítése, melyre kilenc korábbi ítélet és három konzílium vonatkozik; a férfival és az asszonnyal szembeni büntetésre - a házasságon kívüli nemi kapcsolat miatt - az „egyszerű erkölcstelenség” nevű bűncselekmény merült fel, és erre nyolc ítélet és három konzílium kerül bemutatásra itt; a házasságtörésre tizenkét ítélet, és még ezen túl a teljes kép kedvéért érintette Richter e döntés bemutatása kapcsán a vérfertőzés, az nemi erőszak, a (mai szóval) pedofília, a prostituáltakkal való nemi viszony kérdését egy-egy ezekre vonatkozó döntés rövidített szövegével.

A foglalkoztatottabb ítélkező fakultások munkaterhére jó adatot ad egy 1800-as évek közepéről származó információ, melyben Jéna egyetemétől származó ítéleteket és konzíliumokat annak alapításától (1558) az addig eltelt kb. 300 évben összesen 400 ezerre teszik, vagyis ez évente több mint ezer ilyen döntést jelent, vagyis naponta majd négy döntést. (És mindezt az ebben résztvevő professzorok tanítási kötelezettsége mellett...) Az egyes évekre is példák: „Például 1675-ban Jéna egyetemén csak magánjogi ügyekben 709 döntés született, de ez nem jelentette a csúcstartó évet. Gerhard Lingelbach 1744 és 1750 között éves átlagban 852 ilyen ügy megszámlálásáig jutott. A következő években egy fokozatos csökkenés tapasztalható, 1790-ben 565, 1795-ben 524, 1801-ben 519 ilyen ügy eldöntése. És ezekhez jönnek még a büntető ügyek” (id. mű 21.p.). De egy-egy ügyben a jogerős döntésig sokszor több aktafelküldési eljárásra és részítélet meghozatalára is sor került. „Sok bíróság átengedte a Spruchkollégiumoknak nemcsak a végső ítélet meghozatalát, hanem az eljárásban felmerült részítéletek meghozatalát is. Így került például egy ügyben, melyben a fiatal Christian Thomasius mint védő lépett fel a lipcsei Schöffentstuhl öt döntésére aktafelküldési eljárás keretében” (Falk 2006:22). Persze ez Lipcsében abból is eredt, hogy itt a bírósági törvény kötelezően előírta az eljárás során felmerülő részítéletek kérését az itteni Schöffentstuhl-tól. De hogy kisebb ügyforgalom mellett is folyt ez a tevékenység néhány egyetemenél, azt mutatja Steffen Kischkel munkája, aki Rostock egyetemének ítélkező fakultás szerepét vizsgálva szerényebb számokat ad meg, és itt az 1600-as évek első felében éves átlagban csak 230-240 ítélet és a Spruchkollégium által adott konzíliumot mutattak ki az egyetemi évkönyvek (Kischkelt 2003: 108-109).

Az egyes bíróságok választhattak a jogi fakultások között az aktafelküldésnél, de rendszerint stabil kapcsolatok jöttek létre egy-egy bíróság és az általa preferált egyetem között ebben a dimenzióban. „Így például Göttingen egyeteme az 1700-as években gyakran hónapról-hónapra 10-30 ügy aktáit kapta meg ugyanattól a bíróságtól” (Falk 2006:23.) A váltást, a kapcsolat megszakadását rendszerint csak speciális ok hozta létre, például gyakran előforduló késlekedés

az adott egyetem túlterheltsége miatt, vagy gyakori olyan döntés, amely nagy mértékben szemben állt a bíróság által várt ítélettől, vagy a túl magas díj követelése. Például Erlangen egyeteme az 1700-as évek közepén elvesztett egy addig jól fizető bíróságot az átlagtól mesze magasabb honorárium követelése miatt. Néha fenyegetéssel is igyekeztek a bíróságok rövid határidő alatt ítéleti formulát kikényszeríteni az egyetemektől, pl. Cleve bírósága azt írta, hogy ha hat-nyolc héten belül nem kapja meg az ítéletet, akkor a jövőben nem küld aktákat az adott egyetemre.

A németeknél római jog recepciója előtt intézményesített laikus Schöffentuhl-ok átalakulását is jelezni kell a recepció után felfutó ítélkezési és kollektív konzíliumadási tevékenységet folytató egyetemi fakultások megértéséhez. A korábbi, a jogban pusztán csak tájékozott laikusokból álló Schöffentuhl-ok túlélési stratégiája az 1600-s évektől, amikor a római jog teljes recepciója már megtörtént a németeknél, abban állt, hogy néhány tanult jogászdoktorot vettek fel a laikusok mellé, másik megoldás volt, amikor felső utasításra az egész testület tagságát kicserélték egyetemi professzorokra. Pl. Jénában a korábbi Schöffentuhl lett az egyetem 1558-as alapítása után ennek Spruchkollégiuma, és ettől kezdve ide csak az egyetem professzorai kerülhettek. Hogy miért tartották meg ezt a nevet aztán mindvégig, csak találgatni lehet, talán az alapításnál még a régi név vonzóbb lehetett a régi megrendelők előtt, így nem keresztelték át Spruchkollégiumnak (Falk 2006:27). Annyi eltérése azonban volt ennek a Spruchkollégiumnak a bevett többtől, hogy mivel Jéna egyeteme négy kis hercegségnek a bíróságait szolgálta ki mint Spruchfakultát, a négy herceg képviselője egyetértésben nevezte ki az egyes tagjait a professzorok közül. Ez aztán lassú önállósulásához vezetett, külön kiszolgáló személyzettel és könyvtárral, az egyetemtől elkülönülve, és elnöke sem a mindenkori jogi kari dékán volt, ahogy az bevett volt, hanem egy önálló „ordinarius primus” állt az élén, általában a senioritás elve alapján, az egyes tagok közül. De hasonló volt az eset Ingolstadt Schöffentuhl-jánál is.

Az egyes professzorok többszörös bírósági és más funkciói nagyon jellemzőek voltak, Richter például professzor volt és egyben a jénai Schöffentuhl elnöke, egyben a jénai Hofgericht tagja, hercegi tanácsos és még betöltötte egy ideig egyszerre ezekkel a palotagrófi hivatalt is. Az 1600-as évek egyik leghíresebb német jogásza, Benedict Carpzow, aki miután mindkét (római és kánon) jogból doktorált, egy életen át a lipcsei Schöffentuhl tagja lett, ezentúl lipcsei Appellationsgericht bírója, legfelsőbb szász bíróság tagja, és még az Oberkonsistorium tagja is Lipcsében. E mellett egy ideig még hercegi tanácsos is volt, de erről később lemondott, hogy ítélkezési és szakirodalmi tevékenységnek szentelhesse magát.

A középkorban és az újkorban is a legjobban fizető jogászai ügynek az öröklési ügyek számítottak, és néhány egyetem igyekezett erre szakosodni, ilyen ügyeket befogadni konzíliumadásra. Pl. az e téren legsikeresebb jénai Schöffentuhl magánjogi ügyeinek legnagyobb részét ezek tették ki, pl. 1675-ben a 352 ilyen ügyből 310 volt öröklési jogvita, 1700-ban 709-ből 636, és 1725-ben 625-ből 544. De a nagy konkurencia miatt az ilyen ügyek iránt a többi fakultás esetében a peres felek általi konzíliumkérés aránya örökségi ügyekben legfeljebb egyharmadra futott ki a magánjogi ügyek között.

A jó pénzeket hozó konzíliumgyűjtemények ellen szólalt fel nagyon korán Andreas Alciat (1492-1550), mivel ezeket a megbízók érdekei által torzított jogi érvelésnek tekintette, és jogtudomány számára ezeket alkalmatlannak tartotta. Maga is sok konzíliumot készített, és ő nem is adta ki ezeket nyomtatásban, igaz aztán örököse, unokaöccse (egyben tanszéki utódja) a későbbi kardinális Franciscus Alciat csak kiadott egy válogatást ezekből. Vele szemben Tiberius Decian igyekezett megvédeni a konzíliumadást egy vitairatban és ennek tisztességét

állította, pl. azt írva, hogy csak akkor lehet elvállalni egy ügyet konzíliumra, ha a megbízó igazságáról előre meggyőződik a jogtudós, és ezután már igenis arra kell törekednie a konzíliumban, hogy a megbízó jogos igényét kimutassa a legjobb érvekkel. Ez az érv aztán állandóan felmerült a későbbiekben a megbízó érdekei iránt elfogult konzíliumok védelmében, csak az maradt ki, hogy Decian ehhez előzetes megbizonyosodást írt elő a megbízó igényének jogosságáról, és csak ez esetben írta elfogadhatónak a konzílium készítését.

3. A konzíliumadás mint az egyetemi jogászság egzisztenciális háttere

A konzíliumadás utáni honorárium tehermentesítette az államot a nagyobb bérek fizetésétől a professzorok részére, és ezek különösen ínséges időkben, amikor az állami pénztár nem működött a háborúskodások és viszályok miatt, ebből biztos pénzhez juthattak. De ugyanígy a bírák sem kapták meg a pénzüket sokszor, és ezek jogászdoktorai a konzíliumokból tudtak megélni. Szemben az olasz állapotokkal, ahol a fix bírói fizetés már a középkor végétől bevetté vált, németeknél ez sokáig még hiányzott. Pl. Weimar hercegségében kiadták utasításba a bíróságoknak 1696-ban, hogy segítő a jénai Schöffenhof-t, ide kell küldeni az aktákat ítéletkérsére, és mást nem lehet előnyben részesíteni ennél. De Erlangen egyetemének professzorai is folyamatosan petíciókban kérték a hercegség fejét, hogy a hazai bíróságok aktafelküldését feljűk tegye kötelezővé, amit az meg is tett.

A professzori Spruchkollégiumok ítélethozatali tevékenységük mellett konzíliumokat is adtak bíróságok és magánfelek kérésére mind magánjogi, mind büntető ügyekben, de ezen túl még egyes tagjai külön is vállaltak mind bíróságok felől, mind magánfelek részéről érkezett kérésekre konzíliumadásokat. Ebből adódott a probléma, hogy elvállalhatja az ítélet készítését az adott Spruchkollégium, ha a testület maga vagy egyik tagja már adott ez ügyben konzíliumot. Ez vitatott volt, noha sokan látták ennek hátrányait, az elfogultság létrejöttét, de az ebben résztvevő egyes professzorok sok érvet hoztak ennek „előnyei” kimutatására is.

A honoráriumok nagyságáról kiindulásként annyit, hogy egy jól foglalkoztatott ítélkező fakultás tagja professzori fizetésének három-négyszeresét tudta ezzel megkeresni. Miközben az 1600-s évek végén Wittenbergben egy ordinarius éves fizetése 150 birodalmi aranytallér volt, csak konzíliumadásból mint a Spruchfakultás tagja még 200 tallért kereshetett, de az 1700-as évek elejétől ez felment 500 tallérra, miközben a professzori fizetés változatlan maradt. A kutatások szerint ez idő tájt egy-egy aktafelküldés után az ítéletért átlagban kb. négy aranytallért kapott a Spruchkollégium, de bonyolultabb ügyekben ez többszörösére is felment. A Spruchkollégium konzíliumáért Rostock egyetemén az 1500-as évek végén két tallért kértek, az 1600-as években három tallér volt az ár, de ha ez bonyolultabb ügyet jelentett, akkor ez is emelkedett. (Pl. 1700 körül egy igen bonyolult ügyben ez elérte a 100 tallért.) Így 1560-ban 138 konzíliumért összesen 560 aranytallért kapott a wittenbergi Spruchkollégium. A lipcsei Schöffenhof akkor is megemelte az árat, ha több jogi kérdésre is válaszolni kellett a konzíliumban, míg az alapösszeg itt is kettő és négy tallér között volt. A fenti számok azonban csak az átlagos vagy ez alatti ítélkező fakultások pénzeit jelentették, és hogy lássuk az összeg nagyságát, amit egy kiemelkedő egyetemen egy-egy jól foglalkoztatott professzor kapott e tevékenységéért, álljon itt a lipcsei Schöffenhof hét tagjának 1699 évi honoráriumai, mely tiszta jövedelmeként 1,700 tallért jelentett egy-egy tag számára, míg a lipcsei kormányzó polgármester ez évben 1,240 tallért keresett.

Épp ezért egy-egy pozíció ezekben a testületekben nagyon keresett volt, és sokszor ingyen dolgoztak azok az egyetemi oktatók, aki be akartak ide kerülni és vártak az üresedésre. Am a benn levők pedig még a nagy munkateher mellett is vonakodtak a bővítéstől sokszor, mert ezzel több felé kellett osztani a honoráriumokat. Így Wittenberg egyetemének Spruchkollégiuma hét tagból állt és négy póttagból, mely utóbbiak semmilyen honoráriumra nem számíthattak, csak arra, hogy bekerülésük után busásan megtérül munkájuk. Ezek a szegényes egyetemi fizetésüket addig mint ügyvédek egészítették ki. És ez a karrier jellemző volt az jogi kari oktatóknál: ügyvédi munka, majd a peres felek által kért konzíliumadásba beszállás, majd végül a Spruchkollégium tagjaként ítélethozatalba bekapcsolódással a csúcsra értek. A nagy konkurencia az egyetemi oktatók között arra vezetett több helyen, hogy az átfogó egyetemi oktatógárdán belül egy szűkebb kör alakult ki a „dékánképes” professzorokra szűkülve, akik az egyetemi Spruchkollégium tevékenységet teljesen maguk között tartották, és a többieket csak az oktatásba engedték beszállni.

Persze a kisebb ügyfoglalommal rendelkező és nem annyira „kapós” egyetemi Spruchkollégiumoknak kisebb pénzekkel kellett megelégedni, mint Kischkel már idézett munkája mutatja Rostock esetében, ahol az 1600-as évek első felében átlagban csak évi 900 aranytallér jött össze a teljes kollégium számára mintegy 230 ügy eldöntéséből, és az összeg elosztásának arányszámai miatt ez a legkisebb részt kapó professzor számára alig 120 aranytallért jelentett, míg a dékán oroszlánrésze ebből 250 tallér volt (Kischkel 2003:160). Igaz az átlag százötven talléros évi professzori fizetés mellett ez is döntő fontosságú volt.

Tanulságosak a fizetés módja körüli kérdések. A magánfélnek a konzíliumkérés esetén előre kellett a honoráriumot mellékelni a kéréshez, mert addig nem is foglalkoztak vele. A bíróságok ítéletkérése esetén az akta elküldése után elkezdtek ugyan az ítélet készítését, de addig nem küldték vissza a kész ítéletet, amíg nem kapták meg a honoráriumot. Pl. az 1700-as években egy bíróság méltatlankodva jelezte, hogy már 30 hónapja elküldték az aktákat, és nincs ítélet, mire a válasz az volt, hogy már régen kész vannak, de mivel nem kapták meg a honoráriumot, addig visszatartják az ítéletet. „Hitelre visszaküldésre” az egyetem részéről ne számíton a bíróság... Külön harc volt a bíróságok és a Spruchkollégiumok között, hogy az aktákat is visszaküldjék ne csak az ítéletet, mivel azt is csak plusz pénzért tették. Ezért a tapasztaltabb bíróságok inkább már az akta elküldésekor jelezték, hogy az ítélettel együtt kérik vissza az aktákat is, és ezért ennek fedezésére majd külön összeget küld az egyetemnek.

A Spruchkollégiumon belüli pénzelosztás megoldásai és viszályai sajátos szempontból világítják meg a középkori és az újkori egyetemek belső életét. A legtöbb helyen az „Urtheilsgeld” és a testületi konzíliumok utáni honorárium a közös kasszába került, és egy előre megállapított arány szerint került szétosztásra az ítélező kollégium tagjai között. Ebben a testület vezetőjének – vagyis a jogi kar mindenkorai dékánjának – még egy további emeltebb összeg is jutott a testület munkájának koordinálásáért és felügyeletéért. De volt olyan ítélező fakultás, ahol a döntést előkészítő testületi tag kapta meg a pénzt teljesen, és ezzel a teljesítményre késztetést kívánták megvalósítani. Ez volt a helyzet a licspei Schöffentstuhl-nál vagy a marburgi Spruchkollégiumnál: „Wer den Spruch verfaßt, bekommt auch das Spruchgeld”. Am ebből pedig az a konfliktus jött létre, hogy a testület vezetőjének döntése az ügyek elosztásáról a tagok között vált központi jelentőségűvé, és ebből sokszor viszályok keletkeztek. Például a Marburgból maradt fenn a híradás, hogy az itteni dékánok sokszor a legtöbb ügyet maguknak igyekeztek fenntartani, hogy a teljes pénzt megkapják, még ha a munka elviselhetetlenül fel is torlódott náluk, és ez lelassította az ítélezést. Másrészt ez a felosztás ahhoz vezetett, hogy a könnyű ügyeket maguknak tartották fenn a dékánok, míg a sok munkával járó és hosszadalmas előkészítést igénylő ügyeket elhárították maguktól. Ez ellen a

testület tagok többször a hercegség vezetőjéhez fordultak petícióval: „daß vom decano und dirigente die leichteste Sachen behalten, de schwehrsten und weitläufigsten aber andern zugestellet, und gleichwohl die Sporteln zu gleichen Theilen vertheilet würden” (idézi Falk 2006:53). Ilyen viszályok miatt háborodott fel aztán a szász választófejedelem annyira 1574-ben, hogy feloszlatta Lipcse városának Schöffienstuhl-ját, és az új testület tagjainak kinevezését magának tartotta fenn az új szabályzatban, úgy alakítva ebben a honoráriumok elosztási szabályait, hogy a kicsinyes civakodások az elosztásnál ne zavarják az ítélkezési munkát.

A konkurencia a megbízásokért eleinte a különböző Schöffienstuhl-ok, majd a egyetemek létrejöttével ezek ítélkező kollégiumai között folyt, és már az 1300-as évek végén megjelent az egyes Schöffienstuhl-ok törekvése külön szerződések kötésére az egyes városokkal azok bírósági ítélet- és konzílium kérésének kizárólagossá tételére feléjük, és ezzel stabil „üzletmenet” biztosítására. Így Breslau Schöffienstuhl-ja 1302-ben Liegnitz városával, majd 1374-ben Namslau-val, 1362-ben Strelitz-cel, 1372-ben Olmütz-cel kötött szerződést, hogy az ítéletkérést és konzíliumok kérését kizárólag hozzájuk küldjék. A később megjelenő ítélkező fakultások között ez a konkurencia még élesebben megjelent. Ilyen fakultások voltak a középkorban és az újkorban a német területeken Altdorf, Basel, Breslau, Duisburg, Erfurt, Erlangen, Frankfurt/Oder, Freiburg im Breisgau, Halle, Heidelberg, Gießen, Göttingen, Helmstedt, Ingolstadt, Jena, Kiel, Köln, Leipzig, Mainz, Magdeburg, Marburg, Rinteln, Rostock, Straßburg, Tübingen, Wittenberg, és Würzburg városában. Ahol megmaradtak a régi Schöffienstuhl-ok, és a római jog teljes recepciójának megfelelően modernizálni tudták őket a jogászprofesszorok bevételeivel, egy-egy városban az egyetemi Spruchkollégium és ezek között is nagy küzdelem folyt a megbízások megszerzéséért. Például ez oda vezetett Lipcsében, ahol mindkettő működött, és éles konkurenciában álltak, hogy csak a szász választófejedelem tudott rendet teremteni közöttük.

A túlzott pártosság problémája a konzíliumadásnál a megbízók jóindulatának kereséséért, illetve ezzel összefüggésben az így lefektetett normatív támpontjaik torzításai, amikor ilyen ügyekben aztán később ítéletkészítésben vettek részt, állandóan felmerült. Pl. Hannover Hofgericht-je 1790-ben kihirdette, hogy a jövőben nem küld ítéletkérést Rostock egyetemi Spruchkollégiumához, mert az a jog minden szilárd elvét félredobja ítéletkészítésénél. Ilyen döntések aztán az adott egyetem ítélkezési és konzíliumadási hírnevét alaposan tönkretették, és megindult az ilyenfajta üzletmenetük radikális csökkenése. De ebbe az irányba hatott az is, ha egy ítélkező testület vagy egy-egy tagja a magán konzíliumadásban túlságosan magas honoráriumhoz ragaszkodott, és ezzel elriasztották a szokásos ügyfeleket. Ulrich Falk általános megállapítása a testületi és az egyes jogászprofesszorok konzíliumadásáról, hogy ez a fő szabály szerint pártos volt a megbízó érdekében, és csak a kivétel volt, ha ettől egy-egy testület vagy professzor rendszeresen eltekintett, és tényleg a jog elveit és normáit szilárdan alkalmazta.

Ez további gondot jelentett, hogy a konzíliumkérésnél a megbízók szelektív tényállásközlése volt a jellemző ügyükben, ám ezt a konzíliumadási gyakorlat nem vizsgálta, és mint igazságot vette alapul a szakvélemény megadásánál. A peres felek ügyvédei által adott narrációk túlzott torzításának csak az szabott határt, hogy ha későbbi bírsági vizsgálatnál a valóságos tények nagyon eltértek a narrációban előadottaktól, akkor az arra szabott szakvélemény értéktelenné és kidobott pénzzé válhatott. A konzíliumadási gyakorlat ezért óvatosságból mindig hozzáfűzte záradékképpen, hogy a szakvéleményt a megbízó által előadott tényállás alapján adták meg. A felek (illetve ügyvédek) középkori narrációit Marcus Fabius Quintilianus antik orátor-kézikönyvének maximája határozta meg, aki azt írta az orátor feladataként, hogy „némely dolgot hozzá lehet tenni, némely dolgot megváltoztatva előadni, némelyeket pedig elhallgatni, de elhallgatni csak azt szabad, ami nagyon szükséges, és ami egyben lehetségesnek is tűnik”.

A felek szépítő tényállásaira panaszkodott Helmstedt egyeteme is, amikor Braunschweig-Lüneburg hercegség hercegének megbízásából egy vizsgálóbizottság vizsgálta meg ítélezési és konzíliumadási gyakorlatát, és nagy ellentmondásokat talált, mivel ugyanazon esetekben eltérő jogvéleményeket, illetve ítéleteket adtak többször is, és ez megisméltódott egy 1680-as hercegi vizsgálóbizottság kritikájában is. Sőt itt az is sokszor előfordult, hogy ugyanabban az ügyben a fakultás és egyes tagjai a szembenálló felektől is elfogadtak megbízást szakvélemény adására, és mindkét megbízó fél számára kedvező szakvéleményt adtak, melyek kizárták egymást. A védekezés itt az volt, hogy sokszor a felek álnévvvel adták be a véleménykérésüket, és így nem tudták a Spruchkollégium tagjai, hogy ugyanannak az ügynek a szembenálló feleiről van szó. Természetesen ez csak arra volt megfelelő védekezés, hogy miért fogadtak el szembeálló felektől megbízást, de arra nem, hogy miért készítettek egymásnak ellentmondó jogvéleményt, pártosan elfogulva a mindenkori megbízó fél érdekei felé.

4. A konzíliumok gyakorlatának funkciói

Falk a következő funkciókat összegzi a német gyakorlat elemzése kapcsán.

- *Információs funkció*, mely egyrészt a kor bírának és ügyvédeknek szaktudási hiányosságaiból adódott, másrészt az egymásra halmozódó jogi rétegekből keletkező bonyolult jogi helyzetekből az egyes kérdések jogi normáinak megadásánál.
- *Eljárási költséget érintő funkció*, mely azt jelentette, hogy ha egy perbe induló fél a per megkezdése előtt egy számára kedvező döntést valószínűsítő szakvéleménnyel rendelkezett, akkor pervesztése esetén sem kellett megfizetni az ellenfél költségeit, és ez sokszor megközelítette vagy meghaladta a perrel megnyerhető értéket is, vagyis az okos ügyvédek tanácsára a peres felek beszereztek egy ilyet, mielőtt belevágtak a perbe. (Példa erre egy 1716-os ítélet a tübingeni Hofgericht-nél, melyben egy asszony az apával szemben érvényesítette házasságon kívül született gyermeke miatti kártérítési igényét, és megnyert ezt a pert, melyben 30 guldent ítélték meg neki a szüzessége elvesztésért, 10 guldent a gyerekágyi költségekre, és 12 gulden éves gyerektartási hozzájárulást a gyermek 12 éves koráig, összesen 184 guldent. A felperes perkölsége e perben 118 guldent tett ki.)
- *Az eljárás közbeni megegyezésnél a pozíciót javító funkció*, mivel ha a peres fél egy számára kedvező szakvéleményt szerzett, akkor egyrészt a másik fél még pernyertesség esetén sem remélhette drága költségeinek megtérítését, és ez a megegyezés felé szorította, másrészt ez a fél elszántságát demonstrálta a per folytatására, elbátortalanító hatást téve és a megegyezés felé ösztönözve a másik felet.
- *Eljárást gyorsító funkció*, mivel a Spruchfakultás ügyet referáló professzorának így nem kellett időt szentelnie a vonatkozó jogi irodalom átnézésére, hanem készen kapta kikeresve a vonatkozó jogi támpontokat, illetve a pro és kontra érveket.
- *Autoritási funkció*, mivel a nagynevű professzor vagy különösen egy egész Spruchkollégium véleménye szakvéleményként nagy hatást tett a jogban csak technikai szinten járatos alsó szintű bírákra. Ebből adódott persze, hogy igazán nagy ügyekben a nagy egyetemek sokaságának szakvéleményét felhalmozva küldték be a bíróságoknak, például Hessen örgrófja a Katzenellenberger grófság megszerzéséért vívott jogi küzdelmében 11 német és külföldi egyetem és 16 híres jogászprofesszor egyéni szakvéleményét szerezte be igénye alátámasztására. Ennek másik verziója volt, hogy az alapul fekvő szakvéleményt approbációs (megerősítő) aláírásokkal látták el, hogy tekintélye felülbírállhatatlan legyen. Ez pedig a megerősítő professzoroknak semmi

munkájába nem került, ám így is kaphattak honoráriumot, ezért ez nagy pénzkereseti lehetőség volt. Egész hálózatok alakultak ki a híres professzorok között, akik approbációs aláírásokat adtak minden vizsgálat nélkül egymásnak viszonzásból. Jól mutatja az autoritás funkciót a humanista jogtudományban máskülönben legendának számító Ulrich Zasius példája, aki nemcsak Freiburg egyetemének professzora volt, hanem városi szindikus is, és a város peres ügyeiben állandóan szakvéleményeket szerzett be híres kollégáitól, miközben nyilvánvaló volt, hogy az ő szakértelme ezek megválaszolására legalább annyira kiterjedt volt, mint a szakvéleményt adóké.

- *Mintaadó funkció*, melynek lényege, hogy a szakvéleményben felsorakoztatott érvek és ellenérvek egyszerűen kézhez álltak a bíróságnak a gyors ítélet elkészítéshez. Az ezt beszerző fél és ügyvédje így számíthatott azzal, hogy az állandóan nagy munkateher alatt álló ítélkező fakultások referensei nagy valószínűséggel egyszerűen lemásolják majd az érveket, amelyeket az aktákban fekvő szakvéleményekben találnak, hisz e nélkül maguknak kellene a szakirodalomban utána nézni a normatív támpontoknak és a felmerülő jogi dilemmák megoldási érveinek. A kedvező szakvéleményt beszerző fél számára így az ebben felsorakoztatott érvek egyben a számára kedvező ítélet alapjait is tartalmazták sok esetben.
- *Kontrollfunkció*, melynek lényege abban állt, hogy mivel a fő szabály szerint - noha ez ténylegesen nem lett volna megengedhető az egyetemek szabályzata szerint - a Spruchkollégium ítéletét a referens egyedül alakította ki, és nem volt korreferens állítva, aki ellenőrizni tudta volna a referens esetleges egyoldalúságát, így egy óvatos ügyvéd egy utólagos szakvélemény megrendelésével és benyújtásával, amely elemezte a két fél tényállás előadásait és jogi igényeit együtt az eljárási bizonyítási eredményekkel, mintegy pótolta a korreferens munkáját, és ráadásul maga felé tudta hangolni a döntési tervet. Az egész kollégium a referens előterjesztésén túl már csak ezt tudta elolvasni a nagy munkateher miatt, és ezzel egy ellentétes ítéleti mintát is a kezébe kaphatott.
- *Véleménymegismerési és bíróságkizárási funkciót* is ellátott az előzetes szakvéleménykérés sok esetben. Ugyanis noha a bíróságoknak az ítélkező fakultás kiválasztásában rendszerint szabad keze volt, a szembenálló felek minden indokolás nélkül három-három fakultást kizárhattak ebből egyszerű nyilatkozattal. Ez a lehetőség adta meg a jó anyagi háttérrel rendelkező feleknek, hogy előzetes szakvéleménykéréssel kipuhatolják az egyes fakultások álláspontját ügyükhöz, és ha egyszer ennek keretében már pozitív álláspontot foglaltak el, akkor ezt kénytelenek voltak akkor is képviselni, amikor felkérték őket ítélethozatalra a bíróság részéről, ha pedig kivételképpen mégsem a megbízó fél jogi pernyertességét valószínűsítették a megadott szakvéleményben, akkor minden indokolás nélkül ki lehetett zárni őket az ítélethozatalból. Mivel a legtöbb bíróságnak meg volt a stabil ítélkező fakultás partnere, mely ismert volt, a félnek csak fel kellett ezt kérni szakvéleményre, és ezután biztosabb helyzetben várhatta az ítéletet, ha ehhez küldték ki az aktákat. Igaz hogy több egyetemi szabályzat tiltotta a Spruchkollégiumoknak, hogy elvállaljanak olyan ügyet ítélethozatalra, amit előzetesen szakvéleményeztek, de ez ellen a felek álnevet használtak - kedvelt volt a bevett görög és római nevek használata a szakvéleménykéreseknel e miatt! - így ez nem akadályozta meg az egyetemet, hogy elfogadja az aktákat, még ha a benne levő tényállás ismerős is volt, hisz nem sokkal előtte szakvéleményezték.

Néhány részlet ezekhez a funkciókhoz:

A konzíliumadással a jogi információ nyújtása azért is nélkülözhetetlen volt, mert a sok rétegben egymásra torlódott jog, a bírói gyakorlatok és a jogtudói véleményekben, kommentárok tömegében rejlő normatív támpontok egy labirintust jelentettek a jogkeresők számára. Ezt írja Guy Coquille, latinosan Conchyleus (1523-1603) egy akkori kommentárjában

is. De azért sokszor a jogtudós támogató vélemények beszerzésével saját ügyük jobb színben feltüntetetését is célozták. A megfelelő információ is tényleg fontos volt, mert ha rossz kereset formulát választott peres fél, még akkor is elutasították keresetét, ha más akció választásával anyagi jogilag jogos is volt az igénye.

Az eljárási költséget érintő funkcióhoz: egy 1703-as írás „Zustand des Justitien-Wesen” címmel írja, hogy egy ügyben, melybe a perérték 10 birodalmi tallért tett ki, a perköltség végén ezer tallerra rúgott, és a perérték sokszorosát kitevő perköltség az eljárások végén bevett dolognak számítottak, úgy hogy sok perlő fél ebbe ment tönkre. Így a felperes a végén esetleg akkor is elvesztette vagyona egy részét, ha megnyerte a pert, ám a másik fél által beszerzett konzíliumok, az ő pernyertességét valószínűsítve, mentesítették a vesztes felet a pernyertes költségeinek megfizetése alól.

A megegyezésre ösztönző funkcióhoz: a *ius commun* idején a németeknél a fellebbezések, felülvizsgálatok, semmisségi kérelmek stb. sokasága létezett, és ezzel a végtelenségig el lehetett húzni a végső döntés megszületését. Ebben a *transmissio actorum* kérése a lehetséges sok-sok eljárási kérdésben szükséges részítéletnél is sok időnyerést jelentett a pernyújtásban érdekelt számára. És mivel a bíróságok állandóan túl voltak terhelve, örömmel kaptak a felek ügyvédeknek ez irányú javaslatán, ilyen úton elodázni a nagy munkát igénylő végső ítélet elkészítését. Mindezek az okos felet még jogos igénye ellenére is arra vitték, hogy inkább egyezzen ki az ellenfelével.

5. A konzíliumadási tevékenység kortárs kritikái

Az egyik az angol jogász Arthur Duck, eredetileg 1668-ban latin nyelven megjelent művében, később 1689-ben franciául „De l’usage et de l’*autorité du droit civil*” cím alatt, felveti, hogy állandóan ellentmondásos jogvélemények találhatók ugyanarra a helyzetre egyazon szerzőknél, pl. jó példát adnak erre Baldus de Ubaldis konzíliumai. (Duck könyvének német fordításában az 1500-1600-as évek *Spruchkollégiumainak* elemzéséhez az adatok a 70-75. oldalakon). Így ezek értéke a jogtudomány számára csekély, helyettük a monográfiákat kell előnyben részesíteni a jog megértéséhez. Guy Coquille egy listát is felállított, hogy a korábbi nagy nevet kivívott jogászok közül ki azok, akik a megbízóik érdekei miatt konzíliumaikban ellentmondásos jogvéleményeket hagytak rájuk, és ezzel szemben azok, akik tisztességesen kitarítottak a jog normái mellett még konzíliumadásaikban is. „Bizalmat érdemel többek között Wilhelm Durantis, Bartolus de Saxoferrato és Paus de Castro, ezzel szemben óvatossággal kell kezelni nem utolsó sorban Baldus de Ubaldis, Alexander Tartagnus, és Jason de Mayno konzíliumait. Ez utóbbiak sokszor saját korábbi meggyőződésük ellen is érveltek, és ezzel ellentmondásba keveredtek saját, más ügy kapcsán felállított jogi véleményükkel” (Falk 2006:243.)

Josephus Ludovicus, Ferrara szenátora és itteni jogász írta 1586-ban megjelent egyik kommentárjában, hogy félrevezető az a nézet, amely egy jogi álláspont értékét az amellet konzíliumokban kiálló jogászdoktorok számával méri. Ezek a pénzszerzésre törekedve a megbízóik érdekei szerint nyilvánítanak véleményt. A belga Nicolaus Bets 1611-ben általános kritikát fejtett ki az öröklési jogról írt átfogó kommentárjában, hogy a jól megfizetett jogászdoktorok megbízóik érdekében számtalan felosztás és kivételt iktattak be működésük során, hogy a megbízóik ügyét pernyertességre vigyék, ám így a haszontalan felosztások és disztinkciók sokasága jött létre e jogterületen. Vagyis a korábitól eltérő jogi álláspontjaikat

úgy igyekeztek leplezni, hogy apró disztinkciótevésekkel más ügyként próbálják feltüntetni éppen védett megbízójuk ügyét, mint korábban tették hasonló esetben egy más érdekű megbízó érdekében.

Annak kapcsán, hogy a humanista jogászok megvetették ugyan a konzíliumok tudományos értékét, de maguk a legcsalafintább módon igyekeztek ebből vagyont gyűjteni, példa Alciatus meggazdagodása konzíliumadásaiból. Ernst von Moeller 1907-ben róla írt monográfiájában említi: „Az a történet maradt fenn róla, hogy csak a Digesták egyetlen helyének felhasználásával, mely az öröklési ügyekre vonatkozott, olyan sok szakvéleményt készített, hogy ezekkel több mint tizenötezer dukátot keresett. De ugyanígy korábban Baldus is sokezer dukátot keresett egy-egy Digesta-hely felhasználásával, ráadásul ő Peruggia kereskedőházainak jogi képviselőjeként is nagy pénzeket keresett. (Idézi Falk id. mű). Norbert Horn egy 1968-as tanulmányban írja Baldusról, hogy a méltányosság bevetését mesterien tudta a megbízója pernyertessége érdekében felhasználni, és ez általában is jellemezte a humanistákat később, mivel rugalmasabb jogfelfogásukkal - ma „magasabb reflexivitásnak” mondanánk - a jogi vélemények ügyes hajlékonyságát tudták elérni. Ha Baldus egy római jogi szöveghelyet nem tudott a képviselt ügy érdekében felhasználni, rögtön a morális érvekhez és a méltányossághoz folyamodott. De Ulrich Falk méltányosabb, és csak részben fogadja el Baldus gyakorlati jogász módszerében a morális elvek és méltányosság pártos felhasználását: „War die Rechtsethik, der die Argumentation des Baldus verpflichtet war, die eines professionellen Parteivertreters? Diente die eloquente Berufung auf die aequitas der argumentativen Absicherung einer - um die Worte Engelmanns aufzugreifen - „parteiischen Beistandshandlung”? Diese Frage wird nicht mit einem schlichten „Ja” oder „Nein” zu beantworten sein...” (Falk 2006:255).

A kanonista Wilhelm Durantis (1237-1296) itáliai jogász, akinek *Speculum iudiciale* c. eljárásjogi kézikönyve az egész középkorban a nagy hatást tett, írt a jogtudósi konzíliumokról és az ítélethozatal rájuk való átruházásáról. Az ő idejében már általános szokás volt az itáliai városokban, hogy a jogtudósoktól szakvéleményt (*sapientes, consiliari, iurisconsulti*) kértek, akik ezzel a bírák helyére léptek, és ők készítették el az ítéletet is. Durantis helytelenítette ezt: „Dies Übertragung der richterlichen Urteilskompetenz sei jedoch abzulehnen, weil sie viele grobe Unregelmäßigkeiten nach sich ziehe. Besser sei es, wenn das Gericht selbst die Wahrheit erforsche und eigenverantwortlich entscheide” (Falk 2006:260). A felek maguk választhatták ki az ügyükben döntő jogtudóst, de ha nem tudtak megegyezni, akkor a bíró döntött ennek személyéről, és küldte el a feleket ehhez. Vagyis itt az olaszoknál a későbbi német aktafelküldési eljáráshoz képest közvetlenebb kapcsolat volt a felek és az ügyüket eldöntő jogtudós között, illetve itt nem egyetemi testület, hanem egyetlen jogtudós vette át az ítélethozatalt. Engelmann 1938-as „Wiedergeburt der europäischen Rechtskultur” c. könyvében írta, hogy a felek szóban és írásban is elő tudták adni a jogtudós számára ügyüket. Mindesetre az olasz jogtudósokról sok elfogultság és az ítéletek áruba bocsátása maradt fenn, igaz később úgy értelmezték a kanonisták ilyen jellegű kritikáit az ítéletek leadásával szemben a jogtudósok felé, hogy ezzel csak az egyházi bíróságok döntési kompetenciáját védték a jogtudósokkal szemben, és így volt, aki ezért ezt a kritikát károsnak tartotta.

Johannes de Deo 1246-os *Cavillationes* c. írása az itáliai városok bírósági gyakorlatához volt kézikönyv - ma ügyvédi finomságoknak, trükköknek neveznénk - és ebben írja, hogy a bírák ekkor minden ügyben beszereztek egy jogtudósi konzíliumot. „Ha Te egy ilyen jogtudóshoz mész, óvakodj, mert sok hamisságot szoktak ezek elkövetni. Noha az a feladatuk, hogy egy jogi szakvéleményt adjanak, ők sokszor igazságtalan és értelmetlen szakvéleményt adnak. Megbízásuk ellenére sokszor egy igazságtalan konzíliumot adnak el Noked (idézi Falk 264.).

Szintén az itáliai gyakorlathoz álljon itt 1644-ből egy kritika Giambattista de Lucca-tól, aki a római kúria nagy ismerője volt ügyvédként, majd pappá felszentelése után egészen a kardinális méltóságig feljutott, és aki a konzíliumoktól még a római kori responsum nevet is elvitatja: „Ein Responsum, das in rechter Absicht verfaßt werde, trage in einer juristischen Kontrverse zur Erhellung der Wahrheit bei. Konsilien dienten eher dazu, mit Täuschungen, Scheinargumenten und trügerisch zusammengeschniderten Schlußfolgerungen diese Wahrheit zu verhüllen. Sie seien mit Geld käuflich oder würden aus anderen opportunistischen Motiven verfaßt” (Falk 2006:265).

Irodalom

- Ascheri, Mario (1976): Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Italien. In: Coing, H. (Hg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800). S. 1114-1221. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München
- Dawson, John P. (1968): The Oracles of the Law. Ann Arbor: The Univ. of Michigan Law School
- Dorsdeck, Thomas (1989): Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle. Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur. Duncker und Humblot. Berlin.
- Duck, Arthur (1993): Über Gebrauch und Geltung des ius civile der Römer. Wallstein Verlag. Göttingen.
- Falk, Ulrich (2006): Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit. Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main, 478.p.
- Horn, Norbert (1973): Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts In: Coing, H. (Hg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neuen

- europäischen Rechtsgeschichte. Erster Band: Mittelalter (1100-1500). S. 261-365. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München
- Kischkel, Steffen (2003): Die Spruchstätigkeit der Juristischen Fakultät Rostock in den Jahren 1628 bis 1657. Shaker Verlag. Aachen.
- Pokol Béla (1991): A jog szerkezete. Gondolat Kiadó. Felsőoktatási Koordinációs Iroda. Budapest.
- Pokol Béla (2004): Jogelmélet. Társadalomtudományi trilógia II. Századvég Kiadó. Budapest.
- Pólay Elemér (1988) A római jogászok gondolkodásmódja. Kazuisztika és absztrakció. Tankönyvkiadó. Budapest.
- Scholz, Johannes-Michael (1976): Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Spanien. In: Coing, H. (Hg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800). S. 1271-1318. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München
- Szabó Béla (2001): Doktor alkotta jog: *Communis opinio doctorum*. In Szabó Miklós (szerk.): *Ius Humanum*. Ember alkotta jog. Műhelytanulmányok. Bíbor Kiadó. Miskolc. 111-156.p.
- Wagner, Udo (1976): Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Niederlande. In: Coing, H. (Hg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800). S. 1399-1430. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München
- Walter, Gerhard (1976): Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Frankreich. In: Coing, H. (Hg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800). S. 1223-1270. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München
- Wiacker, Franz (1967): *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. neuarbeitete Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Sári János: NAGY ERNŐ „Magyarország közjoga (államjog)”¹

A könyv hét kiadást ért meg az első világháborút megelőzően. Joghallgatók nemzedékei tankönyvként használták. A mai alkotmányjog művelése során a történeti utalások hiteles forrásának számít.

Nagy Ernő könyve a magyar állam közjogi szerkezetének leírását adja, úgy, ahogyan azt az első világháborút megelőzően találjuk: a terület, a nép (az állampolgárok jogai, az állampolgárság), a főhatalom (a király jogköre, a törvényhozás, a bírói hatalom, a kormányzás, illetve a magyar államnak Ausztriához fűződő viszonya); az egyes főrészekben belül szerző részletesen tárgyalja az adott intézmény horvátországi vonatkozásait.

A közjog tudományának szerző által képviselt – pozitivistá - iránya azt jelenti, hogy a 'végeredmény' egy olyan felvétel, fénykép a magyar állam első világháborút megelőző állapotáról, szerkezetéről, amely pontos és hiteles.

Ki volt Nagy Ernő?

Lexikoni adatok: 1853 – 1921. 1880 -1902 között a nagyváradai jogakadémia tanára; 1902 – a kolozsvári, 1912 - től a budapesti egyetem tanára. 1895 - től az MTA lev. tagja. 1921-ben halt meg.

1. *Közjog - alkotmányjog - alkotmány.*

A könyv címe: Magyarország közjoga (államjog).

A közjog az állam fogalmához kapcsolódik, amelynek elméleti összetevői a népesség, az államterület, s az állami főhatalom. Ennek megfelelően a közjog a jogszabályoknak az a csoportja, a jogrendszernek az az ágazata, amely a szuverenitás, az államterület kérdéseit, az állampolgárság, az állam és a polgár egymáshoz való viszonyának alapjait, az állampolgárok alapvető jogait stb., az államhatalom, kormányzati hatalom gyakorlásának módját, a kormányzati hatalomban részt vevő szervek – törvényhozás, államfő, kormány stb. - hatáskörét, egymáshoz való viszonyát, működésük rendjét, eljárását stb. szabályozza. (Most nem térünk ki arra, hogy gyakran különbséget tesznek a szűkebb, illetve bővebb értelemben vett közjog fogalma között. Az előbbi alá sorolják a jogszabályoknak azt a csoportját, amelyről szó van; a bővebb, vagy tágabb értelemben vett közjog ezen túl magában foglalja a büntetőjogot, az eljárási jogokat, a nemzetközi jogot stb. Most, itt, közjogon a szűkebb értelemben vett fogalmát értjük. Nem térünk ki továbbá a közjog és az államjog – amely a könyv zárójeles címében található -, közötti különbségre sem; a közjog és az államjog fogalmát – legalább is ennek az írásnak a keretei között - azonosként kezeljük.)

Mint minden jogágazatnak, a közjognak is van a legfontosabb elemeket magában foglaló - Kovács István után mondjuk így - kódexe. A közjognak a kódexe az alkotmány.

Az alkotmányi szabályrendszer előállhat egyetlen dokumentumban, ez a kartális alkotmány. Előállhat azonban a rég múltban, a szokásokban gyökerezve, a történeti jogalkotás folyamatában. Ez a történeti alkotmány.

A kartális alkotmány azzal az 'igénnyel' lép fel, hogy szabályai szerint épüljön fel ne csak a közjog, hanem, az egész jogrendszer, tehát a magánjog, a büntetőjog stb. Igaz, ezen igény érvényesülésének hosszú időn keresztül nem voltak biztosítékai. A folyamat elején magát az alkotmányt politikai elvek gyűjteményének tekintették, amelyből az és annyi 'szűrődött át' a jogrendszerbe, amit és amennyit a törvényalkotó jónak látott. A folyamat végén

¹ NAGY ERNŐ: Magyarország közjoga (államjog). 1-7. kiadás. Budapest 1887-1914. Jelen tanulmány remélhetően felhívja a figyelmet erre az elfeledett munkára, és a közeljövőben lesz olyan kiadó, mely az újrakiadásra vállalkozik.

az alkotmánybíráskodás általánossá válása található. Itt az alkotmánybíróság arra kap felhatalmazást, hogy az alkotmány és a jogrendszer szabályainak megfelelőségét ellenőrizze. Ha azt állapítja meg, hogy valamely jogszabály az alkotmánnyal ellentétes, megsemmisíti azt. Mindenesetre a kartális alkotmány erről az oldalról tekintve induktív jellegű.

Más a helyzet a történeti alkotmány esetében, amelynek a szabályai a szokásból, a történeti jogalkotásból stb. vannak elvonatkoztatva, 'dedukálva'. Lényeges, hogy a kartális alkotmány esetében a jogrendszernek az átalakulása rendszerint hirtelen, egyszeri változás következménye. A történeti alkotmány esetében a változás evolúciós jellegű. Az új eszmék befogadása tehát folyamatos és állandó. Az más kérdés, hogy a jogrendszerbe átszivárgó eszmék fokozatosan - dedukció folytán - megjelennek a történeti alkotmány szabályai, elvei között is.

