

PhD értekezés

SZOMORA ZSOLT

**A nemi bűncselekmények egyes dogmatikai
alapkérdéseiről**

Témavezető: Prof. Dr. Nagy Ferenc
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Szeged, 2008

„Amíg a jogrend más területein pontosan meghatározhatók azok az életjavak, amelyeket büntetőjogi szankciókkal kell védenünk, addig a nemi erkölcs elleni bűncselekmények területén a határok félreismerhetetlen elmosódásával állunk szemben. [...] Milyen jogi tárgyat védünk a vérfertőzés rendelkezései révén? Miért büntetjük a homoszexuális cselekményeket? Ha jobban megnézzük, akkor kultikus-szagrális elképzelések olyan atavisztikus maradványaiba ütközünk, amelyek értelme mára már régen elveszett, de amelyeket még mindig féltve őrzünk, hogy a jogrend pátoszát ne veszélyeztessük.”

(BADER egykori német legfőbb ügyész 1950-ben tartott előadásából idézi JÄGER 1957, 5. p.)

Tartalom

TARTALOM.....	1
RÖVIDÍTÉSEK JEGYZÉKE	3
BEVEZETÉS	4
1. CÉLKITÜZÉS.....	5
2. A TÉMA MEGHATÁROZÁSA – AZ ÉRTEKEZÉS FELÉPÍTÉSE	6
3. MÓDSZERTAN	8
I. RÉSZ: A NEMI BŰNCSELEKMÉNYEK JOGI TÁRGYAINAK TÖRTÉNETI ASPEKTUSAI.....	11
1. A NEMI ERKÖLCS MINT JOGI TÁRGY MEGJELENÉSÉIG TERJEDŐ IDŐSZAK.....	12
1.1. Kollektív jogi tárgyak – társadalmi beágyazottság.....	13
1.2. A közerkölcs mint átfogó jogi tárgy önállósodása.....	15
1.3. Tényleges jogtárgyvédelem – az 1813. évi bajor Btk	20
1.4. A magyar fejlődés a Csemegi-kódexig	21
2. A NEMI ERKÖLCS A SZABÁLYOZÁS KÖZÉPPONTJÁBAN.....	30
2.1. A nemi erkölcs elleni bűncselekmények megjelenése a kódexekben.....	30
2.2. A nemi erkölcs „kiteljesedése” a bírói gyakorlatban.....	41
3. A NEMI ERKÖLCS: SE NEM ERKÖLCS, SE NEM JOGI TÁRGY – FORDULAT.....	45
3.1. Erősödő jogirodalmi kritika.....	46
3.2. Törvényhozási lépések.....	50
4. ÖSSZEGZÉS.....	57
II. RÉSZ: A NEMI CSELEKMÉNY	62
I. FEJEZET: A FAJTALANSÁG A MAGYAR BÜNTETŐJOGBAN	63
1. A FAJTALANSÁG (TÖRVÉNYI) DEFINIÁLÁSÁNAK ÚTJA.....	63
2. A FAJTALANSÁG FOGALMI ELEMEI.....	64
2.1. Objektív oldal: a súlyosan szeméremértő jelleg	65
2.2. Szubjektív oldal: a nemi vágy általi motiváltság.....	72
2.3. A fajtalanosság tartalma de lege lata.....	75
3. A BÍRÓI GYAKORLAT ÉRTÉKELÉSE	75
3.1. „Elméleti megalapozatlanság”	75
3.2. A felelősségi kör szűkítése.....	79
4. A FAJTALANSÁG FOGALMÁNAK KRITIKÁJA.....	81
II. FEJEZET: A NEMI CSELEKMÉNY MINT DOGMATIKAI KATEGÓRIA FELTÁRÁSA	87
1. A NEMI CSELEKMÉNY DEFINIÁLÁSÁNAK KÉRDÉSE.....	88
2. A NEMI CSELEKMÉNY OBJEKTÍV MEGHATÁROZHATÓSÁGÁNAK KÉRDÉSEI	92
2.1. A nemi vágy szerepének kizárása.....	93
2.2. Egyértelmű, ambivalens és semleges cselekmények („a német út”) ?	96
2.3. Rövid értékelés	101
3. A NEMI CSELEKMÉNY FOGALMI ELEMEI	103
3.1. A nemi cselekménnyel érintett testrészek.....	104
3.2. A testi érintés követelménye	107
3.3. Az érintés intenzitása és jellege.....	111
4. A NEMI CSELEKMÉNYHEZ KAPCSOLÓDÓ ELKÖVETŐI TUDATTARTALOM	113
5. A TÉNYÁLLÁSSZERŰ, DE NEM JOGELLENES NEMI CSELEKMÉNY	114
6. ÖSSZEGZÉS	116
III. RÉSZ: A NEMI CSELEKMÉNNYEL MEGVALÓSULÓ NEMI BŰNCSELEKMÉNYEK	
TELEOLÓGIKUS VIZSGÁLATA.....	119
I. FEJEZET: AZ ERŐSZAKOS NEMI BŰNCSELEKMÉNYEK (ERŐSZAKOS KÖZÖSÜLÉS ÉS	
 SZEMÉREM ELLENI ERŐSZAK)	119

1. A SZEXUÁLIS ÖNRENDELKEZÉS MINT JOGI TÁRGY	122
1.1. A szexuális önrendelkezés büntetőjogi meghatározása	122
1.2. A szexuális önrendelkezés sérelme	125
2. AZ ERŐSZAKOS NEMI BŰNCSELEKMÉNYEK ÉS A KÉNYSZERÍTÉS VISZONYA.....	129
2.1. Specialitás	129
2.2. Az ellenállás és annak komolysága?	133
2.3. A sértett beleegyezése mint tényállásszerűséget kizáró ok	144
3. AZ ERŐSZAKOS NEMI BŰNCSELEKMÉNYEKSEL KAPCSOLATBA HOZHATÓ MÁS JOGI TÁRGYAK	147
3.1. Az emberi becsület és méltóság	147
3.2. A gyermek szexuális fejlődése	150
3.3. Társadalmi együttélés?	151
4. A VÉDEKEZÉSRE KÉPTELEN ÁLLAPOT NEMI CSELEKMÉNYRE VALÓ FELHASZNÁLÁSA	151
4.1. A védekezésre képtelen állapot jelentése és jogtárgyi összefüggései	152
4.2. A védekezésre képtelenség foka és a kényszerítés összefüggései	153
4.3. A 12. életév problematikája – Btk. 210. §.....	156
5. AZ AKARATNYILVÁNÍTÁSRA KÉPTELEN ÁLLAPOT NEMI CSELEKMÉNYRE VALÓ FELHASZNÁLÁSA	159
5.1. Az akaratnyilvánításra képtelen állapot megítélése a magyar büntetőjogban	159
5.2. A sértetti kör meghatározása.....	163
5.3. A sértett állapotának felhasználása.....	169
5.4. A minősítés menete – összegzés.....	173
6. A KÉT FORDULAT BÜNTETÉSI TÉTELEINEK AZONOSSÁGA VAGY KÜLÖNBÖZŐSÉGE?	176
7. A NEMI CSELEKMÉNY AZ ERŐSZAKOS NEMI BŰNCSELEKMÉNYEK TÉNYÁLLÁSAIBAN.....	179
7.1. A magyar büntetőjog – áldifferenciálás	179
7.2. Az osztrák és a német büntetőjog – valódi alternatíva?	185
8. ÖSSZEGZÉS – DE LEGE FERENDA JAVASLATOK	190
8.1. A kényszerítési elem – I. fordulat	190
8.2. Egységes nemi cselekmény – egy tényállásba foglalás.....	190
8.3. II. fordulat – régi-új kategóriák	193
II. FEJEZET: A MEGRONTÁS	195
1. KÍSÉRLET A JOGI TÁRGY TISZTÁZÁSÁRA	197
1.1. A gyermek szexuális önrendelkezéséről.....	197
1.2. Az egészséges szexuális fejlődés?	203
1.3. A jogi tárgy körülírása	206
2. A TÖRVÉNYI TÉNYÁLLÁS KIALAKÍTÁSA	209
2.1. A megrontás mint absztrakt veszélyeztetési bűncselekmény.....	210
2.2. A passzív alanyok meghatározása.....	214
2.2. Az elkövetési magatartások – a nemi cselekmény, az arra való rábírás és az előkészületi alakzatok.....	223
2.3. A tettesi kör – „kortolerancia”	229
3. ÖSSZEGZÉS – DE LEGE FERENDA JAVASLAT	233
III. FEJEZET: A VÉRFERTŐZÉS	235
1. A VÉRFERTŐZÉS JOGI TÁRGYA A MAGYAR BÜNTETŐJOGBAN – A BÜNTETENDŐSÉG MAGÁTÓL ÉRTETŐDŐSÉGE?	236
1.1. A jogalkotó és az Alkotmánybíróság deklarációi a vérfertőzés jogi tárgyáról.....	237
1.2. A vérfertőzés tényállásának következtetlenségei – teleologikus elemzés.....	240
2. DILEMMÁK A VÉRFERTŐZÉS JOGI TÁRGYAI KÖRÜL – A NÉMET NYELVŰ IRODALOM ALAPJÁN	245
2.1. Genetikai kérdések – orvosi megállapítások kontra jogi érvek	246
2.2. Családvédelem – az ok-okozat és a büntetőjogi fellépés problematikája.....	250
2.3. Ifjúságvédelem – tényleges védelmi igény, de nem alkalmazható tényállás	252
3. De lege ferenda	253
ZÁRÓ ÖSSZEGZÉS	257
MELLÉKLET.....	259
FELHASZNÁLT IRODALOM.....	265
TÖBBSZÖR HIVATKOZOTT JOGANYAGOK FORRÁSAI	274

Rövidítések jegyzéke

AB	Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága
BGH	német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság
BH	Bíróság Határozatok c. folyóiratban közétett eseti döntés
BJD	Büntetőjogi Döntvénytár c. kiadványban közzétett eseti döntés
Btk.	a jelenleg is hatályos 1978. évi IV. törvény a Büntető Törvénykönyvről
dStGB	a hatályos német Büntető Törvénykönyv (forrást és hivatkozott rendelkezések fordítását lásd a Mellékletben)
LB	Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága
OGH	osztrák Legfelsőbb Bíróság
öStGB	a hatályos osztrák Büntető Törvénykönyv (forrást és hivatkozott rendelkezések fordítását lásd a Mellékletben)
RG	német Birodalmi Legfelsőbb Bíróság
RStGB	1871. évi német birodalmi Btk.

Bevezetés

A szexualitás mint az emberi és társadalmi létezéshez nagyon szorosan kapcsolódó jelenség, mint kifejezetten életközeli téma és terület, mindig is a legkülönbébb szabályozások, szabályozási kísérletek tárgyát képezte, minden kor és kultúra magától értetődően és „saját jogon” szabályozta azt. Egyetlen társadalom sem létezett, amely valamilyen módon ne szabályozta volna a nemi életet.¹ A nemiség kiinduló- és célpontja (volt) a legkülönbözőbb teóriáknak és értékeléseknek; a vélemények katalógusa a durva lenézésről és elítélésről a tartózkodó(bb) álláspontokon keresztül a testi élvezetek fenntartás nélküli igenléséig terjed(t).² Ugyanakkor, paradox módon, e szabályozási igények éppen abból fakadhatnak, hogy a szexualitás biológiai-pszichológiai szempontból nagyon is képlékeny, nem pontosan körülhatárolható jelenség, és talán éppen ez a jellemzője is teszi szükségessé a társadalmi intézményrendszerbe normákon keresztül történő beágyazását.³

E normatív megközelítésnek mindemellett az is érdekessége, hogy a nemiséggel kapcsolatos jogi szabályozás a kezdetektől fogva szinte kizárólag a büntetőjog területén található. Tehát a jogi normarendszerbe történő beépítés módja nagyon egyszerűen leírható: az ember szexuális magatartásával szemben tilalmak felállítása és azok megszegésének súlyos, büntetőjog általi szankcionálása. Egyéb jogterületeken nem találhatunk semmiféle szabályozást a szexualitással kapcsolatban.⁴

A nemiség a (büntető)jog mellett megjelenik a másik társadalmi normarendszerben, az erkölcsben is. A kérdés ezzel kapcsolatban az, hogy a szexuális magatartások, cselekmények erkölcsi és büntetőjogi megítélése mennyire esik, illetve eshet egybe, az erkölcsi tilalmak mennyiben jelentenek vagy jelenthetnek büntetőjogi tilalmakat is. E kérdés kényszerűen vetődik fel a büntetőjogásznak akkor, amikor elolvassa a nemi bűncselekményeket szabályozó Btk.-beli Cím megjelölését: „A nemi erkölcs elleni bűncselekmények” (XIV. Fejezet II. Cím). Alapfeladatnak látszik annak tisztázása, hogy valójában mi is rejlik e megjelölés

¹ MAYER 1972, 123. p.

² HOCHHEIMER 1963, 84. p.

³ Vö. uo. 87. p.

⁴ A szexualitás és nemiség kifejezéseket itt szoros értelemben használom, így például a házassággal, családdal kapcsolatos szabályok vagy a női/férfi nem lehetséges jogi relevanciái figyelmen kívül maradnak. De nem tartoznak ide a prostitúció kérdései sem, mert a prostitúció nem közvetlenül a nemi magatartás, hanem egyéb körülmények folytán jut (büntető)jogi jelentőséghez. Mindezek, a szexualitáshoz tágabb körben kapcsolódó jelenségek – mint ismeretes – más jogterületeken is jelentőséggel bírnak.

mögött, amellyel a törvény a nemi erkölcs megsértését, a nemi erkölcs elleni támadásokat pönalizálja.

1. Célkitűzés

Ebből kiindulva, *dolgozatom fő célkitűzése a nemi bűncselekmények jogtárgyharmonikus (teleologikus) elemzése*. A jogi tárgy kategóriájának alapvető szerepe van a jogalkotás során, hiszen a jogalkotónak a védeni kívánt érdekek mentén kell(ene) kialakítania az egyes bűncselekmények törvényi tényállásait.⁵ Emellett a jogi tárgy a jogalkalmazói jogértelmezésben is fontos szerepet játszik, hiszen a jogalkalmazónak ismernie kell az adott bűncselekmény jogi tárgyát, és annak figyelembe vételével, a védeni kívánt célra tekintettel kell értelmeznie a törvényi tényállást. A jogtárgyharmonikus (teleologikus) értelmezés legfőbb elve szerint egy rendelkezést úgy kell értelmezni, hogy az lehetőleg alkalmas eszköz legyen a szabályozással kitűzött törvényi cél elérésére. Mindemellett azt is hangsúlyozni kell, hogy a szabályozási cél a teleologikus értelmezés során csak olyan jelentést kaphat, amely a törvényi szabály pozitív módon előírt más rendelkezéseivel összhangban áll.⁶

A nemi bűncselekmények jogi tárgyait ma már évtizedek óta mintegy axiómaként emlegeti a magyar jogirodalom. Így hosszú idő óta elfogadott, hogy az erőszakos közöszlés jogi tárgya az egyén szexuális önrendelkezése, a megrontás az ifjúság egészséges szexuális fejlődését védi, vagy hogy a vérfertőzés jogi tárgya a leszármazás genetikai védelme, illetőleg a családi kapcsolatok tisztaságához fűződő érdek. A jogalkotó 1961 óta kifejezetten deklarálja is ezeket a jogi tárgyakat, és egyedülként említhető változást csak a szexuális önrendelkezés megfelelő jogalkotói átértelmezése eredményezett a '90-es évek második felében.⁷ Egyebekben a megrontás és a vérfertőzés jogi tárgyai 1961 óta nem játszottak különösebb szerepet sem a jogalkotásban, sem a jogértelmezésben. Ennek megfelelően a jogirodalom sem szentel különösebb figyelmet nekik és évtizedek óta néhány mondatban ismételteti azokat. Éppen ezért tekintem feladatomnak, hogy *a dolgozatban alaposabban megvizsgáljam e jogi tárgyakat, korszerű tartalmat adjak nekik, és tisztázzam a törvényi tényállásokhoz, valamint azok uralkodó értelmezéséhez való viszonyukat*.

⁵ SCHMOLLER megállapítása szerint a megfontolt és legitimálható kriminálpolitika alapja a jogi tárgy tisztázása (2000, 31. p.).

⁶ NAGY 2004, 90. és 156-157. p.

⁷ Itt az erőszakos nemi bűncselekmények büntetési tételeinek egységesítésére és a passzív alanyi kör házastársakra, illetve férfiakra történő kiterjesztésére gondolok (a Btk.-t módosító novellák: 1993. évi XVII. törvény, illetve 1997. évi LXXIII. törvény).

A nemi bűncselekmények jogi tárgyainak vizsgálatát azért is tartom kiemelkedően fontosnak, mert a konszenzuális nemi cselekmények kriminalizálása az emberi szabadságjogok, a szexuális önrendelkezés erős korlátozását jelentheti (így a megrontás és a vérfertőzés esetén, történeti példaként pedig egészen a 20. század közepéig említhető a homoszexualitás büntetendősége). Ezért az ilyen jellegű büntetőjogi beavatkozás fokozott legitimitációt kíván, amiben a büntetendőség indokaként megadott jogi tárgy nélkülözhetetlen szerepet tölt be.⁸

Az elemzés első lépcsője a védeni kívánt érdek minél pontosabb meghatározása, azaz a jogi tárgyak tartalmi vizsgálata. Ezt követheti a jogtárgyharmonikus elemzés, amely lényegében háromféle eredménnyel járhat:

- amennyiben a kívánt célnak megfelel a törvény szövege és annak elfogadott értelmezése, akkor semmilyen változtatás nem indokolt;
- amennyiben a törvényi tényállás teleologikus értelmezése nincsen összhangban az uralkodó jogértelmezéssel, akkor – a törvény szövegének keretei között – a jogi tárgy védelmi igényével adekvát értelmezést szükséges megadni;
- előfordulhat, hogy a jogalkotó által deklarált jogi tárgy nincs összhangban a törvényi tényállással, a törvényi rendelkezés valójában nem azt védi, amit a jogalkotó azzal védeni kíván, s ezen csak jogalkotással, törvénymódosítással lehet segíteni.

2. A téma meghatározása – az értekezés felépítése

A dolgozatban a Btk. XIV. Fejezet II. Címének négy bűncselekményét fogom vizsgálni: *az erőszakos közöszlést és a szemérem elleni erőszakot, a megrontást, valamint a vérfertőzést*. A prostitúcióhoz kapcsolódó bűncselekmények és a gyermekpornográfia nem képezik a dolgozat tárgyát. A terjedelmi okok mellett ez utóbbi bűncselekmények leválasztása elsősorban azzal indokolható, hogy a felsorolt három bűncselekményhez jogtárgyi szempontból csak lazán kapcsolódnak,⁹ ellenben a vizsgálni kívánt bűncselekmények – jogi

⁸ A nemi bűncselekmények kapcsán, erre tekintettel, a jogi tárgyak tisztázásának különös fontosságát hangsúlyozzák többek között JÄGER 1957, 4-5. p.; KLUG 1963, 27-28. p.; ARZT 1983, 4-6. p.; KILLIAS–REHBINDER 1983, 293-294. p.; HANGARTNER 1998, 1-2. p.; KUMMER 2000, 33-34. p.; FROMMEL-NK 3261-3262. p.; a recens magyar irodalomban VÍZI 2006, 50. és 52. p.

⁹ A prostitúció és a pornográfiával kapcsolatos bűncselekmények módszertani szempontú leválasztásához lásd BAUER 1963, 25. p.; KLUG 1963, 28. p.; TEUFERT 1980, 203. p.; HANGARTNER 1998, 34-35. p. A prostitúciós bűncselekmények az ember szexuális magatartásához közvetett módon kapcsolódnak, és a speciális körülmények között lezajlott, konszenzuális nemi kapcsolat „holdudvarában” található. Büntetendőségüket olyan indokok teszik szükségessé, amelyeknek a szexualitáshoz csak áttételesen kapcsolódnak (így közrendi,

tárgyaik és tételes szabályaik mentén – szorosan összefüggnek egymással, a mindennapi jogalkalmazás során összetartozó szabályozási területként jelennek meg.¹⁰ *A vizsgálni kívánt bűncselekmények között explicit szabályozási kapcsolatot teremt a közös elkövetési magatartás: a nemi cselekmény (közösülés/fajtalanság).*¹¹ Az értekezés tárgyát erre tekintettel határoztam meg.¹²

A dolgozat tehát a *nemi cselekménnyel mint központi kategóriával*, valamint a *fent felsorolt bűncselekmények teleologikus elemzésével* foglalkozik. A dolgozat fejezetei ebben a sorrendben követik egymást; először kerül sor a közös tényállási elemként szereplő nemi cselekmény kategóriájának a tartalmi feltárására (**II. Rész**), majd ezt követően a három bűncselekmény jogtárgyharmonikus elemzésére (**III. Rész**). A törvényi tényállások tételes, kommentárszerű elemzésére, valamint az említett bűncselekmények minősített eseteinek elemzésére nem kerül sor. Alapfeladatnak a büntetendőség körének és mikéntjének meghatározását, valamint – a nemi cselekmény mentén – e bűncselekmények egymással való kapcsolatának feltárását, a felsorolt bűncselekményeket érintő egyfajta alapkoncepció kidolgozását tekintem. Így az egyes bűncselekmények kapcsán – a célkitűzésnek megfelelően – először a jogi tárgyak (tárgyaik) részletes tartalmi meghatározására kerül sor, majd pedig a tényállási elemeknek a jogi tárgy szemszögéből történő vizsgálata és értelmezése következik. Az egyes fejezetek végén összefoglalom a teleologikus elemzés eredményeit, és – ha szükséges – ennek alapján az irányadó értelmezés megváltoztatására irányuló vagy pedig de lege ferenda javaslatot teszek.

A vizsgálódás során nem kerülhető meg a szexuális bűncselekmények történetének áttekintése sem. A történeti vizsgálatot pedig – kiindulva a kitűzött alapfeladatból – azon szempont mentén kell elvégezni, hogy korábban vajon milyen védelmi igények és érdekek húzódtak meg a bűncselekménnyé nyilvánítás mögött. E módszertan röviden úgy foglalható

köznegyugalmi szempontok, valamint az anyagi kizsákmányolással szembeni védelmi igény). Így nem kerül sor a megrontás legújabb, Btk. 202/A. § szerinti alakzatának elemzésére sem, amely valójában prostitúciós bűncselekmény, és a jogalkotó rendszertanilag tévesen helyezte el a törvényben.

¹⁰ Gondoljunk csak arra a példára, amikor az apa a 11 éves leányával kényszerítés alkalmazása nélkül közösül. A cselekmény beleillik a megrontás és a vérfertőzés tényállásába is, végeredményként azonban erőszakos közösülés minősített eseteként fog minősülni [Btk. 197. § (2) bek. b) pont].

¹¹ A nemi cselekmény e központi szerepét hangsúlyozza az 1961. évi Btk. miniszteri indokolása is (Indokolás-1961, 474. p.). Általában a pornográfiáról, így a tiltott pornográf felvétellel visszaélés (Btk. 204. §) bűncselekményéről is elmondható, hogy nem feltételezi nemi cselekmény megvalósulását, és ugyanez elmondható a szeméremsértés (Btk. 208. §) bűncselekményéről is. E bűncselekményeknél a nemi cselekmény nem tényállási elem, legfeljebb közvetett szerepe lehet, és ez a helyzet a prostitúciós bűncselekmények esetében is.

¹² A nemi cselekmény közvetlen (elkövetési magatartásként) és közvetett megjelenésének megkülönböztetéséhez lásd GÖSSEL 2005, 13. p.

össze, hogy *a szexuális bűncselekmények jogi tárgyainak retrospektív keresését* fogom elvégezni (I. Rész).¹³

3. Módszertan

3.1. Az értekezés megírása során igyekszem a fellelhető *magyar szakirodalmat* a lehető legteljesebb körben felhasználni (tankönyveket, kommentárokat, monográfiákat és tanulmányokat), valamint a téma szempontjából vizsgálom és elemzem a Bírósági Határozatokban, valamint a Büntetőjogi Döntvénytárban közzétett vonatkozó *eseti döntéseket*. A jogi tárgy jellemzőinél, valamint a történeti szemléletmód fontosságánál fogva nagy jelentőséget tulajdonítok a *kodifikációs anyagok és a miniszteri indokolások* hasznosításának. A jogalkotási kérdésekkel szoros kapcsolatban az *Alkotmánybíróság releváns határozatait* is figyelembe vettem, egy-egy rész kérdés kapcsán pedig részletesebben elemzem az Alkotmánybíróság álláspontját.

A jog-összehasonlításba bevont német és osztrák büntetőjog esetén szintén a szakirodalom széles körét veszem figyelembe. Az alapirodalomnak tekinthető kommentárok mellett *számos német nyelvű monográfia* is született a nemi bűncselekmények témakörében, amelyek a magyar büntetőjogi irodalomhoz képest lényeges többletinformációkat adnak az értekezés témájának lehetséges megközelítési módjaihoz és feldolgozásához. Néhány esetben mind a német, mind az osztrák legfelsőbb bíróság publikált döntéseit is közvetlenül bevontam a vizsgálatba. Szintén számos információval szolgálnak a két ország jogalkotási anyagai. A felhasznált irodalom és források köre lényegében megegyezik a magyar büntetőjog és a külföldi országok esetében.

3.2. A választott bűncselekmények vizsgálatánál elsődleges módszernek – a célkitűzésben már írtaknak megfelelően – a *jogtárgyharmonikus értelmezést* tekintem. Emellett fontos jelentőséget tulajdonítok a *történeti értelmezésnek*, hiszen a védeni kívánt érdekekkel kapcsolatos jogalkotói felfogás változását legszemléletesebben a törvényi rendelkezések változása, valamint a módosításokhoz fűzött jogalkotói indokolások tükrözik. A történeti háttér változását mindvégig igyekszem szem előtt tartani, hiszen több esetben rá lehet majd mutatni arra, hogy egy-egy régóta honos és ma is bevett jogértelmezési megoldás történeti nézőpontból szemlélve, a történeti gyökereit feltárva, ma már nem tartható.

¹³ A retrospektív jogtárgykeresés alapjaihoz a nemi bűncselekmények kapcsán lásd JÄGER 1957, 27-28. p.

A téma kidolgozása során mindvégig alkalmazom a *jog-összehasonlítás* módszerét is. Jog-összehasonlítás esetén mindig kérdés a vizsgált országok körének megvonása: a magyar mellett elsősorban a német és az osztrák büntetőjogi helyzetre fogok az egyes részletkérdések kapcsán kitérni. A magyar büntetőjog fejlődése nem választható el a német és osztrák fejlődéstől, a Csemegi-kódex hatályba lépéséig érvényesülő büntető szokásjogunkra meghatározó befolyással voltak az osztrák és – osztrák közvetítéssel – a német büntető törvények.¹⁴ A közös történeti háttér fényében, a Csemegi-kódex időszakától kezdődően is döntően a német és az osztrák szabályozást vonom be a részletes összehasonlítás körébe.

Általában is igaz, hogy egy konkrét téma kapcsán túl sok ország szabályozásának vizsgálata parttalanná teheti az elemzést. Különösen igaz ez a nemi bűncselekményekre (főleg ezek történeti vonatkozásaira), ahol akkora különbségek jelentkeznek, amelyek objektív korlátját képezik az összehasonlításnak.¹⁵ Emellett úgy vélem, hogy jog-összehasonlításra akkor lehet csak alappal vállalkozni, ha a törvénytövegeken túl a vonatkozó jogirodalom feldolgozására is sor kerülhet. A törvénytövegek pusztán hasonlítását – a megfelelő dogmatikai háttér ismeretének hiányában – könnyen hozhat megtevesztő eredményt.¹⁶

E felfogásomból is következik, hogy a jogösszehasonlítás az értekezésnek elsősorban nem a tárgya, hanem – szándékom szerint – sokkal inkább a módszere. A dolgozatban ezért nem kerül sor a *hatályos* német és osztrák szabályozás részletes és átfogó bemutatására. Ehelyett általában egy-egy részletkérdés kapcsán térek ki a német és osztrák megoldásokra, a magyar helyzettel való összehasonlítás és a konkrét kérdés továbbgondolása érdekében. A történeti fejlődés áttekinthetőségének biztosítása ellenben szükségessé tette az átfogóbb jellegű, párhuzamos bemutatást az I. Részben.

A dolgozat fő célkitűzésével kapcsolatban a német nyelvű jogirodalom alapvető és részletes információkkal szolgál. *A nemi bűncselekmények jogtárgyharmonikus értelmezésének a német nyelvű jogirodalom által kidolgozott szempontjait fogom a magyar Btk. törvényi tényállásaira alkalmazni.* A közös történeti-dogmatikai háttér fényében ez különösebb probléma nélkül elvégezhető. A jogi tárgynak a törvényi tényállás kialakításában

¹⁴ E kérdéshez lásd I. Rész 1.4.

¹⁵ Amíg például az Egyesült Államok bizonyos tagállamaiban a felnőttek közötti konszenzuális homoszexuális magatartások bűncselekménynek minősülnek, vagy amíg egyes iszlám országokban testi büntetésekkel sújtják a nő házasságtörését, addig a büntetőjog-összehasonlítás e tág körben csak e nagy különbségek tényszerű rögzítésére vállalkozhat. Találón fogalmazza meg SCHMOLLER, hogy a történeti és összehasonlító vizsgálatok azt mutatják, hogy azon országok, amelyek esetében meghatározó a vallási fundamentalizmus vagy egy világnézeti ideológia, hajlamosak arra, hogy extrém módon alakítsák a nemi deliktumok büntetendőségét. A szexuális bűncselekmények más deliktumokhoz képest nyilvánvalóan „fogékonyabbak” arra, hogy szabályozásuk során az érzelmileg színezett vallási vagy más világnézeti ideológiák felülírják a racionális kriminálpolitikai megfontolásokat (2000, 23-24. p.).

¹⁶ Ennek egy szemléletes példájához lásd III. Rész I. Fejezet 2.2.3.

és annak értelmezésében betöltendő kulcsszerepére tekintettel szükségesnek tartom e módszer következetes alkalmazását, s a magyar büntetőjog-tudományban a nemi bűncselekmények ilyen vizsgálatára eddig még nem került sor.

Mivel a jogi tárgyak életbeli viszonyokhoz, életbeli jelenségekhez köthetők, így több esetben sor kerül majd *kriminológiai, empirikus kutatások eredményeinek bemutatására és hasznosítására* is.

I. Rész

A nemi bűncselekmények jogi tárgyainak történeti aspektusai

A Bevezetőben már említettem, hogy az értekezés témája szempontjából fontosnak tartom a nemi bűncselekmények jogi tárgyainak retrospektív feltárását. Természetesen hangsúlyozni kell, hogy a jogi tárgy a modern büntetőjog-tudomány által létrehozott kategória, amely a 19. század derekától kezdett elterjedni a német nyelvű büntetőjogi irodalomban.¹⁷ Ez azonban nem jelenti azt, hogy korábban ne húzódtak volna meg többé-kevésbé pontosan meghatározható érdekek és igények a nemi (és minden más) bűncselekmény kriminalizálása mögött. A következőkben tehát arra teszek kísérletet, hogy – amennyire lehetséges – feltárjam e jogi tárgyakat, és felvázoljak egy történeti ívet ezek (át)alakulásáról, eltűnéséről, feléledéséről. Ennek során elengedhetetlennek látszik a nemi erkölcs jogi tárgy szerepben történő részletes vizsgálata (1. Fejezet), így az értekezés e része központi helyen foglalkozik azokkal a büntetőkódexekkel, amelyek a szabályozás középpontjába a nemi erkölcs kategóriáját állítják.¹⁸ Ezek a törvények jelentik a későbbi és a mai napig tartó reformfolyamatok kritikai alapját és így kiindulópontját. A 3. Fejezet a nemi erkölcs szerepének térvesztésével foglalkozik.¹⁹

Mindemellett kerülni szeretném azt – a tételes büntetőjogász történeti vizsgálódásából könnyen kirajzolódó – látszatot, hogy a szexuális bűncselekmények hatályos szabályainak eredetét régi évszázadokra vezessem vissza, és felfedezni véljem a hatályos jogintézmények elődjét.²⁰ Épp az ellenkezője vezérel: bizonyos esetekben rámutatni arra, hogy a hasonlóság mögött valójában különbözőség rejlik, mert a feltevés az, hogy az elmúlt századokban más és más védelmi érdek húzódtatott meg hasonló büntetőjogi rendelkezések mögött.

¹⁷ Erről áttekintést ad – többek között – JÄGER 1957, 6-28. p. Magyar nyelven lásd SCHULTHEISZ 1938.

¹⁸ A német nyelvű országok büntetőkódexeiben a nemi erkölcs elleni bűncselekményeket *Sittlichkeitsdelikte* kifejezéssel jelölik. Ennek szó szerinti fordítása erkölcsösség elleni bűncselekmények lenne. E fordítás azonban nem helyes, mert a német nyelvű országokban e kifejezéshez speciális tartalom kapcsolódik, ugyanis a *Sittlichkeit* kifejezést a 19. századtól speciális szexuális tartalommal használják, így az nem az általában vett, hanem kizárólag a nemi vonatkozású erkölcsösséget jelenti (az etimológiához lásd MADER-HÖLZL 2000, 237-238. p.).

¹⁹ A vizsgálódás során egyetlen és kifejezetten témaspecifikus *korszakolási szempontot* alkalmazok, az alapján a történeti ív alapján, amely a nemi bűncselekmények jogi tárgyainak változásából kirajzolódik.

²⁰ E módszertani kérdéshez lásd HULL 1997, 221-222. p.



E téma de lege lata és ferenda vonatkozásaival foglalkozó büntetőjogász számára, úgy érzem, elengedhetetlen e történeti kérdés körüljárása ahhoz, hogy a hatályos szabályozással kapcsolatban megalapozottan tudjon állást foglalni. Az értekezés „mottója” mellett idéznék még egy olyan megállapítást, amely motivációként szolgált a történeti vizsgálódáshoz. A téma (kultúr)történeti fejlődéséről kialakult elképzelést WOESNER így foglalta össze 1968-ban: „A nemi bűncselekmények hatályos szabályozását alakító ideológia gyökerei babiloni és izraeli előírásokig nyúlnak vissza. Megtalálhatók a korai kereszténységben, a pitagoreusok, a sztoikusok, a skolasztika, a pietizmus és a puritanizmus tanaiban. A gyökerek közé tartoznak a fajfenntartás racionális és egykoron nélkülözhetetlen parancsai, amelyek a szexualitást kizárólag a megtermékenyítés szolgálatába kívánták állítani. Ezek a keleti mitológiákhoz csatlakozva a nemiséget mint bűnbe esést, mint öröklött bűnt bélyegezték meg. A természettel ellenséges spiritualizmus és aszketizmus maradványai ma is hatnak.”²¹

Talán nem alaptalan igény a tételes jogász részéről, hogy témája történetét illetően megpróbáljon – a lehetőségeihez képest – tisztábban látni attól, mint ahogyan ezt a fenti idézet lehetővé teszi.

1. A nemi erkölcs mint jogi tárgy megjelenéséig terjedő időszak

Azok a bűncselekmények, amelyeket ma szexuális bűncselekményekként vagy nemi erkölcs elleni bűncselekményekként jelölünk meg, és amelyek kizárólag nemi cselekményeket pönalizálnak, ilyen minőségükben ismeretlenek voltak a 19. századi kodifikációk előtti időben.²² Amíg a középkorban legtöbbször csak szórványos rendelkezésekre bukkanhatunk, addig az abszolutista állam már a nemi életet is mindenhatóan kívánta szabályozni, és e „társadalomregulázás” keretében szexuális magatartások sorát nyilvánította büntetendővé. E bűncselekményeket azonban nem mint összetartozó egységet fogta fel, hanem más kritériumok és célok mentén üldözte azokat, mint a későbbi törvényhozások. Ezért nem helyes, ha a régebbi idők vonatkozó büntetőjogi rendelkezéseit a mai szemléletünkkel ítéljük meg, ezek nem tekinthetők pusztán a modern szabályozások előfutárainak. E problémával kapcsolatban szemléletes példát szolgáltat maga a „szexualitás” szó, amely a 19. század nyelvi és gondolati nívója volt, és első felbukkanásakor a növények megtermékenyítésének

²¹ Idézi BOCKELMANN 1972, 400. p.

²² A retrospektív szemlélet miatt azonban a továbbiakban is a nemi bűncselekmények megjelölést fogom használni.

megjelölésére használták. Amennyire ismeretlenek voltak a ma használt fogalmaink a 19. század előtt, annyira különösnek tűnnek számunkra a korábban használt megjelölések (pl.: fajtalanság, idő előtti elhálás, szodómia).²³

1.1. Kollektív jogi tárgyak – társadalmi beágyazottság

1.1.1. A nemi ösztön szükségképpen társadalmi korlátokba ütközött, hisz az utódnemzés és a szexualitás (a közösülés) – a legújabb időkig – elválaszthatatlanul összekapcsolódtak. Ezért már az ősi egyszerű népeknél is tapasztalható a házasság előtti, illetve az azon kívüli nemi élettel kapcsolatos fenntartás, mert így a lány akkor szülhet gyermeket, amikor még nem tudja etetni, felnevelni. Így a születéssel és a házassággal kapcsolatos korlátozások már a primitív népeknél is megtalálhatók voltak, sőt a nemi élet szabályozása több helyütt a törzsi vallás részévé vált. Feltételezhető, hogy az ebből a megfontolásból eredő aszkézis kelt önálló életre a későbbi nagy vallásokban.²⁴

Ami az európai jogfejlődést illeti, e társadalmi szükség jól tükröződik abban, hogy a kora középkortól kezdve *kollektív jellegű jogi tárgyak álltak a büntetendőség hátterében*.

Így például a házasságon kívüli fajtalanságot a *nemzetség* mint társadalmi egység elleni támadásnak tekintették a germán időkben. Szintén a nemzetséget sértette a nőrablás, a későbbi frank időkben is, s ezt jól mutatja az a tény, hogy a száli frank szokásjog (lex salica) szerint az elrabolt nő tudattartalma, a cselekménybe való beleegyezése közömbös volt. A későbbi középkori világi felfogás szerint is, a nőrablás vagy a szűz lány meggyalázása nem a nő individuális szféráját, hanem sokkal inkább a *családhoz való társadalmi kötődését* sértette.²⁵

1.1.2. Közvetlenül a frank időket követően az egyház és a morálteológiai elképzelések fejtenek ki döntő hatást a nemi bűncselekmények megítélésére. A 11-12. századtól a házasságot szentségnek tekintik, és így a *házasság* intézményét sértő minden nemi cselekményt véteknek minősítenek, és az egyház „bűnüldözési hatáskörébe kerül”. Ezzel kezdődik a szexuális bűncselekmények palettájának extrém kiszélesedése, amely röviden úgy

²³ HULL 1997, 221-222. p.

²⁴ MAYER 1972, 119-120. p. Az ókori jogokban és így a római jogban is a legelső ilyen jellegű bűncselekmény a *házasságtörés* volt. A már kifejezetten nemi bűncselekményekről rendelkező Lex Julia de adulteris coercendis (Kr.e. 17.) is túlnyomóan népesedéspolitikai okokból született (SCHROEDER 1975, 15. p.; ANGYAL 1937, 5. p. és MERÉNYI 1987, 101-102. p.)

²⁵ GROTE 2000, 113-114. p.

jellemezhető, hogy a házasságon belüli közösülésen kívül minden más konszenzuális szexuális cselekmény a kánonjogba ütközik. Tehát *a világi jogalkotó szórványos rendelkezéseivel ellentétben az egyház egységesen szemlélete e cselekményeket: a „szexuális rendetlenség” elleni több évszázados harca során a vétkeket precízen osztályozta, ehhez igazodóan pénzbírságokat határozott meg, azok egész katalógusát állította fel. A pénzbírság elsősorban azt a célt szolgálta, hogy a bűnbánó vétkest visszavezesse a közösséghez.*²⁶

Az egyház itt említett hatásköreit az állam a 14-15. századtól fokozatosan átvette, és ez oda vezetett, hogy a késői középkorban, és különösen a reformáció időszakában már nem lehetett elválasztani a vallási-erkölcsi rendet a világi rendtől. Témánk szempontjából az a legérdekesebb, hogy a világi jog a vallási okok mellett továbbra is szociális és gazdasági érdekeket követ akkor, amikor azonosul az egyház morális parancsaival. A családapák és céhmesterek felismerték, hogy a „szexualitást rendszabályozó” jogalkotás bizonyos körülmények között a családi és gazdasági érdekeiket is szolgálja.²⁷

Erre szemléletes példát szolgáltatnak a házassági joggal való összefüggések. A 16. századig ugyanis pap közreműködése nélkül is érvényes házasság jöhetett létre a kölcsönös házasságkötési szándék egymás előtti kijelentésével és az azt követő elhálással.²⁸ Ez a lehetőség – különösen a városokban – ahhoz vezetett, hogy a fiatalok nagyobb számban kötöttek házasságot titokban, szüleik beleegyezése nélkül, akik pedig a házasságot mint a társadalomba való betagozódás eszközét tekintették. Mivel az ilyen házasságkötések ellen az egyházjog útján elvileg nem lehetett fellépni, ezért a világi törvények a 14. századtól kezdve ennek kísérőjelenségeivel szemben léptek fel, így az ilyen házasságkötéshez való segítségnyújtással (házassági kerítés), az élettársi kapcsolattal és a nem házasok nemi kapcsolatával (ún. egyszerű fajtalanság) szemben.²⁹

Az egyház a házasságot szentségnek tekintette, az állam pedig a társadalmi rend alapjának, a vidéki földművelés és a városi céhtermelés nélkülözhetetlen keretének, a polgárjog megszerzése feltételének; azaz a házasság volt a társadalmi reprodukció rendező elve.³⁰

Az egyházi és az állami morál társadalom általi legitimáltságát mi sem mutatta jobban, mint a különböző szégyenbüntetések (Schandstrafe) jelentősége, amelyek bizony hatástalanak

²⁶ GROTE 2000, 114. p. és HULL 1997, 223-224. p.

²⁷ HULL 1997, 224. p.

²⁸ GROTE 2000, 116. p.; BÉLI 1999, 202. p.

²⁹ GROTE uo.

³⁰ HULL 1997, 227. p.

maradtak volna akkor, ha nem követte volna őket általános megvetés és a szégyenbüntetéssel sújtott személy közösség általi mellőzése, kirekesztése.³¹

Az egyházi jog és a világi büntetőjog között e téren tapasztalható „integrálódási folyamat” a reformáció időszakától tetőzött, ami a büntetendőség körének extrém kiterjesztésében és a büntetések lényeges súlyosításában érhető tetten (a lutheri parancsolat még a házasságtörő férfivel szemben is halálbüntetést rendelt). A felerősödött morális szemlélet mellett azonban mégis azt mondhatjuk, hogy tudatos (és a maga módján racionális) korszaka volt ez a büntetőjog történetének. Az államnak ugyanis viselnie kellett a „szexuális rendetlenség” következményeit: a tömeges magzatelhajtásokat, a házasságon kívüli születeket, a gyermeköléseket és a gyermekkitételeket, és a nemi betegségeket.³²

Az abszolutista állam büntetőjoga „csak” a szodómia, a bestialitás³³ és a bizonyos mértékben a vérfertőzés esetében látszik elveszíteni racionális háttérét, ezen cselekmények kegyetlen büntetése szinte kizárólag vallási háttérrel és eltúlzott szimbolikus jelentőséget takar. Minden egyéb konszenzuális „nemi kicsapongást” a *házasságra mint jogi tárgyra* való károosságuk alapján osztályozták, és ehhez igazodtak a büntetések is.³⁴

1.2. A közerkölcs mint átfogó jogi tárgy önállósodása

A büntetőjogi rendelkezések fent vázolt társadalmi beágyazottságának szem előtt tartása mellett vizsgálható az a folyamat, amellyel megkezdődik a közerkölcsnek mint jogi tárgynak a valláserkölc mellett történő megjelenése, majd később leválasztódása. Az egyházi joghatóság háttérbe szorulásával a nemi deliktumok vallási karaktere mellett megjelenik a közerkölcs (öffentliche Sittlichkeit) fenntartásának igénye.³⁵

1.2.1. Így a *Consitutio Criminalis Carolina* (C.C.C.) szövegezésében is feltűnik a vallási karakter, amikor a releváns bűncselekmények kapcsán például „a házasság szent intézménye”

³¹ Uo. 232. p.

³² MAYER 1972, 126-127. p. A házasságon kívüli nemi élet és a gyermekölés összefüggésének problematikáját érintően, az eltitkolt terhességgel és szüléssel, valamint a gyermeköléssel kapcsolatos gyanúbüntetésekhez lásd BALOGH 1993, különösen 153-161. és 167-172. p. A házasságon kívüli közösülés folytán a nő elvesztette nemi becsületét, és a terhesség eltitkolásával, illetve a gyermeköléssel ezt kívánta megmenteni (ún. Ehrenrettungs-Motiv. uo. 158-159. p.). Ez az összefüggés később fontos érv volt a házasságon kívüli konszenzuális nemi kapcsolatok dekriminalizálása mellett (lásd 45. lj.).

³³ A szodómia megjelölés az egyneműek közötti szexuális kapcsolatra, a bestialitás pedig az állattal való fajtalanságra utal.

³⁴ HULL 1997, 226. p.

³⁵ GROTE 2000, 116. p.

kitételt olvashatjuk. Az isteni rend védelme mellett azonban a C.C.C. időszakában már megjelenik az állami hatalomnak mint az isteni világrend fenntartójának védelme.³⁶ Ha konkrétan a nemi bűncselekményeket vizsgáljuk, elmondható, hogy a C.C.C. azokat még nem nemi erkölcs elleni bűncselekményeknek nevezte, de egymás után szabályozta, amiből arra lehet következtetni, hogy e deliktumok tartalmi hasonlósága már abban az időben is nyilvánvaló volt. Itt tehát már megjelenik a nemi erkölcs elleni bűncselekmények rendszertani egységként történő kezelése anélkül, hogy még ekként minősítenék őket (116-123. cikkek: természet elleni fajtalanság, vérfertőzés, nőrablás, erőszakos közöszlés, házasságtörés, kettős házasság és kerítés). Azonban e bűncselekmények mögött is a kollektív jogi tárgyak vannak túlsúlyban. Ez a házassággal kapcsolatos bűncselekményeknél nem szorul magyarázatra, annál inkább az erőszakos közöszlésnél, a nőrablásnál vagy a kerítésnél. E bűncselekmények ugyanis a nő nemi becsületét védték, amely azonban nem a nőt, hanem a családját illette meg, a nő családjához kapcsolódott, így ennek kapcsán sem beszélhetünk individuális jogi tárgyról. Összességében az mondható el, hogy a C.C.C. a nemi bűncselekmények jogi tárgyának elsősorban a *közösségi együttélés rendjét* tekintette.³⁷

Az isteni parancs háttérbe szorulását jól jelzik a 16-17. századi ún. Polizeiordnungen, amelyek az élet szinte minden területét rendszabályozni kívánták. A „Polizei” szót ekkor nem a mai értelmében használták, hanem egy olyan jogelvet takart, amely a közösségi élet rendjének megtartását, illetve helyreállítását célozta. A Polizeiordnungen esetében már egyértelműen a közerkölcs mint morális tisztesség a védendő érdek, amelyet az istenkáromlás, a káromkodás, a részegség, a dőzsölés, a szerencsejáték, az étkezésben és a ruházkozásban pedig a luxus tilalmával kívántak biztosítani. Többek között ruházkodási, esküvői és temetési rendeletek sokaságát bocsátották ki ekkoriban.³⁸ A C.C.C.-hez képest a Polizeiordnungen bővítették a kriminalizáció körét a nemi bűncselekmények területén, hiszen beavatkoztak az önkéntes, szabad szexuális szférába is azáltal, hogy a házasság előtti/házasságon kívüli önkéntes nemi kapcsolatokat fajtalanságként minősítették és büntették.³⁹

A magyar helyzet szempontjából is fontos megemlíteni, hogy az 1656-ban Alsó-Ausztria számára Ferdinánd császár által kiadott *Praxis Criminalis* lényegében a C.C.C. nemi bűncselekményekre vonatkozó rendelkezéseit vette át, a szabályozás terjedelmének lényeges

³⁶ Uo. 115-116. p.

³⁷ MADER-HÖLZL 2000, 238-239. p.

³⁸ Uo. 240. p. és GROTE 2000, 117. p.

³⁹ SCHROEDER 1975, 15. p.

növelésével és a rendelkezések alkalmazhatóbbá tételével.⁴⁰ A Praxis Criminalis jelentős hatással volt a magyar büntető szokásjogra (lásd 1.4.).⁴¹

1.2.2. A 18. század első felének törvényeit (az 1721-es porosz Landrecht, az 1751-es Codex Juris Bavarici, sőt még az 1768-as C.C.Theresiana is) még mindig a teológiai alapú büntetőjogi elképzelések hatották át. Így a nemi deliktumokat továbbra is szigorúan büntették, az individuális jogi tárgyak pedig teljesen alárendelt szerepben maradtak, a védendő érték a közerkölcs volt. Sőt a C.C.Theresiana a közösség általános jólléte (Wohlfahrt) mellett továbbra is figyelemmel volt vallási szempontokra (például a 76. cikkében a vérfertőzést mint Isten és a természet előtt förtelmes bűnt bünteti).⁴²

A C.C.Theresiana – a C.C.Carolinához hasonlóan – egymás után sorakoztatta fel a nemi deliktumokat (74-82. cikkek: szodómia, vérfertőzés, erőszakos közösülés, házasságtörés, kettős házasság, nőrablás, kerítés, fajtalanság, konkubinátus, prostitúció és hitetlenekkel való nemi érintkezés). Ennek ellenére a Theresiana időszakában a nemi erkölcs fogalma még mindig nem specifikálódik, sőt a *közerkölcs kategóriájának nagy mértékű bővülése* tapasztalható, olyannyira, hogy minden bűncselekményt erkölcstelennek tekintettek.⁴³

1.2.3. A 18. század abszolutista morálpolitikája az 1780-as évektől kezdett megingani. Ennek ideológiai hátterét a felvilágosodás jelentette, amely a nemi deliktumokon túl a büntetőjog egészére humanizáló és modernizáló hatással volt. Ennek átfogó áttekintése és értékelése nem lehet tárgya az értekezésnek. Témánk szempontjából annyit emelnék ki, hogy az individuum és az egyén jogai védelmének előtérbe helyeződésére a felvilágosodás nyomán kerülhetett sor a büntetőjogban.⁴⁴

⁴⁰ BÉLI-KAJTÁR 1988, 33-34. p.

⁴¹ A szövegen belüli keresztivatkozásokhoz: amennyiben az adott Rész, ugyanazon Fejezetén belül történik a hivatkozás, akkor csak az alpontokat tüntetem fel; Fejezeten vagy Részen kívülre történő hivatkozás esetén a Fejezet számát vagy a Részt is feltüntettem.

⁴² GROTE 2000, 119-120. p.

⁴³ MADER-HÖLZL 2000, 240-243. p. Utalni kell azonban arra, hogy maga a kódex az erkölcs/nemi erkölcs fogalmak rendszertani jelentését és jelentőségét illetően ellentmondásos, illetve kérdőjeleket hagy maga után. A különös részt bevezető 55. cikkben a védendő tárgyak között nevesíti a jóerkölcsöt és a tisztességet is, anélkül azonban, hogy a későbbiekben ez alá vonná a nemi deliktumokat (uo. 242-243. p.). Ezzel szemben HAJDU LAJOS az 55. cikkben nevesített jogi tárgyak felsorolásánál a jóerkölcs mellett zárójelben a nemi jelzőt is feltünteti (1963, 106. p.). Ez az azonosítás véleményem szerint meghaladja a Theresiana tényleges szintjét. A *kódex ugyanis nem csoportosította a bűncselekményeket az előzetesen felsorolt jogi tárgyak alá*. A nemi erkölcs elleni bűncselekményekről e speciális értelmükben itt – és mint látható lesz, még sokáig – nem beszélhetünk.

⁴⁴ A felvilágosodás egyes képviselőinek (Voltaire, Beccaria és Filangieri) a nemi bűncselekményekkel kapcsolatos álláspontját ismerteti HAJDU 1971, 345. és köv. p. A felfogások változása úgy összegezhető, hogy a konszenzuális cselekmények büntetendőségéről az erőszak, a hatalommal való visszaélés és a megfélemlítés büntetendősége felé billen a mérleg (uo. 394. p.).

Az ideológiai áramlatok mellett azonban szót kell ejteni bizonyos „praktikus” okokról is, amelyek hozzájárultak az abszolutista morálpolitika megkérdőjelezéséhez, majd később reformjához. A problémák és a kritika középpontjában a gyermekölés állt, amely büntetőjogi szempontból a fajtalanság (értsd a már ismertetett értelemben: házasságon kívüli nemi kapcsolat) legsúlyosabb következménye volt. A fajtalanságot büntető törvények és a már említett szegénybüntetések egyesén a gyermekölés elkövetésébe „űzték” a nem házas nőket. Ennek felismerése vezetett ahhoz a követeléshez, hogy a terhes nők büntetését enyhítsék, ami aztán kihatással volt a férfiak és a többi nemi deliktum büntetésére is, hiszen a szexuális tilalmak meghatározott hierarchiát alkottak, amelyen belül figyelemmel kellett lenni az arányosság követelményére is.⁴⁵

A fejlődési folyamatban különleges helyet foglal el az 1787. évi Josephinisches Strafgesetz, II. József büntető kódexe.⁴⁶ A *Josephinában* már jogi tárgyak szerinti fejezetcímek találhatók. A bichotóm rendszer mentén tagolt kódex második részének ötödik fejezete tartalmazta azokat a bűntetteket, amelyek az *erkölcsök romlásához vezetnek* („Verbrechen, die zum Verderbnis der Sitten führen”), így a nemi deliktumok közül a fajtalanságot, a szodómiát, a kerítést és a prostitúciót. Ezek mellett pedig itt volt megtalálható az istenkáromlás, a keresztény hit elhagyása és a titkos összejöveleken való részvétel is. Ugyanakkor, az erőszakos közöszlést és a nőrablást már mint az egyén személyes szabadságát sértő bűncselekményt tekintették, és így azokat – az erkölcsösség elleni bűncselekmények közül kiemelve – a *szabadság elleni bűncselekmények* között helyezte el a kódex.⁴⁷ Így teljesen következetes az erőszakos közöszlés passzív alanyának meghatározása is, hiszen a bűncselekmény a tisztességes nőkre való korlátozás nélkül bármely nő sérelmére elkövethető volt.⁴⁸

A Josephinában szemléletesen tükröződik a házasság vallási szentségként történő kezelésétől való teljes elfordulás. A kettős házasságot „a vagyon és a polgárok jogai” elleni bűncselekmények közé sorolta, s e mögött az az uralkodó felfogás húzódott meg, amely a házasságot kizárólag a szerződési teóriára alapozta, és ezért a kettős házasságot mint szerződésszegést büntette. Itt említendő meg, hogy a házasságtörés – mint korábban a

⁴⁵ HULL 1997, 233-234. p. SZOKOLAY ISTVÁN 1848-ban már arról tesz említést, hogy a paráználkodást számos helyen nem büntetik a gyermekölés veszélyének elhárítására, és hogy hazai törvényeink sem rendelik büntetni (317. p.).

⁴⁶ HAJDU szerint a Josephina az első modern értelemben vett büntető törvénykönyv, és nemcsak az osztrák, hanem a közép-európai jogfejlődésnek is fontos állomása. Magyar szempontból kiemelendő, hogy a kódexet néhány évre hazánkban is hatályba léptették. A törvény rövid és hányattatott magyarországi sorsáról számol be HAJDU 1974.

⁴⁷ MADER-HÖLZL 2000, 243. p.

⁴⁸ Vö. BOTH 1977, 4. p.

legsúlyosabb bűncselekmények egyike – a kódex bichotóm rendszerének enyhébb kategóriájába tartozott (ún. politisches Verbrechen), és csak magánindítványra büntették. Az enyhülés jeleit mutatja az is, hogy a vérfertőzést is e csekélyebb súlyú bűncselekmények közé sorolták.⁴⁹

Témánk szempontjából a következőkben foglalható össze a Josephinisches Strafgesetz jelentősége:

a) A büntetendőség alapjai közül teljes egészében kiiktatta a vallási indokokra való hivatkozást és azt a közösség jóllétével (Wohl des Gemeinwesens) váltotta fel.⁵⁰ Megtörtént a közerkölcs önállósodása, amely nélkülözhetetlen előzménye volt a 19. századi „nemi erkölcs kódexek”⁵¹ létrejöttének.

b) Az erkölcsösség elleni bűncselekményeken belül már nemi vonatkozású deliktumok is nevesítve megtalálhatók, ami a nemi erkölcs elleni bűncselekmények későbbi lehatárolódásának csíráit hordozza magában.

c) Ugyanakkor az individuális jogtárgyak felértékelődésének is szemtanúi lehetünk – többek között – az erőszakos közösülésnek a szabadság elleni bűncselekmények közé történő elhelyezésével.

Összefoglalva megállapítható, hogy a Josephinában a későbbi fejlődés mindkét irányának gyökerei megtalálhatók. Egyrészt látható a nemi erkölcsöt vallási szempontoktól mentesen a középpontba helyező „nemi erkölcs kódexek” kiindulási pontja, másrészt az erkölcsöt mellőző és az (individuális) jogtárgy-szemléletet a középpontba helyező szabályozás lehetősége, amely először és egyedülálló módon az 1813-as bajor Btk.-ban, majd csak több mint 150 év elteltével a 20. század végének és a 21. századnak a törvényhozásaiban érhető tetten.

A Josephinához több szempontból is hasonlít a néhány évvel később, 1794-ben született porosz *Allgemeines Landrecht* (ALR). A nemi deliktumokat egységesen (a 992. és köv. §-okban) tárgyalta, a szabályozása háttérében pedig a közerkölcs és közérdek állt. Azonban a nőrablás itt is már mint szabadság elleni bűncselekmény jelent meg (az 1095. §-ban). További hasonlóság, hogy lényegesen enyhült a házasságtörés megítélése, amely csak akkor volt büntethető, ha válásra és magánindítvány előterjesztésére is sor került. A házasságtörés kriminalizálásának szűkítése logikusan vonta maga után a házasságon kívüli

⁴⁹ MADER–HÖLZL 2000, 243-244. p. és GROTE 2000, 121. p.

⁵⁰ MADER – HÖLZL 2000, 244. p.

⁵¹ Az „nemi erkölcs kódex” kifejezés alatt azok a büntető kódexek értendők, amelyek a nemi deliktumok szabályozásának középpontjába a nemi erkölcsöt mint védendő értéket helyezték, és a szabályozás központi kategóriájának a morális felhangú fajtalanságot tették meg.

nemi kapcsolatok dekriminalizálását, hiszen azok már csak akkor voltak büntetendők, ha „egyéb körülmény is fennforgott”, így például ha függőségi viszonyal való visszaélés vagy tiltott prostitúció keretében került rá sor.⁵²

1.3. Tényleges jogtárgyvédelem – az 1813. évi bajor Btk.⁵³

A Josephina kapcsán már említettem, hogy a fejlődés egy különleges ágát képviseli a bajor kódex, Anselm FEUERBACH egyedülálló teljesítményeként. Az 1813. évi Btk. a jogtárgyvédelmet, még pontosabban a jogtárgysértés dogmáját állítja a szabályozás középpontjába úgy, hogy nem fogadja el az erkölcsöt jogi tárgyként, mert „nem a kötelességsértő és vétkező igényel büntetést, hanem csakis a cselekmény veszélyessége és károssága”.⁵⁴ Ebből következően az állam csak az egyesek és a személyösszességek jogainak közvetlen megsértését pönalizálhatja, de nem részesítheti védelemben a polgárok erkölcsét.

Így a kódex a nemi deliktumokat főként a személyi szabadság és a testi integritás elleni bűncselekmények között tartalmazta. Az önkéntesen végzett nemi cselekmények büntetendősége megszűnt, így sor került a homoszexualitás dekriminalizálására.⁵⁵ Ugyanakkor kiemelendő, hogy a 12. év alattiakat már úgy tekintette a törvény, mint akik nem képesek a szexuális cselekményekbe beleegyezésüket adni, és így az ő sérelmükre elkövetett cselekményeket is a nemi szabadság elleni bűncselekményként kezelte. A házasságtörés és a kettős házasság megítélésében a kódex a már ismertetett szerződéses szemléletet követte.

Mint a későbbiekben látni fogjuk, a bajor Btk.-nak nem akadtak követői a következő nagy kódexek között.

A nemi bűncselekmények jogi tárgyának alakulása és a szabályozás rendszere szempontjából vizsgált fejlődési folyamatban ezt követően egy *új szakasz* kezdődik, amely *a nemi erkölcs mint jogi tárgy központi szerepbe helyeződésével* jellemezhető. E fejlődési szakasz vizsgálatára a következő részben kerül sor. Szükséges tehát, hogy a német és osztrák helyzet után áttekintsük a magyar büntetőjog alakulását, egészen az új szakaszt képviselő Csemegi-kódexig.

⁵² GROTE 2000, 122. p.

⁵³ Uo. 123-124. p.; HULL 1997, 234. p.; SCHROEDER 1975, 15. p.

⁵⁴ Feuerbachot idézi GROTE 2000, 123. p.

⁵⁵ E kérdésben a bajor kódexnek akadtak követői, így az 1839. évi württembergi és az 1840. évi hannoveri kódex is eltörölte az egyszerű homoszexualitás büntetendőségét (HALÁSZ 1909, 364. p.). Az 1871. évi birodalmi kódex azonban egy egész évszázadra áthúzta ezeket az eredményeket (lásd 2.1.1.).

1.4. A magyar fejlődés a Csemegi-kódexig

A magyar büntetőjog történetében nehézségekbe ütközik fő kérdésünk vizsgálata. Ennek oka, hogy míg a büntetőjogi kodifikáció igénye a német államokban már a 15. században felmerült, és – mint látható volt – a 16. századtól kezdődően eredményre is vezetett⁵⁶, addig Magyarországon a polgári átalakulásig, a szokásjog a büntetőjog fő szabályozója a törvénnyel szemben.⁵⁷ Werbőczy Tripartituma vagy a későbbi kompilációs, illetve kodifikációs kísérletek ellenére is egészen a Csemegi-kódexig összefoglalás nélkül maradt a magyar büntetőjog.⁵⁸ A partikuláris szokásjogból pedig nehezebb következtetni a jogtárgy-kérdésre, mint az írott büntető törvényekből.

A középkor a források hiányával jellemezhető.⁵⁹ A büntető szankciókat tartalmazó királyi dekrétumok nélkülözték a szisztematikus jogalkotás koncepcióját, s így a nemi bűncselekményeket illetően is csak szórványos rendelkezéseket tartalmaztak.⁶⁰ E törvényekből egyébként is legfeljebb a király célkitűzéseit ismerhetjük meg, mivel e rendelkezések sokszor el sem jutottak az alkalmazásukra hivatott bírákhoz, bíróságokhoz, sőt nem is léphettek életbe, ha ellenkeztek a szokással.⁶¹ E szórványos rendelkezéseknek a német és osztrák átfogó, rendszerezett és a gyakorlatban is érvényesített szabályozásokkal való összehasonlítása nem lehetséges.

Szokásjogunkra a 16. századtól kezdődően ugyanakkor jelentős hatással voltak a már említett német, illetve osztrák büntetőtörvények, így a C.C.C., a Praxis Criminalis, a

⁵⁶ BÉLI-KAJTÁR 1988, 30. p.; MEZEY 2001, 197. p.

⁵⁷ BOTH 1958, 4-5. p., MEZEY 2004, 253. p.

⁵⁸ MEZEY 2004, 247. p.

⁵⁹ BOTH 1958, 4. p.; MEZEY 2004, 251. p.

⁶⁰ BÉLI 1999, 149. p. A rendelkezések olyannyira szórványosak, „rendi jellegűek” (így például a papságot érintik), hogy nem tűnik helytállónak ANGYAL PÁLNAK az a megállapítása, amely szerint „a királyság megalapításának idején egyéb durvább cselekmények mellett a házasságon kívüli közösülés és fajtalankodás *minden neme* (kiemelés – Sz.Zs.) büntetés alá esett” (1937, 7. p.). Abból, hogy Szent István megtiltotta a szabad embernek más szolgálóleányával való paráználkodását, még nem vonható le ilyen következtetés. Szent László és Kálmán pedig részben a papok nemi kapcsolatairól, részben pedig a feleségek paráználkodásáról szól (uo. 7-8. p. és HALÁSZ 1909, 86-87. p.). A házasságtörés tilalma sem azonos a mindennemű házasságon kívüli nemi érintkezés tilalmával.

⁶¹ MEZEY 2001, 189. p.; MEZEY 2004, 251. p. A nemi bűncselekmények törvényekben, statútumokban való szabályozásáról részletes áttekintés ad BÉLI 1999, 201-207. p. Az írott rendelkezésekhez lásd még HALÁSZ 1909, 86-107. p.; ANGYAL 1937, 7-8. p.; MERÉNYI 1987, 117-129. p. Ugyanakkor MERÉNYI KÁLMÁN idézett munkájának hiányossága, hogy nem említi, hogy a magyar büntetőjog valójában szokásjogi alapú volt. A történeti áttekintése, annak fogalmazása azt a benyomást kelti, mintha az ott ismertetett törvények és dekrétumok ténylegesen érvényesültek volna, vagy például Werbőczy Hármaskönyve írott jogforrás lett volna.

Theresiana és a Josephina.⁶² A 18. század végétől pedig a meginduló magyar kodifikációs kísérletek, az 1795. évi, 1830. évi és 1843. évi javaslatok.⁶³

A szokásjog megismerését ugyanakkor nehezíti, hogy a 18. század végéig kivételes volt a jegyzőkönyvek vezetése az úriszékeken.⁶⁴ Eddig az időszakig csak akkor készültek oklevelek vagy feljegyzések büntetőügyekben, ha az ügynek magánjogi kihatása is volt, mert a jövőre nézve a magánjogi következménynek lehetett jelentősége.⁶⁵

Az említett német büntetőtörvények rendelkezéseit már ismerjük. Így a következőkben a magyar kodifikációs tervezetekről, a 19. század néhány jelentős büntetőjogi tankönyvéről, illetve a 18. század végétől részben feltárt, ténylegesen érvényesülő szokásjogról lesz szó, témánkat érintően.

*1.4.1. A büntetőjogi törvénytervezetek sorában először az 1712. évit kell említeni, amelyet mint önálló büntetőjogi javaslatot tárgyalt az Országgyűlés, és amely már nem jogkönyvként, hanem speciális büntetőtörvényként készült. A nemi bűncselekmények terén azonban egyáltalán nem mutat előrelépést a jogkönyvek rendelkezéseihez képest, azokon nem nagyon változtat, a korábbi hézagos szabályozásnak legfeljebb a kiegészítésére törekszik.*⁶⁶

Az egyes cselekmények büntetéseiben régebbi írott normák átvétele érhető tetten. Így például a házasságtörő nőt a férje megölhette vagy megbocsáthatott neki, ami Szent László dekrétuma nyomán korábban a Hármaskönyvbe is felvételre került. Az erőszakos közönség kard általi halállal büntetése a 16. századi magyar törvényekre és a Praxis Criminalisra vezethető vissza. Ugyancsak a Praxis Criminalis hatása mutatható ki a szodómia kard általi halállal fenyegetésében, a bestialitás esetén pedig annak máglyahalállal büntetésében.⁶⁷

A jogi tárgyak szerinti rendszerezés hiányára utal, hogy a tervezet átveszi a Hármaskönyvből a hűtlenségi eseteket, köztük a vérfertőzést és a szüzek meggyalázását. Ezekről elkülönítetten tárgyalja a házasságtörést, a paráználkodást, az erőszakos közönség, a kettős házasság és a természet elleni fajtalanság bűncselekményeit.⁶⁸

⁶² BÉLI-KAJTÁR 1988, 29. és 37-39. p.; BÉLI 1999, 151. p.; MEZEY 2004, 248-250. p. A Praxis Criminalis elterjesztésében jelentős közvetítő szerepe volt a városoknak, így különösen a török kiűzése utáni pest-budai jognak (BÓNIS 1962, 10. p.).

⁶³ BOTH 1977, 3. p. Both még 1827. évi törvényjavaslatot említ, célszerűbbnek látszik azonban az 1830. évi megjelölés használata, tekintettel arra, hogy ekkor küldték szét a javaslat végleges verzióját a vármegyéknek, így a szokásjogra is az 1830. évi változat lehetett hatással. A dátum kérdéséhez lásd BATÓ 2002, valamint BÉLI 1999, 150. p.

⁶⁴ DEGRÉ 2004, 107. p.

⁶⁵ BOTH 1958, 4. p.; MEZEY 1995, 162. p.; MEZEY 2004, 255. p.

⁶⁶ BÓNIS 1934, 6., 18. és 44. p.

⁶⁷ Uo. 36-38. p.

⁶⁸ Uo. 36-38. és 41. p.

Az 1795. évi tervezet az erkölcsök megrontására irányuló bűncselekmények között szabályozta a vallás elleni bűncselekményeket, az istenkáromlást, a bigámiát/poligámiát, a vérfertőzést, a házasságtörést, a kerítést, a bujálkodást és paráználkodást, a természet elleni fajtalankodást, továbbá rendelkezett a közbotrányt okozó cselekedetekről, valamint a csavargókról, illetve azok pártfogóiról.⁶⁹ Látható, hogy még messze áll a tervezet a nemi erkölcs elleni bűncselekmények önálló csoportként történő kezelésétől, és egy tág közerkölcs-fogalom mentén épül fel. E differenciálatlan megközelítés mellett is fontos azonban, hogy a nemi erőszak és a nőrablás nem az említett részbe, hanem a polgárok javait, vagyonát és szabadságát veszélyeztető bűncselekmények közé került (például az emberrablás, a rablás, a lopás vagy a gyújtogatás mellé). Ez már az individuális jogtárgyvédelem jelenlétének tekinthető. A nemi erőszak a rendszertani elhelyezésével összhangban *bármely nő és férfi* (!) sérelmére elkövethető volt.⁷⁰ Kiemelendő, hogy a vérfertőzést csak közösüléssel lehetett megvalósítani, a természet elleni fajtalankodás esetén pedig óvott a törvény a bűncselekmény nyilvánosságra hozatalától.

Témánkat közvetett módon érintő, előremutató fejlemény, hogy a javaslat megtiltotta a megszégyenítő büntetéseket a gyermekölés elkövetőivel szemben.⁷¹ (vö. 45. lj.)

A néhány évvel korábbi Josephina hatása (lásd 1.2.3.) egyértelműen kimutatható a tervezeten:

a) Az erkölcsök megrontására irányuló bűncselekmények elnevezés⁷² szinte teljesen megegyezik a Josephina fejezetcímével⁷³, és itt is nem csak nemi deliktumok, de például az istenkáromlás vagy a csavargás is megtalálható, ami a közerkölcs védelmének a Josephinához hasonló felfogását takarhatja.

b) Mindemellett az erőszakos közösülés az individuális jogtárgyakat sértő bűncselekmények közé került, és a passzív alanyok köre még a Josephinán is túlmutat, hiszen a bűncselekmény férfi sérelmére is elkövethető volt.

Az 1830. évi tervezet szerkezetében az 1795. évit követi, viszont az erőszakos közösülés passzív alanya újból csak tisztességes nő lehetett.⁷⁴ Ezzel a szerkezet és a tartalom összhangja megbomlott, nem dönthető el egyértelműen, hogy mi is volt az erőszakos közösülés jogi tárgya.

⁶⁹ A rendelkezések szövegéhez lásd HAJDU 1971, 497-507. p.

⁷⁰ A rendelkezések szövegéhez lásd HAJDU 1971, 483-485. p.; vö. BOTH 1977, 4. p.

⁷¹ BALOGH 1997, 480-481. p.

⁷² „Delicta in morum corruptelam tendentia”. Idézi HALÁSZ 1909, 99. p.; vö. HAJDU 1971, 497. p.

⁷³ „Verbrechen, die zum Verderbnis der Sitten führen”. Lásd MADER-HÖLZL 2000, 243. p.

⁷⁴ BOTH 1977, 5. p.

Az 1843. évi javaslat a XVIII-XXII. fejezeteiben tartalmazza az erőszakos nemi közösülés eseteit, a nőrablást, a többfeleségűséget és többférjűséget, a házasságtörést, valamint a vérfertőzést és egyéb bujaságbeli bűntetteket, ez utóbbiak között a mai megrontás egyfajta előfutárát és a természet elleni közösködést.⁷⁵

Látható tehát, hogy a javaslat egymás után tárgyalja ugyan az említett bűncselekményeket, de közös jogi tárgyat nem rendel hozzájuk. Azonban a *morális szemlélet egyfajta gyengülése* a törvényi tényállások bizonyos részleteiből kiolvasható:

a) Már nem bünteti a konszenzuális heteroszexuális cselekményeket.

b) Az erőszakos közösülés passzív alanyainak tisztességes mivoltát nem követeli meg, a bűncselekmény „valamely nőszemély” sérelmére volt elkövethető (200. §).⁷⁶

c) A vérfertőzés büntetése enyhül, a vallási hatás alapján korábban halállal büntetendő bűntett legsúlyosabb esetben – szülő és gyermek közötti elkövetés esetén – hat évig terjedő rabsággal volt büntethető (221. §). Viszonylag enyhe lett a természet elleni közösködés büntetése is, három évig terjedő rabsággal fenyegették (229. §).⁷⁷

d) Meg kell még említeni a gyermekfertőztetés bűncselekményét (225. §)⁷⁸, amely kifejezetten ifjúságvédelmi rendelkezésnek tekinthető, és sokkal inkább közel áll a mai megrontás bűncselekményéhez, semmint a Csemegi-kódexben található megfertőztetés bűncselekményéhez. A '43-as javaslat ugyanis a tizennégy éven aluli lányt és fiút is mindennemű „bujasági cselekvéssel” szemben védelemben részesítette, míg a Csemegi-kódex csak a tisztességes leánygyermeket védte a közösüléssel szemben (lásd 2.1.4.).

