

TANULMÁNY

A jogdogmatika zátonyai: az analógia a magyar jogban

✎ *Blutman László egyetemi tanár, Szegedi Tudományegyetem (Szeged)*

„A nyelvből olykor ki kell vonni egy-egy kifejezést, beadni, hogy kitisztítsák – és azután újra visszakerülhet a forgalomba.”¹ (LUDWIG WITTGENSTEIN)

A magyar jogirodalomban a jogi analógia problémája a legutóbbi időben viszonylag kevés figyelmet kapott.² Az ennek hátterét képező analogikus érvelés szerepét, pedig általában mellőzik a jogalkalmazással foglalkozó magyar munkák. Az analogikus érvelés nem egyenlő a jogi analógiával, ha ez utóbbit abban az értelemben vesszük, ahogy az a magyar jogi szakirodalomban általában szerepel.³ Az analógia az analogikus érvelésnek egy sajátos, a joghézag kitöltéséhez kötött formája. Az analogikus érvelés azonban a jogban is tágabb kategória, mert a jogértelmezés egy technikája is lehet, és nem csak joghézag kitöltését szolgálhatja. Ezért első lépésként a jogi analogikus érvelés lényegét érdemes érinteni, mert ez nélkülözhetetlen lesz az analógia elemzéséhez.

I.

Az analogikus érvelés és a principium analogiae (kötőelv)

Mivel az analógia az analogikus érvelés egy formája, célszerű ezen utóbbi, általánosabb jelenségről néhány

megállapítást tenni, melyhez segítséget ad a következő, analogikus érvelést (esetlegesen analógiát) alkalmazó példa (1/2003. polgári jogegységi határozat). A csődeljárásról és a felszámolási eljárásról szóló 1991. évi XLIX. törvény 57. §-a alapján, felszámolás esetén a *jogszerű, rendkívüli felmondással élő* munkavállalót megillető bérjellegű juttatások teljes egésze, felszámolási költségként, a kielégítési sorrendnél a legkedvezőbb besorolást kapta. Azon munkavállalónál, *akivel szemben a munkáltató élt rendes felmondással* – a (3) bekezdés korlátozó rendelkezése folytán – csak a bérjellegű juttatás egy meghatározott része kapott ilyen kedvező besorolást. Hasonló a munkaviszony megszűnésének két módja a felszámolási szabályok összefüggéseiben, és így azonos jogi megítélést kíván? A besorolás tekintetében lévő különbség fenntartható-e a két helyzet között, a törvény betűje alapján, vagy *per analogiam* a két jogi helyzetet azonos jogi megítélés alá kell hozni? Tudjuk, hogy a Legfelsőbb Bíróság jogegységi döntésében ez utóbbit tette, ebből a szempontból hasonlóan tekintette a munkavállaló jogszerű, rendkívüli felmondásával, illetve a munkáltató rendes felmondásával megszűnő munkaviszonyt, és a korlátozó rendelkezést az előbbinél is érvényesítette.

A bíróság a következtetéshez részben analogikus érveléssel jutott el, melynek érdemi ismertetésétől most eltekintek. Ez a példa viszont utal az analogikus érve-

1 A bevezető idézet helye *Wittgenstein, Ludwig: Észrevételek*. Atlantisz, Budapest 1995. 59.

2 Éppen ötven éve jelent meg *Nagy Károly* szegedi professzor részletesebb tanulmánya, mely nagyító alá vette az analógia általánosabb problémáit is, l. *Nagy Károly: Az analógia és joghézag kérdései a nemzetközi jogban*. Acta Universitatis Szegediensis, Acta Juridica et Politica, Tomus V. Fasc. 10. Szeged 1958. A hatvanas évek „joghézag- és analógia-vitájáról”, *Szabó Imre* jogértelmezéséről szóló ismert könyvének vonatkozó fejezete mellett (A jog értelmezése. Akadémiai Kiadó, Budapest 1960., 329–450.), l. *Lukács Tibor: Analógia és törvényesség*. Jogtudományi Közlöny XX/3. (1965) 61.; *Peschka Vilmos: Gondolatok a joghézagról és a jogi analógiáról*. Jogtudományi Közlöny XXI/3. (1966) 129.

3 A jogi analógiát (a továbbiakban analógia) – pusztán egyszerűsített kiindulópontként – úgy azonosíthatjuk, hogy olyan gondolati művelet, mely valamely tényállásra alkalmazható jogszabály híján (joghézag), egy másik, ahhoz hasonló tényállásra alkalmazható jogszabályból átviszi a joghatást a jogilag értékelendő tényállásra.

lés elemi, absztrakt modelljére a jogban. Ez a modell a következőképpen foglalható össze:⁴

(1) az A helyzet (szabály vagy eset) rendelkezik x releváns elemmel vagy elemekkel;

(2) a B helyzet rendelkezik y releváns elemmel vagy elemekkel;

(3) az A helyzetnek, x elemre vagy elemekre tekintettel, létezik egy bizonyos jogi megítélése a hatályos jogszabályok alapján;⁵

(4) az A helyzet jogi megítélésének átvitele B helyzetre kívánatos (helyességi mérce), vagy/és az kézenfekvő, mert *alkalmas szabályozási mintát képez* B helyzet megoldására (mintakövetés – *célszerűségi mérce*);⁶

(5) a B esetben felmerülő jogkérdés (és az azonos jogi megítélés) szempontjából az x és y elemek hasonlóak (közös jellemzőkkel bírnak);⁷

(6) tekintettel az x és y elemek hasonlóságára, a B helyzetnek azonos megítélés alá kell esnie, mint az A helyzetnek.⁸

Az analogikus érvelés lényege és problémái nyilvánvalóan az (5) pontban sűrűsödnek. Minden analógia egyik alapkérdése az, hogy mi alapján tekinthetők két helyzet jellemzői hasonlóknak. Minden analogikus érvelésnek az adja az erősségét vagy a gyengeségét, hogy a megoldandó jogkérdés szempontjából milyen módon lehet a két helyzet releváns jellemzőit kapcsolatba hozni, összetartozásukat megállapítani, és egyben megalapozni, vagy éppen azt megkérdőjelezni.

Az A és B helyzetet – az analogikus érvelés forrásául szolgáló helyzetet és az eldöntendő esetet –, egy (általában levezetett, a tételes jogban meg nem jelenő) általánosabb elv köti össze. Ez a *kötőelv* vagy *principium analogiae*,⁹ amely keretet is ad a két helyzet együttes kezelésének. Ez adja az alapját az azonos jogi megítélésnek. *A kötőelv az analogikus érvelés forrását képező A helyzet jogi megítélésének általánosítása. Az általánosítás következtében megfogalmazódó jogtétel alá – éppen az általánosítás miatt, annak fokától függően – besorolhatóvá válik a B eset.* A kötőelv szükségképpen absztraktabb, általánosabb, mint az A helyzetben *expressis verbis* megnyilvánuló szabály, hiszen csak így képes a két helyzetet átfogni.¹⁰

Az előbbi, felszámolási eljárással kapcsolatos példában az *analogikus kötőelv* hozzávetőlegesen a következőképpen fogalmazható meg: *a munkaviszonyuk önhibáján kívül történt megszűnése miatt, jövedelem nélkül maradt munkavállalók átmeneti ellátásának megfelelő biztosítása megköveteli, hogy a felszámolási eljárás során követelésük azonos feltételekkel kerüljön a legkedvezőbb besorolási helyre.* (Így a munkavállaló követelésének a besorolás tekintetében azonos helyzetben kell lennie akkor is, ha a munkáltató rendes felmondással szüntette meg a munkaviszonyát, hasonlóan ahhoz, aki jogszerű, rendkívüli felmondással élt.)

A kötőelvre vonatkozó fenti példa rámutat arra is, hogy a kötőelvnek igen lényeges eleme egy általános fogalom (*kötőfogalom*),¹¹ mely a levezetett szabály köz-

4 Ez a modell csak a jogi analogikus érvelésre vonatkozatható, (az analogikus érvelésnek általános logikai értelemben többféle formája létezik). A modellben a „helyzet” és „jellemző” szükséges absztrakt kifejezés ahhoz, hogy átfogja a meglehetősen sok, vegyes megjelenését az analogikus érvelés két ágának, a *szabályforrású* és *esetforrású analogikus érvelésnek* (l. később). Ez a modell egyszerűsített, és további különböző, specifikus formákat vehet fel, azonban megfelelő kiindulópontként szolgálhat. Lényegesen különbözik attól a még egyszerűbb modelltől, amit például *Cass Sunstein* vázol fel az analogikus érvelésről írt, számos eredeti gondolatot tartalmazó cikkében, l. *Sunstein, Cass: On analogical reasoning. Harvard Law Review Vol 106. (1993) 743.*; itt nincs lehetőségem arra, hogy elemezzem a különbség okait, ugyanis nem ez a jelen tanulmány központi tétele. A jogi analogikus érvelés logikai aspektusait finoman bontja ki empirikus példákon át *Kloosterhuis* figyelemreméltó cikkében, l. *Kloosterhuis, Harm: Reconstructing Complex Analogy Argumentation in Judicial Decisions: A Pragma-Dialectical Perspective. Argumentation Vol 19. (2005) 471–483.*

5 Az A helyzetben (alaphelyzetben) a jogi megítélés alapját mindig az x elem vagy elemek képezik. E nélkül az y elem vagy elemek hasonlósága nem vezetne ugyanolyan megítéléshez a B helyzetben. Ilyen értelemben „relevánsak” az x és y elemek.

6 A jogi analógiával foglalkozó magyar írások – legnagyobb hiányosságként –, nem vetnek számot azzal, hogy az *analogikus érvelésnek (analógia felállításának) van valamilyen alantfekvő motívuma.* (Pl. *Szabó I.*, i. m. (2.) vagy *Lukács*, i. m. (2.) munkájában ezen hiányosság miatt sem lehetett teljesen adekvát a jogi analógia magyarázata.) *Van, amikor a jogalkalmazó morálisan, értékbeni alapon B esetet kívánatosnak tartja A helyzettel azonosan kezelni, ott jogvédelmet nyújtani vagy igényt elismerni (helyességi mérce):* világosan ez történt akkor, amikor a Curia az áramot dolognak és lophatónak minősítette (l. később). Az esetek egy másik típusában az *eldöntendő esetre egyszerűen azért alkalmazták az analogikus érvelés forrását, mert az kézenfekvő és megfelelően alkalmazható szabályozási minta, „modell”, az eset megítélésére: ez történt, amikor a Legfelsőbb Bíróság a szabadalmi jog adásvételére a dolgok adásvételére vonatkozó szabályokat alkalmazta (l. ugyancsak később). A két motívum külön is megáll, de össze is kapcsolódhat.*

7 A hasonlóságot mindig a felmerülő jogkérdés szempontjából lehet értékelni, ami egyben meghatározza az előzetesen alkalmazandó szempontokat is. Általános és absztrakt módon nincs értelme hasonlóságot vizsgálni. Az elektromos sokkoló közel áll a villanyborotvához, mint elektromos eszköz, de sokkal inkább hasonlít a csúzlizhoz, vagy a bilincshez, ha „közbiztonságra különösen veszélyes eszközök” jogi fogalma szempontjából vizsgáljuk őket. *A megoldandó jogkérdés meghatározza az összehasonlítás szempontjait is,* és a közösnek minősíthető jellemzők meghatározásának folyamatát is. L. *Varga Csaba: A jogi gondolkodás paradigmái.* Szent István Társulat, Budapest 2006. 198. (amennyiben rámutat arra, hogy két jelenség között a lehetséges viszonyok, vonatkozások száma nem behatárolható, és „gyakorlati érdekelttségünk” függ, mit emelünk ki.) Emiatt téves az, hogy két helyzet *lényeges* jellemzőit hasonlítjuk össze analogikus következtetés esetén, pl. *Lukács Tibor: Az analógia belső törvényszerűségeiről.* Jogtudományi Közöny XX/9. (1965) 432. Ugyanis soha nem lényegtelen, hogy *milyen szempontból* „lényegesek” az összehasonlított jellemzők (relevancia).

8 A jogi analogikus érvelésnél gyakran feledésbe merül, hogy ez az analogikus érvelésnek csak egy típusa: legfőbb megkülönböztető vonása, hogy *normatív jellegű következtetést kell tartalmaznia.* Eppen ezért élesen meg kell különböztetni az analogikus érvelés egyéb forrásaitól, erre l. *Szabó Miklós: A jogdogmatika előkérdéseiről.* Miskolci Egyetem, Miskolc, 1996. 207.

9 Az elnevezésre – nem jogi környezetben – l. *Krug, Wilhelm Traugott: Handbuch der Philosophie und der Philosophischen Literatur I.* Brockhaus, Leipzig, 1828. 240., § 230.

10 Vö. *Szászy-Schwarz Gusztáv: Parerga: vegyes jogi dolgozatok.* Athenaeum, Budapest, 1912. 89-90., (aki szerint a legtöbb jogszabály csak egy magasabbrendű jogszabály, jogelv folyománya); ugyancsak utal ebben az összefüggésben ilyen elvekre *Szabó M.*, i. m. (8.), 212.

11 Természetesen ez különbözik az arisztotelészi középfogalomtól (*meson, terminus medius*), mert ez utóbbi a főfogalom és alfogalom közötti kapcsolatot jelenti, *Arisztotelész: Organon. Első Analitika. I. könyv, 4. rész.* Akadémiai Kiadó, Budapest 1979., 143. Nem kétséges viszont, hogy a középfogalom lehet alfogalmak összekötője is, de csak a főfogalommal való viszony összefüggéseiben, *Első Analitika II. könyv, 24. rész; uo., 372–373.*

ponti elemeként összefogja az analogikus érvelés forrásában és az eldöntendő esetben egyaránt megmutató releváns jellemzőket, (de nem feltétlenül az összes, releváns közös jellemzőt). A fenti példában ilyen fogalomként azonosítható a „munkaviszonyuk önhibáján kívül történt megszűnése”, ugyanis a példában az analogikus érvelésben a két helyzet között ez a hasonlóság központi eleme, mely összeköthetővé teszi a két esetet. *Ez a jellemző adja a kapcsát az azonos jogi megítélésnek, a legkedvezőbb besorolás szükségességének, és képezi az alapját a párhuzamnak. A kötőelv felállításánál talán éppen ez a legnehezebb: megtalálni azt az átfogó fogalmat, mely összeköti és egyben megtestesíti a párhuzamos helyzetek lényegi közös jellemzőjét, és egyben így magvát képezi a levezetett szabálynak. Az érvelés (és egyben a kötőelv) logikai középpontját képező kötőfogalom, a konkrét esetektől függően átfoghat az analóg helyzetekben megjelenő tárgyakat vagy komplex viszonyokat vagy átfoghatja egész helyzetek valamilyen elkülöníthető vonását, de ezektől mindig általánosabb szinten.*¹²

A fentiekből az is következik, hogy *a megalapozott analogikus érvelés mindig valamely, az analóg helyzetek szintjétől általánosabb szinten elhelyezkedő szabály felismerésével, levezetésével vagy éppen alkotásával jár (ad hoc szabályalkotás).*¹³ Amennyiben ilyen szabály nem jelenik meg, ez az analogikus érvelés hiányosságának, hibájának is tekinthető.¹⁴

A következőkben az analogikus érvelés fenti modelljében megnyilvánuló jellegzetességek, és a *princip-*

ium analogiae szem előtt tartásával igyekszem a jelen tanulmány célját teljesíteni, ami a jogi analógiára vonatkozó általános elvi tételek, és az azt körbevevő fogalmak problémáinak kimutatása.¹⁵ Ezt, a magyar jogi szakirodalomban megjelenő álláspontok alapján, és a magyar joggyakorlatra vonatkoztatva teszem meg.

II.

