

BATÓ SZILVIA

„...a birói önkény, vagy is a szokás...”*

Jogtörténeti megjegyzések a szokásjog büntetőjogi értelmezéséhez

I. Bevezetés

A kijelentés egy 26 éves büntetőjogásztól származik 1848-ból: *Szokolay István* büntető kódex hiányát kifogásoló álláspontja határozott kiállás a modern büntetőjogi gondolkodás mellett, amely alapelve az anyagi jogi legalitás.¹ Jelen tanulmány ünnepi köszöntés egy olyan tételes büntetőjoggal foglalkozó jogtudósnak, aki nem riad vissza történeti kérdések vizsgálatától,² befogad és támogat jogtörténeti projekteket,³ valamint nem elégszik meg a legalább 40 évvel ezelőtti jogtörténeti irodalommal, hanem felhasználja a 21. századi szerzők műveit is. Illendő ilyen alkalomra a mester munkásságából egy elemet kiválasztani és ahhoz kapcsolódó új kutatási eredményt közzétenni, így esett a választás a törvényesség elvére. *Nagy Ferenc* honosította meg ugyanis a hazai szakirodalomban a nullum crimen/nulla poena sine lege elv négy összetevőjét, amelynek egyik eleme az írott jogforrás követelménye és a büntetőjogi felelősséget megalapozó vagy azt szigorító szokásjog tilalma (NCSL scripta).⁴

A jelenlegi magyar jogirodalomban az írott jogi jogforrás (törvény, rendelet) ellentétéként azonnal a szokásjog merül fel, azonban az ezzel a kifejezéssel összefoglalt jelenségek igen nagy változatosságot mutatnak. Ma is érvényes az a kijelentés, hogy a szokásjog problémaköre nem fedhető le egy elmélettel,⁵ számos tudományterület képviselői

* A tanulmány alapját képező kutatást a Bolyai János Kutatási Ösztöndíj támogatása tette lehetővé: „A szokásjog működési mechanizmusai és a büntetőjogi modernizáció: a vegyes bűnösség a 19. század első felében” (2012–2015).

¹ SZOKOLAY ISTVÁN: *Büntetőjogtan* [...]. Pest, 1848. 18. p.

² Legújabbban: NAGY FERENC: *A büntetőjog tudománya*. In: Jakab András – Menyhárd Attila (szerk.): *A jog tudománya: Tudománytörténeti és tudományelméleti írások, gyakorlati tanácsokkal*. Budapest, 2015. 261–333. pp.

³ OTKA PD 78211 ny. számú „Élet és testi épség elleni bűncselekmények a 19. század első felében” (2009–2012).

⁴ NAGY FERENC: *A nullum crimen/nulla poena sine lege alapelvről*. Magyar Jog 1995/4, 257–270. pp.; NAGY FERENC: *Törvényességi, büntetőjogi normák Európa egyes alkotmányjaiban*. Jogtudományi Közlöny (70) 2015, (2015b) 561. p.

⁵ SOMLÓ BÓDOG: *A szokásjog*. In: Emlékkönyv Farkas Lajos tanárságának negyvenötödik éve alkalmából, Kolozsvár, 1914. 368. p.; MOÓR GYULA: *Az alkotmány*. In: Polner Ödön emlékkönyv, Szeged, 1935. 122. p.; SZAMEL LAJOS: *A jogforrások*. Budapest, 1958. 95. p.; PESCHKA VILMOS: *A többértelmű szokásjog*. In:

számára érdekes,⁶ illetve az, hogy a témáról a jogelmélet könyvtárnyi irodalmat írt.⁷ A teljesség igénye nélkül tallózva a recens hazai jogirodalomban, található olyan alkotmányjogi álláspont, amely a jogforrási jellegét generálisan tagadja, és kizárólag értelmezési gyakorlatként határozza meg a bírói gyakorlatnak nevezett szokásjogot.⁸ Magánjogi szerző – a hatályos polgári törvénykönyvre is utalva – elismeri a létét, de feltételül szabja a bírói elismerését.⁹ A legújabb büntetőjogi irodalom sem egységes: előfordul definíció és a szokásjog azonosítása a bírói jogalkalmazás során megszilárdított kategóriákkal (pl. folytatolagos bűncselekmény),¹⁰ vagy a kettő elhatárolása egymástól.¹¹ Más szerzők azonban le sem írják a kifejezést, kizárólag a bírói jogra utalnak – miközben tagadják¹² vagy elismerik jogforrási létét.¹³ A szokásjog körüli bizonytalanságot mutatja, hogy a consuetudora épülő történeti alkotmányra hivatkozásnál sem veszik számításba.¹⁴

A tanulmány – megfogadva *Bónis György* intelmét¹⁵ – azonban nem egy elméleti konstrukció kivonatos ismertetése és állásfoglalás mellette vagy ellene, hanem a büntető törvénykönyv előtti időszakban büntetőjognak nevezett normarendszer jellemzői közül egynek a vizsgálata. A magyar jogfejlődés sajátossága, hogy a modern jogtudomány időszakában is tovább élnek olyan archaikus elemek (pl. kodifikáció hiánya a büntetőjogban), amelyek Nyugat-Európában már elképzelhetetlenek. A 19. század már bővelkedik forrásokban és egykorú jogértelmezésekben, így a kontinens más államaiban már nem létező jelenségek Magyarországon jól dokumentáltak és feltárhatóak. Ezek közé tartozik a szokásjog keletkezése és működési mechanizmusai.

II. A büntetőjog jogforrásai a Csemegi-kódex előtt

A magyar büntetőjog meghatározó jellegzetessége 1880 szeptembere előtt a kódex-nélküliség, az éppen hatályosuló normák követhetetlen változásait is magában foglaló,

NÉMETH JÁNOS – VÉKÁS LAJOS (szerk.): Emlékkönyv Beck Salamon születésének 100. évfordulójára. Budapest, 1985. 135. p.

⁶ SZAMEL 1958, 88–89. pp.

⁷ KISS GÉZA: *A jogalkalmazás módszeréről, dogmatörténeti és kritikai tanulmány a magánjog köréből*. Budapest, 1909. 81, 84. pp.; SZAMEL 1958, 96. p.; PESCHKA 1985, 135. p.

⁸ JAKAB ANDRÁS: *A jogforrási rendszer*. In: Trócsányi László – Schanda Balázs – Csink Lóránt (szerk.): Bevezetés az alkotmányjogba. Budapest, 2016. 173–175. pp.

⁹ LÁBADY TAMÁS: *A magánjog általános tana*. Budapest, 2013. 134. p.

¹⁰ NAGY FERENC: *Anyagi büntetőjog. Általános rész I.* Szeged, 2014. 76, 96. pp.; NAGY 2015b, 562. p.

¹¹ HORVÁTH TIBOR: *A büntetőiörvény*. In: Horváth Tibor – Lévay Miklós (szerk.): Magyar büntetőjog. Általános rész. Budapest, 2012. (2012a) 77. p.; HORVÁTH TIBOR: *Büntetőjog és büntetőjog-tudomány*. In: Horváth Tibor – Lévay Miklós (szerk.): Magyar büntetőjog. Általános rész. Budapest, 2012. 66. p.

¹² HORVÁTH 2012a, 77. p.; BELOVICS ERVIN: *Jogszabálytan*. In: Belovics Ervin – Nagy Ferenc – Tóth Mihály: Büntetőjog I. Általános rész. Budapest, 2014. 98–99. pp.

¹³ GÁL ISTVÁN LÁSZLÓ: *Jogszabálytan*. In: Balogh Ágnes – Tóth Mihály (szerk.): Magyar büntetőjog. Általános rész. Budapest, 2015. 61. p.; HORNYÁK SZABOLCS: *Bevezetés*. In: Balogh Ágnes – Tóth Mihály (szerk.): Magyar büntetőjog. Általános rész. Budapest, 2015. 37. p.

