

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

## **Mi marad a *Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege* elvéből? Jogi érvelési megközelítés.**

Eduardo Gandulfo R\*.

Jogi érvelés posztgraduális szakértő; az Északi Katolikus Egyetem professzora,  
Coquimbo ága.

[ednega@gmail.com](mailto:ednega@gmail.com)

### **Összefoglaló**

E dolgozat célja, hogy áttekintse a büntetőügyekben érvényesülő jogszerűség elvét. Ennek érdekében megvizsgálja az elv születésének kontextusát, a felvilágosodás kori kodifikációt, amely segít körvonalazni az elv megértését és funkcióját a jogi szereplők számára. Azt is megvizsgálja, hogyan támadták az elv felvilágosodás korabeli feltevéseit különböző nézőpontokból: ismeretelméleti, nyelvészeti, módszertani, logikai és jogfilozófiai szempontból, és bemutatja, hogy ez hogyan befolyásolta radikálisan az elv megértését és megvalósításának lehetőségeit. Ezután az elv által keresett kritikai alapokat és bizonyos irányadó intuíciókat feltételezve, magának az elvnek az új alapokból kiindulva, de erős módszertani befolyással, mind az elvi szabály rekonstrukciója, mind az alkalmazási lehetőségek szempontjából egy lehetséges rekonstrukciót teszünk. Ez utóbbi esetben röviden elemezzük a legyőzhetőség és a multikulturalizmus problémáit.

### **Kulcsszavak**

A büntetőjogi törvényesség alkotmányos garanciája, jogi nyelvezet, visszaható hatály hiánya, adózás, üres büntetőjog, módszertani logika, megdönthetőség.

### **Absztrakt**

Ez a dolgozat a büntetőjogban a jogszerűség elvének felülvizsgálatát tűzte ki célul. Megvizsgálja a létrehozásának összefüggéseit, a felvilágosult kodifikációban való megszilárdulását, ami hozzájárul az elv jogalkalmazók számára betöltött szerepének megértéséhez és körülhatárolásához. Azt is megvizsgálja, hogy az elv felvilágosult feltételezéseit hogyan támadták a különböző tudományágak, pl. az ismeretelmélet, a nyelvészet, a módszertan, a logika és a jogfilozófia, és hogy ezek a támadások hogyan ássák alá radikálisan az elv megértését és teljesülését. Ezután, bizonyos kritikai alapokból és az elv által keresett orientáló intuíciókból kiindulva,

---

\* A szerző jogász, a Pontificia Universidad Católica de Valparaíso egyetemen végzett. A szöveg a Fondecyt által 1060410 számmal finanszírozott, Raúl Carnevali által vezetett, "Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal" (Az új társadalmi struktúrák által a büntetőjognak támasztott új kihívások) című nagyobb projekt része. A szöveg nagy részét a Talca Egyetemen 2007. augusztus 22-én megrendezett "A jog általános elvei" című első interdiszciplináris jogi konferencián mutatták be. Hálás vagyok L. Mayernek és K. Rosenbergnak egy korábbi változat olvasásáért, R. Carnevalinak számos példa felvetéséért, és Marco Martíneznek azért a gazdagodásért, amelyet a katonai igazságszolgáltatásról szóló törvénykönyvvel szembeni alkalmazhatatlansági ügyben való részvétel jelentett számomra az Alkotmánybíróság előtt a "hadsereg tüzéségi rendőre" ügyében.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

az elv lehetséges rekonstrukcióját javasoljuk, az elv új alapelveiből kiindulva, de erős módszertani hatással, mind az "elvi norma" rekonstrukciója, mind pedig annak lehetséges alkalmazása szempontjából. Ez utóbbi esetben röviden megvizsgáljuk a megdönthetőség és a multikulturalizmus problémáit.

### **Kulcsszavak**

A büntetőjogi törvényesség alkotmányos garanciája, jogi nyelvezet, irretroaktivitás, taxativitás, módszertani logika, megdönthetőség.

### **Bevezetés**

*"Mivel a császár részeg a húszéves orgiája után.  
azt mondta magának: "Fel fogom robbantani a  
Freedomot.*

*olyan finoman, mint egy gyertya!*

*A szabadság feléled, kimerültnék érzi magát!*

*Börtönben van - Ó, milyen név reszket néma*

*ajkán? Milyen könnyörtelen bánat marja őt?"*

J.A. RIMBAUD (*Cézárook  
veszte*)

A büntetőügyekben a jogszerűség elvét több szempontból is támadták és megkérdőjelezték, amelyek közül a legismertebbek politikaiak. Véleményem szerint azonban a legösszetettebb probléma, amellyel ennek az elvnek szembe kell néznie, az a megkérdőjelezés, amelyet a jog általában véve filozófiai szempontból és a jogi érvelés szempontjából kapott, és amely természetesen eléri a büntetőjogi törvényesség területét. Konkrétan négy problémakör: egy *ismeretelméleti*, amely a jogról való biztos tudás lehetőségére vonatkozik; egy *nyelvi*, amely a nyelv és a bírói mérlegelés valódi nyitottságára vonatkozik, hogy egyik vagy másik irányba döntsön; egy *logikai*, amely a rendszabályok indukciójára vonatkozik a normákra vonatkozó kijelentésekből, vagy az egyes számban lévő osztályok affektálására; és egy *ontológiai-funkcionális*, amely arra vonatkozik, hogy mi a szabály és hogyan működik. Mindez azzal fenyeget, hogy teljesen elveszíti az elv értelmét a védelmi célokkal és az elérésükhöz szükséges eszközökkel kapcsolatban.

Amit be kívánok mutatni, az a következő: *i)* a különböző konkrét kritikák mintavétele és feltételezése, amelyek elvünket céljait és eszközeit tekintve válságba juttatták, ami azt fogja jelenteni, hogy nem számíthatunk az elvre abban az értelemben, ahogyan azt eredetileg elképzelték; és *ii)* az a tény, hogy az elv nem áll rendelkezésre abban az értelemben, ahogyan azt eredetileg elképzelték; és *iii)* az a tény, hogy az elv nem áll rendelkezésre abban az értelemben, ahogyan azt eredetileg elképzelték.

*ii)* e kritikák figyelembevétele alapján a büntetőjogi jogszerűség elvének egészének "mentésére" irányuló lehetőségek tesztelését kínálja fel annak rekonstruálásával,

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

bemutatva az ehhez szükséges érvelési átrendeződéseket, mind elméleti, mind gyakorlati szempontból, amelyek az elv másfajta fogalmi sémáját eredményezik.<sup>1</sup>

Világossá kell tenni, hogy a jogi érvelés szempontjából az érvek felépítése és elrendezése határozza meg az érvelés érvényességét vagy érvénytelenségét. Ezért nem elég, ha az érvek egyszerűen csak jelen vannak egy elméleti diskurzusban, hanem a megfelelő sorrendben is meg kell lenniük, ami kihat az elvünk tartalmára. Ilyen összefüggésben a büntetőjogi törvényesség elvének felülvizsgálata a jogi érvelés szemszögéből történik, elemezve, hogy a diszpozíció mely formái nem helytállóak, és egyszerűen tesztelve, hogy az elv hogyan és milyen korlátozásokkal szervezhető át.

Ezt egy alapjogi kontextusban, az érintett jogi értékek - mai fogalmak szerint értelmezve -, az elv alkotó résznormák rekonstruálásának lehetőségei, valamint a büntetőjogi normák alkalmazása az esetkörökre történő alkalmazásával teszi meg.

E cél elérése érdekében a munkaterv a következő: Először is áttekintünk néhány mérföldkövet az elv és a jogállamiság politikai-jogi jelentőségének fejlődésében, ami az elv normatív megtestesüléséhez vezetett a nemzetközi szerződésekben, a törvényben és az alkotmányban, ami emlékeztetni fog minket az elv történelmi-gyakorlati jelentőségére (eltávolodva a puszta absztrakció kísértésétől). Másodszor megvizsgáljuk azt a jogi kontextust, amelyben az elv megszületett, ami hozzájárul ahhoz, hogy felvázoljuk az elv tartalmának és működésének sajátos értelmezési módját, azaz elméleti és intézményi tartalmát. Harmadszor, bemutatjuk az elv lehetséges kritikáit a tudományfilozófia, az ismeretelmélet, a nyelvészet, a logika és a jogfilozófia területéről. Negyedszer, azzal a kéveléssel, ami még hátravan, megpróbáljuk bemutatni, hogyan lehet az új kritikai alapok alapján rekonstruálni a büntetőjogi törvényesség elvének intézményét, amihez módszertani okokból ezt a részt két részre osztjuk: a normák rekonstrukciós szakaszára, éppen az elv általános és különös kérdéseinek rekonstrukciójára, és az alkalmazási szakaszra, amelyben az elv kivetítésével foglalkozunk a gyakorlat egyes konkrét problémáira, például a normák megdönthetőségére és a multikulturalizmus speciális esetére. Végezetül ismertetem a dokumentum következtetéseit.

---

<sup>1</sup> Ellentétben W. Naucke gondolatával, aki azt állítja, hogy "a törvényesség elve nem engedi meg a többes számot... A törvényesség nem engedi meg a fokozatokat vagy kompromisszumokat. A büntetőjogi jogszerűségnek csak *egyetlen* elve van; egy többé-kevésbé szigorú jogszerűségi elv elismerése megszűnik jogszerűségnek lenni". NAUCKE, W. "A büntetőjogi törvényesség elvének fokozatos tartalomvesztése a relativista és politizált pozitivizmus következményeként", in: (vv. aa.), *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Hagyomány: SÁNCHEZ-OSTIZ, Granada: Comares, 2000, 546. o.).

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

## 1. Az elv fontossága

Amit itt fel akarok hozni, az az, hogy konkrétan és egyszerűbben felidézzem, miért kell megpróbálnunk megmenteni ezt az elvet, a büntetőügyekben a jogszerűség elvének politikai jelentősége szempontjából.

A büntetőjogi törvényesség elve a jogállamiság meghatározásának egyik legfontosabb jellemzője. A jogállamiság pedig a 20. század óta a legnépszerűbb kormányzati forma a nyugati világban, mert individualista felépítése az egyén tiszteletét és figyelembevételét helyezi az állam középpontjába. E célból a jogállamiság lényege, mint alkotóelem, az *államhatalom korlátozása az állampolgárok védelmében, magának a jognak a segítségével.*

Ebben az értelemben a "jog kormánya", szemben az "emberek kormányával", a törvényesség elvét tekinti építésének sarokkövének, különösen a büntetőügyekben. Ennek oka, hogy jogi szempontból az elemzés középpontjában a jog és annak érvényessége áll, és a büntetőjogi törvényesség így az állam által gyakorolt büntetőhatalmat *alkotó* előzetes szabályokként jön létre, mivel ezek mondják meg, hogy mikor van büntethetőség, és mikor kell magát a büntethetőséget gyakorolni; ily módon az elv alakítja az állami *korlátozást*.<sup>2</sup>

A jogállamiság és a büntetőjogi jogszerűség elve közötti szövetség gondolata - amely a jogállamiság fejlődését alakította - abban rejlik, hogy megakadályozza bizonyos, az egyének védelmét érintő helyzetek megismétlődését. Olyan helyzetek, amelyekben a jogszerűséget kizáró okok állnak a háttérben, és amelyek ténylegesen büntető jellegű kényszer alkalmazására irányulnak. Így például a XVI. Lajos elleni perben, amelyben "elhatározták, hogy Capet Lajosnak halálbüntetést kell szenvednie", M. Robespierre rámutatott, hogy "a közjó érdekében hozott intézkedést" kell "vele szemben alkalmazni", mert a per transzcendentális kérdésével szembesülve: "Mit kíván az egészséges politika a születő Köztársaság összeolvasztásához?" "A tárgyalás válasza a *kommunikatív* típusú volt: "Az emberek szívébe mélységes ellenszenvet oltani a monarchiával szemben, és elkábítani a király támogatóit". És a maximális büntetőjogi kényszer alkalmazásának alapjaként megállapítja: "sem a börtönbüntetés, sem az elbocsátás nem teheti közömbössé e [most leköszönt] király létét a közjó szempontjából. Mély fájdalommal mondom ki a végzetes igazságot: jobb, ha Lajos meghal, mintha százezer polgár veszítené életét.

---

<sup>2</sup> El kell utasítanunk a tisztán szociológiai vagy tisztán politikai megközelítéseket, amelyek szerint a jogszerűség elve csak arra szolgál, hogy korlátozza az állami *Leviatán* hatalmát. Megjegyzendő, hogy az államot *prima facie* szabadnak tekintik a büntetőhatalom gyakorlására, és a jogszerűség csak bizonyos mértékig korlátozza ezt a hatalmat. Anélkül, hogy véleményt mondanánk ennek szociológiai vagy politikai értékéről, a jogi szemlélet, amely annak elemzése, hogy minek kellene lennie és minek kellene lennie egy jogállamban, nem engedhet meg ilyen egyszerű magyarázatot, mivel egy jogállamban minden állami tevékenység, és különösen az, amely az alapvető jogokat korlátozza, a jogi normák abszolút uralmának van alávetve, különösen a jogi természetűek, amint azt az Alkotmány 7. cikke is megerősíti.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -1

[90.http://www.politicacriminal.cl/n\_08/a\_2\_8.pdf]

Luisnak meg kell halnia, mert a hazának élnie kell".<sup>3</sup> Természetesen az ilyen megfontolásoknak megvan a maguk többé-kevésbé racionális politikai értelmezése, de meg kell jegyezni, hogy minden individualista büntetőjogi megfontolás hiányzott az alapokból. A törvényesség által védett egyéni követeléseket fel kellett áldozni vagy el kellett szorítani az "egész", a haza és a köztársaság érdekének oltárán, és a *salus publica suprema lex* elvét a törvényesség elvének legyőzése érdekében kellett érvényesíteni.

H. Welzel a maga részéről elismerte, hogy a náci Németországban az 1935. 28júniusi kiegészítő törvény "nemcsak törvényes, hanem törvényen kívüli büntetést is lehetővé tett a 'nép egészséges érzésének' megfelelően" (1935. évi német büntető törvénykönyv 2. §); és hozzátette, hogy "a későbbi nemzetiszocialista törvények annyira tágan és határozatlanul voltak megfogalmazva, hogy az igazságszolgáltatás bármilyen 'politikai irányítására' alkalmat adtak, mint különösen a 1942,'bíráknak szóló levelek' és különleges utasítások után".<sup>4</sup> Ehhez hozzá kell adni a rendszer ellenzőinek kivégzéseit, amelyeket később az 1934. július 3-i törvény visszamenőleges hatállyal a kivégzésre visszamenőleg legalizált.<sup>5</sup>

Így a jogállamiság megszenteléséért folytatott harc a legrámaibb helyzetekben, a kollektíván alapuló totalitárius rendszerek (nevezzük "államnak", "pártnak", "osztálynak" vagy "hazának") ellen, akár diktatórikus, akár demokratikus környezetben, nagymértékben összekeveredett a törvényesség elvéért (az ártatlanság elvével együtt), mint a polgárok védelmét szolgáló alapvető jogért folytatott küzdelemmel.

Ez az alapelv ebben az alapvető irányvonalban jelenik meg a nemzetközi emberi jogi szövegekben. A Polgári és Politikai Jogok Egyezségokmányának (a továbbiakban: Ptk.) cikke kimondja, hogy<sup>15</sup>:

"Senki sem tekinthető bűnösnek bűncselekményben olyan cselekmény vagy mulasztás miatt, amely az elkövetés időpontjában a nemzeti vagy nemzetközi jog szerint nem minősült bűncselekménynek. Nem szabható ki súlyosabb büntetés sem, mint ami a bűncselekmény elkövetésekor alkalmazandó volt. Ha a bűncselekmény elkövetését követően a törvény enyhébb büntetés kiszabását írja elő, az elkövetőnek ebből előnye származik".

A második bekezdés pedig hozzáteszi

"E cikk egyetlen rendelkezése sem zárja ki, hogy bárki ellen olyan cselekmény vagy elkövetés miatt eljárást folytassanak vagy elítéljenek, amely az elkövetés időpontjában a nemzetközi közösség által elismert általános jogelvek szerint bűncselekménynek minősült.

<sup>3</sup> ROBESPIERRE, M., *La Revolución Francesa en sus Documentos*. KREBS, R. et al. (szerk.), Santiago: Ediciones UC, pp1990., és 128129. o.

<sup>4</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*. Trad.: BUSTOS; YAÑEZ, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1970, 38. o. és 39.

<sup>5</sup> Vid. BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*. Hagyományos: HERRERO, Mexico DF: FCE, 26. o.1994,

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Az emberi jogokról szóló amerikai egyezmény (a továbbiakban: ACHR) 9. cikke kimondja:

"Senki sem tekinthető bűnösnek bűncselekményben olyan cselekmény vagy mulasztás miatt, amely az elkövetés időpontjában az alkalmazandó jog szerint nem minősült bűncselekménynek. Nem szabható ki súlyosabb büntetés sem, mint a bűncselekmény elkövetésének időpontjában alkalmazandó büntetés. Ha a bűncselekmény elkövetését követően a törvény enyhébb büntetés kiszabását írja elő, az elkövetőnek ebből előnye származik".

Ugyanezt az irányvonalat követi Alkotmányunk (a továbbiakban: CPR) a 19. cikk 3. pontjának 7. alpontjában, annak érdekében, hogy

"Semmilyen bűncselekmény nem büntethető más büntetéssel, mint amit az elkövetés előtt kifejezetten elfogadott törvény előír, kivéve, ha új törvény kedvez az elkövetőnek", amelyet a 3. sz. 8. alpontja egészít ki: "Semmilyen törvény nem állapíthat meg büntetést, kivéve, ha a büntetendő magatartást kifejezetten leírja".

Régi Büntető Törvénykönyvünk (a továbbiakban Btk.), szűkebb nyelvi vonalon - némileg hasonlóan a némethez - a büntethetőséggel kapcsolatban, a 18. §-ban rögzíti:

"Egyetlen bűncselekmény sem büntethető más büntetéssel, mint amit az elkövetést megelőzően hozott törvény előír".

"Ha a bűncselekmény elkövetése után és a jogerős ítélet meghozatala előtt egy másik törvényt fogadnak el, amely mentesíti a bűncselekményt a büntetés alól vagy enyhébb büntetést alkalmaz, akkor a bűncselekményt e törvény szerint kell tárgyalni.<sup>6</sup>

## 2. Az elv kontextusba helyezése

Véleményem szerint a büntetőjogi jogszerűség elvének védelmi középpontjának mai értelmezését döntően befolyásolja a kontextus, azaz a *kodifikációs* makroprojekt és annak értelmezése. A bizonyos módon strukturált *nyelvre vetett* bizalom az, ami miatt a jogalkalmazók ilyen magnak tekintik, körvonalazza elvünk körvonalait, és úgy teszünk, mintha bizonyos elvárt védelmeket meg tudna valósítani, amint azt látni fogjuk.

### 2.1.

A kodifikáció a jogállamiság fejlődésének egy szakaszát jelenti, az engedelmisség formáinak és határainak, valamint a parancsoló hatalom formáinak és határainak elhatárolására tett kísérletet, szemben a régi *Ius Commune* rendszer problémáival, annak sajátos technikai jellemzőivel és politikai vetületeivel.<sup>7</sup> Ebben a kodifikációs keretben a

<sup>6</sup> A chilei büntető törvénykönyv 2005-ös tervezete ennél technikaibb megfogalmazást tartalmaz: "1. cikk. Csak a törvény által leírt és büntetendő szándékos vagy meggondolatlan magatartás minősül bűncselekménynek. A gondatlan magatartás csak akkor büntetendő, ha a törvény kifejezetten rendelkezik róla".

<sup>7</sup> Vid. a kodifikációról, GANDULFO, E., "La Validez en los Contextos de Fundamentación y de Aplicación", *Revista de Ciencias Sociales. John Rawls tanulmányok, emlékiratai*, no. (472002), 487-493. o.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a büntetőjogi törvényesség eléri maximális fejlődését.<sup>8</sup> Nem véletlen, hogy a *Common Law-t* (amely technikai szempontból közelebb áll a régi rendszerhez) ma is kritizálják, amiért a büntetés alakításának ezt az elvét a büntetőjogi *törvényesség* elveként értelmezi, amely a bűncselekmények konfigurálására vonatkozó hierarchikus-normatív források - mint például a szokás és a precedens - sokasága előtt<sup>9</sup> nyitva áll, a bizonyosság hiányával és a jogos elvárások meghiúsulásával. Való igaz ugyan, hogy például a precedens biztonságot adhat a jövőbeli ügyek számára, de az első ügy mindig újszerű, és a források nyitottsága miatt a bíróság minden egyes perben, amelyet indítanak, mindig felhatalmazást kap arra, hogy új precedenst, azaz minden egyes alkalommal új bűncselekményt hozzon létre.

Az egyéni autonómia és a magánélvezet biztosítása érdekében az államhatalommal, különösen a büntetőhatalommal szemben, egy episztemikus-politikai szövetség jött létre. A biztonság szféráját minden egyén számára meg kellett védeni és biztosítani kellett az állami beavatkozással szemben. Az állam befolyása és kapcsolata a polgárokkal azonban igen kiterjedt. A polgárok úgy lehetnek biztosak a saját hatáskörükben, ha mindenki számára *egyértelművé tesz* a hatalmi játékszabályokat. Ily módon a tisztviselők tudni fogják, hogy milyen mértékben befolyásolhatják a polgárok életét, és a polgárok szabadon végezhetik tevékenységüket, azzal a *világos* tudattal, hogy meg tudják *különböztetni* azokat a határokat, amelyeket nem léphetnek át anélkül, hogy jogaik vagy jogi értékeik, például a szabadság és az élet, sérülnének, és anélkül, hogy másokra is hatással lennének.<sup>10</sup>

Az első kodifikációs művelet a normatív erdő megtisztítása volt. A *törvény* gyakorlatilag abszolút elsőbbségét írta elő másfajta normákkal szemben, és így kvázi azonosította a törvényt és a jogot; esetünkben csak a törvény hozta létre a büntetőjogot. Az egyféle szabály egyértelműsége sokkal jobb volt, mint a többféle megoldás okozta homályosság. Nem fordulhatott elő, hogy például a különböző források különböző módon büntettek, vagy éppen mentesítették ugyanazt a konkrét esetet. A politikai szövetség egyik vége abban mutatkozik meg, hogy ez a fajta uralom csak olyan volt, amelynek forrása a polgárok szuverén akarata volt.

Ugyanezen az episztemikus vonalon az egyneműség egyértelműségét nem csak a normatív forrás egysége biztosította. Magának a törvény *tartalmának* egyértelmű és ellentmondásmentes megoldásokra kell lehetőséget adnia, hogy a cselekményt ne lehessen kétszer vagy különböző módon büntetni ugyanazon törvény alapján. Azt az eljárást választották, amely a legnagyobb biztonságot nyújtotta volna a polgárok számára, a *geometrikusabb, matematikusabb* módszert. A jogalkotási anyaggal való szisztematikus működés, amely az ész számára nyilvánvaló elvek vagy axiómák alapján szerveződik (azáltal, hogy

<sup>8</sup> Annak sérelme nélkül, hogy a 17. század közepén láthatunk bizonyos korábbi megnyilvánulásokat, a HOBBS, Th.,

*Leviatán*. Nincs fordító. B. Aires: Libertadores, XXVII. fejezet2004., p. 200.

<sup>9</sup> AMBOS, Kai, "A *Nullum Crimen sine Lege* elve. Az emberi jogok európai egyezményének 7. cikke. *Common Law and the German Wall Shootings*", in: *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal*, Trad.: ALDONEY, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, pp2007., et 53seq.

<sup>10</sup> Ahogy Friedrich von Hayek mondja, "a szabad ember feltételezheti, hogy amíg a törvények által meghatározott keretek között marad, nem kell senkitől engedélyt kérnie, és nem kell engedelmeskednie semmilyen parancsnak". VON HAYEK, Friedrich, *A szabadság alkotmánya*, fordítás: *A szabadság alapjai*. Trans.: TORRENTE, Barcelona: Folio, pp1997., és 263264.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?  
A jogi érvelés megközelítése."  
*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.  
[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

7

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A PC általános része, például), hogy specifikusabb (mint a PC speciális része), teljesebb, kiszámíthatóbb és egyedibb megoldásokat kapjunk. Kiegészítő módon a nyelv *absztrakt* és *általános* jellegét választják, amely helyzetek és személyek osztályaival foglalkozik, azzal az igénnyel, hogy nagyszámú helyzetet és egyes személyt *csoportosítson*, hogy *egyenlőséget* teremtsen az ilyen személytelen szabályok alkalmazása során. A büntetőjog e kodifikációja alapján feltételezték, hogy a büntetőjog is eléri a felvilágosodás által elérni kívánt abszolút bizonyosságot, és számúzi a bírói mérlegelést vagy önkényt.

Mint látható, egy ilyen kodifikációs változatban gyakorlatilag a konstrukció *teljes súlyát a nyelvre*, annak jellemzőire és funkcióira helyezték. Egyrészt mindezen apparátus kognitív rögzítettségét a jogi szabályozás megnyilvánulásának *írásbelisége kellett*, hogy biztosítsa és biztosítsa. Másrészt az egyszerű és világos kifejezésekkel<sup>11</sup> megfogalmazott, világos és egyértelmű gondolatok *mindenki* számára hozzáférhetővé tehetik a jogi, és esetünkben a büntetőjogi ismereteket. Az alany szempontjából elég lenne tudni *olvasni* ahhoz, hogy hozzáférjen a normatív elképzelésekhez.

*A bizonyítás* alapgondolata az egyértelműséggel kapcsolatban minden bizonnyal kulcsszerepet játszik: a nyelvi egyértelműség adta a bizonyítékot, hogy minden olvasó polgár számára a törvény közvetlenül nyilvánvalóvá váljon. Semmi sem kellett a szavakban foglalt törvény és a polgár elfogulatlan elméje között ahhoz, hogy az rögzüljön az elméjében. Ezért, amikor a törvény szövege egyértelmű volt, nem szabad figyelmen kívül hagyni a szó szerinti tartalmat, hogy a szellemével konzultálhassunk - mondta jogalkotónk. Így a *normatív mondat maga volt a norma*. A jogalkotás hibáinak kiküszöbölésére és a szükséges egyértelműség megteremtésére született meg a jogalkotás tudománya.

A fejlődés nem ment sokkal tovább, egy jogi cikk *teljessége a pontosságával* függött össze, és nagyjából a következőképpen lehetett megbecsülni: "*Teljes jognak* mondható az a törvény, amely egy hipotézist és egy szankciót tartalmaz, pontosan rögzített formában, oly módon, hogy annak olvasata és értelmezése elegendő ahhoz, hogy a bíró alkalmazza azt", anélkül, hogy ítélete meghozatalához más normatív szövegekhez kellene folyamodnia.<sup>12</sup>

A szabályokat a matematikai képletekhez hasonlóan kellett felépíteni. Ideális esetben minden egyes képletnek, legyen az tipikus vagy büntető jellegű, egy külön cikkben kell lennie, teljes.<sup>13</sup> És hogy

---

<sup>11</sup> Volt egy bizonyos tendencia, hogy a kifejezések jelentését *elszigetelten*, a név és a konkrét tárgy közötti kapcsolat modellje szerint értelmezték. Így például, ha a "Matus" egy egyes számú embernek, J.P. Matusnak felel meg, akkor a "matar" hasonlóképpen megfelel valamilyen entitásnak. GÓMEZ-LOBO, A., "Introducción", in: FREGE, G., *Siete Escritos sobre Lógica y Semántica*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1972, 13. o. Így a cikk minden egyes fogalmának pontosításával nyelvi pontosságot kapunk.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ, L., "Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco", *Revista de Derecho* de la UCV n° (81984), p. 233.

<sup>13</sup> P. Calamandrei ezt a következő hasonlattal magyarázta: "a kódexek minden egyes cikkelye egy jelkép, amely az emberi viselkedés egy bizonyos modelljére készült. Minden olyan emberi cselekedet, amelynek jelentősége van

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Miután a képletek pontosak voltak, szisztematikusan össze lehetett kapcsolni őket más szabályokkal. Mindenesetre, mivel a szabályok pontosak voltak, az egyes cikkek jogát legalább bizonyos "könnyű" esetekben más normatív szövegekre való hivatkozás nélkül lehetett alkalmazni.

Mindezek a jellemzők adták a jog meghatározó keretét, amelyhez hozzáadódtak e jellemzők bizonyos sajátos jellemzői, a büntetőjog egy-egy sajátos aspektusával, mint például a büntetőjogi adózás. Ezek *nagyjából* a törvényesség elvének megértése és technikai fejlődésének transzcendentális elemei.

A fent vázolt irányban J. Bentham odáig ment, hogy azt mondta, hogy minden ember legyen a saját ügyvédje. Ez nagyon fontos, mert azt mutatja, hogy a kodifikáció, mivel magától értetődő szabályokra épül, első lépésben a *jogalkotó anyagának* bemutatására irányuló projektként *épül fel*, kizárva az alkalmazást, és hátat fordítva a szükségtelen rekonstrukciós jogelméletnek. Ezt alátámasztandó, megfigyelhetjük, hogy a jogi jószág elméletének kezdetén a jogi jószág inkább csak a jogalkotás szigorúan vett csoportosítási forrása volt.<sup>14</sup>

Ami a normatív rekonstrukciót illeti, úgy vélték, hogy ez vagy triviális, mert csak megismétli a törvényt, vagy rosszabb esetben káros, mert elhomályosítja a jogalkotási normák egyértelműségét, vagy jobb esetben nagyon marginális és pótolható hasznosságú, mert csak tisztázni tudna *néhány* jogalkotási hiányosságot, amellyel kapcsolatban az ún. jogalkotási tudománynak működnie kellene, elkerülve a "dogmatika" alkalmazását. Ily módon a jogelméletet a rekonstrukciós szférában másodlagos és veszélyes gyógymódként értelmezték, amelynek a jogalkotási tudománynak véget kellett vetnie.

Ez Beccariánál (a kodifikáció egyik legerősebb változatánál) is megfigyelhető:

"Nincs veszélyesebb annál az axiómánál, hogy a törvény szellemével kell konzultálni. Ez egy átszakadt gát a vélemények áradatában. Ez az igazság, amely paradoxonnak tűnik

a legközönségesebb elméket is jobban lenyűgözi egy kis jelenlegi rendetlenség, mint a nemzetben gyökerező hamis elvekből eredő szörnyű, de távoli következmények. Minden embernek megvan a maga nézőpontja, és minden embernek különböző időkben más és más a nézőpontja. A törvény szelleme tehát a bíró jó vagy rossz logikájának eredménye lenne... a szenvedélyek erőszakosságától függne. Ezért látjuk, hogy ugyanaz a bíróság különböző időben különböző bűncselekményeket különböző módon büntet. A büntetőjog betűjének szigorú betartásából eredő rendellenesség nem hasonlítható össze a büntetőjog értelmezéséből eredő rendellenességekkel".<sup>15</sup>

---

a társadalom számára... típusonként osztályozzák és rögzítik az aktában". CALAMANDREI, P., *Proceso y Democracia*. Hagyományos: FIX-ZAMUDIO, Lima: Ara, p2006,. 61.

<sup>14</sup> Így HORMAZÁBAL, H., *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Santiago: Conosur, pp1992,. 13-19.

<sup>15</sup> BECCARIA, *De los Delitos y Penas*. Hagyományos: TOMÁS Y VALIENTE, Barcelona: Orbis, pp1985,. és 4849.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Hasonlóképpen, a kodifikáció elmélete, mivel magától értetődő axiómákra épül, amelyeket a jogalkotó a munkamegosztás során választott ki, szabályai tekintetében egyszerűen megkövetelte azok vak alkalmazását a bíró által, az *összehasonlító* módszer segítségével. A szavakban magától értetődő jogi gondolatot az előtte fekvő konkrét esettel vetné össze, mechanikus bizonyítékokkal előállítva a kérelmet; a vádlott elítélése vagy felmentése nem mehetne át a konkrét eset további mérlegelésén. Az alkalmazás módszertani autonómiája gyakorlatilag megszűnt.

Egy "kis nagy lépés" volt az *értelmezés* gondolatának meghonosítása (azaz a normák rekonstrukciójának szintjén). Kezdetben csak az olvasott cikkek közötti szisztematikusan kombinációk meghatározásaként, később pedig a jogi cikkek jogalkotási jelentésének kereséseként. Azonban, ahogy R. Pound rámutat, az alkalmazás tevékenysége az értelmezésben maradt.<sup>16</sup> A tényállás megállapításán és a törvény betűjén kívül semmilyen értékelő szempont nem került bele; a régi mondás, hogy "*dura lex sed lex*", továbbra is érvényesült ez utóbbira.

## 2.2.

Természetesen az ügyvédek munkája egy kontextusban zajlik. Ez a kontextus a kodifikáció kontextusa. Így a bírák ítélezési munkája, a jogászok magyarázó munkája és a peres felek ügyvédi munkája (tág értelemben vett) kodifikációs munka. Munkánk jobb megértése érdekében elmondható, hogy munkánkat nemcsak a kodifikáció hatja át, hanem annak kánonjai határozzák meg, még büntetőügyekben is.

A kodifikáció érvényessége abszolút, és ez az egyetlen keret, amelyben dolgozunk. Ezekben a peremeken kovácsolta technikailag ezt az elvet P. Feuerbach<sup>17</sup>, és ezekben fejlődött ki nálunk. Vagyis a polgárok jogbiztonságára törekszik a büntetőhatalommal szemben, és meghatározza a büntetőjogi jogszerűség elvének megvalósítási módjait, különösen a *kodifikációs nyelv*, mint az egyetlen charta típusán keresztül, így adva technikai tartalmat a büntetőjogi jogszerűség elvéből levezetett négy klasszikus tilalomnak: 1) *lex scripta*, olyan törvényt kell írni, amely leírja a büntetendő bűncselekményt és annak büntetését, 2) *lex praevia*, hogy a megírt törvény ne legyen visszaható hatályú magára a tényállásra, 3) *lex certa*, hogy a törvény pontos legyen a leíró nyelvezetében az egyes cikkelyekben szereplő típusszerkezet tekintetében, és pontos legyen az egyes cikkelyek által előírt következmények normatív nyelvezetében, és 4), ennek folytatásaként, *lex stricta*, hogy analógia *contra legem* nem megengedett.

<sup>16</sup> R. Pound ugyanis meglehetősen szigorúan értékeli, megjegyezve, hogy "a jogalkalmazást úgy képzelem el, mint az ügynek a szabály vagy a jogorvoslat alkalmazásával történő pusztán automatikus rendezését. Az elkerülhetetlen kiigazításokat, kiterjesztéseket és korlátozásokat, amelyeket az igazságszolgáltatás ily módon való működésének szándéka implicál, az általános biztonság érdekében az értelmezés fikciója fedi el". POUND, R., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trans. 70.

<sup>17</sup> FEUERBACH, P., *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*. Hagyományos: ZAFFARONI és HAGEMAIR, B. Aires: Hammurabi, p1989., 63.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Véleményem szerint mindez a konfiguráció megmagyarázza és súlyozza, hogy egyes bírák miért hajlamosak erősen vonakodni például a jogi javak elméletének alkalmazásától, szemben az egyszerű "jogalkalmazással". Így van ez a jogászok azon igényével kapcsolatban is, hogy közvetlenül a cikk szövegéből indukáljanak szabályokat. És ugyanebben az irányban azt állítani, hogy a *szabály* az, ami módszertani szempontból az első, és ez alapján határozzák meg az értéket, és hogy ezt fordítva tenni, "a szekeret a ló elé tenni".

A kodifikáció azonban, mint fentebb vázoltuk, nem egy statikus makroprojekt, hanem módszertani szempontból fejlődésben van, mind normatív, mind jogi értelemben argumentatív értelemben. Mint minden evolúció, ez is átesik apró és lassú változásokon vagy hirtelen reformokon, sőt, akár nagyobb szakadásokon is áteshet. Mindenféle dolgok történtek ezzel a projekttel. Mindazonáltal nem hagyhatjuk figyelmen kívül, hogy mindezek a változások nem ártalmatlanok, és nem is voltak ártalmatlanok a benne szereplő konstrukciók számára. Ez azt jelenti, hogy a rajta végrehajtott módosítások, valamint a felfedezések és a hozzá csatolt tudományágak változásai, amelyekre a felépítése alapult, lezárják és megnyitják a régi intézmények módszertani érvényességének lehetőségeit, sőt teljesen átformálhatják ezen intézmények arcát, súlyos válságba sodorva őket a jog elméleti és gyakorlati világában való létezésük valódi lehetőségét illetően; ez a kérdés, amelyről maga a büntetőjogi törvényesség elve sem idegen.

### 3. Az elv válsága

A kodifikációs mozgalom törekvései ellenére elvünk nem tudta elkerülni, hogy észrevétlenül ne kerüljön bele a jog egészének válságába. A 19. század végén és különösen a 20. század elején hamarosan megkérdőjeleződött a nyelv által nyújtott jogbiztonság és jogbiztonság igénye. Ezeket a kérdéseket a jelenre vetítjük ki, és következőképpen annak elismeréséhez folyamodunk, amit el akartunk utasítani: a bíró mérlegelési jogköréhez és szabad akaratahoz, hogy eldöntse, meddig terjedjen a büntetőhatalma, például egy bűncselekmény megállapításakor. Röviden, a (büntető)törvényességen túl és a jogalkotói erőfeszítések ellenére a bíró mindig is azt teheti majd, amit akar a mérlegelési jogkörével, de most még rosszabbul,

még a *jogi nyelv védelme alatt* is! Így a bíró, aki egy normatív-jogi mondattal ( $O_1$ ) szembesül, különböző szabályokat ( $N_1, N_2, N, N, N_3, \dots N_x$ ) is kaphat, amelyek kizárnak vagy bevezetnek bizonyos eseteket, amelyeket egy másik értelmezési változat nem vesz figyelembe. Például csalás esetén a vádlott állampolgár elítélhető, mert megtévesztéssel megfosztott egy másik állampolgárt egy ingatlan bérleti jogaitól, míg egy másik személyt, aki pontosan ugyanazt a cselekményt hajtotta végre ugyanolyan típusú tárgyon, nem. Az értelmezési bizonytalanság és a diszkréció ezen problémái a 20. század egyik legjelentősebb vitáját váltották ki.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Ahogy L. Prieto Sanchís rámutat, a "jogi érvelés elméleteinek rendkívüli fejlődése... rávilágít a diszkrécionalitás pozitívista tézisének leküzdésére irányuló jelenlegi erőfeszítésekre, vagyis a

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

### 3.1.

Az első dolog, amit meg kell jegyezni, az valami, ami mostanra már eléggé közismert. A nyelv, amelyen keresztül a büntetőjogi törvényesség kifejeződik vagy megnyilvánul, *jelek* vagy *szimbólumok* alapján épül fel. Tautológiailag láthatjuk, hogy a kódjainkban szereplő jelek megértése pontosan e jelek megértésének vagy megértésének kérdése. Nos, ezek a jelek a fizikai világ megnyilvánulásai, azaz tények. De mint tényeknek, nincs jelentőségük vagy jelentésük a *fizikai* világban. Jelentések és érzékek csak egy bizonyos szinten találhatók meg az emberek által felépített világban. A két világ közötti összekötő viszonyban a *jel önkényességének* elve merül fel, ami alapvetően azt jelzi, hogy a jelnek önmagában és fizikai szempontból megfigyelve nincs értelme vagy jelentése, anélkül, hogy természetes asszociatív kapcsolata lenne (a dekódolásunk esetleges potenciális jelzési lehetőségének sérelme nélkül)<sup>19</sup>. Így például a természetben nincs semmi olyan, ami miatt a zöld szín az áthaladás vagy a valamire való felhatalmazás jelentését hordozza, például amikor egy ilyen színű közlekedési lámpa előtt állunk.

Ily módon azt látjuk, hogy a büntetőjogi jogszerűség kifejező jelei már a *prima facie* önkényesség köpenyével vannak terhelve, anélkül, hogy természetes módon, a jogi közösség, különösen az üzemeltető beavatkozásán kívül meghatározott értelmet vagy jelentést tulajdonítanak nekik. Az üzemeltető az, aki a büntetőjogi törvényesség jeleinek jelentést vagy értelmet *tulajdonít*. Nos, igaz, hogy van egy sor fogalom és jelentés, amelyeket a közösség konszenzusosan rendel bizonyos jelsorozatokhoz, de az sem kevésbé igaz, hogy ez nem akadályozza meg a nagyon különböző okokból és okokból történő eltérő használatot, ahogyan azt a nyelvhasználat és egyebek fejlődése példázza, és így befolyásolja a nyelv stabilitásának feltételeit, a jogbiztonság hatásait. És ez megmutatja nekünk a felvilágosult elv aláadásának belépési pontját.

### 3.2.

A nyelv kérdése egy általánosabb *ismeretelméleti* álláspontot érint: a *tudás biztonságáról* és a *tudás tekintélyének forrásairól*.<sup>20</sup>

Ez felveti a kognitív tekintély forrásainak és az episztemikus bizonyosság hiányának megkérdőjelezését. A nyelvben kifejezett jog úgy jelenik meg a címzett számára, mint a külső világ egy másik helyzete. A nyelv szubsztrátumát a fizikai jelek adják - mint mondtuk -, a büntetőjog pedig ezeken keresztül jelenik meg. Ezért

---

törekszik a jogi racionalitás határainak kiterjesztésére...". PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Mexico DF: Fontamara, p1997., 43.

