

Jogirodalomra történő hivatkozás a bíróságok ítéleteiben A jogtudomány és a „népi dogmatika”

Zódi Zsolt*

Bevezetés

Ez a fejezet a kötet által feldolgozott témakörök közül elsősorban a jogtudomány szerepével és hasznával (vagy inkább használatával) kapcsolatban tesz néhány megállapítást. Pontosabban arra kérdez rá, hogy a magyar bíróságok hogyan hivatkozzák és használják a jogtudományi érveket.

A tételes jogtudományi eredmények, megállapítások és fogalmak beszivárgása a joggyakorlatba, a jogtudomány által kidolgozott dogmatikai konstrukciók használata a bírói érvelésben vagy – másképp fogalmazva – a dogmatikai és a jogirodalmi értelmezés jól ismert és sokat elemzett jelenség.¹ Talán az sem szorul különösebb bizonyításra, hogy ugyanennek a fordítottja is igaz: a tételes jogtudományok egyik legfontosabb feladata épp az, hogy olyan konceptuális támpontokat dolgozzanak ki, „amelyek segítségével értelmet lehet adni a jogi gyakorlatoknak”.² Azaz a (dogmatikai) jogtudomány és a joggyakorlat között egy oda-visszaható kapcsolat van: a jogtudomány fogalmait a joggyakorlat gyakran használja, a jogtudomány ugyanakkor a fogalmak, megkülönböztetések és érvelési mintázatok egy részét a joggyakorlatból, a bírói ítéletek érveléséből szűri ki és dolgozza fel. Meg kell jegyezni, hogy ez a megállapítás azt is implikálja, hogy abban a vitában, amely arról szól, hogy a jogdogmatikát lehet-e egyáltalán jogtudománynak tekinteni, én határozottan azon az állásponton vagyok, hogy a dogmatika művelhető tudományos színvonalon.³ Az is igaz azonban, hogy nem minden dogmatikai tevékenység és erőfeszítés esik a tudomány terejére. Ahogy például az általam elemzett „népi dogmatika” bizonyosan nem.

* Tudományos munkatárs, MTA TK JTI, egyetemi docens, Budapesti Corvinus Egyetem.

¹ Legutóbb a magyar irodalomban Szabó Miklós – Jakab András: *A jogdogmatikai kutatás*. In: *A Jog tudománya; tudománytörténeti tudományelméleti írások, gyakorlati tanácsokkal*. Budapest, HVG–ORAC, 2015. 51–78. és különösen 53–55. A jogirodalmi értelmezés megjelenésével a magyar bírói gyakorlatban jelen kötetben is foglalkozik két fejezet: Tóth J. Zoltán: *A dogmatikai és a jogirodalmi értelmezés a magyar felsőbbbírósági gyakorlatban* 221–238. és Elek Balázs: *A jogirodalom által közvetített jogtudomány és a büntető ítélkezés* 152–177.

² E kötetben Bódig Máttyás: *A jogtudomány módszertani karaktere és a dogmatikai tudomány eszméje*, 86–109.

³ Hosszabb ideje – egyebek közt a jelen kötetben közölt tanulmányában is – ezzel markánsan ellentétes álláspontot foglal el Pokol Béla. Az elméleti álláspontok részletes kifejtéseként lásd Szabó Miklós (szerk.): *Jogdogmatika és jogelmélet*, Bóbor, Miskolc, 2007. A kötetben – amely a dogmatika státusáról rendezett, 2006-os miskolci konferencia anyagát dolgozza fel – Pokol álláspontjához közel eső nézeten volt Varga Csaba is. Ezzel ellentétes, és az enyémhez közelebb eső elméletet pedig Szabó Miklós, Bódig Máttyás és Gyórfi Tamás fejtett ki.

Ebben a fejezetben amellet érvelek, hogy ez az egyszerűnek tűnő kétirányú kapcsolat jóval bonyolultabb annál, mint amit fentebb röviden jeleztem. A statisztikák szerint a magyar bíróságok *nagyon keveset hivatkoznak jogirodalmi műveket*, ugyanakkor a gyakorlati munkálkodásukat a dogmatika mégis igen széles körben áthatja. Ez arra utal, hogy a dogmatikát – amire támaszkodnak – a bírák többnyire nem közvetlenül a jogtudományi művekből merítik. Ennek a dogmatikának más a dinamikája és más a belső szerkezete is. A jogtudomány dogmatikai építómunkája hat ugyan a joggyakorlatra, ám gyakran csak közvetett és áttételes módon. Mint azt később bizonyítani igyekszem, gyakran olyan dogmatikai kategóriákon keresztül, amelyek használata felett csak igen korlátozott ellenőrzést gyakorol.

A fejezet első része – egy empirikus kutatás eredményeire támaszkodva – a bírák explicit hivatkozási gyakorlatát vizsgálja az ítéletekben.⁴ A kutatás adatokat szolgáltat arra nézve, hogy a bírák a mindennapi ítélezésben milyen gyakran és milyen megoszlásban hivatkozzák a jogtudományi, jogirodalmi műveket. Ezeknek az adatoknak az elemzésével támasztom alá azt a megfigyelést, hogy a magyar bíróságok ritkán hivatkoznak konkrét jogirodalmi műveket. Itt szólok röviden a kutatás háttéréről és előzményeiről is, amelyben a magyar bírósági ítéletekben található, korábbi ítéletekre (döntvényekre) történő hivatkozásokról készítettünk statisztikákat, majd vontam le belőlük következtetéseket.⁵

A második következtetésemre a statisztikák elemzése során jutottam: ekkor figyeltem fel ugyanis arra, hogy meglehetősen egyoldalú (és ezért torz) képet festünk a jogtudomány szerepéről és használatáról a bírói érvelésben, ha kizárólag az explicit idézetekre, és a jogirodalmi álláspontokra kifejezetten rámutató érvelésekre figyelünk. A magyar bírósági ítéletek ugyanis igen gyakran használnak olyan fogalmakat, érveket, megkülönböztetéseket és kifejezéseket, amelyeket *nem* találunk meg a tételes jogban, de nem nevezhetőek jogon kívülieknek sem. Ezeket szokásosan a „dogmatikaiként” aposztrofált tudás részeként emlegetjük. Szinte lehetetlen ezekről a fogalmakról és érvekről kimerítő felsorolást készíteni, de elég, ha olyan példákra gondolunk, mint a jogág fogalma, a közjog–magánjog megkülönböztetés, a kógencia és a diszpozitivitás szembeállítás, a *nemo plus iuris* szabálya, vagy a kártérítési felelősséget megalapozó „négy elem” (jogellenesség, felrőhatóság, kár és okozati összefüggés). Ha a figyelmünket ezekre a megkülönböztetésekre, fogalmakra és érvekre összpontosítjuk, egészen más képet kapunk, mint az explicit hivatkozások elemzésekor. Azt látjuk, hogy ezekből meglepően sok található az ítéletekben – az explicit jogirodalomra hivatkozó ítéleteket egy *nagyságrenddel* meghaladó mennyiség.

⁴ Az „empirikus” itt természetesen nem társadalmi tények megfigyelését és statisztikai összegzését jelenti, hanem szövegekben található karaktermintázatok számítógépes-statisztikai elemzését. Ezért bizonyos mértékig jogosulatlan is az „empirikus” szó használata. Találóból lenne „tartalomlemzési” vagy „gépi tartalomlemzési” módszernek hívni ezt a módszert. Ugyanakkor, mivel ez is számszerűsíthető paraméterek megfigyelésén alapszik, úgy döntöttem, hogy mégis mindenki számára jobban érthető „empirikus” jelzőt használom, akárcsak a 6. lábjegyzetben hivatkozott hivatkozásstatisztikai kutatások többsége.

⁵ Kizárólag a nem szerkesztett, az ún. *Bírósági Határozatok Gyűjteménye* elnevezésű internetes adatbázisban közzétett „egyedi, érdemi” (anonimizált) határozatokról van szó. A többes szám első személy használata nem stilsztikai kérdés: elsősorban akkori kollegám, Grósz Tamás informatikus közreműködésére utal, aki az egyik kereskedelmi forgalomban kapható jogi adatbázis-rendszer (az Opten Kft. OptiJUS rendszere) adatbázisából végezte el a lekérdezéseket.

A tanulmány második felében ezzel a jelenséggel foglalkozom. Itt a következtetésem végső soron az lesz, hogy ezek a fogalmak és érvek nem az eredeti finom és sokszor komplikált formájukban kerülnek be a bírói érvelésekbe, hanem eredeti kontextusukból kiszakítva, sokszor durvább, egyenesen vulgarizált verzióban. Ráadásul a bírák nem közvetlenül a szakirodalomból veszik ezeket az érveket (ezeknek a dogmatikai „közhelyeknek” gyakorta már nem is tudható az eredeti forrásuk), hanem egymástól lesik el, olykor kicsit változtatva is rajtuk, sőt, akár félre is értve őket. Mindennek a dinamikája igencsak hasonlít a folklórra: egy népdal vagy mondóka terjedésére. Ezért ezeknek a forrásmegjelölés nélküli, jogszabály-szöveghez nem köthető, de dogmatikai természetű érveknek, fogalmaknak és megkülönböztetéseknek a használatát, illetve az egész jelenséget „népi dogmatikának” neveztem el.