¹⁴ „[27] [...] Ez pedig nem más, mint az, a – történeti alkotmányunk vívmányának is tekinthető – töretlen jogértelmezési axióma, amely a bírói döntést a törvény alá rendeli, és amely felfogás a több mint 1000 éves alkotmánytörténetünkben – a diktatúrák időszakait leszámítva – töretlenül érvényesült.” 19/2017. (VII. 18.) AB hat.

¹⁵ „Iratlan szabállyá kellene tennünk a jogászi írásműveknél, hogy Verböczyről csak az nyilatkozhatik, aki a szerző vagy műve ismeretéhez új adalékokkal tud járulni.” BÓNIS GYÖRGY: *Jogtörténet és művelődéstörténet*. Budapest, 1943. 12. p.

sokszínű, nem írott jogra épülő jogforrási rendszer. A 19. század közepső harmadáig a jogalkalmazók nem látnak semmi kivétlivalót ebben, a kormányzat pedig tartózkodik a nagy ellenállást kiváltó modernizációs lépésektől, inkább óvatosan próbálja mederbe terelni a bírászkodást.¹⁶ A jogi pályát választók ebben az időszakban a szakmai ismereteket leginkább a napi gyakorlatban, korábbi ítéletek és periratok áttanulmányozásával, kivonatok készítésével és másolással szerzik. Így nemcsak az iratszerkesztést sajátítják el, hanem az adott bűncselekmény releváns tényállási elemeit és az alkalmazható büntetést is. Emellett megtanulják mindazon jogforrásokra történő hivatkozási formát, amelyre ilyen esetben egy vádlevélben vagy ítéletben utalni szokás.

A törvénytárban elszórtan található büntetőjogi tárgyú törvények közötti eligazodást 1805-től *Vuchetich Mátyás* uralkodónként és ezen belül bűncselekmény-csoportonként rendezett gyűjteménye segíti.¹⁷ A kiadvány tartalmazza az elavult és régen használaton kívül lévő dekrétumokat is, nem szerepeltet viszont számos olyan bűncselekményt, amely a levéltári forrásokban fellelhető (pl. gyermekkítétel). A törvények legtöbbször egyszerű diszpozíciókat fogalmaznak meg, néha még a büntetés is hiányzik.¹⁸

A büntetőjog jogforrásairól a legpontosabb tájékoztatást az egykorú kézikönyvek és tankönyvek nyújtják, azonban ezzel a kérdéssel a 18. századi szerzők nem is foglalkoznak. *Bodó Mátyás* és *Gochetz Gábor* művében nem szerepel jogforrástan, és *Kassay Adolf* sem tér ki erre 1848-ban. *Huszty István* viszont művének első – perjoggal foglalkozó – kötetében a Hármaskönyv bevezetőjére és *Kitonich János* munkájára alapozva részletesen leírja a jogforrási rendszert: törvények, szokásjog, kiváltság és parancsok.¹⁹

A 19. századi jogtudósok már a bevezető tanok tárgyalása során gondosan bemutatják a büntetőjog „kútfejeit.” *Szlemenics Pál* ismerteti először nyomtatásban a büntetőjog forrásait a Tripartitum alapján írott és nem írott elemekre osztva. A magyar büntetőjog jogforrásait két nagy csoportra bontja: más népekkel közös forrásokra és saját forrásokra. Előbbi csoportba tartozik a természetjog, a pozitív isteni jog és a rendészet, utóbbiba pedig a hazai jogforrások: országgyűlési törvények, törvényesen bevett szokások, a Kúria döntései, valamint a törvényhatóságok statútumai. Ezt bővebben nem magyarázza meg, azonban a büntetőjogi tárgyú törvények történetét egy külön fejezetben összefoglalja.²⁰ Harminc évvel később beéri egy rövid felsorolással: „A fenyítő törvényszéki törvényünknek kútfejei ugyanazok, mellyek a közönséges vagyis polgári törvényszékieknek, ugymint: országgyűlési közrendeleteink, és a bevett szokásaink, királyainknak és közönségeinknek különrendeleteik és a kir. curiának végzései.” Magyarázatok helyett visszautal magánjogi kézikönyvére, és a fenyítő törvényszéki törvények történetét itt is hosszan elemzi.²¹

¹⁶ A kormányzati eszközrendszerrel BATÓ SZILVIA: *A Helytartótanács bírósági igazgatási tevékenysége a 18–19. század fordulóján*. FORVM 2011/1, 55–88. pp. (BATÓ 2011a).

¹⁷ VUCHETICH MÁTYÁS: *Conspectus legum criminalium apud Hungaros ab exordio regni eorum in Pannonia usque ad hodiernum diem conditarum*. Kassa, [1805].

¹⁸ Erre a legjobb példa: 1723. évi 11. tc. 1. § „patricidae, matricidae, mariticide, et uxoricidae, ac infanticidae” VUCHETICH 1805, 112. p.

¹⁹ BÉLI GÁBOR: *Magyar jogtudományi munkák a Klimó Könyvtárban*. In: Csóka-Jaksa Helga (szerk.): *A Klimó-könyvtár a tudományos kutatások szolgálatában: A 2001. szeptember 28-án rendezett konferencia előadásai*. Pécs, 2001. 41. p.

²⁰ SZLEMENICS PÁL: *Elementa juris criminalis hungarici*. Pozsony, 1817. 8., 11–12., 14–46. pp.

²¹ SZLEMENICS PÁL: *Fenyítő törvényszéki magyar törvény*. Pest, 1847. 8–41. pp.

Fabriczy Sámuel könyve külön fejezetben foglalkozik a jogforrásokkal, a csoportosítás látszólag *Szlemenics* rendszeréhez hasonló, azonban az egyes elemekhez fűzött magyarázatok eltérnek. Először a természetjogi elveket és a később segédzerekként felsorolt logikát és pszichológiát magában foglaló „egyetemes” büntetőjogról szól, majd az egyes jogforrásokat mutatja be. Egy fejezettel később pedig – hasonlóan *Szlemenics*hez – részletesen végigveszi a hazai büntetőjogi törvényhozás történetét.²²

Vuchetich 1813-as tananyagában külön pontban foglalkozik a magyar büntetőjog forrásaival, a törvényeket említi első helyen, ezt követik a törvényhatósági rendeletek, a királyi privilégiumok és a királyi rendelkezések. A szokásjogot és a Királyi Tábla határozatait együtt sorolja fel, ez utóbbin belül pedig a *Planum Tabulare* címen 1769-ban elkészült gyűjteményt említi.²³ Az 1819-ben megjelent könyvében önálló jogforrástani fejezet található, amelyben megismétli az előadásjegyzet anyagát, de a törvényeknél röviden ismerteti a kodifikációs kísérleteket is.²⁴

Szokolay szerint a büntetőjog forrása a büntető törvény és az általános jogfilozófiai elvek, tehát szakít a korábbi felfogással és egyértelműen a hivatkozott német szerzőket követi. A jogforrási rendszer elavultságára vezeti vissza a hazai büntetőjog összes problémáját, a kodifikáció szükségességét, és annak elmaradásából származó nehézségeket említi. Az éppen hatályosuló magyar büntetőjog forrásai között az elszórt törvények mellett a bírói önkénnyel azonosított szokásjogot sorolja fel.²⁵