Az egymástól eltérő alkotmányi gyökerekből táplálkozó szálak ma már egy olyan jogág fogalmában találkoznak, amelyet közjognak is, meg (vagy) alkotmányjognak is lehet nevezni.

Ahogy a könyvben találjuk: 'némely író az általunk államjognak nevezett szakot alkotmányjognak nevezi.' (7/13) 'A terminológiai fordulat okát államjog és alkotmányjog között abban látja, hogy az újabban alkotmányos életre kelt államok kartális alkotmányaikat jogilag kötelező erővel ruházzák fel, s *alkotmányjukba* az kerül, amit az illető nemzet külön kiemelni és megőrizni óhajtott, leginkább az, hogy miként nyilatkozik meg és valósul meg az állam szuverenitása, és az állampolgárok jogainak biztosítása a kormány netáni önkényével szemben.' (u.o.)

Nagy Ernő 'közjogának' középpontjában azonban a magyar történeti alkotmány áll. A történeti alkotmány logikájából következik, hogy a tételes jog forrásai között magát az alkotmányt nem találjuk meg, az írott források között csupán a törvényt, a rendeletet stb. tárgyalja (lásd a 10. oldaltól kezdődő részt.); a nem írott 'kútfők' között szerepel ellenben a szokásjog, a törvénytörvény gyakorlat és a felsőbb bíróságok döntvényei, illetve Werbőczy István Hármaskönyve, s a magyar alkotmányjog – államjog irodalma stb.

A könyvben a közjog-alkotmány fogalmával kapcsolatban még egy sajátosságra bukkanhatunk, s ez az, hogy az alkotmány fogalmát szűken értelmezi: csak azokat a történetileg kialakult elveket és szabályokat sorolja ide, amelyek az állami főhatalom gyakorlásával vannak kapcsolatban, tehát kimarad belőle az állam és a polgár egymáshoz való viszonyának alapjaira, az állampolgárok alapjogaira stb. vonatkozó szabályrendszer. Innen van az, hogy az alkotmány fogalmával, történetével stb. csak az állami főhatalom leírásának bevezető fejezetében foglalkozik szerző (197. oldaltól), mondván: 'azon jogi alaptételek összessége ..., amelyek szerint az állam hatalmi élete szabályozva van, az illető állam alkotmányának neveztetik.' Az így értelmezett alkotmányba emeli át, ebbe 'dedukálja' a történeti jogalkotás olyan aktusait, mint például a *pragmatica sanctio* (1723:I.,II.,II.tc.), az 1791:XV: tc., az 1848. évi törvények stb. Meg kell mondani, az alkotmány fogalmának ez a felfogása szerző korában sem volt általános, s a későbbiekben még kevésbé volt az. Tomcsányi Móric Magyar közjoga, amelynek alcíme alkotmányjog, kifejezve a közjog és az alkotmányjog fogalmának találkozását, már a jogág azóta is érvényes tematikáját követi, s az államterület, az állampolgárság stb. kérdéseinek a tárgyalását is az alkotmány, illetve alkotmányjog fogalma alá sorolja.

Mindenesetre a könyv egészének szerkezete a terület, a nép, és a főhatalom hármására épül. Az alkotmány, illetve alkotmányfogalom az állami főhatalom tárgyalását vezeti be.

2. A közjogi pozitivizmus; a közjog mint tételes jog

A magyar közjog anyagának jellege és annak feldolgozása történelme során nagy mértékben változott. A változást, illetve a könyv által képviselt irányt szerző maga vázolja fel. A magyar államjog irodalma – mondja - a XVII. században veszi kezdetét, de a XIX. századig

inkább csak történetre érdekes műveket tartalmaz. (34.) Ezen a ponton a magyar közjog *tudományában* érvényesülő irány részben megegyezik az általános európaival, részben pedig attól eltérő jellegzetességet mutat, a magyarországi politikatörténet sajátosságainak megfelelően.

Amíg a magánjog nagy történelmi korszakokat átívelve őrizte a római jogra visszavezethető normativista hagyományait, és kikényszeríthetőségét, addig a közjog részben a normativitással, részben pedig a mindenkivel szembeni érvényesíthetőséggel maradt adós. A közjog, mondja szerző – különösen középkori története során - hosszú évszázadokon keresztül 'ingadozó szabályok tömkelege, melyek néha változtak fejedelmi szeszély, önkény, de mindig megváltoztak a pillanat politikájának kívánalma szerint. Már maga nagy feladat volt e sokszor titokként őrzött rendeletek vagy partikuláris jogélet bizonytalansága köréből a pozitív jogot kiválogatni és mert állandóságát mi sem biztosítá, nem igen vállalkoztak általános elveken nyugvó feldolgozására. Rendesen megelégedtek, ha a szabály politikai indokolását adhatták, ha azt feldíszíthették az elvont állambölcselet divatos tanával és, amire különös súlyt helyeztek, ha a megelőző állapotot ismertethették, vagyis a jogtétel keletkezésének történetét bemutatták.' (35-36) Jegyzetében Puffendorfra hivatkozik, aki, hogy a német birodalom jogát megismerje, átkutat főliánsokat, amelyekben mint mondja, a tudósok 'legírhatnákosabbjai' lerakták ismereteiket, de nem tudott azokon eligazodni. Példájához hozzá tehetjük még Angliáét, ahol Blackstone Kommentárjai csak 1765-ben jelent meg. Egyebek mellett ezen az alapon vonják kétségbe, hogy Montesquieu, akinek *Törvények szelleme* c. könyve 1748-ban jelet meg, megérthette-e egyáltalán az angol alkotmány lényegét; már pedig Blackstone-ig -, ahogyan Rudolf Gneist állítja - 'idegenre nézve megérthető államjog nem létezett'.

A közjog és tudományának magyarországi története részben megegyezik tehát az általános európaival. Az attól való eltérés a 'belső villongásokra' vezethető vissza, továbbá arra, hogy történeti alkotmányunk századokon keresztül a legerősebb támadásoknak volt kitéve stb. Ilyen módon aztán '...megszoktuk közjogunkat *kizárólag* jogtörténeti alapon tekinteni, s bár a figyelmeztetésben nem volt hiány, kifejlődik az a conservativizmus mely minden új tant, magyarázatot aggodalommal fogad, hajlandó benne valami alkotmány sértést látni. A közjog egész tudománya nem annyira az élőjog rendszeres feldolgozására, mint a történeti állapotok ismertetésére irányult; nem iparkodott a fennálló szabályokat jogilag áthatni, hanem inkább a megelőzőkkel fűzte össze. (36) És ha még ehhez hozzá vesszük a censura által okozott igen nagy akadályokat, könnyen megérthetjük, hogy közjogi irodalmunk csak lassan jutott el a teljesebb eredményre.'(369)

De ezek az idők elmúltak, - mondja szerző. Általánosságban azt lehet mondani, hogy 'a civilizáció a jogérzetet általánossá tette. ... Ami a magyar viszonyokra azzal a hatással járt, hogy 'A történeti adatokat és régi törvények gyűjteményét tartalmazó munkák helyét mások foglalták el, olyanok, amelyek már nem elégszenek meg az anyagnak inkább külsődleges összeállításával, hanem *a közjogi viszonyokat a jog igényei szerint fejtegetik* (kiemelés tőlem) és a közjognak, mint jogi tudománynak fejlődését mozdítják elő. Éppen a jog uralmának szempontjából érezzük ma annak a szükségességét, hogy a közjog anyaga, jogi elvek lapján, a megfelelő módszerrel, rendszeresen feldolgoztassék.'(379)

Itt megjegyezzük: szerző nem érte meg a közjog, illetve az alkotmányjog történetének későbbi fejleményeit. Azt az időt, amikor a közjog – a korábbiaknak mintegy reciprok jelenségeként - szinte teljes mértékben elveszíti kapcsolatát saját történelmével. Amikor a jellemzően múltbarévedés helyét a különböző eszmerendszerek ismertetése tölti ki. A másik oldalról: a közjogi, az alkotmányos rendszerek legitimitását nem múltbéli gyökereik, hanem a modern kori eszmerendszereknek való megfelelésségük biztosítja. A korábbi múltba révedés helyett azon új filozófiák legitimálják tehát, amelyekre épülnek.

A folyamattal persze addig azonosulni lehetett, amíg Montesquieuról, Rousseauról, Benjamin Constantról stb. volt szó. Az alkotmányelmélet nagy klasszikusai közül

Montesquieu-re a könyvben is történik utalás. (Szerző egyébként hosszabb időt töltött Párizsban.) Az ideológizálás, vagy a közjog 'elfilozófiásodása' azonban a 'nagy orákulumnál' és társainál nem állott meg. A huszadik században olyan ideológiák következnek, amelyek aláássák, megsemmisítik a klasszikus kiinduló pontokat, illetve ellenkező irányba fordítják a korábbi trendeket. Szerző azonban ezeket az időket nem érte meg, könyvéből az tűnik ki, hogy a későbbi izmusok semmilyen irányból sem érintették meg.

A közjog tudományának szerző által képviselt pozitivista iránya - mert hiszen erről van szó -, több oldalról vizsgálható és értékelhető. Az biztos, hogy képviselőinek kiinduló és végpontja maga a jogi norma, az élő jog; nem nagyon néznek tehát a jogszabály mögé. A közjog tudományának pozitivista irányra talán általánosítani lehet azt, amit Concha Győző magáról mondott, nevezetesen: azt keresi hogy mi van az államban, s nem azt, hogy minek kellene lennie.

Ennek a tudományos módszernek az alkalmazása járhat előnyökkel és járhat hátrányokkal. A jelen esetben azonban azt kell kiemelni, hogy a végeredmény egy olyan felvétel, fénykép a magyar állam első világháborút megelőző állapotáról, szerkezetéről, amely pontos és hiteles.

A hitelesség nem csak a tételes jog kezelésében érhető tetten, hanem a történeti utalásokban is. Ehhez tekintetbe kell venni, hogy szerzőt a közjog pozitivista felfogásának érvényesítése okán támadások is érték, amelyeknek a során sokan éppen azt kifogásolták, amit szerző elkerülni szándékozott, s amiről az előzőekben oly képletesen szólt. A támadások, a bírálatok nyomán a könyv újabb és újabb kiadásában a történeti utalások bővültek. A mai olvasó számára ezek a módosulások a könyvet még érdekesebbé tehetik. Ezzel kapcsolatban azonban azt hangsúlyozzuk, hogy – véleményünk szerint - az élő, tételes jog tárgyalása során megállapítható hitelesség kiterjed a történeti összefüggések felvillantására is. A hitelesség persze ebben az összefüggésben az elfogulatlanságot jelenti, azt tehát, hogy szerző az egyes intézmények történelmi múltjának tárgyalása során is megmarad objektivitásra törekvő szerepében, s nem azt, hogy a jogtörténet, az alkotmánytörténet azóta ne hozott volna újabb eredményeket. Ebben a kontextusban el kell fogadnunk és hitelesnek minősítenünk tehát azokat az utalásokat, amelyek sarkalatos modern alkotmányos intézményeknek a történeti magyar alkotmányban való megjelenését mutatják. S itt nem csak az Aranybulla, illetve Magna Carta rokonításáról lehet szó, bár arról is, hiszen mindkettő az uralkodói hatalom korlátozását mutatja. Ezen túlmenően azonban érdekes lehet a miniszteri felelősség, s ami hozzá kapcsolódik a miniszteri ellenjegyzés intézménye. A modern alkotmányosságának eme kulcsintézményeit elméleti munkák, alkotmányjogi tankönyvek általában az angol alkotmánytörténetben gyökereztetik. Ehhez képest azonban reveláció erejével hathat szerző hivatkozása az 1298 : XXII. tc.-re, amely szerint a király fontosabb ügyekben a tanács (melyet legnagyobb részben az országgyűlés választott) meghallgatása nélkül tesz, érvénytelen. S a 1505 : V. tc. 'mindazt, mik az ország ügyeit érintik, a király ... tanácsosainak ... segélyével végezze, és amit azok tudta nélkül cselekednék, érvénytelen legyen.' (309)

Hasonló a helyzet a bírói függetlenség esetében: 'Míg nyugoti államokban – mondja szerző - a bírák függetlensége Montesquieu tanának hatása alatt csak lassan fejlődött ki, addig hazánkban már régi időktől fogva törvények biztosítják.' (295); s a fejezet bevezető mondatának állítását a bírói függetlenség magyar tételes jogban való megjelenése fontosabb állomásainak áttekintése követi. Általánosságban azt mondhatjuk, a szóban forgó intézményeket a történeti alkotmány logikája 'kényszerítette' ki.

A közjog tudománynak szerző által képviselt pozitivista irányára tehát az a jellemző, hogy nem néz a jogi norma mögé, vizsgálódásának határait tehát a jogi norma lezárja. A tárgyalt intézmények bemutatásának hitelessége szempontjából tehát ennek előnyei vannak. Ami ha úgy tetszik - különösen a mai olvasó számára - hátrány az a szociológiai megfontolások érvényesítésének szinte teljes hiánya.

Más oldalról: szerző már csak az általa választott tudományos irány követése miatt sem vállal(hat)ja – jellemzően még utalás formában sem – az egyes intézmények társadalmi meghatározottságának feltárását. Maga a jogi szabályozás persze sok ponton 'árulkodik', mint például a választójogi cenzusok esetében, vagy a Felső Ház összetételének meghatározásában. Egészében azonban a szociológiai háttér rejtve marad. A mai olvasó azonban ezt bele kalkulálhatja a rendszerbe. Fel kell erre hívni a figyelmet. Arra tehát, hogy a könyv megjelenésének idején a magyar társadalom szociális, nemzetiségi stb. feszültségekkel volt terhes.

3. Az állam közjogi felépítése

Azt mondtuk, a közjog centruma, kódexe az alkotmány. A könyv tárgya megítélésének szempontja lehet: a magyar államnak az ábrázolt szervezete mennyiben tükrözi vissza azokat a követelményeket, amelyeknek az érvényesítése az alkotmányos állam előfeltételei lehettek abban az időben.

3.1. Magyarország államformája 'természetesen' monarchia'.

A könyv élő jogként tárgyalja az uralkodó jogállását, a királyi hatalom megszerzésének módját, a koronázási eljárás stb. kérdéseit. Elvi tételként arra, a szent korona tanból táplálkozó felfogásra utal, amely szerint a királyi hatalom a nemzettől ered, ennek következtében átruházott és megosztott. (211)

A kormányzati rendszerrel, kormányformával kapcsolatban két megjegyzést kell tennünk.

Ismert, hogy a magyar - osztrák kiegyezésről szóló 1967. évi XII. tc. a kormányzati hatalom gyakorlásának azt a szerkezetét, amelyet az 1848. évi III. tc. megállapított változatlanul hagyta: 'Ő Felsége (s az ő távollétében a nádor s királyi helytartó) a végrehajtó hatalmat a törvények értelmében független magyar minisztérium által gyakorolják, s bármely rendeleteik, parancsolataik, határozataik, kinevezéseik csak úgy érvényesek, ha a Buda-Pesten székelő ministerek egyike által aláíratnak.' Ez a törvényhozásnak felelős kormány, azaz a parlamentáris kormány, a parlamenti kormányformát megállapító általános alkotmányos formula, abból az időből még, tehetjük hozzá, amikor még mielőtt a nagy tömegpártok nem voltak jelen az alkotmányos életben. A kiegyezésről szóló 1867. évi XII. tc. szerint azonban a közös ügyek, a külügy, hadügy, pénzügy területén a kormányzásra-végrehajtásra közös minisztériumot kellett felállítani, melynek élén a külügyminiszter állott. A közös minisztereket az uralkodó nevezte ki és mentette fel. Politikai felelősséggel tehát csak neki tartoztak. Ha elfogadjuk azt a meghatározást, amely szerint az alkotmányos monarchia kormányzati rendszerét a minisztereknek a csak a monarchával szembeni politikai felelőssége jellemzi, akkor azt kell mondanunk, hogy a közös ügyek kormányzása az alkotmányos monarchia keretén belül valósult meg. Az elmondottakból az következik, hogy a kiegyezés utáni Magyarországot kétféle kormányzati rendszerrel kormányozták: az alkotmányos monarchiára jellemző módon az Ausztriával közös ügyekben, s parlamentáris eszközökkel a kizárólag magyar orgánumokra tartozó ügyekben. A könyvben az említett irányok körvonalazódnak azzal, hogy szerző mindkét összefüggésben a jogi felelősség kérdéseit hangsúlyozza. (320.,397.o)

A végrehajtó hatalom, a kormány összetételében tükröződnek azok a követelmények, amelyeket az Ausztriához, illetve Horvátországhoz való viszonyunk indokolt: a Felső körüli minisztérium, illetve a horvát-szlavón tárca nélküli minisztérium.

3.2. A törvényhozás két kamarából állott.

Az *alsó tábla* rendi felépítése helyébe már az 1848. évi V. tc. behozta a *népkepviseleti* elvet. A választójogot azonban egyfelől sokféle cenzus korlátozta, másfelől a rendiség bizonyos maradványai is tovább éltek.

Választójoga a magyar állampolgárságú férfiaknak volt, huszadik életévük betöltése után, ha megfeleltek a törvény által támasztott különös, vagyoni, jövedelmi, műveltségi feltételeknek; figyelemre méltó, hogy – szerző szavai szerint – 'a volt Erdély' területére a választójognak különleges szabályai (is) voltak (269). A rendiség maradványaként választójoguk volt azoknak is, akiket 1848 – 1872 között a régi jog, a nemesi jog alapján valamely választói névjegyzékbe bejegyeztek.

A *főrendi ház* arisztokrata összetételű második kamarának számít szinte kizárólagos módon: tagjai örökös jogon például az uralkodó ház tagjai, az addig jogosított hercegi, grófi, bárói családok leszármazottai stb.; méltóság vagy hivatal alapján az ország zászlósai például az országbíró, a horvát bán stb., a latin és görög szertartású római katolikus egyház nagyjai stb.; tagok továbbá, akik királyi kinevezés, a Horvát – Szlavonországok gyűlése által eszközölt választás folytán bírnak üléssel és szavazati joggal, s akiket a régi főrendi ház választott meg. (310)

Horvátország kollektíve képviselteti magát a magyar országgyűlésben: a képviselőházban 40, a főrendiházban 3, a horvát országgyűlés által megválasztott képviselővel. Ezen kívül a horvát-szlavon területen illetékes főnemesség, ha a törvény által előírt kvalifikációval bír, mint magyar főrendek tagjai a magyar felsőháznak, s e minőségükben nem csak a Horvátországot érintő ügyek tárgyalásában vesznek részt. (81)

A két ház egymáshoz való viszonyában a képviselőház elsőbbsége fokozatosan utat tör magának: a törvények, mindenek előtt a költségvetési törvény kezdeményezésében, a kormány politikai felelősségének érvényesítésében stb.

A törvényhozás hatásköre korlátlan: 'nincs szigorúan bizonyos ügyekre szorítva és mert a törvényhozás által nyilvánul meg a legfőbb állami hatalom, tulajdonképpen minden ügyet rendelkezési körébe vonhat, működését csak az korlátozhatja, amiben maga állít fel korlátot' (235)

3.3. Az egyenjogúság - jogegyenlőség. Szerző utalásaiból megtudhatjuk, hogy az egyenjogúsági eszme megmaradt ott, ahol az 1848. évi törvények elindították. 'Nálunk, mint láttuk, a jogegyenlőség csak a jogalkotás céljául volt kitűzve, vagyis alkotmányunk nem állítja föl mint kötelező elvet, hogy a vele ellenkező szabályokat, intézményeket hatályon kívül helyezze, megszüntesse.'

(145) Persze, ha az egyenjogúságnak azt a meghatározását fogadjuk el, amely szerint az a mindenkire egyaránt érvényes jogrendszer jelenti, akkor az egyenjogúsági deficit nem csupán szociális különbségeket takar, hanem azt is, hogy az ország egyes területein, például Erdélyben, az általánostól eltérő közjogi, magánjogi, stb. szabályok is érvényesültek.

3.4. Az *alapjogok* katalógusa a klasszikus jogokat foglalja magában: személyes szabadság, a tulajdon sérthetlensége, a vallásszabadság, sajtószabadság stb. Az alapjogoknak ez a rendszere az állampolgári *kötelességekkel* egészül ki. Szociális jogokról nincsen szó. A szociális jogoknak az alkotmányba való 'beszűrődése' Európában is később indul meg.

4. Az állam szerkezete (Nem az állam szervezete)

4.1. A könyv a magyar államnak azt a szerkezetét tükrözi, amelyben 'Erdély Magyarország része'. Megtaláljuk benne Erdély közjogi státusa viszontagságos történetének leírását. (51. skk.). Ezzel kapcsolatban ismételtelen meg kell jegyeznünk: az unió megvalósulása után (1848,

illetve 1868. 1870), bár egyre csökkenő mértékben, megmaradtak olyan jogszabályok, amelyek kizárólag Erdélyben voltak hatályosak.

4.2. A mai olvasó érdeklődéssel, és olykor meglepetéssel olvashatja azokat a részeket, amelyekben szerző azt a közjogi viszonyrendszert tárgyalja, amelybe *Horvát-Szlavon és Dalmátországek* az 1868-i évi horvát-magyar kiegyezés nyomán az első világháborúig illeszkedtek.

Közbevetőleg jegyezzük meg: a trianoni békeszerződés következményeinek érzékeltetésére gyakran halljuk: Magyarország elveszítette területének egyharmadát. Nem csökkentendő a nemzeti tragédia súlyát, a könyv nyomán fel tehetjük a kérdést: Horvátország Magyarország része volt?

Ismeretes, hogy Horvátország és Magyarország közjogi kapcsolatai sok évszázados múltra tekinthetnek vissza. Szerző a legfontosabb mozzanatokról, történelmi csomópontokról áttekintést ad. Kiemelt figyelmet szentel persze a horvát-magyar kiegyezésről szóló 1868-i XXX. tc.-nek, amely a könyv megjelenésének időszakában tételes jognak, élő jognak számított. Ezen a helyen a legfontosabb elemek felidézésére sincsen mód. Csupán arra a magyar és horvát közjogászok között folyó vitára utalunk a könyv nyomán, amelyben az egyik, a magyar 'fél' azt hangsúlyozta, hogy Horvátország közjogi státusa a belső államalakulatokéval egyezik meg, azaz tartományi jellegű, meglehetősen széles körű -, a belügyi igazgatásra, az igazságszolgáltatásra, a vallás és közoktatásra kiterjedő - autonómiával. Az ellenkező álláspont szerint, amelyet a horvát közjogászok képviseltek, Magyarország és Horvátország kapcsolatai államok közöttinek számítanak. Ezen az értelmezési szálon haladva lehet eljutni a *perszonál unió*nak történő minősítéséhez.

Az érvelés persze az egyik és másik oldalon is sokkal gazdagabb és árnyaltabb annál, semmint hogy azt egy-két mondattal érzékeltetni lehetne. Mindenesre a későbbi történéseket is ismerve megállapíthatjuk, eleinknek az a nagyvonalúsága, amellyel az 1868. évi XXX. törvény előkészítése során a 'külön koronaországgá alakult horvát-szlavon részeknek ... a magyar országgyűlés, mint mondani szokás, fehérlepet ajánlott fel, hogy föltételeiket írják reá azon viszonyokra nézve, amelybe Magyarországgal lépni óhajtanak' (73) a trianoni tárgyalásokon a másik fél érvelését erősíthették. Szerző - a közjogászok között folyó vitában mintegy állást foglalva -, idéző jelbe is teszi a törvény által használt 'társországok' kifejezést, mondván, hogy ez közjogilag nem indokolt. Tehát azt lehet mondani: szerző leírása a Horvátországhoz fűződő viszonyt illetően hiteles, a minősítésnél elfogultságot érzünk; abban az időben egy magyar közjogásznak nem is nagyon lehetett elfoglalni más álláspontot.

Más oldalról: a vitának ma már csupán (közjog) történelmi jelentősége lehet. Nem is az az érdekes, hogy a szerző milyen álláspontot képvisel, hanem az, hogy kiinduló pontja normatív szempontból tárgyilagos, teljes, és árnyalt. Ilyen módon lehetőséget ad arra hogy a mai olvasó maga alakítsa ki véleményét.

A magunk részéről továbbá nem is a végkövetkeztetést tartjuk fontosnak, azt tehát, hogy perszonál uniótól a reálunóig tartó, a tartománnyá minősítésen keresztül futó 'skálán' a Horvát-Szlavon - Dalmátországek, illetve a magyar állami kapcsolatot hol helyezük el; az a véleményünk ugyanis, hogy - ha persze az 1868. évi kiegyezés előtti helyzetre is tekintettel vagyunk: egy történelmileg kialakult egyedi kapcsolatrendszerrel állunk szemben, amely évszázadokon keresztül állta az idők próbáját. Gondoljunk csak a török elleni harcokra. S ez az, ami a magyar közjogi gondolkodásban nem jelenik meg, legalább is abban a formában, ahogyan a hatályos horvát alkotmány a történelmi múltra való utalást preambulumba beemeli.

4.3. Külön tárgyalva találjuk Fiume város és kerület közjogi státusát, amelyről az 1868. évi XXX. törvény egyfelől kimondja, hogy a magyar szent koronához csatolt külön terület külön autonómiával; másfelől azonban, 'mint ilyennek, külön autonómiájára és erre vonatkozó

törvényhozási és kormányzati viszonyaira nézve a Magyarország országgyűlése, Horvát-Szlavon-és Dalmátországok országgyűlése és Fiume városa között, küldöttségi tárgyalások útján, közös egyetértéssel lesz megállapodás eszközendő'. (98)

5. A könyv tárgya és a szerző által választott módszer nem kívánja meg a társadalmi környezet ábrázolását. Vissza tekintve ezt még sem hagyhatjuk szótlannul: a 'szelíd kísértet', Juhász Gyula szerint 'vörös pipacsot érlel a magyar határ', erről nem szabad megfeledkezni.

Nagy Ernő könyve a magyar állam közjogi szerkezetének leírását adja, úgy, ahogyan azt - a hetedik kiadás esetében – 1916-ban (?) találjuk. Egy fényképet tár elénk. A fényképet érdemes, sőt kötelességünk - Nagy László szavainak profán parafrázisaként szólva – áthozni az innenső partra.

Az „oszlópszállítási eset” — a D. 19, 2, 25, 7 rövid exegézise, kitekintéssel a custodia-felelősség objektív és szubjektív értelmezésére

1. A Gaius által ismertetett, a *locatio conductio operis* körébe tartozó, a római jogi szakirodalom által oszlópszállítási esetként aposztrófált tényállást tartalmazó szöveg¹ az irodalomban régtől fogva rendkívül vitatott forrásszövegek közé tartozik. A forráshely Rolf Knütel német romanista megállapítása szerint is a teljesítési segédért való felelősség (*Gehilfenhaftung*) problémájával kapcsolatos leghíresebb fragmentum.²

„*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.*”³ (Gai. D. 19, 2, 25, 7)

A tényállás megállapítása során premisszaként fölmerülő kérdés: „*eorumque*” helyett nem „*eorumve*” olvasandó-e inkább a szövegben? Az *eorumque* szó konjunktív értelmet eredményező fordítása esetén ugyanis a *conductor* felelősségének megállapításához mind a vállalkozó, mind pedig az általa igénybe vett személyek *culpájának* fennforgása szükséges. Knütel szerint a mai napig a konjunktivitás, avagy a diszjunktivitás az eset legvitatottabb pontja (*Hauptstreitpunkt*). Az egyik értelmezés esetén ugyanis a vállalkozó és a segéd vétkessége egyaránt szükséges a *conductor* felelősségének megállapításához, míg diszjunktív értelmezés esetén az egyik fél *culpája* már önmagában felelősségalapító tényező.⁴ Nézetem szerint a diszjunktív értelmű

* SIKLÓSI IVÁN egyetemi tanársegéd, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, Római Jogi Tanszék. E-mail: ivan.siklosi@ajk.elte.hu

¹ A jogeset mélyreható, széles körű szakirodalmi apparátusra hivatkozó elemzéséhez ld. pl. R. ZIMMERMANN: *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996³, 399skk., ill. a legújabb hazai szakirodalomból FÖLDI A.: *A másért való felelősség a római jogban*, Bp. 2004, 295—300. A könyvtárakat megtöltő irodalmi hivatkozások teljes körű ismertetésétől eltekintek, ebben a tekintetben jelentős részben a FÖLDI: *id. h.* által hivatkozott irodalomra utalok; az egyes további hivatkozásokra nézve ld. még az alábbiakban írottakat.

² M. KASER—R. KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*, München 2003¹⁷, 230.

³ „Aki oszlop szállítására vállalkozott, ha az oszlop az elmozdítás, szállítás vagy lerakás során eltörött, ezért a veszélyért akkor áll helyt, ha őt, vagy azokat, akiknek a munkáját igénybe vette, valamilyen gondatlanság terheli: a vétkesség pedig hiányzik, ha mindent megtettek, amire egy igen gondos személy ügyelt volna. Ugyanez a megítélés, ha valaki hordók vagy gerenda szállítására vállalkozott: és ugyanez alkalmazható további esetekre is.”

⁴ Tegyük hozzá már itt: amennyiben a vétkesség egyáltalán feltétele a felelősség megállapításának. Közismert, hogy a szakirodalomban általában elfogadott objektív elmélet szerint a klasszikus római jogban a *custodia* objektív, a vétkességtől független felelősséget jelentett (ezzel kapcsolatban — szakirodalmi hivatkozásokkal — ld. az alábbiakban kifejtetteket). — Knütel a forrásszöveg fordításában is jelzi az „*eorumque*” kifejezés kétféle visszaadásának lehetőségét (und / oder), ld. KASER—KNÜTEL: *id. m.* 230. ZIMMERMANN: *id. m.* 399 is kiemeli, hogy a „*que*”

fordítás a helyes; a vállalkozó felelősségének megállapításához elegendő a *culpa* diszjunktív fennforgása. A magam részéről az exegézis során a diszjunktív értelmezést követem.

A tényállás megállapítása egyébként különösebb problémákat nem vet fel. Az alkalmazott igénybevétele esetén legalább három személy szerepel a tényállásban: a vállalkozó (*conductor operis*), az őt kártérítésre perlő megrendelő (*locator operis*), ill. a vállalkozó által igénybe vett teljesítési segéd(ek). A teljesítési segédek Földi András interpretációjában szabad bér munkások⁵ (*locatores operarum*), és erre — általam is helyesnek vélt — nézete szerint mindenekelőtt az „*eorumque, quorum opera uteretur*” kitétel utal, amely formulát Gaius föltehetően nem alkalmazta volna rabszolgákra.⁶

A vállalkozó kötelezettsége az oszlop szállítása (*columnam transportandam*), aki ennek megvalósításához közreműködő(ke)t vesz igénybe. Az oszlop eltörik, amelynek ténye okozati összefüggésben áll a szállítás valamelyik mozzanatával („*tollitur aut portatur aut reponitur*”) — az okozati összefüggés *naturalmente* feltétele a kártérítési felelősség fennállásának.

A döntés szerint (a már említett diszjunktív értelmezést követve) vagy a vállalkozó, vagy az általa igénybe vett személyek vétkességének fennforgása feltétele a vállalkozói felelősség megállapításának. Már itt előrebozsátom ugyanakkor abbéli, alább részletesebben is kifejtett véleményemet, hogy a szöveg minden bizonnyal több helyen is interpolált. A felelősségre a „*periculum praestat*” kitétel utal, mely véleményem szerint is eredeti klasszikus szövegrész,⁷ ami ugyanakkor Fritz Schulz nyomán⁸ kiegészíthető a „*custodiae*” kitétellel, mely beszúrás folytán nyilvánvalóvá válik, hogy a szövegben a *custodia* veszélyének viseléséről van szó. Ez az interpretáció premisszaként a *custodia* objektív teóriájának elfogadását föltételezi.⁹

Nem csupán *columna*, hanem a további tényállási variációkban *dolia* (hordók), ill. *tignum* (gerenda)¹⁰ szállítása is lehet a *locatio conductio operis* tárgya, ill. Gaius szerint más hasonló tényállásokra is alkalmazható a döntés.

2. A jogi problémát a következő kérdésekben foglalom össze.

tapadósztót a források olykor diszjunktív értelemben („vagy” értelemben) használják. Ld. még ehhez a problémához FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 296.

⁵ Ennek említése azért szükséges, mert teljesítési segéd rabszolga is lehetett; a szakirodalomban többen hangsúlyozzák azt az álláspontot, hogy a bérbe adott rabszolgák munkája jelentősebb volt a szabad bér munkánál, ugyanakkor a császárkorban a rabszolgák is vállaltak bér munkát, immár *locatio conductio operarum* keretében. A bérbe adott rabszolgák munkája esetén nyilván *locatio conductio reiről* van szó. Az újabb irodalomban mindenekelőtt Alfons Bürge müncheni professzor mutat rá meggyőző erővel arra, hogy a *mercennarius* szó a forrásokban igen gyakran rabszolgára alkalmazott megjelölés („Bezeichnung für einen Sklaven”). Az egész problémához ld. A. BÜRGE: *Der mercennarius und die Lohnarbeit*, SZ 107 (1990), 80skk., ill. összefoglalóan FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 288.

⁶ Ld. FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 296.

⁷ Ld. ekként FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 300.

⁸ F. SCHULZ: *Die Haftung für das Verschulden des Angestellten im klassischen römischen Recht*, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 38 (1911), 26. Vö. FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 297.

⁹ Az interpoláció kérdéséhez és a szöveg klasszikus kori rekonstrukciójához ld. részletesebben az alább kifejtetteket.

¹⁰ A *tignum* más vonatkozásban mindenféle építőanyagot jelöl (ld. pl. Gai. D. 41, 1, 7, 10, ahol a jogtudós megállapítja, hogy „*appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt*”), vö. az *actio de tigno iuncto* nevű, *duplumra* menő keresettel.

- Mindkét fél (a vállalkozó, valamint a segéd) vétkessége konjunktív feltétele a felelősség megállapításának, vagy csupán az egyik fél vétkessége?¹¹
- Mikor (milyen körülmények fennforgása esetén) felel (helyesebben: áll helyt; a fent már említett beszúrás esetén: viseli a *custodia* veszélyét, tehát: áll helyt *custodiáért*) a vállalkozó az oszlopszállítás során az alkalmazottai által okozott károkért?
- Melyek a felelősség alól való mentesülés feltételei?
- Feltétele-e egyáltalában a vállalkozó felelősségének a *conductor*, ill. alkalmazottainak vétkessége a klasszikus római jogban?¹²

Az interpretáció — az eredeti gaiusi mondanivaló megállapítása — lényegében attól függ, hogy a *custodia* objektív, vagy szubjektív értelmezését fogadjuk el a klasszikus korra nézve.¹³

¹¹ Ezzel a KNÜTEL által *Hauptstreitpunkt*ként aposztrofált problémával a továbbiakban nem kívánok külön foglalkozni, ugyanis már a tényállás megállapítása során, premisszaként leszögeztem, hogy az „*eorumque*” kifejezést diszjunktív értelemben fordítom.

¹² FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 296 szerint ez az eset fő problémája, amelyhez képest eltörpül a konjunktivitás fentiekben már vázolt problémája.

¹³ A *custodia* szakirodalma könyvtárat tölthetne meg; ebben a rövid elemzésben nyilvánvalóan nincs módom a *custodia*-felelősség mibenlétével részletesebben foglalkozni. Már maga a „*custodia*” kifejezés is a forrásokban többféleképpen magyarázható terminusként használatos, miként arra pl. ZIMMERMANN: *id. m.* 194 is rámutat. Eredetileg és elsődlegesen a „*custodiam praestare*” kifejezés minden bizonnyal az adós aktuális, a kötelem által megkövetelt magatartására utal, ekként a kötelem tartalmát jelöli, és nem *custodiáért* való felelősséget jelent (ld. ekként pl. C. A. CANNATA: *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano 1966, 23; vö. ZIMMERMANN: *id. m.* 194). Az újabb szakirodalomban — általában, de korántsem kizárólagosan — objektív értelemben fölfogott *custodia*-felelősség elmélettörténetével kapcsolatban e helyütt csupán néhány megállapítást teszünk. — A *custodia*-felelősségre vonatkozó elméleti viták J. BARON: *Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias oder die Haftung für Custodia* (Archiv für die civilistische Praxis, 1869, 44skk.) c. művével vették kezdetét. Baron úgy vélte, hogy a klasszikus jog idején a más tulajdonában álló dolgot magánál tartó érdekelt adós vétkességétől függetlenül felelősséggel tartozik. Ez a felelősség kiterjed az ún. kisebb balesetekre is (Baron szóhasználatában „*niederer Zufall*”, vagyis a *vis maior*al, mint isteni erővel szembeállítva: „alsó baleset”). A korábban elfogadott, HASSE nevéhez köthető tudományos nézet ugyanis az volt, hogy a *custodia*-felelősség dolog őrzésére irányuló gondosság (*diligentia in custodiendo*), tehát ez a felelősségi forma lényegében *diligentia*. Megjegyzem egyébként, hogy — bár nem teljesen egyértelműen, de — a iustinianusi törvényművekből, különösen az Institutiókból is leginkább ez olvasható ki (hiszen a mű általában együtt említi a *custodiát* a *diligentiával*). Baron ugyanakkor a *custodia*-felelősség objektív jellegére helyezi a hangsúlyt, megszabva ezzel az irányt a további kutatásoknak. Windscheid elismeri az objektív *custodia*-fogalom (*technische Custodia*) létjogosultságát a szubjektív fogalom (mely szerint a *custodia* nem más, mint *diligentia in custodiendo*, vagyis őrzésre irányuló gondosság) mellett (ill. azzal szembeállítva), ám lényegesen szűkebb körben, mint Baron (csupán a *receptum nautarum cauponum stabulariorum*, a raktárvállalkozó esetében, valamint annál az adósnál, aki megbecsülve veszi őrizetbe a dolgot; ld. B. WINDSCHEID—TH. KIPP: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Leipzig 1906⁹, 264). Az interpoláció-kutatás módszerével először LUSIGNANI közelített a kérdéshez, aki a szubjektív *custodia*-fogalom híve; nézete szerint a *custodia*-felelősség a klasszikus római jogban nem ment túl a *culpa in custodiendo* határán, ezt a felelősséget ugyanis csak a kompilátorok formálták át objektív, a *vis maior* határáig terjedő helytállási kötelezettséggé. Lusignani nézetének ismertetéséhez ld. MARTON G.: *A polgári jogi felelősség* (sajtó alá rendezte Zlinszky J.), Bp. 1992, 355 (Lusignani nézete egyébiránt meglehetősen elszigetelt maradt, ennek okaira nézve ld. FÖLDI: *A másért való felelősség* [id.], 298²⁶⁷; megjegyzem, hogy még maga Marton is SCHULZ kritikái ismertetése alapján hivatkozik az ő nézetére). A szakirodalom nagyra értékeli SECKEL *custodia*-tanát, aki Lusignanival ellentétben úgy véli, hogy a *custodia*-felelősség éppen a klasszikus jogban jelentette a *vis maior* határáig terjedő objektív (a *casus minorok*ért, tehát elsősorban a lopásért és a dologrongálásért fennálló) felelősséget, amit a kompilátorok alakítottak át a rendes, vagy a felemelt *diligentia*-mérték szerinti őrzési kötelezettséggé (*diligentia in custodiendo*). Seckel interpolátnak tekint minden olyan forrást, amely az objektív klasszikus nézettel ellentétes. Nézete szerint a klasszikus jogban *custodia*-kötelezett a *commodatarius*, a *conductor rei*, továbbá a megrendelőtől átvett dolgok vonatkozásában a *conductor operis*; a *horrearius* (raktárvállalkozó), a *nauta*, a *caupo* és a *stabularius*; az önként kínálkozó *depositarius*, a *creditor pigneraticius*; a *socius*, ha a közös dolog egyedüli őrizetében van; végül adásvételnél a *venditor* a még nála maradt, az

Az objektív *custodia*-elmélet szerint a *conductor operis* a vétkességtől független, a *vis maior* határáig terjedő, objektív felelősséggel tartozik. (Zárójelben utalok arra, hogy Gaius a *fullo* és a *sarcinator* vonatkozásában ezt írja: „*custodiae nomine ex locato tenentur*” [D. 4, 9, 5]. Gaius [3, 205] a *fullo* és a *sarcinator* [ruhatisztító és foltozó szabó; mindkét eset a vállalkozási szerződés köréből származik]¹⁴ példáját említi, ahol a jogi problémát az *actio furti* aktív legitimációja képezi, és ahol a helytállás megjelölésére a „*custodiam praestant*” kitétel szolgál, ld. Gai. 3, 206 — a *commodatum*mal összefüggésben, amire a *fullo*, ill. a *sarcinator* tekintetében irányadó szabályok vonatkoznak az *actio furti* megindítása szempontjából. Esetünkben ugyanakkor nem lopás, hanem rongálás történik, és itt a jogi problémát nem a lopási kereset megindíthatósága képezi.)

Ha tehát a *custodia* objektív interpretációját fogadjuk el a klasszikus jogra nézve, úgy a „*columnam transportandam*” vállalkozó személy is *custodiáért* felel. A szöveg *culpára* vonatkozó részei éppen ennek az értelmezésnek látszanak ellentmondani.

3. A vétkesség bizonyítása¹⁵ — miként az őrzés más eseteiben is — itt is igen nehéz, amire tekintettel indokolt az exkulpáció kizárása. Ha azt föltételeznénk, hogy a vállalkozó a klasszikus jogban csak *culpáért* felelt (ez a föltételezés más forrásokkal is ellentmondásban állna), úgy az eset különösebb problémákat nem vetne föl, és azt a teljesítési segédért való, vétkességi alapú felelősség iskolapéldájának lehetne minősíteni, ha abban a „*periculum praestat*” kitétel nem szerepelne. Ilyen értelmezés esetén ugyanis a szövegben lévő „*periculum praestat*” kitétel ellentmondásos; az indokolásban a *periculum*, ill. a *culpa* együttes említése nem fér össze egymással (bár elvben a vétkesség veszélyének viseléséről is beszélhetünk). A modern szövegkritikai kutatások új paradigmájaként az egyes forráshelyek interpoláltságát illetően általában óvatossággal kell

emptor által át nem vett dologra nézve (ld. H. G. HEUMANN—E. SECKEL: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1914, s. v. *custodia*). Megállapítható, hogy az újabb szakirodalomban az objektív *custodia*-tan vált uralkodóvá. Marton Géza is több írásában is foglalkozott az objektív *custodia*-felelősséggel. Első ilyen tárgyú, nagy hatású tanulmánya 1924-ben jelent meg, *Felelősség custodiáért* címmel, melyben Marton bizonyította, hogy a *custodia*-felelősség eredetileg független volt a vétkességtől. Nézete szerint történetileg lehetséges, hogy a *custodia*-felelősség megelőzte a *bonus pater familias diligentia*jának általánossá válását, de bizonyosra veszi, hogy a *custodia* mint önálló felelősségi forma csak a *bonae fidei iudiciumok* kialakulása után megnyílt fejlődés keretében jött létre. Marton a klasszikus kori *custodia*-felelősség objektív jellegét hangsúlyozza, sőt az egész klasszikus felelősségi rendszert objektívnek tekinti. Bár a legtöbb romanista szerző a *custodia* objektív elméletét fogadja el, ma is vannak képviselői a *custodia* szubjektív értelmezésének, ld. mindenekelőtt R. ROBAYE: *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987. — Az egész problémára nézve a releváns irodalmi álláspontok összefoglalásával ld. MARTON: *A polgári jogi felelősség* (id.), 356sk., valamint MOLNÁR I.: *A római magánjog felelősségi rendje*, Szeged 1994, 169skk., ill. áttekintő jelleggel FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 231sk. A *receptum*-felelősség és a *custodia* viszonyának kérdéséhez ld. a hazai szakirodalomból FÖLDI A.: *Kereskedelmi jogintézmények a római jogban*, Bp. 1997, 103skk.

¹⁴ Közismert, hogy Gaius tankönyvében (3, 205) a *fullo* és a *sarcinator* példáján keresztül mutatja be az *actio furti* aktív legitimációját (az érdekeltség döntő jelentőségű a lopási kereset aktív legitimációja tekintetében; ld. Gai. 3, 203: „*furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse*”). Egyes szerzők szerint (mivel Gaius a *locatio conductio operis* esetei között csak a *fullo* és a *sarcinator* felelősségét tárgyalja) a *custodia* csak rájuk vonatkozott, de ma már szélesebb körbe elfogadott az az — általam is elfogadható — nézet, mely szerint Gaius a ruhatisztító és a foltozó szabó eseteit csak exemplifikatív említi; ezért megengedhető az a következtetés, hogy a klasszikus jogban a *conductor operis* általános jelleggel *custodia*-kötelezett. Az utóbbi nézetet képviseli többek között ZIMMERMANN: *id. m.* 399, ill. KASER—KNÜTEL: *id. m.* 225. További releváns irodalomra nézve ld. FÖLDI: *id. m.* 297.

¹⁵ A *custodia*-felelősség létrejöttét számos tekintélyes szerző nézete szerint a bizonyítási szükséghelyzetből (*Beweisnotstand*) fakadó nehézség indokolta. Az EXNER osztrák tudós által megalkotott fogalomra MARTON gyakran hivatkozik. Marton lényegében a kizárólagos fizikai őrizetbe vételből fakadó bizonyítási nehézségek, valamint a *custodiens diligentia*jának ellenőrizhetetlensége alapján következtet a *custodia*, mint felelősségi forma létrejöttére.

eljárunk,¹⁶ itt azonban bizonyos, hogy a szöveg jelentős része interpolált;¹⁷ Földi szerint az „*acciderit*” szót követő rész „aligha tagadhatóan” interpolált.¹⁸ Valóban félreérthetetlenül erre utal a szövegben szereplő „*quae diligentissimus quisque observaturus fuisset*” kitétel.

Közismert, hogy a posztklasszikus korban válik felelősségi mércévé a *diligentissimus pater familias diligentia*ja.¹⁹ Marton Géza — bár szerinte a iustinianusi felelősségi rendszer is éppen annyira objektív volt, mint a klasszikus, hiszen a *diligentissimus pater familias diligentia*ját, ill. a szintén a klasszikus kort követő időkben megjelenő *exacta diligentia*t²⁰ is absztrakt mintaképnek tekinti — úgy véli, hogy a klasszikus kor utáni időkben a vétkességi elem előtérbe került, és ennek legfőbb jele éppen a „*custodia*-felelősség *culpa*-felelősséggé átidomításában”²¹ mutatkozik meg (említést érdemel még e helyütt, hogy a *diligentissimus pater familias diligentia*ja, ill. az *exacta diligentia* követelménye Marton nézete szerint nem sokban maradhatott el az objektív, vétkességtől független *custodia*-követelménytől).