A gépi kutatás eredményei

Bizonyos számszerű paraméterek, főként pedig a *hivatkozások* mérése a jogi szövegekben a jogtudomány területén több évtizedes múltra tekint vissza.⁶ Korábban (2012-ben) magam is végeztem kutatásokat ezen a területen.⁷ A korábbi és a mostani kutatásunk az amerikai, új-zélandi és német előzményektől annyiban tér el, hogy azokat számítógép segítségével készítettük.

A módszer lényege a következő: A bírósági határozatokra történő hivatkozásokat a forrásul szolgáló kereskedelmi adatbázisban korábban már az automaták felismerték, és hiperlinkként tárolták. A statisztikákhoz ezeket a hiperlinkeket számoltuk, és jelenítettük meg különböző metszetekben. Mivel a gép az egzakt módon idézett jogeseteket igen jól felismeri, ezekből egészen pontos statisztikákat lehet készíteni. Ugyanakkor már 2012-ben felmerült, hogy meg kellene mérni más hivatkozás-típusokat is, például a jogszabály-hivatkozásokat, az EU-s jogforrásokra történő hivatkozásokat vagy épp a jogtudományra történő hivatkozásokat is.

Mikor rászántam magam az utóbbiak megszámlálására, egy egyszerű módszertani problémába ütköztem. A jogtudományra történő hivatkozások nincsenek linkként meg-

⁶ John Henry Merryman: The Authority of Authority: What the California Supreme Court Cited in 1950, 6 *Stanford Law Review* (1953-1954) 613.; William A. Landes – Richard A. Posner: Legal Precedent: a Theoretical and Empirical Analysis, 19 *Journal of Law & Economy* (1976) 249.; John Henry Merryman: Toward a Theory of Citations: an Empirical Study of the Citation Practice of the California Supreme Court in 1950, 1960, and 1970, *Southern California Law Review* 50 (1977-1978) 381., Frank B. Cross – James F. Spriggs II – Timothy R. Johnson – Paul J. Wahlbeck: Citations in the U.S Supreme Court: an Empirical Study of their Use, and Significance 2010, *University of Illinois Law Review* (2010) 489.; Charles A. Johnson: Citations to Authority in Supreme Court Opinions, *Law & Policy* 7 (1985) 509.; Friedman, Lawrence M. – Kagan, Robert A. – Cartwright, Bliss – Wheeler, Stanton: State Supreme Courts: A Century of Style and Citation, *Stanford Law Review* 33 (1981) 773.; Peter McCormick: Judicial Citation, The Supreme Court of Canada and the Lower Courts: The Case of Alberta, *Alberta Law Review* 34 (1996) 870.; Russel Smith: An Empirical Study of Citation Practice in the New Zealand Court of Appeal, *Victoria University Wellington Law Review* 31 (2000) 847. A német jog vonatkozásában: Wagner-Döbler – Roland – Philipps – Lothar (1992): Präjudizien in der Rechtsprechung: Statistische Untersuchungen anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte, 23 *Rechtstheorie*, (1992), 228–242.

⁷ Zódi Zsolt: A korábbi esetekre történő hivatkozások mintázatai a magyar bíróságok ítéleteiben, *MTA Law Working Papers* 2014/1. – http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2014_01_Zodi_Zsolt.pdf 43

jelenítve, tehát csak akkor lehet megtalálni őket, ha bizonyos szavakra, kifejezésekre keresünk. Ebben a tekintetben két típust különböztettem meg. Egyfelől az általános, jogirodalomra utalókat (pl. „jogirodalom”, „szakirodalom”). Ezek szerepeltek már a 2012-es kutatásban is.⁸ Másfelől ki lehet gyűjteni az egyes *művekre* utaló hivatkozásokat, amelyeket a legnagyobb magyar kiadóvállalatok nevéből, vagy széles körben használt jogi adatbázis termékek nevéből lehet felismerni. („HVG-ORAC”, „Jogtár”). Kétségtől igaz, hogy a módszer messze nem olyan pontos, mint amikor a géppel felismert és stabil hivatkozási konvenciókon nyugvó hiperlinkekkel operálunk, de bizonyosan nem is torzít jelentősen.

Itt érdemes néhány szót ejteni arról, hogy a kutatás sokban hasonlít Tóth J. Zoltán jelen kötetben szereplő elemzésére. A kettő között ugyanakkor jelentős különbségek vannak mind a módszertan, mind a levont következtetéseket illetően. Az eltérő következtetésekre a tanulmányban a releváns pontokon térek majd ki, a módszertani különbségekről azonban itt kell szólni. E tekintetben három lényegi eltérés van a két kutatás között. Az egyik a kutatási cél. Tóth kutatásának a különböző értelmezési módszerek azonosítása volt a célja, amelyek közül a jogirodalmi értelmezés „valamilyen konkrét jogtudományi munka alapján dönti el a felmerülő értelmezési problémát”.⁹ Az én elemzésem kiindulópontja ezzel szemben egy korábbi, gépi-statisztikai kutatás, amelyben – mint említettem – a bírósági ítéletekben található *korábbi bírói ítéletekre való hivatkozásokat* vizsgáltam. E kutatás mellékszálaként végeztem el a *jogirodalmi hivatkozásokra* történő keresést, amelynek megismételt eredményeit alább táblázatokban adom közre. A kiindulópontok különbsége jelentős eltérésekhez vezethet olyan esetekben, amikor a bíró úgy emlegeti a jogirodalmat, mint amire *nem* kíván támaszkodni. (Például a fél citál egy kommentárt, de a bíró ezt elutasítja). Ezeket a gép természetesen ugyanúgy felismerte, és berakta a statisztikába mint a jogirodalmat egyetértően hivatkozó eseteket. A másik – jóval fontosabb – különbség a két kutatás között a vizsgált bírósági ítéletek *típusa* és *mennyisége* (az alapsokaság). Tóth J. Zoltán tanulmánya 217, a *Bírósági Határozatok* című lapban közzétett, egyenként elolvasott kúriai döntés részletes elemzésén alapul, míg az enyém összességében több mint 122 000 bírósági ítélet *gépi elemzésén*. Ennek több komoly következménye is van. A Tóth által elemzett, BH-ban közzétett döntések szinte kivétel nélkül kúriai döntések, amelyek ráadásul szerkesztetten kerültek közlésre. (A Kúria rövidíti a döntést, és bizonyos részeket kihúz az ítéletekből, majd elvi összefoglalóval látja el őket.) Ez korántsem mellékes, mert a hivatkozás-statisztikai kutatás világosan kimutatta, hogy a Kúria a közzétételkor hajlamos inkább *elvenni* a hivatkozásokból. Érdemi különbség, hogy a kutatásom olyan adatbázissal dolgozott, amelyben a döntések eredeti verziójukban is szerepeltek. Még fontosabb azonban az, hogy az én kutatásom is megmutatta azt, hogy a döntvényekre és a jogirodalomra való hivatkozásokat illetően a legaktívabb bíróságok az Ítéletábrák, amelyek Tóth J. kutatásában nem szerepeltek. Ez a számokat – mint azt majd láthatjuk – felfelé mozdította el a kutatásom-

⁸ Lásd (7. l.)

⁹ Lásd Tóth J. Zoltán fejezetét, 228.

ban. Végül a legfontosabb módszertani különbség az, hogy Tóth J. a „jogtudományt” és a „dogmatikát” – hasonlóan Pokol Bélához – két teljesen különböző „világnak” véli. Mivel emiatt a módszertani előfeltevés miatt én meglehetősen eltérő következtetésekre jutok a tanulmányomban, ezzel a mozzanattal alább részletesen foglalkozom.

2012-ben arra számítottam, hogy jelentős mennyiségű hivatkozást fogok találni, legalább a felsőbb bíróságok ítéleteiben. Legnagyobb meglepetésemre azonban a magyar bíróságok ítéleteiben a szakirodalomra történő hivatkozások száma elenyésző volt. Tóth J. Zoltán kutatása egyébként ugyannerre az eredményre jutott. Ez gyakorlatilag minden bírósági szinten igaz. Sőt, a Kúria *meglepően inaktív* ebben a tekintetben. És bár a mostani kutatásban a keresőszavakat kibővítettem néhány újjal (a kiadók neveivel), és bevontam néhány új dokumentum-típust is (a szerkesztett döntvényeket), a számok nem sokat változtak.

A legegyszerűbb összefüggéseket három táblázatban össze lehet foglalni. Mindhárom az alapvető keresőszavak előfordulásait veszi számba különböző szempontok szerint.