A szabadságharc bukása után egy sajátos helyzet alakul ki, rendelet határozza meg a megyei és a járási bíróságok hatáskörét és illetékességét az 1803. évi osztrák büntető törvénykönyv elnevezéseit használva, de anyagi jogi kódex továbbra sem áll rendelkezésre.²⁶ Az áthidaló megoldás *Csatskó Imre* kötete 1850-ben, amely összefoglalja a Magyarországon nem hatályos törvény logikáját követve a hazai törvényeket és „törvényes gyakorlatot.” *Szokolay*éhoz hasonló az álláspontja, szerinte a „polgárok jogai bírói önkénynek volnának kitéve, ha annak meghatározása: mi bűn vagy nehéz rendőri kihágás, nem a törvényben foglaltatnék.”²⁷ *Pauler Tivadar* 1851-ben már leszögezi, hogy a szokás nem tartozik a büntetőjog jogforrásai közé, de a kódex hiányát csak a törvényszéki gyakorlat említésével tudja ellensúlyozni, így a törvénytárban levő törvények, a Tripartitum büntető rendelkezései, a törvényhatóságok eljárási szabályai és a királyi rendeletek mellett ez is külön szerepel.²⁸ Az eddig ismeretlen *Bercsényi László* által szerkesztett előadásjegyzet mindössze annyit tartalmaz, hogy „[r]endszeres büntörvénykönyvünk nincs,” majd utal az 1849-es rendeletre.²⁹

²² [FABRICZY SÁMUEL]: *Elementa juris criminalis hungarici*. Lócse, 1819. 8–14, 18–28. pp.

²³ VUCHETICH MÁTYÁS: *Praelectiones ex Jure Criminali habitae in R. Scient. Univers. Hrica Pestni*. 1813. Kézirat, ELTE EK-B111, 4v–6v. pp.

²⁴ VUCHETICH MÁTYÁS: *Institutiones iuris criminalis hungarici in usum Academicarum Regni Hungariae*. Buda, 1819. 16–24. pp.; VUCHETICH MÁTYÁS: *A magyar büntetőjog rendszere. I. könyv elméleti büntetőjog*. Budapest, 2010. 50–58. pp.

²⁵ SZOKOLAY 1848, 13–19. pp.

²⁶ *Bekantmachung des kaiserlichen bevollmächtigten Civilcommissärs von 14. Jänner 1850, II. Provisorische Verordnung in Betreff der Zuständigkeit der Strafgericht, und in Betreff des Verfahrens in Strafsachen*, Landesgesetz- und Regierungsblatt für das Kronland Ungarn 2/1850, 15. p.

²⁷ CSATSKÓ IMRE: *A büntetőjog elemei [...]*. Pest, 1850. 6. p.

²⁸ PAULER TIVADAR: *Jog és államtudományok encyclopaediája*. Pest, 1851. 90. p.

²⁹ *Szerkeszté* BERCSÉNYI LÁSZLÓ. In: Henfner János: *Büntetőjog*. Kézirat, ELTE EK-B114, 1850, 2r. p.

Az osztrák büntető törvénykönyv 1852. szeptemberi hatálybalépése megoldja a jogforrási problémákat, ezt az osztrák szerzők meg is említik.³⁰ *Szokolay* kommentárjában a korábbi álláspontját ismétli, a műfaji korlátokat szétfeszítve hosszasan tárgyalja az írott jog hiánya miatti nehézségeket.³¹ *Csatskó* kommentárja szintén megfelelő megoldásnak tekinti a törvény az osztrák törvénykönyv bevezetését.³²

Az alkotmányos fejlődés szempontjából mérőföldkőnek számító októberi diploma³³ szétzilálja az igazságszolgáltatás rendszerét és felborítja az éppen állandósult jogforrási rendszert. Heves vita kezdődik a szakajtóban is az Országbírói Értekezlet és az országgyűlési tárgyalások nyomán: a szerzők egy része szerint határozott visszalépés, hogy a rossznak tartott törvénykönyv helyett ismét a bírói önkényre alapul a magyar büntetőjog.³⁴

Az Ideiglenes Törvénykezési Szabályok (ITSZ) kilenc rövid szakasza alig tartalmaz érdemi rendelkezést, a bevezető mondatban „törvényes gyakorlat” néven szerepel a szokásjog.³⁵ A viszonylagos jogegység után ismét mozaikos az ország büntetőjogi szempontból: Horvátországban és Erdélyben az osztrák törvény az 1860. október 20-ai állapotában marad meg, a Határőrvidéken az 1855-ben kiadott katonai büntető törvénykönyv, a többi területen pedig a régi magyar jog maradványai érvényesülnek.³⁶

Kassay Adolf rövid kézikönyve az ITSZ visszaható erejével foglalkozó eszmefuttatásban említi a lehetséges jogforrásokat: országgyűlési rendeletek, bevett szokás, királyi rendeletei, községek rendeletei, királyi tábla ítéletei.³⁷

Pauler Büntetőjogtan című alapműve a magyar valóságot egyezteteti össze a modern jogtudomány követelményeivel, így a jogforrások hagyományos felsorolását adja: az államhatalom, vagy szűkebb körben az arra jogosított hatóságok kijelentett akaratán alapuló jogszabályok, törvények, szabályok, rendeletek, illetve az uralkodó jognézetek és a tudomány hatását visszatükröző törvényszéki gyakorlat. Speciális magyar jogforrásnak tekinti emellett a Hármaskönyvet, az ITSZ-t és királyi kiváltságokat, majd több megjegyzésben egyértelműen a kodifikált büntetőjog mellett foglal állást.³⁸ A régi rend kis

³⁰ Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Österreich (RGI) 117/1852; FRÜHWALD, WILHELM THEODOR: *Handbuch des österreichischen Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen [...]*. Wien, 1852. 4. p.; HYE VON GLUNEK, ANTON: *Das österreichische Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und die Pressordnung vom 27. Mai 1852. I.* Wien, 1855. 2. p.; HYE-GLUNEK ANTAL: *Az ausztriai büntető törvény általános része*. Bécs, 1856. 2. p.

³¹ SZOKOLAY ISTVÁN: *Az új osztrák büntető törvénykönyv magyarázata [...]* I. Pest, 1852. 11, 13, 16. pp.

³² CSATSKÓ IMRE: *Az 1852-ki Május 27-ki ausztriai birodalmi büntetőtörvény magyarázata [...]*. Pest, 1853. 30. p.

³³ *Kaiserliches Diplom vom 20. October 1860, zur Regelung der inneren staatsrechtlichen Verhältnisse der Monarchie*. RGI 226/1860.

³⁴ *A régi magyar büntető törvények s az 1843-ki codexterv*. Törvényhozási és Törvényszéki Csamok 1861/15, 59. p.; *Az országgyűlés által elfogadott or. bíróbizottmányi munkálatok életbeléptetése I.* Törvényhozási és Törvényszéki Csamok 1861/108, 443–444. pp.

³⁵ *Az Országbírói Értekezlet által javaslatba hozott Ideiglenes Törvénykezési Szabályok*. Pest, 1861; az ITSZ „talán legszerencsétlenebb rendelkezése az 1848 előtti büntető szokásjognak újbóli hatálybaléptetése volt.” DEGRÉ ALAJOS: *A magyar büntetőjoggyakorlat általános jellemzése (1861–1867)*. In: *Jogász szövetségi értekezések II.* Budapest, 1979. 15. p.

³⁶ PAULER TIVADAR: *Büntetőjogtan I.* Pest, 1864. 14 p., 18. pp.; KAUTZ GUSZTÁV: *A magyar büntető jog és eljárás tankönyve [...]*. Pest, 1873. 25. p.

³⁷ KASSAY ADOLF: *A magyar büntető törvények s bünvádi eljárás az országbírói értekezlet szabályai szerint*. Pozsony, 1862. 22, 31. pp.; KASSAY ADOLF: *A magyar büntető törvények s bünvádi eljárás az országbírói értekezlet szabályai szerint*. Pest, 1865. 23, 33. pp.