Nézetem szerint a szövegben nem csupán az „*acciderit*” szót követő rész, hanem valószínűleg az első mondat bizonyos része is interpolált. A „*periculum*” szó elől kikerült a „*custodiae*” kitétel, mivel a kompilátorok a szövegben föltehetően a *culpa* veszélyének viselésére gondoltak. Föltételezve tehát, hogy a klasszikus jogban a *conductor operis custodia*ért felelt, a szöveg egyes részei interpoláltak. A forrásszövegben szereplő első mondat eredeti formájában vélhetően a következőképpen szólt:

„*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id custodiae periculum*²² praestat.”

¹⁶ Az újabb romanisztikai irodalomban ugyanis az interpolációmentesség vélelme érvényesül, az általában elfogadott nézet szerint abból kell kiindulni, hogy többségükben tartalmilag is klasszikus szövegekről van szó. Az egész problémához ld. mindenekelőtt M. KASER: *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972, ill. R. KNÜTEL: *Nicht leichter, aber um so reizvoller. Zum methodologischen Vermächtnis Max Kasers*, SZ 115 (1998).

¹⁷ M. KASER: *Das römische Privatrecht* I, München 1971², 571⁸⁶ úgy véli, hogy a szöveg „bis *acciderit* jedenfalls echt”. A régebbi irodalomra történő hivatkozásokat ld. uo.

¹⁸ FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 300.

¹⁹ Ld. pl. Inst. 3, 24, 5: a bérlő olyan mértékű gondosságot köteles tanúsítani, „*qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibere solet*”. A „leggondosabb családapa” gondosságának mércéje, ill. az „*exactissima diligentia*” (a *Basilikához* fűzött *scholionokban: akrotaté epimeleia*) mércéje föltehetően bizánci találmány; ezt a nézetet képviseli pl. F. M. DE ROBERTIS: *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* I—II, Bari 1982—83, 325skk.; az olasz romanista nézetére MOLNÁR: *id. m.* 228 is külön utal.

²⁰ Ld. pl. Inst. 3, 14, 2: „*At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est*”. A haszonkölcsönbe vevő a forráshely tanúsága szerint rendkívüli gondosságot (*exactam diligentiam*) köteles tanúsítani; nem elég, ha csupán annyi gondosságot tanúsított, amennyit a saját ügyeiben szokott tanúsítani (a *commodatarius* felelőssége a forrásszövegben a *culpa in concreto*ért való felelősséggel kerül szembeállításra). A *commodatarius* felelősségének mércéjét a szöveg hely a „*diligentia in suis rebus*” mércéjével veti egybe, megállapítván, hogy itt szigorúbb felelősségről van szó.

²¹ MARTON: *A polgári jogi felelősség* (id.), 49.

²² A „*periculum*” szó használata önmagában nem elegendő, hiszen esetünkben nem veszélyviselési, hanem felelősségi tényállásról van szó, ugyanakkor a „*custodiae periculum*” kitétel használata egyébként sem ellenkezik a forrásokkal. A magam részéről tehát SCHULZ interpretációját fogadom el. KASER: *id. m.* 512 is rámutat arra, hogy a rómaiak *periculum*ról beszélnek a *custodia*-kötelezettség megsértése útján előállott károk esetén is („Doch sprechen die Römer von *periculum* bisweilen auch bei Schäden durch Verletzung einer *custodia*-Pflicht.”).

A felelősségre utaló „*periculum praestat*” kifejezést követő, és az „*acciderit*” igével záruló rész a *culpa* szó beszúrása miatt interpolált. A *culpára*, mint a vétkességi felelősség alapjául szolgáló körülményre történő utalás egybecseng a felelősséget az általános vétkességi felelősséghez képest szigorúbb mértékre emelő, nem klasszikus eredetű „*diligentissimus...*” szövegrésszel. Föltehetően az „*acciderit*” szót követő és a „*fuisse*” szóval bezáruló teljes rész a kompilátorok betoldásának eredménye, de az ezt megelőző rész is részben interpolált. Ugyanis, amennyiben a klasszikus jogra nézve föltételezzük a vállalkozó *custodia*-felelősségét, akkor ezzel a körülménnyel, ill. a szövegben korábban szereplő „*periculum praestat*” kitételrel nehezen fér össze a *culpára* történő hivatkozás, amely körülménytől a *custodia*-felelősség független.

A Földi által is képviselt interpretáció abból az előfeltevésből indul ki, hogy a *conductor operis* a klasszikus jog szerint *custodiáért* felelt. A szöveg jelentősen megromlott állapotára tekintettel ugyanakkor Földinek kétségtelenül igaza van abban, hogy az eredeti gaiusi mondanivaló feltárására vonatkozó bármilyen kategorikus állásfoglalás kockázatos.²³ A konjunktivitás, ill. a diszjunktivitás problémájától eltekintve egyértelmű a szöveg a iustinianusi vétkességi alapú felelősségi szabályok (ha úgy tetszik: felelősségi rend) kontextusában. A klasszikus jogra vonatkozóan ugyanakkor csak interpolációkritikai módszerekkel lehet megkísérelni az eredeti gaiusi szöveg mondanivalójának megállapítását. A klasszikus kori szöveg rekonstrukciója csupán hipotetikus jelleggel lehetséges.

²³ FÖLDI: *A másért való felelősség* (id.), 300. Ezért a szerző is érezhető óvatossággal ismerteti saját, a forrásszöveggel kapcsolatos álláspontját.

Der Säulentransportfall — eine kleine Analyse der D. 19, 2, 25, 7, unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Theorie der custodia

(Zusammenfassung)

Der Verfasser beschäftigt sich in seinem kurzen Aufsatz mit einem berühmten und besonders bestrittenen Text von Gaius (D. 19, 2, 25, 7). Der Hauptstreitpunkt des sog. Säulentransportfalles ist bis auf den heutigen Tag die Konjunktivität oder Disjunktivität. In diesem Aufsatz wird das Wort „*eorumque*“ im disjunktiven Sinn übersetzt. Deshalb wird es unter den Prämissen festgestellt, daß das Verschulden (*culpa*) des Gehilfens allein erforderlich ist.

Der Verfasser folgt der objektiven Theorie der *custodia*-Haftung; im Zusammenhang damit bietet der Verfasser auch einen kurzen Überblick über die verschiedenen Interpretationen von *custodia*. Wenn die objektive Interpretation von *custodia* im klassischen römischen Recht akzeptiert wird, haftet der Unternehmer („*qui columnam transportandam conduxit*“) nicht nur für *culpa*, sondern auch für *custodia*. Demgegenüber steht im Text der Hinweis für das Verschulden (*culpa*).

Deshalb ist der Fragment teilweise interpoliert; nach der Meinung des Verfassers ist in dem Text unter dem „*periculum*“ „*custodiae periculum*“ zu verstehen. Der Teil des Textes zwischen dem Wort „*acciderit*“ und „*fuisset*“ ist wahrscheinlich interpoliert. Dieser Teil — mit dem Hinweis auf die besondere Sorgfalt der Parteien — hat keine klassische Wurzeln. Der Verfasser hebt aber hervor, daß die Rekonstruktion des originellen klassischen Textes keineswegs ungefährlich ist.

Szalóki Gergely

A Csemegi kódex fiatalkorúakra vonatkozó szankciói

Jelen tanulmány célja, hogy a Csemegi kódex fiatalkorúakra vonatkozó szankcióit, azok változásait kronológiai sorrendben, szabályozásuk tükrében tudománytörténeti háttérrel is felvillantva mutassa be. Ezen cél megvalósítása érdekében igyekeztünk a lehető legszélesebb körben bemutatni minden jogszabályt, amely e témára rendelkezést tartalmaz, azonban – leginkább terjedelmi okokból – részletes elemzést csak a törvényi szintű szabályoknál nyújthattunk. Tekintettel az értekezés témájára és céljára szükségképpen a deskriptív jelleg a túlnyomó, azonban ez elengedhetetlen a részletes elemzéshez.

A Csemegi kódex

Az 1878. évi V. törvénycikk, másnéven Csemegi kódex – nevét megfogalmazójáról, Csemegi Károly államtitkárról kapta – volt az első kodifikált, és országgyűlés által elfogadott büntetőtörvénykönyv Magyarországon. A kodifikáció során alkotói külföldi büntetőtörvénykönyveket vizsgáltak, elemezték e büntetőtörvénykönyvek intézményeit, és megoldásaik mintául szolgáltak a készülő kódex számára, valamint figyelembe vették az 1843. évi büntetőjogi törvényjavaslatot, megpróbálták követni a megkezdett utat, de végül több ponton is eltér a kódex ettől; ennek részben oka az addig eltelt harmincöt esztendő. Ez idő alatt átforgalmódott a büntetőjogi gondolkodás, melynek követése szükséges is volt; legplasztikusabb példái ennek egyfelől a halálbüntetés szabályozása,¹ másfelől a szabadságbüntetések végrehajtásának szabályozása.²

A Csemegi kódex az akkori Európa egyik legsikerültebb büntetőtörvénykönyvének tekinthető nemcsak áttekinthető szerkezete miatt – a ma hatályos büntetőtörvénykönyvünk is nagy vonalakban ennek örökségét viseli – hanem azért is, mert a kor legelfogadottabb megoldásait alkalmazták, és a legkorszerűbb intézményeket igyekeztek bevezetni, eközben nem megfélemlítve az akkori magyar körülményekről. Mindezek ellenére a kódexszel kapcsolatban negatívumként említhető – ami nem annyira a törvényben, mint inkább a magyar állapotokban keresendő – hogy a kódex hatályba lépésekor számos intézmény csak a törvényben létezett, éppen ezért nem volt végrehajtható a szabályozottak szerint. Ez szolgált okául a törvényben

¹ Az 1843. évi törvényjavaslat a felvilágosodás szellemi termékeként született abolícionista irányzat hatására mellőzte a halálbüntetést büntetési rendszeréből.

² Mind az 1843-as Deák-féle törvényjavaslat, mind a kódex relatíve határozott rendszert követett, ám közöttük egy igen lényeges különbség fedezhető fel. A Csemegi kódex az általános részben szabályozza a kiszabható büntetések alsó és felső határait, a javaslat viszont sem az általános részben, sem a különös részben az egyes bűncselekmények tekintetében nem határozott meg minimumot, teljes mértékben a bírói mérlegelés körébe utalva a büntetés kiszabását, széles teret engedve ezzel az individualizáció lehetőségének. Felmerülhet a kérdés, hogy ebben az esetben nem beszélhetünk-e inkább relatíve határozatlan szankcióról. Nézetünk szerint a válasz egyértelműen nem, hiszen az alsó határ szabályozásának hiánya nem jelenti azt, hogy ne lenne egy tényleges minimuma a büntetésnek, ami akár a büntetés elmaradásáig is terjedhet. Meg kívánjuk továbbá jegyezni, hogy a javaslat büntetési rendszere jóval kevesebb büntetést alkalmazott (hatot), és nem ismerte a mellékbüntetéseket sem, emiatt rendszere is egyszerűbb.

található néhány átmeneti rendelkezésnek, amelyek arra adnak választ, hogy hogyan kell eljárni, amíg az adott intézményt létre nem hozzák.

A kódex főbüntetései a következők: halálbüntetés, fegyház, államfogház, börtön, fogház, pénzbüntetés. A ma ismert szabadságvesztés büntetés tehát nincs így nevesítve a kódexben.³ A Csemegi kódex nem ismeri a szabadságvesztést, mint büntetési nemet, hanem annak ma már fokozataiként ismert végrehajtási módozatait szabályozza külön büntetési nemekként. Ily módon négy fajta szabadságvesztés büntetés létezett, amelynek a kódexben megvoltak a külön szabályai; az aprólékos szabályozás a kódex hatálybalépése után kiadott rendeletekben található meg.⁴

A törvény indokolásából, valamint a kódex különös részéből kiderül, hogy a szabadságbüntetések már ekkor is a büntetési rendszer gerincét adták. A legtöbb bűncselekményre – legyen az akár büntett, akár vétség – a kódex valamely szabadságbüntetést szabja ki. Annak magyarázata, hogy a kódex, miért éppen a személyi szabadság elvonásával járó büntetést tartja a legmegfelelőbbnek, az indokolásban csak elnagyoltan fejt ki. Eszerint a szabadságbüntetés nagy előnye, hogy könnyen, ésszerűen, és igazságosan lehet a büntetés mértékét az elkövetett bűncselekmény súlyához igazítani, valamint *“mert kiválólag a szabadságbüntetések azok, a melyek által az állam, a bűnhődésen kívül a büntetések egyéb céljait is leginkább megvalósíthatja.”* A büntetések egyéb céljai között kell megemlíteni természetesen a speciális és generális prevenciót.

A kódex külön szabályokat tartalmaz a fiatalkorú fogházra ítélt büntetésének végrehajtását illetően. E külön szabályozás okaira a részletes indokolás derít fényt,⁵ mely szerint minden büntetés célja a nevelés-javítás, amire a fiatalkorúak különösen fogékonyak, de ugyanakkor a negatív értelemben vett nevelés is hatással lehet rájuk; ez indokolja, hogy különösen körütekintőnek kell lenni a fiatalkorú elkövetők megbüntetésekor, ugyanis ennek során a szankció nevelő-javító szerepe fokozott hangsúlyt kapott. Ezzel magyarázza az indokolás, hogy a fiatalkorúnak ugyanazon cselekményért tulajdonképpen súlyosabb büntetést kellett kiállnia – hiszen adott esetben az egész büntetést magánelzárásban töltötte ki – mint az idősebb elkövetőknek. Ebben a szisztémában a fiatalkorút teljesen el lehetett különíteni a többi fogolytól, és ennek előnye az volt, hogy így kizárták a többi fogolynak a fiatalkorúra ható negatív befolyását.

A huszadik életévét be nem töltött fogoly nevelése-javítása céljából a bíróság ítéletében elrendelhetette, hogy a hat hónapnál nem súlyosabb büntetést – illetve amennyiben súlyosabb a büntetés, akkor legfeljebb hat hónapot – a fogoly magánelzárásban töltse ki, továbbá a fiatalkorút kímélendő elrendelhetette, hogy magánelzárás helyett, az annak megfelelő időtartamot javító intézetben⁶ töltse ki.⁷ A büntetés végrehajtásának ezen módját, ha célszerűnek

³ Ugyanakkor a szakirodalomban előfordul, hogy mint a szabadságbüntetés fokozatait említik ezeket. Lásd RÉCSY Géza: A büntetés rendszerének alapelvei, Jogtudományi Közlöny 1878/22. 180. o.

⁴ Ezek közül a legjelentősebb a 2106/1880. I.M.E. rendelet, amely mellékleteiben minden egyes szabadságbüntetésre vonatkozólag tartalmazza a részletes szabályokat. Ezt a rendeletet később kiadott rendeletek kiegészítik; ezen rendeleteket később említjük meg.

⁵ Bővebben lásd 42.–43.§-hoz fűzött indokolásban.

⁶ Javító intézet alapvetően a tizenkét-tizenhat éves – beszámítási képességgel rendelkező – büntetettekkel szemben alkalmazható szankció. (lásd 1878.V.tc. 84.§; FAYER László: A magyar büntetőjog kézikönyve. Franklin-társulat, Budapest 1905 182.–188. o.)

⁷ FINKEY a javító-intézetet nem büntetésnek tekintette, hanem *“kényszernevelési eszköznek”*, amely egy speciális terhelti körre – nevezetesen a húsz év alattiakra – alkalmazható végrehajtási mód. Álláspontját azzal indokolta, hogy a kódex nem vette fel a büntetések felsorolásába a javító-nevelést. (FINKEY Ferenc: A magyar büntetőjog tankönyve. Politzer Zsigmond és fia könyvkereskedése, Budapest 1902 338. o.) 1878.V.tc. 42.§; Bővebben lásd: A javítónevelés szabályozásáról szóló 27.200/1909. I.M. rendeletet; A fiatalkorúak fogház-, államfogház-, és elzárásbüntetésének végrehajtásáról szóló 27.300/1909. I.M. rendeletet; A fiatalkorúak felügyelő hatóságáról szóló 27.400/1909. I.M. rendeletet. Ezen rendeletek bemutatására terjedelmi okokból nem kerül sor.

mutatkozott, a bíróságon kívül az igazságügy miniszter is elrendelhetette, aki a felügyelő bizottság javaslata alapján hozta meg döntését ebben az ügyben. *“A felügyelő bizottság tagjai: a törvényszék elnöke illetőleg helyettese, a királyi ügyész, illetőleg királyi alügyész, az igazgató (felügyelő), a lelkész, a tanító, továbbá a törvényhatóság közigazgatási bizottsága által megválasztott két egyén.”*⁸ Ez akkoriban teljesen új intézmény volt.⁹

A fiatakorúakra vonatkozó szabályozás módosításai

A kódexet sok bírálat érte – tulajdonképpen már szinte hatályba lépésétől kezdve¹⁰ – bizonyos hiányosságai és hibái miatt, amelyeket egyfelől a tudomány, másfelől a társadalmi élet változásai, valamint a kódex gyakorlati alkalmazása hozott felszínre. E kritikai hangok a következőkben foglalhatóak össze:¹¹

- büntetési rendszere igen bonyolult
- a pénzbüntetések szabadságvesztésre való átalakítása hibás
- a mellékbüntetések rendszertelenül kapcsolódnak a főbüntetésekhez a különös részben
- hibás a fiatakorúak és a visszaesők büntetési rendszere
- a különös részben több büntetési tétel túl magas illetve túl alacsony

A módosítások egyik célja éppen ezen hiányosságok pótlása, másik motivációja pedig abban keresendő, hogy a hosszú idő alatt, amíg hatályban volt a kódex, lassan átalakult a büntetőjogi gondolkodás, némely elméletek, nézetek, intézmények elavultak, némelyek pedig utólag merültek fel, és kerültek beépítésre a törvénybe. A módosítások harmadik okaként említhető, hogy a majd hetven év alatt jelentősen átalakult a magyar társadalom, és a büntető jogalkotásnak ezt követnie kellett.

A következőkben a Csemegi kódex fiatakorúakra vonatkozó szabályait módosító törvényeket mutatjuk be kronológiai sorrendben. A módosítások ismertetése mellett igyekszünk bemutatni, és elemezni az új szabályozást, valamint fényt deríteni okukra illetve céljukra.

Az 1908. évi XXXVI. törvénycikk

E törvénycikk megalkotását heves vita előzte meg a szakirodalomban,¹² kérdésként vetődött fel, hogy milyen terjedelmű legyen a módosítás: novella, vagy revízió. A revízió mellett álltak ki olyan neves büntetőjogászok mint például EDVI ILLÉS, ANGYAL, vagy FINKEY, a

⁸ 1878.V.tc. 43.§ továbbá 2106/1880. I.M. rendelet VII. melléklete.

⁹ JESZENSZKY nem tartotta megfelelőnek a bizottság összetételét, mivel a tagság túlméretezett létszámát feleslegesnek vélte, és jelezte, hogy az intézmény emiatt nehézkessé válhat. Megjegyzi, hogy Németországban az intézmény létezik, és összetétele igen hasonló, ez alapján párhuzamot vonva jelzi előre a lehetséges problémákat. *“A bizottság hivatásszerű tenorja a kir. ügyész vagy a fegyintézeti igazgató. Csak ezen egyének valamelyike van hivatva arra, hogy alapos véleményt mondhasson a szabadon bocsátandó javulásáról;...”* (JESZENSZKY Sándor: A feltételes szabadságra bocsátás hazánkban. Jogtudományi Közlöny 1880/45. 307. o.)

¹⁰ A módosítás előkészítésének történetéhez bővebben lásd BALOG Arnold: A büntetőtörvény módosítása. Jogtudományi Közlöny 1906/3. 17. o.; BALOG Arnold: Szaktanácskozmány a büntetőnovella tárgyában. Jogtudományi Közlöny 1907a/2. 10.–11. o.; VÁMBÉRY Ruztem: A büntetőtörvény módosítása. Jogtudományi Közlöny 1906/4. 28-29. o.; BALOGH Jenő: A büntető-törvénykönyvek módosítása és kiegészítése. Jogtudományi Közlöny 1907/2. 9. o.

¹¹ Bővebben lásd ANGYAL Pál: A magyar büntetőjog tankönyve. Athenaeum, Budapest 1909

¹² Kitekintésképpen megjegyezzük, hogy a kódex módosításával párhuzamosan ismét felvetődött a halálbüntetés és abolíció témája. Ezzel kapcsolatban lásd FINKEY Ferenc: A halálbüntetés és a Btk. revíziója. Jogtudományi Közlöny 1909/5.

jogalkotó mégis megelégedett a novelláris szintű változtatással, amely álláspont támogatták a tudomány részéről: VÁMBÉRY és BALOGH.¹³

Az 1908. évi törvénycikk az első úgynevezett büntetőnovella¹⁴ a Csemegi kódex történetében, amely három nagyobb részre osztható aszerint, hogy a büntető igazságszolgáltatás mely területeit módosította: az első nagyobb rész a Csemegi kódexet, a második a kihágásról szóló 1879. évi XL. törvénycikket, a harmadik rész pedig a bűnvádi perrendtartásról szóló 1896. évi XXXIII. törvénycikket. Ezek közül csak a Csemegi kódexet módosító részt vesszük majd szemügyre, a törvénycikk többi része nem tartozik e témához.¹⁵

Ez az első nagyobb rész négy további kisebb részre bontható aszerint, hogy a kódex mely rendelkezéseit érinti; ezek közül kettő az általános részt érintette: amelyik a büntetés feltételes felfüggesztésének intézményét vezeti be, illetve amelyik a fiatalkorúakra vonatkozó speciális rendelkezéseket illeszti be a kódexbe. A másik két rész a kódex különös részét módosítja, így ezek kiesnek vizsgálódásaink köréből.¹⁶ Számunkra természetesen most csak a fiatalkorúakra vonatkozó speciális rendelkezések bírnak relevanciával.

A törvénycikk létrehozásának három főbb oka a törvénycikk általános és részletes indokolásából derül ki: egyrészt orvosolni kívánta a kódex hatálybalépésétől kezdve folyamatosan jelzett hiányosságait. A kódex ugyanis eredetileg nem rendelkezett semmilyen külön szabállyal a fiatal bűnelkövetők tekintetében. A törvénycikk általános indokolása rámutat, hogy a módosítások révén nagyobb súlyt szándékozik helyezni a büntetettek egyéniségére. Másrészt a novella feladatául tűzte, hogy a kódex hatálybalépése óta eltelt harminc év alatt továbbfejlődött büntetőjogi gondolkodás legkorszerűbb eredményeit beépítse a Csemegi kódex büntetési rendszerébe: például a büntetés feltételes felfüggesztését. Arra törekedtek, hogy az első ízben és enyhe súlyú bűncselekményt elkövetők lehetőleg mentesüljenek a szabadságbüntetés megbélyegző hatása alól,¹⁷ erre pedig remek lehetőséget nyújt a feltételes felfüggesztés intézménye. Harmadrészt a novella válaszolni kívánt a társadalmi változásokra, kezelni kívánta a visszaesések számának növekedését, és ehhez a legjobb eszköznek a büntetés feltételes felfüggesztését tartották.

Az igazságügyminisztérium már 1888-ban megindította a munkálatokat, és 1892-ben a törvényjavaslatot Szilágyi Dezső – akkori igazságügyminiszter – a képviselőház elé terjesztette. Még ugyanebben az évben az új igazságügy miniszter – Erdélyi Sándor – visszavonta a javaslatot, így az még az igazságügyi bizottság előtti vitát sem érte el. Újabb törvényelőkészítő munkálatokat indítottak, amelyek eredménye szinte minden második évben egy új javaslat lett.

¹³ Bővebben lásd VÁMBÉRY 1906, BALOGH 1907a

¹⁴ FÖLDVÁRI szerint a jogalkotó e törvénycikk megalkotásakor a Franz von List névvel fémjelzett közvetítő iskola tanítását vette alapul. (FÖLDVÁRI József: Magyar büntetőjog általános rész. Osiris Kiadó, Budapest 2003 40. o.)

¹⁵ Az 1908. évi büntetőnovella a kihágásról szóló törvény vonatkozásában is bevezette a kiszabott elzárás, illetve pénzbüntetés egy évre való feltételes felfüggesztésének intézményét, amelynek részletszabályai egyebekben megegyeznek a Csemegi kódexben bevezetett feltételes felfüggesztés szabályozásával. (lásd 1908. évi XXXVI. tc. 8.§-át.)

A bűnvádi perrendtartásba a novella a feltételes felfüggesztés eljárási szabályait helyezte el. (lásd 1908. évi XXXVI. tc. 9.–14.§-át.)

¹⁶ A kódexszel együtt módosította a kihágásról szóló törvény lopásról szóló rendelkezéseit. (Bővebben lásd LÁZÁR Emil: A Btk. novellájához. Jogtudományi Közlöny 1907/3. 21.–22. o.) A novella egyfelől módosítja a kódex lopásra vonatkozó rendelkezéseit, másfelől bevezette a „leánykereskedés” büntetést. Ez utóbbi rendelkezés azzal indokolható, hogy a kódex hatálybalépése óta Magyarországon megjelent ez a magatartás, amelyet kriminalizálni kívánt a törvény az akkori európai tendenciának megfelelően. A magatartás kriminalizálását sürgette WLASSICS is. (WLASSICS Gyula: A büntetőnovella tervezetéről. Jogtudományi Közlöny 1907/10. 73. o.)

¹⁷ Az indokolás itt példaként említi az extrém rövid idejű büntetések – egy-két napi fogház vagy elzárás – hatását, amelyet az eddigi, csaknem harminc éves gyakorlatból szűrtek le. A megbélyegzés mellett még e szankció ellen szól, hogy ilyen rövid időtartamú büntetésnek nincs semmi értelme, mert nem érheti el javító-nevelő célját.

A sok évi munka alatt világossá vált, hogy amíg e munkálatok befejezést nem nyernek, szükség van a legsürgősebb problémák kezeléséhez egy kisebb keretű módosításra. A leglényegesebb hiányok pótlásának céljából készült el 1906 októberében e törvénycikk tervezete, amelyet az 1907-es esztendőben többször megvitattak, és végül 1908-ban elfogadtak a parlamentben.¹⁸

A fiatalokúakra vonatkozó rendelkezések

Ezen rendelkezéseket a törvénycikk 15.–32. §-a tartalmazza,¹⁹ melyek megalkotása a magyar büntetőjogban régóta fennálló elvárás volt; hiányát tulajdonképpen már a Csemegi kódex megszületésekor rögtön a kódexszel szembeni kritikaként állították. A Csemegi kódex eredetileg is tartalmazott fiatalokúakra vonatkozóan rendelkezéseket a beszámítást kizáró vagy enyhítő okok között, amelyek a törvény hetedik fejezetében találhatóak.²⁰ A Csemegi kódex – merőben eltérően a hatályos szabályozástól – két lépcsőben határozta meg ezt a büntethetőséget kizáró okot,²¹ továbbá ehelyütt szabályozta, hogy milyen enyhébb büntetésekkal²² lehet súlytani a kiskorúakat, valamint kimondta, hogy szabadságbüntetés esetén a többi elítélttől elkülönítve kell őket tartani.

Az 1908. évi XXXVI. törvénycikk a Csemegi kódex e rendelkezéseit teljes egészében hatályon kívül helyezte, és helyükbe sokkal részletesebb szabályozást léptetett, mivel – a törvénycikk indokolása szerint – egyrészt a Csemegi kódex eredeti, fiatalokúakra vonatkozó rendelkezései nem álltak a kor színvonalán,²³ tekintetbe véve a külföldi szabályozásokat; másrészt a gyakorlat rámutatott, hogy a kódex szabályai célszerűtlenek, és igazságtalanok, különösen, ami a javító intézeti nevelés és a büntetésvégrehajtás szabályait illeti; harmadrészt pedig a fiatalokú elkövetők számának folyamatos emelkedése is azt bizonyítja, hogy a kódex nem adott elegendő és megfelelő eszközt a büntetésvégrehajtási intézményeknek és a javító intézeteknek arra, hogy a fiatalokúra megfelelő nevelő hatást gyakorolhassanak.²⁴

A törvénycikk fenntartotta a fiatalokú fogalmának kettős definícióját, valamint azt a törvényi vélelmet, miszerint a tizenkét éven aluli elkövető nem rendelkezik belátási képességgel: amennyiben tényállásszerű magatartást tanúsítanak nem büntethetőek, hiszen a belátási képesség hiánya miatt nem tekinthetőek bűnösöknek. Ellenük bűnvádi eljárás nem is indulhat

¹⁸ A kodifikáció menetéhez bővebben lásd 1908 évi XXXVI. tc.-hez fűzött általános indokolást; menetéhez, és elveihez bővebben lásd BALOG 1906/3. 17. o.; BALOG 1907a/2. 10.–11. o.; BALOG Arnold: A feltételes elítélés a Magyar Jogászegyletben. Jogtudományi Közlöny 1907b/12. 95.–96. o.; VÁMBÉRY 1906/4. 28.–29. o.; BALOGH 1907/2. 9. o.; FRIEDMANN Ernő: A büntető-novella. Jogtudományi Közlöny 1907/28. 228. o.

¹⁹ A fiatalokúakra vonatkozó rendelkezésekkel kapcsolatban nemcsak a Csemegi kódexet, hanem a kihágásokról szóló 1879. évi XL. tc.-t is, és mindezekkel kapcsolatban a bűnvádi perrendtartásról szóló 1896. évi XXXIII. tc.-t is módosították.

²⁰ 1878.V.tc. 83.–86.§ tartalmazza e szabályokat.

²¹ 1878.V.tc. 83.–84.§: A tizenkét éven aluli elkövető, semmiképpen nem vonható felelősségre, a bűncselekmény elkövetésekor tizenkét és tizenhat év közötti személy pedig csak akkor, ha cselekménye bűnösségének felismeréséhez kellő belátással bírt. Amennyiben nem bírt a szükséges értelmi képességekkel, akkor is lehetőség nyílt a kiskorú javító intézetben történő elhelyezésére. A szükséges belátásra való képességet minden esetben a bíróság vizsgálta, tehát csak ez esetben indult meg a bűnvádi eljárás, az első esetben erre sor sem került.

²² Halállal, vagy életfogytig tartó fegyházzal büntetendő büntett esetén kettőtől öt évig terjedő börtönnel, öt évtől tizenöt évig terjedő fegyházzal vagy államfogházzal büntetendő büntett miatt két évig terjedő börtönnel vagy államfogházzal, más büntett esetén két évig terjedő fogházzal, vétség miatt rendőri büntetéssel büntetendő.

Valamint hivatalvesztés, illetve politikai jogok gyakorlásának felfüggesztése nem volt megállapítható.

²³ FAYER már 1889-ben felvetette a korhatárok újragondolását, vagy legalábbis a 16–18 éves fiatalokúakra külön rendelkezéseket tartott kívánatosnak. (FAYER László: Büntetési rendszerünk reformja I. – adalék a Btk. módosításához. Budapest 1889 29. o.)

²⁴ Bővebben lásd 1908. évi XXXVI. tc. 15.§-ához fűzött részletes indokolást.

meg, azonban a törvénycikk lehetőséget adott arra, hogy a hatóság a gyermeket – amennyiben büntetett vagy vétséget követett el – megfenyítés végett a házi fegyelem gyakorlására jogosított személynek, vagy az iskolai hatóságnak átadja, mely utóbbi a gyermeket megdorgálhatta, vagy iskolai elzárással fenyegette.²⁵ Ha a gyermek eddigi környezetében erkölcsi romlásnak van kitéve, akkor mélyebbre ható intézkedések szükségesek – mutat rá az indokolás – amely akár a családi jogokat is érinthette: a hatóság értesítette a gyámhatóságot, amely a gyermek javító nevelése iránt intézkedett, mely intézkedésnek az képezte a célját, hogy a gyermeket kiemeljék addigi züllesztő környezetéből.²⁶

A fiatakorúak másik csoportja esetén a törvénycikk annyi változtatást hozott a kódexhez képest, hogy már nem tizenkettő és tizenhat, hanem tizenkettő és tizennyolc év közötti fiatakorú esetén kell vizsgálni a belátási képesség meglétét.²⁷ Az indokolás fényt derít ennek okára: a törvényalkotó visszásnak tartja, hogy a kódex a fiatakorúakkal szemben alkalmazható büntetések meghatározásánál nem helyez nagyobb hangsúlyt a javítás-nevelésre, ellenben még mindig hangsúlyos a megtorlás;²⁸ ezzel kapcsolatban a törvénycikk megalkotásakor nem érezték elég magasnak a fiatakor felsőhatárát, hiszen a tizennyolc éves elkövetőt is inkább még nevelni kell, a büntetések megtorló szegmensét ekkor inkább mellőzni érdemes. A fiatakor felsőhatárának felemelése előtt a jogalkotó tanulmányozta e tekintetben a korabeli büntetőtörvénykönyveket Európában,²⁹ valamint az orvostudomány akkori eredményeit, mely szerint egy tizennyolc éves ember általánosságban nem rendelkezik azzal az erkölcsi és értelmi fejlettséggel, amely a teljes büntetőjogi beszámíthatósághoz szükséges.³⁰ Ez persze nem zárja ki azt, hogy konkrét esetben megállapítható legyen a belátási képessége.

Ha szükséges a bíróság elrendelheti, hogy a tizenkét-tizennyolc év közötti fiatakorú elkövetőt a törvényes képviselője házi felügyelet alatt tartsa, illetve – amennyiben az előbb említett intézkedés előre láthatólag nem vezetne eredményre – intézkedhet, hogy a fiatakorú iskolai fenyegetést³¹ kapjon. Amennyiben az ilyen fiatakorú az eddigi környezetében erkölcsi romlásnak volt kitéve, a bíróság elrendelhetette javító nevelésüket is.³²

A továbbiakban természetesen csak a tizenkét-tizennyolc év közötti fiatakorúakra vonatkoznak a törvénycikk rendelkezései, hiszen ők azok, akiket büntetőjogilag felelősségre lehet vonni.³³ A törvénycikk további szakaszai a fiatakorúakra vonatkozó intézkedéseket³⁴ sorolja fel, majd

²⁵ 1908. évi XXXVI. tc. 15.§ első és második bekezdés

²⁶ Lásd 1908. évi XXXVI. tc. 15.§ harmadik bekezdését valamint a 15.§-hoz fűzött részletes indokolás utolsó bekezdését.

²⁷ 1908. évi XXXVI. tc. 16.§ első bekezdés

²⁸ LENGYEL Aurél: A fiatakorú büntetettek reformált büntetési rendszere és a patronage. Jogtudományi Közlöny 1909/21. 184. o.

²⁹ Európában igen nagy eltérésekkel találkozhattunk ekkoriban. A fiatakor felsőhatára például Angliában, Olaszországban, Portugáliában csupán 14 év volt. A másik végletet a német büntető kódex jelentette: 18 életévben szabta meg a felső korhatárt. A magyar törvényhozás szintén ezt a rendszert követte, részben az orvostudomány említett megfigyelései nyomán.

³⁰ Bővebben lásd 1908. évi XXXVI. tc. 16.§-ához fűzött részletes indokolásban.

³¹ Az ehelyütt szabályozott iskolai fenyegetés teljes mértékben megegyezett azzal, amit már fentebb, a tizenkét éven aluli fiatakorúakkal kapcsolatban említettünk. Eszerint az iskolai fenyegetés lehetett dorgálás vagy (iskolai) elzárás.

³² Lásd 1908. évi XXXVI. tc. 16.§ második és harmadik bekezdését valamint ugyanezen §-hoz fűzött részletes indokolást.

³³ A továbbiakban fiatakorún az említett korosztályt kell érteni.

³⁴ A törvénycikk az intézkedés terminológiát használja, nem nevezi büntetésnek a fiatakorúakra kiszabható jogkövetkezményeket, így én is követni fogom a törvénycikk szóhasználatát. Azonban maga a törvénycikk is következtetlen, mert a fogház szabályozásánál néhol büntetésként említi. A büntetési rendszer monizmusa nézetünk szerint itt még nem törlik meg, mivel e szankciók alkalmazása is kizárólag bűnösség jogerős megállapítása esetén lehetséges. (kivételt jelent a dorgálás és a próbára bocsátás)

sorban szabályozza őket. Mi is a törvénycikk sorrendjét követve fogjuk bemutatni az alábbi intézkedéseket:³⁵

- dorgálás
- próbára bocsátás
- javító nevelés
- fogház- vagy államfogház-büntetés

Fiatalkorú ellen pénzbüntetés kiszabásának – sem fő- sem mellékbüntetésként – nem volt helye, ezen felül nem lehetett kiszabni hivatalvesztést, illetve politikai jogok gyakorlatának felfüggesztését sem.³⁶

A Csemegi kódex eredeti szabályozásához képest tehát azt lehet mondani, hogy összességében enyhült a fiatalkorúakra vonatkozó büntetési rendszer, hiszen a módosítás után sem börtönbüntetést, sem pénzbüntetést nem lehetett kiszabni a fiatalkorúra. A pénzbüntetés mellőzésének oka kapcsán az indokolás megemlíti, hogy e büntetés nem bír nevelő erővel a fiatalkorú számára, nem jut el az erkölcsi rosszallás hozzá.

A dorgálás

A részletes indokolás rámutat, hogy a dorgálás nem új büntetési mód. Mint erkölcsi büntetés – hasonlóan a büntetés feltételes felfüggesztéséhez – már korábban is létezett, sőt a családi életben is alkalmazott büntetési nem volt a kódex hatálya alatt, azonban az erkölcsi büntetések a Csemegi kódex kodifikációja során elkerülték a jogalkotó figyelmét, és csak materiális büntetésekben gondolkodott.

A dorgálás tartalmát a törvénycikk alapján így lehetne összefoglalni: dorgálás a bíróság által az elítélthez intézett *“ünnepélyes komoly intelem”* és figyelmeztetés, hogy újabb bűncselekmény elkövetése esetén a bíróság szigorú büntetést fog kiszabni. A büntetés végrehajtására közvetlenül az ítélet kihirdetése után került sor természetesen a fiatalkorú elítéltnak jelen kellett lennie.³⁷ A törvénycikk 20.§-ához fűzött részletes indokolás megemlíti, hogy bármilyen szankció végrehajtására elvileg csak jogerős ítélet³⁸ alapján kerülhetne sor, azonban a fellebbezésnek – a törvénycikk szabályozása miatt – gyakorlatilag nincs értelme, hiszen ez a fajta szankció visszavonhatatlan; kijelenti, hogy itt célszerűségből török át a dogmatikát, ugyanis sokkal erőteljesebb hatás várható akkor, ha *“a bíróság és az elítélt egyaránt a lefolytatott tárgyalás befolyása alatt állanak.”*; éppen ezért a törvénycikk beiktat egy olyan szabályt, miszerint ha a királyi ügyész fellebbezett, akkor a dorgálást nem lehetett foganatosítani. Ez azonban csak részben oldja meg a problémát, hiszen nem ad arra választ, hogy mi történik akkor, ha például az elítélt vagy a magánvádló fellebbez? Utóbbira vonatkozóan az indokolás annyit tartalmaz, hogy mivel előreláthatólag a sértett és a magánvádló csak az elítélt materiális megbüntetésével éri csak be – tehát egy dorgálást kiszabó ítéletet mindenképpen súlyosítást kérve megfellebbeznének – lényegében így a fiatalkorút védik. Arra vonatkozóan viszont, hogy mi történik akkor, ha a fiatalkorú felmentésért fellebbez, nem találunk semmilyen rendelkezést, és az indokolás is csak annyit fűz ehhez hozzá, hogy ezt a hátrányt³⁹ ellensúlyozza a dorgálás azonnali foganatosításához fűződő, fentebb már említett előny; amennyiben pedig a fellebbviteli bíróság felmentő ítéletet hoz, ez a tény – az indokolás szerint – már önmagában ellensúlyozza az erkölcsi büntetést: erkölcsi jóvátételnek lehet tekinteni. Edvi Illésnél találhatunk azonban választ kérdéseinkre. Ő úgy értelmezi a törvényi

³⁵ 1908. évi XXXVI. tc. 17.§ első bekezdés

³⁶ 1908. évi XXXVI. tc. 17.§ második bekezdés

³⁷ 1908. évi XXXVI. 19.§ első bekezdés valamint a 20.§ első bekezdés

³⁸ A *nulla poena sine crimine* elv szerint kizárólag bűncselekmény elkövetése esetén alkalmazható büntetés, ezt – valamint az elkövető bűnösségét (*nulla poena sine culpa*) – azonban csak jogerős ítélet állapíthatja meg.

³⁹ A “hátrány” mibenlétére csupán következtetni enged az indokolás. Nézetünk egyezik EDVI ILLES később ismertetett álláspontjával, miszerint a terhelttől ebben az esetben megvonták a fellebbezési jogot.

rendelkezést, hogy mind a terhelt mind a sértett és a magánvádló eleve kizártak a fellebbezésből, mivel a novella csak a királyi ügyész számára biztosítja e jogot. Nézetének alátámasztására az indokolás általunk fentebb már ismertetett vonatkozó részeit idézi:⁴⁰ tehát szerinte a sértett és a magánvádló valamint – analógia alapján – a terhelt(!) is csak a materiális büntetéssel érnék be. Nézetünk csupán a törvényi rendelkezés értelmezéséig egyezik EDVI ILLÉSÉVEL, az ennek alátámasztására irányuló kísérletet elvetendőnek tartjuk.

Amennyiben az intézkedés foganatosítása bármely okból az ítélet kihirdetésekor nem volt lehetséges, a bíróság új határnapot tűzött, és arra az elítélt fiatalkorút megidézte. A dorgálás jellegénél fogva csak a megfelelő fogékonysággal rendelkező fiatalkorúval szemben alkalmazható, ennek folyamánya egyrészt, hogy a törvénycikk meghatározza azokat az eseteket, amikor a dorgálás mégsem alkalmazható, másrészt az a szabály, hogy amennyiben a fiatalkorú a dorgálást nem a kellő tisztelettel fogadta, a bíróság az ítéletet hatályon kívül helyezte és új határozatot hozott, amelyben immár a dorgálásnál súlyosabb intézkedést alkalmazott.⁴¹

A dorgálás nem alkalmazható olyan bűncselekmény esetén, amelyre a kódex egy hónapot meghaladó fogház vagy államfogház intézkedést szab, valamint akkor, ha a fiatalkorú egy hónapot meghaladó szabadságvesztéssel volt már büntetve.⁴² A dorgálás alkalmazásának kizárására azért került sor, mert egyrészt – az első kizáró ok vonatkozásában – csak az enyhe bűncselekmények, másrészt – a második kizáró ok vonatkozásában – csak az arra fogékony fiatalkorúval szemben van értelme alkalmazni, amelynek hiányát a fentebbiek alapján vélelmezték.⁴³

A próbára bocsátás

Ez az intézkedés igen hasonló az ugyanezen törvénycikkben szabályozott büntetés feltételes felfüggesztése intézményhez, azonban van egy igen nagy különbség kettejük között azon túl, hogy ezt az intézkedést kizárólag a fiatalkorú, az előbb említett büntetést pedig a felnőtt elkövetőkkel szemben kellett alkalmazni. A legfőbb indok – a kiépített felügyelő szervezet hiánya –, ami miatt a felnőttek esetében nem ezt a rendszert vezették be, a fiatalkorúak esetében nem áll: Magyarország közigazgatása már ekkoriban is rendelkezett a gyermekeket óvó szervezetekkel, ráadásul egyre több társadalmi szervezet jött létre e céllal.⁴⁴ A próbára bocsátás esetén nem a büntetés végrehajtását, hanem az ítélet kiszabását mellőzték. Ez az intézkedés abban állt, hogy a bíróság megfelelő figyelmeztetés után a fiatalkorút ítélethozatal nélkül egy évi próbaidőre, felügyelet mellett – amelyről alább ejtünk részletesen szót – szabadlábon hagyja.⁴⁵ Azt, hogy mely bűncselekmények esetén kell alkalmazni a próbára bocsátást, a törvénycikk nem határozza meg; ebből arra lehet következtetni, hogy teljes mértékben a bíróra bízta, hogy mikor alkalmazza. Az indokolás rámutat, hogy a fiatalkorúakkal szemben jobban kell érvényesíteni az individualizáció követelményeit, talán ez lehet az oka ezen meghatározatlanságnak.

A próbára bocsátás nem alkalmazható, ha a fiatalkorút korábban egy hónapot meghaladó szabadságvesztéssel már büntették.⁴⁶ E kizáró rendelkezés az indokolás szerint azért szükséges, mert nincs értelme egy enyhébb intézkedést alkalmazni, amikor a súlyosabb sem volt korábban hatásos.

⁴⁰ EDVI ILLÉS Károly: A magyar büntetőtörvénykönyv magyarázata. Révai Testvérek Irodalmi Intézet Rt. Kiadása, Budapest 1909 561. o.

⁴¹ 1908. évi XXXVI. tc. 20.§ valamint az ezen szakaszhoz fűzött részletes indokolást.

⁴² 1908. évi XXXVI. tc. 19.§ második bekezdés

⁴³ Bővebben lásd a törvénycikk 19.§-ához fűzött részletes indokolást.

⁴⁴ Bővebben lásd 1908. évi XXXVI. tc.22.§-ához fűzött részletes indokolásban.

⁴⁵ 1908. évi XXXVI. tc. 21.§ első bekezdés

⁴⁶ 1908. évi XXXVI. tc. 21.§ második bekezdés

A próbára bocsátott feletti felügyeletet a törvénycikk elsősorban a törvényes képviselőre bízta, mivel – amint az az indokolásból⁴⁷ kiderül – a jogalkotó a fiatalok nevelését illetően a lehető leginkább igyekszik tiszteletben tartani a családi jogokat. Ha azonban családi környezetében valamilyen okból a fiatalok erkölcsi fejlődése veszélyeztetve van a bíróság a felügyeletet állami menhelyre, a gyámhivatalra, vagy evégből létrehozott gyermekvédő egyesületre bízta.⁴⁸ A törvénycikk a felügyelő feladatára vonatkozóan is tartalmaz szabályozást, még ha elnagyoltan is. A felügyelettel megbízott személy a fiatalok magaviseletét állandóan ellenőrzi, és a bíróságnak jelentést tesz. Arról a törvény *expressis verbis* nem rendelkezik, hogy a bíróság előírhat-e magatartási szabályokat, de azon rendelkezés, mely szerint: “*Ha a fiatalok...a felügyeleti szabályokat megszegi...*”⁴⁹ erre lehet következtetni, és ennek ellenőrzése is valószínűleg a felügyelő feladata volt.