1.4.2. A Csemegi-kódex keletkezése előtti *szakirodalmi munkák* közül kiemelendők SZOKOLAY ISTVÁN, SZLEMENICS PÁL és PAULER TIVADAR tankönyvei. Rendszertani szempontból valamennyien egy helyen tárgyalják a nemi deliktumokat, de különböző megnevezésekkel jelölik e bűncselekményi csoportot. SZOKOLAY „erkölcsiség körüli bűntetteket” említ.⁷⁹ SZLEMENICS a „szemérem elleni bűncselekmények” megjelölést használja⁸⁰, amely később a Csemegi-kódex terminológiájában is megjelent. PAULER pedig

⁷⁵ A rendelkezések szövegéhez lásd FAYER I./1. rész. 56-61. p.; vö. HALÁSZ 1909, 102-107. p.

⁷⁶ Lásd még BOTH 1977, 5. p.

⁷⁷ E tény annak fényében is említést érdemel, hogy az országos ülésen még hangzott el olyan vélemény, amely az örökös rabságot követelte e bűncselekmény büntetéséül (Sztójka Imre: „természet elleni borzasztó bűn, mely az emberiséget fellázasztja”) (lásd FAYER III. 259. p.).

⁷⁸ A javaslat e bűncselekmény megnevezését ilyen formában nem tartalmazza, hanem más cselekményekkel együtt ún. „egyéb bujaságbeli bűntettnek” tekinti. A megnevezés az országos ülésen folytatott vitán hangzik el ebben a formájában (lásd FAYER III. 245. p.).

⁷⁹ 1848, 314. p.

⁸⁰ 1865, 169. p.

„fajtalansági bűntettekről” beszél⁸¹, amelyben leginkább az 1852. évi osztrák Btk.-ra lehet ismerni (lásd. 2.1.2.).

A három szerző közül SZOKOLAY emelhető ki, aki a korához képest haladó nézeteket vall, amikor a vérfertőzés és a „természet elleni közösködés” dekriminalizálása mellett érvel. Érvei rendhagyóak ugyan, de ez a dekriminalizációs célon végeredményben nem változtat. Álláspontja szerint ugyanis e bűncselekményeknek a büntető eljárások folytán nyilvánosságra kerülése sokkal több kárt okoz a közerkölcsiségben, mint ha e cselekményeket nem üldözzük, és így a szélesebb közönség előtt titokban maradhatnak. E véleményével van összhangban az a megállapítása, hogy a természet elleni fajtalanságot csak akkor indokolt büntetni, ha botrányt okozott.⁸² Érdekes megjegyezni, hogy a természet elleni fajtalansággal kapcsolatban ez az álláspont jelent meg az 1961. évi Btk.-ban is (lásd 3.2.3.).

1.4.3. A *szokásjog* vizsgálatára áttérve meg kell említeni két 16. századi jogkönyvet: a *Tripartitumot*, illetve a néhány évtizeddel későbbi *Quadripartitumot*. A *Hármaskönyv* magánjogi logika alapján épült fel, a büntetőjogi kodifikációnak semmilyen jele sem fedezhető fel benne. Így hiányzik belőle a ma ismert bűncselekményi tipizálás, a csoportosítás magánjogi megfontolások mentén a szankció felől közelített.⁸³ A legsúlyosabb bűncselekményeket a fő- és jószágvesztéssel járó hűtlenség körébe sorolták, itt volt megtalálható a vérfertőzés. A másik fellelhető nemi deliktum az erőszakos paráznaság, amely a halálbüntetéssel sújtott közbűncselekmények között volt megtalálható.⁸⁴

A *Négyeskönyv* semmilyen érdemi változást nem mutat, sem az általános rendszertani kérdések, sem pedig a nemi bűncselekmények szempontjából.⁸⁵ Hatása csekély volt a joggyakorlatra.⁸⁶

A fenti jogkönyvekkel ellentétben már a jogtárgy-kérdéshez kapcsolható, hogy a 17. századi ítélkezésben a bűncselekményeket négy fő csoportba kezdték sorolni. Ezek között az egyik csoportot az isteni törvényeket, a tízparancsolatot és az erkölcsi közfelfogást sértő cselekmények, köztük a nemi bűncselekmények alkották. A 18-19. századtól rögzül a

⁸¹ 1870, 97. p.

⁸² 1848, 322-323. p. A „botrány” persze bizonytalan fogalom, a mások előtti elkövetés azonban ez alapján valószínűsíthető.

⁸³ MEZEY 1995, 161-164. p.

⁸⁴ Uo. 165-166. p.

⁸⁵ Lásd DEGRÉ 1936, 6-8., 49. és 56. p.

⁸⁶ MEZEY 2001, 198. p.

paráznaság központi tényállása köré – a sértett érdek mentén kiépülő –szexuális bűncselekmények csoportja.⁸⁷

A tényleges joggyakorlatot feldolgozó HAJDU LAJOS, BOTH ÖDÖN és M. ANTALÓCZY ILDIKÓ munkái hasznos információkkal szolgálnak a vizsgált szempontokkal kapcsolatban.⁸⁸

Az 1770-es években a nemi bűncselekmények megítélésben még óriási különbségek voltak tapasztalhatók az egyes országrészek között, úgy a cselekmények minősítésében (egy adott cselekmény az elbírálás helyétől függően lehetett paráználkodás, szajhálkodás, házasságtörés vagy akár vérfertőzés is), mint a büntetések tekintetében.⁸⁹ Egyes megyékben alig bukkanni nemi deliktumok miatt indult büntetőügyek nyomára, míg máshol nagy szigorral üldözték e cselekményeket⁹⁰ – ahogyan egyes periratokban felbukkan – „a 6. isteni parancsolat áthágása miatt”⁹¹, illetve Mózes 3. és 5. könyvére – legalábbis formális – hivatkozással.⁹² A vallási szempontok tehát a szokásjogra is hatással vannak.

Leggyakrabban a paráználkodókra (férfi az elkövető) és a szajhálkodókra (nő az elkövető) szabtak ki büntetést.⁹³ Az erőszakos bűncselekményekhez képest a konszenzuális cselekmények nagyobb arányban történő üldözését talán több tényező is magyarázhatja:

a) Szem előtt kell tartani, hogy a házasságon kívüli konszenzuális nemi cselekmények *jellegiüknél fogva* a korabeli kriminalitás igen nagy területét fedték le a ma is bűncselekménynek tekintett erőszakos nemi cselekményekhez képest. A konszenzuális

⁸⁷ MEZEY 2004, 268-269. p.

⁸⁸ HAJDU az 1770 és 1795 közötti joggyakorlatot dolgozta fel (pontosabban ezen belül indokoltan kiválasztott öt időszakot) (1985, 9-11. p.), míg BOTH az erőszakos közösülést érintő, 1790 és 1848 közötti szegedi törvényszéki gyakorlatot vizsgálta teljes körűen, eredményei azonban országos jelentőségűnek tekinthetők (1977, 10. és 32-33. p.). M. ANTALÓCZY Debrecen városának gyakorlatát vizsgálta 1740 és 1749 között. Az általa feldolgozott 2693 bűnügyből 571 volt nemi bűncselekmény (2001, 7-8. és 139. p.). Meg kell még említeni HAJDU utolsó munkáját, amelyben rabtabellákat dolgozott fel a 18. század hetvenes éveiből. Szükszavúságuk miatt a rabtabellák a „minősítési gyakorlat” feltárására nem alkalmasak, de a történeti kriminológia számára rendkívül hasznos információkkal szolgálnak (HAJDU 1996, részletesen 99-118. p.; a Függelékben pedig számos adattal a bűnözés szerkezetéről, a fogvatartottak összetételéről és a kiszabott büntetések arányairól).

⁸⁹ HAJDU 1985, 293. és 298. p. A nemi bűncselekmények miatt fogvatartottak aránya is ezt támasztja alá, a megyék között e számadatban is óriási különbségek voltak. Pl. az 1770-es években a listavezető a Hadjúság volt több mint 28%-kal, addig a lista végén található Baranya megyében 2% volt a nemi és család elleni bűncselekmények miatt fogvatartottak aránya, Mosonban pedig nem voltak ilyen bűncselekmények miatt rabok (lásd HAJDU 1996, 242. és köv. p.).

⁹⁰ A nagy eltérések arra engednek következtetni, hogy a megyék és a szabad király városok vezetésétől, és az adott terület általános közbiztonsági helyzetétől nagyban függött, hogy mennyire üldözték a nemi bűncselekményeket (HAJDU 1996, 19. p.).

⁹¹ HAJDU 1985, 291. p.

⁹² M. ANTALÓCZY 2001, 153. és 155. p.

⁹³ HAJDU 1985, 293. p. Viszonylag kevés volt tehát az erőszakos nemi bűncselekmények száma (HAJDU 1996, 112. p.) Ezt alátámasztja az az adat, miszerint Debrecenben 1740-49 között mindössze 10 büntetőügy indult nemi erőszak miatt. Az összes nemi bűncselekmény száma 571 volt (M. ANTALÓCZY 2001, 141. p.). Meg kell ugyanakkor jegyezni, hogy komoly terminológiai zűrzavar jellemző ezen időszak szokásjogára, és részben ezzel is összefügghet, hogy hasonló cselekményeket lényegesen eltérő módon ítélték meg és büntettek az ország különböző részeiben. Az azonban így is leszögezhető, hogy a nagyszámú különböző megjelölés, elnevezés mögött elsősorban konszenzuális cselekmények állnak (további példákkal HAJDU 1996, 99. és köv. p.).

cselekményekben olyan magatartásokat kriminalizáltak, amelyek akkor is és ma is mindennaposak voltak, csak ma már nem büntetendők.

b) A szükségszerű statisztikai többség jelentősége mellett meg kell említeni a felbukkanó valláserkölcsei szempontokat is.

c) A korábbiakban volt szó a konszenzuális nemi cselekmények széleskörű kriminalizációjának társadalmi beágyazottságáról és ennek megfelelő elfogadottságáról (lásd 1.1.). A társadalmi szempontból súlyos következményekhez vezethető nemi élet kordában tartásának szükségességét látszik alátámasztani az a tény, hogy a paráznaság gyakori büntetésével szemben természet elleni fajtalanság miatt indult büntetőügyre alig bukkanhatunk.⁹⁴ Az igaz, hogy a homoszexuális cselekmények – megint csak természetünkénél fogva – ténylegesen is jóval kisebb arányban fordulnak elő a heteroszexuális cselekményekhez képest, és az előforduló homoszexuális nemi kapcsolatoknál is még nagyobb a rejtőzködés. Ez azonban még nem magyarázhatja a teljes hiányukat. Lehetséges magyarázatul szolgálhat esetleg az az összefüggés, hogy a homoszexuális magatartásokból házasságon kívüli terhességek nem származhattak, ezért nem volt olyan erős szociális tényező, amely e magatartások üldözését megkívánta volna. Messzemenő következtetések levonására természetesen nincsen lehetőség. De ha ez a feltevés helytálló lenne, és a konszenzuális homoszexuális érintkezés szokásjog általi dekriminalizációjáról (vagy még inkább opportunista nem üldözéséről) lenne szó, akkor ez a társadalmi tényezők szerepét növelné a vallási megfontolásokkal szemben, legalábbis e bűncselekményt illetően.⁹⁵

A természet elleni fajtalanság miatti eljárások hiányát magyarázhatják továbbá a bizonyítási nehézségek is, amelyek például a paráznaság folytán teherbe esett nő esetében

⁹⁴ BÓNIS említ egy ügyet a 17. század végéről, de ott azért jártak el természet elleni fajtalanság címén, mert a vádlott hátulról (vaginálisan) közöszlött egy lánnyal (1962, 143. p.). Hasonló esetet említ HAJDU is, ott ráadásul házastársak voltak az elkövetők, bár a rabtabellából a közöszlítés tiltott módjáról nem tudhatunk meg többet (1996, 113. p.). A 18. századból egyetlen lesbikus ügyet említhetünk a Dél-Dunántúlról, valamint előfordult gyermekek sérelmére elkövetett szodómia is, ahol értelemszerűen nem felnőttek közötti konszenzuális cselekményekről van szó (ismerteti BÉLI-KAJTÁR 1988, 55-56. p.). Hasonló okból nem vonható le sok következtetés abból az 1740-ben Bihar vármegyében történt esetből, ahol szintén gyermekek sérelmére követtek el homoszexuális cselekményeket (terminológiai szempontból zavarosan ismerteti MAJOR 53. p.). A homoszexuális ügyek teljes hiányáról számol be HAJDU 1985. 320-321. p. és 1996, 114. p.; BOTH 1977, 10. p. és M. ANTALÓCZY 2001, 155. p. Sokat mondó körülmény, hogy a három szerző vizsgálatai egy évszázadot fognak át és különböző földrajzi területeket érintenek. A lefolytatott büntetőügyek kizárólag állattal való fajtalanságról tanúskodnak (bestialitás), férfiak közötti fajtalanság miatt indult büntetőüggyel valójában nem találkozhatunk. Az egyetlen említett ügyben pedig kényszer alkalmazására került sor, tehát nem konszenzuális homoszexuális cselekményekről volt szó, még ha a „biztonság kedvéért” a sértetteket is megbüntették (HAJDU 1996, 113-114. p.).

⁹⁵ Ha ugyanis azt a vallási parancsot tartjuk szem előtt, hogy az egyedül a házasságon belül megengedhető nemi élet kizárólagos értelme a gyermeknemzés, akkor ebből a szempontból a homoszexuális cselekmények vallási elítélendősége nem különbözik az egyéb (házasságon kívüli bármilyen vagy házasságon belüli fajtalan) heteroszexuális magatartásokétól.

nem merültek fel.⁹⁶ A nemi bűncselekményeknél általában is jelentkező bizonyítási nehézségekre utal M. ANTALÓCZY ILDIKÓ kimutatása, miszerint ez volt az a bűncselekményi csoport, ahol arányaiban a legtöbb elkövető maradt büntetlenül, mert a büntetőügy még a vádemelésig sem jutott el.⁹⁷

Az előző pontban említett három tankönyvben egyezően azt olvashatjuk a természet elleni fajtalanságról, hogy azt a törvényeink nem büntették, de a gyakorlat rövid börtönnel, illetve testi fenyegetéssel büntette.⁹⁸ A tankönyvírók – akik egyben gyakorló bírák is voltak – ezen megállapítása érdekes annak a fényében, hogy egyetlen jogeset sem került elő. Vagy az is előfordulhat, hogy – a természet elleni fajtalanságból mint gyűjtőfogalomból – a szankcionáló gyakorlat kapcsán ők is csak a bestialitásra gondolnak? A homoszexualitás büntetendőségével kapcsolatos ellentmondások már csak a terminológia bizonytalanságai miatt sem oldhatók fel.

A kiszabott szankciókat illetően elmondható, hogy a vizsgált időszak kezdetén a szokásjogon is érződik az abszolutista állam morálpolitikájának szigora. Befejezett erőszakos közöszlés, vérfertőzés, valamint házasságtörés és kettős házasság esetén ritkán ugyan, de előfordult halálbüntetés kiszabása is.⁹⁹ Az 1780-as évektől kezdve azonban lényeges enyhülés tapasztalható.¹⁰⁰ A 19. században a joggyakorlat már egyértelműen túl szigorúnak tartotta az erőszakos közöszlés esetére a halálbüntetést, amelyet például a Praxis Criminalis mellett más törvények is kivétel nélkül előírtak. Az enyhülésben szerepe lehetett a halálbüntetést általános érvénnyel kiiktató Josephinának és a '43. évi javaslatnak, de még inkább annak, hogy mindhárom törvényjavaslatunk az erőszakos közöszlést alapesetben maximum hatévi szabadságvesztéssel büntette. A 19. század első felének tényleges gyakorlata még a javaslatoknál is enyhébbnek bizonyult, az erőszakos közöszlés miatt kiszabott

⁹⁶ A bizonyítási kérdésekre utal HAJDU 1996, 102-103. p. A teherbeesés ténye mellett megállapítja, hogy „széles együttműködő gárdára támaszkodhattak a hatóságok a nemi bűncselekmények (elsősorban a házasságtörések és a paráználkodások) felderítésénél” (uo. 107. p.).

⁹⁷ 2001, 141. p.

⁹⁸ SZOKOLAY 1848, 324. p.; SZLEMENICS 1865, 174. p.; PAULER 1870, 121-122. p.

⁹⁹ HAJDU 1985, 311-314. és 317-318. p. és M. ANTALÓCZY 2001, 145-146. és 152-153. p. Figyelemre méltó azonban az a tényadat, amely szerint már az 1740-49 közötti időszakban az erőszakos közöszlés miatt indult tíz ügyből mindössze egyben szabtak ki halálbüntetést Debrecenben (M. ANTALÓCZY 2001, 153. p.). Meg kell még említeni, hogy a partikularizmus és az eltérő társadalmi helyzet lényegesen befolyásolta a szankciókat is. BÓNIS GYÖRGY 17. század végi pest-budai vizsgálatai a nemi bűncselekmények szankcionálásával kapcsolatban azt mutatják, hogy itt már ekkor olyan enyhe és a rendkívül szigorú Praxis Criminalisszal aligha összehasonlítható büntetéseket alkalmaztak, amelyek országos jelleggel csak a 19. század közepétől érvényesültek. A német származású, budai kereskedő, iparos polgárokat már a 17. század végén is lényegesen enyhébben büntették a törvényi előírásoknál (1962, 143-144. p.).

¹⁰⁰ Az egyes megyék között e kérdésben is nagy eltérés volt, de az összesített számadatok csökkenő tendenciát mutatnak (lásd HAJDU 1996, 21. részletesen 259-269. p.).

szabadságvesztések leghosszabb tartama általában két év volt.¹⁰¹ Az erőszakos közösülés kísérlete esetén pedig botbüntetéssel és egészen rövid tartamú szabadságvesztéssel is találkozhatunk.¹⁰²

Szintén a 19. század fejleménye, hogy az élettársi kapcsolat már nem volt büntetendő, sőt PAULER 1870-ben – lényegét tekintve – arról számol be, hogy a házasságon kívüli nemi kapcsolatot a gyakorlat általában már nem bünteti.¹⁰³ Ennek jelentőségét mutatja, hogy amíg SZOKOLAY 1848-ban még a paráznság elemzésével kezdte az „erkölcsiség körüli büntettek” bemutatását, addig Pauler tankönyvében már nem szerepel ez a bűncselekmény.¹⁰⁴

Az abszolutista állam gyengülése és a felvilágosodás hatása tehát a szokásjog változásában is tapasztalható.

1.4.4. Röviden érdemes még szót ejteni *Erdélyről*, amelynek büntetőjogi fejlődése – nem kis mértékben hazánk három részre szakadása miatt – önálló, sajátos és rendkívül tarka képet mutat.¹⁰⁵ A büntető szokásjog itt nagyrészt feltáratlan. A jogtárgy-kérdés vizsgálata szempontjából két büntetőjogi javaslatot emelhetünk ki.

Az 1791-92. évi Diétán – az 1795. évi magyar javaslatot készítő bizottsággal párhuzamosan – kiküldtek egy jogi bizottságot az erdélyi büntető törvénykönyv tervezetének elkészítésére is. A tervezetet csak az 1810. évi Országgyűlés vitatta meg.¹⁰⁶ Témánk története szempontjából ugyanakkor kiemelkedő e javaslat, hiszen az „erkölcsök tisztaságát sértő büntettek” megjelölést viselő 6. cím alatt szabályozta valamennyi nemi bűncselekményt, s e cím kizárólag nemi deliktumokat tartalmazott: a természet elleni fajtalanságot, a kurválkodást, az ágyasságot, a paráználkodást, a házasságtörést, a többnejűséget és -férjűséget, a vérfertőzést, a nemi erőszakot, a nőrablást és a kerítést. Látható, hogy *a tervezetben megtörtént a nemi erkölcs elleni bűncselekmények lehatárolódása, amiben a javaslat jóval meghaladta korának törvényeit* (pl. a Josephinát, az ALR-t vagy az 1795. évi javaslatot). Mivel a tervezet keletkezésének körülményei feltáratlanok, így nem ismerjük azokat a hatásokat, amelyek e fejlett rendszertani szemlélethez vezethettek.¹⁰⁷

¹⁰¹ Lásd BOTH 1977, 10., 21. és 31. p.

¹⁰² HAJDU 1985, 316-317. p.

¹⁰³ Ezt alátámasztja a BOTH ÖDÖN által vizsgált 1848-as szegedi joggyakorlat is (1958, 53. p.).

¹⁰⁴ Lásd SZOKOLAY, 315. és 322. p.; PAULER, 124. p.

¹⁰⁵ Az erdélyi büntető szokásjogot befolyásoló tényezőkről részletes áttekintést ad HAJDU LAJOS in GÁL 1992, 9-17. p.

¹⁰⁶ HAJDU uo. 18. p.

¹⁰⁷ A tervezetnek mindössze a rendszertani felépítését vázolja fel HAJDU uo. 127. p.

1839-ből említhető még GÁL LÁSZLÓ erdélyi Btk.-javaslata mint magánmunka, amely rendszertani szempontból inkább a korának felel meg, mint az előbb ismertetett tervezet. Bichotóm rendszerében valamennyi nemi bűncselekmény vétség („súlyos vétség”) volt, azokat a „vérfertőző viszonyban” történő elkövetés minősítette csak fel büntetetté („gonosz tetté”). Az erkölcsöt és becsületet romboló vétségek szabályozása még a tágabb közerkölcsi felfogást tükrözi: a szitkozódás és a vallás elleni tiszteletlenség mellett szabályozza a házasságtörést, a paráználkodást, a természet ellen való fajtalankodást, a kurválkodást és a szemérmert sértő undokságokat.¹⁰⁸ Ugyanakkor az egyén védelme is megjelenik a javaslatban, mivel az a „szüzességen való erőszaktételt” az „egyes személyek, vélek született jogaik” elleni bűncselekmények közé sorolja be, de – valószínűleg alkotói hiba folytán – elmarad a tényállás körülírása.¹⁰⁹

2. A nemi erkölcs a szabályozás középpontjában

A jogtárgykérdés eddigi áttekintését az 1813. évi bajor Btk.-val zártam (lásd 1.3.), amely a fejlődésnek egy olyan ágát – az individuális jogtárgyvédelmet – képviselte, amely csak másfél évszázaddal később tudott törvényhozási szinten is újból erőre kapni. A 19. század derekán a fejlődés más irányt vesz, elkezdődik a „morál restaurációja”¹¹⁰.

A következőkben áttekintem a nemi erkölcs elleni bűncselekmények német és osztrák szabályozásának alakulását, valamint a Csemegi-kódex szemérmem elleni bűncselekményeit. Majd néhány példán keresztül arról is szeretnék képet kapni, hogy milyen hatással volt a bírói gyakorlatra a nemi erkölcs mint központi értelmezési kategória.

2.1. A nemi erkölcs elleni bűncselekmények megjelenése a kódexekben

2.1.1. Az 1851. évi porosz Btk. témánk szempontjából átmeneti állomást jelent a későbbi birodalmi kódexhez képest. Bár van olyan álláspont, amely a porosz kódexet még a felvilágosult és józan liberalizmus csúcspontjának tartja¹¹¹, meggyőzőbbnek látszanak azok a

¹⁰⁸ GÁL 1992, 62. és 87. p.

¹⁰⁹ Uo. 23. p.

¹¹⁰ GROTE 2000, 124. p.

¹¹¹ MAYER 1972, 128. p.

vélemények, amelyek a liberalizmus mellett a német idealizmus erőteljes hatását is kiemelik¹¹². A kódex szemléletének lényege úgy foglalható össze, hogy bár a nemi bűncselekményben látta ugyan az egyén jogainak sérelmét, az egyén szabadsága elleni támadást mégis eszközselekménynek, egyfajta előkészületnek tekintette a nemi bűncselekmény tényleges megvalósításához. A bajor kódexszel ellentétben már önálló fejezettel rendelkezett, amelybe a nemi erkölcs elleni bűncselekményeket foglalta. A kriminalizáció köre bővült, például a fajtalan iratok terjesztésével, a nyilvános megbotránkozás okozásával, a gyermekek elcsábítását pedig 16 éves korig büntették.¹¹³

A porosz kódex szolgált az *1871. évi német birodalmi Btk. (RStGB)* alapjául, amelynek XIII. fejezete a nemi erkölcs elleni büntettekről és vétségekről rendelkezett (*Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*). A kriminalizáció rendkívül széles körű volt; ehelyütt azokat a bűncselekményeket emelem ki, amelyek büntetni rendeltsége mögött erősek a morális megfontolások:¹¹⁴

- továbbra is büntetendő volt a házasságtörés;
- a vérfertőzés büntetendősége a sógorság körére is kiterjesztették;
- természet elleni fajtalanság elnevezéssel (*widernatürliche Unzucht*) büntették a férfiak közötti konszenzuális homoszexualitást és az *embernek* állattal való fajtalanságát;
- a törvény tartalmazott egy – összefoglaló elnevezéssel talán kerítésnek nevezhető – tényálláskomplexumot, amely a bírói gyakorlat hathatós közreműködésével extrém módon kiterjesztette a házasságon kívüli nemi kapcsolatokhoz fűződő bármilyen közreműködés büntetendőségét (a vonatkozó bírói gyakorlatról a 2.2.1. alatt részletesen is szó lesz);
- széles körben büntetendők a fajtalan iratokkal kapcsolatos cselekmények.

A nemi erkölcs elleni bűncselekmények további lehatárolódását jelentette, hogy 1943-ban leválasztották és a megelőző, a személyállapot elleni bűncselekményeket tartalmazó fejezetbe foglalták a házasságtörés és a kettős házasság tényállásait. Így a XIII. fejezet már kivétel nélkül nemi vonatkozású bűncselekményeket tartalmazott.

A RStGB-n alapul a későbbi *NSZK büntető törvénykönyve (StGB)*, amely a mai napig az 1871. május 15-i keltezést viseli.¹¹⁵ Témánk szempontjából mi sem mutatja jobban a

¹¹² SCHROEDER 1975, 5. p. és GROTE 2000, 124. p.

¹¹³ Lásd GROTE 2000, 124-125. p.

¹¹⁴ A RStGB szövegét németül idézi és magyarul kommentálja HALÁSZ 1909, 177-201. p.

¹¹⁵ A náci időszak büntetőjog-alkotása lényeges szigorításokat hozott, különösen a homoszexualitást érintően. Szerencsére ez az időszak – amelyet a morállal való visszaélés soha nem látott szintje jellemez – csak epizódjellegűnek tekinthető, és a fejlődés folyamatát a maga egészében nézve nem érinti. (A vizsgált kérdéseket illetően a nemzeti szocialista időszakhoz lásd pl. GROTE, 2000, 127-128. p.; MADER-HÖLZL 2000, 255-257. p.)

folytonosságot, minthogy a házasságtörés, a természet elleni fajtalanság és férjszínlelés dekriminalizálására csak az I. büntető novellával (1. StrRG) került sor 1969-ben.¹¹⁶

Az említett XIII. fejezet tartalma tehát tökéletes összhangban volt az elnevezésével, találó megfogalmazás szerint a Btk. az állam által kitűzött morális elképzeléseket tekintette a büntetendőség mércéjének.¹¹⁷ A törvény funkciója pusztán meghatározott erkölcsi nézetek védelemben részesítésében merült ki. A kommentárirodalom még 1969-ben is így jelölte meg a homoszexualitás büntetendőségének okát: „A büntetés alapja az erkölcsi törvénybe ütközés.”¹¹⁸

Ezek után nem meglepő, ha európai összehasonlításban az StGB egyedülállóan szigorúnak bizonyult.¹¹⁹ Az RStGB-ről ennél keményebb vélemény is elhangzott, amely szerint „ez a büntetécódex ma is még a középkori, canonjogi tévtanokkal telített Constitutio Criminalis Carolina szintjén áll.”¹²⁰ Ez utóbbi megállapítás nyilván túlzó, ugyanakkor a vallási nézetekre való utalásának az igazságtartalma abban állhat, hogy a törvény olyan erkölcsi mércéket vett alapul, amelyeket a nemiséghez fűződő kifejezetten diffamáló viszony jellemez. Mindez ráadásul úgy történt, hogy a Sittlichkeit kifejezésben körülírt nemi erkölcs már önállósodott és régen elválasztódott a közvetlen vallási alapoktól (lásd 1.2.). A megbélyegző viszony közvetlenül kiolvasható a törvényből, a törvényi szóhasználatból. A szabályozás „központi figurája” az „Unzucht”, fajtalanság kifejezés, amely minden házasságon kívüli nemi cselekményt megbélyegez, és e mivolta a bírói gyakorlatban teljesedhetett ki igazán, hiszen legáldefiníció hiányában a bírói jogértelmezés feladata volt a fajtalanság kifejezésnek tartalommal való megtöltése (lásd 2.2.).

Nem lenne teljesíthető vállalkozás annak a pontos feltárása, hogy milyen tényezők is állhattak e rideg erkölcsi nézetek megerősödése mögött. Az ideológiai szempontok között az újból növekvő egyházi befolyást, a német idealizmus és egyfajta természetjogi irányzat hatását említi az irodalom. További szempontként hozható fel a 19. század második felének erősödő mozgalma, amely az alsóbb társadalmi osztályok nyomorúságának tüneteit orvoslandó jött létre, és harcba szállt a bordélyok és az ifjúság erkölcsi romlása ellen.¹²¹

Ez összhangban van azzal a változással, amely a felső társadalmi rétegek szexuális szokásaiban látszik. Míg a középkort a rendi megosztottság és az ennek megfelelő morális megosztottság (kettős morál) jellemezte, és a nemesség körében az erotomán életmód sem

¹¹⁶ SCHROEDER 1975, 15. p.

¹¹⁷ GÖSSEL 2005, 1. p. („staatlich verordnete Moralvorstellungen als Maßstab der Strafwürdigkeit”)

¹¹⁸ Idézi GROTE 2000, 128. p.

¹¹⁹ Az európai helyzetkép áttekintése után ezt a következtetést vonja le BAUER 1963, 15. p.

¹²⁰ WITTICH véleményét idézi HALÁSZ 1909, 280. p.

¹²¹ Lásd GROTE 2000, 124. p.

ment ritkaságszámba, addig a polgári forradalmakat követően a megszűnő nemesség erotikus világnézetével szemben a polgári erény győzött. A 19. század kezdetekor a német társadalmat rendkívüli erkölcsi szigor jellemezte, a szemérmesség különösen az elit körében volt feltétel nélkül kötelező.¹²² A büntetőtörvény a felsőbb társadalmi rétegek erkölcsi nézetei mentén rendelkezett a nemi bűncselekményekről.

A RStGB szellemisége részben 1969-ig, valójában egészen 1973-ig, egy évszázadon keresztül tartotta magát. (A reformfolyamathoz lásd 3.2.1.)

2.1.2. Az 1803. évi és az azt – kisebb és témánkat nem érintő módosításokkal – átvevő 1852. évi osztrák büntető törvényben szintén a nemi erkölcs központi jelentősége fedezhető fel, mégha nem is olyan szembetűnő módon, mint a német Btk. esetén.

Az osztrák kódex továbbra is a Josephina törvényszerkesztési elveit követte (lásd 1.2.3.) és a bűncselekmények súlya szerint két részre osztotta a törvényt¹²³, amely így árnyalta, sőt felülírta a törvény jogtárgyközpontú rendszerezését, és nem tette lehetővé a nemi erkölcs elleni bűncselekmények egységes fejezetbe foglalását. A második rész 13. fejezete tartalmazta a közerkölcs elleni vétségeket és kihágásokat, így például a vérfertőzés fajtalansággal elkövetett alakzatait és a házassággal kapcsolatos bűncselekményeket, ezek mellett pedig továbbra is itt szerepelt például a koldulás, a részegség vagy a tiltott játékok tényállása. Ebből a képből az szűrhető le, hogy Ausztriában ekkora még nem történt meg a Sittlichkeit kifejezés kizárólag nemi értelemre történő leszűkítése.¹²⁴

Ami miatt azonban mégis a nemi erkölcsöt a középpontba állító kódexek csoportjába sorolom az osztrák törvényt, az a büntetési alakzatokat tartalmazó első rész 15. fejezetének címe (Von der Notzucht, Schändung und anderen schweren Unzuchtsfällen) és tartalma. Bár a törvény ebben az elnevezésben nem utal a jogi tárgyra, a Josephinához képest olyan szembetűnő tartalmi változások tapasztalhatók, amelyek a morális megfontolások erősödését jelzik:

a) Az erőszakos közösülést kivették a szabadság elleni bűncselekmények sorából és újból egy fejezetbe foglalták többek között a vérfertőzéssel és a természet elleni fajtalansággal.

¹²² MAYER 1972, 122. és 124-125. p.

¹²³ A teljesség kedvéért meg kell jegyezni, hogy az 1852. évi kódex annak ellenére tárgyalta két részben a bűncselekményeket, hogy a súly szerinti felosztást tekintve egyébként trichotóm rendszerű volt. Az első rész tartalmazta a büntetteket, a második rész pedig a vétségeket és a kihágásokat.

¹²⁴ MADER-HÖLZL 2000, 244-247. p.

b) A vérfertőzés közöszlással elkövetett változata a kihágások közül újból a büntettek közé került.

c) A fejezet elnevezésében található Notzucht, Unzucht és Schändung kifejezések közvetítik azt a diffamáló viszonyt, amelyet a (R)StGB kapcsán már említettem.

Véleményem szerint ezek a tartalmi szempontok olyan jelentőségűek, hogy a nemi erkölcs (Sittlichkeit) kifejezés törvényi specifikálódásának hiányában is megalapozzák az (1803. és) 1852. évi osztrák büntetőtörvénynek a „nemi erkölcs kódexek” közé sorolását.

Ez az álláspont irodalmi véleményekkel és az 1852 után készített jogalkotási tervezetekkel is alátámasztható.¹²⁵ JANKA 1884-es könyvében a fent említett vétségeket és kihágásokat három csoportba osztja¹²⁶ és egyedül a nemi vétségekhez kapcsolja a Sittlichkeit kifejezést. LAMMASCH 1899-es tankönyvében Sittlichkeitsdelikte alatt már csak kizárólag szexuális vonatkozású bűncselekményeket ért és ő már teljesen eltekint a bűncselekmények súly szerinti felosztásától. STOOSS 1910-es tankönyvében már arra is figyelemmel van, hogy a nemi bűncselekmények egy része valójában a nemi szabadságot sérti, a többi nemi bűncselekmény jogi tárgyának pedig egyszerűen a nemi erkölcsöt jelöli meg. Az látható tehát, hogy a törvény helyett a jogirodalomban történik meg az a specifikáció, amely a Sittlichkeit kifejezést kizárólag nemi tartalomra korlátozza, és így a nemi bűncselekmények jogi tárgyát a nemi erkölcsben jelöli meg.

A törvénytervezetek sorában elsőként említendő az 1867. évi miniszteri tervezet, amely valamennyi kérdéses bűncselekményt nemi erkölcs elleni bűncselekmények (Sittlichkeit im sexuellen Sinn) fejezetcím alatt foglalta össze. Ezt követte az 1881. évi javaslat is. HOEGEL 1902. évi magántervezetében annak a véleményének adott hangot, hogy a Sittlichkeitsdelikte köréből minden olyan bűncselekményt ki kell iktatni, amely nem mutat összefüggést a nemiséggel. Egy 1909. évi újabb miniszteri tervezet pedig leválasztja a házasság elleni bűncselekményeket is, így kívánva teljessé tenni a lehatárolást.

Ez az egységes szemlélet hosszú idő után, először csak 1975-ben talált utat a törvényhozásba. 1852 után az 1975-ben hatályba lépett új osztrák Btk. (öStGB) a szexuális bűncselekményeket, immáron a házasság elleniek nélkül, a nemi erkölcs elleni büntetendő cselekmények elnevezésű fejezetben (Strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit) foglalta össze és megszüntette a büntettek és a vétségek közötti különbségtételt.

¹²⁵ Az itt hivatkozott, az alábbi szerzőkkel kapcsolatos adatokhoz lásd uo. 247-252. p. és 258-260. p.

¹²⁶ Nemi erkölcs (Geschlechtssittlichkeit) elleni bűncselekmények, házasság elleni bűncselekmények és társadalmi érdekek elleni egyéb bűncselekmények.

Az öStGB előkészítése 1960-ban kezdődött, amikor is az előkészítő bizottság álláspontja az volt, hogy a nemi erkölcsnek kell a védendő jogi tárgynak lennie. Bár a következő években egyre többen kritizálták ezt a felfogást, végül is ez lett az alapja a végleges és hatályba lépő verziónak. A törvény-előkészítési anyagokból egyértelműen kiolvasható a jogalkotó álláspontja, amely szerint „a nemi erkölcs elleni bűncselekmények lényegéhez nem tartozik több, mint e cselekmények szexuális vonatkozása és azon sajátossága, hogy az általános szeméremérzetet és erkölcsi felfogást a társadalomra káros módon sértik.”¹²⁷ Ennyiben merülne ki tehát e bűncselekmények közös jogi tárgya?

Az osztrák jogalkotó valódi jogtárgyvédelmet nélkülöző szemléletéről még jobban árulkodnak azok az indokai, amelyek az erőszakos közösülés mellett az erőszakos fajtalanság külön tényállásba foglalására és enyhébb büntetésére motiválták. Morális megfontolásoktól vezérelve úgy ítélte meg, hogy a nemi erkölcs elleni legsúlyosabb és egyben legtipikusabb támadásnak a nőnek házasságon kívül közösülésre kényszerítése tekintendő, és ezért álláspontja szerint az erőszakos közösülés tényállását nemcsak hogy meg kell különböztetni, hanem szigorúbban is kell büntetni.¹²⁸ Találó szófordulattal azt is mondhatjuk, hogy a házasságon kívüli közösülés volt a fajtalanság koronája („Krone der Unzucht”), és nem is a közösülés lényegi volta, hanem sokkal inkább a házasságon kívüliség miatt.¹²⁹

Az öStGB szövegéből is egyértelműen tükröződött a nemiség általános megvetése. A központi szabályozási kategória az Unzucht volt, amely a tényállások nagy részében tényállási elemként szerepelt. Emellett hasonlóan diffamáló kifejezéssel jelölték az erőszakos közösülést: a Notzucht (201. §) kifejezés pejoratív felhangja magyarul nem adható vissza. Megemlíthető továbbá a Schändung (meggyalázás) bűncselekménye, amelyet védekezésre, illetve akaratnyilvánításra képtelen nő sérelmére lehetett elkövetni. Ha a meggyalázás kifejezés a nemi életet nem is, de az áldozatot minden bizonnyal megbélyegezte.

Az öStGB ebben a formájában 1989-ig volt hatályban. (A reformok összefoglalásához lásd 3.2.2.)

2.1.3. A 19. század derekán és végén készült *más európai országok büntető kódexeiről* igen részletes áttekintést olvashatunk HALÁSZ ZOLTÁN 1909-ben megjelent monográfiájában.¹³⁰ 1937-es munkájában pedig ANGYAL PÁL készített szintén kimerítő részletességű nemzetközi

¹²⁷ Idézi HOLZLEITHNER 2003, 243. p.

¹²⁸ Dokumentation zum öStGB 191. p.

¹²⁹ SCHICK-WK 37. p.

¹³⁰ 1909, 108-273. p.

összehasonlítást.¹³¹ Az időszak európai kódexeinek nagy többsége a nemi deliktumokat egységes fejezetbe foglalja, legtöbbször nemi erkölcs elleni bűncselekmények vagy ehhez hasonló megjelölés alatt. Most néhány olyan kódexet emelek ki, amely érdekességgel szolgál témánkat érintően.

Egyes büntetőtörvényekben *a nemi erkölcs fejezetcímbe foglalása mellett az individuális jogtárgyvédelem is kifejezésre jut:*

- az 1886. évi portugál Btk. a személy elleni bűncselekmények között helyezi el önálló fejezetben a nemi erkölcs elleni deliktumokat;¹³²

- a némethez hasonló utat tükröz a belga jogalkotás: az 1810. évi kódex még a személy elleni bűncselekmények között szabályoz, míg 1867. évi már a család és a közerkölcs elnevezésű fejezetbe foglalja a nemi bűncselekményeket;¹³³

- az egyébként rendkívül szigorú 1889. évi finn kódex XX. fejezete a tiltott közösülés és egyéb fajtalanóságok elnevezést kapta, az erőszakos közösülést azonban a XXV. fejezetben az egyéni szabadság elleni bűncselekmények között találjuk;¹³⁴

- az 1930. évi olasz kódex IX. fejezete a közmorál és a jó erkölcs elleni bűncselekményeket szabályozza, a fejezet első címe azonban a szexuális szabadságot részesíti védelemben, míg a második címe a szeméremérzetet és a szexuális tisztességet.¹³⁵

Mint láhattuk, a nemi erkölcs elleni bűncselekmények specifikálódásának egyik lépcsője *a házasság és a család elleni bűncselekmények leválasztása* a nemi deliktumokról. A német és az osztrák jogalkotáshoz képest egyes európai országok ezt már korábban megtették: így az 1864. évi svéd Btk., az 1889. évi finn törvény, és az 1930. évi olasz kódex.¹³⁶

Meg kell még említeni az 1937. évi svájci Btk.-t, amely hatályba lépésének idejénél fogva még nem szerepelhetett Halásznál és Angyalnál. A svájci kódex a német mintát követve a „Strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit” megjelölésű fejezetben foglalta össze a nemi bűncselekményeket. Az első, de ugyanakkor átfogó módosításra 1992-ben került sor.¹³⁷

Az erkölcsi nézetek erősségét mindenkor tükrözi, hogy az adott törvény bünteti-e a homoszexualitást és a vérfertőzést. A korszak kódexei szolgálnak érdekességgel ebben a kérdésben is. A homoszexualitást nem büntette: az 1889. évi olasz, és az 1937-ben hatályban lévő törvények közül a spanyol, a portugál, a francia, a belga, és a holland kódex.¹³⁸ A

¹³¹ Módszerének lényege szerint, az egyes bűncselekmények tényállásának elemzését megelőzően végez az adott bűncselekményt érintő jog-összehasonlítást. A témánk szempontjából leginkább érdekes rendszertani és jogtárgy-kérdésekkel kapcsolatosan lásd 15-17. p.

¹³² HALÁSZ 1909, 156. p.

¹³³ Uo. 168. p.

¹³⁴ Uo. 223-227. p.

¹³⁵ ANGYAL 1937, 16. p.

¹³⁶ Uo. 15-16. p. és HALÁSZ 1909, 223-227. p.

¹³⁷ Korrekcióra szorulnak MERÉNYI KÁLMÁN svájci kódexről írt adatai, amelyek szerint „az 1978-ban hatályba lépett svájci büntető törvénykönyv a nemi erkölcs elleni bűncselekményeket a 'nemi szabadság és megbecsülés elleni támadás' elnevezésű részben helyezte el” (1987, 145. p.). Svájcban a mai napig az 1937. évi kódex van hatályban, amely egészen az 1992. évi átfogó reformig a nemi erkölcs elleni bűncselekmények fejezetcímét tartalmazta (vö. SCHULTZ 1982, 245-254. p.; TRECHSEL 1997, 697. p. és STRATENWERTH – JENNY 2003, 140-141. p.)

¹³⁸ ANGYAL 1937, 74. p. és HALÁSZ 1909, 363. p.

vérfertőzést¹³⁹ nem büntette: a francia, a portugál, a belga, a spanyol és a holland Btk. (szintén 1937 az irányadó időpont).¹⁴⁰ Ezen országokban az erkölcsi szempontok egységesen gyengébb jelenlétét támaszthatja alá, hogy ugyanazon kódexek dekriminalizálták a homoszexualitást és a vérfertőzést is.

2.1.4. A *Csemegi-kódex* XIV. fejezetének címe: A szemérem elleni büntettek és vétségek. A hosszú évszázados szokásjogon alapuló büntetőbíráskodást követően az 1880-ban hatályba lépett első magyar büntetőkódex mind a fejezet címe, mind pedig tartalma alapján a „nemi erkölcs kódexek” sorába tartozik.¹⁴¹ A fejezet címe mellett – véleményem szerint – az alábbi tartalmi szempontok támasztják alá a morális szemlélet jelenlétét:

a) Az erőszakos közösülés súlyosabban volt büntetendő, mint a szemérem elleni erőszak (sőt ez utóbbi szubszidiárius tényállás volt).¹⁴²

b) A megfertőztetés tényállása nem volt tekinthető valódi ifjúságvédelmi rendelkezésnek, ellenben erkölcsvédelmi háttére szembeötlő. Egyrészt csak a tisztességes leánygyermeket védi, és a nemi magatartások közül csak a közösüléssel szemben, a fajtalanság nem valósított meg bűncselekményt. Jogtárgyvédelmi szempontból kifejezetten visszalépésnek tekinthető az 1843. évi javaslatához (lásd 1.4.1.), sőt még a szokásjoghoz képest is. A korábbi gyakorlatban ugyanis előfordult, hogy nőket büntettek meg serdületlen fiúk megrontásáért.¹⁴³

c) Természet elleni fajtalanság vétségeként volt büntetendő a *férfiak* közötti konszenzuális homoszexualitás és az *embernek* állattal elkövetett fajtalansága.

¹³⁹ Hangsúlyozni kell, hogy vérfertőzés alatt itt a meghatározott rokonságban álló *felntettek* konszenzuális magatartásai értendők. A vérfertőzés tipikus esetei – azaz amikor felmenő követi el a gyermekkorú lemenő sérelmére – a korabeli ifjúságvédelmi tényállások alapján is büntetendők voltak.

¹⁴⁰ ANGYAL 1937, 89. p.

¹⁴¹ A fejezetben foglalt bűncselekmények 1878-ban a következők voltak: erőszakos nemi közösülés, szemérem elleni erőszak, megfertőztetés, természet elleni fajtalanság és erőszakos változata, vérfertőztetés büntetési és vétségi alakzata, férjszínlelés, házasságtörés, csábítás, kerítés, szemérem elleni vétség és a szeméremsértő cselekmény nyilvános elkövetése. A későbbiekben (1908-ban, 1925-ben és 1935-ben) módosították és bővítették a kerítés büntetendőségének körét, valamint az 1923. évi genfi egyezménynek megfelelően a szemérem elleni vétség tényállását módosították és szeméremsértő közlemények forgalmazásának vétségi és büntetési alakzataként iktatták be (korabeli pornográfia-tényállás). A Kbt.-ban foglalt közszemérem elleni kihágások nem lényegesek témánk szempontjából. Az áttekintéshez lásd ANGYAL 1937, 3. p. A kódex szövegéhez lásd: LÖW II. 386-406. p.

¹⁴² A szemérem elleni erőszak enyhébb megítélésének miértjéről a miniszteri indoklás, a bizottsági jelentések és a parlamenti vita hallgat. Ez már csak azért is meglepő, mert az igazságügyi bizottság javaslata folytán a miniszteri előterjesztéshez képest még tovább enyhítették a szemérem elleni erőszak büntetését azzal, hogy a végrehajtási fokozatot fegyházról börtönre változtatták (vö. LÖW II. 386-389. p.) E megkülönböztetés morális vonatkozásait az öStGB kapcsán említettem, lásd 2.1.2.

¹⁴³ A 18. század közepéről két konkrét ügyre utal M. ANTALÓCZY 2001, 154. p. Bár e cselekmények büntetendősége mögött sem biztos, hogy ifjúságvédelmi megfontolások állnak. Elképzelhető, hogy pusztán a házasságon kívüli nemi kapcsolatok átfogó tilalmából eredt a büntetendőségük.

d) A vérfertőzés büntetési alakzatánál (egyenes ági rokonok között) nem csak a közösülés, hanem a fajtalanság is tényállásszerű elkövetési magatartás volt (szemben a '43-as javaslattal). Megjegyezhető, hogy egészen 1999-ig élt a magyar büntetőjogban a Csemegi-kódex azon megoldása, amely a vérfertőzés vétségi alakzatában a testvérek közötti közösülés mellett a természet elleni fajtalanságot is büntette, míg a különnemű testvérek fajtalanságát nem.¹⁴⁴

Ugyanakkor a törvényhozási anyagokból kiolvasható *a túlzott moralizálástól való egyfajta, mérsékelt távolságtartás* is. A kódex általános indokolásában az olvasható, hogy az abszolút erkölcsi igazság elve nem fogadható el, mert akkor minden gondolat és előkészületi cselekmény mellett a szemérem elleni bűncselekmények is „végtelen kiterjedésre jutnának”.¹⁴⁵ A részletes indokolásban, valamint a bizottsági és a plénum előtti vitákban és javaslatokban is találhatunk több olyan momentumot, amely hasonló megfontolásokat takar.¹⁴⁶

a) Külön kiemelésre került a „secularisatio” követelménye, azaz a vallási szempontok érvényesítésétől való eltekintés a nemi bűncselekmények területén.

b) Ezzel szorosan összefügg, hogy a büntetendőség alapja már nem a nemi ösztön tiltott kielégítése (ezt tükrözte e bűncselekmények megjelölésére korábban használt *delicta carnis* kifejezés), hanem a közszemérem megtámadása, ami „az erőszakkal vagy ravaszsággal elkövetett szemérmetlen tettet és a botrányt” jelenti. Fontos, hogy ebből két követelmény is fakad, egyrészt a dekriminalizáció, másrészt a tényállások pontos törvényi meghatározása.

Ez a két szempont érthetővé válik, ha szem előtt tartjuk, hogy a Csemegi-kódex hatályba lépéséig szokásjogi alapú volt büntetőjogunk. A dekriminalizáció egyértelműen tetten érhető a házasságon kívüli, konszenzuális heteroszexuális magatartások büntetlenségében, amelyet a szokásjog még paráznaságként, illetve szajhálkodásként büntetett (lásd 1.4.3.). A tényállások pontos(abb) meghatározása pedig a törvényi szabályozás fogalmi velejárója a szokásjoghoz képest.

¹⁴⁴ Az Alkotmánybíróság 20/1999. (VI. 25.) sz. határozata a diszkrimináció tilalmának megsértése miatt megsemmisítette a természet elleni fajtalanság elkövetési magatartását. Azóta csak a közösülés büntetendő testvérek között.

¹⁴⁵ Lőw I. 27-28. p.

¹⁴⁶ Az indokolás szövegéhez lásd uo. II. 385. és 407. p.; a bizottsági javaslatokhoz és a plénum vitájához lásd uo. II. 387. és 398-399. p.

c) A nemi erkölcs elleni bűncselekmények fejlett specifikációját mutatja, hogy külön fejezetbe kerültek a kettős házasság (XV.) és a családi állásra vonatkozó büntettek és vétségek (XVI.).¹⁴⁷

d) Az erőszakos közöszlész passzív alanyával kapcsolatos fejtegetésekből kiolvasható, hogy kéjűő esetén a személyi szabadság sérelmét látták a bűncselekményben, míg tisztességes nő esetén *ezen felül* a szemérem és a becsület sérelmét is.¹⁴⁸

e) A természet elleni fajtalanság vétségéhez érdemben sem a képviselőház igazságügyi bizottsága, sem a főrendiházi hármass bizottság nem szolt hozzá, a képviselőházban pedig „észrevétel nélkül elfogadtatik”. Az mindenképpen előremutató, hogy a javaslatban foglalt, a korábbi előírásokhoz képest lényegesen enyhébb büntetést (egy évig terjedő fogház) senki sem akarta szigorítani.

f) Szintén előremutató, hogy a miniszteri előterjesztéshez képest az igazságügyi bizottság lényegesen enyhítette vérfertőzés esetén a felmenő rokonok büntetését (ötötől tíz évig tartó helyett öt évig terjedő fegyházra), és ezt a képviselőház megszavazta.

Általánosságban is elmondható, hogy a képviselőházi vita kifejezetten szakmai jellegűnek volt tekinthető, mentes volt az erkölcsi tanítások hangoztatásától és az érzelmes kirohanásoktól.

A korszak jogirodalmában ellentétes álláspontok találhatók a nemi erkölcs központi szerepéről. Mai szemmel is kifejezetten haladónak tekinthető HALÁSZ ZOLTÁN, aki 1909-es monográfiájában az erkölcsi szempontoknak a büntetőjogból történő kiiktatása, a tényleges jogtárgy-védelem mellett szállt síkra. Öt ezért a következő, a fejlődés harmadik fázisát bemutató részben is meg kell majd említeni.

Ellentétes, erősen moralizáló irányt tükröz ANGÝAL PÁL 1937-ben megjelent monográfiája. Angýal a jogtárgy-kérdésnek külön fejezetet szentel, jelezve annak

¹⁴⁷ Érdekes jelenség, hogy a házasságtörés nem került a XV. Fejezetbe a kettős házasság mellé, hanem a szemérem elleni büntettek között maradt. Ebből arra lehet következtetni, hogy a házasságtörés – bár a házasság intézményét védte – elsődleges jogi tárgya mégis a nemi erkölcs (szemérem) maradt, tekintettel arra, hogy a házasságtörő elkövetőnek nemi cselekményt kellett házasságon kívül kifejtenie. Ezzel szemben a kettős házassághoz a korábbi szokásjoggal ellentétben már nem követelték meg az elhálást, azaz a bűncselekmény a második házasság megkötésével megvalósult, nemi cselekmény kifejtésére nem volt szükség (vö. LÖW II. 408. p.).

¹⁴⁸ Ez a szemlélet rávilágít arra, hogy a jogalkotói besorolás valójában nem a minden esetben sérülő jogi tárgy alapján történt, így e besorolás nem lehet kizárólagosan döntő a jogi tárgy tudományos keresésénél. Erre jó példát mutat az 1961. évi és az 1978. évi Btk.-hoz kapcsolódó kommentár- és jogirodalom, amely egyöntetűen a nemi szabadság sérelmét látja a jogalkotó által nemi erkölcs elleninek titulált erőszakos nemi bűncselekményeknél (lásd 3.2.3.).

fontosságát.¹⁴⁹ Álláspontja szerint a nemi erkölcs mint szociális érdek a védendő jogi tárgy¹⁵⁰, és ezzel kapcsolatos fejtegetései alapján meglehetősen kemény közerkölcs-felfogást képvisel, amelynek egyértelműen alárendeli az individuumot. A furcsa azonban az, hogy érvelése során kifejezett ellentmondásokba bonyolódik, amelyek különösen akkor feltűnőek, ha az általános okfejtését összevetjük az egyes bűncselekményeknél írtakkal.

Három példára hívnám fel a figyelmet:

a) Általános fejtegetései során még évezredek alatt kikristályosodott szociál-etikai felfogásról és évezredes erkölcsi alapról beszél.¹⁵¹ Ehhez képest a fajtalanság fogalmának elemzésénél kijelenti, hogy a „nemi tisztesség hely, idő és társadalmi rétegzettség szemszögéből annyira különböző és változó”, és emellett még „korabeli erkölcs által megvont határokat” emleget.¹⁵²

Az évezredes erkölcsi rend felemlegetésére a homoszexualitás és a házasságtörés kapcsán kerül sor azzal, hogy e magatartások az évezredes erkölcsi rendbe ütköznek (*büntetendőség alapja*). Ha formálisan nézzük, akkor ennek nem látszik ellentmondani, hogy annak eldöntésénél, hogy egy magatartás fajtalan-e vagy sem, a nemi tisztesség időről időre változó kereteire kell a jogalkalmazónak figyelemmel lenni (*látszólag technikai, szubsumálási kérdés*). Valójában azonban e döntés következményeként is a büntetlenség-büntetendőség kérdésében foglalunk állást, ami rávilágít Angyal idézett megállapításainak ellentmondásosságára. És – nem mellesleg – arra is, hogy a nemi erkölcs sem jogalkotói, sem jogalkalmazói mércének nem alkalmas:

b) Nehezen értelmezhető az álláspontja a leszbikus cselekményekkel kapcsolatban. Az általános okfejtésben mint büntetést nem igénylő magatartást hozza fel példaként, amely „oly egyéni tevékenység, mely sem szociális, sem kulturális szempontból kárt nem okoz”.¹⁵³ Ezzel szöges ellentétben, a természet elleni fajtalanság kapcsán tett de lege ferenda javaslatai körében büntetendővé nyilvánítaná a nők közötti természet elleni fajtalanságot is.¹⁵⁴

Az ellentmondás egyértelmű és nem feloldható. A természet elleni fajtalanság büntetendőségének okai között 3. pontban a következőket írja: „a büntetlenség kimondásából az ily cselekmények megengedettsége folyik, ám ennek nyomán *mérhetetlen erkölcsi és szociális kár következik be*” (kiemelés – Sz.Zs.). „A mondottak alapján [...] büntetendővé volna teendő a nők között elkövetett természet elleni fajtalanság is”.

c) Az előző pontbeli idézetben az erkölcsi és szociális kár egymás mellett szerepelnek. Ehhez képest a különböző neműek közötti (természet elleni) fajtalanság (pl. orális közösülés) *büntetlenségének* megokolásánál a következőt olvashatjuk: „legföljebb erkölcsi bűnként minősülnek, de [...] szociális kárt nem idéznek elő”. A kérdést tehát, hogy mi kell a nemi magatartások büntetendőségéhez, Angyal fejtegetéseit olvasva nehezen válaszolhatjuk meg. Az erkölcsi és szociális kár előzőleg még egyenrangúként szerepelnek, később azonban a szociális kárra kerül a hangsúly. Ebből arra is lehetne következtetni, hogy a szociális kár szükséges a büntetendőségéhez. Ehhez képest néhány mondattal korábban: „az államnak első rendű kötelessége a jellem acélozása, ha kell még a büntetőjog eszközeinek esetleg csak szimbolikus igénybe vétele mellett is”.

Következtetésként mindössze annyi vonható le, hogy az erkölcsi bűn, illetve kár és a szociális kár kifejezéseket nagyon képlékenyen használja Angyal, s ebből leginkább e terminusok „büntetőjogi alkalmatlansága” olvasható ki.

A merev erkölcsi felfogást hangoztató általános fejtegetésekre és az ebből fakadó későbbi ellentmondásokra talán magyarázatul szolgálhat a munka kiadásának éve, 1937, amikor is lényegesen eltérő volt a közhangulat, a társadalmi és politikai légkör, mint 1909-ben, amikor a Halász-féle monográfia megjelent.

¹⁴⁹ 14-18. p.

¹⁵⁰ Uo. 17. p. Megjegyzendő, hogy Angyal ekkoriban már következetesen a nemi erkölcs kifejezést használja úgy, hogy a Btk. XIV. fejezetének címében a szemérem szó szerepel. HALÁSZ három évtizeddel korábbi munkájában még nem fordul elő a nemi erkölcs kifejezés.

¹⁵¹ Uo. 17. p.

¹⁵² Uo. 45-46. p.

¹⁵³ Uo. 18. p.

¹⁵⁴ Uo. 78. p. A további idézetek is itt találhatók.

Itt kell megemlítenem, hogy a Csemegi-kódexet követő 1961. évi és a jelenleg is hatályban lévő 1978. évi Btk.-t a fejlődés harmadik fázisában fogom tárgyalni, annak ellenére, hogy fejezetcímük a nemi erkölcs elleni bűncselekményekről szól. (Az ezzel kapcsolatos indokokhoz lásd 3.2.3.)

2.2. A nemi erkölcs „kiteljesedése” a bírói gyakorlatban

A nemi erkölcs egészen különleges szerephez jutott a német és az osztrák bírói gyakorlatban. A morális parancsokra hivatkozással a judikátúra kiteljesítette azt a megvetést, amellyel a kódexek egyébként is viszonyultak a szexualitáshoz, s ez a büntetendőség körének szélsőséges kiterjesztéséhez – vagy mint két osztrák példában látni fogjuk – el nem fogadható megszorításához vezetett. A magyar bírói gyakorlatban hasonló jelenség nem volt tapasztalható. A következőkben ennek okait próbálom meg feltárni.

2.2.1. A német és az osztrák szabályozás középpontjában az Unzucht fogalom állt, amely a legtöbb tényállásban előfordult, és meghatározhatatlansága vezetett a legtöbb problémához. Az 1975. évi osztrák Btk. előkészítése során a jogalkotó – jórészt a korábbi bírói gyakorlatból kiindulva – megpróbálta meghatározni az Unzucht fogalmát. E szerint: „fajtalan minden olyan cselekmény, amely az erkölcsösséget nemi vonatkozásban sérti. Ezért nem követelmény az, hogy a fajtalan cselekmény a tettes nemi vágyának felkeltésére vagy a már létrejött nemi vágy kielégítésére szolgál. Mindössze a jellege alapján mutasson fel nemi vonatkozást [...] Sem az az állítás, hogy minden, ami természetes, az nem lehet fajtalan, és sem az az állítás, hogy minden ami a nemiséghez kapcsolódik, az fajtalan, nem lehet iránymutató így önmagában. Mértékadónak kell tekinteti sokkal inkább egy kulturális kötöttségű átlagember (sic!) érzületét, semmint egyes személyek vagy körök túlzottan prűd vagy laza erkölcsi felfogását [...] A lényeg, hogy a szexuális vonatkozású cselekmény alkalmas legyen arra, hogy az általános szeméremérzést és erkölcsi érzületet sértse.”¹⁵⁵

A német gyakorlat annyiban tért el, hogy szubjektív oldalon megkövetelte a nemi vágy általi motiváltságot.¹⁵⁶ A problémához azonban nem ez az elem, hanem az a közös jellemző vezetett, amely megkövetelte, hogy a fajtalan cselekmény sértse az átlagember

¹⁵⁵ Dokumentation zum öStGB 191. p.

¹⁵⁶ BOCKELMANN 1972, 395. p.

szeméremérzetét. A Birodalmi Legfelsőbb Bíróság (RG) már régen szembesült az átlagember szeméremérzetének meghatározhatatlanságával. Ennek ékes példáját adja az 1922-ben zajlott ún. „Körtánc-per”, amelyben annak próbálták meg utánajárni, hogy egy „Körtánc” (Reigen) című színházi darab milyen hatással volt a nézőkre, sértette-e a szeméremérzetüket. Ennek érdekében a nézőket tömegesen hallgatták ki tanúként, hogy megpróbáljanak statisztikai átlagot húzni az átlagember szeméremérzetének „betájolására”. A tárgyalási jegyzőkönyvek jól tükrözik a vállalkozás lehetetlenségét.¹⁵⁷

A 20. század világnézeti, politikai és erkölcsi pluralizmusa következtében a bírói szerep szükségszerű torzulásnak volt kitéve akkor, amikor az Unzucht fogalmával kapcsolatban kellett irányt mutatnia. Az átlagos szeméremérzet meghatározhatatlansága révén a bíró valójában erkölcsőri szerepet töltött be, aki „figyelmeztetően felemelte az ujját, hogy más kevésbé megvilágosodott személyeknek megmutassa az erkölcsileg helyes álláspontot.”¹⁵⁸ Ehhez természetesen arra volt szükség, hogy a bíróság az erkölcsi parancsok megváltoztathatatlanságából induljon ki, hiszen csak arról lehet biztosat mondani, ami nem változik időközben. Ez tükröződik a Szövetségi Legfelsőbb Bíróság (BGH) egyik 1954-ben közzétett határozatából: „Az erkölcsi törvény normái a maguk erejénél fogva érvényesülnek; kötelező erejük az értékek és az emberi együttélést szabályozó parancsok eleve adott és elfogadandó rendjén nyugszik; e normák attól függetlenül érvényesülnek, hogy az, aki felé a követés igényével fordulnak, valójában követi és elismeri-e őket avagy sem; a tartalmuk nem változhat amiatt, mert a nézetek arról, hogy mi érvényes, változnak.”¹⁵⁹ Találóaan mutat rá SCHULTZ az itt megmutatkozó erkölcsbírói szerep (Sittenrichterei) lényegére: egy olyan attitűdöt jelent, amely alapján a bíró „tévedhetetlenül képes meghatározni, hogy mi az, ami a polgártársait morálisan formálja, és ezt az állami előírások által kívánja érvényesíteni.”¹⁶⁰

Az RG és a BGH tévedhetetlensége és morális tanítani vágyása – mai szemmel nagyon meglepő – ítéleteket eredményezett. Nézzünk ezek közül néhányat!

A csábítás bűncselekményét csak tisztességes 16 éven aluli lány sérelmére lehetett elkövetni. Az RG egy konkrét ügy sértettjét romlott életűnek találta, s így mivel a házasember vádlottat nem mondhatta ki

¹⁵⁷ Ismerteti GROTE 2000, 125-126. p. Egyébként egy bécsi szerző, Arthur Schnitzler drámájáról van szó, amelyet pl. 2007-ben is műsorra tűzött a bécsi Burgtheater. A per a darab németországi bemutatójával volt összefüggésben. A darab szövege közönséges, trágár kifejezéseket nem nagyon tartalmaz, a rendezői koncepciótól függ elsősorban, hogy a szexualitás mennyire erősen jelenik meg vizuálisan a színpadon.

¹⁵⁸ BOCKELMANN 1972, 396. p.

¹⁵⁹ BGHSt 6, 13, 52. p.

¹⁶⁰ 1982, 253. p.

csábításban bűnösnek, így becsületsértés miatt marasztalta el. A becsületsértés sértettje pedig nem a lány, hanem az apja volt. Íme a középkori elv, amely szerint a nő nemi becsülete a családját illeti.¹⁶¹

Az RG és később a BGH is abból indult ki, hogy *csak a házasságon belüli nemi élet lehet természetes, s ezért minden más magatartás fajtalanság*. Így például a jegyesek közösülését is fajtalanságnak, „Unzuchtnek” minősítették. A jegyesek ilyen magatartása önmagában ugyan nem volt tényállásszerű, de ha valaki helyet biztosított a számukra az együttlélhez, azaz a fajtalansághoz, akkor e magatartását már a *kerítés* tényállása alá vonta a bírói gyakorlat.¹⁶² Az RG ezzel kapcsolatos fejtegetési: „A törvényben nem találhatók arra utaló jelek, hogy a törvény a jegyesek közösülését a fajtalanság fogalmából ki kívánná rekeszteni.” Egy másik ítéletben az RG még prognózist is felállított: „nem is várható, hogy a kerítés tényállása kapcsán a jogalkotó valaha is ki fogja zárni a jegyesek közösülését a fajtalanság fogalmából”.¹⁶³ Az „Unzucht” fogalmának meghatározatlansága miatt még csak nem is vádolható a bíróság tiltott analógia alkalmazásával. A jogalkotó annál inkább a határozatlan törvény megalkotása miatt.

A BGH – ha lehet – még tovább tágította a kerítés alkalmazásának körét, és ennek eredményeként a kerítést immáron mulasztással is el lehetett követni. *Így büntették meg azt az anyát, aki tudott arról, hogy a nagykorú lánya a jegyesével a család házában egyik szobájában nemi életet él.* A döntés értelmében a jegyesek közötti nemi kapcsolat csak akkor nem ütközik a nemi erkölcsbe, ha „felelősségük tudatában komolyan döntöttek a házasságkötés mellett, és a házasságkötésük előtt kényszerű akadályok merültek fel, amelyért a jegyesek nem felelősek és amelyek belátható időn belül nem háríthatók el”.¹⁶⁴ Mint látható, a BGH interpretációjában az erkölcsi törvény absztrakciója olyan fokú, mint egy tökéletes jogszabályé. Ugyanitt fejt ki a bíróság, hogy „azáltal, hogy az erkölcsi törvény az ember számára a monogám házasságot és a családot mint kötelező életformát határozza meg és ezt a rendet a népek és az államok életének alapjává teszi, egyúttal azt is kimondja, hogy a nemi érintkezés kizárólag a házasságban történhet meg, és hogy ennek megszegése a nemi erkölcs elementáris parancsát sérti”. Néhány mondattal korábban: „nemi érintkezés értelme és következménye a gyermek”.¹⁶⁵ 1954. február 17-ét írtak ekkor. Még 1962-ben is született hasonló ítélet.¹⁶⁶

Az osztrák bírói gyakorlatban a németországival ellentétes irányú, bár semmivel sem kedvezőbb trendnek is szemtanúi lehetünk. Lássunk két olyan példát, amely a morális értelmezés alapján a büntetendőség körét a törvény szövegével ellentétesen és a sértettekre diszkriminatív módon szűkíti le.

Az osztrák parlament jogi bizottsága – a németországihoz hasonló – olyan értelmezést fűzött a fajtalanság fogalmához, hogy a házastársak között semmilyen szexuális cselekmény sem tekinthető fajtalannak, és ezért az *erőszakos fajtalanság* és a *fajtalanságra kényszerítés* – a gyakorlat szerint sem – volt elkövethető házastárs sérelmére.¹⁶⁷ E cselekményeket legfeljebb kényszerítésként, személyi szabadság megsértéseként vagy az erőszak eredményétől függően testi sértésként ítélték meg. Olyan bírói döntéssel is találkozni, amely a házastárs sérelmére elkövetett erőszakos fajtalansággal kapcsolatban úgy fogalmaz, hogy a védett jogi tárgy ez esetben nem is a nemi erkölcs, hanem pusztán a cselekvési szabadság.¹⁶⁸

A moralizáló megközelítés itt a *törvény nyelvtani értelmével* ellentétes értelmezéshez vezetett, hiszen e tényállások az elkövető és a sértett neve szempontjából semlegesen voltak megfogalmazva, és a házastársi kapcsolatról sem tettek említést. Ez az „erkölcsi értelmezés” az erőszakos közösülés, illetve a közösülésre

¹⁶¹ Idézi HANACK 1968, A 11. p. A becsületsértés nem nemi bűncselekmény, de ebben az esetben a megállapítására nemi cselekménnyel összefüggésben és kizárólag morális alapon került sor.

¹⁶² A kerítés elkövetési magatartása a fajtalanság elősegítése volt („der Unzucht Vorschub leistet”). A 180. § szerinti alapeset büntetendőségéhez ezen felül szükséges volt még, hogy e bűnsegédi jellegű magatartásra szokásszerűen (rendszeresen) vagy egyéni érdekből kerüljön sor. Ugyanakkor a 181. §-ban foglalt minősített eset – amely többek között a szülő elkövetőre és a gyermek passzív alanyra vonatkozott – megvalósulásához még a szokásszerűségre (rendszerességre) vagy az önérekből elkövetésre sem volt szükség („weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz”).

¹⁶³ A döntéseket idézi BOCKELMANN 1972, 398. p.

¹⁶⁴ BGHSt 6, 13, 47. p.

¹⁶⁵ Uo. 53-54. p.

¹⁶⁶ Lásd BGHSt 17, 49

¹⁶⁷ Dokumentation zum öStGB, 191. p.; SCHICK-WK, 37. p.; KIENAPFEL – SCHMOLLER 1999, 207. p.

¹⁶⁸ Idézi FEGERL 1995, 27. p.

kényszerítés tényállásaival való összevetésből adódó *a contrario értelmezésnek* is ellentmond, hiszen ez utóbbi bűncselekményeket a törvény szövege szerint is csak házasságon kívül, nő sérelmére lehetett elkövetni.

Egy 1976-ból származó osztrák legfelsőbb bírósági döntés (OGH) feltűnő módon árulkodik arról, hogy *a bíróság a tényleges jogtárgyvédelem helyett a morális szempontoknak adott elsőbbséget, és hogy ebben a törvény szövege sem akadályozta meg*. A tényállás szerint a vádlott egy 17 éves fiút testi épség elleni fenyegetéssel kényszerített anális közösülésre. Az OGH a cselekményt nem erőszakos fajtalanságnak (magyar terminológia szerint szemérem elleni erőszaknak), hanem fiatalkorúval folytatott természet elleni fajtalanságnak minősítette. A büntetést érdemlőséget ugyanis elsősorban nem a nemi szabadság fenyegetés folytán történő megsértésben, hanem a homoszexuális cselekményben látta.¹⁶⁹ Még akkor is, ha a fiatalkorúval folytatott természet elleni fajtalanság tényállása konszenzuális bűncselekmény volt. (E tényállás szinte szóról szóra megegyezik a magyar Btk. 2002-ig hatályban volt 199. §-ával. A különbség annyi, hogy az osztrák törvény csak a férfiak közötti cselekményeket büntette.)

A bemutatott német és osztrák döntések kapcsán egyet kell érteni HANACK megállapításával, aki az ilyen és ehhez hasonló bírói értelmezést „schulmeisterisches Moralisieren”-nek nevezte.¹⁷⁰

2.2.2. A Csemegi-kódexről szintén elmondható, hogy a *fajtalanság* a legtöbb nemi bűncselekmény tényállásában szerepelt, és fogalmának meghatározása a magyar bírói gyakorlatnak is gondot okozott. Ellentmondásos ítéleteket különösen abban a kérdésben találunk, hogy a nemi vágy általi motiváltság szubjektív oldalon eleme-e a fajtalanságnak.¹⁷¹ Az 1930-as évekre aztán megszilárdult a fajtalanság fogalma, megkövetelve a nemi vágy kielégítésére irányuló célzatot, és az ekkorra a judikatúrában már kialakult fogalom 1993-ban változtatás nélkül iktatott be a Btk. 210/A. §-ába mint a fajtalanság törvényi definíciója.