1. tábla Hivatkozás a jogtudományi érvekre utaló kifejezésekre dokumentum- (ítélet)típusonként

	Jog- egységi hat.	Kollé- giumi véle- mény	Elvi Hat.	Bírósági Hat.	Ítéltő- táblai Hat.	Egyedi érdemi hat.	Összesen
Dokumentumok száma	175	1 177	2 789	20 826	1 979	95 081	122 027
<i>Hivatkozások száma</i>							
„Jogirodalom”	11	0	18	50	33	327	439
„Szakirodalom”	12	1	11	30	14	450	517
„Jogtudomány”	4	1	6	32	4	175	222
Kiadó neve (KJK, HVG–ORAC, CompLex)	8	0	16	27	50	790	891
Hivatkozások száma összesen	35	2	51	139	101	1 742	2 069
Hivatkozások száma %-ban	20,0%	0,2%	1,8%	0,7%	5,1%	1,8%	1,7%

Jól látható, hogy a táblázatban megjelenített kifejezések az összes ítélet mindössze 1,7 %-ában, összesen alig több mint kétezerszer fordulnak elő az adatbázisban. Ez egy több mint 122 ezer dokumentumot tartalmazó halmaz esetén igen csekély számnak mondható. A táblázatból azonnal szembeötlik a két legmagasabb érték, a jogegységi határozatokban található hivatkozások 20%-os aránya és az ítéltőtáblák

sját lapjában, az Ítéltáblai Határozatokban közzétett döntésekben található több mint 5%-os arány.

Az előbbi adattal kapcsolatban nehéz adekvát magyarázatot találni. Kézenfekvő volna a jelenséget azzal magyarázni, hogy a Kúria a jogegységi döntésekben igen komplikált és erősen vitatott, sőt az alsóbíróságok által is többféleképpen eldöntött problémáról foglal állást, és ez az érvek diverzifikálásának, így a jogtudományi érvek felhasználásának irányába tereli. Erre a kézenfekvő magyarázatra azonban éppen a következő oszlop cáfol rá. A hasonlóan nehéz és vitatott kérdéseket rendező, ráadásul általános, absztrakt megfogalmazású, majd hogyanem jogszabályi elvontságú és egy-egy percsoport problémáit tipikusan szinte tudományos igénnyel feldolgozó kollégiumi vélemények és állásfoglalások¹⁰ esetén a szám éppen az ellenkező irányba, az átlagnál kisebb gyakoriságra mutat. A Kúria általánosan csekély hajlandósága, hogy a jogirodalmat idézze egyedi döntésekben, szintén nem ezt támasztja alá. A jogirodalmi hivatkozások magas száma a jogegységi határozatokban tehát valamilyen más okra vezethető vissza. Ezt az okot további kutatásokkal kell majd meglelni.

Szintén nehéz megokolni a második megfigyelést az Ítéltáblai Határozatokról. Bár itt talán egy fokkal meggyőzőbb magyarázat adódik. A következő, bírósági szintek szerinti táblázat ugyanis szintén megerősíti, hogy az Ítéltábla (akárcsak a korábbi esetekre történő hivatkozások esetén) a jogtudományi hivatkozások területén aktívabb, mint a többi bíróság. Úgy tűnik, mintha az a szokás, hogy az érveket az indokolásokban diverzifikálják, és nemcsak a jogszabály-helyekre alapozzák, az Ítéltáblákon erősebben érvényesülne, mint más bírósági szinteken. Ennek számtalan oka lehet: a feleknek (a képviselőiknek) az ügyek nagyobb súlyából folyó erősebb idézési hajlandósága (a beadványokban eleve diverzifikáltabb az érvrendszer, és a bíróságoknak erre reflektálni kell), annak súlya és felelőssége, hogy az ítéletek itt már mindig jogerőre emelkednek,¹¹ valamint a Kúria felé történő „beszéd”. Ezek megint csak hipotézisek, ellenőrzésüket később el kell végezni.

¹⁰ A kollégiumi véleményről lásd Zódi Zsolt: Búcsú a kollégiumi véleménytől? *Magyar Jog* 2014/11.

¹¹ Köszönöm Buglyó Gabriella fővárosi törvényszéki bírónak, aki egy másik kontextusban, (t.i. abban, hogy a törvényszéken nem választottam szét az első fokú és a másodfokú judikatúrát) felhívta erre a körülményre a figyelmemet a 2013. november 27-én a Kúrián tartott műhelybeszélgetésen. Vö. Kintzly Péter: Precedensjog-e a magyar jog, műhelyvita a Kúrián, *Magyar Jog* 2014/6. 380.

2. tábla Hivatkozás a jogtudományi érvekre utaló kifejezésekre bírósági szintenként

	Kúria	Ítéltáblák	Törvénytörvény- székek	Járásbíró- ságok	Összesen
Dokumentumok száma	43 425	27 480	42 712	8 410	12 2027
<i>Hivatkozások száma</i>					
„Jogirodalom”	129	188	117	20	454
„Szakirodalom”	88	123	273	46	530
„Jogtudomány”	77	53	81	33	244
Kiadó neve (KJK, HVG–ORAC, CompLex)	130	326	340	45	841
Hivatkozások száma összesen	424	690	811	144	2 069
Hivatkozások száma %-ban	1,0%	2,5%	1,9%	1,7%	1,7%

A második táblázatban különösen figyelemre méltó, hogy a Kúria kifejezetten tartózkodik az explicit, konkrét műre hivatkozó jogtudományi érvek használatától. Ez látszik már az 1. táblázatban a BH-kban található hivatkozások alacsony számából is (hiszen a BH-k döntő többsége kúriai ítélet), de ebben a táblázatban az összefüggés még világosabbá válik. Itt sem tudok egyértelmű magyarázatokat adni, csak hipotéziseim vannak. A Kúriának mint felülvizsgálati bíróságnak a *jogszabálysértést* kell vizsgálnia. Ennek megfelelően konkrét jogszabályhelyekre kell rámutatnia, és így a jogtudományi érvek eleve csak másodlagos szerepet játszhatnak. Annak, hogy a felülvizsgált ítélet a jogszabályoknak megfelel-e vagy sérti azokat, egyértelműen ki kell derülnie pusztán abból, hogy a tényállást és a másodfokú ítélet érvelését az adott jogszabályhelyre vetítjük. A jogirodalmi álláspontok felidézése ezt az érvelést inkább gyengíti, mint erősíti. Mivel ezeket a feltevéseket megint csak nem tudom igazolni, magyarázó erejüket szintén jövőbeli kutatásoknak kell tisztázniuk.

3. tábla Hivatkozás a jogtudományi érvekre az anonimizált határozatokban¹² ügyszakonként

	Büntető ügyszak	Polgári (gazdasági és munkaügyi) ügyszak	Közigazgatási ügyszak	Összesen
Dokumentumok száma	11 833	60 162	23 086	95 081
<i>Hivatkozások száma</i>				
„Jogirodalom”	73	235	19	327
„Szakirodalom”	66	301	83	450
„Jogtudomány”	56	101	18	175
Kiadó neve (KJK, HVG–ORAC, CompLex)	180	546	64	790
Hivatkozások száma összesen	375	1 183	185	1 743
Hivatkozások száma %-ban	3,2%	2,0%	0,8%	1,8%

A harmadik táblázat egyértelműen mutatja, hogy a büntető ügyszak szívesebben alkalmaz jogtudományi érveket, mint a többi. Ezzel szemben a közigazgatási ügyszak messze az átlag alatti számban használja a jogirodalmat.

A magyarázatok itt is inkább csak a későbbi kutatási irányokat kijelölő hipotézisek lehetnek: az előbbi esetben a büntetőjogi dogmatika kidolgozottsága,¹³ az utóbbi esetben pedig az elbírálandó ügyek heterogenitása és a közigazgatási dogmatika alulfejlettsége¹⁴ lehet a magyarázat. A büntető ügyszakban feltűnő, hogy az ítéletekben jóval többet hivatkoznak konkrét művekre, mint más ügyszakok. Ez lehet reflektálatlan mintakövetés is, de lehet más magyarázata is, amelyet egyelőre nem tudunk azonosítani.

Az explicit hivatkozások szöveggörnyezetének vizsgálata

A kutatásban egy véletlenszerűen kiválasztott mintán megvizsgáltam a kifejezetten jogirodalomra történő hivatkozások szöveggörnyezetét is. A korábbi kutatástól eltérően nem egy több száz elemes, reprodukálható és ellenőrizhető ítélethalmazt választottam ki (hogy aztán az elolvasásuk után kötött szempontok szerinti paramétereket rögzítsek).

¹² Az ügyszakok problematikus volta miatt a szerkesztett ítéleteket ebből a lekérdezésből kihagytam.

¹³ E kötetben Elek Balázs fejezete mutat rá a büntető ítélkezés és a dogmatika intim kapcsolatára.

¹⁴ Jakab András: A közigazgatási jog tudománya és oktatása Magyarországon. In: Jakab – Menyhárd (szerk.): *A jog tudománya*, HVG–ORAC, Budapest, 2015., 193–217., 210–211.