Amennyiben a próbaidő eredményesen letelt, az eljárást megszüntették, mivel – az Amerikai Egyesült Államokban kialakult rendszer értelmében – ítéletet nem hoztak az ügyben. Ha viszont a próbaidő alatt a fiatalok újabb büntetendő cselekményt követ el, iszákos, erkölcstelen vagy csavargó életmódot folytat vagy egyébként erkölcsi züllésnek jeleit mutatja, avagy a felügyeleti szabályokat megszegi, a bíróság ítéletet hoz, amelyben a fiatalok javító nevelésre avagy fogházra vagy államfogházra ítéli.⁵⁰ Arra vonatkozólag semmilyen értelmezést nem találunk sem a törvényben, sem az indokolásban, sem a szakirodalomban, hogy mit kell az erkölcsi züllés jeleinek tekintetni; ezt a rendelkezést a bírói gyakorlat töltötte meg tartalommal.

A javító nevelés

A fiatalokra vonatkozó intézkedések legfontosabbjaként határozza meg ezt az intézkedést az indokolás, amely egyúttal immár sokkal mélyebben nyúl bele az úgynevezett családi jogokba, mint tette azt az előbb ismertetett próbára bocsátás.

Javító nevelést a bíróság akkor alkalmazhatott, ha a fiatalok az eddigi környezetében erkölcsi romlásnak vagy züllésnek van kitéve, illetőleg ha bármely más okból értelmi fejlődése veszélyeztetve volt, és emiatt szükséges eddigi környezetéből kiemelni.

A javító nevelés relatíve határozatlan tartamú intézkedés, mivel a bíróság csak alkalmazását írta elő, tartamát nem szabta meg. A törvénycikk erre vonatkozó rendelkezései a következők: egyfelől akkor bocsáthatja két év próbaidőre⁵¹ a felügyelő hatóság⁵² meghallgatása után az igazságügyminiszter a fiatalok, ha előzőleg legalább egy évet javító nevelés alatt töltött, és teljesen megjavultnak látszik,⁵³ másfelől a fiatalok huszonegyedik életévének betöltésén túl nem terjedhet a javító nevelés.⁵⁴ Amennyiben a próbaidő eredménytelenül telt, a próbára

⁴⁷ Bővebben lásd 1908. évi XXXVI. tc. 22.§-ához fűzött részletes indokolásban.

⁴⁸ 1908. évi XXXVI. tc. 22.§ első bekezdés

⁴⁹ 1908. évi XXXVI. tc. 23.§ első bekezdés

⁵⁰ 1908. évi XXXVI. tc. 23.§

⁵¹ A törvénycikk próbaidőnek, az indokolás kísérleti kihelyezésnek nevezi ezt az intézményt. A kísérleti kihelyezésnek két év volt a tartama szemben az előbbi fejezetben tárgyalt próbára bocsátással, ahol a próbaidő egy év volt. Ennek okául az indoklás szerint az szolgált, hogy a javító nevelést a bíróság súlyosabb esetekben, felügyeletre inkább szoruló fiatalokkal szemben alkalmazta.

⁵² Felügyelő hatóságot minden javító intézet mellett fel kellett állítani. Ha a javító nevelés állami gyermekmenhelyen, vagy nem állami intézetben történt felügyelő hatóság teendőit a belügyminiszter által kijelölt hatóság végezte. A felügyelő hatóság szervezetét és eljárását az igazságügy miniszter rendelettel szabályozta. Lásd 27.400/1909. I.M. rendeletet. A rendelet ismertetésére terjedelmi okokból nem került sor.

⁵³ 1908. évi XXXVI. tc. 24.§ második bekezdés

⁵⁴ 1908. évi XXXVI. tc. 25.§ első bekezdés

bocsátottat visszazállították a javítóintézetbe⁵⁵ feltéve, hogy időközben huszonegyedik életévét nem töltötte be.⁵⁶

A fiatalkorúak fogházbüntetése

Ezen büntetés kiszabására egészen súlyos bűncselekmény elkövetésekor került sor, amikor a fiatalkorú olyan fokú erkölcsi züllöttségről tett tanúbizonyságot, amely szükségessé teszi a fogház kiszabását. Egyébként e büntetés szabályozása kapcsán is a törvénycikk a középpontba – eltérően a felnőttek fogházára vonatkozó szabályoktól – a megtorlás helyett a nevelést helyezi. A törvénycikk hatályon kívül helyezte a kódex 42.§-ában foglalt azon rendelkezéseit, amelyek a húsz éven aluliak fogházbüntetésének végrehajtásáról szólnak, és merőben eltérően szabályozta a fiatalkorúak fogházbüntetését. A bíróság a fiatalkorút akkor ítélte fogházra, ha a kódex különös része szerint halállal, fegyházzal, börtönnel vagy fogházzal büntetendő cselekmény miatt vonták felelősségre.⁵⁷ A fogházbüntetés legrövidebb tartama ebben az esetben tizenöt nap, leghosszabb tartama öt év, viszont ha tizenötödik életévét betöltötte, és halállal vagy fegyházzal büntetendő cselekményt követett el, akkor tíz évig terjedhetett a fogház.⁵⁸ A fogházbüntetés külön erre a célra felállított intézetekben volt végrehajtandó,⁵⁹ amely rendelkezést az indoklás úgy kommentál, hogy a tapasztalatok szerint jelentősen megemelkedett a visszaesések száma a fiatalkorúak körében, amelyet a jogalkotó meglátása szerint az okozott, hogy nem volt külön intézet a fiatalkorúak fogházbüntetésének végrehajtására; tehát ettől a rendelkezéstől a visszaesések csökkenését várják a fiatalkorúak körében.⁶⁰ Itt jelentkezik a legnagyobb különbség a kódex eredeti szabályozásához képest, hiszen aszerint a felnőttekkel együtt kellett végrehajtani a fiatalkorúakra kiszabott fogházat. A bíróság elrendelhetette, hogy tizennyolc és huszonegy év közötti fiatal is ebben a végrehajtási intézetben töltse ki fogházbüntetését, azonban rájuk a további szabályok nem voltak alkalmazhatóak.

⁵⁵ A javító nevelést az erre külön létrehozott intézetben kellett végrehajtani. A végrehajtás részletes szabályait az igazságügy miniszter, és a belügyminiszter közös rendeletben szabályozta. Lásd 27.200/1909. I.M. rendeletet. A rendelet ismertetésére terjedelmi okokból nem került sor.

A javító intézetek felállítása nem volt gördülékeny, illetve vitáktól mentes. (A témában lásd VÉGH Árpád: Az állami gyermekvédelem és javító-intézetek. Jogtudományi Közlöny 1906/20, LÁDAY István: Az állami gyermekvédelem és a javító-intézetek. Jogtudományi Közlöny 1906/21, ZÁHORSZKY István: A hazai javító-intézmény teljes kiépítése. Jogtudományi Közlöny 1906/28.) Meg kell említeni, hogy a megfelelő mértékű és minőségű intézetek felállítással kapcsolatos munkálatokat a kormányzati támogatás elégtelen volta miatt soha nem végezték el. (NÉMETH Péter: A züllött és bűnöző fiatalkorúak. Jogtudományi Közlöny 1949/1–2. 9. o.)

⁵⁶ 1908. évi XXXVI. tc. 25.§ második bekezdés

⁵⁷ Ha a fiatalkorú még nem töltötte be tizenötödik életévét, akkor ebben az esetben is csak a legsúlyosabb esetben lehetett a fogházbüntetést kiszabni.

⁵⁸ 1908. évi XXXVI. tc. 26.§ első és negyedik bekezdés Ezt a rendelkezést később módosította az 1913. évi VII. tc. 68.§-a, amelyet lentebb részletesen bemutatunk.

⁵⁹ Az egy hónapot meg nem haladó fogházat más letartóztatási intézet magánzárkájában is végre lehetett hajtani. (27.§ első bekezdés) Az indoklás rámutat, hogy bár orvosi szempontból aggályos a fiatalkorú magánzárkájában történő elhelyezése, mégis ezt a megoldást választotta a jogalkotó, mert az ilyen rövid tartamú fogház büntetés végrehajtása csak bajosan oldható meg a külön intézetekben. (bővebben lásd az ezen szakaszhoz fűzött részletes indokolást, vö. NÉMETH 1949/1–2. 9. o.)

A fiatalkorúak fogházára vonatkozó részletes szabályokat a 27.300/1909. I.M. rendelet tartalmazta. Ezen rendelet bemutatására terjedelmi okokból nem került sor. Lásd még EDVI ILLÉS 1909 574.-576. o.

⁶⁰ Bővebben lásd 1908. évi XXXVI. tc. 27.§-ához fűzött részletes indokolásban.

BALOG rámutat arra is, hogy a fiatalkorúak számára külön fogház nincsen. Vagyis a büntetési rendszer egy visszatérő elemét látjuk ismét: a törvényszöveg illetőleg a tényleges állapotok nem esnek egybe. (BALOG Arnold: Fiatalkorúak fogházai. Jogtudományi Közlöny 1908/41. 321. o.) RICKL úgy reagál BALOG megállapítására, hogy a törvénycikk vonatkozó rendelkezése csak 1910-ben lép hatályba, és majd addigra készen lesznek a törvénycikk által megkövetelt feltételek. (RICKL Gyula: Fiatalkorúak fogházai. Jogtudományi Közlöny 1908/42. 330. o.)

A bíróság, akár az ítéletében, akár később a felügyelő hatóság⁶¹ javaslatára, dönthetett akként, hogy a fogházbüntetés kiállása után a fiatalkorút még javító nevelésben részesíti, ha ettől a fiatalkorú további jelentős javulása várható.⁶² Ezt nem halmazati büntetésnek, hanem a fiatalkorú és a társadalom érdekében szükséges állami intézkedésnek deklarálta az indokolásban a jogalkotó.

A fiatalkorút, példás magaviselete esetén, az igazságügyminiszter a felügyelő hatóság meghallgatásával a büntetés kétharmad részének kitöltése után feltételes szabadságra bocsáthatta, melynek tartamára a fiatalkorúval szemben magatartási szabályokat szabhattak ki, amelyek megszegése esetén vissza kellett szállítani őket a fogházba. Ilyenkor a feltételes szabadságon töltött idő nem számított be a büntetésbe.⁶³

Az 1913. évi VII. törvénycikk

Az 1908. évi XXXVI. tc. fiatalkorúak fogházbüntetésének mértékére vonatkozó szabályozását ezen törvénycikk szigorította. A fogházbüntetés leghosszabb tartama alapvetően öt év maradt. Ha azonban a fiatalkorú tizenötödik életévét betöltötte, és a kódex határozott tartamú fegyházbüntetést állapít meg az elkövetett bűncselekményre, akkor a fogházbüntetés generális maximuma tíz év; ha a fiatalkorú tizenötödik életévét betöltötte, és cselekményére a kódex halálbüntetést vagy életfogytig tartó fegyházat állapít meg, a generális maximum tizenöt évre emelkedett.⁶⁴

Az 1938. évi XVI. törvénycikk

Ez a törvénycikk az állami rend megóvása végett szükséges büntetőjogi rendelkezésekről szól, és három részre osztható. Egyrészt rendelkezett szervezeti kérdésekről, másrészt eljárásjogi kérdésekről, és harmadrészt anyagi jogi kérdésekről. A törvénycikk ez utóbbi legkisebb része azonban vizsgálódásunk szempontjából egy lényeges rendelkezést tartalmaz: a fiatalkorúak büntetési rendszerét ért módosítást, mely törölte a fiatalkorúakra kiszabható büntetések közül az államfogházat, és helyette a fogházbüntetést írta elő.⁶⁵

Az egyébként korábban kitűnőnek és modernnek számító Csemegi kódex bizonyos szempontból szerencsétlen korban lépett hatályba, hiszen a büntetőjog tudományában a XIX. század közepén

⁶¹ Minden fiatalkorúak befogadására szolgáló fogház mellett felügyelő hatóságot kellett felállítani. (31.§ első bekezdés)

⁶² 1908. évi XXXVI. tc. 28.§

⁶³ 1908. évi XXXVI. tc. 29.§

⁶⁴ 1913. évi VII. tc. 68.§

⁶⁵ 1938. évi XVI. tc. 4.§ második bekezdését.

Ezen túl a törvénycikk szűk körre vonta a felnőttekkel szemben is az államfogház büntetés alkalmazhatóságát. Számos bűncselekményre, amelyet a törvénycikk felsorol, (A törvénycikk 1.§ 1-7. pontja tartalmazza ezt a felsorolást: a felségsértés bizonyos esetei (1878. évi V. tc. 126.-138.§); 1930 évi III. tc. 57.-71.§-ában és az 1934. évi XVIII. tc.-ben meghatározott hűtlenség; az 1930 évi III. tc. 152.-162.§-ában meghatározott lázadás; az 1930 évi III. tc. 171.-174.§-ában meghatározott izgatás; az 1921. évi III. tc.-ben meghatározott valamennyi büntetett; az 1924. évi XV. tc.-ben meghatározott robbantószer és robbanóanyag előállításával, tartásával, és felhasználásával elkövetett büntettek és vétségek; valamint mindezen bűncselekményekre vonatkozóan elkövetett bűnpártolás.) és egyébként államfogházzal volt addig büntetve: ha öt évet nem haladja meg, akkor ugyanilyen tartamú börtönt, ha öt évet meghaladja, akkor ugyanilyen tartamú fegyházat ír elő a törvénycikk. (1938. évi XVI. tc. 4.§ első bekezdés) Államfogház büntetést ezután már csak két bűncselekmény: a királyház tagjai ellen elkövetett sértés és a párbaj esetén szabhatták ki. (Lásd bővebben Kádár Miklós: Gondolatok a büntetőjog reformja köréből. Jogtudományi Közlöny 1946/5.-6. 75. o. Ezt is hatályon kívül helyezte, és az államfogházat, mint büntetési nemet törölte az 1946. évi XIV. törvény.)

történt azon paradigmaváltás, mely az addigi rigorózus tett-büntetőjogi felfogást fellazította azzal, hogy a figyelem középpontjába a tettes személyét igyekezett helyezni. A magyar jogtudományban ezen nézet éppen a Csemegi kódex hatályba lépésekor vert gyökeret, ezért már a kódex hatályba lépésétől kezdve bírálatok érték a kódexet azért, mert nem fordít elegendő figyelmet az elkövető személyére, körülményeire; konkrétan a visszaesésre és a fiatalok bűnelkövetőkre vonatkozóan nem nyújt megfelelő szabályozást. Jelen tanulmány egyik célja volt – a szabályozás történetének bemutatása mellett –, hogy ezen büntetőjogi paradigmaváltás magyarországi lecsapódását a századfordulón a Csemegi kódex módosításain keresztül érzékeltesse.

Szalóki Gergely
Görög Bölcsességek
Tanuld és tanítsd a jobbat!
Összeállította: Dér Terézia és Nótári Tamás
Szeged, Lectum Kiadó 2005. 286 oldal

A Károli Gáspár Református Egyetem docensének, Nótári Tamásnak, és a Szegedi Tudomány Egyetem adjunktusának, Dér Teréziának az antik görög irodalom számos alkotójának gondolataiból való válogatást – amihez a szentenciák latin és magyar fordítása társul – tartalmazó kötetét tarthatja kezében az olvasó. A szerzők tollából néhány éve a *Belvedere Meridionale Kiadó* gondozásában látott napvilágot az *“Exemplaria Graeca”* című munka.¹ Ezen korábbi kötet esetében a szerzők egy, Horatius *Ars poeticájából* származó szentenciára utaltak, amelyben a római költő arra buzdítja pályatársait, hogy a görög szerzőket éjjel és nappal példaképként tanulmányozzák. E válogatás összeállítását megelőző száz évben Magyarországon görög-latin-magyar szentenciagyűjtemény nem jelent meg. Jelen kötet az említett korábbi válogatásra épül, az abban olvasható szentenciákon kívül azonban számos további bölcsességet is tartalmaz teljességgel más, önálló kötetként történő megjelenését indokoló szerkezetben. Az új kötet címéül Dér Terézia és Nótári Tamás a híres tudós-filozófus, Thalész egy mondását választották.

A kötetet magyar és latin nyelvű előszó vezeti be, amit az öt nagy tárgykör (*emberi tulajdonságok, jellemvonások, tevékenységek; emberi kapcsolatok; az ember és a sors – az ember és az istenek kapcsolata; általános életbölcsességek; híres mondások*) köré csoportosított, görög, latin és magyar nyelven idézett gondolatok követnek. Az egyes témákon belül a szentenciák sorrendje a görög eredeti szerinti alfabetikus sorrendet követik. A *Bibliográfia* a görög szövegkiadások, latin és magyar fordítások kötetét sorolja fel – ez is mutatja a munka kettős, ismeretterjesztő és tudományos karakterét. A *Függelék* a görög ábécé latin betűs átírását, a főbb kiejtési szabályok összefoglalását, a *Rövidítések jegyzékét* és az antik szerzők rövid életrajzát tartalmazza.

A gyűjtemény összeállításakor szem előtt tartották a szerzők, hogy a kiválasztott görög szentenciáknak latin és magyar fordítása lehetőség szerint rendelkezésre álljon. Ezzel egyrészt a két klasszikus nyelv párhuzamba állítását igyekeztek elérni, másrészt azoknak az olvasóknak akartak kedvében járni, akiket egy-egy bölcs mondás arra indít, hogy az azt tartalmazó művet legalább magyar fordításban alaposabban megismerjék. Azon művek adatait, amelyeknek fordításait az egyes szentenciák esetében átvették, a *Bibliográfia* címszó alatt tüntették fel. Számos helyen – így például Galénos és Marcus Aurelius művei esetében – a latin vagy a magyar változatot saját átültetésükben közlik.

A kötet jól érzékelteti az ókori hellén kultúra sokoldalúságát. A költők, dráma- és történetírók, filozófusok – azaz a humán területek szerzőinek – művein túl a természettudomány is teret kapott Hippokratész és Galénosz műveiből származó idézetekkel. A kötetben idézett klasszikus auktorok köre igen széles spektrumot ölel fel: a nagyepikát Homérosz és Hésziodosz,² a

¹ Dér Terézia–Nótári Tamás: *Exemplaria Graeca – Görög bölcsességek latin és magyar fordítással*. Belvedere Segédkönyvtár II. Szeged, Belvedere Meridionale, 1999. 192 old.

² Homérosz és Hésziodosz műveinek jogbölcséleti aspektusait Nótári Tamás az elmúlt évek során külön tanulmányok keretében is tárgyalta: *A mérleg mint az igazságszolgáltatás jelképe Homerosznál*. *Collega* 6. 2002/2. 43. skk.; *Hésziodos jogkonceptiója*. *Jogtudományi Közlöny* 60. 2005/7-8. 328. skk.; *The Scales as the Symbol of*

drámairodalmat Aiszkhülosz, Szophokész és Euripidész, a regény műfaját Héliodórosz és Longosz, a történetírást Hérodotosz és Thuküdidész, a fabula műfaját Aiszóposz képviseli. A filozófiát Platón, Arisztotelész, Démokritosz, Hérakleitosz, Marcus Aurelius és az ún. hét bölcs (Biasz, Khilón, Kleobulosz, Periandrosz, Pittakosz, Szolón és Thalész) reprezentálja. Munkájukat Dér Terézia és Nótári Tamás – amint ezt az előszóban kifejtik – azzal a szándékkal állították össze, hogy a görög és latin nyelvi alapképzéshez egy fajta szórakoztatva gondolkodtató és tanító segédkönyvet adjanak a tanulók és oktatók kezébe. Haszonnal forgathatják továbbá a kiadványt a főiskolák és egyetemek történelem és magyar, valamint filozófia szakos hallgatói. A munka igényes kivitele ismételt példája a szegedi Lectum Kiadó esztétikus megjelenésű könyveinek. A kötet színvonalát jelzi, hogy a közelmúltban a *Vox Latina* című, Saarbrückenben megjelenő, rangos nemzetközi folyóirat közölte róla ismertetést.³

Justice in the Iliad Acta Juridica Hungarica 46. 2006. 249. skk.; *Hesiod und die Anfänge der Rechtsphilosophie*. Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica 47. 2006.

³ Hamza G., *Vox Latina* 42. 2005. 148.

Szepesházi Péter
A GYERMEKTARTÁSDÍJ - EGYEZSÉG
SAJÁTOSSÁGAI AZ AUSZTRÁL JOGBAN

Tanulmányok a magyarországi gyermektartási perek reformjához

Írásom a gyermektartásdíjról szóló egyezségkötés ausztrál jogbeli szabályait vázolja a teljesség igénye nélkül. A vonatkozó joganyag kimerítő ismertetésre, elemzésére tehát nem vállalkoztam, s bár sok esetben nem tartózkodtam összehasonlító jogi következtetések levonásától - kiemelve az átvételre érdemes elsősorban eljárásjogi jogintézményeket, részletszabályokat, joggyakorlatot - az azonos tárgyú hazai rendelkezésekkel, gyakorlattal való átfogó összevetést sem tekintettem feladatommak.

Az ausztrál gyermektartásdíj megállapítására, módosítására, végrehajtására vonatkozó 1988. június hó 1. napjától hatályos eljárásjogi szabályozás nemzetközi mércével mérve is jelentős sikereket ért el¹. Elegendő utalnom arra, hogy Nagy-Britannia európai szinten igencsak eredményes², a gyermekszegénység visszaszorításában erőteljes szerepet játszó gyermektartásdíj-eljárásjogi rendszere az USA-beli szabályozás³ egyes elemei mellett az ausztrál modellre⁴ épül. Minderre és Ausztrália általános fejlettségére⁵ tekintettel az ausztráliai gyermektartásdíj-egyezségkötés gyakorlata bizvást tekinthető tanulmányozásra érdemesnek.

Az ausztrál tartási jog forrásai közül három törvénynek van kiemelkedő szerepe: a gyermektartásdíj megállapításáról szóló 1989. évi 124-es számú *Child Support (Assessment) Act 1989*-nek⁶, a gyermektartásdíj végrehajtásáról szóló 1988. évi 3-as számú *Child Support (Registration and Collection) Act 1988*-nak és természetesen az ausztrál családjogi törvénynek, az 1975. évi 53-as számú *Family Law Act 1975*-nek. Meg kell említeni továbbá a családjogi

¹ bevezetése előtt az egyszülős családok 25 %-a, 1993-ban mintegy 40 %-a jutott ténylegesen gyermektartásdíjhoz, a megállapított átlagos nagyságú heti tartásdíj 26 ausztrál dollárról 48 ausztrál dollárra emelkedett – Oldham, J. Thomas: Lessons from the New English and Australian Child Support Systems, in: Vanderbilt Journal of Transnational Law Volume 29, 1996. október No.4., 691.-733.o. – 703. és 724. o., a továbbiakban: Oldham

² több politikai elemző szerint az iraki háborús részvétel miatt népszerűtlenné vált Tony Blair és Munkáspártja (*Labour*) szinte kizárólag a gyermekszegénység ellen bevezetett intézkedéseinek köszönhetően szerzett többséget a 2005-ös parlamenti választásokon

³ Az USA-beli gyermektartási anyagi és eljárásjogról részletesebben a Gyermektartásdíj Végrehajtásának Hivatala (OCSE) honlapján - www.acf.dhhs.gov/programs/cse és a United States General Accounting Office: Child Support Enforcement – Report to the Honorable LLOYD Doggett (House of Representatives) című, 2002 március 26-án kelt jelentésben - www.gao.gov

⁴ Jenkison, Susan Grace: Child Support: A Comparison of the Old New Approaches LL.M.-2001 6.o. - www.childsupportanalysis.co.uk és Oldham Oldham, J. Thomas: Lessons from the New English and Australian Child Support Systems, in: Vanderbilt Journal of Transnational Law Volume 29, 1996. október No.4., 691-733. o. - a továbbiakban: Oldham

⁵ A 18.532.000. lakosú ország (1997-es adat) az utolsó tíz évben a legfejlettebb, legnagyobb életszínvonalú országok között is előrelépett, az egy főre jutó GDP az 1997-es 21.000. USD körüli összegről 2005-re nagyjából 32.000. USD-re emelkedett, és az állampolgárok ún. boldogságindexe is az egyik legmagasabb – minderről bővebben: Nagy Gábor: Hatalmi párbajok Ausztráliában in: HVG 2006. augusztus 12. 24 -25. és Elégedettségi indexek in: HVG 2006. augusztus 12. Monitor-rovat (Vásárhelyi Júlia rovatszerkesztő): 31-33. o., OECD Economic Surveys : Australia, az OECD kiadványa, 2000.január, olvasható a <http://www.maginfo.hu/auszt/ausztr.htm> - honlapon is

⁶ melynek 80-98. §-ai rendelkeznek az egyezségkötésről

törvény értelmező rendeletét, az 1976. január 5-én hatályba lépett *Family Law Regulations*-⁷ is.

Az ausztrál gyermektartás-eljárásjog⁸ sajátosságai egyebek mellett a *Child Support Agency* (Gyermektartásdíj Ügynökség) által irányított közigazgatási és közigazgatási - végrehajtási⁹ gyermektartási eljárásbeli elbírálás ill. behajtás, az adófizetők pénzét védő¹⁰ felfogás, a gyors, egyszerű¹¹ és hatékony eljárás szempontjainak érvényesítése, az adójogi behajtás eszközeit előtérbe helyező megoldások¹², az igazságszolgáltatás piaci szolgáltatáshoz közelítő jellege¹³.

Előre kell bocsátanom, hogy álláspontom szerint - bár a magyar jogrendszer és az angolszász jogi hagyományok különbözősége teljes szervezeti, anyagi és eljárásjogi hasonlást valóban nem tesz lehetővé - nem helytálló az a magyar jogászok között széles körben elterjedt vélekedés, mely szerint az angolszász jogrendszerek (köztük az ausztrál) megoldásai hazánkban és általában a kontinentális jogterületeken adaptációra egyáltalán nem alkalmasak.¹⁴ Miközben a kontinentális Európa fejlett államaiban kialakított jogintézmények között is számos átvételre jó szívvel ajánlhatót találhatunk, mégis elsősorban a common law-államok jogrendszerét, így gyermektartásdíj érvényesítésére irányuló eljárását is meghatározó rugalmas, kommunikatív, a hatósági tekintélyt a szükséges legkisebb mértékig visszaszorító, az ügyfelekkel és a társintézményekkel együttműködő, ugyanakkor a sok tekintetben szigorú szankciórendszer következetes alkalmazását is felvállaló, az állandó megújulást, a szokatlan megoldások bátor alkalmazását vállaló szemléletet tükröző követelmények, rendelkezések adaptációjával lenne elérhető a hazai gyermektartásdíj-behajtás, az önkéntes teljesítés átfogó és érzékelhető fejlődése.

A gyors és hatékony igazságszolgáltatás megvalósítása tekintetében a jogfogyasztó társadalom azonban nemcsak Magyarországon, hanem a világ minden országában erősödő problémákkal kénytelen szembesülni, ezért az egyezségkötés ösztönzése, támogatása, a fokozott hatósági közreműködés a jogvitában érintett felek közötti egyezség elérésében nemzetközi tendencia, s ez alól az európai kontinens sem kivétel. Bajorországban a bíró szinte minden ügyben saját szakállára jogosult egy első tárgyalást megelőző ún. egyezségi tárgyalás kitűzésére, s ha a felek egyezséget kötnek, a kereseti illeték teljes összege visszatérítendő,¹⁵ de a bíró az eljárás későbbi szakaszaiban is köteles megkísérlni (azaz nem csak megkísérélheti, mint magyar kollegája a Pp. 148. §-a szerint) az egyezség létrehozatalát a ZPO. 278. §-a alapján.¹⁶ Kiemelt jelentőségű

⁷ Family Law Handbook (szerk.: Attorney General Department), Canberra, 1980, Australian Government Publishing Service 103-211. o.

⁸ számos az ausztrál gyermektartási joggal kapcsolatos írásomban felhasznált információ (minden olyan adat, körülmény, amelynél a dolgozat más forrásra nem hivatkozik) az ausztrál Gyermektartásdíj Ügynökség honlapjáról származik, a honlap elegáns kivitelezése, igényessége, ügyfélbarát közérthetősége, minden részletre kiterjedő jellege lenyűgöző – www.csa.gov.au, a továbbiakban: CSA-honlap

⁹ a leggyakoribb végrehajtási cselekmény a munkabérből letiltás elrendelése - Oldham 699. o.

¹⁰ mely a gyermektartásdíj egyezségben foglalt összege megállapításának a családi adókedvezményre (*Family Tax Benefit*) jogosultság csalárd megteremtését megakadályozó szigorú feltételeiben is tettenérhető

¹¹ az ausztrál formanyomtatványok és a gyermektartási anyagi jog jóval egyszerűbb a kissé bonyolultultra sikeredett nagy-britanniaihoz képest – Oldham 721. o.

¹² a CSA-t az adóhivatal egyik részlegeként hozták létre, a kötelezett jövedelmének megállapítása az utolsó adóbevallás szerint történik, a hátralékos gyermektartásdíjat a CSA az adóvisszatérítésből is levonhatja stb.

¹³ ez utóbbi kapcsán általában a közigazgatás menedzserszemléletű, antibürokratikus felfogásáról ld. részletesen: Bayne, Peter: Administrative law and the new managerialism in public administration, in: Administrative Law 1040.-1045. o. (szerk: Galligan D.J.) Dartmouth Publishing Company Limited, 1992.

¹⁴ a szerzőt az Egyesült Államok és Nagy-Britannia gyermektartásdíj-szabályozását érintő korábbi kutatásai is kifejezetten ennek ellenkezőjéről győzték meg

¹⁵ hazánkban csak a fele, mert az egyezségi kísérletre idézés illetéke 3 % (a peres eljárásé 6 %)

¹⁶ dr. Surányi Tímea – dr. Szepesházi Péter: Beszámoló a bajorországi „Bevezetés a bírói gyakorlatba” címmel megrendezett konferenciáról, in: Kisbíró 2004. október VII. évfolyam 10. szám (a Fővárosi Bíróság kiadványa) 13-15.o.

folyamat továbbá a mediáció elterjedése és behatolása az állami igazságszolgáltatásba, Franciaországban „polgári ügyekben fontos szerepe van a „közvetítés” /*médiation judiciaire civile*/ intézményének ..., amely ... munkajogi, családjogi és egyéb vitákban egyaránt igénybe vehető”.¹⁷ Az egyezség persze nem pusztán gyorsasága miatt üdvözítő eszköze a konfliktusok lezárásának, hanem mert az érvényesíteni kívánt érdekek kielégítését illetően és pszichikai szempontból is az ítéletnél jobb megoldást kínál nem csak, de főként a családjog területén¹⁸.

Általában az egyezségkötésre, különösen a gyermektartásdíj-egyezségekre Magyarországon is igaz, hogy gyakran már a kezdetektől fogva sem beszélhetünk ellenérdekű felekről, a felek sokszor már a kereset benyújtása előtt, vagy röviddel a keresetlevélnek tipikusan a gyermektartásdíj fizetésére kötelezett (a továbbiakban: kötelezett) mint alperes részére történő kézbesítése után mindenben megegyeztek és a felek vagy tipikusan a gyermektartásdíj jogosultja (a továbbiakban: jogosult) a megállapodás „hivatalossá tételéhez” ragaszkodnak. E tapasztalatot azonban a magyar szabályozás és ítélkezési gyakorlat nem használja, polgári perrendtartásunk kontradiktórius eljárásra épülő rendszere felesleges idővesztéséget, költségeket okoz, veszélyeket hordoz.

A nagy ügyteherrel küzdő hazai bíróságok a keresetlevél benyújtásától csak hosszú hónapok elteltével tudják az első tárgyalást megtartani, a tárgyaláson való megjelenés költségeit a felek viselik, ráadásul könnyen előfordulhat, hogy a tárgyalásig eltelt hosszú idő alatt az egyetértés megszűnik a felek akár más természetű konfliktusai miatt (nem szabad elfeledkezni arról, hogy volt házastársak, élettársak együttműködése általában és különösen a különélő szülői kapcsolattartás vonatkozásában igen ritkán konfliktusmentes). A polgári peres eljárásunk során uralkodó szóbeliség és a közvetlenség alapelvét a jogalkotó hiába törte át több helyen is az 1990-es évektől kezdődően az írásbeliség elvének érvényre juttatásával, e korántsem elégséges reformok az írásbeli egyezségkötés és a megkötött egyezség tárgyaláson kívül meghozott végzéssel történő jóváhagyásának kifejezett engedélyezéséig nem merészkedtek. S bár szerintem tiltó rendelkezés hiányában – a Pp.-nek az egyezség bírói jóváhagyására felhatalmazó 148. §-a nem használja a „tárgyaláson”-kifejezést, míg az ítélethozatalnál igen (215. §, 145. §) – kellő óvatossággal, a személyazonosság fokozott ellenőrzésével eljárva nem kizárt a tárgyaláson kívül megkötött egyezség tárgyaláson kívüli jóváhagyása, a bírói gyakorlat sem támogatja e megoldást.¹⁹ Annak ellenére sem, hogy a tárgyaláson hangfelvételre mondott (jegyzőkönyvezett) egyezség szabatos, jogi követelményeket betartó mivolta egy írásban megkötött, ezért benyújtás előtt is újraolvasható egyezséghez képest megkérdőjelezhető, a bírói tévedés valószínűsége is magasabb, miközben a határozat közlésének meglehetősen anakronisztikus fajtája, a szóbeli kihirdetés miatt a jegyzőkönyvnek a 8 munkanapos határidőt (kb. 10 napot) kihasználó leírását követően már csak 4-5 nap marad a 15 napos fellebbezési határidőből.

¹⁷ dr. Tóth Katalin: Gondolatok a francia bírósági rendszerről a Grenoble-i bíróságokon szerzett tapasztalataim alapján, Budapest, 2003. október 29., kiadatlan kézirat.

¹⁸ nem véletlenül vált tárgyalótermi szállóigévé, hogy „a legrosszabb egyezség is jobb, mint a legjobb ítélet”

¹⁹ Találkoztam már olyan tetszetős, célszerű, ám az eljárásjogot kissé megerősakoló bírói megoldással is, amely előzetesen végrehajtható ideiglenes intézkedéssel adott helyt a keresetben (egyezségben) foglaltaknak a Pp. 156. §-a alapján, úgy tekintve a peren kívüli egyezségekre mintha a gyermektartásdíj alperesi jogosultja felperesi kötelezett ideiglenes intézkedés iránti kérelmet nem ellenezte volna (miközben az ideiglenes intézkedés kifejezés nem szerepelt a beadványban). A bíróság ezzel az egyezség tárgyaláson kívüli jóváhagyása kérdésének megkerülésével ugyan, ám valóban rövid határidő alatt, tárgyaláson kívüli végzéssel döntött az ügy érdeméről, a hosszú hónapokkal későbbi időpontra kítűzött tárgyaláson meghozott ítélet már formális aktusnak minősült. A tárgyaláson a felek általában meg sem jelentek, a bíróság azonban szintén elegáns és kiterjesztő jogértelmezéssel egyben a tárgyalás felperes távollétében történő megtartása iránti kérelemnek is tekintette a keresetben, valójában az egyezség tárgyaláson kívüli jóváhagyása iránti közös kérelemben írtakat (abból kiindulva, hogy az a fél, amelyik a az egyezség tárgyaláson kívüli jóváhagyását kéri, azt is kifejezésre juttatja, hogy nem kíván megjelenni a tárgyaláson).

E gondokra is gyógyírt jelenthetne az ausztráliaihoz hasonló eljárásjogi rendelkezések bevezetése, azaz a tárgyaláson kívül, de az előírt 102-es számú, ún. *Child Support Agreement*-formanyomtatványon²⁰ írásban megkötött (vagy ahhoz csatolt) egyezség tárgyaláson kívüli jóváhagyása²¹.

A minden részletében formalizált fentiek szerinti eljárást ráadásul ilyen jellege miatt a magyar jogalkotó gond nélkül utalhatná a bírósági fogalmazók, bírósági titkárok, bírósági ügyintézők hatáskörébe, több időt hagyva a bírának az összetettebb (ill. a megtámadott, módosítani kért előbbi egyezségekből eredő) tartási ügyek elbírálására. A közérthető ausztrál formanyomtatványokon (így a gyermektartásdíj-egyezség jóváhagyása iránti kérelemre szolgáló 102-es számú, *Child Support Agreement*-formanyomtatványon is) szereplő kitöltési útmutató, anyagi és eljárásjogi tájékoztatás segítené a laikus feleket a jogszabályoknak mindenben megfelelő, a jövőbeni veszélyekkel számoló egyezség megkötésében,²² mentesítené a bírakat a Pp. 7. §.-a szerinti eljárásjogi kioktatási kötelezettség úgymint egyéniesítendő, sokszor lelkileg, idegileg megterhelő, fárasztó tárgyaláson eszközölt, többnyire szóbeli, mindezek folytán ritkán kimerítő ill. kifogástalan színvonalú teljesítése alól.

A formakényszer és a fentiek szerinti tájékoztató egyben a valamelyik fél kárára akár jogász (ügyvéd, közjegyző) közreműködésével elkövetett visszaélések megelőzését is segítené. Egy jogaival, a gyermektartásdíj-egyezség szokásos tartalmával, főbb típusaival tisztába jött fél nehezebben vehető rá egyoldalúan hátrányos megállapodás megkötésére. Az ausztrál formanyomtatvány-rendszer olyan kiterjedt, hogy imponáló módon még az eljárási képviselőre szóló meghatalmazást is formanyomtatványon kell benyújtani.²³

Mindezzel összefüggésben ma még az álmok kategóriájába tartozó felvetésként rögzítem, hogy hazánkban és az uniós tagállamokban is indokolt lenne a formanyomtatványok és az egyezségeket jóváhagyó határozatok ún. könnyen érthető (jelekkel, piktogramokkal, részletes magyarázatokkal ellátott) változatának elkészítése az értelmi fogyatékos ügyfelek érdekében az európai uniós diszkriminációellenes küzdelem²⁴ jegyében²⁵.

Rátérve most már az ausztrál gyermektartásdíj-egyezséggel kapcsolatos eljárás részletes szabályaira, az ilyen egyezség jóváhagyását az ausztrál kormányzatnak alárendelt, összesen 3000 munkatársat foglalkoztató Gyermektartásdíj Ügynökség (*Child Support Agency*, a továbbiakban: CSA) összesen öt²⁶ területileg illetékes hivatala (*Child Support Agency Office*)

²⁰ Az Egyesült Államok mindegyik tagállamában is formanyomtatványok és útmutatók segítik a feleket az eljárás során – Oldham 717. o. és OCSE-honlap (www.acf.dhhs.gov/programs/cse)

²¹ az már más kérdés, hogy azokban a ritka esetekben, amikor a felek egyezsége a gyermekelhelyezésre nem terjed ki, tárgyalás kitézésére az utóbbi kérdésben történő akár hivatalbóli döntés érdekében szükség lehet, persze a gyermekelhelyezésben történő megegyezés célszerűségére a formanyomtatvány is felhívhatná a felek figyelmét, még akkor is, ha az elhelyezés nem feltétele a tartásdíj megállapításának

²² az ausztrál családjogi eljárás általános demokratizmusát szemléletesen tárja elénk (nem a jelen tanulmány által vizsgált összefüggésben): Parkinson, Patrick: The child participation principle in child protection law in New South Wales, in: *The International Journal of Children's Right* Vol. 9. No. 32001, 259-272. o.

²³ RA jelzésű nyomtatványon (*Representative's Authority*)

²⁴ erről bővebben: www.inclusion-europe.org és www.stop-discrimination.info

²⁵ erre még Ausztráliában sem került sor

²⁶ Sydney-ben, Melbourne-ben, Brisbane-ben, Adelaide-ban és Perth-ben, tehát a CSA az ország nagy területéhez képest erősen központosított szervezetrendszerrel rendelkezik

valamelyikéhez előterjesztendő 102-es számú formanyomtatványon²⁷ („*Child Support Agreement*”) lehet kérni, a „kitöltés” akár telefonon vagy interneten is lehetséges.²⁸

A kérelmeket a CSA az ügyszám és az érkezés napja feltüntetése mellett lajstromozza. A nyomtatványt olvashatóan, nyomtatott nagy betűkkel kell kitölteni, mindkét félnek alá kell írnia, és bármely javítást mindkettőjük kézjegyével is el kell látni, ügyleti tanúkra azonban nincs szükség, a magyar polgári perrendtartás szerinti teljes bizonyító erejű magánokirati forma nem elvárás.²⁹ A CSA minden bármely eljárásában érintett fél számára ügyintézési számot (*CSA reference number*) biztosít, e szám a későbbi adott személlyel kapcsolatos eljárásokban sem változik.

A formanyomtatvány nemcsak a benyújtása előtt megkötött (csatolt) egyezség jóváhagyása iránti kérelemként alkalmazható, hanem az egyezség írásbeli rögzítésére, tulajdonképpen megkötésére (és egyben ebben az esetben is a jóváhagyására), sőt egy korábbi egyezség közös akarattal eszközözlendő módosítására, megszüntetésére is alkalmas. A gyermektartásdíj-egyezség egyoldalúan azonban kizárólag bírósági úton és nem a CSA eljárásában módosítható, ide nem értve a közigazgatási végrehajtási kérelmet (tipikusan munkáltatói levonást) és a végrehajtás megszüntetése iránti jogosulti kérelmet, mert azokat a jogosult a CSA-nál bármikor előterjesztheti. A tartásdíj CSA-n keresztül történő megfizetésére azonban csak akkor van lehetőség és a tartásdíj végrehajtására a CSA csak abban az esetben jogosult, ha időszakosan visszatérően pénzben fizetendő tartásdíjról kötöttek egyezséget a felek, minden más esetben a végrehajtási eljárás lefolytatására a bíróság illetékes. Az előbbiekre a formanyomtatvány több rovatban is figyelmezteti a feleket, s inkább a rövidebb határozott időre szóló egyezség megkötését ajánlja, mert felgyorsult világunkban az életviszonyok (munkavállalás, jövedelmi-, vagyoni viszonyok, lakóhely) kiszámíthatatlan hirtelenséggel változhatnak. A gyermektartásdíj fő szabály szerint legfeljebb a gyermek 18. életévének betöltéséig jár,³⁰ a felek közös írásbeli, a 18. életév betöltését megelőzően előterjesztett kérelme³¹ alapján legfeljebb a nappali rendszerű középiskolai³² tanulmányok befejezése napjáig.

További korlát, hogy amennyiben a gyermektartásdíj (szülői felügyeletet gyakorló) jogosultja (a továbbiakban: jogosult) a családi adókedvezményt annak legalacsonyabb összegét meghaladó mértékben érvényesíti az adózás során, akkor a gyermektartásdíj egyezségbeli összegének legalább a CSA (egyébként eredetileg az egyezség hiányában lefolytatandó) gyermektartásdíj-megállapítási eljárásában³³ ilyen esetre az adott feltételek mellett megállapítandó összegét el kell érnie. Ilyen előírás hiányában a felek színleg olyan alacsony összegű tartásban állapodhatnak meg, hogy a jogosult családi adókedvezményre jogosultságát ne veszélyeztessék, s a kötelezett helyett az állami költségvetés költse el

²⁷ természetesen számos egyéb nem a gyermektartásdíj-egyezségkötést érintő formanyomtatvány létezik, így pl. az FM5-ös jelzésű gyermektartásdíj munkabérből, jövedelemből történő levonása megszüntetése iránti kötelezeti kérelem („*I want to stop deductions from my salary or wages*”) vagy pl. a CMD-jelzésű gyermektartásdíj összegének módosítása iránti jogosulti/kötelezeti kérelem („*Child Support or Maintenance Change*”)

²⁸ a kérelem a közigazgatási kérelmek többségéhez hasonlóan az ügyfélszolgálati központoknál (*Centrelink*) is benyújtható – részletesebben a központi centrelink-honlapon: <http://www.centrelink.gov.au>

²⁹ nagyszerű könyvében Pintér Emil meggyőző szemléletességgel ír az össztársadalmi bizalmatlanságból eredő, túlbiztosításra irányuló, valójában fölösleges hazai bürokratikus előírásokról – Pintér Emil: Európai Illemtan Európa Tankönyvkiadó, Budapest, 1998. 82-87. o.

³⁰ amennyiben nappali középiskolai tanulmányokat folytat, akkor kizárólag a 18. életévében folyamatban lévő tanév utolsó napjáig

³¹ A18-as számú formanyomtatvány (*Child over 18 in full-time secondary education*)

³² *secondary school*

³³ melyet a kötelezett az ALP elnevezésű (*Application for Child Support Assessment- Paying Parent*), a jogosult a 101-es számú (*Application for Child Support Assessment*) formanyomtatványon kérelmezhet

gyermekükre az adófizetők pénzét.³⁴ Az egyezség jóváhagyása előfeltételeként kötelezően lefolytatandó eljárásban a CSA azonban már figyelembe veszi a családi adókedvezmény jogosulti érvényesítésének terjedelmét a gyermektartásdíj összege megállapításánál, ezért nem sérül a társadalmi igazságosság és a rászorultság elve.

A 102-es számú formanyomtatvány (*Child Support Agreement*) első része (1.-15. rovat) az egyezség jóváhagyása iránti kérelem. A nyomtatvány második részét (16-37. rovat) a jogosultnak kell kitöltenie, függetlenül attól, hogy ő vagy a kötelezett a kérelem (első rész) előterjesztője. A második részen belül a 21.-37. rovatokban kell rögzíteni az egyezség (érdemi anyagi jogi) tartalmát. A 23.-27. rovatokat (második rész A. pontja) az Ausztráliában is leggyakrabban alkalmazott időszakos tartásdíj-fizetésben (*periodic child support*) megállapodó felek töltik ki. A második rész B. pontja (28.-34. alatti rovatok) akkor töltendő ki, ha a felek nem időszakosan visszatérően fizetendő gyermektartásban állapodtak meg. A formanyomtatvány második része C. pontjában (35.-37. rovatok) gyermektartásdíj-egyezség módosítása³⁵ iránti kérelmet lehet előterjeszteni, kizárólag olyan kérelmet azonban, amely a teljesítés módját változatlanul hagyva a tartásdíj mértékének felemelésére (leszállítására) irányul. A 38-39. rovatokat (a formanyomtatvány harmadik része) pedig csak akkor kell kitölteni, ha a jóváhagyni kért egyezség egyben egy korábbi egyezség közös kérelemre történő megszüntetését is jelenti.