Az analógia elvi keretei a magyar jogban

A magyar jogi szakirodalomban az analógia a joghézag kitöltésének egy módja.¹⁶ Mivel ilyen értelemben az analógia fogalma a joghézag fogalmát feltételezi,¹⁷ ezért ez utóbbi is lényeges az analógia sajátosságainak feltárásánál. Azonban ez a tanulmány nem a joghézagról szól, különösen nem annak elméleti vonatkozásairól, ezért ezt a kérdést csak az analógia vizsgálatához szükséges mértékig érintem.¹⁸

1. A joghézag az analógia szemszögéből

A joghézag fogalma és mibenléte fölöttébb vitatott, még a magyar elméleten belül is.¹⁹ A legóvatosabb (és legsemmitmondóbb) nézet az, amely szerint joghézagról akkor beszélünk, amikor a hatályos jog nem tartalmaz egy, a megítélésre váró ügy eldöntéséhez szükséges olyan szabályt, amelyet pedig tartalmaznia kel-

- 12 A korábban, az elektromos sokkolóra felhozott példa, egyben példa a tárgyak összekapcsolására, ahol a kötőfogalom egyik irányban az „elektromos eszköz”, másik irányban a „közbiztonságra különösen veszélyes eszköz” – természetesen ez a fogalomalkotás (fogalom felismerés) legegyszerűbb esetei közé tartozik.
- 13 Hasonlóan, ahogy a glosszátorok a *notabiliákban* a Digesta összefüggő, de kazuisztikus szabályaiból igyekeztek egy általánosabb, azokat átfogó jogtételt megfogalmazni, l. erre *Pokol Béla*: Középkori és újkori jogtudomány. Dialóg Campus, Budapest-Pécs, 2008. 45.; *The Encyclopedia of the Middle Ages*. (Eds. *Vauchez, André; Dobson, Richard Barrie; Lapidge, Michael*) Routledge, London, 2001. 612.
- 14 E lényeges jellemzőt figyelembe véve látható, hogy eleve félrevezető az a kérdésfeltevés, miszerint az analogikus érvelés eredménye bírói jogalkotást jelent-e, pl. *Lukács*, i. m. (2.), 68. Minden, teljes és hibátlan jogi analogikus érvelés szabályalkotást, szabály felismerést feltételez (még értelmezés esetén is), de önmagában, egy eset eldöntése ilyen *ad hoc* szabály alapján nem jogalkotás. (Vö.: *Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur*. – Nem jön létre jog abból, ami talán egyszer egy esetben előfordulhat. *Celsus*, Dig. 1. 3. 4.) Az, hogy a kötőelv, mint ideiglenes szabály, jogszabály lesz-e, önmaga az eset nem döntheti el, azt külső feltételek határozzák meg (pl. az adott jogrendszerben van-e precedensrendszer, vagy melyek a szokásjog kialakulásának feltételei az adott jogforrási rendszerben, stb.) Mindezzel ellentétben, *Személyi* szerint az analógia új jogalkotást jelent l., *Személyi Kálmán*: Római jog. Jóba E. Nyomdája, Nyíregyháza, 1932., 34.; ugyanígy *Szabó M.*, i. m. (8.), 208. L. még *Brósz Róbert – Pólay Elemér*: Római jog. Tankönyvkiadó, Budapest 1976. 66. (megállapításuk szerint a római jogban az analógia jogalkotáshoz vezetett, sőt annak egy nemét képezte); utóbbiak, viszont általában beszélnek az analógia szerepéről a római jog történeti alakulásában.
- 15 Ezért nem foglalkozom az analógia gyakorlati alkalmazását érintő két, nagyon lényeges problémával, mely egy analógia felállításának materiális szempontjait és problémáit érintik. Az egyik, az analógia forrása és az eldöntendő eset közötti hasonlóság létre és erősségére vonatkozó objektív ismérvek azonosítása; a másik az *argumentum a contrario* elve, mely az analógia állandó ellenszéruma, ugyanis az analógiánál, az eldöntendő eset tekintetében, a jogalkotó hallgatásával találkozunk, és e körülmény mikénti értékelése legtöbbször igen bizonytalan.
- 16 Az analógia általában (és a jogi nyelvben) nem csak érvelési formát jelenthet, hanem egyszerűen két jelenség közötti párhuzamot, hasonlóságot is. Bár a jogi munkákban a fogalom az utóbbi jelentéssel is előfordul, a magyar jogban, és így a témánk szempontjából, ez csak mellékes jelentőségű.
- 17 *Szabó M.*, i. m. (8.), 206., (aki rámutat, hogy a középkorban az analógia éppen a joghézaggal való összekapcsolódása miatt vált le a hasonlóságon alapuló érvelésről), *Peschka*, i. m. (2.), 135., (aki kijelenti, hogy a joghézag az analogikus jogalkalmazás legáltalánosabb, elengedhetetlen feltétele).
- 18 A joghézaggal kapcsolatos felfogások és problémák áttekintésére l. pl. *Nagy K.*, i. m. (2.), 3–9.; *Mezei Péter*: A joghézag kérdése régen és ma. Jogelméleti Szemle 2002/2. <http://jesz.ajk.elte.hu/2002_2.html>; *Szabó I.*, i. m. (2.), 338.; széles elvi, és nemzetközi áttekintést adó alapműnek tekinthető napjainkban is: *Le problème des lacunes en droit (études publiées par Chaim Perelman)*. Bruylant, Bruxelles, 1968.; l. az ismertető cikket is, *Varga Csaba*: Kodifikáció – joghézag – analógia. Állam- és Jogtudomány. XII/3. (1969) 566–572.
- 19 A joghézagot övező bizonytalanság egészen érdekes következményekhez vezetett: például a hatvanas években mind *Szabó I.*, mind *Lukács T.* odajutott, miszerint a joghézag fogalma eleve feltételezi azt, hogy analógiával kitölthető. *Szabó I.*, i. m. (2.); 445., *Lukács*, i. m. (2.), 63. Ez sem vet fel kevesebb elvi problémát, mint az eredeti felállítás, de a magyar joggyakorlat tükrében ma már amúgy sem tartható (l. alább).

lene,²⁰ vagy amely szerint joghézag ott van, ahol a jog kiegészítésre szorul.²¹ Ami a joghézag érdemét illeti, a sokféle osztályozást félretéve, és csupán az analógia szempontjából megközelítve, elég két fő vonulatot megkülönböztetni, ami természetesen jókora leegyszerűsítést jelent, de alkalmas az analógia határainak és sajátosságainak megközelítésére.²² Vannak, akik elismerik a joghézag létét akkor is, ha *van alkalmazható jogszabály az eldöntendő esetre*, de az túl általános, homályos, többértelmű, ellentmondást hordozó, stb. (melyet az egyszerűség kedvéért átfogóan *alkalmazási joghézag*nak nevezek Somló Bódog után²³). Az alkalmazási hézagnál létezik alkalmazható jogszabály (pozitív jogi jogtétel, rendelkezés), így annak kitöltése értelmezés útján is lehetséges. Vannak viszont olyanok, akik szerint joghézag akkor áll fenn, ha az esetet *konkrétan vagy közvetlenül* nem szabályozza jogszabály,²⁴ vagy ha az adott életviszonyt semmilyen jogszabály nem rendezzi.²⁵

Úgy tűnik, hogy a magyar joggyakorlatban a joghézag kitöltése jogértelmezéssel is lehetséges. Az Alkotmánybíróság egyik ügyben tett megállapítása szerint a „törvényhozó által nyitva hagyott kérdéseket a joggyakorlat válaszolja meg; értelmezésével a hézagokat kitölti.”²⁶ Az értelmezés tárgya más nem lehet ebben az összefüggésben, mint valamilyen pozitív jogi szabály. Ilyen értelemben a joggyakorlat az *alkalmazási joghézagot* is kifejezetten elismeri.

A magyar szakirodalomban csaknem ilyen egyértelmű a helyzet fordított irányból: ha analógiát alkalmaz-

unk, akkor feltétlenül joghézag is létezik, méghozzá olyan értelemben, hogy nincs alkalmazható, vagy nincs konkrétan, közvetlenül alkalmazható jogszabályi rendelkezés az eldöntendő esetre.²⁷ Az *alkalmazási hézagok (amennyiben vannak ilyenek) kitöltésére ebből következően nem analógia szolgál*, hiszen ott van alkalmazandó, értelmezendő jogszabály, tehát ott értelmezésről van szó. Ez természetesen az analógia hagyományosabb, de restriktív felfogása, amely nem vet számot általában az analogikus érvelés, gondolkodás fontos, általános szerepével a jogalkalmazásban.²⁸

2. Analógia vagy értelmezés?

A fenti elvi megkülönböztetés végigvitele konkrét esetek elemzésénél jelentős akadályokba ütközik. A felmerülő kérdések legtöbbjét félretelva, csak arra az alapproblémára összpontosítanék, hogy *sokszor az sem világos, van-e egyáltalán az eldöntendő esetre (alkalmazható) jogszabályi rendelkezés, vagy nincs* (azaz értelmezés, vagy éppen az analógia alkalmazása vetődik fel). Ennek eldöntése önmagában is egy előzetes értelmezési folyamatot kíván azon normáknál, melyek alkalmazása egyáltalán szóba jön. De az alkalmazhatóság mibenlétével, illetve egy alkalmazható jogszabályi rendelkezés létevel kapcsolatos bizonytalanság a gyakorlatban megkülönböztethetetlenül teszi az analógiát és értelmezést egyes tipikus joghelyzetekben.²⁹ Vegyünk egy

20 Jogi lexikon. (Főszerk.: Lamm Vanda, Peschka Vilmos) KJK-KERSZÖV, Budapest 1999. 301.

21 Somló Bódog: Jogbölcsészet. Miskolci Egyetem, Miskolc, 1995. 123.

22 Ettől a felosztástól függetlenül, egyes álláspontok a joghézagot a törvényhozó akaratához kötik oly módon, hogy a jogalkotó szabályozási szándéka a hiányos szabályozású területet is átfogja, tehát egyfajta jogalkotói hibáról van szó, l. pl. Jogi Lexikon, i. m. (20.), 596., Földvári József: Magyar büntetőjog általános rész. Osiris, Budapest 1997. 63. Ezen álláspont gyakorlati alkalmazhatósága és használata megkérdőjelezhető, de a probléma elemzésére itt nincs lehetőség.

23 Somló, i. m. (21.), 124., bár ő az alkalmazási joghézag fogalmát ettől kissé eltérően használja.

24 Bíró György – Lenkócs Barnabás: Magyar polgári jog – általános tanok. Novotni Alapítvány, Miskolc 2002. 146.; Nagy K., i. m. (2.), 9.; Kolosváry Bálint: A magyar magánjog tankönyve I. Politzer Testvérek, Budapest 1907. 53.; Nagy Ferenc: A magyar büntetőjog általános része. Korona, Budapest 2001. 87.; Szabó I., i. m. (2.), 377. Azért kell – az önmagában is nehezen értelmezhető és meghatározható – „konkrét” vagy „közvetlen” megszorítás, hogy a *joganalógia* köthető legyen az ilyen típusú joghézag kitöltéséhez, ugyanis a joganalógiánál van valamilyen általános, alkalmazható elv.

25 Visegrády Antal: Jog- és állambölcsélet. Dialóg-Campus, Budapest-Pécs 2002. 131., hasonlóan Földvári, i. m. (22.), 63.; Molnár Imre – Jakab Éva: Római jog. Diligens, Szeged 2003., 53.; nyilvánvalóan ez csak azzal a kiegészítéssel védhető, hogy van ugyanakkor ezen helyzetekben valamilyen *szabályozási igény* (tkp. elkerülhetetlen értékmozzanat, a joghézag és a „nem-jog”/non-ius elkülönítésére), mely aztán a jogalkalmazásban vagy kitölthető, vagy nem. Természetesen az, hogy ez az igény honnan eredhet, milyen ismérvek alapján tekinthető megalapozottnak, és milyen módon állapítható meg, hogy megalapozott-e, egy külön tanulmány tárgyát képezi, de l. erre vonatkozóan pl. Peschka, i. m. (2.), 130-135.

26 38/1993. (VI. 11.) AB határozat IV. (2); ugyanígy az 577/B/2000. AB határozat III.4. pont; (kiemelés a szerzőtől). Egy későbbi határozatban ezt megerősítve, arról szól, hogy a Legfelsőbb Bíróság az elemzési határozatában többek között „az értelmezéssel joghézagot tölthet ki.” 42/2005. (XI. 14.) AB határozat, (kiemelés a szerzőtől). A Legfelsőbb Bíróság a joghézag kitöltésére szolgáló értelmezés gondolatát átveszi, és szó szerint idézi például a 2/2007. közigazgatási és polgári jogegységi határozatban, de ugyanígy elismeri a joghézag értelmezéssel való kitöltését eseti döntésben is, pl. BH 1997/120. (A jelen tanulmányban megjelenő, 1975 utáni magyar bírósági határozatok forrása: Complex Jogtár Plusz – elektronikus adatbázis).

27 Pl. Jogi Lexikon, i. m. (20.), 294. és 596.; Lukács, i. m. (2.) 61. és 65.; Szabó I., i. m. (2.), 381. Úgy tűnik, hogy ez általában azon szerzőkre is ugyanúgy igaz, akik egyébként az alkalmazási joghézagok fogalmát, létét kifejezetten vagy hallgatlagosan elfogadják, pl. Bíró Lenkócs, i. m. (24.), 147.; Szabó Miklós: Jogi alapfogalmak. Miskolci Egyetem, Miskolc 2002. 53.

28 Hasonlóan élesen szembeállítja az értelmezést és az analógiát, pl. Lukács, i. m. (2.), 65.; Szabó, i. m. (2.), 381.; Szabó M., i. m. (8.), 206. E megkülönböztetés következetes végigvitele lényegbevágó az elemzéshez, ugyanis egyedül ez ellensúlyozhatja a joghézaggal kapcsolatos komoly elméleti zűrzavart. Másrészt vannak, akik az analógiát az értelmezés fogalmi hatókörébe bevonják, tehát nem feltétlenül kötik azt a joghézaghoz, pl. Pokol Béla: Jogelmélet. Századvég, Budapest 2005. 222-225.; Magyarhoni magánjogtudomány elemei. (Kövy Sándor után lejegyezte és átdolgozta Fogarasi János.) Beemel József Ny., Pest 1839. 4.; Kolosváry, i. m. (24.), 53.; Bíró – Lenkócs, i. m. (24.) 147.; ráépülő következtetések nélkül, nem világos azonban, hogy mindez valóban az analógiának a hagyományostól eltérő, következetes felfogását jelenti-e, (l. VI. pontban foglalt következtetéseket).

29 Lényeges, hogy az analógia és értelmezés ezen elhatárolási problémáitól eltér, amikor az analógiát a kiterjesztő értelmezéstől kell elhatárolni. Ezen esetben az elhatárolási nehézség az érintett jogszöveg jelentéshatárainak rugalmasságából adódik (l. alább IV. pont). A jelen esetben a problémát nem a jelentéshatárok tologatásának lehetősége adja, hanem egy jogszabály alkalmazhatóságának mibenléte.

ilyen helyzetet (Bírósági Határozatok 1998/506. eset). A felperes munkavállaló az alperes munkáltatóval kötött munkaviszony keretében írásbeli megállapodást a felperes tulajdonában álló személygépkocsi hivatalos célú használatáról, és a költségtérítésről. A megállapodás tartalmazta, hogy azt csak írásban lehet felmondani. A per tárgya a munkáltató által meg nem fizetett költségtérítés volt, mely igénnyel szemben alperes arra hivatkozott, hogy a megállapodás időközben szóbeli megegyezéssel megszűnt. Mivel a Munka Törvénykönyvének, a jognyilatkozatokra vonatkozó 6. § (1) és (2) bekezdése nem tartalmazott rendelkezést egy szerződés megszabott alakíságot nélkülöző megszüntetésére, a bíróság a Ptk. hasonló helyzetre vonatkozó, 218. § (3) bekezdését alkalmazta, és ennek segítségével döntött (*célszerűségi mérce – szabályozási minta követése*).