<sup>19</sup> Lásd az összefoglalót: GÓMEZ, A. és BRUERA, O.M., *Análisis del Lenguaje Jurídico*. B. Aires: Editorial de Belgrano, 1984, pp. 13-17. Lásd még: ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*. B. Aires: Eudeba, 109. o.1994,

<sup>20</sup> Vid. POPPER, K., "A tudás és a tudatlanság forrásairól" in: *Feltevésék és cáfolatok, Az emberi tudás fejlődése*. Trans.: MÍGUEZ y GRASA, Barcelona: Paidós, pp2003., 23-54.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A probléma abban rejlik, hogy *hozzáférünk* hozzájuk és más emberek kommunikációs szándékához, ahogyan minden más külső dologhoz is. Hozzáérés nélkül nincs biztos tudás.

De miután láttuk ezt a problémát, egy másik probléma is felmerül: mennyire *megbízhatóak* a világhoz való hozzáérésünk *forrásai*. Amennyiben ezek nem lennének megbízhatóak, az komolyan befolyásolná a megismerési képességünket.

Mivel ezek a külső jelek, valamint szerzőjük szándékai kívül esnek a befogadó emberi elméjén, az egyetlen hozzáérésünk hozzájuk közvetített. Senki sem férhet hozzá közvetlenül a külvilághoz.

Valóban van valamiféle hozzáérés a külső jelek és szándékok világához? Megértésüket - gyermekkorunktól kezdve - az érzékek közvetítik, amelyek az egyik "forrásunkat" képezik. De ismétlem, az "észlelés elmélete" (tágabb értelemben) iránti elkötelezettség azt jelzi, hogy a külső világ ilyen megragadása a perifériás inger szétválasztását okozza, amely az evolúciós meghatározottság révén elektromos impulzussá alakul át, és az emberi agyba kerül, hogy bizonyos előfeltevések vagy feltételezések alapján, amelyek az elménkben vannak (és amelyek soha nem voltak azon kívül), rekonstruáljuk őket.

A lényeg az, hogy egy ilyen "hiteles tudásforrás" nem ilyen, hanem csak *közvetít a külvilág és az elme között*, lehetővé téve a mentális *rekonstrukciót a külsővel való egybeesés* látszatával (a helyesen vagy helytelenül elsajátított biológiai-evolúciós és kulturális folyamatoknak megfelelően). És csak azt mondom, hogy "közvetít", mert a jel kommunikatív ingere kimerül az érzéki perifériában, és rekonstrukciója már más tényezőktől függ, amelyek nem a külső inger vagy maga a jel, hanem - ragaszkodom hozzá - az elektromos impulzus és a mentális tartalmak (evolúciósan és a tapasztalat által meghatározott). A legjobb kognitív lehetőségünk az, hogy az így meghatározott rekonstrukciónk részben vagy részben *egybeesik a külső valósággal*. De ahhoz, hogy ezt megismerjük, az ember ugyanazon kezdeti feltételeknek van kitéve, azaz ugyanazokkal az eszközökkel, egy véget nem érő ismétlésben.

Nos, lehetséges, hogy nyelvkezelésünk kvázi-automatikussága hamis képet ad nyelvünk abszolút evidenciájáról, de ez is az agyunkban működő mentális folyamatok összetett skálájától függ, amelyek hiányosságai még a legközelebbi emberekkel - például a partnerekkel - való kommunikációban is radikális kommunikációs vagy információ- és bizalmi félreértéseket eredményezhetnek. Jogi szempontból D. Kennedy joggal mutatja be, hogy még a múltban tanultak *emlékezetén* alapuló jogi gondolkodás folyamata is erősen a pusztán *tétova* megközelítés jegyeit hordozza,

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

információtöredékekkel operálnak, amelyekből hiányzik a szükséges pontosság és precizitás.<sup>21</sup> Röviden, a múltbeli mentális tapasztalatok belső rekonstrukciójával is foglalkozunk.

Részben mindez azt mutatja, hogy nincsenek olyan hiteles tudásforrásaink, amelyek a külső világot, például az írott nyelv jeleit (vagy mások mentális állapotait) mindenki számára objektív módon hozzáférhetővé tennék, és hogy a jogról és az írott jogról való tudás folyamata a *bizonytalanság* köpenye alatt zajlik, és *mindig is fog* zajlani.<sup>22</sup> Ezt a már a 20. századi ismeretelméletben kialakult helyzetet véleményem szerint a jogászok és jogfilozófusok nagy többsége figyelmen kívül hagyja, és ez óriási hatással van a jogi probléma megközelítésének módjára és a tartalmi rögzítés dinamikájára (a megdönthetőség rossz megközelítése is példa erre).

Véleményem szerint - és itt nem fogok semmi újat mondani - a legjobb lehetőség a *feltételezésen* alapuló tudás.<sup>23</sup> Vagyis *hipotéziseket* kínálunk a következőkről: a jelek, amelyek egy kódban előttünk állnak, és hogy ezek a jelek mit mondhatnak nekünk. Ennek eredménye csak *ideiglenes* feltevés lesz a büntetőjog lehetséges értelméről, mint minden ismeretünk, és ezért mindig ki lesz téve a módosításoknak, mind a javulásnak, mind a visszafejlődésnek.<sup>24</sup> Nem lehet biztosan tudni, hogy a változások jobbra vagy rosszabbra fordulnak-e. A rekonstrukciós korrekciókat jobbnak hihetjük, de a kognitív tekintély forrásainak hiánya megakadályozza a biztos eredményt.

Ez utóbbi a koncepciók megváltozására utal. Elmozdulás az objektív vagy episztemikus bizonyosság eszméjétől, amely bárki számára elérhető, és annak felváltása a szubjektív bizonyosság eszméjével, mint a valamibe vetett hit pszichológiai helyzetével, amely bármilyen kognitív művelet eredménye lehet, akár pusztán intuitív.

Ha tovább pontosítjuk a dolgokat, máris láthatjuk, hogy amit kínálni tudunk, az csak a norma rekonstrukciós *feltevése*. *Éppen ezért* különbséget tehetünk a következők között: a normatív *mondat*, amelyet fonémák sorozataként kapunk, és a *jelentés* rekonstrukciója, mint rekonstruált norma. Ebből adódik a normatív mondat és a normatív értelem közötti különbségtétel, mint magának a normának a feltételezése, amelyet az előbbinek tulajdonítanak. A problémák azonban itt nem érnek véget.

### 3.3.

<sup>21</sup> KENNEDY, D., *Szabadság és korlátozás a bírói döntéshozatalban: kritikai fenomenológia*. Hagyomány: POMBO y LÓPEZ, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 100-102. A probléma abban rejlik, hogy az agy biológiai kódolású emlékeket tárol a sejtek szintjén, amelyeken a múltbeli tapasztalatokat rekonstruálni kell.

<sup>22</sup> Ez a probléma reprodukálható, ha a jogot *szokásnak* tekintjük.

<sup>23</sup> POPPER, "Az emberi tudás három felfogása" in: *Conjectures*, cit. 20. sz. jegyzet, 149. o. ff.

<sup>24</sup> Vid. GANDULFO, "La Validez", idézi a 7. jegyzetet, 502-511. o., 521-532. o., 521-532. o. Hasonló értelemben, de más elméleti keretben CARDOZO, B., *La Naturaleza de la Función Judicial*. Hagyományos: PONSSA, E., Granada: Comares, p2004., 14.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Az újjáépítés helyzetét nem konszenzusos, hanem *konfliktusos* helyzetben figyelhetjük meg, mint egy büntetőperben vagy a tudományos kritériumok egyszerű eltérésében.

Ezzel a helyzettel szemben a nyelv, úgy tűnik, nem sok gátat kínál, hiszen a nyelv szempontjából a nyelvre épülő értelmezési eredmények csak egy ugyanolyan érvényes *lehetőségekből álló keretbe* vezetnek. Ennek fő oka a kodifikáció általánosító igénye. A jogrendszernek az általános szabályoktól a kevésbé általános vagy különös szabályok felé való strukturálódása azt jelenti, hogy a magasabb szintű szabály, például a büntetőjog, az alacsonyabb szintű szabály tartalmát is irányíthatja, bár nem abszolút módon. Nem tudja egyértelműen, abszolút módon részletezni, hogy milyen cselekményt kell alkalmazni. Amint H. Kelsen elismeri, bár a magasabb norma meghatározza a végrehajtandó alacsonyabb norma tartalmát, még "a legapróbb rendnek is számos meghatározást a végrehajtóra kell hagynia", így alkotva a szabad mérlegelés lehetőségeinek keretét.<sup>25</sup>

De ez nem csak az elv által hagyott hely mennyiségét, hanem minőségi szempontból is igaz. Ebben az értelemben maga Kelsen is elismeri, hogy a normatív nyelv, a kifejezések vagy szószorozatok például a többértelműség problémáinak lehetnek kitéve, és az alkalmazási aktus úgy alakítható ki, hogy az megfeleljen a jogi norma különböző nyelvi jelentéseinek egyik vagy másiknak; a kifejezés "szabályos" jelentése és a normatív potentát<sup>26</sup> akarata közötti egyéb eltérések sérelme nélkül. Ebből következően aztán megvan, hogy a normatív nyelv az értelmező számára a lehetőségek *keretét* is képezheti.

"Ma már egyöntetű egyetértés van abban, hogy... [a] bíró mechanisztikus felfogása megvalósíthatatlan" - mondja C. Roxin. "A jog által használt valamennyi fogalom... többé-kevésbé különböző jelentéstartalmakat enged meg. És ez nemcsak a normatív fogalmak esetében van így... hanem a tágra leíró jogi fogalmak esetében is... a bírónak mindig választania kell a különböző lehetséges jelentések között".<sup>27</sup>

A következtetés az, hogy nyelvészeti szempontból az egyetlen meghatározható eredmény a *jogilag egyenlő lehetőségek* többé-kevésbé nyitott *kerete*. Az értelmezés nem feltétlenül vezet egyetlen megoldáshoz, amely a kizárólag jogi megoldás lenne. Több megoldás is előterjeszhető, amelyek jogi szempontból elvben mind azonos értékűek, ha összhangban vannak a nyitottsággal, a

<sup>25</sup> KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. Trans.: VERNENGO, Mexico DF: Porrúa, 2002, p. 350. Ez a meghatározás azonban soha nem teljes. "A felsőbbrendűségi norma nem határozhatja meg minden értelemben azt a cselekményt, amellyel azt alkalmazzák. A szabad mérlegelésnek mindig marad kisebb-nagyobb mozgásteret". Ugyanebben az értelemben JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2. kiadás. Hagyomány: CUELLO; SERRANO, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 95.

<sup>26</sup> KELSEN, *Teoría*, cit. jegyzet n° 25, 351. o. A kétértelműség szemantikai, szintaktikai vagy pragmatikai formáiról lásd GUASTINI, R., "Problemas de Interpretación". *Isonomía* n° (71997), 125-129. o.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal*. Hagyomány: LUZÓN et al. Madrid: Civitas, vol.1997, I, p. 148.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

értelmezendő normatív mondat. Más szóval, amire törekedhetünk, az az egyformán érvényes lehetőségek feltételezett kerete, akár mennyiségi, akár minőségi szempontból.

### 3.4.

Nos, ha a feltételezett problémára gondolunk, akkor azt látjuk, hogy a nyelvi egyértelműség csak úgy értelmezhető, ha sok ember, különösen befolyásos döntéshozók *konszenzusa* van abban, hogy egy adott mondatot hogyan értenek. Egy olyan mondat, amelynek megértésében mindannyian egyetértünk - feltételezés - nem kínál nagyobb homályosságot, mondják (sőt, nem kínál nagyobb konfliktust). Ha azonban - és itt Perelmannak igaza volt -<sup>28</sup>, ha a világos mércére *egy másik rekonstrukciós hipotézist helyezünk*, és a mi hipotézisünk mellett több pozitív, a hagyományos mellett pedig több negatív indokot kínálunk fel, akkor az indoklásban már nem tűnnek olyan egyértelműnek a dolgok, és a jelentés hajlamos lesz kettéválni.

Ennek érdekében a jogászok érvelési arzenáljában egy régóta bevált eszköz van: a *megkülönböztetés*. Segítségével még ott is, ahol alapvető konszenzus van, lehetőség van arra, hogy elkülönítsük és így korlátozzuk egy szabály esetkörét; így ha valakit az "X" szabály alapján büntetni lehetne, egy ilyen stratégiával az esetet ki lehet venni a hagyományos esetkörből, hogy vagy egy súlyosabb büntetőügybe, vagy egy mentesített vagy enyhébb büntetőügybe soroljuk. Így a nyelv rugalmassága a legügyesebb rekonstruktív elmék szolgálatába áll.

### 3.5.

Az előző bekezdés lehetőséget ad arra, hogy egy régi gondolat rekonstrukcióját kínáljuk fel: a *jog nyitott szerkezetének* (vagy a homályosság lehetőségének) gondolatát a büntetőjog érintettségével kapcsolatban.

Bár a büntetőjog a maga általánosságával a lehetőségek feltételezett keretét kínálja, elképzelhető, hogy a nyelv, mint folyamat, bizonyos körülmények között enyhíti a nyitottsága problémáját. A nyelv olyan általános minősítő szavakat használ, mint például "aki megöl egy másikat" vagy "aki eltulajdonítja egy másik ingóságát", amelyek az esetek vagy egyedi esetek széles körét fedik le. Bár az ilyen szavak használatában lesznek "nyilvánvaló, hasonló kontextusban állandóan előforduló esetek, amelyekre az általános kifejezések alkalmazhatók"<sup>29</sup>, ez mindig azért van, mert *konszenzus lesz* egy bizonyos *nukleáris*<sup>30</sup> hatályról (világossá kell tenni, hogy ez a konszenzus mindig csak feltételezés lesz mindenki között és mindenki számára). Azonban nincs

<sup>28</sup> Vid. PERELMAN, Ch., *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Hagyomány: DíEZ-PICAZO, Madrid: Civitas, p1988,. 54.

<sup>29</sup> HART, H.L.A., *A jog fogalma*, 2. kiadás. Hagyományos: CARRIÓ, G., Mexico DF: Editora Nacional, p1980,. 157.

<sup>30</sup> P. Navarro rámutat arra, hogy "a normák hatályára vonatkozóan általában vannak olyan alapvető konvenciók, amelyeket csak nagyon speciális helyzetekben célszerű kifejezni". NAVARRO, P., "Acerca del Razonamiento Jurídico", *Revista de Ciencias Sociales. Sobre el Razonamiento Jurídico*, n° (452000), p. 79.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Nincs semmi mechanikus egy általános szabály konkrét esetre való alkalmazásában; ezért van az, hogy

H.L.A. Hart szerint az alkalmazás nyilvánvaló vagy egyértelmű esetekben "automatikusnak tűnik".<sup>31</sup>

De mindig lesznek olyan esetek, amelyek elkerülik ezt a konszenzust, amelyek az alkalmazás homályos zónájában maradnak (azaz *homályosak*). Az "egyértelmű nyelvi forma" használata ellenére az a törekvés, hogy minden lehetséges esetet előre szabályozzunk, egy emberi korlátba ütközik: a jövőbeli eseményekről való tudásunk hiányába. Ez a probléma két alosztályba sorolható: az egyik természetes gyökerű, a másik axiológiai felhangokkal rendelkezik. "Az első a tényekkel kapcsolatos viszonylagos tudatlanságunk, a második a célunk viszonylagos meghatározatlansága" az esetlegesen felmerülő új körülményekkel kapcsolatban.<sup>32</sup> Az első tehát az, hogy nem ismerjük a valóság összes jellemzőjét és a körülmények összes lehetséges kombinációját, amelyeket a jövő hozhat; akár a technológia fejlődése, akár a természet új fejleményei, akár az előrelátás vagy bizonyos aktuális események ismeretének hiánya miatt, stb. Például a Ptk. 244. cikke kimondja: "Az a közalkalmazott, aki a rábízott zárt iratokat vagy dokumentumokat az illetékes engedélye nélkül megnyitja vagy azok megnyitásához hozzájárul". Felmerül a kérdés, hogy az elektronikus dokumentumok zárt dokumentumnak minősíthetők-e vagy sem, tekintettel elektronikus jellegükre, amelyek semmiképpen sem hasonlítanak azokra, amelyekre a kódex kidolgozói gondoltak, és hogy a *jelszó* lehetővé teszi-e, hogy "zárt dokumentumnak" minősítsék őket. Az első helyzet következményei azonban nem állnak meg itt, hanem kiterjednek az axiológiai szférára is. Ugyanis amikor egy szabályt felépítenek és a körülmények kombinációinak vetik alá, ezek az alkalmazási kontextusból adódóan nem csak az elvileg alkalmazandó szabály, hanem az adott esetre egyidejűleg érvényesülő szabályok szempontjából is az érintett értékek szempontjából ellentétes eredményekhez vezethetnek, ami bizonytalanságot szül a szabályok nyelvezetének értelmét illetően. Ha például egy szabály szabálysértésként bünteti a gépjárművek parkokba való behajtását a zöldterületeken, a nyugalom és a csend biztosítása érdekében, és néhány tinédzser távirányítású játékautójával be akar hajtani egy parkba, akkor a körülmények együttes fennállása miatt a nyugalom és a csend javai ütközni fognak a tinédzserek szabad kikapcsolódásuk kibontakozásához fűződő érdekével. Ez az összeütközés minden bizonnyal kétséget fog ébreszteni a szóban forgó értékek összehangolását illetően, és így a szankcionálási szabályban szereplő "járművek" fogalmának tényleges terjedelmét illetően. Hart arra a következtetésre jut, hogy "minden jogi szabály 'nyitott'", így tévedés "azt hinni, hogy a jogi fogalmak *pontosak* és *zártak*, abban az értelemben, hogy a

<sup>31</sup> HART, *The Concept*, cit. 29. sz. jegyzet, 158. o. Korábban az érvelés 1953-ban olvasható: ROSS, *On Law*, cit. 29. sz. jegyzet, 158. o.19,. A fenti érvelés 1953-ban olvasható: ROSS, *On Law*, cit. sz. 111.

<sup>32</sup> HART, *A koncepció*, idézett 29. sz. jegyzet, 156-161. o. A problémát azonban nem oldja meg a konkrét nyelvezet, amelyben az általános osztályozó szavakat minimálisan használják, és amelyben a kommunikáció vagy a tanítás konkrét esetek segítségével történik. Ez az altípus mindig kétségeket hagy más esetekkel kapcsolatban, mert egy egyes számot egy másik egyes szám alapján ítélnék meg, ahol több jellemző is megmenthető. A precedens rendszerében pedig mindig át lehet gázolni rajta, még akkor is, ha a precedens nyelvezetére szükség van, és hasonló helyzetről van szó, "a belőle levont szabályt szűkítve, és olyan kivételt bevéve, amelyet korábban nem vettek figyelembe, vagy amelyet, ha figyelembe vettek, nyitva hagytak. Ez a mi régi, jól ismert érvelési fegyverünk, a "meg kell különböztetnünk": "A korábbi ügy "megkülönböztetésének" folyamata azt jelenti, hogy meg kell találni valamilyen jogilag releváns különbséget a korábbi ügy és a precedens ügy között".

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?  
A jogi érvelés megközelítése."  
*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.  
[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

17

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

hogy kimerítően meg lehet őket határozni a szükséges és elégséges feltételek halmaza alapján".<sup>33</sup>

Mivel pedig a homályosságot a sötét esetek és a világos esetek viszonyában határozzuk meg, és a sötétséget magával hozó új esetekről való tudásunk teljesen korlátozott és bizonytalan, ezért hiányzik egy határozott kritérium annak meghatározására, hogy az egyik kifejezés mikor nagyobb homályossággal rendelkezik, mint a másik, abszolút értelemben. Például lehet egy "A" kifejezésünk, amely 10 alosztályban egyértelmű, és 3 alosztályban homályos, míg lehet egy másik "B" kifejezésünk, amelynek 5 egyértelmű és 4 homályos alosztálya van, a megadott esetekről való jelenlegi tudásunk szerint. Nos, lehet, hogy a valóságban az "A" kifejezésnek 35 alosztálya van a potenciálisan sötét esetekből, a "B" pedig megtartja a sötét 4 eseteket; de igazából ezzel az információval sosem tudunk számolni, és csak azt látjuk, hogy ez a helyzet idővel változik. Ennek az a következménye, hogy a legalitás és a nyelvi pontosság alkotmányos ellenőrzése szempontjából a legjobb kifejezés kiválasztása nagyon bizonytalanává válik; pusztán a homályosság eme kritériuma alapján az egyik kifejezés kiválasztása, amely abszolút értelemben kevésbé homályos, mint a másik, nagyon átláthatatlanná válik.<sup>34</sup>

A fentieken kívül a homályosságnak a következő problémája is felmerül, már nem kognitív szempontból, hanem Th. Endicott szavaival élve, <sup>35</sup>szigorúan *nyelvi szempontból*. Felvet bizonyos jól ismert problémákat néhány olyan kifejezéssel kapcsolatban, amelyek ellenállnak a pontosságnak vagy az elhatárolásnak, mint például a jól ismert "kopasz" kérdés. A jogban láthatjuk, hogy például a "kegyetlenség" fogalma az állatokkal való rossz bánásmódban a Ptk. 291a. cikkében nem rendelkezik azzal a pontossággal, hogy mekkora kár szükséges ahhoz, hogy egy határhelyzetet kegyetlennek vagy nem kegyetlennek minősítsenek. Egy kutya megcsonkítása kegyetlen bánásmód, de a kutya megverése nem feltétlenül kegyetlen bánásmód. Hány ütés szükséges ahhoz, hogy a bánásmód kegyetlennek minősüljön? Ez a kérdés azt mutatja, hogy ez nem egyértelmű eset. Általában ezt jogalkotási vagy jogtudományi pontossággal, egyezmény útján oldják meg, de nem mindig lehetséges vagy kényelmes ilyen megoldásokat biztosítani. Akárhogy is legyen, a jogi normán kívüli, hagyományos kritériumokhoz való folyamodás azt jelenti, hogy széles mérlegelési mozgásteret hagyunk, és szemantikai szempontból felszámoljuk a bűncselekmények pontosságának gondolatát.

### 3.6.

Megint csak hiányzik a szavak pontossága. Bár a szavak a mondatok központi elemei, jelentésük függ attól a kontextustól, amelyben megtalálhatók.

<sup>33</sup> HART, H.L.A., "El Cielo de los Conceptos de Ihering y la Jurisprudencia Analítica Moderna" in: MORESO és CASANOVAS (Comps.), *El Ámbito de lo Jurídico*, Trad.: MORESO, Barcelona: Crítica, 1994, pp. 113 és. 114.

<sup>34</sup> Lásd J. J. Moreso fellebbezését a meghatározatlanság fokaira a büntetőjogi nyelvezet pontosságának megállapítása érdekében. MORESO, J.J., "Principio de Legalidad y Causas de Justificación (sobre el Alcance de la Taxatividad)", *Doxa* n° 24 (2001), pp. a. 527532.

<sup>35</sup> ENDICOTT, Th., "Ronald Dworkin and the Consequences of Vagueness", MORESO és NAVARRO, *Doxa* n° 19 (1996), pp. 380-383.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Konkrétan, a szavak *csak a mondat kontextusában nyerik el jelentésüket*, mert végső soron ott határozzák meg használatukat, a feladó<sup>36</sup> elméjén kívül. Például a "felbontás" vagy a "nemi erőszak" szó önmagában semmit sem mond arról, amiről beszélünk.

Mind a kifejezések, mind a nyelvtani részecskék annyiban bírnak jelentéssel, amennyiben hozzájárulnak azon mondatok jelentéséhez, amelyekben szerepelnek. Így például a különböző szótári típusú összefoglalók (vagy "definíciók"), amelyekkel ugyanaz a szó rendelkezhet, csak a kérdéses mondat közepén konkretizálódnak. Például a "felmondás" esetében eltérő a jelentése, ha polgári jogi (a felek szerződésszegése miatt történő szerződésmegszüntetésre utal), eljárási (bíróági eljárási cselekményre), büntetőjogi (büntetőjogi határozatra) vagy fogyasztói (képminőségre) ítéletről van szó. Ugyanez vonatkozik a "nemi erőszak" kifejezésre is, a szexuális büntetéssel összefüggésben (amely a kényszerített vagy akarat nélküli nemi közösülésre utal) vagy a lakással kapcsolatos büntetéssel összefüggésben (amely a tulajdonos vagy az igazságszolgáltatás engedélye nélküli lakásába való behatolásra utal).

A definícióknak megfelelő használaton túl azonban egy kifejezés mondatban való konkretizálása történhet a küldő által szándékosan vagy akaratlanul, a szótárakban szereplő meghatározásnak való megfelelés hiányával.<sup>37</sup> Még a kifejezés rendszeres használatának hibái is közvetíthetik végül a feladó által kívánt információt, de a mondat megértésének kockázatával. Valójában minél kiterjedtebb a jogalkotási produkció, mint a kodifikációs kódexekben, annál nagyobb a kockázata az ilyen hibák jelenlétének, és annál összetettebbé válik a kijavításuk, így a szabályos jelentés korrekciós, sőt kiterjedt értelmezése kerül előtérbe. A Ptk. 96. cikke például az elévülés elvesztésének jelzésére a "megszakítás" kifejezést használja, majd második részében a "felfüggesztés" kifejezést szabályozza, de a felfüggesztés megszűnésének jelzésére a "megszakítás" kifejezéssel zárja a kijelentést. A példában - a felfüggesztésről szóló mondat keretében - úgy értelmezték, hogy a második "megszakítás" kifejezés az elévülési időnek az eltelt idő elvesztése nélküli megszakítására, azaz *felfüggesztésére* utal, és így más jelentést tulajdonítanak neki, mint amit általában szoktunk neki tulajdonítani.<sup>38</sup>

Ezért van az, hogy A. Ross rámutat, tévedés azt hinni, hogy "egy kifejezés [mondat vagy kijelentés] jelentése az azt alkotó egyes szavak jelentéseinek összegzéséből adódik"<sup>39</sup> (mert ha ez nem így lenne, akkor példánkban úgy kellett volna értenünk, hogy az előző időhatározó elveszett, ami bizonyos abszurditásokhoz vezetne). Egy bizonyos

<sup>36</sup> FREGE, G., "Az aritmetika alapjai", in: *Filozófiai írások*. Trad.: MOULINES, Barcelona: Crítica, Vid. o38.1996., A *fenti* jegyzetben. 11.

<sup>37</sup> Erre a problémára a polgári jogban is láthatunk példákat, például amikor a közös megegyezéssel történő felbontásnál a "semmis" szót használják ahelyett, hogy egyszerűen "semmissé vált", Inc11567. cikk.

<sup>38</sup> Ez a példa viszont azt mutatja, hogy ugyanaz a kifejezés, amely ugyanazon cikk ugyanazon albekezdésében két vagy több alkalommal szerepel, nem hivatkozhat arra, hogy az adott albekezdésben ugyanazzal a jelentéssel bír, vagy azt fenntartja.

<sup>39</sup> ROSS, *On Law*, cit. jegyzet sz. p19., "Az 110. egyes szavaknak nincs önálló jelentésük, csak a kifejezésekből elvont jelentésük van, amelyekben megjelennek. Ha valaki azt mondja, hogy 'macska', az nem jelent semmit".

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A mondat jelentése és az azt alkotó kifejezések jelentése között van *egyfajta együttműködő körkörösség*.

A szavaknak ez a helyzete vagy állapota bizonytalansági elemet ad az általánosításra való korlátozás szabályához, mivel *a* használat *a priori* nem meghatározható, és nem lehet a mondatban egy másik szót becsülni, mert az megismétli a problémát. Azáltal, hogy a mondat egészét veszi, elvileg nagyobb nyitottságot enged a szabályok rekonstrukciós lehetőségeiben.

### 3.7.

A fentiekén kívül a szavak jelentésének meghatározását a *kulturális kontextus* is befolyásolja, amely *időben változik*. A szavak általános használata egy bizonyos kereten belül nem feltétlenül stabil. Az érintett nyelvi közösség a divat, az igények, a hibák stb. miatt változtatásokat ír elő a szavak kiterjesztésére. A nyelv időbeli mobilitása tehát azt jelenti, hogy a jogalkotó nem tudja ellenőrizni a szavak szokásos jelentését az idő múlásával.

Így például J. Stone rámutat arra, hogy "bármit is tesz a jogalkotó, szemantikai megfontolások arra utalnak, hogy nem rögzítheti azt a "szokásos" jelentést, amelyet minden jövőbeli értelmező a szó szerinti értelmezés során megtalál". És hozzáteszi, hogy a "szokásos jelentést a szokásokban és abban a társadalmi helyzetben kell keresni, ahol a kérdés most felmerül..... Az intelligens kodifikátornak már a kezdet kezdetén fel kell ismernie, hogy munkáját az egymást követő generációknak kell majd befejezniük".<sup>40</sup>

### 3.8.

Másrészt a kodifikációs típusú konstrukciók *rendszerező igényűek*. Ez, ami jótékony célúnak tűnik, komoly bizonyossági problémákhoz vezethet. A jogrendszer szisztematikussága a normatív összekapcsolódás következményét hozza magával. Éppen ezért egy norma esetkörének meghatározását nem egyoldalúan a büntetőjog egy cikke fogja meghatározni, ahogyan azt a nyelv formulaszerű igényességével értették, hanem éppen ellenkezőleg, ez a terület összekapcsolódik vagy összefonódik a többi cikkely területével, a törvény által *a priori* nem meghatározott módon.

Ez egy szabály érvényességének rekonstrukciójának eredményében meghatározatlansághoz vezethet, és így elég sok olyan korlátozást vagy kiterjesztést hozhat, amelyet pusztán ennek az összekapcsolódásnak a ténye határoz meg *utólag*.

A formulaszerű állítás a maga "egy cikk egy szabály" aspektusában nem több ennél, hiszen a nyelv nyitottsága valójában ahhoz vezet, hogy különböző helyzetekben a normatív mondatok esettartománya egymásba fonódik. Ez a helyzet, hogy a

<sup>40</sup> STONE, J., *El Derecho y las Ciencias Sociales*. Trad.: JASSO, Mexico DF: FCE, pp1978., 97-101.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A büntetőjogászok jól ismerik a "büntetőjogok látszólagos egybeesésének" nevezett változatot, amely e probléma egyik példája. Az al *extraneus* jogcím közölhetőségének vagy közölhetetlenségének klasszikus dilemmája, például a sikkasztás és annak a csalás és a hűtlen kezelés bűncselekményeivel való versengése egy további példa erre a sajátos problémára. Vagy az alaphűtlenkezésre épülő bűncselekmények töredékeinek vagy módozatainak megértésének kérdései. És természetesen a legösszetettebb kérdés a speciális rész és a PC általános részének kölcsönhatása.

Ez egyértelműen bizonytalanságot eredményezhet a végeredményben, hogy az adott esetben mit kell alkalmazni. Hasonlóképpen lehet a normatív megdönthetőség vagy implicit kivétel közbeiktatása egy norma alkalmazásának korlátozására, vagy lehet a zárt normák (implicit) kiterjesztő mechanizmusa a büntetés kiterjesztése céljából.

Az is előfordulhat, hogy a végső megoldást nem a büntetőjogban kell keresni, hanem az összefüggések miatt más, nem büntetőjogi minősítésű jogi normákhoz kell folyamodni, hogy kiegészítsék a tipikus magatartási irányelveket. Így például a Büntető Törvénykönyv 194. cikkében szereplő közokirat-hamisítás bűncselekményéről szólva, az ilyen okiratot nem határozza meg a büntetőjog, ami különböző lehetőségeket teremt. Az egyik a jogi lehetőség, mivel a Polgári Törvénykönyv (a továbbiakban: Ptk.) 1699. cikke a Ptk. 17. cikkével kapcsolatban jogi meghatározást tartalmaz. Ez viszont az "illetékes tisztviselőre" utal, és annak érdekében, hogy tudjuk, hogy egy tisztviselő mikor illetékes tisztviselő, a közigazgatási vagy nyilvántartási jog határozza meg a beiktatását. Ez azonban csak egy álláspont, hiszen lehet, hogy a büntetőjogászok azzal érvelnek, hogy a büntetőjog által védett közokirat fogalma a többi szabálytól autonóm, és a büntetőjogász által újratemtett stb.

Így a rendszeresség egyrészt legalább egy minimális nyitottságot feltételez, ami hozzájárul a végső megoldás bizonytalanságához, másrészt bonyolultabbá teszi a típusok jogi nyelvezete elégségességének és sajátosságainak meghatározását.

### 3.9.

A nyelvi meghatározás összetettségének további növekedése azonban megfigyelhető. A normatív mondatnak sincs rögzített, a *priori* meghatározott jelentése. Ennek oka, hogy *a mondatok érzékenyek a diszkurzív kontextusra*.

Például egy jól ismert mondat: "John lassan, szándékosan, a fürdőszobában, a késével, éjfélkor",<sup>41</sup> a kíséző szövegkörnyezettől függően különböző jelentéstartalommal bírhat. Ha a "János felállt a konyha felé, és az anyja azt mondta neki: "Ne feledd, hogy este tíz óra után nem ehetsz", mire ő azt válaszolta: "Csak a mosdóba megyek, anya", miközben egy szelet kenyeret és vaját vett magához...", de a jelentés más, ha ezt a másik mondatot is hozzátesszük: "János nem bírta tovább a

<sup>41</sup> A példa DAVIDSON, D., "The Logical Form of Action Sentences", in: *Esszék a cselekedetekről és eseményekről*. ,Mexikóváros és Barcelona: Unam-Crítica, 133. o.1995,

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

felesége létezését maga mellett, ezért öngyilkosságát akkorra tervezte, amikor a felesége aludt..." stb. Ennek mélyebb magyarázata abban rejlik, hogy a többi hozzáadott mondat logikailag összefonódik az elsővel, felvázolva a diskurzus felépítését és különösen annak irányát.

Az is előfordulhat, hogy egy alak elméleti rekonstrukcióját nem egyetlen elmélet monopolizálja. Lehet, hogy az egész alakról szóló elméletek versenye, amelyek mindegyike *más-más alapokról* indul. Az egyik vagy a másik választásának alapvető elméleti variációja hatással lesz a szóban forgó alakzat normatív mondatainak jelentés-hozzárendelésének jelentésmagjára, ami a nyelvet érzékletlenebbé teheti az eredmény egyediségével kapcsolatban, befolyásolva még a törvény feltételeinek konszenzusos magját is, amelyről Hart beszél. Röviden, az elméleti változás megváltoztatja maguknak a jogi kifejezéseknek a jelentését (Feyerabend és Kuhn).<sup>42</sup> Egy ilyen változás tehát azt jelentheti, hogy ami korábban nem volt büntetendő, az most büntetendő, és ami korábban büntetendő volt, az most már nem büntetendő. Ily módon a büntetőjogi elméletek, különösen a védett jogi javak kiindulópontja a jogszerű büntetések esetkörének variációját valósítja meg.

Az elkövetés és a bűnpártolás tekintetében például jól ismert a Büntető Törvénykönyv 15. cikkének (3) bekezdésében szereplő büntetés helyzete a Büntető Törvénykönyv 16. cikkéhez képest. A hagyományos elmélet szerint a 3<sup>o</sup>-os számozású "a végrehajtás érdekében egyeztetett személyek... [akik] annak tanúi anélkül, hogy abban közvetlenül részt vettek volna", minden olyan személy volt, aki általában véve a bűncselekmény elkövetőjével együtt járt el a cselekmény végrehajtása érdekében, az esetleges akadályok elhárítása érdekében, de mindig a kifejezett megállapodás (és nem az egyszerű család közeledés) kritériuma alapján. Amint azt E. Novoa kifejtette, hogy ez "az elkövető fogalmának további kiszélesítéséhez" vezetett.<sup>43</sup> Másrészt, a 20. századi német dogmatikából - különösen Roxinból - hozott bizonyos *elméleti alapok* felhasználásának stratégiája révén azt kapjuk, hogy S. Yánez magyarázata szerint a cselekményben közreműködők azok, akik a cselekményt funkcionális ellenőrzés alatt tartják, ami viszont kihatással van a 16. cikknek a bűnpártolásra vonatkozó értelmezésére; és a szerzőség bizonyos eseteinek bizonyos szűkítésében és a bűnpártolás eseteinek bővítésében csúcsosodik ki, ami az önbíráskodás vagy a "papagáj" eseteit a szerzőségen kívülre helyezi. Az érdekes ebben a példában az, hogy a benne zajló vita pontosan annak tudatában zajlik, hogy az elméleti változás stratégiája az alábbiakat eredményezi

---

<sup>42</sup> Legjobb esetben is csak az egyes elméleteken belül beszélhetnénk alapvető fogalmakról, amelyek elméletenként változnak, ha egymással összeegyeztethetetlen feltételezésekkel rendelkeznek. FEYERABEND, P., *A tudomány határai, magyarázat, redukció és empirizmus*. A tudomány forradalmi változásainak „lokálisan holisztikus jellegéről KHUN, Th., "Que Son las Revoluciones Científicas?", in: *Que Son las Revoluciones Científicas? y otros Ensayos*. Trans.: ROMO, Barcelona: Paidós, pp1989., és 55ff.

<sup>43</sup> E. Novoa hozzátette, hogy "gyakorlati okokból a törvény egy nagyon tág fogalmat részesített előnyben, amely valójában eltér az *elkövető* szó általános jelentésétől, és amely olyan cselekményeket is magában foglal, amelyek nem igazán illenek bele", ezért a kódexben a bűnpártolásra vonatkozó kijelentések jelentésével kapcsolatban arra a következtetésre jut, hogy "teljesen természetes, hogy az elkövető fogalmának ilyen kiszélesítését a büntárs rovására kellett elvégezni, akit a mi törvényünkben a *legminimálisabb kifejezésre redukáltak*". NOVOA, E., *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol1996., II, p. 206.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a szavak, hanem maguknak a mondatoknak a fogalmi megváltoztatása.<sup>44</sup> És mellékesen megmutatja nekünk a jogszerűség elméletének döntő befolyását.

### 3.10.

Az előző pontnak megfelelően a büntetőügyekben a jogszerűség elvének koncepciója *túlságosan kizárja az "elméletet" a formálásból.*

A joggyakorlat ugyanis a jogszerűség rekonstrukciójának és alkalmazásának erős összetevőjeként használja az elméletet; más szóval, a büntetőjoggal kapcsolatos információk nagymértékben függenek a szóbeliségen kívüli elemektől. Így például a jogelmélet tényállási elemekkel egészítette ki a csalás bűncselekményének meghatározásához szükséges ténybeli feltételezéseket. A Büntetőtörvénykönyv 473. cikke, amely a csalás bűncselekményének alaptípusát tartalmazza, kimondja: "Büntetendő az, aki mást olyan megtévesztés alkalmazásával csal meg vagy károsít meg, amelyet e bekezdés előző cikkei nem fejeznek ki...". Nos, az elmélet két feltételezést tesz hozzá: az egyik a vagyon elmozdulása, amelyet a szabály kifejezetten nem vesz figyelembe, mivel a kár feltételezhető, de a csalás nem feltétlenül, a másik pedig egy időbeli követelmény, amely szerint a megtévesztésnek az elmozdulást *megelőzően* kell történnie. Ezek a pontosítások kiemelkedő jelentőségűek: ezek miatt egy tényállás "beleeshet" egy egyszerű csalásba, például hűtlen kezelésbe, és ott nem büntethető<sup>45</sup>; ami azt mutatja, hogy az alkalmazás kontextusában az ilyen pontosítások különös erővel mutatkoznak meg, ahol ezek az apró változások nagyon összetetté teszik a csalás bűncselekménye feltételezésének akkreditációját.

Ez még inkább indokolja, hogy megvizsgáljuk a *jogi jószág elméletét*, amely uralja a büntetőjogi rekonstrukció értelmezését, és amelytől függővé teszi a büntetőjogi <sup>46</sup>típus szinte teljes megértését. Így a Santiago Fellebbviteli Bíróság a pontot pozitív és negatív relevanciájában azonosította, kimondva, hogy "a kábítószer-kereskedelemre irányuló tiltott társulás büntetnének bekövetkeztéről való döntéshez... a normában védett jogi javak figyelembevételével kell érvelni... mert csak ebből a pozícióból... a normában védett jogi javakat kell figyelembe venni... mert csak ebből a pozícióból... a normában védett jogi javakat kell figyelembe venni... mert csak ebből a pozícióból... a normában védett jogi javakat kell figyelembe venni...".

<sup>44</sup> YAÑEZ, S., "Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación en el Código Penal Chileno", *Revista de Ciencias Penales*. v. 34, n° 1 (1975), pp. 49-64. A stratégián belül egy negatív szelekció körvonalazódik: "az elkövetés és a részvétel megkülönböztetése érdekében nem lehet a mi jogunkban az olasz jogtudomány által a középkorban kidolgozott és az angol-amerikai jogban még mindig uralkodó "egyidejűség elméletéhez" vagy "a cselekmény előtt vagy alatt történő cselekvés" elméletéhez folyamodni" (*id.*., 53. o.), 53. o.), és hozzáteszik továbbá, hogy "véleményünk szerint a chilei doktrína téves, és ez nagyrészt annak köszönhető, hogy nem tudott elszakadni a spanyol rendelkezés [a szükséges együttműködés doktrínája] doktrinális háttérétől" (*id.*

59. o.); és egy pozitív: azt mondja, hogy a 15. cikk 1. n° 1. §-a objektív-formális felfogásban marad fenn, és ez "összekapcsolható a 'cselekmény irányítása' fogalmával" (*id.*., 58. o.), amelyhez a 3° szám értelmezésének alapjaként hozzáteszi, hogy az "együttesen elkövetett cselekményben a cselekmény irányításának fogalma is különös jelentőséggel bír." (*id.*., 58. o.). Roxin az aktus "funkcionális" parancsáról beszél..." (*id.* pp. és 60.). (*id.* .,pp. és59 60. oldal).