A formanyomtatvány első része (1.-15. rovat) tehát a tulajdonképpeni jóváhagyás iránti kérelem, melyet a kérelmezőnek kell kitölteni, a kérelmező természetesen a jogosult és a kötelezett is lehet. Itt kell feltüntetni a felek személyi adatait, mindenfajta elérhetőség, így a munkahelyi telefonszám, mobiltelefonszám, e-mail-cím, sőt a kapcsolatfelvételre legalkalmasabb időszak kötelező rögzítésével. Mindez gyors, rövid úton történő ügyintézésre teremt lehetőséget, elkerülhetővé válik a bürokratikus, időrabló eljárásban, főleges többletmunkával járó postai úton kézbesítendő hiánypótlásra felhívó végzés meghozatala. Nem véletlen, hogy a rendkívül praktikus gondolkodással megáldott formanyomtatvány-szerkesztők figyelme még arra is kiterjedt, hogy megkérdezzék a felektől, hogy az otthoni vezetékes telefonszámon valamikor is elérhetők vagy szinte soha (ún. *silent number*).

Hasonló kötelező rendelkezések bevezetésére - formanyomtatvány hiányában legalább a Pp. 121. §-a módosításával - égető szükség lenne a magyarországi vonatkozó eljárásban. Könnyen belátható, hogy korántsem jogirodalmi elemzésre méltatlan technikai részletkérdésről, hanem a gyermektartásdíj-perек elhúzódásának megelőzését szolgáló eszközrendszer egyik fontos, ráadásul komolyabb költségvetési eszközöket nem igénylő eleméről van szó. A telefonos bírósági ügyintézés széleskörű meghonosítása egyébként is célravezető lenne, jelenleg az csak sürgős esetben elfogadott.³⁶ Az ellenérdekű fél tájékoztatása a hivatalos feljegyzésbe foglalt telefonbeszélgetés tartalmáról persze természetes követelmény. Nem értek egyet azokkal a kifogásokkal sem, amelyek a közlés bizonyíthatatlansága folytán a rövid úton közölt határozat, intézkedés, felhívás mulasztása jogkövetkezmenyeinek alkalmazhatatlansága miatt ellenzik a modern távközlési eszközök gyakori igénybevételét. A rövid úton megtett bírói közlést a felek és jogi képviselőik utólag jóváhagyhatják (pl. a következő tárgyaláson egy idézés esetén), s az is bizonyos, hogy az így közölt rövid határidejű hiánypótlásra felhívásnak túlnyomórészt gyorsan (s hálásan) eleget tesznek, ha mégsem akkor még mindig nincs akadálya a

³⁴ a költségvetés szempontjai érvényesülnek abban az előírásban is, mely szerint az egyszülős családok részére folyósítandó állami segélyre a gyermeket nevelő szülő – szűk kivételekkel - kizárólag gyermektartásdíj iránti kérelem benyújtása esetén jogosult – Oldham 696.o., 698.o.

³⁵ *modifying the current child support formula assesment*

³⁶ valójában azonban majdnem minden intézkedést sürgősnek kellene tekinteni, hiszen az objektív körülmények (több szakértő kirendelésének, környezettanulmány elrendelésének, számos tanú meghallgatásának szükségessége) miatt elhúzódásra hajlamos ügyekben legalább a szokásos aktusok elintézési ideje csökkenthető

hiánypótlásra felhívó írásos végzés postai kézbesítésének a szóban elmondott határidő leteltével. A telefonköltség kisebb növekedését a papír-, a postai költségcsökkenés, az eljárási késedelmek elkerülése és a munkaidő-nyereség bőségesen ellensúlyozná.

Az ausztrál nyomtatványon ki kell tölteni azt a rovatot is (8.), amely a felek közös vagy bármelyik fél folyamatban volt gyermektartásdíj-ügyére kérdez rá. A magyar családjogi bírák számára is gondot okozhat, hogy nem elhanyagolható számú esetben csak a tárgyaláson derül ki, hogy volt ilyen ügy, s akkor a bíró már nincs mindig abban a helyzetben, hogy rövid idő alatt a kezelőirodából beszerezze és áttanulmányozhassa azt, ezért a tárgyalás elhalasztására kényszerül. Bár a lajstromprogramok manapság már alkalmasak a korábbi ügyek kigyűjtésére, a jelenlegi munkateher mellett irreális elvárás lenne, hogy a kezelőiroda minden egyes gyermektartási ügynél megkeresse és szereltesse ezen iratokat. Az automatikus kigyűjtésre alkalmas lajstromprogramok megjelenéséig ezért a Pp.121. § vonatkozó irányú módosítása (hosszabb távon a fentiek szerinti formanyomtatvány rendszeresítése mellett) ajánlható, azzal a kiegészítéssel, hogy nemcsak a korábbi gyermektartásdíj-ügyek, hanem minden családjogi vonatkozású ügy (jellemzően a bontóperek) megjelölendő a keresetlevélben.

Az ausztráliai gyermektartásdíj-formanyomtatványon az egyezséggel érintett gyermekek nevét és közös szülői felügyeleti jog (ilyenkor a „különélő” szülőnél eltölthető éjszakák száma évi 256 felett esik) esetén e körülményt, gyermekelhelyezés esetén a gyermek tekintetében a gyermektartásdíj fizetésére kötelezett felügyelete alatt a korábbi határozat, egyezség szerint eltölthető éjszakák évenkénti számát is fel kell tüntetni (0-109, 110-145, 146-219, 220-255 vagy 256-365 éjszaka).³⁷ Mivel az előbbi adatok a gyermektartásdíjnak egyezség hiányában a CSA által történő megállapítása során az összecszerúséget befolyásoló tényezők, hiszen az éjszakák számának növekedésével a tartásdíj arányosan kevesebb az egyes csoportokban, megjelölésük a családi adókedvezménnyel kapcsolatos ismertett korlát betartásának ellenőrzését segíti.

Felelősségnövelő tényező „a büntetőjogi felelősségem tudatában” - kitétel a közölt adatok szándékos valótlanlansága vonatkozásában az aláírásokra szolgáló formanyomtatvány-rész előtt. Egyes keresetlevelek, beadványok elolvasása után hazánkban sem lenne ártalmas a fenti fordulat kötelező alkalmazása az aláírás előtt. Konkrétan a gyermektartásdíjról szóló egyezséget illetően azonban egy ilyen fordulat feltüntetése inkább elriasztaná a hivatalosan bevallott jövedelemhez képest a gyermektartásdíj összegét illetően magát „túlvállaló” kötelezettet,³⁸ ha a közlendő adatok között a jövedelemről szóló is szerepelne. A gazdaság kifelhéredése és az adómorál érzékelhető javulása előtt ezért nem célszerű a fenti szigor bevezetése, miközben jelen sorok írója szerint – ahogy az már bizonyára eddig is világossá válhatott – általában a jól megszerkesztett, ügyfélbarát formanyomtatványok rendszeresítése³⁹ „itt és most” kívánatos.

Visszatérve az ausztráliai eljárásra, ki kell emelnem, hogy az ügyfelek érdekeit dicsérendő módon védő alapos tájékoztatás egyik szép példája az az információ, mely szerint az egyezség kihathat a kötelezett más, egyezséggel nem érintett gyermekei vonatkozásában fennálló tartási kötelezettségre is, a nyomtatvány e körben a CSA ügyfélszolgálatához fordulást ajánlja. Ugyancsak az „ördög a részletekben rejlik”- alapon említésre méltó, hogy a magyarországi bírósági nyomtatványokkal ellentétben a legfontosabb tájékoztató sorokat nem (vagy nem csak)

³⁷ a gyermektartásdíj jogosultja csak az a szülő lehet, akinél a gyermek évente legalább az éjszakák 30 %-át vagy legalább a jogosulti státuszhoz egyezségben előírt számú éjszakát eltölt (*substantial care*)

³⁸ aki a magyar társadalom értékítélete szerint „ha már adót nem fizet, legalább a gyermekeiről gondoskodik”

³⁹ nem lényegtelen kérdés persze a formanyomtatványok rugalmas használata sem, sajnos létezik olyan remélhetőleg ritka hazai bírói, bírósági szakmai vezetői álláspont, amely a hivatalosan jóváhagyott formanyomtatványoktól, végzésmintáktól való eltérést az adott ügy összes körülményei alapján indokolt és szükséges mértékben sem enged (mondván: „Nem szabad beleváltani a központi nyomtatványokba, végzésmintákba !”).

a nyomtatványok hátoldalán, hanem a kitöltendő rubrikák közötti részen helyezték el, nyilvánvalóan abból a tapasztalatból kiindulva követték ezt a szerkesztési gyakorlatot, hogy sok ügyfél csak így olvassa el. Bár természetesen Magyarországon sem az eljáró bírák, tisztviselők hibája, ha a hátoldali figyelmeztetés áttanulmányozásának elmulasztása miatt a felet joghátrány éri, ám tömegesen előforduló társadalomlélektani eredetű hibák bekövetkezését a lehetőségekhez képest inkább megelőzni kell az ausztráliaihoz hasonló felfogással, nem pedig a „nem az én bajom, ha nem olvassa el rendesen”- elszólással jellemezhető szemlélettel annyiban hagyni. Természetesen az ausztrál CSA eljárásában is előfordulnak visszasságok, ilyenkor a fél kifogásaival, panaszaiával végső soron, a szigorú határidőkhöz kötött belső panasz eljárás kimerítése után akár telefonon is az elkülönülten működő Panaszirodához (*Complaint Service*) fordulhat, s erre maga a formanyomtatvány is figyelmezteti.⁴⁰

Az egyezség jóváhagyása iránti kérelemre szolgáló formanyomtatvány második részét – mint arra már utaltam - a jogosultnak kell kitöltenie, függetlenül attól, hogy ő vagy a kötelezett a kérelem előterjesztője. Amennyiben a jogosult valamilyen okból (földrajzi távolság, intellektuális indok, felek rossz viszonya, költségek viselését akadályozó szociális helyzet stb.) nem képes erre, a CSA hivatalból veszi fel a kapcsolatot a jogosulttal a kitöltés érdekében. A hazai igazságszolgáltatás tekintélyelvűségétől idegen eljárás jogpolitikai célja nyilvánvalóan az olyan egyezségek megmentése, ahol azok megkötése és jóváhagyásra benyújtása a felek (az egyik fél) számára nehézséget okoz. E körben utalnék arra, hogy bár Magyarországon a 2008. január elsejei hatállyal a perbeli képviselőre is kiterjesztett népügypédi rendszer nagy előrelépés, ám - egyébként érthető módon - a „fél felkeresi a hatóságot” mögöttes filozófia jegyében fogant, s ugyanez rögzíthető a kapcsolattartási vitákban a felek közös kérelme alapján 2003. január elsejétől igénybevehető gyermekvédelmi közvetítői eljárásról.⁴¹ A nem paternalisztikus hivatalbóliség jelenlétére a kérelemre indult eljárásokban majd minden olyan esetben hazánkban is szükség lenne, amikor az eljárásjogi ill. anyagi jogi információhiány az ügyféli kérelem elmaradásának oka. Ugyanez a gondolat kicsit konkrétan úgy bontható ki, hogy nem szabad ugyan a feleket arra kötelezni, hogy a gyermektartásdíj-egyezség jóváhagyását kérjék az illetékes hatóságtól, mert ez a magánautonómiába történő durva beavatkozást valószínűleg meg, de a már folyamatban lévő eljárásban a jog nem tudása miatt be nem nyújtott valamely kérelem, indítvány ne legyen akadálya a gyors, hatékony, praktikus jogérvényesítésnek, ne vezessen az egyezség megkötésének elmaradásához. Ezért indokolt, hogy a jogosult által kitöltendő, mégis üresen hagyott rovatok hatósági észlelése egyben a hivatalbóli eljárás feltétlen megindításával járjon. Az előbbi hivatalbóliség azért sem tekintélyelvű, sem felesleges, mert elsődlegesen a kérelemhez kötöttség érvényesül (ha a jogosult „rendesen”, segítség nélkül kitölti a rovatokat).

Az ügyfeleket segítő automatikus hatósági figyelemfelhívás jegyében fogant az ausztráliai kérelemnyomtatvány 17. számú rovata is, mely a jogosultat részére ajánlja fel a CSA-n keresztül tartásdíj-fizetés lehetőségét. Előfordulhat ugyanis, hogy a laikus, esetleg nem is különösebben iskolázott felek a gyermektartásdíj összegében megegyezvén úgy vélik, hogy már mindent elrendeztek, miközben a fizetés módja, költségei sem elhanyagolható szempontok. Igenlő válasz esetén a hatósági levonás érdekében a jogosult számláját vezető pénzügyi fiók⁴² és a számlaszám közzlése is szükséges, s jogosulti tudomás esetén a kötelezettet foglalkoztató munkáltató neve, címe, telefonszáma is megadható. Ha a jogosult nem

⁴⁰ Angliában az ún. *Independent Case Examiner for the Child Support Agency* (ICE) a CSA-k tevékenységét 1997 óta vizsgáló, a CSA-ügyfelek panaszainak megoldásában illeték- és díjmentesen közreműködő, közvetítő, végső soron a kifogások elbírálására is jogosult a Munkaügyi és Nyugdíjminisztériumnak alárendelt szervezet – tevékenységéről bővebben éves jelentéseiből (*annual report*) - elérhető a brit CSA honlapjáról – www.csa.gov.uk

⁴¹ részletesebben: 149/1997 (IX.10.) Korm.r. 30/A.-30/D. §-ai, 10/2003 (III.27.) ESZCSM.r. 1. §-ának l.) pontja, 15/1998 (IV.30.) NMr. 7/B. §-a.

⁴² *branch*

rendelkezik információval a kötelezett munkahelyéről, e körülményt jelölnie kell, s a hivatalbóli eljárás (megtudakolás) szintén automatikus. A „több kérelem egy kérelemben”-jellegű formanyomtatványok használata (a tárgyalat esetében az egyezség jóváhagyása és a CSA-n keresztül történő tartásdíj-fizetés iránti kérelmek együttes benyújtása) egyébként az ausztrál gyermektartás-eljárásjog egészét átfogja.

A 38-39. rovatokat (harmadik rész) csak akkor kell kitölteni, ha a jóváhagyni kért egyezség egyben egy korábbi egyezség közös kérelemre történő megszüntetését is jelenti. A fennálló egyezség megszüntetése konkrét gyermek(ek) tekintetében lehetséges, kizárva ezzel minden félreértést. Nem biztos ugyanis, hogy a megszüntetendő egyezség hatálya minden abban érintett gyermekre nézve megszűnik, e kérdés nyomtatványbeli tisztázása (38. kérdés) nélkül az értelmezés bizonytalansága garantált. A 39. rovatban a gyermektartásdíj megszüntetése pontos időpontját (év, hónap és nap szerint) kell feltüntetni, a felek figyelme a hazai gyermektartásdíj megszüntetése iránti perekben erre formanyomtatvány hiányában általában nem terjed ki, és a hiánypótlás felesleges idővesztést, költséget okoz. Az ausztrál jogalkotó azonban nem elégszik meg ennyivel, eléggé nem dicsérhető hozzáállással a fél kérelemre még a megszüntetés olyan időpontjának kidolgozásában is felkínálja a CSA támogatását, hogy mind az alulfizetés (*underpayment*) mind a túlfizetés (*overpayment*) elkerülhetővé váljon.⁴³

Visszatérve a kérelem második részére, a 21.-37. rovatok az egyezség érdemi anyagi jogi tartalmára kérdeznak rá (magára a *child support agreement*-re), illetőleg amennyiben a felek már a formanyomtatvány kitöltése előtt egyezséget kötöttek, akkor annak pontosítására (megerősítésére, kiegészítésére) szolgálnak a jogszerűség és a végrehajthatóság biztosítása céljából. Nem lehet eléggé hangsúlyozni e módszer célravezető voltát, hiszen a nem egyértelmű, részben vagy egészben a jogszabályoknak meg nem felelő, hiányos egyezség nem csak hosszadalmas hiánypótlást követően vagy az első tárgyaláson orvosolható, hanem már a kérelem formanyomtatványán megelőzhető, ráadásul az nem csak tájékoztat a betartandó előírásokról, hanem külön rovatokban mutatja a helyes alternatívákat a törvényes és a felek érdekében álló egyezség megkötéséhez ill. ilyen irányú módosításához. Az ennek ellenére fennmaradó hiányokat – hiszen minden problémára kiterjedő nyomtatvány nyilvánvalóan nem készíthető – pedig túlnyomórészt gyors, nem postai kommunikációval lehet pótolni.

A 23.-27. sorokat (A. pont a második részben) az Ausztráliában is leggyakrabban alkalmazott időszakos tartásdíj-fizetésben (*periodic child support*) megállapodó felek töltik ki. Természetesen a jogosult gyermek(ek) nevét, születési idejét, az időszakonként fizetendő összeget, az időszak megnevezését (pl. hónap, hét, negyedév) is rögzíteni kell, csak úgy mint az egyezség hatályának kezdő időpontját. Mindez a magyar szabályozásra is igaz, mégis meg kell említenem, hogy a felek szóbeli előadása alapján a tárgyalási jegyzőkönyvbe diktált egyezségnél a hibaszázalék lehetősége különösen egy fárasztó tárgyalási napon akár az előbbi adatokat illetően is nagyobb, mint az ausztrál rendszerben – a szóbeliség és a közvetlenség elvének korszerűtlen mivolta (hacsak nem fontos kiegészítő elvnek tekintjük) ebben is tettenérhető.

A 25. rovat az infláció szerinti automatikus emelés (indexálás) alkalmazására vagy elvetésére kérdez. A nyomtatvány az országos általános⁴⁴ és a nagyvárosokban élő fogyasztókra⁴⁵ nézve számított átlagos árnövekedési ütem szerinti periodikus növekedés közötti választást is felajánlja. A Budapest és a vidék közötti jövedelmi olló szétnyílása miatt hasonló metódus bevezetése Magyarországon is megfontolandó lehetne. A felvetés aktualitása nem kétséges,

⁴³ nyilvánvalóan a két egyezség eltérő fizetési ciklusait, a végrehajtás átfutási idejét is figyelembe kell venni e körben

⁴⁴ *weighted national average Consumer Price Index (CPI)*

⁴⁵ *capital city CPI*

hiszen a Ptk. harmadik családjogi könyve normaszöveg-javaslat⁴⁶ az inflációs indexálás bevezetése mellett tört lándzsát (3:208. §.). Az ausztráliai kérelemnyomtatvány 25. rovata végül az automatikus emelés határidejére is kitér - ajánlva az évi egyszeri minden év július 1-i vagy a 15 hónaponkénti növelést.

A 26. rovat szintén fontos problémát érint. Nem kötelező, ám korántsem csekély jelentőségű egyezségbeli rendelkezés a gyermektartásdíj feltételes és összegszerűen megjelölendő leszállítása a kötelezett munkanélkülisége esetére és idejére, legfeljebb azonban heti 5 ausztrál dollárra.⁴⁷ Ausztráliában a feketemunkát és az illegális bevándorlást tűzzel-vassal üldözik, a hivatalosan foglalkozás nélküli kötelezett túlnyomórészt valóban nehéz szociális helyzetbe kerül, a tartásdíj ideiglenes leszállítása ezért méltányos vele szemben. A magyar valóság ismeretében azonos megállapodás megkötése nem ajánlható (bár természetesen nem is tiltható meg), a lehetőség kiemelése sem célszerű egy hasonló formanyomtatványon. Ugyanez igaz a valamilyen jövedelem nagyságtól függő segély folyósításának időtartamára történő, a nyomtatványban szintén ajánlott leszállításra is. Az ausztrál jogalkotó persze e körben sem korlátozza a felek rendelkezési jogát, sőt külön utal arra, hogy más feltétel bekövetkezése esetére is kiköthetik a gyermektartásdíj automatikus leszállítását.

Az ausztráliai gyermektartásdíj-egyezség-formanyomtatvány 27. rovata a jóváhagyandó egyezség időbeli hatályát firtatja - az egyes gyermekeket illetően különböző kezdő időpont is feltüntethető. Remélhetőleg a magyar bírói gyakorlat változását hozza magával a családjogi kodifikátorok törekvése a kiskorú gyermek részére járó tartásdíj határozott idejű megítélése, egyezségkötés esetén az ilyen tartalmú egyezség bírói ajánlása iránt.⁴⁸ Bizonyos, hogy a tartási kötelezettség automatikus, tartás megszüntetése iránti eljárás megindítása nélkül történő megszűnése nemcsak a tanulmányok befejezésénél (az már más kérdés, hogy az utolsó szemesztert követő „szünidő” akár a felek egyezsége, akár a bíróság mérlegelése alapján még tartásköteles időszak lehetne), hanem továbbtanulási szándék hiányában a nagykorúság elérésénél is óriási előnyt jelentene. Igaz, hátránya is lenne e megoldásnak, hiszen a megítélt gyermektartásdíj-fizetési kötelezettség újabb eljárás nélkül nem „folyhatna bele” a továbbtanulás időszakába, de a szülők (és a gyermek) megegyezése esetén még ennek sincs jelentősége.

A *Child Support Agreement*-formanyomtatvány második része B. pontja (28.-34. alatti kérdések) akkor töltendő ki, ha a felek nem időszakosan visszatérően fizetendő gyermektartásban állapodtak meg. A bírói gyakorlat dicséretes módon hazánkban is nyitott a szokásostól eltérő teljesítésről szóló egyezség jóváhagyása iránt,⁴⁹ a jogi szabályozás sem tartalmaz tiltást, indokolt esetben sem ösztönöz azonban ilyen megállapodások megkötésére.⁵⁰ Nézetem szerint e körben a bíróságok, az OIT aktívabb jogalkotást kezdeményező szerepe eredménnyel kecsegtetne. Mint arra már rámutattam a tartás nyújtásának természetesen Ausztráliában is a leginkább elfogadott és a leggyakoribb módja az időszakos pénzfizetés, a jogalkotó mégis tudatosan a felek elé tárja a tárgyalt formanyomtatványban e ritkább, ám egyes körülmények között kívánatos teljesítési variációkat, azzal, hogy a felek kezét nem köti meg, ők további módokat is kidolgozhatnak.

⁴⁶ elérhető a [www.irm.hu-honlapról](http://www.irm.hu-honlaprol), 2006.március 31. (a továbbiakban: normaszöveg-javaslat)

⁴⁷ az 5 dolláros (egy ausztrál dollár 2006-ban középárfolyamon 165 Ft) alsó határról szóló előírás szintén az ausztrál adófizetők védelmét szolgálja, a gyermeket nevelő szülő állami segélyhez való jogosultságának család megteremtését kívánja megakadályozni

⁴⁸ normaszöveg-javaslat 3:210. §-ának (2) bekezdése

⁴⁹ elegendő utalnom a Legfelsőbb Bíróság PK. 106. sz. állásfoglalására

⁵⁰ a hazai gyakorlatról bővebben: A családjog kézikönyve (szerk: dr. Körös András) 3. átdolgozott kiadás HVG-ORAC, Budapest, 2000. II. kötet VII. fejezet 2. cím 463-467. o. (Bencze Lászlóné: A rokonok eltartása) és Bencze Lászlóné: Gyermekelhelyezés, gyermektartás 3. kiadás HVG-ORAC, Budapest, 2001

A nem időszakos szolgáltatás formái közül a gyermek javára, de nem a jogosult szülő, hanem harmadik személy részére tett kifizetések, az egyösszegű kifizetések (*lump sum payment*) és a nem pénzbeni tartás emelhető ki.

A harmadik személy részére fizetett gyermektartásdíj esetkörébe jellemzően az iskolai tandíjak⁵¹ tartoznak, de ide sorolható a gyermek tulajdonába (ill. résztulajdonába) került lakás (gyakran az utolsó közös lakás) jelzáloghitel-részletei törlesztésének átvállalása is.

A nem pénzbeni tartás a leggyakrabban a gyermek és a jogosult szülő lakáshasználata biztosításában ölt testet, értelemszerűen akkor, ha ez utóbbiak az utolsó közös lakás használatára egyéb jogcímen nem lennének jogosultak, mégis élni kívánnának e lehetőséggel. Ugyanakkor nem kizárólag az utolsó közös lakás válhat a megállapodás tárgyává, akár egy nyaraló használati joga is szolgálhatja a gyermek tartását. A lakáshasználati jog vagyoni értékű jog, összegszerű meghatározása mellett ezért nincs akadálya ilyen tartalmú egyezség magyar bíróság által történő jóváhagyásának sem, a bírói és az ügyvédi szerződéskötési gyakorlatban tudomásom szerint nem ismert e jogintézmény. A gyermek és a jogosult szülő lakhatásának egyéb módon történő megoldhatatlansága hiányában nem is tekinthető célszerű rendezésnek, hiszen a későbbi lehetséges jogi és nem jogi természetű konfliktuslehetőségeket még a birtoklás, kiürítési kötelezettség teljesítése, nemteljesítése kérdéseivel is bővíti.

Az egyösszegű kifizetés a magyar bírói gyakorlatban is ismert a már hivatkozott 106.számú PK. állásfoglalás részletesen kibontja feltételeit, a jogintézmény lényegében Ausztráliában is arról szól, hogy a kötelezett évekre előre, tipikusan a gyermek nagykorúságáig ill. az első felsőfokú tanulmányok befejezéséig teljesíti a tartásdíjat.

Összességében a nem időszakos pénzbeli teljesítést megvalósító tartásdíj-fizetési konstrukciók jogalkotói és jogalkalmazói bátorítása Magyarországon is támogatandó lenne, fenntartandó azonban, hogy minden esetben meg kell egyezni abban is, hogy az egyezséggel kikötött tartásdíj mekkora összegű időszakos tartásdíjnak felel meg és milyen időszakra nézve. Ellenkező esetben a gyermektartásdíj felemelése, leszállítása, megszüntetése iránti perekben a felek és a bíróság számára nem lenne egyértelmű a viszonyítás alapja.

Szerencsére, mint már említettem, ez a követelmény a jelenlegi bírói gyakorlatnak is megfelel, és a tárgyalat ausztrál formanyomtatvány 29. sorában is fel kell tüntetni az egyezség szerint teljesített tartásnak megfelelő éves tartásdíjösszeget. Amennyiben pedig a megkötött nem időszakos teljesítést tartalmazó egyezség egy korábbi időszakos fizetést előíró egyezséget vált fel (szüntet meg), a feleknek a 32. rovatban akkor is nyilatkozniuk kell az időszakra számított tartásdíjösszeg változásáról összegszerűen vagy a jövedelem százalékos arányában. Természetesen az ausztrál jog is megköveteli a tartásdíjfizetési kötelezettség időszaka (pontosabban számított időszaka) kezdő és záró időpontja megállapítását még egyösszegű teljesítésnél is (33. és 34.-es sorok). A tartásdíj éves összege kiszámításában kérelemre a CSA is segít,⁵² sőt az általam már méltatott, a felek érdekében szükséges hivatalbóli eljárás ezzel összefüggésben egyébként is megjelenik, mert az egyezség hatálya záró időpontja előtt a CSA újabb egyezség megkötése hiányában automatikusan megállapítja az egyezség időtartama lejártát követő időszak vonatkozásában az általános szabályok szerint az adott gyermekre tekintettel járó tartásdíjat (az időszakosan fizetendő tartásdíjról szóló egyezség esetén is). Így nem fordulhat elő, hogy a gyermek öt jogszerűen megillető tartás nélkül maradjon a szülők nemtörődömsége vagy az új egyezségről szóló tárgyalások eredménytelensége esetén.

⁵¹ *school fees*

⁵² a CSA-honlapon egyébként is gyermektartásdíj-kiszámító program áll a felek rendelkezésére (*basic child support calculator*)

A Csjt. jelenleg nem engedi és túlnyomórészt egyébként sem lenne helyes, ha a nem időszakos pénzbeli teljesítési módozatokat a bíróság egyezség hiányában is alkalmazhatná ítéletében. A szabályozás kisebb mértékű lazítása mégis megfontolandó lenne.⁵³ A gyermekétől külön élő kötelezett a gyermektartásdíjat egész egyszerűen pszichikai okokból (ne felejtjük el, hogy a szakítás, a válás mindig sérelmekkel jár) sokszor szívesebben fizetné úgy, hogy kivonná azt a jogosult rendelkezése alól, és ez a tartásdíj kisebb része vonatkozásában szerintem támogatható igény. Bár e körben igen gyakran a rendeltetésétől eltérő jogosult szülői felhasználás alaptalan feltételezése húzódik meg, a lényeg a fő cél a gyermek legjobb érdekei alapján a folyamatos és hiánytalan tartás biztosítása. Nem arra a kérdésre kell tehát választ adni a fentiek szerinti változtatás igenlése vagy tagadása kérdésében, hogy a vitázó szülők közül a jogosult vagy a kötelezett szülőknek van-e általában igaza a tartásdíj felhasználásának megfelelőségét illetően⁵⁴, elegendő felismerni a szabályozással elérhető lélektani hatásnak a kötelezett szülői teljesítési készségre gyakorolt pozitív befolyását.⁵⁵ A tartásdíj nagyobb részénél azonban továbbra is a jogosult szülő szabad döntési jogköre érvényesülhetne, egy ellenkező előírás magát a gyermekelhelyezést kérdőjelezné meg⁵⁶. Az előbbiekből írtak miatt elképzelhetőnek tartanám tehát, ha a gyermek javára szóló, a jogosult szülő által pénzben fizetendő és az adott ügyben valóban létező kötelezettség (lakáshitel-törlesztőrészlet, tandíj, gyermek javára szóló életbiztosítás díja stb.) rendezésére a magyar bíróság egyezség hiányában is kötelezhetné a kötelezettet a tartásdíj részbeni teljesítése címén.⁵⁷

Ausztráliában sem lehetetlen a részben időszakonkénti pénzbeli, részben más módon fizetendő gyermektartásdíjban történő egyezségkötés, ilyen szándékukat a felek a kérelem (nyomtatvány) második része B. pontja 32. rovatában jelenthetik be. A végrehajthatóság biztosítása ilyenkor természetesen fokozott figyelmet igényel a bíróságtól, elegendő csak a fizetés esedékességéről vagy a harmadik személy és a tartozás megjelöléséről szóló rendelkezések szabatos megfogalmazására utalni.

Ez utóbbi körülmény a hazai előírások átgondolását igényelheti, mert a felek által szóban, a tárgyaláson megkötött és a bíróság által a tárgyaláson jóváhagyott egyezséget erőltető magyarországi szabályozás ellen szól. Nem mellékes, hogy hatályos feudális beidegződésekkel⁵⁸ terhelt eljárásjogunk ebben a vonatkozásban kiskorúként kezeli a feleket, akik az egyezség megfogalmazásában minden esetben a „bölcös és tekintélyes bíróság” rutinszerű segítségére szorulnak. A szokásostól eltérő megoldások iránti nyitottság pedig az eljáró bíró személyiségétől is függ, amely annak ellenére is problémát jelent, hogy a hazai bírói kar nagyobb része és a jogegységi irányítást megvalósító Legfelsőbb Bíróság nem vádolható rugalmatlansággal e körben.

Az ausztrál modell ugyanakkor már a kérelem benyújtására szolgáló formanyomtatványban felsorolja és indokolt esetben ajánlja a megszokottól eltérő tartalmú teljesítést magában foglaló egyezségtípus megkötését. Az illetékes CSA-tisztviselő kreativitása, segítőkészsége így másodlagos, márpedig a hatékony működési mechanizmus azért is hatékony, mert a felek

⁵³ melynek kismértékben a normaszöveg-javaslat is eleget tesz a 3:207. §. (2) bekezdésében, de csak az eltérő tartást kérelmező fél ellenfele tiltakozása hiányában

⁵⁴ erről részletesen egyebek mellett: Morgan, Laura W.: Whose Money is it, anyway ? A custodial parent's (Non)Duty to account for child support American Journal of Family Law 2000.Vol.14. NO. Spring, 15-22. o.

⁵⁵ a családjogi perek pszichológiai vonatkozásairól bővebben: Fekete Mária - dr. Grád András: Pszichológia és pszichopatológia jogászoknak HVG-ORAC, Budapest, 2002. 419-435. o.

⁵⁶ Az USA egyik tagállama Wisconsin legfőbb bírói fóruma úgy vélte, hogy a a gyermekelhelyezés kedvezményezettjének számadásra kötelezése a tartásdíj tekintetében ... sérti a jogosult szülő szabad neveléshez való jogát, pedig a gyermek nevelésében a szülőnek széles mozgásteret kell biztosítani – Resong v. Vier (1990)

⁵⁷ ez persze nem hatna ki a harmadik személy és a jogosult alapjogviszonyára (pl. hitelviszony, lízing)

⁵⁸ a magyarországi igazságszolgáltatás feudális hagyományairól részletesen ír dr. Grád András már hivatkozott művében: Fekete Mária - dr. Grád András: Pszichológia és pszichopatológia jogászoknak HVG-ORAC, Budapest, 2002. 391-401. o.

érdekében egyes minimumfeltételek tekintetében nem tesz lehetővé mérlegelést az egyebekben kellő döntési szabadsággal rendelkező hatósági személy számára, elszakítva egyben az elintézés e körben a döntésre jogosult személyiségétől, ezzel biztosítva az „önkénymentes”, tisztességes eljárást. A tárgyalat esetében tehát nem hatósági tisztviselői döntés függvénye, hogy mindig ismerteti-e a felekkel a szóba jövő egyezségfajtákat vagy csak általa indokoltnak minősített esetben vagy sohasem. A CSA tehát az eljárás elején, sőt előtte segít (amikor a fél a hivatalban átveszi vagy az internetes CSA-honlapról letölti a formanyomtatványt), nem kívánja ráerőltetni akarátát, a megszokott tartalmú egyezséget a felekre, csak vázolja, részletezi, pontosítja a lehetőségeket, a választás már a felek felelőssége.

Végül a 102. számú *Child Support Agreement-formanyomtatvány* második része C. pontjában (35.-37. kérdések) gyermektartásdíj-egyezség módosítása⁵⁹ iránti kérelmet lehet előterjeszteni, kizárólag olyan kérelmet azonban, amely a teljesítés módját változatlanul hagyva a tartásdíj mértékének felemelésére (leszállítására) irányul. A jövedelem százalékában megállapított tartásdíjknál a százalékos mérték, az összegszerűen meghatározott tartásdíjknál az összeg számszaki módosítása a leggyakoribb, ám módosítást jelent egyebek mellett az adott inflációs index felváltása egy másik emelési módszerrel (általában másféle inflációs index-szel), esetleg a feleknek a tartásdíj kiszámításánál figyelembe veendő jövedelme nagysága (amely nem azonos a fél teljes jövedelmével)⁶⁰ vonatkozásában a korábbi egyezségbeli ill. törvény szerinti alsó vagy felső határ eltörlése.

Mint az már az eddigiekben is kifejtettem, Ausztráliában gyermektartásdíj ügynökségek, azaz a bírói függetlenség korlátaitól⁶¹ mentes közigazgatási szervek illetékesek a gyermektartásdíj-egyezségek jóváhagyására, míg ezen egyezségek egyoldalú kérelemre történő módosítása, megszüntetése már a bíróság hatáskörébe tartozik.⁶² Természetesen a CSA-k (akár egyezséggel kapcsolatos) döntései ellen minden esetben bírósági felülvizsgálat kezdeményezhető,⁶³ pontosan a bírói függetlenség, pártatlanság garanciái hiányát ellensúlyozandó. Figyelemmel egy új szervezet gyermektartásdíj-ügynökségek mintájára történő létrehozásának a magyar gazdaság jelenlegi és középtávú teherbírását meghaladó költségeire, s arra, hogy a hazai közigazgatás hatékonysága nem említhető egy lapon az ausztrállal, a gyermektartásdíj-ügyek és köztük az egyezséggel kapcsolatos eljárások (akárcsak részleges) kiemelése a bírósági hatáskörből nem javasolható.⁶⁴ A gyámhivatalok feleket (adott esetben az egyik felet, valójában a gyermeket) támogató szerepének növelése a vonatkozó körben (pl. perindításban, egyezségkötésben) ugyanakkor természetesen helyesíthető.

⁵⁹ *modifying the current child support formula assesment*

⁶⁰ jelen dolgozat kereteit a gyermektartásdíjjal kapcsolatos anyagi jogi szabályok részletes ismertetése meghaladja, erről is a CSA-honlapon (www.csa.gov.au) érdemes tájékozódni

⁶¹ e korlátok döntően a gyors, hatékony eljárás érdekében eszközölt formátlan, nem dokumentált bírói ügyintézésről való félelemben, tartózkodásban öltének testet, melynél az elfoglaltság látszatának elkerülése nagyobb súllyal esik latba mint a gyakorlatias szempontok

⁶² A hatásköri kérdésekkel kapcsolatban említtem meg, hogy amennyiben egyezségkötés hiányában valamelyik fél a gyermektartásdíj megállapításának általános szabályaitól történő eltérést kér a törvényben taxatív felsorolt indokok alapján (pl.: kapcsolattartási jog gyakorlásának kiemelkedően magas költségei, egyéb eltartott tartásának óriási pénzügyi terhei, tartásdíjról is rendelkező vagyonmegosztási szerződés stb.), az eltérést engedélyező határozat meghozatalára (*departure order*) első fokon a CSA jogász végzettségű tisztviselője, a *child support review officer* jogosult. A fellebbezés elbírálására azonban már a családjogi bíróság (*family court of Australia*), a legalább részben eredményes ilyen kérelmek az összes gyermektartásdíj-kérelmek 5 %-át sem érik el. – Oldham 702-703. o. és 718. o.

⁶³ a bírósági felülvizsgálat szabályait a *Child Support (Assessment) Act 1989* 99-146. §-ai szabályozzák

⁶⁴ Xanthaki szerint mind a kontinentális jogi bírósági végrehajtáson, mind a common law-jogbeli közigazgatási végrehajtáson alapuló gyermektartásdíj-végrehajtási eljárási rendszerek (*judiciary-based system* ill. *executive-based system*) alkalmasak lehetnek jó eredmények elérésére, a siker kulcsa a felnövekvő generáció önkéntes teljesítés fontosságát elősegítő megfelelő nevelésében, oktatásában, szemléletének kialakításában van. - Xanthaki, Helen: The judiciary-based system of child support in Germany, France and Greece: an effective suggestion ?, Institute of Legal Studies, University of London 295-311.o., Journal of Social Welfare and Family Law 2000 VOL. 22. NO.3. 295-311.o., 295. o.

Összességében úgy gondolom, hogy a gyermektartásdíj-egyezség ausztrál belső jogi szabályozásában, joggyakorlatában sok követendő példát találhatunk, s bár az óvatosság ezek teljes körű átvételében az eltérő társadalmi, gazdasági, jogi, kulturális meghatározottság miatt indokolt lehet,⁶⁵ a magyar jogalkotó bátrabb hozzáállása a vonatkozó feladatok hatékonyabb teljesítése, a polgárbarát „szolgáltató igazságszolgáltatás” megvalósítása érdekében kívánatos lenne.

Nem szabad persze illúziókat sem kergetni, önmagában a gyermektartási anyagi és eljárásjog, a szervezetrendszer reformja – a munkajog gyermeknevelést elősegítő újraszabályozása, a szociális rendszer rászorultsági alapon történő gyökeres átalakítása és a jóléti juttatások összegének erőteljes növelése nélkül - nem oldhatja meg az egyszülős családok magas szegénységi kockázatával kapcsolatos társadalmi problémát.⁶⁶

⁶⁵ ugyanakkor a családjognak az etikai, kulturális hagyományok által a többi civil jogi jogterületnél nagyobb meghatározottsága mint az adaptációt akadályozó sajátosság inkább a családjogi anyagi jogi rendelkezéseknél és nem annyira az eljárásjog vonatkozásában bír jelentőséggel

⁶⁶ Svédország az 1990-es években a GDP-je 13 %-át, Ausztrália és az Egyesült Államok csak 4 %-át költötte gyermekjóléti kiadásokra, a csonka családok szegénységi rátája az utóbbi két országban tízszer olyan magas – Oldham 732. o.

Szilágyi Péter
Opponensi vélemény Jakab András *A magyar jogrendszer szerkezete*
című doktori (PhD) értekezéséről

Az opponens feladata, hogy

- fejtse ki az értekezés erényeit és hibáit,
- értékelje az alkalmazott kutatási módszereket, az irodalom felhasználását,
- értékelje a tézisekben ismertetett új tudományos eredményeket, a tudományos következtetések megalapozottságát, valamint
- nyilatkoznia kell arról, hogy a munka megfelel a formai előírásoknak.

Véleményem részletezését megelőzően azt szeretném előrebecsátani, hogy Jakab András értekezése a PhD értekezésekkel szemben támasztott követelményeknek messzemenően megfelel, a jelzett kritériumoknak nemcsak formálisan tesz eleget, hanem problémagazdagságával, megállapításainak eredetiségével ösztönzőleg hat az olvasóra. Olyan munkával állunk szemben, amelynek szerzőjére érdemes lesz odafigyelni a jövőben is.

A dolgozat külön kiemelendő érdeme világos szerkezete és ezzel összefüggő módszertani tudatossága. Ez utóbbi sajátossága miatt egyébként a dolgozat általános metodológiai vizsgálódások szempontjából is igen hasznos hozzájárulást jelent a magyar jogtudomány további fejlődéséhez.

A szerző dolgozatában fontos és aktuális témát dolgozott föl, bőséges szakirodalomra és joggyakorlati materiára támaszkodva, számos önálló figyelemreméltó és gondolatébresztő megállapítást tett. Megállapításainak kiérleltsége azonban változó színvonalú. A későbbieket előrebecsátva, igen jónak tartom a disszertáció 4. és 7. fejezetét, nyersnek a 3. fejezetet, a többinél pedig nem ártana némi kiegészítés, pontosítás.

Jelen dolgozat több éves munka eredménye, annak jelen formáját megelőzően több korábbi változata is volt, azok egyes részeit a szerző publikálta is, amivel számos esetben élénk vitát váltott ki. Noha a dolgozat szerkezete és fő mondanója lényegében változatlan maradt, megfogalmazásaiban a korábbi változatokhoz képest sokat javult, használt neki a kollegiális kritika.

A hét fejezetre tagolódó dolgozat első, Elméleti előfeltevések címet viselő fejezete három kérdéssel foglalkozik. Ebből kettőben a szerző az elméleti hagyományhoz való viszonyát rögzíti, a Bécsi Iskolához és a Begriffjurisprudenz-hez közelállónak tekinti magát, bizonyos fenntartásokkal. A harmadik kérdés tudományelméleti: a szerző a jogtudomány feladata kapcsán a jogi fogalmak három szintjét különíti el: a

jogelméleti, szűkebb értelemben vett jogdogmatikai és pozitív jogi fogalmakat. Álláspontja szerint „a pozitív jogi fogalmak a normatív aktusokban (pl. törvényekben) található és a szokásjogi (pl. bírói gyakorlat) érvelésekben használt fogalmak; a szűkebb értelemben vett jogdogmatikai fogalmak a jogtudósok és a joggyakorlat szereplői által a jogi döntések érvelésében (pl. bírói döntések indokolásában) való használat végett alkotott fogalmak (pl. a normatív aktus fogalma); a jogelméleti fogalmak pedig a jogtudósok által alkotott, a jogrendszer működésének magyarázatát segítő fogalmak (pl. a norma szerkezeti elemei). Ezek részben átfedik egymást.” A dolgozatnak ezt a részét igen jónak tartom, megállapításaival egyetértek. Annyi pontosítást fűznék hozzá, hogy az említett három fogalmi szint mellett **külön fogalmi szintet alkotnak a jogpolitikai fogalmak**, továbbá hogy a pozitív jogi fogalmak körébe álláspontom szerint kizárólag a jogszabályok normaszövegében és a bírói döntések (jogegységi határozatok, korábban elvi döntések irányelvek, kollégiumi állásfoglalások, AB döntések) rendelkező részében (illetőleg ratio decidendi-jében) szereplő fogalmak tartoznak, **az értelmezésekben és indokolásokban szereplő fogalmak már a dogmatikai szinthez tartoznak**. Nincs ugyanis elvi különbség ebből a szempontból a bírói és a doktrinális jogértelmezés között. **A szerző álláspontjának gyengéjét az is jelzi, hogy a bírói gyakorlat által használt fogalmakat két helyre is besorolja**. Ennek oka feltehetően az, hogy nem tesz különbséget a bírói szokásjog és a jogértelmezési gyakorlat között.

Tartalmilag az értekezés kiindulópontját alapvetően A magyar jogrendszer alapelemei c. a második fejezet képezi. Ebben a szerző először a saját álláspontját fejt ki, majd a rivális elméletek kritikáját nyújtja. Természetes, ha a munka tárgya a magyar jogrendszer szerkezete, akkor mindenképp tisztázni kell, hogy milyen értelemben használja a szerző a jogrendszer fogalmat. Ennek első lépését a szerző a már említett első fejezetben, a módszertani kiindulópontok kapcsán teszi meg, ahol alapvető előfeltevéseként rögzíti, hogy a jogrendszer egy előírásrendszer. Ezzel a jogrendszerfogalom két lehetséges értelmezése, a szociológiai és a normatív közül az utóbbi mellett foglal állást. A fogalom tisztázásának második lépéseként a szerző a jogrendszert mint jogi aktusokból álló rendszert határozza meg. Formális definíciót, elhatárolást nem ad, hanem „alulról”, induktíve igyekszik megvilágítani a fogalmat, felsorolva a magyar jogrendszer elemeit. Ha tudomásul vesszük és nem vizsgáljuk annak célszerűségét, hogy a szerző az egyedi aktusokat is a jogrendszer elemeinek tekinti, két észrevételt kell tennünk. Egyrészt az aktusokra való építkezést kevésbé tartjuk szerencsésnek, mint az egyedi normák fogalmával operáló kelsen megoldást, mivel a jogi aktus fogalmának két értelme van a szerző szerint is: „Jogi aktusnak nevezzük egyrészt magát a cselekedetet (pl. törvényhozás), másrészt az annak eredményeképpen létrejött eredményt (pl. törvény). Az elkövetkezőkben ez utóbbi értelemben használjuk a jogi aktus fogalmát.” (29. old.) **Ehhez azonban a szerző nem marad következetes, így a fejezet összegezésének 2. pontjában azt írja, hogy „a jogi aktusok olyan**

aktusok (cselekedetek), amelyekről azt hisszük, hogy megtételük esetén egy normatív vagy egyedi jogi rendelkezés keletkezik.” (49. old.) Másrészt nem egészen problémamentes a jogi aktusok körének a meghatározása. Itt két lényeges pont van. Az egyik az általános /normatív és az egyedi aktusok elhatárolása, ezt a szerző példásan oldja meg, a másik pedig az a kérdés, hogy valamennyi egyedi aktus beletartozik-e a jogrendszerbe. Erre a szerző kifejezett választ nem ad, a szövegösszefüggésből kitűnően válasza azonban igenlő. Nézetem szerint a jogrendszer szűkebb (csak normatív aktusok) és tágabb (egyedi aktusok is) fölfogásának vannak itt most nem tárgyalható előnyei és hátrányai, ebben a kérdésben az opponensnek nem tiszte állást foglalni. Azt azonban meg kell jegyeznie, hogy JA következetlen annyiban, hogy az egyedi aktusokat a jogrendszer alapelemeinek tekinti, ugyanakkor a jogrendszer szerkezetének az elemzése során, figyelmen kívül hagyja azokat. A jogrendszer tág fogalma továbbá azzal a következményproblémával jár, hogy hol van az „alsó határ”, vagyis hogy mennyiben tekinthető a jogrendszer részének pl. a följelentés, keresetindítás, ráutaló magatartással keletkezett szerződés, stb. A jogi aktust a jogalany motívumain keresztül és az objektív irányultságon keresztül határozza meg, noha a kettő nem azonos. A szerző szerint az aktus tartalma a rendelkezés. (31. old.) A rendelkezés kifejezés igen sokféle értelemben használatos: (a) mint a leírástól és a kérdéstől különböző nyelvi-gondolati kifejezés, előírás; (b) mint a normáknak az előíró jelleget kifejező mozzanata, ami a van-ból kell-t csinál, amit más terminológiával normatív minősítésnek neveznek; (c) mint a jogi tételezések része (jogi norma diszpozíciója, ítélet rendelkező része); (d) mint a normatív /jogi tételezések (aktusok) gyűjtőfogalma; (e) mint nevesített sajátos jogi tételezés (aktus), pl. államtitkári rendelkezés. A dolgozatban itt keveredik a (b), a rendelkezés, mint tartalom, és a (d) mint gyűjtőfogalom, amikor a különbségekről van szó.