A bíróság az eldöntendő eset megítéléséhez felhasznált egy hasonló, de polgári jogi jogviszonyokban alkalmazandó jogszabályt. A kérdés az, hogy amikor a bíróság a Ptk. 218. § (3) bekezdését alkalmazza munkaviszony kereteiben, akkor ennek, mint értelmezési támpontnak a segítségével csak a Munka Törvénykönyvének a jognyilatkozatokkal kapcsolatos (de hiányos) rendelkezéseit értelmezi, a polgári jogi jogszabály segítségével levezetve azok alkalmazási feltételeit (értelmezés), vagy éppen a polgári jogi rendelkezés joghatásait viszi át az eldöntendő ügyre (analógia). Az ilyen típusú helyzetben elvileg van egy jogszabály, melynek hatálya kiterjed ugyan az ügyre, de hiányossága, vagy általánossága miatt önmagában nem alkalmas az eset eldöntésére, és így ehhez kell egy másik, hasonló helyzetekre alkalmazható, de konkrétabb jogszabályi rendelkezés felhasználása is. Ez felfogható úgy, hogy a kiegészítő, máshonnan vett jogszabályi rendelkezés az előbbi rendelkezés ér-

telmezéséhez, alkalmazási feltételeinek meghatározásához kell egyfajta „modellként”; de felfogható úgy is, hogy a kiegészítő jogszabály joghatásait a jogalkalmazó átviszi az eldöntendő esetre. Az analógia és értelmezés ilyen helyzetekben teljesen összemosódik.³⁰

A kérdést az döntené el, hogy az eset tárgyát általánosan szabályozó, de azt éppen általánossága vagy hiányossága miatt el nem döntő rendelkezést „alkalmazható” jogszabálynak tekintjük, (és a hézagot így pusztán alkalmazási hézagnak), vagy ezt a rendelkezést nem tekintjük „alkalmazhatónak”, és így a joghézag betöltése értelmezéssel nem lehetséges (mert nincs alkalmazható, és így értelmezhető jogszabályi rendelkezés), csak analógiával.³¹ Annak azonban, hogy melyik megoldás a „helyes”, nincsenek általános, objektív ismérvei.³²

Az analógia és a joghézag összefüggésein túl, az elvi kereteket tekintve, ki kell még emelni azt, hogy az analógia esetében ugyanúgy *ad hoc* szabályalkotással (vagy tetszőlegesen: szabály felismeréssel) találkozunk, mint általában az analogikus érvelésnél: itt is megjelenik egy kötőelv (*principium analogiae*), ami egy általánosabb szabály. Ezt, az analógia forrását képező jogszabályból extrapolálja a jogalkalmazó, melynek következtében az képes átfogni az eldöntendő esetet is, és egy keretbe foglalja az analógia mindkét oldalát. Szladits ezt fogalmazza meg úgy, hogy „egy szabály alap gondolatát terjesztjük ki a törvényben nem szabályozott hasonló tényállásra”.³³ A hangsúly az általánosításon van, melynek folytán a kiterjesztett „alap gondolatba” behelyezhető az eldöntendő eset is. Szász-Schwarz kiemeli, hogy az analogikus jogfelismerés mindig feltételezi az alkalmazandó jogszabály fölé rendelt, abból levezethető elvet.³⁴ Az analógia forrásául szolgáló jogszabály tehát csak alapját képezi egy, az analógia so-

30 Amikor a munkaügyi bíróság az üzemi tanács választásának megítélésénél, bizonyos feltételek mellett, a választási eljárásról szóló 1997. évi C. törvény törvény egyes rendelkezéseit alkalmazza, akkor ez utóbbi segítségével csak a Munka Törvénykönyvének vonatkozó (de hiányos) választási szabályait értelmezi, levezetve annak alkalmazási feltételeit (értelmezés), vagy éppen a másik törvény joghatásait viszi át az eldöntendő ügyre (analógia)? (BH 2001/548.) Hasonlóan, amikor a választottbíróság a bérleti jogviszony felmondásának megítélésénél példának vette a munkaviszony rendes felmondásával kapcsolatos követelményeket, amely szerint a felmondásnak konkrétan, világosnak, valósnak és okszerűnek kell lenni, akkor a Munka Törvénykönyvének joghatásait viszi át az eldöntendő ügyre (analógia), vagy ennek segítségével egyszerűen csak a Ptk. bérleti jogviszony felmondására vonatkozó rendelkezéseinek alkalmazási feltételeit bontja ki (értelmezés)? (2006/6. választottbírósági határozat – BH 2006. 11. sz.)

31 És ezután jönnének még olyan, az elvi alapvetésből adódó, differenciáltabb kérdések, hogy ilyen konkrét ügyek tükrében mit jelent: „közvetlenül” alkalmazható egy jogszabály, és mit jelent, hogy „közvetlenül” (nem közvetlenül) alkalmazható. Amennyiben egy jogszabály nem közvetlenül, de alkalmazható, akkor már csak alkalmazási hézagról lehet szó? Mennyire konkrétan kell lenni egy alkalmazható jogszabálynak, hogy ne legyen joghézag, vagy csak alkalmazási joghézag legyen?

32 Egy jogszabály alkalmazhatóságának problémája kapcsán, az analógia és értelmezés elhatárolásának további elvi nehézségeit jól mutatja az a más típusú, és specifikus helyzet, amikor egy jogtételben a felsorolás logikailag nyitott végű, és annak a végén „egyéb hasonló...” vagy „más hasonló...” kifejezés helyezkedik el, jelölve olyan eseteket, melyet a jogalkotó nem sorol fel ugyan, de hasonlóságuk folytán a szabályozást ki kívánja terjeszteni rájuk. Így a 175/2003. (X. 28.) Korm. rendelet alapján tilos az ott felsorolt, közbiztonságra különösen veszélyes eszközt közterületen, nyilvános helyen vagy közforgalmú közlekedési eszközön birtokolni, de a tilalom nem terjed ki a 3. § (2) bekezdés c. pont alapján azon eszközökre, melyek „filmfelvétel, színházi előadás, illetve más hasonló rendezvény” megtartásához szükségesek. Amikor egy jogalkalmazó előtt egy olyan eset van, mely a jogtételben foglaltaknak megfelelően, hasonló a felsorolás más elemeihez, de azokhoz nem tartozik, felmerül a kérdés, hogy analógiát kell-e alkalmaznia ekkor, vagy csak egyszerűen jogértelmezésről van szó. Egy falunapon, művelődési házban tartott nyilvános előadáson használt eszközök kivétele a tilalom alól (ami kézenfekvőnek tűnik) értelmezés vagy analógia útján történik? Fel lehet fogni úgy a helyzetet, hogy a jogalkalmazó a „más hasonló rendezvény” fogalmát értelmezi csak, és sorolja e kifejezés alá az előtte fekvő esetet (értelmezés). De fel lehet ügyis fogni, hogy a jogszabály specifikusan és kifejezetten felhatalmazza a jogalkalmazót, hogy analógiát alkalmazzon a filmfelvételt és színházi előadás megjelölt eseteihez viszonyítva, vigye át rá az ezeknél megállapított joghatást, tehát nem lehet szó egyszerű jogértelmezésről. A kérdést az döntheti el, hogy a „más hasonló rendezvény” az alkalmazható jogszabály értelmezendő része (itt a hasonlóság az értelmezés tárgya), vagy csak egyszerű útmutatás a jogalkalmazó felé analógia alkalmazására, (itt a hasonlóság az analógia megalapozását szolgáló ismérvek kapcsolatára utal). Mindkét megoldás egyformán védhetőnek tűnik.

33 Magyar magánjog I. (Főszerk. Szladits Károly) Grill, Budapest 1939., 159.

34 Szász-Schwarz, i. m. (10.), 92.

rán általánosított, annál elvontabb szabálynak, mely – az elvonság magasabb szintje miatt – már átfogja az analógia másik lábát képező, eldöntendő esetet is, és ezzel egyben jogi megítélésének kereteit is meghatározza. Ez az *ad hoc* szabályalkotás vagy szabály felismerés, az analógia rendkívül lényeges, de legtöbbször figyelmen kívül hagyott jellegzetessége, mely nélkül nem lehet megfelelően elemezni az analógiát.³⁵

3. Analogikus érvelés a jogértelmezésben

Az analógia, mint a joghézag kitöltésének módszere, az analogikus érvelés specifikus formáját képezi. Ugyanakkor az analogikus érvelés nem csak magára az analógiára jellemző. *Az analogikus érvelés a jogértelmezésnek is egy fontos formája* (nem csak olyan határesetekben, mint az előző pontban említettek), és mint általános gondolati művelet, a jogértelmezésen belül maradó következtetések levonását is szolgálja.³⁶

A jogértelmezési probléma általánosan és tipikusan abban mutatkozik meg, hogy egy konkrét vagy hipotetikus tényállás vagy tényállási elem besorolható-e valamely jogi rendelkezés, vagy rendelkezések alá. Egy jogértelmezési probléma eldöntéséhez vezető érvelés egyik kézenfekvő formája az, ha egy, a kérdéses rendelkezés vagy rendelkezések alá már korábban besorolt esetet (eldöntött jogesetet) értelmezési támpontként használva, a jogalkalmazó összevet a megoldásra váró esettel, és kellő hasonlóság esetén, analogikus érveléssel, bevonja az eldöntendő esetet a jogi rendelkezés hatókörébe. Mind a magyar, mind a nemzetközi joggyakorlatban természetesen számtalan példa van arra, hogy egy bíróság korábbi döntésekre támaszkodva, részben vagy egészben, analogikus érveléssel dönt el jogértelmezési kérdést. De ezen konstrukció fényében érdemes nevesíteni egy példát.

A lakás sérthetetlenségéhez való alapjog alkalmazásánál lényeges kérdés az, hogy kiterjed-e a gazdasági társaságok székhelyére, vagy egyéb telephelyére (l. pl. Emberi Jogok Európai Egyezménye, 8. cikk.) Az Emberi Jogok Európai Bírósága a *Colas Est* ügyben először döntött erről a kérdéstről. Értelmezési támpontként használta fel a korábbi *Niemietz* ügyet, melyben a lakás fogalmát, és egyben a jogot, ebben az összefüggésben,

kiterjeszhetőnek látta a szabadfoglalkozású egyéni vállalkozó (ügyvéd) irodájára is. Ebből vezette le aztán, hogy a lakás sérthetetlenségének joga *mutatis mutandis* kiterjed a gazdasági társaságok telephelyeire is.³⁷

A korábban már megítélt, az analogikus érvelés forrásául, és egyben értelmezési támpontként szolgáló jogesetben megnyilvánuló eseti szabály (konkrét jogi következtetés) az, hogy szabadfoglalkozású személy irodája a jog alkalmazása szempontjából lakásnak minősül. Ennek *extrapolálása* útján jutott el a Bíróság az *analogikus kötölvéhez*, ami körülbelül a következőképpen fogalmazható meg (ez nem jelenik meg így az ítéletben): gazdasági tevékenység folytatására szolgáló, gazdasági szereplők tulajdonában vagy használatában lévő ingatlanok a lakás sérthetetlenségére vonatkozó jog alapján védelmet élveznek. Ez képezi az elvi alapját a párhuzamnak, hogy egy szabadfoglalkozású személy irodája és egy gazdasági társaság telephelye a jogkérdés szempontjából hasonló, lényeges közös jellemzőkkel bír (a kötőfogalom: gazdasági tevékenység folytatására szolgáló, gazdasági szereplők tulajdonában vagy használatában lévő ingatlan). A párhuzam felállítása után, pedig a Bíróság már megismételhetette azokat az érveket, melyek a *Niemietz* ügyben annak indokolására szolgáltak, hogy a jog alkalmazása szempontjából, a lakás sérthetetlenségét biztosító jog miért nem csak a magánélet színteréül szolgáló ingatlant védi. E tekintetben az elvi áttörés tehát nem a *Colas Est* ügyben történt. *Az analogikus érvelés csak azt tette lehetővé, hogy a Bíróság ebben az ügyben rácsatlakozhasson a korábbi érvekre, és azonos jogi megítélés alá vonja az ügyet a korábbiakkal.*³⁸ Így tehát egészen más, amikor az analógia alkalmazása folytán egy hasonló helyzetet rendező jogszabály joghatását viszi át a jogalkalmazó az előtte lévő jogesetre (analógia), és megint más, mikor analogikus érvelést alkalmaznak egy jogszabály értelmezése során, a jogszabály eseti jelentésének megállapítására.

A jogértelmezést szolgáló analogikus érvelést tartalmazó *Colas Est* ügy, azonban egy vonatkozásban lényegesen különbözik az analógia kapcsán, a korábbiakban felhozott példától. Itt *esetforrású analogikus érvelésről* van szó, tehát az analogikus érvelés forrása egy jogeset, mely az eldöntendő esettel való hasonlósága miatt szolgál ez utóbbi besorolására egy jogszabály alá.³⁹ A ko-

35 Sokszor az analógia meghatározásánál vagy leírásánál az *ad hoc* szabályalkotásra, mint lényeges jellemzőre nem mutatnak rá, így a meghatározások meglehetősen jellegtelenek, sőt félrevezetőek lesznek, l. példaként: analógia esetén „a törvényszövegben levő jogszabályt kiterjesztjük és alkalmazzuk oly esetre, melyre az directe nem terjed ki” (*Grosschmid Béni*: Magánjogi előadások: Jogszabálytan. Athenaeum, Budapest 1905., 942.); analógiánál a jogszabály alkalmazási körét olyan esetre terjeszti ki, amelyre az nem vonatkozik (Földvári, i. m. (22.), 63.).

36 Viszonylag ritka kivételként, az analogikus érvelés ilyen, tágabb alkalmazásával is számot vet pl. *Szabó M.*, i. m. (8.), 171–172.; *Lukács*, i. m. (7.), 431–433.

37 *Société Colas Est és mások v. Franciaország* 37971/97, 2002. 04. 16. par. 40., *Niemietz v Németország* par. 30., de l. ugyancsak erre a problémára *Chappell v. Egyesült Királyság* 1989. 03. 30., Series A no. 152-A, par. 63.

38 Az értelmezést segítő analogikus értelmezés, mely korábbi esetekre támaszkodik, bizonyos koherenciát biztosít a joggyakorlatnak, de egyben a jog óvatos, fokozatos alkalmazkodását is elősegítheti a változó életviszonyokhoz. Ennek tudható be a *common law* konzervatívizmusa, és egyben szilárdsága is, l. erről *Sherwin, Emily*: A Defense of Analogical Reasoning in Law. The University of Chicago Law Review 66 (1999) 1179.

39 Az esetforrású analogikus érvelés másik jellemző formája, amikor az érvelés forrása ugyancsak egy jogeset, és az ezzel való hasonlóságon alapul az eldöntendő eset jogi megítélése, az előbbi, forrásként szolgáló esetből levezetett jogtétel (tkp. *ratio decidendi*) alá történő

rábbi példáknál viszont *szabályforrású analogikus érvelést* láthattunk, ahol az analogikus érvelés forrása egy jogszabály, vagy egy az alapján levezetett vagy tételezett tipikus, hipotetikus eset vagy tényállás, mely az eldöntendő esettel való hasonlósága miatt hozzájárul ahhoz, hogy az eldöntendő esetre alkalmazni lehessen egy másik (hiányos vagy túl általános) jogszabályt, vagy éppen ahhoz, hogy ki lehessen tölteni vele egy joghézagot (l. az előbb hivatkozott BH 1998/506. esetet.) *A szabályforrású analogikus érvelés is szolgálhat jogértelmezést, de láthattuk, sokszor ugyanúgy analógiát is jelenthet – az elhatárolás igen nehéz.*

4. A szabályforrású analógia, mint aszimmetrikus analógia

A korábbiakban már láthattuk az analogikus érvelés lényegét a jogban: egy szabályból, esetből következtetés levonása hasonló, konkrét esetre oly módon, hogy az analógia forrásából extrapolált általánosabb szabály (kötőelv) alá rendeljük mindkét esetet. Az esetforrású analogikus érvelésnél a jogalkalmazó korábbi jogesetekből von le következtetést a későbbi, eldöntendő jogesetre, erre tekintettel az érvelés forrása és az eldöntendő eset az elvontság tekintetében azonos jellegű és szintű („*eset > eset*” típusú analogikus érvelés). Más a helyzet a szabályforrású analogikus érvelésnél, hiszen a forrásként szolgáló jogszabály itt az elvontság más, magasabb fokán áll, mint az esetleges forrásként szolgáló konkrét, megelőző jogeset, illetve maga az eldöntendő jogeset („*szabály > eset*” típusú analogikus érvelés).