<sup>45</sup> Vid. például YUBERO, J., *El Engaño en el Delito de Estafa*. Santiago: Conosur, pp1993., 3334.

<sup>46</sup> Megjegyzendő, hogy G. Seher a jogi jószág funkciójának megkérdőjelezése a kritika elemeként utal rá, de

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

hermeneutikai funkcióját viszonylag érintetlenül hagyja. SEHER, G., "La Legitimación de las Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico", in: HEFENDEHL (szerk.), *La Teoría del Bien Jurídico*. Hagyomány: ALCOCER, Madrid: Marcial Pons, 69-72. o2007,.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a tipikus magatartás... értelmezése, és a fent említett bűncselekmény megkülönböztetése a fent említett törvény többi számjegyében való részvételtől".<sup>47</sup>

A bűncselekmények kiterjesztése szempontjából vizsgálva a dolgokat, megfigyelhetjük a csalás alakját. Ha a Ptk.473 normatív mondataira a tulajdonhoz való jog érintettségének elméletét alkalmazzuk, akkor e mondatok értelme nem terjed ki annak büntetésére, aki megteveszti és megfosztja a valami feletti bérleti jogtól, míg ha a vagyoni értékre fogékony tulajdon érintettségének elméletét választjuk, akkor a mondat értelme tágabb és több esetre terjedhet ki, mint az előző elmélet.<sup>48</sup>

Ez a bűncselekmény úgynevezett "leíró elemeinek" tisztaságának elvesztését is eredményezi. Meg kell jegyezni, hogy még az ilyen jellegű terminológiai elemek - mint például a "hazugság" - használata esetén is a megértésük nagymértékben függ az érintett jogi jószág előzetes értékelő megértésétől. Mivel E. Cury rámutat, hogy ha a fogalmat pusztán leíró módon értelmeznénk, akkor abba az abszurditásba esnénk, hogy a "hazugság" fogalmát, ahogyan azt a nemi erőszakról szóló 363. cikk 3. pontjában szereplő mondat jelzi, arra az orvosra használnánk, aki az alvástól elfáradva, miután egy csecsemőre vigyázott az éjszaka folyamán, lefekszik mellé az ágyra, hogy egy pillanatra kipihenje magát, amíg az alszik<sup>49</sup>. Ugyanazt a gondolatot erősíti,

S. Politoff jelzi, hogy a büntethetőség összetevői elválaszthatatlanok az adott jogi figura által védett jogi javaktól és a sérelem vagy veszély azon formájától, amelyet a gyanúsítással el akarnak kerülni.<sup>50</sup> Ez éppen azért van így, mert a szavak, és minden egyes szó a sértés szerkezetében olyan értéktartalmat kapnak, amelyet a mondatot és így magát a normát is átható *elméleti-normatív* strukturáltság ad nekik.

Röviden, az elmélet hatása meghatározó a külső világ, például a jogalkotás megértésében, és így végül meghatározó a büntetőjog *megalapozott* rekonstrukciójában. Ahogy Kant rámutatott, magától értetődik, hogy "az ész csak azt tudja, amit ő maga produkál, vázolata [sémája] szerint, amelyet ítéleteinek elveivel kell előbbre vinnie...".<sup>51</sup> Ezen okok miatt a büntetőítélet indokolásának a büntetőeljárás törvénykönyv (a továbbiakban: Btk.) d342. cikke szerint tartalmaznia kell a következőket

<sup>47</sup> Santiago Fellebbviteli Bíróság, 2000. január 31-i végleges ítélet, H. Brito és S. Muñoz Gajardo szavazataival, a "*contra Araya Neira Mario y otros*" ügyben, rol 66865-1999, *Gaceta Jurídica* n° (2352000), 157. és azt követő oldalak.

<sup>48</sup> A jogi jószág elméleti fejlődéséről az ilyen típusú bűncselekmények esetében lásd: DE RIVACOBÁ, M., *El Delito de Contrato Simulado*. Santiago: Conosur, 1992, pp. 11-19. A csalással összefüggésben lásd a "*contra Mitre Gatica y otros*" című fontos ügyet, amelyet a Legfelsőbb Bíróság E. Cury keze által 2004 júliusában hozott ítéletében, az 1466-2003. sz. ügyben hozott, és amelyben a vagyoni, jogi vagy gazdasági károkozással kapcsolatos nézeteket tárgyalják.

<sup>49</sup> CURY, E., *Derecho Penal*. 2. kiadás. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1992, I. t., 269-270. o. Hasonló értelemben ROXIN, *Derecho*, cit. jegyzet n° 27, 306. és 307. o., aki rámutat, hogy "a normatív keret mindig a leíró elemekben él" (és ez egyeseket, mint például Stratenwerth és Dopplaff, arra késztetett, hogy a fent említett megkülönböztetésről való lemondást posztulálják).

<sup>50</sup> POLITOFF, S., *Derecho Penal*. Santiago: Conosur, 1997., 286.

<sup>51</sup> KANT, I., *Előszó A tiszta ész kritikájának* 2. német kiadásához. Hagyomány: GARCÍA MORENTE és FERNÁNDEZ NUÑEZ, Mexikó: Porrúa, 1996., 13.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

"doktrinális indokok..., amelyek... az ítélet *alátámasztására* szolgálnak", ami magában foglalja a tények jogi minősítését. Ily módon az elmélet mélyen áthatja jogi felfogásunkat.

### 3.11.

De nem csak a pontosságot érte különleges támadás. *Ideálként a pontosságot* is megkérdőjelezték minden egyes esetben.

Így elhangzott, hogy bizonyos helyzetekben a pontosság nem kívánatos, és hogy a jogalkotó úgy ítélte meg, hogy bizonyos összetettebb és heterogénebb problémákra a legjobb megoldás a nyitott záradékok alkalmazása, amelyeket a bírónak kell pontosítani. A jog más területein az "ésszerű ember" paradigmikus gondolata jelenik meg. Büntetőjogunkban azonban a jogalkotó olyan nyitott gondolatokhoz is folyamodik, mint például az "eszköz ésszerű szükségessége" az önvédelemben (a büntető törvénykönyv 10. cikkének 4. pontja), vagy "aki pusztán gondatlanságból" (a büntető492 törvénykönyv cikke), vagy "bármely nemi vonatkozású cselekmény" (a büntető törvénykönyv ter366 cikke).

J. Raz (a konfliktuskezelésről szólva) rámutat, hogy "a jogalkotók számára... az alkalmazás abszolút pontossága nem az egyetlen, sőt gyakran még csak nem is az első számú prioritás. Figyelemmel a jognak a szabályozottak életére gyakorolt lehetséges hatására, óatosan javasolnak olyan körülmények között alkalmazandó szabályokat, amikor ez a hatás bizonytalan".<sup>52</sup> Valóban, néha vannak olyan kérdések, amelyeket a lehetséges esetek sokféleségével kapcsolatos kognitív problémák miatt nem lehet pontosan, általános és előre mutató módon megoldani, és amelyek legjobb megoldásukhoz *megalapozott* hivatalos döntést igényelnek, mivel, ahogy H.L.A. Hart mondja, egy ilyen megoldást csak akkor lehet megfelelően értékelni és megoldani, amikor egy adott<sup>53</sup> esetben felmerülnek. Ez látható az elkövetésre és a részvételre vonatkozó szabályok általánosságában, amelyeknek szükségszerűen működniük kell a bűncselekmény meghatározásakor, vagy a megalapozottsági okokra vonatkozó szabályokban.

Ugyanebben az irányban a jogalkotó nyitva hagy bizonyos záradékokat, hogy az esetek nagyobb száma kerüljön bele, de azzal a céllal, hogy a bűncselekményekkel vádoltaknak kedvezzen. Ebben az értelemben olvashatjuk G. Jakobsot, amikor rámutat arra, hogy a büntetőjogi felelősség kizárására vonatkozó szabályok többsége magának a vádlottnak a javát szolgálja.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> RAZ, J., "La Autonomía del Razonamiento Jurídico" in: *Ética en el Ámbito de lo Público*. Hasonlóképpen a német Alkotmánybíróság kimondta, hogy "a büntetőjog nem mondhat le teljesen az általános fogalmak használatáról, amelyek nem határozhatók meg általánosan, és amelyek nagymértékben a bíró értelmezését igénylik"; május 14-i ítélet, *A német szövetségi alkotmánybíróság ötvenéves 1969. joggyakorlata*. SCHWABE (Comp.), Trans.: ANZOLA, Bogotá: KAS és Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p2003., 401.

<sup>53</sup> Vid. HART, *A koncepció*, idézi a jegyzet n° p29., 162.

<sup>54</sup> JAKOBS, *Derecho*, cit. 25. jegyzet, 106. és 107. o. Vid. a szükséges pontatlanság gondolatának korlátairól vagy ellenérveiről: SÚB, F., "El Trato Actual del Mandato de Determinación", in: (vv. aa.), *The Untenable*, cit. jegyzet n° pp1., és 237238. o.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

### 3.12.

A következő probléma inkább logikai jellegű. Ez egy egyszerű szabály: egy általános empirikus következményt nem lehet érvényesen indukálni vagy kivonni egy egyedi állításból, még valószínűségi módon sem. Ez a rekonstruktív kijelentések szintjén azt jelenti, hogy egy olyan mondatból, amely azonosítja vagy számon kéri egy szabály létezését, nem vonhatjuk le egy *általános hipotézis* következményét arra vonatkozóan, hogy egy adott sorrendben mit kell szabályozni. Az egyedi esetben nincs semmi olyan, ami arra készítené bennünket, hogy biztosítsuk a következtetés érvényességét az általánosra.

Az egyszerű általánosítás a konkrét esetből egy kategória létrehozását jelenti a konkrét esetből kivethető kritériumok bármelyikével. Ez rendben is lenne, ha az elmélet érvényesítése egyszerűen az általánosító rekonstruktor véleményétől függne. De nagyon is lehetséges, hogy a jogrendszer és a jogalkotó egy másik releváns kritérium alapján alkotta meg az osztályt.

Ez annál is inkább így van, ha a szisztematikusság által létrehozott *implicit* elemek bármilyen típusú változást eredményezhetnek egy szabály rekonstrukciójának végeredményében; vagyis a szabály kiterjesztésétől a korlátozásán át egészen a gyakorlati vagy hallgatolagos érvénytelenítéséig terjedhetnek. Más szóval, különböző kritériumok egybehangzóan alkothatnak egy szabályt, amelyek nem feltétlenül tartalmazzák az *összes* olyan esetet, amely tükrözi a jogrendszerben ténylegesen érvényesülő jogi kritériumot.

### 3.13.

Az osztályok problémája a bűnözői típushoz viszonyítva. A bűnözői típusnak az a problémája, hogy *nem egy egyedi viselkedést vagy eseményt ír le a valós életben*, hanem a leértékelt viselkedések vagy események egy *osztályának* mintáit *írja elő*.

Az osztály az anyagi valóság *absztrakciója*. Az egész vagy kollektív értelemben beszélnek róla, függetlenül a *tagjaitól*. Így, bár az entitások összegyűjtésének látszatával használható (a nyelv általánossága miatt), könnyen lehet, hogy még egyet sem tartalmaz. Így például létezik az egyszarvúak osztálya, amely egy üres, azaz tagok nélküli osztály, míg lehet a közalkalmazottak osztálya, ahol minden olyan személy, aki közfeladatot lát el, valamint bizonyos karakterek tagjai. A megkülönböztetés azért fontos, mert az osztályra vonatkozó állítás vagy kijelentés nem feltétlenül átvihető - igazságának megtartása mellett - az osztály tagjaira, és fordítva sem (a tévedés veszélye mellett). A legjobb esetben, vagyis amikor a nyelvet az egyének csoportosítására használjuk, az úgynevezett "elsőrendű osztályokkal" van dolgunk (például "*vízhúzás*", művészet. 459

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

No 1 PC), amelyek a fizikai-biológiai világ absztrakciói maradnak; mindez nem érinti más szintek vagy osztályok jelenlétét.<sup>55</sup>

A fentiekből kiderül, hogy a fizikai-biológiai világ eseményeinek a típusnak tulajdonított feltételezett leíró igénye nem helytálló. Amit a típus megállapít, az tényállások osztályai, és a világ anyagi tényeinek szintjén nem létezik a megítélendő "Esemény" általános "más megölése", hanem csak *egyes cselekedetek*, amelyek egyes személyek egyesével ölnek meg egyes személyeket, egyes körülmények között. Mivel E. Bulygin szerint sem az általános esetek, sem az általános megoldások nem utalnak tényleges eseményekre, hanem csak lehetséges eseményekre.<sup>56</sup> Ez a nézet összhangban van a normák jogállamisági elméletével, amikor rámutat arra, hogy "az általános és absztrakt normák, amelyek anyagi értelemben törvényeket alkotnak, lényegében, mint láttuk, hosszú távú intézkedések, amelyek még ismeretlen esetekre vonatkoznak, és amelyekből hiányzik a konkrét személyekre, helyekre vagy tárgyakra való utalás".<sup>57</sup> És ez nagyon fontos, mert a két szint összekeverése a megosztás vagy az összetétel tévedésének elkövetéséhez vezethet az ítéletalkotás során.<sup>58</sup>

Az Alkotmánybíróság a "*Piracy*" és az "*Antuco*" ügyekben rámutatott azokra a súlyos problémákra, amelyeket ez a szétválasztás jelent, illetve von maga után. Különösen az utóbbiban a Bíróság kimondta, hogy a Katonai Igazságszolgáltatásról szóló törvénykönyv (a továbbiakban: Ktk.) 299. cikkelyének 3. n° 3. pontjában foglalt ún. általános katonai kötelességszegés bűncselekménye nem támadja a büntetőjogi törvényesség alkotmányos elvét a pontossági szabállyal kapcsolatban; és hogy hagyományosan példaként hozta fel, hogy igen.<sup>59</sup> Az alapvető probléma az, hogy az osztályok kialakításának kritériuma *önkéntes*, pl. a farkú állatok,

<sup>55</sup> Vid. TARSKI, A., *Introducción a la Lógica y las Metodología de las Ciencias Deductivas*. Hagymány: BACHILLER y FUENTES, Madrid: Espasa-Calpe, 95. o1985., és 96.

<sup>56</sup> BULYGIN, E., "Creación y Aplicación del Derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° (192001), p. 431.

<sup>57</sup> VON HAYEK, *Az alapok*, idézett jegyzet sz. old10., és 263264.

<sup>58</sup> *Az osztás tévedése*: ez abból áll, hogy osztó következtetést vonunk le, abból a feltevésből kiindulva, hogy az osztály rendelkezik

(kollektíven) egy bizonyos tulajdonság, amellyel az osztály minden tagja rendelkezik. Pl. (1): A kongresszus egy lejáratott intézmény, amiből arra következtetnek, hogy minden kongresszusi tag egy lejáratott egyén (ami nem így van, hiszen vannak olyan kongresszusi tagok, akik jó hírnévnek örvendenek). Ex.(2): A Btk. büntetőeljárás törvénykönyv, ezért a Btk. minden cikke büntetőeljárás törvénykönyv (ami nem így van, mert büntetőjogi szabályokat tartalmaz).

*Az összetétel tévedése*: abból áll, hogy (kollektíven) arra következtetünk, hogy egy osztály rendelkezik egy bizonyos tulajdonsággal, mert az osztály minden egyes tagja rendelkezik vele. Pl.: A chilei labdarúgó-válogatott minden egyes játékosa kiváló, ezért azt mondhatjuk, hogy a chilei labdarúgó-válogatott kiváló (ami nagyon is lehet, hogy nem így van, ha hiányzik a csapatharmónia). Lásd SALMON, W., *Logika*. Hagymány: GERHARD, Mexico DF: UTEHA, pp1965., és59 60.

<sup>59</sup> Az általános jelleget a hadbíróóságok joggyakorlata is elismeri: "A katonai bíróságok az egyedüli hatóságok, amelyeknek meg kell állapítaniuk, hogy egy konkrét katonai kötelesség, amelynek megszegése nem szerepel konkrétan a törvénykönyvben, transzcendens kötelességnek minősül-e, azaz olyan kötelességnek, amelynek megszegését a CJM 299. cikk 3. pontja általánosságban bűncselekménynek minősíti..." idézi ASTROSA, R., *Código de Justicia Militar Comentado*. 3. kiadás. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, p1985., 437.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

szőrös férfiak, vörös dolgok, és így tovább.<sup>60</sup> Csak az ebből a szempontból hozott döntés *határozza meg, hogy a tagok milyen mértékben tartoznak egy ilyen osztályba.* Ez az abszolút szabadság az, ami lehetővé teszi az ember számára, hogy *ex novo* csoportosítson vagy kategorizáljon, hogy új - például technológiai - valóságokat ismerjen meg, vagy hogy javítsa a már létező helyzetekre vonatkozó ismereteinket.

Mint láthatjuk, az osztályelméletből hiányzik egy olyan *logikai* rendezési *szuprakritérium*, amely túlmutat magán az adott osztályon. Ezért egy osztály létrehozása, és így a hozzá tartozó általános érvényesség mértéke vagy szintje is önkényes. Ezért a *törvény az, amely a magatartás osztályát konstruálja és meghatározza*, és nem lehet az "osztály" formájú ontológiai kritériumhoz folyamodni, mivel az nem létezik (hanem a jogalkotó határozza meg). Ezt támasztja alá az a tény, hogy a *típus valójában nem* egy tény vagy magatartás leírása, hanem egy olyan *előírás*, amely egy leértékelt magatartásmintát *diktál*.

Nézzük meg az Antofagasta hadbíróság alábbi ítéletét a "*Torres Valeria, Luis*" elleni ügyben, amelyben a katonai kötelességszegés típusának széleskörűségének köszönhetően a következőket lehetett összevonni: a MIR egyik magjának tagja volt a FACH-ban, titkos politikai gyűléseken vett részt, a "Szocialista Internacionálé" éneklésével egy városi étteremben, és figyelembe véve azt is, hogy nem jelentette feletteseinek azokat a súlyos helyzeteket, amelyekben részt vett.<sup>61</sup> Ha jobban megnézzük, láthatjuk, hogy milyen változatos helyzetekről van szó. De ha jobban megnézzük, akkor kiderül, hogy mindezek az egyedi cselekmények a katonai kötelességek nem teljesítése címszó alatt csoportosulnak - bármi legyen is az -, és hogy a "változatos" minősítést azért adtam meg, mert a jogi kritériumtól eltérő kritériumot feltételeztem, ami pontosan az, amin a rendelkezés alapul. Így lehetnek nyíltan általános típusaink, vagy lehetnek mások, amelyek specifikusabbak (vagy kevésbé általánosak), de ha logikai szempontból nézzük a dolgokat, nincs más kritérium, amely elhatárolná őket, mint amit maga az osztály ad.

Ugyanebben az értelemben nem lehet olyan durva kritériumokhoz folyamodni, amelyek egyszerűen arra utalnak, hogy: elutasítják a bűncselekmények általános jellegét, vagy egyszerűen magasabb szintű specifikációt követelnek meg. Fentiek alapján minden bűncselekmény általános jellegű lehet, mivel általános nyelven, osztályokkal dolgozik, mint láttuk. Az alábbiakban, mivel minden bűncselekményt tovább lehet pontosítani egy újabb kritérium hozzáadásával. Ebben az értelemben a "katonai kötelesség elmulasztása", a "más megölése" és a "kalózcselekmény elkövetése" mind ugyanazt a helyzetet jelenti, és mindhárom alfaját konvencionálisan lehet alárendelni.

<sup>60</sup> W. Quine rámutat, hogy a halmazelméletben "a dolgok minden kombinációját, legyen az bármilyen, leírható vagy leírhatatlan, úgy tekintjük, mintha halmazt alkotna. Bármely két dolog együttesen tetszőleges számú halmaz tagja", és hozzáteszi, hogy "a tulajdonságok, ellentétben a halmazokkal, nem fogadják el a dolgokat bármilyen kombinációban". QUINE, W., "Natural Genera", in: *Ontológiai relativitás és más esszék*. Hagyomány: GARRIDO y BLASCO, Madrid: Tecnos, p1986., 151.

<sup>61</sup> Sentencia dictada el de 15febrero de en 1974, causa rol 471-1974, *Jurisprudencia Delitos contra la Seguridad del Estado*. Santiago: Arzobispado de Santiago (1990), vol. II, v. I., 181182. o.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Nézzünk meg három részletesebb kritériumot, amelyek ütköznek ezzel a formális osztályproblémával: a)

(b) a cselekmény azonossága, c) a cselekmény lényege és d) a konkrét esemény.

a)

Magának a cselekménynek az azonossági kritériuma, hogy felülvizsgálja annak általánosságát. Ha lehetséges a típus általános aktusának felosztása, és ez nem történt meg, akkor úgy tekinthető, hogy a jogszabály megsérti a konkrétsági szabályt. Így azt a kérdést kell feltennünk, hogy két altípusú aktus azonos lesz-e vagy sem: a válasz relatív. a) Ha a két aktust kizárólag *osztályként* vizsgáljuk, azaz csak a konstruktív kritérium alapján értékeljük őket, akkor valóban csak az osztályt vizsgáljuk, és a két aktus az érintett kritérium alapján azonos lesz. Igazság szerint ez nem túl kielégítő, mert az osztályt önmagában ítéljük meg, és minden típus egy osztályt alkot. b) Ha azonban az összes tulajdonságukkal együtt értékeljük őket, a felölölő osztály által meghatározottakon túl, akkor a két altípus nem lesz azonos; ez éppen azért van így, mert minden eseményosztály mindig tovább specifikálható. Így például a másikat megölni osztályt meg lehet határozni baltával való megölésre (altípus), vízbe fojtásra (másik altípus) stb.

b)

A típus "lényegének" nevezett tartalmi kritérium meglehetősen ártalmatlan. Ez azért van így, mert ez csak egy szó, amely egyáltalán nem rendelkezik intuitív egyértelműséggel, és amelyhez különféle meghatározások rendelkeznek; amelyek közül tudtommal egyik sem kapcsolódik a változatlan gondolatához, hanem inkább tartalmi kérdésekhez.

Az Alkotmánybíróság a "magatartási maggal" hozza összefüggésbe.<sup>62</sup> Ahogyan ezt értik, üres vagy túlzottan formális. E formula mögött nem áll más, mint a magatartásosztályok kimondásának gondolata: más szóval csak az a formalitás, hogy tartalmaz egy irányadó ígét; de hiányzik belőle minden utalás vagy jelentés egy olyan formális szuprakritériumra, amely az általánosság szintjét szabályozza (amit ráadásul nem is fejez ki). Itt lehetséges a 'megölni egy másikat' és a 'az egészséges közhangulat elleni cselekményt elkövetni', amelyek mindegyike, ha jobban megnézzük, tartalmazza az ígét és inkább az azt kísérő minőséget vagy dolgot (amit csak tartalmi kérdésekkel lehet ellenőrizni). Az Alkotmánybíróság jól példázta ezt a pontot, amikor alkotmányosnak nyilvánította az úgynevezett "kalózkodás bűncselekményére" vonatkozó előírást, a CP. 434. cikkének "Aki kalózkodást követ el" rendelkező részével. És világosan kimondta, hogy: "A szabály, amelyre hivatkozunk, az inkriminált magatartás leírását nem egy másik, hasonló vagy alacsonyabb rangú normából eredezteti, hanem saját szövegében tartalmazza".<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Alkotmánybíróság, az "Antuco" ügy2006, novemberi9 ítélete, 468-2006. sz. ügy, 7. preambulumbekkezdés: "A Bíróság joggyakorlata mindig is fenntartotta azt a tézist..., hogy az Alkotmány megköveteli, hogy a törvény önmagában legalább a magatartás lényegi magját írja le".

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?  
A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

<sup>63</sup> Alkotmánybíróság, 2006. március 30-i ítélet, "Kalózkodás" ügy2007,, 549-2006, konszidens. 12.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ezen túlmenően ez az elmélet nem képes számot vetni a büntetőjogi törvényesség alkotmányos garanciája elleni támadás kifinomultabb formáival, mint például a szabályozási csalásával, amelyet alább látni fogunk, és ezért nem ad megfelelő választ az ilyen problémákra.

Mint látható, az elméleti tartalom szűkösége a polgárok sorsának védelmének hiányát eredményezi. Ezért helyes J. L. Cea intuíciója, miszerint: "A kérdés azonban nem tisztázódik teljesen a [típus "lényegéről"] kifejtett fogalmakkal. A büntető dogmatikának itt nehéz feladata van, hogy az állam büntetőjogi igényét összeegyeztetse a tisztességes eljárás, a jogbiztonság és más emberi jogok tiszteletben tartásával".<sup>64</sup>

c)

Elvileg az *egyedi cselekmény* sem használható fel a magatartás általános jellemzésére, éppen azért, mert egyedi cselekményről van szó, és ezért már csak ezért sem általánosítható.

Röviden, tekintettel az osztályok önkényes jellegére és arra a tényre, hogy a bűncselekmény magatartásmintát és nem leírást jelent, nem lehet a bűncselekmény pontos meghatározásáról önmagában beszélni. Nem marad más hátra, minthogy bizonyos hagyományos, magának a bűncselekménynek a gondolatán kívül eső kritériumokhoz folyamodjunk, amelyek rögzítik az értékek megítélésének pontját.

### 3.14.

A leíró és az értékelő vagy normatív predikátumok közötti elmosódott különbségtétel a *kontrasztivitás* logikai szempontból.

Az előző bekezdés mentén haladva, az egyik neuralgikus pont - mint jeleztük - a bűncselekményekben olyan értékelő elemek bevezetésében található, amelyek arra készítetik a bírót, hogy azokat értékelő ítélettel töltsse ki,<sup>65</sup> például a jó szokások megsértése (Ptk. 373. §), a halottak emlékének kellő tisztelete (Ptk. 321. §) stb. A leíró és az értékelő kifejezések pontossága közötti különbség abban rejlik, hogy a leíró kifejezések a valóságban az érzékszervek segítségével *ellenőrizhetők*, míg az értékelő kifejezések nem, és csak a szubjektív preferenciákra vonatkozó *intuíciók segítségével* állíthatók szembe egymással.<sup>66</sup> Az eredmény bizonyosság az előbbiekre javára az utóbbiakkal szemben, a meghatározásukkal kapcsolatban.

Azonban már láttuk a bizonyosság problémáját, amely ebben az esetben így nyilvánul meg: Igaz, hogy az értékelő kijelentéseket következményeikben szembeállítják a kijelentésekkel

<sup>64</sup> CEA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago: Ediciones UC, 2004, II. t., p. 168.

<sup>65</sup> ROXIN, *Law*, idézi a sz. jegyzetet. p27., 169.

<sup>66</sup> JESCHECK, H., *Büntetőjogi értekezés. Parte General*. 4. kiadás. Hagyományos: MANZANARES, Granada: Comares, 115. o1993., és 116.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

az intuíciókból eredő preferenciákról. A következmények kijelentésekben kerülnek bemutatásra, amelyeket szembeállítunk a preferenciát kifejező kijelentésekkel, így a koherenciára és az intuíciók erős részvételére irányuló szelekcióval rendelkezünk. Van azonban egy szabály, amiről nem szabad megfeledkezni: tilos a nyelvi entitások megítélését nyelven kívüli entitásokkal, például tényekkel vagy észleletekkel összekeverni, hogy igazolni lehessen (az állításokat állításokkal igazolják).<sup>67</sup> A leíró kijelentések esetében a kijelentés igazságának kiválasztása kontrasztálással történik. A diskurzusban ez úgy történik, hogy egyes általánosabb és egyes (egyedi eseményekről szóló) kijelentéseket összehasonlítunk vagy szembeállítunk egymással, oly módon, hogy a szelekció logikusan, egy bizonyos diszkurzív koherencia alapján történik. Ezen kívül a valóság vizsgálata egy állítással kapcsolatban a tudománypszichológia területén is előfordul, ahol a valóságra vonatkozó empirikus intuíciókat és annak helyes rekonstrukcióját vagy megragadását vizsgálják. Az ilyen megragadások is tévedésre hajlamosak, és nem mennek túl egy empirikus intuíción.

Ezért a büntetőjog által használt fogalmak rekonstrukciója szempontjából a leíró fogalmak kontrasztivitásuk és az általuk nyújtható objektív bizonyosság tekintetében nincsenek különösebb előnyben az értékelő ítéletekhez képest: logikai szempontból mindkettőnek van egy koherencia általi kontrasztív ítélete, pszichológiai szempontból pedig mindkettőnek erős intuitív vonásai vannak kontrasztivitásukban.<sup>68</sup>

### 3.15.

*A szabályok rekonstrukciós szintjétől a végrehajtás szintjéig terjedő viszonylagos átláthatatlanság.*

Ez lerombolja azt a kodifikációpárti állítást, hogy a legrosszabb esetben a szabályok (ésszerű) jelentésének meghatározása elegendő a helyes büntetőjog megismeréséhez és így a szabályok helyes alkalmazásának meghatározásához.

A diskurzusnak három szintje lehet: egy (az alapozás kontextusa), ahol értékekkel és jogi javakkal dolgozunk, egy második, a normák rekonstrukciós szintje, ahol általános normatív kijelentésekkel dolgozunk, és egy harmadik (az alkalmazás kontextusa), ahol egyedi esetekkel dolgozunk. Az empirikus helyzetekről szóló diskurzusban az általánosból az egyesbe való átmenet nem pusztán mechanikus vagy automatikus. Következésképpen előfordul, hogy a jogi diskurzus ésszerű indoklásra számíthat.

<sup>67</sup> Vid. HEMPEL, C., "Tanulmányok a megerősítés logikájáról". *A tudományos magyarázat*. Trad: MÍGUEZ, Barcelona: Paidós, 1996, pp. 30-35. Ez a probléma a "Fries-trilemma" problémáját vetíti fel. Vid. POPPER, K., *A tudományos kutatás logikája*. Trad.: SÁNCHEZ, Madrid: Tecnos, 1990, 89. és 90. o., valamint *Az ismeretelmélet két alapvető problémája*. Hagyomány: ALBISU, Madrid: Tecnos, 163 ff. o.1998,

<sup>68</sup> Ez nem jelenti azt, hogy nincs különbségtétel, mivel a büntetőeljárás célja éppen a büntetendő cselekmény kivizsgálása, amellyel kapcsolatban a vádlót terheli a bizonyítási teher a bíró előtt. Vid. DEL RÍO, C., *Proceso Penal, Consenso de las Partes y Enjuiciamiento Jurisdiccional*. Santiago: Librotecnia, p2009., 124.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Az elmélet értelmezése az elmélet belső, és a szabályok, esetünkben a büntetőjog rekonstrukciós szintjén marad; mindazonáltal elképzelhető, hogy nem lehet *a priori* megállapítani, hogy a szabályok helyes vagy ésszerű alkalmazása megtörténne-e vagy sem. Ezért bármennyire is ésszerű az értelmezés (szintaktikai-szemantikai helyesség), és még ha az alkalmazásban konzisztens is egy ilyen rekonstrukció, előfordulhat, hogy a gyakorlatban *teljesen* alkalmatlan. A büntető hatalom megszűnésével kapcsolatos példa a lényeg illusztrálására szolgál.

A büntetőeljárás elévülésének felfüggesztésének kezdete két értelmezést hozott a CP. cikk96 (az évből, amely 1875,kimondja: "Ez az elévülés... attól a pillanattól kezdve, hogy az eljárás ellene [elkövető] irányul") és a CPP 233-a cikkének (2000. évből, amely kimondja: "A nyomozás hivatalossá tétele a következő hatásokat váltja ki: a) A büntetőeljárás elévülésének menetét a Büntető Törvénykönyv 96. cikkének rendelkezései szerint felfüggeszti"). Mindkét norma ugyanazzal a dologgal foglalkozik: a felfüggesztés kezdetével; és mindkettőnek vannak eljárási operatív feltételezései a büntetőjogi hatalom megszűnésének következményeire vonatkozóan. A kérdés az, hogy tisztázzuk, hogyan áll mindkét szabály. Az egyik elmélet, az "egyszerű ügyészi utasítás" elmélete szerint a CPP 233-a. cikke a CPP 96. cikkének alárendelt (eljárási) szabály, amint azt az első szabály mondata is jelzi. Hozzá kell tenni, hogy a PC 96. cikke az az alapvető (büntetőjogi) norma, amely jelzi, hogy mikor kezdődik a felfüggesztés. Az eljárás vádlottal szembeni irányítása tehát a nyomozati szakaszban az eljárás megindításának bármelyik formájával megtörténik, ha az pontosan a vádlott ellen van megfogalmazva, ha pedig nem, akkor a PC 96. cikk nyílt normája szerint az eljárás bármely más cselekménye irányítható és irányítható egy bizonyos személy ellen, például idézés, kihallgatás, elfogatóparancs (E. Novoa<sup>69</sup>), fogvatartási ellenőrzés felülvizsgálata. A CPP96 233-a. cikkének jelentése az, hogy a formálissá tételre vonatkozó felfüggesztés az Art. Eddig ez egy szemantikailag ésszerű és világos értelmezésnek tűnik (más fontos szempontokat figyelmen kívül hagyva).

A probléma akkor merül fel, amikor ezt az értelmezést az *alkalmazás* kontextusába helyezzük. Az új eljárási valóságban a vádak hivatalossá tétele a vádlott számára védekező aktus, amelynek révén tájékoztatják arról, hogy e vádakkal kapcsolatban nyomozás vagy büntető "eljárás" folyik. Feltételezi tehát, hogy ellene már vizsgálatot indítottak, és ezért *tájékoztatják* arról, hogy vizsgálatot *indítottak ellene*. Az adott "eljárásnak" tehát már a vádlott ellen kell irányulnia, feljelentés, feljelentés vagy az ügyészség által hivatalból tett feljelentés, letartóztatás, idézés stb. útján, amely a személyt azonosítása céljából, feltételezve, hogy büntetendő cselekményben való részvétellel vádolják. Ezért a CPP 233-a. cikke az alkalmazásával összefüggésben soha nem fog gyakorlati alkalmazást nyerni, mivel alkalmazhatósága a hivatalossá nyilvánítást megelőző aktusokban (a hivatalossá nyilvánítás előzményei) teljeseedik ki.

<sup>69</sup> NOVOA, *Curso*, cit. jegyzet n° pp43., és 489ff.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ennélfogva a konkrét ügyek elsajátítása üres vagy nem létezik (ami a vádlott egyszerű ügyészi irányításának értelmező elméletének gyenge minőségét mutatja számunkra).<sup>70</sup>

Mint a példa mutatja, mivel egy vizsgált elmélet az általános normák pusztá rekonstrukciós szintjén lebeg, nem teszi lehetővé annak jó felmérését, hogy mi fog történni a különböző körülmények között az *egyes esetekre való* alkalmazás során, éppen azért, mert a normák rekonstrukciós szintje nem meríti ki az összes jogi kérdést. A vizsgált elmélet hibája tehát nem következett volna be, ha a diskurzus nem maradt volna egyszerűen az érintett normák szemantikai meghatározásánál. Az alkalmazási kontextusban az *egyes esetek területének meghatározása* így fontos elemmé válik az értelmező diskurzus módszertani helyességének meghatározásában. Ez azonban nem felesleges, mert ennek hatására a diskurzus összetettebbé válik, és a vizsgálati területet megnyitja az alkalmazás és ezáltal az ebből következő új problémák előtt.

### 3.16.

A szabályok fogalmának és alkalmazhatóságának problémája. A büntetőjogi törvényesség legitimitását kérdőjelezzik meg, a régi mondásra, a *dura lex sed lex-re* összpontosítva, amely ellen két olyan esetet mutatnak be, amelyek végül magának a szabály funkcionális fogalmát kérdőjelezzik meg.

*Megvalósíthatóság*" vagy *megvalósíthatóság*. Rámutatnak arra, hogy vannak olyan esetek, amelyek bár a szabályok hatálya alá tartoznak, de végső soron nem azok alapján kerülnek megoldásra. Bizonyos *erkölcsi* megfontolások beavatkozása miatt, amelyek az adott eset *sajátos* körülményei között egybeesnek, ezek legyőzik a szabályokat az egyedi alkalmazásban, és az adott egyedi esetben más megoldást alkalmaznak, mint amihez a szabály vezethetne (a győztes megoldás, ahogyan az egyedi esetben és az egyedi körülmények miatt előfordul, nem általánosítható). A fentiekből következik, hogy a szabályok nem adnak végleges megoldást az esetekre, de *prima facie* megoldást kínálnak. Ezért a szabályok olyan entitásokként való felfogása, amelyek deontikusan összekapcsolnak a következményükkel mindent, ami a szemantikai mezőjükbe esik, súlyosan sérül.<sup>71</sup> A klasszikus példát a *Riggs kontra Palmer* ügy szolgáltatja, amelyben egy személy végrendeleti örököse (Palmer) meggyilkolja az utódját, hogy örökölhessen. Büntetőjogi felelősségre vonják, és Palmer maga az elhunyt örökségével kapcsolatos jogvitában - a végrendelet és a javára szóló jogszabályok megléte ellenére - megtagadja a jogi szabályok jogkövetkezményének alkalmazását, azon elv alapján, hogy senki sem használhatja ki a saját bűnét, megfosztva őt az örökségétől.

Hasonló helyzet állt elő a "*Fábrega y Vallejos kontra Castro Muñoz*" ügyben, amelyről a Legfelsőbb Bíróság 1338-1998. sz. határozatában (E.

<sup>70</sup> Erről a vitáról és a különböző értelmezésekről lásd: GANDULFO, E., "El Inicio de la Suspensión de la Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal en el Nuevo Ordenamiento para el Proceso Penal: Un Nuevo Modelo", *Revista Procesal Penal*, n° 49 (2006), pp. 7-37.

<sup>71</sup> Vid. ATRIA, F., "Las Circunstancias de la Derrotabilidad", *Revista de Ciencias Sociales, Sobre el*

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?  
A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

*Razonamiento Jurídico*, n° 45 (2000), p. 456.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Cury). Ebben az esetben az emberölés büntetével vádolt C. Castro Muñoz azért lőtt rá a sértettre, R. Vallejosra, mert valóban úgy vélte, hogy az utóbbi tüzet akar nyitni a fiára, és ezt meg is teheti, megsebesítve vagy megölve őt. Castro tudta, hogy amit tesz, az emberölés (a Btk. 391. cikkelyének 2. pontja), vagy legalábbis súlyos sérülés (a Btk. 397. cikke), de tévesen azt hitte, hogy így eljárva jogszerűen, a fia védelmében cselekszik.

Az ügy tisztázása érdekében a jelek szerint az eset a jogos önvédelem körébe tartozna (PC 10. cikk 5. pontja). De ahogy maga az ítélet is megállapítja, "közismert és a tanítás és a jogtudomány egyhangúsága által elfogadott, hogy a jogos védelem bármelyik formája nélkülözhetetlen előfeltételként megköveteli az agressziót, amelynek amellelt, hogy jogellenesnek kell lennie, valósnak kell lennie, azaz objektíven és valóban léteznie kell". Ezért "ebben az esetben az agresszió csak látszólagos volt, mert, mint már említettük, a Vallejos által Castro fiának megfenyegetésére használt fegyvert kibiztosítva találták meg, és ilyen körülmények között nem lehetett volna elsütni, következésképpen nem lehetett volna sebesíteni vagy megölni".

Ebben az értelemben a Btk. 391. vagy 397. cikkének jogi normái teljes mértékben érvényesültek az alperes által leadott lövésekkel szemben. És még a Btk. 7. és 8. cikke is, amelyek nem ismerik el a jogi tévedés felmentő erejét. E jogi normák érvényességének sérelme nélkül a Legfelsőbb Bíróság egy elvet alkalmazott: a bűnösség elvét.<sup>72</sup> Ez az elv kimondja, hogy senki sem ítéltető el, csak vétkes magatartásért, és ez a vétkesség "megköveteli a másként cselekvés lehetőségét (döntési szabadság), ami viszont feltételezi a jogellenesség tudatát". Ezt az elvet alkalmazza a Bíróság, és ezzel egyrészt a Btk. 7. és 8. cikkét győzi le, mivel a bűncselekmény fennállásához szükséges a jogellenes jellegű megvalósítás ismerete és akarata.

Majd a Bíróság ezt arra használta fel, hogy szembeállítsa a PC 391. és 397. cikke szerinti bűncselekményekkel, a következő értelemben:

Tekintettel arra, hogy a vádlott abban a *hitben cselekedett, hogy a* törvény védelme alatt áll, mivel egy harmadik személy (jelen esetben a fia) jogvagyonának védelme érdekében cselekedett, nem vétkesen vagy a felróható cselekmény elkövetésének tudatában cselekedett (hanem éppen ellenkezőleg). Mivel Castro Muñoz így járt el, a PC 391. vagy 397. cikke szerinti bűncselekmények nem alkalmazhatók teljes hatályukban, mivel az *egyedi esetre* való alkalmazásuk e konkrét események tekintetében meghíúsult, és a vádlottat e bűncselekmények alól felmentik. Mint ebben az esetben látható, a Bíróság jogi mérlegelése azt mutatja, hogy az adott esetre való alkalmazás során a jogi normákat az esetre jellemző egyéb megfontolások megdönthetik, még akkor is, ha ezek a normák érvényesek.

---

<sup>72</sup> Itt a Bíróság a vétkesség elvének következményeként elismeri, hogy a felelősséget nem lehet vélelmezni a jogban (CPR 19. cikk (3) bekezdés 6. pontja). A Számvevőszék ezt konkrétan úgy értelmezi, mint a jogellenes cselekedetek tudatosítását. Figyelembe kell vennünk, hogy az érvelésnek ez az utolsó pontosítása negatív funkciót tölt be: a bűnösségre vonatkozó vádemelés megkezdése előtt álló akadályok elhárítása (a helyettesítő ítélet 8. preambulumbekzdése).