A homoszexualitás büntetendőségének idején külön problémát okozott a joggyakorlat számára annak eldöntése, hogy milyen magatartások voltak tekinthetők *természet elleni fajtalanságnak*. A fő kérdés az volt, hogy a nemi cselekménynek kell-e a közösülést utánoznia, avagy sem. ANGYAL PÁL számos ellentmondó döntést ismertet e kérdésben.¹⁷²

Hasonlóan ellentmondó, önkényesnek tűnő döntések láttak napvilágot abban a kérdésben is, hogy a megfertőztetés passzív alanyi körét illetően ki volt *tisztességes lánynak* tekinthető. Itt már nagyobb szerep jutott a bíró erkölcsi meggyőződése mentén történő mérlegelésének. Ellentmondó értelmezések elsősorban abban a kérdésben születtek, hogy milyen jelentősége van annak, ha a lány nem szűz, vagy korábban már fajtalankodott másokkal, illetve ha pénzt fogadott el a közösülésért.¹⁷³

Látható tehát, hogy a bizonytalan, nehezen meghatározható tartalmú törvényi tényállási elemek (fajtalanság, tisztességesség) a magyar bírói gyakorlatban is ellentmondó

¹⁶⁹ Idézi HOLZLEITHNER 2003, 247. p.

¹⁷⁰ 1968, 11. p. A kifejezés nehezen fordítható magyarra. Szó szerint: iskolamesteri/tanítói moralizálás.

¹⁷¹ A döntéseket ismerteti ANGYAL 1937, 46-47. p.

¹⁷² Uo. 80-81. p.

¹⁷³ A döntésekhez lásd uo., 67-68. p.

interpretációhoz vezettek. Ezek az értelmezések azonban technikai jellegűek és inkább kazuisztikusak voltak, semmint priméren moralizálók. (Ezért is tekintettem el az ismertetésüktől.) Olyan absztrakt erkölcsi állásfoglalásokat, mint például a német „jegyeskerítés-esetekben”, a magyar bírói döntésekben nem találunk.

A német, osztrák és a magyar joggyakorlat közti legszembetűnőbb különbség abban érhető tetten, hogy *Magyarországon fel sem merült, hogy a házasságon kívüli közösülés fajtalanságnak minősülne*. A magyar gyakorlat a heteroszexuális közösülést mindig közösülésnek tekintette, és tekinti ma is, függetlenül attól, hogy házasfelek között történik-e vagy sem. Álláspontom szerint *ez a momentum volt az, amely a német és az osztrák gyakorlatot a beláthatatlan és kiszámíthatatlan moralizálás felé vitte el, a magyar bírói gyakorlatot pedig megkímélte ettől*. Ez az extrém moralizálás volt a kiváltója a törvényi reformoknak, amelyek Németországban kezdődtek a legkorábban. Nem véletlenül.

3. A nemi erkölcs: se nem erkölcs, se nem jogi tárgy – fordulat

A 20. század közepén a nemi erkölcsre mint központi kategóriára alapozó büntetőtörvények és a kriminalizáció körét még inkább kiterjesztő bírói gyakorlat nem volt már tovább tartható. Meglepő azonban, hogy ehhez a 20. század közepéig kellett várni. Mint láttuk a filozófiai és ideológiai háttér már a 18. század végén adott volt a változáshoz. Újból meg kell említeni FEUERBACH 1813. évi bajor kódexét, amelynek nem akadt követője másfél évszázadig (lásd 1.3.).

A magyar büntetőjogi irodalomban e kérdés kapcsán kiemelkedik HALÁSZ ZOLTÁN, aki már a 20. század legelején a jogalkotói zsinórmérték után kérdezett, s óva intett attól, hogy a jogalkotó „moralphilosophussá” váljon.¹⁷⁴ Álláspontja szerint a nemi bűncselekményeknél „a tételes jogok egy jó része lecsúszott arról a talajról, amelyet a legsúlyosabb sanctiókkal rendelkező ezen jognak elhagynia nem lett volna szabad”.¹⁷⁵ Később világosan kijelenti, hogy a büntetőjogban „bizvást mellőzhetjük a kétségtelenül vallási eredetű és ma is a moráltheologia alapján megconstruált erkölcs, erkölcsösség fogalmát”.¹⁷⁶ Halász nézetei jóval meghaladták saját korát, hiszen már ő már ekkor a homoszexualitás dekriminalizálása mellett

¹⁷⁴ Feladatként tűzte ki annak vizsgálatát, hogy „a tételes jogokban poenalisált cselekmények megállapítását mely zsinórmérték szerint eszközölték az egyes törvényhozások” (1909, különösen 274-287. p.).

¹⁷⁵ Uo. 274. p.

¹⁷⁶ Uo. 284. p.

érvelt¹⁷⁷, s nálunk erre csak 1961-ben került sor. A vérfertőzés büntetlensége melletti állásfoglalása¹⁷⁸ pedig még egy évszázad alatt sem lelt honi követőkre, mégcsak a jogtudomány képviselői között sem.

Elsőként ténylegesen a német jogirodalom volt az, amely – kezdeti szórványos vélemények után – a 20. század közepén ösztözet zúdított a moralizáló jogalkotásra és jogalkalmazásra. A lassú és elhúzódó szabályozási reformokra ezután került csak sor.

3.1. Erősödő jogirodalmi kritika

A büntetőjog és az erkölcs kapcsolata, a büntetőjog esetleges erkölcsi funkciója napjainkban is vitatott kérdés, a büntetőjog elméletének és a jogbölcseletnek egyik legnehezebb témája.¹⁷⁹ Vizsgálata nem választható el általában a jog és erkölcs kapcsolatától. Ennek az általános kérdésnek a részletes elemzése természetesen meghaladná az értekezés kereteit.¹⁸⁰ Itt most csak röviden említénék néhányat azon legfontosabb megállapítások közül, amelyek kifejezetten a nemi erkölcs büntetőjogban betöltött szerepét vonják kétségbe.

Célszerűnek látszik annak a vizsgálata, hogy a nemi erkölcs egyáltalán erkölcs-e. HERBERT JÄGER így fogalmazta meg ezt a kérdést: „[...] amit nemi erkölcsnek nevezünk, tarthat-e egyáltalán igényt erre a megjelölésre? Tényleg az általános erkölcs egy részterületéről [...] van szó, vagy csak valami másról, amelyet tévesen így nevezünk?”¹⁸¹ Az erkölcs legmélyebb gyökere, kiindulópontja az emberi tudatban, az egyén meggyőződésében van, és az azonos meggyőződésű emberek kollektív tudatában objektiválódik. Az ily módon objektiválódott és az emberek nagy része által elfogadott erkölcsi normák száma nagyon korlátozott, a valóságban jóval kevesebb, mint gondolnánk. Ehhez a közös alaphoz tartozik az, hogy például az árulás, az őszintétlenség vagy a tekintet nélküli egoizmus elvetendő, míg például a jóság, az áldozatkészség vagy a megbízhatóság érték. De már egy olyan kézenfekvőnek látszó kérdésben, mint az *ölés tilalma*, érezhetővé válik az erkölcsi megítélés

¹⁷⁷ Uo. 359. s köv. p.

¹⁷⁸ Uo. 396. s köv. p.

¹⁷⁹ E kérdésben rendkívül következetes, világos és mélyreható értekezést írt BIBÓ ISTVÁN (BIBÓ 1938). Megállapításai közül kiemelendő, hogy az erkölcs és a büntetőjog elhatárolása valójában saját magában rejtje ellentmondásosságát. Hiszen e kérdés vizsgálatakor rendszerint idegen büntetőjogi szempontokat vetítünk bele az erkölcsbe, amelyek alapján az erkölcs egyébként nem jellemezhető; a vizsgálat rendszerint a jog felől közelít, „büntetőjogi ízű követelményekkel” ruházza fel az erkölcsöt (az idézett részhez lásd 3-6. p.).

¹⁸⁰ A jognak más jelenségektől való elhatárolásáról, így az erkölcshez való viszonyáról, az e kérdésre vonatkozó nézetekről kitűnő összefoglalást ad SEELMANN 2004, 70-84. p., különösen 76-84. p.

¹⁸¹ 1957, 29. p. A szerző a jogtárgykérdés vizsgálatát állítja a nemi bűncselekményekről írt monográfiája középpontjába. A nemi erkölcs és a jogi tárgy kapcsolatához lásd különösen 29-40. p.

ingadozása, és főleg akkor, ha a sokat emlegetett határesetekről van szó: mint a halálbüntetés, az öngyilkosság, az eutanázia vagy a háború során történő ölés. Ha az ölés tilalma kapcsán ennyire divergálhatnak az egyes egyének meggyőződései, akkor mit tapasztalhatunk a nemi élet kapcsán? Ha tehát erkölcsi törvényről beszélünk, akkor nem lehet szó egy merev, lezárt és soha nem változó rendszerről, amely leválasztható lenne az egyén erkölcsi tudatáról. *Az erkölcs forrása mindig az egyéni lelkiismeret marad.* A vallással kapcsolatban JÄGER nagyon találóan állapítja meg, hogy a vallásban ugyan számos erkölcsi norma objektiválódásával találkozhatunk, de nem szabad elfelejteni, hogy e parancsok követése a vallással való belső azonosulásból fakad, tehát itt sem választható el az egyén meggyőződésétől.¹⁸²

Belátható tehát, hogy a tárgyalt büntető törvények alapjául vett, *a nemi életre vonatkozó erkölcsinek mondott normák* nem is erkölcsi jellegűek, hanem mereven, a változtathatatlanság és az eltérést nem tűrés igényével megállapított magatartási szabályok, szokások, amelyek *valójában jogi jellegűek*. A BGH fent idézett határozatából ez a jelleg egyértelműen kiolvasható (lásd 2.2.1.; 159. és 164-165. lj.). A jogalkotó nem tesz mást, mint a szexualitásra vonatkozó szabálykódexet törvényerőre emeli, a bíró pedig tévedhetetlenül ismeri ezeket az örökérvényű szabályokat. Jog ez és nem erkölcs.

Láttuk tehát, hogy a nemi erkölcs valójában nem erkölcs, hanem egy törvényerőre emelt szabálykódex. Az a kérdés, hogy mint ilyen, lehet-e jogi tárgy. A válasz nemleges: az ilyen értelemben felfogott nemi erkölcs nem teljesíti a jogi tárgy kritériumait, hiszen maga is egy szabályrendszer, amely mint ilyen, nem a jog alatt, annak alapjaként, hanem a jog mellett, azzal egy szinten helyezkedik el.¹⁸³ A nemi erkölcs olyan szabályrendszer, amelynek nem látszik az alapja. Így hiányzik a jogi tárgy fontos kritériuma, a sérthetősége – gondoljunk csak a materiális jogellenesség tanára –, hiszen nem tudjuk hogy a nemi erkölccsel ellentétes szabályok valójában mit sértenek. Azon kívül, hogy a nemi erkölcs szabályait sértik.¹⁸⁴ Idem per idem. Innen eredt és ered az igény, hogy megkeressük a nemi bűncselekmények valóságos jogi tárgyait, és hogy ahol ilyen nem található, ott dekriminalizálni kell.

JÄGER munkája megjelenésének évében, 1957-ben látott napvilágot Angliában az ún. Wolfenden-jelentés, amely a homoszexualitás vizsgálata kapcsán arra a megállapításra jutott, hogy a törvénynek nem kell az erkölcstelenséggel foglalkoznia, és nem lehet a homoszexualitást azon az alapon büntetni, hogy sokan erkölcstelennek tartják. E jelentés

¹⁸² Uo. 30-31. p.

¹⁸³ JÄGER 1957, 38. p.

¹⁸⁴ Vö. SCHMOLLER, aki a Sittlichkeit kifejezést több aspektusból és több lehetséges jelentéstartalommal vizsgálja, de mindegyiknél arra a következtetésre jut, hogy nem adnak választ a „miért büntessük?” kérdésre (2000, 33. p.). Lásd még KIENAPFEL – SCHMOLLER 2005, 113-114. p.

kapcsán bontakozott ki az ún. Devlin – Hart vita.¹⁸⁵ A vitából itt most csak a konzervatív felfogású jogi lordnak, PATRICK DEVLINNEK néhány megállapítását emelném ki. Devlin a morális törvényhozás középpontjába az utca emberét helyezi, aki a kiindulási alap kell, hogy legyen. E célkitűzés lehetetlensége kapcsán hadd utaljak a fent ismertetett „Körtánc-perre” (lásd 2.2.1.). Egy másik megállapítása szerint a jog feladata a társadalom erkölcsi kódexének kikényszerítése. E felfogás hibáját és lehetetlenségét az előbb bemutattam. Az a megjegyzése pedig ma már csak egyszerűen megmosolyogtató, hogy a morális törvény meglétére egyértelműen utal az undor.¹⁸⁶

Eltételezve most már attól, hogy a nemi erkölcs nem is erkölcs, és nem is alkalmas jogi tárgy, további érvek is felhozhatók a büntetőjog általi figyelembe vétele ellen. A büntetendőségnek a nemi erkölcsre alapozása könnyen ahhoz vezet, hogy a jogalkotó és a nagy értelmezési szabadságot kapó jogalkalmazó *kétség esetén is a büntetendőség mellett fog dönteni*.¹⁸⁷ A kétségek meglétéhez pedig hadd utaljak az ölés tilalmával kapcsolatban írtakra. A törvényi szabályozás nem hagyhatja figyelmen kívül, hogy például egy milliós nagyvárosban nem található meg az erkölcsi és vallási felfogásoknak azon ideális összhangja, hogy kétséges és határesetekben lehetséges volna olyan döntést hozni, amely minden további nélkül általános egyetértésre talál. ¹⁸⁸ Ma már inkább abban van messzemenő egyetértés, hogy nem létezik az az egységes erkölcsi nézet, amelyet alapul vehetnénk.¹⁸⁹ Ez persze nem jelenti azt, hogy akár az öléssel, akár a nemiséggel kapcsolatos kétséges esetekben ne kellene és lehetne így vagy úgy dönteni. De ehhez nem a plurális erkölcsöt kell figyelembe venni, hanem a jogtárgyvédelem racionális szempontjait szükséges lefektetni.

A nemi erkölcs elleni bűncselekményekkel kapcsolatban Németországban kibontakozott viták mentén felértékelődni látszott több – nem csak a nemi bűncselekmények kapcsán irányadó – büntetőjogi alapelv. Egyrészt a büntetőjog *ultima ratio* jellege¹⁹⁰, valamint – különösen a fajtalanság kapcsán – a *pontos törvényi meghatározottság követelménye*.¹⁹¹ Másrészt középpontba kerül a kriminálpolitikai döntéshozatal mércéjének

¹⁸⁵ A vitát részletesen ismerteti TARR 2005.

¹⁸⁶ Ismerteti TARR, uo. 5/14. p.

¹⁸⁷ Vö. HANACK 1968, A 28. p.

¹⁸⁸ KLUG 1963, 30. p.

¹⁸⁹ ARZT 1983, 3. p. Kitekintésként érdemes megjegyezni, hogy az erkölcsi nézetek figyelembe vételének kérdései és problémái az angolszász filozófiában és büntetőjogi irodalomban is felmerültek. E véleményeket ütközteti és értékeli WALKER 1976, 62-79. p. A szerző a büntetőjogra vonatkozó ezen korlátozó elv lényegét így fogalmazza meg: „A büntetőjog nem foglalhat magában olyan tilalmat, amelyet nem támogat erőteljesen a közvélemény” (uo. 70. p.)

¹⁹⁰ HANACK 1968, A 30. p.; LAUBENTHAL 2000, 6. p.; az alapelvről magyar nyelvű irodalomban részletesen lásd NAGY 2004, 75-76. p.

¹⁹¹ HANACK 1968, A 35. p.; az alapelvről a magyar nyelvű irodalomban részletesen lásd NAGY 2004, 65-66. p.

szánt, és az előbb írtakhoz kapcsolódó *in dubio pro libertate* elve. Ez utóbbi – a magyar szakirodalomban kevéssé hivatkozott – alapelv szerint azokban a szélső esetekben, ahol a büntetés szükségessége és igazolhatósága felől kétségek merülnek fel, ott nem kerülhet sor törvényi beavatkozásra.¹⁹² A büntetni rendeléshez mindig jogi tárgyra van szükség, ha kétséges a jogi tárgy, a büntetlenség mellett kell dönteni.¹⁹³ A szexuális bűncselekmények kapcsán a büntetőjog sokkal jobban behatol az egyéni intimszférába, mint más területeken, és ezért itt különösen fontos és fokozottan szükséges a szabályozás általi beavatkozás igazolhatósága.¹⁹⁴

Szintén a viták egyik eredményeként kell utalni egy terminológiai megkülönböztetés jelentőségére: a büntetést érdemlőség (*Strafwürdigkeit*), nevezetesen, hogy az emberek többsége valamit büntetést érdemlőnek tart, nem egyenlő a büntetés szükségességével (*Strafbedürftigkeit*).¹⁹⁵

Az erkölcstelennek tekintett magatartásokat könnyen tekinthetjük egyúttal *büntetést érdemlőnek* is, hiszen erkölcstelenségükben a megvetendőségük tükröződik (pl. homoszexualitás, vérfertőzés). A *büntetés szükségessége* kifejezés azonban arra mutat rá, hogy az erkölcstelenség önmagában nem elegendő és nem alapozhatja meg a büntetendőséget, hiszen ahhoz valamilyen védelmet igénylő, konkrét és a nemi magatartás tekintetében elsősorban individuális jogi tárgy sérelme vagy veszélyeztetése szükséges. Az erőszakos közöszlész és a megrontás esetében azt senki sem vonja kétségbe, hogy az individuális jogi tárgyak védelméhez e magatartások büntetéssel fenyegetése szükséges, és az is kézenfekvő, hogy erkölcstelen és büntetést érdemlő cselekményekről van szó.

Más cselekményeknél azonban a büntetést érdemlőség mércéjének használhatatlanságát támasztották alá azok az 1940-es évektől folytatott empirikus szociológiai kutatások, amelyek azt mutatták, hogy az embereknek a szexualitásról és egyes magatartások büntetendőségéről alkotott nézetei nem igazán esnek egybe azzal, amit a jogalkotó és a jogalkalmazó megmásíthatatlan erkölcsi kódexként aposztrofál (elsősorban a nemi élet házassági keretek közé szorításával összefüggésben).¹⁹⁶

ANGYAL PÁL (lásd 2.1.4.) a homoszexualitás és a bestialitás büntetendősége kapcsán még úgy vélekedett, hogy „az államnak elsőrendű kötelessége a jellem acélozása, ha kell még

¹⁹² KLUG 1963, 38. p., HANACK 1968, A 33. p.; ugyanakkor bizonyos fenntartásokkal ARZT 1983, 11-14. p. A büntetőjog e lehetséges korlátozó elvének lényegéről az angolszász szakirodalomban megjelent érveket ismerteti és elemzi (magyar nyelven) WALKER 1976, 70-72. p.

¹⁹³ JÄGER 1957, 122-123. p.

¹⁹⁴ KLUG 1963, 27. p.

¹⁹⁵ HANACK 1968, A 29. p.

¹⁹⁶ Egyes kutatások eredményeit ismerteti JÄGER 1957, 36-37. p. és HOCHHEIMER 1963, 96-97. p.

a büntetőjog eszközeinek esetleg csak szimbolikus igénybe vétele mellett is”, és, talán ebből következően, „egy létező tilalom törlése általános erkölcsi szempontból nem kívánatos”.¹⁹⁷

A mai vélemények szerint, a szexuális nevelés inkább a család és az iskola feladata. A büntetőjog nem megoldás, tilalmi révén legfeljebb attól tarthatná távol a fiatalokat, hogy nemi életet éljenek. Ehelyett a családnak és az iskolának kell felkészítenie őket arra, hogy szexuális kapcsolatukban hogyan cselekedjenek felelősséggel.¹⁹⁸

3.2. Törvényhozási lépések

3.2.1. *Németországban* már a századforduló után jelentek meg olyan tervezetek, amelyek hangsúlyozták, hogy az erkölcsi szabályok megsértése más védelmet igénylő különös érdekek sérelme, illetve veszélyeztetése nélkül nem alapíthat büntetendőséget.¹⁹⁹

E tervezetekhez, sőt még a hatályos StGB-hez képest is drasztikus visszalépést jelentett az 1962. évi javaslat.²⁰⁰ A javaslat egy átfogó fejezetet tartalmazott az *erkölcsi rend elleni bűncselekmények* megjelöléssel. Ezen belül a következő címek voltak megtalálhatók: 1. a vallási béke és a halottak nyugalma elleni bűncselekmények; 2. a házasság, a család és a személyállapot elleni bűncselekmények; 3. a nemi erkölcs elleni bűncselekmények; 4. a segítségnyújtás elmulasztása; 5. állatkínzás. A nemi erkölcs elleni bűncselekményeken belül külön csoportot képeztek a fajtalansági deliktumok (Unzuchtsdelikte) és a prostitúciós bűncselekmények.²⁰¹ A javaslat lényegében a 18. századig lép vissza és a közerkölcs védelmében újból létrehoz egy fejezet-konglomerátumot, amelybe a nemi bűncselekményeket is belefoglalja. Ehhez hasonlót a C.C.Theresianában és a Josephinisches Strafgesetzbuchben találunk (lásd 1.2.2. és 1.2.3.).

A javaslat indokolása arra a „vitathatatlan felismerésre” utal, hogy „a nemi élet tisztasága és egészsége a nép létezésének és a természetes életrend megőrzésének rendkívül fontos feltétele.” Ha a törvényalkotó ezt nem tartja kellőképpen szem előtt, akkor az azzal a veszéllyel fenyegethet, hogy „szakadékot hasít az általános meggyőződés és a törvény közé, és a nép erkölcsi érzületét sérti és összezavarja.”²⁰² A javaslat megkérdőjelezi a

¹⁹⁷ 1937, 78. p.

¹⁹⁸ SCHULTZ 1982, 253. p.

¹⁹⁹ Így az 1909. évi és az 1911. évi tervezet. Ismerteti JÄGER 1957, 27. p.

²⁰⁰ A javaslat szövegéhez és indokoláshoz lásd: Auszüge aus der Bundestagdrucksache IV/650 vom 4. Oktober 1962.

²⁰¹ KLUG 1963, 28. p.; SCHMOLLER 2000, 34. p.

²⁰² Idézi LAUBENTHAL 2000, 4. p.; GÖSSEL 2005. 2. p.

jogtárgyvédelem követelményét a büntetőjogban, álláspontja szerint „nem kizárt, hogy az erkölcsileg különösen elvetendő és az általános meggyőződés szerint káros magatartásokat akkor is büntetéssel fenyegezzük, ha a cselekmény nem fenyeget közvetlenül meghatározható jogi tárgyat.”²⁰³ Találó ezzel kapcsolatban HANACK ironikus megjegyzése, miszerint ezzel az állásponttal a jogalkotó megkönnyíti a maga számára, hogy az elvetendőből büntetendő csinálgon, sőt ez alapján még az a kérdés is joggal merülhetne fel, hogy „vajon a jogalkotó saját magával megy-e szembe akkor, amikor az elvetendő magatartások köréből sokat büntetetlenül hagy.”²⁰⁴

Érthető, hogy a jogalkotó okfejtései – enyhén szólva – felborzolták a kedélyeket a szakmai körökben. A tiltakozás egyrészt a német büntetőjogi oktatók 1965. évi gyűlésén, másrészt az 1968. évi Német Jogászgyűlésen (Deutscher Juristentag) intézményesedett.²⁰⁵ A legkorábbi tiltakozások között tartható számon egy 1963. évben megjelent tanulmánygyűjtemény, amelyben a büntetőjogászok mellett jogbölcsesek, orvosok és pszichológusok is részletesen kifejtették kritikai észrevételeiket.²⁰⁶

A tényleges törvényi reformokra végül két lépcsőben került sor. A legsürgetőbb módosításokat az I. büntető novella (1. StrRG) már 1969-ben megtette: kiiktatta az StGB-ből a házasságtörés, az egyszerű homoszexualitás, az állattal való fajtalanság és a férjszínlelés tényállását. A nemi bűncselekményeket tartalmazó fejezet átfogó újraszabályozására a IV. büntető novellával (4. StrRG) került sor 1973-ban. A fejezetcímet a szexuális önrendelkezés elleni bűncselekményekre (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) változtatták, így határozta meg a jogalkotó e bűncselekmények közös jogi tárgyát. Az Unzucht kifejezést valamennyi törvényi tényállásból száműzték, és helyére a semleges és a moralizálást nem engedő szexuális cselekmény (sexuelle Handlung) került. A korábbiakban tárgyalt problémák közül kiemelendő, hogy a kerítés tényállását lényegesen szűkítették (lásd 2.2.1.).²⁰⁷ Az 1973. évi novella most már a jogtárgysértést és jogtárgyvédelmet állította a nemi bűncselekmények szabályozásának középpontjába is, figyelemmel egyúttal a büntetőjog ultima ratio jellegére.²⁰⁸

Az 1969. év a bírói gyakorlatban is mérföldkő, az ekkor született ún. Fanny Hill-ítélet szembe megy a korábbi gyakorlat erkölcsi monizmusával: „a nézetek időhöz kötöttek és változnak abban a kérdésben, hogy [...] mi az, ami a társadalomra károsan hat, és hogy ennek alapján hol kell meghúzni a nemi vonatkozású ábrázolásoknál a tolerancia határát. [...] A

²⁰³ Idézi GROTE 2000, 29. p.

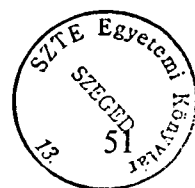
²⁰⁴ 1968, A 15. p.

²⁰⁵ SCHROEDER 1975, 15. p.

²⁰⁶ Sexualität und Verbrechen. Beiträge zum Strafrechtsreform (Hrsg.: Bauer et al.). Fischer Bücherei. 1963.

²⁰⁷ SCHROEDER 1975, 15-16. p.

²⁰⁸ LAUBENTHAL 2000, 6. p.



büntetőtörvénynek nem az a feladata, hogy a nemi területen keresztülvigye a felnőtt polgár erkölcsi standardját, hanem hogy védje a társadalmi rendet a megzavarástól és a durva zaklatásoktól.”²⁰⁹

3.2.2. Míg Németországban az 1973. évi büntető novella végleg szakított a korábbi felfogással, addig az 1975. évi új *osztrák* Btk. még mindig a „nemi erkölcs kódexek” közé sorolható (lásd 2.1.2.). A reformok itt is két lépcsőben történtek és tizenöt évig elhúzódtak.²¹⁰

A témánkat érintő első nagy módosítás 1989-ben történt és meglehetősen felemásra sikerült, mivel csak az erőszakos nemi deliktumok tényállásait érintette. A korábbi Notzucht és Zwang zur Unzucht elnevezésű tényállásokat átnevezték, a pejoratív felhangtól megfosztott új elnevezések: nemi erőszak (Vergewaltigung) és nemi kényszerítés (Geschlechtliche Nötigung). Ugyanakkor megmaradt a megszégyenítés (Schändung) tényállása ezzel az elnevezéssel.²¹¹

Az elnevezéseken túl komoly tartalmi változás volt, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásából száműzték a fajtalanság (Unzucht, unzüchtige Handlung) kifejezést, és e tényállások generális fogalmává a „nemi cselekmény” (geschlechtliche Handlung) kifejezést tették. Ugyanakkor, ez a „fogalmi tisztítás” csak az erőszakos szexuális bűncselekmények tényállásaiban történt meg, más nemi bűncselekmények tényállásaiban továbbra is megmaradt a fajtalanság kifejezés. Egyes szerzők joggal vetik fel, hogy az 1989. évi törvényi helyzetkép olyan benyomást kelt, mintha a jogalkotó tudatosan differenciált volna, és minősítette volna továbbra is fajtalanságnak például a 18. év alatti fiúval konszenzuálisan folytatott homoszexuális magatartásokat.²¹² Emellett ez a felemás megoldás komoly dogmatikai feszültségekhez vezetett. Így olyan anomáliák fordultak elő, hogy míg például a feleség erőszakkal orális közösiségre kényszerítése 1989-től már büntethető volt, addig ha mindezt a védekezésre képtelen feleség sérelmére követték el, akkor az továbbra sem volt bűncselekmény, mivel az ez esetben releváns megszégyenítés tényállásában (Schändung)

²⁰⁹ BGHSt 23, 12, 42-44. p. A konkrét ügyben a BGH-nak abban a kérdésben kellett döntenie, hogy John Cleland „Fanny Hill emlékei” című műve beleütközik-e a fajtalan iratok terjesztésének tényállásába. A válasz nemleges volt.

²¹⁰ E reformok részletes áttekintéséhez, az öStGB és a novellák szövegéhez, valamint irodalmi apparátushoz lásd SZOMORA 2005a

²¹¹ Az 1989. évi novella szövegéhez lásd FABRIZY 2002, 586-632. p.

²¹² SCHICK-WK, 5. p.; KIENAPFEL – SCHMOLLER 1999, 175. p. Itt az osztrák Alkotmánybíróság által 2002-ben megsemmisített 209. §-ról van szó, amely a magyar Btk. korábbi, a természet elleni fajtalanságot pönalizáló 199. §-ával állítható párhuzamba. Lényeges eltérés azonban, hogy az osztrák Btk. csak a férfiak nemi cselekményeit büntette.

továbbra is a fajtalanság szerepelt, amelyről láttuk, hogy házastárs sérelmére nem volt elkövethető (vö. 2.2.1.).

Az ellentmondásokat a 2004. évi novellával küszöbölte ki a jogalkotó. A miniszteri indoklás egyértelműen fogalmaz a törvénymódosítás indokait illetően: „A javaslattal – annak súlyponti részét illetően – a szexuális bűncselekmények szabályozásának 1975 óta lépésről lépésre bekövetkezett reformját kívánjuk folytatni és mielőbb lezárni. Az 1975. évi Btk. hatálybalépése óta történt változások mindig csak egyes pontokat, részletkérdéseket érintettek, de a változtatásokból kimaradt rendelkezések átfogó átdolgozása mindezekig nem történt meg. Különösen igaz ez valamennyi tényállásnak a tettes és a sértett neme szempontjából semleges megfogalmazására, illetve a nemi erkölcs, a fajtalanság és az üzletszerű fajtalanság korszerű fogalmakkal történő kiváltására.”²¹³

A kormány-előterjesztés azt is kiemeli, hogy a módosításokkal „a társadalmi változásokat, különösen az ember személye és a szexuális önrendelkezéshez való jog elismertségének erősödését kívánja figyelembe venni.”²¹⁴ Ezt volt hivatott tükrözni, hogy az öStGB 10. Fejezetének megnevezését „A szexuális integritás és önrendelkezés elleni bűncselekmények”-re változtatták, búcsút mondva ezzel a nemi erkölcs kifejezésnek is.²¹⁵

3.2.3. *Hazánkban* a Csemegi-kódex különös részét az 1961. évi Btk. váltotta fel. A fejezet elnevezése szemérem elleni bűncselekményekről nemi erkölcs elleni bűncselekményekre változott, ahogyan az már a BHÖ-ben is szerepelt. A fejezetcím ellenére úgy vélem, hogy a *'61-es Btk.-ban a nemi erkölcs központi szerepe de facto kezd meggyengülni*. Ezt az alábbi okok támasztják alá:

a) A miniszteri indoklás az itt szabályozott bűncselekmények kapcsán a jogi tárgyak három csoportját nevesíti: a nemi szabadságot, az ifjúság egészséges nemi fejlődését, valamint a nemi kapcsolatok társadalmi rendjének más vonatkozásait.²¹⁶ Ez a hármas csoportosítás jelent meg a '61-es kódex kommentárjában is, azzal, hogy a bűncselekmények közös jogi tárgya a nemi kapcsolatok társadalmi rendje.²¹⁷ Továbbá ez a hármas csoportosítás jelenik meg mind a mai napig, még a legújabb tankönyvekben is.²¹⁸ A német és osztrák szemlélethez képest lényeges különbség, hogy közös jogi tárgyként már nem merül fel a társadalom nemi

²¹³ 294 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien. 4. p.

²¹⁴ Uo. 1. p.

²¹⁵ A 2004. évi novella végleges szövegéhez lásd Strafrechtsänderungsgesetz 2004. BGBl I 2004/15.

²¹⁶ Indoklás-1961, 474. p.

²¹⁷ NEMÉNY 1968, 1337. p.

²¹⁸ Lásd régebből még MERÉNYI 1987, 21-22. p.; újabban pl. FEHÉR 2005. 242. p.; SINKU 2005, 226. p.; NAGY 2005. 284. p.; és lényegében így FÖLDVÁRI 2005, 186-187. p.

élettel kapcsolatos általános érzülete. Ugyan az e helyett szereplő nemi kapcsolatokról társadalmi rendje sem mond sokat a jogi tárgy szempontjából, de az ezen belül említett csoportosítás lényeges előrelépésnek tekinthető.

b) A szabályozás központi eleme továbbra is a közösülés és a fajtalanság fogalompárosa. Bár a fajtalanság kifejezés ugyanolyan megbélyegző mint az Unzucht, de – mint említettem – nálunk nem értelmezték sem aggályos módon kiterjesztően, sem pedig megszorítóan, ez az elkövetési magatartás nem képezte moralizálás alapját a bírói gyakorlatban (vö. 2.2.2.). A fajtalanság fogalmát, bár még nem került be a törvénybe, az indokolás a mai legáldefinícióval azonosan rögzíti.²¹⁹

c) A német és az osztrák szabályozást is megelőző vívmánynak tekinthető, hogy megtörtént a konszenzuális homoszexuális cselekmények és a bestialitás dekriminalizálása.²²⁰ A homoszexuális cselekményeknek csak az erőszakos változatát büntették, továbbá ha 20. életévét be nem töltött személlyel történt a konszenzuális nemi érintkezés, illetve ha a cselekményt megbotránkoztató módon követték el. Ezen alakzatoknak már nem csak férfiak, hanem nők is lehettek tettesei.

A társadalom – akkoriban még minden bizonnyal – jelentős része által erkölcsstelennek tekintett homoszexualitás tehát csak akkor volt büntetendő, ha konkrét jogi tárgyat sértett: erőszakos elkövetés esetén a szexuális önrendelkezést; 20 év alatti passzív alany esetében – az akkori felfogás szerint – az ifjúság egészséges szexuális fejlődését; megbotránkoztató elkövetés esetén pedig a nemiséggel kapcsolatos egyfajta köznyugalmat.

d) A tényleges ifjúságvédelem irányába való haladást jelentette a megfertőztetés bűncselekményének (lásd 2.1.4.) gyökeres átalakítása. A passzív alanyokat érintő fontos változás volt, hogy kiiktatták a törvényből a tisztességes jelzőt, valamint a védelmi kört a fiúgyermekre is kiterjesztették. Az elkövetési magatartások közé pedig a közösülésen túl a fajtalanságot is beiktatták.

Az 1961. évi Btk. vonatkozó rendelkezéseit tárgyalja SCHULTHEISZ EMIL 1966-ban megjelent monográfiája. Moralizálással e munkában sem igen találkozhatunk, a szerző sokkal inkább a bűncselekmények tényleges jogi tárgyait vizsgálja részletesen, ezzel összefüggésben kitér a bűncselekmények esetleges súlyos következményeire és a passzív alanyokra gyakorolt

²¹⁹ Indokolás-1961, 475. p.

²²⁰ Uo. 475-476. p. Korrekcióra szorulnak TARR ÁGNES megállapításai, amely szerint a homoszexualitás dekriminalizációjára csak 1966-ban került volna sor (2005, 9/14. p.). A dekriminalizáció már a '61-es kódexszel megtörtént, a miniszteri indokolás a büntetendőség eltörlésének okait is ismerteti (Indokolás-1961, 483. p.).

hatására. Schultheisz állapítja meg először, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásai – meghatározott körben – az ifjúság fejlődését is védik.²²¹

A jelenleg is hatályos 1978. évi Btk. lényeges változásokat már nem hozott témánk szempontjából. Érdekesség, hogy a törvény előkészítési munkái során felmerültek mind visszalépést jelentő, mint pedig előremutató elképzelések. Így például szóba került a megrontás tényállásába a tisztességes jelző visszavétele, amit – szerencsére – elvetettek.²²² Haladó szemléletre utal az a javaslat, amely a fajtalanságnak a terminológiából való kiiktatását és például a nemi cselekmény kifejezéssel való felváltását szorgalmazta, tekintettel arra, hogy a köznyelv a fajtalanság szó alatt abnormális szexuális magatartásokat ért. A jogalkotó azonban a jogi nyelvnek adott elsőbbséget, amelyben a fajtalanság szó – tény és való – régóta meghonosodott.²²³ A nemi erkölcs szempontjából a mai napig „bátyaként tartja magát” a vérfertőzés általános büntetendősége, pedig a '78. évi kodifikáció során felmerült a dekriminalizálásának igénye is (a vérfertőzéshez részletesen lásd III. Rész III. Fejezet).

Az 1978 óta a jogalkotó és az Alkotmánybíróság döntései nyomán bekövetkező módosítások – így például az erőszakos közöszlés passzív alanyi körének módosítása vagy az ifjúságvédelem körében a homoszexuális cselekményekbe való beleegyezés korhatárának csökkentése – már nem a nemi erkölcs, hanem a tényleges jogtárgyvédelem körül zajlottak és zajlanak. A jövőbeni módosítások feladata egyrészt az erkölcsi felhangú kifejezések végleges eltávolításával a szabályozás terminológiájának modernizálása, a jogtárgyvédelem további racionalizálása és tökéletesítése, másrészt a részmódosítások révén keletkezett ellentmondások, szabályozásbeli feszültségek csökkentése, feloldása.

Teendő bőven akad tehát.²²⁴ Ezek közül itt most a fejezetcím mihamarabbi megváltoztatását emelném ki. Mint láthattuk a magyar büntetőjog valójában már 1961 óta egyre inkább tényleges jogtárgyvédelmi szempontokat követ a nemi deliktumok szabályozásánál. A fejezetcímekben azonban mind a mai napig a nemi erkölcs elleni bűncselekmények megjelölés szerepel. A magyar büntetőjog több mint negyven éve egyfajta tudathasadásos állapotban van e kérdést illetően. A fejezetcím úgy szól a nemi erkölcsről, hogy ahhoz a tételes szabályozás és a bírói gyakorlat által megvont tartalomnak valójában egyre kevesebb köze van. Olykor a jogirodalom sem tud mit kezdeni a jelenlegi helyzettel.

²²¹ Az egyes jogi tárgyakhoz lásd például az erőszakos közöszlésnél 17-19. p., a szemérem elleni erőszaknál 106-107. p., a megrontásnál 186-187. p., a vérfertőzésnél 203. p.

²²² LÁSZLÓ 1989, 215. és 236. p.

²²³ Uo. 255. és 263. p.

²²⁴ Egy lehetséges de lege ferenda koncepcióhoz lásd NAGY–SZOMORA 2004.

Így például a mai napig olvashatunk olyat, hogy „a szabályozás alapja a társadalom általános erkölcsi ítélete”.²²⁵ A fejezetcím és a tartalom közötti feszültség szükségképpen érződik az irodalmi munkákon, hiszen a tényállás-elemzés során nem lehet a fejezetcímről nem említést tenni.

Meg kell ugyanakkor említeni, hogy az itt vázolt álláspontom ellentétes az Alkotmánybíróság felfogásával, amelynek több határozatából is kiolvasható, hogy a nemi erkölcs kategóriáját megfelelő jogi tárgynak tekinti. Egy korai határozatában a „különböző életviszonyok, erkölcsi és jogi normák” büntetőjog általi védelméről szól [30/1992. (V.26). AB hat. IV.3.1./4.], ami ilyen formában azt sugallja, hogy önmagában egy erkölcsi vagy jogi norma léte alap lehet a büntetendőségre (még akkor is, ha utána a szükségesség és az arányosság követelményének említésére kerül sor). Egy későbbi határozatában szintén a nemi erkölcs lehetséges jogtárgyi szerepe rajzolódik ki. Eszerint „a büntetőjog a nemi erkölcs területén (is) meghúzza azt a szélső határt, amelynek áthágását a társadalom már nem tűri el. [...] Vannak bűncselekmények [...], ahol a büntetendőséget erkölcsileg nem lehet komolyan kérdésessé tenni – például az emberölésnél. A nemi erkölcs szempontjából sem lehet kérdésesnek tekinteni például a vérfertőzés megbüntetését [...]”. Ugyanebben a határozatban szerepel, hogy a „bűncselekmények megállapítása törvényhozói kompetencia, s így a demokratikus *többségi* vélemény – és érzület – érvényesülésének tere [...]” [21/1996 (V.17. AB. hat. IV/2.) [kiemelés – Sz.Zs]. E korábbi, egyébként nem a nemi bűncselekményeket érintő határozatokkal teljes összhangban van a Btk. 199. és 200. §§-ait megsemmisítő döntés, amely végül a nemi erkölccsel mint fejezetcímmel kapcsolatban határozottan kimondta, hogy „a törvényhozónak jogában áll, hogy a szexuális viselkedést szabályozó, bizonyos szexuális magatartásokat tiltó erkölcsi normák egy részét büntetőjogi szankciókkal is megerősítse. Az ettől különböző kérdés, hogy ennek során érvényesülnek-e a büntető hatalom alkotmányos kötöttségéből fakadó következmények.” [37/2002. (IX.4.) AB hat. IV.1.1.1.].

Látható tehát, hogy az Alkotmánybíróság elismeri a jogalkotói kompetenciát a nemi erkölcsnek jogi tárgyként történő kezelésére, de emellett – helyesen – utal a büntetőjoggal szemben támasztott egyéb alkotmányos követelmények érvényesítésének szükségességére is. Álláspontom szerint *önmagában a nemi erkölcs* nem teljesíti ezeket a követelményeket, a fentiekben ezt kívántam érzékeltetni. A nemi erkölcs véleményem szerint sem szűken dogmatikai, sem pedig alkotmányossági szempontok mentén nem alkalmas a jogtárgyszerep

²²⁵ SINKU 2005, 227. p.

betöltésére a büntetőjogban. Az alkotmányossági kérdésekkel kapcsolatban elegendő röviden arra utalni, hogy a nemi erkölcs nem mérhető pl. a szükségesség-arányosság mércéjével, mert valami vagy ellentétes vele, vagy nem, a nemi erkölcsnek nincsenek fokozatai. Tehát ha erkölcsi tilalmak büntetőjogi szankcionálását alkotmányossági szempontból akarjuk vizsgálni, akkor ehhez valami mást, másik jogi tárgyat kell mögötte keresni.²²⁶

Azt is meg kell állapítani továbbá, hogy *a ténylegesen individuális jogtárgyvédelmi funkciót ellátó bűncselekmények egyébként ellentétesek a nemi erkölccsel is*. Azt senki nem vitatja, hogy pl. az erőszakos közöszlenség morálisan elítélendő cselekmény lenne. Büntetendősége azonban nem az erkölccstelenségén alapul.

4. Összegzés

A nemi bűncselekmények jogi tárgyainak és szabályozási rendszerének fejlődésében – a vizsgált országokban – három korszakot különböztethetünk meg.

4.1. Az *első* – és tartamát tekintve leghosszabb – *időszakban*, a kora középkortól kezdve *kollektív jellegű jogi tárgyak* álltak e deliktumok büntetendősége mögött. Így a nemzetség, a család és az ezekhez való társadalmi kötődés. Az egyház szerepének erősödésével pedig a házasság intézménye került a védelem középpontjába. Fontos azonban annak szem előtt tartása, hogy a nemi bűncselekmények büntetendősége mögött nem kizárólag vallási megfontolások álltak, hanem a kriminalizációt, a szigorú tiltást társadalmi szükségletek is indokolták. Véleményem szerint – az irodalom jó részében – *egyoldalú a vallási hatás túlhangsúlyozása* a nemi bűncselekmények szabályozásával összefüggésben, e mellett nem hagyható figyelmen kívül *a kriminalizáció mögötti társadalmi szükségszerűség*, különösen a konszenzuális heteroszexuális cselekmények tekintetében. Az akkori társadalmi és gazdasági berendezkedésben a házasságon kívüli, illetve házasság előtti nemi kapcsolatoknak súlyos következményei lehettek, és így a vallási előírások mellett ez is érthetővé teszi a házasságon kívüli mindenféle nemi cselekmény pönalizálását. A vallási háttér dominanciája elsősorban a homoszexualitás üldözésében érhető tetten, kisebb részben pedig a vérfertőzés széles körre való kiterjesztésében és kegyetlen büntetésében.

²²⁶ Mint ahogy végül az AB is keresett más jogi tárgyakat a vérfertőzést vizsgáló határozatában (részletesen lásd III. Rész III. Fejezet 1.1.4.)

Az egyházi joghatóság háttérbe szorulásával egy újabb állomáshoz érkezik a fejlődés a kollektív jogi tárgyak körében. Megkezdődik a közerkölcs mint védendő érdek önállósodása és leválása a vallási parancsokról. E folyamat kiindulópontjának a Consitutio Criminalis Carolinát tekinthetjük, majd a 16-17. századi Polizeiordnungokkal és a 18. századi Theresianával kiteljesedik a közerkölcs kategóriája, és megvalósul az abszolutista állam célkitűzése, az élet minden területének rendszabályozása. Ennek csak egy szeletét képezték a nemi életre vonatkozó tilalmak. Mint láttuk, a későbbi fejlődés szempontjából kulcsfontosságúnak tekinthető II. József büntetőtörvénye. A Josephinában a későbbi fejlődés mindkét irányának csírái megtalálhatók. Így megtörtént a közerkölcs végleges leválasztása a vallás-erkölcsről, és a törvényben a nemi bűncselekmények jó része – más bűncselekményekkel együtt ugyan, de – már kifejezetten mint erkölcs elleni deliktum található meg. Mindez elengedhetetlen feltétele volt a nemi erkölcs mint szabályozási kategória specifikálódásának és így a 19. századi „nemi erkölcs kódexek” létrejöttének. Emellett pedig az individuális jogtárgyvédelemre is találunk példát a Josephinában.

Írott büntetőjog hiányában a magyar fejlődés első szakasza nehezen mérhető össze a német nyelvű országokéval. Az eddig feldolgozott szokásjogból mindenesetre kiolvasható, hogy a vallási szempontok mellett nálunk is erősen jelen van a nemi élet kordában tartásának társadalmi szükségessége. Az 1795., 1830., és 1843. évi javaslatokban témánkkal kapcsolatosan felfedezhető a Josephina hatása, és olyan rendelkezésekre is bukkanhatunk, amelyek az individuális jogtárgyvédelem megjelenését jelzik. Ami a kriminalizáció körét illeti, értékelhető adatok hiányában a szokásjog „nagy rejtélyének” tekinthetjük a homoszexualitás megítélését. Sejthető továbbá, hogy a 19. század második felében elindul a házasságon kívüli nemi kapcsolatok dekriminalizálása.

4.2. A fejlődés *második fázisát* a 19. és 20. századi „nemi erkölcs kódexek” időszaka jelenti, amikor is *a nemi erkölcs jelenik meg központi szabályozási kategóriaként és jogi tárgyként*. A fejlődési szakasz legfontosabb jellemzői a következők:

a) Megtörténik a nemi bűncselekmények és a nemi erkölcs lehatárolódása, azaz a büntetőtörvények az erkölcsöt már csak kizárólag a nemi bűncselekményekkel kapcsolják össze és a védelem egyetlen tárgyaként a nemi vonatkozású erkölcsöt jelölik meg. E folyamat betetőzése a házasság és a család elleni bűncselekményeknek a nemiekről történő leválasztása.

b) A „nemi erkölcs kódexek” fontos jellemzője a nemi erkölcsről, nemi tisztességről, szeméremről szóló fejezetcím. Terminológiájukban tükröződik a nemiséget érintő általános

megvetés, amelynek legfontosabb megtestesítője a fajtalanság mint a legtöbb törvényi tényállás közös eleme. E törvények büntetik – legtöbbször csak a férfiak – konszenzuális homoszexuális magatartásait, rendkívül széles körben a kerítést és a vérfertőzést. A korábbiakhoz képest szűkebb körben ugyan, de még mindig bűncselekmény a házasságtörés.

c) A szabályozás mögül teljes egészében eltűnik a vallási háttér, és az idő előrehaladtával egyre inkább kérdéses a társadalmi beágyazottság. A jogalkotó és a jogalkalmazó egyaránt egy változtathatatatlannak kikiáltott, megmerevedett magatartási szabályrendszert tekint a büntetőjogi szankcionálás alapjának. Ebben a merev és erkölcsinek nevezett szabálykódexben a régi tilalmak éltek tovább úgy, hogy valójában elveszítették a vallási, és különösen a 20. században a társadalmi háttérüket is.

A régi szabályok továbbélése folytán a kriminalizáció továbbra is igen széles körű. Ezzel kapcsolatban kiegészítésre szorul az a sommásnak mondható megállapítás, hogy a „19. században általánossá vált a büntetőjogi felelősség szűkítése, illetve a büntetés lényeges enyhítése. A büntető törvények alapvetően a nemi élet szabadságát és a közérkölcset feltűnően sértő cselekmények büntetésére szorítkoznak”.²²⁷ A büntetések enyhülése a büntetőjog egészére jellemző, a büntetőjog felvilágosodással indult humanizálódásának eredménye. Ez az általános hatás érezhető a nemi bűncselekményeken is. Az igaz, hogy a kriminalizáció köre szűkül, mert már nem büntetendők a házasságon kívüli heteroszexuális cselekmények. De nem szabad elfelejteni, hogy kerítés elnevezés alatt széles körben büntetendő az ilyen nemi kapcsolat elősegítése, a házasságtörés, és a 20. század közepéig büntetendő a homoszexualitás, az állatokkal való fajtalanság. Ha szem előtt tartjuk a szabályozás korábbi alapjának eltűnését, akkor sokkal inkább úgy kell fogalmazni, hogy továbbra is indokolatlanul széles volt a kriminalizáció köre. Hiszen a büntetendőség nem egy esetben pusztán morális megfontolásokon alapult.

d) A „nemi erkölcs kódexek” megítélését jelentősen befolyásolja a hozzájuk kapcsolódó bírói gyakorlat. Nem közömbös, hogy a morális nézetek alapján megalkotott határozatlan törvényi fogalmak alapján mekkora értelmezési szabadságot teremt magának a bíróság. Ebből a szempontból döntő az, hogyan értelmezi a joggyakorlat a fajtalanság fogalmát.

Valamennyi jellemző figyelembe vételével a következő törvények alkotják a fejlődés ezen szakaszát: az 1803., 1852. és 1975. évi osztrák Btk. részben 1989-ig; az 1871. évi német

²²⁷ FEHÉR 2005, 211. p. Hasonlóan sommás megállapítást találhatunk ANGYAL PÁLNAI is, akinek a jogtárgyvédelemmel kapcsolatban a továbbiakban tett megjegyzései – nevezetesen, hogy a büntetendőséghez testi sértés, szabadságelvonás vagy közbotrány kell – a korabeli szabályok és Angyal ismertetett nézetei fényében aligha érthetők (1937, 7. p.).

Btk. egészen 1973-ig és a Csemegi-kódex. Sikertült ugyanakkor kimutatni, hogy a Csemegi-kódex mind a törvényhozási anyagokat tekintve, mind pedig a törvényre épülő bírói gyakorlat alapján mérsékeltebb moralizálást képvisel a német és osztrák törvényekhez képest.

4.3. A fejlődés *harmadik, jelenleg is tartó szakaszát* az individuális jogtárgyvédelem felerősödése jellemzi. Ennek kétirányú hatása van. Egyrészt megfelelő jogi tárgy hiányában és az ultima ratio elvére is figyelemmel dekriminalizációval jár, ez különösen a homoszexualitás, az állattal való fajtalanság és a házasságtörés büntetlenné nyilvánításában érhető tetten. Másrészt a tényleges jogtárgyvédelem érdekében kriminalizációhoz vezethet, itt elsősorban a fokozódó ifjúságvédelemre és a házasságon belüli nemi erőszak pönalizálására kell gondolni. E fejlődési fázis általában együtt jár a törvényi fejezetcím és terminológia átalakításával, a nemi erkölcs és a morális felhangú kifejezések törvényből való kiiktatásával.

Érdekes, hogy e reformok eltérő időben indulnak a vizsgált országokban. Ennek hátterében kimutatható az az összefüggés, hogy minél erősebb volt a moralizálás, annál hamarabb kezdődtek és annál nagyobb léptékűek voltak a reformok. Így az extenzíven kriminalizáló német joggyakorlat mellett 1969-ben és 1973-ban, a mérsékeltebb képet mutató Ausztriában pedig csak 1989-ben, egészen 2004-ig elhúzódva.

A magyar helyzet vizsgálata azzal a tanulsággal szolgál, hogy nálunk a szemléletváltás de facto – és továbbra is a régi terminológia mögött – már 1961-ben elkezdődött és a mai napig tart. Az eredetileg is mérsékeltebb moralizálást megtestesítő Csemegi-kódex és gyakorlata mintegy fokozatosan alakul át tényleges jogtárgyvédelemmé, ennek első és jelentős lépcsője az 1961. évi Btk. volt. A magyar fejlődést kevésbé kísérték szélsőséges változások, akár az egyik, akár a másik irányban. A hatályos Btk.-t tekintve szinte utolsó lépcsőnek látszik a terminológia jövőbeni átalakítása, amit azért kellene megtenni, hogy a törvényi kifejezéseket hozzáigazítsuk az időközben megváltozott tartalomhoz. A terminológia változása látványos lesz ugyan, de tartalmát tekintve már korántsem akkora horderejű, mint a német nyelvű országokban.

4.4. A moralizálással való szakítás és az individuális jogtárgyvédelem legkorábbi példája az 1813. évi bajor Btk. volt. Ugyanakkor, ha a mai helyzetet tekintjük, elmondható, hogy a jelenlegi szemléletünkhöz a „nemi erkölcs kódexek” is hozzájárultak. A bajor Btk.-ban ugyanis e bűncselekmények szexuális jellege feloldódott az általános személyi szabadság és integritás védelmében. A mai szabályozásokat tekintve a sokat kritizált „nemi erkölcs kódexek” hozadéka az, hogy a nemi deliktumok specifikációja révén egy törvényi fejezetben

- tartották azokat, és így lehetővé tették, hogy – fontossága folytán – a mai törvények külön is értékeljék az ember szexuális integritását és megjelenítsék annak speciális védelmét.

II. Rész

A nemi cselekmény

Az értekezésben vizsgált bűncselekmények törvényi szabályozásának központi kategóriáját, közös elkövetési magatartását jelenti a nemi cselekmény (annak különböző formái), így először e fogalom vizsgálata szükséges.²²⁸

A magyar büntetőjog nem ismeri a nemi cselekményt mint egységes, átfogó fogalmat. Eleddig a magyar büntetőjog-tudomány még nem tett kísérletet arra, hogy megpróbálja az *ember szexuális magatartását egységes jelleggel meghatározni a büntetőjog számára*. Ez természetesen nem jelenti azt, hogy a nemi magatartások hiányoznának a büntetőjogi fogalomtárunkból; a magyar büntetőjog kétféle nemi cselekményt ismer, a *közösülést* és a *fajtalanságot*. A közösülésnek nem létezik törvényi meghatározása, a dogmatika viszont egészen pontosan írja körül – a büntetőjog szempontjából – a közösülés tartalmát (a férfi és női nem szerv belső érintkezése közösülési szándék mellett). Ezzel szemben a fajtalanságnak adott a törvényi fogalma, ám Btk. a 210/A. § (2) bekezdésében foglalt legáldefinícióról a pontos meghatározottság már nemigen mondható el (fajtalanság: a közösülés kivételével minden súlyosan szeméremsértő cselekmény, amely a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál).

Ezen értelmező rendelkezés alá szubsumálható minden (más) nemi cselekmény, ami nem közösülés. A két fogalom között tehát kizáró viszony van, és ez az, ami első látásra feltűnik. Ez a kizáró viszony, és különösen annak törvényi szövegezése (a közösülés kivételével minden...) azonban implicite egy más kapcsolatot is rejt magában; nevezetesen a fajtalanság definíciójának fogalmi elemei ráillenének a közösülésre is, elvileg a közösülés is ezen értelmező rendelkezés alá lenne szubsumálható, és pontosan ennek elkerülése végett kellett a jogalkotónak kizárni a közösülést a fajtalanság fogalmából. Azt nehéz elvitatni

²²⁸ Elkövetési magatartásként szerepel az erőszakos közösülés (Btk. 197. §), a szemérem elleni erőszak (Btk. 198. §), a megrontás különböző alakzatai (Btk. 201-202/A. §), és a vérfertőzés esetében (Btk. 203. §). Más tényállási elemet képez a kerítés esetén (Btk. 207. §); valamint az üzletszerű kéjelgésre vonatkozó értelmező rendelkezés alapján közvetett módon jut jelentőséghez (Btk. 210/A. § (1) bek.) az üzletszerű kéjelgés elősegítése (Btk. 205. §) és a kitaratottság (Btk. 206. §) bűncselekményeinél. Mint a Bevezetésben említettem, ez utóbbi bűncselekmények elemzése nem tárgya az értekezésnek.

ugyanis, hogy a közösülés – a de lege lata fogalmak szerint – súlyosan szeméremsértő, továbbá, hogy a nemi vágy kielégítésére szolgál.²²⁹

Témánk szempontjából ezt a viszonyt tekintem meghatározónak, és ennek alapján *a fajtalanság fogalmi elemei tekinthetők a nemi cselekmény magyar büntetőjogbeli genus proximumának*. Ebben a fejezetben tehát a fajtalanság részletes vizsgálatára kerül sor. A közösüléssel itt most még nem szükséges foglalkozni, hisz abban már a nemi cselekmény (fajtalanság) differenciálása ismerhető fel. S arra a kérdésre, hogy a konkrét jogi tárgy megfelelő védelméhez szükséges-e a nemi cselekmény bármilyen differenciálása, majd az egyes jogi tárgyak kapcsán lesz szükséges kitérni (lásd pl. III. Rész I. Fejezet 8.2.).

Mindezzel együtt fenntartható a bevezető tételmondat, miszerint a magyar büntetőjog nem ismeri a nemi cselekmény egységes, átfogó fogalmát. A jogirodalomban nem került még sor a fajtalanságnak mint genus proximumnak a tematizálására, és a jogalkotó általi törvénybe iktatása mögött sem fedezhető fel ez a szemlélet.

Az I. Fejezetben a fajtalanság de lege lata fogalmának leíró jellegű majd kritikai elemzésére kerül sor.

I. Fejezet

A fajtalanság a magyar büntetőjogban

1. A fajtalanság (törvényi) definiálásának útja

Ahogy a történeti fejezetben láttuk, a fajtalanság kifejezés – legáldefiníció nélkül – már a Csemegi-kódex tényállásaiban szerepelt, így mint törvényi kategóriának az értelmezése a 19. század végétől kezdődik. A definiálás egyébként nem bonyolult útjának rövid felvázolásához elegendő ANGYAL PÁL monográfiájáig visszamenni. Angyal fogalmi fejtegetéseit azzal a találó megállapítással kezdi, hogy a „fajtalan cselekmény tartalmi elemének a meghatározása egyike a legnehezebb feladatoknak”. Ezek után negatív oldalról két elemet emel ki: „1. a közösülés kívül esik a fajtalanság körén és 2. [...] figyelemmel a '-talan' fosztóképzőre:

²²⁹ Vannak olyan elszórtan tekinthető értelmezések, amelyek a fajtalanságot a szeméremsértő jellegén túl – a közösüléssel szemben – rendellenesnek, természetellenesnek is tartják, és ezért ellentétesek ezzel a megállapítással. Ezek ismertetésére és kritikájára a későbbiekben kerül sor (lásd 2.1.1. és 4.2.)

fajtalán cselekmény: *a nemi tisztességgel szemben álló tevékenység*”.²³⁰ Majd végül ezt a meghatározást adja: „fajtalán cselekmény az a cselekmény, mely a nemi ösztön felkeltésére vagy kielégítésére irányulva, vagy a felgerjedt nemi ösztön kifejezésre juttatását szolgálva, a nemi vonatkozású erkölcsi tisztességet, a nemi életnek a korabeli erkölcs által vont határát durván megsérti”.²³¹ A meghatározás terjengősebb, mint a mai, ugyanakkor nyilvánvaló, hogy tartalmában teljes egészében megfelel a mai fajtalanság-fogalmunknak, azaz a fogalom-meghatározásban a Csemegi-kódex időszaka óta nem történt lényegi változás.

Az 1961. évi Btk. miniszteri indokolása már a mai szövegezést tartalmazza: „a közösülés kivételével minden olyan szeméremsértő cselekmény [...], amely a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál”.²³² Feltűnő ugyanakkor, hogy az Angyal-féle definícióhoz képest hiányzik a szeméremsértés súlyára történő utalás, és ezért teszi meg az akkori kommentár a pontosítást, miszerint ezt a meghatározást ki kell egészíteni a durván sértő jelleggel.²³³ Az 1978. évi Btk. indokolása is csak ennyiben módosította a definíciót, kimondva, hogy a fajtalanságnak súlyosan szeméremsértőnek kell lennie.²³⁴

A fajtalanság meghatározásának törvénybe való felvételére [lásd a fent írt 210/A. § (2) bekezdését] a Btk.-t módosító 1993. évi XVII. törvénnyel került sor, amely változatlan formában vette át a miniszteri indokolásban adott definíciót. Érdekes vagy inkább sajnálatos, hogy a Btk.-novella indokolása²³⁵ mindössze annyit említ, hogy a törvénybe iktatásra azért volt szükség, mert addig csak a Btk. indokolása tartalmazta a fogalmat. Ezen felül pedig semmilyen tartalmi kérdésbe, fejtegetésbe nem bocsátkozik a fajtalansággal kapcsolatban, így a jogalkotó nem járult érdemben hozzá a fajtalanság fogalmának „megfejtéséhez”. Pedig a törvénybe iktatás a legkézenfekvőbb alkalom lett volna ehhez.

2. A fajtalanság fogalmi elemei

Ebben a – többségében leíró – részben összegyűjtöttem a vonatkozó jogirodalmi megállapításokat, amelyek alapján megpróbálom feltérképezni, hogy mi tudható ma a fajtalanságról, annak tartalmi elemeiről.

²³⁰ 1937, 45. p.

²³¹ Uo. 46. p.

²³² Indokolás-1961, 475. p.

²³³ NEMÉNYI 1968, 1379. p.

²³⁴ Magyar Közlöny 1978/92. szám. 182. p.

²³⁵ Forrás: Complex DVD Jogtár

Elsőként említést kell tenni a tartalmi meghatározást szükségtelennek tartó véleményekről. Ezek lényege szerint a szeméremsértő jelleget azért nem kell bővebben meghatározni, mert az a köztudatban egyértelmű tartalommal él²³⁶, illetve ezek a magatartások felleltározhatatlanok, ezért a fogalom bővebb kifejtése teljesen ésszerűtlen és dogmatikus (sic!) lenne.²³⁷ Olyan – egyébként helytálló – megállapítás is létezik, amely szerint a fajtalansági esetek nagy része egyértelmű²³⁸, ugyanakkor úgy gondolom, hogy ezzel még nem lehet elbogatellizálni a fajtalanság tartalmi meghatározásának feladatát. Ismert olyan munka is, amely kétszer leírja a fajtalanság törvényi fogalmát, de semmilyen további érdemi magyarázatot nem fűz hozzá (attól az egytől eltekintve, hogy nem kell a közösülést utánoznia).²³⁹

Ettől eltekintve azonban a jogirodalom döntő része érdemben, a legáldefiníció által szükségessé és lehetővé tett keretek között foglalkozik a fajtalanság fogalmával. Ennek megfelelően a fajtalanság törvényi fogalma két elemre bontható, ezek közül az objektív jellegű fogalmi elem a cselekmény súlyosan szeméremsértő jellege, szubjektív jellegű eleme pedig a nemi vágy felkeltésének vagy kielégítésének célja.²⁴⁰

2.1. Objektív oldal: a súlyosan szeméremsértő jelleg

2.1.1. Az irányadó meghatározások szerint súlyosan szeméremsértő a cselekmény, ha a társadalom tagjainak nemi vonatkozású erkölcsi érzését, érzületét sérti²⁴¹, ha a társadalomban uralkodó erkölcsi elvekkel ellentétes, sérti a nemi kapcsolatok vonatkozásában kialakult normákat, szokásokat.²⁴² A cselekmény szeméremsértő voltát a társadalomban uralkodó erkölcsi szabályok és szokások alapján kell megítélni, nem pedig az elkövető vagy a passzív alany egyéni felfogása alapján.²⁴³

A büntetőjog tehát nem törekszik arra, hogy tartalmilag meghatározza a fajtalan magatartások körét, hanem visszautal az erkölcsi normákra, amelyek ebben az esetben priméren a büntetőjog mögött állnak. A nemi erkölcs központi jogi tárgyként való törvényi megjelölése (Btk. XIV. Fejezet II. Cím) és a tételes törvényi szabályok között itt a legszorosabb és legkézelfoghatóbb a kapcsolat.

²³⁶ NEMÉNYI 1968, 1379. p.

²³⁷ LUKÁCS–TRAYTLER 1963, 204. p.

²³⁸ LÁSZLÓ 1989, 258. p.

²³⁹ FÖLDVÁRI 2005, 208-209. p.

²⁴⁰ A fogalmi elemek objektív-szubjektív kategorizálása SCHULTHEISZ EMILNÉL jelenik meg (1966, 108. p.). A recens irodalomban egyedül a HOLLÁN–KIS szerzőpáros él ezzel a csoportosítással. Ők a súlyos szeméremsértő jelleget objektív és normatív kategóriának tekintik (2005, 198. §-hoz fűzött magyarázat).

²⁴¹ NAGY 2005, 295. p.

²⁴² FEHÉR 2005, 250. p.

²⁴³ BERKES 2006, 624/6. p.

A vizsgált fogalmi elem magyarázatához egyes szerzők kiegészítésként hozzátesszik, hogy az ilyen cselekmények egy részét a mai közfelfogás normálisnak, más részét rendellenesnek tartja,²⁴⁴ s ez a megközelítés már enyhülést mutat ahhoz a korábbi felfogáshoz képest, amely ostromozó fogalmazás kíséretében elfajzottnak, természetellenesnek nevezte az ilyen cselekményeket.²⁴⁵ Ezzel szemben a legújabb irodalom helyesen mutat rá, hogy közömbös, hogy a közfelfogás a fajtalan cselekményt normálisnak vagy rendellenesnek tartja.²⁴⁶

2.1.2. Erről az elemről a jogirodalomban további magyarázat nem található, tartalmát a közfelfogás erkölcsi érzületében kellene megjelteni. Viszont a jogirodalomban már korán megjelent egy olyan *megszorító értelmezés*, amely többletelemként kapcsolta a fajtalanság fogalmához, hogy annak a tettes, illetőleg a passzív alany testét kell érintenie, s ezt a megrontás és a szemérem elleni erőszak törvényi tényállásainak összevetéséből vezette le.²⁴⁷ Ez az értelmezés a bírói gyakorlatban és a recens jogirodalomban is elfogadásra lelt.²⁴⁸ SCHULTHEISZ még annyival pontosította ezt az álláspontját, hogy a tettesnek és a sértettnek nem kell egymással feltétlenül közvetlen kölcsönös testi érintkezésbe kerülniük, hanem a fajtalanság megvalósulhat valamilyen tárgy közvetítésével (pl. annak a női nemi szervbe való bevezetésével) vagy ruhán keresztül testi érintkezéssel is. Érdekes, hogy erre a nem elhanyagolható kérdésre vonatkozó reakciót sem a bírói gyakorlatban, sem a jelenlegi irodalomban nem találunk.

Ez az értelmezés azért tekinthető a törvényi fogalomhoz képest *megszorítónak*, mert a passzív alany testének érintésével nem járó cselekményeket kirekesztette a fajtalanság köréből (így például az alvó vagy kiskorú sértett előtti önkielégítés végzése, vö. 248. lj.-ben idézett BH-k). Ugyanis az ilyen cselekmények is lehetnek súlyosan szeméremsértők és így elvileg a fajtalanság törvényi fogalmába illenének.

E probléma kapcsán kényszerűen vetődik fel a kérdés, hogy ha az elkövető és a passzív alany között testi érintkezést követelünk meg a fajtalansághoz, akkor az önkielégítés, illetve az állattal való szexuális érintkezés fajtalanságnak minősíthető-e. Azok a szerzők, akik

²⁴⁴ Uo.

²⁴⁵ LUKÁCS-TRAYTLER 1963, 203. p.

²⁴⁶ NAGY 2005, 296. p.; HOLLÁN-KIS 2005, 198. §-hoz fűzött magyarázat

²⁴⁷ SCHULTHEISZ 1966, 111-112. p.

²⁴⁸ Vö. BH 1993. 341. és 1994. 470.; továbbá NAGY 2005, 296. p.; SINKU 2005, 234. p.; BERKES 2006, 624/6. p.

megemlíti ezt a kérdést, kivétel nélkül nemlegesen foglalnak állást, azzal a rövid indokolással, hogy ezek a magatartások büntetőjogi értékelést nem igényelnek.²⁴⁹

A HOLLÁN–KIS szerzőpáros viszont részletes elemzést végez e problémakörrel kapcsolatban.²⁵⁰

Érvelésük szerint, „a testi érintkezés hiányában nem a fajtalanság fogalma kizárt, hanem az erőszakos nemi bűncselekmény más tényállási elemei. Az alvó sértett (előtt történő önkielégítés – Sz.Zs.) esetén ugyanis szerintünk az elkövető kétségtelenül fajtalaniséget végzett, a másik személy pedig védekezésre, illetőleg akarattnyilvánításra képtelen állapotban volt. Azonban megítélésünk szerint nem beszélhetünk arról, hogy az elkövető a sértett ezen állapotát fajtalaniségra használta volna fel. Ez utóbbi tényállási elem ugyanis úgy értelmezendő, hogy akarattnyilvánításra képtelen állapotát »vele való« fajtalaniségra használta fel. A tényállás ugyan nem használja a fajtalanság vonatkozásában a »vele« kifejezést, de ellenkező esetben olyan cselekményt vonnánk a tényállás alá, amely a sértett nemi vonatkozású cselekvési szabadságát nem sérti. Az ilyen magatartások legfeljebb a szeméremsértés (Btk. 208. §) tényállásába ütközhetnek.

A 14. életévét betöltött sértett esetén pedig (előtte önkielégítés végzésével – Sz.Zs.) a fajtalanság eltűrésére kényszerítés eleme nem áll fenn. A tényállás ugyanis a fajtalanság a sértett testével kapcsolatos véghezvitelének eltűrését tartalmazza, nem pedig azt, hogy a sértett kénytelen végignézni az ilyen cselekmény elkövető általi performálását. Az ilyen magatartások a Btk. 174. §-ába ütközhetnek.

A következő kijelentés is alátámasztja azt a megállapítást, hogy a testi kapcsolat a fajtalanság fogalmának önmagában nem, hanem csak a Btk. 198. § tényállásának (bizonyos változatai) alkalmazásánál tényállási elem. A megrontás vonatkozásában »az elkövetési magatartás törvényi megfogalmazásából következően csak a személyek közötti fajtalankodás tényállásszerű. Tehát az embernek állattal véghezvitt fajtalan cselekménye avagy az önkielégítés a megrontás büntetettét nem alapozhatja meg« (Nagy 1999: 286. o.)²⁵¹. Ha ez a megrontás esetén csak a tényállás megfogalmazásából következik, akkor az ellentétből következően módszerét alkalmazva (*argumentum a contrario*) a fajtalanság fogalmának a személyek közötti testi érintkezés nem eleme.

A fenti megkülönböztetés nem csak elméleti jelentőségű. Elfogadása esetén *nem kell kizárni a tényállás alkalmazási köréből, ha az elkövető nemi vágya kielégítése végett a passzív alanyt önkielégítésre kényszeríti* (kiemelés – Sz.Zs.).

A fenti értelmezés helyességét mutatja az is, hogy az önkielégítésre kényszerítés esetén a bírói gyakorlat a fajtalanság megvalósulását nem a testi kontaktus, hanem a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgáló célzat hiányára tekintettel tagadta (BH 1994. 522.).²⁵² Sőt abban az esetben sem a fajtalanság hiányára, hanem az erőszakos közöszlélssel való látszólagos halmazatra tekintettel nem állapították meg a szemérem elleni erőszakot, amikor a vádlott arra akarta kényszeríteni a feleségét, hogy a csődörök nemi szervét vegye a szájába. A vasvillát hátulról a sértett nyakához fogta, aki ennek hatására a csődörök nemi szervét ugyan megfogta, de szájába venni nem volt hajlandó (EBH 2000. 187.).²⁵³

A fenti értelmezést meggyőzőnek tartom. Így a fajtalanság fogalmába nem tartozik bele feltétlenül az az ismérv, hogy a passzív alany és az elkövető között testi érintkezésnek kell történnie. Így fajtalanság lehet az önkielégítés és az állattal való szexuális jellegű érintkezés is.

²⁴⁹ FÖLDVÁRI 2005, 208. p. és SINKU 2005, 234. p.; az állattal való fajtalaniséget elvetve, de az önkielégítésről állást nem foglalva Indokolás-1961, 476. p. és NAGY 2005, 296. p.