³⁸ PAULER 1864, 8–19 pp.; értékelése: DEGRÉ 1979, 17–21. pp.

módosításokkal történő visszatérése csak annyi változással jár a büntetőjogban, hogy *Szlemenics* kötetének bővített és javított posztumusz kiadására is van kereslet. A jogforrástani részt *Ökrös Bálint* kiegészíti, a már teljesen elavult magánjogi kötetre történő utalás helyett röviden jellemzi az egyes kútföket. Fenntartja a bevett szokást, külön kezeli a törvényszéki gyakorlatot és ismerteti az ITSZ-t.³⁹

A kiegyezési törvények (1867. évi XII. tc. és 1868. évi XXX. tc.) a büntetőjog töredeztségét még tovább növelik, mivel horvát területen a sabor hatáskörébe kerül a büntető törvényhozás, az Erdélyben hatályban levő osztrák kódexet pedig a magyar országgyűlés módosíthatja.⁴⁰ A magyar jogforrási rendszert a bírói hatalom gyakorlásáról szóló 1869. évi IV. tc. 19. § első mondata határozza meg: „a bíró a törvények, a törvény alapján keletkezett s kihirdetett rendeletek s a törvényerejű szokás szerint tartozik eljárni és ítélni.”⁴¹ A hierarchia csak a törvény és a rendelet között figyelhető meg, a jogalkotó nem jelöli ki a szokásjog helyét.

Pauler kötetének második kiadása nem változik a jogforrástani részben, csak a hivatalos rendeletek kiadásaival egészül ki.⁴²

Az 1870-es évek elején a magyar államterületen alkalmazott osztrák kódex már egyre kevésbé hasonlít az azóta novelláris módosításon is átesett eredetire. A Határőrvidék polgárosítása (1871-1872) után a nem Horvátországhoz került területeken sem a magyar jogot alkalmazzák, így akár egy megyén belül is kétfajta büntetőjog érvényesül. A megváltozott viszonyoknak megfelelően az 1871-ben kiadott *Pauler*-féle enciklopédiában már az ITSZ és a kapcsolódó törvényszéki gyakorlat is szerepel a jogforrások között.⁴³ A kormányzat kiiktatja a leginkább archaikus (vérdíj, testi büntetés) elemeket, de az 1871. évi LII. törvény a bizonytalanságot csak kis mértékben csökkenti.

A hetvenes évek irodalmában folyamatosan visszatérő probléma a kodifikáció hiánya, mindenhol feltűnik, eltérő hangsúlyokkal, *Körösi Sándor* és *Schnierer Aladár* sajnálkozik ezen a tényen,⁴⁴ *Kautz Gusztáv* csak rezignáltan tudomásul veszi, hogy tulajdonképpen a kor igényeihez alakított törvényszéki gyakorlat a legfontosabb jogforrása a magyar büntetőjognak.⁴⁵ *Schnierer* kötete nem tartalmaz jogforrástani fejezetet, *Szelemnics* könyvének új kiadása pedig fenntartja a korábbi álláspontját. A szerzők hoz-

³⁹ SZLEMENICS PÁL: *Magyar fenyítő törvény*. Pest, 1865. 5, 11–14. pp.

⁴⁰ PAULER TIVADAR: *Büntetőjogtan I*. Pest, 1869. 7. p., 20. pp.

⁴¹ SCHILLER BÓDOG: *A Hármaskönyv jogforrástana*. Budapest, 1902. 5. p.; LADÁNYI BÉLA: *Szokásjog*. In: Márkus Dezső (szerk.): *Magyar jogi lexikon VI*. Budapest, 1907. 443. p.; KISS 1909, 105. p.; EREKY ISTVÁN: *A közigazgatási jog iratlan forrásai*. In: EREKY ISTVÁN: *Jogtörténelmi és közigazgatási jogi tanulmányok*. Eperjes, 1914. 177. p.; BÓNIS GYÖRGY: *Magyar jogtörténet II*. Kolozsvár, 1943. (1943b) 129. p.; IL-LÉS JÓZSEF: *Bevezetés a magyar jog történetébe. Források története*. Budapest, 1930. 108. p.; SZAMEL 1958. 84. p.; BÓDINÉ BELIZNAI KINGA ET. AL.: *Jog, jogrendszer, jogágak a magyar jogfejlődésben*. In: Mezey Barna (szerk.): *Magyar jogtörténet*. Budapest, 2007. 30. p.; HORVÁTH ATTILA: *A jogforrás fogalma és fajtái*. In: Horváth Attila (szerk.): *Magyar állam- és jogtörténet*. Budapest, 2014. 365. p.; MÁTHÉ GÁBOR: *A magyar burzsoá igazságszolgáltatási szervezet kialakulása 1867–1875*. Budapest, 1982. 35–52. pp.

⁴² PAULER 1869, 8–21. pp.

⁴³ PAULER TIVADAR: *Jog- és államtudományok encyclopaediája*. Pest, 1871. 127. p.

⁴⁴ KÖRÖSI SÁNDOR: *Büntetőjogtan [...] I*. Pápa, 1872. III. p.; SCHNIERER ALADÁR: *A büntetőjog általános tanai tekintettel az újabbkori törvényhozásra*. Pest, 1873. 42. p.

⁴⁵ KAUTZ 1873, 4, 24. pp.

zák a kötelező elemeket, szerepel a Tripartitum és az ITSZ,⁴⁶ azonban *Körösinél* feltűnik a szokás és az észjogi elvek is jogforrásként.⁴⁷ *Kautz* viszont kizárja a szokás bármilyen formáját a büntetőjogból.⁴⁸

Az 1878. évi büntető törvénykönyv vitájában is visszatérő megjegyzés, hogy a büntetőjog egységes törvénybe foglalása tovább már nem halogatható.⁴⁹

Összességében megállapítható, hogy 1880 szeptembere előtt a magyar büntetőjog jogforrásai még a rendi jogrendszer jegyeit mutatják – törvény, szokásjog (Tripartitum), királyi rendeletek, statútumok, kúriai ítéletek – kiegészülve 1861-től az ITSZ, 1867-től pedig a miniszteri rendeletek kategóriájával.

III. Ad fontes: szokásjog fogalma a sikeres kodifikáció előtt

A mai – kartális alkotmányon és kódexeken szocializálódott – jogász a jogforrási rendszer feldolgozása során elsőként az alkotmányjogi irodalomban keresné a megfelelő támpontokat. A hazai közjog tudományos művelése azonban a vizsgált korszakban még nem alkalmas a teljes jogrendszert átható elvek kezelésére,⁵⁰ saját kútforrások (pl. vérszerződés) tisztázása köti le a figyelmét, nem éri el azt az absztrakciós szintet, hogy más jogágak alapelveit transzformálja.⁵¹ Így be kellene érni a büntetőjogi megközelítésekkel, amely viszont nem fedné le a valós helyzetet, mivel a magánjog és a büntetőjog tartalmilag és feltételeiben 1848 előtt szorosan összefügg. A jogtudományban is teljesen hiányzik a jogági specializáció, minden szerző – legalább oktatóként vagy jogalkalmazóként – foglalkozik a másik jogággal is.⁵² Erre tekintettel a reformkori büntetőjogi szokásjog-fogalom feltárásánál a magánjogi műveket is be kell vonni.

1. Magánjogi megközelítések 1848 előtt

A szerzők elsőprő többsége szerint a szokásjog legalább hallgatólagos uralkodói jóváhagyáshoz kötött, vagyis érvényességi feltétel, hogy a törvényalkotásra jogosult nem fejt ki ellentétes véleményt. Ha bíróság alkalmazza a szokást, akkor érvényesnek tekin-

⁴⁶ SZLEMENICS PÁL: *Magyar fenyítő törvénykönyve*. Pest, 1872. 5, 11–14. pp.; KÖRÖSI 1872, 3–4, 14. pp.; KAUTZ 1873, 4–5, 19–21. pp.