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

*prima facie*. És mivel ez egy egyedi eset, egyedi alanyokkal és egyedi eseményekkel, a fent említett megoldás nem általánosítható.

A politikai filozófia szempontjából a fogalmi kérdésfelvetésnek vannak vetületei a multikulturalizmus jelenleg sokat vitatott eszméje kapcsán.

Valójában a problémák ezen alosztályában is felmerül egy olyan érdemi eset, amely figyelmet követel, és megkérdőjelezi a norma, különösen a büntetőjogi norma alkalmazhatóságát. A lényeg az, hogy a büntetőjog korlátlan alkalmazása, amelynek általános jellege bizonyos politikai megfontolások alapján épül fel, vak a jogállamiságon belüli legitim kulturális különbségek bizonyos körülményeivel szemben. Ez a kisebbségi csoportok, különösen az etnikai csoportok kirekesztéséhez és diszkriminációjához vezet, amelyeknek nem sikerül, és nem is érdekük, hogy bizonyos kulturális vagy erkölcsi kánonokat alakítsanak a nemzeti állam (legjobb esetben is) többségi, de nem kizárólagos identitás alapján felépített jogalkotási és különösen büntetőpolitikájában. Ezért ismét egy más megfontolásból létrehozott törvény alkalmazásának kritikája.

#### 4. Mi maradt a jogszerűség elvéből?

A kérdés továbbra is fennáll: a jogszerűség elve csak egy szó, vagy ennél többről van szó? Egy ilyen válasz mélyen bevon minket a *módszertani* kérdésekbe, annak meghatározása céljából, hogy mit teszünk a jogi gyakorlatunkban. A válasz tehát a különböző bűncselekményekkel kapcsolatban idővel felmerülő különböző elméletek *jogi kritikája* szempontjából is transzcendentális. Ebben az értelemben tisztában kell lennünk azzal, hogy egy módszertanilag gyümölcsöző elvnek képesnek kell lennie arra, hogy meglehetősen pontos tartalommal rendelkezzen, hogy legyen egy bizonyos alapja és kizárjon másokat, valamint hogy legyen egy pontos fejlődése, amely bizonyos következményeket ér el és másokat kizár. Módszertani szempontból ki kell zárunk azt a gondolatot, hogy a tartalom a kritika hatására bármilyen ízlés szerint alakítható. Ez azt jelentené, hogy a cselekvés területét tovább nyitnánk a szubjektivitás és az önkény előtt, és az objektív kritika hiábavaló eszköze lenne. Ily módon a büntetőjogi törvényesség elvének képesnek kell lennie arra, hogy saját, más intézményektől viszonylag független tartalmat alakítson ki, és így "önálló életet él" intézményt alkosson.<sup>73</sup> Így például nem szabad abba a nyelvi kísértésbe esnünk, hogy a büntetőjogi törvényesség elvét egyszerűen a büntetőügyekben érvényesülő jogként gondoljuk el, mert a jog konkrét konfigurációjában más elvek is egybeesnek, mint például az egyenlőség elve, annak általános jellege miatt, vagy a lelkiismereti szabadság elve és a cselekvés büntetőjogi elve, hogy kizárja a személyes vagy mentális állapotok büntetését, amelyek egybeesnek és együttműködnek a büntetőjog formájának megrajzolásában.

<sup>73</sup> Autonómiájának viszonylagossága abból adódik, hogy a kodifikációs jog különböző részei többé-kevésbé hálózatba kapcsolódnak, amelyben még számos alapelve is vonatkoznak magasabb hierarchiájú elvek, amelyek tartalmuk meghatározásában konvergálnak.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A jogszerűség három *pontban* kereshető, ami minden bizonytalansággal módszertani megközelítést igényel, aszerint, hogy mi maradt meg: (i) lehet a mondatok *értelmezési amplitúdója*, anélkül, hogy megoldást vagy helyes választ jelölne meg, azzal a már látott következménnyel, hogy el kell fogadni, hogy a jogszerűség a legitim megoldások keretein belül bármilyen megoldás esetében mérlegelési jogkörrel rendelkezik; és hogy a felülvizsgáló bíróságok és a nekik szánt eszközök nem ellenőrzik a jogszerűséget, hanem csak a véleményüket erőltetik, amíg a lehetőségek keretein belül vannak; (ii) lehet a *legracionálisabb értelmezés*, de ez erős *módszertani* szempontokat tartalmaz, amelyeket a kritikának a jogszerűség alkotóelemeiként kell figyelembe vennie. Ebben a változatban az a probléma merül fel, hogy az olyan jogorvoslatok, mint a semmisség a jogszerűség védelme érdekében, valójában módszertani kánonokat is védenének, azaz nem feltétlenül jogi kánonokat (a jogi ellenőrzéssel kapcsolatban), és iii) végül *magában a normában*, amelynek pontos *jelentése* már meghatározott, hogy aztán át lehessen adni az alkalmazásnak. Ez a szakasz különbözik az előzőektől, bár összefügg, mert feltételezi, hogy a norma rekonstrukciójához szükséges összes módszertani döntést *már meghozták*.

Mind az első, mind a harmadik elem elengedhetetlen a jogszerűség ellenőrzéséhez. A másodiknak azonban nincsenek erős gyökerei, vagy nem kapcsolódik az előbbihez, mivel általában az elmélethez vagy a tévesen "doktrínának" nevezett elmélethez (amelyet a kodifikáció gondoskodott arról, hogy jogi vagy jogi erejét megszüntesse) kapcsolják. A probléma nem csekély, mert ez a második tétel gyakorlatilag a racionális jog teljes védelmi magját tartalmazza, ahogyan arra Dworkin helyesen rámutatott. A másik két fennmaradó tétel viszonylag széles mérlegelési mozgásteret enged. Mindezek áttekintése érdekében két fejezetet nyitunk, amelyek a központi kérdésre adott választ két, egymással összefüggő részre osztják: 5.) mi marad az elvből a normák rekonstrukciójának fázisában? és 6.) mi marad az elvből a norma rekonstrukciója után?

Bármelyik lehetőségről legyen is szó, a büntetőjogban a jogszerűség jogelvének rekonstrukciójából nem hiányozhatnak a módszertani szempontok. Ez az első rész kiindulópontja.

## 5. Mi marad a törvényesség elvből a rekonstrukciós szakasz szintjén?

Itt levonhatunk néhány következtetést a büntetőjogi jogszerűség elve által védett tárgy, valamint maga az eszköz szintjén.

### 5.1.

Ami a védett célt illeti: objektív bizonyosság, azaz olyan helyzet előállítása, amely természeténél fogva szükségszerűen minden ember kognitív hatókörében van, hacsak az ember nem tesz erőfeszítéseket annak megakadályozására. Ez egy olyan kérdés, amely nem létezik.

A 20. század tudományai, különösen az empirikus tudományok, tisztában vannak ezzel a korlátozással, és szükséges, hogy foglalkozzanak ezzel a problémával.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A nyelvnek mint a bizonyosság elérésének eszközének megvannak a maga súlyos korlátai és korlátai, mind kommunikációs, mind logikai szempontból, máskor pedig maguk a körülmények azok, amelyek ellenállnak a viselkedés "leírásának" vagy hasznos kategorizálásának.

Ennek megfelelően a kérdés ezen a területen az, hogy miért akarunk egy olyan elvet, amely csak egy pusztán feltevést kínál nekünk a lehetőségek keretéről, amelynek a legjobb esetben is lehet egy sejtésszerű konszenzus vagy nyilvánvalóság magja, a homályosság árnyalataival, de amely értelmezésileg változik egy új elmélettel, és amely még az új elméleten belül is kiigazításokat és módosításokat tartalmazhat, és végül, amellyel kapcsolatban nem tudunk általános következtetéseket levonni?

A válasz véleményem szerint a büntetőjog fogalmát érinti. Ha nem tudunk valami hasonlót, mint amit a büntetőjogi törvényesség elve megcélzott, akkor a büntetések kiszabása egy jogállamban egyfajta önkényes jelleget kapna. Ugyanakkor a válasznak van *visszahatása*, mert nem csupán a büntetőjogi törvényesség elvének megmentéséről van szó, hanem magában foglalja azt a döntést is, hogy egy polgári társadalomban, egy jogállamban büntetőjogot akarunk, annak minden következményével együtt.

Ha feltételezzük, hogy ilyen kontextusban akarunk büntetőjogot, akkor hozzá kell látnunk ahhoz a feladathoz, hogy rekonstruáljunk valamit abból, amit a büntetőügyekben a jogszerűség elvének célja volt: a *célját*. Ez azt jelenti, hogy a problémát különböző nézőpontokból, vagy inkább különböző módszertani elemekkel kell megközelíteni.

5.1.1.

Az első dolog, amit tisztázni kell, *hogy valami védhető-e*. A jogszerűség elve egy olyan formális jogrendet fogalmaz meg, amely eszköz lesz valaminek a védelmére, valaminek, amit értékelnek, vagy amit érdekes megvédeni. Véleményem szerint a védett értékek vagy érdekek *különböző szinteken* egybeeshetnek, vagy - negatív értelemben - nem kell, hogy mind ugyanazon a szinten legyenek. De nem csak ez, hanem a különböző szintek egybehangzásával a védelem különböző rétegeit is azonosíthatjuk, a védendő értékek egyenlőtlen mennyiségével. Ebben az értelemben egy bizonyos szinten három *kopulatív* jogi érték egybeesését azonosíthatjuk a büntetőjogi jogszerűség elvének felépítésében - mint látni fogjuk -, amelyeknek ezen a szinten a büntetőjognak egyszerre kell megfelelnie: objektivitás, szubjektív bizonyosság és jogbiztonság. Így az általunk meghatározott szinten, ha a hármat nem védik, akkor a büntetőjogi törvényesség garanciája nem teljesül (ami az Alkotmánybíróság fő problémája e vizsgálat elvégzése során).

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a)

A büntetőjogi törvényesség elvének feltételezhetően a büntetőhatalom konstitutív funkciója van, bizonyos javak érintettsége miatt. Ezért úgy tűnik, hogy az elv bizonyos értelemben mind az elkövetőkre (a jogi javak tekintetében), mind a bűnözőkre (a javak tekintetében elkövetőkre) vonatkozik. Mindkét álláspontnak van némi köze a büntetőjogi forogatókönyvhöz, és a büntetőjoggal kapcsolatos dolgok várhatóak. Ebből a szempontból a büntetőjogi jogszerűség elve a jogállamiság elvéhez kapcsolódik. Általánosságban tehát a jog önkényes alkalmazásával szemben kíván megvédeni bennünket, és célja, hogy garantálja a bíróság objektív jogalkalmazását.<sup>74</sup>

Az objektivitás e gondolatával a büntetés konstituálódik, és így a normatív jogszerűség peremén belül alakul ki. Ez együtt jár a normatív érvényesség gondolatával, amelyet a normák minőségi léteként értelmezünk (Kelsen). Egy norma tehát annyiban létezik, amennyiben kötelező erővel bír. És ez a feltétel határozza meg a szóban forgó normák érvényességét.<sup>75</sup> Így minden olyan esetre vagy körülményre, amely a jogi normák érvényességi koordinátái közé "esik", a vonatkozó normáknak kell vonatkozniuk. Ezek a koordináták időbeli, térbeli, személyi, valóságos stb. koordináták, azaz annyi, ahány jogi szabály van, és a szabály által meghatározott feltételek mellett.

A fentiekből következik, hogy ha van egy (érvényes) törvény, amely egy bűncselekményt büntet, akkor a szankciót magának a jogi normának az előírásai szerint kell alkalmazni ("Egy bűncselekményt sem lehet más büntetéssel sújtani, mint amit a *törvény megállapít*", mondja a CPR 19. cikk 3. szakaszának 7. része 1<sup>a</sup> része). Hasonlóképpen azonban, ha van olyan szabály, amely az elkövető számára kedvezőbb visszamenőleges hatályú szabályozást biztosít (például amnesztia vagy enyhített büntetés), akkor ez a szabály rá is alkalmazandó, amennyiben az az ő tevékenységi körébe vagy esetkörébe tartozik. Ezt a CPR 72. részének 19inc.3 cikke, és bizonyos tekintetben a CP2 inc18. cikke is elismeri.

A Ptk. 18. cikkének 2. (és 3.) bekezdése kimondja, hogy a törvényt akkor lehet alkalmazni, ha kihirdetik, amit az Alkotmányban megismételnek. A jog időbeli érvényességgel való felruházásának jelenlegi rendszere szerint (az úgynevezett "érvényesség") azonban ez csak a kihirdetés pillanatától következik be, sőt, a normatív testület szabálya által maga is elhalasztható. Így az Alkotmány "*A törvény megalkotásáról*" szóló bekezdésben a végén a törvény kihirdetésének és közzétételének eljárását együttesen veszi figyelembe (a 6. cikk inc75. és 23. cikk), ami kiegészíti a Btk. 6. cikkét, amikor kimondja, hogy: "A törvény csak akkor kötelező, ha az állam politikai alkotmányával összhangban kihirdették és közzétették...", sőt a törvény létezésének időpontja általában a hivatalos közlönyben való közzététele lesz, amint azt a 7. cikk inc. 2. cikke kifejezetten kimondja. Létezés vagy kötelező erő nélkül nem rendelkezik ügyek feletti uralommal, így nem lehet kötelező ereje azokban a konkrét esetekben, amelyekre a jogszabálytervezet megállapításai kiterjednének. Más szóval, létezés nélkül

<sup>74</sup> Ehhez JAKOBS, *Law*, cit. jegyzet, 81. és 81. o.25, 81. o. 82.

<sup>75</sup> GANDULFO, "La Validez", cit. jegyzet n<sup>o</sup> pp7., és501 502., 505-513. o., 505-513. o.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Nincs kötelező érvényű norma, és a kijelentések egy diskurzus vagy szöveg részét képezik, kötelező erő nélkül. Megjegyzendő, hogy a Ptk. 18. cikkének a "jogszabály" kifejezéssel történő megfogalmazása egy olyan szöveg alkalmazására utalna, amely nem szerzett kötelező erőt vagy deontikus létezés az ügyben, és amely ezért nem alkalmazható egy üres területre. Ebben az értelemben a hatálybalépés normatív rendszerének felépítése a régi Ptk. 6. cikke szerinti kihirdetési modellből, amelyből a Ptk. 18. cikke ered, a változatokkal történő nyilvánosság modelljéhez fejlődött, amelyet az új Ptk. 6. cikke kapott. A CC 18. cikkében a "kihirdetésre" való hivatkozást abban az értelemben kell érteni, hogy a szövegnek legalábbis normatív léte van (mint a 19. században), amiért a normatív, azaz a norma kihirdetésének és érvényességének aktuális keretei között kell értelmezni.

Ezért egy olyan szabály, amely soha nem volt időben érvényes, mint például egy törvény kihirdetése esetén (például a 19.450. törvény), amelynek érvényességét *készenléti* állapotban hagyták, majd a hatálybalépését hatályon kívül helyezésével visszavonták, soha nem alkalmazható.<sup>76</sup>

J. Raz azonban figyelmeztet bennünket ennek a szempontnak a korlátozottságára. Az egyetlen terület, ahol a jogállamiság "kizárja az önkény minden formáját, az az igazságszolgáltatás végrehajtási funkciója, ahol a bíróságok csak a törvénynek vannak alávetve, és szigorú eljárásoknak kell megfelelniük".<sup>77</sup> A közhatalom egyéb megnyilvánulásait ez a szempont nem feltétlenül érinti.

b)

Az említett példákban látható, hogy ez az általános változat, amelyet a legalitás többi részével megoszt, nem rendelkezik bizonyos, a büntetőjoghoz nagyon is szükséges korlátokkal. Tekintettel arra, hogy a mai büntetőjogi rendszerben a polgár az állam büntető hatalmával szembeül, elvileg védtelenebb helyzetben van, mint azok, akik nem.

A visszamenőleges hatályú alkalmazás az elkövető javára az általánosságban tekintett jogszerűség elve miatt lehetséges, mivel ez még mindig egy szabály objektív alkalmazása. Az elv logikája azonban nem akadályozza meg, hogy egy visszamenőleges hatályú szabályt a polgárral *szemben* alkalmazzanak, különösen, ha a szabály így rendelkezik (sőt, utilitarista szempontból kényelmesebb lenne az új szabályhoz való hűség megerősítése).<sup>78</sup>

A

---

<sup>76</sup> Ha úgy tekintjük, ahogyan a Legfelsőbb Bíróság tette, hogy a szabály a kihirdetése óta alkalmazást feltételez, még akkor is, ha a jelenlegi modell szerint soha nem vált érvényessé, ebben az esetben a szabály *ratio iuris-a* a jogszerűség elvén túlmutatna. Vid. COUSO, J. és MERA, J., "El Rol Uniformador de la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Estudio Empírico", *Ius et Praxis*, n° 13 (2007), pp. 347-350, pp. 378-382.

<sup>77</sup> RAZ, J., "A jogállamiság és annak erénye" in: *La Autoridad del Derecho y otros Ensayos*, Trad.: TAMAYO, Mexico DF: Unam, p1985., 274.

<sup>78</sup> Hasonló megjegyzést tesz RAZ, "Az állam", cit. jegyzet 268. o77,,: "Néha tehát természetesnek veszik, hogy visszamenőleges hatályú rendelkezést lehet törvénybe iktatni. Ha ez történik, a visszaható hatály nem

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Egy ilyen szabály bírói alkalmazását a jog *formális* objektivitása *indokolná*. A központi kérdés ezekben a helyzetekben az, hogy a bűncselekményekkel vádolt és végül elítélt vagy elítélt polgárok rosszabb helyzetben vannak, mint az a nagyközönség, amelyet nem érint az állam büntetési monopóliuma - amely képes elvenni a legértékesebb vagyont: a szabadságukat és az életüket. Ezért szükséges *egy másik jogi értéket létrehozni és hozzáadni*, amelynek célja az eredetileg jelzett formai és anyagi megfontolások megállítása. Ennek érdekében a védendő jogi értéknek már nem általánosságban, hanem különösen azokra a polgárokra kell irányulnia, akik a legrosszabb helyzetben vannak az esetleges állami kényszerrel szemben.

c)

Tudjuk, hogy nem rendelkezünk az ábrázolt erős objektív bizonyossággal, de a korlátozottabb *szubjektív bizonyossággal* igen, azaz a *hit* pszichológiai elemeként. Mégis, az elképzelés gyenge marad, mert ennek a hitnek bármilyen pszichológiai alapja lehet (és az egyén számára okot adhat).

A konstrukciónak kifejezetten arra kell törekednie, hogy a személyt mint szabad és racionális lényt, azaz mint olyan személyt, aki képes életét rendezni és tervei szerint irányítani, tiszteletben tartsa és figyelembe vegye. Ez képezi egyébként azt az alapot, amely körül a jogállamiság és az alkotmányunk felépítése forog, annak 1., 5. és 19. cikkében. Mint J. Rawls mondja, e tervek kidolgozásakor feltételezi, hogy az emberek természetesen figyelembe veszik a jövőbeli élethelyzetükben, életük minden szakaszában felmerülő szükségleteikre és igényeikre vonatkozó ésszerű elvárásaikat, amennyire a társadalomban elfoglalt jelenlegi helyzetükből és az emberi élet normális körülményei között előre láthatják.<sup>79</sup> Ami itt figyelemre méltó, az az elvárás gondolata, amely racionálisan motiválja (vagy motiválhatja) cselekedeteiket, és az előrelátás lehetősége.

A bizonyosság fogalma, amely nem pusztán szubjektív meggyőződésre utal, a relatív objektivitás egy jellemzőjét követeli meg: bizonyos okokkal, jogos elvárásokkal kapcsolatban kell állnia, azaz a *jogban* és a *jog által* védettnek kell lennie. Ehhez járul az elvárás legitimitásának *racionális* jellege, amely lehetővé teszi a jog világának és a jog által motivált magatartás - esetünkben a büntetőjog - bizonyos értelmezésébe és bizonyos eredményébe vetett *ésszerű* (vagy indokolt vagy meg nem cáfolt) hitet. Ily módon a cselekedeteink jogi kimenetelének *előreláthatósága* központi kérdéssé válik. Ahogy MacCormick rámutat, a

"Az előreláthatóság legalábbis lehetővé teszi, hogy az emberek megtervezzék a jövőjüket, és a jogrend által meghatározott szabályokat bevonják a cselekedeteik tervezésébe. Ez az emberi méltóság egyik része: a jogrend tiszteletben tartása az egyén mint "racionális és ésszerű lény" által.

---

ellentét a ... [jogszabállyal] (bár más okokból kifogásolható). [jogszabályt] (bár más okokból kifogásolható)". A bírónak kizárólag ezen elv miatt kell visszamenőleges hatállyal alkalmaznia az objektív szabályt.

<sup>79</sup> RAWLS, J., "Az igazak elsőbbsége és a jó eszméi" in: *Liberalismo Político*, Trad.: MADERO, Mexico DF: FCE, p1995., 173.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

autonóm" (*Joseph Raz*), akinek cselekedeteit a saját felelősségére hozott döntései határozzák meg.<sup>80</sup>

d)

Ez az előrelátás csak az életkörülmények stabilitása, azaz az úgynevezett "jogbiztonság" révén lehetséges, amely alapján az egyének gondoskodnak.

De milyen stabilitást tud nyújtani egy olyan világ, mint a mai? A stabilitás nem abszolútum, és a mi valóságunkban nincs semmi, ami ezt ilyen módon biztosíthatná. A választott eszköznek bizonyos *objektív* garanciákat kell nyújtania a stabilitás érdekében. Véleményem szerint a választás - a rendelkezésünkre álló eszközökön belül - csak az, hogy egy bizonyos *eljárási formához* folyamodjunk, amely rögzít egy normatív eredményt, *megnehezítve* vagy megnehezítve a normatív-jogi feltételek megváltoztatását. Ezen a területen belül, egy jogállamban (és így demokratikusan) csak a törvényhozási, alkotmányozó vagy nemzetközi szerződéses eljáráshoz folyamodhatunk.

Az uralkodó elmélet szerint az alkotóelem sajátos céljai miatt nem tanácsos. Ami a nemzetközi szerződéses eljárást illeti, ez egy meglehetősen bonyolult véglet az államok nemzeti szuverenitási viszonyai miatt, de nem praktikus, amikor ilyen bonyolult eljárásokhoz kell folyamodni a helyi jogi igények miatt általában. Ráadásul ez a cikk a nemzeti szintű jog elemzésére törekszik, ezért nem tér ki erre a pontra. Meg kell azonban jegyezni, hogy bizonyos szinten és bizonyos igények esetén ez az egyik legjobb megoldás, és úgy vélem, hogy a Római Statútumnak ez a megfontolás a lényege.

A normatív hierarchiában lefelé haladva az egyetlen eljárás, amely megmarad, a demokratikus államokban a *jogalkotási* eljárás. A legérdekesebb jellemzője, hogy a többi normatív forrásnál *összetettebb* keletkezési eljárással rendelkezik, mivel a nép képviselői is részt vesznek a vitában. Ez lehetővé teszi, hogy normatív-jogi eredményét, a bűncselekményt és a büntetést, két értelemben is rögzítse: *i.* - hogy ahhoz, hogy ezt a normatív terméket maga a szerv hozza létre vagy módosítsa, a létrehozásra vagy módosításra irányuló javaslatokat ugyanennek a bonyolultabb eljárásnak kell alávetni; <sup>81</sup>és, *ii.* - hogy a többi alacsonyabb rendű norma, például a szokás, nem változtathatja meg ezt a terméket.

Meg kell jegyezni, hogy a törvény eljárásával ellentétben a rendeletből hiányzik a fent említett eljárási stabilitás, mivel azt a kormányfő tetszés szerint megváltoztathatja.

<sup>80</sup> MACCORMICK, N., "Jogállamiság és *jogállamiság*", in: THESING (Comp.), *Jogállamiság és demokrácia*, 2. kiadás. B. Aires: Ciedla, p1999., 110.

<sup>81</sup> Ezért J. Correa Sutil alkotmánybírónak igaza van, amikor rámutat, hogy ha a törvény "arra korlátozódna, hogy a rendeletekre vagy a bírói kritériumokra hivatkozik, hogy az egyik vagy a másik meghatározassa a büntetendő magatartást..., [akkor] egy ilyen szabály megfosztaná az alanyt attól a garanciától is, hogy a büntetendő magatartást a többségi és kisebbségi részvétellel folytatott vita után hagyták jóvá (*Antuco-ügy*, 5. kisebbségi szavazás).

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

adminisztráció. Ily módon az ilyen típusú norma alkalmazása nem érvényes az alapvető politikai-büntetőjogi kritériumok megalkotására, legyen szó akár a típusról, akár a büntetésről.

Ezen okok miatt a hatalommegosztás nélküli, nem demokratikus rendszerekben, ahol a törvény és a rendelet gyakorlatilag azonos vagy hasonló eljárással rendelkezik (a változtatásról szóló döntést a közigazgatás vagy a közigazgatás irányító testülete hozza meg), a törvény nem jelent védelmet. Így egy olyan törvény, amely egy rendelet könnyedségével megváltoztatható, befolyásolja a stabilitást, és veszélyezteti az emberi élet különböző magatartásainak megvalósulása jogi következményeinek előre látásának lehetőségét. A garanciát itt objektíven, a legösszetettebb eljárással mérik, és a stabilitás értékének eredményeként adják meg. Ez az oka annak, hogy - mint megállapíthatjuk - a jogszerűség elve *csak a demokratikus rendszerekben bír garanciális jelentőséggel*. Ez a büntetőügyekben a jogszerűség elvének (amely annak középpontjában áll) *hatáskörrel kapcsolatos* aspektusa.<sup>82</sup> Következésképpen a jogalkotó számára ez az elv azt jelenti, hogy őt terheli az a jogi követelmény, hogy normatív hatalmával *élve* alkossa meg az állam büntetőjogát; hatásköre számára "hatalmi kötelezettséggé" válik (ami az Alkotmánybíróság ellenőrzésének alapjául szolgál). A nemzeti jogállamban a büntetőjognak a konstitutív munkáján kívül nincs felépítése, amint azt majd konkrétan látni fogjuk.<sup>83</sup>

Alkotmányos szempontból a stabilitásnak ezt az értékét, amely a jogbiztonság értékével párosul, a 19. cikk 3. bekezdésének 7. és 8. bekezdései védik: "*Egyetlen bűncselekmény sem büntethető más büntetéssel, mint amit a törvény megállapít...*"; és "*Egy törvény sem állapíthat meg büntetést* anélkül, hogy a büntetendő magatartást kifejezetten ne írja le", amelyek a bűncselekmények és büntetések tekintetében a *törvényi tartalékot* határozzák meg. Ezen túlmenően hazánkban ezeket az értékeket *általánosságban a* polgári perrendtartás 7. cikke is garantálja ("*Az állam szervei tagjaik szabályszerű beiktatását követően, hatáskörükön belül és a törvény által előírt módon érvényesen járnak el*").

Ezek a jogi értékek és különösen az egyén büntetőügyekben fennálló különleges helyzetének háttéré az, hogy a CPR 193. cikkének e rendelkezései *nem jelentenek nyílt felhívást* a jogalkotó számára, hogy a bűncselekmények vagy akár a büntetések részleteit más rendelkezésekre *utalja* (amint az a Bíróság ítéletéből kitűnik).

---

<sup>82</sup> Meg kell érteni, hogy ez egy objektív garancia, de az eljárási altípusba tartozik, mivel semmi sem akadályozza meg, hogy a kongresszus politikai természetű körülmények miatt szorosan a végrehajtó hatalomhoz igazodjon, és könnyen lehetővé tegye a jogi változtatásokat. Ráadásul politikailag viszonylag rövid időn belül többször is módosíthatja ugyanazt a rendelkezést, de ez a politikai játszmán belül van, és nem esik a jogszerűség határain belülre; bár világosnak kell lennie, hogy ez szükségszerűen befolyásolja a feltételek stabilitását.

<sup>83</sup> Az egyetlen fontos kivétel a nemzetközi jog által megjelölt, mivel ez egy formálódó jog (ami valószínűleg még sokáig így is marad, mielőtt a megoldásaiban megállapodna). Meg kell jegyezni, hogy a PDCP 15. cikkének 2. pontja a nemzetközi jog általános elvein keresztül a nemzetközi jogból származó, a joghatóság alóli kivételt ír elő, anélkül, hogy meghatározná, hogy a forrásával kapcsolatban milyen jellegű szabályról van szó (bár mindig tiszteletben tartja a jog visszaható hatályának tilalmának elvét).

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Alkotmánybíróság az "*Antuco*" ügyben, a 6. preambulumbekzdésben).<sup>84</sup> Ily módon joggal állítható, hogy "még ha a közigazgatás által kiadott rendelet kiváló pontossággal határozhatja is meg a magatartást, rendszerünkben a jogszerűség elve megköveteli, hogy éppen a jogalkotó legyen felelős a büntetendő cselekmények világos körülhatárolásáért" (F. Muñoz Conde és M. García Arán).<sup>85</sup>

A normahierarchia elvének egyidejűsége a jogszerűség elvének tartalma felett egy bizonyos hierarchikus rendet határoz meg a normákban. Ez különösen fontos a rendeletek esetében. Elvünk szerint a törvény alkotmányos fenntartással rendelkezik a bűncselekmények és büntetések tekintetében. Ez a "szabályozás" kifejezésre vonatkozóan a következőket jelenti: Először is, hogy ezeket a kérdéseket nem lehet autonóm szabályozással szabályozni (a CPR 32. cikkének 6. pontja, 1<sup>a</sup> CPR). Másodsor, a "*Cerda con Rotgers*" ítélet óta egy nagyon jól ismert joggyakorlat szerint az alárendelt rendelet csak a törvényben meghatározottakat pontosíthatja és pontosíthatja, *anélkül, hogy a jogi* <sup>86</sup>*keretben szabályozottaknál több követelményt vagy feltételt állapítana meg* (CPR 32. cikk 6. pontja, 2<sup>a</sup> CPR). Harmadsor, marad egy elméleti lehetőség ezen kívül: a normatív remisszió. Ez kimondja, hogy egy rendelet bizonyos esetekben a jogi szabályozáson túlmenően (csak a törvény operativitásának vagy végrehajtásának biztosítása céljából) szabályozhat jogi kérdéseket, ha és csak akkor, ha maga a törvény közvetlenül utal a rendelet kiegészítésére.<sup>87</sup> A büntetőügyekben csak az utóbbi esetben lehet a szabályozást kiterjeszteni a büntethetőség kiegészítésének bizonyos nagyon speciális feltételei mellett, amelyeket maga a büntetőjogi jogszerűség elve fog megállapítani.

Tekintettel a jogbiztonság elvére, a kizárólag az előreláthatóság értékének égisze alatt, ami azt jelenti, hogy a törvény konstrukciójának a büntetőjog minden területén lehetővé kell tennie a jogkövetkezmények előreláthatóságát, javasolták, hogy a büntetőjogi törvényesség mellett az üres büntetőjog kiegészítő szabályai a törvényben előírt lehetséges büntetőjogi szankcióra való figyelmeztetést (*inverz elengedés*) is *előírják*, amely a szabályozási normák<sup>88</sup> megsértéséből következne. Az elmulasztott

<sup>84</sup> Itt fontos megjegyezni, hogy a polgárok egyetlen más területen sem szembesülnek az állam végső hatalmával, amely képes elvenni saját életüket és szabadságukat, a jogállamiság két legfontosabb értékét, amelyben az egyének személyiségének védelmének központi kérdése rejlik. Az ilyen indokok hiánya más területeken nagyobb rugalmasságot biztosít a jogszerűség elvének a különböző jogágakban, de nem a büntetőjogban.

<sup>85</sup> MUÑOZ CONDE, F. és GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 6. kiadás. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, 105. o. A német Alkotmánybíróság ugyanebben az értelemben kimondta, hogy "a jogalkotónak egyértelműen ki kell fejtenie a büntetőjogi szankcióra való felhatalmazást, valamint annak tartalmát, célját és hatályát olyan pontosan meg kell határoznia, hogy a büntethetőség feltételei és a büntetés típusa már a felhatalmazásból és nem az annak alapjául szolgáló szabályozásból előre látható legyen a polgár számára" (BVerGe 14, 174 [185 ff.]; 14, 254 [257 ff.]). (BVerGe 14, 174 [185 ff.]; 14, 254 [257]), idézi JESCHECK, H. és WEIGEND, Th., *Treatise on Criminal Law. Parte General*, Trad.: Manzanares, 5. kiadás. Granada: Comares, p2002., 123.

<sup>86</sup> Santiago Fellebbviteli Bíróságának 16májusi ítélete, *Revista*1966, *de Derecho y Jurisprudencia*, t. LIII, 1966.

<sup>87</sup> Legfelsőbb Bíróság, alkalmazhatatlanság, "*Watt's Alimentos con Fisco*", *Gaceta Jurídica* no. (1591993), pp. et 40seq.

<sup>88</sup> Vid. TOZZINI, C., (Bacigalupo nyomán) "El Principio de Legalidad" in: GUZMÁN, J.L. (Coord.), *El Penalista Liberal*, B. Aires: Hammuraby, p2004., 263.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A rendeletek közigazgatási elmélete megállapítja, hogy a jogelvek (például a büntetőjogi jogszerűség elve) megsértésével a rendelet jogellenes lenne, alkalmazhatatlansággal büntetendő, amelyet pusztán a "jogellenesség kivételével" vagy hivatalból a bíró fog érvényesíteni.<sup>89</sup>

e)

Mindezekhez hozzá kell adni egy másik, a stabilitáshoz szükséges megfontolást: azt, hogy a jogalkotói eljárás normatív terméke, a büntetőjogi norma ne olyan *közegben kerüljön kiadásra, amely nélkülözi a külső rögzítettséget*, például pusztán szóbeli úton. Még ha igaz is, hogy a címzettnek a külső körülményeket meg kell sejtene, ez nem jelenti azt, hogy legalább a jogalkotó ne kínálna bizonyos minimális külső stabilitásokat, amelyek nem súlyosbítják tovább az episztemikus problémát. És úgy tűnik, hogy ezt a rögzítést a legjobban *a szkripturalizálással* lehet elérni. Ennek oka, hogy az írás állandósága lehetővé teszi a normatív kifejezések formájának megőrzését.<sup>90</sup> Ezt nevezhetjük a "*lex scripta* garanciájának".

f)

A jogbiztonságnak, mint az előrelátás érdekében a racionális meggyőződés lehetőségének, valamint a jogbiztonságnak ez a kombinációja olyan biztonságos kikötőt kell, hogy nyújtson számunkra, amely nem túlzott a büntetőhatalom gyakorlása szempontjából.

Amennyiben a büntetőjog hatálya alá tartozó állampolgár számára a jog egy adott helyzetben a cselekvés vagy a tétlenség legitim indokát jelenti, és lehetővé teszi számára, hogy előre lássa vagy kiszámítsa (legalábbis feltételezhetően) esetleges magatartásának büntetőjogi következményét, akkor a jog őt kellő racionális megfontolás alá vonja.

Ezzel szemben, ha a kedvezőtlen törvényt visszamenőlegesen alkalmaznánk, akkor olyan helyzetbe kerülnénk, hogy a büntetőjog a stabilitás és a biztonság *leple alatt* arra ösztönzi az embereket, hogy bízzanak, tervezzenek és éljenek a szabadságukkal, akár "A", "B" vagy "C" értelemben, majd ezt az ésszerűséget és cselekvést teljesen megghiúsítja.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> A jogban elfogadott, hogy egy szabályozási szabály jogszerűségét még a jól meghatározott jogelvekhez képest is meg kell ítélni. Lásd PIERRY, P., "El Control de la Discrecionalidad Administrativa", *Revista de Derecho de la UCV*, n° 8 (1984), pp. és 161ff., valamint OELCKERS, O., "El Principio de Legalidad como Supuesto de la Potestad Administrativa", *Revista de Derecho de la UCV*, n° 1 (1979), pp. és 149150. old.

<sup>90</sup> Ez az állandóság természetesen nem abszolút. Így például a mi kasztíliai nyelvünkön a "Don Quijote" IV. századi kiadásának meg kellett küzdenie azokkal az egymást követő változtatásokkal, amelyeket az idők során készült különböző kiadásokban tévedésből vezettek be. Vid. RICO, F., *Nota al Texto*, in: *Don Quijote de la Mancha*, RAE és AALE, LXXVII. és ff. oldalak 2004.,

<sup>91</sup> Ebben az értelemben J. Raz, aki rámutat, hogy: "A megghiúsult elvárások rosszabbak. Az általuk okozott konkrét rosszon kívül sértik a méltóságot is [amelyet alkotmányunk az 1. cikkben véd], mivel nem fejezik ki a személyek autonómiájának tiszteletben tartását. A jog ilyen helyzetekben csak azért ösztönzi az autonóm cselekvést, hogy megghiúsítsa céljait. Ha ez a frusztráció az emberi cselekvés vagy a társadalmi intézmények tevékenységének eredménye, akkor ez megvetést fejez ki [a polgár iránt]. A címen

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ez viszont - előnyként - lehetővé teszi az alany számára, hogy élvezze a jóindulatúbb büntetőjog előnyeit, mivel egy számára kedvező rendelkezés figyelembevételével nem jelenti az ellenszolgáltatásának csökkentését, hogy az objektívan mérlegelt elvárások negatív típusú megghiúsulását okozza számára. Ellenkezőleg, a kedvezőbb büntetőjog megnyitja vagy kiszélesíti számára a cselekvési lehetőségeket, és ezáltal megnyitja szabadságát (a jogrendszer által kedvelt érték). Mindenesetre elvünk hatályát vagy hatókörét *első látásra* korlátozzák az ítélet jogerős kizárása által biztosított jogbiztonság eljárási okai, valamint a jogerőre emelkedés tekintélye.<sup>92</sup>

Ahhoz, hogy megközelítsük az elv által védett három érték kérdését, el kell döntenünk, hogy milyen formális viszonyban lesznek ezek az értékek. Ez a kapcsolat inkább *konjunkció*, mint *diszjunkció*, így a jogszerűség elvének meghatározásához magának a jogszerűségnek a kielégítésére lesz szükség.

- A sértett polgár tehát megfelelő védelemben részesül büntetőjogi elvárásai tekintetében, de csak azon a területen, ahol az érték eléri őt (a jogállamiság).

- Másrészt az állam büntetőhatalmának alávetett fél tekintetében a büntethetőséget alkotó valamennyi elemnek szükséges és elégséges módon kell teljesülnie, mind az objektivitás, mind a jogbiztonság és a jogbiztonság tekintetében. Ezt nevezhetjük a "*lex previa* garanciájának". A törvény ezt több normában is elismeri, mint például a CPR 19. cikkének 3. §-a (7. pont): "Egy bűncselekmény sem büntethető más büntetéssel, mint amit az *elkövetés előtt* kifejezetten elfogadott törvény állapít meg, kivéve, ha *új törvény* kedvez az érintett személynek", vagy a CPR 19. cikkének 3. §-a (7. pont). Nemzetközi szinten pedig a 15PDCPI cikke ugyanezt teszi, amely kimondja: "*Senki sem tekinthető bűnösnek bűncselekményben olyan cselekmény vagy mulasztás miatt, amely elkövetésének időpontjában a nemzeti vagy nemzetközi jog szerint nem minősült bűncselekménynek. Nem szabható ki súlyosabb büntetés sem, mint ami a bűncselekmény elkövetésekor alkalmazandó volt. Ha a bűncselekmény elkövetését követően a törvény enyhébb büntetés kiszabását írja elő, az elkövetőnek ebből előnye származik.*"<sup>93</sup> Hasonló irányvonalat követ az emberi jogokról szóló amerikai egyezmény 9. cikke.

---

gyakran a csaláshoz hasonlít: az embert ártatlanul arra ösztönzik, hogy bízson a jogban, majd ezt a bizalmat visszavonják, és a bizalom a kár okozójává válik". RAZ, "Az állam", idézi a n. p77., jegyzetet. 277.

<sup>92</sup> Hagyományaink szerint a jogerős ítélet megváltoztathatatlansága megakadályozza a törvényesség elvének alkalmazását, még az alperes javára is. Ezért *prima facie* nem lehetséges a végrehajtható ítélet módosítása magában a tárgyaláson, az ügyre vonatkozó új törvény ellenére sem. Ezért más, *kiegészítő* okokra van szükség, amelyek képesek *megdőnteni* ezt a megváltoztathatatlanságot, hogy megnyíljon az ajtó az új büntetőjog alkalmazása előtt, és amelyek így alátámasztják a büntető törvénykönyv 18. cikke (3) bekezdésének érvényességét (amely lehetővé teszi a jogerős ítélet módosítását egy új, kedvezőbb jogszabállyal szemben).

<sup>93</sup> A nemzetközi szférában megkövetelik, hogy még egy olyan *elv*nek is, amely alapján egy személyt büntetni kívánnak, a büntetni kívánt cselekmény elkövetése *előtt* érvényesnek kell lennie: "E cikk egyetlen rendelkezése sem zárja ki, hogy bárki ellen olyan cselekmény vagy mulasztás miatt eljárást folytassanak és büntetést szabjanak ki, amely az *elkövetés időpontjában* a nemzetközi közösség által elismert általános jogelvek szerint *bűncselekménynek minősült*" (PDCP 15. cikk 2. pontja). A bűncselekmény elkövetésének időpontja és az elv előzetes megjelenése közötti *kapcsolat* tükröződik ebben a cikkben.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ez utóbbi azt jelenti, hogy mind a pozitív, mind a negatív elemeknek - amelyek hiánya a büntethetőség szükséges feltétele, és ezért a szerződéses büntethetőség minősítését érdemi - mindkét értékszintnek meg kell felelniük. Így például nem lehet visszamenőlegesen visszavonni egy olyan mentességet, amely az eljárás alá vont állampolgárt védi.<sup>94</sup>

## 5.2.

A fő problémánk továbbra is az elv kognitív, nyelvi és logikai hiányosságai, valamint a büntetőjog újjáépítése azok által, akiknek szól.