*A magyar szakirodalomban ismert analógia szabályforrású analogikus érvelést takar, és ilyen értelemben aszimmetrikus: egy konkrét (eldöntendő) jogeset áll szemben egy jogszabállyal.*⁴⁰ Ez tisztán mutatkozik meg az analógia *analógia legis*-nek nevezett formájánál (l. alább). Az aszimmetriának lényeges következményei vannak. Az analogikus érvelésnél elengedhetetlen „párhuzamos, hasonló esetek vagy helyzetek” egyik oldalán, a forrás oldalon, lényegében absztraktabb *törvényi tényállás* van, melyet hasonlóság szempontjából az eldöntendő eset oldalán egy *történeti tényállással* kell összevetni. Mivel a törvényi tényállás csak néhány absztrakt elemből áll, az összehasonlítás strukturáját alapvetően ezek határozzák meg, míg két konkrét történeti tényállás („*eset > eset*” típusú analogikus érvelés) összehasonlítása ennél több elem és szempont szerint lehetséges, ugyanis sokkal több, releváns (és nem releváns), párhuzamba állít-

ható elem jelenik meg bennük, és ez az összehasonlításnak egészen más technikáját követeli meg.

A „szabály > eset” típusú analogikus érvelésben az összevetés sokszor csak akkor lehetséges, ha a jogalkalmazó feltérképezi azokat a tipikus eseteket, melyeket a törvényi tényállás átfog, és ezeket az eseteket vonatkoztatjuk az eldöntendő eset történeti tényállásának releváns elemeire (külön értelmezési aktus). Minél általánosabb az analógia forrásául szolgáló jogszabály, annál áttekinthetlenebb a tipikus esetek száma, hiszen annál több, különböző élethelyzeteket foghat át a szabályozás; ugyanakkor annál bizonytalanabb, hogy az eldöntendő eset bevonható-e a szabály alá (értelmezés problémája), vagy éppenséggel nem vonható be (az analógia felmerülése). A nehézségek azzal arányosan fokozódhatnak e tekintetben, minél általánosabb (és így meghatározatlanabb) az analógia lehetséges forrásául szolgáló jogszabály.

Amennyiben elvontabb az analógia forrásául szolgáló jogszabály, komolyabb nehézségek támadnak az analógia és az értelmezés elhatárolása tekintetében. Ugyanis abban az esetben, ha az eldöntendő jogeset a kérdéses jogszabály alá vonható, akkor pusztán értelmezésről van szó. Amennyiben nem vonható a mégoly elvont jogszabály alá sem az eldöntendő eset, hanem egy (még) általánosabb szabály (kötőelv) útján lehet csak egységbe foglalni őket, akkor már csak analógiáról beszélhetünk. Viszont *minél általánosabb a szabály, annál nagyobb esélye van, hogy kiterjed az eldöntendő esetre; és ezzel együtt annál meghatározatlanabb is, ami a bizonytalanságot fokozza, hogy a jogi döntés során a jogalkalmazó pusztán értelmez-e vagy éppen analógiát alkalmaz* (vagy éppen melyikhez kell nyúlnia). Amennyiben az analógia forrásául szolgáló szabály elvontabb, egyre nehezebb olyan, még absztraktabb kötőelvet találni, mellyel az eldöntendő (és az elvontabb szabály alá sem besorolható) eset, és maga a szabály átfogható az analógia felállításakor. Ha *absztraktabb a jogszabálynál, már nagyrészt elvész az analógia lehetősége, és a jogalkalmazás átfordul egyszerű jogértelmezésbe.*⁴¹

Ez ismételt felveti az analógia és jogértelmezés elhatárolásának kérdését, azonban nem olyan összefüggésekben, ahogy az előbbieknél. Ez már az analógia és a *kiterjesztő* értelmezés elhatárolásának problémája. Mielőtt ennek vizsgálatára rátérnénk, elkerülhetetlen az analógia két általános elismert formájának vizsgálata, ugyanis ez az analógia további sajátossága-ira mutathat rá.

besorolással. Ez a *common law* esetjogi rendszerére jellemző megoldás, ahol viszont *nincs tételes jogszabály, aminek az értelmezéséhez járulna hozzá az analogikus érvelés*, így a kontinentális rendszerekben megszokott jogértelmezésről sem beszélhetünk. Az analogikus érvelés ezen formájának a vizsgálata itt nem lehet feladatunk, de a kérdéssel példákban keresztül foglalkozik a magyar szakirodalomban pl. *Vörös Imre: A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga* II. Krim, Budapest 2004., 26–28.

40 Kivételesen az analógia is lehet többé-kevésbé szimmetrikus a magyar jogban, amikor például a Legfelsőbb Bíróság jogegységi határozatnál, vagy az Alkotmánybíróság, nem konkrét esetet dönt el, hanem absztrakt tényállásokkal dolgozik, l. az előzőekben példaként felhozott 1/2003. polgári jogegységi határozatot. Ez a szabályforrású analogikus érvelés másik típusa („*szabály > szabály*” típusú analógia).

41 *Vö. Szabó M., i. m. (8.), 208.* (aki éppen annak tudja be az analógia állítólagos visszaszorulását az európai jogrendszerekben, mert elterjedtek az általános zsinórmértékek és generálklauzulák).

III.

Egy célt tévesztett megkülönböztetés:
analogia legis és analogia iuris

Közismert, hogy az analógiának általánosan két formáját különböztetjük meg: egyik az *analogia legis* (törvényanalógia), a másik az *analogia iuris* (joganalógia).⁴² Az *analogia legis* mibenlétét igen változatosan írják le a különböző szerzők, de általában összhang van abban, hogy az analógia ezen formája olyan esetek eldöntését teszi lehetővé, melyekre nézve nincs (közvetlenül) alkalmazható szabály, de más, hasonló esetek szabályozása átvihető rá. Olyan meghatározásokkal találkozhatunk, mint például: a nem szabályozott eset elbírálása egy rokon esetre vonatkozó, hasonló súlyú, jellegű szabály alkalmazásával;⁴³ vagy a lényeges tekintetben hasonló, közeli helyzetekre vonatkozó szabályozásnak a szabályozatlan, eldöntendő esetekre vonatkoztatása;⁴⁴ vagy egy szabály joghatásának átvittele olyan hasonló, közelálló, szabályozatlan tényálásra, melyre a jogalkotó nem gondolt.⁴⁵

Az *analogia iuris* ezzel szemben akkor merül fel, amikor az eldöntendő, szabályozatlan esetről nincs hasonló helyzetre vonatkozó szabályozás sem, így konkrét jogi szabályozás, és hasonló jogi helyzetekre vonatkozó szabályozás hiányában, a jogi döntés a jog általános alapelveire, vagy a jogrendszer egészét meghatározó elvi alapokra,⁴⁶ vagy a jogrendszer általános elveire,⁴⁷ (mely eredhet az Alkotmányból, vagy a jogrendszer egészéből⁴⁸), vagy általánosan elfogadott jogelvre épül,⁴⁹ vagy az esetet a „pozitív jog általános szellemében” döntenek el.⁵⁰ Az analógia e két formája együttesen jelenti az analógiát az általános felfogás szerint.

A magyar joggyakorlat az *analogia legis* és *iuris* megkülönböztetését nem igazolja vissza. Szinte egyáltalán nem találni a mai magyar bírói joggyakorlatban kife-

jezett hivatkozást az analógia valamelyik, fenti formájára.⁵¹ Ez nem meglepő, ugyanis a fenti megkülönböztetés komoly problémákat vet fel, és valójában nehezen tartható.

1. Az analógia két formája: az elhatárolás problémái

Az analógia e két formájának lényegét és viszonyát illetően, legalább négyféle, egymástól különböző felfogás azonosítható. Vannak, elsősorban a régebbi, magánjogi irodalomban, akik szerint egy analógia azért „törvényanalógia”, mivel egy pozitív jogszabályt veszünk alapul az analógia forrásaként, tekintet nélkül arra, hogy ez a jogszabály mennyire konkrét, vagy mennyire általános, elvi jellegű. Ennek okán az *analogia legis* nem is helyes kifejezés, ez inkább *analogia regulae* (szabályhasonyszerűség), ahogy *Grosschmid*, és nyomában *Tóth Lajos* rámutatott.⁵² *Kolosváry* is úgy véli, hogy attól lesz törvényi az analógia, hogy a szabályozatlan esetre, valamely fennálló (bármilyen) tételes jogszabályt alkalmaz a bíró.⁵³ Ebből az következik, hogy a pozitív jogban megjelenő általános jogelvek használata is a törvényanalógia alá tartozik, ha azokat konkrétan nem szabályozott esetek eldöntésénél alkalmazzák.⁵⁴ Náluk a joganalógia, a jogrendszerből levezetett, a pozitív jogban meg nem jelenő elvek, általános szabályok, értékítéletek használatára utal.⁵⁵ Itt az *elhatárolás formális szempontoktól függ* (a pozitív jogi szabályozás léte vagy hiánya az analógia forrásánál), ami az elnevezésből is adódóan, teljesen logikusnak tűnik.⁵⁶

A mai, általános felfogást vizsgálva úgy tűnik, hogy az analógia két formája között nem a pozitív jogi megjelenés a döntő, hanem az analógiaként alkalmazott jogszabály konkrét vagy általános jellege. Az újabb meghatározások ugyanis nem utalnak arra, hogy az

42 Ezek tovább bonthatók, (l. pl. a nemzetközi jogban alkalmazott analógia tekintetében, *Nagy Károly*: Nemzetközi jog. Püski Kiadó, Budapest, 1999. 58.), de ennek számunkra itt nincs jelentősége.

43 *Nagy F.*, i. m. (24.), 87.

44 *Jogi Lexikon*, i. m. (20.), 596.; *Pokol*, i. m. (28.), 224.; *Angyal Pál*: Büntetőjogi előadásai. Lechner Kornél K., Pécs 1904–1906. I. kötet 242.

45 *Lábady Tamás*: A magyar magánjog (polgári jog) általános része. Dialóg-Campus, Budapest–Pécs 1997. 228.

46 *Jogi Lexikon*, i. m. (20.), 596.

47 *Visegrády*, i. m. (25.), 131.; *Nagy K.*, i. m. (2.), 10.; *Pokol*, i. m. (28.), 224.

48 *Lábady*, i. m. (45.), 228.; *Molnár-Jakab*, i. m. (25.), 53.

49 *Nagy F.*, i. m. (24.), 87.; *Lábady*, i. m. (45.), 228.

50 *Grosschmid*, i. m. (35.), 942.

51 Kivételként l. pl. a 327/B/1992. AB határozat 1.3. pontját, vagy az EBH 2005/1272. ügyet, ahol az *analogia legis* fogalma került elő.

52 *Grosschmid*, i. m. (35.), 942.; *Tóth Lajos*: Magyar magánjog. Csáthy, Debrecen 1923. 105.

53 *Kolosváry*, i. m. (24.), 53.

54 Erre kifejezetten utal *Lukács*, i. m. (2.), 69–70., illetve *Szabó*, i. m. (2.), 420–421., akiknél a tételes jogi szabályban megjelenő általános jogelvek ugyancsak *törvényanalógia* forrásaiként szolgálhatnak.

55 A joganalógiában alkalmazott szabály levezetett jellegére mutat rá *Szladits*, amikor azt írja, hogy több jogszabályból levont magasabb elvet alkalmazunk olyan igényre, mi addig elismerve nem volt, *Szladits Károly*: A magyar magánjog vázlata. I. Ponte Press, Budapest 1999. (reprint), 53.; *Szladits*, i. m. (33.), 159.

56 Ettől eltérő, sajátos, de nem a magánjog, hanem a büntetőjog összefüggéseiben felmerülő felfogás, mely szerint a törvényanalógia esetén, az eldöntendő esetet, az egyébként alkalmazható, de az eset tekintetében joghézagot tartalmazó törvény (pl. Btk.) világos, alkalmazható, de általánosabb szabálya alá vonjuk, és döntjük így azt el. Míg joganalógia esetén, ehhez képest más jogforrás, más jogszabály nyújtja az analógia forrásául szolgáló szabályt, l. *Finkey Ferencz*: A magyar büntetőjog tankönyve. Grill, Budapest 1914. 106. A megkülönböztetés alapja tehát az, hogy a joghézagot tartalmazó jogforrás másik szabálya képezi az analógia forrását, vagy azt éppen más jogszabályból vesszük. Ez a felfogás azonban csak a büntetőjog, jogforrási szempontból zártabb területén értelmezhető, így nem lehet általános érvényt tulajdonítani neki.

analogia iuris esetén az általános jogelvnek levezetettnek kellene lennie,⁵⁷ tehát az, mint a joganalógia forrása előfordulhat akár a pozitív jogban rögzített elvként, általános szabályként is. Ezt támasztják alá az *analogia legis* meghatározásánál szokásosan említett olyan kitevételek, mint pl. annak azonos súlyú és jellegű szabály a forrása, vagy az, hogy lennie kell hasonló vagy közelálló helyzetre, rokonesetre vonatkozó szabálynak (ami egyben a szabályozás azonos, konkrétabb szintjére utal); tehát *a contrario*, az általánosabb szabályok, vagy jogelvek az analógia forrásaként, már joganalógiára utalnak. Itt láthatóan *materiális elhatárolási szempont* (konkrét – általános) érvényesül, ami viszont egyben következtelenné teszi az *analogia legis* és *iuris* elnevezéseket is. Az analógia két formája közötti, láthatóan más választóvonal eltérő következtetéseket implikál. Így amennyiben egy általános jogelv megjelenik a pozitív jogban, (pl. a jóhiszeműség elve a Ptk-ban) akkor ennek az analógia forrásaként történő alkalmazása az előbbi felfogás szerint törvényanalógia, viszont az utóbbi felfogás szerint már joganalógia lesz.⁵⁸

Az *analogia legis* és *iuris* elhatárolása, viszont mindkét, fő áramlatnak számító felfogásban kétséges. Az egyik esetben – a formális elhatárolás esetén –, nehéz megmagyarázni, hogy miért kell például eltérően osztályozni az analógiát attól függően, hogy az eldöntendő esetre vonatkoztatott általános elv megjelenik-e a pozitív jogban, vagy sem. Másrészt vannak olyan helyzetek, amikor nem világos, hogy mikor „levezetett” egy általános szabály vagy jogelv a konkrét analógia szempontjából. Ilyen helyzet az, amikor az elvet már a jogszokás részének lehet tekinteni, vagy éppen e nélkül is, a megelőző bírói joggyakorlatban, vagy akár a szakirodalomban, már kialakult az adott, analógiaszerűen alkalmazandó elv, szabály – noha az írott jog nem tartalmazza.

Ennél a felfogásnál azonban az igazi elhatárolási alapkérdés úgy fogalmazható meg, hogy amennyiben

egy jogszabályból vezetünk le egy alkalmazandó, nem tételes jogi elvet, akkor az analógia mely fajtájáról van szó. *Szladits* szerint nem egy, hanem szükségszerűen több jogszabályból levont jogelv implikál joganalógiát. *Kolosváry* álláspontja az, hogy joganalógiánál a szabályozatlan eset eldöntésére, az adott jogterület jogszabályainak összességéből, vagy a pozitív jog szelleméből, legvégső fokon általános jogi igazságokból kell az irányadó elveket levezetni.⁵⁹ Ez *prima facie* elfogadható lenne, de a probléma az, hogy az *analogia legis*nél is, ahol az analógia forrása egy tételes jogi szabály, szükségszerűen van levezetett, a pozitív jogban meg nem jelenő kötélev, *principium analogiae*, ami esetenként igen általános szabály. A levezetett, általánosabb, vagy jogelvi szintű kötélev viszont ugyanúgy már joganalógiára is utalhatna, annak ellenére, hogy egy jogszabályból vezetjük le. Ez látható elvi problémákat okoz a formális felfogásnál.