²⁵⁰ 2005, 198. §-hoz fűzött magyarázat; az itt említett példákkal a szerzők is a 241. lj.-ben idézett BH-kra utalnak.

²⁵¹ A hivatkozás a következő műre utal: Nagy Ferenc (szerk. és társszerző): A magyar büntetőjog különös része. Korona. Budapest, 1999.

²⁵² A konkrét esetben az önkielégítésre kényszerítést megalázás, a sértettel való kitolás motiválta – Sz.Zs.

²⁵³ A látszólagos halmazatra azért történik utalás, mert az elkövető a fent írt cselekményét követően további erőszak alkalmazásával közöszlét a feleségével. Így megvalósította az erőszakos közöszlélés tényállását is, amely mellett a szemérem elleni erőszak a töretlen gyakorlat szerint halmazatban nem állapítható meg – Sz.Zs.

E hosszan idézett gondolatmenetet annyival egészíteném ki, hogy *az önkielégítés és az állattal való szexuális kapcsolat – vitán felül – súlyosan szeméremszérintő*. Így azok az álláspontok, amelyek e magatartásokat ab ovo kizárják a fajtalanság köréből, nehezen érthetők, főleg részletesebb indokolás hiányában. Valószínűsíthető, hogy e nézetek azon a történeti fejlődésen, annak figyelembe vételén alapulnak, hogy a Csemegi-kódex még büntetni rendelte az embernek állattal való fajtalanságát, s ennek dekriminalizálása *az 1961. évi kódexszel* történt meg. A '61. évi törvény miniszteri indokolása részletesen kifejti, hogy miért nem büntetik tovább ezt a cselekménytípust.²⁵⁴ Ebből első látásra kézenfekvőnek tűnne az a következtetés, hogy az állattal való érintkezés többé nem tekinthető fajtalanságnak. Nem szabad ugyanakkor szem elől téveszteni, hogy *a dekriminalizáció csak a bestialitás bűncselekményére vonatkozott, amikor is az elkövető szabad döntése nyomán fajtalankodott állattal*. A miniszteri indokolás kifejezetten utalt rá, *hogy önmagában az állattal való fajtalanság miatt büntetőjogi felelősségre vonásra nincs szükség*.²⁵⁵ Ebből még nem következik automatikusan az, hogy a dekriminalizáció 1961-ben kiterjedt volna arra az esetre is, ha az állattal való fajtalanságra valakit kényszerítenek (szemérem elleni erőszak) vagy ha 14. életévét be nem töltött személyt bírnak rá állattal való fajtalanságra (megrontás).

A megrontás keretében az 1961. évi kódex óta ugyan már nem büntetendő az állattal való fajtalanság, de ennek oka a törvényi tényállás szövegezése,²⁵⁶ és ez megint csak nem vonja maga után azt, hogy e cselekményt egyébként kizárjuk a fajtalanság általános fogalmából. A megrontással ellentétben, így *de lege lata továbbra is szemérem elleni erőszakot valósít meg az állattal való fajtalanságra kényszerítés*, amennyiben a további törvényi feltételek is fennállnak.²⁵⁷ Ezt támasztja alá a fent említett bírósági határozat (EBH 2000. 187.; lásd 253. lj.-hez kapcsolódóan).

²⁵⁴ „Az állattal elkövetett fajtalanság (bestialitás) pönalizálását magában véve nem okolhatja az a körülmény, hogy a bestialitás kétségtelenül visszataszító nemi kisiklás. A bestialitás – számos más perverz cselekményhez hasonlóan – nélkülözi a büntetőjogi figyelembevételre igénylő társadalomra veszélyességet. Azt is hangsúlyozni kell, hogy a bestialitás tettesei rendszerint olyan személyek, akiknek sajátos körülményeik folytán nincsen lehetőségük arra, hogy nemi vágyukat normális úton elégítsék ki [...] Mindebből az is következik, hogyha bestialitás miatt szabnak ki büntetést, annak céljai rendszerint amúgy sem valósulhatnak meg”. Indoklás-1961, 475-476. p.

²⁵⁵ Uo. 476. p.

²⁵⁶ 1961. évi Btk. 281. § (1) bek: „arra bír rá, hogy mással [...] természet elleni vagy egyéb fajtalanságot vigyen véghez”; 1978. évi Btk. 202. § (1) bek.: „arra bír rá, hogy mással fajtalankodjék”

²⁵⁷ Btk. 198. §: „[...] erőszakkal, avagy élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetéssel fajtalanságra vagy annak eltűrésére kényszerít [...]”. A tényállás szövegében nem szerepel a „mással” kitétel.

Hasonló álláspont fogadható el az önkielégítéssel kapcsolatban. A megrontás ismert szövegezése²⁵⁸ alapján a passzív alany önkielégítésre rábírása nem tényállásszerű. Ellenben az önkielégítésre kényszerítés a szemérem elleni erőszak tényállásába beleillik, így *de lege lata szemérem elleni erőszakot valósít meg az önkielégítésre kényszerítés*, amennyiben a további törvényi feltételek is fennállnak. E probléma jelentőségét mutatja a fent idézett bírói döntés (BH 1994. 552.; lásd 252. lj.-hez kapcsolódóan).

Véleményem szerint a jogirodalomban a testi érintkezésre vonatkozó megfogalmazások (a passzív alany testét közvetlenül érintő tevékenység; a passzív alany testének közvetlen fizikai érintése)²⁵⁹ minden további nélkül értelmezhetők az előbb kifejtettek szerint annyiban, amennyiben ebbe nem kizárólag a tettes általi megérintést, hanem azt is beleértjük, ha a passzív alany saját magát érinti meg (súlyosan szeméremsértő módon).

A fajtalanság fogalmában a testi érintés megköveteléséről egyebekben nem lehet lemondani, és itt az idézett szerzőpáros álláspontját némileg tovább érdemes gondolni. Az helytálló, hogy a tettes és a sértett közötti érintkezés nem feltétele a fajtalanság megvalósulásának, mert az megvalósulhat úgy is, ha a sértett a saját testét érinti meg. A sértett testének (bárki általi) megérintését azonban azért kell már a fajtalanság fogalmában megkövetelnünk, mert ellenkező esetben a fajtalanság fogalmi köre „jogtörténeti léptékben”, problematikusan kitágulna, és bele kellene értenünk pl. a nemi szervek mutogatását is. Szintén *a contrario értelmezéssel* élve azt mondhatjuk, hogy ha a jogalkotó a fajtalanság fogalmába ezt is beleértette volna, akkor nem alkotott volna *külön elkövetési magatartást* a *szeméremsértés* tényállásának (magát szeméremsértő módon mutogatja – Btk. 208. §). A fajtalanság fogalma első ránézésre ugyanis tökéletesen „elnyeli” a szeméremsértés tényállását: a magát szeméremsértő módon mutogatás megfelel a súlyosan szeméremsértő cselekménynek, a nemi vágy kielégítésének célzata pedig mind a fajtalanság fogalmának, mind a szeméremsértés tényállásának eleme. Erre tekintettel a szeméremsértés tényállása így is szólhatott volna: „Aki más előtt fajtalankodik”. Mivel azonban a jogalkotó más szövegezésben fogalmazta meg a 208. §-t, arra következtethetünk, hogy a fajtalanság fogalmába a magamutogatást nem kívánta beleértetni.

Az a különbség pedig ebben az esetben nem látszik lényegesnek, hogy a szeméremsértés tényállásából – a fajtalanság fogalmával ellentétben – hiányzik a „súlyos”

²⁵⁸ 14. életévét meg nem haladott személlyel fajtalankodik – 201. § (1) bek.; arra törekszik rábírni, hogy vele fajtalankodjék – 201. § (2) bek.; arra bírja rá, hogy mással fajtalankodjék – 202. § (1) bek.; arra törekszik rábírni, hogy mással fajtalankodjék – 202. § (2) bek.

²⁵⁹ Pl. BERKES 2006, 624/6. p.; NAGY 2005, 296. p.

jelző. A szeméremsértés a jelenlegi joggyakorlat szerint kétféle konkrét magatartással valósulhat meg, a nemi szerv más előtti feltűnő módon történő láttatásával, illetve más előtt önkielégítés végzésével.²⁶⁰ Ezek a magatartások pedig minden további nélkül súlyosan szeméremsértőnek tekinthetők.

Az eddigieket áttekintve tehát elmondható, hogy *a fajtalanság fogalmába beleértendő a passzív alany testének súlyosan szeméremsértő megérintése, történjen az akár az elkövető akár maga a passzív alany által*. Így a fajtalanság fogalmába *nem* tartozik bele:

- 1) az elkövető szeméremsértő magamutogatása (208. § szerinti szeméremsértés);
- 2) a passzív alany szeméremsértő magamutogatása (ha erre kényszerítik, akkor az a 174. § szerinti kényszerítés tényállását valósítja meg); és
- 3) az elkövető saját testének szeméremsértő megérintése (tipikusan önkielégítés; 208. § szerinti szeméremsértés).

2.1.3. Továbbra is fennáll a kérdés, hogy *mit jelent ténylegesen a súlyos szeméremsértés*. Erre kétféle választ kaphatunk: az egyik esetben *az kerül kiemelésre*, hogy mi az, ami nem súlyosan szeméremsértő (*negatív megközelítés, ez a gyakoribb*); a másik esetben pedig különböző nemi cselekmények konkrét megnevezése történik, általában példálózó jelleggel (*pozitív megközelítés, ez a ritkább*).

A bírói gyakorlat egyik – ma is irányadónak tekintett – megállapítása szerint a nő átkarolása és mellének megfogása *nem súlyosan szeméremsértő*, ezért ilyenkor fajtalanság hiányában becsületsértés állapítható meg (BJD 1248). Ugyanez mondható el a nő megcsókolásáról is (BH 1984. 46.). Ezt a tételt szinte valamennyi eddig idézett irodalmi munka is hangsúlyozza, SINKU pedig ebből egy, a jogi tárgyakra vonatkozó következtetést von le, miszerint a szeméremsértő, de nem a sértett nemi szabadságát, hanem a becsületét sértő cselekmény nem tekinthető „súlyosnak”.²⁶¹ Kiskorú sértettek esetén is hasonló a gyakorlat felfogása: nem szemérem elleni erőszaknak, hanem kiskorú veszélyeztetésének minősítette a bíróság, amikor az apa nemi vágyának a felkeltése érdekében a leányát magához szorította, szájon csókolta, és megfogta mellét (BH 1993. 216.). Egy új döntés értelmében pedig nem tekinthető súlyosan szeméremsértő cselekménynek a tizenkettedik életévét be nem töltött személy – annak beleegyezésével történő – megcsókolása (BH 2007. 108.).

Egyes jogirodalmi munkákban találunk *tételes példákat a súlyosan szeméremsértő cselekményekre*. Az egyik megközelítés jogtörténeti gyökerekre vezethető vissza, és még az

²⁶⁰ Vö. NAGY 2005, 316. p.

²⁶¹ 2005, 234. p.

1961. évi Btk. indoklásában is fellelhető. A fajtalanság típusait aszerint állítja fel, hogy az elkövető kivel fajtalankodik. Eszerint létezik: különböző nemű személlyel, azonos nemű személlyel, embernek önmagával és embernek állattal elkövetett fajtalansága; s ez utóbbi kettőnek nincsen büntetőjogi relevanciája.²⁶² Ez az csoportosítás két használatban lévő tankönyvben is megjelenik, azzal a – már általam korábban cáfolt – megállapítással, miszerint az utolsó kettőnek nem lenne büntetőjogi jelentősége (vö. 2.1.2.).²⁶³

Más munkák konkrét cselekménytípusokat neveznek meg mint súlyosan szeméremsértőket: így a sértett vagy az elkövető nemi szervének fogdosását, simogatását, nyalogatását, csókolgatását, illetve a hímvessző bevezetését a hüvelyen kívül bármely testnyílásba (a szájba – orális közösülés; a végbélbe – anális közösülés) vagy például tárgy (műpénisz, vibrátor) bevezetését a hüvelybe.²⁶⁴ Talán SCHULTHEISZ adja a legkimerítőbb felsorolást a súlyosan szeméremsértő cselekményekről, többször orvosi, latin kifejezéseket használva. Listájából az előbb írtakon túl itt még olyan magatartásokat emelnék ki, amelyek *az azóta változott felfogás értelmében már nem tekinthetők súlyosan szeméremsértőnek*: a comb, hasalj, far, mell simogatása. Schultheisz hangsúlyozza, hogy egyes esetekben az összes körülmény mérlegelésével dönthető el, hogy a cselekmény in concreto fajtalan-e; s így akár az lehet még az általában ilyenek nem minősíthető magatartás, pl. az ölelés vagy a csók, de akár a gyermek ölbe vétele és csókolgatása is.²⁶⁵ Ezeket a magatartásokat – figyelembe véve az előbb írt bírói döntéseket – ma már nem tekintik súlyosan szeméremsértőnek, így nem minősülhetnek fajtalanságként.

Mindezek alapján olyan kép látszik kirajzolódni, amely szerint a jelenlegi felfogás az olyan cselekményeket tartja súlyosan szeméremsértőnek, amelyek vagy a passzív alany vagy az elkövető nemi szervének érintésével járnak. Az előbb kifejtettekre tekintettel a *fajtalanság tartalma objektív oldalon* így pontosítható: *a passzív alany nemi szervének érintése akár az elkövető, akár maga a passzív alany által, illetve az elkövető nemi szervének érintése a passzív alany által.*

²⁶² Indoklás-1961, 475. p.

²⁶³ FÖLDVÁRI 2005, 208. p.; SINKU 2005, 234. p. Véleményem szerint ez a csoportosítás azért tekinthető kevésbé informatívnak, mert csak arra a kérdésre válaszol, hogy *kik között történhet a fajtalanság*, s erre sem megfelelően. A tartalmi kérdést, azaz hogy *milyen cselekményt takar konkrétan a fajtalanság*, nyitva hagyja.

²⁶⁴ BERKES 2006, 625. p.; HOLLÁN-KIS 2005, 197. §-hoz fűzött magyarázat, ahol is a szerzők a fent írt cselekménytípusokat a közösülés köréből zárják ki, ezáltal közvetve utalva azok fajtalan jellegére.

²⁶⁵ 1966, 111-113. p.

2.2. Szubjektív oldal: a nemi vágy általi motiváltság

2.2.1. A törvényi definíció másik elemét (a cselekmény a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál) az elkövető tudattartalmaként szokták értelmezni. Eszerint a tettést a súlyosan szeméremsértő cselekmény kifejtésekor az a cél vezeti, hogy a saját, a sértett vagy egy harmadik személy nemi vágyát felkeltse, fokozza vagy kielégítse.²⁶⁶ Miután a törvény nem utal arra, hogy kinek a nemi vágyáról van szó, így közömbös, hogy az kinek a személyéhez kapcsolható. Ezzel adottá válik a definíció olyan értelmezése, amely a szubjektív oldalon is a cselekmények széles körének szubszumálását teszi lehetővé. A nemi vágy motívumát vagy annak célzatát a legtöbb munka hangsúlyozza.²⁶⁷

2.2.2. *Szexuális indíttatás hiányában viszont nem beszélhetünk fajtalanságról.* HALÁSZ ZOLTÁN találóan nevezi az egyébként szeméremsértő, de a nem a nemi vágy által motivált cselekményeket *szemérmetlen cselekménynek*, amely csak azáltal válhat fajtalanná, ha speciális, az ő fogalmazásában „fajtalansági dolus” kapcsolódik hozzá.²⁶⁸ Így *a bár súlyosan szeméremsértő, de például a bosszúból, kitolásból, vagy megfélemlítés, megszégyenítés végett elkövetett cselekmények nem minősülhetnek fajtalansággként*²⁶⁹, és így nemi bűncselekményt (tipikusan szemérem elleni erőszakot) sem valósíthatnak meg. A LUKÁCS-TRAYTLER szerzőpáros példái²⁷⁰ a következők szerint minősíthetők: az elkövető

- 1) fogadásból lehúzza a szabadban fürdőző nő trikóját – ami ma már a súlyos szeméremsértés hiányában sem minősülne fajtalanságnak;
- 2) bosszúból erős paprikával bekente a nő nemi szervét – ez a körülményektől függően lehet tetteleges becsületsértés vagy kényszerítés;
- 3) megszégyenítésből kivette a férfi sértett nemi szervét és leköpte – ez szintén becsületsértést valósít meg;
- 4) megtorlásul a férfi heréit szorongatta, hogy fájdalmat okozzon – a körülményektől, így többek között a szorítás intenzitásától függően lehet becsületsértés vagy testi sértés (eredménytől függően annak kísérlete vagy befejezett alakzata).

²⁶⁶ SCHULTHEISZ 1966, 108. p.

²⁶⁷ PL. BERKES 2006, 625. p.; NAGY 2005, 295. p.; SINKU 2005, 234. p.; FEHÉR 2005, 250. p.

²⁶⁸ 1909, 288. p.

²⁶⁹ NAGY 2005, 295. p.; BERKES 2006, 625. p.

²⁷⁰ 1963, 204. p.

A célzat hiányának jelentősége a bírói gyakorlatban is megjelenik. A BH 1994. 522. sz. eseti döntés történeti tényállása szerint a sorkatonák társukat régebb óta folyamatosan, durván bántalmazták, többször kényszerítették megalázó feladatok elvégzésére. Ezek egyike közé tartozott, hogy az egyik vádlott a sértettnek átadott egy szexújságot, és őt arra utasította, hogy előttük önkielégítést végezzen. A sértett ez ellen tiltakozott, és a kapott utasítást nem akarta végrehajtani. A többi vádlott veréssel fenyegette a sértettet, ha az utasítást nem hajtja végre. A sértett a fenyegetés hatására elkezdte az önkielégítést, de mivel a hímvessző merevedése nem következett be, arra kérte a vádlottakat, hogy rövid időre egyedül lehessen egy zárkában. A hímvessző megmerevedése után a sértett kijött a zárkából, és az önkielégítést tovább folytatta a vádlottak előtt, amelynek hatására a sértettnél bekövetkezett a magömlés. Ezután arra utasították a sértettet, hogy gázálcban száz guggolást hajtson végre. A bíróság kimondta, hogy „a sorkatonának a rövidebb szolgálati idővel rendelkező (újonc) katona sérelmére elkövetett erőszakos cselekménye akkor minősül nemi-erkölcs elleni bűncselekménynek (szemérem elleni erőszak, természet elleni erőszakos fajtalanság), ha az elkövető a nemi vágyának a felkeltése vagy kielégítése érdekében valósítja meg a cselekményt; a sértett megalázása végett vagy „kitolásból”, illetőleg bosszúból szeméremsértő magatartásra kényszerítése a szolgálati visszaélés megállapítására lehet alkalmas.”

Ezt a megállapítást két megjegyzéssel szükséges kiegészíteni. A korábban írtak fényében pontatlanul fogalmaz a bíróság annyiban, amennyiben az „elkövető nemi vágyának felkeltéséről vagy kielégítéséről” beszél. Ennek hiánya ugyanis nem elegendő a fajtalanság kizárásához, vizsgálni kell a szexuális indítatást a sértett és harmadik személyek oldalán is. A fajtalanság megállapításához elegendő, ha az elkövető nem a saját, hanem az említett személyek nemi vágyának felkeltése érdekében cselekszik. A jogeset érdekessége, hogy a sértett esetén még a magömlés is bekövetkezett, de ennek ellenére sem mondhatjuk azt, hogy az elkövetők a sértett nemi vágyának kielégítését célozták volna, hiszen tettüket megalázás, megfélemlítés motiválta, nem pedig a sértett nemi vágyának felkeltése.

Szükséges még a minősítési fejtegetéseket annyiban kiegészíteni, hogy amennyiben nem katonák, hanem civil személyek körében történik a fenti eset (előfordulhat például kollégiumban vagy fogvatartottak körében), akkor sem szemérem elleni erőszak, hanem kényszerítés bűncselekménye valósulhat meg.

2.2.3. A bírói gyakorlat ugyanakkor arra is szolgáltat példát, amikor *a megalázás, megfélemlítés célja mellett jelen van a szexuális motiváltság is*. Ekkor a fajtalanság és így

nemi bűncselekmény megállapítására sor kerülhet.²⁷¹ Az EBH 2004. 1105. sz. alatt közzétett jogeset fogvatartottak között „játszódik”, és annyiban hasonlít az előző történeti tényállásra, hogy a cellatársak a sértettet ez esetben is gyakran bántalmazták, fenyegették, megalázták és a saját maguk kiszolgálására kényszerítették. Ebbe a cselekménysorba illeszkedett az, amikor is a cellatárs vádlottak egymás után arra kényszerítették a sértettet, hogy a nemi szervüket elővegye a nadrágjukból, és kézzel kielégítse őket. Lényegét tekintve megegyezik a történeti tényállása a BH 2007. 75. sz. alatt olvasható döntésnek is. Eszerint a zárkatársak a korábbi többszöri bántalmazásokat, kényszerítéseket, fenyegetéseket követően arra kényszerítették a sértettet, hogy valamennyiük hímveszőjét egészen a magömlésig simogassa, húzogassa.

E példákban egyértelműen felismerhető a megalázás, megfélemlítés célzata, különösen bizonyítják ezt a nemi cselekményt megelőző korábbi cselekménysorok. A konkrét nemi cselekményeket illetően azonban e mellett megjelenik az elkövetők saját nemi vágya sértett általi kielégítésének célzata, s ez alapozza meg a fajtalanság, és így a szemérem elleni erőszak megállapítását.

2.2.4. Figyelemreméltó a HOLLÁN–KIS szerzőpárosnak a szubjektív elemmel, illetve annak hiányával kapcsolatos fejtegetése. Álláspontjuk szerint, amennyiben „*a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál*” elemet nem az elkövető célzataként értelmezzük, hanem *a cselekmény objektív alkalmasságaként*, akkor célzat hiányában sem kizárt a fajtalanság és a Btk. 198. § szerinti szemérem elleni erőszak megállapítása. Az ismertetett BH 1994. 522. szerinti esetben ugyanis a cselekmény alkalmas volt a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére (hiszen a sértett önkielégítése folytán bekövetkezett a magömlés), ha nem is abból a célból valósították (valósították) meg.²⁷²

A de lege lata adott keretek között – véleményem szerint – ez az értelmezés tekinthető a leginkább jogtárgyharmonikusnak, hiszen a szexuális önrendelkezés nyilvánvaló sérelme esetén lehetővé teszi a nemi bűncselekmény megállapítását. A törvényi szövegezésben pedig nem találhatók a célzatos elkövetés jelzésére más törvényhelyeken használt „céljából”, „végett” kifejezések, de még csak a „nemi vágy kielégítése indítja” vagy „motiválja” megjelölések sem. Így az *a contrario és jogtárgyharmonikus* értelmezés a „szolgál” ige objektív alkalmasságot jelölőként való felfogását indokolhatja.

²⁷¹ A német irodalom ezt a jelenséget hívja „Motivbündelung”-nak, azaz a motívumok összekapcsolódásának (vö. II. Fejezet 2.2.2.B.).

²⁷² 2005, 198. §-hoz fűzött magyarázat

Figyelemmel kell lenni arra, hogy ez az értelmezés *a jelenleg irányadóhoz képest* a felelősség körét kiterjeszti, a másik oldalon ugyanakkor adekvátabb jogtárgyvédelmet biztosít. Ez a kiterjesztő értelmezés azonban nem tekinthető valódi kiterjesztésnek, mert a definíció nyelvtani értelmével véleményem szerint is összeegyeztethető.

2.3. A fajtalanság tartalma de lege lata

Ha a törvényi fogalom objektív és szubjektív összetevőinek elemzése során levont következtetéseket összegezzük, akkor e szerint a fajtalanság tartalma de lege lata – az uralkodó álláspontokra és a gyakorlatra figyelemmel – így határozható meg: *az elkövető és a passzív alany közötti testi érintkezés úgy, hogy az legalább egyikük nemi szervének érintésével jár, illetve a passzív alany nemi szervének saját maga általi érintése, mindkét esetben oly módon, hogy az a nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére szolgál.*

3. A bírói gyakorlat értékelése

A szemérem elleni erőszak és a megrontás tényállása kapcsán elegendő számú közzétett bírósági döntés áll rendelkezésre ahhoz, hogy a fajtalanság fogalmának bizonyos általános jellemzői kimutathatók legyenek a bírói gyakorlatából.

3.1. „Elméleti megalapozatlanság”

3.1.1. Részben egyet kell érteni a '61-es Btk. kommentárjában olvasható megállapítással, miszerint a témánkra vonatkozó (legfelsőbb) bírósági határozatok nem tartalmazzak elvi indokolást és megaláspozatnak az ítélezési gyakorlatra való hivatkozással.²⁷³ Ezt a kiindulási tételt – az időmúlásra tekintettel – annyival szükséges kiegészíteni, hogy a 1990-es évek második felétől némi javulás, fejlődés mutatkozik a fajtalanságot érintő ítéletek elméleti megalapozásában, ami talán az alább leírtakból is láthatóvá válik majd.

A bírói gyakorlat különösen „szenvet attól”, hogy *a súlyosan szeméremsértő fogalmi elemnek nem adható tartalmas dogmatikai jellemzés*, azon túlmenően, hogy az a társadalom

²⁷³ NEMÉNYI 1968, 1341. p.

erkölcsi érzületét durván sérti. Ha a bírói döntések indokolását nézzük, akkor – talán e tényből fakadóan – az látható, hogy némi rövid jogi indokolást sokszor csak abban az esetben tartalmaznak, ha egy cselekményt nem találnak súlyosan szeméremsértőnek. Ellenkező esetben, tehát ha egy cselekmény súlyosan szeméremsértő, a döntésekben *nem történik érdemi, tartalmi szubszumció*, a bíróság sokszor úgy minősíti fajtalanságnak az adott cselekményt, hogy a két fogalmi elemének fennállását érdemben nem vizsgálja és az ítéletben ki sem mondja. A *szubszumció* pozitív esetben tehát *automatikus*, és csak a felelősség kizárása esetén történik utalás a fajtalanság valamelyik fogalmi elemének hiányára.²⁷⁴ Elmondható tehát, hogy a bírói gyakorlat *a fajtalanság fogalmi elemeit negatív irányból közelíti meg*, az indokolásokban a fogalmi elemek büntethetőséget megalapozó funkciója általában nem, hanem csak azok hiányának felelősséget kizáró funkciója tükröződik (vö. még 2.1.3. alatt írt negatív-pozitív csoportosítással).

Néhány példa az automatikus szubszumcióra:

- EBH 2004. 1105.: a szemérem elleni erőszak miatt három bírói fórumot is megjárt ügyben egyetlenként a megyei bíróság említi meg a fajtalanságot, sommás megállapítása szerint: „kétségtelen, hogy a négy terhelt a sértettet fajtalanságra hívta fel, akinek a terhelteket a tényállásban részletezett módon ki kellett elégítenie”. Ez a határozat egy további ok miatt is jó példát szolgáltat a valódi, érdemi szubszumálás hiányára. Az EBH történeti tényállását korábban (lásd 2.2.3.) már bemutattam, a jogi probléma lényege az volt, hogy a megfélemlítési, megalázási célzat mellett, azzal együtt jelentkezett a nemi vágy kielégítésének célzata. Illetve ez lehetett volna a jogkérdés lényege, ha a bíróság egyáltalán szóba hozta volna. De nem tette, annak ellenére sem, hogy e kérdés vizsgálatát a 10 évvel korábbi BH 1994. 522. sz. határozat felelősséget kizáró döntése – a történeti tényállás hasonlósága miatt is – tálcán kínálta volna.
- A már említett EBH 2000. 187. sz. határozat, ahol a lóval való fajtalanságra kényszerítés kapcsán a bíróság az erőszakos közöszlással való látszólagos halmazat kérdéseit vizsgálta, ám egyetlen érdemi megállapítást sem tett azzal kapcsolatban, hogy a ló nemi szervének szájhoz vétele fajtalanság-e. Erre csak a valóságos halmazat kizárásból közvetve tudunk következtetést levonni.

²⁷⁴ Vö. a már korábban is idézett döntésekkel: BJD 1248, BH 1984. 46., BH 1993. 216., 2007. 108. – ahol is a cselekmény nem volt súlyosan szeméremsértő; illetve BH 1993. 341. – ahol is a közvetlen testi kontaktus hiányában nem állapították meg a fajtalanságot; továbbá BH 1994. 522. – ahol is a cselekménynek hiányzott a szexuális motiváltsága.

- A BH 1988. 342. sz. eseti döntésben a közösülés megvalósulását – behatolási szándék hiányában – zárta ki és indokolta részletesen a bíróság, s ennek következtében a cselekményt automatikusan fajtalanságnak minősítette, de oly módon, hogy a fajtalanság fogalmi elemeiről egyetlen szót sem ejtett. Meg kell ugyanakkor jegyezni, hogy ez a szemlélet közvetett módon alátámasztja a bevezetésben írt azon megállapításomat, miszerint a közösülésre is elvileg ráillenek a fajtalanság fogalmi elemei.
- Némileg beszédesebb a BH 1983. 433. sz. határozat, amely szerint a sértett levetköztetésével, testének fogdosásával és csókolgatásával a terheltek nemi vágyukat akarták kielégíteni, de arról már nem esik szó, hogy ezek a cselekmények vajon súlyosan szeméremsértők-e.

3.1.2. Az automatikus szubszumció tehát megkérdőjelezi az említett határozatok elméleti megalapozottságát. Ettől azonban sokkal nagyobb gond az, hogy számos olyan közzétett döntés is van, amely sajnos a *ténybeli megalapozatlanság gyanúját* ébreszti az olvasóban. A döntések közzétett szövege ugyanis *nem tartalmaz történeti tényállást a fajtalanság tekintetében, nem tudjuk, hogy mit csinált az elkövető*, amit végül fajtalanságnak minősítettek. Állításom alátámasztására igyekszem teljes körű „leltárt” adni e döntésekről. Idézem a határozatok fajtalanságra vonatkozó megállapításait, azzal, hogy többet (semmit) e döntések a fajtalanságot megalapozó tényekről nem tartalmaznak:

- BJD 1258: „a férfiak egymás közötti fajtalanságának nem kell a közösülést utánoznia”;
- ugyanebben a témában szintén semmi érdemít nem tartalmaz a következő, 1259. sorszámú döntés;
- BJD 3085: „a sértett nadrágját lehúzta, vele fajtalankodott”;
- BJD 3086: „a 12 év alatti sértett akaratnyilvánításra képtelen állapotát fajtalanságra használta fel”; s a döntés ezek után aggály nélkül kimondja, hogy a cselekmény szemérem elleni erőszakként történő minősítése törvényes;
- BJD 9034: „a sértettet felhívta a vele való fajtalanság elkövetésére”;
- BJD 9035: „majd ezt követően fajtalanság véghezvitelére kényszerítette”;
- BH 1981. 222: „az I. r. terhelt felhívta a sértettet a II. r. terhelttel való fajtalanság elkövetésére”;
- BH 1984. 47: „a vádlott fajtalankodott a fiúkkal”;

- BH 1992. 514: „a vádlott azzal a céllal kezdte követni a 9 éves sértettet, hogy vele fajtalankodjék”.

Ha nem élek a ténybeli megalapozatlanság erős vádjával, akkor a közzétett határozatok mögötti szerkesztői munkát kell kifogásolnom. Ha abból indulok ugyanis ki, hogy ezek a döntések eredetileg tartalmazták a fajtalanságot megvalósító tényeket, akkor kérdés, hogy e tények vajon miért maradtak ki a publikált változatból. Úgy gondolom, hogy a tények kihagyását a szerkesztés során terjedelmi okok nem tehetik szükségessé, hiszen a fajtalanságot megvalósító életbeli történések egy-két mondatban összefoglalhatók.²⁷⁵ Semmilyen ésszerű ok nem szólhat a történeti tényállás elhagyása mellett. Különösen nem a fajtalanság esetén, ahol a törvényi fogalom nehéz, illetőleg tetszőleges értelmezhetősége miatt az egységes joggyakorlat kialakítása és fejlesztése érdekében különösen nagy szükség van a döntések hiánytalan közzétételére. Nyomatékosan igaz volt ez 1993 előtt, amikor még a törvény maga sem tartalmazta a fajtalanság definícióját, és mint látható, az itt citált döntések az 1993 előtti évekből származnak.

Zárásként meg kell még jegyezni, hogy az 1990-es évek második felétől ilyen döntéssel már nem találkozunk. Mégha a szubszumció nem egyszer automatikus is, a tények pontosan leírva szerepelnek a közzétett döntések szövegében. Ez a pozitív változás a megfogalmazott gyanút illetően inkább arra enged következtetni, hogy nem a bíróságok ítéletírási gyakorlata változott meg rövid idő alatt, hanem sokkal inkább a közzétett döntések szerkesztése lett szakszerűbb. Az 1990-es éveket megelőzően közzétett döntésekre vonatkozó kritikai megjegyzéseimet mégis az indokolhatja, hogy a régi, akár a Büntetőjogi Döntvénytárban (BJD) közzétett döntésekre a mai napig szokás hivatkozni a bűncselekménytan és a különös rész számos területén. Ennyiben e döntések ma is az „élő jog” részei lehetnek, és kielégítő ítéleti tényállás hiányában problematikusnak érzem a rájuk történő esetleges hivatkozást.

3.1.3. A bírói gyakorlatban a nem kívánatos kazuisztikára is találunk példákat. Hangsúlyozni kell, hogy *a fajtalanság vizsgálata a fogalom ismert jellemzői miatt nem lehet mentes a kazuisztikától*, a súlyosan szemérem sértő cselekménytípusok felsorolásától, azonban a

²⁷⁵ Ezzel összefüggésben nem lehet megjegyzés nélkül hagyni, hogy egyes a BH-füzetben közzétett döntésekre, bármilyen témát érintsenek is, jellemző például az előéleti adatok kimerítő és unalmas ismertetése. Bűncselekménytani vagy különös részi kérdést tárgyaló BH-ban nincs szükség az elítélt előéletének leltárszerű ecsetelésére, annál inkább a történeti tényállás pontos és hiánytalan közlésére, nem is beszélve az érdemi jogi indokolásról.

„kazuisztika szükséges mértékét” nem kellene túllépni. Ugyanazon rész kérdés kapcsán találunk erre példákat:

- A már többször említett BH 1984. 46. sz. döntés értelmében nem minősül fajtalanságnak a nő megcsókolása. A kérdés kézenfekvő: a férfi megcsókolása ezek szerint vajon súlyosan szeméremsértő-e?
- Egy egészen friss döntés szerint (BH 2007. 108.) nem tekinthető súlyosan szeméremsértő cselekménynek a tizenkettedik életévét be nem töltött személy – annak beleegyezésével – történő megcsókolása. Újabb kérdés: tizenkét év feletti gyermek esetén vagy felnőtt sértett esetén szeméremsértő-e? Vagy lehet-e különbség a csók és a csókolózás büntetőjogi megítélése között, mert hogy az adott esetben a vádlott valójában több esetben csókolózott a sértettel. A BH-füzetben közzétett döntés „feketével szedett részében” írt megcsókolás nem ugyanazt jelenti, mint a történeti tényállásban írt csókolózás, és a külső szemlélő számára adott esetben szeméremsértő jellegük is eltérő lehet. A BH „kiemelt részének” megfogalmazása sajnos a lényeglátás hiányáról tanúskodik.

A fenti döntések véleményem szerint azt mutatják, hogy a bíróság és/vagy a BH-füzetek szerkesztői ebben a kérdésben nem törekednek megfelelő szintű absztrakcióra, és például a csókot mint adott esetben *nemi cselekményt nem választják el a konkrét sértett személyétől*. Azaz a bíróság önmagában a csókot nem vizsgálja a fajtalanság fogalma szempontjából, csak a konkrét sértett „hozzágondolásával” teszik ezt. Ha netán felnőtt és gyermek sértett esetében eltérő álláspontra jutott volna a csók súlyosan szeméremsértő jellegével kapcsolatban, akkor ez a kazuisztika indokolt lehetne. Az azonos végeredményre tekintettel azonban az indokolatlan precizításra törekvő megfogalmazás éppen a *bírói döntés elvi élet veszi el*.

3.2. A felelősségi kör szűkítése

A szubszumciós problémák ellenére is kirajzolódik a bírósági határozatokból egy üdvözlendő tendencia, amely a felelősségi kör – indokoltnak tekinthető – szűkítésével jár. Ha végignézzük az ANGYAL által a fajtalan magatartások kapcsán ismertettet kúriai döntéseket²⁷⁶, találunk köztük olyanokat, amelyek a súlyos szeméremsértést még nagyon tágra értelmezték. Így a Kúria fajtalanságnak minősítette az alábbi cselekményeket: ráfekvés a nőre annak átkarolásával; a nő ruhájának felhajítása és arra ráfekvés; alvó leány szeméremtestéről a szőr

²⁷⁶ 1937, 46-47. p.

lenyírása; közösülési szándék esetén a férfitag lemeztelenítése; a serdületlen kislány szoknyájának megfogása és neki a vádlott kivett hímveszőjének mutogatása; a templomban szorosan a sértett mögött állva annak testéhez való szemérmetlen dörgölözés, lökdösődés.

Ezeknek a példáknek a többsége a súlyos szeméremsértés újabb megítélése szerint nemigen vonható a fajtalanság törvényi fogalma alá; a szörzetnek a szemérmestestről való lenyírása esetén pedig minden valószínűség szerint a nemi motívum hiányozhat. Az más kérdés, hogy egy részük megvalósíthatja adott esetben a szemérem elleni erőszak kísérletét, a befejezettséghez szükséges fajtalanságot azonban nem.

Korábban többször láthattuk, hogy a csók és a másik személy átkarolása vagy mellének megfogása ma már nem tekinthető súlyosan szeméremsértőnek (BJD 1248; BH 1984. 46; BH 1993. 216; 2007. 108.), e cselekmények kizárhatók a fajtalanság fogalmából. Ennek a gyakorlatnak a kialakulása korántsem volt „zökkenőmentes”. A kiindulási alapot jelentő BJD 1248. sz. döntés után még született később olyan határozat, amely fajtalanságnak (befejezett szemérem elleni erőszaknak) minősítette, amikor a vádlott a sértett ruhája alá nyúlva le akarta húzni annak bugyiját. Az indokolás szerint e cselekmény azért lenne fajtalanság, mert a vádlott a sértett testének közvetlen közelébe kívánt férközni (BJD 4190). Hasonló tartalmú a Fővárosi Bíróság 1963-ból származó döntése, amely a vérfertőzés körében fajtalanságnak értékelte, hogy a vádlott a lányának szoknyája alá nyúlt, combját fogdosta, majd mellét is megfogta.²⁷⁷ Ezek a döntések mára már egyértelműen meghaladottá váltak, mint ahogy SCHULTHEISZ azon megállapítása is, hogy a „fajtalanság fogalmát már azon szeméremsértő cselekvőség is kimerítheti, amely eszköz-, illetőleg előkészítő cselekménye annak a magatartásának”, amivel a tettes a szexuális célját szándékozik megvalósítani.²⁷⁸

Látható tehát, hogy a bírói gyakorlat a fajtalanság fogalma által lehetővé tett keretek között figyelemmel volt a szexualitásról alkotott társadalmi felfogás megváltozására, és arra, hogy a fajtalanságot nem pusztán a szeméremsértő, hanem a súlyosan szeméremsértő cselekmény valósíthatja meg. A megváltozott felfogásra való rezonálást jól tükrözi a BH 2007. 108. sz. eseti döntés indokolása (gyermek megcsókolása a cselekmény). A bűnösítő határozattal szemben felülvizsgálati indítványt benyújtó főügyészség okfejtése szerint a fajtalanság ismérveinek szempontjából vizsgálni kell, hogy a sértett és a terhelt csókolózása súlyosan szeméremsértőnek tekinthető-e (valódi szubszumció!). A „csókolózás az általánosan elfogadott társadalmi normák szerint nem tekinthető olyan szeméremsértő cselekménynek, ami büntetőjogi következménnyel járhat, azaz bűncselekménynek minősülne, még akkor sem,

²⁷⁷ Ismerteti NEMÉNYI 1968, 1395. p.

²⁷⁸ 1966, 109. p.

ha erkölcsileg elítélhető a gyermekkorú személyekkel történő ilyen kapcsolat létesítése.”²⁷⁹ A felmentő határozatot hozó Legfelsőbb Bíróság végül pedig még hivatkozott a Btk. miniszteri indoklására, amely szerint a közfelfogás toleránsabbá vált egyes, a szexualitást érintő magatartásformákkal szemben.²⁸⁰

A téma lezárásaként megemlítendő még, hogy a felelősségi kör szűkítése már csak azért is indokolt, mert a fajtalanságot mint elkövetési magatartást tartalmazó bűncselekmények büntetési tétele súlyos, és így az arányosság követelményével is ellentétes lenne az itt említett magatartások tényállásszerűnek minősítése. A definícióban található „súlyos” jelzővel a jogalkotó teljesítette az arányossági követelményt, amelynek most már a gyakorlat is megfelel.

4. A fajtalanság fogalmának kritikája

4.1. A fogalom elemzése során kiderült, hogy a fajtalanság tartalma a jelenlegi definíció alapján nehezen határozható meg, nehezen adható a fajtalanságról olyan tartalmas jellemzés, amely többet mondana a társadalom erkölcsi érzetére való utalásnál, amivel egyébként a legáldefiníció megelégszik.

A fajtalanság fogalma erre tekintettel *nem kellően meghatározott*, nem biztos, hogy kielégíti azokat a határozottsági követelményeket, amelyek a büntetőjogban általában elvártak lennének. Különösen így van ez a szeméremérzetre, a nemi erkölcsre való közvetlen törvényi utalás miatt.²⁸¹ Az Alkotmánybíróság a homoszexuális magatartások büntetőjogi megítélése kapcsán hozott 37/2002. (IX. 4.) AB határozatában ezzel szemben úgy látta, hogy „az értelmező rendelkezés világosan és érthetően elhatárolja a külön törvényhely alapján büntetendő elkövetési magatartásokat”, illetve hogy „a törvény a fajtalanság, fajtalankodás

²⁷⁹ Azonban még ez az indoklás is félreérthető. Tekintettel arra, hogy a cselekményt végül is erkölcsileg elítélendőnek találta, valójában ki kellett volna mondani, hogy e cselekmény esetleg lehet szeméremérsértő, de semmi esetre sem súlyosan. A fajtalanság fogalma ugyanis automatikusan maga után vonja az erkölcsileg elítélendő cselekmények büntetendőségét, ezért volna fontos a „súlyos” jelző felelősséget szűkítő funkciójának szem előtt tartása és hangsúlyozása. *Az ügyészi érvelés kiválóan mutatja a nemi erkölcs, és a szeméremérzet jogtárgyi szerepének tarthatatlanságát:* „az általánosan elfogadott társadalmi normák szerint nem tekinthető olyan szeméremérsértő cselekménynek, ami büntetőjogi következménnyel járhat, azaz bűncselekménynek minősülne”. Eszerint *a társadalmi nézetek döntenék el, hogy mi jár büntetőjogi következménnyel?* Ez jogalkotói kompetencia kellene hogy legyen, és egy a törvényben lefektetett konkrét cselekmény büntetendősége nem függhet attól, hogy éppen mit gondol róla a társadalom többsége.

²⁸⁰ Az LB azon megjegyzése már kevésbé elegáns, hogy „nem szorul bővebb indoklásra, hogy a sértettnek adott csók – az adott körülményekre figyelemmel – nem tekinthető szeméremérsértő cselekménynek”. Ezzel együtt is el kell ismerni, hogy a fajtalansággal kapcsolatban közzétett eseti döntésekre egyébként nem jellemző, részletes jogi okfejtéseket ad ez a BH-ban közzétett döntés.

²⁸¹ Ennek eklatáns példáját szolgáltatja az 272. lj.-ben idézett ügyészi érvelés.

szavak használatával – a kifejezést értelmezéssel kiegészítve – [...] a közösüléstől eltérő minden magatartások (sic!) pontos és egyértelmű leírását adja”.²⁸² Ezzel ellentétes nézetem szerint a szeméremérzetnél nem nagyon létezik kevésbé pontosan meghatározható fogalom büntetőjogunk terminológiájában.²⁸³ Úgy vélem, hogy a fajtalanság fogalma kapcsán itt végzett elemzés éppen a fajtalanság fogalmának határozatlanságát és pontatlanságát támasztja alá. Az más kérdés lehet, hogy ez a határozatlanság eléri-e azt a szintet, amikor is a nullum crimen sine lege certa követelményével való összeférhetetlenség miatt mint alkotmányellenes rendelkezést kellene megsemmisíteni. Minden bizonnyal árnyaltabb lett volna az AB részéről e szempont relativitására való utalás, semmint a fajtalanság-fogalom pontosságának és egyértelműségének hangoztatása.²⁸⁴

A dolgozat I. Részében részletesen esett szó a nemi erkölcs jogi tárgyi jellegéről valamit a normaértelmezésben betöltött szerepéről. Az akkor elfoglalt álláspontomat most is fenntartva úgy gondolom, hogy a fajtalanság kategóriáját a *nemi erkölccsel való közvetlen kapcsolata* problematikussá és meghaladottá teszi a ma büntetőjoga számára.

4.2. Nem lehet eltekinteni attól, hogy a fajtalanság terminus jogtörténeti tartalmat „cipel magával”, és hiába igyekszünk ezen elkövetési magatartásnak korszerű értelmezéssel korszerű tartalmat adni, e jogtörténeti jelentéstartalomtól nem tisztíthatjuk meg teljesen. A történeti részből kiderült, hogy a fajtalanság önmagában büntetendő cselekmény volt, átfogta a házasságon kívüli nemi cselekményeket, de akár a házasságon belül is azokat, amelyek nem az utódnemzést szolgálták. Jelenleg tehát úgy használjuk tovább a fajtalanság fogalmát, hogy – az ifjúságvédelem és a vérfertőzés körén kívül – a házasságon kívüli konszenzusos szexuális magatartások, akár különböző, akár azonos neműek között már nem büntetendők.

Az külön érdekes, hogy az újabb irodalomban is fel-fellelhető a fajtalan magatartások tiltott, rendellenes voltára való utalás (lásd még 2.1.1.), s bár más szerzők – helyesen – állítják, hogy a fajtalanság nem abnormalitás vagy rendellenesség kérdése²⁸⁵, ez a szemlélet még mindig fel-felbukkan a mai napig. Néhány példa:

²⁸² IV/1.1.1. A határozatot részletesen ismerteti HOLLÁN–KIS 2005, 198; 199; 200; 201-202. §§-okhoz fűzött magyarázat

²⁸³ Elegendő röviden a történeti fejtegetésekre és pl. a Körtánc-perre utalni (lásd I. Rész 2.2.1.). Megemlíthető továbbá az 1978. évi Btk. előkészítési munkálatait közzétevő kötet (a sorozatból a nyolcadik), amelyben a bírói gyakorlat „értelmezési kilengéseit” példázgatva több egyértelmű utalás történik arra, hogy a szeméremérzet megsértése nem kellően pontos kategória, lényegesen eltérő jogértelmezésre ad lehetőséget, és „mindez felveti azt az igényt, hogy a szemérmert sértő cselekmény fogalmát a jog a jelenleginél egyértelműbben írja elő (kiemelés – Sz.Zs.)”. (LÁSZLÓ 1989, 255-257. p.)

²⁸⁴ Meg kell jegyezni, hogy a német Alkotmánybíróság is összeegyeztethetőnek találta az Alaptörvénnyel az „Unzucht” fogalmát (ismerteti BECK 1988, 21. p.).

²⁸⁵ lásd 246. ljj.

A konszenzusos magatartások nagy része, sőt már az egyszerű homoszexualitás sem voltak büntetendők, amikor 1963-ból ezt olvashatjuk: „A jogtól elvonatkoztatott ún. nemi szakirodalomban található olyan álláspont, hogy külön neműek között mindenfajta kéjkielégítés természetes, vagyis a nemi különbség kizárja a fajtalanságot. Ezt a szemléletet jogi értékelésben teljesen el kellett vetni.”²⁸⁶ Az 1961. évi Btk. – bár a fajtalanság kifejezést használja – tényállásaiban nem az itt hangoztatott jogi értékelést tükrözi.

„A fajtalanság alatt általában társadalmilag meg nem engedett szexuális tevékenységet értünk, amely azonban az adott situációban nem természetellenes.”²⁸⁷ Nyilvánvaló az önellentmondás: meg nem engedett, de nem természetellenes. Akkor milyen?

„A nemi vágy felkeltésére vagy kielégítésére alkalmas cselekmények egy részét a mai közfelfogás »normális«-nak, más részét »rendellenes«-nek, de a partner beleegyezése esetén általában megengedettnek vagy eltűrhetőnek tartja”²⁸⁸

Sajnálatos, hogy e kérdéssel kapcsolatban az AB is félreérthető kijelentést tesz, amikor a közösüléstől való elhatárolás kapcsán „tiltott szexuális viselkedések körét” emlegeti.²⁸⁹

Az utolsó két idézet közvetlenül átvezet egy másik problémakörhöz, nevezetesen, hogy *a fajtalanság állítólagos ab ovo tilalmazottsága összemosódik az egyéb tényállási elemek folytán való tilalmazottá válásával*. A FEHÉR-VIRÁG szerzőpáros mutat rá, hogy *nem maga a fajtalanság tilalmazott*, hanem annak erőszakos megvalósítása (szemérem elleni erőszak).²⁹⁰ Ez még annyival egészíthető ki, hogy szintén tilalmazott a fajtalanság, ha 14 éven aluli személlyel követik el (megrontás), vagy ha meghatározott vérrokonnal követik el (vérfertőzés). Tehát a fajtalanság önmagában nem hordoz tilalmazottságot, és ezt nem kellene a mai napig „belehallanunk”. A fajtalanság mint elkövetési magatartás *feladata az volna, hogy az ember szexuális cselekményeit értéktélettől mentesen körülírja*, hiszen büntetendővé a neutrális szexuális magatartások attól válnak, ha a partner ezekbe nem egyezik bele, és ezért sérül a szexuális önrendelkezése, vagy nem egyezhet bele, mert az a szexuális fejlődését veszélyeztetné. Ezeket a körülményeket pedig *a vonatkozó törvényi tényállások egyéb elemei* fektetik le, és nem foglalhatók bele a fajtalanság fogalmába.

Az e kérdésben tapasztalható tényállástani „összemosódásokat”, fogalmi „áthallásokat” jól mutatja a cselekmény szeméremsértő jellege kapcsán már említett azon fejtegetés, hogy e cselekmények a partner beleegyezésének hiányában, továbbá bizonyos partnerek és bizonyos körülmények között válnak szeméremsértővé.²⁹¹ Illetve, hogy „ha a partner az ilyen, egyébként rendellenesnek tartott magatartás viselkedésformát elutasítja, [...] ezáltal az említett magatartás, cselekmény szeméremsértővé válik”.²⁹² Tehát, már a fajtalanság fogalmába belehelyeződik a konszenzus hiánya, holott az a szemérem elleni

²⁸⁶ LUKÁCS–TRAYTLER 1963, 203. p.

²⁸⁷ LÁSZLÓ, 1989. 261. p.

²⁸⁸ BERKES 2006, 624/6. p.

²⁸⁹ 37/2002. (IX. 4.) AB hat. IV/1.1.1.

²⁹⁰ 2006, 50. p.

²⁹¹ BERKES 2006, 624/6. p.

²⁹² HOLLÁN–KIS 2005, 210/A. § (2) bekezdéséhez fűzött magyarázat

erőszak tényállásának az erőszakkal, kvalifikált fenyegetéssel kényszerítés elkövetési módjában és magatartásában foglalt önálló eleme.

A bírói gyakorlatot nézve explicit példája ennek az összemosódásnak a kazuisztika kapcsán már megismert EBH 2007. 108. sz. határozat, amely kiemeli, hogy a 12 éven aluli gyermek megcsókolása *annak beleegyezése esetén* nem valósít meg fajtalanságot. A kérdés akkor az, hogy ha nem egyezik bele és vele szemben erőszakot kell alkalmazni, akkor csók esetén is mindjárt fajtalanságról és egyúttal a szemérem elleni erőszak minősített esetéről [198. § (2) bek. a) pont] beszélünk? Ezzel az „áthallással” el is jutottunk a kétszeres értékelés tilalmáig, amely itt nyilván látszólagos, vagyis éppen a visszájára fordul, hiszen a fajtalanság fogalmába magyaráznak bele olyan elemet (bele nem egyezés), amely annak egyáltalán nem eleme. A beleegyezés hiánya pedig a legáldefiníción és a törvényi tényálláson keresztül rögtön kétszeresen (sőt akár háromszorosan) minősít?

Mind a fent idézett fejtegetések, mind a bírói határozat jól *tükrözik a törvényi fogalom hibáját*. A szeméremsértő kifejezés a magyar nyelvben nem értelmezhető úgy, hogy a partner beleegyezése esetén is fennállna. Ha a szexuális partnerek között egyetértés van, akkor semmilyen szexuális cselekményük sem tekinthető szeméremsértőnek, hiszen az senki szeméremérzését nem sérti. Jól mutatja ezt a szeméremsértés tényállásának szövegezése (208. §), ahol is a nemi célzatú magamutogatás csak akkor válik büntetendővé, ha az szeméremsértő módon történik (külön tényállási elemmé emelt *elkövetési mód!*), azaz a szemlélő passzív alany abba nem egyezett bele. A Btk. egyazon Címén belül, de az egész törvényen belül sem lehet ugyanakkor a törvényi terminusnak gyökeresen más jelentéstartalmat adni, és a szeméremsértő jelleget úgy magyarázni, hogy a szeméremsértés bűncselekménye esetén a passzív alany beleegyezésének hiányát jelentené, míg a fajtalanság törvényi fogalmában ilyen tartalmat nem kellene neki adnunk. Ebből is látható, hogy a jogalkotó hibát követett el, amikor a fajtalanság fogalmát annak szeméremsértő jellegére kívánta alapozni. A legáldefiníció [210/A. § (2) bek.], a szeméremsértés (208. §) és a szemérem elleni erőszak (198. §) tényállásai között így módon fel nem oldható ellentmondások keletkeztek.

Összegezve az eddigieket, a fajtalanság fogalmában található szeméremsértő jelleg kifogásolható jellemzőit: nem kellően meghatározott; közvetlenül az erkölcsi háttéren alapul; az érintett nemi bűncselekmények tényállási elemei között koherenciazavarhoz, átfedésekhez vezet.

4.3. A történeti részben látható volt, hogy a nemi bűncselekmény büntetendőségének és súlyos büntetésének alapja a nemi ösztön tiltott, rendellenes kieléje volt (vö. *delicta carnis* – „a hús bűntettei”). A fajtalanság mint régi terminus technicus nem csak elnevezésében, hanem tartalmában is mind a mai napig ezt tükrözi. Ennek a felfogásnak az a következménye, hogy az objektíve szeméremsértő cselekmény nem minősülhet fajtalanságnak, ha nem ismerhető fel mögötte a szexuális indíttatás. Erről a *fajtalanság szubjektív oldala* kapcsán már részletesebben is volt szó (lásd 2.2.2.).

Ez a felfogás ahhoz vezethet, hogy a sértett szexuális önrendelkezését sértő magatartás szexuális motiváltság hiányában nem minősülhet nemi bűncselekménynek, hanem a körülményektől függően – adott esetben jóval – enyhébb megítélésű bűncselekmény lehet, így becsületsértés, kényszerítés vagy személyi szabadság megsértése. Tehát a fajtalanság fogalmának uralkodó értelmezése nem biztosít adekvát jogtárgyvédelmet.²⁹³ E probléma egy lehetséges korrekcióját adja a HOLLÁN–KIS szerzőpáros (lásd 2.2.4.) a nemi célzat helyett a cselekmény jellegének a szexuális vágy felkeltésére, kielégítésére való objektív alkalmasságaként történő értelmezéssel. Ez a jelenleg uralkodó nézethez képest kiterjesztő értelmezés ugyan, de összeegyeztethető a törvény szövegével.

E felfogásnak ellentmondanak VIZI JÁNOS megállapításai, amelyek szerint „az egyik személy nemi vágyát kifejezetten felkelti »objektíve« ugyanaz a cselekménysor, míg a másikat egyáltalán nem. Sőt az sem ritka, hogy ugyanaz a személy egy szexuális magatartást valakivel kifejezetten izgatónak tart, míg ugyanazt mással éppen ellenkezőleg, akár undort keltőnek. Vagyis az, hogy ki, kivel, mikor és mitől került szexuális izgalomba, [...] személytől, szituációtól, aktuális állapottól és egyebektől függő. Objektív kritériumok aligha adhatók”.²⁹⁴

Vizi gondolatai leginkább arra mutatnak rá, hogy a nemi vágy felkeltésének kérdése a büntetőjog számára nehezen, alig ragadható meg, s ez egy újabb aspektusból mutatja a fajtalanság kategóriájának problematikusságát.

4.4. A büntetőjogi tartalmat illető problémákon túl maga a *fajtalanság mint kifejezés is elavult*. Etimológiai szempontból arra a vallás-erkölcsi felfogásra vezethető vissza, miszerint minden nemi cselekmény, amely nem a gyermeknemzést, a fajfenntartást szolgálja, az emberi fajtól idegen, tehát fajtalan. A szexualitás azóta gyökeresen megváltozott társadalmi

²⁹³ Vö. NAGY–SZOMORA 2004, II. 18. p.

²⁹⁴ 2006, 57. p.

megítélése és jelentősége fényében megkérdőjeleződik a terminológia létjogosultsága, hiszen konszenzuális szexuális kapcsolatban teljesen elfogadott magatartásformákat bélyegez meg.

A hatályos Btk. előkészítése során is utaltak arra, hogy a *köznapi szóhasználat* is rendellenes, természetellenes szexuális tevékenységet ért alatta, és hogy ezzel ellentétben pl. a szemérem elleni erőszak megvalósításához nem szükséges aberrált nemi cselekményt kifejezni.²⁹⁵ Ehhez annyi fűzhető még, hogy a szexuális cselekménytípusok megjelölésére a fajtalanság kifejezést ma már egyáltalán nem használják, az gyakorlatilag teljesen kikopott a köznyelvből.²⁹⁶

A fajtalanság mint terminológia azonban nem csak a köznyelvtől idegen, hanem az emberi szexualitással foglalkozó tudományoktól is, azoktól gyökeresen eltérő tartalommal bír. Ezek az eltérések dogmatikailag kezelhetők ugyan, de a lényegesen eltérő megközelítés tudományos igazolhatósága hiányzik.²⁹⁷ Erre tekintettel is a fogalom inadekvát voltát jelzi, hogy nem azt fejezi ki, amit valójában kellene, azaz az életbeli jelenség megragadását, hanem a kifejezés hangsúlya az értékítélet közvetítésére esik.²⁹⁸

Az AB a fajtalanság kifejezésével kapcsolatban kifejtette, hogy az mint a köznyelvtől eltérő jogi terminus technicus megengedett és nem sérti az emberi méltóságot (hasonló példaként hozta fel szintén a nemi bűncselekmények köréből a kéjelgés és a kerítés; illetve az állam elleni bűncselekmények köréből a hűtlenség kifejezéseket). „A törvényi szóhasználat sérthet alkotmányos jogot, ha a kifejezések pontatlanok, nem elég szabatosan határolják el a nyelvi formula segítségével az eltérő magatartásokat, avagy téves azonosításra vagy prejudikálásra adnak lehetőséget. A törvény a fajtalanság, fajtalankodás szavak használatával – a kifejezést értelmezéssel kiegészítve – a tiltott szexuális viselkedések körén belül a közösüléstől eltérő minden magatartások pontos és egyértelmű leírását adja”.²⁹⁹ Az AB ez utóbbi megállapítását véleményem szerint cáfolják az itt korábban leírtak (lásd 4.1. és 4.2.).

²⁹⁵ LÁSZLÓ 1989, 263. p.

²⁹⁶ Némileg rendhagyóan, idekiváncozik egy személyes tapasztalatom. Egy nyelvész ismerősömnek említettem a fajtalanság kifejezést, mire ő azonnal visszakérdezett, hogy ez még létező kifejezés lenne, és hogy a fajtalanság még mindig büntetendő volna. Látható tehát, hogy a fajtalanság nem csak a törvényi fogalma szerint, hanem a köznyelvben is összemosódik a büntetendőséggel, meg lehet kockáztatni azt a kijelentést, hogy köznyelvi szempontból egyenesen félrevezető. A nyelvész reakciója összhangban van a Magyar Értelmező Kéziszótár által adott definícióval: „bujaság, kicsapongó érzékiség, illetve fajtalan cselekedet: természetellenes nemi érintkezés” (Akadémiai Kiadó, Budapest 1978.).

²⁹⁷ VIZI 2006, 53. p.

²⁹⁸ Vö. FEHÉR–VIRÁG 2006, 50. p.

²⁹⁹ 37/2002. (IX. 4.) AB hat. IV/1.1.1.

4.5. Álljon itt most csak rövid utalásként egy további kritikai észrevétel, amelynek a közösülés és a fajtalanság egymástól való éles megkülönböztetése a kiindulópontja. Abból a szempontból, hogy *a közösülés kizárólag heteroszexuális kötődésű fogalom, míg a fajtalanság mind hetero-, mind homoszexuális magatartásokat átfog.* Ez ahhoz vezethet, hogy a tényállások szövegezése, az elkövetési magatartások és a tettesi, illetve a passzív alanyi kör meghatározása következtében bizonyos sértetti kört diszkrimináció ér, sőt egyenesen jogtárgyvédelmi deficit keletkezhet.³⁰⁰ Ennek részletes kifejtésére a megrontás és a vérfertőzés tényállása kapcsán kerül majd sor (lásd III. Rész II. Fejezet 2.2.1. és III. Rész III. Fejezet 1.1.2.).

4.6. Ez utóbbi problémával is szoros összefüggésben végül azt szükséges hangsúlyozni, hogy *bár a fajtalanság fogalmi elemei a nemi cselekmény magyar büntetőjogbeli genus proximumát adhatnák meg, ilyen szerepet mégsem képesek betölteni.* A fajtalanság – a közösülés fogalmával való viszonyt is ideértve – nem alkalmas arra, hogy az ember szexuális magatartását értékítélettől mentesen, az életbeli jelenség jellemzőit figyelembe véve, egységes jelleggel megragadja.

II. Fejezet

A nemi cselekmény mint dogmatikai kategória feltárása

Az előző fejezetben látható volt, hogy a fajtalanság fogalma nem tölti be megfelelően a szerepét, értelmezése problémákat vet fel. Minden bizonnyal megérett tehát a „leváltásra”. A fajtalanság törvényi kategóriájának kiiktatása és helyettesítése 30 évvel ezelőtt, a jelenleg hatályos '78. évi Btk. kodifikálásakor is felmerült. Akkor a szemérmet sértő tevékenység, szexuális tevékenység, illetve a nemi cselekmény kifejezések merültek fel mint alternatívák.³⁰¹ A kodifikációs bizottság végül egyik változatot sem támogatta, és a fajtalanság mint adekvátnak tekintett jogi terminus fenntartását hasonló indokokra alapozta, mint amelyeket 2002-ben az AB is kifejtett (lásd 4.1. és 4.4.), illetve álláspontja szerint a javasolt változatok sem látszottak megfelelőbbnek a fajtalanságnál.³⁰²

³⁰⁰ Vö. KOVÁCS 2003, 327. p.; SZAJBÉLY 2004, 287. p.; NAGY–SZOMORA 2004, II. 23. p.

³⁰¹ LÁSZLÓ 1989, 255. és 261. p.

³⁰² Uo. 263. p. Érdekes észrevenni, hogy az utóbbi megállapításba implicite az is beleérthető, hogy magát a fajtalanság fogalmát sem találta jobbnak a bizottság.

Ezzel gyakorlatilag elveszett a lehetősége annak, hogy az elmúlt évtizedekben a jogtudomány és a bírói gyakorlat egy, a fajtalanságot felváltó bármilyen új kifejezés mentén korszerű tartalommal alakítsa ki a nemi cselekmény büntetőjogi kategóriáját. Ehelyett a „fajtalanság fogalmába zárva” kellett megpróbálni új utakat keresni (csak címszavakban utalva az előző fejezetben tárgyaltakra: testi érintkezés; felelősségi kör szűkítése; nemi vágyra alapozás problémája). Ez az egyik fő oka annak, hogy *a nemi bűncselekmények hazai interpretációjában a teleologikus (jogtárgyharmonikus) értelmezés nem tudott teret hódítani*, gyakorlatilag fel sem bukkan. A fajtalanság fogalma ugyanis lehetetlenné teszi az egyes bűncselekmények jogi tárgyainak figyelembe vételét akkor, amikor ehelyett a súlyos szeméremsértést kell megpróbálnunk definiálni és konkrét esetben megállapítani.³⁰³

Ebben a fejezetben kísérletet teszek egy alternatíva felvázolására. Ehhez bőséges alapanyagot szolgáltat a német és az osztrák büntetőjogi irodalom, hiszen ezekben az országokban a fajtalanság kategóriáját felváltották a szexuális cselekménnyel (sexuelle Handlung – Németország 1973), illetve a nemi cselekménnyel (geschlechtliche Handlung – Ausztria 1989/2004). A két kifejezés közül már itt a nemi cselekményt választanám (eddig is ezt használtam). Bár a szexuális jelző teljesen meghonosodott a szaknyelv mellett a magyar köznyelvben is – mutatja ezt a fonetikus írásmódja is –, a Btk. terminológiája szemlátomást igyekszik kerülni az idegen eredetű kifejezéseket. A nemi bűncselekmények teljesen elfogadott és széles körben használt kifejezés, ezzel összhangban állhat a nemi cselekmény kifejezés használata. A nemi, illetve szexuális kifejezések között egyébként érdemi, tartalmi különbség nincs.

1. A nemi cselekmény definiálásának kérdése

1.1. A fajtalanság kategóriájáról a nemi cselekményre való áttéréssel természetesen nem tűnnek el azok a nehézségek, amelyek az ember szexuális magatartása a büntetőjog számára dogmatikailag is elfogadható tartalmi meghatározásának igényéből fakadnak. Mint már volt róla szó, a nemi cselekmény feladata „pusztán” ez volna, nemektől, nemi irányultságtól és szexuális praktikától függetlenül egységes genus proximumot adni a büntetőjog számára, amely majd a tényállásokban mint elkövetési magatartás szerepelhet, illetőleg esetleges

³⁰³ Eklatáns példája ennek a már ismert BH 2007. 108. sz. döntés, amelyben nem eshet szó arról, hogy a csók(olózás) mennyiben veszélyeztetheti vagy sem az ifjúság nemi fejlődését, hanem azt kénytelen bizonygatni az ügyész és a bíróság, hogy a csók nem súlyosan szeméremsértő.

differentenciálása esetén, a különböző magatartások közös alapját képezheti. A változással döntően tartalmi kérdésről van tehát szó, és nem önmagában a kifejezések cseréjéről. A kérdés, hogy a terminológia megváltozását mint alkalmat meg tudjuk-e ragadni arra, hogy a cselekményi kör eddigieknél világosabb és pragmatikusabb elhatárolását érjünk el.³⁰⁴ Ez adhatja az igazi értelmét a kifejezések cseréjének.

A németországi törvényi változások időszakából a feladat értelmét és teljesíthetőségét illetően egészen szkeptikus véleményekkel is találkozni lehet. Eszerint csak látszólag tűnik úgy, hogy a nemi cselekmény pontosabb lenne, mint a fajtalanság kifejezés. Sőt azt lehet mondani, hogy nem kevésbé homályos és tisztázatlan, mint elődje. Ha ráadásul a szó szerinti értelmét nézzük, akkor a szexuális (nemi) cselekmény sokkal tágabb, mint a fajtalan cselekmény. Hiszen minden fajtalan cselekmény nemi cselekmény, de nem minden nemi cselekmény fajtalanság. Első ránézésre tehát e fogalmak felváltása a büntetendőség körének jelentős kiterjesztését vonja maga után. A kérdés az, hogy megfelelő értelmezéssel lehet-e a hatókörét indokolt keretek közé szorítani.³⁰⁵

E kérdés jól tükrözi a teljesítendő feladatot. Ugyanakkor a túl tág tartalomtól való félelem abból a hagyományos szemléletből is fakadhat, amely szerint például a közösülés (Magyarország), a házastársak közösülése (Németország) vagy akár a házastársak bármilyen nemi cselekménye (Ausztria) nem lehet fajtalanság (lásd előző bek.: nem minden nemi cselekmény fajtalanság). Ha a fogalmat ebből a perspektívából, a közösülés és fajtalanság egymást kizáró viszonyából közelítjük meg, akkor ténykérdés a nemi cselekménynek a fajtalansághoz képest tágabb mivolta. Ugyanakkor ha – célkitűzésem szerint – a nemi cselekményben valamennyi szexuális magatartás *genus proximumát* keresem, akkor a tágabb jelleg kézenfekvő és problémamentes.

Nem a kizáró viszonyt, hanem az átfogó funkciót tartotta szem előtt az *osztrák jogalkotó* is, amikor e kérdésben azt hangsúlyozta, hogy a fajtalanság felváltása semmi esetre se járjon a büntetendőség körének kiterjesztésével, azaz a nemi cselekménybe legfeljebb a most is büntetendő magatartások foglaltassanak bele, de több nem.³⁰⁶ A *német jogalkotó* pedig egy kifejezett törvényi rendelkezés beiktatásával kívánta elkerülni (ún. *Erheblichkeitsklausel*, lásd 1.2. és részletesen 2.2.3.), hogy ami korábban nem volt fajtalanság, az ne legyen büntetendő nemi cselekmény.³⁰⁷

³⁰⁴ Vö. FEGERL 1995, 165. p.

³⁰⁵ BOCKELMANN 1972, 405. és 408. p.

³⁰⁶ Az osztrák parlament jogi bizottságának e véleményét ismerteti FEGERL 1995, 158. p.

³⁰⁷ Vö. BECK 1988, 150. p.

1.2. Az osztrák és a német Btk. közötti lényeges különbség tehát abban áll, hogy míg az öStGB semmilyen rendelkezést sem tartalmaz a nemi cselekménnyel kapcsolatban, addig a dStGB 184f. §-ában bizonyos szempontból rendelkezik a szexuális cselekményről:

dStGB 184f. § Értelmező rendelkezések

E törvény értelmében

- 1. szexuális cselekményeknek csak azok minősülnek, amelyek a mindenkor védett jogi tárgyra nézve bizonyos jelentőséggel (von einiger Erheblichkeit) bírnak,*
- 2. más előtti szexuális cselekmények csak azok lehetnek, amelyeket olyan személy előtt fejtenek ki, aki e tevékenységet észleli.*

A rendelkezést figyelembe véve is, a német büntetőjog-tudományra és bírói gyakorlatra hárul a feladat, hogy tartalmi meghatározást adjon a nemi cselekménynek. E szempontból tehát nincs lényeges különbség a német és az osztrák büntetőjogban. A német jogirodalomban éppen e felemás helyzet indokolhatja az olykor heves kirohanásokat a fenti rendelkezés „definíciótlanságával” kapcsolatban (lásd később 349. l.).

A látszattal ellentétben ugyanis a dStGB sehol sem rögzíti a nemi cselekmény fogalmát, a 184f. § 1. pontja nem tekinthető legáldefiníciónak. E törvényi szabály sokkal inkább egy jogon kívüli (szexuáletikus) definíciót feltételez, s funkciója mindössze annyi, hogy a másképpen meghatározott szexuális cselekmények köréből egyeseket kimetsszen és azokat tényállásszerű magatartásokká emelje.³⁰⁸

Kevésbé udvarias megfogalmazás szerint az érintett törvényi rendelkezés csökkent értékű, hiszen a tulajdonképpeni tárgyának kérdését hagyja nyitva. És mégcsak nem is tekinthető értéksemleges meghatározásnak, hiszen a mindenkor védett jogi tárgyra nézve szükséges „bizonyos jelentőséggel” ugyanúgy normatív karaktere lett a szexuális cselekménynek, mint a fajtalanságnak volt, csak e normatív karakter itt kevésbé evidens. A problematika tehát ugyanaz maradt, csak annyival nehezedett még, hogy egyáltalán nem tisztázott, hogy a szexuális cselekménynek milyen elemekkel kell rendelkeznie.³⁰⁹ A szexuális cselekmény tehát ugyanolyan határozatlan jogfogalom, mint a fajtalanság.³¹⁰

A német helyzet is jól mutatja a bevezetőben már írtakat, hogy a nemi cselekmény kategóriájára való áttérés nem egyszerű címkézési, hanem komoly tartalmi kérdés. Arra ad

³⁰⁸ HORN-WOLTERS-SK § 184f, 1. p.

³⁰⁹ S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE, 1628. p.

³¹⁰ TEUFERT 1980, 213. p.

lehetőséget és alkalmat, hogy az egy évszázad alatt rögzült hibákat kiküszöbölhessük fajtalanság fogalmában. Egy felemásra sikerült törvényi rendelkezés ezt ugyanakkor megnehezítheti, és mint látni fogjuk, a német jogirodalom nem képes megfelelően elrugaszkodni a dStGB 184f. §-ának kereteitől. Annyit a részletesebb vizsgálódás elé lehet bocsátani, hogy a legáldefinícióval „nem küszködő” osztrák irodalmat a nemi cselekménnyel kapcsolatban sokkal konkrétabb, egységesebb és határozottabb fogalmazás jellemzi, és kevesebb a vitás kérdés is.