Az itt lezajlott vitának némi fényt kell vetnie az elv konkrétságának fontosságára.

### 5.2.1.

A büntetőjog megismerhetőségének problémájával kapcsolatban láttuk, hogy a világhoz való korlátozott vagy közvetített episztemikus hozzáférés miatt - amellyel mindannyian rendelkezünk - csak *feltételezni tudjuk* a lehetséges büntetőjogi norma mások által alkotott konstrukcióját. De itt a lehetőségek nem sokfélék: vagy megmarad a feltételezésen alapuló megismerés lehetősége, vagy egyáltalán nem marad semmi, a büntető hatalom alkalmazásával szemben.

A biztonság és a jogbiztonság okai arra készítetnek bennünket, hogy meghajoljunk az első, nagyon halvány lehetőség előtt, és egyúttal alá vessük magunkat emberi korlátolt állapotunknak.

Ez a lehetőség fontos következményekkel jár az elv további fejlődésére nézve. *Kibocsátói* (állami tisztviselők) számára ez egy ébresztő hívás a törvényeik címzettjei és az alkotmányos érvényességükről szóló döntéseik számára. A *címzettek* (bírák, közigazgatási és magánszemélyek) számára, akiknek a büntetőjogi szabályokat kell rekonstruálniuk, tisztában kell lenniük azzal, hogy szükségszerűen figyelembe vesznek bizonyos módszertani és ismeretelméleti megfontolásokat. Ezek a következők: a) hogy nem rendelkeznek közvetlen hozzáféréssel sem a büntetőjoggal, sem a büntetőjoggal kapcsolatos ismeretekhez; b) hogy a büntetőjogot és a büntetőjogot olyan *hipotézisek* alapján rekonstruálják, amelyeket ők maguk állítottak fel, azaz feltételeztek; ezért ezek a hipotézisek lehetnek nagyon is konszenzusosak, de attól még megalapozott eredet nélküli hipotézisek, amelyeket ők (a rekonstruálók) választottak; és c) hogy hipotézisekként, és az emberek közötti kognitív tekintély forrásainak hiányában mindig tévedésre hajlamosak lesznek, és ezért, mivel nem rendelkeznek az emberek közötti kognitív tekintély forrásával, mindig tévedésre hajlamosak lesznek, és ezért, mivel nem rendelkeznek közvetlen hozzáféréssel a büntetőjoghoz és a büntetőjoghoz, nem lesznek képesek a büntetőjog és a büntetőjog rekonstruálására.

<sup>94</sup> Ez a pont azért fontos, mert a berlini fal utáni lövöldözések tárgyalása esetében éppen a büntethetőség egyik *ellenhatáselemét* érintették visszamenőlegesen (lásd ALEXI, R., "Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal. La Doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los Homicidios Cometidos por los Centinelas del Muro de Berlín", DANIEL (Trad.), *Doxa*, n° 23 (2000), pp. 197 a 230.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

ismeretelméleti szempontból a jellege *ideiglenes lesz* (állandó korrekciónak vagy változásnak van kitéve).

A bírák esetében a nyilvános döntéshozatali folyamat "rövid távú" konfigurációja miatt, ha egyszer egy rekonstrukciós hipotézist elfogadtak az ítéletben, a bíró döntését maga a bíró nem tudja megváltoztatni, de hosszú távon, a folyamaton kívül bármikor korrigálhatja a rekonstrukciós opciót.

De ha elfogadjuk, hogy van egy sejtésünk, az önkényességhez is vezet, mert ahhoz, hogy egy ilyen konstrukció érvényes legyen, elég lenne a sejtés. Az értelmezési lehetőségeken belül ésszerű döntést kell hozni, ami megakadályozza, hogy önkényeskedésbe essünk. Ebből a szempontból a *büntetőjogi törvényesség konstrukciója módszertani konstrukció*. Ez azt jelenti, hogy a büntetőjogi szabályok érvényességének rekonstruáló elméletének át kell esnie bizonyos módszertani irányelvek vagy kánonok vizsgálatán, hogy meghatározható legyen: i) a konstrukció racionalitása és kritikus pontjai (hogy a kritika révén megpróbálhassuk javítani a jogot), és ii) az elmélet legésszerűbb ideiglenes kiválasztása, szemben más lehetséges vagy szükséges alternatívákkal (az adott esetben való alkalmazása céljából).

Ennek következménye az a követelmény, hogy a rekonstruktor - legyen az akár az eljáró bíró, akár a semmítő bíró - a jogterületre, különösen a büntetőjogra jellemző módszertani iránymutatások és kánonok vizsgálatához forduljon. A módszertani irányelvek részletes vizsgálata messze meghaladja e dolgozat kereteit,<sup>95</sup> azonban felvázolom ennek vázlatát, amely a dolgozat egyes részeiben alkalmazható lesz.

A bemutatásra kerülő rekonstrukciós érvényességi hipotézisnek három érvelési szinten kell áthaladnia. Két kontextus, az alapozás kontextusa (első szint) általános jellegű, és az alkalmazás kontextusa (harmadik szint) főként szinguláris jellegű és általános szűkszavú, a második szinten pedig az általános normák rekonstrukciója (vegyes nyelvet használ). Alapvető szinten az elmélet kiinduló hipotézise áll rendelkezésünkre, amely utal a rekonstruálandó jog által védendő értékekre, érdekekre és jogi javakra. Ezeknek kellő fogalmi konkrétsággal kell rendelkezniük, és lehetőségük kell legyen arra, hogy (jogi) következményekké fejlődjenek, amelyek így összekapcsolódnak az általános szabályok előzetes rekonstrukciójával. Ily módon a normák rekonstrukciója elméleti feladat, ráadásul értékekkel terhelt. És végül, mivel a jog a gyakorlatra szolgál, és nem csupán elvontan, össze <sup>96</sup>kell kapcsolódnia az ügyek következményeinek előzetes alakulásával.

<sup>95</sup> Ezzel a kérdéssel már foglalkoztam a GANDULFO, "La Validez", cit. jegyzet n° pp7., *in502 fine című* könyvben.

<sup>96</sup> Megjegyezzük, hogy a gyakorlati szemlélet már a jog teleológiai szemléletéből is hat. Ebben az értelemben a törvényt akarjuk valamiért (jó vagy rossz), ami minden szinten látható. Az átlagpolgár szemszögéből nézve senki sem azért megy délelőtt 10-kor egy kioszkhoz, hogy elvontan szerződést kössön a kioszk üzemeltetőjével, hanem inkább azért, hogy elérjen valamit, hogy kielégítsen egy szükségletet, általában az éhséget. Ugyanez a helyzet a kongresszus szintjén is, a széles körű viták nem egyszerűen a valóságtól elvonatkoztatva zajlanak. A jog itt a politika mellékterméke, a politika pedig a jog mellékterméke.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ezt képzeletbeli példák és jogesetek segítségével érik el (szintén elméleti szintként konfigurálva). Ily módon lehatároljuk a jogi normák általános és különös érvényességét, így létrehozva a technikai-elméleti specifikusság evolúciós folyamatát, amely lehetővé teszi számunkra, hogy megkülönböztessük azokat a különös eseteket, amelyek egy norma érvényességi területére esnek, azoktól, amelyek azon kívül esnek, az érintett jogi érték terhe mellett.

A jogrendszer valamelyik alakjának ezt az összetett rekonstrukciós feltevést *jogi kritikának* kell alávetni az elmélet racionalitásának bizonyos *ellenőrzési kritériumai révén*, amelyek módszertani okokként működnek a különböző, a legtöbb problémát vagy hibát tartalmazó hipotézisek kiválasztásához és kizárásához, a legalitás legésszerűbb rekonstrukciója érdekében.

Nem meglepő, hogy néhány jól ismert eszköz újra megjelenik itt: a nyelv és a logika, de ezek közreműködése meglehetősen gyengébb, tekintettel az elv válságához vezető kritikákra. Legalább négy kritérium vagy ellenőrzési elem van:

- Kompromittált jogi értékek. Itt, más tételekkel együtt, áttekintjük ezen értékek fogalmát, a következmények szempontjából való erejüket, elfogadhatóságukat egy jogállamban, a többi szinttel való kapcsolatukat, sőt az alkalmazás szintjén a védett dolgokra vonatkozó igény teljesülését is;
- A normatív hatalom birtokosának akarata. A hiteles történelem kritériuma hullámvölgyeket élt át, és ismét újrapozicionálta az elméletet. Itt bizonyos mértékig egyetértek R. Dworkinnal, abban az értelemben, hogy ez a kritérium inkább a politikai-jogalkotási orientációra, mint objektív elméletre tekint, amely közvetlen következményekkel jár az alapítási kontextus szintjén;<sup>97</sup>
- Az elmélet logikai tagolása, két szempontból: az egyik belső, a másik külső. A belső aspektusban a logika azokat a lépéseket tekinti át, amelyek belsőleg összekapcsolják az elmélet diskurzusának különböző szintjeit és a szükséges következményeket, amelyekkel rendelkezik, mind azokat, amelyeket előre látott és kívánt, mind pedig azokat, amelyeket nem látott előre kifejezetten és nem kívánt (amelyek a legfontosabbak, általában a nehéz esetek megoldásához), valamint azokat, amelyek jelen vannak, de nincsenek kapcsolatban vele. Ez lehetővé teszi például, hogy lássuk, mennyire gyümölcsöző és ellenőrzött a védett jogi jószág fogalma a második szinthez képest, és azt is ellenőrizni lehet, hogy a végrehajtás szintjén valóban teljesülnek-e a jogi jószággal szembeni védelmi elvárások. Ennek az a jelentősége, hogy ha a logikai fejlesztés a végrehajtás szintjén nem felel meg a jogi jószággal szemben támasztott elvárásoknak.

---

a polgárok életének védelmére és rendezésére irányuló gyakorlati igények kielégítésére összpontosít. Ez alakítja ki a jog instrumentális jellegét, ami befolyásolja a jog, különösen a büntetőjog rekonstruktív értelmezését. Azt, hogy a jogi tevékenység, legyen az normatív vagy értelmező, bizonyos absztrakciók mellett kötelezi el magát, éppen a gyakorlati életben bekövetkező következmények összefonódása indokolja.

<sup>97</sup> DWORKIN, R., *El Imperio del Derecho*, Trad.: FERRARI, Barcelona: Gedisa, pp1988., és 223ff.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A külsőben egy bűnözői alakzat rekonstrukciójának összefüggéseit vizsgáljuk meg más, azonos szintű alakzatokkal, hogy felülvizsgáljuk azok megfelelő artikulációját, például a sikkasztás és a hűtlen kezelés közötti kapcsolatot. Külsőleg felülvizsgálja egy bűnügyi alakzat rekonstrukciójának összekapcsolódását más, azonos szintű más intézményekkel, hogy felülvizsgálja annak megfelelő artikulációját, például a sikkasztás és a hűtlen kezelés, például az *extraneus esetében*; lehetővé teszi továbbá egy bűnügyi alakzat rekonstrukciójának jogi életképességének felülvizsgálatát más magasabb intézményekkel kapcsolatban, akár alkotmányos szinten, például a lelkiismereti szabadság garanciájával, vagy akár magán a jogi-bűnügyi szinten, az általános rész alakzataival; és

- A jogi normatív nyelv magyarázó vagy átfogó potenciálja. Ez, mint már tudjuk, nem úgy van beépítve, ahogyan azt a kodifikáció érintetlen koncepciójában értelmezték, hanem feltételezve a már látott összes korlátozást és annak értelmezési keretként való jellegét (ami azt fogja jelenteni, hogy a jogász a lexikográfus tevékenységét vállalja, még ha szótárról is van szó). A büntetőjogi törvényesség elvének rekonstruálásában való különleges részvételét a többi kritériummal együtt az alábbiakban vizsgáljuk meg.

Összefoglalva, azt a hipotézist, amelyik a legjobban megfelel a módszertani kiválasztásunknak, a lehetőségek széles skáláján belül a jelenlegi törvényesség legésszerűbb konstrukciójának tekintjük.

#### 5.2.2.

A kognitív problémához a nyelvi és így a logikai szempont is hozzáadódik, és ez nagyobb munkaterhet jelent elvünk számára, a védett értékekhez képest. Ez a teher a *lex certa* vagy a nyelvi sajátosság alnormájának konfigurációján pattog legerősebben.

Ebben a résznormában nagyon óvatosnak kell lennünk, ha nem akarunk belegabalyodni a nyelv által kínált bonyolultságokba, amelyek itt szélsőségesek. A fentiek és a jog instrumentális jellege miatt fel kell tennünk magunknak a kérdést: konkrétan mire akarjuk ezt az alnormát, más szóval, hogyan fogjuk szolgálni a védett értékeinket? Ha az alkalmazás objektivitására, jogbiztonságra és jogbiztonságra törekszünk, akkor a szabályunknak meg kell követelnie, hogy a normatív hatalmak minőségi korlátokat szabjanak a normáikban, a büntető kényszer alkalmazása tekintetében, és így magának a büntetőjognak a bíró által elvégezhető rekonstrukciója tekintetében. De ezt nem olyan egyszerű belátni.

Számos, egymással összefüggő probléma van: *i.* Amit a jogalkotó az episztemikus folyamat szempontjából közvetlenül szolgáltat, azok nem normák, hanem normává rekonstruálandó normatív mondatok; *ii.* cél lehet a különböző értelmezési lehetőségek korlátozása a jogn keresztül, illetve egy értelmezés különböző lehetőségeinek korlátozása; *iii.* az ellenőrzés elvégzésére *a priori* vagy *a posteriori* eljárás használható; és *iv.*

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A megkötés tárgya lehet már értelmezett fonémasorozat vagy mondat.

A büntetőjogi törvényesség megítélése szempontjából rendkívül tudatában kell lennünk a nyelvi korlátoknak. Konstruktív alapja van (külső) *jelek révén, amelyeket a címzetteknek dekódolniuk kell.* Ez azt jelenti, hogy a nyelv elválasztja az alanyt és az informatív tartalmat, amelyet a normatív mondattal közvetíteni kíván, és azt, hogy a címzettek számára *szükség van a mondat normaként való rekonstrukciójára annak érdekében,* hogy megértsék a mondat tartalmát vagy jelentését, és így meghatározzák az egyes esetek normatív tartományát. Ezért a nyelv sajátosságát nem a nyers formában értékeljük, hanem *valamilyen szemantikai rekonstrukció segítségével,* amely a norma eseteinek tartományát adja meg. A jelentés és az esetkör jelentősége abban áll, hogy a címzett ezekből tudja meg, hogy az ő esete "belefér-e" a normákba, így a büntetőjog sajátosságának vizsgálata a szemantikára és az esetkör terjedelmére esik.

Megjegyezzük, hogy a jel és a címzett szétválasztása episztemikus bizonytalanságot eredményez magával az értelmezési eredménnyel kapcsolatban, mivel (mint láttuk) mindig csak feltételezésekkel maradunk. Ez azonban nem jelenti azt, hogy bármilyen rekonstrukció érvényes, hanem azt, hogy módszertani kánonoknak kell alávetni. Ebből adódik az első probléma: *mi alapján értékeljük a normatív mondat informatív specifikusságát?* Ez nagyon fontos az alkotmánybíró büntetőügyekben végzett felülvizsgálati munkája szempontjából: akár a lehetőségek keretének pusztán nyelvi rekonstrukciójaként, akár egy adott elmélet alapján értékelik, miután a módszertani apparátust alkalmazták. Ez a döntés nem ugyanaz, mivel a kodifikáció nyelve, mint egyetlen módszertani kritérium, komoly korlátokkal rendelkezik, amelyek valójában más típusú ellenőrzési kritériumok módszertani kombinációba való bevonására adtak okot, mint például a már említettek.

Ebben a keretrendszerben fontos meghatározni az alnormák célját:

- Ha úgy határozzuk meg, hogy a korlátozás a nyers nyelvre vonatkozik, akkor a *lex certa* korlátozza azokat az értelmezési változatokat, amelyeket egy bíró az ügyekben elfogadhat, de mindig feltételezve legalább egy minimális módszertani rekonstrukciót.
- Ha a korlátozást egy elmélet módszertani folyamatának eredményére vonatkoztatjuk, akkor az az elméletből eredő értelmezési lehetőségek pontosságára vonatkozik.

Az első lehetőség csak a jogi módszertani komplexum alkalmazására vonatkozó *a priori* meghatározásokat jelent. Míg a második lehetővé teszi az értelmezési lehetőségek *utólagos* meghatározását, amint azt majd kifejtem (bár ez elvileg ellentmond az intuíciónak).

A nyelvi nyitottság miatt rendkívül bonyolulttá válik, hogy a különböző nyelvi lehetőségeket egyenként végigmenjünk, majd a vizsgálatunkat - már eleve meghatározott

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

hogyan - az elkövethető jogsértések típusainak vizsgálatára. És kérdéses, hogy a pusztán nyelvi kritériumokon kívül más módszertani kritériumokat is nélkülözünk kell-e. Egyrészt a nyelvi sajátosság szabálya lehetővé teszi a különböző cikkelyekből álló normatív mondatok összekapcsolását is az említett sajátosság megalkotásához és értékeléséhez - mint látni fogjuk -, ami a *logikai* kritérium beavatkozását feltételezi az említett összekapcsolás megvalósításához (ami kizárja a nyelvi kritérium kizárólagos használatát). Másrészt a nyelvi sajátossága feltételezi annak dekódolását, hogy megtudjuk, hogy sajátos-e vagy sem; ez azonban *nem bárholonnan történik*, hanem, mint a tudományfilozófia kimutatta, a kifejezések fogalmi jelentése attól az *elméleti helyzettől függ, amelyben találjuk magunkat*, ami feltételezi az *egyes elméletek*, esetünkben az *értékelések*, amelyekből kiindulunk, *kiinduló hipotéziseinek hatását*. De ennek feltételezése veszélyes érvelési körforgásba is vezethet bennünket.

Az alkotmányossági teszt egyszerűbb és elegánsabb változata a következő lehetne. Kíméljük meg magunkat a nyelvi nyitás *a priori* munkájától, és a lezárás feladatát bizzuk az ellenőrzés módszertani folyamatára és az alakzat legjobb értelmezési elméletének kiválasztására. Így a legjobb értelmezés kiválasztásával a módszertan visszatér a *norma* vagy a már értelmezett normatív mondat világába. Ebben az esetben a norma nyelvi kérdése egy többszintű érvelési hálózatba (az alapozás, a normák -explicit és implicit-rekonstrukciójának és alkalmazásának szintje) fonódik vagy szövődik bele, amely a szóban forgó elméleti konstrukcióhoz tartozik.

A bemutatás ésszerű, mert amit most értékelünk, azok jogi normák, és nem egyszerű szósorok, amelyek számos lehetséges jelentéssel vagy normával (vagy akár azok variációival) nyílnak meg. Ugyanis éppen a jogi normák azok, amelyek pontosításuk hiánya miatt a *jogpolitikai-büntetőjogi kritériumok* alkalmazásával megsértik a büntetőjog objektív alkalmazásának követelményét, és lehetővé teszik a jogon kívüli kritériumok generálását, ami súlyos következményekkel jár a jogbiztonságra és a jogbiztonságra nézve.

Nem szabad elfelejteni, hogy a normanyelv rekonstrukcióját (beleértve az esetek tartományát is) maga az értelmező végzi; más szóval a *norma rekonstrukciójára vonatkozó értelmezői hipotézis az*, amely a résznorma sajátosságainak *vizsgálatának tárgyát képezi*. Ha tehát az Alkotmánybíróság az, amelyik egy büntetőjogi szabályt ellenőrzésre terjeszt elő, akkor magát a dogmatikai-büntetőjogi rekonstrukciót, amelyet a Bíróság módszertanilag helyesnek tart, vizsgálja felül, hogy megfelel-e a *lex certa* kritériumainak. És szükségszerűen dogmatikai-bűnügyi, mert ez *az az* értelem vagy norma, amelyet a bírónak az adott esetre kell alkalmaznia.

Az ellenőrzés *a posteriori* jellegét az adja, hogy ezt a rekonstruált, a jogi mondat érvelésébe ágyazott normatív értelmet vizsgáljuk, hogy lássuk: a jogi mondat legjobb módszertani értelme, azaz maga a norma mennyire befolyásolja az ügy megoldását a büntetőjog rekonstrukcióján keresztül az adott esetben. Az értelmező elméleten belül azt vizsgáljuk, hogy *logikailag mennyi teret hagytak a*

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a normatív mondat *jelentését az értelmezési konstrukció szabadságára, tehát az értelmező-bíró tevékenységére, a politikai-büntetőjogi kritériumok megalkotására.*

Ami véleményem szerint tovább nehezíti ennek az alszabálynak a megértését, az az egyenlőség elvének a büntetőjogi nyelvezetben való egybeesése.<sup>98</sup> Az *egyenlőség* elve által támogatott *általános* kifejezések használata a jogi mondatokban kívánatos. Ez lehetővé teszi a bíró számára, hogy bizonyos absztrakciót alkalmazzon az alanyok és körülmények csoportjainak a vád elemeként való kezelése során, szemben az egyedi körülményekkel, elkerülve a magánérdekek *bizonyos mértékű* szennyeződését azáltal, hogy az indokolás elemeként köz-általános indokokat követel meg, és ezen túlmenően a jogállamiság és az úgynevezett "joguralom" iránti elkötelezettséget feltételez, szemben az egyedi határozatokon vagy parancsokon alapuló emberek uralmával.

Tisztában kell lenni azzal, hogy a szavak általánossága, mint F. Schauer, egy *relatív* kérdés, "mivel ami az egyik területen sajátos, az egy másik területen általános lehet",<sup>99</sup> más szóval, ami egy büntetőjogi szabályozás esetében nagyon általános lehet, az nem biztos, hogy az is, ha egy másikra visszük át. Ezért az általánosnak egy másik minősítését találhatjuk meg az összes bűnügyi termelés tekintetében. Például a büntetőjogi vád leírásának szintjén nagyobb a specifikusság (speciális rész), mint a rendszer egészének működési szabályai szintjén (általános rész). Ez a következő megkülönböztető kritérium bevezetéséhez vezet:

Minden jogi diskurzust a különböző szinteken belül egy sor szükséges és elégséges kapcsolat szövi át. Ez a holisztikus összekapcsolódás azért fontos az értelmező számára, mert a felvilágosult beccsléssel ellentétben a diskurzus egy töredéke, például egy cikk, nem elegendő ahhoz, hogy a helyes megértéshez és alkalmazáshoz szükséges összes információt megkapjuk. Be kell illeszteni ebbe a diszkurzív hálózatba, hogy a megfelelő dekódolást lehetővé tevő kontextus befogadja. A Büntető Törvénykönyv cikkei a diskurzus és az általánosság különböző szintjeit mutatják be. Ebben az értelemben a jogalkotási diskurzus módszertani felosztása ésszerűnek tűnik, a kodifikációval összhangban, hogy *a) általánosabb* szabályokat állapítson meg, amelyek a rendszer megértéséhez és fejlesztéséhez az általános részbe foglalt alapvető fogalmakat kínálják, és *b) a fentiekkel* összhangban kevésbé általános szabályokat, amelyek a büntethetőséget tipizálják és állapítják meg, szűkebb körű körülmények között.<sup>100</sup> Ha alapvetőbb szempontból nézzük, az általánosság használata abban a részben korlátozódik, amely lehetővé teszi az előrelátás alapvető hivatkozását az esetleges állami kényszerítéssel kapcsolatban: a büntetőjog speciális részében.

<sup>98</sup> Ez azt mutatja, hogy a jogszerűség elvének sajátossága nem meríti ki a büntetőjog összes jellemzőjét, hanem annak kialakításában más elvek is közrejátszhatnak, mint például az egyenlőség elve, annak általános jellege érdekében.

<sup>99</sup> SCHAUER, F., *Las Reglas en Juego*, Trad.: ORUNESU y RODRÍGUEZ, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 2001,79.

<sup>100</sup> Alapvetően az alany fajtáját, akinek valamilyen főcselekményt kell végrehajtania, a vonatkozó körülmények meghatározásával fejezik ki, és ebből vezetik le a büntethetőségét, valamint a részvétel és a büntethetőség megfelelő változatait és egyéb változatait.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A büntetőjog a bűncselekmények és a büntetések katalógusát illetően a lehető legszigorúbbra *törekszik*. Ezek mindegyike alkotja az archetípust és az alapot, amelyből kiindulva dolgozni lehet, tekintettel a különböző változatokra, amelyek felmerülhetnek. Más szóval, ezek képezik a fogalmi hivatkozási alapot az általánosabb fogalmi apparátus többi részének az adott esetben történő alkalmazásához, például valaki csak egyfajta bűncselekmény elkövetője, és nem általánosságban, így az elkövető meghatározása, mint aki "végrehajtja a cselekményt", az adott esetben a *típushoz viszonyítva értelmet nyer* (ugyanaz vonatkozik az *iter criminisre is*).<sup>101</sup> Ha ez nem így történne, akkor a speciális részsabályok alkalmazásához szükséges általánosabb szabályokat, valamint azok különböző lehetséges kombinációit minden egyes kombinációs alosztályra vonatkozóan minden egyes speciális részsabályban meg kellene határozni.

A szétválasztás e technikai stratégiájának elfogadása logikus következménye, hogy el kell fogadnunk az *általánosság különböző fokozatait, amelyek mindig jelen vannak a különböző részek esetében, amelyekkel foglalkozunk: i) általánosabbak a büntetési rendszer alapjai esetében,* <sup>102</sup>*és ii) kevésbé általánosak azok esetében, amelyek minden esetben a büntetés megítélésének tengelyét vagy referenciáját jelentik.*

A fentiekre tekintettel a büntetőjog által érintett jogi eszközök számára a legproblémásabb szempontot inkább e második szakasz "*ii*") szakaszának megfogalmazása jelenti (amelyet alább elemzünk), az általános rész némileg közvetettebb hatásának sérelme nélkül. (és amelyet alább elemezni fogunk), az általános rész némileg közvetettebb hatásának sérelme nélkül.

A büntetőjog rekonstrukciója kapcsán láttuk, hogy az általános nyelvezet használata is problémákhoz vezethet. Valójában nagyobb teret enged az értelmező-bírói mérlegelésnek, és lehetővé teszi a rekonstrukció objektivitásának és kiszámíthatóságának sérelmét az alkalmazásban;<sup>103</sup> például használhatjuk az "a szankciókról" szóló *osztálymaximát*, hogy azt mondjuk: "ha valaki végrehajtja a gyilkosságot, akkor a bíró *szankcionálni fogja*", csak arról adva tájékoztatást, hogy valakit szankcionálni fognak, de arról nem, hogy mi lesz a szankció. Röviden, a túl nagy általánosság csökkenti a jog rekonstrukciójának ellenőrzését, beleértve annak alkalmazását is.

A büntetőjogi jogszerűség elvében foglalt értékek eme érintettségével szemben a jog a *lex certa* alnormája révén az ellenőrzés igényével lép fel. Ez azt jelenti, hogy az általános jognak a lehető legkonkrétabbnak kell lennie, amennyiben ez lehetővé teszi, hogy a magatartáskategóriákkal dolgozzon, és viszonylag rugalmasan alkalmazható legyen.

<sup>101</sup> Ahogy S. Yáñez rámutat, a büntetőjogi típusokról szóló alkotóelem céljáról szólva, "a büntetőjogi számok meghatározása magában a jogi előírás szövegében történik, vagy a *különböző törvények konjugációjából* következhetnek". YÁÑEZ, S., "Las Leyes Penales en Blanco", *Gaceta Jurídica*, n° (581985), p. 8. A dőlt betűs rész az enyém.

<sup>102</sup> Amint G. Jakobs emlékeztet bennünket, az általánosítás kizárása nem vonatkozik az általános rész beszámítási kérdéseire. Például a részvétel területén általában nagyobb általánosság érvényesül (lásd a büntetőeljárás 15. cikkét), vagy a büntetések meghatározásában általában, mint a bűncselekmények magatartásmintáinak meghatározásában. Hasonlóképpen nem ez a helyzet a megigazulás okait illetően sem, ami inkább magának az elkövetőnek kedvez. JAKOBS, *Law*, cit. sz. jegyzet, pp25., és 89,106107.

<sup>103</sup> ROXIN, *Law*, cit. jegyzet sz. p27.,, többé-kevésbé ugyanígy, bár a preventív típusú értelmezési teherrel. 169.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?  
A jogi érvelés megközelítése."  
*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.  
[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

53

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

alkalmazkodás a körülmények sokféleségéhez. Amint látható, a jelenlegi jellemző igényességében a legrosszabb esetben *ellentmondás* látszik e két jellemző (specifikusság és általánosság) között, a legjobb esetben pedig alapvető *feszültség*, ami rendkívül bonyolulttá, ha nem is üressé vagy pusztán formalisztikussá teszi ennek az alnormának a felépítését.

Általánosságban kétféleképpen képzelhetjük el, hogy a speciális rész kezelése során (bár az általános rész tekintetében is alkalmazható) hogyan befolyásolhatjuk az ebben az alnormában szereplő értékeket: egy közvetlen és egy közvetett módon:

a)

*Az elv közvetlen és nyílt megsértésével*, azaz amikor a törvény nem ír elő semmilyen politikai-büntetőjogi kritériumot sem a büntetés kiszabásához, sem a feltételezés kialakításához. A jogállamokban nehéz ilyen típusú jogsértést találni. Módszertani okokból különbséget tehetünk a normák két része, azaz a jogkövetkezmény és annak operatív előfeltevései között.

- Az ilyen típusú bűncselekmények meghatározása a büntetés technikai konstrukciójának elmélete szerint történik. A büntethetőség elemei vagy politikai-büntetőjogi kritériumai között szerepel a büntetés által *érintett jogi javak típusának meghatározása*, valamint e javak *érintettségének mértéke*. Ami az előbbit illeti, a büntetőjogi rendszer középpontjában a mozgásszabadság áll - más konkrét szabadságjogok mellett, mint például bizonyos munkák végzéséhez való jog -, és ezzel együtt a tulajdon, a becsület és esetleg az élet. Így a közvetlen jogsértésre példa lenne: "aki "F" cselekményt hajtott végre, az a bíró által meghatározott büntetéssel lesz büntetve". Ami pedig a másodikat illeti, ha például 5 UTM, akkor az a minimális vagy közepes fokú kisebb szabadságvesztés. E követelmény alkalmazásának alapvető tengelyeként a büntetőjog a büntetőintézkedések egész komplex, különböző kritériumokon alapuló rendszerét hozta létre, amely keretet ad a bíró és a többi állampolgár számára a lehetséges büntetőjogi érintettség meghatározásához. Ezt természetesen a bűncselekménytípusok vonatkozásában határozzák meg: a specifikáció aszerint, hogy a típus tartalmaz-e bizonyos résztvevőket, pl. az elkövetőt, és az *iter delictivo* mértékét, pl. a beteljesülés mértékét. Ehhez járulnak bizonyos különleges körülmények, amelyek súlyosbítják vagy enyhítik az így törvényileg előírt büntetést. Egy furcsa eset, amit létrehozhatnánk, az, hogy "Aki "Y" magatartást tanúsít, szabadságvesztéssel vagy pénzbüntetéssel büntetendő", mindkettő egyszerű megfogalmazásban, azzal, hogy a bíró a szabadságvesztés túlságosan széles skáláján belül vagy a vagyonelvonás másik normájában tetszőlegesen megoldást választhat. A büntetőjogi törvényesség elvét megtestesítő gondolat itt a határozatlan büntetések jogi elutasítása, akár felnőttek, akár kiskorúak esetében.

- Az operatív forgatókönyvek legparadigmatikusabb esete a bűncselekmények büntetőjogi típusa (bár ez lehet például a szabályokra vonatkozó szabályok esete is).

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

jogellenesség<sup>104</sup>). Lehet olyan norma, amely nem tartalmazza a bűncselekmény politikai-bűncselekményi kritériumainak megalkotásához szükséges lényeges elemeket. Az alkotmányozó szándéka szerint a CPR 19. cikkének 3. pontja 8. inc. 8. cikkében foglalt gondolat az, hogy a magatartás bűncselekményének technikája révén védelmet nyújtson a polgároknak.<sup>105</sup> Ez a típusra való utalás a "magatartás" szóval történt, anélkül, hogy kifejezetten elkötelezte volna magát egy rögzített elmélet mellett.<sup>106</sup> A "típusnak" vagy "magatartásnak" nevezett fogalmat az Alkotmány nem határozza meg kifejezetten, hanem egy *elméleti-technikai* konstrukció, és erre kell hivatkoznunk ahhoz, hogy tudjuk, mi ez, és milyen alkotóelemekhez kell folyamodnunk (S. Yáñez).<sup>107</sup> Nyilvánvaló, hogy ez a fogalom változó, de az elmélet (vagy a legjobb elmélet) az, amelynek meg kell mutatnia, melyek azok az elemek, amelyekre az ítéletnek vonatkoznia kell, hogy tudjuk, milyen kritériumokat kell keresnünk. Ez azt jelenti, hogy az értékeléshez az ügyészségnek szükségszerűen be kell hatolnia a bűncselekménytípus *elméleti-technikai* sűrűségébe. Így például a típus szerkezetének alappillérei a *cselekmény*, az *anyagi tárgy*, amelyre a bűncselekmény esik, vagy amellyel kapcsolatban azt végrehajtják, az *eredmény*, az érintett alanyok, valamint a *cselekményen kívüli*, helybeli vagy időbeli *körülmények*.<sup>108</sup>

Ez a pont fontos az alkotmányos követelménnyel kapcsolatban, amelyet az Art.

8. Mint ismeretes, ez nem követeli meg, hogy a magatartás *teljes mértékben* kifejeződjön a törvényben. Más szóval, nem követeli meg, hogy a büntetőjogi felelősségre vonás alapjául szolgáló magatartásmintát alkotó általános kritériumok mindegyike jogi eredetű legyen. A "típus lényegének" hagyományos elmélete túlságosan szűkszavú, és nem teszi lehetővé a típus különböző fajtáinak megkülönböztetését, mert egy ilyen kritériummal minden típusnak megvan a lehetősége arra, hogy pusztán tevékenység legyen, és megfeleljen az esszencialista elméletnek.

Ennek jelentősége az objektivitás, a stabilitás és a kiszámíthatóság szempontjából abban rejlik, hogy ha a típus nem szab határt a kritériumok összevonásának, akkor mind a bíró, mind az adminisztráció

<sup>104</sup> A jogellenességről és a büntetőjogi törvényességről: Vid. MORESO, "Principio", cit. jegyzet sz. 34.

<sup>105</sup> Ezt részben az Alkotmánybíróság is elismeri a "Kalózkodás" ügyben, amikor megállapítja, hogy a CPR 19. cikkének 3. pontja a 8. inc. 8. cikkében "a törvényesség elvét a tipicitás vagy az adózás megnyilvánulásában rögzíti". Alkalmazása megköveteli, hogy a jogalkotó pontosan és határozottan fogalmazza meg a büntetőjogi normákat.... Egy cselekmény csak akkor büntethető, ha rendelkezik a bűncselekmény leírásában foglalt valamennyi jellemzővel; a típus a büntetendő emberi magatartás absztrakt leírása" (4. preambulumbekzdés).

<sup>106</sup> Így Jaime Guzmán biztos rámutatott, hogy "szükségesnek tűnik számára egy olyan rendelkezés beiktatása, amely előírja, hogy a bűncselekmény büntethetőségét teljes mértékben rögzíteni kell a törvényben". Ezen a vonalon halad R. Bertelsen javaslata, amely szerint "a büntetendő *magatartást* a törvénynek kifejezetten és teljes körűen le kell írnia" (mindkettőt idézi RODRÍGUEZ, "Constitucionalidad", idézi: 12. jegyzet, 239. o.; a dőlt betűs rész az enyém). Ez a bizonyíték azt mutatja, hogy a "magatartás" szót nem szabad szigorúan cselekvésként értelmezni. Az okok nyilvánvalóak, hiszen a magatartás problémája a *corpus delicti* elméletétől a "típus" elméletéig fejlődött, és még azon belül sem maradt stabil (lásd PLASCENCIA, R., *Teoría del Delito*, Mexico DF: Unam, 85-99. o.1998.,).

<sup>107</sup> YAÑEZ, "Las Leyes", cit. 101. sz. jegyzet, 10. o. Ez a gondolat nagy terhet ró az alkotmánybíróra, mivel megköveteli tőle, hogy a büntetőjog elméleti művelői által kidolgozott technikai elemek ismeretébe bocsátkozzon, hogy helyes alkotmánybíróági ítéletet hozhasson.

<sup>108</sup> Részben követem JESCHECK/WIEGEND, *Treatise*, cit. jegyzet, no. p85., 102.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

néhány esetben reggel több elemet adhat hozzá, mások esetében pedig délután kiiktathatja őket. Ezért ragaszkodom ahhoz, hogy a típuselméletre hivatkozva meghatározzuk azokat az alappilléreket, amelyek a mi értékeinket tekintve a teljesítendő garanciákat jelentik, annak megállapítása érdekében, hogy az adott előírásban megfogalmazott kritériumok így teljes mértékben megfelelnek-e a *nullum crimen sine lege* elvének. A más normákra hagyott tevékenység a *kiegészítés lenne*; de akkor felmerül a kérdés, hogy mit egészítenek ki?

A szóban forgó jogi értékek védelme érdekében a bűncselekmény alapvető pilléreit *minden egyes bűncselekménytípus* esetében *értelmező módon* kell meghatározni. Egyrészt a cselekménynek és annak eredményeinek összhangban kell lenniük a szóban forgó jogi javakkal, mindaddig, amíg a bűncselekményt továbbra is egy jogi jószág magatartással történő megsértéseként határozzák meg. Ezt támasztja alá a "magatartás leírásának" alkotmányos követelménye (19. cikk 3. pont 8. alpont). Így egyetértek L. Rodríguezzel, amikor rámutat, hogy "a bűncselekményt létrehozó törvény nem engedheti meg, hogy egy későbbi [alacsonyabb rangú] norma más magatartásokat is hozzáadjon", és nem "egészítheti ki a bűncselekményben szereplő alakzat leírását a jelentés pontosítása szempontjából", és hozzáteszi, hogy a kiegészítés "csak a magatartás körülményeire (például az idő vagy a hely körülményeire) vonatkozhat...";<sup>109</sup> jó példát kínál erre az Art. 320 PC: "Aki a temetést a temetés *idejére, helyére* és a temetésre előírt *egyéb alaki követelményekre* vonatkozó törvények vagy rendeletek rendelkezéseinek megszegésével végzi vagy végezteti el" (ez viszont a büntetőjog másodlagos jellegét mutatja más normákhoz képest).

Ez azonban nem ilyen egyszerű; a vádhatóságnak meg kell határoznia, hogy alaptípusról vagy azok modalitásáról van-e szó. A követelmények nem lehetnek azonosak. A kodifikáció holisztikus jellege és szisztematikus igénye alapján a típusok módozatai az alaptípus létezésének feltételezésével épülnek fel. Ezért hangsúlyozza J. Mera Figueroa az alapcselekmény büntethetőségének relevanciája kritériumának döntő jelentőségét a modalitásban. Ha az alapcselekmény a büntetés szempontjából anodikus vagy jogszerű, akkor a módozat jogi említése elengedhetetlen a büntetés megalkotásához. Ez azért van így, mert maga a *módozat az*, amely az elvileg jogszerű cselekménytípussal kiegészítve a *jogellenes cselekményt* alkotja. Két paradigmaticus példa - a jóváhagyás és a tagadás megfelelő értelmében - a szexuális bűncselekmények és a nemzetközi devizaügyletekben a központi banki rendelkezések megsértésének mára már hatályon kívül helyezett bűncselekménye (a24 korábbi nemzetközi devizatörvény cikke).<sup>110</sup>

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ, "Constitucionalidad", cit. jegyzet n° pp12., és 242243. oldal.