Problematikus továbbá a szerzőnek a szokásjogról kifejtett álláspontja. Szerinte ugyanis „a szokásjog (mint állandó értelmezési gyakorlat) határozza meg a jogi aktusok pontos tartalmát. Ennyiben tehát a szokásjog nem képezi a jogrendszer önálló elemét, hanem a jogi aktusok (pontosabban: normatív aktusok) értelmezéséhez kapcsolódó jelenség.” (33. old.) A szerző itt először is összemosza a jogalkalmazói jogképződést és a szokásos jogértelmezési gyakorlatot, a jogszabályt és az uralkodó véleményt, a szokásjogot és a jogszokást. Ezt a fogalmi pontatlanságot viszonylag könnyű kiigazítani néhány pontosabb megfogalmazással. Lényegesebb az, hogy a bírói jognak mi a helye a magyar jogrendszer szerkezetében? Erre nem kapunk választ, sőt még problémaexponálást se, aminek az oka valószínűleg abban keresendő, hogy a kontinentális jogrendszerekben a bírói jog sajátos problémája – tiltják, mégis van – a normatív megközelítés kizárólagosságának, a módszertisztaságnak a kelsen-i követelményeit betartva nem ragadható meg.

A „Normatív aktusok érvényessége, hatálya és alkalmazhatósága” című harmadik fejezet a dolgozat legtöbb problémát fölvető, ugyanakkor a legtöbb kritikát is kiváltó fejezete. Ennek az egyik oka az, hogy a fölvetett problémák vizsgálata során nem eléggé következetes, nem teszi föl az adódó kérdéseket. Jellemző és kifejezett példája ennek, hogy a jogszabály érvényességét annak létezésével kapcsolja össze, aztán annak vizsgálatát, hogy mit is jelent a jogszabály létezése, elhárítja arra való hivatkozással, hogy az nem jogelméleti, hanem jogfilozófiai kérdés. (52. old.) Ebben a fejezetben két átfogó kérdést tárgyal a szerző, az egyik az érvényesség és vele rokon kategóriák viszonya, a másik a jogi norma szerkezete.

Előbb a normaszervezetről szólnék. A dolgozatnak ezt a részét alapvetően hibásnak tartom. JA előítéletes makacssággal küzd a háromelemes elmélet ellen, érvei azonban nem meggyőzőek, hiányzik az elutasított elmélet átfogó elemzése és bírálata, ami persze annak is betudható, hogy ez a feladat per tangens, kitérőként nem végezhető el. Helyesebb lett volna, ha a szerző itt pusztán leszögezi, hogy ő milyen normaszervezettel fogad el. De ha már belebocsátkozott a részletekbe, az opponens nem hagyhatja megjegyzések nélkül, annak ellenére, hogy JA felfogásának a részletes kritikája bőven meghaladná az opponensi vélemény kereteit. Ezért néhány kritikai észrevétel – a teljesség igénye nélkül. JA szerint „a normának csak két szerkezeti eleme van: tényállás és jogkövetkezmény,” a diszpozíció nem eleme a jogi normának. Álláspontjának alátámasztására többek között a következő példát hozza föl:

Nézzük például: „Adásvételi szerződés alapján az eladó köteles a dolog tulajdonát a vevőre átruházni [...]” [Ptk. 365. § (1) bek.] továbbá: „[...] a jogosult a hibás teljesítésből eredő kárának megtérítését [...] követelheti [...]” [Ptk. 310. §]

A hagyományos felfogás szerint esetünkben a tényállás: „ha adásvételi szerződést kötöttek”, a diszpozíció „a dolog tulajdonát át kell ruházni a vevőre”, a szankció pedig [tehát ha mégse ruháznák át a tulajdont minden részjogosítványával, mert például azt zálog terheli, akkor] „a károkozónak – a jogosult követelésére – kártérítést kell fizetnie”.

Csak hogy itt két normáról van szó:

1. **ha** adásvételi szerződést kötöttek, **akkor** a dolog tulajdonát át **kell** ruházni a vevőre
 2. **ha** a dolog tulajdonát át kell ruházni a vevőre és ez mégsem történik meg, **akkor** a károkozónak – a jogosult követelésére – kártérítést **kell** fizetnie
- Mind a két normának saját tényállása és saját jogkövetkezménye van.”

Az idézett rész jól mutatja JA álláspontjának hibáit. Ezek közül az alapvető az, hogy hiányzik a nyelvi megfogalmazás és a logikai szerkezet megkülönböztetése

Ha elfogadjuk, hogy az itt említett példában két önálló norma szerepel, akkor viszont vagy azt kell mondanunk, hogy a jogot az jellemzi, hogy normái mindig legalább párban járnak, a magatartás-előíráshoz szankcionáló előírás vagy szankcionáló norma társul, vagyis önmagában egy jogi norma nem

képes kifejezni a jog normativitását, és ebben az esetben azt is meg kell mondanom, hogy mi a viszony a két norma között, és akkor lesz egy normapár fogalmunk, és Ocham borotválhat; vagy pedig ezek az állítólagos normák nem normák, hanem következmény kilátásba helyezése nélküli puszta fölszólítások. JA egyébként itt becsempészi a „mégsem történik meg” szövegrészt, ami viszont már nem illeszthető be a két elemes sémába. Mivel a szerző a Bécsi Iskolához közelállónak tartja magát, megjegyzem, hogy Kelsen a kételemes elmélet jelzett hibáit úgy kerüli el, hogy a jogot kényszerrel rendelkező normának tekinti, a jogkövetkezménynek a kényszeraktust tekinti és annak csak két, illetőleg három fajtáját különbözteti meg, bevezeti az elsődleges és másodlagos jogi normák különbségét, azok között logikai kapcsolatot állít föl. (TJ 14-16.). JA a Bécsi Iskola hívének tekinti magát, ezekre mégsem reflektál.

A kételemes elmélet mellett érvelve bizonyos jogágak gyakori vagy jellemző szabályozási technikájára, szövegezési stílusára támaszkodik. A polgári jogban a rendelkezések gyakran láncot alkotnak, az egyik rendelkezés a másikkal lehet a jogkövetkezménye, és a következőnek a feltétele, hipotézise. A polgári jogban tehát így tűnik el a harmadik elem, hogy a diszpozíció, a követendő magatartás előírása egyben jogkövetkezmény is. Erre alapozva JA a jogkövetkezmény fogalmát túlzottan kiterjeszti, lényegében mindenféle kötelezettséggel azonosítja. Minden kötelezettségnek van föltétele, amit aztán JA úgy alakít át, hogy minden kötelezettség valamilyen hipotézisnek a jogkövetkezménye, míg az eredeti normatani jogkövetkezmény mindig jogilag előírt magatartáshoz kapcsolódik, az a szankciófogalom általánosítása. A diszpozíció úgy tűnik el, hogy kinevezeték jogkövetkezménynek.

A büntetőjogban pedig a (látszólag) kategorikus megfogalmazás következtében tűnik el a diszpozíció, vagyis a diszpozíció a hipotézisbe olvad bele. A büntetőjogászok erre többnyire azt mondják, hogy a büntetőjogi normának nincs hipotézise, JA ugyanerre, hogy nincs diszpozíciója.

A nyelvi megfogalmazáshoz való túlzott tapadást mutatja az explicit és az implicit diszpozíció elemzése is. Míg a PTK idézett rendelkezései az explicit diszpozíciót példázzák, addig az implicit diszpozíció klasszikus példája a szándékos emberölés pönalizálása, amelynél a szerző szerint a jogi normának nem része az emberölés tilalma. Az implicit diszpozíció azonban akkor nem része a normának, ha a norma azonos a nyelvi megfogalmazással. Az implicit és explicit diszpozíció megkülönböztetése azon alapul, hogy a normaszöveget hogyan fogalmazták meg, vagyis ez a megkülönböztetés a norma tartalma szempontjából irreleváns. Az implicit és az explicit diszpozíció megkülönböztetése ugyanakkor föltételezi, hogy valami valamit vagy explicit, vagy nem. Ez az explicit valami csak szöveg, nyelvi

megfogalmazás lehet, amit viszont vagy explikál vagy nem, azaz csak implikál, az viszont valami mögöttes, föltehetően valami mögöttes értelem lehet. Az implicit diszpozíció ugyan nem létezhet, hiszen diszpozíció sincs, de a normaszöveg mégis implikál valamit, amit explicitté lehet tenni, akkor viszont a diszpozíció nem azonos a normaszöveggel vagy annak valamely összetevőjével, elemével közvetlenül, hiszen a diszpozíció magában foglalja az explicit és az implicit megfogalmazás egységét és egyben megkülönböztetésük lehetőségét, tehát valahol a normaszöveg mögött keresendő. Hogy hol, arra nézve nem kapunk útmutatást a szerzőtől. Jakab Andrásnak itt a példa kapcsán abban igaza van, hogy a tiltás nincs megfogalmazva a normában, pontosabb terminológiával: nem része a tiltás a normaszövegnek, még azt is fogadjuk föltételesen el, hogy logikailag sem vezethető le belőle, de még ebből sem következik a tiltás fölöslegessége vagy nemléte, pontosabban ez az állítás föltételezi azt, hogy az implicit tartalmak explikálásának egyedüli és kizárólagos formája a logikai levezetés. Az implicit és explicit diszpozíció megkülönböztetésének csak a nyelvi megfogalmazás – logikai szerkezet megkülönböztetés vonatkozásában van értelme, amit viszont a szerző nem tesz meg.

További lényeges hiba, hogy hiányzik annak tisztázása, hogy mi tekinthető egy jogi normának, vagyis hogy minek a szerkezetéről is van szó. Ha a nyelvi szinthez, a jogtételek szövegéhez ragaszkodik, akkor vagy azt kell állítania, hogy minden jogtétel egy jogi norma is, és ki kell mutatnia minden jogtétel esetében a kételemes szerkezetet, vagy pedig meg kell adnia azt a kritériumot, amely szerint több jogtétel egy normává kapcsolódik össze, vagyis meg kell adnia a jogi norma fogalmát. Ez hiányzik a dolgozatból, az ahhoz leginkább közelítő megfogalmazás a 70. oldalon található: „Önmagában a tényállás vagy a jogkövetkezmény nyilván nem mond sokat: hiszen a norma a tényállás és a jogkövetkezmény együttese.” Ez jól mutatja a norma fogalom és a normaszervezet kölcsönös föltételezettségét, ami csak akkor nem vezet a peticio principii logikai hibájához, ha megadunk egy, a normaszervezettől független norma fogalmat. Ez a szerzőnél – a kételemes elmélet számos más képviselőjéhez hasonlóan – hiányzik. Úgy tárgyalja a normaszervezetet, hogy nem határozza meg, mit ért jogi normán.

A korábbi változatokhoz képest az értekezés új eleme Peschka Vilmos jogszabályelméletének sommás kritikája. JA egyrészt azt veti Peschka szemére, hogy „gondolatmenete a háromelemű normaszervezet alátámasztására a marxizmus tételeire épít (jog mint visszatükröződés), amelynek azonban színvonalas jogelméleti cáfolatai már a magyar szakirodalomban is megjelentek”, és itt Cserne Péter és H. Szilágyi István Világosságban megjelent cikkeire hivatkozik. Ehhez itt csak annyit, hogy Peschka jogfilozófiája Lukács György filozófiájára épített, és nem a marxizmus ún. terjedelmi koncepciójára, amelyekre az említett kritikák vonatkoznak. A második ellenvetés szerint Peschka „magáról a norma

szerkezetéről nem mond semmit.” Ezt JA azután állapítja meg, hogy Peschkát a „háromelemű normaszervezet elméletének legismertebb magyar képviselőjének” nevezi. Végül azt írja, hogy „a Sein és Sollen effajta keverését, mint szimpla logikai hibát is elítélhetjük.” Ez persze igaz, hiszen Peschka nem a kelsen-i módszertisztaság talaján áll, hanem éppen a Sein és a Sollen közötti kapcsolat föltárására törekedett, de ebben nem áll egyedül, itt paradigmák különbségéről van szó. Az egyik paradigma követelményét nem lehet számon kérni egy másik paradigma alapján álló munkán, a cáfolathoz a rivális paradigma egészének a cáfolatára lenne szükség, ami nyilván nem lehet a dolgozat feladata.

Az érvényesség és vele rokon kategóriák viszonya kapcsán JA a jogszabálynak tűnő, de valamely okból mégsem alkalmazandó szövegek (jogszabályok vagy pszeudo-jogszabályok) között differenciál, megkülönböztetve az érvénytelen, nem hatályos, pusztán nem alkalmazható normákat, majd ezeket a kategóriákat a jogi norma szerkezeti elemeivel próbálja összekapcsolni. Ennek a problémának a tárgyalását a dolgozat egyik legfontosabb eredményének tartom, annak ellenére, hogy JA válaszai nem problémamentesek. Először is nem tisztázza, hogy ezek a kategóriák a jogszabályokra vagy a jogi normákra vonatkoznak-e. További hibája a dolgozatnak, hogy összemossa az érvényesség fogalmát, tartalmát és feltételeit, másként megfogalmazva: az aktus akkor érvényes, ha nincsenek érvénytelenségi okok, vagyis az érvényesség fogalmát pozitíve sem itt, sem a későbbiekben sem tisztázza azon túl, hogy az valamilyen létezés. Vizsgálódása lényegében a pozitív alkotmányjog szintjén nem lép túl, az érvényesség elemzése helyett az orvosolhatóság tárgyalását kapjuk. Ennél a kérdésnél szerintem nem lehet nem reflektálni arra az álláspontra, amit többek között Kelsen is vallott, hogy az érvényesség azonos a normaként való létezéssel: Mit dem Worte „Geltung” bezeichnen wir die spezifische Existenz einer Norm. (RR 1960, s.9.) (Hasonlóan Peschka 192.) JA megmaradt az orvosolhatóság és a megállapíthatóság alkotmányjogi szintjén, még hozzá anélkül, hogy a problémaháttérre reflektált volna. Abban igaza van a szerzőnek, hogy különbséget tesz az eredeti és az utólagos érvénytelenség között, ennek a kiindulópontnak a következményeit azonban nem viszi végig. Utólagos érvénytelenség esetén erre egy újabb aktus következtében kerül sor, ebben az esetben tehát az érvénytelenség léte és megállapítása összekapcsolódik. Eredeti érvénytelenség esetén viszont nem ez a helyzet. Ugyanis vagy azt mondom, hogy az érvényesség és a létezés nem azonos, vagyis az érvénytelen jogszabály /jogi norma is létezik, akkor viszont meg kell magyaráznom, hogy az milyen létezés és mennyiben jogi létezés. Vagy azt mondom, hogy az érvényesség és a létezés azonos, és ha az érvényességnek tételes jogi feltételei vannak, akkor az azoknak meg nem felelő szöveg érvénytelen, azaz jogként nem létezik, akkor viszont azt megsemmisíteni sem lehet, csak megállapítani, hogy nem létezik és nem is létezett. Ez a jogelméletileg következetes álláspont a gyakorlatban a jogbiztonság súlyos sérelmével járna, ezért az alkotmányjog érthetően nem

közvetlenül az érvényesség-érvénytelenség elméleti fogalmaira épít, hanem az érvénytelenségre alapozó, de attól mégis különböző dogmatikai kategóriákra (alkotmányellenesség, ex nunc és ex tunc hatályú megsemmisítés, stb.) JA a problémát érzékeltte ugyan, de a következetes végiggondolása útján megtorpant.

A jogi aktusok /normák hatályát illetően abban egyetértünk, hogy az összefügg a jogi norma szerkezetével. Csak éppen másként értelmezzük ezt az összefüggést. Itt most kénytelen vagyok röviden (és leegyszerűsítve) rögzíteni saját álláspontomat. Nézetem szerint érvényessége közvetlenül a jogi normáknak van, az érvényességi feltételek viszont részben legalábbis a jogszabályokhoz kötődnek. Az érvényesség a jogi norma elvont kötelező erejét jelenti, a hatály(osság) pedig ennek a konkretizálását. Mivel a jogi norma logikai szerkezete a hipotézis – diszpozíció-jogkövetkezmény elemekből tevődik össze, ezeket az elemeket két ha-akkor implikáció kapcsolja, össze és ez a két implikáció egyben két magatartás-előírást fejez ki vagy jelent. Az érvényesség, mint elvontabb kategória tartalma a jogi norma, mint egész kötelező ereje, kötelező jellege, a hatályosság, mint konkrétabb kategória ezt a kötelező erőt differenciáltabban fejezi ki, ragadja meg, egyrészt hagyományosan időbeli és területi-személyi dimenzióban, másrészt pedig a magatartás-előírás és a jogkövetkezmény előírás között differenciálva. Ez utóbbi különbségtétel a magyar jogirodalomban ismereteim szerint kifejezetten nem jelent meg, csak latenter, az egyes jogszabályok hatályra vonatkozó előírásai kapcsán. A szerző érdeme ennek az összefüggésnek a kifejezetté tétele, gyengéje, hogy az utóbbi vonatkozásban túlzottan tapadt a jogszabályok nyelvezetéhez. Emögött nézetem szerint az a már említett elméleti hiányosság húzódik meg, hogy a nyelvi megfogalmazás és a logikai tartalom különbségét sokszor nem veszi figyelembe.

Az opponens feladata általában sem terjed odáig, hogy a bírált mű minden egyes megállapítását beható vizsgálatnak vesse alá. Különösen nem lehet az egy olyan gondolatgazdag és gondolkodásra serkentő dolgozat esetében, mint JA jelen értekezése. Ezért a további fejezeteket illetően arra az általános megállapításra szorítkozom, hogy különösen sikeresnek tartom az értekezésnek a jogforrási hierarchiával foglalkozó negyedik, és a közösségi és tagállami jog viszonyával foglalkozó hetedik fejezetét, külön is kiemelve a magyar AB vitatható döntéseinek meggyőző kritikáját.

Összegezőként és általános értékelésként annyit kívánok még mondani, JA igen gazdag szakirodalmi anyag földolgozására támaszkodva elismerésre méltó tudományos eredményekre jutott. Az értekezés értékét a korábban szóvá tett néhány vitatható elméleti megállapítás egyáltalán nem csökkenti. A dolgozattal kapcsolatos egyetlen opponensi észrevétel sem kérdőjelezi

meg a jelölt felkészültségét, az értekezés eredetiségét, tudományos értékét. Az opponensi észrevételek sokkal inkább a felkészült jelölt által fölvetett problémák továbbgondolására tett kísérletek.

Mindezekre tekintettel kijelentem, hogy Jakab András A magyar jogrendszer szerkezete című dolgozata a PhD értekezésekkel szemben támasztott tartalmi és formai követelményeknek mindenben megfelel, ezért javaslom a Miskolci Egyetem Doktori Tanácsának, hogy Jakab András értekezését bocsássa nyilvános vitára és részére a doktori (PhD) fokozatot ítélje oda.

Budapest, 2006. november 7.

Szilágyi Péter
egyetemi tanár
az állam és jogtudományok kandidátusa

Szomora Zsolt Német Kriminológiai Szeminárium Pécsen

Ez év júniusában a pécsi jogi kar adott otthont a freiburgi Max Plack Intézet kriminológusai által tartott előadássorozatnak, német kriminológiai szemináriumnak, amely egy a kriminológusi, büntetőjogi berkekben eddig egyedülálló szakmai eseménynek tekinthető. Az ötletadó és házigazda *Korinek László* professzor úr volt, akinek a kezdeményezését szívesen fogadta a freiburgi Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht kriminológiai igazgatója, *Hans-Jörg Albrecht* professzor. Az egyhetes szeminárium célkitűzése az volt, hogy a kelet-közép-európai régió fiatal kriminológusaival és büntetőjogásaival megismertesse a Max Planck Intézetben folyó kriminológiai kutatások legújabb eredményeit. Mindezt pedig német nyelven, nem leplezve annak demonstrálását, hogy a német és a kontinentális európai kriminológiai kutatás színvonala és jelentősége csöppet sem marad el az angol-amerikai kriminológia-tudomány mögött.

A résztvevők között számosan voltunk Magyarországról (Országos Kriminológiai Intézet, ELTE, pécsi, miskolci és szegedi jogi kar), valamint érkeztek kollégák Bosznia-Hercegovinából, Csehországból, Görögországból és Bulgáriából is.

Az öt szemináriumi munkanap általában reggel 9 órától, délután 5 óráig tartott. Egy-egy másfél órás előadás után, ahhoz kapcsolódó szakmai beszélgetések következtek.

Az első napon a szervezett bűnözést érintő kutatási eredmények bemutatására és megvitatására került sor, az előadók *Letizia Paoli*, *Jörg Kinzig* és *Michael Kilchling* voltak. Központi fontosságú volt annak a különbségnek az elemzése, amely az évtizedek óta létrejött, alá-fölérendeltséggel jellemezhető, maffia-típusú bünszervezetek és az ún. bűnözői vállalkozások között tapasztalható. E probléma már csak azért is érdekes, mert – a média által sugárzott sztereotípiával ellentétben – Európában inkább az utóbbi szervezett bűnözési forma a jellemző, amely elsősorban nem a politikai és gazdasági hatalom megszerzésére, hanem az illegális piacok (pl. kábítószer-, fegyver- és emberkereskedelem, prostitúció, tiltott szerencsejátékok) irányítására és minél magasabb profit elérésre törekszik. A nap másik fő kérdése a pénzmosás és a terrorizmus finanszírozásának összehasonlítása volt. Az ezzel kapcsolatos kutatások arra keresik a választ, hogy vajon a pénzmosás leküzdését szolgáló intézményrendszer alkalmas-e a terrorizmus finanszírozási forrásainak felfedezésére és felszámolására. A kutatások kimutatták, hogy alapvetően ellentétes tulajdonságok, motivációk és pénzmozgások jellemzik e két jelenséget, így a pénzmosás elleni eszközrendszer nem kecsegtet sok eredménnyel a terrorizmus elleni küzdelemben.

A második napon az igazságügyi pszichiáterként is praktizáló *Helmut Kury* a veszélyes bűnelkövetőkről tartott előadást, ezen belül is főleg a szexuális bűncselekmények elkövetőit érintette. Rendkívül érdekesek voltak fejtegetései arról, hogy a veszélyesség kategóriája egzaktan nem határozható meg, az a különböző társadalmakban lényegesen eltérő tartalmat takar, és a veszélyességről alkotott képünk – sok máséhoz hasonlóan – tanulási folyamat eredménye. Ezt követően Kury beszámolt a szexuális bűncselekmények elkövetőivel kapcsolatos újabb német büntetés-végrehajtási szabályokról, amelyek előírják, hogy a szexuális bűncselekmények miatt végrehajtandó szabadságvesztésre ítélt minden fogvatartottra nézve el kell készíteni a veszélyességi prognózist, mielőtt enyhébb végrehajtási szabályok alkalmazására vagy feltételes szabadon bocsátásra kerülne sor. Ez a vizsgálat átlagban 3-6 hónappal növeli meg a fogvatartási időt, amit már csak azért is aggályos, mert a veszélyességre valamint a visszaesésre vonatkozó klinikai prognózisok nem igazán eredményesek, sőt egyes kontrolleredmények szerint a legtöbbször tévesek. Szó volt továbbá e bűnelkövetői kör kötelező

pszichiátriai kezeléséről is. Végezetül előadónk kiemelte, hogy kérdésesek a témánkat érintő kriminálpolitikai tendenciák, amelyek – nem utolsó sorban a média túlzásainak hatására is – abból indulnak ki, hogy a probléma megoldásának egyetlen módja ezen elkövetők lehetőleg minél hosszabb idejű elzárása, kényszerű gyógykezelése. A kriminálstatisztika és az empirikus kutatások eredményei a jogalkotó kiindulópontját azonban megkérdőjelezzik, hiszen ezeknek a veszélyes bűncselekményeknek a száma vagy stagnál, vagy még inkább csökken. Ugyanez elmondható a legveszélyesebb elkövetési formákról, például a szexuális motivációjú gyermekgyilkosságokról is, amelyek nagyon ritkán fordulnak elő.

A harmadik munkanap témája a kriminológiai talán legdinamikusabban fejlődő területe, az áldozattan volt. *Michael Kilchling* lendületesen, egy gondolati ívbe összefogva mutatta be a viktimológiai kutatások fejlődését, tárgyköreinek alakulását, bővülését. Az újabb eredmények között rávilágított a látencia-kutatások módszertani problémáira (többek között a szelektív emlékezés jelenségére), amelyek árnyalják a régebben végzett áldozat-megkérdezések eredményeit. Felmerült továbbá a bűnözéstől való félelem paradoxona is, amelynek lényege, hogy a bűnözéstől való félelem és az áldozattá válás között nem mutatható ki összefüggés. E problémára a mai napig nem sikerült választ adni. A módszertani kérdések tárgyalásába kapcsolódott be *Helmut Kury*, aki a nagy volumenű, nemzetközi összehasonlító empirikus vizsgálatok metodológiai kérdéseit elemezte, és bemutatta az összehasonlítás nehezen kiküszöbölhető korlátait. A szerdai nap végén a viktimológia legújabb területéről, az ún. makroszintű vizsgálatokról volt szó, amelyek áldozati csoportokkal, a kollektív áldozattal, így többek között a terrorizmus áldozataival foglalkoznak. Külön beszélgetés folyt arról, hogy helyes-e, hogy egyes országok a jogi szabályozásban külön kategóriaként kezelik a terrorizmus áldozatait, és más bűncselekmények áldozataihoz képest privilegizált helyzetet és fokozott gondoskodást biztosítanak a számukra.

Csütörtökön, a szeminárium negyedik munkanapján az empirikus statisztikai vizsgálatoké volt a főszerep. *Volker Grundies* az ún. panel- és kohorszvizsgálatok módszertani kérdéseivel foglalkozott. A Max Planck Intézetben már régóta folynak ilyen vizsgálatok. Az egyik központi téma az ún. kor-kriminalitási-görbe (*Alters-Kriminalitäts-Kurve*) elemzése volt. A kohorszvizsgálatok eredményei azt mutatják, hogy a 15-25 éves korcsoportra esik szám szerint a legtöbb bűncselekmény, e kor alatt és fölött lényegesen alacsonyabb a kriminalitás. Az ugyanakkor az már nehezebben meghatározható, az ezen aggregált adatok alapján kirajzolódó kép az egyéni bűnözői életpálya alakulásával is összhangban van-e, vagy ez utóbbi inkább kiegyensúlyozottabb képet mutat. A kor-kriminalitási görbe meredeksége önmagában is jó motiváció az oksági vizsgálatok folytatására.

E kapcsolódás mentén el is érkeztünk a kurzus utolsó napjához, amikor is *Dietrich Oberwittler* tartott előadást a legújabb bűnözési elméletekről. Hallhattunk az ún. kontroll- és döntéseméletek újabb aspektusokkal való gazdagításáról, egyfajta hangsúlyváltásról: az Egyesült Államokbeli újabb felfogások az egyéni döntési mechanizmust jobban próbálják integrálni a családi, kisközösségi környezetbe. A Max Planck Intézet ezirányú átfogó empirikus kutatásai – a vizsgálat bűnügyi iratok tartalmánál fogva – nem tudtak választ adni a család bűnelkövetésben, illetve bűnmegelőzésben betöltött szerepére. Azt azonban kimutatták, hogy az önkontroll hiánya csak a bűncselekmények együtödésében játszott döntő szerepet. Ebből is arra következtethetünk, hogy az egydimenziós önkontroll-modellt szükségképpen ki kell egészíteni a környezeti hatások szerepével. Zárásként egy igazi kuriózumról, az agykutatások eredményeink kriminológiai hasznosíthatóságáról hallhattunk.

Bízom benne, hogy e rövid beszámolóval sikerült érzékeltetni, milyen sokszínű képet és fontos információkat kaphattunk a szeminárium során a legújabb kriminológiai kutatásokról. Büntetőjogásként két gondolatot szeretném megosztani az olvasóval. A kurzuson való részvétel megerősített abban, hogy a büntetőjog művelői számára is elengedhetetlen a kriminalitási kutatások eredményeinek az ismerete, hogy ezek segítségével a büntetőjog zárt

jogi világot kicsit életszerűbben tudjuk megközelíteni. Másrészt pedig még fontosabb volna, hogy ezeket az eredményeket a jogalkotó is figyelembe vegye a kriminálpolitikai döntések meghozatala során. Sajnálatos és általános európai tendencia, hogy a kriminálpolitika egyre jobban elszakad a kriminológia kutatási eredményeitől.

Végezetül nem maradt más hátra, mint megköszönni Hans-Jörg Albrecht professzor úrnak és a Max Planck Intézet munkatársainak, hogy betekintést nyerhettünk a munkájukba, Korinek László professzor úrnak az ötletet, a szervezést és a meghívást, a pécsi kollégáknak pedig a vendéglátást. Köszönet illeti Kőhalmi Lászlót, aki áldozatos munkával segítette a szeminárium mindennapjainak szervezését.

Techet Péter

A jog funkcionális értelmezése

A jog kulturális, társadalmi-politikai és időbeli dimenziójáról

„Minden jogrend csupán társadalmi gépezet, amelyben a fogaskerekek emberek.”¹

PROBLÉMAVÁZLAT

Az ember társadalmi lény: egyéniségét csak egy közösség aktív részeseként tudja kiteljesíteni. Ez a lehetőség azonban kötelezettségeket is ró a közösség tagjaira: mindannyian felelősek a közösség rendjéért, biztonságáért, békéjéért. Mert ezen rend, biztonság, béke az egyéni cselekvés előfeltétele.

Egyes szerzők szerint az ember közösségalkotása egy természetes folyamat eredménye: az arisztotelészi-tomista *teleologikus* szemlélet szerint minden dolog lényegét a benne foglalt cél kibontásával fedezhetjük fel; a természet egészét a célra irányultság hatja át, ahogy azt a természetjog tanítja: akkor cselekszünk „természetesen” – tehát természetünknek megfelelően –, ha felismerjük a bennünk adott (belénk teremtett) célt, s csak ennek követésével teljesebben ki személyiségünk. Az emberi természet lényegét is a cél szemszögéből határozhatjuk meg: és mivel az ember közösséget hoz létre maga körül, az emberi természet egyik konstitutív elemét szociális hajlamában kell felfedeznünk.

Arisztotelész szerint az állami rend (ami nála értelemszerűen a poliszt jelentette) is egy ilyen természetes folyamat eredményeként alakul ki, ahogy írja: „a városállam (...) létrejöttének célja az élet, fennmaradásának célja a boldog élet”.² Magyarán: az *élet rendje* kívánja úgy, hogy az emberek először a fajfenntartás (család), majd az önfenntartás (oikosz), s végül – Arisztotelész szerint végső célként – „a boldog élet”, az önmagában elegendőség (autarkeia) érdekében egymással társuljanak (polisz).³ Ez a koncepció azonban implicite előfeltételezi, hogy a közösség tagjai egyetértenek „a boldog élet” tartalmát illetően. Arisztotelész szerint tehát a közösségképzés szükségszerű előfeltétele az érdek-, érték- és kulturális azonosság; ez az, amit Carl Schmitt homogenitásként fogalmaz meg. Schmitt szerint ui. „[a] demokratikus egyenlőség [Gleichheit] tulajdonképpen azonosság [Gleichartigkeit], és pedig a nép azonossága”.⁴ Azaz Schmitt szerint demokrácia csak egy homogén közösségben jöhet létre; ez a homogenitás persze nem szükségszerűen faji homogenitást jelent,⁵ hanem sokkal inkább – ugyanúgy, mint Arisztotelészénél – a „jó élet” tartalmában való egyetértést: azaz a demokrácia egy *szubsztanciális cél-közösség*.

¹ Axel Hägerström: A jog alapvető problémáiról (ford. Sajó András), in Varga Csaba (szerk.): Modern polgári jogelméleti tanulmányok, Budapest, 1977, MTA KESz Soksorozósító, 101. o.

² Arisztotelész: Politika (ford. Szabó Miklós), é. n., Budapest, Gondolat Kiadó, 7. o. (1252b)

³ Mintegy normatív megközelítésben mindezt úgy fogalmazza meg a neves francia filozófus, Alain de Benoist, hogy „[a]zért, hogy éljen és jól éljen, közösségre van szüksége az embernek”. (Alain de Benoist: Kritik der Menschenrechte. Warum Universalismus und Globalisierung die Freiheit bedrohen, 2004, Berlin, Junge Freiheit Verlag, 137. o.)

⁴ Carl Schmitt: Verfassungslehre, 2003, Berlin, Duncker und Humblott, 234. o.

⁵ Raphael Gross német történész a Gleichartigkeit kifejezését per se rasszista kifejezésnek tartja; szerinte ezt bizonyítja, hogy Carl Schmitt 1933 utáni műveiben gyakran Artgleichheit-ra cseréli az azonosság korábbi fogalmát. (Vö. Raphael Gross: Carl Schmitt und die Juden, 2005, Frankfurt/M, Suhrkamp, 60. o.) Más kérdés, hogy Gross azon igyekezete, hogy Schmitt valamennyi ismert fogalom-párja mögött egy látens antiszemitizmust láttasson, tudományosan nem bizonyított.

Az ilyen társadalomban nem a jog feladata célt szabni (az ui. mint a társadalom előfeltétele, eleve adott), hanem a jog laza szabályozással a homogén, konkrét rendet szolgálja – voltaképp maga a jog azonosítatik hát a konkrét renddel.

Carl Schmitt szerint „[v]alamennyi jogász, aki munkájához – tudatosan vagy sem – a jog valamely fogalmát veszi alapul, ezt a jogot vagy szabályként [Regel], vagy döntésként [Entscheidung], vagy konkrét rendként [konkrete Ordnung] fogja fel”.⁶ Ahol a jogot az absztrakt, tehát személytelen és „objektív” normával vagy a személyes, tehát önkényes és „szubjektív” döntéssel azonosítják, ott a jog teremt – a norma és/vagy döntés révén – a közösséget, ergo a jogra hárul a céltételezés feladata. (A jogpozitivizmus nem véletlenül a norma- és döntéscentrikus gondolkodás keveréke, ui. a jogot a jogpozitivizmus egyrésztől normák összességének tekinti, másrésztől viszont ezen normarendszer forrását egy „önkényes” állami aktusban, a jogalkotó döntésében látja.⁷)

Ahol azonban a jog egy konkrét, tehát *adott* renddel azonosítatik, a konkrét rend – mint homogén kultúra – hordozza immanensen a célt. Azaz megfordul a folyamat, s nem a jog hozza létre – normáival vagy döntéseivel – a közösséget, hanem az adott közösség (adott, mert kulturálisan összetartozik) ad magának jogot. A schmitti homogén demokrácia is ezt fejezi ki, ui. „[a] demokrácia – mint minden államforma – közösségben jön létre; a közösséget viszont nem a demokrácia teremt, hanem az érték-, érdek- és kulturális azonosság”.⁸

No persze, sokan mondhatnák erre – és sokan mondták is –, hogy az így felfogott közösség egy ideális közösség-forma lehet ugyan, de a posztkonvencionális társadalmakban nincs már egyetértés az emberek között a „boldog élet” tartalmát illetően. Ez esetben vagy abszolutizáljuk a „boldog élet” egyik felfogását, s erőszak – akár legális erőszak (jog) – árán kényszerítjük azt ki, vagy pedig nem a jogra, a közösség egészére bízunk az egyéni céltételezést, hanem a jog csak azon kereteket szabja meg, amelyek között immár mindenki maga választhatja meg a „jó élet” általa elfogadott modelljét. Ebben a koncepcióban nem a társadalom, a jog feladata a „boldog élet” meghatározása, hanem a jog pusztán megadja a rendezett lehetőséget arra, hogy a társadalom tagjai – anélkül, hogy a másik szabadságát sértenék (ez az ún. Mill-féle korlát) – szabadon dönthessenek életcéljaik tekintetében. Hans Kelsen szerint a demokrácia – és a modern jog – ezért szükségszerűen az értékpluralizmus biztosítója és létrehozója.⁹

Igazából közösség-szervező funkcióval ekkor ruháztatik fel a jog, ui. míg a homogén közösség-modellnél a közösen vallott értékek, célok szabályozzák és irányítják a közösség életét, addig a posztkonvencionális társadalmakban – a tagok eltérő preferenciái okán – a jog lesz a társadalmi kohézió egyetlen eszköze. A modern formális jog, amely a kanti felfogásban csak a külsődleges illeszkedést várja el a címzetti körtől, a posztkonvencionális társadalom terméke, és egyben egyetlen instrumentuma is önnön fenntartására. (Mindez azonban ahhoz a jelenséghez vezethet, amelyet a szakirodalom a jog túlvállalásának vagy „jogi hipertrófiának” nevez.¹⁰)

Hogy ezen célját (tehát a társadalom összetartását) a jog beteljesíthesse, (relatív) önálló rendszerként elkülönül a társadalmi összegészen belül (Ausdifferenzierung); saját, belső kommunikációja által és mentén önálló alrendszerre szerveződik, amely ugyan kognitív nyitottsága okán nem veszti el kapcsolatát szabályozási területével, a társadalmi összkomplexus

⁶ Carl Schmitt: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1993, Berlin, Duncker und Humblott, 7. o.

⁷ Vö. Carl Schmitt: i. m., 27. o.

⁸ Techet Péter: *Vagy-vagy*, Ufi, 2006. május, 24. o.

⁹ Vö. Hans Kelsen: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, Tübingen, J. C. B. Mohr, 101. o. és Tattay Szilárd: *Demokrácia és/vagy képviselő*. A „képviseleti demokrácia” Hans Kelsen és Carl Schmitt államelméletében, *Világosság*, 2005/10 (Kelsen-különszám 1.), 115-116. o.

¹⁰ A problémáról – Amerikai példáján – lásd Varga Csaba: *Joguralom? Jogmánia? Ésszerűség s anarchia határmezsgyéjén Amerikában*, in Varga Csaba: *Jogfilozófia az ezredfordulón. Minták, kényszerek – múltban, jelenben*, 2004, Budapest, Szt. István Társulat, 98-113. o.

többi részrendszerével, csak pusztán saját belső nyelvezetére fordítottan adja meg a speciális rendszerválaszokat.

A jog objektiválódik, textualizálódik, formalizálódik – ennek révén a társadalmi összefolyamatok leírásához saját (Niklas Luhmann kifejezésével élve: a bináris kódok, Pokol Béla terminológiájában: az értékduálók mentén szerveződött) kommunikációs hálózatot épít ki; ezt fejezi ki Karácsony András, amikor azt írja, hogy „a jog a társadalmat alkotó, átfogó kommunikációs hálózat azon részterülete, mely minden másféle kommunikációtól a témája alapján különül el”.¹¹ A kommunikációs in put és out put közötti black boxban – mint jogrendszerben – a társadalom fennmaradását szolgáló eszközmagatartások célmagatartásokként fogalmazódnak meg.¹²

A jog társadalmi jelenségével azonban nem csak az elkülönült, formalizált és belső eljárásmodban működő rendszert identifikálhatjuk, ui. a jog ilyenkénti felfogása tipikusan az európai jogi kultúrára, annak is kodifikáló, kontinentális változatára jellemző. A jog azonban egy archetípus az emberi gondolkodásban, és ezért állíthatjuk, hogy „nem létezett olyan társadalom, amelynek ne lett volna jogrendszerre”.¹³ Ezt fejezi ki az *ubi societas, ibi ius* formulája is. Tehát voltaképp valamennyi kor valamennyi kultúrájánál találhatunk egy olyan intézményt, amely *funkcionálisan* megfeleltethető a mi jog-koncepciónkkal.

Elfogadható állítás, hogy a jog normarendszer, tehát szabályoz (*genus proximum*), de a jogiság mint valamennyi társadalomnál kialakult jelenség *specifica differentiáját* nem a jog formájában (pl. a textualizációban), nem is tartalmában (pl. hogy jogokat és kötelezettségeket állapít meg), hanem – úgy tűnik – csak funkcionálisan állapíthatjuk meg.

Három szempontból közelíthetünk a jog funkciójához.

Egyrészt a jogot felfoghatjuk úgy is mint egy konkrét kultúra eszközét – ez esetben voltaképp a jog funkcionális meghatározásának általános kísérletéről le is tehetünk, ui. ekkor a jog mögött meghúzódó kultúra és a mindenkor *hic et nunc* szükségszerűségek¹⁴ adják azt a feladatot, amit a jog – mint eszköz – szolgálni köteles.

A másik két felfogás már lehetőséget teremt általános kijelentésekre is: az Uwe Weselhez köthető koncepcióban a jognak négy funkciója van, s ezek a jog szociális-politikai dimenziójához kapcsolódnak; Niklas Luhmann rendszerelméletében a jog idődimenziójából indulunk ki.

Dolgozatom ezen három koncepció rövid ábrázolására vállalkozik.

1. A JOG MINT EGY KONKRÉT KULTÚRA ESZKÖZE

Létünk, létezésünk nem elszigetelt jelenség. Szellemi-mentális, ill. fizikai-materiális környezet vesz bennünket körül, amely nem csak létezésünk egy meghatározott pontján észlelhető állapotában hat ránk, hanem idő- és térbeli kiterjedésében is. Mivel tudattal bíró lények vagyunk, külvilágunkat észlelni, értelmezni, sőt – érzéseink, vágyaink, félelmeink projektálása révén – teremteni is képesek vagyunk. Lelki-mentális fejlődésünk legmeghatározóbb szakaszai gyermek- és ifjú korunkra tehetőek: a 8-10 éves korig tartó szakaszban észleljük először

¹¹ Karácsony András: A jogi hagyomány kutatásáról. Módszertani megfontolások, in H. Szilágyi István-Paksy Máté (szerk.): *Ius unum, lex multiplex. Liber Amicorum Studia Z. Péteri Dedicata. Tanulmányok a jogösszehasonlítás, az államelmélet és a jogbölcselet köréből*, 2005, Budapest, Szt. István Társulat, 153. o.

¹² Nem véletlen, hogy – különösen a kontinentális, tehát formalizált és elkülönült jognál – nagy jelentősége van a belső eljárásnak, amely révén voltaképp immáron csak meghatározott célokat követhet a jog, ill. meghatározott eszközök meghatározott eredményhez vezetnek benne. A processzus fontosságát mutatja, hogy – mint ismeretes – Fuller egyenes a jog belső erkölcsét társította hozzá.

¹³ Révész T. Mihály: *Primitív jog*, in *Összehasonlító jogtörténeti tanulmányok. A világ főbb jogrendszerei /Jogcsaládok/*, 1991, Budapest, ELTE ÁJK Egyetemes Állam- és Jogtörténeti Tanszékének kiadványa (kézirat gyanánt), 41. o.

¹⁴ Santo Romani egykori olasz közjogász szerint a jog forrása a szükség; idézi Giorgio Agamben: *Ausnahmestand*, 2004, Frankfurt/M, Suhrkamp, 37. o.

önmagunkat és külvilágunkat, és ezek egymáshoz való viszonyában alakul az én-képünk, amely – a későbbi 10-12 éves kortól kezdődő szakaszban – a Másikkal (a Másik Nemmel) való érintkezéseink által válik társadalmiasult, nyitott és befogadó, de határozott kontúrokat kialakító *egová*.

A legelső tudatos tudati élményünk az elmúlás, *létiink halálba tartottságának* tudatosulása, mert „az ember az egyetlen élőlényfajta, amelyik tudja, hogy meg fog halni”, és ez olyan belső felismerés, „amely valószínűleg az emberi lélek egy csomó egyensúlytalanságáért is, ugyanakkor, mikor egy csomó csodálatos lehetőségéért, felelős.”¹⁵

Ezt a „csomó csodálatos lehetőséget” nevezhetjük kultúrának. Mert mi voltaképpen is a kultúra?

Élőlényként számos, a többi élőlényéhez hasonló problémával szembesülünk: természeti erők legyőzése, letelepedés, táplálékszerzés, utódnemzés, fajfenntartás, etc. Ezek biztosítására az állatvilág valamennyi faja (és biológiailag nézve mi is idetartozunk) – a maga fejlettségének és igényeinek megfelelően – meghatározott metódusokat, belső módosulásokat és külső módosításokat alakított ki. Az ember élőlényként civilizációt teremtett önmagának. A civilizációk szolgáltak és szolgálnak az embernek keretül élőlényként (animal socialisként) való biztonságos, egészséges és az ön- és fajfenntartást biztosító létéhez. De az ember értelemmel és lélekkel bíró lény: gondolkodni és előrelátni, szeretni és érezni tud.

Ezen mivoltában – tehát mint lélekkel és értelemmel bíró lény – temérdek problémával szembesül élete során, amelyek közül a legmeggrázóbb, legmeghatározóbb a halál előrelátásának, előretudásának képessége. Nem csak a konkrétól, de az elvonttól, a majdanitól is félni tud az ember – ez a félelem hajtja a válaszkeresésben.

A halál felől nézve egész földi létünk egy hatalmas kérdőjel, amelyre a meghatározott szempontok alapján egymásra találó, egymáshoz tartó emberi csoportok (kultúrák) saját élethelyzetükhöz *igazodó* választ próbálnak találni.

A kultúrák sokszínűsége az *ugyanazon kérdésre adott válaszok* sokszínűsége.¹⁶ A problémák, amikkel találkozunk – nagy, egzisztenciális mivoltukban – valamennyi kor valamennyi emberközösségénél hasonlóak lehetnek: nem a kérdések térnek hát el koronként, emberenként, kontinensenként, hanem a válaszok.

