

A jogellenesség és a jogi tárgy mint a büntetőjogi dogmatika kategóriái

Pokol, Béla

Postprint / Postprint

Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Pokol, B. (2009). A jogellenesség és a jogi tárgy mint a büntetőjogi dogmatika kategóriái. *Büntügyi Szemle/ Zeitschrift für Strafrecht*, 1(1), 29-42. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-107022>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Pokol Béla

A jogellenesség és a jogi tárgy mint a büntetőjogi dogmatika kategóriái

A jogdogmatikát mint a jog egyik alapvető szerkezeti elemét és a jogpolitikát mint a modern demokráciákban az egyes politikai táborok jogi változtatási törekvései és a törvényhozás között közvetítő „szürke zónát” alapvetően jogelméleti absztrakciós szintről lehet jól a szem elé kapni. Ám ezek tényleges működését a jogelméleti vizsgálódó csak akkor tudja megérteni, ha tételesjogi szintű működésüket is vizsgálja, és ehhez rendszeresen információkat gyűjt. Ez a törekvés közös területen hozza össze a tételesjogi kutatót és a jogelméleti vizsgálódót, de a terület minden közössége ellenére eltérő olvasatokat adnak ugyanarról a tárgyról. A következőkben a büntetőjogelméleti kérdések közül a jogellenesség materiális kiterjesztését és a jogi tárgy különböző terjedelmű megragadását vizsgálva számomra az ide vonatkozó büntetőjogi elemzések abból a szempontból fontosak, hogy mi következik ezekből pl. a törvényhozó szerepét illetően, vagy a bíró törvényszöveghez kötöttségére, illetve ennek oldódására, továbbá a jogdogmatika és a jogpolitika elválasztására, vagy éppen összefonására, ugyanígy a büntetőjog és az alkotmányos alapjogok viszonyára, pl. az alapjogok fényében a büntető törvényszövegek részleges félretolásának lehetőségére stb. Különösen a jogi tárgyra vonatkozó hazai szerzők írásait olvasva tűnt fel, hogy pl. ugyanazokat a német büntetőjogi elemzéseket olvasva mennyire eltérő „rostát” jelent a vizsgálódó érdeklődési területe, és míg számomra mint a jogelmélet művelőjének az előbb jelzett kérdések emelték ki ezek lényeges mondanivalóját, addig a tételesjogi oldalról közelítő hazai büntetőjogászok számára inkább a belső büntetőjogi kérdések fényében kerültek ezek feldolgozásra. Közös viták mind a két elméleti közösséget gazdagíthatják, és egy idő után a két oldal izolált megközelítése szintetizáltabb feldolgozásokra vezethet, és a címben jelzett két témát illetően a jelen írás ezen az úton csak az első lépést akarja megtenni.

I. A jogellenesség büntetőjogi megragadása

1) Tényállásszerűség és jogellenesség

A büntetőjogi jogellenesség kategóriájának dogmatikai értelmezéséről már régen jelent meg új anyag a hazai büntetőjogelméleti elemzések között, így a büntetődogmatika elméleti kérdései felé nyitott jogfilozófusként nagy örömmel olvastam Nagy Ferenc új tanulmányát, mely e téren kívánt tisztázásokat végrehajtani (Nagy 2007b). Írásom jogellenességre vonatkozó részének elején ezt és különböző korábbi írásaiból levonható következtetéseket igyekszem röviden összehasonlítani, majd ezután a tényállásszerűség és a jogellenesség/jogtalanság büntetőjogi értelmének az 1900-as évek elején kialakult értelmét igyekszem felvillantani, lezárva ezt a részt az állampárti időszakban használatos fogalmi átalakulások jelzésével.

Új tanulmányában Nagy Ferenc a jogtalanság és a jogellenesség viszonyát Hegel és nyomában Adolf Merkel és a hegelianus Hugo Hälschner elemzései alapján kísérel meg tisztázni, bevonva Jheringnek a Merkel felfogásával szembeni kritikáját is ebbe (Nagy 2007b). Az elmúlt évben a büntetőjogelmélet területére készített, dogmatikatörténeti

anyagomban számomra is fogas kérdés volt e kategóriák értelme és történeti értelmezésük változásai (lásd Pokol 2007, beillesztve e tanulmányt új, jogtudománytörténeti könyvem zárófejezeteként, lásd Pokol 2008:187-224), és ehhez a hazai irodalmat illetően egyik fő forrásomat Nagy professzor büntetőjogi monográfiájának elemzései jelentették (Nagy 2001:173-209). Ha félretoljuk a jogellenesség materiális jogellenességgel kibővítésének problémáját - mely belecsúszik a társadalomra veszélyesség kusza szövetébe, illetve a jogtárgy-sértés szintén sokszínű területébe -, akkor a tényállásszerűség melletti jogellenesség értelme pontosan lokalizálható Nagy Ferenc elemzéseiből: „Nem jogellenes egy magatartás, ha tényállásszerű ugyan, de olyan körülmények állnak fenn, amelyek a (büntetőjog)ellenességet kizárják” (Nagy 2001:174). De ennél részletesebben ugyanez egy másik tanulmányából: „A jogellenességre vonatkozó ítélet két gondolaton alapul: egyrészt a cselekmény tényállásszerűségén, másrészt annak vizsgálatán, hogy a jogellenességet kizáró ún. jogigazoló ok fennforgásáról van-e szó. Ha az elsőre és a másodikra is igenlő a válasz, úgy a jogellenesség kizárt” (Nagy 2000:337).

Ha a büntetőjog-történetben visszamegyünk, akkor látható, hogy a tényállásszerűség Cristoph Carl Stübel és Anselm Feuerbach munkássága révén az 1800-as évek elején a *nullum crimen sine lege* elv következményeinek végiggondolása miatt lépett előtérbe. E pontosítás után a büntetni rendelt cselekmény nem úgy általában ütközik a jogrendbe, jogtalanságot megvalósítva, hanem csak ha ez pontosan a tényállásszerűen definiált tiltott cselekményt valósít meg (Rüping/Jerouschek 2007:99). Csak a tényállásszerűen megfogalmazott bűncselekményekből álló büntetőjog felel meg a *nullum crimen sine lege* elvnek, az analógia büntetőjogban való használatának szigorú tilalma mellett, és a feszes büntetőjogi dogmatika ezutáni kiépítése az 1800-as évek folyamán ebből nyerte az ösztönzést (lásd ennek kiemelését Nagy 2007). Olyan szabad és laza szabályozás, mely pl. a magánjogban lehetséges - ahol a bíró tág mérlegelési keretek között mondhatja ki döntését -, a büntetőjogban a *nullum crimen*-elv miatt nem elfogadható. A tényállásszerűségnek ezt a jelentőségnövekedését aztán Ernst Beling 1906-os „Die Lehre vom Verbrechen” c. könyvében dolgozta ki rendszeresen, és tette a büntetőjogdogmatika középpontjába: „Vom fast 100 Jahren hat Ernst Beling sein grundlegendes Werk über die „Lehre vom Verbrechen” veröffentlicht, Nach allgemeiner Meinung hat er darin den Begriff des Tatbestandes begründet” (Ambos 2006:464). Ha ezt a jogtörténeti változást a szem előtt tartjuk, akkor ezután már nincs értelme általában vett büntetőjogi jogtalanságot megvalósító cselekményről beszélni, hanem csak tényállásszerű cselekményről. Ám egy sor büntetőjogi felelősséget kizáró ok - jogos védelem, végszükség, tévedés, beszámítási képességet kizáró okok stb. - törvényi elismerése miatt egy tényállásszerű cselekmény még nem szükségképpen von maga után elítélést és büntetést, és nem jelent bűncselekményt. Ezért a szabatosan megfogalmazás és a rövid dogmatikai kifejezés követelménye értelmessé teszi, hogy tényállásszerűsége túl e szétágazó kizáró okokat átfogóbb kategóriába összefogva is jelezni tudjuk.