1.3. A jogirodalomban olvasható definíciók a magatartás kívülről tapasztalható szexuális vonatkozását emelik ki és igyekeznek azt körülírni, hol absztraktabb, hol konkrétabb formában. Az itt bemutatott meghatározások az absztrakt felől haladnak a konkrétabb felé.

A) A német irodalomra jellemző a *(túl) absztrakt megközelítés*. Eszerint a nemi cselekmény azt feltételezi, hogy az objektív szemlélet szerint – minden kísérő körülmény figyelembe vétele mellett – a megítélendő magatartás és a tág értelemben vett szexuális szükséglet-kielégítés között kapcsolat álljon fent. Így nemi cselekmény csak az olyan magatartás lehet, amelynek a külső megjelenése szexuális vonatkozást mutat.³¹¹

Az uralkodó felfogás szerint az objektíve szexuális vonatkozás nem határozható meg közelebbről, általános jelleggel, hiszen nagyon különböző magatartások lehetnek ilyen jellegűek, és ezek besorolása kontextusfüggő. Mivel a szexuális karakter nem írható körül kevés számú ismérvvvel, így nem marad más praktikus megoldás, mint az objektív megítéléssel kapcsolatban a közfelfogásra utalni. Eszerint léteznek egyértelműen szexuális vonatkozású cselekmények, ambivalens (két-, többértelmű) cselekmények és objektíve semleges cselekmények (ehhez részletesen lásd 2.2.).³¹² A közfelfogásra utalással pedig megint elmosódnak a fogalom kontúrjai, és ugyanoda érkezünk meg, mint a fajtalanság esetén, azaz a szexualitásra vonatkozó, állandó változásnak kitett társadalmi megítélés kérdéséhez. Ebből az a paradox helyzet alakul ki, hogy bár a nemi cselekmény meghatározása absztrakt, éppen ez a túl absztrakt jelleg az akadálya egy általános érvényű tartalmas meghatározásnak, aminek következményeként csak egyes konkrét cselekményekről mondható majd az, hogy szexuális jellegűek-e avagy sem.³¹³

B) Ettől konkrétabb igénnyel lépnek fel más, a törvényi meghatározással foglalkozni nem kényszerülő osztrák meghatározási kísérletek, hangsúlyozva, hogy ebben az

³¹¹ LAUBENTHAL 2000, 19. p., szinte teljesen egyező definíciót ad GÖSSEL 2005, 15. p.

³¹² HÖRNLE-MK, 1396. p.

³¹³ Vö. BECK 1988, 25. p. A helyzet hasonlít a fajtalanság – Magyarországon is tapasztalt – problémájához, hogy a túl elvont fogalom valójában kazuisztikát eredményezett.

összefüggésben a *szexuális vonatkozás precízebb meghatározása szükséges*. Ezzel egyúttal a szexuális integritást mint átfogó jogi tárgyat is konkretizálni lehet, hiszen azt csak a nemi cselekmény érintheti, sértheti.³¹⁴ A nemi cselekmény mint a jogi tárgyat támadó magatartás pontos meghatározásával közvetve körülhatárolhatóvá válik maga a nemi cselekménnyel szemben védett jogi tárgy is.

Ezt szem előtt tartva fogalmaz az a definíció, amely szerint nemi cselekmény esetén a közvetlenül a nemi szférához tartozó, tehát a sértett és az elkövető a férfi és a női nemre jellemző specifikus testrészeinek a másik testével való nem felületes (nem futó) érintkezéséről van szó. Ezt még a közvetlenül a nemi szférához tartozó testrészeknek a tárggyal való megérintésével kell kiegészíteni.³¹⁵

FEGERL ezt a definíciót konkretizálja és egy sokelemű, határozott keretekkel rendelkező meghatározást ad: objektíve szexuális vonatkozású a testi kontaktus, ha a nemi szervek, a női mell vagy a végbél megérintésével jár. Az ebben az értelemben vett nemi cselekmény lehet az elkövető cselekménye a sértetten, a sértett cselekménye az elkövetőn, elkövetőnek nem tekinthető harmadik személyen, állaton vagy saját testén.³¹⁶

Egy ilyen konkrét definíció megalkotásához számos részkérdés alapos megvizsgálása szükséges. A következőkben erre kerül sor.

2. A nemi cselekmény objektív meghatározhatóságának kérdései

A németországi törvényi változások időszakában (1974) még három különböző álláspont létezett a nemi cselekmény objektivitásával, illetve annak jelentőségével kapcsolatban. Ezek szerint 1) az objektív elem elengedhetetlen; 2) az objektív elem mellett szükség van a tettes szexuális motivációjára; 3) vagy az egyik vagy a másik elem elegendő a nemi cselekmény megállapításához.³¹⁷

Ezzel szemben a jogirodalom ma már egységes abban, hogy a nemi cselekményt objektíve kell meghatározni, azaz csak az lehet nemi cselekmény, amely *külső megjelenése*

³¹⁴ KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 116. p.

³¹⁵ SCHICK-WK, 35. p.

³¹⁶ FEGERL 1995, 162. és 167. p. Meg kell jegyezni, hogy az eredeti német szövegben a sértettnek az elkövetőn és az elkövetőnek nem tekinthető harmadik személyen végzett cselekménye helyett a „sértettnek (adott esetben jóhiszemű) harmadik személyen” végzett cselekménye szerepel. Ezt a megfogalmazást a magyar gondolkodásmódtól idegennek találtam, ezért tartalmát természetesen nem érintve a fentiek szerint átfogalmaztam, és nem alkalmaztam idézőjelet a definíció leírásakor.

³¹⁷ SCHROEDER 1975, 21. p. E teóriákat részletesebben ismerteti BECK 1988, 35-39. p.

szerint szexuális vonatkozású.³¹⁸ A hangsúly tehát már nem a tettes belső szexuális motivációján van, hanem a szexuális jelleg külső szemlélő általi felismerhetőségén. Ennek a megközelítésnek a tartalmi kifejtése azonban komoly kihívás elé állítja a büntetőjogászokat. Először áttekintem a nemi vágy általi motiváltság szerepvesztését, e kérdésben általában egyetértés mutatkozik, majd áttérek az objektív meghatározás problémáira.

2.1. A nemi vágy szerepének kizárása

2.1.1. Az egyértelműnek tűnik, hogy az *objektíve semleges cselekmények*, azaz amelyek *külső megjelenésük szerint nem rendelkeznek közvetlen szexuális vonatkozással*, nem vonhatók a nemi cselekmény kategóriája alá. Mivel az objektíve szexuális jelleg a nemi cselekmény konstitutív ismérve, ezért hiánya esetén sem lehet az adott esetben szubjektíve szexuális motiváltságú cselekményeket a nemi cselekmények közé sorolni.³¹⁹

Ilyen lehet például a levetkőzés, a meztelen fürdőzés és napozás vagy a szükségletek nyilvános helyen történő elvégzése, de ilyennek tekinthető például a gyermek (akár kemény) bántalmazása is, ha kívülről nevelési jellegűnek tűnik.³²⁰ Így például, ha egy tanár kizárólag szexuális motivációból ütlegeli a diák fenekét, de a cselekmény külső megjelenésében semmiben sem különbözik (az egyébként nem megengedett) testi fenyítéstől.³²¹ De ha nem testi fenyítésről van szó, akkor ilyen lehet pl. a gyermek hajának simogatása is.³²²

Jelentősége lehet pl. a szadista cselekményeknek is, amikor is az elkövető olyan bántalmazó, kínzó magatartást fejt ki, amely kívülről nem mutat szexuális jelleget, de a szadista elkövető mindezt a saját szexuális kielégülése érdekében teszi³²³ (pl. összekötözi a sértettet, fojtogatja, hajánál fogva húzza, gyertyalánggal érinti vagy forró gyertyaviaszt csöpögtet a testére, korbáccsal veri). A szadista cselekmények is csak akkor válhatnak nemi cselekménnyé, ha a szexuális vonatkozásuk kifelé felismerhetővé válik.³²⁴

Meg lehet még említeni a különböző fetisizta cselekményeket (pl. ruhafetisizmus, lábfetisizmus), amelyek esetén a szexuális jelleg külsőleg könnyebben felismerhető lehet,

³¹⁸ Így pl. S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE, 1629. p., HORN-WOLTERS-SK- § 184f, 1. p., LAUBENTHAL 2000, 19. p., SICK 1993, 261. p.

³¹⁹ LAUBENTHAL 2000, 20. p., STRATENWERTH-JENNY 2003, 145. p., HORN-WOLTERS-SK § 184f, 1. p.

³²⁰ A fajtalanossággal összevetve érdekes megemlíteni, hogy az első példák sérthetik ugyan a szeméremérzetet, de valójában nincsen szexuális vonatkozásuk. Szeméremérsértés kategóriája tehát nem kizárólag szexuális tartalmú lehet. (vö. STRATENWERTH-JENNY 2003, 145-146. p.).

³²¹ S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE, 1629. p. Az első ránézésre „blódnak” tűnő példa életszerűségének igazolására utalni lehet a BGHSt 13, 33. számú döntésre, amelynek alapjául egy lelkész cselekménye szolgált, aki lehúzatta a diáklánnyal a fenekéről a bugyiját és megkorbácsolta, és mindezt saját szexuális izgatása végett tette (lásd még 2.2.2.B.).

³²² HORN-WOLTERS-SK § 184f, 1-2. p

³²³ FEGERL 1995, 168. p.

³²⁴ S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE, 1629. p

mint a szadista cselekmények esetén. Így *pusztán szubjektív alapon* még nem zárható ki egyes fetisztizta cselekményeknek a nemi cselekmények körébe sorolása.

Az uralkodó álláspont elutasítja, hogy az objektív körülmények értékelését a tettes belső szempontjaival egészítsük ki. A tettes belső beállítottsága, gondolatai nem helyettesíthetők a cselekménnyel érintett személy szexuális vonatkozású sérelmét. Amennyiben a szexuális jelleg az elkövetés során semmilyen módon sem lép előtérbe, nem válik felismerhetővé, hanem csak ez elkövető gondolatvilágának utólagos rekonstruálása során derül rá fény, akkor maga a cselekmény nem fejt ki azt a káros hatást, amitől nemi cselekménnyé válna. Hiszen nem sérti sem a szexuális önrendelkezést, sem az ifjúság szexuális fejlődését.³²⁵ Az objektivitása elmélet rációja abban rejlik, hogy szexuális önrendelkezést csak a kívülről felismerhetően szexuális vonatkozású cselekmények sérthetik.³²⁶

Látható, hogy ez a felfogás a nemi cselekmény *teleologikus értelmezéséből* fakad, amely a jogtárgysértést emeli a nemi cselekmény meghatározásának középpontjába. A szexuális gondolat, amíg ilyenként a külvilágba nem jut, önmagában még nem alkalmas a jogi tárgy sértésére.

2.1.2 E teleologikus megközelítésből eredően a nemi cselekmény kategóriájának feladata a másik oldalon annak biztosítása, hogy az *objektíve egyértelműen szexuális cselekményeket* feltétlenül nemi cselekményként kezelhessük, tekintet nélkül arra, hogy a tettet motiválja-e a saját vagy más nemi vágyának kielégítése avagy sem.³²⁷ Az objektíve szexuális vonatkozású cselekmény nem veszíti el azáltal a szexuális karakterét, hogy dühből, bosszúból, megalázásból, babonából, tréfából, kíváncsiságból, cinizmusból, kísérletezési kedvből, illetve tudományos vagy művészeti célból követik el.³²⁸ Az egyértelmű szexuális vonatkozás folytán ugyanis ilyen esetekben is sérti a releváns jogi tárgyakat.

A teleologikus interpretáción túl *kriminológiai felismerések* is vezettek a nemi vágy minősítésbeli jelentőségének feladásához. Ezek szerint a szexuális bűncselekmények sok esetben szexualizált erőszakot jelentenek, a tettes céljai nem vagy nem kizárólag szexuális jellegűek. Igen szemléletesek ebből a szempontból a házastárs, élettárs sérelmére elkövetett nemi bűncselekmények. Ismertesek olyan példák, amikor a férj a válás után megerőszakolta a

³²⁵ HÖRNLE-MK 1396. p. és lényegében így S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE, 1629. p.

³²⁶ SICK 1993, 260. p.

³²⁷ Így pl. STRATENWERTH-JENNY 2003, 146. p., HÖRNLE-MK, 1396. p., HORN-WOLTERS-SK § 184f, 2. p.

³²⁸ SICK 1993, 261. p. A felsorolásbeli példák egy része az RG és a BGH fajtalanság kizárásával kapcsolatos konkrét döntéseire nyúlik vissza.

A vádlott azt színelve, hogy rendőrfelügyelő, a szerény szellemi képességű hajléktalan a sértettet hetekre megfosztotta a személyi szabadságától, és a kertjében ásási munkára kényszerítette. Miután a munkák befejeződtek, a vádlott abban kezdte örömet lelni, hogy a sértettet megalázza és fájdalmat okoz neki. Szinte naponta megütötte és megrugdosta a védekező sértettet, és mind pszichésen, mind fizikailag egyéb módon is bántalmazta. Többek között arra kényszerítette, hogy vetközzön le, és hagyja a nemi szervét ellenőrizni. Ezenkívül ökölcsapásokkal többször megkísérelte arra kényszeríteni, hogy a hímtagját a szájába vegye, és a jelenlévő más férfiak nadrágját is nyissa ki és velük is így tegyen.

A Landgericht szexuális motiváció hiányában nem állapított meg nemi bűncselekményt. A BGH ezzel szemben kifejtette, hogy az olyan cselekmények esetén, amelyek külső megjelenésük szerint egyértelműen és kizárólag szexuális vonatkozásúak, nincs jelentősége a tettes motivációinak. A célja nem kell, hogy saját vagy mások nemi vágyának felkeltése vagy kielégítése legyen. Düh vagy agresszív-szadista hajlamok nem zárják ki a szexuális jelleget.³³²

2.1.3. Részösszegzésként elmondható, hogy a nemi vágy felkeltésének, kielégítésének célja büntethetőséget megalapozó funkciót (az objektíve semleges cselekményeknél), illetve ennek hiánya pedig büntetőjogi felelősséget kizáró szerepet (az objektíve egyértelműen szexuális jellegű cselekményeknél) nem tölthet be. A jogtárgyvédelmi szempontokat figyelembe vevő dogmatikai rendszerben *a szexuális motiváltság tehát büntetőjogi szempontból irreleváns.*³³³

2.2. Egyértelmű, ambivalens és semleges cselekmények („a német út”)?

Mint láttuk, a vélemények egységesek abban, hogy a szexuális motiváltságnak – a fajtalansággal ellentétben – nem lehet szerepe a nemi cselekmény minősítésénél. Ehhez képest már *nem beszélhetünk egységes véleményekről* a tényleges célkitűzést, *a nemi cselekmény objektív meghatározását illetően.*

Az előző részben a nemi szempontból semleges, illetve az egyértelműen szexuális jellegű megjelöléseket használtam az érintett cselekménycsoportokra. A törvényi „áldefinícióval küszködő” *német jogirodalomban* – a nemi cselekmény absztrakt meghatározása mellett (lásd 1.3.) – a minősítendő cselekmények objektív szempontból, azaz hogy külső megjelenésük szerint mutatnak-e szexuális jelleget, tipikusan *három csoportban* jelennek meg: a már említett semleges, egyértelmű, valamint az ún. ambivalens (két- vagy

³³² Az 1990-es évekből származó jogesetet ismerteti LAUBENTHAL 2000, 21. p.

³³³ E részben döntően a német irodalomra hivatkoztam. A szexuális motiváció az osztrák álláspont szerint is közömbös, e kérdésben eltérés nem tapasztalható. Lásd KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 176. p., FEGERL 1995, 167-168. p. Utalni kell ugyanakkor egy kisebbségi és erősen kritizált német álláspontra is, amely bizonyos esetekben nem tartja irrelevánsnak a szexuális motiváltságot (lásd 2.2.2.B.).

többértelmű) kategóriában. Azonban abban, hogy ezek a kategóriák valójában mit takarnak, már merőben eltérő nézetekkel találkozhatunk.

E tipizálás kiindulópontja az a felfogás, amely szerint a nemi cselekményt leginkább úgy lehet(ne) meghatározni, hogy az azon jelenségek és magatartásmódok összessége, amelyek a (férfi/női) nem specialitásából vezethetők le, és amelyek közvetlen tárgya az ember nemisége. Így azonban nagyon sok cselekmény válna nemi cselekménnyé, pl. az ún. erogén zónák érintése, simogatása is. Az erogén zónák a nemi szervek, a női és a férfi mell, a nyak, a száj, a fülcimpák; adott esetben az ember egész bőrfelülete és szőrzete. Amennyire különböznek egymástól az egyes emberek, annyira különbözök az erogén zónáik is. Azt, hogy az adott magatartásnak köze van-e a nemiséghez, így csak egy külső, harmadik személy tudja megítélni, s ezzel a definíció végeredményben a társadalom szexuális szokásaihoz kapcsolódik.³³⁴

2.2.1. A hármas csoportosítás tehát a külső szemlélő nézőpontját képezi le. Logikus lenne, hogy akkor ezen esetcsoportok szerint tipikus cselekménytípusok nevesítésére kerüljön sor. Ehhez képest az „egyértelmű” és a „semleges” kategóriáról a német irodalom jóformán hallgat. Két munkát találtam mindössze, amely nevesíti az *egyértelmű szexuális vonatkozású cselekményeket*. SICK itt vaginális, orális és anális közösülést, a nemi szervek és azok közvetlen környékének más jellegű megérintését, valamint a női mell megérintését említi.³³⁵

LAUBENTHAL a *német bírói gyakorlat alapján* ezt a sort egészíti ki: nyelves csók; egy leány gyermek rávétele arra, hogy a felsőtestét meztelenítse le és közben szexuális jellegű kérdések feltétele; a vaginális vagy anális penetráció (behatolás) ujjal vagy tárggyal való véghezvitele; gyermekek fotózása, akiknek egymással, illetve felnőttekkel szexuális pózokat kell felvenniük; egy toloszékben ülő lány szeméremtestének megérintése a nadrágon keresztül.³³⁶

2.2.2. A szerzők jóval többet foglalkoznak az ún. *ambivalens cselekményekkel*, mondván, ezek büntetőjogi megítélése lehet igazán problematikus. E cselekményekre tipikus példaként az orvosi vizsgálatokat és a másik ember mosdatását, gondozását szokták említeni.

A) A szerzők egy része szerint *nincsenek valódi ambivalens cselekmények*, hiszen az elfogadott szexuális magatartási szabályok figyelmen kívül hagyása viszonylag világosan felismerhető. A példaként említett orvosi cselekmények valójában *semleges* cselekmények, ha

³³⁴ BECK 1988, 26. p.

³³⁵ 1993, 259. p.

³³⁶ 2000, 20. p.

azokat szabályszerűen fejtik ki. Ha azonban a külső megjelenés eltér a megszokottól, pl. egy orvos vagy egy masszőr szokatlan, orvosilag nem indokolt manipulációkat végez a nemi szervén, akkor a nemi cselekményként való besorolása viszonylag *egyértelmű*.³³⁷ Ezek a cselekmények akkor alkalmasak a szexuális önrendelkezés sértésére, ha kívülről láthatóan *egyértelműen* szexuális vonatkozásúak. Ha e mellett egy esetleges nem szexuális vonatkozás is felismerhető, attól a cselekmény még nemi cselekmény marad. Ha egy külső szemlélő valamennyi körülményt figyelembe véve szexuális jellegű magatartásként értékelné, akkor nemi cselekményről van szó.³³⁸

A felsőbíróságok nem értékelték nemi cselekménynek annak a fotósnak a cselekményét, aki egy hatéves fiút fotózott, miközben az meztelenül tornagyakorlatokat végzett, így pl. hidat vagy cigánykereket. Hasonlóképpen nem valósult meg nemi cselekmény akkor sem, amikor a tornanadrágos fiúkat fényképezte a vádlott úgy, hogy az egyik vagy másik farpofájuk többször kilátszott, illetve több fénykép ábrázolta a fiúkat szétterpesztett lábbal. A jogerős döntések szerint ezekben az esetekben nem vonható le egyértelműen olyan következtetés, amely alapján a vádlottak és a gyermekek cselekményeit nemi cselekményként értékelhetnénk.³³⁹

B) A szerzők egy másik (kisebb) része az ambivalens cselekmények esetén eltér az objektivizmustól és az ún. vegyes, objektív-szubjektív teóriát követi. Eszerint a külsőleg ambivalens cselekmények nemi cselekménykénti értékeléséhez az szükséges, hogy az elkövető a saját vagy más nemi vágyának felkeltése vagy kielégítése céljából fejtse ki ezeket. Ez alapján pl. befejezett a nemi cselekmény, ha az elkövető azért ül rá a nőre, hogy rámaszturbáljon, de nem valósul meg nemi cselekmény, ha az elkövető azért ragadja meg a sértettet a lába között, hogy a menekülését megakadályozza. A meztelen test ütlegelése nem nemi cselekmény, ha dühből fakad, de nemi cselekmény, ha szexuális motivációjú. Ugyanez mondható el az orvosi vizsgálatról vagy kezeléssel is.³⁴⁰ E felfogás alátámasztásaként említik, hogy a törvényhozási anyagokból is ez látszik kirajzolódni.³⁴¹

Miután a vegyes, objektív-szubjektív teória az ambivalens cselekményeknél (csak ott!) jelentőséget tulajdonít a nemi motiváltságnak, így szükségképpen foglalkoznia kell az *ún. motívumok összekapcsolódásának problémájával* (Motivbündelung), amellyel – a dolog

³³⁷ HÖRNLE-MK 1397. p. és hasonló álláspontot képvisel GÖSSEL 2005, 16-17. p.

³³⁸ LAUBENTHAL 2000, 21-22. p.

³³⁹ Uo. 22. p.

³⁴⁰ S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1629. p., TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1195. p.

³⁴¹ LACKNER-KÜHL 2004, 780. p.

lényegénél fogva – a fajtalanság kapcsán is foglalkozni kellett. (Az objektív teória számára e kérdés szintén indifferens.) BECK foglalja össze az ezzel kapcsolatos álláspontokat:

- azt kell vizsgálni, hogy a szexuális célzat a cselekmény *conditio sine qua non*-ja-e;
- döntő, hogy a szexuális célzat áll-e az előtérben, azaz megelőzi-e a másik motívumot;
- nemi cselekményről csak akkor lehet beszélni, ha a tettes a cselekményével – figyelemmel a másik céljára – jogtalan célt követett.³⁴²

E vegyes teóriát kemény kritikák érik. Az egyik szerint e felfogás érvényesítése komoly bizonyítási problémákat vet fel, másrészt „gondolatszimatoláshoz” (*Gesinnungsschnüffelei*), gondolatolvasáshoz vezetne, ha e cselekmények szexuális vonatkozása kívülről nem ismerhető fel.³⁴³ Egy hasonló vélemény szerint valójában kevés olyan cselekmény van, amely egyértelműen és kizárólag nemi vonatkozású, szinte minden cselekmény ambivalens karakterű. Ezért az objektív-szubjektív teóriának az lenne a következménye, hogy a tettes belső viszonyulása szinte minden esetben a büntetőeljárás tárgyát képezné, és a szexuális bűncselekményekre egyébként is fokozottan jellemző bizonyítási problémákat csak tovább nehezítené.³⁴⁴

A vegyes teória valójában extrém mértékben képes kiterjeszteni a nemi cselekmény hatókörét. Így történt ez abban az 1980-ból származó jogesetben, amikor a maszturbáló elkövető arra kérte a 10 éves fiú sértettet, hogy vizeljen a szájába. A szakértő megállapítása szerint az elkövető ún. urolagnióban szenvedett, azaz a szeretett személy vizeletének ízlelésétől érzett szexuális örömet. A bíróság a maszturbáció mellett a vizeletivást is bevonta a nemi cselekmény körébe, azaz az elkövető belső motivációjának vizsgálatával a „pusztán szexuálison” túl már a beteges vonásoknak is jelentőséget tulajdonított.³⁴⁵

C) Egy további álláspont szerint *az ambivalens cselekmények nem lehetnek nemi cselekmények*, hiszen nem teljesítik azt a kritériumot, hogy a szexuális vonatkozásnak

³⁴² 1988, 19-20. p. Az utolsó álláspontot képviseli a vegyes teóriát alapul vevő egyik recens kommentár is, amely szerint ilyen esetekben a jogos célt nem teszi jogtalanná, ha ahhoz szexuális motívum is társul, tehát nem jön létre nemi cselekmény (S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1630. p.).

³⁴³ KUMMER 2002, 52. p. Még az „Unzucht” időszakából (1959) említhető az a jogeset, amikor a lelkes fegyelmelési céllal megkorbácsolt két rábizott kislányt, és eközben nemi örömet is érzett. A BGH itt igazi gondolatolvasást végzett, hosszasán fejtegette, hogy a nemi és fegyelmelési motívum milyen viszonyban állhattak egymással, melyik helyeződhetett előtérbe, vagy melyik nyomhatta el a másikat, továbbá hogy az „alantas ösztönöket még akkor is teljesen elfedheti egy jó indítóok, ha azok valójában még akár energikusabban, erősebben veszik ki részüket a cselekményből, és így előfordulhat, hogy nem jutnak el a tettes tudatáig” (sic!). Lásd: BGHSt 13, 33, 139. p. Az itt már a nemi cselekmény kapcsán ismertetett vegyes teória sem lehet mentes ettől a „vizsgálatól”.

³⁴⁴ SICK 1993, 261-262. p. A kritikusok hangos táborába tartozik valamennyi objektivista nézőpontú szerző. Csak példaként HORN-WOLTERS-SK § 184f, 2. p., BECK 1988, 42-43. p.

³⁴⁵ BECK 1988, 42. p. Az esetet említi még HÖRNLE-WK 1396. p., S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1629. p. és nem tartja elfogadhatónak HORN-WOLTERS-SK § 184f, 1-2. p.

egyértelműen felismerhetőnek kell lennie. Ilyenkor sem objektív, sem pedig szubjektív szempontokat nem szabad segítségül hívni, hanem ezen esetek kétségeségére tekintettel „pro reo” kell dönten, tehát nem minősíthetők nemi cselekményként.³⁴⁶

D) Az ezzel ellentétes felfogás pedig *minden ambivalens cselekményben nemi cselekményt lát*. Érvelése szerint, amennyiben egy cselekménynek van szexuális vonatkozása, akkor alkalmas arra, hogy más szexuális szférájába beavatkozzon. Ezen az sem változtat, ha a cselekmény adott esetben kétértelmű, hisz adott a szexuális vonatkozása is, így fennáll a releváns jogi tárgyak veszélyeztetése. Egy másik, nem szexuális vonatkozású jelentéstartalom a szexuális jelleget nem közömbösítheti, a veszély tehát megmarad.³⁴⁷

2.2.3. Ezt a bonyolult képet tovább árnyalja az ún. „Erheblichkeitsklausel”, vagyis vonatkozó törvényi rendelkezésnek (dStGB 184f. §) az az eleme, amely a jogi tárgy és a nemi cselekmény között teremt kifejezett kapcsolatot oly módon, hogy nemi cselekmény csak a jogi tárgyra nézve „némileg jelentős” cselekmény lehet.

Ebben az „egymásra vonatkoztatási kategóriában” úgy mennyiségi (kvantitatív), mint relatív aspektusok találhatók. A *mennyiségi komponens* funkciója annak biztosítása, hogy csak a „társadalmi szemlélet szerint nem tolerálható” magatartások minősüljenek nemi cselekménynek. Ezzel kizárhatók a pusztán ízléstelennek, tapintatlannak tekinthető magatartások, pl. a csípő futólagos átkarolása vagy az arc megpusztilása. A nemi szervek vagy a női mell érintése minden esetben jelentősnek tekinthető, és a mennyiségi követelménynek egyre nagyobb a jelentősége, ahogy a nemi szervektől távolodunk. Ugyanakkor a sértett testének a nemi szerv közelében történő megfogása nemi cselekmény, de nemi cselekmény pl. a sértett levetköztetésének megkísérlése úgy, hogy közben az elkövető merev hímvesszője kilóg a nadrágjából.

A *relatív komponens* azt fejezi ki, hogy ugyanolyan magatartásoknak eltérő lehet a jelentősége akkor, ha más-más jogi tárgyat érintenek. Minél fokozottabb védelmet igényel a konkrét bűncselekmény jogi tárgya, annál alacsonyabb a követelmény a nemi cselekmény kvantitatív ismervével kapcsolatban. Így az ifjúságvédelmi tényállások körében a csókolózás mindentől (pl. időtartamától) függetlenül nemi cselekmény. De a BGH az ifjúság szexuális fejlődésének jelentős veszélyeztetését látta abban is, amikor az elkövető a kilencéves kislányt úgy tette fel a lóra, hogy eközben a kívülről hordott pólója alá nyúlt és a póló alatti topon keresztül többször megfogta a kislány felsőtestét. Olyan differenciálással is találkozni,

³⁴⁶ HORN-WOLTERS-SK § 184f, 2. p.

³⁴⁷ BECK 1988, 43. p. Az ő álláspontját fogadja el SICK 1993, 262. p.

miszerint egy kislány mellének a megérintése nem jelentős, érezhető megfogása határeset, határozott megtagogatása jelentős nemi cselekmény.³⁴⁸

A nemi cselekmény jelentőségének ismérve nagyon vitatott és számos kritika éri a német büntetőjogászok részéről. Gyakorlatilag nem találni olyan a témával foglalkozó munkát, amely nem fogalmazna meg erős kritikát. Ezek részletes áttekintése nem lényeges jelen dolgozat szempontjából, az érzékeltetés kedvéért csak néhány főbb kritikai megállapítást említenék.

Sokan felróják a német jogalkotónak, hogy ahelyett, hogy ténylegesen definiálta volna a nemi cselekményt, a „jelentőség klauzulájának” beiktatásával a bírói értelmezés számára teljesen nyitott kategóriát teremtett, amelyen keresztül széles körben vonhatók be bizonytalan, leginkább erkölcsi szempontok a mérlegelésbe. *A fajtalanság kategóriájától így valójában nem sikerült megfelelően elszakadni.* A relatív aspektus túlzott és nem reális relativitása tükröződik abban az észrevételben, miszerint az ifjúságvédelmi bűncselekményeknél téves az a sablonos megközelítés, hogy minél fiatalabb a gyermek, annál kisebb a követelmény a nemi cselekmény megállapíthatóságához. Egy kisgyermek lehet, hogy egyáltalán nem érzi még szexuális jellegűnek az olyan közeledést, amit egy serdülő már annak érez, ezért akár az életkori relativitást fordított irányban is fel lehetne állítani. A „jelentőség klauzulája” továbbá azért is félrevezető a jogértelmezés számára, mert azt a benyomást kelti, hogy ami nem jelentős a jogi tárgyra nézve, az nem nemi cselekmény. Holott helyesebb lenne a nemi cselekmény ettől független definiálása, és második lépcsőben a nemi cselekmény tényállásszerűségének vizsgálata. Hasonló összemosódáshoz vezet az erőszakos nemi bűncselekmények esetén az, hogy a jelentőség vizsgálatába sokszor az erőszak, illetve fenyegetés intenzitását is bevonják.³⁴⁹

2.3. Rövid értékelés

2.3.1. Ebben a részben a nemi cselekmény objektív meghatározásának „német útját” kívántam bemutatni. Úgy gondolom, hogy a német büntetőjogi irodalom a nemi cselekmény szubjektív oldalán a *szexuális motiváció* vizsgálatának kizárásával mutat fel iránymutató eredményt (lásd

³⁴⁸ Az áttekintéshez és a konkrét példákhoz lásd LAUBENTHAL 2000, 22-24. p.; S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1631-1632. p.; TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1195-1196. p.

³⁴⁹ A kritikai észrevételekhez lásd: SCHROEDER 1975, 21. p.; BECK 1988, 79-81. p.; SICK 1993, 266. p.; HANGARTNER 1998, 56-57. p.; LAUBENTHAL 2000, 22. p.; S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1630. p.; HORN-WOLTERS-SK § 184f, 2., 5. és 6. p.; GÖSSEL 2005, 18. p.; TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1195. p.

2.1.). Egyebekben a „német út” nem látszik járhatónak, a nemi cselekmény objektív meghatározása a német büntetőjogban nem sikerült kielégítően.

A nemi cselekmény objektív alapokra helyezett definíciója túl absztrakt, ezért nem sokat mond (vö. 1.3.) és a német irodalomban is felmerült, hogy a közfelfogásra, a társadalom szexuális szokásaira való utalással ugyanoda jutunk, mint a fajtalanság esetében. Az absztrakt definícióból kialakított esetcsoportok között – talán megkockáztatható a kijelentés – lehetetlen eligazodni. Az egyértelműen szexuális vonatkozású cselekményeket gyakorlatilag az irodalom döntő része nem nevesíti, azokkal nem foglalkozik. Az ambivalens cselekmények fent leírt megítélése pedig a következő széles és ellentmondásos skálán mozog:

A) valódi ambivalens cselekmények nincsenek, *objektív szemmel* minden cselekményről egyértelműen eldönthető, hogy szexuális vonatkozású-e;

B) az ambivalens cselekmények esetén szükséges a *szubjektív szempontok bevonása*, azaz nemi cselekmény csak szexuális motiváltság esetén valósul meg;

C) a *restriktívnek tekinthető nézet* szerint, ha nem egyértelmű és kizárólagos a szexuális vonatkozás, akkor nem jön létre nemi cselekmény, tehát az ambivalens cselekmény nem nemi cselekmény;

D) az *extenzív, a nemi cselekményt absztrakt veszélyeztető jellegűként kezelő nézet* szerint pedig minden ambivalens cselekmény nemi cselekménynek tekintendő.

Ez a zavaros tipizálás nem mutathat irányt a nemi cselekmény dogmatikai meghatározásához. Már csak azért sem, mert több esetben valójában a fajtalanság köszön vissza az analízisben: így a közfelfogásra utalással, a motívumok kapcsolódásának problémájánál a vegyes teóriában, és a nemi cselekmény jogi tárgyra való jelentőségének (Erheblichkeitsklausel) megítélésénél.

Úgy látszik, hogy a német büntetőjog a fajtalanság kategóriájával együtt járó problémák jó részét nem tudta megoldani a nemi cselekményre való áttéréssel. Magyar szemmel a *nemi cselekményen keresztüli kriminalizáció még mindig nagyon extenzív*, a bírói gyakorlatból származó példák olykor egészen meglepő döntéseket mutatnak. S bár a német irodalom is hangsúlyozza, hogy a jogtárgyvédelem mellett a büntetőjog ultima ratio jellegének is érvényesülnie kell³⁵⁰, álláspontom szerint a német büntetőjog a nemi cselekmény hatókörének megítélésénél messze nincs tekintettel e követelményre.

³⁵⁰ Így pl. LAUBENTHAL 2000, 6. p.

2.3.2. A német büntetőjog ugyan közvetlenül már nem az erkölcsre utal, amikor az ember szexuális magatartását kívánja meghatározni, hanem annak objektíve szexuális jellegére, az ennek megítéléséhez szükséges normatív mérce azonban még mindig a közfelfogásban található, nehezen megfogható. *A nemi cselekményt ettől határozottabban és egyértelműbben szükséges körülírni a büntetőjog számára.* Ehhez pontosabb fogalmi elemeket kell találni és kidolgozni, olyan elemeket, amelyek igazodnak a *szexualitáshoz mint életbeli jelenséghez*.

Mint már volt róla szó, az osztrák büntetőkódex nem tartalmaz semmilyen értelmező rendelkezést a nemi cselekményről. Ehelyett a jogalkotó az 1989. évi novellához fűzött magyarázatban adott egy olyan meghatározást, amely a további kidolgozáshoz adott alapot mind az osztrák jogirodalom, mind a joggyakorlat számára.³⁵¹ Az osztrák megközelítés – mint majd látni fogjuk – részleteiben jelentősen más, mint a német, és jól hasznosítható a magyar büntetőjog számára a nemi cselekmény kategóriájának megalapozásához. A következőkben tehát döntően az osztrák megközelítésből fogok kiindulni, továbbá bizonyos részletkérdésekben a német irodalom is segítségül hívható.

3. A nemi cselekmény fogalmi elemei

A szeméremsértő jelleggel és a nemi vágy általi motiváltsággal való szakítást követően a kiindulópont továbbra is a cselekmény objektív szexuális jellege. A kérdés az, hogy milyen jellemzők mutathatnak irányt egy cselekmény objektíve szexuális jellegének a megítéléséhez. Az osztrák irodalomban általánosan elfogadott definíció szerint: nemi cselekmény esetén a közvetlenül a nemi szférához tartozó, tehát a sértett és az elkövető a férfi és a női nemre jellemző specifikus testrészeinek a másik testével való nem felületes (nem futó) érintkezéséről van szó (már idéztem 1.3. alatt). Ebből a meghatározásból *a következő alapelemek (a nemi cselekmény ún. „precíziós elemei”³⁵²) rajzolódnak ki: a nemi cselekménnyel érintett specifikus testrészek; a testi érintés követelménye és a cselekmény intenzitása.* Ezek az elemek az életbeli jelenséget tekintve gyakorlatilag nem választhatók el egymástól (hiszen a nemi szervet meg kell érinteni, továbbá az érintés jellege, intenzitása nélkül nem tudunk meg róla sokat), mégis érdemes őket külön-külön tárgyalni, mert egyes részletkérdések így vizsgálhatók meg alaposabban. A következőkben tehát ezen elemek részletes vizsgálatára

³⁵¹ Ezzel kapcsolatban az osztrák parlament jogi bizottságának az 1989. évi novellához fűzött jelentésére hivatkozik FEGEHL 1995, 162. p. és BERTEL-SCHWAIGHOFER 2005, 51. p. Lényegében ezt a meghatározást idéztem 1.3. pont alatt és említésre kerül a következő, 3. pontban is.

³⁵² SCHICK-WK 36. p.

kerül sor. Ezt követően pedig szót kell még ejteni a nemi cselekménnyel kapcsolatos szubjektív követelményekről, az azt átfogó szándékosság kérdéséről.

3.1. A nemi cselekménnyel érintett testrészek

3.1.1. Egyhangú az álláspont abban, hogy a nemi cselekmény megvalósulása nem lehet kérdéses, ha az *a nő vagy a férfi elsődleges nemi szerveit* érinti.³⁵³

Ugyanakkor pontatlannak látszik SCHICK további megfogalmazása, miszerint a másodlagos nemi jelleget hordozó testrészek is relevánsak lennének a nemi cselekmény szempontjából.³⁵⁴ Eszerint a női mell, de pl. a férfiak ádámcsutkája, illetve mell- vagy combszőrzete (illetve az azzal borított testrész) is szóba jöhetne. Összességében valamennyi ilyen testrésznek a nemi cselekmény fogalma alá vonása nem vezetne tartható eredményre. Egyrészt indokolatlanul parttalanná tenné a nemi cselekmény kategóriáját, és ezzel pontosan szembe menne az eredeti célkitűzéssel. Másrészt nehéz lenne azt mondani, hogy pl. egy férfi szakállának húzkodása vagy az ádámcsutkjának szorítása objektíve szexuális jellegű lenne, nyilvánvalóan nem az. A szexuális önrendelkezés mint jogi tárgy sérelméről ilyen esetben nincs szó. A szerző további fejtegetéseiből nem is olvasható ki a nemi cselekmény fogalmának ilyen életszerűtlen kitágítása, inkább arról lehet szó, hogy a generálisnak szánt megfogalmazása pontatlan.

Ehelyett elfogadhatóbbnak tűnik annak konkrét kimondása, hogy a *női mell* is releváns testrésznek tekintendő.³⁵⁵ Ez eltérést jelent a jelenlegi magyar helyzettől, a fajtalanság fogalma kapcsán egyöntetű az álláspont, hogy a női mell megérintése nem fajtalan cselekmény (vö. I. Fejezet 2.1.3.), tekintettel arra, hogy az – a bírói gyakorlat által leképezett társadalmi megítélés szerint – nem súlyosan szeméremsértő. A jellemzően kazuisztikus megközelítés egyébként itt is tetten érhető, hisz a magyar bírói gyakorlat nyitva hagyja azt a kérdést, hogy vajon a női mell megcsókolása, megnyalása vagy szívoztatása vajon súlyosan szeméremsértő-e; azaz a női mell ilyen jellegével általában véve nem foglalkozik. A törvényi fogalmazásból is szembeötlő, hogy a szeméremsértő jelleg fokozható kategória, és az nem lehet vitás, hogy ez utóbbi cselekmények szeméremsértőbbek a mell kézzel történő megérintésétől. *A magyar joghelyzet jelenleg valójában nem igazít el a női mell nemi bűncselekményekkel kapcsolatos relevanciájáról*, sőt, a nem átgondolt általánosítás éppen azt

³⁵³ KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 118. p.; SCHICK-WK 36. p.; FEGERL 1995, 162. p.

³⁵⁴ SCHICK-WK 36. p.

³⁵⁵ Így KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 118. p.; FEGERL 1995, 159. és 162. p.; BERTEL–SCHWAIGHOFER 2005, 51. p.

a téves benyomást keltheti, hogy a női mellel kapcsolatos manipulációk kizártak a fajtalanság fogalmi köréből. A kazuisztikus bírói gyakorlatban ilyen állásfoglalással valójában nem találkozunk.

A fajtalanság fogalmának ez a jövőben nem feltétlenül képviselhető következménye, s a terminológia esetleges leváltása kapcsán szükséges elgondolkozni azon, hogy az átlagember szeméremérzetén orientálódni próbáló értelmezés helyett a *jogtárgyharmonikus értelmezés* milyen választ adna erre a kérdésre. A női mell mint másodlagos nemi jelleg minden más másodlagos nemi jegynél erősebben kötődik a nő primér szexuális szférájához, nőiségéhez. A szexuális életben meghatározó szerepet tölt be, kiemelkedik a nemi szerveken kívüli más erogén zónák köréből. Ennek egyenes következménye, hogy *a női mellel érintő cselekmények alkalmasak arra, hogy a nő szexuális önrendelkezését súlyosan sértsék.*³⁵⁶

Ez a teleologikus értelmezés tükröződik azokban az osztrák véleményekben is, amelyek szerint a kislány mellének megérintése a serdülőkor előtt nem lehet nemi cselekmény, hiszen annak akkor még nincs nemi jellege, így nem tartozik a gyermek szexuális fejlődésének védelméhez szükséges zónába. A pubertás kezdetével azonban egyértelművé válik a serdülő lány mellének nemi jellege, így azt nemi cselekmény érintheti, és ehhez nem szükséges a mell teljes kifejlődése, csak a pubertás és ezzel a mell fejlődésének megkezdődése.³⁵⁷

Kérdésként merülhet fel, hogy a női mellnek releváns testrészként kezelése nem jár-e indokolatlan kriminalizációval. Véleményem szerint nem. Az egyik oldalon ezt a jogtárgyvédelmi szempontok indokolják, a másik oldalon pedig a vonatkozó bűncselekmények egyéb tényállási elemei biztosítják azt, hogy a kriminalizáció köre az arányosság elvének megfelelően. Így ha egy nőnek meglepetésszerűen fogdosni kezdik a mellét, kényszerítés hiányában nem valósul meg erőszakos nemi bűncselekmény (hanem legfeljebb becsületsértés). Ha azonban erőszakkal/kvalifikált fenyegetéssel arra kényszerítik a nőt, hogy tűrje a pl. mellének fogdosását vagy csókolgatását, akkor a kényszerítés tényállása helyett – figyelemmel a speciális jogi tárgy sérelmére – indokolt lehet az erőszakos nemi bűncselekmény megállapítása. Az ifjúság szexuális fejlődését védő bűncselekmény

³⁵⁶ Tekintettel arra, hogy a fajtalanság jelenlegi értelmezéséhez képest kriminalizációs hatása van az itt képviselt álláspontnak, a német és osztrák felfogás mellett két további ország, Svájc és Olaszország büntetőjogát is megvizsgáltam ebben a kérdésben. Svájcban a női mellel érintő manipulációkat egyértelműen nemi cselekménynek tekintik (így TRECHSEL 1997, 703. p.; REHBERG–SCHMID–DONATSCH 2003, 407. p. és STRATENWERTH–JENNY 2003, 148. p.). Az olasz büntetőjogban a női mellel szintén szorosan a szexuális szférához tartozó testrésznek tekintik, s így az arra irányuló intenzív behatás az olasz büntetőjog szerint is nemi cselekmény (Dr. Konstanze Jarvers, a freiburgi Max-Planck-Intézet olasz referensének személyes közlése alapján; hivatkozással *Crespi/Stella/Zuccalaa*, Art. 609-bis III Rn. 3).

³⁵⁷ KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 118. p; FEGERL 1995, 160. és 169. p.

(megrontás) megállapítása eleve csak akkor kerülhet szóba, ha a lánygyermek a serdülőkorba lépett, melle fejlődésnek indult, s ezzel e bűncselekmény hatóköre tágul egy kicsit, de csak indokolt körben. Az értekezés végén a vérfertőzés dekriminalizálására teszek javaslatot, így e bűncselekmény kapcsán már nem lenne jelentősége a nemi cselekmény értelmezésének (lásd III. Rész III. Fejezet 3.)

3.1.2. Ettől bonyolultabbnak tűnik az abban a kérdésben való állásfoglalás, hogy a *végbélen folytatott manipulációk* a nemi cselekmény körébe vonhatók-e.

A nemi cselekmény szempontjából releváns testrészek meghatározásánál figyelembe kell venni, hogy *a szexualitást, szexuális jelleg kérdését nem lehet kizárólag a nemi szervekhez és a nemi jellegekhez kapcsolni*. Funkciójuknál és jellegükénél fogva a nemi szerveket és a női mellét érintő cselekmények egyértelműen az emberi szexualitás szférájába tartoznak, azonban a szexuális élet mai jellemzőit figyelembe véve e kör tágabb lehet a nemi szerveknél és a női mellnél. Így nem állja meg feltétlenül a helyét egy olyan érvelés, amely a *végbél nem nemi szervi jellegét* veszi figyelembe, és ezért automatikusan kizárja a végbélt érintő nemi cselekmény lehetőségét. Ez a felfogás nem látja a különbséget a *biológiai* értelemben vett férfi és női jellegek, valamint a szexualitás mint *társadalmi jelenség* között.³⁵⁸

Némileg eltérőnek tűnik, de valójában ugyanezen hibásnak mondható szemléleten alapul az az érvelés, amely szerint nők esetén a végbél a hüvelyhez való fiziológiai közelsége miatt a nemi szerv közvetlen területéhez sorolható, míg férfiak esetén a nemi szerv más jellegű elhelyezkedése miatt erről nem beszélhetünk. S a nemi cselekmény lehetőségét is ennek megfelelően kellene differenciálni.³⁵⁹

A helyesnek tartható érvelések ezzel szemben rámutatnak, hogy önkényesnek tűnik azt állítani, hogy férfi esetén a végbél nem a nemi szerv közvetlen közelében helyezkedik, másrészt semmiképpen sem mondható az, hogy a végbél férfiak esetén kevésbé lenne erogén, mint a nőknél.³⁶⁰ Épp ellenkezőleg, a végbélt mindkét nem esetén számos szexuális jellegű cselekmény érintheti és a ma emberének szexuális életében egyre inkább érinti is. A végbél szexuális jellegű igénybevétele egyre kevésbé korlátozódik a homoszexuális férfiak szűk körére. Így elmondható, hogy a *végbél* ugyan nem nemi szerv, de a szexualitás szempontjából

³⁵⁸ HOLZLEITHNER 2003, 256. p.

³⁵⁹ KIENAPFEL-SCHMOLLER 2005, 118. p.

³⁶⁰ HOLZLEITHNER 2003, 256. p.

figyelembe veendő, *manipulálása objektíve szexuális jellegű lehet.*³⁶¹ Más megfogalmazás szerint, az utóbbi néhány évtizedben a végbél „szexualizálásáról” lehet beszélni.³⁶²

3.1.3. Az egyéb erogén zónákat nem vonjuk a nemi cselekmény körébe, mert bár azoknak lehet szexuális vonatkozásuk, de a szexuális önrendelkezés mint kiemelten védett jogi tárgy szempontjából ezek sérelme elhanyagolható. Így nem vonható a nemi cselekmény körébe a csípő, a combok vagy a fenék megérintése, illetve a száj, annak megcsókolása. Az osztrák bírói gyakorlat *kizárja* e körből továbbá a has megérintését, a sértettre való ráülést, a sértett átkarolását, és a csókon kívül még kifejezetten a csókolózást is.³⁶³

3.2. A testi érintés követelménye

3.2.1. Az előbb tárgyalt releváns testrészek kérdéséről elválaszthatatlan követelmény, hogy a nemi cselekményhez azok megérintése szükséges. A következőkben ennek az érintésnek, érintkezésnek a feltételeit szükséges tisztázni. Az érintés kifejezést itt inkább átfogó, semmint annak általános értelmében használom, a szimpla megérintéstől mindenféle testi manipulációt, akár penetrációt értek alatta. Az érintés jellegéről és intenzitásáról a következő pontban lesz szó.

Az nem kérdéses, hogy *a meztelen nemi szervek megérintése nemi cselekmény.* A jogtárgyharmonikus értelmezés azonban annak elfogadásához vezet, hogy *a releváns testrészek ruhán keresztül történő érintése is lehet nemi cselekmény* akkor, ha ezt az érintést a sértett ugyanúgy, hasonló intenzitással érezhette, mintha az meztelenül történt volna. Ehhez vékony ruha (pl. bugyi, melltartó, esetleg fürdőruha, vékony póló vagy nyári ruha) és adott esetben erősebb megérintés szükséges.³⁶⁴

Szintén egységesek az álláspontok annak tekintetében, hogy *a releváns testrészek tárgyval történő megérintése* is elegendő lehet a nemi cselekmény megállapításához.³⁶⁵

³⁶¹ Így FEGERL 1995, 162. p., BERTEL-SCHWAIGHOFER 2005, 51. p. Németül kifejező az a magyarra nehezen lefordítható különbségével, miszerint a végbél nem „geschlechtsspezifisch”, hanem „geschlechtsbezogen” jellegű testrész (SCHICK-WK 36. p.).

³⁶² Vö. HOLZLEITHNER 1996, 25. p. 36. l., ahol a szerző rámutat, hogy ebben többek között a pornóvideóknak a mindennapi szexuális életre gyakorolt hatása is kimutatható. Ezt az összefüggést erősíti az OGH 1980-ból származó azon döntése, amely erre tekintettel az anális közönséglést kivette az Ausztriában egyébként büntetendő ún. „kemény pornográfia” (harte Pornographie) köréből.

³⁶³ Ismerteti KIENAPFEL-SCHMOLLER 2005, 119. p.; hasonlóan FEGERL 1995, 169. p.

³⁶⁴ KIENAPFEL-SCHMOLLER 2005, 118. p. E kérdésben egyébként úgy az osztrák, mint a német irodalomban megegyeznek az álláspontok. Vö. FEGERL 1995, 168. p., továbbá S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1632. p., HÖRNLE-MK 1398. p.

³⁶⁵ Lásd 357. l., továbbá SCHICK-WK 35. p.

Az érintést közvetítheti kiválasztási termék (pl. vizelet) vagy egyéb testi váladék is (pl. sperma).³⁶⁶ Ehhez azonban kettős megszorítást kell tenni. Egyrészt az ilyen cselekmények intenzitása nem elégíti ki azt a mértéket, amely a ruhán keresztül történő érintkezéshez szükséges, tehát ha pl. a sértett kabátjára ejakulál az elkövető, akkor nem valósul meg nemi cselekmény.³⁶⁷ Másrészt pedig nem lehet egyetérteni azzal a megállapítással, hogy pl. a „semleges” testrészekre való ejakulálással is megvalósítható a nemi cselekmény.³⁶⁸ A nemi cselekmény meghatározásával kapcsolatos törekvések ugyanis összekapcsolódnak a sértetti szexuális önrendelkezés körvonalainak lefektetésével (vö. 1.3.). Ahhoz, hogy ennek köre ne legyen parttalan, szükséges volt azt a fogalom szempontjából specifikus testrészekhez kapcsolni, legyen szó akár a sértett, akár az elkövető ilyen testrészeiről. A sértett semleges testrészére való (pl. hasára, arcára) ejakulálás nemi cselekményként való felfogása megbontaná ezt az alappillért, és további kivételek előtt nyitná meg az utat. Álláspontom szerint az ilyen cselekmény becsületsértés vagy a körülményektől függően kényszerítés bűncselekményét valósíthatja meg. Nemi bűncselekményt csak akkor, ha *specifikus testrészt érint*.

Ha *relatív aspektusból* tekintjük a releváns testrészek érintését, akkor elmondható, hogy a nemi cselekmény létrejöhet:

- a sértett specifikus testrésze és az elkövető bármilyen testrésze közötti érintkezéssel, illetve a sértett bármilyen testrésze és az elkövető specifikus testrésze közötti érintkezéssel;
- ugyanez a reláció elkövetőnek nem tekinthető harmadik személy vonatkozásában;
- a sértett ilyen testrészeinek a saját maga által történő érintésével, azzal, hogy a cselekmény intenzitását ilyenkor különös gonddal kell vizsgálni.³⁶⁹

Figyelemre méltó FEGEERL azon érvelése, hogy a sértett a nemi szervének saját maga általi manipulálása során a tettes mintegy eszközként használja a sértettet a nemi cselekmény elvégzésére. Erőszakos bűncselekmény esetén ez kézenfekvőnek tűnik³⁷⁰, s ezt még kiegészíthetjük azzal, hogy pl. 14 év alatti gyermek önkielégítésre rábírása esetén is adott lehet az eszköz-személyi minőség. Ez a fajta érvelés a közvetett tettességhez hasonló szituációként értelmezi a nemi cselekménynek ezt az esetét.

Ha tovább kívánjuk absztrahálni a nemi cselekmény ezen ismervét, akkor elmondható, hogy bármely két személy közötti érintkezés esetén legalább egyikük releváns testrészének az

³⁶⁶ GÖSSEL 2005, 20. p.

³⁶⁷ Ezzel kapcsolatban konkrét BGH-döntést ismertet LAUBENTHAL 2000, 25. p.

³⁶⁸ Így HÖRNLE-MK 1389. p.

³⁶⁹ Vö. SCHICK-WK 35. p.; KIENAPFEL-SCHMOLLER 2005, 118. p.

³⁷⁰ 1985, 167. p.

érintése szükséges, továbbá nemi cselekmény megvalósul a sértett specifikus testrészének saját maga általi manipulálásakor is. Ha a nemi cselekményt valóban genus proximumként kezeljük, akkor a fogalom szempontjából mindegy, hogy azt a saját testén ki, az elkövető vagy a passzív alany végzi. Ezeket a relációkat ugyanis a törvényi tényállás egyéb elemeinek kell kifejeznie. (A fajtalanság de lege lata fogalmánál ettől eltérő következtetésre jutottam, a fajtalanság már csak ezért sem tölti be megfelelően a genus proximum szerepét. (Lásd I. Fejezet 2.1.2.).

Erre tekintettel a testi érintésre vonatkozó követelményt úgy tudjuk meghatározni, hogy ahhoz *bármely két személy közötti érintkezés esetén legalább egyikük specifikus testrészének az érintése szükséges, két személy közti érintkezés hiányában pedig egy adott személy specifikus testrészének a saját maga általi megérintése (manipulálása) szükséges.*

3.2.2. Testi érintés hiányában *nem minősül nemi cselekménynek* a pusztán verbális, illetve vizuális szexualitás. Ha pl. a passzív alanyt arra kényszerítik, hogy egy harmadik személynek a telefonban izgató szexuális jellegű mondatokat mondjon és hanghatásokat adjon ki, akkor ezzel nemi cselekmény hiányában nemi bűncselekmény nem, hanem kényszerítés valósul meg. Úgyszintén nem minősül nemi cselekménynek a nemi szervek testi manipuláció nélküli mutogatása, így pl. a sztriptíz. Ha a passzív alanyt erre kényszerítik és pl. közben lefotózzák, szintén kényszerítés valósul meg, 18 év alatti passzív alany esetén pedig tiltott pornográf felvétellel visszaélés. A pornográfiában való részvételre kényszerítés akkor valósít meg nemi cselekményt és ezzel nemi bűncselekményt, ha a felvételek során a megfelelő testi érintésre sor kerül. Nem nemi cselekmény továbbá a pornográf képek másoknak történő mutogatása, még akkor sem, ha azt az elkövető a saját vagy a passzív alany nemi vágyának felkeltése érdekében teszi.³⁷¹

E cselekmények kizárása ugyanakkor abból a szempontból lehet kérdéses, hogy *objektív szexuális vonatkozásuk egyébként nyilvánvaló.* Az egyik osztrák megközelítés e cselekménytípusok kizárását a tényállások szövegezésének összevetésével kívánja igazolni. Eszerint a központi ifjúságvédelmi tényállás (öStGB 207. §) megfogalmazása eleve feltételezi a testi kontaktust, így ellentmondáshoz vezetne, ha pl. a nemi kényszerítés tényállása testi kontaktus nélküli nemi cselekményekkel is megvalósulhatna (öStGB 202. §), hiszen akkor a gyermeket szűkebb körben védenénk, mint a felnőtteket.³⁷² Ez az érvelés véleményem szerint azért kevésbé meggyőző, mert lemond arról, hogy a nemi cselekményt valódi genus

³⁷¹ Vö. SCHICK-WK 36. p. és KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 120-121. p.

³⁷² KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 119-120. p.

proximumként kezelje, hiszen egyes konkrét tényállások más szövegelemeinek a nemi cselekmény fogalmába való beleértelmezésével elveszik ennek lehetősége.

Megfelelőbbnek tűnik ezért az az értelmezés, amely nem tényállás-szövegezési, hanem jogtárgyharmonikus szempontból közelít. Eszerint a szexuális önrendelkezést védő tényállások a kényszerítés speciális tényállásai, és az általános cselekvési szabadságon belül a szexuális önrendelkezés kiemelt – és súlyos büntetési tételekkel támogatott – védelme akkor indokolt, ha annak komolyabb sérelméről van szó. A testi érintéssel járó szexuális cselekmények a passzív alany intimszférájába általában durvább behatást jelentenek, mint az ezzel nem járó cselekmények, és ezek már indokoltá tehetik a kényszerítés tényállásában megtestesülő általános védelem speciális védelemmé fokozását.³⁷³ Ezt hasonló érveléssel lehet kiegészíteni az ifjúságvédelmi tényállások kapcsán is. Ha a törvény szövege nem utalna konkrétan két személy, az elkövető és a passzív alany közötti érintkezésre, akkor is el lehetne mondani, hogy a konszenzuális magatartások a jogi tárgy veszélyeztetésének a büntetőjogi fellépéséhez szükséges fokát általában csak szexuális jellegű testi érintés, érintkezés esetén érik el.³⁷⁴ A vérfertőzésről eddig még nem esett szó, de az már itt most röviden leszögezhető, hogy e bűncselekmény bármely egyáltalán szóba jöhető jogi tárgyának védelme sem követeli meg, hogy a bűncselekmény vérrokonok testi kontaktusának hiányában is megvalósulhasson.

Így a nemi cselekménnyel megvalósuló nemi bűncselekmények jogi tárgyaira *figyelemmel* vontam le azt a következtetést, hogy a nemi cselekmény mint genus proximum a specifikus testrészek érintését feltételezi. Igaz ugyanakkor, hogy kivételes esetekben akár az is előfordulhat, hogy a testi érintés nélküli cselekményt a passzív alany az intim szférájába való súlyosabb beavatkozásként éli meg, ezért is használtam az előző bekezdésben az „általában” szót. A testi érintés megkövetelése tehát egyfajta kényszerű kompromisszum eredménye. Az egyik oldalon bizonyos szélső és ritka eseteknek lemondunk ugyan a nemi cselekmény (és így a nemi bűncselekmények) körébe vonásáról, a másik oldalon ugyanakkor így biztosítható, hogy a nemi cselekmény fogalmának határai ne mosódjanak el.

³⁷³ FEGERL 1985, 164. p.

³⁷⁴ Már itt előljáróban utalni kell arra, hogy az ifjúság szexuális fejlődésének védelme mint jogi tárgy számos problémát vet fel, az ifjúságvédelmi tényállások konkrét tartalmára is tekintettel komoly bizonytalansági tényezőket, ellentmondásokat tartalmaz, ezért is indokolt e bűncselekmények restriktív értelmezése. Ezzel összhangban van a nemi cselekmény mint nem-fogalom itt kifejtett megszorító értelmezése is (ehhez részletesen lásd az ifjúságvédelmet mint jogi tárgyat tárgyaló III. Rész II. Fejezetét).

3.3. Az érintés intenzitása és jellege

3.3.1. Az osztrák jogalkotó által javasolt (és törvénybe nem foglalt) definícióból az érintés jellegére a nem futó, nem felületes (nicht bloß flüchtig) jelzők utalnak. Ezt intenzív, jelentős megérintésként kell értelmezni. A szexuális vonatkozás így lehet egyértelmű, a szexuális önrendelkezés sérelmét a masszívabb testi érintés idézheti elő.³⁷⁵ Itt megint elmondható, hogy az emberi becsület és méltóság, valamint az általános cselekvési szabadság védelmének köréből a szexuális önrendelkezés speciális kiemelése annak egyértelmű és jelentősebb sérelme esetén indokolt. A specifikus testrészek egy pár pillanatig tartó, futó megérintése, felületes megsimítása ezt a követelményt nem elégíti ki. Ilyen esetekben tipikusan a becsületsértés, illetve a körülményektől függően a kényszerítés bűncselekményei adekvát és arányos védelmet biztosíthatnak.

Korábban már utaltam arra, hogy amennyiben az érintkezés *ruhán keresztül* történik, akkor annak intenzívebbnek, kifejezetten erősnek kell lennie. Amennyiben pedig a *passzív alany érinti a specifikus testrészeit*, akkor pedig kifejezetten szexuális jellegű, intenzív manipuláció szükséges a nemi cselekmény megállapíthatóságához. Így pl. ha a sértettet önkielégítésre kényszerítik vagy pl. arra, hogy a hüvelyébe, végbelébe tárgyat helyezzen. Ha a sértett pusztán megfogja a nemi szervét, ezzel nemi cselekmény még nem jön létre (vö. 3.2.1.). A fokozottabb intenzitás követelménye ezekben az esetekben is a teleologikus értelmezésből vezethető le.

A gyakorlati esetekre a specifikus testrészek, elsősorban a nemi szervek intenzív stimulálása jellemző. Így a hosszas simogatás, az orális közösülés, vaginális, anális közösülés, a hüvelybe, végbélbe tárggyal történő behatolás, vagy a nemi szervek összedörzsölése.

3.3.2. Az érint(kez)és intenzitása kapcsán szót kell ejteni annak egy szélsőséges esetéről, nevezetesen a *nemi szervekre irányzott ütésekről, rúgásokról*. A kérdés azért merül fel, mert önmagában az elkövető testi sértési szándéka nem zárja ki a cselekmény objektíve szexuális jellegét. Ha a nemi cselekményhez nem követeljük meg a nemi vágy általi motiváltságot, akkor ezáltal létrejön ez a kivételes probléma (a fajtalanság esetében ez a probléma értelemszerűen nem merült fel).

Némileg leegyszerűsítőnek tűnik az az értelmezés, amely szerint ha az ütések (kézzel vagy tárggyal) vagy rúgások célzottan a meztelen specifikus testrészekre irányulnak, akkor

³⁷⁵ SCHICK-WK 36. p.

létrejön a nemi cselekmény, míg ha mindez ruhával fedett testrészek ellen irányul, akkor a testi épség elleni támadás kerül előtérbe, és nemi cselekmény nem valósul meg.³⁷⁶

Ettől árnyaltabb az az érvelés, amely ilyen esetben kiemeli, hogy a testi sértési cselekmény nem akármilyen, hanem olyan testrészek ellen irányul, amelyek sértésével egyúttal a passzív alany szexuális szférája is súlyosan sérül. Az eddig felállított követelmények alapján az objektíve szexuális vonatkozás aligha kérdőjelezhető meg. *Az ilyen cselekmények tehát nemi cselekmények.* Ugyanakkor nem biztos, hogy az elkövető ezzel nemi bűncselekményért is felelősséggel fog tartozni, mert bár tényállásszerűen létrejön a nemi cselekmény, de ilyenkor fokozott körültekintéssel kell *vizsgálni az arra kiterjedő szándékosságot*³⁷⁷ (erre kerül sor a következő pontban).

Továbbá *előfordulhat, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények egyéb tényállási elemei nem valósulnak meg*, így egy meglepetésszerű támadás esetén valójában nincs kényszerítési elem, ezért az erőszakos nemi bűncselekmény ezen okból nem lesz tényállásszerű. Egy védekezésre képtelen passzív alany esetében már más a helyzet, ott az erőszakos nemi bűncselekmény elvileg tényállásszerű lehet, a felelősség kérdésében a szándékosság vizsgálata fog dönteni.

Ha korábban az jelentette a kiindulási pontot, hogy jogtárgyvédelmi okokból a nemi vágy általi motiváltságnak semmilyen szerepe sincs, akkor ezt következetesen fenntartva kell *az ilyen cselekményeket is, az objektív megítélés alapján nemi cselekménynek tekintenünk.* Ha a szadista elkövető semleges testrészek ellen irányuló, bár nemi kielégülést célzó cselekményeit a nem felismerhető szexuális vonatkozás miatt nem tekintetem nemi cselekményeknek, akkor e felfogás a másik oldalon ezt a döntést teszi szükségessé. A szadista elkövető kielégülést célzó cselekménye nem ettől, hanem attól lesz nemi cselekmény, ha specifikus testrész elleni irányul. Ha tehát a szexuális motívumot nem vesszük figyelembe, akkor nem juthatunk más következtetésre egy nemileg nem motivált ilyen cselekmény esetén sem.

E kérdésnek konkrét joggyakorlati relevanciái is voltak. Az OGH egy esetben például nemi cselekménynek minősítette a herék erős megrúgását. A BGH-nak pedig abban a különös esetben kellett döntenie, amikor is a tettes kerékpárral vagy gyalog közelített a sértett nők felé, majd váratlanul az öklével vagy valamilyen hegyes tárggyal erősen megütötte az

³⁷⁶ Így KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 120. p.

³⁷⁷ FEGERL 1995, 168. p. A német irodalomból hasonló álláspontot foglal el pl. BECK 1988, 42-43. p. és SICK 1993, 262. p.

altestüket és/vagy a mellüket.³⁷⁸ A nemi cselekmény fogalmi elemei tárgyalásának lezárásával a BGH-jogeset is közvetlenül átvezet a nemi cselekményhez kapcsolódó elkövetői tudattartalom rövid vizsgálatához.

4. A nemi cselekményhez kapcsolódó elkövetői tudattartalom

A nemi cselekmény fogalmában – a fajtalansággal ellentétben – szubjektív elem nem kap helyet. Ezzel a nemi cselekmény kategóriája következetesen *objektív tényállási elemmé válik*, és a hozzá kapcsolódó szándékosság kérdése semmiben sem különbözik a bármely más tényállási elemhez kapcsolódó szándékosság vizsgálatától.³⁷⁹

Az elkövető tudatának azt kell átfognia, hogy a cselekmény objektíve, kívülről felismerhetően szexuális vonatkozású.³⁸⁰ Konkrétan ez azt jelenti, hogy a nemi cselekmény fogalmi elemeinek megfelelő életbeli tényekkel kell tisztában lennie; azaz hogy cselekménye specifikus testrész intenzív érintésével jár. E tények tudatához az egyenes szándék és az eshetőleges szándék egyaránt kapcsolódhat.

Ha a cselekményt nemi vágy motiválja, akkor az egyenes szándékú elkövetés a tipikus. Ugyanakkor *az eshetőleges szándéknak is jelentősége lehet*, különösen az imént említett testi sértési jellegű cselekményeknél. A meglepetésszerű, vaktában történő ütések, rúgások esetén a nemi cselekmény megvalósul, de ilyenkor a hozzá kapcsolódó szándékosság tipikusan kizárható (és hiányozhat még a nemi bűncselekményhez szükséges kényszerítési elem is). Ennek megítélése azonban nem lehet mechanikus, s ezt jól mutatja az előbb említett BGH-s jogeset. Ott ugyanis meglepetésszerű támadás érte a sértett nőt, de az elkövető sorozatjellegű tevékenységéről volt szó, az ütések mindig a nők szeméremdombját és/vagy mellét érintették. Ha ebből a nemi vágy általi motiváltságra (ami automatikusan megalapozná a szándékosságot) még nem is lehet következtetni, az azonban bizonyossággal kijelenthető,

³⁷⁸ Ismerteti FEGERL uo., BECK és SICK uo.

³⁷⁹ A fajtalanság dogmatikailag már csak azért is problematikus, mert nem mondható róla egyértelműen, hogy objektív tényállási elem lenne. A jelenlegi értelmezés ugyanis célzatos cselekményként fogja fel, és e célzat a fajtalanságnak mint elkövetési magatartásnak a fogalmi eleme. Vagy fordítva, akár azt is mondhatnánk, hogy a fajtalanság a maga egészében nem tekinthető e bűncselekmények elkövetési magatartásának, mert csak a „súlyosan szeméremsértő cselekmény” lehet az, míg a fogalom többi eleme a szubjektív tényálláshoz tartozó célzat. Legáldefiníció hiányában nem ilyen nyilvánvaló, de hasonló a helyzet a közösülés büntetőjogi fogalmával is, hiszen az az élettani közösülés célzatának fennállása esetén valósul meg. A szubjektív elem hozzáértendő az elkövetési magatartáshoz, mert a törvényi tényállás célzatot nem tartalmaz. Büntetőjogunkban ilyen dogmatikailag hibrid konstrukció nem igen létezik másik (vö. NAGY-SZOMORA 2004, II. 17. p.; HOLLÁN-KIS 2005, 197. §-hoz fűzött magyarázat).

³⁸⁰ Vö. HÖRNLE-MK, 1397. p., GÖSSEL 2005, 17. p., TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1196. p.

hogy az elkövető célja a testi fájdalom, sérülés okozásán túl a nők szexuális szférájának a kifejezett megsértésére irányult. A nemi cselekményt akár az egyenes szándéka is átfoghatta.

Ha a támadás nem meglepetésszerű, hanem a sértettet pl. módszeresen a nemi szervénél kínozzák, akkor az elkövető eshetőleges szándékát nem lehet kizárni a nemi cselekménnyel kapcsolatban. Sőt, ilyen esetben – pl. ha eközben lefogják vagy lekötözik a sértettet – az erőszakkal kényszerítési elem is megvalósulhat, így az erőszakos nemi bűncselekmény tényállásszerű lehet és valóságos halmazatba kerülhet a testi sértés bűncselekményével. Elsőre furcsának hathat ez a megállapítás, de ha a fordított szituációt vizsgáljuk, akkor inkább következetesnek tűnik. A magyar büntetőjog ugyanis egységes abban a kérdésben, hogy az erőszakos nemi bűncselekménnyel halmazatban a súlyos testi sértést meg kell állapítani. Legyen szó akár az erőszak alkalmazása során okozott sérülésekről, akár védekezés nélkül átadott nemi betegségről.³⁸¹ Az elkövető célja itt sem a testi sértésre, hanem a nemi bűncselekmény elkövetésére irányul, de ha a sérülésre vagy a betegségre legalább az eshetőleges szándéka kiterjed, akkor a testi sértés bűncselekményét halmazatban megállapítjuk. Nem kellene ezt másképpen tenni a fordított elkövetési szituációban sem, ha a nemi cselekményt legalább az eshetőleges szándék átfogja. Hangsúlyozandó ugyanakkor, hogy ez az értelmezés csak a nemi cselekmény kategóriájának elfogadása esetén lehet irányadó, de lege lata a fajtalanság nemi kielégülést célzó mivolta miatt nem foghat helyt.

5. A tényállásszerű, de nem jogellenes nemi cselekmény

5.1. A német jogirodalmi álláspontok ismertetésénél esett szó az ún. ambivalensnek tekinthető cselekményekről, amelyre tipikus példa az orvosi vizsgálat, illetve a másik ember mosdatása (lásd 2.2.2.). E cselekmények a nemi cselekmény hatókörébe kerülhetnek, mert annak nem fogalmi eleme a nemi vágy általi motiváltság. A fajtalanság fogalmának ez az eleme zárta ki ugyanis, hogy pl. a nőgyógyászati vagy urológiai vizsgálatot fajtalanságnak tekintsük. E változással azonban valamilyen más megoldást kell találni ezekre az esetekre.

Mint láttuk, a *német irodalom* e cselekmények megítélésére nem tud megnyugtató választ adni. A leginkább meggyőzőnek a négy szóba jöhető álláspont közül az tűnik, amely szerint ha az orvos *nem lege artis* végzi a cselekményét, akkor annak objektív szexuális vonatkozása előtérbe kerül és kívülről felismerhetővé válik, s ilyenkor már nemi

³⁸¹ Lásd NAGY 2005, 293. p.; SINKU 2005, 233. p.

cselekményről beszélhetünk (pl. a nőgyógyász a vizsgálatot nem a rendelőben végzi; nem húz gumikesztyűt; indokolatlanul a szeméremtest és/vagy a csikló masszírozásába kezd). Ugyanez mondható el a mosdatásról, öltöztetésről is; az ilyen cselekmények indokolt és szakszerű kereteinek a túllépésével nemi cselekmény jön létre.³⁸² E példák kiegészíthetők még pl. a motozással, illetve ezzel szoros összefüggésben a testüreg esetleges átvizsgálásával (itt nem orvosi célról van szó).