<sup>110</sup> Azt mondja, hogy az előbbiekből - például a nemi erőszak, a nemi erőszak - maga a cselekmény hazugságból áll, ami a büntetőjog szempontjából irreleváns. Ami ilyen esetekben a jogellenes cselekményt alkotja, az pontosan a módozatok, a cselekmény végrehajtásának körülményei, amelyek elvileg büntetőjogi szempontból jelentéktelenek (erőszak vagy megfélemlítés, megtévesztés, a sértett 12 éven aluli, illetve az értelemről vagy az érzékszervektől megfosztott)". Ez utóbbival kapcsolatban rámutat, hogy a törvény a Központi Bankra ruházta azoknak a módozatoknak és körülményeknek a meghatározását, amelyek a nemzetközi devizaműveleteket elvileg jogszerűvé teszik. MERA FIGUEROA, J., *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*, Santiago: Lexis Nexis, 1998, 76-79. oldal.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ez a kritérium azonban nem észrevétlen. A *prima facie* jogszerűség feltételezése ellentmondani látszik a cselekmény bűncselekményben való jelenlétének. Ha ugyanis a cselekménytípus a bűncselekmény hatálya alá tartozik, akkor azért, mert büntetőjogilag jogellenes tevékenységgé válik (mert a norma megteremti a jogellenesség *osztályát*), legyen szó hazugságról vagy csereügyletről. Amint arra a 3.13. pontban rámutattam, az egyetlen lehetőség, hogy a jogszerűség vizsgálatához egy másik kritériumhoz folyamodjunk. Ebben az értelemben a többi jogi és alkotmányos szabály rekonstrukciója lenne az, ami megmondaná, hogy a tevékenységek elvileg jogszerűek-e. Azt is mondhatnánk azonban, hogy a szabály az, hogy minden cselekedet törvényes, kivéve, ha az nem ütközik a törvénybe. Ami visszavezet minket ugyanahhoz a problémához: minden cselekedet *prima facie* törvényes lenne, amíg a törvény másként nem rendelkezik. Így például mind a hazugság, mind a másik ember megölése nem büntetőjogilag jogellenes tevékenység, de csak addig, amíg a büntetőjog ezt mondja ki. Azt is jegyezzük meg, hogy ha a büntetőjogban csak a "hazugság" szerepelne, anélkül, hogy bármi mást hozzátennénk, akkor elvileg úgy kellene értenünk, hogy minden (szexuális) hazugság bűncselekmény lenne. Más szóval, a tevékenység nagyon széleskörű lenne, és ismét szükségünk lenne egy elhatárolási kritériumra. Bármely büntetőjogász azonban azt mondhatná, hogy az érintett jogi jószág - a szexuális szabadság - szerint kellene korlátozni. Módszertanilag azonban ez nem lenne túl egyértelmű, mert a nyelvi alapot tekintve az érintett jogi jószág inkább lehetne például a közösség szexuális erkölce. Könnyen lehet, hogy a jogászok azt mondanák, hogy ez a szabadság, az emberi méltóság (CPR 1. cikk 1. bek.) és különösen a lelkiismereti szabadság (CPR 19. cikk 6. bek.) általános szabálya alapján nem olyan jogi jószág, amely egy jogállamban védelemre érdemes. Ez a mozgalom azonban azt mutatja, hogy az általánosság ellenőrzése nem annyira az általánosság nyelvi kérdésén alapulhat, hanem azon, hogy *ez az általánosság megfelel-e a jogállamban védhető jogi javaknak*. És ezzel visszatértünk a károsodás elve, a jó alkotmányos megfelelése és a nyelvi nyitottság közötti kapcsolat elméleti-módszertani kérdéséhez. A nyelvi konstrukció általánossági szintjének képesnek kell lennie arra, hogy az alkotmányosan elfogadhatatlan javak hozzárendelésének bizonyos határt szabjon (az első változatot a koherencia kritériumával értékeljük, vertikális szempontból nézve); és viszont az alkotmányosan elfogadhatóbb jogi javakhoz való megfelelés jobb viszonyát (itt közvetlenül a nyelvi kifejezés integritását mérjük). Ez azt jelenti, hogy a kártékonyosság elve, amely egy jogi jószág sajátos elméleti tárgyalásában konkretizálódik, az, ami a nyelv általánosságának ellenőrzésében (erőteljes módszertannal párosulva) egybeesik.<sup>111</sup>

<sup>111</sup> Ezt az irányultságot módszertanilag meg kell különböztetni attól, amit C. Roxin a konjunkció elhatárolási kritériumaként kínál, amelyben az egyik elem teleológiai jellegű. Rámutat, hogy egy büntetőjogi előírás "akkor és annyiban lesz kellően pontos és határozott, ha és amennyiben a jogalkotó egyértelmű védelmi célja levezethető belőle", plusz egy másik kiegészítés (ROXIN, *Jog*, cit. 27. sz. jegyzet, 172. o.). Itt azonban az a probléma merül fel, hogy a jogszabályi cél nem vezethető le a rendelkezés jelentéséből. Ez azért van így, mert a vég logikailag megelőzi a jelentést. A norma vége olyan elem, amely módszertanilag készen áll a norma jelentésének rekonstruálására, és segítségével megismerhetjük annak kiigazítását. Ezért a norma végéből kell levezetni a jelentését, azaz rekonstruálni kell a normát. A különböző nyelvi értelemmel csak találgatni tudunk a felfedezés kontextusában, hogy mi az a cél, ami magát a norma értelmét igazolja, hogy aztán ebből következtessünk (és így igazoljuk) a norma értelmét. Röviden, a szabály célja nem vezethető le a szabályból.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Mindez nem jelenti azt, hogy más jogellenes normák hozzájárulhatnak a bűncselekménytípus meghatározásához, ami egy másik tevékenység, amely különbözik a "kiegészítéstől", amely kritériumokat ad hozzá a büntethetőség bizonyos szintre emeléséhez. A kábítószerjog paradigmaticus esetében a "pszichotróp anyag" kritérium egy általános jogi kritérium, amely a büntetőeljárást irányítja, de tekintettel annak széleskörűségére és sokféleségére, más normával, például rendelettel is pontosítható.

Az igazság az, hogy a közvetlen jogsértésről szóló vita, bár fontos, nem olyan bonyolult, mivel a minimálisan gondos jogalkotó könnyen eleget tud tenni ennek az általános kritériumokra vonatkozó követelménynek, és meg is teszi. Ez azonban nem küszöböli ki a következő problémát, amely arra vonatkozik, amikor a jogalkotó látszólag megadja a büntetőeljárás jogi kereteit, és amelyet részletesebben is látni fogunk.

b)

A közvetett jogsértés a normával szembeni csalásként konstruálódik. Mint minden csalás, ez is a csalás egyik legösszetettebb és legnehezebben meghatározható és ellenőrizhető formája. Amint a normatív csalás elmélete jelzi, a *norma formájának vagy betűjének megfelel, hogy megkerülje annak szellemét vagy normatív célját*.<sup>112</sup> Így a jogalkotó a büntetőjogi törvényesség normatív elve alapkövetelményének való megfelelés látszata alatt a büntetőjogi szabályozási hatásköröket tulajdonító normákhoz menekül, olyan kritériumokat fogalmazva meg, amelyek esetköre rendkívül tág, hiányzik belőlük az informatív jelleg, például "az "F" magatartás, bármilyen szabadságvesztéssel büntetendő", vagy "aki nem teljesíti kötelességeit, "Y" büntetéssel büntetendő".

A csalás tilalmának egy cikkre alkalmazott operatív feltételezésének strukturáltsága a *teleologikus* értelmezés szükségességét feltételezi, mivel van egy tartalmi látszat: vannak például igék, de a típus magja *nélkülözi* a büntetőjogi tartalmat vagy a konkrét politikai-büntetőjogi kritériumokat.<sup>113</sup> A csalárd magatartásban minden általános túlzás. Ez okozza a csalárd jelleget, mert egy kritérium vagy kritériumtartomány *kifejezésének* pusztán formalitása valósul meg, de az *objektivitás*, a *jogbiztonság* és a *jogbiztonság* jogi értékhármását érinti, éppen e kritériumok nagyfokú szemantikai nyitottsága miatt. Az információ hiányával szembeesülve egy másik állami tisztviselőnek, a bírónak vagy a közigazgatási tisztviselőnek kell politikai-büntetőjogi kritériumokat bemutatnia, amelyek alapján a magatartást meg lehet ítélni.

---

<sup>112</sup> PAULUS régi római formulája szerint: "*Contra legem facit, qui id facit prohibet vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*" (D. 29).1,3,

<sup>113</sup> Tekintettel az ilyen típusú jogsértés nagyobb összetettségére, a szokásos kerneleméletnek semmi köze hozzá.

típus. Itt a CEA, *Derecho*, cit. 64. sz. jegyzet, 168. o., az alkotmányos büntetőelmélet fő művéről már idézett szavaknak van értelme. Szükséges a *lex certa* vagy a típusra vonatkozó specifikusság indikatív elemeihez folyamodni: ahogy a doktrína mondja, hogy a törvénynek elegendő információt kell nyújtania a bűncselekményről.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ez az elvünk "gordiuszi csomója", amelyre vonatkozóan olyan elégséges kritériumot kell kínálnunk, amely *meghatározza* az érintett jogi értékek polgárainak védelmét, és megfelelő ellenőrzést kínál a jogalkotó saját és a büntetőpolitikában részt vevő más állami szervek hatáskörének tartalma felett.

Alkotmányossági szempontból ez a leírás az 1993. évi 3. cikk szerinti *alkotmányos norma megcsalása*, és ez a leírás az alkotmányos *norma megcsalása*. És ezt figyelembe véve, véleményem szerint az Alkotmánybíróság egyes döntései közel kerültek ahhoz, hogy megérintsék ezt a fő gondolatot, mint például a "Silva Martínez" ügyben és a "Nemzeti Gazdasági Ügyészség felelősségre vonását megerősítő törvényjavaslatban", amikor túlléptek a bűncselekménytípus szóbeli magjának pusztá jelenlétére vonatkozó követelményen.<sup>114</sup>

A bíróról szólva, különösen a jogsértés mindkét formája, a közvetett és a közvetlen jogsértés esetében, látható, hogy olyan helyzetben van, amely a törvény rabszolgájának tekintésével ellentétben azt mondhatjuk, hogy ő a törvény szuverénje, mivel a meghatározás mérlegelési jogkörében van.<sup>115</sup>

A már tárgyalt normák struktúrája szerint a büntetőjogi jogszerűség összpontosíthat az operatív feltételezésekre ("A") vagy a tulajdonított jogkövetkezményre ("B").

---

<sup>114</sup> Az alkotmányos család proto-ellenőrzését az Alkotmánybíróság - bár nem nagyon tudatosult - a "Silva Martínez" ügyben végezte el, a katonai kötelességek nem teljesítése miatt. Megjegyzendő, hogy nem egyszerűen a nukleáris kritériumok meglétét értékeli, hanem azok *elégségességét*: "a katonai kötelességmulasztás bűncselekményének alkalmazása alkotmányellenes, mivel a kötelességek, amelyek megsértését a konkrét esetben büntetik, nem rendelkeznek alkotmányosan elégséges leírással, ezért az alkotmányos megbízás nem tekinthető teljesítettnek". Ezután azt állítja, hogy van egy típus, de ezt "a katonai kötelességesség tökéletlen típusának" nevezi. És az alkalmazás értékelésével zárja: "az alkotmánnyal ellentétes hatásokat vált ki, mivel lehetővé teszi egy személy elítélését olyan bűncselekményekért, amelyeket a törvény nem ír le kellőképpen, még annak alapvető magjában sem" (18. vélemény).

A politikai-büntetőjogi kritériumok jelenlétével kapcsolatban (a Btk. 299. cikk (3) bekezdésének és 433. cikkének együttállásával kapcsolatban) az ítélet kimondja, hogy az ilyen típusú esetekben "az ítélethez nem egyszerűen értelmezi a jogi előírást, vagy nem állapítja meg, hogy az eset tényállása beleillik-e a normatív leírásba, hanem - a típus meghatározásának hiányában - mérlegelési jogkörében dönt arról, hogy mi minősül bűncselekménynek". Röviden: létrehozza a bűncselekménytípust" (20. bekezdés). Az, hogy alapvetően "megteremt a típust", azt jelenti, hogy a politikai-bűnügyi kritériumokat egy tökéletlen vagy elégtelen típus elé helyezi. A 2007. szeptember 27-i ítélet, 781. sz. irat - INA.07

Ugyanez mondható el abban az ítéletben, amely a "Nemzeti Gazdasági Ügyészség hatáskörét megerősítő törvényjavaslatot" vizsgálta, ahol a "nyomozás akadályozásának folytatása" vagy "a tudomására jutott vagy birtokában lévő információk átadásának megtagadása" bűncselekményt helyezték kilátásba. A megfogalmazás világosan mutatta az irányadó *igéket*. A büntetőjogi törvényesség elve alapján azonban úgy döntöttek, hogy "a homályosság és a pontatlanság, amellyel a szabályt megfogalmazzák, semmiképpen sem egyeztethető össze a jogbiztonság elvével, amely az alkotmányozó gyűlést inspirálta, amikor a bűncselekmények tipizálásának követelményét megállapította, és éppen ellenkezőleg, veszélyes teret nyit a szubjektívizmusnak a norma értelmezője számára. A bűncselekménynek az abban szereplő leírása minden egyéb követelmény vagy kiegészítés nélkül rendkívül általános, és ez lehetővé teszi, hogy bármely magatartás elegendőnek minősüljön a bűncselekmény megállapítására javasolt bűncselekmény elkövetéséhez". A 2009. 22. áprilisi ítélet a/1999,6, rol 286.

<sup>115</sup> Hasonló véleményen van C. Roxin is: "Egy határozatlan vagy pontatlan és ezért nem egyértelmű törvény nem védheti meg az állampolgárt az önkénytől, mert nem jelenti az állam *ius puniendi-jének* önkorlátozását, amelyhez folyamodni lehet". ROXIN, *Law*, cit. jegyzet n. p27., 169.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A két rész bármelyike a polgárokra hat, és veszélyeztetheti az érintett értékeket. Láttuk azonban, hogy a kodifikációs büntetőjog a rendszerszerűség égisze alatt rendkívül összetett struktúrával rendelkezik, mivel a két rész, az "A" vagy a "B" bármelyike többféle normával kapcsolódhat össze, amelyek együttműködnek a működési feltételezés felépítésében, és ez az együttműködés többféle formulában vagy funkcióban történhet.<sup>116</sup>

- Ami az első pontot, magát a büntetést illeti, jogrendszerünk nyilvánvalóan egyértelmű. A büntetés kiszabását, általában véve, az alanyok egy csoportjára vonatkozóan, törvényben kell meghatározni: "Egy bűncselekmény sem büntethető más büntetéssel, mint amit az elkövetés előtt hozott törvény állapít meg, kivéve, ha új törvény kedvez az érintett félnek" (CPR 19. cikk (3) bekezdés 7. pontja). Nos, ez a büntethetőség jogi alapját képezi. De mindenekelőtt rendelkezni kell a "büntetés" elméletileg világos fogalmával és jogalapjával, hogy meg lehessen határozni, hogy az Alkotmány szerint mit kell törvényben előírni - innen a közigazgatási szankciókkal kapcsolatos problémák. Általánosságban elmondható, hogy a büntetés definíciós fogalmi sémája elég pontos ahhoz, hogy viszonylag jól kezelhető legyen, kivéve a szóban forgó esetet. Konceptcionálisan ez egy személyre szabott koncepció, különböző alosztályokkal, amelyek pontosan lehetővé teszik a büntetési lehetőségek elhatárolását és kiszámítását. Az általános felosztást közvetlenül a törvénynek kell meghatároznia, különösen a számítás alapját képező, bizonyos típusú bűncselekmények elkövetőinek csoportjára vonatkozóan, vagy kiegészítő jogi formulák segítségével. Ennek oka, hogy a kodifikációs jog rendszerező szándékára tekintettel ezeket a bűncselekmény elkövetői osztályaira vonatkozó szabályokat ki kell egészíteni az általános rész szabályaival a büntethetőség különböző formáinak meghatározása érdekében. Ezt pragmatikus oknak tekintve az elv konkretizálása a büntetések területén a kezelt bűncselekmény pontos csoportjának elkövetőjére vonatkozó alapbüntetés meghatározásában meghatározott általánosság követelményén alapul, a többi lehetséges megfogalmazás pedig a részletes jogi számításra marad, amelyet a bírónak egy tágabb fogalmi elméleti rekonstrukció segítségével kell alkalmaznia.

Ennek azonban legalább két korlátja van. Az első a büntetés (és a büntetőjog) fogalmából adódik, amely nem kínál egyértelmű kritériumot a közigazgatási szankcióktól való megkülönböztetéshez. A második egy bizonyos homályossági problémából ered, a mennyiségi típusából, ahol a "kegyetlen" szóhoz hasonlóan a büntetés konkrétsága nem egyértelmű, hogy teljesül-e, ha a jogalkotó csak a lehetőségek széles skálájának megjelölésére szorítkozik, amely különböző lehetséges fokozatokat foglal magában, például olyan büntetést, amely bármelyik fokozatában kisebb szabadságvesztés, plusz a fokozatában nagyobb szabadságvesztés.

---

<sup>116</sup> Ennek alternatívája nem tűnik túl optimálisnak, és minden bizonnyal kívül esik a kodifikációs projekten, amely a következmények szempontjából gyümölcsöző általános maximákból áll. Ez a bűncselekmények katalógusából állna, a lehetőségek sokféle változatával. Persze lehet azt mondani, hogy ez túlságosan terjedelmessé tenné a büntető törvénykönyveket, a büntetőjogi értekezések szintjén, de nem arról van szó, hogy az ilyen értekezések tartalmazzák a különböző bűncselekmények fajtáit, mint a büntetőjog képviselői, amelyek alapján a bírák és az ügyészek ítélnének, és amelyeknek nincs akkora elterjedtsége és nyilvánossága, mint egy demokratikus kongresszus által kibocsátott törvénynek.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

bármilyen fokú, csak csekély mértékű szabadságvesztéssel büntethető. Itt azzal a kényszerrel szembesülünk, hogy a határ egyik vagy másik oldalának kijelöléséhez hagyományos kritériumra van szükségünk, amellyel nem rendelkezünk.

- Ez utóbbiak esetében a jogi *típus* meghatározása sokkal bonyolultabbá válik. Nem szabad megfeledkezni arról, hogy a lelkiismereti szabadság garanciája és a *cselekmény* büntetőjogi alapelve a büntetőjog jellemzése szempontjából is közelít a típushoz. Ezért: "Semmilyen törvény nem állapíthat meg szankciókat anélkül, hogy a büntetendő *magatartást* kifejezetten ne írná le" (a polgári perrendtartás 19. cikkének 3. pontja, 8. bek.). A jogszerűség elve nem keverhető össze és nem merülhet ki technikai jellemzőiben ezekben az elvekben, és a vizsgálata sem elégíthető ki egyszerűen azzal, hogy csak a törvény ezen elvének megfelel.<sup>117</sup> Valójában meg kell értenünk, hogy a büntetőjogi jogszerűség elvét inkább ennek az elvnek a szitáján keresztül kell alkalmazni, hogy konkretizálja a *lex certa* résznormáját.

Nos, igaz, hogy a szavak a mondatok részecskéi, de figyelembe kell venni, hogy a normatív *mondatok* alkotják a jelentés magját (bár nem az egyetlen), amennyiben ez a jelentés egysége. Más szóval, a célszemélyek megértése inkább a mondatról szól, mint az egyenként összeadott szavakról, az egyéb intézményi irányelvek hatásának sérelme nélkül. Ez különösen fontos a bűncselekmények meghatározásánál, amely a bűncselekményi tényállás legközpontibb része.

Általában a "verbális magra" való hivatkozás csak a szabály közvetlen megsértése révén kerül el a kriminalizálást az abszolút általános elvek alkotmányozásával, amelyek *nem tartalmazznak* explicit operatív *feltételezéseket*, vagy pedig a szándékosság büntetőjogának irányába való elmozdulást. Azonban, mint mondtuk, például a "forradalmi elvek megsértése" cselekvés egyértelműen tartalmazza a "megsérti" igét, és az érintett dolog, az elvek eszméje olyan kifejezés, amelyet szemantikailag ki kell tölteni, éppúgy, mint a kasztrálást vagy a gyilkosságot. Más lehetőség lenne, ha mindenre definíciót kérnénk, de akkor vagy végtelen rekurzív vagy negatív körkörösségbe kerülnénk.<sup>118</sup>

Egyesek rámutatnak, hogy a probléma a normatív vagy értékelő kifejezések bevezetésében rejlik, így csak "leíró" kifejezéseket lehetne bevezetni; a feltételezett nagyobb pontosság kedvéért. Azonban a (3.14) pontban látottakon kívül, mint a következőkben rámutatunk G. Jakobs, az egyik és a másik közötti különbség nem abban rejlik, hogy egyesek konkrétak vagy *önmagukban* meghatározottak (a leíró jellegűek), mások pedig meghatározatlanok (a normatív vagy értékelő jellegűek). Kategorikusan rámutat arra, hogy "a normatív elemek akkor határozhatók meg, ha a

---

<sup>117</sup> Az Alkotmánybíróság a "Kalózkodás" ügyben úgy ítélte meg, hogy a CP 434. cikke megfelel a tipikusság követelményének, legalábbis abban a tekintetben, hogy "a szóban forgó rendelkezés kifejezetten "cselekményeket" büntet, kizárva az állapot vagy állapot büntetését" (12. vélemény). Más szóval, csak egy szempontból felel meg a büntetőjogi garanciáknak, a lelkiismereti szabadság és a cselekmény büntetőjogának, de nem minden szempontból.

<sup>118</sup> A chilei alkotmánybíróság csatlakozott spanyol kollégájának véleményéhez, amikor kimondja, hogy: "Nyilvánvaló, hogy a büntetőjogi jogalkotó nem köteles a bűncselekmény leírását alkotó minden egyes fogalomra külön meghatározást adni ("Kalózkodás" ügy, 12. bekezdés).

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a vonatkozó értékelést maga határozza meg". Ezért találunk olyan normatív kifejezéseket, amelyek rendkívül specifikusak, mint például az "idegen" a tulajdon elleni bűncselekményekben (CP. cikk432). Valójában, és a homályosság jól ismert problémájának megfelelően, még a leíró kifejezések is lehetnek jól definiáltak, de a szélsőséges esetekben vagy a homályzónában meghatározhatatlanok<sup>119</sup> (a homályosság mértékének bizonytalansági problémáján túl).

Amint azt az erről az alnormáról szóló rész elején láttuk, az elvünkben érintett jogi értékek védelme érdekében az *utólagos* módszertani ellenőrzés lehetőségével kell élni, azaz *egy* értelmezés már kiválasztásra került. A közvetett támadások sokfélesége és (jogi természetű) átfedései miatt azonban a *meg nem felelés mutatóit úgy kell* létrehozni, hogy azok finoman behatárolják az ezen alnormában meghatározott mércét, így a módszertani ellenőrzés egy bizonyos jellemzőjét hangsúlyozzák, de mindig a többi jellemző által alátámasztva. Ebben a keretben hat indexet fogok tesztelni, hogy lássam, lehet-e őket referenciaként használni.

Az *első*, pragmatikus kritérium a kiegészítések ellenőrzésére vonatkozóan az, hogy lehetséges-e a használt osztály további *meghatározása*. Különösen ott, ahol az osztály a jog sajátos alkotása, pl. a katonai feladatok, szemben olyan dolgokkal, amelyek nem jogi alkotások, és ezért nem tartoznak a jogalkotó teljes hatáskörébe, pl. az új gyógyszerek létrehozása.<sup>120</sup> Ilyen esetben, amikor a jogalkotó meghatározhatja az osztályokat, mert azok az ő hatáskörébe tartoznak, de mégsem teszi meg, megfosztja az állampolgárt a meghatározottságtól és a kiszámíthatóságtól, ha nem maga dönt a büntetendő köteleességek meghatározásáról. Ugyanez nem lenne igaz a kábítószeres esetekben, ahol használhatná az általánosságot, hogy később újra elküldhesse.

Probléma: például a közokiratok esetében azok jogi alkotás, és mindig tovább pontosíthatók, így e kritérium alapján nagyobb pontosságot lehetne követelni a dokumentumoktól. Valójában mindig kérhetnénk nagyobb pontosságot még az általunk jól felépítettnek tartott típusoktól is, anélkül, hogy ez a kritérium önmagában korlátot jelentene.

Egy *második, elméleti típusú* mutató, a maga *hiteles* változatában a következő lenne: a normában előírt magatartás típusa megfelel a jogtudósok által megadott meghatározó elemeknek. Ezáltal a következőket kapjuk: pártatlan kritériumokat, amelyekkel szembeállíthatjuk a bíró ítélező tevékenységét a joggal kapcsolatban. Mivel a jogászok nem vesznek részt bíróként és félként a jogi kritériumok megítélésében vagy kiválasztásában, mint a bíró, objektív mércéket kapnak az ítékezéshez, és így többé-kevésbé pontos általános kritériumokat érnek el.

<sup>119</sup> Vid. például QUINE, W., *Palabra y Objeto*, Trad.: SACRISTÁN, Barcelona: Labor, 1968, pp. a137 és 140, JAKOBS, *Derecho*, cit. jegyzet n° p. 25,97.

<sup>120</sup> Hasonlóan Kohlmann Lenckner, Naucke és Jakobs, mindannyian idézi ROXIN, *Law*, cit. jegyzet sz. p27., 171.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A probléma csak az, hogy az elméletalkotó pusztá tekintélye nélkülözi a *potestas-t*, és produkciója nem *jogilag* kötelező erejű, így nem világos, *miért* kellene a törvényt minden *további nélkül* az elméletalkotó kritériumainak alávetni. Hasonlóképpen, az elmélet evolúciót eredményez a jog megfontolásában, hogy a kritériumok ne legyenek rögzítettek, hanem változtathatók.

A *harmadik* megkísérelendő mutató a politikai-büntetőjogi kritériumok *változékonysága* az *alkalmazási kontextus* szintjén. Az általunk vizsgáltak szerint a jogi tevékenység a büntetőjog megértése szempontjából erősen függ a jogon kívüli elemektől. Mind a büntetés, mind a bűncselekmények konstrukciója különböző elemek *elméleti* megértését igényli. Például a sértegetés nem pusztán fizikai inger, hanem inkább annak előzetes megértése szükséges, hogy egy adott társadalmi kontextusban mi a becsület. A büntetőjog nyelvi-jogalkotási autarchiáját mítoszként kell elvetni, és a megoldásokat olyan okoknak kell tekinteni, amelyek ellenőrzést kínálnak a bíró tevékenysége felett, aki az, aki konkretizálja vagy nem konkretizálja a büntetőjogi törvényesség elve értékeinek védelmét.

Ennek a mutatónak a hangsúlyozása a módszertani keretben arra törekszik, hogy az elméleti kritériumot alkalmazásba hozza, és a használatot annak következményeiben *mérje* (egy másik pragmatikus változat). A büntetőjog és a tipikusság nemcsak a *büntetendő állampolgároknak* szól, akiket a *büntetőeljárás alá vonnak*, akiknek azt közli, hogy egy bizonyos magatartásért egy bizonyos fajta büntetést kapnak, hanem a *bíráknak* is, hogy a büntetési rend megsértésével szemben alkalmazhassák. Ez utóbbi rész rendkívül fontos, mivel a bíró pozíciójában valósul meg az elv jogi értékeinek védelme. Ő az, aki előtt a jog kiszámíthatóvá válik a polgárok számára, és az életkörülmények stabilitása megvalósul, hiszen neki kell alkalmaznia a jogot, és rajta kell megvalósulnia az objektivitásnak. Ezért az ő pozíciójában kereshetjük a viselkedési minták sajátosságainak megítélési pontját.

Alkalmazás esetén a bíró az, aki hatáskörrel rendelkezik arra, hogy kiválassza azokat a jogi kritériumokat vagy normákat, amelyek alapján az állampolgár magatartását meg kell ítélni. A büntetőjogi jogszerűség elve alapján ezeknek a kritériumoknak vagy normáknak a törvény által meghatározott vagy előírt kritériumoknak vagy normáknak kell lenniük. Ez azt jelenti, hogy az ítélezés során megnézzük, hogy a bírónak a törvényben meghatározott kritériumokat kellett-e alkalmaznia, vagy éppen ellenkezőleg, másokat kellett volna alkotnia.

Nem szabad elfelejteni, hogy különbséget kell tenni az alaphűncselekmény és az annak alapján létrehozott módozat között. Ennek oka abban rejlik, hogy az alaptípus, mint például a PC 473. cikkének csalása, a modalitásoknál általánosabb nyelvhasználatot feltételez. Ez utóbbiak az alaptípust valamilyen szempontból megváltoztatják, és egy további elemet adnak hozzá, mint például a hamis névvel elkövetett csalás, a meghatalmazás megadása stb. a Cikk szerint. Az első megfogalmazások, mint alaptípus, mindig kevésbé specifikusak, mint a modalitások.

Mivel azonban tudjuk, hogy a valóság rendkívül sokrétű, a törvénynek nem kell minden egyes olyan sajátos változatba belebújni, amelyben megvalósulhat.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

bűncselekmény. Elegendő, ha azokra helyezik, amelyeknek *mindig jelen kell lenniük a bűncselekmények egy csoportjának üldözése során.*

Ez a változatlanág relatív kérdés, és eseti alapon kell megítélni. Mert ez a törvény által elérni kívánt céltól és annak tervezett hatályától függ. Ezért van az, hogy bizonyos esetekben a büntetőjogi típus megköveteli a körülmények bizonyos alcsoportjaira vonatkozó iránymutatások bemutatását, amelyek az egyik alaptípus tekintetében specifikusabbak, mint egy másik alaptípus tekintetében.

Ha a bíró nem elégszik meg az értelmezett jogi kifejtéssel, hanem tovább kell pontosítania a fogalmi elemeket ahhoz, hogy a büntetőjogi kritériumokat a magatartásra alkalmazhatóvá tegye, ez azt mutatja, hogy a bíró más, konkrétabb kritériumokat alkalmazott, amelyek az állampolgárt ítélet alá vonták. Az állampolgár tehát nem az alapján került büntetőjogi felelősségre vonásra, amit a törvény előír, hanem az alapján, amit a bíró az alkalmazhatóság általános feltételeként teljesített vagy kiegészített.

Például: i) A CJM 299. cikk 3. pontja szerinti katonai kötelességszegés esetén ahhoz, hogy alkalmazható legyen (akár képzeletbeli), minden bírónak először egy kisebb általánosságú egységet kell konstruálnia, amely a katonai kötelességek *alosztályait* azonosítja, különben nem tudná azonosítani, hogy egy *adott* magatartás a katonai kötelességek osztályába tartozik vagy tartozik. Ezért a bíró kénytelen politikai-büntetőjogi döntést hozni. ii) Az abortusz esetét vizsgálva viszont el kell döntenie, hogy mi az abortusz, vagy inkább az abortusz cselekménye. A bírónak egy olyan elméleti mércét kellene feltételeznie, amely nem lenne változó, ha az lenne a helyes.

Éppen ellenkezőleg, ezt a jogalkotás rossz technikája okozta, amely nem tudta megadni azokat az általános kritériumokat vagy megítélési normákat, amelyeknek mindig jelen kell lenniük az ilyen típusú bűncselekmények esetében.

Így az *alkotmányos csalás* problémáját a törvényesség elvére is utalhatnánk. Egy nyílt törvény, amely csak látszólag jelzi a magatartás típusát, a törvényesség elvének alkotmányos megcsalását jelenti, ha a magatartás előírásának látszatát leplezve a bíróra bízza, hogy önkényesen töltsse ki azokat a jogi kritériumokat, amelyekkel egy adott magatartást büntetni fog.

Van azonban még egy alapvető probléma: szükség van egy határértékre, hogy ne kérjünk egyre több és több specifikációt. Nézzük meg újra az invariancia mércéjét egy bizonyos magatartás megítélésében. Hajlamos arra, hogy a normatív viselkedésminták kellően tágak legyenek ahhoz, hogy mindenféle konkrét viselkedést, amely beleillik, így módszertanilag megítélhetővé váljon. Ez azt jelenti, hogy a magatartás rekonstrukciója az érintett jogi értékből kiindulva a legjobb elmélet szerint a magatartások bizonyos csoportosítását kínálja, amelyek egy bizonyos jogi jószágot érintenek. Természetesen a nyelvezet meghaladhatja ezt a jogi jót. De a rekonstrukciós eljárás által, amely magából a jogi jószágból indul ki, a nyelv módszertanilag egy gátat fog kapni: magának a normának a rekonstrukcióját.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

(belső ellenőrzés); de a probléma, amellyel itt foglalkozunk, túlmutat a pusztá korrekción, amely a jogi jót szolgálja.

Még így is, a nagyon nyílt viselkedési normák változatlan elemek. Valójában minél általánosabbak, annál változatlanabbak. Az *elméleti-módszertani* kérdés a *második legjobb* megoldásnak tekinthető. Amikor a viselkedés előírását vizsgáljuk, ezt nem elszigetelten, hanem egy elméleti érvelés (annak minden szintjével együtt) keretében tesszük. Az elméletben pedig áttekintjük a normatív előírás rekonstrukciója által elfoglalt *pozíciót*.

A módszertani döntés jelentősége abban rejlik, hogy az elméleti rekonstrukció valódiságát bárki gyakorolhatja. Az *elmélet racionalitása* lehetővé teszi a bíró által meghozandó ítélet *előrevetítését*; és pontosan ez az, ami a jogi előreláthatóságból áll. A büntetőjogi ítéletnek ez az elmélet általi megelőlegezése olyan eszközöket kínál, amelyek segítségével az alkotmánybíró objektív ítélettel megelőlegezheti és megelőlegezheti a bírói ítéletet, hogy tudja, hogy a bűncselekmények egy csoportja, például az emberölés, az abortusz, a család stb. tekintetében egy adott elméletben (a legracionálisabb elméletben) szereplő változatlan jogi kritériumokat kell-e majd alkalmaznia. Az abortusz esetében a bűncselekmény meghatározása szerint az abortusz végrehajtása, és el kell dönten, hogy az orvos, például Sergio Ramirez, a fogamzás termékének pusztá kiűzése vagy eltávolítása alapján büntetendő-e, anélkül, hogy a halál a bűncselekmény eleme lenne; a terhesség megszakítása, amely a magzat idő előtti kiűzését vagy halálát eredményezheti vagy nem eredményezheti; vagy a terhesség megszakítása a magzat halálának szükségszerű következményével. Itt jönnek majd a meghatározás kérdései, például, hogy melyik jog kerül védelem alá: a család jó rendje vagy a magzat élete stb., valamint a következetességre vonatkozó érvek, mint amilyenekre Bascuñan Valdés is rámutat, miszerint a többi álláspont elfogadásával az abortuszt végzőknek elég lenne fejleszteniük technikájukat, hogy elkerüljék a magzat kilökődését, hogy egyszerű atipikus fétisekké váljanak.<sup>121</sup> Ez azt mutatja, hogy minden esetben szükség lesz az érvelés gyakorlására a magatartási osztályok iránymutatásainak elégséges voltának megállapításához.

Megjegyzendő, hogy az Alkotmánybíróság a "*kalózkodás*" ügyben ugyanezt az eljárást alkalmazza e bűncselekmény jogi státuszának meghatározásához, a (7) preambulumbekzdésben különböző szerzők elméleti leírásait idézi annak meghatározásához, hogy mi a "*kalózkodás bűncselekménye*", a (8) preambulumbekzdésben pedig ugyanezeket az eszközöket használja annak meghatározásához, hogy mi a "*kalózkodás*".

Mivel azonban a nyelvnek erős intuitív összetevői vannak, amelyek a tanulással és az ismétléssel változnak, ez azzal a problémával jár, hogy a kifejezések egyértelműsége és pontossága idővel *változhat*. Ez azt jelenti, hogy egy szóbeli kifejezés, amely egy adott időpontban nagyon világos és pontos lehet, teljesen elveszítheti ezeket a tulajdonságait, és így a jogi nyelv elveszíti a "kifejezetten az adott helyzetet leíró" jellegét.

<sup>121</sup> Mindez a következő könyvben: VERDUGO, M., *Código Penal*, 2. kiadás. Santiago: ConoSur, t1986., III, pp. és 707708.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

magatartás". Akár tévedünk, akár nem, a nyelvvel van dolgunk, amely a nyelvi közösség szeszélyeinek van kitéve.

Ehhez hozzá kell adni a homályosság problémáját. A magatartások megítélésénél felmerülő egyik korlát a szürke zónákban lévő fogalmak homályosságának problémája, amelyet már a 3. részben láttunk. Az elméleti szakemberek által elmondottak szerint ez a probléma pusztán nyelvi-jogi szempontból nem oldható meg, így a törvény szövegének alkotmányossági elégsége nem mérhető rajta. Úgy tűnik, hogy a védett jogi javak eszméjével kapcsolatban kell megoldani a kérdést. Ez látható a közúton történő tiltott fegyverviselés - a Btk. 288a. cikk (2) bekezdése szerint büntetendő veszélyes bűncselekmény - esetében egy olyan személy esetében, aki egy japán katanát szállított az autójában, hogy azt díszként hazavigye (határhelyzet, amelyet a törvényes jogra és a veszélyeztetés lehetőségének hiányára való hivatkozással oldottak fel<sup>122</sup>).

Az ilyen módszertani módon megítélt *változó* kritériumok olyanok, amelyeket nem feltétlenül kell kifejezetten előírni a törvényben, de hivatkozni lehet rájuk. Ebben az értelemben érthető, hogy az Alkotmány nem használja a "büntetendő magatartás leírására" vonatkozó mondatban a "teljes" szót, mert a magatartástípus minden alkotóeleme mindig teljes a törvény által készített konstrukcióban, de mindig megenged nagyobb pontosságot, és ez a teljességet *relatív* elemmé teszi, amelynek a jogalkotónak nem kell mindig megfelelnie.<sup>123</sup> Jó példa erre a kábítószer-kereskedelem témája, amelyben a "pszichotróp anyag" a bűncselekmény változatlan típusának konstitutív kritériumává válik, de a pszichotróp anyagok egyes alosztályai nyelvi jelenlétüket a normatív mondatban változóvá teszik, ami lehetővé teszi az elengedést.

A probléma ezzel a mutatóval az, hogy nem teljesíti a specifikáció követelményének megállítására vonatkozó kritériumot. Az esetek körének lefedetősége a jogi jószágnak megfelelően megszünteti azt a kritériumot, hogy egy adott magatartás megítéléséhez szükséges a felosztás. Ez azért van így, mert maga a CJM3 299. cikkének esete változatlan, és lehetővé teszi, hogy az ügyek területét az összes kötelezettségszegés tekintetében összességében ítélik meg.

---

<sup>122</sup> Santiago Fellebbviteli Bíróság 2007. szeptember 14-i ítélete, 1924-07. sz. ügy, J. bíró által jegyzett ítélet. Fuentes Belmar: "... nem szabad elfelejteni, hogy bár az autó közúton közlekedett, ez a körülmény önmagában nem elegendő ok arra, hogy úgy tekintsük, hogy a hordozó akció célja vagy célja éppen a *közrend vagy a közbiztonság* veszélyeztetése volt... köztudott, hogy a mi keresztény-nyugati kultúránkban ezt a japán eredetű és hagyományú fegyvert általában dekorációs vagy sportelemként használják... és nem éppen védelmi fegyverként, ahogy az a nyugati kultúrában előfordul....és nem éppen védelmi fegyverként, ahogyan az a nyugati kultúrában előfordul... ez a japán kard, jellemzői és méretei miatt, ha fegyverként használják, akkor viselőjének speciális kiképzést igényel, ami az eljárás érdemi része szerint a vádolt esetében nem áll fenn... ami még inkább bizonyossá teszi, hogy a viselés nem a rend vagy a biztonság megváltoztatására irányult, hanem inkább az otthona díszítő elemeként" (vö. 5°, kiemelés hozzáadva). *Gaceta Juridica*, 327. szám (2007), 279. és azt követő oldalak.

<sup>123</sup> Ez az alkalmazási-módszertani kritérium alapján a redundancia tilalma tekintetében is előnyösen használható, amennyiben lehetővé teszi a bűncselekmény elnevezésének kritikus szembeállítását az elmélet elnevezésével.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

katonai. És ugyanakkor módszertanilag magában foglalhat egy olyan jogi eszközt, amely elég általános ahhoz, hogy a katonai feladatok be nem tartásának minden esetére kiterjedjen, mint például az intézmény megfelelő működése stb.

Negyedszer, a *homogén jogi javak összekapcsolásának* kritériuma végül hozzáadható az előzőhöz, amellyel a probléma megoldására lehet kísérletet tenni. Ha a részmegkülönböztetés vagy pontosítás magyarázatában (mint a katonai kötelezettségek esetében) az azonos szintű *új, egymással* heterogén és egymással nem összeegyeztethető jogjavak (például a konkrét katonai kötelezettségek alosztályaiban különböző értékek) módszertani beavatkozása lehetséges, amelyek mindegyike egy általánosabb jogjósághoz adódik, akkor ez azt mutatja, hogy a tipikus konstrukció túlságosan tág, hiszen a bűncselekményben csoportosított jogjavak nem hozhatók egy ítéletben össze. Így például a robbanóanyagokkal való óvatos bánásmód (a haditengerészeti rendelet 42. cikke, a továbbiakban OA) vagy "az intézmény presztízse *felett a lélek mélyéről örködni*" (OA 11. cikke) vagy az egyes régiók toleranciájának és tiszteletének fenntartására vonatkozó kötelezettség (OA 45. cikke) nem sok összefüggést mutatna.

Ebben az esetben ismét el kell végezni a bűncselekmények elméleti felépítésének módszertani felülvizsgálatát, integrálva a feltételezett feladatokat, és mivel a jogi eszközök elméleti összefonódása a nyelvi rekonstrukcióval, ez a strukturálás viszont megmutatja, hogy a bírónak szükség van a bűncselekmény felosztására a szükséges büntetőeljárás lefolytatása érdekében.

A következőkben két további, kontextushoz kötött nyelvi indexet mutatok be, amelyek kiegészíthetik a többi indexet:

Az *ötödik* kritérium, amely a használható *nyelvezeten* alapul, a *redundancia*. Egy állítás akkor felesleges, ha csupán megismétli a korábban már feltételezett vagy ismert dolgokat, anélkül, hogy kellően konkrét információt adna arról, hogy miről kérdeznek. A redundancia tilalma azt igyekszik biztosítani, hogy a bűncselekmény konstitutív előírása ne ismételje meg azokat a dolgokat, amelyekről már rendelkezünk információval, túl magának a kijelentésnek a tartalmán. És itt láthattuk, hogy nyelvileg nem azonos magának a bűncselekménynek a nevével, vagy hogy a normatív szabálysértést parafrázálja, amely a büntetőjogi probléma kontextusát adja. Ez kétféleképpen történhet.