A hazai büntetőjogi terminológiában a jogellenességet kizáró okok csoportjába és a bűnösséget kizáró okok csoportjába fogják ezeket - megállva a kettős összefogásnál -, ezzel szemben a németeknél a hasonló kettébontást a „Rechtfertigungsgründe” és az „Entschuldigungsgründe” kettős csoportja fejezi ki, és ott még e kettőt többen összefogják a jogellenességben is: Rechtswidrigkeit. A jogdogmatikának a lehető legkevesebb és legátfogóbb kategóriákba összefogásra törekvése a részkategóriák felett támogatandóvá teszi az ilyen összefogást. Ebben az esetben tehát tiszta, hogy a tényállásszerűsége túl mit jelent az, hogy egy cselekmény még jogellenes is: azt, hogy a két kizáró csoport által felsoroltak egyike sincs jelen, és így, ha bűnös is, akkor büntetőjogi felelősséggel tartozik. Nálunk sem akadályozza semmi a két csoport összefogását egy kategóriába, ám a 'jogellenesség' erre

felhasználásával az lenne a probléma, hogy ez az elnevezés az egyik csoportra már le van foglalva. Persze, ha követnénk a német terminológiát, és átneveznénk ezt „tényállásszerű cselekvést igazoló okoknak” („Rechtfertigungsgründe”) - ahogy a Nagy Ferencről vett előbbi idézetben kivételesen fel is merült -, akkor a jogellenesség kategóriája befoghatná mindkettőt, és zavar nélkül definiálhatnánk úgy a bűncselekményt, hogy az tényállásszerű, jogellenes (ti. egyetlen kizáró okot sem lehet megállapítani) és egyben bűnös cselekmény. Ám ha így pontosítjuk a jogellenesség kategóriáját, akkor nem tehetjük meg, hogy a jogellenesség megállapításának két fázisaként fogjuk fel a tényállásszerűség megállapítását majd a jogigazoló okok hiányát, mert ezzel a jogellenesség mint főfogalom is megjelenne, összefogva a tényállásszerűséget és a kizáró okok hiányát is. A tiszta fogalomhasználat miatt a főfogalmat inkább egyszerűen a büntetőjogi felelősségnek kell nevezni, két komponensként a tényállásszerűséget és a jogellenességet, a harmadik, a bűnösség mellett. Kitekintésképpen jelezni lehet, hogy ezt a különtartást Dietrich Lang-Hinrichsen 1952-es tanulmányában úgy igyekezett megtartani, hogy a tényállásszerűséget jogállamiság-garanciát adó jellege miatt „Garantietatbestand”nak nevezve egy össz-tényállást különböztetett meg, mely már az összes kizáró ok létének vagy hiányának értékelését is magában foglalta, és ez így a büntetőjogi felelősség megállapításának teljes keretét adta: „Dort hat er die Unterscheidung zwischen „Gesamtatbestand” und „Garantietatbestand” begründet, wobei er unter jenen den Inbegriff der Merkmale verstand, die die ratio essendi der Rechtswidrigkeit bilden und unter dem Garantietatbestand den den nullum crimen Satz betreffenden Teil des Gesamtatbestandes” (Ambos i.m.464.p.).

Nagyjából eddig jutottam a jogellenesség fogalmi felhasználhatóságát illetően korábbi elemzéseimben, és az ezen túli *materiális* jogellenességet, mely a hazai irodalomban különösen Finkey Ferenc 1909-es akadémiai székfoglalóban kapott megfogalmazást, mint a jogkonceptiók szintjén való eltolódás büntetőjogi lecsapódását értelmeztem (lásd Pokol 2008:187). Ugyanis a tényállásszerűség pontosságával szabályozó büntetőjog követelményét mindenek felé emelő felvilágosodás bírói önkénytől irtózásával szemben az 1900-as évek kezdete a bírói jogot elismerő szabadjogi iskola térnyerését hozta magával. Ez pedig a büntetőjog területén, ha nem is vette vissza nyíltan a nullum crimen-elv fontosságát, ténylegesen a bírák által felülírhatóvá tette. Finkey ebben a szellemi légkörben fogalmazta meg nézeteit, és én úgy gondolom, hogy később, az állampárti időkben a diktatórikus központi államkarattal szemben a jogászság egyik szellemi fogódzóját is jelenthette, ha a központilag diktált törvényi szöveghez képest utólag a materiális jogellenesség, vagy más megfogalmazásban a társadalomra veszélyesség kategóriája révén bírói és jogtudósi felülbírálásra nyílt lehetőség. Egy többpártrendszerű pluralista demokráciában azonban, ahol egy-egy ciklus után az állampolgárok milliói leválthatják a kormányt, és a törvényhozás fő szabály szerint jogtudósi közösség bevonása mellett történik, ezek az okok nem állnak fenn. Számomra tehát a demokrácia és kiszámítható jog és jogbiztonság központi értékei miatt a felvilágosodás valamikori követelményei éppúgy állnak, mint akkor, így a formális jogellenesség mellett egy parttalanná tevő materiális jogellenesség bevezetése problémákat jelent.

Nézzük azonban Nagy Ferenc új anyagát a fenti problémára. Itt szellemi kiindulópontját Hegel Jogfilozófiája adja, és az első, ami rögtön szembeötlő az írásban, hogy a tényállásszerűség kifejezés szinte alig fordul elő benne, és ezzel szemben itt a jogtalanság jelenti a középponti fogalmat, különválasztva a polgári jogi jogtalanság mellett a büntetőjogi jogtalanságot: „A polgári jogtalanság eszerint a támadási irány jellegében különbözik a büntető jogtalanságtól, mert az utóbbi az objektív valóságos jog elleni látszólag valóságos (objektív) akaratként jelenik meg. A büntető jogtalanságnál a jog mint objektíve létező

jogrend ellen irányul, a jog önmagában sérül. Ezért a bűncselekménynél nem az egyes személy megsértéséről van szó, hanem a sértés inkább indítóok arra, hogy a cselekményt és a tettesi akaratot a büntetőjog szemszögéből „mérjük”. A bűncselekmény ezért objektív jogsértés, támadás az általános akarat, az egyes személy akarata ellen is, míg a polgári jogtalanság szubjektív jogsértés. A büntetőjogi jogtalanság lényege tehát a jog elleni támadás jellegében, érvényességében van. A büntetést ezért a jog helyreállításaként kell érteni” (Nagy 2007b:4). Ezt a gondolati vonalat viszi aztán tovább mind Merkel, mind Hälschner annyiban változatlanul, hogy a bűncselekménynél az egész jogrendbe ütközés aspektusát tartják szem előtt: „Merkel a „jogtalanságot” és a „jogot” kölcsönösen kizáró fogalmakként fogta fel. „A jogtalanság fogalma ... a jog fogalma révén adott, mint annak tagadása jut kifejezésre. (...) Hälschner inkább a hegelianus tradícióhoz nyúlik vissza a közvetett és közvetlen jogtalanság fogalmaival és keresi a különbséget polgári és kriminális jogtalanság között a jogsértés objektumában” (Nagy 2007b:5-7).

Ha az ember fellapozza a büntetődogmatika szempontjából ismét Hegel e művét (Hegel 1971:109-126), akkor láthatja, hogy Hegelnél fel sem merül az a nullum crimen elv miatt fontossá vált szempont, mely Feuerbachnál a tényállásszerűsége törekvést a középpontba emelte. Számára az elemzésben csak a *jogrend egészébe ütközőként merül fel a büntett*: „A jognak, amelynek megsértése a büntett (...) a büntettnek is elsősorban csak az a közelebbi meghatározása, amely ezekre a meghatározásokra vonatkozik. De a szubsztanciális mozzanat ezekben a formákban az általános, amely további fejlődésében és alakulásában ugyanaz marad, s ezért ugyanígy annak megsértése, a büntett is, fogalmának megfelelően” Hegel 1971:116). Így az a gondolati vonulat, amely az 1800-s évek folyamán a modern jogállami büntetőjog alapjává tette a tényállásszerűsége nyugvó büntetőjogi felelősséget hiányzik nála. Még annyit lehet hozzátenni, hogy Hegel büntetőjogi elemzései amúgy sem igazán a bűncselekménytan dogmatikájába tartozó problémákra vonatkoznak, hanem inkább a büntetéselméletbe tartozókra, és például Feuerbach-kal is csak úgy foglalkozik, hogy a megtorlásokon túli elrettentés büntetéselméletét veszi kritika alá (lásd Hegel 1971:119).

Vagyis míg a Kant-Stübel-Feuerbach-Beling vonalán haladó eszmetörténeti háttérrel a tényállásszerűséget kapjuk a szem elé, addig a Hegel-Merkel-Hälschner vonalon haladva a jogtalanságot, így nem véletlen, hogy Nagy Ferenc új anyagában sok szempontból új hangsúlyok jönnek létre az erre vonatkozó korábbi elemzéséhez képest. Így amíg korábbi anyagaiban hangsúlyozottan kiemelte, hogy a tényállásszerűség és a (büntető)jogellenesség nem esik egybe, addig most találunk olyan megállapításokat, melyek ezt sugallják. Nézzük először a 2001-es, általános részről írt monográfiáját, aztán a mostani, kritizált tanulmányt: „Megítélésem szerint előjáróban már az leszögezhető, hogy a jogellenesség, illetve a jogellenességet kizáró ok nem a tényálláshoz tartozó ismérv. (...) A tényállásszerűség megállapítása ugyanis a (büntető)jogellenesség előfeltétele” (Nagy 2001:174). Ezzel szemben az új tanulmányban a „jogellenes”-be látszik beleolvadni a tényállásszerűség is: „Amit viszont a büntetőjog jogellenesként tilt, az a jogrend egésze számára jogellenes. Amit más, büntetőjogon kívüli jogterületek tiltanak, az nem feltétlenül büntető-jogellenes” (Nagy 2007b:12). A 2001-es állításhoz ragaszkodva ezt talán így kellene megformáznunk: „Amit viszont a büntetőjog *tényállásszerűen* megtilt, és *nem merülnek fel jogigazolóló illetve bűnösséget kizáró okok*, az a jogrend egésze számára jogellenes. Amit más, büntetőjogon kívüli jogterületek tiltanak, az nem feltétlenül *válik büntetőjogi tényállásszerűvé*”.