Az *osztrák irodalom* is ugyanezt az álláspontot fogadja el: ha a higiéniai vagy orvosi okokból indokolt a specifikus testrészek megérintése, akkor hiányzik az objektív szexuális vonatkozás, és nem jön létre nemi cselekmény. Még akkor sem, ha egyébként az orvos vagy az ápoló szexuális motivációból is végzi e cselekményeket, de ha ez kifelé nem ismerhető fel, akkor a jogi tárgy sérelméről nem lehet szó.³⁸³

5.2. Az ilyen esetekben tehát – az osztrák értelmezés szerint is – a cselekmény objektíve szexuális jellege hiányozna. Nézetem szerint ez a felfogás nincsen összhangban a nemi cselekmény lefektetett ismérveivel, ugyanis azok közül valamennyi megvalósul, és ezen elemek funkciója éppen az volna, hogy teleologikus szemszögből a cselekmény objektíve szexuális jellegét konkretizálják. Ehhez képest itt ellentmondásnak tűnik e jelleg elvitatása, ha az elemek egyébként fennállnak (nemi szervek intenzív érintése). Ha nem akarjuk „kikezdeni” a nemi cselekmény kategóriáját, akkor ki kell mondani, hogy az orvosi, valamint a mosdatással, az öltöztetéssel szükségszerűen együtt járó cselekmények is *tényállásszerű nemi cselekmények lehetnek*.

A büntetőjogi felelősség kizárására kézenfekvő a büntetőjog-ellenesség síkját igénybe venni. *Ha az orvosi vizsgálat lege artis történik, akkor az ugyan nemi cselekményt valósíthat meg, de nem jogellenes*, a szakmai szabályok megszegése esetén viszont jogellenessé válik. Ugyanez mondható el arról, ha valaki *hivatásbeli kötelességét teljesítve* végzi a másik személy mosdatását, öltöztetését vagy motozását; illetve a szülő a gyermekének vagy más családtagjának esetében teszi ugyanezt a *szülői vagy családi köteléken alapuló gondoskodási kötelességének teljesítése körében*.

Ennek elfogadásával nem a nemi cselekmény nehezen felépített kategóriája alól kellene kivételeket képezni, hanem a büntetőjogban általánosan ismert és elfogadott *törvény feletti jogellenességet kizáró okokat* lehetne segítségül hívni.³⁸⁴ Ha az érintett személy a

³⁸² HORN–WOLTERS-SK § 184f, 3. p.; LAUBENTHAL 2000, 21-22. p.

³⁸³ KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 118. p.

³⁸⁴ Ezen okokhoz lásd NAGY 2004, 220-227. p.

hivatásbeli, illetve a gondozási kötelezettségének objektív kereteit túllépi, akkor a nemi cselekmény büntetőjog-ellenessé válik.³⁸⁵

Ezzel a megoldással kapcsolatban nem nagyon érthetők BECK aggályai, aki a tényállásszerű nemi cselekmény elismerésében a szexuális bűnelkövetők és az orvosok egy tekintet alá vételét, egy szinten kezelését látja.³⁸⁶ Ezek az aggályok akkor minden további nélkül fel kellene, hogy merüljenek pl. a testi sértéssel kapcsolatban, ahol általánosan elismert a sértett beleegyezése és/vagy a lege artis végzett beavatkozás jogellenességet kizáró hatása. Ilyenkor sem konstruálunk az orvos cselekményéhez tényállásszerűséget kizáró okot, ami szinte lehetetlen lenne. De az újságíró sem tekintendő rágalmazónak akkor, amikor a szakma szabályainak megfelelően tényszerűen tájékoztat valós, ám a becsület csorbítására minden további nélkül alkalmas tényekről. A cselekménye a rágalmazás tényállásába illik, de nem büntetőjog-ellenes.

Összességében úgy gondolom, hogy a kivételek kreálása helyett megnyugtatóbb eredményre vezet, ha ilyen esetben a büntetőjogban már több hasonló esetben bevált, elismert megoldást választjuk, ezzel is erősítve az adott szempontból hasonló jellegű cselekmények következetes és nem kazuisztikus megítéléséhez igénybe vehető dogmatikai rendszerünk összetartó funkcióját.

6. Összegzés

6.1. A fajtalanság kategóriájáról sikerült kimutatni, hogy az számos okból nem alkalmas az ember szexuális magatartásának büntetőjogi megjelenítésére. Ha nem kezeljük genus proximumként, akkor is tartalmaz már önmagában több olyan dogmatikai ellentmondást, amelyek miatt nem fogadható el a jövőbeni fenntartása.

A fajtalanság helyett a nemi cselekmény kategóriája töltheti be azt a szerepet, hogy a büntetőjog számára körülírja az ember szexuális magatartását, lefektetve annak közös jellemzőit. A nemi cselekmény objektív megközelítése indokolt, ehhez azonban nem látszik elegendőnek a német irodalomban hangsúlyozott „külső szemlélő által felismerhető szexuális jelleg” kategóriája. A német büntetőjogban e kategóriával kapcsolatban kialakult ellentmondások, a fogalom (továbbra is fennálló) parttalansága rámutatnak arra, hogy az

³⁸⁵ A német irodalomban közvetlenül a nemi cselekményre áttérést jelentő törvényi változások időszakában írta SCHROEDER, hogy ilyen esetben a felelősséget nem a tényállásszerűség, hanem a jogellenesség síkján kellene kizárni (1975, 21. p.). Álláspontjára még csak nem is nagyon reflektáltak a későbbi német munkákban.

³⁸⁶ 1988, 30. p.

objektíve szexuális jelleget ettől konkrétabb elemekkel kell körülírni. Ehhez az osztrák büntetőjog nyújt kiindulási alapot.

6.2. Ennek alapján *a nemi cselekmény az ember szexuális szempontból releváns testrészeinek intenzív jellegű érintéseként, manipulálásaként írható körül*. A fogalom kereteit jogtárgyharmonikus értelmezéssel szoríthatjuk az elfogadható és indokolt körre. Így:

1) Szexuális szempontból releváns testrészek: a nemi szervek, a női mell és a végbél. Az egyéb erogén zónák a jogi tárgy elenyésző sérelme, vagy sérelmének hiánya miatt zárandók ki.

2) Szintén a teleologikus értelmezés, valamint a fogalom parttalanná válásának megakadályozása indokolja e specifikus testrészek megérintésének követelményét, történjen az két személy közötti érintkezés, vagy egy személy saját testrészének manipulálása, stimulálása formájában.

3) A jogtárgysérelem már figyelembe vehető szintje indokolja, hogy a specifikus testrészek érintésének intenzív testi cselekvésként kell történniük.

Amennyiben a fenti mindhárom ismérvnek eleget tesz, akkor a nemi cselekmény megvalósulhat tárggyal vagy ruhán keresztüli érintéssel is, illetve közvetíteti kiválasztási termék (pl. vizelet) vagy más testnedv (tipikusan sperma).

A nemi cselekmény fogalmának nincsen szubjektív eleme (különösen nem a nemi vágy kielégítésének célja), az elkövetői tudattartalom szempontjából ugyanúgy viselkedik, mint bármely más objektív tényállási elem.

6.3. A nemi cselekmény így megalkotott fogalma természetesen nem mentes és nem is lehet mentes az értékeléstől. *Ezt az értékelést azonban el kell végezni, és nem lehet ehelyett általában a társadalom szexuális szokásaira, illetve a sexualitással kapcsolatos közfelfogásra hivatkozni*. A jogtárgyharmonikus értelmezéssel is ez az értékelés történik meg. Ennek egyik legfontosabb következménye, hogy a biológiai női/férfi jegyek és a sexualitás közé nem tehetünk egyenlőségjelet, kapcsolatuk inkább „bogár-rovar relációban” írható le. Erre tekintettel szükséges például, hogy a végbélt szexuálspecifikus testrészként vegyük figyelembe. Ilyen értékelésen alapult a testi kontaktus és az intenzív behatás megkövetelése is.

A dStGB-ben *expressis verbis* megtestesülő felfogással szemben nem tartom kivitelezhetőnek a nemi cselekmény tényállásspecifikus, azaz az egyes tényállások konkrét jogi tárgyaira tekintettel történő eltérő értelmezését. A német példák is jól mutatják, hogy

ilyen esetben a nemi cselekmény valójában megszűnik genus proximusként viselkedni és olyan szabad értékelési terület marad nyitva, amelyet a bírói gyakorlat nem képes egységes értelmezéssel betölteni. *A teleologikus értelmezéssel nem a tényállások különbségeit kell hangsúlyozni, hanem éppen ellenkezőleg, megkeresni a jogi tárgyak (a szexuális önrendelkezés és az ifjúságvédelem) azon közös pontjait, védelmi igényeit, amely mentén egy egységes nemi cselekmény kategória kialakítható.* Ily módon a nemi cselekmény válik ezen bűncselekményi tényállások közös vonatkoztatási pontjává.³⁸⁷

A nemi cselekmény ilyen kategorikus és konkrét megközelítése idegen a magyar büntetőjogtól, de véleményem szerint a jövőben kívánatos lenne egy ilyen felfogás követése. Bár SCHROEDER némi élel jegyzi meg, hogy ez a korábbiakhoz képest a nemi bűncselekmények „külsődleges-fiziológiai” megközelítését eredményezi³⁸⁸, a történeti példák tanulságait leszűrve úgy gondolom, hogy ez mind a törvényi határozottság, mind – e bűncselekmények magas büntetési tételeire tekintettel – az arányosság, mind pedig a büntetőjog ultima ratio jellegének követelménye szükségessé teszi.

A magyar büntetőjog számára még kérdés, hogy a terminológia törvényi megváltoztatásán túl kell-e legáldefiníciót alkotni a nemi cselekményhez. Az osztrák példa mutatja, hogy erre nincs feltétlenül szükség, a fogalom és némi magyarázat törvényi indokolásban történő elhelyezése elegendő kiindulópont lehet a jogértelmezés és a jogalkalmazás számára. De törvényi fogalom-meghatározásként akár itt az összegzés során írt fogalmat is elképzelhetőnek tartom (lásd 6.2.). Az azonban bizonyos, hogy egy évszázados kategória lecserélése esetén legalábbis az érdemi és tartalmi miniszteri indokolás elengedhetetlen, akár legáldefinícióval, akár anélkül.

³⁸⁷ Vö. KIENAPFEL–SCHMOLLER 2005, 116-117. p. A vérfertőzés jogtárgyi szempontból adott problematikussága pedig eleve kizárja e bűncselekmény figyelembe vételét, ha a nemi cselekmény alapkategóriáját kívánjuk meghatározni (lásd III. Rész III. Fejezet 1.).

³⁸⁸ 1975, 16. p.

III. Rész

A nemi cselekménnyel megvalósuló nemi bűncselekmények teleologikus vizsgálata

A Bevezetésben írtaknak megfelelően e Részben azon három (négy) bűncselekmény jogtárgyharmonikus elemzésére kerül sor, amelyek elkövetési magatartása a nemi cselekmény (közösülés és/vagy fajtalanság): így az erőszakos közösülés (Btk. 197. §) és a szemérem elleni erőszak (Btk. 198. §), a megrontás (Btk. 201-202. §), továbbá a vérfertőzés (Btk. 203. §).

I. Fejezet

Az erőszakos nemi bűncselekmények (erőszakos közösülés és szemérem elleni erőszak)³⁸⁹

A történeti fejtegetések során látható volt, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények szabályozása is szoros kapcsolatot teremtett a törvény és az erkölcsi normák, valamint vallási meggyőződések között, azonban ezen túl is tükrözte és ma is tükrözi a társadalmi alapstruktúrákat és hatalmi viszonyokat, különösen a nő és férfi közötti viszonyt.³⁹⁰

Ma már mind a magyar, mind a német nyelvű irodalomban nagy az egyetértés abban a kérdésben, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények jogi tárgya – bármilyen megszorítás nélkül – az *egyén szexuális önrendelkezése*.³⁹¹ Ez a fogalom a szexualitás megváltozott

³⁸⁹ A továbbiakban – az egyszerűbb fogalmazás kedvéért – az erőszakos nemi bűncselekmények mint gyűjtőfogalom alatt e két bűncselekményt értem.

³⁹⁰ SICK 1993, 92. p.

³⁹¹ A magyar irodalomból valamennyi recens szerzőt meg lehetne idézni. Egyes német és osztrák szerzők a szexuális önrendelkezést szűkebb és tágabb értelemben is használják, tágabb értelemben pedig *valamennyi nemi bűncselekmény közös jogi tárgyaként értelmezik* (így SCHROEDER 1975, 17-18. p.; LAUBENTHAL 2000, 15. p.; RENZIKOWSKI 2005, 1047-1048. p.), illetve ebben a tágabb értelemben az ún. szexuális integritás kifejezést használják (így HANGARTNER 1998, 36-38. és 46-47. p.; KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 173-174. p.). Mások vitatják e tág megközelítés használhatóságát (így SICK 1993, 81-82. p.; KUMMER 2002, 38-46. p.; HORN-WOLTERS-SK vor § 174, 8. p.; S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1503-1504. p.). Mivel jelen értekezésnek nem valamennyi nemi bűncselekmény a tárgya, így ezt a vitát sem bemutatnom, sem abban állást foglalnom nem szükséges. Abban valamennyi idézett szerző között teljes az egyetértés, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények jogi tárgya a szexuális önrendelkezés; én e kifejezést ebben az összefüggésben fogom használni, és elemzésére ebben az értelemben kerül sor.

felfogását közvetíti, amely a „szexualitással való más általi rendelkezést” (Fremdbestimmung)³⁹² elítélendőnek tartja. E kategória egy olyan ember képére épít, akit ezen a téren már nem az erkölcsi normák regulálnak, hanem akinek az egyik oldalon biztosított a kibontakozás lehetősége, a másik oldalon pedig a szexualitással kapcsolatos döntési szabadsága elleni támadásokkal szembeni védelem.³⁹³

A szexuális önrendelkezés az ember személyének az egyik leglényegesebb aspektusa, „elemi személyiségi jog”.³⁹⁴ A nemi önrendelkezés nevesítve nem szerepel az alapjogok alkotmányi katalógusában, hanem egy másik alapjogra épül, az *emberi méltóság* egyik aspektusát jelenti, abból vezethető le.³⁹⁵ Az emberi méltóság egyik alkotójaként számos és meghatározó módon kapcsolódik a személy intellektuális, morális és társadalmi identitásához. A szexuális önrendelkezés határainak a megsértését az érintett személy általában a személyes méltóságának lényegi eleme elleni nagyon súlyos támadásként éli meg. Ezért az ilyen magatartások különösen alkalmasak arra, hogy tartósan káros következményeket okozzanak a személy lelki és társadalmi integritásában.³⁹⁶

Az ma már nem vitatéma, hogy a szexuális önrendelkezés mindenkit megillet, nemtől, kortól, nemi identitástól és orientációtól vagy éppen házassági, élettársi köteléktől függetlenül; s ez egyenes következménye annak, hogy ezt az alapjogot az emberi méltóságból vezettük le, amely nem korlátozható, s mindenkit egyformán megillet. A magyar büntetőjog 1997 óta tette magáévá maradéktalanul ezt a felfogást, mikor is a férfi sérelmére, valamint a házassági életközösségben elkövetett erőszakos közöszlést is büntetni rendelte.³⁹⁷ A jogalkotó az 1997. évi LXXIII. törvény indokolásában deklarálta, hogy „a házastársak a házasságkötéssel nem mondanak le teljesen szexuális önrendelkezési jogukról, a

³⁹² A német szakkifejezés nagyon találó, magyar megfelelője nincs. Tartalmilag az önrendelkezés ellentétét, azaz az „idegenrendelkezést” jelenti, az önrendelkezés más általi figyelmen kívül hagyását és megakadályozását. A megfelelő magyar fordítás hiánya miatt a továbbiakban is fel fogom tüntetni zárójelben a Fremdbestimmung kifejezést. Utalni kell ugyanakkor még arra, hogy ez a terminológia (a más általi rendelkezés) a magyar Alkotmánybíróság 64/1991. (XII. 17.) AB határozatában is előfordul (lásd még 395. l.).

³⁹³ SICK 1993, 88. p.

³⁹⁴ SÁRI 2001, 78. p., STRATENWERTH–JENNY 2003, 141. p.

³⁹⁵ KOVÁCS 2003, 322-323. p. Abból, ahogyan az AB meghatározza az emberi méltóságot, jól kiolvasható, hogy annak lényege az általában vett önrendelkezés: „Az emberi méltósághoz való jog azt jelenti, hogy van az egyén autonómiájának, önrendelkezésének egy olyan mindenki más rendelkezése alól kivont magja, amelynél fogva – klasszikus megfogalmazás szerint – az ember alany marad, s nem válhat eszközzé vagy tárggyá [64/1991. (XII. 17.) AB hat.]. Az emberi méltósághoz való jog az általános személyiségvédelmi funkciójából eredően további külön nevesíthető jogokat foglal magában, s ilyen az önrendelkezésen belül annak egyik aspektusa, a szexuális önrendelkezés is (vö. SÁRI 2001, 78. p.). Az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásait módosító 1993. évi XVII. törvény indokolásából is az olvasható ki, hogy e bűncselekményekben a jogalkotó is az emberi méltóság súlyos sérelmét látja: „az emberi mivoltában mélyen megalázott sértett” – írja a miniszteri indokolás. A német szerzők közül kifejezetten az emberi méltósággal való összefüggést említi TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1040. p.; RENZIKOWSKI 2005, 1047. p.; LAUBENTHAL 2000, 33. p.

³⁹⁶ TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1040. p.

³⁹⁷ A magyar helyzetről áttekintést ad többek között FEHÉR–VIRÁG 2006, 45-47. p.

házasságkötés ténye nem jogosítja fel egyik felet sem arra, hogy a szexuális érintkezést a másik fél akarata ellenére, a házastársnak lelki és sokszor fizikai gyötrelmet előidéző módon gyakorolja”. E kérdést ma már – szerencsére – evidenciaként kezeljük, részletes tárgyalását nem tartom szükségesnek, a passzív alanyok körének „egyenjogúsítása” jogtárgyvédelmi nézőpontból nem lehet kérdéses.³⁹⁸

A következőkben tehát a szexuális önrendelkezés – vagy ahogy szinonimájaként gyakran használják, a szexuális szabadság – jelentését és büntetőjogi tartalmát szükséges feltárni. Röviden érdemes megemlíteni, hogy az önrendelkezés vizsgálata a büntetőjogban először a *tettesi oldalon* merült fel, az empirikus úton nem tisztázható akaratszabadság problémájával és a bűnösségen alapuló felelősséggel szoros összefüggésben. A *sértetti szabadság* kérdésköre először a 18. században bukkan fel, amikor is sor került a kényszerítés bűncselekményének pönalizálására (például a porosz ALR-ben). A kérdés igazi jelentőségre a 20. századtól tett szert, mégis az tapasztalható, hogy közel sem foglalkoznak vele annyit, mint a tettesi akaratszabadság problematikájával.³⁹⁹

HANGARTNER álláspontja szerint a metafizikai akaratszabadság körüli vita irreleváns a témánk szempontjából. Ezt azzal támasztja alá, hogy a szabadság elleni bűncselekmények esetén a büntetőjogot nem az egyénben rejlő kényszerelemek, szabadságát korlátozó belső adottságok vagy természeti okságok érdeklik, hanem olyan behatások, amelyek harmadik személytől erednek.⁴⁰⁰

Ez a megállapítás az erőszakos nemi bűncselekmények kapcsán elfogadható. Azonban azt is látni kell, hogy a kóros elmeállapotú személyek, valamint a gyermekek szexuális önrendelkezésének meghatározásában, határainak lefektetésében pontosan a belső adottságok, az egyénben rejlő tulajdonságok, ezek korlátozott megismerhetősége jelenti a legnagyobb problémát. E sértetti kör esetén az önrendelkezésnek *normatív határai* vannak, és nem csak a harmadik személy behatása jelentheti a kényszerelemet.

³⁹⁸ A német jogalkotó szintén 1997-ben terjesztette ki a passzív alanyi kört. Az osztrák jogalkotó részmegoldással élt 1989-ben, és 2004-ben történt meg a passzív alanyok teljes egyenjogúsítása (lásd SZOMORA 2005a, 15-16. és 19. p.). A házasságon belüli nemi erőszak ekkénti büntetendőségével kapcsolatos érvekről és ellenérvekről részletes áttekintést ad többek között TEUFERT 1980, 214-215. p.; PAETOW 1987, 132-178. p.; FEGERL 1995, 26-33. p.; REICHENBACH 2003, 555-556. és 559. p.; BT-Drucks. 13/7324 (33. StrÄndG 1997) 5. p. (közveteszi GÖSSEL 2005, 246-247. p.); GÖSSEL 2005, 46-47. p.; továbbá VIZI 2006, 65-66. p.

³⁹⁹ AMELUNG 1999, 182-183. és részletesebb magyarázatokkal 185-187. p.

⁴⁰⁰ 1998, 21. p.

1. A szexuális önrendelkezés mint jogi tárgy

1.1. A szexuális önrendelkezés büntetőjogi meghatározása

1.1.1. A szexuális önrendelkezést és a szexuális szabadságot szinonimaként használják legtöbb esetben.⁴⁰¹ Ez elfogadható, a büntetőjogi védelem kapcsán inkább annak meghatározása lesz fontos, hogy milyen tartalom adható e kategóriáknak. Mindkettő érthető pozitív és negatív értelemben egyaránt, ezeket szükséges most meghatározni és a büntetőjoggal való viszonyukat tisztázni.

A szexuális szabadság *tartalmilag* döntően *három összetevőre* bontható:⁴⁰²

a) Elsőként említendő a nemi identitás kialakulásának, kialakításának a szabadsága, amelybe bele kell érteni azt is, hogy az egyénnek megvan a joga ahhoz, hogy egyáltalán ki se alakítsa a szexuális identitását. (Ez az alapjogi jellegéből fakad, vö. pl. a vallásszabadsággal.)

b) A nemi identitásnak megfelelő nemi cselekmények (nemi élet) gyakorlása; ez esetben is azzal, hogy a szexuális szabadság a nemi cselekményektől (nemi élettől) való akár teljes tartózkodás jogát is magában foglalja. Ennek már gyakorlati jelentősége lehet, például a cölibátus esetében.

c) A nemi cselekmények *szituációs elemeinek* megválasztása; azaz a partnerválasztás szabadsága, illetve döntési szabadság abban, hogy hol, mikor, hogyan és milyen nemi cselekményt folytasson az egyén a partnerével.

Pozitív értelemben a szexuális önrendelkezés azt jelenti, hogy az egyén valamennyi tartalmi elemet illetően olyan döntést hoz, amelyet akar, és úgy él nemi életet, úgy folytat nemi cselekményeket, ahogyan akar. *Negatív értelemben* pedig a kényszermentességet jelenti, azaz *bármelyik összetevőt illetően* adott az egyén joga arra, hogy külső, más személytől eredő kényszerszerűen mentesen döntsön.⁴⁰³

1.1.2. Az irodalomban egyöntetű az álláspont arról, hogy *büntetőjogi értelemben* a szexuális szabadság negatív aspektusának, azaz a kényszermentességnek lehet jelentősége. A büntetőjog ugyanis pozitíve nem támogatja a szexuális élet megvalósítását, kiteljesítését,

⁴⁰¹ Lásd pl.: SICK 1993, 83. p.; KUMMER 2002, 42. p.; LAUBENTHAL 2000, 7. p.; RENZIKOWSKI 2005, 1047. p.

⁴⁰² Az a) és b) pontokhoz kiindulásként lásd KOVÁCS 2003, 323. p.; a c) ponthoz vö. SICK 1993, 87. p.; KUMMER 2002, 43. p. és LAUBENTHAL 2000, 7. p.

⁴⁰³ A két oldal egymást szükségképpen feltételezi. Két személy kapcsolatában pedig figyelemmel kell lenni az alapjogok kollíziójára, azaz egyik személy szexuális önrendelkezésének a pozitív oldalát a másik személy szexuális önrendelkezésének negatív oldala korlátozza (lásd még 1.2.1.).

hanem a kényszermentesség garantálása érdekében biztosít speciális védelmet.⁴⁰⁴ E tekintetben a szexuális önrendelkezés az egyén „elhárítási, védekezési jogaként” (Abwehrrecht), avagy a szexualitással való más általi rendelkezéssel (Fremdbestimmung) szembeni szabadságként határozható meg; azaz *bármelyik adottak maradjanak a pszichés és fizikai feltételek ahhoz, hogy maga döntse el, hogy egy adott személlyel, egy adott helyen és időben akar-e egy meghatározott nemi cselekményt folytatni vagy sem.*⁴⁰⁵ És mindebbe – a partner kiválasztása kapcsán – implicite beleértendő, hogy mindezt a szexuális identitásának megfelelően tegye. Ezzel a meghatározással megtörtént a szexuális önrendelkezés negatív oldalának és tartalmi elemeinek az összekapcsolása, s ez irányadó a büntetőjog számára.

Nagyon fontos, hogy a jogi tárgy sérelmét kell látnunk *bármelyik összetevőjének sérelme*, más általi figyelmen kívül hagyása esetén, ezek az összetevők ugyanis egyenrangúak és csak valamennyiük fennállása esetén beszélhetünk valódi szexuális önrendelkezésről.⁴⁰⁶ Ennek gyakorlati jelentősége is van. Ha például a sértett az adott partnerrel hajlandó lenne szexuális kapcsolatot létesíteni, netán szokott vele nemi életet élni, de *vagy* a konkrét időpontban, *vagy* a konkrét helyen nem kíván szexuális kapcsolatot létesíteni, *vagy* létesít ugyan szexuális kapcsolatot, de bizonyos nemi cselekmények végzésére (pl. anális/orális/vaginális közösülés) nem hajlandó. A *nemi cselekmények egyes szituációs elemeinek sérelme* jellemző lehet például a házastársi, élettársi életközösségekben vagy akár más tartós szexuális kapcsolatokban. Szélsőséges esetben a nemi önrendelkezés sérelmét kell látnunk abban is, ha pl. az elkövető a szexuális aktus során valamilyen, a másik fél által nem kívánt, visszataszítónak talált ruhadarab, bőrruha, fehérnemű vagy például bilincs viselésére kényszeríti a partnerét, aki ilyen feltételek mellett már végeredményben nem hajlandó az aktusra, egyébként pedig hajlandó lenne rá.

Nem fogadható el az az álláspont, amely szerint a szexuális kapcsolat feltételeiről és helyéről való döntés szabadságát nem védenék az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásai.⁴⁰⁷ Ez a nézőpont már akkor sem volt tartható, amikor még nem valósított meg

⁴⁰⁴ SICK 1993, 86-87. p.; LAUBENTHAL 2000, 7. p.; KUMMER 2002, 42. p.; RENZIKOWSKI 2005, 1047. p. Értékesek AMELUNG fejtegetései, amelyekben megpróbálja pozitíve meghatározni a *szabadság általános fogalmát*, attól a meglátástól indítva, hogy a negatív megközelítés üres, mert szabadságot a kényszerrel való mentességgel határozza meg, a kényszer pedig lényegében definiálatlanul hagyja, vagy a szabadság hiányaként jellemzi. Olyan ez, mint egy „farkába harapó kígyó”. Álláspontja szerint a szabadság pozitív tartalma akként adható meg, hogy az „egy olyan állapot, amelyben az egyén a saját értékeinek megfelelően viselkedhet.” Érték alatt pedig egy olyan állapot értendő, amelynek az egyén szerint „lennie kell” („sein soll”), legyen szó egy jövőbeni kívánt helyzetről, vagy már egy meglévő olyan adottságról, szituációról, amelyet az egyén „jónak” tart (1999, 186-188. p.).

⁴⁰⁵ SICK 1993, 87. p.; LAUBENTHAL 2000, 7. p.; RENZIKOWSKI 2005, 1047. p.

⁴⁰⁶ SICK 1993, 87. p.; KUMMER 2002, 43. p.

⁴⁰⁷ Így SCHROEDER 1975, 27. p.

nemi bűncselekményt a házastárs nemi cselekményre kényszerítése, hiszen a szituációs elemek sérelme más tartós szexuális kapcsolatokban is előfordulhatott, mégpedig büntetőjogi relevanciával. Az a példa pedig egyenesen abszurd, miszerint ha valaki feltételekhez, pl. egy prostituált pénz fizetéséhez köti a nemi kapcsolat létesítését, akkor a nemi cselekményre kényszerítés „pusztán” a feltételek megtagadása esetén nem valósítana meg nemi bűncselekményt.⁴⁰⁸ Ha a konkrét példánál maradunk, ez a felfogás burkoltan a prostituált passzív alanyi szerepét és szexuális önrendelkezését kérdőjelezi meg.

1.1.3. Annak hangsúlyozásával, hogy speciális büntetőjogi védelemre döntően a szexuális önrendelkezés negatív oldala szorul, néhány szót a *pozitív oldal esetleges büntetőjogi relevanciájáról* is szólni kell. A pozitív oldal sérelme akkor valósul meg, ha valakit a szexualitástól való tartózkodásra kényszerítenek. Bár gyakorlati jelentősége csekély, magyar viszonylatban nem látom lehetetlennek a Btk. 174. §-a szerinti kényszerítés megvalósíthatóságát, ha valakit erőszakkal vagy fenyegetéssel kényszerítenek arra, hogy tartózkodjon például egy konkrét személlyel való nemi érintkezéstől (e minősítés lehetősége különösen akkor merül fel, ha a cselekmény nem meríti ki a személyi szabadság megsértésének tényállást – Btk. 175. §). Nem gondolom, hogy felnőtt passzív alanyok esetén szükség volna ilyenkor valamilyen nemi bűncselekmény megállapítására és ennek érdekében törvénymódosításra, az általános cselekvési szabadságot biztosító kényszerítés tényállása által nyújtott védelmet ilyen esetekben elegendőnek tartom.⁴⁰⁹

Más a helyzet akkor, ha az ilyen cselekményeknek gyermek a sértettje. Az ő esetében ugyanis fejlődésben van a pozitív értelemben vett szexuális önrendelkezés, ezért fokozott védelmet igényel. A szexuális fejlődés súlyos veszélyeztetésével, sérelmével járhat az, ha egy serdülőt, egy fiatal erőszakkal, fenyegetéssel, megalázó megjegyzésekkel, különböző büntetésekkel indokolatlanul tartanak vissza, zárnak el szerelemi, adott esetben szexuális kapcsolattól. Konkrét kapcsolat hiányában is, az alakulóban lévő önrendelkezést veszélyeztetheti az, ha a gyermek a saját szexualitásához „nem férhet hozzá”, ha például a fenti módszerekkel próbálják visszatartani az önkielégítéstől, saját testének a megismerésétől; vagy ellenkező előjellel, ha a családi környezetében például szadista vagy fetisiszta

⁴⁰⁸ Uo.

⁴⁰⁹ Fontos azonban megjegyezni, hogy az általános önrendelkezés más aspektusai esetén – az adott jog természeténél fogva – a pozitív oldal sérelmére létezik speciális tényállás a Btk.-ban; így a lelkiismereti és vallásszabadság megsértése, ahol a „nem gyakorlásra” való kényszerítés is tényállásszerű elkövetési magatartás [174/A. § b) pont: vallásának szabad gyakorlásában erőszakkal vagy fenyegetéssel akadályoz]. Hasonló a helyzet az egyesülési vagy gyülekezési szabadság megsértése esetén is [Btk. 228/A. § (1) bek.: egyesülési vagy gyülekezési jogának gyakorlásában erőszakkal vagy fenyegetéssel akadályoz]. A kényszerítés és az erőszakos nemi bűncselekmények összevetésére lásd részletesen 2.

cselekmények szemtanúja. A magyar büntetőjog ilyen esetekre megfelelő védelmet biztosít a Btk. 195. § (1) bek. szerinti kiskorú veszélyeztetésének tényállásával.

Nem fogadható el KUMMER álláspontja, amely szerint a nemi önrendelkezés ilyen jellegű, tehát pozitív oldalának sérelme esetén nincsen helye büntetőjogi fellépésnek.⁴¹⁰ Mint kifejtettem, felnőtt sértett esetén sem tartom kizártnak a kényszerítés szerinti minősítést, a kiskorúaknak azonban kifejezetten szükséges e tekintetben büntetőjogi védelmet is biztosítani.

Mint látható volt, bizonyos esetekben a *szexuális önrendelkezés pozitív oldala* is büntetőjogi védelemre szorul. A *szexualitáshoz való jognak* azonban ettől sokkal nagyobb jelentősége van a „másik oldal”, azaz a *büntetőjogon keresztül történő állami beavatkozás határainak a megvonásában*.⁴¹¹ Ezen alapjog elismerése ugyanis szükségképpen vonja maga után a történeti fejlődés során tapasztalt dekriminalizációs következményeket; nevezetesen azt, hogy nem lehet büntetendő a homoszexualitás, a házasságon kívüli nemi élet, vagy az egyszerű prostitúciós tevékenység sem. Még akkor is, ha a társadalom egy része ezeket erkölcstelennek tartja.⁴¹²

Rövid összegzésként elmondható, hogy a szexuális önrendelkezés a nemi identitás kialakításának, az ennek megfelelő nemi cselekmények folytatásának és a nemi cselekmények szituációs elemei megválasztásának a szabadságát foglalja magában. Hangsúlyosabb, speciális büntetőjogi védelemre a negatív oldal, azaz a nemi élet kényszermentessége szorul. Bizonyos esetekben a pozitív oldalát, azaz a szexualitáshoz való jogot is büntetőjogi védelemben kell részesíteni, ennek azonban nagyobb jelentősége van a büntetőjogi beavatkozás korlátainak lefektetésében.

1.2. A szexuális önrendelkezés sérelme

1.2.1. E kérdés vizsgálatánál abból érdemes kiindulni, hogy a szexuális szabadság (mint az önrendelkezés egyéb aspektusai is) jogi tárgyi jellegében lényegesen különbözik a személyhez kapcsolódó más jogi tárgyaktól, így pl. az emberi élettől, testi épségtől. A szexuális szabadság olyan jogi tárgy, amelynek nem adható egy abszolút és állandó terjedelem (mint pl. az életnek vagy testi épségnek)⁴¹³, hiszen az egyes egyének nem élhetnek

⁴¹⁰ 2002, 45-46. p.

⁴¹¹ RENZIKOWSKI-MK, 1047. p.

⁴¹² JÄGER 1957, 45-46. p.; SICK 1993, 87. p.

⁴¹³ Ezért nevezi HANGARTNER „intrasoziales Rechtsgut”-nak (kb. „társadalomközi jogi tárgy”) (1998, 23. p.)

egymás mellett korlátlan szexuális önrendelkezéssel. A szexuális szabadság az általános cselekvési szabadság részeként külső ráhatások, a társadalmi normarend és más személyek ráhatásának keretei között realizálódik.⁴¹⁴ Így e jogi tárgy sérelme is relatív jellegű, hiszen az egyik egyén szexuális szabadsága eleve korlátozza a másik személy szexuális szabadságát.⁴¹⁵ E jellemzőre figyelemmel kell körülírni tehát az egyes személyek szexuális szabadságának kollíziójával járó jogtárgysérelmet, azaz szem előtt kell tartani, hogy *az egyének szexuális szabadságának ütközése nem jár automatikusan a jogi tárgy sérelmével*.

A szexuális önrendelkezést akkor részesítheti védelemben a büntetőjog, ha a kollízió jellege olyan, hogy az egyik egyén szexuális szabadsága körében meghozott döntés a másik egyén szexuális szabadságának lényegi elemét sérti meg, azaz ha *a szabad döntést korlátozza*.⁴¹⁶ *Jogtárgysérelmről tehát akkor beszélhetünk, ha az egyént akarata ellenére vagy azzal ellentétesen vonják be nemi cselekmény végzésébe*. Ezt az absztrakt meghatározást úgy tudjuk konkrétabb formába önteni, ha megvizsgáljuk a jogi tárgy (negatív oldala) sérelmének lehetséges módjait.

1.2.2. A jogtárgysérelem alsó határa nagyon alacsony, és elvileg már akkor is felmerül a lehetősége, ha a sértett valami miatt nem tudja egy pusztán „nem”-mel vagy más ráutaló magatartással kivonni magát a tettes ráhatása alól.⁴¹⁷ Tipikusan ez a helyzet, ha a sértett valamilyen oknál fogva védekezésre képtelen. Így a szexuális szabadság sérelmének egyik módja a sértett *akaratainak pusztán figyelmen kívül hagyása* oly módon, hogy azt a tettes valójában nem befolyásolja.

Az *akaratot befolyásoló tettesi ráhatások* lehetnek a sértett akaratainak ellenállhatatlan erővel történő megtörése (*vis absoluta*), az akaratot hajlító erőszak (*vis compulsiva*) vagy fenyegetés, és az akaratot módosító más magatartások: a megfélemlítés, a meggyőzés vagy rábeszélés, illetve pusztán a cselekménnyel járó előnyök, illetve az elmaradásával kapcsolatos hátrányok felemlítése.⁴¹⁸

Az akaratot törő ráhatás büntetendősége különösebb problémát nem vet fel. A sértett testére ható *kényszer* esetén a jog számára nem kérdés, hogy az önrendelkezés körében hozott döntésről nem lehet beszélni. Akarathajlítás esetén a nemi cselekményre végülis a sértett

⁴¹⁴ Vö. VIDA 1999, 133. p.

⁴¹⁵ A helyzet érdekessége, hogy itt *ugyanazon alapjog kollíziójáról* van szó, és nem különböző alapjogok ütköznek (mint pl. a véleménynyilvánítás szabadsága az egyén jó hírnévhez fűződő jogával vagy emberi méltóságával; vagy pl. a mozgás szabadsága a magánlakás tiszteltben tartásához való joggal).

⁴¹⁶ KOVÁCS 2003, 324. p.

⁴¹⁷ FROMMEL-NK, 3275. p.

⁴¹⁸ FISCHER 2000, 82. és 90-91. p.

döntése nyomán kerül sor, azonban a döntési szabadság tettes általi korlátozása miatt a sértett nem szabadon hozza meg döntését és ezért nem lehet azt felelősséget kizáró tényezőként figyelembe venni.⁴¹⁹

A *tévedésnek* a szexuális önrendelkezéssel összefüggésben, annak jellegénél fogva nem sok szerepe lehet. A jogtörténet során előfordult ilyen eset kodifikálása: az RStGB 179. § büntette a közösülést, ha a tettes az erre való házassági jogát színlelte, s amely tényállást a német jogalkotó az 1969. évi 1. novellával helyezett hatályon kívül.⁴²⁰ A Csemegi-kódex pedig ehhez hasonlóan büntette az ún. férjszínlelés bűncselekményét⁴²¹, amely az 1961. évi Btk.-ban már nem szerepelt, a kivételesen ritka elkövetés és ennek folytán a tényállás feleslegessége miatt.⁴²² A tévedés mögött legtöbb esetben jogilag figyelembe nem vehető felelőtlenség, tudatlanság, naivság vagy hiszékenység állhat, amelynek kihasználása tipikusan erkölcstelen, de nem éri el azt a szintet, amikor a sértetti beleegyezést a büntetőjog figyelmen kívül hagyhatja, és bűncselekményt statuálhat.⁴²³

A *meggyőzés* és a *rábeszélés*, az előnyök-hátrányok mentén történő *befolyásolás* általában akkor is büntetlen marad, ha az érintettek között intellektuális vagy társadalmi, szociális alá-fölérendeltség van. Ennek oka, hogy ilyenkor nagy és nehezen elhatárolható területen fedt át egymást a beleegyezésnek a döntési szabadság korlátozásával történő megszerzése és az egyszerű, jogilag is elfogadható meggyőzés.⁴²⁴

Látható tehát, hogy *a szexuális önrendelkezés nem mindenfajta sérelme lesz büntetendő*. Annak ellenére, hogy a szexuális szabadság mint jogi tárgy az egyén szexuális szféráját a maga egészében átfogja, és az ide kapcsolódó sértetti akarat bármilyen sérelme a jogi tárgy sérelmét jelenti.⁴²⁵ Ezt hangsúlyozták az 1980-as évek második felében azok a németországi reformjavaslatok is, amelyek az erőszakos nemi bűncselekmények elkövetési módjait (erőszak, illetve élet/testi épség elleni közvetlen fenyegetés) egy harmadik

⁴¹⁹ Uo. 92. p.

⁴²⁰ Vö. SCHROEDER 1975, 15. p.; FISCHER 2000, 91. p.

⁴²¹ 1878. évi V. tc. 245. §: „Aki magát valamely nő férjének színli, és a nőnek tévedését felhasználja, hogy azzal nemileg közösüljön: szemérem elleni büntett miatt három évig terjedhető börtönnel büntetendő. A bűnvádi eljárásnak csak a sértett nőnek vagy férjének indítványára van helye.”

⁴²² Indokolás-1961 477. p.

⁴²³ Vö. FISCHER 2000, 93. p. A tévedésre lehet példa az 1960-as évekből a „tübingeni kékszakkál” esete, aki számos nőt azzal vett rá szexuális kapcsolatra, hogy máskülönben fennáll a veszélye, hogy meghülyül vagy megvakul (mármint az elkövető) (ismerteti HERMANN-KOLB 2005, 53. p.). A svájci gyakorlatból említhető az az eset, amikor a sértett annyira ittas és álmos volt, hogy a partnerét összekeverte a férjével (ismerteti STRATENWERTH-JENNY 2003, 176. p.).

⁴²⁴ FISCHER 2000, 91. p.

⁴²⁵ SICK 1993, 84-85. p.



alternatívával akarták kiegészíteni, amely pusztán így szólt volna: más akarata ellenére.⁴²⁶ E javaslatot ebben a formában nem fogadták el.⁴²⁷

Ennek megfelelően a szexuális önrendelkezés sérelme – a körülményektől függően – minősülhet (erőszakos) nemi bűncselekményként, vagy az általános cselekvési szabadságot védő kényszerítésként, vagy maradhat mindenféle büntetőjogi következmény nélkül. Az ezzel kapcsolatos jogalkotói mérlegelést a tényállási elemeknek kell pontosan tükrözniük. A jogalkotó e mérlegelését döntően a büntetőjog ultima ratio jellege befolyásolja, amelyből következően a szexuális önrendelkezés sérelmét akkor indokolt büntetni, ha a sértett különösen védelemre méltó, és a szexuális szabadságának lehetséges sérelme ellen nem tud könnyen védekezni, a rendelkezésére álló védekezési lehetőségei csekélyek. Az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásai tehát ún. inkongruens tényállások, amennyiben a büntetendőség törvényi tényállás által meghatározott keretei nem fedik le teljes egészében a jogtárgysérelem körét.⁴²⁸

Összegzésként elmondható, hogy a szexuális önrendelkezés sérelme tehát akkor lesz büntetendő, ha a nemi cselekményre a védekezésre képtelen sértett akaratának figyelmen kívül hagyásával került sor, továbbá ha a sértettet a nemi cselekményre (erőszakkal vagy fenyegetéssel) kényszerítik. Ha a magyar szabályozást nézzük, akkor látható, hogy jogtárgyvédelmi szempontból az erőszakos közöszlész/szemérem elleni erőszak tényállásainak első fordulata és második fordulatainak egy része (a sértett védekezésre képtelen állapotának felhasználása) összetartozik.⁴²⁹ Ennek ellenére, az elemzés követhetősége érdekében a de lege lata helyzetből indulok ki, és az első-második fordulat szerint felosztva kerül sor a továbbiakban a vizsgálódásra. A most következő fejtegetések tehát a Btk. 197. és 198. §§-ok (1) bekezdésének I. fordulatával vannak összefüggésben. Ezt követi majd a II. fordulat teleologikus elemzése.

⁴²⁶ A javaslathoz és előterjesztőihez lásd FISCHER 2000, 76. p.

⁴²⁷ A javaslat pontos okáról és sorsáról a későbbiekben még lesz szó (lásd 2.2.3.A).

⁴²⁸ SICK 1993, 85-86. p. Az inkongruens szó jelentése: össze nem illő.

⁴²⁹ A fentiek alapján a sértett akaratnyilvánításra képtelen állapotának felhasználásakor nem feltétlenül beszélhetünk a szexuális önrendelkezés sérelméről. Részletesen lásd 5.2.2.B.

2. Az erőszakos nemi bűncselekmények és a kényszerítés viszonya

2.1. Specialitás

A német nyelvű irodalomban széles körben elismert, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények a *kényszerítés speciális tényállásai*.⁴³⁰ A jogi tárgyak összefüggése kézenfekvő, az egyén önrendelkezésének, a kényszerítés tényállása által védett általános cselekvési szabadságának egy részaspektusa a szexuális szabadság.⁴³¹ A specialitás viszonyának egyértelműsége továbbá abból is adódhat, hogy a bűncselekmény német elnevezésében (dStGB 177. § Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) szerepel a kényszerítés szó. A magyar irodalomban a halmazati kérdések kapcsán felmerül ugyan a kényszerítéstől való elhatárolás, a két tényállás generális-speciális viszonyát ennek ellenére nem szokás tematizálni.⁴³²

2.1.1. A kényszerítés és az erőszakos nemi bűncselekmények *közös jellemzője*, hogy a *kikényszerített magatartás jogilag irreleváns*.⁴³³ A kikényszerített magatartás pedig ez esetben a *nemi cselekmény*, s itt újból rá kell mutatni, hogy a fajtalansággal ellentétben a nemi cselekmény mint dogmatikai kategória feladata ezen okból is az, hogy értékítélettől és a tilalmazottság-megengedettség szempontjától függetlenül írja körül az ember szexuális magatartását. FISCHER helyesen mutat rá, hogy mind a kényszerítés, mind az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásai esetén a büntetlen és a büntetendő magatartások között a határ egyedül ott húzódik, ahol is a tettes a céljaival ellentétes sértetti akaratot megtöri vagy hajlítja. Az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásainak a kényszerítés köréből való kiemelése egyedül azon alapul, hogy a szexualitás az ember személyiségének legmélyebb, legrejtettebb részéhez tartozik, és emiatt az ezzel való rendelkezést az önrendelkezés különösen védelemre méltó részének tekintjük.⁴³⁴

A büntetendőség tehát a kényszerítési magatartáson alapul, de ennek ellenére nem lehet egyetérteni SCHICK azon megállapításával, miszerint az intenzív nemi cselekmény önmagában nem mutat fel önálló jogtárgysértő jelleget, az kimerül az akarat hajlításában vagy

⁴³⁰ Így pl. KRAMER 1981, 20. p.; FISCHER 2000, 82. p.; LAUBENTHAL 2000, 37. p.; GÖSSEL 2005, 23. p.; az osztrák irodalomból pl. FEGERL 1995, 47. s köv. p.

⁴³¹ GÖSSEL 2005, 10-11. p.

⁴³² Korábban SZOMORA 2005a, 22-23. p. Ritka kivételként említhető, hogy az 1978. évi Btk. előkészítése során felmerült a két bűncselekmény ilyen viszonya (lásd LÁSZLÓ 1989, 264. p.).

⁴³³ FISCHER 2000, 82. p. Magyar viszonylatban a kényszerítés tényállása kapcsán részletesen tárgyalja a kikényszerített magatartás e jellemzőjét és ennek következményeit VIDA 2005, 152. p.

⁴³⁴ FISCHER uo.

kiiktatásában, azaz a kényszerítésben.⁴³⁵ Ha ez így lenne, akkor az erőszakos nemi bűncselekményekhez nem kapcsolódna súlyosabb büntetési tétel; itt éppen arról van szó, hogy a kényszerítésben meglévő társadalomra veszélyességet a speciális jogi tárgy elleni támadás tovább fokozza. Az más kérdés, hogy kriminológiai szempontból az elkövetői oldalon az agresszív elem, és nem feltétlenül a szexuális elem dominál, sértetti oldalon azonban a nemi cselekmény döntően befolyásolja a jogtárgysérelem jellegét és súlyosságát.

A közös elem tehát a kényszerítési magatartás. Ennek lényege, hogy a sértett által tanúsított magatartást nem az akarata határozza meg, vagy a tanúsított magatartás ugyan a saját akaratán alapul, de ezt az akarat-elhatározást a kényszerítő magatartása váltotta ki.⁴³⁶ A kényszer különböző fajtáiról AMELUNG ad színvonalas, általános érvényű összefoglalást:⁴³⁷

A) A kényszer lehet *abszolút jellegű*, amikor is az elkövető a sértettet mindenféle cselekvési lehetőségétől megfosztja. Ilyen abszolút kényszerként a testi ráhatást jelentő *erőszak* hathat (*vis absoluta*). Az ilyen durva fizikai ráhatás a sértett akaratát teljesen kiiktatja és így a sértett a magatartását egyáltalán nem tudja irányítani, uralni, ezért hívjuk akaratot törő erőszaknak.

B) A kényszer ugyanakkor lehet *relatív jellegű* is, amely annak a körülménynek a kihasználásával fejthető ki, hogy minden egyes ember értékek sokaságával rendelkezik, amelyek egymással meghatározott viszonyban állnak. Az egyén számára értékes például az élete és a pénze is, de ha választás elé állítják, hogy a pénzét vagy az életét őrizheti-e meg, akkor az értékrendjének megfelelően az élete mellett fog dönteni a pénz ellenében (vö. pl. rablás, zsarolás). Ugyanez a viszony állítható fel pl. a szexuális szabadság és az élet tekintetében, az erőszakos nemi bűncselekmények esetén előfordul, hogy a sértett az élete megmentése érdekében áldozza fel a szexuális szabadságát.

A relatív kényszer egyik formája az *akaratot hajlító erőszak* (*vis compulsiva*). Az akaratot törő erőszakhoz hasonlóan itt is a kifejtésének pillanatában történik a jogtárgysértés, de ez a sértettet nem fizikai cselekvési lehetőségeinek a kiiktatásával kényszeríti, hanem a zajló jogtárgysértés folytatásától és az ezzel járó hátrányoktól való félelem fejt ki kényszerítő hatást. Az akaratot hajlító erőszak tehát a kifejtésének időpontjában fennálló jogtárgysértésen túl egy a jövőbe mutató, kvázi fenyegetési elemmel is rendelkezik. A kényszerítő hatás folytán a sértett a tettes által kívánt akarat-elhatározásra jut.

⁴³⁵ SCHICK-WK 17. p.

⁴³⁶ SINKU 2005, 229. p.

⁴³⁷ 1999, 195-197. p. Lásd még FEGERL 1985, 54. s köv. p.

A relatív kényszer másik formája a *fenyegetés*. A fenyegetés Btk.-beli fogalma szerint – eltérő rendelkezés hiányában – olyan súlyos hátrány, amely alkalmas arra, hogy a megfenyegetettben komoly félelmet keltsen (138. §). Ezt a definíciót Amelung nyomán még annyival lehet kiegészíteni, hogy a kilátásba helyezett súlyos hátrányról a tettes azt állítja, hogy annak bekövetkezésére befolyása van. A fenyegetés abban különbözik a kompulzív erőszaktól, hogy kifejtésének időpontjában a súlyos hátrány még nem következik be, tehát még nincs konkrét sérelem, a fenyegetés ennek bekövetkeztét teljes egészében a jövőre nézve helyezi kilátásába.

2.1.2. Az erőszakos nemi bűncselekmények *specialitása a magyar büntetőjogban két ismervben* ragadható meg. Az egyik a kényszerítés célja, nevezetesen hogy a tettes a passzív alanyt *nemi cselekményre* (közösülésre vagy fajtalanságra) kényszeríti. A másik eltérés az *elkövetési módban* rejlik, az erőszakos nemi bűncselekmények ugyanis az erőszak mellett kvalifikált fenyegetéssel valósulhatnak meg: a fenyegetésnek az élet vagy testi épség ellen kell irányulnia és közvetlennek kell lennie. Más jogtárgyak sérelmének kilátásba helyezése esetén, vagy ha az élet, testi épség sérelmének azonnali bekövetkezésétől nem kell tartani, akkor a nemi cselekményre kényszerítés ellenére is a kényszerítés (174. §) mint generális tényállás állapítható meg.

Az elkövetési módok a Csemegi-kódex óta változatlanok. Az 1961. évi Btk. indokolása ennek (azaz a fenyegetés kvalifikációjának) fenntartását azzal indokolta, hogy „a fenyegetés általános büntetőjogi fogalma e büntettek körében nem alkalmazható, mert büntetni engedne olyan magatartásokat is, amikor a presszió enyhe foka és ennek megfelelően a cselekmény társadalomra veszélyességének kisebb mértéke a pönalizálást nem követeli meg, sőt a büntetné nyilvánítással elérhető büntetőjogi célok aránytalanul jelentéktelenebbek, mint az abból származó veszélyek: az alaptalan feljelentés, zsarolás és egyéb hátrányos következmények”.⁴³⁸

Ez az érvelés nem állja meg a helyét, hiszen teljesen figyelmen kívül hagyja, hogy az általános fenyegetéssel nemi cselekményre kényszerítés büntetendő marad, a kényszerítés tényállása alapján. A helyes megközelítés inkább az lehet, hogy az *arányosság követelménye* indokolja a fenyegetés kvalifikációját, hiszen az erőszakos nemi bűncselekmények büntetési tétele (alapesetben 2-8 évig terjedő szabadságvesztés) súlyos, és kisebb hátránnyal járó fenyegetés esetén ez a büntetési tételkeret aránytalan lenne. Ebből is látszik, hogy az

⁴³⁸ Indokolás-1961, 479. p.

erőszakos nemi bűncselekmények büntetési tételeiben e bűncselekmények mindkét speciális ismérve tükröződik: nem csupán a szexuális szférát sértő nemi cselekmény, hanem a kényszerítés intenzívebb volta is.

2.1.3. A *német büntető kódex* végeredményben a magyarral egyezően határozza meg a nemi erőszak elkövetési módjait: erőszak; élet/testi épség elleni közvetlen fenyegetés; a sértett tettesi ráhatásnak védtelenül kiszolgáltatott helyzetének kihasználása (vö. dStGB 117. §). E harmadik elkövetési mód értelmezését tekintve semmiben sem különbözik attól a cselekményi körtől, amelyet a magyar tényállás is lefed. Itt kell megemlíteni a bírói gyakorlat szerepét, amely a jogértelmezéssel jelentősen befolyásolja a generális kényszerítés és a speciális nemi tényállások viszonyát. A bírói gyakorlat szerepéről, és ezzel összefüggésben a német törvényben szereplő harmadik elkövetési módról a későbbiekben külön lesz szó (lásd 2.2.2.).

Az *osztrák büntető kódex* más utat választott: két tényállásban szabályozza a nemi erőszak eseteit és nemcsak a kényszerítés módjai, hanem a nemi cselekmény intenzitása szerint is differenciál (vö. öStGB 201-202. §§). A súlyosabban büntetendő esetben az elkövetési módok az erőszak, élet/testi épség elleni közvetlen fenyegetés, valamint a személyi szabadság elvonása. Az enyhébben büntetendő esetekben az elkövetési módok között az erőszak mellett a veszélyes fenyegetés szerepel, és ezekkel az elkövetési módokkal valósul meg a kényszerítés bűncselekménye is (vö. öStGB 106. §).⁴³⁹ Ezzel az osztrák jogalkotó arra az álláspontra helyezkedett, hogy a nemi cselekményre kényszerítés minden esetben nemi bűncselekményt valósítson meg. Így a kényszerítés mint generális tényállás a szexuális önrendelkezés bármilyen fokú sérelme esetén háttérbe lép. Ha pl. a gyermekeit egyedül nevelő, szakképzettséggel nem rendelkező anyát az állásából való elbocsátással fenyegetve kényszerítik közösülésre, akkor e cselekmény a magyar és a német büntetőjog szerint csak kényszerítésként minősülhet, míg az osztrák büntetőjog szerint ez nemi kényszerítést valósít meg (öStGB 202. §).

Amennyiben a kényszerítés mint generális tényállás és az erőszakos szexuális deliktumok büntetési tételei megfelelően összehangoltak, akkor ez a szabályozási különbség komolyabb kihatással nem jár. Ez elmondható mindhárom ország büntetőjogáról. Ilyen esetben *a speciális jogi tárgy szem előtt tartásának fokában van csak különbség*. E szemléletbeli különbség lényege, hogy a jogalkotó mindvégig előtérben tartja-e a speciális jogi tárgyat – jelen esetben a szexuális önrendelkezést – vagy pedig annak enyhébb sérelme

⁴³⁹ Az osztrák szabályozás fejlődéséhez és részleteihez lásd SZOMORA 2005a

esetén hagyja azt feloldódni a generális jogi tárgyban, azaz az általános cselekvési szabadságban.⁴⁴⁰

2.2. Az ellenállás és annak komolysága?

2.2.1. A központi tétel

Mint említettem, a magyar irodalom nem tárgyalja kifejezetten az előbb bemutatott generális-speciális viszonyt. Ehelyett *a kényszerítés bűncselekményénél egyébként nem vizsgált szempontot helyez magának a kényszerítésnek mint a tárgyalt nemi bűncselekmények elkövetési magatartásának a középpontjába: a sértett ellenállását és annak komolyságát.*

Ennek lényege szerint a kényszerítés a passzív alany ténylegesen kifejtett vagy várható ellenállásának megbénítása és ezzel olyan állapotba juttatása, amellyel a közösülés vagy fajtalanság (a nemi cselekmény) végrehajtása elé nem képes vagy nem mer akadályt gördíteni. A kifejtett ellenállásnak komolynak kell lennie. Ha a passzív alany csak színlegesen védekezik, vagy a bár komoly elhárító tevékenységével szükség nélkül felhagy, kényszerítésről lehet szó.⁴⁴¹ Az erőszaknak mint a kényszerítés elkövetési módjának pedig alkalmasnak kell lennie a sértett fizikai ellenállásának leküzdésére.⁴⁴²

Ezek a régebbi tételek a mai jogirodalmi munkákban is megjelennek, azzal – helyesen – kiegészítve, hogy ennek következtében a sértett képtelenné válik a valódi akaratának megfelelő magatartás tanúsítására.⁴⁴³ Ezzel a kiegészítéssel már közelebb kerülünk a kényszerítés valódi tartalmához. Ugyanakkor még ma is találunk olyan értelmezést, amely az erőszakot mint elkövetési módot teljesen összemossa a kényszerítéssel mint elkövetési magatartással, eszerint a kényszerítés az erőszak és a fenyegetés alkalmazásának összefoglaló kifejezése lenne.⁴⁴⁴

A sértett komoly ellenállásának hangsúlyozása azért tűnik furcsának, mert a kényszerítés bűncselekménye körében a magyar irodalom sehol egy szóval sem említi ezt a szempontot, amit pedig az erőszakos nemi bűncselekmények kapcsán alaptételként kezel. Márpedig az erőszakkal kényszerítés lényegét tekintve nem különbözik a Btk. 174. § szerinti

⁴⁴⁰ Ez a szemlélet olvasható ki a 1978. évi Btk.-t előkészítő kodifikációs bizottság álláspontjából is, amely szerint a kényszerítés tényállásából „nem szükséges kiiktatni azokat a cselekményeket, amelyek az ember cselekvési szabadságán belül a szexuális cselekvési szabadságát sértik” (LÁSZLÓ 1989, 264. p.).

⁴⁴¹ SCHULTHEISZ 1966, 22. p.

⁴⁴² NEMÉNYI 1968, 1348. p.

⁴⁴³ Így NAGY 2005, 286. p.; SINKU 2005, 229. p.; FEHÉR 2005, 245. p.

⁴⁴⁴ Így BERKES 2006, 594. p.

kényszerítés büntette, valamint az erőszakos közöszlész/szemérem elleni erőszak büntettei esetén. Ez a helyzet azért is kérdéses, mert az erőszak fajtáinál is akaratot törő vagy hajlító erőszakról szokás beszélni, és nem ellenállást törő erőszakról. Ennek az áthallásnak az egyik okozója lehet a BK 93. sz. állásfoglalás, amely szerint e bűncselekmények esetén az „erőszak valamely személyre közvetlenül ható olyan fizikai erő kifejtése, amely az ellenállást megtöri”.

Tehát a nemi tényállások esetén a jogirodalom egyfajta, pragmatikusabbként felfogható utat követ, és a *kényszerítés tartalma (akaratörés/hajlítás) helyett annak formájára (külső ellenállás) koncentrál, és gyakorlatilag bizonyítási kérdéseket emel egy anyagi jogértelmezési kérdés középpontjába*. Ezt mi sem mutatja jobban, minthogy az e kérdéshez kapcsolódó fejtegetések körében nem egyszer központi szerepet kap annak leírása, hogy a sértett ellenállását milyen ténykörülmények bizonyíthatják, és hogy mit kell ilyenkor vizsgálni. Itt gyakorlatilag indíciumok felsorolását találhatjuk: a testen, illetve a ruházaton lévő sérülések, a sértetti segítségkérés ténye vagy annak elmaradása, a helyszínen található egyéb nyomok, az elkövető és a sértett kapcsolata, esetleges szexuális előélete; vagy az ellenállás látszólagosságával kapcsolatban a sértett megelőző kihívó, biztató magatartása.⁴⁴⁵

Ezek a szempontok önmagukban helyénvalóak és fontosak annak a vizsgálatában, hogy a sértett *akaratával ellentétes* volt-e a nemi cselekmény avagy sem. Ugyanakkor úgy gondolom, hogy a sértetti ellenállásnak az értelmezés középpontjába helyezése félreértésekre adhat okot, különösen ha az erőszak tartalma összemosódik a kényszerítés tartalmával. A kényszerítés lényege ugyanis nem a külső jelekben is megnyilvánuló ellenállás leküzdése (*a kényszerítés egy lehetséges formája*), hanem a passzív alany ellentétes akaratának törése vagy hajlítása (*a kényszerítés mindenkori tartalma*). A két szempontnak a magyar irodalomban található összemosása azt a téves benyomást keltheti, hogy komoly ellenállás hiányában nincs a nemi cselekménnyel ellentétes akarat. A kettő közé márpedig nem tehető egyenlőségjel, külső ellenállás hiányában is elképzelhető ellentétes akarat. A viszony valójában fordított, és csak annyi bizonyos, hogy *komoly ellenállás esetén fennáll a nemi cselekménnyel ellentétes akarat*.

A kritizált szemléletmód problematikusságát mutatja az is, ha mindezt a *fenyegetés mint elkövetési mód* szempontjából vizsgáljuk meg. Véleményem szerint fogalmi képtelenség és a Btk.-val is ellentétes a '61-es törvény kommentárjának az a kijelentése, hogy „a komoly ellenállás természetesen a fenyegetés megvalósulásához éppúgy elengedhetetlen, mint az erőszakéhoz”.⁴⁴⁶ Az 1961. évi Btk. 115. §-ában foglalt értelmező rendelkezés teljes egészében

⁴⁴⁵ NAGY 2005 286. p.; SINKU 2005, 229. p; BERKES 2006, 595. p.

⁴⁴⁶ NEMÉNYI 1968, 1354. p.

megegyezett a fenyegetés hatályos Btk. 138. §-ában adott legáldefiníciójával, amely szerint a fenyegetésnek komoly félelem kiváltására kell alkalmasnak lennie. Az ellenállás bizonyítására felsorolt indíciumpok egy jó része egyébként is alkalmazhatatlan a fenyegetés esetén: nincs sérülés, dulakodás nyoma a helyszínen. Ha valakire ráfognak egy csőre töltött pisztolyt vagy a nyakához szorítanak egy kést, akkor mit jelent a komoly ellenállás, hogyan kell komolyan ellenállni? A fenyegetés inkább szolgál a sértett várható ellenállásának a megbénítására, hogy ellenállásra ne is kerüljön sor.⁴⁴⁷ *A fenyegetés tehát nem az ellenállás leküzdésére, hanem a komoly félelem kiváltása folytán az elkövetővel ellentétes sértetti akarat hajlítására kell, hogy alkalmas legyen.* (A valamire való alkalmasság kapcsán pedig mindig meg kell jegyezni, hogy az nem egyenlő a célnak a bekövetkezésével.)

Az ellenállás komolyságának hangsúlyozása annak fényében is kétséges, hogy a hatályos Btk.-t készítő kodifikációs bizottság kifejezetten deklarálta, hogy „a törvényi tényállásban nem lenne helyes utalni a sértett ellenállásának a komolyságára. A gyakorlatban valóban nehéz elhatárolni, hogy a sértett védekezése, illetve ellenállása mennyire komoly. Ennek vizsgálata azonban bizonyítási nehézséget jelentene, és annak mérlegeléséhez vezetne, hogy a sértettnek milyen magatartást kellett volna tanúsítania. [...] Ez nem jogszabályalkotási kérdés.”⁴⁴⁸ Mint láttuk, az idézett megfogalmazások mégis egyfajta immanens tényállási elemként kezelik a sértetti ellenállást.

Mindebből következően nem tartom helyesnek a jogirodalomban tapasztalható azon általánosításokat, amelyek a kényszerítés megítélésének központi elemévé a sértetti ellenállást és annak komolyságát helyezik. Ennek során az elkövetési módok (erőszak és fenyegetés) összemosódnak az elkövetési magatartással. A sértetti ellenállás az elkövetővel ellentétes akarat külvilági megjelenése lehet, de ettől nagyobb szerep nem tulajdonítható neki. Helyesen mutat rá LAUBENTHAL, hogy a külvilágban megjelenő – verbális vagy testi – ellenállás hiánya vagy az ellenállás időközbeni feladása nem zárják ki automatikusan a belső ellenállást, azaz az ellenálló akaratot.⁴⁴⁹ A magyar büntetőjogi irodalomban irányadó fogalmazás problematikussága mindennek fényében úgy összegezhető, hogy az *elkövetővel ellentétes (annak ellenálló) sértetti akaratot félreérthető módon helyettesíti az ellenállással mint külsőleg megjelenő fizikai tevékenységgel.*

⁴⁴⁷ Lényegében így SCHULTHEISZ 1966, 26. p.; BERKES 2006, 596. p. Az már ezek után nehezen érhető, hogy Berkes a kritizált mondatot, miszerint szükséges a komoly ellenállás a fenyegetés megvalósulásához, néhány sorral később maga is megfogalmazza.

⁴⁴⁸ LÁSZLÓ 1989, 241. p.

⁴⁴⁹ 2000, 37. p.

Ez a szemlélet vezethet olyan további félreértésekhez, amelyek időről időre visszatérve megjelennek a médiában. E félreértések lényege, hogy a büntetőeljárásban a sértettnek (tipikusan nőnek) kellene bizonyítani, hogy ő keményen védekezett, s országgyűlési képviselők – ezen felháborodva – módosítani akarják a Btk.-t.⁴⁵⁰ Holott erről szó sincs, a tényállás szövegezéséből ez egyáltalán nem következik. Ha a bizonyítási oldalt nézzük, akkor az ügyésznek kell bizonyítani, hogy az elkövető a sértett akaratának megtörésére/hajlítására alkalmas erőszakot/fenyegetést fejtett ki. Ehhez természetesen vizsgálni kell a sértett tudattartalmát, és a fent írt indíciumpok erre hasznos segítséget jelentenek. De a bizonyítási eljárás középpontjába nem lehet a sértett ellenállását, védekezését helyezni. Arról is szó esik majd, hogy bírói gyakorlat egyáltalán nem követeli meg kemény sértetti védekezést a bűncselekmény megállapíthatóságához (lásd a következő pontot).

Az elméleti bevezető után tekintsük át *e kérdés részleteivel kapcsolatos* magyar jogirodalmi megállapításokat és a bírói gyakorlatot.

2.2.2. A magyar bírói gyakorlat jellemzői – rugalmas értelmezés

A) Abban régtől fogva egyetértés van, hogy az udvariatlan és tolakodó, akár erőszakos jellegű fellépés nem tekinthető kényszerítésnek. Az ilyen magatartás a sértett akaratát ugyan módosíthatja, de nem a büntetőtörvénybe ütköző módon. Ha a sértett akarata végül nem módosul, és a sértett elhárítja az ilyen tolakodást, akkor becsületsértés megállapítása merülhet fel. ANGYAL kategorizálása szerint ez az ún. vis grata esete.⁴⁵¹ A gyakorlatból említhető pl. a BJD 1248. sz. jogeset, amikor is az elkövető átkarolta a sértettet és megfogta a mellét, a sértett azonban kibontotta magát az elkövető karjaiból. Vagy említhető a BH 1984. 46. sz. határozat, amelynek történeti tényállása szerint:

„A terhelt a sértetthez lépve csókot kért tőle, melyet a sértett elutasított és tovább akart menni, erre azonban nem volt módja, mert a terhelt a karjánál fogva megragadta a leányt és így megakadályozta abban, hogy eltávozzék. Ezután a terhelt a derekánál fogva igyekezett magához vonni a sértettet és a fejét a nyakánál átkarolta, hogy megcsókolja. A sértett tiltakozott, a terhelt pedig megfogta a leány mellét, aki a terhelt kezét ellökte. A sértett közölte, hogy ha nem engedi elmenni, akkor kiabálni fog, mire a terhelt azt válaszolta, hogy hiába teszi ezt, a néptelen országúton senki sincs a közelben, és kijelentette, hogy beviszi a lányt a kukoricásba. [...] A sértett kerékpárjára ült és elindult, majd a terhelt a leány után ment, segédmotoros kerékpárjával az úttesten keresztben megállt, a sértett azonban kikerülve őt, folytatta az útját. A terhelt a továbbiakban már nem követte a sértettet, csupán utána kiáltott, hogy elkapja és »meglövi«.”

⁴⁵⁰ Egy legutóbbi ilyen politikai sajtóhírhoz lásd a Népszabadság 2007. május 15-i számát, ahol is az országgyűlési képviselő többek között arra hivatkozott, hogy „nők elleni nemi erőszakról szóló büntető törvénykönyvi tényállás előítéletes, ugyanis csak akkor emelhető vád az elkövető ellen, ha az áldozat bizonyítja, hogy komoly fizikai ellenállást tanúsított.” A képviselő egyébként az Amnesty International jelentésére hivatkozott. (Nemi erőszak: az SZDSZ változtatna a Btk.-n)

⁴⁵¹ 1937, 35. p. A későbbi irodalomból e kérdéshez lásd pl. NEMÉNYI 1968, 1348. p.; NAGY 2005, 287. p.; BERKES 2006, 595. p.

B) Úgyszintén egyetértés mutatkozik abban is, hogy az erőszaknak nem kell vis absolutaként hatnia, a kompulzív erőszakkal is megvalósulhat a bűncselekmény.⁴⁵² Ez már abból is szükségszerűen következik, hogy a másik, tényállási szempontból egyenrangú elkövetési mód, a kvalifikált fenyegetés lényegénél fogva eleve csak a kompulzív hatású lehet (vö. 2.1.1.), s így ettől többet az erőszakkal történő elkövetés esetén sem követelhetünk.

Ismeretes ennek ellentmondó elvi bírói megállapítás is, de hatása nem mutatható ki a bírói gyakorlaton. A BJD 3074. sz. határozat téves okfejtése szerint: „az erőszak egyébként sem volt olyan mérvű, amely a terhelt (sic!) cselekvési szabadságának teljes kizárására irányult volna, [...] amelyet a bírói gyakorlat az erőszakos nemi közösüléshez megkíván.” Ezt a bírói gyakorlat azóta sem kívánja meg.

Ugyancsak nem volt iránymutató a sértetti ellenállást végletes komolysággal megkövetelő bírói döntés, amely nem látta az ellenállás leküzdésére alkalmasnak az elkövető által alkalmazott erőszakot: „a vádlott a sértettet tiltakozása ellenére csókolni kezdte, megpróbált a munkaköpenye alá nyúlni és sértett nadrágját lehúzni, ami nem sikerült, majd a sértettet ledöntötte az ülésen, [...] próbálta a sértett lábait szétfeszíteni, aki ellenkezett, a vádlott a sértettre ráhajolt, a sértett a vádlottat tolta le magáról [...]”.⁴⁵³

C) Látható tehát, hogy előfordultak furcsa, a sértetti ellenállás jelentőségét és az erőszak fokát szélsőségesen értelmező bírói döntések, de ezek inkább a kivételek körébe sorolhatók. Sőt, *a magyar bírói gyakorlatra és a jogirodalomra is régtől fogva jellemző az erőszak-ellenállás viszonyának relatív, rugalmas értelmezése*. Ennek értelmében a sértettől nem várható a végső erejéig történő védekezés és azt sem lehet megkövetelni, hogy a sértett a bántalmazástól már ne tudjon védekezni. Ha az ellenállás folytatása a támadás súlyosbodását vonná maga után, a további ellenállás értelmetlennek és reménytelennek látszik, akkor az azzal való felhagyás nem zárja ki az erőszakos nemi bűncselekmény megállapítását. Elhagyatott helyen, ahol a segítségkérésre sincs esély, egy-két pofon is tényállásszerű erőszaknak minősülhet. Fiatal, gyermek sértett esetén, illetve ha az elkövető és a sértett között függőségi viszony áll fent, az erőszak kisebb foka is alkalmas a kényszerítéshez.⁴⁵⁴

Jelentős szerepe lehet a körülmények mérlegelésében *a tettes megelőző magatartásának*. Ennek megfelelő értékelése akár annak kimondásához is vezethet, hogy

⁴⁵² NEMÉNYI uo.; NAGY 2005, 286-287. p.; BERKES 2006, 594. p.