E problémára, akaratlanul is, *Szladits* kitűnő példát hoz.⁶⁰ Álláspontja szerint, törvényanalógiának minősül a vasutak felelősségéről szóló törvényben foglalt fokozott felelősség (tkp. tárgyi felelősség)⁶¹ kiterjesztése a gépjárművekre; de szerinte már joganalógia, amikor a tárgyi felelősséget (mint általános, levezetett elvet) a jogalkalmazó általában kiterjeszti a veszélyes üzemekre.⁶² Azonban az első esetben is megjelenik a kötélevben a tárgyi felelősség gondolata levezetett elvként, ami önmagában *analogia iuris*-ra utalhatna a formalista felfogás belső logikája szerint (bár csak egy jogszabályból levezetett). A második esetben, ehhez képest annyi a különbség, hogy ott a jogalkalmazó a tárgyi felelősséget nem egy jogszabályból extrapolálta, hanem több jogszabályból, és viszonylag általánosabb kategóriára alkalmazta azt (veszélyes üzemek). Ettől függetlenül, a tárgyi felelősség gondolata mindkét esetben megjelenik levezetett elvként, az elvontság ugyanolyan szintjén. Mi akkor az elhatároló szempont? A klasszikus szerző, a fentieknek megfelelően ezt abban látja, hogy az elvet egy jogszabályból vezetjük-e le,

57 L. pl. Jogi Lexikon, i. m. (20.), 294.; Nagy K, i. m. (2.), 22.o.; Lábady, i. m. (45.), 228.; Nagy F., i. m. (24.), 87.; Visegrády, i. m. (25.), 131.

58 A negyedikként említendő, a *Novotni*, és *Bíró – Lenkovic*s által képviselt felfogás már kiesik a fő áramlatból, ugyanis ők *analogia legis* alatt azt értik, amikor jogszabály mondja ki, hogy egy adott tényállásra milyen más törvényi tényállás következményeit kell alkalmazni (pl. a Ptk. 513. § (2) bekezdése szerint a bizományra, eltérő rendelkezések hiányában, a megbízás szabályait kell alkalmazni.) Az *analogia iuris*-t, pedig „jogalkalmazási analógiaként”, vagy „jogi analógiaként” fogják fel, és minden ide tartozik, amikor a jogalkotó a joghézag kitöltésére nem adott iránymutatást, olyan esetet kell megoldani, amire a jogalkotó korábban nem gondolt. *Bíró – Lenkovic*s, i. m. (24.), 146–147.; *Novotni Zoltán*: Polgári jog I. Tankönyvkiadó, Budapest 1992., 50. Ezzel a felfogással az a probléma, hogy az így felfogott *analogia legis*-nél a jogalkotó egy utaló jogszabállyal kifejezetten megmondja milyen szabályokat kell alkalmazni az életviszonyok egy körére, így aligha beszélhetünk joghézagról, ami az analógia feltétele. (A jogalkotásban érvényesülő analógiát más összefüggésekben elismeri *Szabó I.* is, de ő ezt „jogszabályi analógiának” hívja, és nem az *analogia legis* és *iuris* megkülönböztetéséhez használja, *Szabó I.*, i. m. (2.), 398.) Ehhez hasonló, de nem azonos elmélet korábban is felbukkant – érdekes módon a büntetőjogban –, amikor *Heller* megkülönböztet „jogalkotó analógiát” és „jogalkalmazó analógiát”, de ezt ugyanakkor nem köti össze az *analogia iuris* és *legis* megkülönböztetéssel, *Heller Erik*: A büntetőjog általános tanai. Szt. István Társulat, Szeged, 1937., 35–36. Ennél azonban az a gond, hogy egymás mellé tesz két egymástól nagyon elütő jelenséget, pusztán az elnevezés okából: az analógiát, mint a joghézag kitöltését jelölő specifikus jogi fogalmat (a jogalkalmazásban), és az analógiát, mint egy hasonló szabályozási megoldásokat tartalmazó jogalkotást (a jogalkotásban), de ez utóbbi olyan banális jelenség, hogy nem is lenne érdemes megkülönböztetni, és konceptualizálni. A jogalkotói analógiánál az „analógia” egyszerűen hasonlóságot, párhuzamot jelent, míg a másik esetben már gondolati műveletet: a kétértelműség nem ugyanazon az alapon megy végbe, nem azonos a *fundamentum divisionis*.

59 *Kolosváry*, i. m. (24.), 53.

60 A példát idézi és elemzi még (más szempontból) *Szabó I.*, i. m. (2.), 413., valamint *I. Peschka*, i. m. (2.), 139.; *Eörsi Gyula*: Összehasonlító polgári jog. Akadémiai Kiadó Budapest 1975., 416.

61 1874:XVIII. t-c. a vaspályák által okozott halál vagy testi sértés iránti felelősségről.

62 *Szladits*, i. m. (55.), 53–54.; *Szladits*, i. m. (33.), 160.

vagy egyszerre több jogszabályból „vonjuk ki” azt.⁶³ Azonban ez a következtetés azt is jelenti egyben, hogy egy eset eldöntése lehet *analogia legis* akkor is, ha nem pozitív jogi, hanem levezetett elv, szabály alapján dönt a jogalkalmazó, de ezt mindössze egy pozitív jogi normából vezeti le.⁶⁴ Ez viszont az alapfelfogás némi módosulását, és a formális szempont részbeni feladását jelenti.

A második, materiális szempontokat figyelembe vevő, mai felfogásban az elhatárolás problémái abban a kérdésben koncentrálnak, hogy milyen általánosnak, elvontnak kell egy szabálynak lennie ahhoz, hogy már joganalógiaként, és ne törvényanalógiaként lehessen alkalmazni. Ez alapján, még a viszonylag pontosabb elhatárolás is lehetetlen. Az elvontság fokát nehéz mérni, a konkrét és az általános, mint relatív, nem mérhető fogalmak közé, nehéz határvonalat húzni, tehát ugyanilyen bizonytalan az analógia két formájának elhatárolása is. A határvonalat ugyanis az általánosság foka döntheti el, azonban a normák konkrétsága és általánossága között kontinuitás van, nincsenek ugrások, és természetesen az absztraktság nem mérhető. Mindez különösen zavaró akkor, ha nem hagyjuk figyelmen kívül, hogy az analógia mindig feltételez valamilyen kötőelvet. A kötőelv pedig mindig általánosabb, elvontabb az analógia alapjául szolgáló tényállásnál, vagy az analógia forrásául szolgáló szabályoknál.

Mindezek fényében nem csoda, hogy *Kolosváry* föltettebb kételkedő a joganalógia és a törvényanalógia elhatárolását illetően; *Nagy K.* nem tartja szerencsésnek a két forma megkülönböztetését azért, mert szerinte a törvényanalógia egyben joganalógia is; *Szászy-Schwarz* szerint a két forma megkülönböztetésének alig van értéke, legfeljebb fokozati különbségről van szó; a büntetőjogban *Angyal* is csak általában beszél analógiáról, anélkül, hogy a formáit emlegetné.⁶⁵ *Földváry* és *Szabó Miklós* analógia címen lényegében csak az *analogia legis*-t érinti, és analógiaként *Szabó Imre* is csak ezt a formát ismeri el, a joganalógiát nem.⁶⁶ *Eörsi Gyula*, konkrét példákat felhozva, ugyancsak általában ír az analógiáról, az osztályozást mellőzve.⁶⁷

2. Joganalógia – analógia nélkül?

Zavarba ejtő, hogy a „joganalógia” eseteiben, amennyiben ennek létét elfogadjuk, nem látszik mindig ma-

ga az analógia (függetlenül attól, hogy a materiális vagy a formalista felfogást vesszük alapnak). Míg a törvényanalógiánál forrásként létezik „hasonló esetekre szabott” jogszabály, az analógiának megvan mindkét lába, addig a joganalógiánál arról van szó, hogy egy szabályozatlan esetet, általános szabályok, jogelvek, jogi alapelvek, stb. segítségével dönt el a jogalkalmazó. Az elhatárolás nehézsége abban áll, hogy itt van az ügyre jogszabály, de az nem konkrét, hanem általános. Akkor valamely ügydöntő jogelv igénybevétele nem érzékelhető úgy, mint éppen ezen elv, általános szabály *alkalmazásának (értelmezésének)* eredménye? A szakirodalomban felhozott – egyébként igen kevés – példa esetében nem mindig látszik, mitől válik analógiává egy általános elv alkalmazása. *Szladits* példájánál (l. az előző pontot), a tárgyi felelősség általános gondolatának, a veszélyes üzemekre történő alkalmazásánál ez a gond már felmerülhet, hiszen az elv közös forrását képező, „*hasonló eseteket szabályozó jogszabályok*” *elrejtőznek az azokból levezetett elv mögött, így de facto egy elv alkalmazása történik meg, mindenféle analogikus érvelés nélkül.*

Lábady T. szerint joganalógiának tekintendő, amikor az Alkotmánybíróság a házasságkötés szabadságához való jogot „alapvető személyiségi jognak” minősítette.⁶⁸ (Ugyanő úgy határozza meg a joganalógiát, hogy egy általános jogelv alkalmazásával vezetünk le az adott tényállásra hasonló joghatást, mint amilyen joghatást a törvényhozó a hasonló tényállásokra egyébként alkalmaz.) A hivatkozott 22/1992. (IV.10.) AB határozat nem hoz fel hasonló eseteket (azonos szintű egyéb jogokat), hanem annyit tesz, hogy – részben nemzetközi emberi jogi egyezmények alapján – az emberi méltósághoz való jogból kiindulva, az önrendelkezési jog részeként határozza meg a házasságkötés szabadságát, mely alapjogként így alkotmányos védelemben részesítendő. Ezt viszont csak úgy lehet felfogni, hogy a bíróság *értelmezte* a méltósághoz való jog, illetve az önrendelkezési jog tartalmát, és nem analógiát alkalmazott – ugyanis hiányzik az analogikus érvelés.⁶⁹ Amennyiben hasonló esetek, konkrét példák felmerültek volna, akkor sem beszélhetnénk analógiáról, hanem jogértelmezést szolgáló, esetforrású, „eset > eset” típusú analogikus érvelésről (l. II.3. pontot).

Másik, kiragadott példaként lehet ezzel összefüggésben hivatkozni *Nagy Károly* álláspontjára, aki *analogia iuris* alkalmazásáról beszél akkor, amikor az

63 Valóban ezt találhatjuk a megfelelő forráshelyen, l. *Szladits*, i. m. (55.), 53.; *Szladits*, i. m. (33.), 159., l. még *Szabó M.*, i. m. (8.), 208.

64 A mögöttes ok az lehet, hogy egy jogszabályból levezetett általános elvnel még azonosítható az elv tétéles jogi forrása, több jogszabály vagy egy egész jogág esetében a tétéles jogi forrás már nehezebben vagy nem azonosítható kellőképpen az elv mögött.

65 *Kolosváry*, i. m. (24.), 53.; *Nagy K.*, i. m. (2.), 12.; *Angyal*, i. m. (44.), 104–106.; *Angyal Pál*: A joghézag problematikája a büntetőjogban. Ertekezések a Filozófia és Társadalomtudományok köréből. V/8. Budapest 1942. 15–16.; *Szászy-Schwarz*, i. m. (10.), 92.

66 *Szabó M.*, i. m. (27.), 51–52.; *Földváry*, i. m. (22.), 63.; *Szabó I.*, i. m. (2.), 419–421.

67 *Eörsi*, i. m. (50.), 415–416.

68 *Lábady*, i. m. (45.), 228.

69 Ilyen értelemben a házasságkötés szabadságához való jog esetében nem az volt a probléma, hogy nem volt rá alkotmányos szabályozás, hanem – legalábbis az indulásnál – az volt a kérdéses, hogy van-e rá, tehát behelyezhető-e az alkotmányosan védett alapjogok fogalmi körébe.

Állandó Nemzetközi Bíróság – konkrét nemzetközi jogszabály híján – azon általános nemzetközi jogi elv alapján döntötte el a *Chorzow-i gyár ügyét*, hogy egy nemzetközi jogi kötelezettség megsértése kártérítési kötelezettséget von maga után.⁷⁰ Itt sem látható, mivel analóg ez a megoldás, hol van az analogikus érvelés: egyszerűen egy általános elv alkalmazásáról, és értelmezéséről volt szó a jogalkalmazási folyamatban, mely egyben perdöntő jelentőséget is kapott az adott tényállás összefüggéseiben.⁷¹

Frank Ignác éppen ilyen esetekben nem lát semmilyen analógiát: „...vannak a’ törvényben bizonyos alapigazságok..., melyekből fejtegetés által (*per analysim*) több külön szabásokat lehet venni. És eképpen ítélvén a bíró szoros értelemben is csak törvény szerint ítél...”⁷² Tehát az, hogy egy általános elvből, vagy általánosabb szabályból levezeti a jogalkalmazó valamely konkrét ügyben hozott döntését, az nem analógia, hanem legfeljebb az elv, szabály értelmezése az adott ügy sajátosságaira tekintettel, és ennek során az elv eseti jelentésének megállapítása.⁷³ Hiába állapítható meg esetlegesen az ilyen eseteknél joghézag (már ha elismerjük egyáltalán az alkalmazási joghézag létét), annak kitöltése nem analógiával, hanem egyszerű jogértelmezéssel történik.

IV.

Analógia kontra kiterjesztő értelmezés

Hagyományos értelemben jogértelmezésről csak akkor beszélhetünk, ha van valamilyen jogszöveg (írott jogszabály), hiszen ez az értelmezés tárgya.⁷⁴ Amennyiben nincs, akkor is lehetnek jogtechnikai eszközök a

megoldásra (analógia, új jogtétel *ad hoc* elismerése). Ebből a szempontból, az értelmezés mellett fekvő terület az analógia területe, tehát az elhatárolás problémája ezért is megkerülhetetlen.⁷⁵ A kettő sokszor igen nehezen választható el a gyakorlatban: a sajtótörvény alapján, a sajtótermék (itt időszaki lap) fogalma alá beilleszthető-e az internetes honlapon időről-időre megjelentetett közlemény (értelmezés), vagy a sajtótörvény joghatásait csak analógiával lehet erre az esetre átvinni? (BDT 2006/1340.) Láthattuk, hogy az analogikus (hasonyszerűsége alapuló) érvelés abban is segíthet, hogy az esetet bevonjuk egy jogszabály jelentési körébe, tehát az értelmezést is segítheti, nem csak a jogi analógia felállítását. A hasonyszerűsége hivatkozás szolgálhatja az értelmezést és az analógiát is.⁷⁶ A kettő között az elválasztó kritériumot elvileg az képezheti, hogy hol húzzuk meg a jogszabály jelentéshatárát (itt: mi az időszaki lap jelentése). De az, hogy hol húzódik ez a jelentéshatár egy adott esetben, nagyban érvelésfüggő. Az iménti példánál lehet-e általános, objektív ismérve annak, hogy a rendszeres online közlemény időszaki lapnak minősül, vagy sem? Aligha. Az, hogy egy eset megítélése értelmezésért vagy analógiáért kiált, legtöbbször specifikus és érvelésfüggő probléma, és nagyrészt objektív, világos, általános ismérvek híján van.

1. Bizonytalanság a nyelvi ismérveken túl

Egy szó vagy kifejezés nyelvi jelentéshatára legtöbbször amúgy is bizonytalan, de még inkább összekuszálja a dolgokat, ha ezt a jogalkalmazó túllépi, maga mögött hagyva a szilárdabb nyelvi kritériumokat. Pontosan erről van szó az ún. kiterjesztő értelmezés esetén.⁷⁷ Egy szabály jelentéshatárainak megállapítá-

70 Nagy K., i. m. (42.) 58.; a hivatkozott ügy: *The Case Concerning the Factory at Chorzow*. (Merits) PCIJ Serie A, No. 17. (1928).