⁴⁷ KÖRÖSI 1872, 4. p.

⁴⁸ KAUTZ 1873, 21–24. pp.

⁴⁹ LÖW TÓBIÁS (szerk.): *A magyar büntetőtörvénykönyv a bűntettekről és a vétségekről (1878: 5. tcz.) és teljes anyaggyűjteménye I. Budapest. 1880*. Reprint, Budapest, 2003. 7, 23, 77, 84, 113, 122, 141–142, 153, 158. pp.

⁵⁰ JAKAB ANDRÁS: *A magyar alkotmányjog-tudomány története és jelenlegi helyzete*. In: Jakab András – Menyhárd Attila (szerk.): *A jog tudománya. Tudománytörténeti és tudományelméleti írások, gyakorlati tanácsokkal*. Budapest, 2015. 159–164. pp.

⁵¹ BATÓ SZILVIA: *Büntetőjogi adalékok a jogbiztonság-fogalom kialakulásához Magyarországon*. In: Gál István László (szerk.): *Tanulmányok Tóth Mihály professzor 60. születésnapja tiszteletére*. Pécs, 2011. 43–52. pp.

⁵² BATÓ SZILVIA: *Tudomány – oktatás – praxis: a bűnösség megítélése a kodifikálatlan büntetőjog korában*. In: Bódi Máttyás – Zódi Zsolt (szerk.): *A jogtudomány helye, szerepe és haszna. Tudomány módszertani és tudományelméleti írások*. Budapest, 2016. 200–202. pp.

tik, az utólag alkotott törvény azonban megszünteti a szokást.⁵³ A magánjogi kérdésekről publikálók jelentős része határozottan elkülöníti a bírói gyakorlatot, különösen a kúria döntvényeit a szokásjogtól. Ezzel együtt kijelentik, hogy a kúriai döntések zsinórmértékül szolgálnak az alsóbíróságok számára, azonban csak azért, mert a jövőben fellebbezendő perekben is feltehetően megváltoztatnák az első fokon hozott ítéletet, egyébként azonban ezek nem kötelezőek.⁵⁴ Feltűnik azonban olyan álláspont is, amely a szokásjogot azonosítja a bírói joggal, hangoztatja a törvényi szabályozás fontosságát és bemutatja a szokásjog hátrányait: bírói önkény, homályos magyarázatok, valamint az elavult törvények közötti eligazodási problémák.⁵⁵

2. A büntetőjog saját definíciói 1878 előtt

A büntetőjogi szokásjogra vonatkozó álláspontok ismertetése során figyelembe kell venni a ténylegesen érvényesülő jogforrási rendszert, így 1852 és 1860 között kizárt a *consuetudo* elismerése. Az 1848 előtti magyar anyagi büntetőjog jogforrási rendszerében nem a törvények és a rendeletek bírnak döntő jelentőséggel, hanem a korabeli szerzők által is csak kényszermegoldásnak tekintett szokásjog. *Szlemenics* mindössze felsorolja, de elkülöníti a kúriai döntvényektől, *Fabriczy* és *Vuchetich* már röviden szól róla a Királyi Tábla döntvényeivel összekapcsolva. *Fabriczy* a szokásjog kapcsán említi, hogy hiányzik a kódex, azonban a Tripartitumot nem a szokásjogi szabályok, hanem a törvények közé sorolja. *Vuchetich* viszont a jegyzetekben felsorolja *Werböczy* jogkönyvének büntetőjogi vonatkozású címeit is.⁵⁶ Az 1840-es évek végén azonban már csak bírói önkénynek tekinti *Szokolay István Cesare Beccaria* kötetére hivatkozva a törvényszéki gyakorlat által hallgatólagosan alkalmazott szabályokat.⁵⁷ *Frank Ignác* azonban az 1843. évi javaslat után is elismeri a büntetőjogban a törvényrontó szokás meglétét, ha a szabályok már nem felelnek meg a megváltozott viszonyoknak.⁵⁸ Ez a felfogás teljesen összecseng a reformkori joggyakorlatban követett megoldással: a vád és a bíróság is kö-

⁵³ [FLEISCHHACKER JÁNOS]: *Institutiones juris Hungarici [...]*. Pozsony, 1792, 4, 8, 15–18. pp.; KÖVY SÁNDOR: *A magyar törvénynek rövid summája. A Gyermeknek számára*. Pozsony, 1798. 5. pp.; JUNG, JOHANN: *Darstellung des Ungarischen Privat-Rechtes [...]* I. Wien, 1818, VIII, XVIII–XIX. pp.; SZLEMENICS PÁL: *Elementa Juris Hungarici Civilis Privati I.* Pozsony, 1819. 47, 55–56. pp.; CZÖVEK ISTVÁN: *Magyar hazai polgári magános törvényről írt tanítások [...]*. Első könyv. *A személyekről*. Pest, 1822 17–18, 23–24, 50–52, 67. pp.; [KÖVY SÁNDOR]: *A magyar polgári törvény*. Sárospatak, 1824, 7, 12. pp.; SZLEMENICS PÁL: *Magyar polgári törvény I.* Pozsony 1845. 2, 8, 10–12. pp.; FRANK IGNÁC: *A közigazság törvénye Magyarhonban I.* Buda, 1845, 80. p.; HOMOKI-NAGY MÁRIA: *A szokásjog hatása a magyar magánjog fejlődésére*. In: NAGY JANKA TEODÓRA (szerk.): *Szokásjog és jogszokás I.* Szekszárd, 2016. 167–168. pp.

⁵⁴ FLEISCHHACKER 1792, 4, 8, 15–18. pp.; KÖVY 1798, 5. p.; JUNG 1818, VIII, XVIII–XIX. pp.; CZÖVEK 1822, 17–18, 23–24, 50–52, 67. pp.; KÖVY 1824, 12. p.; SZLEMENICS 1845, 18. p.

⁵⁵ GEÖRCH ILLÉS: *Bírjon-e a szokás még tovább is törvény-törlő erővel?* In: GEÖRCH ILLÉS: *Törvényes tárgyú értekezései*. Pest, 1833. 20–21, 31. pp.; KOSSOVICS KÁROLY: *A bírói hatalomról*. Athenaeum 4 (1840) 147. p.; TÓTH LÓRINC: *Ügyvédi szó a jogsérelemből erőtlenné pörökbeni felpörösségre megkívántató ósiségről*. Athenaeum 6 (1842) 722. p.; ILLÉS 1930, 106–107. pp.

⁵⁶ SZLEMENICS 1817, 8, 11–12. pp.; SZLEMENICS PÁL: *Fenyítő törvényszéki magyar törvény*. Buda, 1836. 7–8, 11. pp. SZLEMENICS 1847, 10. p.; VUCHETICH 1813, 5v. p.; VUCHETICH 1819, 21–24. pp.; VUCHETICH 2010, 55–58. pp.; FABRICZY 1819, 11. p.

⁵⁷ SZOKOLAY 1848, 18–19. pp.