A jogellenességet így pontos értelemben - *jogigazolóló okok és a bűnösséget kizáróló okok hiányaként* közös fogalmaként - használva aztán talán a büntető-jogellenesség és a többi

jogági jogellenesség különtartására se kellene már hangsúlyt tenni. A pontosítás ugyanis maga küszöböli ki az összemosás lehetőségét.

Összegezve tehát megjegyzéseimet, ha lehet Nagy I. és Nagy II. megközelítésként felfogni a jogellenesség büntetőjogi dogmatikai megragadásra a jelzett anyagokat, akkor én inkább az előbbi mellé állnék, és azt némileg korrigálva igyekeznék tiszta és egyértelmű jogdogmatikai kategóriákhoz jutni. Persze jelezni kell, hogy csak első kísérletként lehet felfogni a korrigálásra leírt javaslatokat, amit egy esetleges vita után lehetne szilárdabban rögzíteni.

2) A jogellenesség/jogtalanság tárgyalása Finkey Ferencnél

Úgy tűnik, hogy Finkey Ferenc előtt a hazai büntetőjogelmélet még nem érte el azt a pontosságot, hogy ma érdemben segíteni tudna a vizsgált aspektusok feltárásában. Pl. Pauler 1864-es Büntetőjogtanában még fel sem merül a tényállásszerűség és a jogellenesség valamilyen absztrakt megfogalmazása: „Bűneseteknek, vagy büntörvényszegéseknek (facta poenalia) mind azon cselekmények neveztetnek, melyek az álladalomban fenyték alá esnek; a bűnesetek fogalma alá ily tágas értelemben mind a büntettek, mind a rendőri kihágások és fegyelmi esetek tartoznak” Pauler 1994:57-58). Schnierer Aladár 1888-as monográfiájában már van absztraktságra törekvés e téren, ám azon túl, hogy Hegel fenn idézett megállapítása olvasható ki belőle, épp az absztrakt szinten maradás nem teszi értékelhetővé ma már megfogalmazását: „A jog eszméje különösen akkor kívánja meg a büntetést: a) ha az egyes akarat az általános akarat ellen szegülvén valamely kipótolhatatlan jogtárgyon okoz sérelmet (pl. gyilkosság, testsértés) b) ha a sértett jog magában véve kipótolható ugyan, de a sértés olyan, melynek káros hatásai - mivel azok a közvetlenül sértett személyen túl az összességre terjednek - teljességükben a polgári jog engedte kényszereszközök által nem pótolhatók (pl. a vagyonzbiztonságot csorbító lopás vagy csalás” Schnierer 1888:91). Ezekhez képest Finkeynél már tisztán előbukkannak a tényállásszerűség, a jogtalanság a jogellenesség és a bűnösség kategóriái a bűncselekmény fogalmát tárgyalva 1909-es akadémiai székfoglaló előadásában. Igaz, ő már támaszkodhatott a német büntetőjogelméletben e téren végbement pontosító vitákra, és különösen Franz von Liszt vonalán haladt, de már ismerte Ernst Belingnek az előbb méltatott, 1906-os tanulmányát is.

Lisztnél indult meg az a Stübel/Feuerbach vonallal szembefutó tendencia, hogy a nullum crimen-elv által megkívánt tényállásszerűséget csak mint alaki jogellenességet értékelje le, mely mellett az anyagi jogellenességet emelte igazán a középpontba. Noha ő azért még az előbbit is hangsúlyozta, és csak az ezt a gondolatot tovább-vívóknél vált a későbbiekben ez félretelhetővé: „Doch bleibt der Zugriff auf den Delinquenten bei von Liszt an rechtsstaatliche, wenngleich nur formale Schranken gebunden. Vor allem durch den Satz „nullum crimen sine lege” wird das StGB zur 'magna charta des Verbrechens'. In der Dogmatik bestimmt Liszt die Rechtswidrigkeit material als Verletzung bestimmter Rechtsgüter” (Rüping/Jerouschek 2007:110). És ez alapján 1927-ben a német legfelsőbb bírói fórum, a Reichsgericht elismerte, hogy a jogtárgyak között mérlegelve túl lehet lépni a tényállásszerű pontossággal szabályozó törvénykönyvön (uo.).

Finkey 1909-es székfoglalójának szövegét azért is érdemes alaposan szemügyre venni, mert a bűncselekmény-fogalom pontosítására irányuló forrongás kellős közepén írta ezt, és minden irányban nyitottnak mutatkozva jól tudta exponálni a felmerülő szembenállásokat, noha végül is saját megoldásával nyitva hagyta a dilemmákat: „Liszt szerint a jogellenes cselekmény

alakilag a jogrend valamely parancsával vagy tilalmával ellenkező cselekmény, mely anyagilag egy jogi érték (Rechtsgut) megsértését vagy veszélyeztetését tartalmazza. Jogi értékek (jogi javak: Rechtsgüter) alatt pedig Liszt is a jog által védett érdekeket érti (...) A jogtalanság ezen anyagi (antisocialis) tartalma független a törvényhozó által való helyes méltatástól. Így megtörténhetik, hogy az alaki és anyagi jogtalanság nem fedi egymást, a törvényhozás is tévedhet, megengedhet olyat, ami anyagilag jogtalan, és tilthat olyat, ami anyagilag jogszerű” (i.m. 24-25. p.). Jelzi Finkey azt is, hogy az ’alakilag’ (vagyis törvénykönyvileg) bűncselekménynek nyilvánított cselekmény felülbíráására lehetőséget látó szabadjogi iskola az 1900-as évek fordulóján Lisztet aggódásra készítette, és kifejezetten kiemelte tankönyve újabb kiadásában, hogy „a bíró kötve van, a jog korrektúrája kívül áll az ő feladatán” (uo.). Finkey azonban nem úgy kívánt tovább haladni elemzésében, hogy az alaki jogtalanság (= tényállásszerűség) megtartása mellett az anyagi jogtalanságot pontosítsa, hanem végül elveti magát a különválasztást, és egy egységes büntetőjogi jogtalanságba fogja be és tünteti el tényállásszerűséget: „Egyébiránt, ha határozottan és következetesen tételes jogászok akarunk maradni, az alaki és anyagi jogtalanság oly éles elkülönítését, miként Liszt teszi, nem helyeselhetjük” (Finkey 1909:27). Két másik - egymással szembe fordított - megfogalmazásában aztán tisztán látszik, hogy nem igazán tudja a tényállásszerűség nullum crimen-elv szempontjából való fontosságát értékelni. Egyfelől ezt írja: „Persze, ha a jogtalanság fogalmát csak alaki vagy merőben tárgyilagosságot tekintjük, ha az alatt csak a szabályellenességet vagy a tárgyilagosságot, a törvény megsértését értjük, *az esetben a jogtalanság nem sokat jelent a büntetendő cselekmény ismérvei között*” (kiemelés tőlem - PB). Ezzel szemben Beling akkor friss 1906-os könyvét értékelve írja néhány oldallal később: „Beling, tübingeni tanár, a büntetendő cselekmény fogalmáról írt vaskos kötetében (...) a „tényálladáskörtség” külön kiemelésével az eddigi meghatározásoknál erőteljesebben mutatott rá, hogy a büntetendő cselekmény csak törvényben megállapított „tényálladék” lehet., (i.m. 40.p.).