Ehelyett az egyes fogalmakra történő keresések után, a hivatkozást tartalmazó ítéletek találati listájából véletlenszerűen kiválasztott esetek egy halmazát olvastam el, és az ennek során szerzett benyomásaimat elemeztem.

Korábbi, a döntvényekre történő hivatkozások gyakorlatát vizsgáló kutatásom fényében nem ért meglepetésként az a jelenség, hogy a bírák meglepően sokszor emlegetik a „jogirodalmat” általánosságban, tehát anélkül, hogy művet, szerzőt vagy személyt hivatkoznának. Ez hasonlít ahhoz, ahogy a bírák a „bírói gyakorlatot” emlegetik konkrét döntésre történő hivatkozás nélkül.¹⁵ Ennek – ahogy látom – két magyarázata lehetséges. A kényelmi szempontok mellett felmerül, hogy – ugyancsak a döntvényekre való hivatkozásokhoz hasonlóan – a „jogirodalom” álláspontjának általánosító emlegetése jóval erősebb autoritással bíró érv, mint valamilyen konkrét műnek a hivatkozása. A döntvények esetén a jelenség magyarázata úgy hangzik, hogy az egyedi döntvényeknek nincsen kötelező ereje, de az „állandósult bírói gyakorlat” kötelező erővel bírhat.¹⁶ Elképzelhető, hogy a bírák ezt a logikát viszik át a jogirodalomra történő hivatkozásokra is. Ráadásul ennek az érvelésnek – amely egyébként véleményem szerint elég problematikus – az az előnye is megvan, hogy gyakorlatilag lehetetlen vitatkozni vele.

A bíróságok által idézett jogirodalmi munkák szinte kivétel nélkül kommentárok vagy gyakorlatias orientációjú kézikönyvek, azaz nem *par excellence* tudományos művek (például monográfiák vagy szakcikkek) voltak. Én magam nem találtam olyan ítéletet, amely konkrét tudományos műre hivatkozott volna, bár Elek Balázs jelen kötetben közölt tanulmánya¹⁷ azt bizonyítja, hogy ilyen esetek is léteznek. De az biztos, hogy többségben vannak.

Úgy tűnik, hogy a jogirodalomra történő hivatkozás legtöbbször *ultima ratio*ként működik. Szemmel láthatóan csak akkor húzzák ezt elő a bírák a kalapból, amikor *már minden más érvük elfogyott*.

¹⁵ Zódi (7. lj.) 47.

¹⁶ Német megfelelőjének a „*herrschende Meinung*”-nak széles körű irodalma van, lásd pl. Bernadette Tuschak: *Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2009.; Lepsius, S. (2006). *Communis opinio doctorum*. In: A. Cordes, H. Lück, & D. Werkmüller (eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Erich Schmidt, Berlin 2006.; Thomas Drosdeck: *Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle: Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*, Dunckert & Humblot, Berlin, 1989. Magyarul: Szabó Béla: *Doktor alkotta jog; Communis opinio doctorum és más jelenségek*. In: Szabó Miklós (szerk.): *Ius humanum; Ember alkotta jog*, Bíbor, Miskolc, 2001. 111., 155. Itt érdemes megjegyezni, hogy a francia jogtudományban „la Doctrine”-ként emlegetett jelenség nagyban hasonlít arra, amiről ez az írás szól. lásd pl. Horatia Murr Watt: *The Epistemological Function of 'la Doctrine' in Mark van Hoecke (szerk.): Methodologies of Legal Research; Which Kind of Method for What kind of Discipline*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2011., 123-131.

¹⁷ Lásd Elek Balázs fejezetét.

Még olyan esettel is találkoztam, hogy a bíró egy *rosszul megszővegezett* (és ésszerűtlen eredményekre vezető) jogszabályi rendelkezés kikerülésére, átértelmezésére, tehát valójában *contra legem* értelmezésre használta a jogirodalmi hivatkozást.¹⁸

Ezzel függ össze az is, hogy az ítéletek szövegéből sokszor közvetve az derül ki, hogy a jogirodalomra eredetileg gyakran a *felek* hivatkoztak, és a bíró csak kényszerűségből követte őket. Ez azonban azt is implikálja, hogy a felek ilyen érvei igen gyakran nem kerülnek bele az ítéletekbe. Korábban már a döntvényi hivatkozásoknál is megfigyeltem, hogy amikor a bíró nem kívánja figyelembe venni a felek ilyen, „nem kötelezően alkalmazandó” forrásokra történő hivatkozásait, gyakran egyszerűen ignorálja azokat, azaz nem veszteget energiát az érvek visszaverésére, cáfolatára.¹⁹ A jelenség oka részben kulturális, részben munkatakarékossági. Mivel sem a döntvényeknek, sem a jogirodalomnak nincs jogforrási ereje, tehát nem kötelező, egyszerűbb a felek érvelését figyelmen kívül hagyni, mint a döntvénynek vagy a kommentárban leírt megállapításnak alaposan utánanézni. Ezt a gyakorlatot a magam részéről igen problematikusnak tartom. Azt az esetet leszámítva, amikor a fél valóban teljesen irreleváns érveléssel áll elő, a bírónak kötelessége lenne az ítéletben minden érdemi felvetésre reflektálni, még akkor is, ha ez jóval nagyobb munkaterhet, erőfeszítést jelent.

A vizsgált hivatkozások *tartalmilag* az érvek két absztrakciós szintjét képviselik. Az *alacsonyabb* szint, amely *formailag* megjelenhet a jogirodalomra történő általános

¹⁸ „A jogirodalomban többségi vélemény alakult ki arról, hogy mivel a 104. § a 98. § (1) bekezdésében szabályozottal analóg eseteket rendez, és a 98. § (1) bekezdés szerinti három hónapos határidőt a törvény kifejezetten jogvesztőként jelöli meg, így helyes értelmezés mellett a 104. §-ban írt három hónapos határidők is jogvesztő jellegűnek tekintendők. (Sárközy Tamás: A társasági és a cégtörvény kommentárja, HVG-ORAC, Budapest, 2004. I. kötet 476.) Ismert az ítéletábra előtt, hogy a CompLex CD Jogtár kommentárja azt a megállapítást teszi, a Gt. 104. §-ában írt határidő nem jogvesztő jellegű, ezért elmulasztása esetén a Pp. általános szabályai szerint igazolási kérelemnek van helye. A Legfelsőbb Bíróság jogértelmezési gyakorlatában születtek a Gt. 104. § (2) bekezdésében írt határidőt elévülési határidőnek tekintő döntések (pl.: Legfelsőbb Bíróság Cgf. II. 32.292/2001. számú határozat, közzétéve a Közigazgatási–Gazdasági Döntvénytár 2002/10. 223. jogeset szám alatt, Legfelsőbb Bíróság Cgf. VII. 32.875/2001. számú határozat, közzétéve a Közigazgatási–Gazdasági Döntvénytár 2003/2. 31. jogeset szám alatt), ugyanakkor a Legfelsőbb Bíróság többségi határozatai szerint is a határidő objektív jellegű (ez utóbbi gyakorlatra hivatkozik Sárközy Tamás: A társasági és a cégtörvény kommentárjában; HVG-ORAC, Budapest, 2004. I. kötet 476–477., Cgf. II. 32.635/2000/2. számú döntés). Megjegyzendő, hogy 2001. évet követően is születtek a Gt. 104. §-ának (2) bekezdésében írt határidő objektív jellegét kimondó Legfelsőbb Bírósági eseti döntések, azonban ezek közzétételére nem került sor (Cgf. VII. 30.116/2001/2., Cgf. VII. 30.667/2002/2., Cgf. VII. 30.301/2002/2, Cgf. II. 31.947/2001/2., Cgf. II. 30.153/2002/2., Cgf. VII. 30.025/2002/2. számú határozatok, hozzáférhetőek a Legfelsőbb Bíróság határozatainak adatbázisában). Az ellentétes bírói gyakorlat miatt – a jelen üggyhöz hasonló tényállás mellett – a Legfelsőbb Bíróság mint felülvizsgálati bíróság is állást foglalt a határidő jellegéről. A Gfv. X. 31.678/2002/3. számú – nem közzétett, de a Legfelsőbb Bíróság határozatainak megjelentetett – felülvizsgálati eljárásban hozott határozat úgy foglalt állást, hogy a Gt. 101. §-ának (3) bekezdése folytán megfelelően irányadó Gt. 98. §-ának (1) bekezdésében foglaltakra tekintettel a 104. §-ban meghatározott három hónapos határidő jogvesztő határidőnek tekintendő és ez független attól, hogy az egyedüli beltag (kültag) döntése, avagy halála miatt szűnt meg tagsági viszonya a bt.-ben.” (IH 125/2005.)

¹⁹ Zódi (7. lj.) 18.

utalással,²⁰ és konkrét műre hivatkozással is²¹, általában egy konkrét jogi megoldás mellett érvel akként, hogy azt a kommentár vagy a „jogirodalom” rögzíti. A jogirodalomban bevett álláspont persze leggyakrabban magából a bírói gyakorlatból kiemelt és helyesnek tartott megoldás, így akár döntvényi hivatkozás is lehetne.