⁵⁸ ILLÉS 1930, 100–107. pp.

telességszerűen felhívja a vonatkozó törvényi rendelkezéseket, majd kijelentve, hogy ezek már korszerűtlenné váltak, tulajdonképpen szokásjogi alapon hoz döntést.⁵⁹

A szabadságharc után *Pauler* a szokásjogot általában elismeri a jogforrási rendszer elemeként, azonban német szerzőkre hivatkozva kijelenti: „A szokás mivel a nép cselekvényei által büntárgyakra befolyást nem gyakorolhat, a fenyítőjog forrásaihoz nem tartozik.”⁶⁰ Ezt a felfogását fenntartja a Büntetőjogtanban is,⁶¹ miközben *Kassay* és *Szlemenics* kötetei a bevett szokásokat – elválasztva a törvényszéki gyakorlattól – továbbra is kútfőként kezelik elválasztva a törvényszéki gyakorlattól.⁶² A kiegyezést követően *Pauler* álláspontja változatlan, *Kautz* is átveszi tőle a szokásjog kizárását.⁶³ *Schnierer Gyula* törvényes gyakorlatnak nevezi a törvények mellett a másik jogforrást, amelyre ítéletet alapíthat a bíróság.⁶⁴ *Szlemenics* kötetében továbbra is elismert forrás a szokásjog, ahogy *Körösi* is elkülöníti a bírói gyakorlattól.⁶⁵

IV. A szokásjog modern tudományos fogalmai

A fentiek alapján a kortársak között nem volt konszenzus a jogforrási rendszer elemeit illetően, kérdés, hogy ebből – csak a nem írott jogforrásra koncentrálva – mit szűrt le az utókor.

1. Jogtörténet és szokásjog

A hazai jogtörténeti irodalomban a 20. század közepétől megfigyelhető szokásjogdefiniciók közös eleme, hogy az állam kényszerítő erővel a szabály mögé lép, ezzel válik szokásjoggá.⁶⁶ *Eckhart Ferenc* viszont a fennálló erkölcsi rendnek megfelelést tekintti fontos elemnek.⁶⁷ Egyetértés van arról, hogy az állami elismerés tipikusan a bíró

⁵⁹ BATÓ SZILVIA: *Büntetőjogi szankciórendszer a reformkorban*. Acta Jur. et Pol. Szeged, 2002. Tom. LXII. Fasc. 1. 9–10. pp.

⁶⁰ PAULER 1851, 15–17, 90. pp.

⁶¹ PAULER 1864, 8, 15 pp.

⁶² KASSAY 1862, 22, 31. pp.; KASSAY 1865, 23, 33. pp.; SZLEMENICS 1865, 5, 11–13. pp.

⁶³ PAULER 1869, 9. p.; PAULER 1871, 22. p.; KAUTZ 1873, 23–24. pp.

⁶⁴ SCHNIERER GYULA: *Igazságszolgáltatás. Statisztikai előadások [...]*. Pest, 1869. 27. p.

⁶⁵ SZLEMENICS 1872, 5, 11. pp.; KÖRÖSI 1872, 4. p.

⁶⁶ BÓNIS 1943b, 131–133. pp.; CSIZMADIA ANDOR (szerk.): *Magyar állam- és jogtörténet*. Budapest, 1995. 63–64, 134. p.; *Szokásjog*. In: Lamm Vanda – Peschka Vilmos (szerk.): *Jogi lexikon*. Budapest, 1999. 561. p.; BÉLI GÁBOR: *Magyar jogtörténet: a tradicionális jog*. Budapest – Pécs, 2000. 27. p.; BÓDINÉ BELIZNAI ET AL. 2007, 29–31. pp.; POMOGYI LÁSZLÓ: *Szokásjog*. In: Pomogyi László: *Magyar alkotmány- és jogtörténeti kézikönyvtár*. Budapest, 2008. 1082. p.; MEZEY BARNA: *Szokásjog és szokás határán: jogszokások*. In: Mezey Barna – Nagy Janka Teodóra (szerk.): *Jogi néprajz – jogi kultúrtörténet*. Budapest, 2009. 24. p.; DEGRÉ ALAJOS: *Magyar alkotmány- és jogtörténet*. Béli Gábor (szerk.), Pécs, 2010. 123–125. pp.; HORVÁTH 2014, 351, 362–364. pp.; HOMOKI-NAGY 2016, 167, 172. pp.

⁶⁷ ECKHART FERENC: *Magyar alkotmány- és jogtörténet*. Szerk.: Mezey Barna. Budapest, 2000. 153–154, 156, 266. pp.

alkalmazással történik meg.⁶⁸ Egyes szerzők a bírói jogalkalmazásban jelentkező szokásjogot megbontják népi eredetű és saját bírói gyakorlatra,⁶⁹ de nem vonnak le további következtetést. A rendi korszak jogforrásai között nincsen hierarchia, a szokásjog a 16. századtól elveszti egyeduralgó jellegét, de még sokáig kell várni, hogy az alkotott jog kerekedjen felül. A törvényrontó szokásjog még a 19. század közepén is jelen van.⁷⁰ A szokásjog sajátossága, hogy a társadalmi és gazdasági viszonyokhoz alkalmazkodik, ezekkel együtt változik,⁷¹ így meglepő, ha merevnek és megcsontosodottnak tekintik.⁷² A consuetudo képes idegen írott jogi jogforrást is recipiálni, így kerül be a hazai jogba a Praxis Criminalis.⁷³ A nem írott jogi jogforrásra épülő jogrendszerben jellemző a partikularizmus, a helyi szokásjogok erős pozícióval rendelkeznek.⁷⁴ Az eddigi kutatások alapján a magánjogban a szokásjog a mindennapi életben kialakuló szabályokon alapul, amelyet a bírói gyakorlat erősít meg. Kialakulásának terepe a hatalom elvárásaitól leginkább független jogterület, a kötelmekre vonatkozó előírások. A hagyományos rendi szerződéstípusok (bevallások) mellé egy egész rendszer épül ki a 18-19. század során, megjelentek a vállalkozási szerződések, szolgálati szerződések, valamint kialakulnak a hibás teljesítésre vonatkozó szabályok. Ez azt példázza, hogy a szokásjog komoly jogfejlesztő szerepet is betölt, alkalmazkodik a változó viszonyokhoz.⁷⁵ A büntetőjog-történet szisztematikus kutatások hiányában nem tud ilyen eredményeket felmutatni, a szakirodalom megmarad a Praxis Criminalis recepciójánál és a rendszertelenség hangoztatásánál, de a tényleges működésről nem rendelkezünk információkkal.⁷⁶ Újabb az ún. népi szankciók felé fordul a kutatás, amely feszegeti a szokásjog eddigi fogalmi kereteit.⁷⁷

2. Jogi néprajz és szokásjog

A jogi népéletkutatás kezdeteinél már megjelenik az igény „büntetőjogi” népi jogszokások feltérképezésére, az 1942-ben kezdő módszertani vitában is felmerül a büntető-

⁶⁸ BÓNIS 1943b, 130, 133, 152. pp.; CSIZMADIA 1995, 134, 365. pp.; MEZEY 2009, 24. p.; DEGRÉ 2010, 269, 323. pp.; HORVÁTH 2014, 362. p.; HOMOKI-NAGY MÁRIA: *A magyar szerződési jog fejlődése a késő rendiség korában*. In: Csehi Zoltán et al. (szerk.): *A Hármaskönyv 500. évfordulóján*. Budapest, 2015. 111, 116. pp.; HOMOKI-NAGY 2016, 167, 172. pp.

⁶⁹ BÓDINÉ BELIZNAI ET AL. 2007, 30. p.; HORVÁTH 2014, 362. p.

⁷⁰ ILLÉS 1930, 100, 104–108. pp.; HOMOKI-NAGY MÁRIA: *Megjegyzések Banyó Péter: Birtoköröklés és leányneved (Kísérlet egy középkori jogintézmény értelmezésére) című tanulmányára*. Aetas 2001/2, (2001a) 190. p.

⁷¹ BÓNIS 1943b, 152. p.; BÉLI 2000, 27. p.

⁷² SZABÓ ISTVÁN: *Történeti alkotmány a polgári korban*. In: Csehi Zoltán et al. (szerk.): *A Hármaskönyv 500. évfordulóján*. Budapest, 2015, 184. p.