Redundancia a bűncselekmény neve és a normatív előírás között. Például az "abortusz bűncselekmény" tényállása nem lehet az "abortusz okozása". Ugyanis magában foglalja a kérdés megtartását, hogy mit kérdeznek magának a sérelemnek a nevében; csak azt szállítja, hogy egy sérelem "okoz" a kauzális világban. Az információhiány miatt az általános, nyilvános értékelési kritériumokat a bíró sajátos *mércéjével* kell kitölteni, azaz egy *harmadik féllel*, aki nem a jogalkotó. Megjegyzendő, hogy az abortusz példájánál - a kiegészítés pontatlansága miatt - nem volt egyértelmű, hogy a cselekmény: a) vagy a fogamzás termékének idő előtti kiűzése vagy eltávolítása, anélkül, hogy

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a) a magzat halála (del Río), b) vagy a terhesség megszakítása, a magzat kilökődésével vagy halálával vagy anélkül (Labatut), c) vagy a magzat megölése (Bascañan Valdés).<sup>124</sup>

Az Alkotmánybíróság a kalózkodás bűncselekménye tekintetében a redundanciát azzal érvényesítette, hogy "a szóban forgó rendelkezés [a CP 434. cikke] kifejezetten "cselekményeket" büntet... az ilyen cselekmények kalózkodásnak minősülnek, így a probléma lényege ebben a kifejezésben összpontosul"; és tézisként megerősíti, hogy: "A rendelkezés... nem egy másik, hasonló vagy alacsonyabb rangú normából vezeti le az inkriminált magatartás leírását, hanem azt saját szövegében tartalmazza".<sup>125</sup> Ez azt jelenti, hogy a kalózkodás bűncselekményének elkövetési magatartásának előírása helyes, amennyiben azt "kalózcselekmények elkövetéseként" írja le.<sup>126</sup> Amikor az ember az általánosság ellenőrzéséről beszél, és pontosságra törekszik a kifejezésekben, arra gondol, hogy a bűncselekményi osztály általános alkotmányos feltételeinek előírása a szóban forgó magatartásosztályban kevésbé általános, mint maga a bűncselekmény elnevezése.

Bár ez hasznos és könnyen meghatározható kritériumnak tűnik, nem problémamentes. Először is, elég egy apró nyelvi mozdulat az alkalmazó részéről, hogy áthidalja a pontot. Az elnevezéshez vagy az elírás lefelé történő módosítása, a név megváltoztatása valami hasonlóra, például a "kalózkodás" "kalózkodásra", vagy a magatartás szinonimájával való ellátása, például "magánlaksértés". És mivel a jogalkalmazó, a bíró bármely szinten az, aki történetesen megnevezi a bűncselekményeket, amikor a jogszabályt alkalmaznia kell, könnyen átnevezheti azt, és érvényessé tehet egy olyan elévülést, amely a redundancia tilalma miatt nem az.

Egy másik, az előzőhöz kapcsolódó probléma az, hogy a bűncselekményt, amely bármilyen típusú, de jól meghatározott, a tipikus magatartás szerint lehetne megnevezni, és annak ellenére, hogy jól meghatározott, redundancia lenne a megnevezés és a tipikus elírás között, ami indokolatlanul vezetne az alkotmányellenesség kimondásához.

Ezen kívül létezik az a jól ismert tézis, hogy minden definíció szinonimikus kérdést feltételez. Egy szót úgy határoznak meg, hogy több szót felcserélnek, például az emberölés és a gyilkosság. Az információ tehát mindig benne lenne a bűncselekmény megnevezésében, akár több, akár kevesebb szóval fejezik ki, így az Alkotmánybíróság érvelése, miszerint a kalózkodás inkriminált magatartására vonatkozó információ magában a törvényszövegben van, helyes, de így nem kínál vitára okot adó gátat.

A második változat arra utal, hogy az információ olyan információk redundanciája, amelyeket a normatív mondat kontextusa már tartalmaz:

1. példa: Feltételezzük, hogy a büntetőjog, amellyel foglalkozunk, a cselekmény elvén alapul. A probléma akkor merülne fel, ha egy olyan szót használnának igeiként, amelyet a cselekmény büntetőjogi szabályozása megkövetel, pl. "cselekményeket végezni", "magatartást tanúsítani",

<sup>124</sup> Mindezeket idézi: VERDUGO, *Código Penal*, 121. lábjegyzet, 121. o., p. 707.

<sup>125</sup> VERDUGO, *Kódex*, cit. sz. jegyzet. 121.

<sup>126</sup> Ez csak a cselekmény büntetőjogi aspektusát elégíti ki, de nem feltétlenül a büntetőjogi jogszerűség elvét.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

act", "use" stb. A PC. cikk434 a "cselekményeket" a bűncselekmény nyelvi elemeként használja. Ebben az esetben a törvény által ismertté válik, hogy egy cselekményt hajtanak végre, ami már ismert, mert a cselekmény büntetőjogával van dolgunk, így az egész kérdés a kiegészítésre van terhelve, a pontosításra várva.

2. példa: az irányadó ige használhat olyan általános, a bűncselekmény fogalmával megegyező vagy azt meghaladó cselekményosztályokat, mint a "nem teljesítés" vagy a "jogsértés". A büntetőjog ugyanis másodlagos vagy harmadlagos garancia az elsődleges szabály be nem tartásával szemben (természetesen a büntetőjog az, amely meghatározza a büntetőjogi jogellenességet). Ezért amikor "bűncselekményről" beszélünk, akkor alapvetően a következőkről beszélünk: egyfajta *szabálysértésről, valamiről, amit nem tartanak be* (például az emberölés esetében az élethez való garancia nem teljesül), a *jogi szabályosságtól* aktívan vagy passzívan *eltérő magatartásról*. És a pusztán hivatkozás a be nem tartásra vagy a jogsértésre túlmutat a bűncselekmény fogalmán, ami további elhatárolást igényel. Ezért van az, hogy ehhez szükség van egy kiegészítésre, amely behatárolja a büntetés gondolatát. Ezért ezt a kiegészítést felül kell vizsgálni.

Az ilyen kiegészítésnek ismét olyan normát kell bevezetnie, amely a bűncselekmény tárgykörénél konkrétabb gondolatra utal. Ha a rendelet, amelynek a magatartás típusát kellene meghatározni, csak visszautalja a problémát a tematikus terület többi részére, például a közlekedési szabályok megsértésére, akkor a rendelet, amelynek egy bizonyos területen belül a magatartás típusainak meghatározását kellene jelentenie, csak visszautal ugyanarra a tematikus rendeletre, és így nem éri el azt, amit kellett volna: a specifikusságot. Így tehát nem a jogalkotónak, hanem valaki másnak kell a politikai-bűnügyi kritériumokat meghatározni.

Bár hasznos lehet ebben a második változatban, egy ilyen kritériumnak vannak korlátai, mivel nem feltétlenül meríti ki a rejtett általánosság minden olyan formáját, amely e kritérium alá tartozhat és megfelelhet neki, és az a benyomásom, hogy a bűncselekményi módzatok esetében, mint például a kalózkodás, nem elegendő.

Egy további *hatodik* módszertani mutatót a bűncselekményi módzatok eseteire vonatkozóan a következőkkel lehetne megkísérteni. A modalitásokban a norma specifikusságának kritériuma nagyobb, mint amit az alaptípusokkal való összehasonlításnál látunk, mert a modalitás módszertanilag egy variáns egy általánosabb területen belül, amelyet éppen az alaptípus alkot. A modalitás megítélésének és annak megállapításának egyszerű kritériuma, hogy teljesül-e a normával szembeni csalás fajtája, azon a feltételezésen alapul, hogy a bűncselekmény modalitása tovább pontosítja az alaptípust. A hatókör sajátosságát egy olyan norma közbeiktatásával kell megadni, amelyet szükségszerűen hozzá kell adni az alaptípus szerkezetéhez; például a megtévesztés, a csalás magatartása esetében hozzáadjuk a nem létező hitel tulajdonításának változatát. Ha tehát a típus modalitása ahelyett, hogy a specifikusságot követné, olyan kifejezéseket vezet be, amelyek nem követik a kiterjesztés nyelvi redukciós vonalát, az alapszöveggel összhangban, akkor azt mondhatjuk, hogy a modalitás összehasonlítással nyitott. Negatív leírásként minden, ami beleesik, az index egy példányáé lenne.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Úgy tűnik számomra, hogy ugyanez vonatkozik a kalózkodás bűncselekményére is. Ez a lopás bűncselekményének egy formája, de ahelyett, hogy a jogalkotó pontosítaná, hogy mi ez a forma, a cselekmény büntetőjogából származó kifejezést használja: "aki cselekményt követ el", egyrészt. Ekkor azonban ahelyett, hogy meghatározná a rablás e típusra jellemző sajátos jellemzőit, egyszerűen azt mondja ki, hogy "kalózkodást" követnek el, vagyis egy minősítő jelzőt tulajdonít nekik, amely a legjobb esetben is az alaptípusra hivatkozik annak meghatározására, hogy mire vonatkozik, anélkül, hogy egy másik, kiegészítő jellegű, konkrét normát jelölne meg. Tökéletesen megérthetjük, hogy nem lehet mindent meghatározni, de ebből nem következik, hogy semmit sem kell meghatározni, vagy hogy a jogalkotó szabadon dönthet arról, hogy meghatározza-e a jellemzőit vagy sem. Ebben az értelemben a normatív nyelv nem követi az elvárt módszertani utat, informatív értelemben a kiegészítő információk jelzésére, a normatív koordináták valamelyik paraméterén belül: hely, idő, forma vagy alany. Mivel nem követi a koordináták vagy szabványok megjelölésének vonalát, ezért kiegészítő, nyelven kívüli-normatív elemekhez kell folyamodni annak meghatározásához, hogy mi a "kalózkodás".

5.2.3.

Miután láttuk a büntetőjog sajátosságainak megítélésére szolgáló mutatókat, szembe kell néznünk a típus értelmező megítélésével, bár most már más szemszögből. Erre a kihívásra is csak módszertani értékeléssel lehet választ adni.

Mint mondtuk, a büntetőjogi törvényesség elve a büntetőjog konstitutív eleme, a jog tehát a büntethetőség és a bűncselekmények fő alkotóeleme. A büntetőjog felépítésében és újjáépítésében aktívan részt vevő egyéb elemek közreműködése ellenére a büntetőjogi jogszerűség elvét *e többi elem részvételének korlátjaként határozzák meg*. Ebben az értelemben a büntetőjogi *adózás a büntetőjog értelmezésének módszertani korlátjaként* vagy korlátozásaként jön létre. És ennek lehet általános jogi perspektívája és speciális büntetőjogi perspektívája is.

a)

A gondolat az, hogy a jogi nyelv jelenti azt a *keretet, amelyben a jog* rekonstrukciós módszertanát ki lehet dolgozni. A *lex stricta* részleges normájának problémája ezeken a szempontokon megy keresztül: a jogi nyelv *általánosításának*<sup>127</sup> *tilalma*. Itt a jogszerűség elve úgy tűnik, hogy ellentétben áll egy erkölcsi intuícióval, a büntetési hézagok értelmezéssel való kitöltésével (ami a büntetőjogi jogszerűség hatáskörének eredeti kérdéséhez köt bennünket).

---

<sup>127</sup> A jogalap nélküli új szabályok alkotásának tilalma annak a szabálynak a következménye, hogy a bűncselekményt - mint fentebb láttuk - jogforrás alkotja.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Alapként elmondhatjuk, hogy általában véve a *többi* jogágban *sem lehet általánosítani*, ha a dolgokat módszertani szempontból vizsgáljuk. Amíg a jogszerűség elve mindig érvényesül bármely területen, addig a jogi nyelv mindig próbakő lesz. Még *keretként is*, maga ez a gondolat feltételezi, hogy nem lépjük túl ezt a keretet (amennyiben elfogadjuk a keret konkrét határát). Ha az általánosítás azt jelenti, hogy egy szabályos megoldást olyan esetekre is kiterjesztünk, amelyekről a szabály nem rendelkezik, akkor ez azt jelenti, hogy a szabályt az, aki értelmezni akarja, módosítja, és egy másik szabályt fogalmaz meg, más operatív esetekkel, amelyeknek más az esettartománya. Ha a törvényesség elve a módszertani érvelés előfeltétele, akkor tilos ilyen feltételek mellett ilyen kiszélesítő mozgalmat produkálni.

Ugyanígy az analógia használata, akár jó, akár rossz, nem tekinthető módszertanilag érvényes stratégiának semmilyen területen. Módszertanilag nincs olyan biztos kritérium, amely biztosítja vagy valószínűvé teszi a formális művelet kimenetelét. Az analógia "naiv szemlélete" állítólag azt tételezi, hogy "az emberekben van egy olyan képesség..., amely lehetővé teszi számukra, hogy szabályok közvetítése nélkül lássák a hasonlóságokat és a különbségeket" (F. Schauer).<sup>128</sup> Formai szempontból a jogi világban csak valamilyen szabály mondhatja meg, hogy egy eset vagy esemény mely jellemzői relevánsak, amelyeket egy osztályon vagy alosztályon belül kell figyelembe venni. Ez azért van, mert láttuk, hogy egy osztály konstruálásának van egy tetszőleges kritériuma, amelyet az választ ki, aki konstruálja. A mi esetünkben a normák kiterjesztését a jogalkotó adja meg, és ő választja ki a nyelvezetével és a karakterek kiválasztásával az általa megfelelőnek tartott politikai-bűnügyi céloknak megfelelően a kialakítandó osztályt. Ezért egy eset hasonlósága nem releváns kritérium annak megítélése szempontjából, hogy az adott eset a jogalkotó által meghatározott, rekonstruálandó osztályba tartozó eset vagy tag. A hasonlóság bármilyen szempontból megadható, és ebből a szempontból rekonstruktórként bármilyen osztályokat állíthatunk össze, bármilyen kritériumokkal, amiket csak akarunk. A kodifikációs büntetőjog címzettjeiként és rekonstruktóreiként azonban az érdekel bennünket, hogy felismerjük azokat a normatív kritériumokat, amelyek meghatározzák bizonyos számú, bizonyos dolgokban hasonló, más dolgokban eltérő esetek csoportosítási pontját. Például egy olyan eset, amikor egy adós, Juan Pérez, egy szimulált szerződéssel megkárosít egy másik, általában Miguel Ponce nevű hitelezőt, összehasonlítva egy másik esettel, amikor Luis Ruis egy szimulált szerződéssel megkárosítja Ernesto Guevarát, és összehasonlítva egy harmadikkal, amikor Hans Prowler egy másik hasonló helyzetben szintén egy szimulált szerződéssel megkárosítja Cristián Vitalit, a három esetre a jogi szabályok szerint eltérő normatív megoldások vonatkozhatnak, annak ellenére, hogy három hasonló esetről van szó. A helyzet hasonlósága ellenére elegendő, hogy a szimulált szerződés célja az volt, hogy a vagyontárgyakat kivonja a vagyonából, hogy ne fizesse meg az adósságát, és hogy Juan Pérez úr nem kereskedelmi tevékenységet folytató adós, hogy a büntetőjogi típus esete legyen a PC 466. cikkének 2. bekezdése: "Ugyanez a büntetés [szabadságvesztés bármelyik fokozatban] jár [a nem kereskedelmi tevékenységet folytató adósnak], ha az említett hitelezők kárára szimulált szerződéseket köt". Nem

<sup>128</sup> SCHAUER, F., "Kategorizálás a jog világában". Fordította: PÉREZ LLEDÓ, *Doxa*, 2005, p28. 319.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A már látott helyzet hasonlósága ellenére, van, hogy Luis Ruis úr szimulált egy szerződést, de a harmadik fél, Ernesto Guevara bizalmának megteremtése előtt, amelyen keresztül pénzt utalt neki, Ruis úrnak tulajdonítva azt; ilyen esetben, mivel a CP471 cikk a CP cikk alaptípusának modalitása<sup>473</sup>, annak hatálya alá tartozik: "Aki szimulált szerződést nyújt más kárára", börtönbüntetéssel vagy visszaeséssel büntetendő a minimális fokozataiban, valamint pénzbüntetéssel. Tekintettel az ugyanilyen típusú helyzetre, amelyben Hans Prowler érintett, még inkább hasonló, mivel ugyanolyan feltételekkel valósult meg, azzal az apró eltéréssel, hogy Hans kereskedő, akkor a helyzet atipikus, mivel a Btk. 7. pontjában szereplő csalások nem tartalmazzak további tipizálást egy ilyen esetre. Mindhárom esetben azt látjuk, hogy a hasonlóság nem csak a jogi kritériumhoz viszonyítva marad el, hanem azt is, hogy ez a jogi kritérium önmagában is összetett, mivel nem egy esetben a jogi kritériumok szervezett artikulációjára vonatkozó rendelkezések szisztematikus összekapcsolását feltételezte.<sup>129</sup>

Valójában, ha követjük az érvelést, a büntetőügyekben a legérdekesebb és legbonyolultabb esetek a hasonló esetek, ahol pontosan a büntetőjogok látszólagos konfliktusai fordulnak elő, amelyeket bizonyos normatív kritériumok alapján kell feloldani.

Úgy tűnik, az analógiás ugrás a semmiből a bizonytalanságba való formális ugrás, így az analógia megkonstruálása nem érvényesíti az analógiás érvelést, és nem is szolgál semmilyen érvelés igazolására. Ebből a szempontból tehát az analógiát nem feltétlenül ez a résznorma tiltja, hanem inkább az érvelés módszertani érvénytelensége.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> A szokásjog sem mentesül ettől a problémától. Ebben a rendszerben a probléma a következőképpen jelentkezik. Ha egyszer van precedens, a bírácnak minden hasonló esetben követniük kell azt. Ahhoz, hogy ne legyen kötelező, a bírói testületnek *felül* kell *bírálnia* ("*felülbírálnia*") a precedenst egy ellentétes döntéssel, de ezt annak a szintnek a bírói testületének kell megtennie, amelyik a precedenst létrehozta. A bírác a *megkülönböztetés* gondolatához folyamodnak, amellyel rámutatnak arra, hogy bár az ügy látszólag hasonló a precedenshez, a bíró vagy az értelmező megállapítja, hogy az ügyben van egy olyan körülmény, amely egy releváns jogi kritériumra utal, és más szabályra vagy elvre utal, amelyet más módon kell megoldani. Valójában a bírác igyekeznek erre a jogorvoslatra hivatkozni, hogy megszabaduljanak a precedensektől, amikor úgy érzik, hogy a precedensek szokásos értelmezése túlságosan korlátozza őket. Vid. RAZ, J., "Derecho y Valor Judicial" in: *La Autoridad*, idézett jegyzet, 231-241. o77,.

<sup>130</sup> Ez a probléma ismétlődik, akár "meggyőződésekről", akár "meggyőződésekről" beszélünk, ellentétben azzal, amit POLITOFF, S., MATUS J.P. és RAMÍREZ M.C., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2nd ed. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2003, 100. o., akik E. Cury-t követik. Ennek az az oka, hogy mint ismeretes, a meggyőződést vagy a hitet, ahhoz, hogy módszertanilag értékelhető legyen, objektív szempontból, azaz az *informatív tartalmából*, és nem a pszichológiai helyzetéből kiindulva vizsgáljuk. Ebben az értelemben a bírótól jogilag megkövetelt meggyőződés - nem a büntetés vagy a moratórium megadása - nem az első dolog, ami eszébe jut, hanem egy *racionális* meggyőződés. A racionális eljárás keretében a büntetőbírónak *meg kell indokolnia* a döntését, azaz át kell esnie az érvelést alátámasztó módszertanilag érvényes kritériumok vizsgálatán (lásd a CPP 342-d. cikkét), amivel, mint látjuk, az analógia nem rendelkezik. Ugyanez a racionális értelem vonatkozik a ténybeli meggyőződés kialakítására, ahol a logikai kritériumokra és a tapasztalati maximákra hivatkoznak (vö. a CPP 342-c, 341. és 297. cikke). Mindezek visszavezetnek bennünket a fentiekben bemutatott érvelés ugyanazon pontjához.

b)

Az általánosítás megvétőzése nem jelenti a keret mozgásának vagy *stratégiai* bővítésének tilalmát. A rugalmasság felé való elmozdulás két érvényes stratégiával érhető el, amelyeket *nagyjából* ismertetek. Ennek érdekében feltételezni kell, hogy a különböző szintű, típusú és terjedelmű szabályokból álló jogrendszert *értelmezéssel kell* létrehozni:

- Különböző *logikai hierarchiájú* jogi elemekkel rendelkezünk, ahol egyes szabályok elvként, mások pedig specifikációs szabályokként működnek. Ezután az *elvként funkcionáló szabályokra* hivatkozva ki lehet mutatni, hogy *egy bizonyos specifikációs szabály*, például a Polgári Törvénykönyv 1683. cikke pontosan egy esetet specifikál, mint például a *nemo auditur*, de mögötte egy általános elv áll, amely a polgári jog egész többi területére kiterjed, pontosan a *nemo auditur* elve; ily módon az esetek többi osztályára is kiterjed ez az elvi szabály, amely implicit, de a jogrendszerben elismert. Ez feltételezi egy más módszertani szintű értelmező elmélet felépítését. A kiinduló hipotézis implicit normaként működhet, amelyből bizonyos szükséges következmények levezethetők, beleértve a büntetőjog egy bizonyos területének bizonyos normáinak rekonstruálását. Ez a rekonstrukció a pozitív normákkal *összevetve* megmutatja magyarázó képességét, és így okot ad a levezetett séma és a felfedezett implicit norma, valamint az ebből levezetett összes következmény érvényesítésére.

- Egy cikk egy mondatának, különösen egy *szónak* az értelmezése tekintetében, ahol az előző lépés nem lehetséges, a mondatban szereplő szó egy általánosabb gondolat *példájaként* vagy *példányaként* kezelhető, amely egy bizonyos elméleti sémába illeszkedik, egy ilyen stratégia érvényesítheti ezt a sémát. A cél az, hogy elkerüljük az axiológiai hézagokba való beleesést.

A jogban azonban nem minden tisztán módszertani tudomány. A rendszer felépítésében rejlő okokból a jog beavatkozhat a módszertani szabályokba (helyesen vagy helytelenül, mint a Btk. 20. és azt követő cikkeiben), hogy bizonyos kívánt következményeket kijelöljön, vagy más elutasított következményeket elutasítson. Pontosán, az adózás a büntetőjogban a módszertanilag érvényes eredmények mértékének korlátozása vagy korlátozása érdekében a büntetőjogban egy speciális szabály a büntetőjogi területen. Ez azonban nem elegendő magyarázat, mivel bizonyos pontosításokat igényel, amelyek együtt járnak e különleges módszertani beavatkozás *ratio iurisával*. Hogy előremeneküljünk, az ok pontosan a büntetőhatalom alanyának rosszabb helyzetében rejlik, amint azt látni fogjuk.

Láthatjuk, hogy a szigor a jogban általában különböző fokozatokkal rendelkezik. Amint rámutattam, a büntetőjogi jogszerűség elve nem csupán a jogállamiság vagy általában a jogszerűség elvének a meghatározása. Bizonyos, hogy az előbbivel közös alkotóelemei vannak, de az állam kényszerítő hatalmának alávetett polgárok különleges helyzetére való tekintettel elvünknek szigorúbbnak vagy szigorúbbnak kell lennie a

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

megfelelés; így a jogszerűségnek *saját*, az általános jogszerűségtől eltérő jellemzői vannak. A jogi objektivitás, előrelátás és stabilitás érdekében elvünk célja, hogy korlátozzuk a két előző stratégiát a nagyobb védelem, a magatartás típus és a szankció alapfeltevéseinek általánosításában.

De a büntetőjog *stricti iuris* jellege sem egységes; *a jogi adóztatás szigora a büntetőjog tematikus területei szerint, a büntetéssel érintett javak nagyobb vagy kisebb veszélyeztetettségéhez viszonyítva fokozatosan változik. Az* alapgondolat itt a *lex certa* alszabálya által létrehozott különbségtételre épül (a speciális és az általános jog között). Ebben az értelemben az adózás fő gondolata az, hogy minden büntetésnek alaptengelye legyen a speciális rész sajátos fajtái és sajátos szankciói. Itt nagyobb a szigor, mivel nem engedi meg a büntetés alkalmazásának széleskörű feltételeit vagy normatív feltételezéseit, ami az állam kényszerítő hatalmának alanya számára az előreláthatóság, a stabilitás és az objektivitás védett jogi értékeinek sérelmével járna.

Az általános rész tekintetében az általánosítás tilalma kevésbé szigorú. Először is azért, mert a büntetés *általános* alapjainak megállapításáról van szó. Másodszor pedig azért, mert a büntetés alóli mentességgel, mint az állami kényszer alanya számára nyújtott garanciával kapcsolatban nem szabad elfelejteni, hogy a védett értékek nem egyeznek meg ugyanúgy, mint a tervezett áldozat esetében, és ezért nem egyeznek meg ugyanolyan szigorúsággal vagy erővel. Úgy tűnik számomra, hogy a bűnösség elvének a tiltás hibájával kapcsolatos konstrukciója közöttünk e módszertani felfogás alapján valósult meg.<sup>131</sup>

A speciális részben, mint mondtam, a módszertani lehetőségekre vonatkozóan erős *konvencionális* korlátozások vannak. A büntetőjog egyetlen helyes rekonstrukciója a büntethetőség előállítása érdekében az, amely a rekonstruált speciális normák szemantikájának közvetlen tartományába tartozik, amely kizárólag a jogi normákkal és azok lehetséges tartalmával áll korrelációban. Ez a rekonstrukciós szint a speciális rész típus- és büntethetőségi szabályainak a különleges szabályai a kulcs a büntethetőség belépéséhez és lezárásához. A törvény és annak nyelvezete a büntetőhatalomnak alávetett polgár számára biztosítékot jelent, ezért ezt a határt tiszteletben kell tartani, oly módon, hogy a határain kívül ne legyen büntetőjog. Sem a jogelvek, sem a jogjavak nem érvényesülnek a közvetlen büntethetőség megteremtésében, úgy, ahogyan a speciális szabályok teszik.

A problémák azonban nem állnak meg itt. Tudjuk, hogy a nyelv néha keretet ad, máskor pedig homályos és kétértelmű helyzeteket teremt. És, mint már rámutattunk, a norma konkrét jelentésének meghatározása nagymértékben módszertanilag rekonstruálódik, annak minden szabályával együtt. Az értelmező nem léphet túl a kereten. Egy ilyen keretnek azonban van egy konszenzusos jellege, amelyet maguk a felhasználások adnak.

<sup>131</sup> CURY, E., "El Estado Actual de la Doctrina y Jurisprudencia Nacionales en Torno a los Problemas del Error de Prohibición", in: RODRÍGUEZ, L. (Coord.), *Delito, Pena y Proceso*. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, pp2008,. 237-248.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a közösségben szereplő szavak és annak a mondatnak a nyelvi kontextusa, amelyben szerepel, sőt, a mondatok egy bizonyos kötőszava is. A lehetőségeknek ez a kerete részben intuitív a tolmács számára, éppen a nyelvhasználat módja miatt abban a közösségben, amelyben részt vesz, részben pedig empirikus, hiszen lexikográfusként működhetünk, összegyűjtve a szó különböző kontextusokban való használatát (időmegtakarítást kínál a szótár, amely összegyűjti és összefoglalja az illetékes résztvevők különböző nyelvhasználatainak lexikográfiai munkáját, de ezt bizonyos szabályok szerint teszi, amelyeket egy közösség nem feltétlenül tarthat be<sup>132</sup>), beleértve a szigorúan jogi értelemben vettet is. Így az *abigeato*, amely az állatok lopását feltételezi, az "állatok" szó használatával nem terjeszthető ki az élettelen dolgokra.

Első pillantásra ez rendkívül fontos korlátozásnak tűnik. A nyelvi nyitottság és a kontextus óriási befolyása miatt azonban az általánosítás tilalma kezelhető a tolmács számára, mert ezt a nyitottságot arra használhatja, hogy a bűnözői alak rekonstrukciójának tulajdonított elméleti jelentést a lehetőségek keretébe illessze. A korlátozásnak bizonyos mértékig, amint azt fentebb már jeleztük, intuitív és empirikus felhangjai is vannak. Intuitív, mert a tolmács hivatkozhat a kifejezés ismert használatára, és így kérheti az olvasót vagy a befogadót, hogy ragaszkodjon hozzá, egy bizonyos nyelvhasználóként szerzett ismereteire támaszkodva, vagy pedig hivatkozhat a különböző használatok lexikográfiai vizsgálatára, akár a szótár, akár olyan nyilvános cikkek segítségével, amelyekben a kifejezést ismételten ebben az értelemben használják. Megjegyzendő, hogy az Alkotmánybíróság ilyen vizsgálatot végez, amikor a "Kalózkodás-ügyben" a "Wikipedia" honlapot, egy olyan oldalt, amelyet a nyilvánosság bármely tagja létrehozhat és módosíthat, a Spanyol Királyi Akadémia (a továbbiakban: RAE) szótárát és J. Escriche szótárát idézi annak kimutatására, hogy mi a "kalózkodás" szó nyilvános használata (5. preambulumbekkezdés). Figyelembe kell venni a mondat nyelvi kontextusának hatását is, amint azt a 3. fejezetben láttuk.

A használaton kívülre kerülő kifejezések esete viszonylag eltérő. Ez egy olyan szó, amely a köznyelvben már elavulttá vált, de amelyet alkalmanként a dolgok egy másik osztályára is használhattak. Így például a 3301. törvény 1. cikke elrendelte, hogy a PC 494 n<sup>os</sup> 8. és 10. cikkében szereplő "flebotomista" kifejezés helyébe a "fogorvos" kifejezés lépjen, amikor ez a szakma létrejön (2. cikk). A "flebotomiano" kifejezésnek más jelentése van, és a fogorvosra utal; a RAE szótára 1869-es változatában azt írja, hogy az, aki a vérzés művészetét gyakorolja, a flebotomia vagy a vérzés (és más dolgok, mint például a vágás, a pióca, a csészésés stb.) tanítója. A jogalkotó megtartotta a PC 491. cikkének kvázi-deliktokra vonatkozó kifejezését, ami arra engedhet következtetni, hogy a régi szakmákra és a kivéreztetők gyakorlatára való hivatkozás megmaradt. A módosítással azonban a kifejezés és maga a gyakorlat is teljesen használaton kívülre került. Ezért a következő összefüggésben használták fel

---

<sup>132</sup> Chilében például a "diktálás" szót használják, amely nem szerepel a RAE szótárában, és a "diktálás" szót helyettesíti, vagy a "valoratív" szót a "valoratív" kifejezés helyett a "valorikus" szóval. Nos, ami a jelentését illeti, a "pristine" szót (amely valóban szerepel a szótárban), Chilében arra használják, hogy valami *tiszta* dologra utaljon, és nem arra, hogy az *őseredetűnek* minősül.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A "flebotomista" jogi kifejezés a fogorvos vagy fogszakorvos<sup>133</sup> értelmében. Az ilyen esetek értékeléséhez (a 3.301. sz. pontos törvény kiterjesztésének érvelésén túl) kétféleképpen lehet eljárni: vagy az előző eseteket megoldottnak tekintjük, mint közhasználatot, és így ezt az értelmet adjuk neki, vagy tagadjuk. De ha ezt az igénybevételt megengedjük, az az általánosítás érvényesítését jelenti, olyan esetekre, ahol még lexikográfiai bizonyíték sincs az ilyen használatra, kivéve a bíróságok szabályának megsértését. Valójában a fent említett használat csak a szabály megsértését jelenti, így nem lehet érvényesíteni egy olyan törvényt, amely csak egy ilyen szabálytalanság alapján létezik. Az már más kérdés, hogy az ilyen szabálytalan használat kiváltotta-e az eltérő használatot a közösség többi résztvevőjénél, akik nem a szabály korlátozásában járnak el, hanem amelynek működése logikailag megelőzi azt. Rájuk irányul a rendelkezés védelme, és az ilyen résztvevők használata érvényesíti az eredeti jelentés másra való kiterjesztésének lehetőségét.

Mivel ez a szabály az értelmezőt korlátozza, éppen az kerül sarokba, aki a törvényt alkalmazza. Ily módon a bíró rekonstrukciója kerül megkérdőjelezésre. Ezért a bíró, még a legfelsőbb bíróság bírója sem elégszik meg azzal, hogy ítéletében pusztán a típus rekonstrukciós elméletét ismerteti, hogy azt érvényesítse. Meg kell mutatnia, hogy a normatív-büntetőjogi mondat nyelvi használata a nyelv által kínált lehetőségeken belül van.

Röviden, a büntetőjogi törvényesség elvének rekonstrukciója belső szempontból nagyrészt olyan erős elemeket tartalmaz, amelyek akadályozzák az értékek konkretizálását, és nagymértékben a megvalósítása a módszertani beavatkozás olyan erős elemeit igényli, amelyek az olvasni tudásnál sokkal nagyobb követelményeket támasztanak az értelmezővel szemben, hogy az elv konstrukciójának erős korlátai mellett garanciát tudjon adni az e jogintézményben érintett jogi értékeknek.

A jogalkotó részéről ennek az elvnek a technikai konstrukciója nagyobb munka- és elemzési terhet ró a jogalkotóra, mint a jogszabály többi része tekintetében. A törvény más részein a jogalkotó bizonyos mértékig a bíróra támaszkodhat bizonyos kognitív hiányosságok pótlásában vagy a jogalkotási technika javításában. Büntetőügyekben azonban a bíró nem teheti ezt meg, és nagyrészt a kiegészítés feladata is tilos számára. Egy jogállamban ugyanis a jogállamiság által védett magasabb rendű értékek miatt az állampolgárok életébe és tulajdonába való állami beavatkozás sokkal összetettebbé válik.

## 6. Mi marad a jogszerűség elvéből a rekonstruált norma szintjén?

A norma rekonstruálása után úgy tűnik, hogy a büntetőjogi törvényesség intézményét sújtó kísértetek a jogi érvelés felsőbb gyűrűiben maradtak. Valójában úgy tűnik, hogy itt csak a büntetőjog, különösen a büntetőjog alkalmazásának működése releváns, és csak az alkalmazás módszertanának megvitatása, azaz a

<sup>133</sup> ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*. Santiago: Gibbs, t1965., IV, p. 254.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

vagy egy szillogisztikus, egy instanciális vagy egy nomológiai deduktív modell alkalmazása.<sup>134</sup> Itt azonban a jogszerűség egy másik problémával szembesül: megdönthető-e a büntetőjogi jogszerűség, és ésszerű-e a büntetőjogi jogszerűség egy multikulturális világban? Véleményem szerint a büntetőjogi törvényességnek ez a problémája a bírák szemszögéből nézve olyan probléma, amelyet nem tudatosan vállalnak, és amely magát a szabály vagy norma (a szabálykövetés) fogalmát érinti.

## 6.1.

Amióta R. Dworkin két jogesetben ("*Riggs v. Palmer*" és "*Henningsen v. Bloomfield Motors inc.*") kimutatta, hogy a bírák az elveket is ítélezési jogként kezelik, azóta az elvek és szabályok közötti különbségtétel terítéken van. Azóta azt mondják, hogy a szabályok mindent vagy semmit nem jelentenek. Mert ami a szabály hatálya alá tartozik, arra szükségszerűen ezt a szabályt kell alkalmazni, kategorikusan meghatározva az eredményt, ha pedig nem, akkor a szabály nem alkalmazható, tehát nem szabad alkalmazni; míg az elvek megvalósulásának súlya van, azaz nem végleges eredményt adnak az elvileg a hatályukba tartozó esetek tekintetében.<sup>135</sup> J. Raz azonban joggal mutatott rá, hogy ha - ahogy Dworkin mutatja, hogy az elvek törvények - a "*Riggs v. Palmer*" ügyben hivatkozott elv egy jogi szabály legyőzésével szerzi meg az alapító okiratát, akkor ez azt mutatja, hogy a szabályok nem minden vagy semmi.<sup>136</sup>

Ez bonyolultabbá tette a dolgokat, mivel a szabályok legyőzhetőségének kérdését, és ezzel együtt a morális szabályok beavatkozását a joggal való versengésbe hozta be a vitába. Ennek következtében a jogi szabályok jellemzése is meghatározhatatlanná vált, különösen magában az alkalmazásban.

A megvalósíthatatlanságot a jogi szabályoktól való hallgatólágos eltérésekkel azonosítják, amelyekkel megakadályozzák egy olyan jogi szabály alkalmazását, amely nyelvezete szerint egy bizonyos egyedi helyzetet ural. A művelet egy olyan elv, például a jogban figyelembe vett szabály közbeiktatásával történik, amely inkább erkölcsi jellegű. Egy ilyen összeütközés nem befolyásolná a normák érvényességét, mivel ez csak egy konkrét esetben jelentene vereséget, amely nem általánosítható. Nos, az egyik megoldás erre a problémára az, hogy egyszerűen elutasítjuk a legyőzhetőséget, de annak árán, hogy A.

<sup>134</sup> A végrehajtási műveletekhez vid. MENDONÇA, D., "Aplicación del Derecho" in: GARZÓN és LAPORTA (Comps.), *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, pp1996,. 270-275.

<sup>135</sup> Dworkin hozzászól: "Ha szabályokról vagy normákról beszélünk, akkor azt mondhatjuk, hogy *funkcionálisan* fontosak vagy nem fontosak... Ha két norma között konfliktus van, akkor az egyik nem lehet érvényes". DWORKIN, R. "The Rules Model (I)". *Los Derechos en Serio*, ford.: GUASTAVINO, Barcelona: Ariel, 1984, 73. és ff. o.

<sup>136</sup> RAZ, J., "Jogelvek és a jog határai", *The Yale Law Journal*. 81. évf. 5. szám (1972), 832. és azt követő oldalak. Ugyanebben az értelemben HART, H.L.A., "Post Scriptum", *Estudios Públicos*, n° 65 (1997), 249. o. Lásd még DWORKIN, R., "El Modelo de las Normas (II)", *Los Derechos*, idézett jegyzet, 135-145. o.135,.. választ.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Peczenick, hogy elveszi az erkölcsöt a törvénytől, és ezáltal a legitimitást a lakosságtól.<sup>137</sup> Ezért egyes bírák számára a legyőzhetőség megkönnyebbülést jelent a lelkiismeretük számára, mivel megszabadítja őket azokatól az ellenkező értelmű korlátoktól, amelyekre a jogszerűség néha korlátozza őket, lehetővé téve egy intuitív erkölcsi szempontból kielégítő megoldást (mások számára pedig lehetővé teszi, hogy ne kelljen ismerniük a jog által kínált megoldási formulák teljes szerkezetét és különböző kombinációit).

A maga részéről technikailag a megdönthetőség nem tűnik olyan súlyosnak, mivel ez csak egy kivételi mechanizmus, és nem olyan, amely például a büntetőjogi típust kiterjeszti. Ugyanakkor magát a *jogi szabály* fogalmát is érinti, mint láttuk, és ebben az értelemben érinti a büntetőjogi törvényességet. Mert amikor egy büntetőjogi szabály megdől, akkor nem arról van szó, hogy egyszerűen kilyukad, vagy fekete lyuk keletkezik benne, hanem az érinti az esetkörét, amelyet maga a szabály és a szabály mibenlétének előzetes értelmezése határoz meg. Az esetek ilyen tartományát pedig a szóban forgó büntetőjogi normákra alkalmazott szabály értelmezésére vonatkozó elméleti tétel implikálja.

Véleményem szerint be kell vezetni a már rekonstruált szabály és az épülő szabály közötti módszertani különbséget, és meg kell szüntetni az elvek és szabályok közötti különbségtétel dichotóm jellegét.<sup>138</sup>

Ha a már rekonstruált büntetőjogi norma perspektívájából indulunk ki, akkor rámutathatunk arra, hogy a már rekonstruált és normaként elfogadott norma definíció szerint deontikusan kötelező. Ebben az értelemben azt mondhatnánk, hogy ha egyszer már elfogadták, akkor *formálisan* egy mindent vagy semmit alkalmazásról van szó, anélkül, hogy súlyos következetlenségbe esne: ha beleesik a rekonstruált és elfogadott feltételezéseibe, akkor a tartalmát alkalmazni kell, ellenkező esetben nem. Az elfogadás az adott eljárásra vonatkozó módszertani (nem ismeretelméleti) döntés, amely az azt elfogadó személyt önkorlátozza, oly módon, hogy ha a bíró-értelmező elfogadja a büntetőjogi szabály rekonstrukcióját, miután már végigjárta az összes módszertani *összefüggést*, mind az alapozás, mind az alkalmazás tekintetében, és okkal gondolhatja úgy, hogy az a büntetőjog legjobb rekonstrukciója az ellenőrzési szempontok szerint, akkor annak elméletileg rekonstruált tartalmához kötve van az alkalmazása tekintetében.

Más a helyzet, ha egy kognitív probléma miatt nem vagyunk biztosak abban, hogy az elfogadás helyes-e, és idővel a normát *konstruálandó hipotézisként* kell kezelnünk; de ez, mint látható, azt jelenti, hogy vissza kell térnünk a norma rekonstruálásának szakaszába. Mindennek az a következménye, hogy egy normát nem lehet megdönteni anélkül, hogy a norma érvényességét ne érintené.

Egy normának különböző érvényességi koordinátái vannak, pl. valós, időbeli, térbeli, személyes stb. Amikor a feltételezett legyőzhetőség bekövetkezik, rekonstrukciós szempontból a

<sup>137</sup> PECZENICK, A., "Una Teoría acerca de la Doctrina Jurídica", *Revista de Ciencias Sociales Sobre el Razonamiento Jurídico*, n° 45 (2000), p. trans1299,.