71 Némileg más a helyzet, amikor egy nemzetközi ügy eldöntéséhez a belső jogból vesznek át valamilyen elvet. Nemzetközi választottbírók által eldöntött *Trail Smelter* ügy (Egyesült Államok c. Kanada – 1938, 1941) amiatt indult, hogy kanadai területről amerikai területre rendszeresen átkerülő kohófüst jelentős károkat okozott, elsősorban savas eső formájában. Az 1930-as években azonban nem voltak levegőtisztosítási vonatkozó nemzetközi jogi normák. A bíróság végül a klasszikus angolszász, de belső jogi jogelvet használta a felelősség megállapításánál, mely szerint úgy használj a magadét, hogy a másét ne sértsd (*sic utere tuo ut alienum non laedas*). Az elv tartalmának, az esetre alkalmazása vezetett el részben ahhoz az eredményhez, hogy Kanada kártérítési felelősségét megállapították. Nagy K. ezt is az *analogia iuris* példájának veszi, aminek amiatt lehet valamilyen alapja, hogy az eldöntendő, de nem szabályozott tényállásra egy másik normarendszérből (itt a belső jogból) vesz át egy jogtételt a bíróság (és nem azért, mert egy általános jogi elvet alkalmaz). Ugyanakkor mindkét fél hozzájárult ehhez, így nemzetközi jogi szempontból a belső jogi elv tényből, nemzetközi szinten alkalmazható jogszabállyá vált. Ekkor, viszont már nem beszélhetünk joghézagról (legfeljebb alkalmazási joghézagról), hiszen a feleknek a belső jogtétel alkalmazását lehetővé tevő általános megállapodása ezt megszüntette, megjelölve a belső jogszabályok, azon körét, melyek alkalmazhatóak az ügyben (van alkalmazható jogszabály). Ekkor már egy általános elv egyszerű alkalmazásáról van szó, így ezt az esetet sem lehet *analogia iuris*-nak tekinteni.

72 *Frank Ignác*: A közigazgatás törvénye Magyarhonban. Magyar Királyi Egyetem, Buda 1845. (reprint Közgazdasági és Jogi K., Budapest 1987.), 63.

73 A jogértelmezés folyamatában az általános és eseti jelentés megállapítására vonatkozó kérdésekről l. *Blutman László*: Egy empirikus jogértelmezéstan szükségessége. *Jogtudományi Közöny* 2008/1. (január) 3., különösen 11–12.

74 A nem írott jognál, a jogszokásnál értelmezés ilyen értelemben nem merül fel, hiszen ott a szabály létének megállapítása egyben tartalmának megállapításával is jár. Ezzel szemben áll pl. *Tanaka* bíró (Nemzetközi Bíróság), l. különvéleménye, l. *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Netherlands) I.C.J. Reports 1969, p. 3., (*Tanaka*) 182.

75 Láthattuk korábban, az, hogy van-e a konkrét esetre nézve, az annak eldöntését elősegítő, alkalmazható jogszabály ez sokszor eleve nem világos. Ez éppen az értelmezés eredménye lehet – a számba jövő normák értelmezése után -, és ekkor az már egyben az analógia alkalmazásáról is döntést jelenthet.

76 *Kantorowicz* is kifejezetten utal rá, hogy a kiterjesztő értelmezésnek sincs más indoka és eszköze, mint az esetek hasonlósága, akárcsak az analógia esetén, l. *Kantorowicz, Hermann*: Küzdelem a jogtudományért. In: *Jog és filozófia*. (Szerk. *Varga Csaba*) Szent I. Társulat, Budapest 2001. 69.

77 A szakirodalom a kiterjesztő értelmezés (*interpretatio extensiva*) alatt általában azt érti, hogy a jogszabály értelmezésének eredményeként, a megállapított értelem szélesebb, mint ami a jogszabály nyelvi értelméből (azaz a szövegéből) következne, l. *Szladis*, i. m. (33.),

sához a szabály szövegének nyelvi értelme ad valamennyire is szilárd alapot. Amennyiben a nyelvi értelemmel szakítunk, – és a kiterjesztő értelmezésnél ez történik –, e jelentéshatárok teljesen bizonytalanná válnak, és az analógia, valamint az értelmezés legtöbbször szinte tetszőlegesen összemoshatóvá válik.

A kiterjesztő értelmezés és analógia elhatárolásának gondja már olyan archaikus példával kapcsolatban is megmutatkozott, mint amikor *Ulpianus* az apai hatalom alatt álló fiú kölcsönszerződésére vonatkozó szabályokat alkalmazta az apai hatalom alatt álló lány kölcsönszerződésére is (Dig. 14.6.9.2).⁷⁸ Mivel a kiterjesztő értelmezés a hagyományos felfogás alapján azt jelenti, hogy az értelmező a szó vagy kifejezés vagy állítás nyelvi értelméhez (szövegéhez) képest szélesebben határozza meg annak értelmét, tehát közvetlenül a szövegből adódó értelmet kiterjeszti,⁷⁹ akkor megkerülhetetlen a kérdés, hogy meddig lehet ilyen kiterjesztést tenni, az értelmet tágítani? Mikor lehet mondani, hogy egy tényállás, szó, kifejezés még beleesik valamely jogszabályi fogalom vagy állítás értelmébe, és mikor áll be az, hogy már kívül esik ezen az értelmén, de a jogszabályból fakadó joghatások mégis alkalmazhatók a hasonlóság miatt? *A nehézséget és a bizonytalanságot az okozza, hogy egy fogalom jelentési körébe tartozó esetek is azért kerülnek a jelentéshatáron belülré, mert valamilyen közös jellemzőkkel bírnak, és ezen közös fogalmi jellemzők egyben hasonlatossá is teszik őket egymáshoz. De ugyanakkor az analógia alapját képező hasonlóság is közös vonások létét feltételezi.* Létezik kitalálható, általános, megkülönböztető kritérium? Mi a különbség a közös fogalmi jellemzők által megtestesített hasonlóság, és az analógia alkalmazására (és

így a joghatás átvitelére) okot adó bizonyos hasonlóság között, amely mindazonáltal már nem közös fogalmi jellemzőket takar?

E téma kapcsán megkerülhetetlen a magyar jogtörténet egyik legnagyobb vihart kavart, legnagyobb visszhangot kiváltó, máig is tanulságos jogalkalmazási kérdése: az, hogy lehet-e a villanyáram lopás tárgya. A villanyáram jogtalan elvezetésének büntetőjogi megítélésénél az alapkérdés az volt, hogy a villanyáram minősíthető-e dolognak, és így lehet-e egy ilyen cselekményt lopásnak minősíteni, tekintettel arra, hogy lopást csak ingó dologra lehetett elkövetni az akkor hatályos Btk. 333. §-a szerint. *Teljes nézetazonosság mutatkozott a korabeli irodalomban a helyességi mérce tekintetében, tehát abban, hogy büntetőjogi védelmet kell nyújtani a villanyáram jogtalan elvezetése ellen.*⁸⁰ Az igazi kérdést az jelentette, hogy ezt jogtechnikailag hogy lehet elérni, tekintettel az *in peius* analógia tilalmára a büntetőjogban (vö. *nulum crimen sine lege* elve). Három elvi lehetőség adódott: (1) olyan (jogon kívüli) érveket találni, mellyel az áram az *ésszerűség határain belül* a dolog fogalma alá sorolható; (2) jogértelmezésbe burkolt analógia alkalmazásával; (3) csak jogalkotás útján, mivel a cselekményt nem lehet bevonni a Btk. alá.

A Curia, tudtommal első, ezirányú döntésében kijelölte az irányt, és a villanyáramot egyszerűen dolognak tekintette, különösen mélyebb érvelés nélkül („a feljelentő részvénytársaság által fejlesztett villanyáram vagyoni értéket képviselő dolgot képez”).⁸¹ Érdemben is voltak verejtékes kísérletek annak megalapozására, hogy egyszerűen jogértelmezéssel vonjanak be a dolog fogalma alá egy olyan természeti erőt, jelenséget, ami nyilvánvalóan nem dolog, de amit mégis jogvédelem-

156.; Tóth, i. m. (52.), 104.; Kolosváry, i. m. (24.), 51. A „kiterjesztés” a jogszabály szövegéhez, nyelvi értelméhez képest megy végbe l. pl. *Földvári*, i. m. (22.), 62. vagy *Bíró-Lenkovics*, i. m. (24.), 144., de van, aki a kiterjesztést a *nyelvi és logikai értelemezés képest veszi*, pl. *Szilágyi Péter*: Jogi alaptan. Osiris, Budapest 2003., 315. vagy Bevezetés a jog- és államtudományokba. (Szerk. *Szabó Miklós*) Miskolci Egyetem, Miskolc 2001. 141. Hozzá kell tenni, hogy vonatkoztatási pontként, vagy annak részeként szinte mindenki a szöveg „nyelvtani értelmére” hivatkozik, de máshol kimutattam, hogy ez nyilvánvalóan hibás, és helyesebb kifejezés a „*nyelvi értelem*”, l. *Blutman*, i. m. (73.), 4–5. Ezért a jelen tanulmányban is ez utóbbi kifejezést használok.

78 L. *Brósz – Pólay*, i. m. (14.), 65.; *Molnár – Jakab*, i. m. (25.), 53., 293. *Pólay Elemér* ezt kiterjesztő értelmezésnek veszi, ami viszont agályosnak tűnik.

79 Maga a „kiterjesztő értelmezés” (és ugyanakkor a „megszorító értelmezés”) elnevezés nem nyugszik túl szilárd alapokon, ugyanis feltételezi, hogy egy szövegnek van valamilyen, csak a szövegből adódó, önmagában vett, elszigetelt, és egyben – az értelmezés folyamatát tekintve – közbenső „nyelvi értelem”, (mint vonatkoztatási pont), és ehhez képest – az adott eset tükrében – van egy „igazi” vagy „vég-ső” értelme, melyre az értelmezés folyamata vezet. *Kövy Sándor* már kétszáz éve a következőképpen támadta ezt a felfogást: „mivel pedig nem annyira a’ szavakat kell tekinteni, mint a’ törvény szellemét és a’ törvényszerző szándékát: elenyész magával a philosophiai magyarázattal ennek kiterjesztőre és megszorítóra oszlása.” *Kövy*, i. m., (28.), 4. Ezzel alapjaiban egyetérthetünk: egy szabálynak, egy adott esetre alkalmazva, végeredményben egy releváns értelme (jelentése) van (eseti *jelentés*), melyet a jogalkalmazó az értelmezés folyamatának végén kialakít. Hogy ez szűkebb vagy tágabb az értelmezés folyamán felvetődő közbenső elképzelésekhez képest, lényegtelen. Ráadásul az *értelmezendő jogszöveg közvetlen, közbenső értelme, mint vonatkoztatási pont bizonytalan, meghatározatlan lehet, és ennek körülménye sokszor önmagában is értelmezési probléma* (ti. pontosan mi az a szövegértelem, amihez viszonyítunk). Egy szövegnek lehet többféle nyelvi értelme, jelentése is (*poliszémia*), ugyanakkor a szövegben egy meghatározó szó vagy kifejezés más jelentéssel bírhat önmagában, vagy egy mondatban, vagy egy jogszabály szélesebb kereteiben. Másrészt a nyelvi értelem vertikálisan is lehet többretegű, hiszen egy szót vagy kifejezést lehet vizsgálni pusztán szemantikai alapokon (pl. általános szótári jelentés, vagy közfelfogás), vagy ezt kiegészítve pragmatikailag is, mely már kontextuális elemeket is tartalmaz. A közbenső értelem problémáját érinti, *Szabó I.*, i. m. (2.), 292. A kérdés a vonatkoztatási pont meghatározásánál tehát sokszor az, hogy *melyik szövegértelemről beszélünk, amelyhez képest a kiterjesztés történik?* Mindezen elvi meghatározatlanság persze nem fogja kiirtani a megszorító vagy kiterjesztő értelmezés fogalmait a gyakorlatból, hiszen kényelmes hivatkozást jelenthet az értelmezés jellemzésére (kényelmi *fogalmak*).

80 L. pl. *Weisz Ödön*: A hasznosított természeti erők jogi védelméről I. Jogtudományi Közlöny 1898/2. 13.; *Heil Fausztin*: Villamos erő lopása. Jogtudományi Közlöny 1897/53. 420. (amennyiben kijelenti, hogy a villamos erő elvonása önmagában is büntetést érdemel).

81 L. a Curia harmadfokon hozott, 9899. számú, 1898. január 19-i döntését, Jogtudományi Közlöny 1898/12. Melléklet, 75. 117. sz. ügy. Mutatja a tanácsstalanságot, de egyben a büntetőjogi felelősségre vonás iránti feltétlen igényt is (*helyességi mérce*), hogy az ügyben elsőfokon eljáró eperjesi királyi törvényszék a villanyáram jogtalan elvezetése miatt, ugyan nem lopást állapított meg, de az „áramot előidéző gép jogtalan és megkárosító használatát” büntette, és állapította meg a büntetőjogi felelősséget, amit a kassai ítéltábla helyben is hagyott, a Curia viszont hatályon kívül helyezte.

ben kellene részesíteni.⁸² Az erre irányuló érvelések sokszor az ésszerűség határait súrolták, és általában is tarthatatlannak bizonyultak.⁸³ A nyilvánvaló természettudományi tények és a súlyos dogmatikai ellenvetések ellenére a Curia kitartott álláspontja mellett egészen a kérdést jogalkotási úton rendező 1907:III. tc. megszületéséig, mely végül szilárd jogvédelmet adott az áram jogtalan elvezetése ellen, de amelynek 2. §-a *egyértelműen nem tekinti dolognak az áramot*, amennyiben arról rendelkezik, hogy az ugyanolyan büntetőjogi védelem alá esik, mint az ingó dolog.⁸⁴

Az eset témánk szempontjából legfőbb tanulsága az lehet, hogy amennyiben egy fogalom kialakult nyelvi kritériumaitól elszakadunk, (mely a legerősebb kontroll lehet az értelmezésnél a joggyakorlatban), csaknem tetszés szerint, határtalanul kiterjeszthetővé válik egy szó, kifejezés vagy szabály jelentése, hatóköre. Hiába írja *Finkey*, hogy „a büntetőjogi védelem megadása végett nem szabad a magánjogi és büntetőjogi fogalmakon erőszakot követni el”,⁸⁵ az „értelmezés” terminológiájába burkolva szabad lehet az út az analógia alkalmazásához, (vagy már az analógián is túlmenő szabályalkotáshoz, l. az V. pontot).⁸⁶ A nyelvi kritériumok ilyen mértékű figyelmen kívül hagyása, lényegében az ilyen „értelmezés eredményét” egyszerűen *jogalkalmazási fikcióvá* teheti.⁸⁷

2. A hagyományos elhatárolási szempontokról

Az analógia és a kiterjesztő értelmezés közötti általános határvonalat általában hasonló módon próbálják meghúzni a szakirodalomban: vagy abban határozzák meg, hogy az értékelendő konkrét tényállásra „gondol-e a jogszabály vagy nem”,⁸⁸ vagy arra *kiterjed-e a törvényhozó akarat*.⁸⁹ E kritériumok nyilvánvalóan nehezen értelmezhetőek a gyakorlatban, de még elvileg is komoly problémákat okoznak. Az, hogy gondol-e a jogszabály a felmerülő tényállásra vagy nem, lényegében azt jelenti, hogy kiterjed-e rá, belefér-e,

vagy beilleszthető-e az értelmébe. Így körkörös érveléshez jutunk, hiszen éppen arra keressük a választ az analógiától való elhatárolás tekintetében, hogy mikor, és miért esik, vagy nem esik a jogszabály fogalmi körébe egy tényállás. Ez az elhatárolás nem mond egyebet, mint amit amúgy is tudunk: ha beilleszthető a jogszabály kereteibe annak kiterjesztése útján a tényállás, akkor értelmezés, ha nem, akkor jöhet szóba az analógia. Azt viszont nem tudjuk meg ez alapján, hogy hol vannak a határok egy jogszabály értelmének kiterjesztésénél, így érdemi kritériumot nem szolgáltat gyakorlati eseteknél.