Vannak azonban olyak érvek, amelyek ennél *magasabb absztrakciós* szinten mozognak. Ezek általában valamiféle „köztudomású” ismeretként emlegetnek bizonyos fogalmakat vagy konstrukciókat.²² Ezeknél az absztraktabb érveknél soha nem találhatunk konkrét műre történő utalást. Sőt, igen gyakran *semmilyen, még általánosító utalás sem történik a jogirodalomra* – a bírák ezeket az érveket további magyarázatra nem szoruló természetességgel, olykor a „dogmatikát” általában emlegető kurta utalással alapozzák meg.²³ Ennek az érdekes jelenségnek a magyarázata azonban már átvezet bennünket a „népi dogmatika” témaköréhez.

A „népi dogmatika”

Ilyen kevés jogirodalmi hivatkozás mellett felmerülhet, hogy a magyar bíróságokat úgy mutassuk be mint törvénypozitivistá, primitíven érvelő, a döntéseik indoklásához a jogszabály szövegétől vagy a bírói gyakorlattól különböző érveket alig használó fórumokat. Ez a kép azonban igencsak leegyszerűsítő és félrevezető lenne. Láthattuk, hogy az ítéletekben található egy sor olyan érv is, amely nem hivatkozott és nem azonosítható jogtudományi munkákból származik. A helyzet azonban még ennél is érdekesebb. A magyar bírói ítéletek ugyanis tele vannak olyan kategóriákkal, fogalmakkal, megkülönböztetésekkel és érvekkel, amelyek nem következnek a jogszabályok szövegéből, de nem nevezhetőek jogon kívüli (például morális vagy *policy* alapú, esetleg az ésszerűséget vagy a „köztudomású tényeket”, tudományos vagy szakmai ismereteket felhívó) érveknek sem. Amellett érvelek, hogy ezeket a jogi jellegű, a jog immanens összefüggéseire támaszkodó, de jogszabály-szöveggel nem, vagy csak közvetve alátámasztható

²⁰ Pl. „A jogirodalomban gyakran semmisségi okként tárgyalják az álképviselő (jóvá nem hagyott) eljárását” (ÍH 34/2007.)

²¹ „A Magyar Büntetőjog Kommentár a gyakorlat számára (HVG–ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft.) 562/23. oldala szerint a Btk. 226. § (1) bekezdése szerinti ...bűncselekmény tetteste csak hivatalos személy lehet, részese nem hivatalos személy is. A bűncselekmény társtettese lehet olyan nem hivatalos személy, aki a hivatalos személlyel szándékességben – annak tudatában, hogy a hivatalos személy jogtalanul jár el – bántalmazza a sértettet.” Gyulai Törvényszék B.369/2010/18, Testi sértés.; További példával szolgált a Veszprémi Törvényszék, amikor a Bf.408/2008/6 ügyben (Csalás vétsége) egy pontosan meg nem nevezett kommentár három helyét és az itt található két BH-t is idézi annak a megállapításnak az alátámasztására, hogy „Nem minősül önkéntes elállásnak, ha a terheltet a vagyon elleni bűncselekménye befejezésében külső körülmény akadályozza meg”. Vagy „a vádlott súlyos betegsége nem indokolja az eljárás felfüggesztését, (...) ezt az álláspontot tükrözi a HVG–ORAC Kiadó Be. Kommentárja is a Be. 188. § (1) bekezdéséhez fűzött magyarázatával, mely szerint csakis a fizikai lehetetlenség kategóriája (komatózus állapot, tartós fekvőbetegség) vonható ebbe a körbe.” ÍH 52/2014.; de ld. még Szombathelyi Törvényszék Bf.153/2008/14, Kúria Bfv.527/2008/6., stb.

²² Pl. „A hivatkozott alapelv érvényesülése nem egy abszolút, anyagi jogi értelemben vett igazságosság elérését szolgálja. Az igazságosság a polgári perben jelentheti a döntés igazságosságát és az eljárás igazságosságát. Az előbbiről akkor beszélhetünk, ha a határozat a valóságot tükrözi, tartalmazza a releváns tényeket és – a jogirodalom szerint – a tételek jognak megfelelés mellett a méltányosság elve szerinti kiigazítást.” (ÍH 22/2012.)

²³ Csaknem 400 ítélet általánosságban a dogmatikára. A Győri Ítéletábra Gf.20195/2011/3, számú ítéletében például a *nemo plus iuris* szabályával összefüggésben emlegeti a dogmatikát.

érveket a dogmatikai érvek egyik típusának kell tekintenünk. Bizonyos sajátosságai miatt (amelyekre a későbbiekben részletesen kitérek) ezeknek a fogalmaknak és érveknek a készletét „népi dogmatikának” nevezem. Ha ezekre is kiterjesztjük a vizsgálódásunk horizontját, akkor a néhány százaléknyi hivatkozás mellett ítéletek tízezreit találjuk, amelyek relevánsak az elemzésünk szempontjából.

Itt persze felmerül egy sor módszertani kétség. Hogyan határolhatóak el ezek az érvek a nem jogi érvektől? Mi közük van a jogtudományhoz? Mi a viszonyuk ahhoz a régóta ismert jelenséghez, amit „bírói szokásjognak” nevezünk? Mi a viszonya ezeknek az érveknek a „jogirodalmi értelmezéshez”? Előbb ezekről a módszertani kétségekről szólok néhány szót.

Az ítéletek szövegében olykor valóban nehéz szétszálazni a nem-jogi és a jogi érveket, és utóbbi kategórián belül a törvényi fogalmakkal operáló, illetve egyéb eredetű érveket. Az elhatárolási nehézségeket jól példázza az az eset, amikor egy bűncselekmény összefüggésében a bíró – a kísérlet és az előkészület megkülönböztetése céljából – az események időbeli sorrendjét elemzi. Amíg a fejtegetés valóban csak az események időrendi sorrendjét taglalja, beszélhetünk jogon kívüli (a tényekre vonatkozó) érvelésről. Amikor azonban a konkrét bűncselekmény megítélésénél ennek jelentősége van a kísérlet és az előkészület elhatárolása szempontjából, a felhasznált érvek már jogi jellegűek – még akkor is, ha túlmennek a Btk. erre vonatkozó, szikár definícióján,²⁴ és nem jogszabályokból, hanem más forrásokból származnak.²⁵

De van egy további összefüggés is. Ha már jogiként azonosítottunk egy érvet, amely a jogszabályokból közvetlenül nem vezethető le, akkor még mindig kérdéses, hogy a jogtudomány-e az érv forrása. Mivel a témánk a jogtudomány szerepe, számunkra ez a kérdés abban a konkrét formában vetődik fel, hogy a jogi, de nem jogszabályból eredő érveléseket nevezhetjük-e jogtudományinak. Ez a kérdés úgy is feltehető, hogy vajon ezek az érvek hol születnek? Ha egy bíró például a magánjog–közjog dichotómiával érvel, vagy a kógencia és diszpozitivitás fogalmait használja, akkor jogtudományi eredetű érvelést használ-e vagy sem?

Ha a jogtudomány megnyilvánulásairól beszélünk, hajlamosak vagyunk azt gondolni, hogy azok valamiféle pedigrével rendelkező emberek által írt, és maguk is pedigrével rendelkező szövegek, művek. Tehát jellemzően tudósok által írt szakkikkek, monográfiák vagy legfeljebb kommentárok.²⁶ De mit kezdünk azokkal az érvekkel és megkülönböztetésekkel, amelyek ebben a pedigrére alapozó értelemben nem nevezhetőek jogtudományi érveknek, de nem nevezhetőek tételes jogi érveknek *sem*, hiszen nem találhatók meg a tételes jog anyagában? Ezeket az érveket és fogalmakat bele szoktuk érteni a „jogdogmatika” fogalmába, és a velük való munkálkodást joggal nevezzük dogmatikai erőfeszítésnek.²⁷ Az biztos, hogy az a dogmatika, amit jogtudósok művelnek a monográfiákban, a szakkikkekben, ritkábban pedig a kommentárokból, különbözik attól a jelenségtől, amit itt próbálok jellemezni. Természetesen már a kiindulópont is eltér, hiszen egy monográfia célja egy adott fogalom lehető legrészletesebb, legalapo-

²⁴ 2012. évi C. törvény a Büntető Törvénykönyvről 10. § (1) bekezdés és 11. § (1) bekezdés.

²⁵ ÍH 51/2012. – ez a jogeset egyébként arra is példa, hogy az érvelés, „kommentárra” utal, forrásmegjelölés nélkül.

²⁶ A kommentár mint jogirodalmi műfaj vitatott karakteréről lásd jelen kötet Bevezetését 22-24.