⁷³ BÓNIS 1943b, 159. p.; BÉLI 2000, 149, 151. pp.

⁷⁴ BÉLI 2000, 25, 28. pp.; HOMOKI-NAGY 2001, 190. p.; HOMOKI-NAGY MÁRIA: *A magyar magánjog történetének vázlata 1848-ig*. Szeged, 2001. 7. p.

⁷⁵ HOMOKI-NAGY 2001, 189. p.; HOMOKI-NAGY 2015, 104, 106, 111, 116. pp.; HOMOKI-NAGY 2016, 167–170, 172–173, 175. pp.

⁷⁶ ILLÉS 1930, 104–105. pp.; BÓNIS 1943b, 156, 159. pp.; BÉLI 2000, 149, 151. pp.; BARNA ATTILA: *A büntetőjog története*. In: HORVÁTH ATTILA (szerk.): *Magyar állam- és jogtörténet*. Budapest, 2014. 508–509. pp.; HORVÁTH 2014, 363. p.

⁷⁷ MEZEY BARNA: *Kényszer és szankció a nép joggyakorlatában*. In: Nagy Janka Teodóra (szerk.): *Szokásjog és jogszokás II*. Szekszárd, 2016. 270. p.

jog, de ez csak egy mellékes probléma. A fő kérdés az új kutatási terület diszciplínához sorolása, az, hogy mennyire kötődjön jogi fogalmakhoz.⁷⁸ Ez újra aktuálissá vált, mivel a magyar jogi néprajz „klasszikus” területének számító a „bűnök és büntetések” témakörében⁷⁹ paradigmaváltás történt. Az eddigi publikációk igen sokféle álláspontot fogalmaznak meg a népi jogélet-kutatás büntetőjoggal kapcsolatos „hatásköréről,” de alapvetően két nagy csoportot alkotnak: a szociológiai ihletésű jogtudat-vizsgálatokat szorgalmazók, valamint a tágran értelmezett büntetőjog-történet és a népi jogélet-kutatás azonosságát vallók. A „nép” által alkalmazott „büntetések” közé bekerült a „halálbüntetés” is, és elnyerte a „jog” minősítést a népi büntetőszokás.⁸⁰ Az ezt elfogadók egy 1796-ban gyilkosság miatt indult perben vád tárgyává tett cselekménysort (gyűjtogatónak tartott ember elevenen megégetése)⁸¹ minősítenek népi büntetőszokásnak, ezzel és hasonló – büntető iratokból – megismert ölési cselekményekkel igazolják a népi büntetési rendszer teljességét. A felhozott példák kivétel nélkül az elkövetők büntetőjogi felelősségének a megállapításával végződnek, habár – kihasználva szokásjog rugalmasságát – sohasem a minősített emberölés miatt kiszabható büntetés kerül az ítéletbe. Ezek a magatartások egyértelműen normasértőek, az állam nemcsak nem ismeri el, hanem kifejezetten tiltja és bünteti ezeket. Ebben az esetben viszont nem is beszélhetünk jogi jellegéről. A közösség más jellegű szankciói (kiközösítés, macskazene) tekinthetők népi büntetőszokásnak vagy közvélemény-büntetésnek, de semmi esetre sem valódi – csak büntető hatalommal rendelkező által alkalmazható – jogi értelemben vett büntetésnek. *Angyal Pál* kifejezetten elhatárolja egymástól ezeket a kategóriákat,⁸² tehát a rá hivatkozó érvelés nem megalapozott. A jogi büntetés ugyanis az arra jogosított által szabható ki, ha a jogosultság (ius puniendi) hiányzik, nem lehet szó büntetésről sem. A 18-19. századi büntetőjogi gondolkodás sem fogadja el a „nép” ítélkezését, így a vélt boszorkány vagy gyűjtogató „megbüntetése” is csupán egy bűncselekmény.

V. Kísérlet egy jogág-specifikus szokásjog-definícióra

Az eddig említettek alapján a kodifikálatlan büntetőjog működési mechanizmusaira vonatkozóan meg lehet kockáztatni néhány megjegyzést, amelyek lehetővé teszik a szokásjog 1880 előtti büntetőjogra érvényes fogalmának meghatározását.

⁷⁸ SZABÓ IMRE: *Néprajz, jog, szociológia*. Társadalomtudomány 1942/3, 423–425. pp.; HOFER MIKLÓS: *Népi jogéletkutatás (Levél a szerkesztőhöz)*. Társadalomtudomány 1943/3, 270. p.; BÓNIS GYÖRGY: *Népi jogéletkutatás*. Társadalomtudomány 1943/3, 280. p.; PAPP LÁSZLÓ: *Népi jogéletkutatás (A szesz észrevételei Szabó Imre bírálatára)*. Társadalomtudomány 1943/3, 277–278. pp.

⁷⁹ MEZEY BARNA – NAGY JANKA TEODÓRA: *Előszó*. In: Mezey Barna – Nagy Janka Teodóra (szerk.): *Jogi néprajz – jogi kultúrtörténet*. Budapest, 2009. 12. p.

⁸⁰ TÁRKÁNY-SZÜCS ERNŐ: *Magyar jogi népszokások*. Budapest, 2003. 792. p.; NAGY JANKA TEODÓRA: *Jogi néphagyományok két gömöri faluban*. Debrecen, 1998. 12. p.; GELENCSÉR JÓZSEF: *A gyűjtogató megégetése (Norma, joggyakorlat, jogszokás)*. In: Gelencsér József: „őseink szokásait követtük” (jogtörténet, jogi népszokás, művészet). Székesfehérvár, 2014. 19, 21, 24. pp.; MEZEY 2016, 265–266, 269–270. pp.

⁸¹ A per közlésében szó sincs népi büntetőszokásról, népítéletnek nevezi a feldolgozó: DEGRÉ ALAJOS: *Egy XVIII. századi falusi népítélet hagyománya*. In: Degré Alajos: *Válogatott tanulmányok*, Szerk.: MEZEY BARNA, Budapest, 2004. 132, 135–137. pp.

⁸² ANGYAL PÁL: *A közvélemény-büntetés*. Budapest, 1933. 58–59, 75, 81. pp.

1. „Törvényes gyakorlat”

El kell ismerni a szokásjog és a bírósági praxis azonosításának létjogosultságát, amelyet – némileg eltérően – *Vuchetich, Fabriczy, Szokolay, Pauler, Kautz* és *Schnierer* képvisel. Büntetőjogi büntetést kiszabni és végrehajtani, tehát büntetőjogot alkalmazni – és ezáltal a szokásjogi szabályokat lefektetni – a 18. századtól egyértelműen csak büntető hatáskörrel (pallosjog) rendelkező bíróságon lehetséges. A *ius puniendi*, vagyis a megbüntetés joga dönti el, hogy valamely személy vagy testület által alkalmazott szankció büntetésnek minősül-e, vagy nem. Tehát a büntetőjogban nem érvényesülhet a *consuetudo* olyan értelmezése, amely mindenféle állami beavatkozás nélkül az emberek egymás közötti napi cselekvéseire vezeti vissza az eredetét. A napi gyakorlatból kinövő és az állam jogalkalmazó szervei által (f)elismert szokásjog kizárólag a közjogban és a magánjogban fordulhat elő, a büntetőjogban kizárt.