Valamennyi kultúra azáltal alakult ki, maradt fenn, mert kialakulásának és fennmaradásának idején és helyén felmerülő egzisztenciális kérdésekre megnyugtató és felelősséggel végiggondolt, a közösség tagjai által elfogadott választ tudott adni.¹⁷

A válaszok sokszínűsége 1) nem a kérdés megválaszolhatatlanságát, 2) nem a válaszadók sorozatos tévedéseit, 3) de nem is létünk értelmetlenségét bizonyítja. Földi létünk értelméről való gondolkodásunk metafizikai síkra vetítve, az eltérő körülmények szülte válaszok révén is juthat ugyanarra az eredményre: a jó és üdvözítő életre.

Ezt a gondolatot fejezi ki Nathan is, Lessing drámájában, amikor Saladin szultán kérdésére előadja a három gyűrűről szóló parabolát. A gyűrűk (a kultúrák) azért (lehetnek) igazak, mert igazként konvencionalizáljuk őket. Csak ez a gondolat taníthat meg bennünket a valódi toleranciára, amely nem a saját kultúrán *belüli* defektusok elfogadását – hovatovább: tiszteletét – jelenti, hanem a kultúrák *közötti* különbség tisztelettel teli tudomásulvételét.

A társadalmak, kultúrák azonos problémákkal találkoznak, de ezek az adott történelmi kontextusban – eltérő utakat generálva – másképp vetődnek fel, mégis általános megoldásaikat tekintve azonosnak tekinthetők: ezt fejezi ki Konrad Zweigert is, aki különbséget tesz a

¹⁵ Bibó István: Az európai társadalomfejlődés értelme, in Bibó István: Válogatott tanulmányok. Harmadik kötet 1971-1979 (vál. Huszár Tibor, szerk. Vida István), 1986, Budapest, Magvető Könyvkiadó, 11. o.

¹⁶ Udo di Fabio: Die Kultur der Freiheit, 2005, München, Verlag C. H. Beck, 22. o.

¹⁷ A politikai egzisztencia tekintetében ez a válaszadás megy végbe az alkotmányozás folyamatában. (Carl Schmitt szerint a Verfassungsgebung nem jogi-normatív, hanem faktuális-egzisztenciális kérdés.)

megoldások azonossága és az (odavezető) utak különbözősége között.¹⁸ A jogi kultúrák tehát az eltérő utakat jelenítik meg.

A jogi kultúra kifejezése lehetőséget ad arra, hogy a világ igencsak eltérő jogi megoldásait azonos fogalom: a jogiség fogalma alá vonjuk.¹⁹ Ugyanúgy idetartozik a kínai *li*,²⁰ ahol pont a formalizáltság hiánya, a szituatív behelyeződés és megoldás igénye dominál, mint az európai formalizált jog, ahol jogként csak az írott és absztrakt törvényszövegek definiáltnak.

Ha a jogot mint egy konkrét kultúra eszközt fogjuk fel, akkor a jogi funkció ábrázolását csak egy meghatározott konkrét szituáció függvényében tehetjük. Ezen felfogás számára „a rend jogilag nézve nem elsősorban szabály vagy szabályok összessége, hanem fordítva: a szabály csak része, eszköze a rendnek”.²¹ A rendet az a háttérkultúra adja, amely a közösségi elfogadás által él; ebben és ennek alárendelten jut szerep a jognak. A kultúrák eltérő helyzete, eltérő kihívásai eltérő válaszokat igényelhetnek a jog részéről is – azaz a jog mint egy kontextusából nem kiszakítható, konkrét célokat szolgáló eszköz jelenik meg.

Miközben ez a koncepció idegennek tűnhet számunkra, akik több tucatnyi jog definícióval találkoztunk már, mégis: a jog kulturális meghatározottsága számunkra is fontos mondanivalóval bír. A jog ugyanis egy strukturálisan zárt, kognitíve nyitott rendszer, amelynek elkülönülése (Ausdifferenzierung) a társadalmiasulás (Sozialisierung) folyamatoként ment végbe. A 19. században kialakult jogpozitivizmus irányzata – és később ad absurdum fokozva a gondolatot, a kelsen normativizmus – száműzne a jogból minden jogon kívülinek deklarált (metajurisztikus) elemet; és „[m]etajurisztikus minden világnézeti, morális, gazdasági, politikai vagy bármilyen más, pont nem jogi szempont”.²² Na de mindezek önkényes kizárása után marad-e bármi, ami joginak nevezhető? Lesz-e egyáltalán joginak mondható tartalma a jog alrendszerének, vagy a jog pusztán eljárási formulák összessége lesz? Véleményem szerint, miközben a jog valóban a ténylegesség szférájában mint eljárás jelenik meg (proceduralitás), az eljárás tartalmát – pontosabban annak a tartalmát, ami az eljárás révén élő joggá aktualizálódik – is a joggal kell összefüggésbe hoznunk. Oly módon, hogy belátjuk, hogy a jog mögött mindig áll egy cél, amelynek megnevezése azonban nem a (procedurális és strukturálisan zárt) jogi szféra belső feladata; a jogot tételező akarat/tényező szubsztanciájában fedezhető fel ez a cél, amelynek elérésére – mint eszközmogatartások elkülönült részrendszerét – (formalizált) jogot alkot, hoz létre ez a bizonyos akarat és/vagy tényező. Rendszerelméletileg nézve a jog azáltal lesz önálló szférává, hogy az eszközmogatartások jobb érvényesülése végett elkülönül a társadalmi összrendszerben, relatív (belső, önnön fennmaradását és irányítását meghatározó) célokkal, előre formalizált válaszokkal és ezen válaszok érvényesülését (és egyben faktualizálódását) elősegítő eljárási metódusokkal. A jogszociológia szemszögéből nézve csak ez utóbbi – tehát a válaszadás *eljárása* – azonosíttatik jogként a társadalmi életben. A jog azonban speciális rendszer annyiban, hogy eszközmogatartást valósít meg, tehát végső céljának fenntartása, de belső önmozgásainak, válaszadásainak biztosítása miatt is – a rendszer információs be- és kimenetelénél – szerepe van a „külvilágnak”; ezért szükségszerűen kognitíve nyitott a jog, mert különben mint (jogi) rendszer (Rechtssystem) vesztene értelmét, s önnön

¹⁸ Konrad Zweigert: Solutions identiques par voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé), *Revue International de Droit comparé* 18 (1966) 1, 5-18. o.

¹⁹ A jogi kultúrák összehasonlító bemutatása kapcsán lásd: Varga Csaba (szerk.): *Összehasonlító jogi kultúrák*, 2000, Budapest, Osiris vagy – problémaábrázolásként – Varga Csaba: *Összehasonlító jogi kultúrák?*, in Varga Csaba: *Jogfilozófia az ezredfordulón. Minták, kényszerek – múltban, jelenben*, 2004, Budapest, Szt. István Társulat, 28-46. o.

²⁰ A kínai jogról lásd Varga Csaba: *A jogi gondolkodás paradigmái*, 2004, Budapest, Szt. István Társulat, 111-123. o. vagy Luke T. Lee-Whalen W. Lai: *A kínai jogi gondolkodás főbb irányai: konfucianus, legalista és buddhista hagyomány* (ford. Varga Koppány), in Varga Csaba (szerk.): *Összehasonlító jogi kultúrák*, 2000, Budapest, Osiris, 179-194. o., ill. Kulcsár Kálmán: *Jogszociológia*, 2005, Budapest, Vince Kiadó, 29-33. o.

²¹ Carl Schmitt: i. m., 11. o.

²² Carl Schmitt: i. m., 26. o.

univerzumában lenne immáron csak magyarázható. Mindez persze valamennyi rendszerre (a politikától, a gazdaságon át a művészetig) *részben* igaz – magyarul kognitíve mindegyiknek nyitottnak *kell* lennie –, de míg a művészet vonatkozásában a *l'art pour l'art* egyáltalán gondolható út – a nélkül, hogy maga a művészet mint olyan szünnék meg –, a jognál egy *le droit pour le droit* gondolat (vö. „Das Recht ist das Recht!”) teljességgel értelmetlen és a társadalmi összkomplexuson belül értelmezhetetlen lenne. Az utóbbi időkben meginduló interdiszciplináris vizsgálódások, a „*jog és...*” vagy „*jog mint...*” mozgalmak a zárt normatív szféra kognitív nyitottságát kívánják erősíteni, hangsúlyozni²³ – rámutatva a jognak nyelvvel, logikával, kultúrával, politikával, vallással, erkölccsel, etikával, szokással, gazdasággal (stb.) fennálló szükségszerű és alárendelt kapcsolatára. A jog ugyanis önmagában nem tud létezni (mert értelmét veszti²⁴), csak valaminek eszközként való szolgálatában. Ez a „valami” a háttérkultúra.

2. A JOG SZOCIÁLIS-POLITIKAI DIMENZIÓJA (A JOG NÉGY FUNKCIÓJA)

A jogot felfoghatjuk konfliktuseldöntési eszközként: ekkor a jog célja a társadalomban felmerülhető konfliktusok legális és legitim, rendezett és igazságos megoldása, és ezen konfliktusmegoldás rendezett mechanizmusának a kialakítása (pl. állam formájában). Hogy ez a konfliktusmegoldás konfliktuseldöntést vagy konfliktusfeloldást jelent-e, az adott kultúrák függvénye. A kontinentális jog jogilag szabályozott államot és az előre tételezett jogot „alkalmazó” bíróságokat hozott létre ezen funkció(k) kielégítésére; a távol-keleti ember elképzelésében a bírósági út viszont a maga formalizmusaival, fekete-fehér látásmódjával, mindenkit jóra-rosszra redukáló megközelítésével ugyan hirdethet győztest és vesztest, de a megbomlott harmóniát nem képes ezáltal helyreállítani. A konfliktusok, melyek egyébként az egész közösségre nézve károsak és megalázóak (nem véletlen a japán jog ismert eljárása, az ún. *goningumi*, amely vita esetén az egész közösséget bünteti) csak közösen, s a helyi sajátosságokra, körülményekre fókuszálva oldhatók fel. Az európai bíróság ezzel szemben a konfliktust ún. tényállássá absztrahálja, hogy aztán a minden egyéni jellegétől megfosztott, jogi bikkfanyelven előadott esetet a megfelelő törvényi tényállás alá szubszumálja, ergo egy előre megfogalmazott absztrakt választ a logika ismert formuláinak segítségével, deduktíve lebont a konkrét szintjére.²⁵ A bíró szavával azonban a közösségi harmónia nem, csak valamiféle individuális igazság állítható helyre.

Ha a modern jogban konfliktuseldöntési eszközt látunk, akkor négy funkciót tulajdoníthatunk neki: rend-, igazság-, uralom- és kontroll-funkció.²⁶

Ezen funkciók egyébként a jogtudományoknál is megtalálhatók, mondhatni ezek alapján csoportosíthatjuk – funkcionálisan – az egyes jogtudományi diszciplínákat. A rend-gondolattal a jogi kultúrák tudománya foglalkozik, az igazság-gondolattal pedig a jogfilozófia és a jogbölcselet, amennyiben is ezen tudományok célja a jog mögött meghúzódó konstitutív gondolat megtalálása és bemutatása. Az uralmi funkció kielégítése a tételes jogtudományok

²³ Vö. Európa jövője és a keresztény hagyomány. Beszélgetés dr. Varga Csabával, in Bándi Gyula-Horváth Attila-Koltay András (szerk.): Tízéves a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kara. Ünnepi kötet, 2005, Budapest, Szt. István Társulat, 226-227. o

²⁴ Ez a kijelentés rámutat a Sein-Sollen szféra steril szétválasztásának tarthatatlanságára, ugyanis az az elképzelés, amely szerint a normatív szféra mintegy érintetlenül (unberührt) a tényvilágtól egzisztál (azaz: érvényes), odavezethet, hogy egyszerűen képtelenek vagyunk a jog megszűntét magyarázni, egyáltalán észlelni. Orosz emigránsok hivatkoztak arra, hogy a cári jog érvényes még mindig a normatív szinten, ui. a lenini forradalmi hatalomátvétel alkotmányellenes volt, ergo 1917 óta normatív leírhatatlan folyamatok zajlanak Szovjet-Oroszországban – nos, ez már Kelsennek is sok volt, s belátta, hogy a jog normatív léte bizonyos szempontból faktuális tényezőktől (is) függ. (Vö. 28. lábjegyzet) Ez az apró kompromisszum noha csak módosításnak tűnhet, valójában a normatív elmélet erőltetett Sein-Sollen-dualizmusának tarthatatlanságát ismeri be impliciten.

²⁵ A jogászai módszerről lásd Uwe Wesel: Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht, 2000, Frankfurt/M, Suhrkamp, 7-20.o.

²⁶ Uwe Wesel: Geschichte des Rechts, 2006, München, Verlag C. H. Beck, 61. o.

feladata: Uwe Wesel berlini jogászprofesszor egyenesen úgy fogalmaz, hogy a jogtudomány egy „Herrschaftswissenschaft”, ami annyiban igaz is, hogy a tételes jogtudomány feladata a törvényhozó döntéseinek igazolása, magyarázása, rendszerezése, tehát mindenképp a fennálló rendszer szolgálata; ezen tény alapján vitatják el a jogtudománytól nem kevesen és nem alaptalanul a tudományosságot, hiszen a jogalkotó egy tollvonással jogtudományi könyvtárakat tehet semmissé. A kontroll-funkciót normatív szinten az alkotmányjog és az ún. alapjogvédelem elégíti ki, míg elméleti szinten a jogbölcselet. A történeti beágyazottságot, s ezzel a funkciók kontextusát a jogtörténet biztosítja, a visszacsatolás, a megszületett jog működésének bemutatása pedig a jogszociológia feladata.

Most azonban akkor nézzük a jog vonatkozásában az egyes funkciókat!

1. Rend-funkció: A jog értelemszerűen egy rend-igény kifejeződése. Vita tárgya lehet, hogy maga a jog alakítja-e ki a rendet (ezt az elképzelést vallja mondjuk Hobbes, aki szerint a jog révén lép át az ember a *bellum omnium contra omnes* anarchiájából a rend és béke világába) vagy a jog pusztán egy egyébként is adott, sporadikusan és/vagy spontán módon jelenlévő rendet *rendezett rend*dé szervez. Ez utóbbit vallanák a természetjog hívei ugyanúgy, mint a szerződéselméletek közül a locke-i koncepció, amely ugyebár nem tagadja, hogy az állam/jog előtt is létezhet rend. Carl Schmitt viszont egyenesen úgy gondolja, hogy „a norma vagy a szabály nem alkot rendet; sokkal inkább csak egy már adott rend talaján, keretében rendelkezik bizonyos szabályozási funkcióval”;²⁷ ez a koncepció azonban a jogot egy konkrét, már adott kultúra eszközének tekinti, azaz az előző fejezetben leírt gondolatisághoz kapcsolódik.

2. Igazság-funkció: A jog az igazság érvényesülésének eszköze – mondhatnók, ez a jog morális aspektusa, amely elérendő ideaként határozza meg jogképünket az ősi társadalmak óta. A jog ezen funkciója főleg határhelyzetekben válik egyértelművé, és a jog egésze szempontjából fontossá. Azért elsősorban a jog szempontjából fontos az igazság-funkció, mert a jogban a nép voltaképp – és ezt valószínűleg empirikus kutatások is igazolnák – igazságszolgáltatást lát, ha azonban az emberek csalódnak ezen elvárásukban, elfordulnak a jogtól, márpedig egy olyan jogot, amelytől a címzetti kör hosszabb távon elfordul, még a normativizmus sem tekintene jognak.²⁸ Az 1945-ös német rendszerváltáskor, amikor egy ugyan legális (és részben legitim) rendszer igazságtalanságai után kellett igazságot tenni és egy új jogrendszert, jogképet kialakítani, egyértelműen megfogalmazódott, hogy az igazság a jog konstitutív eleme. Ahogy Gustav Radbruch írta: „A jog az igazságosság akarása”.²⁹

Az igazságot általában a jog másik követelményével, a jogbiztonsággal szokták szembe állítani; a magyar Alkotmánybíróság pl. egy sokat bírált, de nagy horderejű döntésében egyértelműen az utóbbi mellett kötelezte el magát, amikor is kijelentette, hogy „[a] mindig részleges és szubjektív igazságosságnál a tárgyi és formális elvekre támaszkodó jogbiztonság előbbre való”.³⁰ Más kérdés, hogy a radbruchi felfogás értelmében az igazság a jog konstitutív eleme, amelyből számos derivatív elem következik, így pl. az egyenlőség formális követelménye vagy a jogbiztonság elve, ui. „[n]ekünk az igazságosságot kell keresnünk, ám ugyanakkor a jogbiztonságot is figyelembe kell vennünk, mert ez *része magának az igazságosságnak*.”³¹ A magyar Alkotmánybíróság viszont nem az igazság egyik derivatív elemeként kezelte a jogbiztonságot, hanem azt a jog önálló konstitutív elemeként fogta fel, s így szükségszerűvé vált, hogy felmerüljön a jogbiztonság vs. igazságosság pszeudoproblémája. (Nem mellékesen

²⁷ Carl Schmitt: i. m., 11. o.

²⁸ „Mindazonáltal be kell vallani, hogy egy norma elveszíti az érvényességét, amennyiben a normát már valóban nem követik, vagy, ha nem követik, már valóban nem alkalmazzák.” (Hans Kelsen: Allgemeine Theorie der Normen, Wien, 1979, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 4. o.)

²⁹ Gustav Radbruch: Öt perc jogfilozófia (ford. Takács Péter), in Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből, 1999, Miskolc, Bíbor Kiadó, 127. o.

³⁰ 11/1992 (III. 5.) AB határozat (részlet az Indokolásból)

³¹ Gustav Radbruch: Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog (ford. Nagy Endre), in Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia, 2003, Budapest, Szt. István Társulat, 238. o. (kiemelés tőlem)

jegyzem meg, hogy egy rendszerváltás idején különös jelentősége van annak, hogy a jog formális-derivatív vagy tartalmi-konstitutív elemeit hangsúlyozzák-e inkább: a magyar Alkotmánybíróság a formális biztonság és kiszámíthatóság elvét tette a magáévá, de más kelet-közép-európai államok eltérően cselekedtek, s inkább az igazságossági szempontok érvényesítésére törekedtek.³²⁾

3. Uralmi funkció: A marxista jogelmélet voltaképpen csak ennek kifejeződését látta a jogban, számukra ui. a jog „egy uralkodó osztály törvényre emelt akarata”.³³ A marxi elméletben a jog tehát mint önálló cél nélküli, a mindenkori alap által meghatározott eszköz jelenik meg, azaz a felépítmény része. Mindazonáltal a marxi jogelmélet sem tagadta, hogy ugyan „a jog sohasem állhat magasabban, mint az adott gazdasági rendszer és az általa megszabott kultúrfok” (ergo a jog felépítmény), de „a jog nem egyszerűen csak felépítmény a gazdaságon mint alapon, hanem egyben kultúrtermék is, vagyis a társadalom kulturális állapotának a függvénye is.”³⁴ (Az orosz forradalom után számosan a jog elhalásában bíztak, mondván, hogy a jog egy per definitionem burzsoá intézmény, így a szocialista társadalomban szükségszerűen el kell annak tűnnie.³⁵ A későbbi birodalomépítő centralizáció viszont újra előre tételezett, szigorúan alkalmazott jogot igényelt, vagyis a visinszkiji jogképben a jog egyedüli funkciója valóban az uralmi lett.)

Ertelemszerűen – a modern állam megjelenésével – a rendet az állam kívánta meghatározni, ami által saját uralmát (a szuverenitást) akarta biztosítani a joghatósága alatt álló területeken és alanyokon. (A modern állam és annak önfenntartó eszköze, a modern jog nem véletlenül az abszolút monarchiák terméke, ugyanúgy, mint a szuverenitás tana.³⁶) Ha a jog ezen funkciója jeleníti csak meg a jogiságot – amint pl. a szocialista normativizmusban ilyen irányú fejlődés volt megfigyelhető –, akkor az esetlegesen beépített kontrollmechanizmusok sem akadályozhatják meg a jog elidegenedését a társadalomtól. Az uralmi (és a jogállami párjaként jelentkező kontroll-) funkció a jog életében egyirányú kommunikációt, felülről lefelé való meghatározást eredményez; csak a jogi kultúra (= rend- és igazságfunkció eredménye) biztosíthat egy oda-visszacsatoló kommunikációt a jogalkotó és a címzetti kör között. Az uralmi funkció kizárólagossá válásával a jog egy kognitíve zárt rendszerként jelenik meg, amely csak üzenetek (parancsok) kibocsátására képes, de nem képes már a kívülről jövő üzeneteket értelmezni.

A protoállamok joga vonatkozásában csak rend- és igazság-funkciót azonosíthatunk; az ún. modern jog, amely lényegét tekintve persze ugyanúgy jog – tehát rendező eszköz –, mint az őstársadalmak centrikus kultúráinak rendszerező válaszai, azáltal több és más, hogy az államiság mint speciális jellemző megjelenésével másik két, tipikusan a modern állam és annak jogállami változatához köthető funkcióval egészült ki. Az uralmi funkció jelentősége, hogy ez különbözteti meg a modern állam jogát a más jogi kultúrák jogától.

³² Vö. a cseh AB 1993. december 21-i határozata, in Varga Csaba (szerk.): Igazságtétel jogállamban. Német és cseh dokumentumok, 1995, Budapest, Windsor Klub, 203-232. o. vagy egy észt rehabilitációs megoldás kapcsán lásd Raul Narits: Die Rechtsordnung in Estland – Wesen und Rationalität der Erkenntnis, in Werner Krawietz-Alfred Sproede (Hrsg.): Gewohnheitsrecht – Rechtsprinzipien – Rechtsbewußtsein. Transformationen der Rechtskultur in West- und Osteuropa (Interdisziplinäres Symposium 2004 an der Universität Münster), Rechtstheorie (Heft 3/4), 2004, 35. Band, 657. o.

³³ Karl Marx-Friedrich Engels: Kommunista kiáltvány (ford. Nagy György), 1998, Budapest, Scolar Kiadó, 93-94. o.

³⁴ Szabó Imre: Előadások Marxról és a jogról, 1976, Budapest, Gondolat, 235. o.

³⁵ A kezdeti forradalmi időszak jogképéről lásd Varga Csaba: Racionalista utópiák a jogfejlődésben, in Varga Csaba: A jog társadalomelmélete felé, 2002, Budapest, Szt. István Társulat, 160-161. o., ill. Varga Csaba: A jog helye Lukács György világképében, 1981, Budapest, Magvető Kiadó, 120-127. o.

³⁶ Jacques Maritain: A szuverenitás fogalma (ford. Tattay Szilárd), in Takács Péter (szerk.): Államtan. Írások a XX. századi államtudomány köréből, 2003, Budapest, Szt. István Társulat, 613-633. o. és Techet Péter: Kontinuus vagy diszkontinuus szuverenitástörténet. Carl Schmitt és Jacques Maritain szuverenitáskonceptiójának összehasonlítása, Valóság 2006/7, 32-38. o.

4. Kontrollfunkció: A modern állam szuverén állam, és „a szuverenitás olyan jellemző, ami abszolút és oszthatatlan, amelyben nem lehet részesedni, vagy ami nem tűr fokozatokat, és ami *a politikai egésztől függetlenül saját jogaként* illeti meg a szuverént”.³⁷ A szuverén állam joga tehát nem egy már létező rend eredménye, nem holmi jelenlevő jogi kultúra meghatározta eszköz, hanem pont ellenkezőleg: a szuverén állam (legyen ez akár a rousseau-i értelemben vett szuverén állam) csak a saját akarataként tételeztetett, bírálhatatlan és erőszakkal is alkalmazandó jogot ismeri el jogként – ez a gondolat a 19. századi (német és francia) jogpozitivizmusban is megmaradt: a jog az, amit az állam mond, az állam pedig bármit törvénné tehet. A formális szuverén állam azonban nem nyújt valódi biztosítékot az önkény ellen, ui. nincs mondanivalója arról, hogy a jognak mi lehet, s mi nem lehet a tartalma. A formális jogállam a kapitalista társadalmak számára fontos Berechenbarkeit-ot, jogbiztonságot ugyan biztosít(hat)ja, de a kapitalista polgárok nem érezhetik valóban biztonságban szabadságukat. A kapitalista polgárság célja így egy olyan állam, ahol egyszerre biztosított az előreláthatóság és a személyes, ill. vagyoni szabadság érvényesülése. Megfogalmazódnak hát a jogállam tartalmi kritériumai; a jogállam saját normái által korlátozza önmagát, miközben ez a jogállam nem bír válasszal arra a helyzetre, amikor a normák már nem hatnak (Ausnahmestand).³⁸ Az önkorlátozás és önellenőrzés számos intézménye, megoldása alakult ki (hatalommegosztás tana, jogrend alkotmányossági kontrollja, alapjogok kodifikálása, alapjogok abszolutizálása,³⁹ ombudsmani intézmény, etc.): ezen megoldások adják a jog negyedik – sokak szerint legújabb – funkcióját. (Az elképzelés, hogy a jog önkorlátozása csak a modern jogállam terméke lenne, s előtte a jog eo ipso önkényes lett volna, téves, ui. a tradicionális társadalmakban pont a rend- és igazságfunkció elégítette ki a jog önellenőrzését és önkorlátozását; ezen funkciók megrendülésével formális intézményekre kellett bízni a feladatot.)

3. A JOG MINT ELVÁRÁS (A JOG IDŐBELI DIMENZIÓJA)

Az Uwe Wesel-féle feladatosztályozás inkább a jog szociális és politikai (állami) dimenzióját hangsúlyozza, míg Niklas Luhmann elsősorban a jogi alrendszer rendszerelkülönülési okában és céljában akarja meghatározni a jog feladatát, s ezért a jog idővonatkozását állítja középpontba (Zeitbezug / Zeitdimension des Rechts). Luhmann azt az egy okot, tényezőt keresi, ami miatt a jogrendszer elkülönült: „[m]inden esetben abból indulunk ki, hogy a jog *csak egy* funkciót teljesít, amit természetesen további problémákra, és ezáltal további szubfunkciókra oszthatunk”.⁴⁰ A jog funkciója a funkcionális differenciálódás céljában keresendő: meg kell találni azt a dimenziót, amelyben felvetődhet a jog funkciójának kérdése, s azt a feladatot, amit a jog – és amit csak a jog – teljesíthet. Luhmann elemzésében a jog elkülönülésének okát az időtényezővel, s ezen belül a jövőre irányuló elvárás-adással hozza összefüggésbe. (Ezen belül különül el a jog többi funkciója, s ezek vonatkozásában akár azt is mondhatjuk, hogy a jogrendszer egyik szubfunkciója az, hogy kenyeret adjon a jogászoknak.⁴¹)

³⁷ Jacques Maritain: i. m., 622-623. o. (kiemelés tőlem)

³⁸ A normák a normális állapot leírására szolgálnak (vö. Carl Schmitt: Politikai teológia), de egy állami-jogi intézmény (ergo: az állam) nem engedheti meg magának, hogy ne vegyen tudomást arról, hogy vannak helyzetek, amikor a normák már nem hatnak, vagy amikor pont a rendszer egésze érdekében kell felfüggeszteni a normák érvényesülését (ez utóbbinak megjelenési formája a francia közjogban ismertté vált *état de siège fictif ou politique*, amikor egy politikai döntés meghozatala érdekében – mintegy függetlenül a valós helyzettől – helyzetetik hatályon kívül a normarend; Carl Schmitt ezt a politikai konstrukciót, amikor tehát a Verfassung érdekében teszik félre a Verfassungsgesetzeket, kommisszárius diktatúrának nevezi). Az Ausnahmestand továbbra is jogi senkiföldjének számít (a jogirodalomban is), ahogy a kérdés egyik kutatója megállapítja: „a közjogban a mai napig hiányzik egy a rendkívüli állapotról szóló elmélet, és úgy tűnik, mintha a jogászok ugyanúgy mint a jogtörténészek a problémában inkább egy *quaestio facti*, semmint egy valódi jogi problémát látnának” (Giorgio Agamben: i. m., 7. o.; kiemelés eredetiben).

³⁹ Negatív megfogalmazással ezt szolgálja nálunk az Alkotmány 8§ (4) bekezdése.

⁴⁰ Niklas Luhmann: Das Recht der Gesellschaft, 1995, Frankfurt/M, Suhrkamp, 132. o. (kiemelés eredetiben)

⁴¹ Niklas Luhmann: i. m., 133. o.

A jog „idődimenziós” funkciója az *elvárás* (Erwartung) fogalmához kapcsolódik: a jog ugyanis bizonyos elvárásokat kommunikatív megfogalmaz, ill. – pont ezek megfogalmazása által – lehetővé teszi, hogy a láthatatlan jövőről beszéljünk, s ebben elvárásokat tehessünk magunkkal és a külvilággal szemben. Azaz „az ember megpróbál legalább az elvárások szintjén felkészülni a még ismeretlen, értelemszerűen bizonytalan jövőre.”⁴² A normatív megfogalmazott elvárás a jövőre irányul, magának a jognak ui. az a célja, hogy segítségével kommunikálhassunk a jövőről és a jogos-jogtalan bináritására épülő sablonfolyamatokban előre tervezhessük a jövőt. Egyértelmű így, hogy a jog egy „*seinsbezogen*”, tehát a ténylegességre irányuló funkció.

Az elvárás fogalma persze kettős jelentéssel bír: ezek azonban összekapcsolódnak a jogrendszer funkcionális fogalmában.

1. Egyrészt a jog feladata az *elvárás-védelem*, tehát az elvárt magatartások kontrafaktuális stabilizálása (Erwartungssicherung): „A norma nem ígér normaszzerű magatartást, de védi azt, aki ilyet elvár.”⁴³ Azaz biztosak lehetünk abban, hogy „mely elvárásokkal számíthatunk társadalmi támaszra, s melyekkel nem”.⁴⁴ Ha és amennyiben azonban az emberek jelentős része, az esetek jelentős részében csalatkozik ezen elvárását illetően, akkor a jog hatástalan, azaz képtelen feladatát betölteni, ergo: megszűnt. (Ezen gondolat a Sein-Sollen steril dualizmusának meghaladásához vezet, ui. amennyiben a jog funkcióját az elvárásban, az elvárás-adásban látjuk, akkor amennyiben az elvárásokat „már nem várják, várjuk el”, a jog – legalábbis ezen funkcionális-jogszociológiai megközelítésében – megszűnik jog lenni.)

2. Másrészt *elvárás szerinti irányítást* is végez (Verhaltenssteuerung) a jog, hiszen „[a]zért adunk ki törvényeket vagy kötünk szerződéseket, hogy meghatározott személyek magatartását befolyásoljuk és más irányba tereljük.”⁴⁵

Összefoglalóan azt mondhatjuk, hogy a jog által jövőbeli valószínűségeket és az ezeknek megfelelő jövőbeli magatartásunkat akarjuk előre biztosítani – ezért különült hát el a jog önálló alrendszere.

ÖSSZEFOGLALÁS: UTAK DIVERZITÁSA - FUNKCIÓK AZONOSSÁGA

Amikor funkcionális szempontok alapján közelítünk – a definiálás vágyától vezérelten – a joghoz, tudatosítanunk kell, hogy „ha feltételezzük is, hogy a jognak vannak valamennyi társadalomra érvényesen megállapítható funkciói, ezek a funkciók *történetileg változó tartalommal* jelennek meg”,⁴⁶ ergo a jog intézményét nem szakíthatjuk ki az őt körülvevő, kialakító és fenntartó kontextusból. A jog funkcionális jelentését nem az intézményben magában hordozza, hanem a jog jelentése a mindenkor társadalmi folyamatokban aktualizálódva-konkretizálódva alakul ki.

Nem holmi előre elképzelt funkciók kielégítését várjuk a jogtól,⁴⁷ hogy aztán csak az ilyen előre lerakott feltételeket kimerítő intézményt tekinthessük jognak, hanem „jogiságnak” (a horizontális és vertikális jogösszehasonlítás eredményeiből kiindulóan) a mindenütt jelenlévő, de mégis *másképp, máshogy* – és esetleg: *másért* – létrejövő, a lét- és társadalomszervező jelenségek diverzítésában is felfedezhető *tendenciális egységet* kell tekinteni: és ebből már induktív felvázolhatók egy ideáltípus jog ideáltipikus feladatai.

Az első elmélet, amely a jogot – mint láttuk – egy konkrét kultúra konkrét eszközeként látta, arra az alapigazságra hívja fel figyelmünket, hogy társadalmi intézményeink csak kialakulásuk

⁴² Niklas Luhmann: i. m., 130. o.

⁴³ Niklas Luhmann: i. m., 135. o.

⁴⁴ Niklas Luhmann: i. m., 132. o.

⁴⁵ Niklas Luhmann: Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, in Niklas Luhmann: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, Frankfurt/M, Suhrkamp, 73. o.

⁴⁶ Kulcsár Kálmán: i. m., 158. o. (kiemelés eredetiben)

⁴⁷ Ezért mondhatjuk, hogy valamennyi jogintézmény (jogállamiság, alkotmányosság, etc.) értelmét csak instrumentális mivoltában hordozza.

eredeti közegében hordozzák nekik szánt jelentésüket. (Ezért esélytelen eleve a formális jogexport gondolata, ui. bevitt intézmények jelentésüket a jelenlévő kultúrából nyerik, s így akár az eredeti célunkkal ellentétes eredményre is vezethetnek.⁴⁸) A konkrét jog funkciói ezért mindig csak az adott kultúrába behelyeződve állapíthatók meg – tekintve azonban, hogy értelmezésünk *ab start* kulturálisan telített, valódi megismerés helyett igazából csak „empatikus ráhangolódásról” beszélhetünk.⁴⁹ ez azonban mindenféleképpen valami egészen más, mint az, amikor a nyugati kultúra a tőle eltérő kultúrák jogát önnön esetleges fogalmi hálójába „tuszkolva” próbálja definiálni.

Közhelynek tűnhet, hogy „a jogi rendszer is *történetileg kialakult társadalmi környezetben* működik”,⁵⁰ mégis a nyugati világ bizonyos körei – Varga Csaba szellemes megjegyzését idézve: „felvilágosultként páváskodó közegükben”⁵¹ – a világtörténelem egyik legpusztítóbb (máig ható és sajnos tartó) vállalkozásába kezdtek bele, amikor saját kultúrájuk – esetleg egyébként akár hasznos és értelmes, mert egy adott időpillanatban felelősséggel megtalált és képviselt – fogalmait univerzalizálni próbálták. Univerzális fogalmak viszont a konkrét tér és idő tényező egy adott metszéspontjában, azaz társadalmi létünkben nincsenek: mindez azonban csak látszólag eredményez bizonytalanságot, ui. „[a] tapasztalat azt mutatja (...), hogy a látszólag bizonytalan alapozású sokkal szilárdabb a vártnál.”⁵² A jog nem mindenféle absztrakt ideafogalmak leképezése, hanem a konkrét kihívásokra felelősséggel megtalált eszközintézmény. Azért van hát annyi elképzelés a jogról, mert a kultúrák sokszínű pannója eltérő utakat választva érvényesíti az ún. jogiság mint társadalmilag értelmes és értelmezhető, kultúra- és szituációfüggő jelenség funkcióját.

Ezek sokszínűségében megtalálhatjuk azon tényezőket, amelyeket kiemelve a konkrétból, megadhatjuk a jogiság általános – de épp ezért csak ideáltípusként használható – funkcionális fogalmát. Uwe Wesel és Niklas Luhmann elméletei más-más szempontból közelítenek a valósághoz, s ezért jut(hat)nak eltérő eredményre.

Osztályozásuk és magyarázatuk azonban a konkrétúra vetítve ismét összefonódik.

A jog funkcionális értelmezése kapcsán is elmondhatjuk, hogy „az értelmezést olyan cselekvésként jellemezhetjük, amelynek hasznos eredménye a megértés”.⁵³ A funkcionális értelmezés hasznos eredménye: a kultúrák sokszínűségének megértése. És persze tisztelete.

IRODALOM

11/1992. (III. 5.) AB határozat közzétéve a Magyar Közlöny 1992. évi 23. számában (AB közlöny: I. évf. 3. szám)

Arisztotelész: Nihomakhoszi ethika (ford. Szabó Miklós), 1971, Budapest, Magyar Helikon

Arisztotelész: Politika (ford. Szabó Miklós), év nélkül, Budapest, Gondolat Kiadó

Agamben, Giorgio: Ausnahmestund (ném. ford. Ulrich Müller-Schöll), 2004, Frankfurt/M, Suhrkamp

Benoist, Alain de: Kritik der Menschenrechte. Warum Universalismus und Globalisierung die Freiheit bedrohen (ném. ford. Silke Lührmann), 2004, Berlin, Junge Freiheit Verlag

⁴⁸ A problémáról lásd Varga Csaba: A jog és korlátai /Anthony Allott: A hatékony jogi cselekvés határaitól/, [Műhelytanulmány: Elmaradottság és modernizáció], 1985, Budapest, MTA Szociológiai Intézet

⁴⁹ Varga Csaba: A jogi gondolkodás paradigmái, 2004, Budapest, Szt. István Társulat, 259. o.

⁵⁰ Kulcsár Kálmán: i. m., 129. o.

⁵¹ Varga Csaba: i. m., 178. o.

⁵² Karl Olivecrona: A jog mint tény (ford. Sajó András), in Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből, 1981, Budapest, Akadémiai Kiadó, 349. o.

⁵³ Emilio Betti: Az értelmezés általános elméletéről (ford. Péter Orsolya és Bódig Mátyás), in Szabó Miklós-Varga Csaba (szerk.): Jog és nyelv, 2000, Budapest, 197. o.

- Betti, Emilio*: Az értelmezés általános elméletéről (ford. Péter Orsolya és Bódig Mátyás), in Szabó Miklós-Varga Csaba (szerk.): Jog és nyelv, 2000, Budapest, 195-215. o.
- Bibó István*: Az európai társadalomfejlődés értelme, in Bibó István: Válogatott tanulmányok. Harmadik kötet 1971-1979 (vál. Huszár Tibor, szerk. Vida István), 1986, Budapest, Magvető Kiadó, 7-123. o.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie: Antike und Mittelalter, 2002, Tübingen, Mohr Siebeck
- Brodocz, André / Schaal S., Gary (Hrsg.)*: Politische Theorien der Gegenwart I-II., 2002, Opladen, Laske + Budrich / UTB
- Gross, Raphael*: Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre, 2005, Frankfurt/M, Suhrkamp
- Fabio, Udo di*: Die Kultur der Freiheit, 2005, München, Verlag C. H. Beck
- Fenske, Hans / Martens, Dieter / Reinhard, Wolfgang / Rosen, Klaus*: Geschichte der politischen Ideen, 2004, Frankfurt/M, Fischer Taschenbuch Verlag
- Hägerström, Axel*: A jog alapvető problémáiról (ford. Sajó András), in Varga Csaba (szerk.): Modern polgári jogelméleti tanulmányok, Budapest, 1977, MTA KESz Sokszorosító, 95-111. o.
- Karácsony András*: A jog mint kulturális jelenség, Jogelméleti Szemle [jesz.ajk.elte.hu/karacsony11.html]
- Karácsony András*: Jogfilozófia és társadalomelmélet, 2000, Budapest, Pallas Stúdió-Attraktor Kft.
- Karácsony András*: A politika kommunikációelméleti megközelítése Niklas Luhmann munkásságában, in Szabó Márton (szerk.): Beszélő politika. A diszkurzív politikatudomány teoretikus környezete, 2000, Budapest, József Műhely Kiadó, 86-112. o.
- Karácsony András*: A jogi hagyomány kutatásáról. Módszertani megfontolások, in H. Szilágyi István-Paksy Máté (szerk.) Ius unum, lex multiplex. Liber Amicorum Z. Péteri dedicata Tanulmányok a jogösszehasonlítás, az államelmélet és a jogbölcselet köréből, 2005, Budapest, Szt. István Társulat, 151-162. o.
- Kelsen, Hans*: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929, Tübingen, J. C. B. Mohr
- Kelsen, Hans*: Allgemeine Theorie der Normen (im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß Hrsg. von Kurt Ringhofer und Robert Walter), 1979, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung
- Kelsen, Hans*: Tiszta jogtan (ford. Bibó István), 2001, Budapest, Rejtjel Kiadó
- Kelsen, Hans*: Az államelmélet alapvonalai (ford. Moór Gyula), in Takács Péter (szerk.): Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből, 2003, Budapest, Szt. István Társulat
- Kelsen, Hans*: Was ist Gerechtigkeit?, 2005, Stuttgart, Philipp Reclam jun.
- Kisida Erzsébet*: Az erkölcs és a jog egymáshoz való viszonya, Magyar Jog 2006/6, 350-356. o.
- Krawietz, Werner / Sproede, Alfred (Hrsg.)*: Gewohnheitsrecht – Rechtsprinzipien – Rechtsbewußtsein. Transformationen der Rechtskultur in West- und Osteuropa (Interdisziplinäres Symposium 2004 an der Universität Münster), Rechtstheorie (Sonderheft Russland / Osteuropa), 2004, 35. Band, Heft 3/4
- Kulcsár Kálmán*: Jogszociológia (2., változatlan kiadás), 2005, Budapest, Vince Kiadó
- Losch, Bernhard*: Kulturfaktor Recht. Grundwerte – Leitbilder – Normen. Eine Einführung, 2006, Köln / Weimar / Wien, Bröhlau Verlag / UTB
- Luhmann, Niklas*: Das Recht der Gesellschaft, 1995, Frankfurt/M, Suhrkamp
- Luhmann, Niklas*: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, Frankfurt/M, Suhrkamp
- Maritain, Jacques*: A szuverenitás fogalma (ford. Tattay Szilárd), in Takács Péter (szerk.): Államtan. Írások a XX. Századi államtudomány köréből, 2003, Budapest, Szt. István Társulat, 613-633. o.
- Marx, Karl / Engels, Friedrich*: Kommunista Kiáltvány (ford. Nagy György), 1998, Budapest, Scolar Kiadó
- Mill, John Stuart*: A szabadságról (ford. Pap Mária), 1980, Budapest, Magyar Helikon
- Mohr, Georg*: Rechtskultur [www.information-philosophie.de/philosophie/rechtskultur.html]
- Olivecrona, Karl*: A jog mint tény (ford. Sajó András), in Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből, 1981, Budapest, Akadémiai Kiadó, 343-358. o.

- Radbruch, Gustav*: Öt perc jogfilozófia (ford. Takács Péter), in Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből, 1999, Miskolc, Bíbor Kiadó, 126-128. o.
- Radbruch, Gustav*: Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog (ford. Nagy Endre), in Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a XX. Század jogi gondolkodása köréből, 2003, Budapest, Szt. István Társulat, 229-238
- Révész T. Mihály*: Primitív jog, in Összehasonlító jogtörténeti tanulmányok. A világ főbb jogrendszerei /Jogcsoportok/, Budapest, 1991, ELTE ÁJK Egyetemes Állam- és Jogtörténeti Tanszékének kiadványa (kézirat gyanánt), 41-46. o.
- Schmitt, Carl*: Politikai teológia (ford., bev. Paczolay Péter), 1992, Budapest, ELTE ÁJK, Tempus Program
- Schmitt, Carl*: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1993, Berlin, Duncker und Humblott
- Schmitt, Carl*: A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok (ford., vál., szerk. Cs. Kiss Lajos), 2002, Budapest, Osiris-Pallas Stúdió-Attraktor
- Schmitt, Carl*: Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols, 2003, Stuttgart, Klett-Cota
- Schmitt, Carl*: Verfassungslehre (Neunte Auflage), 2003, Berlin, Duncker und Humblott
- Szabó Imre*: Előadások Marxról és a jogról, 1976, Budapest, Gondolat
- Szabó Miklós*: A jog társadalmi magyarázata, in Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből, 1999, Miskolc, Bíbor Kiadó, 17-38. o.
- Takehisa Awaji*: Les japonais et le droit, Revue Internationale de Droit Comparé 28 (Avril-Juin 1976) 2, 235-250. o.
- Tattay Szilárd*: Demokrácia és/vagy képviselő. A „képviselői demokrácia” Hans Kelsen és Carl Schmitt államelméletében, Világosság, 2005/10, 113-123. o.
- Techet Péter*: Vagy-vagy, Utolsó Figyelmeztetés, 2006. május, 22-24. o.
- Techet Péter*: Kontinuus vagy diszkontinuus szuverenitástörténet. Carl Schmitt és Jacques Maritain szuverenitáskoncepciójának összehasonlítása, Valóság, 2006/7, 32-38. o.
- Turgyoni Zoltán*: A természetjog szükségessége, Századvég, 2005/2, 171-183. o.
- Varga Csaba*: A jog helye Lukács György világképében, 1981, Budapest, Magvető Kiadó
- Varga Csaba*: A jog és korlátai /Anthony Allott: A hatékony jogi cselekvés hatáiról/, [Műhelytanulmány: Elmaradottság és modernizáció], 1985, Budapest, MTA Szociológiai Intézet
- Varga Csaba (szerk.)*: Igazságtétel jogállamban. Német és cseh dokumentumok, 1995, Budapest, Windsor Klub
- Varga Csaba*: A jog mint kultúra?, Jogelméleti Szemle [jesz.ajk.elte.hu/varga11.html]
- Varga Csaba (szerk.)*: Összehasonlító jogi kultúrák, 2000, Budapest, Osiris
- Varga Csaba*: A jog társadalomelmélete felé, 2002, Budapest, Szt. István Társulat
- Varga Csaba*: A jogi gondolkodás paradigmái, 2004, Budapest, Szt. István Társulat
- Varga Csaba*: Jogfilozófia az ezredfordulón. Minták, kényszerek – múltban, jelenben, 2004, Budapest, Szt. István Társulat
- Varga Csaba*: A jog mint folyamat, 2005, Budapest, Szt. István Társulat
- Varga Csaba*: Célok és eszközök a jogban. [www.thomasinternational.org/hu/projects/conferences/20050712budapest/varga1.htm]
- Villey, Michel*: A klasszikus természetjog egy történész szemével (ford. Tattay Szilárd), in Frivaldszky János: Természetjog. Szöveggyűjtemény, 2004, Budapest, Szt. István Társulat, 130-140. o.
- Villey, Michel*: La formation de la pensée juridique moderne, 2006, Paris, PUF
- Wesel, Uwe*: Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht, 2000, Frankfurt/M, Suhrkamp
- Wesel, Uwe*: Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart (3. Auflage), 2006, München, Verlag C.H. Beck

Zweigert, Konrad: Solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matières de droit comparé), *Revue Internationale de Droit comparé*, 18 (1966) 1, 5-18. o.