²⁷ Lásd Szabó – Jakab (1. lj.) 55. és köv.

sabb, leginkább ellentmondásmentes elemzése, sőt, újszerű megállapítások közlése. A jelentés feltárásának tétje tehát teljesen más, mint egy ítéletben, ahol a népi dogmatika megjelenik. A bíró célja gyakorlatias: a jogesetet kell valahogy megoldania.

További módszertani kérdés, hogy mennyiben különböznek ezek a fogalmak és megkülönböztetések attól a kategóriától, amit általában „bírói szokásjognak” szoktak nevezni. Hiszen az itt kifejtett „népi dogmatikára” talán egyszerűen azt is lehet mondani, hogy ez csak a jó öreg „bírói szokásjog” egy új elnevezése. Én azonban határozottan azt gondolom, hogy itt másról van szó. A bírói szokásjog alatt rendszerint a bíróságok által kialakított gyakorlatot, az egyes hasonló ügyekben, ügycsoportokban született *hasonló válaszokat*, megoldásokat értik – és nem az érvelés mintázatait.²⁸ Így a bírói szokásjog inkább egy ítéleti megoldásokban manifesztálódó, „gyengén normatív” *szabályhalmaz*. Számomra itt azonban nem elsősorban az érdekes, hogy egy jogi problémára a bírák végső soron milyen választ adnak, hanem az, *hogyan, mivel érvelnek*. Ebből a szempontból fontos megkülönböztetni ezeket az érveket a direkt, explicit pedigrével rendelkező jogtudományra történő hivatkozásoktól.

Végül az utolsó kérdés az itt exponált „népi dogmatika” és az értelmezési módszerek, egészen konkrétan pedig a „jogtudományi értelmezés” kapcsolata. Ebben a tekintetben az első, legkézenfekvőbb megkülönböztető jegy az, hogy az itt elemzett érvek bár származhatnak épp egy jogtudományi műből is, általában ennek a ténynek nincsen jelentősége, hiszen a művet az ilyen fejtegetésekben soha nem hivatkozzák. A jogág fogalmára, a kártérítés négy elemére vagy a kógenca és a diszpozitivitás megkülönböztetésére történő utalások esetén az ítéletek nem jelölnék meg forrást: általánosságban hivatkoznak a bírói gyakorlatra vagy a jogirodalomra, de gyakran még ezt sem teszik meg. Köztudomásúként, közös szakmai előismeretként támaszkodnak rájuk, érvelnek velük. A második fontos különbség, hogy ezek a megkülönböztetések általában valamilyen absztrakción nyugszanak, „többször használatosak”, sokszor egy mögöttes összefüggést világítanak meg, bontanak ki, amely nem következik egyenesen a jogszabályok szövegéből. Ha a bírák egy jól körülhatárolható tényállással kapcsolatban egy konkrét megoldást akarnak követni, általában konkrétan hivatkoznak egy korábbi jogesetet vagy szakirodalmi forrást.

Tóth J. Zoltán jelen kötetben szereplő, már többször említett tanulmányában²⁹ a szakmai-dogmatikai értelmezést *a nyelvtani értelmezés egyik alfajának* tekinti, és élesen megkülönbözteti mind az explicit hivatkozásokat tartalmazó „jogtudományi jogirodalmi értelmezéstől”, mind pedig a „bírói jog szerinti” értelmezéstől. Én azonban azt hiszem, hogy ezeket a módszereket nagyon nehéz egymástól következetesen elválasztani. Folyamatosan ugyanarról a dolgról beszélünk – épp arról, amit Tóth a jogszabály „valódi jelentésének feltárásaként”³⁰ jellemez. A valódi jelentés ugyanis az eset megoldásához hozzájáruló jelentés. Az, hogy a jelentés feltárására irányuló érvelés folyamatában a bírák hivatkoznak-e konkrét szakirodalmi forrásokat, vagy inkább csak a „jogirodalom”,

²⁸ Hans Wüstendörfer: *Zur Methode soziologischer Rechtsfindung: Zwei systematische Abhandlungen*, Duncker und Humblot, Berlin, 1971., 83.

²⁹ Lásd jelen kötetben Tóth J. tanulmányát, 232.

³⁰ Lásd jelen kötetben Tóth J. fejezetét, 226., 228.

esetleg a „kialakult bírói gyakorlat” álláspontjára utalnak, esetleg a „dogmatika” szót használják az érvelésükben, *szinte teljesen esetleges*. Ugyanazokat az érvelési mintákat használják, és emiatt egy egymásba átfolyó jelenségek csoportjáról beszélhetünk.

Nézzünk most már néhány egyszerű példát ennek a népi dogmatikának a megnyilvánulásaira. A bíróságok a kártérítési jogban gyakorta emlegetik azt, hogy a kártérítés megítéléséhez három (vagy négy) elem szükséges: „a kártérítési felelősség megállapításához a jogellenességnek, a kárnak és az okozati összefüggésnek együttesen kell fennállnia. Ha bármelyik feltétel nem áll fenn, a kártérítő felelősség megállapítására nincs jogi lehetőség.”³¹ A kártérítés elemeire való utalás, amely kifejezetten a népi dogmatika általam említett kategóriájába tartozik, megszámlálhatatlanul sok ítéletben előfordul. Talán nem túlzás azt mondani, hogy az ilyen tárgyú ítéletek többségében.

De hozhatnánk példaként a „jogág” kategóriáját is.³² A jogág kategóriáját a bírói ítéletek általában akkor hozzák be a fejtegetésbe, ha az érvelés része annak bizonyítása, hogy egy meghatározott fogalom vagy kategória „más jogágba tartozik”, és emiatt az adott összefüggésben használhatatlan. Ez fontos lehet annak meghatározása szempontjából, hogy milyen jogkövetkezményt lehet alkalmazni. Így pl. a Legfelsőbb Bíróság a BK 128. kollégiumi állásfoglalásában³³ így érvel:

„A »sértett« nem a büntető anyagi jogban, hanem a büntető eljárásjogban meghatározott fogalom: a Be. 53. §-ának (1) bekezdése szerint »sértett« az, »akinek jogát vagy jogos érdekét a bűncselekmény sértette vagy veszélyeztette«. A büntető jogrendszerben megszokott és teljesen elfogadott, hogy a két jogág kölcsönösen egymás fogalomrendszerét használja anélkül, hogy ez a jogalkalmazásban bármi nehézséggel járna. Mindez azonban nem jelenti azt, hogy a jogágak valamelyikében meghatározott jogi fogalom minden további változtatás nélkül átültethető lenne a másik jogág fogalomrendszerébe. Vonatkozik ez a megállapítás a Btk. 12. §-ának (2) bekezdésében a folytatólagos egység meghatározásánál alkalmazott »sértett« fogalmára is, amelynek értelmezésénél elsődlegesen az említett fogalom anyagi jogi jelentéstartalmát kell alapul venni annak eldöntésénél, hogy mit kell

³¹ Miskolci Törvényszék Pf.21882/2010/4.;További példák e körben:„E körben a bíróságnak a Ptk. 339. §-ában írtakat kellett alapul vennie, miszerint aki másnak jogellenesen kár okoz, köteles azt megtéríteni. A kártérítési felelősség megállapításának ugyanis feltétele a jogellenesség, felróhatóság, a kár, és az okozati összefüggés a kár és a felróható magatartás között.”(Szentesi Járásbíróság P.20441/2006/23). Vagy:„A Ptk. 318. §-a szerinti kártérítési felelősségi alakzat szükséges elemei a kár, a kár és a károkozó (szerződészegő) magatartás közötti ok-okozati összefüggés, a károkozás jogellenessége és felróhatósága. Ezek közül a kárt, ideértve annak mértékét és az okozati összefüggést a károsultnak, míg a jogellenességnek és a felróhatóságnak a hiányát a károkozónak kell bizonyítania.”(Budai Központi Kerületi Bíróság P.22517/2008/43).

³² A „jogág” kifejezés 429 alkalommal fordul elő az ítéletekben.

³³ Az 5/2007. BJE hatályon kívül helyezte ezt a kollégiumi állásfoglalást, de az itteni érvelés szempontjából ennek nincsen jelentősége.

azonos sértetten érteni a több bűncselekmény folytatólagos egységbe vonása szempontjából.”³⁴

Ugyanez igaz a közjog és a magánjog megkülönböztetésére, amelyet a bíróságok gyakran arra használnak, hogy a közjogi jogalanyok (például az önkormányzatok³⁵ vagy a közjegyzők³⁶) magánjogi aktivitásának körében kötött szerződések speciális voltát alátámasszák.

A példák természetesen a végtelenségig szaporíthatóak.³⁷ Ám ez a néhány példa is elég, hogy mondjunk valamit arról a kérdésről, miben különböznek ezek az érvelések a „hardcore jogtudományi” érveléstől. Az első, szinte triviális megfigyelés, hogy az ítéletekben értelemszerűen *csak igen röviden* lehet egy kérdést kifejteni, ezért a megállapítások egyszerűek, kinyilatkoztatásszerűek, tömörítetten megfogalmazottak maradnak. Másodsor – ahogy azt már korábban említettem – az ilyen kategóriák használatakor a bírák semmilyen szakirodalmi forrásra nem utalnak, sőt, gyakran még arra sem, hogy esetleg itt jogdogmatikai érvelésről lenne szó – vagy akárcsak kilépésről a norma szövegéből. A bíróságok jellemző módon köztudomású ismeretként, triviális megállapítás-ként, kvázi „jogászi folklórként” utalnak rájuk. Úgy tesznek, mintha a mondottak mindenki (de legalábbis a jogászok) számára egyértelműek lennének.