⁴⁵³ Az 1963-ból származó megyei bírósági döntést ismerteti és kritizálja NEMÉNYI 1968, 1348-1349. p.

⁴⁵⁴ NEMÉNYI 1968, 1350-1351. p.; NAGY 2005, 286. p.; BERKES 2006, 595. p.

bizonyos előzetes magatartások alapján a kényszerítés akkor is megállapítható, ha közvetlenül a nemi cselekmény kifejtése előtt és alatt a sértett már nem tanúsít semmilyen ellenállást, és ezért a nemi cselekmény közvetlen kikényszerítése érdekében már sem erőszakot, sem fenyegetést nem kell alkalmazni.

A BJD 3076. sz. határozat szerint az elkövető a nevelt lányával erőszakkal közösült, két nap múlva szíjjal nagyon elverte, ezt követően pedig majdnem minden másnap, összesen 30-40 alkalommal közösült a sértettel. A bíróság a folytatólagosan elkövetett erőszakos közösülés körébe valamennyi közösülést bevonta. Az eset tanulsága, hogy a bűncselekmény ilyen körülmények között úgy is megvalósulhat, hogy a konkrét nemi cselekmény esetén a sértett semmilyen ellenállást nem tanúsít, így az elkövetőnek nem kell erőszakot vagy fenyegetést alkalmaznia. Itt kell megjegyezni, hogy szó sincs arról, hogy az ellenállás hiánya ilyen esetben a tettesével egyező sértetti akaratra, konszenzusra utalna. A tettes a nem ellenálló sértett ellentétes akaratát hajlítja.

Igen bonyolult tényállást tárt fel a bíróság a BH 1997. 110. sz. alatt közzétett eseti döntésben. A történéseket röviden úgy lehetne összefoglalni, hogy a vádlott a sértettnek többször tett ajánlatot közösülésre, amit a sértett következetesen elutasított. Egy ideig a helyszínen tartózkodtak más személyek is, előfordult veszekedés, dulakodás, majd a sértettet tulajdonképpen magára hagyták a vádlottal, aki ezután bevonszolta a sértettet a kukoricásba. A sértett a távozó személyektől nem kért segítséget, és amikor a kukoricás közepén a vádlott azt mondta neki, hogy itt már hiába kiabál, akkor ellenállás tanúsítása nélkül közösült a vádlottal.

A bonyolult tényállást talán úgy lehetne absztrahálni, hogy a nemi cselekményt megelőzően elhangzott fenyegetések, illetve kifejtett erőszak nem irányultak közvetlenül a nemi cselekmény kikényszerítésére, a sértettnek pedig már nem volt esélye segítségkérésre a nemi cselekményt közvetlenül megelőzően. Ebben az esetben az ellenállást a sértettől már nem lehet megkövetelni, az erőszakos nemi bűncselekmény tényállásszerűen megvalósul.

D) A tettes előzetes magatartása mellett a gyakorlat szerepet tulajdonít a *sértett előzetes magatartásának* is. Eszerint a komoly ellenállás hiányára utalhat a sértett biztató vagy egyenesen kihívó magatartása (pl. egyedül felmegy a vádlott lakására; eltűr a közösülést megelőző magatartásokat, nemi cselekményeket). A sértett ellenállása azonban esetleg ilyen körülmények után is lehet komoly, amennyiben pl. a közösülésre már nem hajlandó. Ilyenkor különös gonddal kell vizsgálni, nem tévedett-e az elkövető az ellenállás komolyságában. Ha a tévedés kizárható, akkor a sértett könnyelmű, meggondolatlan magatartása enyhítő körülményt képezhet.⁴⁵⁵

A sértett kihívó magatartása tehát önmagában semmit sem dönt el. Mint már említettem, a *nemi cselekmény valamennyi szituációs elemének megválasztása* is a szexuális önrendelkezés körébe tartozik (lásd 1.1.). Ha a sértett egyes nemi cselekményekre még hajlandó, másokra már nem, akkor ezt a tettesnek maximálisan tiszteletben kell tartania. Álláspontom szerint túlzó a tévedés esetleges jelentőségének felértékelése is. Ha a sértett akár csak szóban is kijelenti, hogy orális közösülésre igen, de már hüvelyi közösülésre nem hajlandó, akkor az elkövető tévedésének megállapítása kizárható.

⁴⁵⁵ BERKES 2006, 595. p.; NAGY 2005, 286. p.

A sértett előzetes magatartását már a régi bírói gyakorlat is a kellő distinkciókkal kezelte, megítélése már a Kúria időszakában sem volt sablonosnak mondható. Jól szemlélteti ezt a következő, 1930-ból származó jogeset:

A sértett gyakran járt el a vádlott kocsmájába, sokszor olyankor is, amikor az csak egyedül volt ott, ilyenkor bizalmasan beszélgettek, megfogták egymás kezét, többször megölelték, meg is csókolták egymást. Egy alkalommal egy bálon ugyanígy tettek, sőt, a sértett a vádlott nyakába ugrott. A vádbeli napon a sértett a vádlott hívására ment be a szobába, ahol a vádlott egyedül volt. Itt a vádlott átnyalábolta és ledöntötte az ágyra, a sértett kérte a vádlottat, hogy hagyja abba, de ő szétfeszítette a lábát és közösült vele, a lány el is ájult az aktus alatt. A sértett egyébként segítségért nem kiáltott.

Az ítélet felmentő döntése után a Kúria megállapította a vádlott bűnösségét erőszakos közösülés büntetéseben, helyesen kimondva, hogy bár a lány eltűrte az előzetes bizalmaskodást, mégis egyértelmű volt, hogy a közösülés akarata ellenére van.⁴⁵⁶

E) A sértetti ellenállás „legalsó foka” az egyszerű verbális elutasítás. A 1978. évi Btk. előkészítése kapcsán a kodifikációs bizottság deklarálta, hogy „a legteljesebb szabadságot védi a törvény, tehát pl. a legkisebb tiltakozásánál is el kell állnia az elkövetőnek szándékától”. Arra is történik utalás, hogy erre tekintettel „kétségtelen, hogy a jelenlegi ítélkezési gyakorlat a nő legteljesebb nemi szabadságát védi”.⁴⁵⁷ Ez a deklaráció teljes összhangot mutat az Európa Tanács jóval később született, 2002. évi 5. sz. ajánlásával (A nők erőszakkal szembeni védelméről). Ennek 35. pontja felhívja a tagállamokat arra, hogy a sértett beleegyezésének hiányában minden nemi cselekményt pönalizáljanak, akkor is, ha a sértett nem mutatja további ellenállás jeleit.⁴⁵⁸

E kérdés a bírói gyakorlatból származó alábbi két jogesettel illusztrálható.

A BH 1997. 568. sz. döntés szerint a vádlott a sértettet hajnali 4 órakor a közútról letérve egy földútra vitte a kocsijával. Megállás után közölte a sértettel közösülési szándékát, amit a sértett határozottan elutasított. A sértett igyekezett a vádlott kezét eltolni magától, aki ekkor azt a kijelentést tette, hogy „ha nem engedelmeskedik, gorombább lesz”. A sértettben rémületet keltett az is, hogy nem sokkal ezt megelőzően a város külterületén ugyanilyen körülmények között ölte meg egy lányt. A vádlott megragadta a sértett karját, kirángatta a gépkocsiból, és felszólította, hogy menjen a hátsó ülésre. Miután ez megtörtént, felszólította a sértettet, hogy meztelenítse le az alsó testét. Ennek a sértett nem tett eleget, és közölte azt is, hogy menstruál. A vádlott ezután levette a sértett farmernadrágját, fehérneműjét, szétfeszítette összeszorított lábait, hüvelyéből kivette a tampont és közösült vele. Az LB megállapította az erőszakos közösülés büntetét.

Látható, hogy a sértetti ellenállás itt igazából a szóbeli elutasításban és egyetlen háritó kézmozdulatban merült ki.

Még ennyit sem kíván meg a kifejezetten előremutató döntésnek tekinthető EBH 2004. 1105. sz. határozat. A történeti tényállás szerint a bv. intézetben az egyik zárkában lakó terheltek rendszeresen átjártak a

⁴⁵⁶ A magánúton beszerzett ítéletet ismerteti ANGYAL 1937, 38. p. Az erőszakos nemi bűncselekmények kényszerítési eleme érdemben gyakorlatilag nem változott a Csemegi-kódex szabályozása óta, és e kérdés kapcsán is látható, hogy az azonos szabályozás mellett már a régebbi gyakorlat is kellő rugalmasságot mutatott.

⁴⁵⁷ LÁSZLÓ 1989, 237. és 241. p. Női sértetre azért történik utalás, mert akkor csak nő lehetett az erőszakos közösülés sértettje. Ennek az eltérésnek a kényszerítés vizsgálata szempontjából nincsen jelentősége.

⁴⁵⁸ Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=280915&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75> (2007.02.15.)

másik zárkában lakó sértetthez. A sértettet odakerülésétől kezdődően a terheltek veréssel és fenyegetéssel arra kényszerítették, hogy takarítson a zárkájukban, és mossa ki ruháikat. Ellenállása esetére megverését helyezték kilátásba, de két alkalommal bántalmazták is őt. A vádbeli napon a terheltek, a sértett, továbbá mások is a tv-szobában tartózkodtak. Az elől helyet foglaló III. rendű terhelte felszólította a sértettet, hogy üljön előre, mert ha nem, akkor megveri. A sértett nem mert ellenkezni, ezért a televízió előtt lévő asztalra ült, ahol a terheltek körbevették. A IV. rendű és a II. rendű terhelte odament hozzá, és mindketten azt mondták neki, ha nem engedelmeskedik, nagyon megverik. A IV. rendű és a II. rendű terhelte arra kényszerítette a sértettet, hogy a nadrágjából elővegye nemi szervüket, és őket kézzel kielégítse. A sértett felszólításuknak eleget tett. Erre az említett két terhelte arrébb ment, majd III. rendű és az I. rendű terhelte ült a sértett mellé. A IV. rendű terhelte ekkor azt mondta a sértettnek, hogy most azokkal kell megtennie, amit velük, különben nagyon megverik. A III. rendű terhelte utasította a sértettet, hogy vegye elő a nemi szervüket és tegye meg velük is. A megfélémlített sértett az előző módon őket is kielégítette. Ezután a IV. rendű és a III. rendű terhelte ismét megfenyegette a sértettet, amennyiben valakinek beszél a történetéről, mindannyian el fogják verni. Másnap reggel az IV. rendű terhelte üzent a sértettnek, hogy menjen át a zárkájukba, ahol a III. rendű terhelttel együtt ismét megfenyegette őt, ha szól a nevelőknek, el fogják verni. A későbbiekben a II. rendű terhelte is megfenyegette a sértettet. A megfélémlített sértett egy hét múlva merre csak jelenteni a történeteket.

A megyei bíróság – az elsőfokú bíróság döntését megváltoztatva – a verbális ellenállás és a segítségkérés hiányára alapozva a tettesek ténybeli tévedését állapította meg és felmentette őket a szemérem elleni erőszak vádjá alól. A LB ezzel szemben a sértett korábbi rendszeres „csicskási” teendőkre kényszerítése, és a nemi cselekménnyel kapcsolatos folyamatos súlyos veréssel fenyegetésekre tekintettel kizárta az elkövetők tévedésének lehetőségét. Helyesen mutatott rá, hogy „az elkövetők a folyamatos fenyegetést azért tartották szükségesnek, mert tisztában voltak azzal, hogy a *sértettet akarata ellenére kényszerítik fajtalanságra*” (kiemelés - Sz.Zs.).

Látható tehát, hogy magyar bírói gyakorlat régtől fogva teljesíti az Európa Tanács egyébként újabban megfogalmazott elvárásait. Az itt bemutatott jogesetekre tekintettel nem helytálló FEHÉR LENKÉNEK ezen ET-ajánlás ismertetése kapcsán tett megállapítása, hogy „a jelenlegi magyar büntetőjogi szabályozás és joggyakorlat azonban még nem ezen az úton halad”.⁴⁵⁹

Végezetül kiemelnék egy újabb bírósági döntést (BH 2007.107.). Az adott ügyben a részeg apa a kiszolgáltatót helyzetben lévő és a cselekmény időpontjában menstruáló lányával konkludens fenyegetés alkalmazásával közöszlött („tudod, mi lesz, ha megszólalsz”). Az eleinte kapálózó sértett nem mert segítségért kiáltani, pedig a szomszéd szobában a testvére és az édesanyja aludtak. A Legfelsőbb Bíróság kiemeli, hogy „jelen ügyben az ellenállás komolyságát illetően közömbös, hogy a sértett nem kért segítséget a szomszéd szobában lévő családtagjaitól. Az irányadó tényállás szerint kétségtelen következtetés vonható arra, hogy a sértettnek nem állt szándékában a terhelttel közöszlőni”.

F) *Összességében elmondható*, hogy a magyar bírói gyakorlat a jogi tárgy védelméhez szükséges körben állapítja meg az erőszakos nemi bűncselekményeket. A fenti eseti döntések mutatják, hogy a bírói gyakorlat lényegesen relativizálja a sértett komoly ellenállásáról szóló jogirodalmi, és olykor elvi élel – tévesen és ellentmondásosan – a bírói határozatokban is megjelenő tételeket.

⁴⁵⁹ 2005, 245. p. Az ajánlásra szintén felhívja a figyelmet BLASKÓ 2004, 75. p.

Erre tekintettel úgy vélem, hogy *a téma bevezetése kapcsán taglalt ellentmondások* (lásd 2.2.1) nem de facto szemléletváltást tesznek szükségessé, hanem az elvi jellegű megfogalmazások pontosítását indokolják. Az ugyanis vitathatatlan, hogy a kényszerítési elem központi kérdésévé mind az irodalom, mind a gyakorlat a sértetti ellenállást teszi. Ehhez képest az igazságos eseti döntések érdekében az ellenállás kérdése valójában lényegesen relativizálódik, és maga a gyakorlat jószerivel nem is áll másból, mint a fő tétel finomításából, kivételek megfogalmazásából. Mindez *súlytalanná teszi a sértetti ellenállás központinak titulált szerepét.*

A kényszerítés kérdését tehát nem a sértetti ellenállás, hanem annak valódi lényege, azaz a tettes általi meg nem engedhető akaratmódosítás felől kellene szemlélni, és ezt körülírni. A fenti jogesetek jó része azt mutatja, hogy a sértett komoly védekezést nem tanúsított, de a bíróság által helyesen figyelembe vett összes körülmény hajlította vagy megtörte a sértett akaratát. A kényszerítés lényegét, az akaratátörést vagy –hajlítást elsősorban nem a sértett ellenállása alapján, hanem az elkövető magatartása alapján kell megítélni. Ezzel kapcsolatban – elvi indokolását tekintve – úttörőnek tekinthető az utolsó előttiként bemutatott EBH 2004. 1105. sz. döntés, amely az ellenállás „legalsó szintje”, a szóbeli tiltakozás elmaradása ellenére is megállapította a szemérem elleni erőszakot, mert az összes körülményre – így az elkövetők folyamatosan fenyegető magatartására – tekintettel nyilvánvaló volt, hogy a „sértettet akarata ellenére kényszerítették fajtalanságra”.

2.2.3. *A német és az osztrák gyakorlat – a rögzösebb út*

A magyar gyakorlat részletesebb vizsgálata után csak említés szintjén térek ki a német és osztrák gyakorlat legfontosabb jellemzőire, elsősorban a különbségek érzékeltetése kedvéért.

A) Mint a 2.1.2. alatt említettem, 1997-ig a *német Btk.* a magyarral azonos módon szabályozta a kényszerítés elkövetési módjait. A német bíróságok azonban sokkal megszorítóbb és merevebb értelmezéssel éltek, a sértett ellenállásával és az elkövetői kényszerítéssel szemben ténylegesen magasabb követelményeket támasztottak, mint a magyar gyakorlat. Ezt a restriktív értelmezést sokáig úgy magyarázták, hogy ez a szükségképpen a büntetőjog fragmentáris karakterét testesíti meg, és arra hivatott, hogy a hamis feljelentések alapján történő jogtalan elítéléseket megakadályozza, valamint az erőszak büntetendő formáit a kényszerítés „kifinomultabb” változataitól elhatárolja.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ DESSECKER 1998, 1. p.

Ezt a felfogást az 1980-as évektől kezdve már folyamatos kritikák érték, és nem egy esetben nőellenességgel vádolták a bíróságokat. A már említett módosítási javaslatok (lásd 1.2.2.), amelyek az „akarata ellenére” elkövetési mód beiktatását szorgalmazták, a gyakorlat szélsőséges kritikájaként fogalmazódtak meg. 1997-ben végül lépett a jogalkotó, és a nemi erőszak tényállásába harmadik elkövetési módként beiktatta a következőt: ha a nemi cselekményre kényszerítés olyan helyzet kihasználásával történik, amelyben a sértett a tettes behatásának védtelenül ki van szolgáltatva [dStGB 177. § (1) bek. 3. pont].

A jogalkotó a módosítás indoklásában kifejezetten az erőszak és kvalifikált fenyegetés körében jelentkező joghézagokra utalt: „vannak olyan esetek, amelyekben a nő az ijedtségtől lebénulva vagy az erőszak alkalmazásától való félelmében hagyja, hogy a tettes nemi cselekményeket végezzen rajta, [...] és ilyen körülmények között sem az erőszak, sem az élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetés tényállási eleme nem valósul meg”.⁴⁶¹ Az új, harmadik elkövetési mód alkalmazási körének tipikus példái: a sértett

- az ijedtségtől vagy félelemtől lebénulva lemond az ellenállásról;
 - az ellenállást értelmetlennek és hasztalannak tartja, ezért nem védekezik;
 - „az erőszak klímájától” megfélemlítve megadja magát a tettesi akaratnak (tipikusan tartós kapcsolatban);
 - a segítségre sehonnan nem számíthat, mert pl. a tettes egy elhagyatott helyre viszi.⁴⁶²
- Ezekben az esetekben a konkrét szituáció minden körülményét be kell vonni a mérlegelésbe, tehát a tettes támadási képességét, a sértett védekezőképességét, valamint kitérés, illetve a segítségkérés reális lehetőségét.⁴⁶³

Mint látni lehetett, a magyar gyakorlat ezeket a mérlegelési szempontokat az erőszak és a kvalifikált fenyegetés elkövetési módjainak értelmezésénél minden további nélkül figyelembe veszi, *nálunk nem volt szükség a sértett kiszolgáltatott helyzetének a tényállásba való felvételére.*

Valószínűnek látszik, hogy Németországban is jobb megoldást jelentett volna, ha a jogalkotónak nem kell beavatkozni, és a jogalkalmazó alakítja át életszerűbben és rugalmasabban az értelmezését. A harmadik fordulat beiktatásával ugyanis újabb jogértelmezési problémák születtek. Vitatott lett a „kényszerítés” és a „helyzet kihasználásának” egymáshoz való viszonya, dominanciája, olyan nézetek is vannak, amelyek szerint e harmadik fordulatnak már nincs kényszerítési eleme. További problémát jelent, hogy

⁴⁶¹ BT-Drucks. 13/7324 (33. StRÄndG 1997), 6. p. (közvetlen GÖSSEL 2005, 246. p.)

⁴⁶² Uo.

⁴⁶³ FISCHER 2000, 81. p.

a védekezésre képtelen sértettek védelmét külön tényállás biztosítja (dStGB 179. §), amellyel kapcsolatban így komoly elhatárolási problémák keletkeztek.⁴⁶⁴

B) Míg a kényszerítés jellege és az elkövetési módok tekintetében a magyar Btk. több mint egy évszázada változatlanságot mutat, és a német Btk.-t e kérdésben egyszer módosították, addig az *osztrák Btk.* többszöri és lényeges változásokon esett keresztül. Az erőszakos nemi bűncselekmények szabályozása 2004-ig meglehetősen bonyolultnak volt mondható, éppen ezért a történeti fejlődés bemutatása meghaladná e disszertáció kereteit.⁴⁶⁵

A vizsgált téma kapcsán azt érdemes kiemelni, hogy az 1975. évi öStGB tényállási szinten jelenítette meg a sértett ellenállásának kérdését, ami aztán komoly jogalkalmazási problémákhoz, aránytalanságokhoz vezetett. Az erőszakos közöszülés és az erőszakos fajtalanítás törvényi tényállása előírta, hogy a tettesnek a passzív alanyt a személye elleni erőszakkal, illetve élete, testi épsége elleni közvetlen fenyegetéssel ellenállásra képtelen állapotba kell helyezni, és ezt az állapotát kell közöszülésre felhasználnia.

Ehhez arra volt szükség, hogy az erőszak totális fizikai fölényben, a passzív alany „legyűrésében” jelentkezzen, vis absolutaként hasson, illetve, hogy a fenyegetés is ezzel azonos hatású legyen. A tényállásszerűséghez követelmény volt, hogy a passzív alany részéről az ellenállás tanúsítása lehetetlen, kilátástalan, illetve el nem várható legyen, egyfajta szélsőséges tehetetlenség állapotába kerüljön.⁴⁶⁶ Fordított logikával ez bizonyos esetekben ahhoz vezetett, hogy amennyiben a tettes erőszakos magatartása, testi támadása hatására a passzív alany ugyan feladta az ellenállást, de még nem volt szó a tettes totális fizikai erőfölényéről, illetve a passzív alany teljes tehetetlenségéről, akkor a cselekményt a bíróság nem minősítette erőszakos közöszülésnek vagy fajtalanításnak, hanem csak a privilegizált esetként szabályozott közöszülésre vagy fajtalanításra kényszerítésnek. Így például még akkor is tagadta a bíróság a 16 éves lány ellenállásra képtelenségét, amikor négy férfi erőszakolta meg egyidőben és egymás tevékenységéről tudva. Vagy az OGH szerint a sértett nőtől még akkor is elvárható volt a további ellenállás, amikor a többszöri ütések nyomán megsérült, és a tettes halálosan megfenyegette.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ A kritikához és a jogértelmezési problémákhoz lásd: DESSECKER 1988, 2. p.; FISCHER 2000, 95. és 103-105. p.; LAUBENTHAL 2000, 46-51. p.; OBERLIES 2002, 131. p.; REICHENBACH 2003, 557-559. p.; HORN-WOLTERS-SK § 177, 14-15. p.; GÜNTGE 2004, 3750-3752. p.; REICHENBACH 2005, 415-408. p.; RENZIOWSKI-MK, 1150 és 1161. p.; FROMMEL-NK 3274-3277. p.; S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1542. p.; FOLKERS 2005, 181-184. p.; TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1087. p.

⁴⁶⁵ A tényállás-felépítés, a sértett ellenállás és az elkövetési módok változásaihoz részletesen lásd SZOMORA 2005a, 5-7., 9-13. és 17-19. p.

⁴⁶⁶ FEGERL 1995, 21-22. p.

⁴⁶⁷ E döntéseket idézi FEGERL uo.

Ebbe a nehezen tartható helyzetbe a jogalkotó először csak 1989-ben avatkozott be, és újabb lényeges változtatásokkal 2004-től látszik megnyugtatónak e kérdés szabályozása (lásd öStGB 201-202. §§).⁴⁶⁸

2.2.4. Összességében elmondható, hogy a szexuális önrendelkezés védelmét a magyar bírói gyakorlat szolgálta a legjobban, és bár a sértetti ellenállás Magyarországon a mai napig is központi tételként kerül megfogalmazásra, szerencsére régtől fogva annak lényeges relativizálásával találkozhatunk. Hazánkban sem törvényi változtatásra, sem a bírói gyakorlat lényeges átalakulására nem volt szükség, és kijelenthető, hogy az erőszakos nemi bűncselekmény tényállásaiban a kényszerítést és annak elkövetési módjait tekintve a jövőben sem indokolt változtatni.

Ezzel szemben Németországban a bírói gyakorlat merevsége miatt a jogalkotónak kellett – több-kevesebb sikerrel – beavatkoznia, Ausztriában pedig eleve a törvényi tényállások felépítése vezetett a jogi tárgy védelmi igényével nem adekvát jogértelmezéshez, majd többszöri Btk.-módosításhoz.

2.3. A sértett beleegyezése mint tényállásszerűséget kizáró ok

A sértett beleegyezését legáltalánosabban jogellenességet kizáró oknak tekintjük a büntetőjogban, kivételes esetekben azonban a tényállásszerűség kérdésével is mutathat fel összefüggéseket.⁴⁶⁹

A kényszerítés tényállása esetén, ahol is az elkövetési magatartás fogalmilag a passzív alany akarata elleni cselekvést feltételez, a sértett beleegyezése tényállásszerűséget kizáró okként érvényesül. Nincs ez másképp az erőszakos nemi bűncselekmények esetén sem, ahol is a védett jogi tárgy a szexuális önrendelkezés, és a törvényi tényállás megfogalmazásából (az elkövetési magatartásból és az elkövetési módokból) konkrétan kiolvasható, hogy az a sértett akarata ellenére van. A sértetti beleegyezés – azaz az egyező akarat – hiánya így akár implicit tényállási elemként is felfogható. Így az erőszakos közöszlés és a szemérem elleni erőszak kényszerítést feltételező első fordulata nem lesz tényállásszerű, ha a passzív alany a nemi cselekménybe beleegyezik.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Az erőszakos nemi bűncselekmény tényállásainak 2004. évi módosítását SCHICK a törvényi átalakítás mintapéldájának nevezi (WK 6. p.).

⁴⁶⁹ Vö. NAGY 2004, 220. p.

⁴⁷⁰ A német nyelvű irodalomban ez tekinthető uralkodó álláspontnak (lásd FISCHER 2000, 88. p.; RENZI-KOWSKI-MK 1162. p.; HERMANN-KOLB 2005, 52. p.; SCHICK-WK 29. p.; KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 193. p.) és csak

2.3.1. A beleegyezés természete

Ha a védett jogi tárgyból indulunk ki, akkor fontos hangsúlyozni, hogy ez a beleegyezés *nem jogilag releváns beleegyezési képességet feltételez, hanem ún. természetes beleegyezésről van szó*. Ez annyit takar, hogy a sértettnek megvan az a képessége, hogy természetes értelemben vett akaratot tudjon képezni. Ilyet képezhetnek minden további nélkül a gyermekek is, és a kóros elmeállapotúak is, ha ők a nemi cselekménybe beleegyeznek, az nem lesz akaratuk elleni, nem minősíthető kényszerítésként.⁴⁷¹ Az más kérdés, hogy az ő beleegyezésük nem lesz feltétlenül jogilag releváns, és ezért megvalósulhat más nemi bűncselekmény (megrontás vagy az erőszakos közöszlész/szemérem elleni erőszak második fordulata). A beleegyezésük a kényszerítés megállapítását kizárja, beleegyezésük hiánya pedig megalapozza az erőszakos nemi bűncselekmények kényszerítéssel megvalósuló fordulatainak megállapítását. A következőkben is ezt a distinkciót – azaz a természetes értelemben vett beleegyezés és a jogilag releváns beleegyezés közötti különbségtételt – szükséges szem előtt tartani, és így a *beleegyezés normatív korlátairól mint büntetendőséget megalapozó körülményekről csak a későbbiekben lesz szó*. Ezt a módszertani megkülönböztetést a jogi tárgy következetes figyelembe vétele indokolja.

*A természetes értelemben vett beleegyezés így bármilyen okból eredhet, legyen az akár tudatlanság, egyéni érdekérlelés vagy bármilyen erkölcstelen motívum. A saját szexualitás feletti rendelkezés a személyiség legbelsőbb, „érinthetetlen” részéhez tartozik, és az minden esetben a személy akarat és cselekvési szabadságának a kifejeződése.*⁴⁷² Sőt, *a beleegyezés megadásához akár akarat hiba is vezethet. Így pl. a tévedés vagy a megtévesztés irreleváns, azaz ha az elkövető pl. a nemi cselekmény motívumát illetően megtéveszti a sértettet, ez a beleegyezést még nem érvényteleníti, a sértett magába a nemi cselekménybe egyezik bele, annak motívuma, a beleegyezés miértje a törvényi tényállás szempontjából közömbös.*⁴⁷³

elszörtan fordul elő olyan álláspont, amely e bűncselekmények esetén is jogellenességet kizáró oknak tekinti a sértetti beleegyezést (így SCHROEDER 1975, 29. p.).

⁴⁷¹ HERMANN-KOLB 2005, 53. p.

⁴⁷² FISCHER 2000, 88. p.

⁴⁷³ A megtévesztésnek azonban – közvetett módon – mégis lehet szerepe, ha a sértett oly módon kerül védekezésre képtelen állapotba, hogy semmit sem sejt a tettes szexuális szándékairól. Így pl. ha valamilyen más ok miatt hagyja magát hipnotizálni vagy a tettes által leitatni, és a tettes az eredeti (szexuális) szándékait illetően megtévesztette (HORN–WOLTERS-SK § 177, 10. és 15. p.). Ilyen esetben a sértett a védekezésre képtelen állapotba helyezésébe egyezik bele úgy, hogy ennek tényleges céljáról (a szexuális aktusról) a tettes megtéveszti. Ilyenkor sérül a jogi tárgy, mert a sértett nem magába a nemi cselekménybe egyezik bele. Azonban ha egy személy a tévedése/megtévesztés (pl. házassági ígéret) folytán magába a nemi cselekménybe egyezik bele, akkor

*A beleegyezés érvényességét egyedül a kényszer zárhatja ki, ami szintén közvetlenül a törvényi tényállásból következik.*⁴⁷⁴

2.3.2. A beleegyezés feltételei

A szexuális önrendelkezés maximális tiszteletben tartásából két következmény fakad. Az egyik, hogy *a valódi beleegyezést sem kifejezetten, de még konkludensen sem kell kifejezésre juttatni.*⁴⁷⁵ A pusztán belső beleegyezés is kizárja a kényszerítés megállapítását, hiszen a nemi cselekmény ilyenkor nem sérti a jogi tárgyat, mert nem a partner akaratával ellentétesen történik. Ha ezt az elkövető szemszögéből nézzük, ilyenkor nincsen szükség erőszak vagy fenyegetés alkalmazására, tehát e tényállási elemek hiányában az elkövető esetleges fordított irányú – ellentétes akaratot feltételező – tévedése sem alapozhatja meg a büntetendőséget.

A másik feltétlen követelmény ugyanakkor, hogy *a kifejezésre juttatott, megadott beleegyezés bármikor, a nemi cselekmény során is visszavonható*, és az elkövető által ennek figyelmen kívül hagyása megalapozhatja a kényszerítés megállapítását. Ez akkor is igaz, ha a sértett előzetesen esetleg kihívóan, bátorítóan viselkedett (vö. 2.2.2.D.). Szemléletes példával szolgál az az osztrák jogeset, amikor is a prostituált óvszer használatával egyezett bele az aktusba, ám amikor a kuncsaftja az aktus közben eldobta az óvszert, akkor a prostituált megtagadta a közösülés folytatását.⁴⁷⁶

A jogi tárgy védelme a tényállásszerűséget kizáró beleegyezés megszorító értelmezését indokolja. Ebből következik a már a magyar gyakorlat és az ET-ajánlás kapcsán (vö. 2.2.2.E.) említett követelmény, hogy abban az esetben is, ha a sértett testileg nem védekezik, de *kifejezetten kinyilvánítja, hogy akarata ellenére van a nemi cselekmény*, akkor kizárt a beleegyezés megállapítása. Ha a sértett *többértelmű kijelentéseket tesz*, amelyek nem tisztázzák egyértelműen az akaratának irányát, akkor ebből még nem lehet a beleegyezésre következtetni.⁴⁷⁷ Ahogy egyébként ellene sem. Ha a tettes tudattartalma felől vizsgáljuk ezt az esetet, akkor elmondható, hogy az egymásnak ellentmondó sértetti kijelentések esetén a tettesnek nem feltétlenül van a tévedésre alapos oka, hiszen a sértett elutasító nyilatkozato(ka)t is tett. Ebben az esetben a tettesnek legalábbis törekednie kell arra, hogy a sértett valódi akarattartalmát a maga számára tisztázza.

a szexuális önrendelkezése nem sérül olyan mértékben, hogy arra a büntetőjognak reagálnia kellene (ehhez lásd 1.2.2.).

⁴⁷⁴ HORN–WOLTERS-SK uo.

⁴⁷⁵ Uo.

⁴⁷⁶ A bírói döntést ismerteti SCHICK-WK 29. p. A beleegyezés visszavonhatóságához lásd még KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 193. p.; HERMANN-KOLB 2005, 52. p.; RENZIKOWSKI-MK 1162. p.

⁴⁷⁷ KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 193. p.; SCHICK-WK 29. p.

Az erőszak alkalmazása szempontjából speciális esetnek tekinthetők az ún. *szadomazochista nemi cselekmények*, amelyek immanensen erőszak alkalmazását is magukban foglalják. A teleologikus értelmezés ilyenkor az elsőként megfogalmazott főszabály feloldását kívánja, azaz ilyen szélső esetekben a *cselekményt megelőző, egyértelmű beleegyezés megadása szükséges* a tényállásszerűség kizárásához. A tettes büntetendőségének kizárásához a beleegyezésnek a nemi cselekményre és az erőszak alkalmazására is ki kell terjednie. Kivételes esetben még az is elképzelhető, hogy a sértett előzetesen beleegyezik magába a nemi cselekménybe, de a tettes részéről az erőszak alkalmazásába már nem.⁴⁷⁸ Ilyen esetben az erőszakos nemi bűncselekmény nem állapítható meg, hisz az erőszak alkalmazása nem áll eszköz-cél kapcsolatban a nemi cselekménnyel, nem történik nemi cselekményre kényszerítés. Az erőszak alkalmazása ilyenkor más bűncselekmény megállapítását alapozhatja meg (a körülményektől függően pl. becsületsértés, testi sértés, személyi szabadság megsértése, sőt bizonyos nem nemi cselekményekkel összefüggésben akár a kényszerítés bűncselekménye is felmerülhet.)

3. Az erőszakos nemi bűncselekményekkel kapcsolatba hozható más jogi tárgyak

A következőkben arról lesz szó, hogy a szexuális szabadság mellett milyen egyéb jogi tárgyak esetleges sérelme merülhet még fel az erőszakos nemi bűncselekmények esetén.

3.1. Az emberi becsület és méltóság

3.1.1. A becsület és az emberi méltóság esetleges relevanciájának vizsgálatát azzal szükséges kezdeni, hogy ezek alatt semmiképpen sem az ún. nemi becsületet kell érteni. Ez utóbbi ugyanis történeti kategória, és arra az időszakra vezethető vissza, amikor a nemi bűncselekmények mögött még a passzív alany, sőt annak családja becsületének sérelmét látták, és nemi becsülete csak a tisztességes nőnek lehetett. A német joggyakorlat a nemi becsület kategóriáját egyfajta extenzív értelmezésre használta még az 1970-es években is, és az (erőszakos) nemi bűncselekmények és becsületsértés között nem csak látszólagos, ritka esetben valóságos halmazatot látott (ezzel elismerve a nemi becsület mint jogtárgy

⁴⁷⁸ KIENAPFEL–SCHMOLLER uo.

relevanciáját)⁴⁷⁹, hanem a büntetlen nemi cselekményeket a becsületsértés alá szubszumálva igyekezett pönalizálni (hézagbetöltő funkció). Sőt, az ilyen jellegű becsületsértésnek akár a család vagy férj is sértettjei lehettek (vö. I. Rész 2.2.1.).⁴⁸⁰

Ezzel szemben a nemi becsület – különösen a fenti értelmében – ma már nem tekinthető az emberi becsület önálló részének, abból szexuális vonatkozású elem nem emelhető ki. Az (erőszakos) nemi bűncselekmények tényállásai nem védik sem a becsületet, sem pedig az egyén szexuális érzületét, érzékenységet.⁴⁸¹ A feladat tehát az emberi becsület és a szexuális önrendelkezés sérelmének, illetve az ezeket védő tényállásoknak az elhatárolása.⁴⁸²

3.1.2. Arról már esett szó, hogy a szexuális szabadság mint alapjog és jogi tárgy az emberi méltóság anyajogából vezethető le, miután nevesítve nem szerepel az Alkotmány alapjogi katalógusában. Ezzel együtt is figyelemmel kell lenni arra, hogy valamennyi személy elleni bűncselekmény sérti az emberi méltóságot, csak más és más aspektusában és eltérő súlyban. Ezért sincs értelme büntetőjogi szempontból az emberi méltóság sérelmének az erőszakos nemi bűncselekményeknél különös jelentőséget tulajdonítani, ennyi erővel valamennyi személy elleni bűncselekményt el kellene határolni a becsületsértés bűncselekményétől.⁴⁸³ Amennyiben tehát az *erőszakos nemi bűncselekmény tényállási elemei megvalósultak*, az emberi becsület és méltóság mint jogi tárgy sérelméről általános értelemben már nem kell beszélni. A sértett jogi tárgy a szexuális önrendelkezés, így nem merül fel a becsületsértéstől való elhatárolás kérdése. (A konszenzuális nemi bűncselekmények esetén pedig azok lényegénél fogva kizárt a becsületsértő jelleg.)

Az újabb németországi álláspont ezen túlmenően egységes abban is, hogy *amennyiben az elkövető nemi cselekménye nem valósít meg nemi bűncselekményt*, akkor annak becsületsértésként minősítése csak akkor jöhet szóba, ha a tettes magatartása az eset különleges körülményei miatt a nemi cselekménnyel rendszerint együtt járó sérelmen túl az

⁴⁷⁹ A halmazati kérdések lényege az volt, hogy ha a becsületsértő jelleg egyedül magából a nemi cselekményből származott, akkor a becsületsértést nem állapították meg halmazatban a nemi bűncselekmény mellett. Ha azonban a becsületre nézve a nemi bűncselekményekkel általában együtt járónál nagyobb sérelemmel járt a cselekmény, akkor a becsületsértés és a nemi bűncselekmény valóságos halmazatba kerültek (LAUBENTHAL 2000, 29. p.).

⁴⁸⁰ A nemi becsület történeti vonatkozásaihoz lásd JÄGER 1957, 42-44. p.; SCHROEDER 1975, 18. p.; RÖTHLEIN 1986, 156-163. p.

⁴⁸¹ TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1041. és 1206. p.

⁴⁸² Vö. KUMMER 2002, 48. p.

⁴⁸³ Vö. LAUBENTHAL 2000, 29. p. és KUMMER 2002, 48. p.

emberi becsület sérelmét is okozza; ha a nemi cselekmény különleges kísérőköörülményei azt juttatják kifejezésre, hogy a sértett becsülete csökkent értékű.⁴⁸⁴

Részemről ezzel a felfogással már nem tudok egyetérteni. A becsület mint jogi tárgy két elemből tevődik össze: a társadalmi megbecsülésből és az egyén önbecsüléséből. Ezek közül a rágalmazás (179. §) inkább az előbbit, a témánk szempontjából releváns becsületsértés (180. §) pedig inkább az utóbbit sérti. Az egyén önbecsülése, méltósága azt az igényt fejezi ki, hogy emberi kapcsolataiban a társadalmi megbecsülésének megfelelő, *de legalább a társadalom kulturális szintje szerint kialakult érintkezési formák minimális követelményeinek megfelelő bánásmódban részesítsék.*⁴⁸⁵ Álláspontom szerint a sértettet érintő és erőszakos bűncselekményt meg nem valósító nemi cselekmények alatta maradnak a társadalmi érintkezéssel szemben támasztható minimális követelményeknek; *minden személytől elvárható, hogy mások nemi cselekménnyel való, vagy azt meg sem valósító szexuális jellegű érintésétől tartózkodjon.* Ehhez nem lehet többletkövetelményeket támasztani, – a német jogirodalomban olvasható – különleges kísérőköörülményeket számon kérni.

Jól mutatja e felfogásbeli különbséget a BGH egy 1993-ból származó jogesete. A történeti tényállás szerint a vádlott a sértett nőt váratlanul hátulról mindkét karjával átkarolta és a haját és fejét megcsókolta. Aztán megragadta a sértett bőrkesztyűvel fedett kezét és a himvesszőjéhez nyomta. A BGH indokolása szerint a tényállás nem utal arra, hogy a tettes e cselekményével azt akarta volna kifejezésre juttatni, hogy a „sértett becsülete csökkent értékű lenne”.⁴⁸⁶

Nehezen érthető ez az okfejtés, hiszen ebből az következne, hogy az emberek közötti ilyen jellegű érintkezés teljesíti a személyes interakciókkal szemben támasztott minimális elvárásokat, azaz a társadalmi érintkezés tolerálható keretei között van, és ezért nem utal a sértett becsületének „csökkent értékére”. Véleményem szerint emögött a túlon túl restriktív értelmezés mögött inkább a korábbi szélsőségesen extenzív értelmezés ellenhatása, túlreagálása állhat, s már csak emiatt sem lehet a hazai viszonyok számára irányadó.

Ha az idézett jogesetet a magyar bírói gyakorlaton keresztül vizsgáljuk, akkor elmondható, hogy nálunk az ilyen jellegű cselekményeket vagy a nemi cselekmény (fajtalanság) vagy a kényszerítés (erőszak/fenyegetés) hiánya miatt nem minősítették erőszakos nemi bűncselekménynek, viszont a becsületsértéskénti minősítésük – a fent írtakra

⁴⁸⁴ LAUBENTHAL 2000, 30-31. p.; RENZIOWSKI-MK 1054. p.; TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1041. p.

⁴⁸⁵ VIDA 2005, 203. p.

⁴⁸⁶ „weise einen ihre Ehre mindernden Mangel auf”. A döntést ismerteti LAUBENTHAL 2000, 31. p.

tekintettel – sosem volt kérdéses (vö. BJD 1248, BH 1984. 46.). Az eddigi magyar gyakorlat a jövőben is követendő.

3.2. A gyermek szexuális fejlődése

Az erőszakos nemi bűncselekményeket gyermek sérelmére is el lehet követni. A magyar büntetőjogi irodalomban SCHULTHEISZ mutatott rá először, hogy erre tekintettel a gyermek szexuális fejlődése is jogi tárgya e bűncselekményeknek.⁴⁸⁷

A kérdés, hogy *amennyiben a Btk. 197 és 198. § (1) bek. I. fordulata vagy a (2) bek. a) pontja szerint minősül a gyermek sérelmére történő elkövetés*, tehát ha az akár 12 év alatti, akár 12 feletti gyermeket erőszakkal vagy élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetéssel kényszerítik nemi cselekményre, akkor tekinthető-e kizárólagos jogi tárgynak a szexuális fejlődés. Az ifjúság szexuális fejlődéséről mint jogi tárgyról a következő fejezetben lesz részletesen szó. Annyit azonban már a részletes tárgyalás előtt itt is el lehet mondani, hogy ha a gyermekek számára a nemi cselekményekbe való beleegyezéshez a törvény korhatárt tételez (14. életév), akkor az ő szexuális önrendelkezésük figyelembe vétele normatív kizárt. A szexuális fejlődés és a szexuális önrendelkezés mint jogi tárgyak elvileg fogalmilag kizárják egymást.⁴⁸⁸

Első megközelítésben ez az érvelés logikusnak tűnik. Ugyanakkor, ha figyelembe vesszük, hogy a szexuális önrendelkezésnek pozitív és negatív oldala is van, akkor véleményem szerint, nem ilyen kategorikus e jogi tárgyak viszonya. *A 14. év alatti személyek szexuális önrendelkezésének normatív kizárása ugyanis csak a pozitív oldal kizárását jelentheti. De nem jelentheti azt, hogy az akarata ellenére folytatott nemi cselekmények ne sértenék az önrendelkezését (annak negatív oldalát).* Ha a gyermeket erőszakkal vagy kvalifikált fenyegetéssel nemi bűncselekményre kényszerítik, akkor *a büntetőjogi védelem a szexuális fejlődése mellett a szexuális önrendelkezésére is kiterjed*, a két jogi tárgy ilyen esetben egymás mellett létezik. Ha a gyermekektől a negatív értelemben vett önrendelkezést elvitatnánk, akkor fogalmilag kizárt lenne a nemi cselekményre kényszerítésük, ami nyilván tarthatatlan eredményt jelentene.

Itt is figyelemmel kell lenni arra, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények a kényszerítés speciális bűncselekményei, és a kényszerítési elem értelmezése gyermek és felnőtt sértett esetén nem térhet el, mint ahogyan a kényszerítés bűncselekménye esetén sem

⁴⁸⁷ 1966, 17. és 106. p.

⁴⁸⁸ Vö. S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1504. p.

szokás ilyen distinkciót tenni. További összefüggést jelentenek a nemi cselekménybe való beleegyezésnél tárgyaltak (lásd 2.3.1.), amelyek szerint a gyermek beleegyezése a nemi cselekménybe a kényszerítést, tehát az erőszakos közösülés/szemérem elleni erőszak első fordulatának tényállásszerűségét kizárja.⁴⁸⁹

3.3. Társadalmi együttélés?

A német jogirodalomban az 1973. évi reformok után is jelent még meg olyan álláspont, amely az individuális sérelem helyett egyfajta kollektív jogi tárgyat helyez előtérbe:

„Amennyiben a szexuális szabadságot sértő bűncselekmények esetén [...] az egyén sérelmét helyezzük előtérbe, akkor átsiklunk a társadalmi komponens felett. [...] egy másik nő vagy férfi elleni szexuális támadás egyúttal mindig a társadalmi együttélést is támadja és megzavarja. Az egyén szexuális szabadsága ugyanis az egyik alapköve a rendezett társadalmi együttélésnek. Ezért a szexuális szabadság elleni támadás egyúttal a társadalmi együttélés rendje elleni támadás is. A társadalomnak ugyanis igénye van arra, hogy a szexuális élet zavartalan és minden esetben egyedi kényszertől mentes legyen.

Az, hogy a zavartalan szexuális élet a társadalmi értékek közé tartozik, abban is megmutatkozik, hogy bizonyos nemi bűncselekmények ismertté válása esetén a lakosság körében nő a nyugtalanság és csökken a biztonságérzet. Az erőszakos nemi bűncselekmények társadalomra veszélyessége (Unrechtsgehalt – jogtalansági tartalma) szempontjából éppen a társadalmi együttélésre gyakorolt hatás a meghatározó.”⁴⁹⁰

Véleményem szerint a társadalmi együttélés megzavarását az (erőszakos) nemi bűncselekmények esetén nem lehet jogi tárgynak tekinteni, hiszen e bűncselekmények valódi jellegéről semmit sem mond, túl általános. Valamennyi bűncselekményről elmondható, hogy sérti a társadalmi együttélést, és pl. ölési vagy súlyos rablási cselekmények ugyanolyan hatást válthatnak ki a lakosságban, mint az erőszakos nemi bűncselekmények. Büntetőjogi szempontból tehát nincs semmilyen hozadéka és értelme e bűncselekmények mögött kollektív jogi tárgyat feltételezni; a tényállások kialakításában és értelmezésében semmilyen funkciót nem tud betölteni. *A társadalmi együttélés rendje nem jogi tárgya az erőszakos nemi bűncselekményeknek.*⁴⁹¹

4. A védekezésre képtelen állapot nemi cselekményre való felhasználása

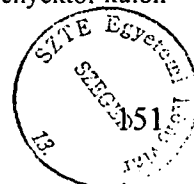
A 2. és a 3. pontban az erőszakos nemi bűncselekmények Btk.-beli tényállásának első fordulatát vizsgáltam. A második fordulat két speciális passzív alanyi körre terjed ki, ezek közül az első, amikor is a tettes a passzív alany védekezésre képtelen állapotát nemi cselekményre (közösülésre; fajtalanagra vagy annak eltűrésére) használja fel [vö. Btk. 197. és 198. §§ (1) bek. II. ford.]. Most ennek tárgyalására kerül sor.⁴⁹²

⁴⁸⁹ Magyar viszonylatban a helyzet áttekintését nehezíti, hogy az erőszakos közösülés és a szemérem elleni erőszak tényállásának második fordulata a 12. év alatti gyermekkel konszenzuálisan folytatott nemi cselekményeket is pönalizálja. Ez esetben a védett jogi tárgy kizárólag az ifjúság fejlődése. A fenti fejtegetések kizárólag a gyermek nemi cselekményre kényszerítésére vonatkoznak.

⁴⁹⁰ TEUFERT 1980, 205-206. p.

⁴⁹¹ A társadalmi együttélés rendje mint valódi jogi tárgy a *köznyugalom elleni bűncselekmények* esetén jelentkezik, ahol nincsen feltétlenül olyan kézzelfogható individuális vagy konkrétan meghatározható kollektív érdek, amely az adott bűncselekmény védelmi célját megadná.

⁴⁹² A dogmatikai fejtegetésekhez hasznos szempontokat adnak a német és osztrák jogirodalmi munkák. Már itt meg kell említeni, hogy e sértetti kör védelme ezen országokban az erőszakos nemi bűncselekményektől külön tényállásban történik: lásd a dStGB 179. §-át és az öStGB 205. §-át.



4.1. A védekezésre képtelen állapot jelentése és jogtárgyi összefüggései

A védekezésre képtelen állapot jelentését SCHULTHEISZ abból a tényből következtetve vezeti le, hogy amellet a törvényi tényállásban az akaratnyilvánításra képtelen állapot is nevesítve szerepel, így védekezésre képtelen állapot alatt kizárólag olyan állapotot kell érteni, amely *az akaratnyilvánítási képessége birtokában lévő passzív alany számára lehetetlenné teszi, hogy akaratának érvényt szerezve, az elkövető cselekményével szemben elhárító tevékenységet fejtsen ki.*⁴⁹³ Tehát fizikai értelemben vett védekezésre képtelenségről van szó, amely eredhet a sértett testi adottságából, testi állapotából (pl. súlyos betegség vagy testi fogyatékosság); lehet tartós vagy ideiglenes jellegű (pl. rokkantság vagy pillanatnyi súlyos fizikai kimerültség); származhat továbbá mások cselekményéből (pl. a sértett megkötözése).⁴⁹⁴

A védekezésre képtelenség oka tehát valójában teljesen közömbös, az a fizikai okon túl akár még pszichoszomatikus eredetű is lehet; a lényeges az, hogy a *sértett még képes legyen a tettesével ellentétes akarat kialakítására és kinyilvánítására.* Így védekezésre képtelen állapotot jelenthetnek akár a pszichés betegségből vagy fogyatékosságból eredő abnormális sokk- és pánikreakciók, merevgörcs vagy akár az eszmélet elvesztéséhez közelítő mérgezési pszichózis.⁴⁹⁵

Az erőszakos nemi bűncselekmények ezen esetének figyelembe vehető, publikált hazai bírói gyakorlata nincs. Érdekességként említenék néhány példát a német nyelvű országok ítélkezési gyakorlatból: ilyen passzív alany lehet a teljesen vak és idős személy; az öngyilkossági szándékkal egy magas falról leugró és emiatt mozgásképtelen személy; a nőgyógyászati vizsgálószékre kötözött nő.⁴⁹⁶ A vizsgálószékre kötözés hiányában is védekezésre képtelen lehet a nő, ha a szék pozíciója és a takarás miatt nem látja, hogy az orvos mit csinál.⁴⁹⁷ Az előző bekezdésben említett védekezést lehetetlenné tevő sokkhatás nem csak pszichés betegségből származhat, hanem éplélektani háttere is lehet, ha a sértett a cselekményt megelőzően erőszakos, brutális cselekedeteknek, mint pl. több ember megölésének volt a szemtanúja.⁴⁹⁸

⁴⁹³ 1966, 32. p.

⁴⁹⁴ NAGY 2005, 288. p. Ez utóbbi akkor igaz, ha a megkötözés eredetileg nem a tettes nemi cselekményének céljából történt.

⁴⁹⁵ FISCHER 2000, 100. p.

⁴⁹⁶ BERTEL-SCHWAIGHOFER 2005, 53-54. p.

⁴⁹⁷ TRECHSEL 1997, 723. p.

⁴⁹⁸ KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 204. p.

Mivel az ilyen személyek a nemi cselekménnyel ellentétes akaratukat ki tudják alakítani és kifejezésre tudják juttatni, így *a jogi tárgy tekintetében* nincsen változás az erőszakos közöszlítés/szemérem elleni erőszak első fordulatahoz képest.

Az ilyen sértettek sérelmére elkövetett nemi bűncselekmények *jogi tárgya tehát szintén a szexuális önrendelkezés*, amelyet az elkövető közvetlenül sért; mivel a sértett védekezésre képtelen, ezért nem szükséges vele szemben kényszerítést alkalmazni.⁴⁹⁹ Itt is arról van szó, hogy a szexualitással való más általi rendelkezéssel (*Fremdbestimmung*) szemben kell számukra védelmet biztosítani, azaz hogy a tettes ne élhessen vissza a helyzetükkel úgy, hogy a szexuális kívánságainak tárgyává vagy eszközévé alacsonyítja őket.⁵⁰⁰

A védekezésre képtelen személyek szexuális önrendelkezésük teljes birtokában vannak, kívánságuk szerint folytathatnak nemi cselekményeket, illetve juttathatják kifejezésre, hogy azt nem kívánják. Az ilyen személyek tehát *beleegyezhetnek a nemi cselekménybe* és ez a bűncselekmény megvalósulását kizárja.⁵⁰¹ A HOLLÁN–KIS szerzőpáros helyesen mutat rá, hogy „ellenkező esetben bizonyos személyek (pl. súlyos testi fogyatékkal élők) szexuális életét komolyan megnehezítenénk, más esetben pedig a büntetendőséget olyan szexuális cselekményekre (pl. saját akaratából megkötözött személlyel való közöszlítés) terjesztenénk ki, amelyek megbüntetése indokolatlanul korlátozná az alkotmány által védett önrendelkezési jogot”.⁵⁰²

A nemi cselekménybe való beleegyezés esetén tehát itt sincs jogtárgysérelem, és a bűncselekmény kényszerítéssel megvalósuló első fordulatahoz hasonlóan a *beleegyezés a cselekmény tényállásszerűségét zárja ki*. Az elkövetés módja ugyanis a sértett ezen állapotának a nemi cselekményre való felhasználása, amelyről nem beszélhetünk akkor, ha a nemi cselekménybe a sértett beleegyezett. Elkövetési mód hiányában pedig a cselekmény nem tényállásszerű.

4.2. A védekezésre képtelenség foka és a kényszerítés összefüggései

A jogtárgyharmonikus értelmezés és a tényállási fordulatok különbözősége mentén a védekezésre képtelen állapottal kapcsolatban további pontosításokat szükséges tenni. Az egyik tisztázandó kérdés, hogy a sértett mivel szemben védekezésre képtelen. A helyes

⁴⁹⁹ RENZIKOWSKI–MK 1189. p.

⁵⁰⁰ HORN–WOLTERS-SK § 179, 1. p.; HERMANN-KOLB 2005, 79-80. p.

⁵⁰¹ HOLLÁN-KIS 2005, 197. §-hoz fűzött magyarázat; FISCHER 2000, 100. p; HERMANN-KOLB 2005, 81. p.

⁵⁰² HOLLÁN-KIS uo.

értelmezés szerint a védekezésre képtelenség azt jelenti, hogy *a sértett az elkövető nemi közeledését nem képes elhárítani, azaz magával a nemi cselekménnyel szemben védekezésre képtelen.*⁵⁰³ Ez az állapot tehát nem azt jelenti, hogy a sértett az elkövetői erőszakot/fenyegetést nem tudja elhárítani, mert abban az esetben kényszerítéssel állunk szemben és a bűncselekmény első fordulata valósul meg. Az állapot felhasználása azt jelenti, hogy a sértett állapota automatikusan lehetővé teszi a nemi cselekmény lényegében akadálytalan végrehajtását.

Ebből is látszik, hogy *a védekezésre képtelenség a konkrét nemi cselekményhez képest relatív jellegű.* Ha pl. a nyakától lefelé teljes testében lebénult sértetthez, akár annak nemi szervéhez, az elkövető odadörzsöli a nemi szervét, ezt a sértett nem tudja elhárítani. De ugyanez a sértett, vagy pl. egy megkötözött sértett a tettes által kívánt fellációt már képes elhárítani; ahhoz hogy a tettes a nemi szervének szájba vételét egy ellenkező sértett esetében elérje, kényszerítést kell alkalmaznia erőszak vagy (kvalifikált) fenyegetés útján.⁵⁰⁴

Ha a két előző követelményt „összeolvassuk”, akkor pedig azt szükséges kimondani, hogy *a konkrét nemi cselekménnyel szemben teljes védekezésre képtelenség szükséges, azaz mindenféle védekezési képességnek hiányoznia kell.* Hiszen bármilyen csekély elhárítási képesség esetén is (pl. a test elfordítása, odébb csúszás, a kezek nemi szerv elé tétele) az elkövetőnek már kényszerítést kell alkalmaznia a nemi cselekmény kifejtéséhez. Ilyen esetekben pedig – az erőszak és a fenyegetés szükséges mértékének megfelelő relatív értelmezése mellett – *az erőszakos közösülés/szemérem elleni erőszak első fordulatainak megállapítása indokolt.*

Ha ezeket a cselekményeket megpróbáljuk a maguk tényleges életbeli lefolyása szerint elképzelni, akkor elgondolkodtatók FISCHER megállapításai. Szerinte az esetek nagy részében a védekezésre képtelen személyeken folytatott nemi cselekmények a bűncselekmény kényszerítéssel forduló alá vonhatók, ha az erőszak fogalmát szakszerűen alkalmazzuk. Mint ahogyan a korábbiakban is eset szó róla (lásd 2.2.), az erőszak/fenyegetés alkalmazása nem feltételezi szükségképpen a sértett komoly fizikai ellenállását, védekezését. Erre is tekintettel, csak kivételesen képzelhető el olyan eset, amikor a tettes a teljes mértékben védekezésre képtelen sértetten úgy hajt végre nemi cselekményt, hogy ehhez nem kellett semmilyen fizikai erő kifejtését a sértett testére gyakorolnia.⁵⁰⁵

⁵⁰³ HORN–WOLTERS-SK §179, 5. p.

⁵⁰⁴ Vö. uo.

⁵⁰⁵ 2000, 100. p.; hasonló véleményt fogalmaz meg SCHROEDER 1999, 830. p.

Így az esetek nagy részében valójában erőszakkal/fenyegetéssel történő kényszerítéssel állunk szemben.⁵⁰⁶ A BGH újabb gyakorlata szerint, ha pl. a toloszékhez kötött, rokkant sértett segítségért kiált és az ágyában forgolódik, hogy a sértett közeledését elhárítsa, akkor vele szemben a tettes már kényszerítést alkalmaz, ha lefogja és nemi cselekményt végez a testén.⁵⁰⁷ Meg kell említeni ugyan, hogy a BGH – mint láttuk, nem mindig ilyen rugalmas – értelmezésének az a tény is a háttérben áll, hogy az e sértetteket védő tényálláshoz (dStGB 179. §) a német jogalkotó alacsonyabb büntetési tételt kapcsolt, mint a nemi erőszak tényállásához (dStGB 177. §), és a német bíróság ezt a – diszkrimináció gyanúját is felvető – védelmi deficitet is igyekszik ezzel az értelmezéssel áthidalni.⁵⁰⁸

Magyarországon az egy tényállásba foglalás folytán a különböző sértetti körökre vonatkozó büntetési tételek megegyeznek, ilyen probléma tehát nincs. Mégis úgy vélem, hogy *az itt bemutatott értelmezés a magyar viszonylatban is alkalmazandó*, a védekezésre képtelenségnek a nemi cselekménnyel szemben kell fennállnia és teljesnek kell lennie, ellenkező esetben a Btk. 197. és 198. §§ (1) bekezdésének első, kényszerítési fordulata valósul meg. Korábban említésre kerültek *olyan magyar bírói döntések, amikor az egyébként védekezésre képes sértettek részéről is szinte semmilyen fizikai védekezés nem történt, a bíróság helyes értelmezéssel mégis nemi cselekményre kényszerítésként minősítette ezeket* (BH 1997. 568. és EBH 2004. 1105.; lásd 2.2.2.E). Nincsen indok arra, hogy a védekezésre ugyan csak bármilyen kis mértékben is, de képes sértetti kör esetében más döntés szülessen, a cselekmény az ő esetükben is a kényszerítéssel írható körül és azt az erőszakos közösülés/szemérem elleni erőszak tényállásának első fordulata lefedi.

Ezt az érvelést szintén alátámaszthatja, ha *szem előtt tartjuk az erőszakos nemi bűncselekmények és a kényszerítés bűncselekménye közötti speciális-generális viszonyt*. Ha nem a fenti értelmezést követnénk, akkor az ilyen sértettek a kényszerítés generális bűncselekményének védelmi köréből ki lennének zárva, hiszen *a kényszerítésnek ilyen második fordulata nincsen*. A jogirodalom által a védekezésre képtelenséggel kapcsolatban emlegetett tipikus sértetti példák nem vezethetnek „automatikus jogalkalmazáshoz”, mert ez azt jelentené, hogy a kényszerítés bűncselekménye pl. rokkant sértett sérelmére nem lenne elkövethető. Vegyük azt a példát, amikor a rokkant sértettet néhány másodpercre felállítják, letolják a nadrágját és meztelen alsó testtel ültetik vissza a toloszékébe. Ezek a magatartások

⁵⁰⁶ OBERLIES 2002, 147. p.; TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1117. és 1120. p. A sértett védekezésre való teljes képtelenségének szükségességét hangsúlyozza továbbá STRATENWERTH–JENNY 2003, 176. p. és GÖSSEL 2005, 65. és 69. p.

⁵⁰⁷ Az esetet ismerteti SCHROEDER 1999, 830. p.

⁵⁰⁸ Vö. TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1118. p. A büntetési tételek különbözőségének-azonosságának kérdéséről a későbbiekben még lesz szó (lásd 6.).

egy rokkant sértett esetén kimerítik a kényszerítés bűncselekményét. Nincsen ok arra, hogy az erőszakkal kényszerítést a nemi bűncselekmények esetén másként értelmezzük.

4.3. A 12. életév problematikája – Btk. 210. §

Szót kell még ejteni a Btk. 210. §-ában foglalt értelmező rendelkezésről, amely szerint az erőszakos közösülés és a szemérem elleni erőszak tényállásai alkalmazásában a 12. életévét be nem töltött személyt védekezésre képtelennek kell tekintetni. Ezzel az értelmező rendelkezéssel a jogalkotó azt kívánta biztosítani, hogy a 12. év alatti gyermekek esetén a beleegyezésükkel folytatott nemi cselekmény is erőszakos nemi bűncselekménynek minősüljön és annak a megrontáshoz képest súlyosabb büntetési tétele kerülhessen alkalmazásra.

Ez a megoldás tehát egyértelműen jogtechnikai jellegű, viszont – a fentiek figyelembe vétele mellett – nélkülözi a dogmatikai átgondoltságot. A védekezésre képtelen sértett akarata ugyanis ellentétes az elkövetőével, és ez eredményezi a jogtárgysérelmet. Ehhez képest a 12. év alatti sértett esetén e minősítés akkor releváns, ha a gyermek beleegyezik a nemi cselekménybe, negatív értelemben vett szexuális önrendelkezése tehát nem sérül, a cselekmény a normatív korlátok által értékelt szexuális fejlődését veszélyeztetheti. Mindez azt eredményezi, hogy *egyazon tényállási elemnek* más-más passzív alany esetében eltérő jogtárgysérelmi vetülete lesz, és *egyszerre kell megtestesítenie a gyermek (pozitív) szexuális önrendelkezésének normatív korlátját és a védekezésre ténylegesen képtelen sértett (negatív) szexuális önrendelkezésének a tényleges sérelmét*. Nem szerencsés dogmatikai szempontból ennyire különböző szempontokat egy tényállási elembe zsúfolni.

HOLLÁN is kiemeli ezzel kapcsolatban, hogy a védekezésre képtelen sértett beleegyezése a büntetőjogi felelősséget kizárja, és a 12. éven aluli gyermek esetén pedig *idegen szempontok felhasználásával* teszünk kivételt a főszabály alól, és tekintjük a nemi cselekménybe való beleegyezését irrelevánsnak.⁵⁰⁹ Dogmatikai szempontból szintén vitatható megoldás, de kisebb törést jelentett volna, ha a 12. év alatti gyermekeket a (normatív) akaratnyilvánításra képtelen sértettek körébe vonja be a jogalkotó, ahogy azt a Csemegi-kódex időszakának bírói gyakorlata is tette.

Ugyanakkor, ha történeti szempontból vizsgáljuk e kérdést, az is kimutatható, hogy e minősítési megoldásnak az eredetét tekintve alapelvi problémákat felvető, *felelősséget súlyosító bírói jogi háttere van*. A Csemegi-kódex a hatályos Btk. 210. §-ának megfelelő

⁵⁰⁹ 1998, 18. p.

értelmező rendelkezést még nem tartalmazott. A Kúria 1881-ben már olyan döntést hozott, amelyben a 12. év alatti sértett kislányt akaratnyilvánításra képtelennek minősítette. A döntést onnantól kezdve követte a bírói gyakorlat, a 12. életévet olyannyira (implicit) tényállási elemként kezelték, hogy az elkövetőnek a sértett életkorában való tévedését – a mai joghelyzethez hasonlóan – figyelembe vették.⁵¹⁰ Az ennek megfelelő értelmező rendelkezés az 1961. évi Btk. 290. §-ába került először beiktatásra. Ettől az időponttól tekintve alapelvi probléma már nem merül fel, de egészen eddig az időpontig a bíróságoknak *in concreto vizsgálniuk kellett volna minden esetben, hogy a gyermek sértett ténylegesen akaratnyilvánításra képtelen-e*. Igenlő válasz esetén nem vet fel elvi problémát az erőszakos nemi bűncselekményként minősítés. Nemleges válasz esetén, azonban nem lett volna helye a súlyosabb bűncselekmény szerinti minősítésnek. A bírói gyakorlat azonban ehelyett automatikus tétellé emelte a 12. életév és az akaratnyilvánításra képtelenség között vélt összefüggést, ami mai szemmel nézve ellentétes volt a felelősséget súlyosító bírói jog tilalmával (*nullum crimen sine lege scripta*). A '61. évi kódex indokolása is a minősítés gyakorlatbeli „egyezőségére” tekintettel vette fel a törvénybe ezt a rendelkezést, azzal az eltéréssel, hogy védelemre képtelennek tekintette a gyermeket.⁵¹¹

E kérdés megítélése 1961-et követően sem volt problémamentes, hiszen a jogalkotó az 1997. évi LXXIII. törvénnyel egy új minősítő körülményt iktatott be e tényállásokba, nevezetesen súlyosabban rendelte büntetni, *ha a sértett a 12. életévét még nem töltötte be* [Btk. 197. § (2) bek a) pont és 198. § (2) bek a) pont]. E módosítás célja a fokozott ifjúságvédelem volt. Azóta több tankönyv és több szerző tollából megjelent tanulmány kritizálta ezt a megoldást, rámutatva arra, hogy – a 210. §-ban foglalt értelmező rendelkezésre tekintettel – az a kétszeres értékelés tilalmába ütközik, a 12. év alatti életkort kétszer veszi figyelembe.⁵¹² Ráadásul a Legfelsőbb Bíróság vitatható iránymutatása folytán a bírói gyakorlat ténylegesen a kétszeres értékelés tilalmába ütközően értelmezte és állapította meg e minősített esetet.⁵¹³

A 2005. évi módosítással a jogalkotó e problémát belátta, és a miniszteri indokolásban kifejezetten utalt a kétszeres értékelés kiküszöbölésének szándékára. Az újabb, hatályos szövegezés szerint a minősített eset akkor valósul meg, *ha az erőszakkal vagy az élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetéssel közöskölésre, illetve fajtalanságra kényszerített sértett a*

⁵¹⁰ Ehhez Lásd ANGYAL 1937, 41. p.

⁵¹¹ Lásd Indokolás-1961, 502. p.

⁵¹² HOLLÁN 1998, 17-19. p.; NAGY 1999, 274-275. p.; SINKU 2002, 219-220. p.; GÁL 2002, 31-32. p.; NAGY-SZOMORA 2004, 2. rész 19. p.

⁵¹³ BH 1999/9. szám. Fórum rovat. 185. p.

12. életévét nem töltötte be. Ezzel a kétszeres értékelést sikerült ugyan kiküszöbölni, azonban egy újabb probléma állt elő. A jogalkotó ugyanis elfeledkezett arról, hogy az alapesetnek van egy második fordulata is, amikor a sértett védekezésre vagy akaratnyilvánításra képtelen állapotát használja fel az elkövető a nemi cselekmény végzésére.

A minősített eset utóbbi módosításakor a jogalkotó nem volt figyelemmel azokra az esetekre, amikor a 12. év alatti sértett *ténylegesen védekezésre képtelen*.⁵¹⁴ A jelenlegi szabályozás így súlyos anomáliákhoz vezethet. Például: ha egy egészséges 10 éves gyermeket erőszakkal vagy kvalifikált fenyegetéssel kényszerít a tettes fajtalanság eltűrésére, akkor ezzel a minősített esetet valósítja meg. Míg ha ugyanezt egy 10 éves rokkant gyermekkel erőszak/fenyegetés alkalmazása nélkül, de a gyermek beleegyezésének hiányában teszi, akkor az alapeset szerint lesz büntetendő. Az új törvényi megfogalmazás ugyanis egyértelműen kizárja, hogy ezt az utóbbi esetet, azaz a *ténylegesen védekezésre képtelen* 12. év alatti sértettel folytatott nemi cselekményt a minősített esetek körébe vonjuk. Ez ésszerűen aligha indokolható.

Sőt, ha a gyermek életkoránál fogva *ténylegesen akaratnyilvánításra képtelen*, akkor is csak az alapeset valósulhat meg. Így például az alapeset szerint kell minősíteni annak az elkövetőnek a cselekményét, aki egy 2 éves kisgyermekkel folytat kényszerítés nélkül nemi manipulációkat.

Az ismertetett példák fényében kérdés marad tehát, hogy tényleg ez volt-e a jogalkotó szándéka. Ezt aligha tételezhetjük fel. Ettől eltekintve, dogmatikailag azért tartom hibásnak ezt a megoldást, mert *a minősített esetek szintjén differenciál (durvább kifejezéssel élve diszkriminál) az alapeset teljesen egyenrangú fordulatai között*. Röviden azt lehetne mondani, hogy e módosítás arra szolgál intő példaként, hogy hogyan lehet a kétszeres értékelésből „quasi joghézagot” létrehozni.⁵¹⁵

A Btk. 210. §-a és az arra épülő minősítési rendszer mára már sok sebből vérzik. Dogmatikailag többszörösen elhibázott, történeti háttere pedig két esetben is alapvető problémákat vetett fel. *De lege ferenda* a 210. § hatályon kívül helyezése indokolt, és a 12. év alatti gyermekek nemi cselekményekkel szemben szükséges védelmét az ifjúságvédelmi tényállásban kell megfelelően lefektetni (lásd 3.1.). Ezzel az erőszakos nemi bűncselekmények és az ifjúságvédelmi tényállás a különböző jogi tárgyaik mentén is egyértelműen elkülönülnének.

⁵¹⁴ A gyermek tényleges és ex lege védekezésre képtelensége közötti különbséget és az ezen alapuló differenciálás szükségességét először HOLLÁN vetette fel, közvetlenül az 1997. évi novella után (1998, 17-19. p.).

⁵¹⁵ E kérdéshez lásd még SZOMORA 2007, 278-279. p.

5. Az akaratnyilvánításra képtelen állapot nemi cselekményre való felhasználása

A speciális passzív alanyok másik csoportját a Btk. az „akaratnyilvánításra képtelen állapot” kifejezéssel írja körül. Először annak áttekintésére kerül sor, hogy mi tudható meg e kategóriáról a magyar jogirodalomban és -gyakorlatban.

5.1. Az akaratnyilvánításra képtelen állapot megítélése a magyar büntetőjogban

5.1.1. Ha magából a szóból, annak esetleges köznyelvi értelmezéséből indulunk ki, akkor látható, hogy a „nyilvánítás” szóval az akarat kinyilatkoztatására helyezi e kifejezés a hangsúlyt, és nem utal az akaratképződés kérdésére. Jogtárgyi szempontból pedig ezen eltérésnek relevanciája lehet (lásd 5.2.2.B.).

Az összefoglaló kifejezés feloldására SCHULTHEISZ által adott definícióban három kategóriát találunk: 1) a teljes akarathiány esete; 2) ha a sértettnek nincsen figyelembe vehető akarata; 3) ha a sértett a cselekmény által kiváltott és azzal szemben álló akaratát nem képes kifejezésre juttatni.⁵¹⁶ Ha értelmük szerint tekintjük ezeket az eseteket, azok alapját és lehetséges jelentését, akkor érdekes kép rajzolódik ki:

- Ad 1) Teljes akarathiány: a sértettnek nincsen a külvilágról és saját személyéről képzete; *a nemi cselekménnyel kapcsolatban nem képződik semmilyen akarata* – lényegét tekintve *ontologikus* alapú akarathiányról van szó.

- Ad 2) Az akarat nem vehető figyelembe: van *a nemi cselekménnyel kapcsolatban akaratképződés*, de az valamilyen oknál fogva nem vehető figyelembe – ennek figyelmen kívül hagyását valamilyen szempontot követő *normatív értékelés* eredményezheti.

- Ad 3) A sértett az akaratát nem képes kifejezésre juttatni: ez a csoport áll legközelebb a tényállási elem szószerinti jelentéséhez; *a sértettnek képződik a nemi cselekménnyel ellentétes akarata*, de azt nem tudja a külvilág felé kinyilvánítani – itt lényegét tekintve megint *ontologikus* ok állhatja ennek útját, ugyanakkor a nemi cselekménnyel ellentétes valódi akarat képződése *felveti* a bűncselekmény első fordulata szerinti *kényszerítés lehetőségét*.