Érinti még Finkey az „tényálladáskörstől” szabályozott bűncselekmény fogalmi elemei közé a társadalomra veszélyesség fogalmának mint ismérvek a bevétele, de itt is Liszttel tart, aki eleinte bevette ezt a fogalmi ismérvet a bűncselekmény definiálásába, de az előbb említett szabadjogi jogfelfogásoknak ezt a törvénnyel szemben felhasználó törekvéseitől megrettenve inkább törölte tankönyve későbbi kiadásából: „Érdekes, hogy Liszt, aki még tankönyve 10. kiadásában is (1900) a büntetendő cselekmény meghatározásába bevette a veszélyességet, az újabb kiadásokban következetes kihagyja azt a meghatározásból (46.p.). Finkey saját álláspontja e téren: „Bármennyire elismerem és hangsúlyozom azonban, hogy a (...) társadalmi veszélyesség is egyik általános, vagyis rendszerinti ismérve a büntetendő cselekménynek, a társadalmi veszélyességet szintén felesleges sőt zavaró lenne felvenni a büntetendő cselekmény fogalmi meghatározásába” (45.p.).

A tényállásszerűség mellett a „jogtárgysértésre” is érdemes itt kitérni, mert az 1800-as évek végétől az alaki jogellenesség mellett a anyagi jogellenesség önálló értékelése és a törvényhozó büntetőjogi értékelésével szembeni felhasználása e fogalmi körben is megragadható volt mind Finkey idejében, mind azóta is. A jogtárgy („Rechtsgut”) eredetileg J. M. F. Birnbaum 1834-es tanulmányából származik, aki ezzel Feuerbach egyéni jogokat sértő bűncselekmény-fogalmát kívánta kitágítani az ezen túlmutató, általánosabb sértéseket is be kívánta ebbe fogni. Több évtizeddel ezután Binding fedezte fel Birnbaum jogi tárgy gondolatának jelentőségét, majd tőle Liszt vette át, de már a Jhering általi, „jog által védett érdek” értelmében átalakítva ezt, és alaki jogellenességen túl az anyagi jogellenesség fogalmát erre alapozva. (Dubber 2005:10-13; magyar nyelven a jogi tárgy gondolatának fejlődéséhez és büntetőjogi felhasználásának változásaihoz lásd Filó Mihály informatív elemzését, Filó

2007:101-138, illetve Nagy 2008/a, 2008/b). Az, hogy a bűncselekmény nemcsak az ezt körbeíró jogszabály szempontjából értékelhető, hanem a minden szabály mögött meghúzódó és azt szülő érdekek oldaláról is, Jhering jogfelfogásából eredt, aki a „Der Zweck im Recht” c. nagy monográfiájában fejtette ezt ki általános jogfelfogásként. Ez a gondolat átfogó jogelméleti szinten aztán 1912-től indulóan Philipp Heck révén kapott nagy befolyást, kialakítva az érdekkutató jogi iskolát („Interessenjurisprudenz”), amely különösen a magánjogban és a kereskedelmi jogban vált uralkodó irányzattá az 1900-as évek első felében (átfogóan ennek elemzéséhez lásd Pokol 2005:294-300). Ám ez - szemben a szabadjogi iskola törvénytől elszakadásával és a szöveggel való bírói szembe fordulás propagálásával - állandóan hangsúlyozta a törvényhűséget. Ugyanis az érdekkutatók a szabály mögötti érdeket *mint érdekkonfliktust* fogták fel, és felfogásuk szerint a törvényhozó az adott szabállyal mindig az érdekkonfliktusban dönt az egyik irányba. Ehhez az érdekdöntéshez aztán a bíró kötve van, amikor elé terjesztenek egy konkrét jogi vitát. Vagyis nem a szabály és a valamiképpen tőle független érdek kettőséből indultak ki Heckék az érdekkutató iskola kialakításánál. A büntetőjogban azonban ebbe az irányba mentek el, még Philipp Heck 1912-fellépése előtt: „Merkel Adolf és Liszt Ferenc (...) e két sok szempontból ellentétes nézetű író a jogtalanság és a büntetendő cselekmény lényegére vonatkozó tanításaikban egyaránt Jheringnek, a modern tételes jogbölcészlet atyjának a követői. Mindketten Jheringtől veszik át a reális kiindulási pontot, hogy a jogtalanságot nem elég alakilag definiálni, hanem annak lényegét, tartalmát és célját is kell vizsgálni, és megállapítani” (Finkey 1909:23). Ezzel pedig a büntetőjogban a szabály és a mögöttes érdek elszakításával a szabályt leértékelték a bíró számára pusztán „alaki szabályozásként”, és a fontosabb támpontot számára az a szabály mögötti érdekekben adták meg, anyagi jogellenességként megfogalmazva ezt, míg a néhány évvel később induló Interessenjurisprudenz felfogásában a szabály maga az érdekkonfliktus absztrakt szintű eldöntése, mely érdekdöntéshez a bíró aztán kötve van a későbbiekben.

3) Az állampárti időszak fejleményei

Az 1950-90 közötti időszak állampárti jogi gondolkodásának témánkat érintő nézeteinek összefoglalására rendelkezésre áll Békés Imre visszatekintő tanulmánya 1994-ből, mely még elég közel volt az időszakhoz, hogy közvetlen közletről mutassa be e nézeteket (Békés 1994:9-30). Bár közvetlen jogpolitikai megfontolásai miatt - ti. a hatályos Btk. tartalmazza a társadalomra veszélyesség fogalmát, és mivel új Btk. nem várható ezért ezt gondolatilag is adottnak kell venni egy ezzel foglalkozó jogfogalmi elemzésben – kötött maradt a szerző a kialakult fogalmi keretekhez, minden kritikai bemutatása mellett. Bemutatása szerint a tényállásszerűség az 1950-es évektől egyre inkább kitágult a fogalmi elemzésekben, és az általános törvényi tényállás tanaként a büntetőjogi felelősség minden elemét magában foglalta, míg az eredeti értelmű tényállásszerűség a „diszpozíciószerűség” név alatt futott: „...nagyon kibővült a tényállásszerűség jelentése is. Ezen nem egyszerűen a különös tényállás elemeinek a kimerítést értették, hanem kibővítették a bűncselekmény-fogalmi ismérvekkel is (...) és az Általános Rész szabályaival is. A Különös Rész tényállás kimerítése a „diszpozíciószerűség” fogalommal jellemeztetett, míg a tényállásszerűség a diszpozíciószerűsége felül magában foglalta az előzőekben említett ismérveket is” (Békés 1994:15). Ebből adódott egy fogalmi zsúfoltság a bűncselekmény-fogalomnál, bevéve a társadalomra veszélyességet, a jogellenességet, a bűnösséget, a büntetendőséget, mivel a társadalomra veszélyesség lényegében a materiális jogellenességnek felelt meg, és a

büntetendőség is a teljes bűncselekményi fogalmi kört átfogta, ugyanúgy, mint a kitágított tényállásszerűség.

Békés Imre megoldásában a fogalmi zsúfoltság oldására és a logikailag tiszta fogalmi kép létrehozása érdekében a bűncselekményfogalmat a materiális jogellenességgel, az eredeti szűk értelmű tényállásszerűséggel és a bűnösséggel kell leírni, úgy, hogy adótnak véve a kötelező hatályos Btk fogalmi-használatot, a materiális jogellenességet társadalomra veszélyességgel is nevezzük: „a bűncselekmény az a cselekmény, amely 1) társadalomra veszélyes (= materiálisan jogellenes), 2) tényállásszerű és 3) bűnös” (Békés 1994:28). E fogalom kialakítása közben végzett elemzéseiben jelzi persze, hogy a jogellenesség materiális jogellenességgel azonosítása, majd ennek társadalomra veszélyességgel azonosítása kiküszöböli azt a lehetőséget, hogy a jogellenességet kizáró okokat elhelyezzük dogmatikailag a bűncselekmény-fogalomban: „Ugyanakkor a jogellenesség fogalom kiküszöbölése egyszersmind a jogelleneséget kizáró okok kategóriáinak rendszerbeli elhelyezését teszi bizonytalanná” (im. 17.p.). Ám végül is ezt nem oldja meg, és úgy adja meg a fenn idézett bűncselekményfogalmát, hogy ezek nem kerülnek elhelyezésre benne.

Ha nem kötjük meg magunkat a hatályos Btk. fogalmi használata által, és elfogulatlanul gondoljuk újra a bűncselekményfogalmat, illetve nem kívánjuk megadni a bírának az eseti döntésekben a törvényhozó tényállásszerű értékelésének felülbírálását, akkor megfelelőbbnek tűnik az előbb már jelzett megoldási javaslatunk: a társadalomra veszélyességgel együtt a materiális jogellenesség fogalmát is el kell vetni, és a tényállásszerűség mellett a kizáró okok két csoportjának (igazoló okok illetve bűnösséget kizáró okok) közös fogalmaként helyezzük el a jogellenesség hiányának fogalmát. Így ha a tényállásszerű cselekvés megvalósítása kapcsán nem merül fel egyik ok sem, akkor az egyben jogellenes is.