Ez a tudás tehát előismeretszerű,³⁸ alulreflektált és instrumentális. A bírák és az ügyvédek a dogmatikai kategóriákra vonatkozó explicit tudásuk legnagyobb részét a jogi egyetemeken szerezték, ám e tudás eredeti forrása, teljes kifejtése és akkori finom szerkezete már rég feledésbe merült. A mindennapi használat során a jogalkalmazók kezében vaskos nyelvi eszközökké, szerszámokká változtak és változnak. További jellegzetessége ezeknek az érveknek, hogy áramlanak, mozognak a bíróságok, a bírák között, valamint a jogtudomány és a joggyakorlat között is. Eközben azonban maguk is változnak, alakulnak. Egy-egy jól sikerült érvelést más bíróságok átvesznek, és csaknem változatlan formában ismétlik meg. Majd a Kúria vagy egy szakcikk vagy kommentár explicitté teszi,

³⁴ További példák: „Az egyébként súlyos kifogás alá eső, de pszichiátriai megbetegedésre visszavezethető szülői magatartás nem felróhatókénti értelmezése a Ptk. 4. § (4) bekezdésében foglaltakat nem sértheti, mert jelen jogviszonyra nem a Ptk., hanem a speciális jogág, a családjog rendelkezései az irányadóak. Másrészt az adott helyzetben, amely nem vonatkoztatható el az alperes pszichés állapotától, az alperes az általában elvárható magatartást nem sértette.” (BH 249/2010.). „A Legfelsőbb Bíróság szerint az alapvetően eldöntendő kérdés az volt a perben, hogy az Szja. tv. 3. § 27. pontja és 63. § (2) bekezdése alapján mit kell »lakáscélú felhasználásra fordított« összegnek tekinteni. Az Szja. tv. erre részletes szabályozást és értelmezést nem ad. Joggal vetődött fel tehát az a jogdogmatikai kérdés, hogy más jogszabály – különösen más jogág – fogalom-meghatározását, értelmezését lehet-e alkalmazni ezen jogi kérdés eldöntésére. Az elsőfokú bíróság egyenként vizsgálta azokat a jogszabályokat (Ltv., OTÉK), amelyre az alperes hivatkozott. Jogszerűen állapította meg, hogy ezen jogszabályokban alkalmazott fogalom-meghatározások nem alkalmazhatók az Szja. tv. esetében. Ennek indoka az eltérő szabályozási célzat” (BH 64/2009.).

³⁵ Pl. ÍH 84/2010, ÍH 26/2010.

³⁶ BH 212/2006.

³⁷ Még néhány, hasonló fogalom az előfordulási gyakorisággal együtt: „kógencia” és „diszpozitivitás” – 255; az „értelmezés egyes módszereire” történő explicit utalás – 341; „aktus” – 1960; „utaló magatartás” és „*culpa in contrahendo*” – 144; „*nemo plus iuris*” – 155.

³⁸ Itt elsősorban Gadamer előítélet-fogalmára mint a megismerés előzetesség-strukturájára gondolok. Hans-Georg Gadamer: *Igazság és módszer*, Gondolat, Budapest, 1984., 191–217.

kisarkítja, tovább bontja, finomítja őket, hogy utána, amikor visszaáramlanak a joggyakorlatba, újabb egyszerűsödésen, rövidülésen menjenek át. Ebből adódik az a további jellegzetesség, hogy gyakorta akár a *tévedés* is belefér az érvelésbe. (Mint ahogy a kártérítési elemeket leíró fejtegetés is hibás, hiszen a kártérítési tényállás legalább négy elemet tartalmaz, nem hármat.) Ebben az összefüggésben persze a „tévedés” szintén kérdéses minősítés, hiszen amikor nincs hivatkozás a szakirodalomra, a gondolatnak, érvek, fogalomnak, konstrukciónak valójában nincsen egyetlen kanonizált verziója, akkor nehezen eldönthető, hogy valóban félreértéssel, tévedéssel állunk-e szemben. A folklórban nincsen tévedés. Ezek az ismeretek – már amennyiben valóban folklórként funkcionálnak – tehát nem kanonizáltak, nem rögzítettek, cseppfolyós állapotban vannak.

Szemléletes példa a fogalmak áramlására a veszélyes üzemi felelősség bírói gyakorlatában a „veszélyes üzem” fogalmának „elvi” megragadására szolgáló „definíció”. Egy pontosan nem azonosított időpontban, de talán a ’90-es évek elején felbukkant magyarázat lényege az, hogy a veszélyes üzem jellegadó ismérve az, hogy „a szokásos működés során fellépő csekély hiba is aránytalanul széles körben vagy aránytalanul súlyos károkat eredményezhet.”³⁹ A Ptk. 1959-es szövegéhez fűzött miniszteri indokolás még egyértelműen a „gépi erőt” tartja a veszélyes üzem fő ismérvének, mögöttes „rációjának”. A „csekély hiba – nagy kár” szabály jóval később tűnt fel, előbb talán a bírói gyakorlatban. Később a kommentár-irodalom is átvette, hogy aztán az egyik legutóbbi Ptk. kommentár már „a bírói gyakorlatban kialakult esetcsoportokban közös fogalmi elemként” utaljon rá.⁴⁰

Ez segít pontosabb választ adni arra a fentebb már tárgyalt kérdésre, hogy vajon jogtudományi érveknek nevezhetők-e a népi dogmatikában használt mintázatok, gondolatok. Az kétségtől igaz, hogy maguk az érvek elsőként olykor a jogtudományban bukkannak fel, de a jogtudomány egy idő után bizonyosan elveszíti a kontrollt felettük. Máskor azonban nem is a tudomány az ősforrás. A (dogmatikai) jogtudomány mindenképpen csak egy eleme annak a folyamatnak, amely ezeket az érveket áramoltatja a jogi szövegek között, és semmiképpen sem tekinthető az érvek végső forrásának és fő mozgatójának. Ahogy azt sem mondhatjuk, hogy ezeknek az érveknek a forrása mindig a joggyakorlat, így ezek a „bírói gyakorlattal való érvelés” részei lennének. Itt tehát egy gyakran nem azonosítható forrású, és állandóan mozgásban levő folyamattal van dolgunk. Az, hogy azt mégis szeretnénk lineáris folyamatként látni, azt hiszem, összefügg a természettudományos tudományeszménynek a 19. század végén aratott győzelmével és a tömegtermeléssel történő összetalálkozásával. Ennek hatására mélyen imprimódott egy elképzelés, amely meghatározza, hogy tipikusan hogyan fogjuk fel a „tudomány” és a „gyakorlat” viszonyát. Eszerint a leegyszerűsítő kép szerint a tudomány a „fejlődés motorja”. „Az új termékek és eljárások – találjuk a II. világháború idején Roosevelttel

³⁹ Fővárosi Ítéletábrla Pf. 21254/2009/6.

⁴⁰ Osztovíts András (szerk.): *A Polgári Törvénykönyv nagykommentárja*, Fuglinszky Ádám a 6:535-höz, Opten Kft., Budapest, 2015., 4. kötet, 106. Az érvelés szerkezetét részletesen ismertetem egy másik írásomban. Zódi Zsolt: *Precedenskövetés és jogszabály-értelmezés, Állam és Jogtudomány 2014/3. 60–85., 76–77.*

elnöknek írt ún. Bush–jelentésben⁴¹ – nem felnőttként születnek. Olyan új elveken és koncepciókon alapszanak, amelyeket a tudományos alapkutatás eredményez.” A tudomány és a gyakorlat viszonya ebben az elgondolásban tehát lineáris. Az alapkutatást az alkalmazott kutatás, a fejlesztés, majd a késztermék követi.⁴²