Tóth J. Zoltán

A halálbüntetés érvényesítésére szolgáló eljárási szabályok a feudalizmus Magyarországon

A feudalizmust hagyományosan 1001 és 1848 (bizonyos vonatkozásokban 1867) közé tehetjük, és bár a feudalizmus sehol, így Magyarországon sem tekinthető egységes korszaknak (a XI., XIV., XVII. vagy XIX. század egészen más tulajdonságokkal jellemezhető), mégis: ezt a nyolc és fél évszázadot sokkal több közös sajátosság kapcsolja össze, mint az azt követő korszakokat. Ezért úgy vélem, nem nagy hiba, ha ezt a közel kilencszáz évet többé-kevésbé egységes éráként fogom fel, amely (nem utolsósorban a témánk szempontjából fontos büntető eljárásjog vonatkozásában) alapjaiban más volt, mint az azt felváltó polgári korszak (1867-1918), a forradalmak kora (1918/19), a Horthy-rendszer (1919-1944/45), az átmenet kora (1944/45-1949) vagy a kommunizmus időszaka (1949-1989/90).

Bár a halálbüntetésre vonatkozó anyagi jogi normák fontossága kétségtelenül megelőzi a procedurális rendelkezések jelentőségét, mégis célszerűnek tűnik a halálbüntetés érvényesítésére szolgáló eljárási szabályokat is szemügyre venni, már csak azért is, mivel szociológiai értelemben eljárás nélkül a szubsztantív szabályok sem bírnak léttel. A jog hatályosulása (így többek között a halálbüntetés tényleges alkalmazása vagy mellőzése) ennek alapján a feudalizmusban is egyértelműen attól függött, hogy az elvileg halállal büntetendő (vagy büntethető) cselekmények elkövetőit hogyan s miként lehetett bíróság elé állítani, és ott felelősségre vonni.

Kezdetben, a személyes királyság korában erre az akkuzatórius (vádelti) eljárás útján volt lehetőség, amelynek jellemzői Magyarországon is megegyeztek az általános európai sajátosságokkal. Legfontosabb vonása az volt ennek az eljárásnak, hogy hivatalból indult: bármilyen felelősségre vonás tehát csak a sértett fél (emberölés esetén annak valamely közeli családtagja) kezdeményezésére történhetett meg. Ez alól mindössze a felségsértés, majd az ebből lassan kinövő hűtlenség vétke volt kivétel: mivel ezekben az esetekben az állam érdekeinek sérelméről volt szó, természetesen itt a magánfél akarata az eljárás megindításában nem játszott szerepet. (Azonban analógiával az államot képviselő királyt is tekinthetjük az eljárás megindítására jogosult személynek, így felfogva pedig e büntettek szintén az érdekelt kizárólagos akarata alapján voltak büntethetőek.) Ebből az következett, hogy a vádló az ügy ura volt: a vádat bármikor ejthette (az elkövetőnek bármikor megbocsáthatott), bár ezt tipikusan pénzért tette. A kompozicionális elv, a sérelem vagyoni jóvátételének intézménye így a vádelvű eljárás egyik jellemzőjévé vált: mindezek miatt a halálbüntetést, amely egyébként a sérelem megvalósítójára kiszabható lett volna, gyakran felváltotta a felek megegyezése folytán az anyagi kompenzáció.

A „fél” szó maga is utal az akkuzatórius per egy másik fontos jellemzőjére: a vádló és az elkövető egyenjogúságára. A sértett és a sértő ugyanis mint felperes és alperes jelentek meg a bíró előtt, ahol egymással azonos eljárási jogosítványokkal rendelkeztek (kivéve természetesen a pertől való egyoldalú elállás felperesi jogát), továbbá a bíró helyett ők dönthettek az érdemi kérdésekben (közös megegyezésükkel a per bármikor „leszállt”, azaz ítélet nélkül befejeződött). Ebből következően a bíró mint az államhatalom képviselője pusztán az eljárás rendjét felügyelte, megszabta, hogy ki bizonyítson, valamint meghozta az ítéletet, de a felek még az ítélet után is szabadon egyezkedhettek egymással. Ez utóbbira pedig már csak

azért is lehetőség volt, mivel az ítéletet, ha az elmarasztaló volt, magának a felperesnek kellett végrehajtania, amit ha nem tett meg, senki más sem tette meg helyette.

A XI-XIII. században egyébként ez a performa érvényesült minden eljárásban, bármi is volt azok tárgya, vagyis ekkor a büntetőjog és a magánjog elválasztása még nem történt meg, a bűnperek tehát (az állam elleni bűncselekmények kivételével) még magánjogi jellegűek voltak; a halálbüntetés sem volt más, mint egy jogsértés magánjogi jellegű következménye, amelyhez állami végrehajtás nem volt igénybe vehető. A vádelvű per mindig szóbeli, közvetlen és nyilvános volt,¹ amelynek végeredménye, a bírói ítélet formális bizonyítékok alapján született meg. Ekkor még a halálbüntetés kiszabását sem az anyagi igazságtól tették függővé, hanem az esküktől, valamint az istenítéletektől.

Az eskü (*iuramentum*) tulajdonképpen nem volt más, mint az istenítélet egy fajtája. A fél ugyanis Isten nevében (nevére) esküdött, ami azzal járt, hogy ha esküje hamisnak bizonyult, Isten megbüntette őt. Az eskü azonban ekkor még elsősorban nem kötelezettségnek, hanem jognak számított, hiszen akinek a számára a bíró lehetőséget biztosított az eskü letételére, minden valószínűség szerint pernyertes lett, hiszen ehhez csak a megfelelő számú eskütársat kellett biztosítania, ekkortól tehát a per érdemének alakulására ellenfelének többé már nem volt befolyása. Az igénybe veendő eskütársak száma az ügy súlyához igazodott: büntető jellegű perekben a sérelem mértéke, illetve a kiszabható büntetés nagysága befolyásolta azt, hogy hány és mekkora esküképességgel rendelkező eskütárs szükségeltetett a bizonyításhoz; ez a szám nagyobb hatalmaskodások esetében negyven vagy akár száz is lehetett. Vagyoni értékkel kifejezhető, tehát mai felfogásunk szerint magánjogi jellegű perekben ellenben az eskütársak száma a perelt követelés értékétől, birtokperekben például a föld közbecsű értékétől függött; ez azt jelentette, hogy például egy tíz márká közbecsű értékű birtok esetében az esküt tevőnek legalább annyi eskütársat kellett felvonultatnia, amennyi esküjének az értéke a tíz márkát elérte. Ez lehetett egyetlen báró, avagy gyűrűvel és püspöksüveggel rendelkező főpap, mivel az ő esküképességük fejenként éppen tíz márká volt, avagy lehetett tíz egyszerű nemes, mivel az ő esküjük egyenként egy-egy márkát ért. Az ezekkel való bizonyítás jogát közbenszóló ítélettel annak ítélték meg, aki több tanút tudott saját becsületessége mellett felállítani, de ezek a „tanúk” sem a történeti tényekről vallottak, hanem a felek elvont „becsületességét” bizonyították.

Ami az istenítéleteket illeti: Magyarországon három- avagy négyféle istenítélet (*ordalia, iudicium dei*) volt szabályozva: a vízpróba (melyen belül minden bizonnyal megkülönböztetve létezett a hideg- és a forróvízpróba), a vas- (tüzesvas-) próba, valamint a párbaj. A próbákról már első törvénykönyveink is említést tesznek: „Valahányszor vízzel vagy vassal való ítélettel leszen, legyen ott három alkalmas tanu, hittel próbált emberek, a kik mind az ártatlannak ártatlanságát, mind pedig a vétkesnek vétkét megbizonyítsák”;² „Ha valakit ... az egész falu tolvajnak kiált, próbával kell megbizonyítani.”;³ „... a király követe menjen minden vármegyébe és a kiket közönségesen öröknek neveznek, azok századosait és tizedeseit mind az alattok valókkal egyetemben összehíván, parancsolja meg nekik, hogy valakit tolvajság vétkében tudnak, valljanak reá; és ha azok, a kikre rávállanak, próbával akarják megbizonyítani ártatlanságokat, adassék meg nekik a próba. És a kiket az örök megneveznek, tizenként álljanak elő és minden tizért egy közülök hordozza meg a vasat; a ki ha igazul, a többi kilencz is igazult legyen; ha pedig nem, akkor mind a kilencze próbát álljon, ki-ki magáért. És ki a kilenczért fogott vala vasat, ő magáért is azonképen hordozza meg azt.”;⁴ „Ha valami tolvajok, akár

¹ Ez ekkoriban elsősorban még nem elvi követelmény volt (bár természetesen a jogbiztonságot is szolgálta azzal, hogy lehetőséget biztosított mindenki számára, hogy figyelemmel kísérje az eljárás törvényességét, illetve saját érdekeinek és jogainak védelme érdekében bármikor beavatkozzon a perbe, ha ezt szükségesnek tartja), hanem fizikai szükségszerűségként jelentkezett; sokszor ugyanis nem volt hol lefolytatni ezeket a pereket, így arra gyakran a szabad ég alatt, mindenki számára látogathatóan a falu főterén vagy a falu melletti tisztáson került sor.

² Szent László Király Dekrétomainak Első Könyve 28. Fejezet

³ Szent László Király Dekrétomainak Második Könyve 4. Fejezet

⁴ Szent László Király Dekrétomainak Harmadik Könyve 1. Fejezet

szolgák, akár szabadok, templomba futamlanak és ártatlannak kiáltják magokat, próbáltassanak meg.”⁵ „Megtiltjuk, hogy vassal és vízzel való próbát akármely egyházban is ne tegyenek, hanem csak püspöki székhelyen és nagy prépostságokban, mint Pozsonyban és Nyitrán.”⁶ „Ha a fogott tolvajra a lopást reábizonyítani nem lehet, vessék próbára...”⁷ „Ha valakit hamis tanuságtételről vádolnak, az az, ha több falubeliek akár vizázkodás, akár gyűlölség okából vallják azt felőle, próbáltassék meg tüzes vassal...”⁸

Konkrét feljegyzésünk azonban a próbák közül csak a tüzesvaspróbáról maradt, vagyis feltehetőleg ezt használták a patrimoniális királyság korában a legtöbb esetben, ami talán azzal is összefügghet, hogy az ebben résztvevő papi személyek díjazása kétszer akkora volt, mint a vízpróba alkalmazása esetében.⁹ E próbák alkalmazásának eseteiről és módjáról elsősorban az ún. Várad Regestrum tartalmaz hiteles beszámolókat: ez a regestrum a nagyváradi káptalan mint hiteleshely tevékenységének írásos megörökítése. A káptalan egyik fontos tevékenysége az istenítéletekben való közreműködés volt; 1208 és 1235 között 389 ilyen feljegyzés szerepel a gyűjteményben, amelyek közül 230 bűncselekmények miatt alkalmazott, kivétel nélkül tüzes vassal való próbáról szól. A leggyakoribb vétek, amelynek bizonyítása vagy cáfolása érdekében a Várad Regestrum szerint ezt az istenítéletet igénybe vették, a lopás volt, a büntető jellegű ügyek mintegy fele tartozott ide. Ezenkívül azonban rablás, hatalmaskodás, emberölés és boszorkányság vádja esetében is meglehetősen sűrűn kérték Isten közreműködését, de a bűncselekmények elbírálásán kívül tüzes vassal bizonyítottak birtok- és adóssági perekben is. Azt, hogy a felperes vagy az alperes kötelessége-e a vas cipelése, a bíró döntette el közbenszóló ítélettel. Általában bűncselekmények esetében az alperes (a vádlott) bizonyított, magánjogi követelések esetében pedig a felperes. Főszabályként a próbát személyesen kellett kiállni, de büntető jellegű ügyekben az öregeknek, betegeknek és terhes nőknek megengedték, hogy valamely rokonuk bizonyítson helyettük. (Ugyanerre magánjogi jellegű eljárásokban szinte mindig és mindenkinek lehetősége volt.)¹⁰

Maga a próba a következőképpen zajlott: a vas cipelése előtt három nappal a próbát tevő kezét bekötötték és lepecsételték, hogy ne kenhesse be azt olyan kenőccsel vagy más szerrel, amely ellenáll az égetésnek. Ezt követően az illetőnek böjtölnie kellett, majd a próba napján meggyónt, és egy kifejezetten erre rendelt mise keretében megáldozott. A vasat, amely mintegy két-három font (körülbelül egy-másfél kilogramm) súlyú lehetett, felmelegítették és megszentelték, majd a próbát tevő kezébe adták, amelyet annak meg kellett fognia, és azt egy meghatározott, a pap által kijelölt távolságra, általában az istenítéletnek helyet adó templom egyik részéből a másikba, mintegy kilenc lépésre el kellett vinnie. Ezután a kezét újra bekötötték és lepecsételték, majd három nap múlva a golyocsot ünnepélyes keretek között felbontották. Amennyiben a pap azt állapította meg, hogy égési seb nincs, vagy a seb gennyesedés nélkül gyógyulóban van, továbbá ha az ellenfél a próba helyszínén az előírt időpontban nem jelent meg, neki adtak igazat; minden más esetben pedig az ellenfelének. (Ennek alapján akkor is a másik fél nyert, ha a seb elgennyesedett, de akkor is, ha a próbára kötelezett már kézbe sem tudta venni a vasat, vagy azt az előírt távolság megtétele előtt letette vagy elejtette; ha a kötést felbontotta, illetve ha a pecsét – akár a próba előtt, akár a próba után – nem volt ép; ha nem volt hajlandó meggyónni vagy megáldozni; valamint akkor is, ha a próbára kötelezett meg sem jelent.) Ezt az istenítéletet Magyarországon a XIII. század végéig

⁵ Szent László Király Dekrétomainak Harmadik Könyve 17. Fejezet

⁶ Kálmán Király Dekrétomainak Első Könyve 22. Fejezet

⁷ Kálmán Király Dekrétomainak Első Könyve 53. Fejezet

⁸ Kálmán Király Dekrétomainak Első Könyve 83. Fejezet

⁹ „A vastól két pénz, a vitzól egy pénz járjon a papnak.” (Szent László Király Dekrétomainak Első Könyve 28. Fejezet a tüzes vas és forró víz próbájánál való tanuságról, 1. §)

¹⁰ Eszerint tehát annak volt „igaza”, akinek a „becsületességét” több és hitelt érdemlőbb (előkelőbb) „tanú” „bizonyította”, és ezáltal ő tehetett le (az előbbi „tanúkkal” mint eskütársakkal együtt) az esküt (büntető jellegű perekben a „tisztító esküt”); valamint annak, akit az isteni közreműködés az istenítélet során „igazolt”.

alkalmazták, annak használatát ugyanis csak jóval az 1215-ös (IV.) lateráni egyetemes zsinat tilalma után, a Fülöp fermói püspök, pápai nagykövet vezetésével megtartott budai nemzeti zsinat tiltotta meg 1279-ben, amikor kimondta, hogy ilyeneken egyházi személyek nem működhetnek közre (márpedig papi részvétel nélkül a próba nem volt érvényes).

Ekkor azonban már alkalmazásban volt a baj vagy párbaj (*duellum*), amely viszont egyházi részvételt nem igényelt; ez utóbbi istenítéleti forma ezért még nagyon sokáig, egészen a XV. század végéig (lovagi-becsületbeli ügyekben pedig még annál is tovább) létezett. A párbaj során a vitában álló felek vagy azok bajnokai szemtől szemben küzdöttek meg egymással, a bíró által megszabott feltételek szerint. E feltételek szólhattak életre-halálra menő küzdelemre (ilyenről Magyarországról írott feljegyzésünk nincs) vagy az egyik félnek a lovagi harc szabályai alapján megállapított legyőzetéséig; illetve szólhattak különböző fegyverekkel, valamint fegyver nélkül való harcra. Azt is a bíró döntötte el, hogy a feleknek személyesen kell-e csatázniuk, vagy erre másokat vehetnek igénybe, ám nők, egyháziak és zsidók – nem lévén harcképességük – csak bajnokok útján mérkőzhettek meg. Általában a személyes kihívást illető elfogadni, de ez a bajra hívott döntésétől függött; ha viszont azt mégsem fogadta el, és bajnokot (*pugil, duellator*) fogadott, a kihívó sem volt kötelezhető személyes küzdelemre. Ez az istenítéleti forma rendkívül költséges volt, mert a felbérelt személyek a párbajban való részvételért nagy pénzeket kértek, a gazdagabb főurak ezért állandó bajnokot tartottak. Emiatt, továbbá mivel gyakorivá váltak a visszaélések, az ellenfél bajvívóinak a lefizetése, valamint mert már az emberek is egyre kevésbé hittek abban, hogy valóban Isten döntése a bajvívás eredménye, I. Mátyás a párbajt minden per vonatkozásában betiltotta, kivéve „a király katonai curiájának szokása szerint eldöntendő perekben”, vagyis a lovagi ügyekben, valamint akkor, ha nincs semmilyen más bizonyíték, ami alapján az adott ügyben dönteni lehetne;¹¹ mindazonáltal még a következő évszázadokban is tudunk esetekről, amikor a párbajt perek eldöntése végett igénybe vették.

Az inkvizitórius perekre való áttérés a XIV-XV. században történt meg; bár már I. Károly (népszerű magyar néven Károly Róbert) ezt az eljárási formát használta,¹² az csak a XV. század végére, XVI. század elejére vált kizárólagossá, és szorította ki az akkuzatórius pert. A Magyarországon alkalmazott inkvizitórius vagy nyomozóelvi eljárás¹³ lényege szintén megegyezik az európai jellemzőkkel; ezek közül legfontosabb, hogy a büntetés alapjául szolgáló per hivatalból indul meg, ahhoz tehát a sértett akarata nem szükséges.¹⁴ A vádlott

¹¹ 1486. évi XVIII. tc.

¹² A normann eredetű inkvizitórius eljárás nápolyi-szicíliai közvetítés útján, I. Károly révén került be először a magyar jogba, az ő halálát követően azonban még majd másfél évszázadra volt szükség, hogy elterjedjen és meghatározóvá váljon. Egyes eljárásokban, például a nagyobb hatalaskodás miatti felelősségre vonás iránt indított perekben a vádelvi, egyezkedésen és kompozíción alapuló rendszer azonban egészen a XVII. század végéig továbbélt.

¹³ Az inkvizitórius pert a régi Magyarországon a rendkívül kifejező „faggató per” elnevezéssel jelölték.

¹⁴ Az eljárás hivatalból történő megindítása történhet a bűncselekmény hatóság általi észlelése, illetve az érdekelt (a sértett vagy családtagja) vagy bárki más feljelentése alapján. Természetesen ez utóbbi a tipikus, hiszen a hatóság a legritkábban szerez tudomást bűncselekményről anélkül, hogy azt valaki ne hozná kifejezetten a tudomására. E vonatkozásban egyébként fontosnak tűnik megemlíteni, hogy a vádelvi eljárás vádja (*accusatio*) és a nyomozóelvi eljárás feljelentése (*delatio*), valamint a vádló (*accusator*) és a feljelentő (*delator*) között felszíni hasonlóságuk ellenére két fontos különbség van. Az egyik az, hogy az *accusator* az ügy ura, a per teljes jogú résztvevője, a per megindítása az ő akarata alapján történik, amelytől azonban bármikor elállhat, megszüntetve ezzel magát az egész eljárást, míg a *delator* csak a büntett megtörténtének a hatóság tudomására hozója, de az eljárást nem az ő cselekménye indítja meg, hanem arról (vagy a feljelentés alaptalansága esetén annak mellőzéséről) a hatóság maga dönt, és a továbbiakban is az határozza meg az eljárás menetét, abba tehát a továbbiakban a feljelentőnek – még ha az maga a sértett is – semmilyen beleszólása nincs. A másik, ebből következő eltérés, hogy míg a vádló felelős kijelentéseiről, és vádja bizonyítatlansága esetén szembesülnie kell hamis vádolása következményeivel (mely legsúlyosabb esetben a tükröző büntetés elvének megfelelően olyan szankció lesz, amelyet az alperessel szemben lehetett volna alkalmazni, ha a vád igaznak bizonyul), addig a feljelentőnek semmilyen büntetőjogi felelőssége nincs, ha az általa bejelentett vétek általa valószínűsített elkövetője utóbb ártatlannak bizonyul. (Ez egyébként két

ennek alapján már nem fél, nem az eljárás egyenrangú résztvevője, hanem a hatalomnak, az eljáró hatóságoknak kiszolgáltatott és alárendelt, eljárási jogosítványokkal gyakorlatilag nem rendelkező személy. Ezt a kiszolgáltatottságot fokozza az írásbeliség és az ennek hatására kialakuló titkosság, valamint a védelem és egyáltalán a külső ellenőrzés teljes hiánya. A bizonyítás anyagivá válik, a cél a valós történeti tényállás felderítése és az igazság tényeken alapuló kiderítése, ám a bizonyítási rendszer kötött, az igénybe vehető bizonyítékok köre tételesen szabályozott. Az istenítéletek többé nem alkalmaztatnak, ám az eskübizonyítás megmarad, sőt annak két fajtája, a terhelt beismerő vallomását megerősítő, valamint a tanúvallomást alátámasztó eskü a legfontosabb bizonyítékfajttá válnak. Megjelenik ezenkívül az okirati és a szakértői bizonyítás, valamint a szemle (*oculata revisio*), ám a „bizonyítékok királynőjének” a beismerő vallomás minősül. Ennek megszerzése érdekében a gyanúba került személyt meg is lehet kínozni, hogy megvallja bűnét, de csak akkor, ha megfelelő számú és súlyú „gyanújel” vagy „vétejkjel” (indícium) áll rendelkezésre.¹⁵

A kínvallatás (tortúra) ennek értelmében szabályokhoz kötött volt, elvileg tehát azt önkényesen alkalmazni nem lehetett. Tortúrára csak akkor kerülhetett sor, ha a vádlottat halállal büntetendő bűncselekmény elkövetésével gyanúsították, kellő számú és súlyú gyanújel valószínűsítette a bűnösségét, de a közvetlen bizonyítékok (két szavahihető, becsületes személy egybehangzó tanúvallomása vagy a terhelt beismerő vallomása) hiányoztak. A tortúrát a bírónak ítélettel kellett elrendelnie, amennyiben a fenti feltételek fennálltak, ám bizonyos személyeket, így öregeket, gyerekeket, süketeket, némákat, gyengeelméjűeket, terhes nőket, valamint nemeseket és egyháziakat kínvallatni nem lehetett. A tortúrát elrendelő ítéletben meg kellett határozni azokat a kérdéseket, amelyekre a bíró választ kívánt kapni (a terhelt követte-e el a tettet, ha igen, hol, mikor, miért, lopás vagy rablás esetén mit csinált a pénzzel stb.), továbbá azt is, hogy e végből a vádlottnak hány fokozatú tortúrát kell kiállnia. A Praxis Criminalis, a XVII. század végétől a nyugati vármegyék, szabad királyi városok és úriszékek nagy részében szokásjogként érvényesülő osztrák büntető kódex szerint a kínvallatás legfeljebb hat fokozatú, de Bodó Mátyás 1751-es, több helyütt szintén szokásjogi jelleggel alkalmazott tankönyve (*Jurisprudentia Criminalis secundum praxim et Constitutiones Hungaricas in partes duas divisa*) a tortúra tizenegy fokozatát ismerte.

Ezek a szabályok azonban a gyakorlatban nem érvényesültek: több vármegye, úriszék és város akkor is megengedte a tortúrát, ha a vádlott gyermek, terhes nő stb. volt, illetve ha nem volt kellő számú és súlyú vétejkjel, amely a bűnösségére utalt volna. Gyakran azokat is megkínozták, akik csak kisebb tárgyi súlyú, halállal egyáltalán nem is büntethető cselekményt követtek el, vagy akikkel szemben bőven volt annyi bizonyíték, amely a jog szerint az elítéléshez kellett. Amennyiben a vádlott a kínok hatására sem vallott, el kellett őt engedni, de sokszor az ilyen szerencsétlen a gyötrelmek hatására egész életére nyomorékká lett. Ha vallott,

okból is érthető: először is ha valakinek semmilyen szerepe nincs a per vitelében, nincs joga a bizonyításhoz, de még az eljárást sem ő indítja meg, akkor méltánytalan volna mások /a hatóság/ cselekedeteiért őt bármilyen módon is szankcionálni; másrészt ha ez a felelősség érvényesülne, akkor senki sem merne senki ellen feljelentést tenni, félvén az esetleges negatív következményektől, ami a bűncselekmények elszaporodásához és a bűnözők megfélemlíthetlenségéhez vezetne.)

¹⁵ A gyanújelek lehettek távoliak, amelyek csak a gyanúsításhoz, illetve a vizsgálat megindításához voltak elegendők, illetve közeliak, amelyek alapján már tortúra is elrendelhető volt. Ilyen lehetett például, ha a tett helyszínén megtalálták valakinek a dolgait; ha valaki a büntett időpontját követően a környékről szökni vagy menekülni próbált; ha valakinél megtalálták az áldozat értéktárgyait, és ő nem tudta igazolni, hogy azok hogyan kerültek hozzá, avagy azokat el akarta adni; ha valakinek véres volt a ruhája; stb. A gyakorlatban kellő mennyiségű hasonló gyanújel, azaz megfelelő számú közvetett bizonyíték alapján nemcsak a tortúrát rendelték el a hatóságok, hanem gyakran büntetést is kiszabtak, még ha egyetlen közvetlen bizonyíték sem állt rendelkezésre. Ha ugyanis ilyen esetekben a kínvallatás hatására sem született meg a beismerő vallomást, akkor rendszerint ún. rendkívüli büntetést (*poena extraordinaria*) alkalmaztak, amely – mivel csak gyanújelek alapján született meg az ítélet – mindig enyhébb volt, mint az adott büntett bebizonyítása esetén kiszabandó rendes büntetés (*poena ordinaria*); halálbüntetést például rendkívüli büntetés gyanánt soha nem mondtak (nem mondhattak) ki.

akkor viszont a beismerést a bíróság előtt meg kellett ismételnie, amit ha nem tett meg, a kínzások előlről kezdődtek; de még akkor sem szabadult a fájdalomtól, ha beismerte tettét, mivel ekkor is lehetőség volt arra, hogy a kivégzés előtt újra megkínózzák, ezúttal abból a célból, hogy esetleges tettestársait, cinkosait megnevezzék.¹⁶

A visszaélések, valamint annak a felismerése következtében, hogy sokszor gyenge fizikumú vagy akaratu emberek ártatlanul is beismerő vallomást tesznek, míg testileg és lelkileg erősebb bűnözők bűnösségük ellenére sem ismerik be tettüket, a felvilágosult uralkodók a XVIII. század végén igyekeztek a tortúrát megtiltani. Először, 1776. március 22-én Mária Terézia írta elő rendeletileg a vármegyéknek, hogy a kínváltásokat szüntessék be, majd ezt 1783-ban II. József pátense is megerősítette. Végül 1791-ben II. Lipót törvényileg is kiiktatta a kínváltás eszközt a büntetőeljárásból, kimondva, hogy „a kínzó váltások annál fogva, mivel az igazság kikutatására alkalmas és megfelelő eszközt nem nyújtanak, hanem inkább büntetés számba mennek, addig, míg a büntető eljárásra nézve országgyűlésileg más intézkedés nem tétetik, egyszerűen tiltva lesznek”.¹⁷

Maga a büntetőper azonban az inkvizitórius eljárás korában már korántsem egységes: a vádlott rendi állása, illetve a büntett jellege alapján különböző eljárási formák léteznek. A nemesek büntetőjogi felelősségre vonása általában lassú és nehézkes írásbeli vagy ünnepélyes per (*processus solemnis*), a nem-nemeseké pedig rendszerint gyors, szóbeli per, ún. sommás eljárás (*processus summaris*) keretében megy végbe.¹⁸ Bár „rendes” büntetőpernek az előbbi tekinthető, mégis ez volt a ritkább: egyrészt azért, mivel a nemeseket kevésbé gyakran vonták büntető eljárás alá, mint a jobbágyokat és a polgárokat, másrészt pedig azért, mert a kisebb jelentőségű bűnvádi pereket a nemesek esetében is (feltéve, hogy azok az ünnepélyes per igénybe vételének lehetőségéről lemondtak) sommás per útján bírálták el. Ezenkívül jelentősebb büntetőügyekben nem-nemeseket is csak írásbeli per keretében lehetett elítélni; a „jelentős” jelző azonban nem a kiszabható szankció, hanem a sértett jogtárgy jellegét jelölte, így a rendszerint halállal büntetendő „egyszerű” ún. „nyilvános bűncselekmények” (rablás, emberölés, fosztogatás, gyújtogatás) elbírálása nem igényelt írásbeli formát, azt jobbágyok vagy polgárok esetében általában csak hűtlenségi-fel ségsértési ügyekben lehetett igénybe venni.

Végül az eljárási szabályok körében még három kérdéstről kell szólnunk: a fellebbezés lehetőségéről, a kegyelem gyakorlatáról, valamint az *asylum* jogáról. Ami az elsőt illeti: a patrimonális királyság korában az akkoriban kizárólagosan érvényesülő vádelvű eljárás alapján meghozott ítélet ellen fellebbezésnek helye senki számára nem volt, hiszen a peres ügyek eldöntése istenítéletek és eskük, vagyis isteni közreműködés alapján történt. Az ítélet tehát az ekkor uralkodó ideológia értelmében Isten akarata volt, az ügy érdemét Isten személyesen maga döntötte el, amelyhez az emberek, így a bíró is legfeljebb az eljárási kereteket biztosították, amelyek révén az isteni döntés megnyilatkozhatott. Isten ítélete ellen pedig semmilyen apelláta nincs, legfeljebb eljárási szabálysértések (csalások) miatt, avagy az eljárás megtagadása okán az eljáró vagy eljárni hivatott bírót lehetett beperelni.

Ez a helyzet a XIV-XV. században változott meg, amikor előbb a nemesekre, majd a szabad királyi városok polgáira lehetővé tették szigorúan meghatározott körben a fellebbezés jogát. Így a XIII-XV. század között bíráskodási funkciókat (is) ellátó nádori közgyűlésen

¹⁶ Mindezen előírások azonban csak büntettek esetében voltak alkalmazhatók; a magánjogi perekre már más szabályok vonatkoztak. Ennek következtében a XVII-XVIII. században elvált egymástól a büntető- és a magánjogi per, és ezzel kezdetét vette a büntetőjog önálló jogággá válása.

¹⁷ 1790/91. évi XLII. tc.

¹⁸ Ugyanezt az eljárást Erdélyben szép, míves kifejezéssel „tüsténtes” pernek nevezték.

(*judicium palatinale*)¹⁹ halálra ítélték vagy levelesítették,²⁰ a XIV-XV. században létező vármegyei közgyűlés (*proclamata congregatio*)²¹ által halálra ítélték, valamint a XV. századtól kialakuló vármegyei törvényszék (*sedria*)²² által halálos ítélettel sújtottak, amennyiben nemesek voltak, fellebbezhetek a kuriális bíróságokhoz ítéletük megváltoztatását vagy megsemmisítését kérve. Ugyanez azonban az alávetett rétegekre nem vonatkozott, ők fellebbezési joggal nem rendelkeztek. A XIV. századtól kezd kialakulni a városi polgárok fellebbezési joga is, amely egy rövid időszakon át történhetett az anyavárosokhoz is,²³ később azonban kizárólagosan csak a tárnoki, illetve a személynöki székhez.²⁴ Ez azonban – lévén, hogy a városok pallosjoggal bírtak – büntetőügyekre nem terjedt ki, így (Zsigmond uralkodásának korszakától eltekintve, amikor erre egy rövid ideig lehetőség volt) a halálos ítélet ellen sem lehetett jogorvoslattal élni, az tehát első fokon végrehajtható volt. (Ugyanez volt egyébként a helyzet a vérhatalommal rendelkező úriszék által hozott halálbüntetések esetében is.)

I. Ferdinánd 1563-ban elvileg megengedte, hogy a gyilkos jobbágyok és nem nemes szolgák fellebbezéssel és perújítással élhessenek, ha őket az úriszék vagy a *sedria* halálra ítélte volna, de ezt a törvényt²⁵ a szokásjog lerontotta, így ezen jogorvoslati lehetőségekkel a gyakorlatban továbbra is csak a nemesek élhettek. III. Károly 1729-ben ezt a szokást törvényileg is szentesítette, kimondva, hogy „a nyilvános és közönséges gonosztevők bünvádi ügyei” a királyi táblához nem fellebbezhetők.²⁶ Végül csak II. Lipót törvénye, az 1790/91. évi XLIII. tc. biztosította a perorvoslat lehetőségét a nem-nemesek számára a súlyosabb ügyekben, deklarálva, hogy ha „valaki három évi börtön, vagy egyszerre kiadandó száz bot- vagy korbácsütés büntetésével ... fölrő főbenjáró ítéletben marasztaltatnék el: annak ugy a

¹⁹ A nádori közgyűlés a nádorispán (*comes palatinus*) vidéki bíraskodási fóruma volt. A nádor egy-egy alkalommal több vármegye részére lehetőséget biztosított elsősorban a nemesek tulajdonát és személyét veszélyeztető nyilvános gonosztevők (rablók, fosztogatók, tolvajok, gyilkosok) megnevezésére és ellenük ítélet meghozatalára. Ehhez előzetesen az érintett megyék alispánjai és szolgabírái összeállították a felelősségre vonandó személyek listáját és az elítélésükhöz szükséges bizonyítékokat. Ezeket a személyeket a *judicium palatinaléra* megidézték, és ha megjelentek, ott helyben ítéletet mondtak felettük; halálos ítélet esetén a büntetés azonnal végrehajtható volt. Miután azonban a megidézett személyek (saját jól felfogott érdekében) általában nem jöttek el a közgyűlésre, ezért bűnösségük megállapítása esetén levelesítették (proskribálták) őket. Ez azzal a következménnyel járt, hogy „jogon kívülivé” váltak, vagyis bárki szabadon elfoghatta és megölhette őket, sőt segítőikkel és támogatóikkal is ugyanezt megtehették. A *proscriptio* ilyen értelemben tehát egy *bianco* halálos ítéletnek tekinthető, amit bárki végrehajthatott, sőt ezért még pénzbeli jutalmat is kapott.

²⁰ A levelesítés a nemzetségi korban szokásos kiközösítés intézményéből fejlődött ki, hiszen a proskribált büntetése az, mint az egykoron kiközösített személyé: hogy a közösség, a társadalom, illetve az állam elbontja azt a védernyőt fölüle, amely egyébként minden tagjának jár, vagyis a jogi védelmet. A levelesített – jogon kívülivé válva – már nem tagja a közösségnek, így annak (jog)védelmét sem élvezheti, az ellene elkövetett bármilyen cselekmény tehát jogilag irreleváns, a jog által nem értékelt, és így nem is büntetett cselekménnyé válik.

²¹ A vármegyei közgyűlés a vármegye nemeseinek ülése volt, ahol a helyi ügyek megtárgyalása és a megyei jogalkotás zajlott; büntető ügyekkel (illetve egyáltalán jogszolgáltatással) csak a legfontosabb ügyekben foglalkozott.

²² A *sedria* a *sedes judiciaria* összevont alakja; szerepe a más szervek (úriszék, városi *senatus*, kuriális bíróságok) hatáskörébe nem tartozó jogi ügyek elbírálása volt. A vármegye nemeseinek büntetőpereiben (kivéve a hűtlenségi pereket) első fokon ez a törvényszék ítélkezett, de az úriszékektől fellebbezett ügyeket is ez bírálta el másodfokon (pallosjoggal rendelkező úriszékek esetében azonban a halálos ítélettel szemben fellebbezésnek helye nem volt).

²³ Mivel egyes városok úgy kértek és kaptak a királytól kiváltságlevelet, hogy az más, közeli városok kiváltságait biztosította számukra, gyakran egy egyszerű utalással, a konkrét jogok és mentességek felsorolása nélkül, ezért Magyarországon is létrejött a városi jogcsaládok egy kezdetleges formája, minek következtében egy rövid időre elismertté vált, hogy a leányvárosok polgárai *senatusuk* döntése ellen az anyaváros bíróságához fordulhatnak jogorvoslatért.

²⁴ A budai joggal élő ún. tárnoki városok egyes ítéletei ellen a tárnoki székhez (*sedes tavernicalis*), a többi szabad királyi város, az ún. személynöki városok döntései ellen pedig a személynöki székhez (*sedes personalitia*) lehetett fellebbezni.

²⁵ 1563. évi XLI. tc.

²⁶ 1729. évi XXX. tc.

vármegyei törvényszékekről, mint a szabad királyi városokról és a pallosjoggal bíró uri székekről és más bíróságokról a fölebbezés egyenesen a királyi ítélőtáblára megengedettik...”²⁷

A halálos ítélet végrehajtását azonban nemcsak (sőt, mint láttuk, elsősorban nem) fellebbezés útján, hanem kegyelem (*aggradiatio*) révén lehetett elkerülni. Kezdetben felségsértési ügyekben értelemszerűen a király, egyéb perekben pedig – a vádelvből következően – az ellenérdekű fél kegyelmezhetett meg a bíróság által halálra ítéltnek. Az akkuzatórius eljárásra való áttéréssel párhuzamosan kialakult az az elv, hogy kegyelmezni annak van joga, aki a halálos ítéletet meghozta; ennek következtében saját hatáskörében kegyelmezésre jogosulttá vált a király, a nádor, a *sedria*, az úriszék, a *senatus*, a XVI-XVII. századtól pedig az Országgyűlés és a helytartó is. 1655-ben az úriszékek és a városok kegyelmezési joga megszűnt,²⁸ bár azt a földesurak és a városok egy ideig még szokásjogi alapon gyakorolták, 1715-ben viszont III. Károly mindenkit eltiltott attól, hogy a halálra ítéltnek megkegyelmezzen, és azt a király kizárólagos jogává tette.²⁹

A kegyelem egyébként tartalma szerint – bárki is gyakorolta azt – ritkán volt teljes, vagyis általában pusztán arra szolgált, hogy a kegyelemben részesített kisebb büntetést kellett, hogy elszenvedjen, mint ami az ítéletben állt. Kegyelmet nemcsak halálbüntetés esetében adtak, bár kétségkívül ez volt a leggyakoribb; ekkor az illetőt kivégzés helyett rendszerint szabadság- vagy vagyoni büntetéssel sújtották. A fej- és jószágvesztésre ítéltet például tipikusan csak a fővesztés alól mentesítették, vagyonát azonban elvonták tőle;³⁰ ha pedig a halálra ítéltnek vagyona nem volt, mint a nyilvános gonosztevők nagy részének, akkor tömlöcbe zárták, bár a kegyelem ezen formája csak a XVIII. század végén, XIX. század elején vált meghatározóvá és általános gyakorlattá. Végül néha az is előfordult, hogy kegyelem gyanánt csupán a halálbüntetés végrehajtásának módját „enyhítették”; így minősített halálbüntetés (kerékbe törés, karóba húzás, kámpóra akasztás, vízbe fojtás, élve megégetés stb.) helyett egyszerű halálbüntetést (akasztást, lefejezést) alkalmaztak; az ítéletben előírt súlyosításoktól (tüzes fogókkal tépkedés, lovakkal a vesztőhelyre vonszoltatás stb.) eltekintettek; illetve hogy az adott kivégzési módot „humánusabban” hajtották végre (például a máglyára ítéltet a megégetés előtt lefejezték, megfojtották, vagy lőporos zacskót kötöttek a nyakába; a kerékbe törésre vagy karóba húzásra ítéltet a végrehajtás előtt szintén lefejezték, és csak holttestét, esetleg a fejét tették rá a kerékre vagy a karóra; a kerékbetörést nem alul, a lábaknál, hanem felül, a fejnél kezdték, így az első ütés mint „kegyelemütés” rögtön végzett az elítélttel, aki így nem kényszerült arra, hogy hosszú, elnyújtott haláltusája legyen; stb.).

A kegyelemhez hasonló szerepet töltött be a menedékjog (*ius asyli*) intézménye is. Aki ugyanis bizonyos helyekre, általában templomba, kolostorba vagy a „püspök lábaihoz” (a személyes királyság korában pedig akkor is, ha a királyi udvarba) menekült, az mentesült a vele szemben kiszabható rendes büntetés alól. Ez a mentesülés azonban – ellentétben a kegyelmezéssel – nem egyéni mérlegelés, hanem törvény, illetve szokásjog alapján járt, vagyis a feltételek fennállta esetén alanyi jogként érvényesült. Az *asylum* intézménye a személyes királyság évszázadaiban élte virágkorát, ám azzal még a XVIII. század végén is találkozunk; míg azonban a feudalizmus kezdetén e mentességet dekretális, vagyis írottjogi szinten

²⁷ Hűtlenségi és felségsértési perekben pedig, amelyeket első fokon a királyi tábla bíralt el, a hétszemélyes táblához lehetett fellebbezni.

²⁸ „És jövőre a pallosjoggal felruházottak se adhassanak a gonosztevőknek kegyelmet.” (1655. évi XXXVIII. tc. 3. §)

²⁹ 1715. évi XLVIII. tc. a gonosztevőket szabadon bocsátóknak büntetéséről, s hogy csak a királyi felség adhasson halálra ítéltnek kegyelmet.

³⁰ Sok ilyen jellegű pernek eleve ez is volt a célja; a királyi birtokok fogyatkozásával ugyanis az uralkodó csak úgy tudta a belharcokban mellette álló híveit jutalmazni, ha az ellene szövetkező, vele szemben álló főurak birtokait magának megszerezte és azt támogatói között kiosztotta. Ezzel egyszerre tudta elérni, hogy a jutalom reménye hívei számát növelje, a fenyegető büntetés pedig ellenségei cselszövéseit visszafogja.

szabályozták, addig az a későbbiekben már elsősorban szokásjogként hatott a jogalkalmazás gyakorlatára.

Szent László törvényei szerint a menedékhelyre futó tolvajt ugyan nem lehetett halálra ítélni, de így is kemény büntetést kellett elszenvednie: megvakították,³¹ illetve örökre a templom szolgájává vált.³² Amennyiben azonban ragaszkodott ártatlanságához, jogot kapott rá, hogy istenítélettel bizonyítsa azt; ám ha a próba azt „derítette ki”, hogy mégiscsak bűnös, már a templom sem nyújthatott neki menedéket.³³ Ugyanezt a rendelkezést Kálmán is megerősítette, kimondva, hogy: „Ha valaki lopással vádoltatván, templomba futamlik, nem akarjuk, hogy azért mingyárt vétkes tolvajnak tartsák; hanem a bíró meg az egyház papja kérdezzék meg tőle: ha vétkes-e, vagy nem? És ha vétkesnek vallja magát, az egyházért ne bántásák szemeit, se másképp az ő teste meg ne csonkittassék; ha pedig azt mondja, hogy nem lopott, adjanak neki módot a maga mentésére, de annakutána, ha vétke reá bizonyodik, nem szabadítja meg a templom semmi veszedelemtől.”³⁴ Később, az *asylum* szokásjogi gyakorlattá válásával a menedék lehetősége már csak a főbenjáró bűnöket elkövetőkre terjedt ki, bár a hatóságok ezt is korlátozni igyekeztek: előbb a hűtlenségi eseteket vették ki a *ius asyli* köréből, később pedig már a nyilvános bűncselekményekre sem engedték meg azt. Azonban hogy a templomba futás mennyire élő gyakorlat volt szinte az egész feudalizmus alatt, mutatja, hogy még 1776-ban is Mária Teréziának pátenssel kellett kifejezetten előírnia, hogy az egyház adja ki a hatóságoknak az *asylansokat*; ám a szokásjog alapján az ilyen menedékesekkel szemben a világi szervek még ekkor sem hozhattak, és nem is hoztak halálos ítéleteket.

³¹ „Ha szabad embert vagy szolgát lopáson kapnak, akasztják fel. Ha pedig az akasztófa elől templomba menekedik, hozzák ki onnan és vakítsák meg.” (Szent László Király Dekrétomainak Második Könyve 12. Fejezet)

³² „Ha szabad ember lop és templomba menekedik, a melyik egyháznak oltalmát kereste, annak legyen szolgájává.” (Szent László Király Dekrétomainak Harmadik Könyve 4. Fejezet)

³³ „Ha valami tolvajok, akár szolgák, akár szabadok, templomba futamlanak és ártatlannak kiáltják magokat, próbáltassanak meg. Hogyha bűnösök lesznek, úgy ítéljék meg őket, mintha be sem léptek volna a templomba; ha pedig megvallják bűnöket, bánjanak velek szent István törvénye szerint.” (Szent László Király Dekrétomainak Harmadik Könyve 17. Fejezet)

³⁴ Kálmán Király Dekrétomainak Első Könyve 84. Fejezet

Felhasznált irodalom

1. Bakóczy Antal: Az emberölés. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
2. Balás Gábor – Domokos Andrea: Erdély rövid jogtörténete 1947-ig. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó – Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete, Budapest, 1991
3. Béli Gábor: Magyar jogtörténet: a tradicionális jog. Dialóg Campus Kiadó, Budapest–Pécs, 1999
4. Csizmadia Andor – Kovács Kálmán – Asztalos László: Magyar állam- és jogtörténet. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1995
5. Doleschall Alfréd: Halálbüntetés. In: Márkus Rezső (szerk.): Magyar Jogi Lexikon, III. kötet, Pallas Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság, Budapest, 1900
6. Dülmen, Richard van: A rettenet színháza. Ítélezési gyakorlat és büntetőrituálék a kora újkorban. Századvég Kiadó – Hajnal István Kör, Budapest, 1990
7. Hajdu Lajos: Büntett és büntetés Magyarországon a XVIII. század utolsó harmadában. Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1985
8. Kulcsár Zsuzsa: Inkvizíció és boszorkányperek. Kossuth Könyvkiadó, Budapest, 1961
9. Mezey Barna (szerk.): A magyar jogtörténet forrásai. Szemelvénygyűjtemény. Osiris Kiadó, Budapest, 2001
10. Mezey Barna (szerk.): Magyar jogtörténet. Osiris Kiadó, Budapest, 1999
11. Szemere Bertalan: A büntetésről s különösebben a halálbüntetésről. Halálbüntetést Ellenzők Ligája, 1990
12. Szent István király Intelmei és Törvényei (ford.: Bollók János és Kristó Gyula). Szent István Társulat, Budapest, 2000
13. Trócsányi Zsolt: Törvényalkotás az Erdélyi Fejedelemségben. Gondolat Kiadó, Budapest, 2005
14. Werbőczy István: Tripartitum. A dicsőséges Magyar Királyság szokásjogának Hármaskönyve. Téka Könyvkiadó, Budapest, 1990