A bírói értékelés persze mindenképpen szükséges a büntetőjogban éppúgy, mint a jog minden más területén is, mivel az absztrakt kódex jog „alulról” mindig nyitottan hagyja az egyes cselekvési komponensek tényálláselemek alá szubszumálását. Ennek pontosítására mindig a felsőbbbírói joggyakorlat ad normatív támpontokat. A jog szövegrétege és dogmatikai rétege mellett ez a jog konkretizáló bírói jogrétege (lásd ennek részletes elemzését Pokol 2005:251-268). Ám ez egyrészt nem az egyes bíró szabad értékelését jelenti, hanem a felsőbbbírói kar kollektív bölcsességét, másrészt ez nem korrigálja a törvényhozót, hanem csak a nyitottságaiban kiegészíti. Ennél több változtatási lehetőség egy jogállam demokráciában nem adható a bírói karnak. Még enyhítési irányban sem, mert a zsinórmértékszerűségnek mindkét irányban működni kell.

II. A jogi tárgy közelebbi vizsgálata

1) Claus Roxin a jogi tárgy kategóriájának elemzéséről

Roxin nem a jogellenesség materiális kibővítéséhez teszi a jogi tárgy (Rechtsgut) kategóriáját, hanem az alakí bűncselekmény-fogalom mellett a materiális bűncselekmény fogalmába, melynek feladata a jogalkotó számára annak körülírása, hogy mit minősíthet bűncselekménynek: „Der materielle Verbrechensbegriff ist also dem Strafgesetzbuch vorlagert und liefert dem Gesetzgeber einen kriminalpolitischen Maßstab dafür, was er

bestrafen darf und was er straflos lassen soll” (Roxin 1994:10). A jogi tárgy kategóriája ehhez úgy csatlakozik, hogy a jogalkotó csak jogi tárgy védelmére alkothat bűncselekményi tényállást, és ennek hiányában nem fenyegethet egy cselekvést büntetéssel. Van olyan felfogás – mondja -, hogy fogalom kialakulásakor az 1800-a években a jogi tárgy arra szolgált, hogy a pusztán morális felfogásnak és nem jogi tárgynak minősített védett érzületeket kirekessze a büntethetőség köréből, ám Roxin ezt tagadva csak azt ismeri el, hogy az utóbbi évtizedekben tényleg ellát ilyen funkciót. Pl. a homoszexualitás vagy a szodómia büntetésénél - ami a németeknél 1969-ig bűncselekménynek minősült - az ennek eltörlésére törekvők úgy érveltek, hogy ezek mint pusztán morális felfogások sértései nem rendelkeznek védendő jogi tárggyal, és ezek csak e jelleget nélkülöző „általános fogalmak”: „Es fehlt bei ihnen an einer „realen Verletzungskausalität”, sie können daher nach dieser Lehre nur als Verstöße gegen „Allgemeingriffe” wie die Moral nicht aber als Rechtsgüterverletzungen verstanden werden” (i.m. 11.p.)

A jogalkotó másik irányú korlátozását azzal igyekeztek létrehozni a jogi tárgy kategóriájának egyes értelmezői az 1900-as évek elején a németeknél, hogy a jogi tárgyat mint az állam előttiakat - az állam rendelkezéseitől függetleneket – fogták fel, és ezzel a pusztán állam által létrehozott tilalmak illetve előírások büntetőjogi védelmét kizárni igyekeztek, és azokat csak pusztán hatósági szabálysértéseként (Ordnungswidrigkeit) látták büntetésnek alávethetőnek: „weil der Gegenstand des Verbotes oder Gebotes durch den Staat überhaupt erst geschaffen worden also nicht vorgegeben und insofern kein Rechtsgut ist” (i.m. 12.p.). Roxin jelzi ennek problematikusságát, mert sok büntetőjogi tilalom általános fogalmakat véd, mint az „állam”, a „jogszolgáltatás”, a pénz „értékállósága” stb., és ezek büntetőjogi védelmével szemben senki nem emel kifogást. Pedig ezek is csak az állam rendelkezések saját alkotásai, és ezután védik ezeket büntetőjogilag. Vagyis ez a felfogás inkább csak ürügy és igazoló alapok keresése meghatározott témák büntetőjogi szabályozásának megváltoztatására és a büntetőjogból kirekesztésére. De nem ért egyet Roxin azzal a másik irányú felfogással sem, amelyik pedig leszűkíti a jogi tárgy fogalmát, és pusztán mint szabályozási regisztert fogja fel a büntetőjogi szabályok egy-egy csoportjának tárgyfelsorolásaként a jogi tárgyak szerepét: „Solche Überlegungen könnten auf den Standpunkt des sog. „methodischen” Rechtsgutsbegriffe führen, der unter einem Rechtsgut nur eine zusammenfassende Denkform für den Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze” (Grünhut, 1930) eine „Abbréviatur der Zweckgedankens” damit „die ratio legis” der einzelnen Tatbestände versteht. Damit wäre aber die Bedeutung des Rechtsgutsbegriffs für den materiellen Verbrechenslehre gänzlich preisgegeben; denn da der Gesetzgeber natürlich mit jeder Vorschrift irgendeinen Zweck verfolgt, wäre eo ipso ein Rechtsgut immer gegeben” (im 13.p.). Ennek tehát csak rendszerező funkciója lenne, és ez nem elfogadható – mondja Roxin.

A megoldás szerinte abban állhat, ha a jogi tárgyakat mint az alkotmány elveinek korlátrendszerét fogjuk fel a büntetőjog alkotói előtt: „Der richtige Ansatz liegt in der Erkenntnis, daß die einzige dem Strafgesetzgeber vorgegebene Beschränkung in den Prinzipien der Verfassung liegt”. (im. 14.p.). Ezzel Roxin meg is emeli a jogi tárgy kategóriájának jelentőségét, mert a jogi tárgyak így nem egyszerűen az egyes jogtudósok szellemi alkotásaként jelennének meg, hanem mint az alkotmányból folyó köteleességek a büntetőjog alkotója felé. Ám ezután ő is csak olyan folyamatokat sorol fel az alkotmány elveiből, melyek az előbbi korlátozási szándékokban is megjelentek pl. „az önkényes büntetéssel fenyegetés mögött nem állnak jog tárgyak” (ilyennek minősítve a valamilyen szimbólumhasználattal szembeni büntetőjogi szabályokat), vagy: „a pusztán ideológiai célkitűzések mögött nem állnak jog tárgyak”, és itt is felfogás kérdése, hogy mit tekintünk

ilyenek, vagy: „a pusztán morálellesség nem sért jogi tárgyat”, ami szintén felveti, hogy ki mit minősít „puszta” morálfelfogásnak.

Összegezve: Roxin csak átnevezi az általa is kritizált ’állam-előtti célkitűzéseket’ „alkotmányos korlátrendszernek”, de a büntetőjog-alkotónak előírásokat készítő jogi tárgy-teoretikusként csak saját szubjektív felfogását képes jogalkotót ellenőrző „materiális” bűncselekmény-fogalomra formálni. Így érdemesebbnek tűnik az egyszerű „metodikai jogi tárgy”-felfogásnál megállni, mely egyszerűen csak rendszerezi a bűncselekmény fajtákat, de nem igyekszik korlátként állni a jogalkotó elé.

Nézzük meg azonban átfogóbb jogelméleti szinten az itt megjelenő problémát, amit ezen a szinten úgy fogalmazhatunk meg, mint *a jogtudományi szellemi termékek jogpolitikai alternatívákká válásának területét*, melyekből a társadalom különböző politikai táborai az értékeik és ideológiai világnézetükhöz közelálló jogászprofesszorok segítségével kiválasztják a programjaik és mögöttes társadalmi csoportjaik által preferált büntetőszabályozási alternatívákat és ezek vezérlő elveit. Pl. a kisebbségi csoportok szavazataira kiemelten építő liberálisok feltehetően azokat a vezérlő elveket fogják támogatni, melyek - hogy Roxin fenti példájánál maradjunk - a homoszexuális jellegű erőszakos nemi bűncselekményeket éppolyan tényállásalemekekkel írják le, és büntetési tételekkel sújtják, mint a különműveket illetően – fellépve aztán azokkal a hatályos büntetőjogi normákkal szemben, melyek eltérő mércéket használnak e téren -, míg ezzel szemben a heteroszexuális nemi kapcsolatoknak nagyobb súlyt adó kereszténydemokrata pártok e dilemmában feltehetően a homoszexuális jellegűek tényállásalemekeit és büntetési tételeit szélesebben és súlyosabban büntető megoldások felé hajlanak majd, és azokat a vezérlő elveket támogatják, melyek egy ilyen büntetőjogot tesznek lehetővé. Vagyis az eltérő politikai táborok különböző világképei és preferált társadalomépítési vízióik révén egy sor büntetőjogi elv és büntetőjogi tényállás de lege ferenda javaslatai között szelekció megy végbe folyamatosan e táborok jogpolitikusai és baráti jogászprofesszorai tevékenységében, és a választásokon törvényhozási többséghez és kormányra jutva valamelyik tábor büntetőpolitikává transzformált elképzeléseiből büntetőjogi rendelkezések, új büntető tényállások jönnek létre. (A jogpolitika általános elemzéséhez lásd Pokol 2005:177-194). Nincs tehát egy „tudományos” büntetőpolitika, vagy az, hogy az egyik tudományosabb lenne, mint a másik, hanem csak különböző, politika felé transzformált tudományos elképzelések, melyek a rivalizáló világnézetek és társadalomépítési tervek által meghatározottak. Mint Wolfgang Naucke írja: „Sokan a politika eltudományosítását követelik, és azt, hogy a politika vegye át a ’jó’, tudományos büntetőjogi modelleket a jogtudománytól. E azonban csak egy hiábavaló játék, mert egy absztrakt-utópikus állami politikát képzelnek el, amely a pártpolitikák fölött állva tudományos lehet” (Naucke 1987:30).