Ez az elképzelés talán igaz is lehet a természettudományok esetén (bár újabban sok bírálat éri ezen a területen is⁴³), de a jogi fogalmak életútja, valamint a jogtudomány és a joggyakorlat viszonya *bizonyosan más*. Vegyük csak azt a kézenfekvő példát, hogy a magánjog legtöbb fogalma a római jogra vezethető vissza, de ezek a fogalmak is számtalan rendszerezésen, újra-rendszerezésen, értelmezésen és újra-értelmezésen estek át, miközben a jogtudomány és a joggyakorlat egymásra felelgetve két évezreden át használta és magyarázta ezeket. Az egyetlen jogeset kapcsán adott *responsum* fogalmát előbb Gaius, aztán a *Digesta*, később a glosszák és kommentárok, majd a pandektisztika és a kodifikációt megelőző *Begriffsjurisprudenz*, végül a német kodifikáció használta. A szerződés érvénytelenségének vagy a birtoknak a fogalma így jelenik meg a magyar kodifikációs kísérletekben (például az Mtj.-ben) és a két magyar magánjogi kódexben (1959 és 2015). A legfontosabb, hogy a fogalmak folytonosan áramlanak, és ennek az áramlásnak nincsen soha vége. A római jogi eredetű fogalom feltűnik a kódexek anyagához tapadó jogtudományi értekezésekben, a kommentár- és tankönyvirodalomban, ezekben alakul, formálódik és formálja a jövő jogászgenerációinak gondolkodását. Így gyakran beépül a gyakorló jogászok érvkészletébe, feltűnik – de már igencsak leegyszerűsített formában – a beadványokban és az ítéletekben. A fogalomra alapozott érv adott esetben már csak durva szerszám egy probléma megoldásához. Újra finomabb és komplikáltabb formát vehet fel, ha később tudományos igényű dogmatikai elemzések anyagává válik. Így folytatódik az örök körforgás.⁴⁴

Látható tehát hogy ebben a folyamatban – ellentétben a természettudományos felfedezések lineáris életútjával – nincsen kezdet és vég (felfedezés és termék), sőt, nincsenek fix pontok és tipikus fejlődési mintázatok sem, és igen kétséges a „tökéleteseződés” vagy „csiszolódás” eszméje is. Egyes fogalmak esetén olykor épp leegyszerűsödés és a durvulás a jellemző. Ha a római jog, és ennek nyomán Savigny finom és kompli-

⁴¹ A Roosevelt elnök számára a háború idején készített ún. Bush–jelentés egyértelműen a természettudományokat nevesíti ilyen „motorként”. Lásd Science The Endless Frontier; A Report to the President by Vannevar Bush, Director of the Office of Scientific Research and Development, July 1945.

⁴² *Harnessing Science and Technology for America's Economic Future: National and Regional Priorities* (1999), The National Academic Press, Washington D.C. 12.

⁴³ (47. l.) 13.

⁴⁴ Elismerem, hogy ez a fejtegetés sokban hasonlít Dworkin több helyen kifejtett gondolatmenetéhez. Lásd például Ronald Dworkin: *Law as Interpretation*, *Texas Law Review* 60 (1982) 527., illetve Ronald Dworkin: *Law's Empire*, Fontana, London, 1986. Dworkin megkülönbözteti a conceptet és a conceptiont. Szerinte kell lenniük olyan kulcsfontosságú meggyőződéseknek, amelyek egyetértés tárgyát képezik a jogászok között, és olyanoknak, amelyeknek a talaján ésszerű vitákat folytathatnak egymás között. Ezek megragadására szolgál a concept. A viták pedig a conceptionben manifesztálódnak. A concept bizonyos szempontból megfeleltethető az itt taglalt „népi dogmatikának”. Vö. Bódig Mátyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia*, Bíbor, Miskolc, 2004., 311–312.

kált birtok-fogalmát nézzük,⁴⁵ azt láthatjuk, hogy az a hatályos jogban mára végtelenül leegyszerűsödött, a dogmatikai diskurzusból pedig szinte ki is szorult.⁴⁶ És tipikusnak mondható, hogy a bíróságok nem használnak kétséges, vitatható, kifinomult konstrukciókat. Strapabíró nyelvi szerszámokra van szükségük, és ilyenné csak az válik, ami kiállja a gyakorlat próbáját, és tartósan megragad a „népi dogmatikában”, a bírák kollektív nyelvi munkálkodásának terepén.

Ez persze csak egy metafora, amely helyett használhatunk egy másikat is: a „művészet” és a „hétköznapi cselekvés” kategóriáit is, amelyek a hatásmechanizmusaik tekintetében hasonlítanak a fentebb elemzett jogi jelenségekre. A regényíró, a költő egy történet elmesélésekor, egy szöveg megformálásakor valamilyen kontextusban kimond egy szép és igaz mondatot, mely utóbb önálló életre kel. Úgy kerül ki *Facebook* posztok ezreibe, illetve a hétköznapi beszédbe, majd kezd el eleven erőként hatni a világban, hogy a forrása, egykori kontextusa és nyelvi előfeltevés-készlete (a történet, amelyben kimondták, kifejtették, amelybe belefűzték, a mű, amelyben valamilyen szerepe volt), már rég nem fontos. Szólássá, folklórrá válik. Az életbölcösségeket közlő *Facebook* posztokat persze a magas művészet hívei lenézik, megvetik, ahogy talán a jogtudós is elborzad egy egyszerű ítéleti érvelésen. Amikor azonban meg akarunk oldani egy helyzetet, meg szeretnénk hozni egy döntést, meg akarunk vigasztalni vagy győzni valakit, akkor olykor közhellyé merevült szólásokat vagy primitív sztereotípiákat mondunk, melyek az adott helyzetben mégis működnek, hatnak, egyszerűen, mert rezonálunk rájuk. És valahogy így működik a joggyakorlat is. Leegyszerűsítő, olykor félreértéseken alapuló közhelyeket használ – a népi dogmatikát.

Összefoglalás

A magyar bírósági ítéletek gépi elemzése azt mutatja, hogy az explicit jogirodalmi hivatkozások száma igen csekély, és amit találunk, az is nagyrészt a kommentár-irodalom közvetlen hatását mutatja. Ugyanakkor a magyar bírói ítéletekben meglepően sokszor szerepelnek olyan kategóriák, amelyeknek sem jogszabályi, sem kifejezett jogirodalmi forrásuk nincsen, mégis egyértelműen jogi érveknek kell őket tekintenünk. Ezeket az érvelési mintákat, megkülönböztetéseket és fogalmakat neveztem el népi dogmatikának, mert nagyon hasonlóan működnek, mint a folklór. Ezek a gyakorta az egyetemen tanult ismeretek a bírák közös előismereteire építenek, használatuk során egyszerű, strapabíró nyelvi eszközökként működnek, amelyeket a bírák gyakorta reflektálatlanul vesznek át egymástól, sőt olykor saját céljaikra átalakítanak vagy félreértelmeznek

⁴⁵ Savigny komplikált fejtegetéseitől (F. C. von Savigny: *Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung*, Heyer, Gießen, 1803.) mára egy rendkívül egyszerű szabályozásig jutottunk el. Kérdés, hogy a birtok és a birtokvédelemmel kapcsolatos jogviták alátámasztották-e valaha azt a gondolati konstrukciót, amit Savigny képviselt.

⁴⁶ Vö. például Serák István: Dogmatikai, történeti és összehasonlító adalékok a polgári jogi birtokvédelem rendszerének hatékonyságához, *Állam- és Jogtudomány* 2015/2. 58.

(„átköltenek”).⁴⁷ Forrásuk nehezen megragadható: talán ősforrásuk nem is mindig van. Gyakorta a bírói gyakorlatban születnek, amelyet a kommentár-irodalom megerősít, szisztematizál, majd újra visszaad a gyakorlatnak. De az is lehet, hogy külföldről vett példák adják hozzájuk az inspirációt. Természetesen „valódi” jogtudományi forrásuk is lehet, amely azonban az idők folyamán elhalványodik, maga a fogalom pedig átalakul, átértelmeződik. Azt is mondhatjuk – Szabó Miklóst követve –, hogy ezek a fogalmak úgy viszonyulnak a jogszabályok szövegéhez, ahogy az üstökös csóvjája az üstökös magjához.⁴⁸ Úgy vélem, hogy jelenleg igen kevés figyelmet kap ez a jelenség. Ebben az írásban én is csak inkább kérdéseket tudtam feltenni, nem pedig átfogó és elmélyült elemzést adni. Remélem ugyanakkor, hogy az írásom talán inspirálhat másokat a tanulmányozására, és ezen keresztül a bírói gyakorlat belső szerkezetének és dinamikájának, valamint a bírói gyakorlat és a jogtudomány viszonyának jobb megértésére. Úgy vélem ugyanis, hogy az általam jellemzett „népi dogmatika” az egyik legfigyelemreméltóbb módja annak, ahogy a tudomány befolyásolja a joggyakorlatot, és ahogy a joggyakorlat szervezi és tematizálja a jogtudományt.

⁴⁷ Az egyik ilyen ismert félreértelmezés az „élő jog” kategóriájával történt, amelyet a magyar Alkotmánybíróság lényegében a bírói gyakorlattal, bírói szokásjoggal azonosított (pl. 57/1991. (XI. 8.) AB határozat), – részben tehát épp azzal vagy annak egy tágabb értelmezésével, amit itt népi dogmatikának hívok. Az eredeti jelentésében Eugen Ehrlichnél azonban – épp a jogászjoggal szemben – társadalmi, üzleti szokásokat jelent. Vö. pl. Eugen Ehrlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1913., 100., 194. stb.

⁴⁸ Lásd jelen kötetben Szabó Miklós fejezetét.