A törvényhozó akaratára hivatkozás viszont más okból kétes. Anélkül, hogy belemennénk a törvényhozói akaratra való hivatkozás problémáiba, nehezen cáfolható, hogy ez – különösen a kollektív jogalkotás vonatkozásában – kétszeresen is fiktív (*duplex fictio*): *fiktív egy egységes jogalkotói akarat léte tekintetében, és fiktív egy ilyen akarat tartalma tekintetében is*. Ez igaz azon esetben is, ha a jogalkalmazó a jogszabály értelmezése során, az értelmezési támpontok sokaságának finom elemzésével vonja le egy ilyen akaratra és tartalmára a következtetést. Mindemellett ez, a kiterjesztő értelmezés és az analógia elhatárolására aligha alkalmas: az, hogy a kérdéses tényállás által felvetett esetet látta, láthatta-e előre a jogalkotó vagy sem, kiterjed-e rá az akarat vagy sem, merőben spekulatív feltételezés.

A jogalkotó akarat (vagy ennek hiánya), mint elhatároló szempont olyan – látszólag egyértelmű – esetben is semmitmondó, és spekuláció, amikor a felmerülő tényállással a jogalkotás időpontjában még egyáltalán nem számolhatott a jogalkotó, (származékos *hézag* vagy *utóhézag*)⁹⁰ – pl. technikai fejlődés következtében áll elő egy addig nem tapasztalt tényállás. Ugyanis az analógia ekkor sem szükségszerű, hiszen a jogértelmezésnek is vannak olyan technikái, melyekkel az utólag bekövetkező új jelenségek bevonhatók korábban keletkezett jogi fogalmak vagy állítások fogalmi hatókörébe, így ésszerű értelmezéssel is megke-

82 A legelképesztőbb *Heil Fausztin* (törvényszéki bíró) elmélete, aki szerint az áramot anyagból (dologból) állítják elő, több áramhoz több anyag kell, és az áram jogtalan elvezetésénél a tettes az anyagot nem eredeti alakjában, hanem „természettani hatásának alakjában” veszi el (!), l. *Heil*, i. m. (80.), 421. Egy korabeli (később felülbírált) német bírósági döntés azért veszi az áramot ingó dolognak, mert értéket képvisel, és minden, ami nem ingatlan, az ingó dolog, márpedig az áram nem ingatlan (!), idézi *Weisz Ödön*: A hasznosított természeti erők jogi védelméről IV. Jogtudományi Közöny 1898/7. 54. Egyébként az áramot dolognak tekintette *Fayer László* (l. *Finkey*, i. m. (56.), 696.), vagy *Edvi Illés* is, l. *Edvi Illés Károly*: A büntetőtörvénykönyv magyarázata. 3. kötet. Révai Testvérek, Budapest, 1894. 16. Ez utóbbi álláspontja azonban láthatóan téves, ma már meghaladott természettudományos elképzelésen alapult.

83 Élesen támadja a Curia álláspontját pl. *Baumgarten Izidor*: Törvény és bíróság. Jogállam 1904., 30–31., kritizálja azt *Angyal Pál*: A magyar büntetőjog kézikönyve. 6. rész. Athenaeum, Budapest, 1930. 67., vagy *Heller*, 32. is. *Weisz* egyértelműen amellell áll, hogy itt a jogalkalmazásnak nincs mit tennie, a problémát csak a jogalkotás oldhatja meg, és ezt meg kell várni akkor is, ha a közbenes időszakban a jogszabály hiánya átmenetileg nemkívánatos eredményekre vezet, *Weisz*, i. m. (80.), 13.

84 A mai szabályozás más megoldást követ: eszerint, a Btk. vagyon elleni bűncselekményekre vonatkozó fejezetének alkalmazásában az áram dolognak tekintendő, ami nyilvánvaló jogalkotási fikció, l. Btk. 333. § 1. pont.

85 *Finkey Ferencz*: A magyar büntetőjog tankönyve. Grill, Budapest 1909., 651.

86 Pl. *Angyal Pál* vagy *Nagy Ferenc* egyértelműen analógiának minősítette azt, ahogy a Curia az áramot – látszólag értelmezéssel – dolognak tekintette, *Angyal*, i. m. (83.), 67.; *Nagy F.*, i. m. (24.), 66.

87 Nem véletlen, hogy például *Finkey* vagy *Nagy F.* egyaránt óv a kiterjesztő értelmezés igénybevételétől a büntetőjogban, éppen a tiltott analógiával való szoros, elhatárolhatatlan kapcsolata miatt, *Finkey*, i. m. (56.), 101.; *Nagy F.*, i. m. (24.), 88.

88 Az ún. objektív felfogásból eredően, l. pl. *Tóth*, i. m. (52.), 105–106.

89 Az ún. szubjektív felfogásból eredően, l. pl. *Kolosváry*, i. m. (24.), 53., a „*legislator supra legem*” elv alapján, l. *Molnár – Jakab*, i. m. (25.), 53.

90 Az első elnevezésre l. *Szabó M.*, i. m. (27.), 50., a másodikra *Angyal*, i. m. (55.), 12. Lényegében ilyen probléma volt az áram megjelenése, és jogtalan elvezetésének kérdése is.

rülhető lehet az analógia. Tehát még az sem utal feltétlenül analógia alkalmazásának szükségességére, vagy alkalmazására az értelmezéssel szemben, hogy a jogalkotás időpontjában nem létezett az értékelendő jelenség, és így a jogalkotó nem gondolhatott a kérdéses esetre. Még ekkor is szinte tetszőleges az, hogy a jogalkalmazó, a jogszabály joghatását alkalmazva, a műveletet egyszerű értelmezésnek, kiterjesztő értelmezésnek, vagy éppen analógiának tekinti.

Arra, hogy ez nem csak a gyakorlatban, hanem az elméletben is így van, illusztratív példa, amikor azt a problémát kellett megoldani az 1900-as évek környékén, hogy az 1875:XXXVII. tc. (kereskedelmi törvény) 314. § (2) bekezdését tekintve, *jelenlévők között tett szerződéses ajánlatnak minősül-e a telefonon tett szerződéses ajánlat vagy sem* (a rendelkezés születésekor a telefonos kapcsolattal még nem számolhatott a jogalkotó). Az ajánlati kötöttség időtartama attól függően eltérően alakulhat, hogy jelenlévők (*inter praesentes*) vagy távollévők (*inter absentes*) között születik az ajánlat.⁹¹ Nem meglepően, azon álláspont alakult ki, hogy a telefonon tett szerződéses ajánlat jelenlévők között tett szerződéses ajánlatnak minősíthető; de milyen alapon állapítható ez meg?⁹²

Három elvi lehetőség állt fenn: (1) a *közös jelenlét fogalma csak egyidejűséget implikál*, de nem jelent egyben egy helyen való tartózkodást is, ezért a telefonos kapcsolat világosan besorolható a fenti rendelkezés fogalmi hatókörébe, anélkül, hogy azt ki kellene terjeszteni (egyszerű értelmezés); (2) a *közös jelenlét fogalma feltételezi az egyidejű és egy helyen való jelenlétet*, de a jogszabály rendeltetése alapján (szerződéses ajánlati kötöttség idejének megítélése), a fogalom alá bevonható az a helyzet, amikor a felek nem egy helyen vannak, de egyidejű kapcsolatban állnak egymással, ugyanis fennáll az ajánlatra az azonnali válasz lehetősége (kiterjesztő értelmezés); (3) a *telefonos kapcsolat a közös jelenlét fogalma alá nem vonható be*, mert az mindig feltételezi az egyidejű, egy helyen való jelenlétet; azonban a telefonos kapcsolat és a közös jelenlét hasonlít azon lényeges szempontból, hogy mindkét esetben fennáll az ajánlatra az azonnali válasz lehetősége, és a kérdéses joghatás szempontjából ez releváns és elégséges hasonlóság, így a joghatás átvihető, ti. az ajánlati kötöttség egyéb kikötés híján csak addig tart, míg a felek közvetlen kapcsolata fennáll (*analógia*).⁹³

Mindhárom következtetés nagyobb elvi nehézségek nélkül elfogadható és indokolható egy jogalkalmazói döntés során. A példa jól mutatja, hogy a *tényállások*

egy lényeges jellemzője (az azonnali válasz lehetősége) ugyanúgy alapul szolgálhat a kiterjesztő értelmezésnek és az analógiának. Ugyanakkor mutatja azt is, hogy mennyire semmitmondó a kiterjesztő értelmezés és az analógia elhatárolásánál az olyan általános szempont, mint hogy „a jogszabály gondolt-e az értékelendő tényállásra”, vagy „a jogalkotó akarata kiterjed-e rá”. *Konkrét eseteknél, az ilyen általános szempont lehet ugyan az érvelés héja, tetszőleges érvekkel megtöltött, az egymással ellentétes megoldásokat egyaránt szolgáló hivatkozási alap, de semmit nem dönt el.*

Az elhatároló ismérvek hiánya vezetett oda, hogy két olyan, dogmatikailag csiszolt elme, mint *Szladits* és *Szászy-Schwarz* ellenkező következtetésre jutott: az előbbi kiterjesztő értelmezésnek véli a megoldást, az utóbbi analógiának.⁹⁴ *Nagy Ferencz* ugyanakkor úgy véli, harmadik megoldásként, hogy a telefonos kapcsolat egyszerűen besorolható a kereskedelmi törvény idézett rendelkezése alá, mert a helykülönbség és a kapcsolat módja, eszköze nem számít a közös jelenlét megállapításánál (egyszerű, „megállapító” értelmezés).⁹⁵

Látható, hogy a jogalkotó akarata is alkalmatlan konkrét esetben a két jelenség elhatárolására. Általános ismérvként még a *ratio legis* (a törvény indoka) jöhetne szóba, *Paulus* óta ennél jobbat aligha találtak ki. (Vö. Dig. 1.3.14.) *Azonban a ratio legis ugyan megalapozhatja egy jogszabály nyelvi határainak túllépését, de azon túl, az analógia alkalmazását és az értelmezéssel szembeni határainak meghúzását már nem.* Ugyanis sokszor ugyanazon érvek (amelyek egyben a *ratio legis*-t is képezhetik) az értelmezés és az analógia létét egyaránt alátámaszthatják.

3. Analógia és kiterjesztő értelmezés: azonos alapok

Az analógia és a kiterjesztő értelmezés összemosódásának elvi oka abban áll, hogy egy szabály fogalmi hatókörének kiterjesztését és az analógia alkalmazását egyaránt ugyanazon vagy hasonló jogtétel, *ad hoc* szabály alapozza, alapozhatja meg (pl. az előbbi példában az *azonnali válasz lehetőségén alapuló megfontolás*). Ráadásul a levezetett jogtétel, nem csak több irányba mutathat, de esetenként több irányból, forrásból is levezethető, amit jól példáz a következő eset (BH 1995/284.). Az 1990-es évek elején, a szövetkezetek átalakulása vagyonnevesítéssel történt, az erről szóló határozatot a szövetkezet közgyűlése hozta, mely bíróság előtt felülvizsgálható volt. Noha a vagyonnevesítés a volt tagokat

91 L. még *Klupaty Antal*: A magyar kereskedelmi jog kézikönyve. Athenaeum, Budapest, 1904. 150.

92 L. pl. *Nagy Ferencz*: A magyar kereskedelmi jog kézikönyve II. Athenaeum, Budapest, 1913. 172.

93 Ebben már megmutatkozik a *principiū analogiae* is, mely a következő lehet: minden olyan egyidejű, közvetlen kapcsolatban, ahol az azonnali válasz lehetősége fennáll, az ajánlati kötöttség addig tart, amíg a felek kapcsolatban állnak. Ezen elvi tétel egyik folyománya az 1875:XXXVII. t-c. 314. § (2) bekezdése, mely jelenlévőkről beszél, de a másik folyománya lehet a t-c. által nem szabályozott telefonos kapcsolat.

94 *Szászy-Schwarz*, i. m. (10.), 91.; *Szladits*, i. m. (33.), 156.

95 *Nagy F.*, i. m. (92.), 172.

is érintette bizonyos feltételek mellett, a *szövetkezeti törvény* szerint csak tag kérhette a jogsértő határozat bírósági felülvizsgálatát, a vagyonnevesítésben részesülő volt tag nem. A Legfelsőbb Bíróság megállapította a volt tagok perindítási jogát is azzal, hogy *expressis verbis* „kiterjesztő értelmezést” alkalmazva, a tag fogalmába a volt tagokat is belefoglalta. Ezt alátámasztotta azzal, hogy a gazdasági társaságokról szóló, akkor hatályos törvény sem rendelkezik a volt társasági tagok perindítási jogáról (pl. kizárás esetén), a bíróságok mégis elismerik ezt a jogot. Ugyancsak érvként hozta, hogy mivel vagyonnevesítésben a volt tagok is részesülnek, mint érdekeltnek, nekik is jogorvoslathoz kell jutniuk.

A döntés célja teljesen világos, és elfogadható: a volt tagoknak is biztosítani kell a jogorvoslati jogot (nem lehet vita a helyességi mérce vonatkozásában). Azonban az alkalmazott módszer a kérdés: valóban belefér a „tag” fogalmába a „volt tag” fogalma, ki lehet-e terjeszteni az előbbi jelentését annyira, hogy az utóbbi beleférjen? Bár a válasz kétségtelenül érvelésfüggő, de a tag fogalmának ilyen kiterjesztése erőltetettnek tűnik, és valószínű, hogy legalább olyan értékű megoldás lett volna maga az analógia. Az így felállítható analógia kötőelve nagyon egyszerűen levezethető: *minden vagyonnevesítésben érdekeltnek joga van az erről szóló vagyonnevesítési határozat bírósági felülvizsgálatát kezdeményezni*. Ezen elvi tétel egyik folyománya a tagoknak jogot biztosító jogszabályi rendelkezés, a másik folyománya (az analógia másik lába) a jogszabály által nem rendezett perindítási joga a vagyonnevesítésben érdekelt volt tagoknak.

A kötőelvet képező, levezetett jogtétel tartalmilag megjelenik ugyan az ítéletben, de nem mint egy analógiát keretbe foglaló kötőelv, hanem mint a kiterjesztő értelmezés eredményét igazoló, ésszerűsége alapuló érv. Ráadásul látni kell azt is, hogy ugyanez a jogtétel egyszerűen levezethető lett volna egyrészt az Alkotmány 57. § (1) bekezdéséből, illetve eshetőlegesen az (5) bekezdéséből, másrészt a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának (New York, 1966, kihirdetve: 1976. évi 8. tvr.) 14. cikkéből is, melyek ilyen esetekben is biztosítják a bírósági eljáráshoz való jogot. Ekkor a jogtétel nem egy értelmezést támogató észjogi megállapítás, és nem az analógia kötőelve, mint jogszabályi forrásból extrapolált szabály, hanem magasabb alkotmányos, illetve nemzetközi jogi elvekből levezetett tétel lett volna (ez a harmadik megoldás tulajdonképpen egy elv egyszerű értelmezése, és eseti jelentésének megállapítása lett volna). Ez jól mutatja, hogy ugyanazon, egy jogesetet eldöntő, levezetett tételhez, több úton is el lehet esetenként jutni, és ugyanaz a tétel,

több jogalkalmazási művelet eszköze is lehet. Ugyanakkor, egyben ezzel azt is mutatja, hogy a kiterjesztő értelmezés és az analógia határai teljesen összemosódnak.

4. Néhány megállapítás az elhatárolásról

A fentiek alapján, az elhatárolás legnagyobb részben specifikus ismérveken nyugszik és érvelésfüggő: konkrét esetek elemzésénél megmutatkozó konkrét érvek alapján lehet állást foglalni. Általános, objektív ismérvek híján mi lehet a támpont, egy-egy ilyen problémát felvető eset elemzésénél? Néhány általános megállapítást lehet tenni.