A gond tehát az Roxin materiális bűncselekmény-fogalomra törekvésével, hogy a jogtudomány (jelesül: a büntető jogtudomány) területébe kívánja bevonni ezt az alapvetően kriminálpolitikai területet, és tudományos választ kíván adni arra, ami csak eldönthetetlen ideológiai értékviszáltság lehet. Ezeket a tudományosan eldönthetetlen értékviszáltságokat ugyan az alkotmánybírók intézményesítésével egy sor országban a részben napi politika felett álló fórum révén államilag eldönthetővé tették, de ezek érvelései egy-egy ilyen döntésnél továbbra sem tekinthetők tudományos érveléseknek, amit az mutat a legjobban, hogy új alkotmánybírói stábok kinevezésével alaposan eltérő érvelések fognak születni mindig a későbbiekben - hol ennek, hol annak a politikai tábornak kedvezve. Összegezve tehát, a materiális bűncselekménytan a jogpolitikai értékviszáltságokat igyekszik „eltudományosítani”- hogy Naucke kifejezését használjam -, és ezzel eltorzítja e tézisek jellegét, hisz így a materiális bűncselekménytan mindenkori megfogalmazójától függ, hogy

melyik társadalmi-politikai csoport preferenciái által szelektált büntetőpolitikai vezérlő elveket fogja ebbe belevenni, és melyeket mint „megcáfoltakat” kihagyni. Ezen nem változtat az sem, ha az alkotmány absztrakt elveiből igyekeznek levezetni ilyen büntetőpolitikai vezérlő elveket levezetni - ahogy Roxin teszi -, hisz itt ugyanúgy szembenálló értékvilágok általi interpretációk lehetségesek. Így a különbség csak annyi lesz, hogy a szembenálló jogpolitikusok (illetve a politikai táborok baráti jogászprofesszor segítői) jogforrási szintet váltanak, és most már nem a törvényhozás konkrétabb szabályozási szintjén vitatják meg a de lege ferenda alternatívákat, hanem az alkotmánybírói döntések számára kidolgozott alternatívák szintjén. *A jogi tárgyat tehát elszakítva a materiális bűncselekménytől, le kell szűkíteni az egyszerű metodikai szerepre, a bűncselekményi tényállások sokaságában szükséges rendteremtés pusztán taxonómiai segítőjének szerepére.*

Ebben a szerepben azonban fontos funkciója van, mint a Roxin-tanítvány, Knut Amelung kiemelte. Amelung nagyrészt szakított mestere materiális bűncselekmény-fogalomra törekvésével, mely az értékvilágra alapozással a törvényhozónak direktívákat kívánt valamiképpen adni. Ezt a szakítást a világos indokkal támasztja alá, hogy a pluralista társadalomban az érték-együttesek pluralitása létezik, és az eltérő társadalmi rétegek és csoportok eltérő értékpreferenciákkal rendelkeznek. Csak a sokmillió állampolgári tömegek parlamenti választása és egy törvényhozási többség létrehozása egy-egy ciklusra tud ebben ideiglenes nyugvó állapotokat létrehozni. Az érték-együttesek közötti választás és ez alapján direktívák adása a törvényhozó felé így nem a társadalomtudósok és a büntetőjogászok feladata, hisz ők csak a saját társadalmi csoportjaik értékhangsúlyait tudják kötelezővé tenni: „Da es bis jetzt nicht gelungen ist den Verbrechenbegriff mit Hilfe eines vorpositiven Rechtsgutsbegriff zu materialisieren, scheint es an der Zeit, die prinzipiellen Gründe dafür ins Auge zu fassen und daraus die Konsequenzen zu ziehen. Da Güter aus einem Werturteil entstehen, ist es in einer wertpluralistischen oder gar multikulturellen Gesellschaft nicht möglich, eine konsensfähige und verblindliche Rechtsgutslehre auf außergesetzlich Wertungen zu stützen (...) Das demokratische Gesetzgebungsverfahren ist ja nicht zuletzt deswegen notwendig geworden, weil Konsens über Werte, der zur Legitimation staatlicher Eingriffe ausreicht, unter den Bedingungen des Wertpluralismus nicht mehr zu finden ist, und deshalb auf prozeduralen Weg hergestellt werden muss” (Amelung 2003:163). Amelung még hozzá teszi, hogy a büntetőjogászok Morisburg-i jogi tárgy-konferenciáján elég nyíltan kiderült, hogy a büntetőjogászok egy részénél erős törvényhozás-ellenes beállítottság létezik, és ebből is fakad az igyekezet a materiális bűncselekmény-fogalomra, és ezzel a törvényhozás elé korlátok állítására.

Nos, Amelung - megmaradva a jogi tárgy belső, jogdogmatikai funkciójánál - az emeli ki, hogy ezzel egy magasabb reflexivitás, gondolati nívó érhető el, mert arra kényszeríti a törvényalkotót és az előkészítésben tevékenykedő büntetőjogász segítőit, illetve a teoretikus büntetőjogászok de lege ferenda javaslatainak munkáit, hogy reflektáljanak az adott bűntényállás jogi tárgyára, kidolgozzák az és végig gondolják ezen a szinten is a bűncselekmény formálását: „Die Normsetzer bewahrte dieser Aspekt des Güterschutzgedanken davor, Regeln zu schaffen, die Gehorsam um des Gehorsams willen verlangen, der Interpret machte sich dies zunutze und suchte nach dem Rechtsgut um den (Schutz-)Zweck einer (Verhaltens-)Norm des Strafrechts ihrer Auslegung zugrunde legen zu können” (Amelung 2003:169).

2) Jogi tárgy mint a büntetőjog alkalmazott alkotmányjoggá formálásának eszköze

A jogi tárgy fogalma a német szerzők egy részénél az egész büntetőjog alkotmányjogiasításának eszközévé is vált az elmúlt években, így nézzük meg Roxinon túlmenően ezt az egész problematikát. Ennek mérsékelt alakja Winfried Hassemer, radikálisabban pedig Bernd Schünemann elemzéseiből bukkan elő ez a kép.

I. Hassemer a jogi tárgy kettős természetét rögzíti, egyrészt jogdogmatikai másrészt jogpolitikai (kriminálpolitikai) szerepéről ír, az elsőt rendszerimmanens, a másodikat rendszerkritikai funkciónak nevezve: „Ich habe in Theorie und Soziologie des Verbrechens (...) die strafrechtsdogmatischen Konzepte vom Rechtsgut systemimmanent, die kriminalpolitisch-rechtssoziologischen Konzepte „systemkritisch“ genannt. Die Unterscheidung scheint mir auch heute noch hilfreich zu sein” (Hassemer 2003:57). Majd ezután jelzi hogy számára jogi tárgy kategóriánál a második, a kriminálpolitikai szerep a fontos: „Es ist bis heute meine Meinung, dass das Rechtsgut als Maßstab guter Kriminalpolitik unverzichtbar ist” (Hassemer 2003:57). A világos kettéválasztás és saját elemzéseinek a kriminálpolitika területére tartozóként minősítése mindenképpen üdvözlendő, mert az egyik legnagyobb zavart az jelenti a jogi tárgy elemzése kapcsán mind a németeknél - és a néhány magyar anyagot olvasva talán az itthoniaknál is -, hogy a két értelmet érintve problémamentesnek vélik, hogy mindkettővel büntetődogmatikát művelnek. Pedig Hassemer jelzése helyesen emeli ki, hogy csak a jogi tárgy kategóriának a különös részi büntetőtényállások rendszerező-osztályozó aspektusa jogdogmatikai, és a törvényhozó számára a különböző értékválasztásokból adódó kritikai elemzések arról, hogy mit lehet, vagy éppen mit kell büntetőtényállássá formálnia, az a politikai táborok jogpolitikai harcainak területét jelenti. Noha e jelleg álcázása és semleges-megdönthetetlen jogdogmatikai érvelésnek feltüntetni a siker egyik eszköze lehet a jogpolitikai harcok mezején, de ez nem csaphatja be a semleges jogtudományi elemzőt.