2. Az „országos szokásjog” mítosza

A jogi szakkönyvekben szereplő információk, jogértelmezések nem azonosíthatóak közvetlenül az egykori szokásjoggal, hiszen a szerző saját álláspontját ismerteti. Az özszes egykorú szakirodalom azonban már közelebb visz hozzá.⁸³ Az 1870-es évek bírósági szervezeti reformjai előtt a magyar jogrendszerben nincs kijelölt letéteményese a bírói jogalkotásnak, a bírósági szervezet bármely szintjén meg lehet fogalmazni új szabályt. A későbbiekben követendő elvi tételt az úriszék (1848-ig), a városi és a vármegyei törvényszék, valamint a Kúria bíróságai ugyanúgy kifejezésre juttathatnak. A rendi előjogokra alapuló, majd csak nehezen „államosított” – és így autonómiát élvező – első fokú bíróságok decentralizáltsága miatt a bírói jogalkotás, – és így a szokásjog – nélkülözi az egyöntetűséget.⁸⁴ Ezt a széttagoltságot próbálja – több kevesebb sikerrel – a kormányzat a reformkorban a bírósági igazgatás,⁸⁵ majd 1867 után a jogalkotás segítségével csökkenteni.

Az első fokon eljáró büntető hatáskörű bíróságok 1848-ig nem állandó szakbíróságok, hanem a lehetséges (nem jogi szakértő) tagokból alkalmanként összeálló ítélkező fórumok. A laikus elem pedig szintén a jogegység ellen hat.⁸⁶

Egy modern bírósági szervezetben a legmagasabb szintű bírói fórum orientálja eseti döntésekkel és elvi határozatokkal az alsóbb fokú bíróságokat, ezért kulcsszerepe van a jogegység megteremtésében. Ezek feldolgozása alapján pedig hozzávetőleges képet kaphatunk az országos bírói gyakorlatról. Ezt egészíti ki és finomítja az első fokon jogerőssé váló ítéletek és az akták bevonása a kutatásba, amely így helyi sajátosságokat, a nagy egésztől való eltéréseket mutatja ki. Az 1848 előtti kúriai ítéletek a fórumrendszer későrendi jellege és fejletlensége, valamint a kodifikáció hiánya miatt azonban nem al-

⁸³ ILLÉS 1930, 98. p.

⁸⁴ EREKY 1914, 178. p.; BOTH ÖDÖN: *A hazai reformkori büntetőjog-történet kutatásának szükségessége és lehetőségei*. In: Balogh Elemér – Homoki-Nagy Mária (szerk.): *Emlékkönyv Dr. Ruzsoly József egyetemi tanár 70. születésnapjára*. Acta Jur. et Pol. Szeged. Tom. LXXIII. Szeged, 2010. 217–218. pp.

⁸⁵ BATÓ 2011a.

⁸⁶ EREKY 1914, 178. p.

kalmasak erre. A fellebbezési jog késői kiterjesztése miatt csak kevés ügyben jár el másodfokú bíróság, így nem alakulhat ki iránymutató jogértelmezés. A Kúria szűkszavú indokolása sem igazítja el a megváltoztatott döntést hozó bíróságot.⁸⁷ Az elemzett jogesetek és a fontos tartalmú döntések kivonatos közlése csak az osztrák jog uralmával jelenik meg – és terjed el az 1860-as években – a magyarországi jogirodalomban,⁸⁸ igazából ekkor derül ki a kortársak számára is, hogy mennyire különböző gyakorlatot folytatnak az egyes bíróságok. A szokásjog széttagolt, az eddig ismertebbnél is sokkal autonómban működik. A szakirodalomban és a kodifikációs kísérletekben megfigyelhető álláspontokkal nagy vonalakban megegyezik a bírői gyakorlat, azonban egyes részletekben nagyon eltérő lehet. Ennek alapján le kell számolni az „országos szokásjog” mítoszával, és meg kell állapítani, hogy szokásjoga egy adott fórumnak lehet csak.

3. Normasértés vagy jogfejlesztés?

A szokásjogi környezetben is egységes joggyakorlat kialakítását és a jogfejlesztést szolgáló precedensrendszer hiányában a magyar bíróságok bármikor eltérhetnek a korábban követett szabályaiktól. *Szladits Károly* ezt a jellegzetességet „folyamatos hullámzás” kifejezéssel jelöli, a joggyakorlatot figyelő számára úgy tűnik, hogy nincs is norma.⁸⁹

A kodifikálatlan büntetőjogban tulajdonképpen nem lehet eldönteni, hogy egy a korábbi praxistól eltérő ítélet a szokásjog megsértése vagy egy új szokásjogi szabály kialakításának kezdete. A kisszámú szisztematikus levéltári kutatás tapasztalatai alapján megalapozott kijelentést csak egy bíróság hosszabb periódusok (pl. évtized) iratanyagának átvizsgálásával és elemzésével lehet tenni. A bíróságok esetleges összeállítása miatt akár ülésszakonként is változhat a gyakorlat, de ez többnyire nem kiugró eltérés. Normasértésre lehet viszont gyanakodni, ha a következőket több évtizedes gyakorlattól egy esetben tér el (pl. politikailag kényes ügyben) a bíróság, vagy évtizedek óta nem alkalmazott szabályt kíván újraéleszteni (pl. elevenen megégetés az 1810-es években).⁹⁰ A szokásjog kialakulása hosszú időt vesz igénybe, ahhoz, hogy egy-egy álláspontot szokásjogi szabálynak tekintsen, az azonos döntések gyakoriságától függően néhány év (pl. a gyakori lopásnál) vagy több évtized (pl. a ritka szexuális erőszak, magzatelhajtás esetén) szükséges. Ebben a viszonyrendszerben lehet a normasértés és jogfejlesztés kérdését eldönteni.

4. Szabályozási igény

Csak azokat a szabályokat lehet a szokásjog részének tekinteni, amelyek jogi választ igényelnek, vagyis kényszerrel segítik elő az érvényesülését. Az 1848 előtti szerzők kü-

⁸⁷ BATÓ 2016, 206. p.

⁸⁸ BATÓ SZILVIA: *Ein Überblick über die ungarische Strafrechtsentwicklung bis zum Jahre 1948*. In: SINN, ARNDT ET AL. (szerk.): *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Osnabrück, 2011. 48. p.

⁸⁹ ÉREKY 1914. 178. p.; SZLADITS KÁROLY: *A magyar magánjog jellegváltozásai az utolsó száz éve alatt (1840–1940)*. In: Eckhart Ferenc – Degré Alajos (szerk.): *Emlékkönyv Dr. Viski Illés József ny. r. egyetemi tanár tanári működésének negyvenedik évfordulójára*. Budapest, 1942. 490. p.

⁹⁰ BATÓ 2016, 200. p.; BOTH 2010, 221. p.

lön gondot fordítanak arra, hogy a szokásjogot elhatárolják az egyszerű formalitásoktól, így az iratszerkesztési hagyományokat nem tekintik a *consuetudo* részének. A probléma inkább a kriminálpolitikai, a hatalomnak kell eldöntenie, hogy hol húzódjanak a büntetőjogi reakció határai.

5. Elismerés

A szokásjog egyik legfontosabb fogalmi eleme a mindenki által ismert és elismert (elfogadott) magatartási szabály. Az ismertség a büntetőjogi praxisban csupán a jogalkalmazóra vonatkozik, tehát a bíróság – potenciális – tagjainak kell tudniuk az alkalmazandó normát. Az elismertség azonban nemcsak társadalmi elfogadottság, hanem a felsőbbbíróság legalább hallgatólagos jóváhagyása is. Nem tekinthető szokásjognak az olyan bírói gyakorlat, amelyet a másodfokú bíróság következetesen megváltoztat, hiszen nem érvényesül.

VI. Szokásjog a büntetőjogban

A fentiek alapján az 1880 előtti hazai büntetőjogban érvényesülő szokásjog úgy határozható meg, hogy (1) jogi szabályozást igénylő kérdésben, (2) egy adott büntető hatáskörű bíróság gyakorlatában, (3) hosszú időn keresztül alkalmazott, (4) a felsőbbbíróságok által elismert (5) szabályok összessége.