(1) Biztosabb következtetésre ad lehetőséget az a helyzet, ha a konkrétság hasonló szintjén elhelyezkedő fogalmak állnak szemben egymással, ugyanis ekkor sokkal nehezebb a kiterjesztő értelmezést alátámasztani az analógiával szemben. Hiába hivatkozna arra a jogalkalmazó, hogy a fegyveres elkövetés megállapításának céljából, „kiterjesztő értelmezés útján”, a *robbanószerkezet utánzatával* történt fenyegetést (ami nem jelenik meg a tételes jogban) egyenértékűnek tekinti a *robbanóanyag utánzatával* történt fenyegetéssel (Btk. 137. § 4. a) pont).⁹⁶ Ez aligha tartható, és az analógia nehezen tagadható: itt hasonló konkrétsági szinten álló fogalmak közül egyet be kívánnak vonni a másikba. Önmagában az indokolás alapos, miszerint a robbanószerkezet utánzat ugyanúgy utalhat a kívülállóknál robbanóanyag jelenlétére, mint a robbanóanyag utánzat, de ez pusztán szabályozási igényt fogalmaz meg (helyességi mérce megnyilvánulása), és aligha alapozza meg a robbanóanyag utánzat jelentéshatárainak kitágítását a robbanószerkezet utánzatára, amit a tulajdonképpeni kiterjesztő értelmezés jelentene.

(2) A bíróságok minősítései nem iránymutatóak, sőt esetenként félrevezetőek. Az 1920-as években a Curia, a Btk. által nem védett telefontitkot úgy kívánta védeni, hogy az akkor hatályos Btk. 327. §-át, mely a másnak szóló *le nem pecsételt levél* és a „*távüreg*” tartalmát védte, 1923. szeptember 25-i ítéletében „kiterjesztette” a *telefonközlés tartalmának védelmére is* (mely nem részesült akkor még büntetőjogi jogvédelemben). Tette ezt kifejezetten „a hasonlósági alapon való tényálladék-kiterjesztés kötelező elkerülésével”.⁹⁷ Ezzel szemben *Angyal* három, külön-külön is megálló indokot sorol fel, ami miatt ezt nyilvánvaló analógiának kell tekinteni. (De l. ugyancsak az előző pontban kifejtetteket, az azonos konkrétsági szinten lévő fogalmakról.) Ez is jól mutatja, hogy a kialakult

96 L. a Legfelsőbb Bíróság Büntető Kollégiuma és a megyei bíróságok (a Fővárosi Bíróság) büntető kollégiumai vezetőinek álláspontját (2002. május 27.) a Btk.-t módosító novella (a 2001. évi CXXI. tv.) egyes rendelkezéseinek alkalmazásával kapcsolatos jogértelmezési kérdésekben. (BH 2002. 10. szám).

97 Büntető Jog Tára 77. k. 47., idézi *Angyal*, i. m. (83.), 66–67., aki analógiának minősíti a döntést. Ráadásul az elkövetési magatartás az volt, hogy valaki „másnak szóló, habár le nem pecsételt levél vagy távüreg birtokába helyezi magát”; így komoly törprengésre adott okot annak kiderítése, hogy valaki miképpen helyezheti magát egy telefonbeszélgetés „birtokába”.

helyességi mérce sokszor a jogtechnikai eszközök kifacsart alkalmazásával is utat tör magának.⁹⁸

(3) Az elemzés, és kritika alapja lehet, ha hasonló tekintélyt lehet szembeállítani egy jogalkalmazói döntéssel (argumentum *ab auctoritate*), de ez ritkábban adódik, és legtöbbször utólag.⁹⁹ A Legfelsőbb Bíróság csalást állapított meg, amikor a vádlott nyerőautomatába pénz helyett, hasonló méretű fémkorongokat dobott, és úgy játszott (BH 1986/312.). Ez legalábbis analógia volt (ha nem egyszerűen *contra legem* jogalkalmazás), mivel igen kérdéses volt, hogy kit és milyen módon ejtettek itt tévedésbe, a csalás ezen tényállási elemét kimerítve. Az analógia tényének „bizonyítéka” nyolc évvel később jött. Ekkor a jogalkotó *sui generis* bűncselekményként szabályozta a bankkártyával visszaélést, mivel „az elkövető gyakran nem konkrét személlyel kerül kapcsolatba, megtévesztésről nem beszélhetünk. Ezért a csalástól eltérően az elkövetési magatartás nem a tévedésbe ejtés, hanem a hamis vagy hamisított bankkártya felhasználása”.¹⁰⁰

Amikor az áram jogtalan elvezetését a Curia lopásnak minősítette 1898-ban, ugyanakkor a német *Reichsgericht* 1896. október 26-i ítéletében azért hagyott jóvá alsóbbfokú felmentő ítéletet, mert nem lehet tudni, hogy az áram dolog-e, így a jogtalan elvezetés nem büntethető.¹⁰¹ Később az 1907:III. tc. 2. §-a egyértelműen nem tekinti dolognak az áramot. Az 1898-as döntés problémájára későbbi döntés is rámutatott: a Legfelsőbb Bíróság a vagyoni értékű immateriális jogosultságot képező szabadalmi jogot csak kifejezetten *analógia útján* látta lehetségesnek dolognak tekinteni, a Ptk. adásvételről szóló szabályainak alkalmazását lehetővé téve (BDT 2006. 1491.).

V.

Az analógia külső határai: a pseudo-analógia

Félrevezető az a megállapítás, hogy analógiánál az esetek hasonlósága miatt kell ugyanolyan jogi megítélést alkalmazni. A lényeg éppen az, hogy sok esetben az alkalmazandó szabályt szem előtt tartva minősíti a

jogalkalmazó hasonlóknak az esetet, azaz a szabály alkalmazásának morális vagy értékbeni választáson alapuló igénye teszi a jogalkalmazó szemében az analógia forrásául szolgáló esetet és az eldöntendő esetet hasonlóvá. *A hasonlóság ilyen értelemben nem egy objektív adottság, hanem megállapítását az analógia forrásául szolgáló esetből, jogszabályból extrapolálható szabály alkalmazásának, érvényesítésének szükségessége is implikálja. Az, hogy kívánatos, vagy szükséges-e az eldöntendő eset hasonló eseteket szabályozó szabály alá vonása, a jogalkalmazóban kialakult – bizonyos mértékig szubjektív – helyességi mérce alkalmazását jelentheti: az adott helyzetben jogvédelmet kell biztosítani, el kell ismernie valamilyen igényt* (l. az I. pontban leírt modell (4) pontját). Ez viszont már az analógia külső határaihoz vezet bennünket.

Angyal és Nagy F. egyértelműen analógiának minősítette azt, ahogy a Curia az áramot – látszólag egyszerű értelmezéssel – dolognak tekintette (l. az előzőekben). Azonban álláspontom szerint itt, még az analógia léte is kétséges. Mi a hasonlóság az ingó dolog (minden ingó dolog) és a villanyáram között? Nagyon nehéz általános, föléhelyezhető kötfogalmat, és így egyben kötőelvet találni. (Az, hogy egyaránt valamilyen vagyoni értékkel bírnak, még ehhez kevésnek tűnik, ez legfeljebb indokolja az ugyanazon jogi megítélés morális alapú igényét – „ne vegyük el a másét, akár dolog, akár nem”.) *Az analógia létét csupán az látszik megalapozni, hogy szükséges mindkettőnek büntetőjogi jogvédelmet biztosítani a jogtalan elvonás ellen (ezirányú helyességi mérce léte).* A szabályozási igényen túl, egy megalapozott kötőelv, és egyben a hasonlóság hiánya ugyanúgy felmerül, amikor az előbbi példák szerint, a Legfelsőbb Bíróság a vagyoni értékű immateriális jogosultságot képező szabadalmi jogot dolognak tekintette, és a Ptk. adásvételről szóló 365. §-át alkalmazta rá, vagy amikor az üzletrészt „eszmei dologként” kezeli, és jogi helyzetére a Ptk., dolgok feletti tulajdonjogi szabályait rendeli alkalmazni (célszerűségi mérce – szabályozási minta követése).

Pusztán azért, mert ugyanolyan jogi megítélés, *jogi szabályozás kívánatos két esetben, vagy egy tételes jogszabály alkalmas modellként szolgál egy másik eset megítélésére nézve, ettől analóg, hasonlószerű lesz a két eset egymással?* Az analógia lényegét tekintve, aligha. Ekkor

98 *Baumgarten Izidor* koronaügyész-helyettes írta több, mint száz évvel ezelőtt: „Hány cselekményt, mely a törvény értelmében nem büntethető, nem vonszolunk már szelíd nyomással a törvénykönyvnek valamelyik szakasza alá, csak hogy eleget tegyünk a cselekmény büntetlenségén felháborodó erkölcsi vagy socialpathológiai lelkiismeretünknek!” *Baumgarten*, i. m. (83.), 30–31. Természetesen a helyességi mérce ugyanígy utat tör magának a magánjogban is, talán kevésbé kiélezett formában. L. erre még pl. *Szabó M.*, i. m. (27.), 53. (aki szerint a látszólagos kiterjesztő értelmezés a joghézag kitöltésének egyik technikája).

99 Ráadásul egy megelőző bírósági döntés, más bíróságok általi értelmezése is teljesen eltérő lehet e tekintetben. Például a Legfelsőbb Bíróság az kft. üzletrészt „eszmei dologként” kezeli, jogi helyzetére a Polgári Törvénykönyvnek a dolgok feletti tulajdonjogi szabályait rendeli alkalmazni (pl. BH1994/202. és 1994/203.). (Ez *contradictio in terminis* a dolog hagyományos fogalmát nézve, bár kétségtelen, hogy már *Gaius* is beszél „*res incorporalis*”-ról *Institutióiban*, l. erre *Brósz – Pólay*, i. m. (8.), 189.) A LB álláspontját, a pécsi fétőlétábla *kiterjesztő értelmezésnek* véli (BDT 2006/1482.), viszont a Csongrád Megyei Bíróság egyértelműen *analógiának* (BDT 2000/275.)

100 L. a büntető jogszabályok módosításáról szóló 1994. évi IX. törvény indokolását (részletes indokolás, 27. §-hoz).

101 Idézi *Heil*, i. m. (80.), 420.; *Finkey*, i. m. (56.), 697. Ezután rövid időn belül, 1900-ban megszületett a német törvény, mely megoldotta a problémát, *delictum sui generis*-ként szabályozva az áram elvezetését. Hasonlóan, amikor a Curia előző pontban idézett, 1923. évi ítéletével a le nem pecsételt levél és a távsürgöny tartalmának védelmét kiterjesztette a telefonközlés tartalmának védelmére is, ugyanakkor a német *Reichsgericht* a német büntetőtörvénykönyv hasonló tényállása alapján ezt a kiterjesztést nem tartotta megengedhetőnek, *Angyal*, i. m. (83.), 67.

a két esetet nem hasonlóságuk köti össze, a két eset abból a szempontból „analóg”, hogy hasonló kezelést igényelnek (a jogalkalmazói helyességi mérce alapján), vagy egyszerűen jogi megítélésükre modellként alkalmas egy másik szabály.¹⁰² Akkor, amikor az analógiának – egyéb releváns közös jellemzők híján – pusztán az azonos jogi megítélés szükségessége, igénye képezi alapját, nem valódi, hanem *pszeudo-analógiáról* van szó.

A valódi analógiánál a kötőelv megállapítása a két eset hasonlóságán, és ugyanúgy az azonos jogi megítélés igényén egyaránt nyugszik, ahol az utóbbi a hasonlóság megállapításánál is fontos szerepet kap. A két tényező – a hasonló jellemzők és az azonos jogi megítélés igénye – egymás közötti arányai változhatnak. Azonban nem lehet attól eltekinteni, hogy a valódi analógiához nem elég ez utóbbi léte, hanem valódi, releváns közös jellemzők is szükségesek hozzá. A *pszeudo-analógia* már nem analógiát jelent, hanem egyszerűen az analógia terminológiájába burkolt *praeter legem* vagy *contra legem* jogalkalmazást, melynek vitatható vagy éppen elfogadható alapja a jogvédelem, vagy az igény elismerésének *ad hoc*, a tételes jogon túli érveken nyugvó (morális érvek, célszerűség, ésszerűség, igazság, stb.) szükségessége.¹⁰³

VI. Következtetések

(1) Az *analogia legis* és *iusuris* elhatárolásának nincsenek szilárd ismérvei, a megkülönböztetés elvileg sem tartható, és gyakorlati szempontból sincs haszna, a magyar joggyakorlatban nem is vert gyökeret. Ráadásul a joganalógiaként kezelt esetek sokszor nem jelennek valódi analógiát, nem mutatkozik bennük analogikus érvelés.

(2) A jogi analógia elvi, illetve gyakorlati esetekben történő elemzése nem lehet adekvát az analogikus kö-

tőelv (*principium analogiae*) alkalmazása és azonosítása, valamint az analógia alantfekvő motívumának (helyességi és célszerűségi mérce) figyelembe vétele nélkül.

(3) Egy-egy konkrét eset elemzésénél az analógia, valamint az értelmezés, illetve a kiterjesztő értelmezés határai sokszor teljesen elmosódnak. Ennek legfontosabb okai: a joghézag fogalmának, mint háttérfogalomnak a tisztázatlansága; a jogszöveg jelentésének természetes nyelvi bizonytalansága; a hagyományos határismérvek (pl. jogalkotó akarata) tarthatatlansága és használhatatlansága; az analogikus érvelés általánosabb, a jogértelmezésben történő használatának ténye; valamint az, hogy sokszor nem világos mit jelent konkrét esetben, miszerint van egy (alkalmazható) szabály egy konkrét tényállásra, vagy nincs. Mindezek következtében, objektív ismérvek híján, az analógia, a kiterjesztő értelmezés és az értelmezés fogalmi felcserélhetővé válhatnak.

(4) A fentiekből is adódóan, a *praeter legem* vagy *contra legem* döntések is címkézhetőek analógiának (vagy éppen kiterjesztő értelmezésnek). A *pszeudo-analógia* kimutatása viszont a két helyzet hasonlóságának létre és erősségére vonatkozó érdemi ismérveken keresztül történhet, ami csak egy másik tanulmány tárgya lehet.

(5) Az előzőekben kifejtettekkel következik, hogy az analógia fogalmának – ahogy jelenleg felfogjuk – csekély az elméleti értéke, mivel alkalmazásának feltételei legtöbbször nem világosak. Általános, objektív elhatároló ismérvek híján a specifikus érvek iránymutatóak az egyes jogalkotói döntések vizsgálatánál. Viszont annak megállapítására, hogy egy döntés túllépi-e egy jogszabály fogalmi kereteit, nincs szükség az analógia fogalmára.

(6) A fenti nehézségekre tekintettel, a jogi analógia fogalmát célszerű lenne elszakítani a joghézag kitöltésétől, és egyszerűen egy érvelési formaként felfogni, mely általában kötődik a jogalkalmazás egészéhez (így az értelmezéshez is) a jelen tanulmány I. pontjában felvázolt modell alapvető jellegzetességeinek megfelelően.

102 A nyilvánvaló nehézséget az okozza, hogy a világon minden jelenség között valamilyen mértékig húzható, legalább absztrakt hasonlóság. A kérdés csak az, hogy ez milyen súlyú az azonos jogi megítélés igénye mellett. Erre az eset körülményeiből lehet következtetni.

103 A határok itt is bizonytalanok. Általában véve is problematikus, (nem csak az analógiához viszonyítva), hogy hol kezdődik a *praeter legem* vagy éppen *contra legem* jogalkalmazás. *Grosschmid* rámutat, hogy az értelmező akarat és a „jogképző sugalom” elhatárolása nagyon nehéz, és számos példán keresztül mutatja be, hogy igen nehéz az értelmezés, és az azon túlnyúló jogképzés elkülönítése, ugyanis ez legtöbbször csak nézőpont kérdése. Szerinte, „a mi az egyik felfogás szerint a törvény nyelv a legfrágánsabb módon ellenkező szó, ugyanaz a másik felfogás szerint nem egyéb mint a törvénynek hű értelmezése.” *Grosschmid*, i. m. (35.), 430. és 432.