Nos, Hassemer nem teszi ezt, és nyílt sisakkal lép elénk jogi tárgy elemzéseivel mint kriminálpolitikus. A jogi tárgy természetét az alkotmányos alapjogok analógiájára fogja fel, mely éppúgy korlátozza az államot egy cselekvés büntetőjogi szankcionálás alá vonásában, mint az alapjogok is, így a jogi tárgy egy negatív irányú, a büntetőállamot korlátozó funkciót tölt be. Ezt úgy támasztja alá, hogy kiemeli a német alaptörvény 2. cikkelyében rögzített, „a személyiség mindenoldalú kifejlesztéséhez való jogot”, és ezt - meghatározott periódusok alkotmánybírói többsége által kifejtett tézisekre támaszkodva – mint általános cselekvési szabadságjogot az egész jogrendszer középpontjába állítja: „Jedes strafrechtliche Gebot oder Verbot ist ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit. (...) Das Rechtsgut trägt den Kern einer Rechtsfertigung eines Handlungsverbots. Ein strafrechtliches Handlungsverbot - in Form einer Strafdrohung gegenüber einem bestimmten Verhalten - lässt sich nicht rechtfertigen, wenn es sich nicht darauf berufen kann, einen anerkannten Zweck angemessen zu verfolgen” (Hassemer 2003:60). Ebből fakadóan Hassemer a teljes büntetőjogot az alkotmányos alapjogi instrumentárium alapján igyekszik felépíteni, és amennyiben levezethető az alapjogokból egy elismerhető jogi tárgy, akkor azon belül is az alapjogi korlátozás ottani tesztjét, az arányosság követelményét tartja a büntetőjogi szabályozás elé: „Wenn man den strafrechtlichen Begriff und die Konzeption des Rechtsgut in die verfassungsrechtliche Diskussion über das Strafrecht und seine Grenze einpassen will, so müssen zwei Konzepte aus dem Verfassungsrecht und der Wissenschaft vom Verfassungsrecht im Vordergrund stehen: das Übermaß- und Untermaßverbot. Beide sind imstande, die Traditionen des Strafrechts, in deren Mitte das Rechtsgut steht, verfassungsrechtlich zu rekonstruieren” (Hassemer 2003:59). A klasszikus liberális jogi tárgy

felfogásba és büntetőjogi koncepcióba ugyan csak az „Übermaß”, a túlzott büntetőjogi szabályozás kritikája fér bele, de jelzi Hassemer, hogy újabban az alsó küszöb megkövetelése, vagyis egy cselekvés büntetőjogi szabályozás alá vonásának előírása is felmerült a német alkotmánybíróság döntéseiben, így az alkotmányjogiasított jogi tárgy kategória a korlát szerep mellett mint bűncselekménnyé formálási követelmény is funkcionálhat: „Das Untermaßverbot ist, jedenfalls für strafrechtliche Zusammenhänge, kein klassisches Konzept (...) Speziell im Strafrecht ist das Untermaßverbot gerade wegen seiner Friktionen mit den negativen strafrechtkritischen und -einschränkenden Traditionen des Rechtsguts, denn auch auf Kritik gestoßen” (im.62.). Hassemer maga is kritikusan áll ezzel szemben, és az általa felhozott példa mutatja is ennek okát. A német alkotmánybíróság ugyanis az egyik periódusában, amikor nem liberális irányú többség dominált benne, az abortusz szigorú tilalmazása felé ment, el, és e mellett még követelményként is előírta a törvényhozó felé, hogy a meg nem született élet védelme érdekében pönalizálja az abortuszt: „Es ist vom Bundesverfassungsgerichtshof gegenüber den Strafgesetzgeber insbesondere in Entscheidungen zum Abtreibungsverbot aktiviert worden; vgl. zur „Schutzpflicht” für das ungeborene menschliche Leben BVerfGE 88, 203” (im. 62.p.). Jelzi ezután még Hassemer, hogy az alkotmánybírói stáb belső viszonyainak eltolódás a politikai értékvilágok között később aztán azt eredményezte, hogy a vonatkozó új határozatában a pönalizálást most már éppen hogy eltörölni követte, és e helyett az abortusz előtti tanácsadáson megjelenésre kötelezés törvénybe foglalására utasította a törvényhozót (im.63.p.).

Ezek a bonyodalmak jól mutatják a büntetődogmatika alkotmányos alapjogokhoz kötésének hátulütőit, és az ebből fakadó kriminálpolitikai követelmények szükségszerű változásait. Ugyanis amikor egy kereszténydemokrata és katolikus értékekhez ragaszkodó alkotmánybírói többség egy szabadelvűbb és liberálisabb többség felé tolódik el - akár egy bíró cseréje után -, akkor az egész addigi alkotmányjogiasított büntetőjogi szabályozás változás alá kerül, és amit eddig alkotmányos követelményként írtak elő az mostantól kedve alkotmányellenessé válik, majd egy újabb alkotmánybírói többség létrejötte után ismét kezdődik minden előről. Ismét leszögezhetjük tehát: a formális bűncselekmény-fogalom és büntetőjog fölé egy „materiális” büntetőjog megkonstruálására törekvés a jogdogmatika szintjén reménytelen vállalkozás, mert ami politikai értékválasztás függvénye azt nem lehet logikai természetű semleges döntéssé tenni.

II. Jól mutatják ezt Bernd Schünemann jogi tárgyra vonatkozó elemzése is, aki az alkotmányjogi elvekhez kapcsolt jogi tárgy kategóriájának bevetésével néhány, eddig szentnek tekintett büntetőjogi alapelv félretolását is lehetőknek látja. Így - szemben a jogi tárgy Amelungnál látott törvénytörvényhez hű maradó jogalkalmazói értelmezésbe bevonásával - a büntetőtörvénykönyv szövegétől elszakadó, szabad bírói jogértelmezés eszközeként fogalmazza meg ennek szerepét: „Indem sie gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes eine allgemeinere Dimension erschließt und damit die Grundprinzipien des Strafrechts für die Interpretation fruchtbar macht, bildet sie deren „Fluchtpunkt” und bringt den liberalen Grundgedanken, der eine verfassungsrechtliche Dimension repräsentiert, unmittelbar in die Gesetzesauslegung ein, ohne sogleich mit der Kalamität belastet zu sein, die Verfassungswidrigkeit einer Entscheidung des Gesetzgebers begründen zu müssen” (Schünemann 2003:134). Vagyis az alkotmányjogi alapjogok absztrakt jogelvi szintű támpontjai Schünemann-nál már nemcsak az alkotmánybírói döntésekhez kötöttek, azok függvényében jönnek be a büntetőjogba, hanem ezt félretolva már *bármely büntetőbíró által közvetlenül is használhatóan* - a törvény szövegével szemben is („gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes”!). E lehetőség felvetésének az oka aztán ott mutatkozik meg, amikor Schünemann kritizálja a német alkotmánybírói többséget, hogy a kanabis-használat

pönalizálását - jogi tárgy hiánya miatt - nem minősítette alkotmányellenesnek, hanem a törvényhozó belátására bízta, hogy mit tesz ez ügybe: „Bedauerlicherweise hat das BVerfG das Gegenteil getan: Es hat bereits auf der analytischen Ebene die kritische Potenz des Rechtsgüterschutzprinzips verschmäht, es hat die spezifische Schwelle für den Einsatz des Strafrechts eingegeben, und es hat damit im Ergebnis die Strafrechtstheorie auf ein voraufklärerische Niveau zurückgeschraubt” (Schünemann 2003:145). Ha nem lehet bízni az alkotmánybírákban, akkor a büntetőbíró maga veszi kézbe a dolgokat a törvényhozó és a törvénytörő fölé álló „alkotmányos” jogi tárgyak alapján - vonhatjuk le Schünemann tézisét, és eddig azért Hassemer nem ment el.