<sup>138</sup> Hogy lássuk, hogy a megkülönböztetés nem dichotómia, PUTNAM, H., *El Desplome de la Dicotomía Hecho/Valor y otros Ensayos*. Hagyomány: FORN i ARGIMON, Barcelona: Paidós, 23-28. o2004,.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a büntetőjogi norma hermeneutikai *hipotézise* egy adott esetben megcáfolódik a norma javasolt esetkörére tekintettel. Egy ilyen cáfolat az egész logikailag összefonódott vagy összekapcsolt konstrukciót érinti. Ezért egy szabály implicit kivétele mindenekelőtt magának a rekonstrukciós elméletnek a vereségét jelenti (amit a teljes jogrendszer és annak különböző kombinációinak teljes ismeretének hiánya okoz, amellyel az ember rendelkezik), ami azt mutatja, hogy a rekonstrukció nem volt elég erős ahhoz, hogy átmenjen a módszertani ellenőrzési kritériumokon, különösen a jogrendbe való szisztematikus beágyazáson a többi, különböző mértékű és általánosságú szabály (rekonstrukciójával) együtt. Az ilyen vereség a büntetőjogi norma veresége helyett annak *elmozdulását* vagy *visszavonását* okozza a problémás érvényességi koordinátákban (teljes vagy részleges konfliktus).

A fentiekből úgy tűnik számomra, hogy technikailag nem lehet magát a normát elvek által legyőzni. Ha a büntetőjogi jogszerűségnek érvényt akarunk szerezni, akkor a büntetőjogi normát nem hagyhatjuk, hogy egy erkölcsi jellegű elv (vagy érték) legyőzze.

Az elvek tekintetében nem szabad elfelejtenünk, hogy a kodifikációs jog szisztematikus igényt támaszt a bemutatására, és magában foglalja azokat az elveket, amelyekből a specifikáció szabályait kivonják. De mindkettőnek kötelező normatív-jogi jellege van, és megfelelő esetekben alkalmazható. Egy ilyen séma a normák rekonstrukciójának kontextusába helyezhető, ahol a jogásznak a teljes rendszert kell rekonstruálnia, és ahol az elveket, valamint a specifikációs szabályokat a hipotetikus rekonstrukciós sémában elfoglalt helyük határozza meg.

Ennek az a jelentősége, hogy az elvek nem erkölcsi típusúak (bár tartalmukban megismétlődhetnek), hanem jogilag és formailag fogalmazódnak meg és kerülnek kiválasztásra, egy olyan jogi rekonstrukciós sémán belül, amely a már látott három szinten halad át: az alapítás és az alkalmazás összefüggésein, valamint a normák rekonstrukciós szintjén. Minden szinten a megfelelő ellenőrzési kritériumoknak vannak alávetve: az elmélet belső logikai koherenciája és külső koherenciája más alakzatokhoz képest, a normatív jogi nyelvezet megragadása, integritásuk más összefüggésekből, például az alkotmányos összefüggésekből származó felettes szabályokkal, valamint a védelmi elvárások teljesülése. Ezért tartalmuk nem teljesen nyitott, hanem e jogi módszertan által tulajdonított, ami megköveteli, hogy a tartalom konkrét normatív következményekkel (specifikációs szabályokkal) fejleszthető legyen; így viselkedik például a mi saját büntetőjogi törvényességi elvünk, amelynek van egy konkrét tartalma, amelyhez részelvek kapcsolódnak.

Ily módon az elvek ugyanolyan rekonstrukciónak vannak alávetve, mint a konkrét szabályok, és egy összefüggő egész részét képezik. Röviden, mind az elvek, mind a specifikációs szabályok rendelkeznek normatív jogi formával (explicit vagy implicit), ami miatt minden konfliktus érinti az érvényesség bizonyos koordinátáit és a jogi-módszertani rekonstrukciót.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Összefoglalva, egy norma, például a büntetőjogi norma rekonstrukciójának elfogadása egy bizonyos elmélet melletti elkötelezettséget jelent, amely a normatív mondatok egy csoportjának egy meghatározott tartalmat rendel azáltal, hogy szemantikai jelentést tulajdonít az artikulációnak. Egy ilyen javaslat az elmélet alkalmazása során felülvizsgált esetek azon területére is *kihátással* van, amelyre bizonyos normákat alkalmazni kell. Ezért, miután a rekonstrukciót normaként elfogadtuk, az alkalmazás tényszerű *műveletének* egyszerűen képesnek kell lennie arra, hogy megismételje azt, amit bizonyos mértékig az alkalmazás kontextusában előre látunk, amit a második szint <sup>139</sup>implikál, ahol magának a normának az érvényességét rekonstruáljuk. Ebben az összefüggésben, ha a norma releváns és alkalmazható az adott esetre, az alkalmazás ténybeli működésében történő későbbi bemutatását tervezik. Ez triviális ismétlésnek tűnhet, de nem is olyan triviális, hiszen ez az előreláthatóság konkretizálja a büntetőjogi jogszerűség elvének a valóságban való előreláthatóságának értékét.

Mivel viszont az alkalmazási kontextusból már eleve meg van határozva, hogy mi lesz a gyakorlati alkalmazás művelete, ezért a már rekonstruált norma fázisában, a diskurzus végén egy fentebb elméleti tartalmában elfogadott norma alkalmazásának vereségét megengedni, maga a diskurzus szempontjából elvi következetlenség (kivéve az ad *hoc* hipotézisekhez való folyamodást). Így, ami a már rekonstruált konkrét büntetőjogi szabály érvényességének eseti tartományába esik, és meghatározta annak alkalmazását az alkalmazás kontextusában, azt mindent vagy semmit szabályként kell alkalmazni.

Egy példa, amin már dolgoztam korábban, a közpénzek hűtlen kezelésével kapcsolatos bűncselekmény rekonstrukciója (233 CP).<sup>140</sup> Antonio Carrasco T., köztisztviselő, 4 UTM összegű közpénz vagy közvagyon eltulajdonítását követte el, amelyet letétként kezelt, Leonel Ruiz és Marcos Zambrano társaival együtt, akik nem rendelkeznek ilyen miniszteri státusszal. A kiszabott büntetések: középsúlyos szabadságvesztés, pénzbüntetés, valamint a közhivataltól való eltiltás. A törvény szövegének rendelkezései szerint úgy tűnik, hogy a Büntető Törvénykönyv 233. cikkének típusa és büntetése Antonio Carrascóval együtt az utóbbiakra is vonatkozna. Az érvelés lerövidítése érdekében tudjuk és elismerjük, hogy a bűncselekmény (típusában és büntetésében) két, egymással összefüggésben álló jog alapján épül fel: a mások tulajdonának tiszteletben tartása és a közigazgatás iránti lojalitás törvényes kötelezettsége. Ezért az alkalmazás kontextusára nézve láthatóvá válik, hogy a CP 233. cikkének normáját Leonel Ruizra, Marcos Zambranóra vagy "Juan Pérezre" alkalmazni próbáló kísérlet egy nem rájuk konstruált norma alkalmazását fogja eredményezni, amely két olyan jogi eszköz összekapcsolásán alapuló káros magatartással vádolja őket, amelyeket nem tudnak kifejezetten egészben károsítani, és a kettős károsítás feltételezésén alapuló büntetést fog alkalmazni velük szemben.

<sup>139</sup> Itt különbséget kell tenni az alkalmazás kontextusa és az alkalmazás tényleges működése között. Az előbbi egy olyan szint, amely az adott bűncselekmény rekonstrukciós elméletén belül belsőleg jelentkezik. Ennek pusztán elméleti jelentése van. A második, a művelet, a normák érvényességének konkretizálódási fázisa, amelynek a valóságban kell megtörténnie, és előzetes elméleti tevékenységet feltételez.

<sup>140</sup> GANDULFO, "La Validez", idézi az 524-526. sz. jegyzetet7,.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ezért ismét felülvizsgálhatjuk a norma jelentésének konstrukcióját, és rámutathatunk arra, hogy a norma célja azon személyek megbüntetése, akik képesek egyszerre mindkét jogi eszközt megsérteni, amit nem tehetnek meg azok, akik nem rendelkeznek köztisztviselői státusszal, ami a közigazgatáshoz való lojalitás kötelékét jelenti számukra. Ezért a PC. cikk233 jelentésének rekonstrukciója negatív szempontból azt jelenti, hogy a bármilyen minőségben részt vevő nem köztisztviselők nem tartoznak a bűncselekmény hatálya alá. Ez a büntetőjogi elméletből kiinduló belső rekonstrukció tehát csak a köztisztviselők tekintetében határozza meg az esetek körét, és ha visszavezetjük az alkalmazási kontextusba, akkor az olyan személyek, mint Leonel Ruiz és Marcos Zambrano kikerülnek a büntetőjogi norma eseteinek köréből. A mondatban a gyakorlati alkalmazás működéséhez képest ez nem a CP233 cikk vereségét fejezi ki, hanem az alkalmazás elmaradását, mivel a norma egyedi eseteinek tartományán kívül esnek.

A következőket szeretném hangsúlyozni: 1) A legyőzhetőség elérésére törekvő moralizáló célzat terhét a normák rekonstrukciós szakaszában át kell helyezni egy módszertani kérdésbe, és ott meg kell adni neki a jogrendszer formáiban a neki megfelelő csatornázást; 2) Hasonlóképpen, a bizonytalanság episztemológiai problémája miatt mindig nyitva marad egy norma vagy normakészlet helyes vagy helytelen módszertani rekonstrukciójának a vitája, akár az alapozás, akár az elméleten belüli alkalmazás *kontextusában*; és 3) Most pedig, a módszertani kérdés miatt, miután egy norma vagy normakészlet módszertani rekonstrukciója megtörtént, mindig nyitva marad egy norma vagy normakészlet helyes vagy helytelen módszertani rekonstrukciójának a kérdése, módszertani kérdésként, miután az érintett normák érvényességének rekonstrukciója befejeződött - miután a kontextusokat és az ellenőrzéseket áttekintettük -, a normát a pontos elméleti jelentésével együtt el kell fogadnunk, és át kell térnünk az alkalmazás *tényszerű műveletére*, közvetlenül megismételve az alkalmazás kontextusában látottakat.

Alkalmazásuk során a büntetőjogi szabályok, különösen a részletszabályok, teljes érvényességüket, azaz az esetek szabályozására vonatkozó kötelező erejüket nyerik el, és minden egyes, a szabály hatálya alá tartozó ügyet alá kell vetni a szabály előírásainak.

Ily módon a büntetőügyekben a törvényesség elve, a szabályokat a már rekonstruált és elfogadott szakaszukban vizsgálva, minden más okot felülmúlóan teljes mértékben érvényesül.

## **6.2. Kiegészítések: multikulturalizmus.**

A büntetőjogot és különösen a büntetőügyekben érvényesülő jogszerűség elvét az a kritika éri, hogy az nem képes kezelni a multikulturális társadalom problémáit, sőt, éppen ellenkezőleg, hajlamos arra, hogy kényszerítéssel elnyomja a különbségeket. Ez lenne a helyzet például a különböző etnikai kérdésekkel és igényekkel szemben. Röviden, a jogszerűség elve és a törvény előtti egyenlőség elve minden kulturális kifejezőmód és a szabad kibontakozás elve keveredik vagy ütközik.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Véleményem szerint a multikulturalizmus pusztá ténye nem olyan releváns kérdés a büntetőjogi jogszerűség elméletének felépítésében. Tény, hogy ez inkább esetleges jellegű.<sup>141</sup> Valóban, lehet, hogy egy monokulturális társadalomban élünk, de a háttérben mindenképpen ott van az a politikai-jogi kérdés, hogy az emberek közötti bizonyos különbségeket vagy lehetséges különbségeket tiszteletben *kell-e* tartaniuk másoknak.

Ez azért van így, mert bár monokulturális társadalomban élünk, minden olyan egyént vagy egyéneket bármely csoportját, akik valamikor eltérnek a többségtől, a különbségek tiszteletben tartásának kötelessége és a szellemi fejlődésükben más utakat választó szabadsághoz való jog alapján tiszteletben kell tartani ebben a döntésben és a vele járó gyakorlati következményekben (amennyiben az nem okoz kárt harmadik személyeknek).

Ebben az értelemben nem szabad elfelejtenünk, hogy az egyenlőség elve nem *empirikus* egyenlőségi körülményeken alapul, mivel éppen a különbözőségeink azok, amelyek miatt bizonyos témákban egyenlő bánásmódra van szükség. Így bizonyos, a normatív hatalom által kifejezetten kiválasztott megfontolásokban létezik a minimális egyenlőség eszméje. Ezt akarjuk megmenteni a Polgári Törvénykönyv 1. cikkének (1) bekezdésében foglalt erős gondolattal, annak érdekében, hogy: "Az emberek méltóságukban és jogaikban egyenlőnek születnek...". A felmerülő probléma az, hogy meghatározzuk, melyek azok a jogok, amelyek születésüktől fogva egyenlőek.

A szabadságot jogi normák építik fel és ítélik meg, mint az elsőbbség garanciáját jogrendszerünkben, amelyet minden embernek egyformán tulajdonítanak, már a Polgári Törvénykönyv 1. cikkének (1) bekezdésében. Alapvetően az Alkotmány a szabadságon keresztül állapítja meg a személyként való életválasztást, amelyet megerősít az egyes személyek autonómiája vagy szabadsága, hogy a lehető legnagyobb szellemi és anyagi kiteljesedésre törekedjenek, amint azt a 4. cikkelyben elismerték. 1. cikke, amely szintén biztosítja a lelkiismereti szabadságot, mint a világ és annak jövője megértésére vagy magyarázatára vonatkozó leíró és értékelő meggyőződések strukturálását (a polgári perrendtartás 19. cikkének 6. pontja), valamint a tanítás szabadságát (a polgári perrendtartás 19. cikkének 11. pontja), az egyesülési szabadságot (a polgári perrendtartás 19. cikkének 15. pontja), a munkavállalás szabadságát (a polgári perrendtartás 19. cikkének 16. pontja) és az önfenntartást szolgáló vagy más célú gazdasági fejlődés szabadságát (a polgári perrendtartás 21. cikke).

Ebben az értelemben az Alkotmány a jogok arzenálját veti be annak érdekében, hogy szabadon felépíthessünk egy, a politikailag domináns többségtől eltérő hitrendszert (pejoratív vádak nélkül), és azt fejleszthessük, e rendszer szerint élve, integrált módon. Röviden, amit tudnunk kell, az ennek a szabadságnak a jogi elosztása egy jogállamban, amelyet a jogállamiság és annak margójára irányítanak.

---

<sup>141</sup> Ezzel szöges ellentétben állok H. Rojas Corral tézisével, aki a plurális, multikulturális és multietnikus társadalom feltételezéséből indul ki, hogy értelmet adjon a multikulturalizmus elvének beépítésére irányuló javaslatnak. ROJAS CORRAL, H., "El Principio del Multiculturalidad. Un Aporte a la Protección de los Derechos Humanos Culturales", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. n° (182000), p. 454.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Ami a büntetőjogot és magát a büntetőjogi törvényességet illeti, figyelembe kell vennünk, hogy ez a jogszabály a jogállamiság (beleértve a célokat és funkciókat is) margójára illeszkedik, így az előző bekezdésben felvetett probléma megoldása a büntetőjogot oly módon kell, hogy bevonja, hogy az a maga specialitásában összhangban legyen vele, és a törvényesség elvének - véleményem szerint - tartalmát is az általa támasztott követelményekhez kell igazítani. A büntetőjog jogi szempontból egy második (vagy harmadik) fokú garanciális konstrukció, ahol a védett értékeket a jogrendszer többi része adja. Ezért a probléma megoldása sokkal nagyobb, mint maga a büntetőjog és a büntetőjogi törvényesség, de ami a kriminalistát illeti, mindenképpen a büntetőjogi válasz konkrét formája, amelyet a szabadság és a kulturális pluralizmus kérdésére adott büntetőjogi válasz fogad el.

Nézzünk egy példát. Ha a büntetőjog a nyugati értelemben (a zsidó-keresztény hagyományban) kialakult fogalmi sémaként értelmezett magántulajdont, valamint az ugyanilyen értelemben vett birtoklást védi, és ezt a polgári jog nagyrészt így határozza meg, például a birtokbejegyzés alá eső földterületek és az 5 vagy 10 éves elévülési szabályok esetében, akkor nagyon ésszerű ezeket a szabályokat alkalmazni, és az e szabályok alapján cselekvő polgárokat (még azokat is, akik nem tartják be azokat) büntetőjogi garanciával védeni. Ez természetesen nem ismerhető meg egy büntetőjogi szabály pusztán *prima facie* tér-időbeli alkalmazásával; ehhez *kontextuális megítélésre* van szükség.

A büntetőjogi norma és annak az értelmező általi rekonstrukciója az értelmező kontextuális margóján belül van. És ha itt jobban megnézzük, az "összefüggések", amelyekre utaltam, egy másik mondatban más-más. Az első utalás az egyes népcsoportok kulturális kontextusának meghatározására utal, a második pedig arra, hogy a tolmács az, aki a büntetőjogi törvényességet az élete során megtanult "kódok" segítségével próbálja majd dekódolni.

Elhangzott, hogy nem tűnik ugyanannak a dolognak, hogy például egy olyan közösség, amelyet történelmileg bizonyos, saját kultúrájuk lassú tüzeiben kovácsolt kánonok vagy szabályok, azaz a zsidó-keresztény hagyománytól eltérő erkölcsi értékek, valósághasználát és valóságértelmezés irányít, olyan földet vagy tulajdont foglaljon el, amely történelmi-jogi (és/vagy erkölcsi) felfogásuk szerint mindig is az övék volt, Az a tény, hogy egy olyan embercsoport, amelyik olyan földet akar elfoglalni, amelyik akár egymás között is vitatott, de a politikailag erős közösség jogában részt vesz, nagyobb valószínűséggel vesz el olyan földet vagy ingatlant, amelyik történelmi-jogi (és/vagy erkölcsi) felfogásuk szerint mindig is az övék volt, még ha nem is egyénileg, de kollektíven, mint egy olyan embercsoport, amelyik olyan földet akar elfoglalni, amelyik akár egymás között is vitatott, de a politikailag erős közösség jogában részt vesz.

Az uralkodó hitrendszert a saját valóságunk szempontjából ítéljük meg. A legfontosabb azonban, amit meghatároz, az egyéni és kollektív cselekvés leghelyesebb elvárásainak kiválasztása, és így a saját cselekvés megtervezését szolgálja. Ezért meg kell érteni, hogy a hiedelmek és elvárások rendszere konvergál a viselkedés egyéni meghatározásában annak helyessége és a társadalmi reakciótól elvártak tekintetében.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Fontos, hogy itt felhozzuk a jog gondolatát. A pozitivisták a jogot globálisan definiálják: mint jogrendszert. Bizonyos szabályok "jogi" minősítését részben az adja, hogy a jogrendszerhez tartoznak. Ez a rendszer lehet, hogy más kulturális formákkal (pl. kínai kontra chilei kultúra, csecsen kontra orosz) közös vagy nem közös, vagy nem elismert, amennyiben a jog egy bizonyos szempontból egy adott társadalom működésének és az emberek szemléletének kulturális konstrukcióinak terméke. Az ebbe a rendszerbe való beilleszkedés létfontosságú a hiedelmek és elvárások kialakulásában, amint azt látni fogjuk.

Egy kultúra kialakulása, létezése *esetleges* dolog. A történelem során láthattuk, hogy kultúrák jönnek létre és tűnnek el; egyes kultúrákat elnyelnek mások, mert az egyik gyengébb vagy jobb kilátásokkal rendelkezik a másiknál az egyének fejlődése szempontjából, máskor pedig ez egyszerű ráerőltetéssel történik. Ez az esetlegesség a ma létező kulturális rendszereket is érinti. Alapvetően *dinamikus*<sup>142</sup> valóságról van szó, amely ráadásul minden rendszerben nem egységes a hiedelmek halmazában, hanem azon belül különböző intenzitású.

Ez azt jelenti, hogy az emberek egy bizonyos csoportja valóban elhagyta a saját kulturális rendszerét, és csatlakozott egy másikhoz. Az okok sokfélék és összetettek lehetnek. A mai nyugati világban ennek bizonyos egyéni döntéseket kell magában foglalnia, többé-kevésbé önkéntes alapon, függetlenül az egyik kulturális rendszerből a másikba irányuló nyomástól (gondoljunk csak az invazív marketingre, amely a valóság átfogó kánonjait érinti).

Ez a helyzet például sok, a Kolumbusz előtti népcsoportokból származó emberrel és leszármazottaikkal, akiket másoknál sikerebben építettek be a zsidó-keresztény és kapitalista-poszt-indusztriális kulturális rendszerbe.<sup>143</sup> Ebben a tekintetben beépültek az uralkodó jogrendszerbe (pejoratív töltet nélkül), és annak felhasználói vagy jogi szereplői. A hitrendszerük adatok és indokok formájában beépíti a megfelelő nemzeti jog által kínált normatív megoldásokat, és ennek megfelelően jogos elvárásokat támaszt. Ugyanez történik azokkal a külföldiekkel is, akik gyökeresen eltérő kulturális hagyományokkal rendelkező országokból érkeznek Chile államba, és akik beilleszkednek a mi jogrendszerünkbe és annak felhasználóivá válnak. Mindannyian az uralkodó jogrendszer szereplői.

---

<sup>142</sup> Ez a jellemző, az elismerés szempontjából nézve, Ch. Taylor szerint a különböző pozitív és negatív elemek mindennapi kölcsönhatásával magyarázható, mind a társadalmi elismerés, mind annak hiánya, amelyek hozzájárulnak az énkép és így magának a kultúrának a körvonalazódásához. TAYLOR, Ch., "Az elismerés politikája" in: (vv.aa.), *Multikulturalizmus és az elismerés politikája*. Mexico DF: FCE, pp1993,. et 44seq.

<sup>143</sup> Emlékeztetni kell arra, hogy Catalina de los Ríos egyik őslakos ősének "nyolc encomienda indián állt a szolgálatában" a chilei spanyol uralom idején. Vid. VICUÑA MACCKENNA, B., *Los Lisperger y la Quintrala*, Santiago: Edit. Sudamericana, pp2001,. a. 2022.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

Természetesen a kulturális rendszer elsajátítása és a jogrendszer viszonylag kompetens működtetése, a rendszer felhasználója szempontjából (itt valami hasonlóra gondolok, mint a számítógépes operációs rendszerek felhasználói szintje, ahol az alany képes kezelni egy sor olyan készséget és ismeretet, amelyek lehetővé teszik számára, hogy globálisan megítélve, elegendő számú műveletet hajtson végre a maga által kitűzött célok többé-kevésbé hatékony és autonóm módon történő eléréséhez; Annak sérelme nélkül, hogy esetleg nem képes elsajátítani vagy ismerni a program minden funkcióját, hanem egy általa nem ismert probléma megoldásához juthat el helyettesítő módszerekkel, vagy gyorsan megoldható kérdésekkel), ez fokozatosan történik, ezért a büntetőjognak fokozatos kritériumokkal kell rendelkeznie az ilyen helyzetek megítéléséhez. Ezekben az esetekben - módszertani tézisem vonalát követve - a törvény rekonstrukciójára rótt teher a tilalmi hiba alkalmazásával rendszeren belüli megoldást kínál. Más szóval, egy bizonyos megoldást feltételezünk, amely a tudatlanság és a kulturális eltérés miatt nem az uralkodó rendszerben uralkodó megoldás, de amely arra készíti az embert, hogy úgy cselekedjen, hogy az összhangban legyen ezzel a hiedelemmel; röviden: tévedésről van szó.

Az összetettebb probléma az, hogy mi történik azokkal az emberekkel, akik közvetlenül más kulturális rendszerekben élnek, és akik mérsékelten vagy egyáltalán nem érintkeznek az uralkodó kulturális rendszerrel. Itt két probléma merül fel: i) a kulturális szakadék két oldalán interakcióban állók finom elhatárolása; és ii) a nem domináns kulturális szektornak nyújtott bánásmód, még a domináns szektor egyedeihez képest is (ragaszkodom hozzá, hogy nem pejoratív értelemben).

Az első felmerülő probléma az, hogy az uralkodó rendszerrel interakcióba lépő személy a rendszer interakciós képességeit is elsajátíthatja. Vagyis megtanulja, hogy az uralkodó rendszerben a helyességgel kapcsolatos hiedelmeket és elvárásokat alakítsa ki, valamint hogy összehasonlítsa az etikai helyességet az egyik és a másik rendszer között.

Itt jön a képbe a működési vagy funkcionális homályosság. Úgy tűnik, könnyű megmondani, hogy egy személy mikor van abszolút kívül az egyik hitrendszeren, és mikor van a másikban, de amikor különböző társadalmi csoportok léteznek egymás mellett, a különböző csoportok közötti kölcsönhatások, az egymással való működés nagyon megnehezíti annak megállapítását, hogy mikor vesznek részt az egyik vagy a másik kultúrában, az egyik vagy a másik hit miatt, vagy az egyik vagy a másik használat miatt. Szerencsére jogásként nem kell ilyen választ adnunk, hivatkozhatunk olyan segédismeretekre, mint a szociológia és a filozófia, amelyek lehetővé teszik számunkra az egyik és a másik megkülönböztetését.

Ami a második problémát illeti, a nem uralkodó kulturális hagyományhoz tartozókkal kapcsolatban felmerül a kérdés, hogy milyen státuszt alkalmazunk rájuk, ami minket illet, milyen büntetőjogi státuszt. Ismételten emlékeztetni kell arra, hogy a bennünket irányító - már említett - libertárius jogi szabályozás miatt az emberek csoportjai tökéletesen képesek az uralkodó szektoron kívül kulturális csoportokat alkotni, és a jogállamiság egy viszonylag autonóm cselekvési területet tart fenn számukra, ezen a szektoron kívül.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

A büntetőjog és a belső megoldási stratégia szempontjából nem lehet rájuk alkalmazni a tilalmi hibát, mert nem egyszerűen tévedésből cselekszenek, hanem, ismétlem, az uralkodó jogrendszeren kívül, tehát más meggyőződésből és ésszerű elvárásokból cselekszenek.<sup>144</sup>

Ami itt történik, az a latin-amerikai jogi kultúrában nem jártas jogász számára rendkívül szokatlan és összetett (a szerző számára valójában az). A megoldás a büntetőjogi jogszerűség elvét (és így magát a büntetőjogot) alkotó szemantikai cselekvési terület korlátozása. A normák egészének érvényessége az általunk látott normatív koordináták némelyikében a jogrendszer felépítésében a különböző alanyok normatív összekapcsolódása révén korlátozódik. Más szóval, a jogrendszer újjáépítésében a büntetőjogi szabályok egybeesnek másokkal, például azokkal, amelyek a polgárok szabadságának státúmát alkotják, és ebben a kombinációban korlátozzák őket, a *személyes* koordinátákban, így más, más ismeretek segítségével kinyert és kapott kritériumokkal együtt minősítve.<sup>145</sup>

Az újjáépítés mint rendszer azonnal azt fogja eredményezni, hogy bizonyos büntetőjogi szabályok személyes alkalmazási köre korlátozódik.

Ez nagyon is összhangban van egy régi liberális gondolattal: a jogi szabadság nem egyszerűen egy természetes szabadság, amely nem határozza meg, hogy milyen következményekkel járhat, hanem jogi szabályok vagy intézmények által alkotott szabadság. Ezen alkotmány értelmében a jogállamiság jogi szabályai fenntartják a szabadság szféráját bizonyos polgárok számára, jogilag is nagyon távan behatárolva azt.<sup>146</sup> De ismét felmerül egy másik összetett és nehéz kérdés (a válasz miatt): meddig terjed ez a szabadság?

Hogy egyenes legyen a válasz, ahogyan a szabadságot is jogi szabályok építik, úgy maguk a szabályok szabják meg a határokat, és ami a legfontosabb, kiindulópontot adnak. Ebben az értelemben nem feltételezhetjük, hogy a jogállamiság szabályai egyszerűen szabad kezét adnak a cselekvésre és a visszacsinálásra, mintha maga a jogállamiság is

---

<sup>144</sup> Itt részben egybeesnek R. Carnevali kritériumai azzal kapcsolatban, amit ő a kulturálisan motivált bűncselekmények első feltételezéseként azonosít: "Az első a cselekvés motívumainak -pszichikai tényezők-meghatározásához kapcsolódik, vagyis ahhoz, hogy a cselekvés okai kulturális motivációkon alapulnak. A cselekvéseiket meghatározó pszichológiai feltételezések, bizonyos kulturális kódok egyidejűsége mellett, amelyek egy adott kontextusban kondicionálják őket". CARNEVALI, R., "El Multiculturalismo: un Desafío para el Derecho Penal Moderno", *Polít. crim.* n° (32007), p. 24.

<sup>145</sup> A koordinátákra vonatkozó területi korlátozás e rendszer alapján nem indokolt. Területi szempontból egybeeshet a személyi korlátozással, de a korlátozást igazoló okok nem tartalmaznak közvetlenül területi megfontolásokat. Lásd R. Carnevali kritikáját az egyes bűncselekmények büntetésének csökkentéséről szóló 16.441 törvény 14. cikkével kapcsolatban, az "El Multiculturalismo" című folyóiratban, pp. és 19,20,22 23. Úgy tűnik számomra, hogy Carnevali szavaitól némileg eltérve, a törvény egy személyi kritériumot használ egy területi kritériummal kombinálva, és bár igaz, hogy nincs közvetlen utalás a bűncselekmény kulturális motivációjára, a korlátozásnak megfelelő normatív rekonstrukción kell átmennie, amely az e norma által védett értéken alapul, és nem pusztán egy egyszerű nyelvi becslésen.

<sup>146</sup> Vid. VON HAYEK, *Az alapítványok*, idézi a sz. jegyzetet, no. p10., 81.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

e tekintetben teljesen semleges. Ha így lenne, akkor a kulturális kisebbségek szabadsága csupán egy politikai eshetőség, egy jogi esély lenne. A liberális gyökerekkel rendelkező jogállam olyan állam, amely *elkötelezett* a polgárok védelme mellett, oly módon, hogy ez a szabadság szükségszerű következménye céljának és meghatározásának: az egyén köré épülő szervezetként, amely tiszteletben tartja és védi alapvető jogait és szabadságait. Ebben az értelemben a jogállami jogalkotás nem ad abszolút szabad kezet semmilyen szokásnak; tudjuk, hogy vannak olyan szokások, amelyek súlyos testi csonkításokat, az emberi személyiség fejlődésének korlátozását, a rokonok közötti szexuális beavatás bizonyos gyakorlatát, amelyek sértik a kiskorúak világának megértését, stb. tartalmazzák. Ugyanaz az ok, ami a szabadságot adja, korlátozza és korlátozza azt.

A jogállamiság nem fogja önmagában korlátozni az állam és a hatályos nemzetközi szerződések által <sup>147</sup>elismert emberi jogok alkalmazását, különösen az egyének személyiségét és autonóm fejlődését sértő gyakorlatok tekintetében, a multikulturalizmus összefüggésében. Mivel a büntetőjog bizonyos fontosnak ítélt dolgok érvényességének garanciális eszköze, a büntetőjog tartalmának összekapcsolása ezekkel a jogállamiság által alapvetőnek tekintett minimális normákkal a garanciális státútum részét képezi, amelyre a büntetőjog önkorlátozása nem vonatkozik. Minden állampolgárra vonatkozna az ultra-minimális büntetőjog, amely az alapvető jogok védelmének szerves részét képezi. Úgy vélem, hogy például a bigámia bűncselekménye, amely nem közvetlenül egy alapvető jog védelmére irányul, nem tartozna ebbe a körbe. A többi szabályozást a hitrendszerből függően beépítik vagy nem beépítik.

Ennek az ultra-minimális büntetőjogi jogszerűségnek a meghatározása nem könnyű feladat. A bűncselekményekkel kapcsolatban elvileg az érintett jogi eszközök kapcsolata határozza meg. Hogy felhozzam az őslakos népek tulajdonjogi felfogásának történelmi esetét, többször is bíróság elé állították őket lopásért, annak ellenére, hogy bizonyos dolgok tulajdonjogáról alkotott felfogásuk inkább kollektív, jóhiszemű volt. Az alapvető jogok katalógusában szerepel a tulajdonhoz való jog, és a büntetőjog része ennek a védelmi jogszabálynak. Ebben az értelemben az alapvető jogoknak minden bizonnyal van egy olyan aspektusa, amelyet kultúránk bizonyos fejlődése és szükségletei áthatnak, bár nem azonos módon, ahogyan azt az élethez való garancia és a tulajdonhoz való jog közötti különbségben láthatjuk. Ez, ami elvileg

---

<sup>147</sup> Hasonlóan ROJAS CORRAL, "El Principio", cit. 141. jegyzet, 462. o. R. Dahrendorf figyelmeztetett az autonómia álcája alatt bármilyen eszközzel függetlenségre törekvő csoportoktól, rámutatva, hogy ügyüket "általában szenvedélyesen és nem ritkán erőszakkal védik, [ami] mindig antidemokratikus". Vagy legalábbis nem a demokratikus önrendelkezés, hanem az etnikai (nyelvi, vallási) homogenitás vágyának gyümölcse. Alapelve az elhatárolódás: kifelé, az "idegen" szomszédokkal szemben; befelé, az "idegen" kisebbségekkel szemben. Ez azt mutatja, hogy az ő útjuk nem a nagyobb egyenlőség megteremtése a megfontolásokban. És hozzáteszik, hogy "ha a kísérlet sikerül, akkor az aktivisták járnak a legjobban, nem az emberek. Akkor már nincs szó demokráciáról; ha végül skót vagy katalán leszel, minden más (*fékek és ellensúlyok*, változások a hatalom csúcán, sőt, a nép részvétele is) másodlagosnak számít". DAHRENDORF, R., *Egy új rend keresése*, ford.: GÓMEZ IBÁÑEZ, Barcelona: Paidós, p2004., 123.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

a büntetőjog problémájának tűnik, úgy tűnik számomra, hogy az alapvető jogok által védett javak felépítésére és értelmezésére való hivatkozással kell megoldani, tekintettel más kultúrákra, például a tulajdon esetében, amelyet bizonyos prekolumbián gyökerű csoportok kollektíven használnak. Ez azért van így, mert az elvek kérdéséhez hasonlóan a jog által védett tulajdon a puszta fogalmon, például az "élet" kifejezésen túlmutató értelmezést feltételez; egy olyan fogalmi sémának a tulajdonítását jelenti, amely bizonyos következményeken keresztül fejleszthető, így e fejlődés közepette valóban felmerülhetnek bizonyos különbségek, amelyek a kulturális szabadság védelmének beavatkozásán keresztül lehetővé tesznek bizonyos elágazásokat az elméleti modellben. De ezt a problémát bizonyos mértékig a *büntetőjogi törvényességnek* is fel kell vállalnia, hogy az ilyen alapvető javak megértéséből fakadó *büntetőjogi jogsértéseket korlátozza vagy enyhítse*.

### **Következtetések**

A dolgozat terjedelme miatt a következtetéseket két részre osztom, és nagyon röviden ismertetem: az elv válsága és az elv rekonstrukciója.

A kezdeti válság a következő eredményeket hozta:

- A nyelvezet már nem rendelkezik a jog átadásának biztonságára vonatkozó jellemzőkkel, ahogyan azt a kodifikáció eredeti változata szánta.
- A nyelv külső jelek láncolataként jelenik meg a befogadó számára, amely mindig rekonstruálni vagy dekódolni kell az utóbbiaknak ahhoz, hogy megértsék őket.
- A nyelvi rekonstrukcióval kapcsolatos bizonytalanság leküzdhetetlen.
- A szavak, mondatok és elméletek többféle hatásnak vannak kitéve, amelyek megváltoztatják annak eredményét, amit *a priori* vagy elvileg el lehet gondolni egy normatív mondat jelentéséről és annak feltételeiről.
- A büntetőjogi jogszerűség nem a magatartást írja le, hanem az előírások révén konstruál és alkot iránymutatást a magatartásosztályok számára.
- Ez azt jelenti, hogy az osztályok elméletére hivatkozva nincs az előírások megfelelő vagy tisztességes általánosságának kritériuma.
- Minden büntetőjogi törvényességet elkerülhetetlenül beszenyvez az elmélet.
- Az általános kontextusban maradó értelmező büntetőjogi elmélet, bár indokolt és szemantikailag ésszerű, átláthatatlan az értelmezett jog konkrét kontextusban való helyes vagy nem helyes alkalmazásának meghatározása szempontjából.
- A büntetőjogi törvényesség, eredeti változatában, erős problémákat vet fel annak érdekében, hogy  
Az irányelv tartalmának meg kell felelnie a legitimitás követelményeinek, különösen a végrehajtási szakaszban.

A maga részéről ez az elv rekonstrukciójával kapcsolatban elmondottakból következik:

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009,, pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

- Módszertani különbséget kell tenni a normák rekonstrukciós szakasza és a már rekonstruált norma szakasza között.
- Ugyanígy különbséget kell tenni az alkalmazás kontextusa között, mint például elméleti kérdés, a végrehajtás működése pedig gyakorlati szakpolitikai kérdés.

Különösen a szabványok rekonstrukciós szakaszáról:

- A nyelvi hiányosságokat csak a büntetőjogi törvényesség módszertani megközelítésével lehet kiküszöbölni, amely lehetővé teszi a jogi kritikát.
- A büntetőjog rekonstrukciója csak feltételes és ideiglenes.
- A büntetőjogban a jogszerűség elvének a jogszerűségtől általában megkülönböztetett technikai tartalmat lehet adni az elvégzett rekonstrukció révén: mind az alapozás szintjén, a védett értékek révén, mind pedig magának a szabálynak a négy alszabályával és alkalmazásával való rekonstrukciós szintjén.
- A jogszerűség elve három védendő értéket foglal magában: a objektivitás, szubjektív jogbiztonság, amely alatt a kiszámíthatóságot és a társadalmi viszonyok biztonságát vagy stabilitását értjük.
- Különösen a stabilitás (a többi érték gyengébb egyidejűségének sérelme nélkül), valamint egy pragmatikus érv szól a büntetőjogra vonatkozó jogfenntartás elve mellett, mivel ez a bűncselekmények és büntetések normatív módosításának legösszetettebb eljárása.
- A fentiekkel azonos értelemben a büntetőjog jellegzetességét is írásba kell foglalni.
- Az objektivitás értéke lehetővé teszi a büntetőhatalom alá tartozó állampolgár számára kedvezőbb visszamenőleges hatályú törvények egybeesését, míg a bizonyosság szubjektív és a stabilitás egybehangzóan azt követeli, hogy a számára kedvezőtlenebb büntetőjogot ne alkalmazzák rá visszamenőleges hatállyal.
- A szubjektív jogbiztonság különösen megköveteli, hogy a jogi szabályozás szigorúan meghatározza a magatartásfajtákra és a büntetési tételekre vonatkozó iránymutatásokat.
- Az e követelménnyel kapcsolatban figyelembe vett jogi norma megértése, feltételezi, hogy már átment a módszertani rekonstrukción és a különböző ellenőrzési kritériumokon; ez az eredmény ellenőrzése.
- Ennek a szabálynak a megsértése közvetlenül vagy közvetve a konkrétság alkotmányos csalásából eredhet.
- A büntetés fogalmának felépítése lehetővé teszi a büntetés viszonylag elégséges meghatározását.
- Egy magatartásosztály fogalmi felépítése: az alnormák megsértésének első formájára vonatkoztatva lehetővé teszik az ésszerű korlátozást; a második formára vonatkoztatva mindenféle, gyakorlatilag megoldhatatlan problémát jelentenek mind nemzeti, mind nemzetközi szinten.

GANDULFO, Eduardo. "Mi marad a Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege elvéből?

A jogi érvelés megközelítése."

*Polit. crim.* A2-8. sz.8,2009., pp. -190.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf)]

- Az alkotmányos csalások felderítésére és korlátozására megkísérelt és létrehozott különböző kritériumok a legjobb esetben is csak félszívvvel működnek, és ezért csak az alnormák ellenőrzését irányító indexeknek tekinthetők.
- A kiszámíthatóság különösen a jogalkotóra hárítja a felelősséget, hogy a legjobb választást válassza a kifejezések és mondatok, mivel arra kényszeríti az alkalmazót, hogy ne általánosíthasson a jogalkotó által bemutatott megoldásokban.

És végül a már rekonstruált szabvány fázisáról:

- A véglegesített elméleti rekonstrukció elfogadásának gondolatából indul ki.
- A büntetőjogi törvényesség legitimitásának vagy erkölcsösségének terhe közvetlenül az újjáépítési szakaszra száll át, és kizárja a végrehajtási szakaszból.
- Miután meghatározta annak relevanciáját és alkalmazását az adott ügyre a fázisban rekonstrukciós és a szabály rekonstrukciója így elfogadott, annak tartalmának az adott esetre is alkalmazhatónak *kell lennie*.
- A pluralizmus és a multikulturalizmus problémáját, bár a büntetőjogász szempontjából szükség van némi jogalkotói beavatkozásra, belsőleg kell megoldani az értelmező rekonstrukciójában.

Az utolsó megválaszolatlan kérdés, amellyel ez az írás kezdődött, a következő:

Mi az, ami megborzongatja az ajkát és sajnálkozva marja, aki hatalmi pozícióban van, és azt önkényesen - bármilyen ürüggyel vagy ürüggyel - használhatja? A válasz véleményem szerint az, hogy ami a hatalmasságot megrázza és nyomasztja, az a Törvény és annak értéke, amely a háttér, a Szabadság, a diszkrecionális jogkörök gyakorlásának végét szolgáló égisze.