3) A jogi tárgy és a „harm principle” összehasonlítása

Andrew von Hirsch Cambridge büntetőjogelméleti centrumának vezetőjeként jó rálátással van az angolszász területek büntetőjogtudományában a jogi tárgyhoz hasonló szerepet betöltő „harm principle” fogalmi körére, és a két fogalmat összevetve érdekes belátásokra jut. A „harm principle” eredetileg a liberális politikai értékvilágból kitekintve alkotó John Stuart Mill tézise volt, mely az állam büntetőjogi fellépésének határait a másoknak okozott károkhoz kötötte. Ezzel egy sor vallási előírást és érzelmeket sértő cselekmény kiesett a pönalizálás lehetőségéből, mert ezek mint pusztán eszmei sérelmek nem okoztak károkat. De ugyanígy az egyes egyént saját magát illető esetleges káros hatás ellen sem léphetett fel e teória szerint a büntetőjog, hisz a felelős ember önmaga tudja a legjobban, hogy mit tegyen saját érdekében, és az atyáskodó állam paternalista büntetőjoga ezt a szabadságot nem sértheti meg. A liberális politikai pártok aztán kormányra kerülve később felhasználták e tézist a korabeli büntetőjog tényállásainak alapos megrostálásra, de az idők folyamán nyilvánvalóvá vált ennek szűkössége, és tágabb elvek mentén a pönalizálás határainak megfogalmazása. Az 1980-as években az amerikai Joel Feinberg e törekvések összefoglalására bővítette ki a „harm principle-t” mint a büntetőjog legitim határának alapját az „offence principle”-vel, mely a másoknak károkozás mellett a mások érzelmeinek, személyi integritásának a sérelmét fogalja magában. Pl. nyilvános szexuális cselekmények szankcionálásának büntetőjogi alapját ez adhatja meg: „Interessant ist Feinbergs Ansatz, derartige Verbote nicht über das „Harm Principle” zu erklären, sondern durch ein anderes Prinzip, nämlich das „Offence Principle” oder gut deutsch: das Belästigungsprinzip. Belästigungen führen nach Feinberg nicht zu einem Schaden im Sinne des „Harm Principle”. Sie erwecken aber bei anderen Personen gewisse unerwünschte Empfindungen, Feinberg ist der Auffassung derartige Verhaltensweisen dürften strafrechtlich verboten werden, wenn die unerwünschten Gefühle hinreichend intensiv sowie weit verbreitet sind und die Handlungen, die diese Gefühle auslösen, in der Öffentlichkeit in einer Weise vorgenommen werden, die es schwer machen, sich zu entziehen und sie nicht wahrzunehmen” (Hirsch 2003:22). Feinberg tehát e szélesebb területen zsinórmércszerű követelményeket fektet le, mint pl. a védett érzés széles elterjedtségét, intenzivitásának magas fokát, melyekre talán példának lehet hozni a vérfertőzéssel szembeni társadalmi érzelmeiket, és amelyeknek ilyen jellegű nagyon is megtapasztalhatták egyes büntetőjogászok, amikor Svájcban az 1980-as években egy ilyen jogászból álló szakértőbizottság - jog tárgy hiányának okán - javaslatot tett a vérfertőzés pönalizálásának leszűkítésére az egyenesági leszármazók viszonyában, és társadalmi felháborodás gyorsan levetette ezt a nyilvános megvitatás elől (lásd Stratenwerth 2003:258).

Noha Hirsch kritizálja Feinberget, hogy az offence principle túlságosan szubjektív jellegű, és nehéz ez alapján a legitim pönalizálás határait meghúzni, de más német szerzők kiemelik,

hogy ezzel a németek jogi tárgy elméletének túlságosan szűk határait (mely nagyjából a harm principle-pel egyező módon húzza meg a legitim pönalizálás határait) tágítani lehet, és az absztraktabb érzéseket és értékeket sértő cselekményeket is be lehet ide vonni, ahogy a tényleges német büntetőjogi tényállások teszik is: „Zum einen ist zu prüfen, ob die Rechtsgutstheorie durch ein dem „offence principle“ entsprechendes zweites Standbein ergänzt werden soll (...) Ergänzend ist im Anschluss an einen Diskussionsbeitrag Seelmanns darauf hinzuweisen, dass sich dann, wenn man an einem Belästigungsprinzip als eigenständiger Grundlage für die Pönalisierung von Verhaltensweisen festhalten möchte, das Problem ergibt, Rechtsgutstheorie and Belästigungsprinzip in ein in sich kohärentes Gesamtkonzept einzuordnen” (Wohlers 20103:283-284).

Ezzel a bővítéssel persze a jogi tárgy kritikai vonalának hívei, különösen ennek az alkotmányos alapjogokhoz kötött formájának szószólói kevésbé tudnák felhasználni a létező büntetőjog egy sor tényállásának kirekesztésére, mivel ezen a kerülő úton egy sor mélyen gyökerező erkölcsi norma és vallási érzés, illetve szimbólum általános szinten is a legitim pönalizálás keretén belülré kerül. Persze ez csak általános kriminálpolitikai háttér lehet, mert ténylegesen amúgy is mindenkor a parlamenti erőviszonyok szerint domináló politikai táborok döntenek el a pönalizálás határait.

Irodalom

- Ambos, Kai (2006): 100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen”: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene? In: Zeitschrift für Internationale Rechtsdogmatik. 10/2006. S. 464-471.
- Amelung, Knut (2003): Der Begriff des Rechtsgut in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. In: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel? Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 155-182.p.
- Békés Imre (1994): A jogállami büntetőjog bűncselekménytani alapjai. In: Margitán/Kisfaludi (szerk.): Nyugat-európai hatások a magyar jogrendszer fejlődésében. ELTE ÁJK Kiadványa. Budapest 1994. 9-30.p.
- Dubber, Markus Dirk (2005): Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Amerikanische Überlegungen zu zwei zentralen Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft. Buffalo Law Center, State University of New York at Buffalo.
- Filó Mihály (2007): Az eutanázia a büntetőjogi gondolkodásban. Doktori (Ph.D.) értekezés. ELTE ÁJK. Budapest 2007 (Kézirat).
- Finkey Ferenc (1909): A jogtalanság mint a büntetendő cselekmény ismérve. Székfoglaló Értekezés. Magyar Tudományos Akadémia. Budapest.
- Hassemer, Winfried (2003): Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel? Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 57-64.p.
- Hegel, G. W. F. (1971): A jogfilozófia alapvonalai. (Ford. Szemere Samu). Akadémia Kiadó. Budapest.
- Hirsch, Andrew von (2003): Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle”. In: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel? Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden.

13-25.p.

- Nagy Ferenc (2000): A jogellenességet kizáró okok elvi kérdéseiről. In: Geller Balázs (szerk.): Békés Imre ünnepi kötet. Az ELTE ÁJK Kiadványa, Budapest 2000. 334-357.p.
- Nagy Ferenc (2001): A magyar büntetőjog általános része. (Bővített, átdolgozott kiadás). Korona Kiadó. Budapest.
- Nagy Ferenc (2007): Helyzetkép-vázlat a büntetőjogi dogmatikáról. In: Szabó Miklós (szerk): Jogdogmatika és jogelmélet. Miskolc. Bíbor Kiadó. 273-290.p.
- Nagy Ferenc (2007b): A jogtalanság, illetve a jogellenesség és bűnösség elválasztásáról – német dogmatikai háttérrel. Jogelméleti Szemle 2007/4. sz.
- Nagy Ferenc (2008/a): Gondolatok a jogi tárgyról. Szeged. Kézirat.
- Nagy Ferenc (2008/b): A jog tárgya. Szeged. Kézirat.
- Naucke, Wolfgang (1987): Entwicklung der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland. In: Hassemer (szerk.): Strafrechtspolitik. Frankfurt am Main. Lang Verlag.
- Pauler Tivadar (1864): Büntetőjogtan. Kiadja Pfeifer Ferdinánd. Pest.
- Pokol Béla (2005): Jogelmélet. Társadalomtudományi Trilógia II. Századvég. Kiadó. Budapest.
- Pokol Béla: Büntetőjogdogmatika-történeti elemzések. Jogelméleti Szemle 2007/3.
- Pokol Béla (2008): Középkori és újkori jogtudomány. Dialóg Campus Kiadó. Budapest.
- Roxin, Claus (1994): Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, C. H. Beck'sche Verlag. München. 957.p.
- Rüping, Hinrich/G. Jerouschek (2007): Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 5. völlig überarbeitete Auflage. Velag C. H. Beck. München.
- Schnierer Aladár (1888): A büntetőjog általános tanai. Az 1878. V. és XL. Törvénycikkek alapján. Franklin Társulat. Budapest.
- Schünemann, Bernd (2003): Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel? Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 133-154.p.
- Sratenwerth, Günter (2003): Kriminalisierung bei Dekikten gegen Kollektivrechtsgüter. In: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel? Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 255-260. p.
- Wohlers, Wolfgang (2003): Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers. In: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel? Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 281-285.p.