Látható, hogy az akaratnyilvánításra képtelenségben mint tényállási elemben összemosódnak az ontologikus és normatív szempontok, másrészt az is, hogy a kifejezés nem

⁵¹⁶ 1966, 32-33. p.

adekvát a tartalmával, hiszen akaratképződési kérdéseket is lefed. Nincs ez másként akkor sem, ha a más, illetve újabb irodalmi magyarázatokat tekintjük. Ezek szerint akaratnyilvánításra képtelen állapotban van, akinek pszichikai vagy fizikai oknál fogva, állandó jelleggel vagy alkalmilag *nincs jogi értelemben figyelembe vehető akarata*, vagy aki az akaratát nem képes kifejezésre juttatni.⁵¹⁷ A pszichikai/fizikai okok és a jogilag figyelembe nem vehetőség e meghatározásban is distinkció nélkül szerepelnek egymás mellett, az akaratképződés kérdése pedig természetes formájában nem igen merül fel (helyette az akarat kifejezése fordul elő).

A definiálást követően a sértettek tipikus csoportjainak megnevezése következik: az öntudatlan állapot különböző formái (mély álom, eszméletlenség, kóma, hipnotikus állapot, kábító hatású anyagtól bódult állapot), illetve a kóros elmeállapot.⁵¹⁸ Álláspontom szerint a jogilag figyelembe nem vehető akarat hangsúlyozása valójában inkább csak a kóros elmeállapotúakra vonatkozhat, a többi esetkörben pedig nem a jogi értékelés és az akarat jogi irrelevanciája a döntő szempont, *hiszen ontologikus értelemben valódi akarat létre sem jön* [vö. az 1) ponttal Schultheisz esetében].

Levonható a következtetés, hogy a magyar jogirodalom nem tesz érzékelhető különbséget az akaratképződés teljes hiánya és annak esetleges hibás képződése, jogi irrelevanciája között.⁵¹⁹ A későbbi vizsgálódásból annyit előre lehet bocsátani, hogy a két eset között különbség van jogtárgyi szempontból; más a védelem tárgya akkor, ha *a beleegyező (és egyáltalán semmilyen) akarat létre sem jön*, és más akkor, ha a létrejött beleegyező akaratot jogi szempontból figyelmen kívül hagyjuk, azaz *a beleegyezés ellenére megállapítjuk az elkövető büntetőjogi felelősségét* (lásd 5.2.).

5.1.2. A jogi értékelés és a gyakorlat szempontjából is leginkább problematikus sértetti kört a kóros elmeállapotúak jelentik. Őket nem lehet automatikusan akaratnyilvánításra képtelennek tekinteni, mert ezzel teljes mértékben megfosztanánk őket az emberi méltóságukhoz tartozó szexuális élet lehetőségétől, ami amellet, hogy igazságtalan, alkotmányos szempontból is aggályos lenne. Az ő nemi cselekménybe való – egyébként tényállásszerűséget kizáró – beleegyezésüket csak akkor lehet figyelmen kívül hagyni, ha esetükben *a helyes akaratképződés a nemi élettel kapcsolatosan kizárt*. Vagyis ha a sértett kóros elmeállapotánál

⁵¹⁷ NEMÉNYI 1968, 1356. p.; NAGY 2005, 288. p.; FEHÉR 2005, 246. p.; BERKES 2006, 596. p.

⁵¹⁸ Uo.

⁵¹⁹ Ebből a szempontból a legbeszédesebb az 1961. évi Btk. indokolása, amely kifejezetten kijelenti, hogy az akaratképződés hiánya eredményében ugyanaz, mint az akaratnyilvánításra képtelen állapot, azaz amikor a sértett akarata nem vehető figyelembe vagy azt nem tudja kinyilvánítani (Indokolás-1961, 480. p.).

fogva képtelen a szexuális kapcsolat jelentőségének, következményeinek a felismerésére és az ennek megfelelő magatartás tanúsítására. A helyes akaratképződés korlátozott volta nem eredményezheti az akaratnyilvánításra képtelen állapot létrejöttét.⁵²⁰ A sértett elmeállapotát elmeorvos-szakértői vizsgálat útján kell tisztázni. A szakvélemény figyelembevételével azt is el kell bírálni, hogy felismerhette-e az elkövető a sértett akaratnyilvánításra képtelen állapotát.⁵²¹

A természetes akaratképződés helyességéről/helytelenségéről – és így a beleegyezés figyelmen kívül hagyásáról – normatív értékelés útján lehet dönteni. A jogirodalom a fent leírtakon kívül azonban nem ad igazából hasznosítható szempontokat ennek megítélésére. Annak hangsúlyozását pedig aggályosnak és félrevezetőnek találom, hogy az elkövető felelősségének kizárásához a kóros elmeállapotú személynek tisztában kell lennie a „cselekmény erkölcsi súlyával, társadalmi megítélésével”.⁵²² Az erkölcsi súly a nemi erkölcs jogi tárgyi szerepét helyezi a középpontba. És egyébként mit kellene ebből a szempontból a szexualitás társadalmi megítélése alatt érteni? Szabad vagy nem szabad? Elítélendő vagy megtűrt, netán helyeselt? Ez a fogalmazás azokat a régi felhangokat csempészi vissza, amelyeknek a kiküszöbölése még a hatályos jogi terminológia mellett is célként fogadható el. A szexualitás mint életbeli jelenség a büntetőjog számára nem lehet „megítélés kérdése”, hanem olyan adott helyzet, amelyet a büntetőjognak meg kell tudnia saját maga számára ragadni. A büntetőjognak megítélni nem a nemi életet kell, hanem annak mások sérelmével, veszélyeztetésével járó gyakorlását.

További problémát jelent, hogy a recens irodalomban még mindig található olyan okfejtés, amely a beszámítási képesség (hiányának) kérdésével mossza össze az akaratnyilvánításra képtelenség kérdését. Nem értelmezhető az a kijelentés, miszerint a „beszámítási képesség teljes hiánya esetében azt kell vizsgálni, hogy a sértettet a nemi élet, a szexuális cselekmények vonatkozásában kell-e akaratnyilvánításra képtelennek tekinteni”.⁵²³ A *kóros elmeállapotú sértettek esetén* ezt kell vizsgálni, de ennek nincs köze a büntetőjogi felelősség, a bűnösség szempontjából lényeges beszámítási képesség intézményéhez. Egyrészt a beszámítási képességet mindig az adott cselekményhez viszonyítottan kell vizsgálni: fogalmi ellentmondás egy mondaton belül általában vett teljes beszámíthatatlanságról beszélni, és ehhez képest relatíve pedig a nemi cselekménnyel kapcsolatban az akaratképződés hibáját kiemelni. Másrészt ezt az összemosódást az a téves szemlélet

⁵²⁰ NAGY 2005, 288. p.; FEHÉR 2005, 246. p.; BERKES 2006, 596-597. p.

⁵²¹ SCHULTHEISZ 1966, 34. p.; NEMÉNYI 1968, 1357. p.; BERKES 2006, 597. p.

⁵²² Így MERÉNYI 1987, 47. p.

⁵²³ Így SINKU 2005, 230-231. p.



eredményezheti, amely egyenlőségjelet tesz a kóros elmeállapot és a beszámítási képesség hiánya közé, ami már csak a törvény szövegével (Btk. 24. §) is ellentétes.⁵²⁴

Fenti érvelésem nem az önmagáért való jogirodalmi kritika célját szolgálja. A bírói gyakorlatban is előfordult olyan elfogadhatatlan döntés, amely a sértett beszámítási képességével operált. Megállapította ugyan, hogy értelmi fejlettsége egy 8-10 éves gyermek szintjén van, de mivel képes volt a vonaton utazni és a szülői megbízatást teljesíteni (ruhákat vigye a patyolatba), a nyomozás során maga mutatta meg a cselekmény helyszínét, valamint a gyógypedagógiai iskolában eredményesen tanul, ezért „a szellemi működés, s ezen belül az akaratképződés nem teljesen kizárt, [...] amikor a közösülésbe beleegyezett, nem volt akaratnyilvánításra képes állapotban”.⁵²⁵ Tehát az általános akaratképződést a bíróság teljesen összemosta a közösüléssel kapcsolatos akaratképződéssel. Nehezen érthető, hogy a vonaton utazásnak, illetve az iskolai eredménynek mi köze lehet – az egyébként nem vizsgált – közösüléssel kapcsolatos akaratképződéshez. Az pedig szembeötlő, hogy a bíróság által felsorolt cselekmények megfelelnek egy 8-10 éves gyermek szellemi szintjének, a 8-10 éves gyermeknek pedig mégsem biztosítja a jogrendszer a felnőttekkel való nemi élet jogát. Ezt a szempontot a bíróság teljesen figyelmen kívül hagyta.

Ezzel szemben a bírói gyakorlatból kiemelési igényelnek azok a döntések, amelyek kimondják, hogy a nemi élettel kapcsolatos helyes akaratképződés nem azonosítható a polgári jogi cselekvőképtelenséggel, *sem a büntetőjogi beszámítási képesség hiányával* (BJD 6463. és 6469.). Az e döntéseket hozó bíróságok helyesen megvizsgálták a sértett akaratképződését és annak tartalmát a közösüléssel kapcsolatban (értelemszerűen mindhárom említett esetben erőszakos közösülés miatt folyt az eljárás).

5.1.3. A speciális sértetti körhöz kapcsolódó elkövetési mód az akaratnyilvánításra képtelen állapotuknak az elkövető által *nemi cselekményre való felhasználása*. Ennek lényege, hogy a nemi cselekményre ezen állapot felhasználásával kerüljön sor, azt az elkövető a maga előnyére aknázza ki.⁵²⁶ E tényállási elem hiányzik, ha az elkövető rendszeres nemi viszonyt folytat az egyébként akaratnyilvánításra képes passzív alannal, és olyankor kerül sor nemi cselekményre, amikor a passzív alany éppen akaratnyilvánításra képtelen (pl. teljesen részeg),

⁵²⁴ A beszámítási képesség konkrét cselekményhez való viszonyulásához és a kóros elmeállapottal való kapcsolatához lásd NAGY 2004, 234. p.

⁵²⁵ A Fővárosi Bíróság 1962-ből származó döntését ismerteti NEMÉNYI 1968, 1356-1357. p. Érdekes, hogy a szerző ezt a döntést nem kritizálja, hanem egyenesen figyelemre méltónak tartja.

⁵²⁶ NAGY 2005, 288. p. és ez alapján HOLLÁN-KIS 2005, 197. §-hoz fűzött magyarázat

és az elkövető nem következtethetett arra, hogy ilyen állapotban nem hajlandó nemi cselekményre.⁵²⁷

Annak kimondásával, hogy az elkövető a saját előnyét szem előtt tartva használja ki ezt az állapotot, egyedül NAGY FERENC ad tartalmi szempontból pozitív jellegű meghatározást ennek az elkövetési módnak. A „kapcsos kommentár” pedig csak a kivételről beszél, olyan benyomást keltve, mintha a felhasználás „automatikus” tényállási elem lenne, amely mindig megvalósul, kivéve az ismertetett esetet. Sajnos ezt a benyomást erősítik azok a tankönyvek is, amelyek érdemben gyakorlatilag semmilyen megjegyzést, értelmezést nem fűznek ehhez a tényállási elemhez, még a kivételt sem említik.⁵²⁸

Ugyanakkor majd látni fogjuk, hogy e tényállási fordulatnak a jogtárgyharmonikus értelmezése leginkább a *felhasználás mint elkövetési mód* kidolgozásával érhető el.⁵²⁹

A következőkben e tényállási fordulat dogmatikai hátterének feltárására teszek kísérletet.

5.2. A sértetti kör meghatározása

A sértetti kör meghatározása abból a nézőpontból lehet központi kérdés, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények első fordulatahoz képest mikor kell pótlólagos védelmet biztosítani, azaz *milyen esetekben sérül a szexuális önrendelkezés úgy, hogy ahhoz az elkövetőnek nem kell kényszerítést alkalmaznia*. A kényszerítés szükségtelenségét pedig a sértetti kör specialitása eredményezheti.

A szexuális önrendelkezés mint jogi tárgy szempontjából ugyanis két fő esetkör között lehet különböztetni: az egyik a kényszerítés, azaz a sértettnek a nemi cselekményre az akarata ellenére való „rávétele”; a másik esetkör pedig bizonyos szituációk, adottságok nemi cselekményre való felhasználása (kényszerítés nélkül). Ilyen lehet a sértett korlátozott, kizárt védekezési lehetőségével való visszaélés, illetve a sértett valamilyen akarati hibájának, hiányának felhasználása. Ez a megfontolás abból ered, hogy a büntetőjognak az olyan személyek szexuális önrendelkezését is védenie kell, akik egyébként annak gyakorlására testi vagy pszichés okokból nem képesek.⁵³⁰

⁵²⁷ Uo. és BERKES 2006, 597. p.

⁵²⁸ Így SINKU 2005, 229-230. p. (nála a közösülés mint magatartás és a felhasználás mint mód is félreérthetően keveredik) és FEHÉR 2005, 246. p.

⁵²⁹ A magyar irodalomban a felhasználás alóli kivételként említett példához jól kapcsolható RENZIKOWSKI azon megállapítása, hogy valamennyi tartós párkapcsolat, így a házastársak passzív alanyi körbe vonása is különösen fontosá teszi a „felhasználás” értelmezését (1999a, 384. p.).

⁵³⁰ TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1117-1118. p. Lásd még: REICHENBACH 2005, 405. p.; FOLKERS 2005, 181. p.

Az első ilyen esetet a korábbiakban – a törvényi tényállás sorrendjét követve – már kifejtettem, azt a Btk. *a védekezésre képtelen* sértetti körrel határozza meg. E sértettek esetében azért nincsen szükség kényszerítésre (még kevésbé annak elkövetési módjaira), mert a nemi cselekménnyel ellentétes akaratuk ellenére képtelenek az elkövető szexuális cselekménye előtt kitérni. Az is látható volt, hogy – amennyiben a kényszerítést mint elkövetési magatartást és annak elkövetési módjait helyesen értelmezzük – gyakorlatilag elhanyagolható e fordulat jelentősége, az esetek nagy részében valójában kényszerítés valósul meg (lásd 4.2.).

A második esetkör lényegesen eltér az előzőtől annyiban, hogy a nemi cselekménnyel kapcsolatos ellentétes akarat nem jön létre; vagy azért mert teljes egészében hiányzik, vagy azért, mert valamilyen akarati hiba folytán az adott személy beleegyezése a nemi cselekménybe nem tekinthető elfogadhatónak. Kényszerítésről azonban mégsem lehet szó, hiszen a természetes értelemben vett beleegyezés létrejött. A Btk. akaratnyilvánításra képtelen sértetti köre kapcsán ezeket az eseteket kell feltárni.

5.2.1. A nemi cselekménnyel kapcsolatos akarat hiánya

A nemi cselekménnyel kapcsolatos akarat teljes hiányáról akkor lehet szó, ha valójában a külvilággal kapcsolatos bármilyen akaratképzés kizárt a sértett esetében, azaz a sértett öntudatlan állapotban van (pl. mélyen alszik, eszméletlen, súlyosan ittas vagy kábítószerrel bódult, hipnózis alatt van stb.).⁵³¹

Az öntudatlanság eredetétől és fokától függően előfordulhat, hogy a nemi cselekmény hatására a sértett tudatához tér, ilyenkor már azt (is) kell vizsgálni, hogy a folytatás érdekében az elkövető alkalmazott-e kényszerítést. Mivel azonban a nemi cselekmény – meghatározásából adódóan – akár egy, illetve néhány intenzívebb testi érintéssel megvalósul, nincs kizárva, hogy a sértett „felébredéséig” a nemi bűncselekmény befejezetten létrejön. Ha a *de lege lata* kategóriákból indulunk ki, a közösülés magyar büntetőjogbeli meghatározása még azt is lehetővé teszi, hogy a sértett tudatának visszanyeréséig akár az erőszakos közösülés is befejezetten megvalósuljon.

A magyar bírói gyakorlatból e sértetti kört érintő döntések nem nagyon ismeretesek. A német gyakorlatban azonban olyan példákat is találhatunk, amikor a sértett magához sem tért az elkövető cselekményének hatására. Így pl. az elkövető először megpróbált behatolni hímveszőjével a részegen alvó

⁵³¹ S/S-LENKNER–PERRON–EISELE 1555. p. Ezek az esetkörök lényegüket tekintve megegyeznek azokkal az esetekkel, amikor büntetőjogi értelemben nem beszélhetünk cselekményről, mert annak *akaratlagossága* hiányzik (lásd NAGY 2004, 152-154. p.)

sértett hüvelyébe, majd miután ez nem sikerült, az ujjával hatolt be és nemi szervét a sértett combjához dörzsölte, hamarosan a magömlése is bekövetkezett. A sértett mindebből semmit sem érzelt, nem ébredt fel.

A drogfüggő sértett először alkalmazott intravénásan heroint, amitől súlyos mérgezési tünetei lettek, és gyakorlatilag öntudatlan állapotban hevert a park egyik padján. Az elkövető ezt vette észre, a padhoz lépett, lehúzta a sértett nadrágjának cipzárját, benyúlt a bugyijába és masszírozni kezdte a szeméremdombját, majd a középső ujját bevezette a hüvelybe.

Egy másik esetben hosszabb idő után magához tért a sértett. A cselekményt megelőzően az elkövető tisztázatlan eredetű cseppeket kevert az italába, amelytől a sértett mély álomba zuhant. Az elkövető elvonszolta a szobájába, levetkőztette és közöszült vele, időközben pedig a sértett magához tért, tiltakozott, de mozdulni sem volt ereje.⁵³²

Kérdésként merülhet fel, hogy hogyan sérülhet az öntudatlan személy szexuális önrendelkezése akkor, amikor állapota folytán egyébként sincs olyan állapotban, hogy gyakorolja a szexuális önrendelkezését. Figyelemre méltóak ezzel kapcsolatban OBERLIES fejtegetései. Szerinte mindenki esetében fennáll egy általános (látens) akarat, amelynek tartalma, hogy öntudatlan állapotában ne használják fel szexuális tárgyként.⁵³³ Ezt még tovább lehet pontosítani akkor, ha figyelemmel vagyunk a szexuális önrendelkezés két oldalára: az öntudatlan személyek esetén a szexuális önrendelkezés gyakorlása a pozitív oldalon kizárt, azaz nem tudnak ilyen állapotban a szexuális szabadságukkal élni. *A szexuális önrendelkezés negatív oldala azonban ilyenkor is adott, és megilleti az öntudatlan sértettet.* Ezen oldal lényege, hogy a nemi cselekménnyel kapcsolatos szabad döntést senki, semmilyen módon se zárja ki.⁵³⁴ A sértett öntudatlan állapotának felhasználása esetén pedig erről van szó, az akarat hiányában kizárt a sértett bármilyen tartalmú döntéshozatala, és az elkövető ezt használja ki. A nemi cselekménnyel ellentétes látens akarat így módon értelmezhető, és jogtárgyharmonikus értelmezését a „felhasználási elem” értelmezésével lehet majd teljes körűen megadni.

Összességében elmondható, hogy az öntudatlan sértettek ezen állapotának nemi cselekményre való felhasználásakor a szexuális önrendelkezés sérelméről van szó, *a jogi tárgy tehát e sértetti kör esetén sem változik.*

5.2.2. A nemi cselekménnyel kapcsolatos akarati hiba

A) Az akarati hiba mibenléte

A nemi cselekménnyel kapcsolatos hibás akaratképződés kóros elmeállapotú személy esetén merülhet fel. Az akarati hiba akkor áll fenn, ha a kóros elmeállapot az adott személy esetében

⁵³² Az eseteket ismerteti OBERLIES 2002, 137-138. p.

⁵³³ Uo. 140. p.

⁵³⁴ A pozitív-negatív oldal megkülönböztetésének hasonló jelentőséget tulajdonítottam a beleegyezési korhatár alatti gyermekek nemi cselekményre kényszerítése esetén (lásd 3.2.).

kizárta a nemi cselekményről való szabad döntést⁵³⁵, azaz ha az aktuális elmeállapot más döntést, mint a nemi cselekménybe való beleegyezést, nem tett lehetővé, a nemi cselekmény elutasításának lehetőségét kizárta (egyfajta kauzális kapcsolat).⁵³⁶

A magyar jogirodalmi álláspontok bemutatásakor már hangsúlyoztam, hogy ezt az akarati hibát – a közös patológiás alap ellenére – sem szabad összekeverni a beszámítási képesség hiányával. Ez annak ellenére így van, hogy maga az akarati hiba tartalmilag a beszámítási képesség mintájára határozható meg. A nemi cselekménnyel kapcsolatos akarati hiba akkor forog fenn, *ha az adott személy képtelen felismerni a szexuális magatartás jelentését és jelentőségét (felismerési-értékelési oldal) vagy a magatartását nem tudja e felismerésnek megfelelően irányítani (akarati oldal).*⁵³⁷ Amennyiben e képességei adottak, akkor lehet úgy fogalmazni, hogy az adott személynek van *szexuális önrendelkezési képessége*.

A honi irodalomban a szexuális magatartás jelentőségét és következményeit szokták hangsúlyozni (lásd 5.1.2.) Ehelyett jogtárgyi szempontból inkább *a szexuális magatartás jelentését* tartom meghatározónak. Az ezzel kapcsolatos tudattartalom szemléletes kifejtése szerint: „a felismerési képesség hiánya akkor áll fenn, ha a sértett nem képes értékelni a különbséget a szexuális és a szexuális szempontból semleges cselekmények között, ha minden testi érintés ugyanazt, ugyanannyit jelent a számára. A felismerési képesség meglétéhez tehát nem elegendő, hogy a sértett térben és időben orientált, hanem ezen felül az is szükséges, hogy a szexuális szférájába való behatolást ilyenként fogja fel (még ha ehhez további társadalmi szempontú vagy etikai értékelésre nem is képes). Az akarati képesség pedig akkor hiányzik, ha a felismerési képesség ugyan adott, de a kóros elmeállapot folytán a szexuális önuralmát elveszíti a sértett”.⁵³⁸

A szexuális kapcsolat szexuálisként való megélése az, ami döntő, ezt nevezik az idézett szerzők *felismerési képességnek*, azaz hogy *az adott személy különbséget tud-e tenni szexuális és nem szexuális magatartás között*. A szexuális/nem szexuális jelleg felismerését azzal lehetne pontosítani, hogy a kóros elmeállapotú személynek azzal kell tisztában lennie, hogy *egyenrangú felek között beleegyezéssel alapon történik a cselekmény, örömszerzési célból*. A további társadalmi értékelésnek a tudatát (normális, gyakori, elutasított stb. nemi

⁵³⁵ RENZIKOWSKI-MK 1195. p.

⁵³⁶ S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1555. p.; TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1121. p.

⁵³⁷ RENZIKOWSKI-MK 1195. p.; HERMANN-KOLB 2005, 93. p.; a hazai szerzők közül is lényegében ilyen felépítésű meghatározást ad NAGY FERENC és FEHÉR LENKE (lásd 520. lj.).

⁵³⁸ KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 205. p.

cselekmények) és következmények (esetleg terhesség⁵³⁹, betegség) felismerését nem lehet megkövetelni. Ebből a nézőpontból *a nemi cselekménnyel kapcsolatos döntés helyességét sem lehet megkövetelni*, hiszen a mentálisan egészséges személyek is sokszor hoznak a szexuális életük során helytelen döntéseket (vagy pl. a terhesség és a nemi betegség lehetőségével egyáltalán, még az inaktuális tudat szintjén sincsenek tisztában). Az esetleg erkölcstelennek tartott nemi cselekményekhez nem szabad büntetőjogi relevanciát fűzni csak azért, mert kóros elmeállapotú személyről van szó.⁵⁴⁰ *Az egyenlő bánásmód követelményéből fakad*, hogy a fogyatékos személyek szexuális kapcsolataival szemben nem lehet magasabb követelményeket állítani, mint az egészséges emberek esetében.⁵⁴¹ Az ezzel ellentétes felfogás nem elfogadható paternalista koncepciót jelent, amely nem az ilyen személyek szexuális önrendelkezésének lehetséges keretek közötti esetleges elismerését, hanem a szexuális magatartás megfelelőségét, illendőségét tartja szem előtt.⁵⁴²

Mindebből arra lehet következtetni, hogy a magyar jogirodalomban a szexualitással kapcsolatban használt „helyes akaratképződés” kitétel nem szerencsés, könnyen alkalmat adhat túlzott követelmények támasztására, illetve adott esetben moralizálásra is (erre példaként 520. és 522. lj.). Persze nem a kifejezés maga, hanem inkább a tartalma a lényeges, álláspontom szerint a felismerési képességnek a most megadott tartalma fogadható el.

Példaként említhető, hogy a gyengeelméjűeknek csak kivételesen ritkán hiányzik a szexuális önrendelkezési képessége, jellemzően tudatában vannak, hogy mitől szexuális a szexuális cselekmény. Az akarat (diszpozíció) képességgel kapcsolatban pedig elmondható, hogy az elmebetegeknek és a gyengeelméjűeknek nem ritkán intenzív szexuális vágyaik vannak, de pl. a szexuális gátlástalanság még sem jelenti automatikusan az akarat képesség hiányát (a „túl gyakori” szexuális élet, illetve a promiszkuitás egészséges emberekre is jellemző lehet).⁵⁴³

B) Jogtárgykérdés

Ha megállapítható, hogy a sértettnél fennáll a nemi cselekménnyel kapcsolatosan a fenti tartalommal körülírt akarat hiba, akkor a nemi cselekménybe való beleegyezése nem tekinthető jogilag relevánsnak. Ebben az esetben *jogtárgyi szempontból két* – egymással

⁵³⁹ A témában publikált, igen kevés és régi (1970-es évekből származó) magyar bírói döntés közül kettő is kiemeli, hogy vizsgálni kell, hogy a sértett a terhesség következményének lehetőségével tisztában volt-e (BJD 6463; 6468; ez utóbbi fogalmazása szerint a sértett nem tudta, „milyen baja származhat a közösléből”).

⁵⁴⁰ TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1121. p.

⁵⁴¹ FROMMEL-NK 3297. p.

⁵⁴² TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1117. p.; hasonlóan HORN-WOLTERS-SK § 179. 7. p.

⁵⁴³ KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 205. p. és BERTEL-SCHWAIGHOFER 2005, 54. p.

szoros kapcsolatot mutató – *kérdés merül fel*: alapjogi nézőpontból a szexuális önrendelkezés jogának elvitatása hogyan indokolható; továbbá mi ilyenkor a védett jogi tárgy, hiszen a természetes értelemben vett beleegyezés a nemi cselekménybe megtörtént, ezért az önrendelkezés negatív oldalának sérelméről nem lehet beszélni (vö. 2.3.), annak pozitív oldalát pedig a büntetőjog tekinti irrelevánsnak.

Alapjogi szempontból az ún. *önveszélyeztetési koncepció, pontosabban az az alóli kivétel* indokolhatja a pozitív szexuális önrendelkezés korlátozását. Az önveszélyeztetési koncepció lényege, hogy – főszabály szerint – senkit sem szabad a szabadságában korlátozni pusztán azért, mert saját magát veszélyezteti. Az emberi jogokat elismerő jogrendszerekben komoly gyökerei vannak ennek az elgondolásnak, mint ahogy az ez alóli, a gyengék és védtelenek védelme érdekében tett kivétel is hosszú múltra tekint vissza. Ezen alapelv alól akkor lehet kivételt tenni, ha a cselekvő személy nincsen tisztában azzal, hogy mi történik vele, hogy amit tesz, az ellentétes az alapvető érdekeivel. Ha az állam csak azoknak biztosítana (büntetőjogi) védelmet, akik felismerik, hogy elnyomják és kizsákmányolják őket, azoknak azonban nem, akik ezt nem ismerik fel, akkor emberi jogi szempontból visszás helyzet alakulna ki.⁵⁴⁴ A jogrendszer által biztosított védelmet nem lehet függővé tenni az egyén védekezési képességétől. Az alapjogvédelem ebben az esetben szoros összefüggést mutat a diszkrimináció tilalmával.⁵⁴⁵

Ha egy kóros elmeállapotú személynél fennáll a szexualitással kapcsolatos akarati hiba, amely miatt nem képes az adott magatartást szexuálisként felfogni és megélni, akkor azzal sem lesz majd tisztában, hogy őt ezzel kapcsolatban kihasználják, kizsákmányolják. Ezért indokolt tehát a nemi cselekménybe való beleegyezésének figyelmen kívül hagyása. Mivel azonban végeredményben – bár a védelmet szolgáló – alapjog-korlátozásról van szó, ezért *a beleegyezés figyelmen kívül hagyása nem történhet automatikusan, annak eseteit megszorítóan kell értelmezni*, a jogvédelem nem csaphat át a másik oldalon „alapjogi gyámkodásba”.⁵⁴⁶ A bűncselekménnyé nyilvánítás azért igényel komoly körütekintést, mert az valójában e sértetti kör védelme és a szexualitáshoz való jog korlátozása közötti „határmezsgyén” helyezkedik el (Spannungsfeld).⁵⁴⁷ A restriktív értelmezés céljait ezen állapot felhasználásnak mint elkövetési módnak a megfelelő értelmezése szolgálhatja [lásd 5.3.]

⁵⁴⁴ Vö. GRAUPNER 1997, 63-65. p.

⁵⁴⁵ REICHENBACH 2003, 65. p.

⁵⁴⁶ Vö. FROMMEL-NK 3296. p.

⁵⁴⁷ LAUBENTHAL 2000, 73. p.; RENZIKOWSKI-MK 1197. p.

A másik feladat annak a tisztázása, hogy a szexuális önrendelkezési képesség hiányában *mi lesz a jogi tárgya* az ilyen bűncselekménynek. Mint már volt róla szó, az ilyen személy ténylegesen, természetes – nem jogi – értelemben beleegyezhet a nemi cselekménybe, ezért a negatív szexuális önrendelkezése nem sérül, az nem lehet jogi tárgy.⁵⁴⁸ Így az ilyen magatartások a sértett általános értelemben vett emberi méltóságát támadják. A nemi cselekménybe való beleegyezés figyelmen kívül hagyása, azaz a szexuális önrendelkezés mint az emberi méltóság egy részaspektusának korlátozása, éppen az emberi méltóság egészének érintetlenségét, sérthetetlenségét hivatott biztosítani a sértett érdekében.⁵⁴⁹

Az akarat hiányával rendelkező sértetteknek ugyan nincs szexuális önrendelkezési képessége, viszont feltétlenül és további korlátozás nélkül megilleti őket az emberi méltósághoz való jog. Az pedig nem lehet kérdéses, hogy a kóros elmeállapotú sértettek emberi méltósága durván sérül, ha a tettes ezzel a helyzetükkel visszaélve szexuális vágyainak tárgyává, eszközévé alacsonyítja le őket.⁵⁵⁰ Ha a tettes oldaláról közelítjük meg a jogtárgykérdést, akkor elmondható, hogy amíg a kényszerítési változatnál azt rójuk fel a tettesnek, hogy figyelmen kívül hagyta a sértett ellentétes akaratát, addig e bűncselekményi változatnál azért érdemel büntetést, mert figyelmen kívül hagyott olyan a külvilágban is felismerhető szempontokat, amelyek a látszólagos beleegyezés ellenére is a sértett önkéntes döntésének hiányát, az akarat hiányát támasztják alá.⁵⁵¹

5.3. A sértett állapotának felhasználása

5.3.1. Ha tehát megállapítható, hogy az adott személynek nincsen szexuális önrendelkezési képessége, akkor tekinthető a Btk. terminológiájában akaratnyilvánításra képtelen személynek. Ennek megállapítása azonban még nem vezethet automatikusan a Btk. 197. és 198. § (1) bek. II. fordulatának megállapításához. Nagy hangsúlyt kell helyezni az elkövetési mód értelmezésére, azaz hogy a nemi cselekményre a sértett akaratnyilvánításra képtelen állapotának felhasználásával kerül sor. Ezzel kapcsolatosan először az a kérdés vizsgálendő, hogy a szexuális önrendelkezésre képtelen sértett beleegyezett-e a cselekménybe.

⁵⁴⁸ S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1554. p.

⁵⁴⁹ TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1117. p.

⁵⁵⁰ Vö. HANGARTNER 1998, 30-31. p. és HERMANN-KOLB 2005, 79-80. p.

⁵⁵¹ FROMMEL-NK 3296. p.

Kizárt a felhasználás, ha a szexuális önrendelkezésre képtelen sértett egyébként nem egyezik bele a cselekménybe. Mivel az ilyen személyek esetén is beszélhetünk a nemi cselekménnyel kapcsolatos természetes akaratképződésről, ezért a beleegyezésük a kényszerítés, tehát az erőszakos közösülés/szemérem elleni erőszak első fordulatainak megállapítását kizárja (vö. 2.3.). Ez a másik oldalon értelemszerűen azt jelenti, hogy amennyiben a (pozitív) szexuális önrendelkezésre nem képes kóros elmeállapotú személy tiltakozik a nemi cselekménnyel szemben, azzal ellentétes akaratát nyilvánítja ki, azt jogilag figyelembe kell venni, és ilyenkor már nemi cselekményre kényszerítésről lehet szó, a bűncselekmény első fordulata valósulhat meg.⁵⁵²

Amennyiben pedig a sértett a nemi cselekménybe beleegyezik, akkor ez sem jelenti a II. fordulat és a bűncselekmény automatikus megállapítását. Ilyenkor kell gondosan vizsgálni, hogy beszélhetünk-e a sértett akaratnyilvánításra képtelen állapotának a felhasználásáról. Ez a tényállási elem az alapjogi összefüggések ismeretében válik igazán hangsúlyossá. Fontos, hogy ennek az elkövetési módnak a tartalma pozitíve is meghatározható legyen, nem elegendő pusztán a felhasználás alóli kivételeket felsorakoztatni.⁵⁵³ Miután tényállási elemről van szó, amely a büntetőjogi felelősség megalapozásában játszik szerepet, így azt nem lehet eleve adottnak tételezni, és kivételekkel kvázi büntethetőségi akadályokat kreálni. Ez a szemléletmód a felelősség automatikus megállapításának kedvezne. Mindemellett természetesen a gyakorlat számára nagyon hasznos a felhasználás alóli kivételek számba vétele, de ezek sosem tekinthetők taxációnak.

Az akaratnyilvánításra képtelen állapot felhasználásáról akkor lehet szó, ha maga az állapot teszi lehetővé vagy könnyíti meg a nemi kontaktust, és az elkövető ezt felismerve, tudatosan él a sértett állapotából folyó lehetőséggel.⁵⁵⁴ Ez kiegészíthető azzal, hogy így az elkövető a sértett érdekeivel ellentétes módon létesít nemi kapcsolatot.⁵⁵⁵ Az állapot kihasználása a sértett eszközként történő használatát, a sértettnek az elkövető szexuális vágyai

⁵⁵² A magyar bírói gyakorlatban nem igazán ismert olyan jogeset, amikor nemi szempontból akaratnyilvánításra képtelen sértettet nemi cselekményre kényszerítettek volna. A német gyakorlat ilyenekre is szolgál példával. Így van olyan ítélet, amely kimondja, hogy a kóros elmeállapotú sértett védekezett. Egy másik tényállás szerint az elkövető azt akarta, hogy a sértett kézzel elégítse ki, a sértett pedig igyekezett elhúzni a kezét. Egy másik ügyben az elkövető közölte a sértettel, hogy közösülni akar vele, mire a sértett minden bátorságát összeszedve kijelentette, hogy ezt nem akarja. Végül olyan példát is találunk, amikor az elkövető erőszakkal berángatta a szellemi fogyatékos sértettet egy nyilvános utcai WC-be, hogy ott közösüljön vele (az eseteket ismerteti OBERLIES 2002, 135-136. p.). A probléma jelentőségét pont az adhatja, hogy magyar viszonylatban nincsen kimutatható bírói gyakorlata, azt pedig nem lehet kizárni, hogy bármikor olyan ügy kerüljön a bíróság elé, amikor egy ilyen sértett kinyilvánítja az elkövető közeledésével szembeni ellentétes akaratát.

⁵⁵³ Csak kivételeket említ pl. LACKNER-KÜHL 2004, 739. p. és a magyar irodalomban is erre láttunk példát BERKESNÉL (lásd 5.1.3.)

⁵⁵⁴ RENZI-KOWSKI-MK 1196. p.; S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1556. p.; TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1122. p. A magyar irodalomban tartalmilag ehhez közelítő meghatározást ad NAGY FERENC (lásd 5.1.3.).

⁵⁵⁵ KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 205. p.

tárgyává való lealacsonyítását jelenti.⁵⁵⁶ Mindezekkel egyúttal az elkövető szándékosságának tartalmát is meg lehet adni; másrészt érdemes annak két negatív ismervét is kiemelni: az akaratnyilvánításra képtelenség puszta ismerete nem elegendő a szándékossághoz, a másik oldalon viszont nem szükséges, hogy a tettet akár csak részben is a sértett állapota motiválja a nemi cselekményre.⁵⁵⁷

5.3.2. Nem beszélhetünk a sértett állapotának felhasználásáról különösen az alábbi esetekben:

- Ha az érintett személy az akaratnyilvánításra képtelen állapota bekövetkezése előtt beleegyezett a nemi cselekménybe (pl. időlegesen jelentkező pszichés zavar esetén, vagy ha pl. a nemi élvezetet hallucinogének fogyasztásával vagy lerészegedéssel kívánják fokozni).⁵⁵⁸

- Ha már maga a nemi cselekmény is megkezdődött az akaratnyilvánításra képtelen állapot bekövetkezése előtt (pl. narkolepszia esetén). Továbbá, ha már eleve adott tartós nemi kapcsolat esetén az egyik személynél pszichés zavar következik be, és ilyen állapotában is sor került szexuális együttlétre, akkor vélelmezhető, hogy az nem ellentétes az adott személy érdekeivel.⁵⁵⁹

- Ha a kóros elmeállapotú személy olyan kapcsolatot létesít, amelyben a szexuális elemek mellett az érzelmi elemek is jelen vannak a sértett mentális állapotának megfelelő arányban.⁵⁶⁰ Ezzel szemben nem szükséges és nem is elegendő annak hangsúlyozása, hogy a tettes magatartását személyes vonzalom motiválja és tartós kapcsolatot kíván a sértettel létesíteni.⁵⁶¹ *Nem szükséges a tartós kapcsolat létesítésének szándéka*, hiszen ez sokszor a szellemileg egészséges emberek szexuális kapcsolatai mögül is hiányzik, ezért itt sem lehet megkövetelni.⁵⁶² Ennek az érvelésnek nem mond ellent, hogy egyébként az érintett személyek közötti tartós kapcsolat a felhasználás hiányára utalhat.⁵⁶³ És *nem elegendő a tettes motivációjának egyoldalú vizsgálata* sem. Ennek indokát abban tudnám megadni, hogy egy szerelmi vonzalmon alapuló közeledést bárki visszautasíthat, ha az állapota ezt lehetővé teszi. Az őszinte vonzalom még nem mentesít a büntetőjogi felelősség alól, ha a sértett képtelen a közeledést visszautasítani, és végső soron ezt kihasználva kerül sor a nemi kapcsolat létesítésére. Ezért a tettes mellett a sértett érzelmi viszonyulását is vizsgálni kell,

⁵⁵⁶ TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1122. p.

⁵⁵⁷ Vö. S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1556. p.

⁵⁵⁸ RENZIKOWSKI-MK 1197. és 1198. p.

⁵⁵⁹ Uo. és KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 206. p.

⁵⁶⁰ TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1122. p.

⁵⁶¹ Így KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 206. p.

⁵⁶² Vö. TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1122-1123. p. és HORN-WOLTERS-SK § 179. 7. p.

⁵⁶³ RENZIKOWSKI-MK 1197. p.

természetesen a szellemi állapota által lehetővé tett keretek között. A tettes vonzódása helyett a kölcsönös emberi vonzalmat kell hangsúlyozni.⁵⁶⁴

- Ha a nemi kapcsolatot maga a sértett kezdeményezte⁵⁶⁵, kivéve ha az elkövető a sértett védelmére, felügyeletére köteles.⁵⁶⁶ Az ezzel ellentétes álláspont szerint a felhasználás a sértett kezdeményezése esetén nem zárható ki, mivel a sértett ilyenkor sincs szexuális önrendelkezésre képes állapotban, ezért a kezdeményezésével kiszolgáltatja magát a tettesnek.⁵⁶⁷ Véleményem szerint ez a felfogás indokolatlanul korlátozná a sértetti kör szexuális szabadságát. Ha a sértett kezdeményezi a kapcsolatot, akkor nem lehet szó arról, hogy a tettes alacsonyítaná le őt szexuális vágyai tárgyává. A szexuális önrendelkezésre képtelen állapot még nem vezethet automatikusan a bűncselekmény megállapításához, márpedig a fenti érvelés ebben az esetben pontosan ezt teszi.

5.3.3. Mint látható volt, komoly jelentősége van annak, hogy a sértett állapota tegye lehetővé a tettes számára a nemi kapcsolat létesítését. Ezt a kiindulási állapot egyes irodalmi álláspontok a *hipotetikus elimináció* módszerével kívánják továbbfejleszteni. Ennek lényege, hogy ilyenkor azt szükséges megvizsgálni, hogy a sértett az akarati hiba nélkül – bár azonos személyiség szerkezet mellett – hogyan viselkedett volna, azaz beleegyezését adta volna-e a nemi cselekménybe avagy sem.⁵⁶⁸ Ez a vizsgálat könnyebben elképzelhető, ha maga a sértett jelentheti az összehasonlítás alapját, mert pl. a konkrét esetben éppen súlyosan ittas állapotban vagy éppen a skizofrénia akut fázisában volt, de egyébként feltárható a sértett normális állapotában való viselkedése.⁵⁶⁹ Példaként szolgálhat, ha az elkövető a súlyosan ittas feleségével anélkül közösül, amit a feleség józan állapotában sosem engedett meg az elkövetőnek. Ilyenkor nyilvánvaló lehet, hogy az elkövető a sértett állapotát tudatosan a korábban nem engedett nemi cselekményre használja fel. Ezzel a példával pedig máris relativizálódik a magyar irodalomban hasonló helyzetre alkalmazott tétel (lásd 5.1.3.).

Ettől nagyobb gondot jelent, ha a sértettnél tartós (akár veleszületett, akár szerzett) rendellenesség tapasztalható. RENZIKOWSKI elképzelése szerint ebben az esetben nem marad más, mint hogy összehasonlítási alapnak a „normális társadalmi átlag pszichés képét”

⁵⁶⁴ Helyesen emeli ki RENZIKOWSKI, hogy nem engedhető meg a sértetti perspektívának a tettesi perspektívával való felcserélése (uo.)

⁵⁶⁵ S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1556. p. (itt ismertetik a szerzők azt a megtörtént esetet, amikor egy gyengeelméjű személy a falusi ifjak között kereste nemi partnerét; de említhető még egy prostituált szolgálatainak igénybevétele is)

⁵⁶⁶ KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 206. p.

⁵⁶⁷ Így RENZIKOWSKI-MK 1197. p.

⁵⁶⁸ Uo. 1196. p. és HERMANN-KOLB 2005, 95. p.

⁵⁶⁹ Uo. és S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1555. p.

tekintsük.⁵⁷⁰ Ezt a felfogást többen is – joggal – vitatják. Érvelésük szerint az átlagember pszichéjének és hipotetikus döntésének figyelembe vétele újból olyan értelmezési kaput nyit meg, amelyet moralizálás nélkül aligha lehetne betölteni. Így pl. könnyen ahhoz vezetne, hogy egyes perverznek tartott cselekmények, vagy a szexuális együttlétéhez szokatlannak, méltatlannak tartott helyszín választása esetén olyan döntést hoznánk, amely ilyenkor pusztán e jellemzők miatt megalapozná a tettes büntetendőségét. Holott az átlagembernek jogában áll bármiféle szexuális cselekményt folytatnia, vagy éppen egy istállóban közöszlőnie.⁵⁷¹

Ebből a szempontból nem problémamentes, de mindenképpen érdekes az az álláspont, amely szerint a felhasználás szempontjából a tettes magatartása irányadó lehet. Nem elsősorban a tettesnek a sértetthez való belső viszonyulása (szereti vagy sem; lásd 5.3.2.), hanem a tettes szexuális magatartásának olyan a külvilágban tapasztalható jelei, amelyek arra engednek következtetni, hogy az elkövető az adott cselekményeket az adott körülmények között szellemileg egészséges személyekkel nem hajtotta (hajthatta) volna végre. Azonban itt sem lehet azt értékelni, hogy a bíró az adott cselekményeket perverznek tartja-e, hanem csak azt lehet figyelembe venni, hogy a konkrét cselekmények a tettes által szokásostól különös módon eltérnek-e.⁵⁷² Ez a módszer bizonyos esetekben használható lehet, ugyanakkor – véleményem szerint – más esetekben egyáltalán nem nyújt megoldást. Ha az elkövető egy szállodaszobában hüvelyi úton közöszlő a sértettel (mint ahogy azt más alkalmi partnereivel is szokta tenni), még nem jelenti, hogy mindez ne történhetne a sértett állapotának felhasználásával.

Összességében elmondható, hogy a hipotetikus elimináció egyes esetekben nyújthat támpontot a jogi értékelés során, viszont sem a sértetti, sem az elkövetői oldalon nem jelent tökéletes és minden esetben alkalmazható megoldást. Az „átlagember hipotetikus döntésének” figyelembe vétele pedig véleményem szerint sem megengedhető értelmezési szempont.

5.4. A minősítés menete – összegzés

A következőkben – a fenti részletes vizsgálat alapján – annak összefoglalására kerül sor, hogy a honi terminológiában akaratnyilvánításra képtelen sértettek sérelmére elkövetett nemi cselekmények nemi bűncselekményként minősítéséhez [Btk. 197. és 198. § (1) bek. II. ford.] milyen szempontok figyelembe vétele szükséges.

⁵⁷⁰ MK 1196. p.

⁵⁷¹ Lásd HORN–WOLTERS-SK § 179. 6-7. p.; S/S-LENCKNER–PERRON–EISELE 1555-1556. p.; TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1121-1122. p.

⁵⁷² HORN–WOLTERS-SK § 179. 7. p.

5.4.1. Az akaratnyilvánításra képtelen állapotot a jogi tárgy és a minősítés menete szempontjából két csoportra osztottam. A sértettek első csoportját az *akaratkialakításra képtelen sértettek* jelentik. Az ő esetükben a minősítés nem okoz különösebb problémát, a szexuális önrendelkezésük sérül azáltal, ha az elkövető ebben az állapotukban folytat velük nemi cselekményt. Az állapot felhasználására csak akkor nem kerül sor, ha sértett ezen állapotának bekövetkezése előtt beleegyezett a cselekménybe, vagy nemi cselekmény megkezdésére még a sértett megfelelő állapotában került sor, továbbá tartós szexuális kapcsolat esetén is gondosan kell vizsgálni, hogy az elkövető valóban a sértett ezen állapotát használta-e fel (vö. 5.2.1.; utóbbira példaként lásd 5.3.3.). Ilyen sértetti kör esetén alkalmazható módszer lehet a hipotetikus elimináció (lásd 5.3.3.).

5.4.2. A sértettek másik csoportját azok képezik, akik esetében a természetes akaratkialakítás nem kizárt, viszont a *nemi cselekménnyel kapcsolatban képzett akaratuk hibás*. Az ő esetükben több lépcsős vizsgálatot kell végezni a minősítéshez: 1) a sértett beleegyezett-e a cselekménybe; 2) ha nem, akkor van-e szexuális önrendelkezési képessége; 3) ha nincs, akkor az elkövető ezt az állapotát használta-e fel a nemi cselekményre.

Ad 1) Az első vizsgálandó szempont, hogy az *akaratkialakításra képes sértett beleegyezett-e a cselekménybe*. Ha nem került sor beleegyezésre, akkor a minősítés szempontjából a sértett elmeállapota, szexuális önrendelkezési képessége közömbös, hiszen beleegyezés hiányában nemi cselekményre kényszerítésre kerül sor, és az elkövető az erőszakos nemi bűncselekmények első fordulátát valósítja meg.

Ad 2) Ha a sértett beleegyezett a nemi cselekménybe, akkor vizsgálni kell, hogy *van-e szexuális önrendelkezési képessége*. A szexuális önrendelkezési képesség a felismerési és az akaratni képességből tevődik össze, annak megállapításához mindkét elem megléte szükséges. A felismerési képesség azt jelenti, hogy az adott személy képes az adott cselekmény szexuális jellegének a felismerésére, különbséget tud tenni testi és testi kontaktus között a szerint, hogy az szexuális jellegű avagy sem. Az akaratni képesség – feltételezve a felismerési képesség meglétét – azt jelenti, hogy az adott személy képes a nemi cselekménnyel kapcsolatos felismerésének megfelelően dönteni; azaz hogy szexuális kontaktusba lép-e az elkövetővel avagy sem.

A szexuális önrendelkezési képességhez további követelményeket nem lehet támasztani. Így nem fogadhatók el a magyar joggyakorlatban és –irodalomban említett olyan szempontok, mint pl. a terhesség lehetőségének tudata vagy annak tudata, hogy a társadalom erkölcsileg hogyan ítéli meg a szexualitást (vö. 5.1.2.). A szexuális önrendelkezési képesség vizsgálata szempontjából *önmagában* annak sem lehet jelentősége, hogy a jogalkalmazó az adott nemi cselekményt rendellenesnek, perverznek tartja-e.

A szexuális önrendelkezésről való állásfoglalás *szakkérdés*. Ezzel együtt azt is hangsúlyozni kell, hogy nem keverendő össze a beszámítási képességgel.

Ad 3) Amennyiben a sértettnek nincsen szexuális önrendelkezési képessége, akkor vizsgálandó, hogy az elkövető a nemi cselekményt a *sértett állapotának felhasználásával* végezte-e. Mint látható volt, ennek az elkövetési módnak a jelentősége kiemelkedő arra tekintettel, hogy az alapjogvédelem és az alapjog-korlátozás közötti megfelelő egyensúlyt ennek a tényállási elemnek az értelmezésével lehet megadni. Ennek eldöntése – hangsúlyozottan – *jogkérdés*, a jogalkalmazó kifejezett állásfoglalását igényli, és erről nem az elmeorvos-szakértőnek kell döntenie.⁵⁷³

A felhasználás megítéléséhez taxatív és minden esetre megoldást nyújtó szempontrendszer nem lehet adni, a minősítés az elkövetési szituáció összes körülményének gondos mérlegelését igényli. *Összességében arról kell állást foglalni – elsősorban a kívülvilágban megjelenő objektív szempontok alapján –, hogy az elkövető a sértettet szexuális vágyainak tárgyaként kezelte-e, számára csak a sértett állapota tette-e lehetővé a nemi cselekmény véghezvitelét.* A felhasználás elkövetési módjának vizsgálatánál irányadó szempontok lehetnek:

- a sértett és az elkövető közötti érzelmi kapcsolat, kölcsönös emberi vonzódás;
- a sértett és az elkövető kapcsolatának tartós jellege, az elkövető ezzel kapcsolatos motivációi;
- a sértett és az elkövető közös szexuális előélete (tartós kapcsolat hiányában is);
- a sértett esetleges kezdeményező magatartása;
- a hipotetikus elimináció módszere csak a tettes oldaláról, mert a sértett oldaláról az „átlagember döntésével” való összehasonlítás nem megengedhető.

Hangsúlyozni kell, hogy e szempontok egyikének sem lehet kizárólagos szerepet tulajdonítani a minősítésnél, ezeket *összességében értékelve* lehet csak állást foglalni arról,

⁵⁷³ A német jogirodalomban erre mutat rá FROMMEL-NK 3300-3301. p.

hogy tényállásszerű-e az elkövető magatartása. Kiemelendő továbbá, hogy *önmagában* az alkalmi szexuális kapcsolat, vagy a jogalkalmazó által perverznek tartott nemi cselekmények nem vezethetnek automatikusan a tényállásszerűség kimondásához.

6. A két fordulat büntetési tételeinek azonossága vagy különbözősége?

6.1. Az erőszakos közöszlész/szemérem elleni erőszak két fordulatának teleologikus vizsgálatát követően röviden szót kell még ejteni a büntetési tétel problematikájáról. A magyar büntetőjog-alkotásban és –irodalomban igazából nem is lehet e kérdés kapcsán problematikáról beszélni, hiszen már a Csemegi-kódex időszaka óta az eltérő sértetti körre vonatkozó és eltérő elkövetési módokkal megvalósuló két bűncselekményi alakzat egy tényállásba van foglalva, és azonos büntetési tétel vonatkozik rájuk. A jogirodalom pedig eleddig még nem kérdőjelezte meg az azonos büntetési tétellel fenyegetettség létjogosultságát. A problematika a német és az osztrák szabályozás alapján merül fel, hiszen ezen országok kódexeiben a védekezésre/akaratnyilvánításra képtelen sértetti kört érintő cselekményeket külön tényállásba foglalták és az alapesetek büntetési tételei nem azonosak; a kényszerítéssel megvalósuló alakzat(ok) büntetési tétele súlyosabb.⁵⁷⁴ Tekintettel arra, hogy Németországban és Ausztriában eltérők a büntetési tételek, érdemes röviden megvizsgálni, hogy indokolt lehet-e, vagy adott esetben nem diszkriminatív-e a sértetti állapot kihasználásával elkövetett cselekmények enyhébb fenyegetettsége, avagy inkább a hazai, évszázados megoldás az elfogadhatóbb.

Érdekes módon az osztrák irodalom inkább hallgat erről a kérdéstről, a német munkákban azonban több szerzőnél is felmerül. A büntetési tételek különbözősége melletti érvelés lényegét úgy lehetne összefoglalni, hogy a bűncselekmények második alakzata olyan személyeket véd, akik a nemi cselekménnyel kapcsolatosan vagy nem tudják az akaratukat kialakítani, vagy pedig nem tudják az akaratukat megvalósítani. Ezzel szemben az első alakzatok veszélyessége és büntetést érdemlősége pedig azért fokozott, mert ott az elkövető részéről akarattörésre vagy –hajlításra kerül sor.⁵⁷⁵ Az elkövetőtől függetlenül létrejött állapot kihasználása kevésbé büntetést érdemlő, mint ennek a sértetti állapotnak a szándékos

⁵⁷⁴ A tényállásokhoz és a büntetési tételekhez lásd a Mellékletet (dStGB 177. és 179. §§; öStGB 201-202. és 205. §§). A büntetési tételek részletes, a minősített esetekre is kiterjedő összevetése az alapkérdés szempontjából nem szükséges.

⁵⁷⁵ RENZIKOWSKI–MK 1191. p.

előidézése a kényszerítés folytán.⁵⁷⁶ Újabb érvelés szerint a büntetési tételek különbözősége azért sem problematikus és nem veti fel a diszkrimináció kérdését, mert a második alakzatok valójában pótlólagos védelmet biztosítanak azon sértetti kör számára, akikkel szemben az elkövetőnek nem kell kényszerítést alkalmaznia.⁵⁷⁷

A pótlólagos védelem hangsúlyozása azért tűnik aggályosnak és látszólagosnak, mert valójában arról van szó, hogy a jogalkotó a sértettek egy körét eleve kirekeszti a tényállásból (kényszerítési alakzat), hogy aztán létrehozzon számukra egy – a tettesre nézve egyébként privilegizáló hatású, enyhébben büntetendő – külön tényállást, amelyet aztán a pótlólagos védelem eszközévé nyilváníthat. Ez dogmatikailag elfogadhatónak tűnne ugyan, mindenesetre elnéz afelett, hogy a „védelem pótlása” nem is lenne szükséges, ha a fogyatékos és egészséges emberek szexuális szféráját eleve, kezdettől fogva ugyanúgy védte volna a büntetőjog.⁵⁷⁸ Azzal az előbb írt felfogással kapcsolatban, hogy az elkövető az akarattörés, akarathajlítás miatt érdemel súlyosabb büntetést, elmondható, hogy ez az érvelés a sértettvédelmi szempontok helyett túl nagy hangsúlyt fektet az elkövető bűnösségének, veszélyességének mértékét befolyásoló szempontokra.⁵⁷⁹

A büntetési tételek különbözőségét vitató érvek számomra is meggyőzőnek tűnnek, és véleményem szerint az azonos szintű büntetőjogi védelmet biztosító magyar megoldás tűnik jogtárgyvédelmi és alkotmányossági szempontból is megfelelőnek. A jogalkotónak a más személy elleni szexuális támadásokat attól függetlenül kell megtiltania, hogy a sértett képes-e a tettesével ellentétes akarat kialakítására és kinyilvánítására, vagy pedig állapotánál fogva erre nem képes.⁵⁸⁰ A törvény ily módon biztosíthat csak azonos védelmet az emberi méltóságot sértő szexuális támadások ellen, amelyekkel kapcsolatban láttuk, hogy attól függetlenül támadják a sértett emberi méltóságát, hogy a sértett – annak egyik részaspektusaként – képes-e szexuális önrendelkezésre, avagy sem (a különbség csak annyiban jelentkezik, hogy a szexuális önrendelkezésre képes sértett esetén e tulajdonsága lép elő speciális jogi tárgyként). Emberi méltóság és emberi méltóság védelme között pedig nem lehet különbséget tenni, különösen nem akkor, ha az elkövető ugyanolyan magatartással, a nemi cselekménnyel támadja.

⁵⁷⁶ SCHROEDER 1999, 830. p.; hasonlóan HORN–WOLTERS-SK § 179. 3. p.

⁵⁷⁷ Így pl. KIELER 2002, 190-191. p.

⁵⁷⁸ REICHENBACH 2003, 565. p.

⁵⁷⁹ Vö. OBERLIES 2002, 144-145. p.

⁵⁸⁰ Vö. REICHENBACH 2003, 565. p. A büntetési tételek eltérését szintén kifogásolja TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1118. p.

6.2. A büntetőjogi védelemben megnyilvánuló, a sértettek körét érintő különbségtétel kérdéséhez szorosan kapcsolódik az X and Y. v. the Netherlands ügy, amelyben az Európai Emberi Jogi Bíróság hozott döntést 1985-ben.⁵⁸¹ Az ügy lényege szerint a 16 éves szellemileg fogyatékos sértett egy otthonban élt. Az egyik este felébresztette az intézet igazgatóhelyettesének fia – aki egyébként nem volt alkalmazott az otthonban – elhívta egy másik szobába, ahol levetkőztette és közösült vele. A sértettnek a történetek komoly traumát és további súlyos pszichés károsodást okoztak. Az elkövető büntetőjogi felelősségének megállapítására azért nem kerülhetett sor, mert – ahogy a holland kormány is elismerte – ilyen esetekre a holland büntető törvény nem tartalmazott tényállást, a szóba jöhető bűncselekményeknek feltétele volt az erőszak alkalmazása; az egyébként alkalmazható más bűncselekményi tényállás pedig magánindítvány előterjesztését követelte meg. A holland kormány már a strasbourgi eljárás során nyilatkozatott tett, miszerint elkészített egy törvényjavaslatot a „szellemi fogyatékos személyekkel szembeni szexuális közeledés” pönalizálására. A bírósági eljárás során maga a holland kormány is utalt arra a problémára, amelyet egy ilyen tényállás megalkotásával a paternalizmus, a fogyatékosok szexuális életébe való túlzott beavatkozás jelenthet.

Az Emberi Jogi Bíróság helyt adott a sértett édesapja keresetének, amelyben a büntetőjogi védelem hiányát kifogásolta. A Bíróság szerint a holland kormány megsértette az Emberi Jogi Egyezmény magánélethez való jogról szóló 8. cikkét azzal, hogy nem alkotott olyan Btk.-beli rendelkezést, amely védelmet biztosított volna a sértettnek.⁵⁸² A Bíróság kiemelte, hogy *a magánélet ilyen jellegű sérelmével szembeni hatékony elrettentést egyedül a büntetőjog biztosíthatja, ezért az ilyen esetekre az Egyezményből büntetőjog-alkotási kötelezettség fakad.* Hangsúlyozni kell, hogy ez nem feltétlenül jelenti speciális tényállás megalkotását, e kötelezettség más tényállások az ilyen esetekre való alkalmazhatóságával is teljesíthető.⁵⁸³

Témánk szempontjából tehát kiemelendő, hogy a fogyatékos személyek szexuális integritásának védelmére az Európai Emberi Jogi Egyezményben részes tagállamoknak

⁵⁸¹ Az ítélethez lásd:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=X%20%7C%20Y%20%7C%20the%20%7C%20Netherland&sessionid=10334896&skin=hudoc-en>

(2007. február 12.)

⁵⁸² A 8. cikk 1. pontja szerint: “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. Azaz: mindenkit megillet annak joga, hogy tiszteletben tartsák a magán- és családi életét, otthonát, valamint levelezését.

⁵⁸³ A konkrét ügyben esetleg szóba jöhető másik törvényi tényállás azért nem volt alkalmazható, mert magánindítványhoz volt kötve, viszont az apának mint törvényes képviselőnek nem volt joga előterjeszteni a magánindítványt.

büntetőjog-alkotási kötelezettsége van. *A büntetési tételek esetleges különbözőségével kapcsolatban a strasbourgi bíróság már nem folytatott vizsgálatot*, tekintettel arra, hogy a konkrét ügyben önmagában megállapítható volt egy másik alapjog megsértése (a 8. cikk szerint), és így az ügy lényege nem a jogalkotó általi diszkriminatív elbánásban állt.

Az már a jövő kérdése, hogy kerül-e esetleg olyan ügy a Bíróság elé, amelyben a büntetőjogi védelem eltérő szintjét és így a diszkrimináció tilalmának megsértését kifogásolják.

7. A nemi cselekmény az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásaiban

A nemi cselekménnyel mint a nemi bűncselekmények szabályozásának alapvető kategóriájával a II. Részben már részletesen foglalkoztam. A következőkben arról szükséges szót ejteni, hogy az erőszakos nemi bűncselekmény törvényi tényállásaiban a nemi cselekmény hogyan jelenik, jelenjen meg, és különösen fontos annak megvizsgálása, hogy szükséges-e a nemi cselekmény valamilyen szintű differenciálása ezekben a tényállásokban.

7.1. A magyar büntetőjog – áldifferenciálás

7.1.1. A közösülés fogalma

A hatályos magyar büntetőjogban az erőszakos közösülés és a szemérem elleni erőszak törvényi tényállásai egyedül a nemi cselekményt meghatározó elkövetési magatartásban különböznek; előbbinek a közösülés, utóbbinak a fajtalanság az elkövetési magatartása. A fajtalanság jelentését és a fogalom problematikáját a II. Részben dolgoztam fel. A következőkben a közösülés kategóriájáról lesz szó.

A közösülés fogalma a Csemegi-kódex hatályba lépése óta stabilnak mondható: a férfi és a női nem szerv érintkezése (a szeméremajkak belső érintése) behatolási szándék mellett.⁵⁸⁴ Ennek alapján a közösülés büntetőjogi fogalma az alábbi jellemzőkkel bír:

- 1) kizárólag heteroszexuális, hüvelyi közösülést jelent;

⁵⁸⁴ NAGY 2005; 287. p.; BERKES 2006, 594. p. ANGYAL így adta meg a közösülés jelentését: „úgy az irodalom, mint a joggyakorlat világszerte közösülésnek minősíti már a nemi szervek érintkezését, illetőleg a szeméremajkak érintését a pénisszel, ennek a női nemi szervbe bevezetése céljából” (1937, 43. p.).

2) objektív oldalon eltér a közösülés élettani értelmétől, amely megköveteli a hüvelybe való behatolást;

3) szubjektív oldalon megköveteli a hüvelybe való tényleges behatolás szándékát.

Ad 1) A fogalom e speciális tartalma történetiségével magyarázható. A Csemegi-kódex hatályba lépésekor (egyébként egészen a Btk. 1997. évi LXXIII. törvénnyel történt módosításáig) kizárólag nő lehetett az erőszakos közösülés sértettje, és kizárólag férfi az önálló tettese. A sértetti kör homogenizálása óta is irányadó azonban, hogy az önálló tettesnek és a sértettnek ellenkező neműnek kell lennie. Meg kell még említeni, hogy a köznyelvben és az orvosi szaknyelvben az anális és orális közösülés kifejezések is élnek, amelyeket azonban a büntetőjog fajtalanságnak tekint, továbbá hasonló okból nem lehet közösülés a hüvelybe tárggyal történő behatolás sem.

Ad 2) A közösüléshez pedig azért nem követelték meg a hüvelybe való tényleges behatolást, mert így lehetővé vált az is, hogy testileg fejletlen leánygyermek sérelmére is elkövethető legyen a bűncselekmény. Ellenkező esetben – abszurd módon – alkalmatlan tárgyon elkövetett kísérletet kellene megállapítani, s ehelyett maradék-bűncselekményként szemérem elleni erőszakot. A szemérem elleni erőszakként minősítés azért lehetett problematikus, mert a Csemegi-kódex idején a szemérem elleni erőszak enyhébb büntetéssel fenyegetett, szubszidiárius tényállás volt az erőszakos közösüléshez képest (lásd a Kódex 232-233. §§-ait). Az ebből fakadó anomália elkerülését szolgálta a közösülés fogalom speciális értelmezése.⁵⁸⁵ Már itt meg lehet jegyezni, hogy *a büntetési tételek 1993-ban történt egységesítése*⁵⁸⁶ óta nincs indoka az élettanitól eltérő közösülés-fogalom alkalmazására, leginkább arról van szó, hogy a bírói gyakorlat kitart az évszázados hagyomány mellett (lásd pl. BH 1988. 342.).

Ad 3) A közösülés-fogalom másik specialitása, hogy megköveteli az élettani értelemben vett közösülésre irányuló szándékot (ennek hiányában a nemi szervek összedörzsölése fajtalanság lesz, lásd BH 1988. 342.). Miután a közösülés-fogalom objektív oldala nem felel meg ennek a szubjektív követelménynek – mivel nem tartalmazza a behatolás megtörténtét –, így itt valójában célzatról, az objektív tényálláson túlmutató jövőbeni esemény kívánásáról van szó.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ ANGYAL még ismertet néhány olyan döntést a 20. század elejéről, amikor is a fejletlen kislány sérelmére elkövetett cselekményt a behatolás lehetetlensége miatt minősített a bíróság szemérem elleni erőszakként, amely enyhébb büntetést vont maga után (1937, 44. p.).

⁵⁸⁶ Lásd az 1997. évi XVII. törvény 45-46. §§-ait.

⁵⁸⁷ Vö. SZOMORA 2005b, 203. p.; HOLLÁN-KIS 2005, 197. §-hoz fűzött magyarázat.

Ezzel a jellemzővel kapcsolatban egy korábbi munkánkban rámutattunk, hogy nem megengedhető, hogy egy fogalomnak két eltérő értelme bírjon relevanciával a büntetőjogban. A szándéknak mint szubjektív tényállási elemnek az objektív tényállási elemeket kell átfognia, az elkövetési magatartás részeként ezek közé tartozik a közösülés is. Ha az objektív tényállás szintjén a hétköznapi, biológiai értelemben vett közösülestől eltérő tartalmú fogalmat használunk, akkor a szándéknak is ezt kell(ene) átfognia. Megengedhetetlen, hogy a szándékosság mint szubjektív tényállási elem elszakadjon az objektív tényállási elemektől, mert ezzel szétszilárdodik az egész tényállás.⁵⁸⁸ Ha a jogalkotó a jövőben is követendőnek ítélné ezt a jogalkalmazói gyakorlat által kialakított és helytelenül fenntartott értelmezést, akkor a közösülés fogalmára legáldefiníciót kellene alkotnia, amelyben a behatolás szándéka célzatként szerepel.⁵⁸⁹

Létezik olyan álláspont is, amely szerint a törvényi értelmező rendelkezés hiánya – a köznap fogalomtól való lényeges és az elkövető terhére történő eltérés miatt – alkotmányossági problémákat vet fel.⁵⁹⁰

A közösülés-fogalom mindhárom jellemzője problematikusnak mondható, az élettani értelemről való eltérésnek ma már nem állnak meg a Csemegi-kódex időszakában még adott indokai. De ha ennek az eltérésnek a jelentőségétől el is tekintünk, a vázolt dogmatikai probléma önmagában sem teszi a jövőben tarthatóvá ezt a közösülés-fogalmat. Látható, hogy *a „diagnózis” a fajtalanság és a közösülés kategóriáinál is ugyanúgy állítható fel: mindkettő hordoz ma már nem képviselhető történeti tartalmat, de e nélkül is, már önmagukban dogmatikai ellentmondásokat rejtenek.*

7.2.2. Az erőszakos közösülés és a szemérem elleni erőszak tényállásainak viszonya – az áldifferenciálás problémái

Mint az előbb említettem, a hatályos Btk. e két tényállása egyedül az elkövetési magatartás tekintetében különbözik egymástól, minden más tényállási elem, a teljes minősítési rendszer és a büntetési tételek megegyeznek. Kérdés, hogy reális és indokolt-e a tényállásoknak közösülés és a fajtalanság mentén történő differenciálása.

⁵⁸⁸ NAGY-SZOMORA 2004 II., 17. p.

⁵⁸⁹ Vö. SZOMORA 2005b, 203. p. A közösülés fogalmának a sértetti kör férfiakra való kiterjesztéséből, illetve az impotencia megítélésből eredő gyakorlati(bb) jellegű problémáihoz lásd részletesen GÁL 2002, 29-30. p.; BLASKÓ 2004; VIZI 2006, 53-54. p.

⁵⁹⁰ SZAJBÉLY 2004, 285-286. p.

A két törvényi tényállás közötti különbségtételnek mindaddig megvolt a maga indoka, amíg az erőszakos közösülés súlyosabban volt büntetendő, mint a szemérem elleni erőszak. Ebben az a – moralizáló – jogalkotói álláspont tükröződött, amely a nő sérelmére a vaginális közösülésben látta a szexuális önrendelkezés és a nemi erkölcs elleni legsúlyosabb támadást. Az ennek megfelelő tényállásszerkesztés azonban oda vezetett, hogy pl. az anális és az orális közösülés ex lege enyhébb büntetés alá esett, mert fajtalanságnak minősült. A jogalkotó 1993-ban belátta, hogy ez a helyzet a jogtárgyvédelmi szempontoknak és az arányosság követelményének nem felel meg. Az 1993. XVII. törvény indokolása szerint: „a szemérem elleni erőszak [...] is elkövethető oly módon, hogy az emberi mivoltában mélyen megalázott sértettnek nagymérvű testi vagy lelki gyötrelmet kell elszenvednie, ezért a hatályos szabályozás szerinti megkülönböztetés nem tartható fent”. A jogalkotó a könnyebbik utat választotta, és nem a közösülés-fajtalanság fogalompárosához nyúlt hozzá, hanem a szemérem elleni erőszak büntetési tételét emelte egy szintre az erőszakos közösülésével (alapesetben 2-8 évig terjedő szabadságvesztés).

1997-től pedig a passzív alanyok körét is egységesen határozták meg, mind férfi, mind nő sérelmére elkövethető mindkét bűncselekmény. Álláspontom szerint, ettől az időponttól kezdve csak látszólagos, ha úgy tetszik, áldifferenciálásról beszélhetünk e két bűncselekmény tekintetében, és ez a fajta, immár alap nélküli különbségtétel dogmatikai és jogalkalmazási problémákhoz vezet. E problémák a két bűncselekmény elhatárolásából adódnak, egység-
többségtani, valamint stádiumtani vonatkozásokban mutatkoznak.

A) A két bűncselekményt a bírói gyakorlat a mai napig *a közösülési szándék megléte, illetve hiánya* alapján határolja el egymástól.⁵⁹¹ A közösülési szándék megléte esetén (vagy annak ellenére is) az erőszakos közösülés kísérlete megvalósíthat befejezett fajtalanságot, így befejezett szemérem elleni erőszakot (pl. a közösülési szándékkal rendelkező elkövető megkezdte az erőszakkal kényszerítést, és ennek során először a kezével érinti a sértett nemi szervét, ujjával hatol a hüvelybe, de a közösülésre valami miatt nem kerül sor). A bírói gyakorlat azonban ilyenkor a közösülési szándék alapján az erőszakos közösülés kísérletét állapítja meg, még akkor is, ha a passzív alany lemeztelenítése, a közösüléshez szükséges testhelyzetbe hozása során befejezetten megvalósul a szemérem elleni erőszak tényállása. Ez az elhatárolás helyes volt mindaddig, amíg az erőszakos közösülés (és annak kísérlete is) súlyosabban volt büntetendő a szemérem elleni erőszaknál.

⁵⁹¹ NAGY 2005, 296. p. BERKES 2006, 518. p.

A jelenleg egyező büntetési tételek mellett azonban az a kérdés merül fel, hogy ha egy azonos jogi tárgyat védő bűncselekmény tényállása befejezetten megvalósul (szemérem elleni erőszak), akkor hogyan lehet kizárólag az eltérő szándék alapján, szubjektív alapon egy ugyanolyan – tehát nem súlyosabb – bűncselekmény (erőszakos közösülés) kísérletét megállapítani? Ez a megoldás dogmatikai szempontból aggályos, hiszen az azonos büntetési tétellel rendelkező bűncselekmények közül a befejezett bűncselekmény jelenti a jogi tárgy nagyobb fokú sérelmét, és ezért konkrét esetben a befejezett bűncselekményre kell súlyosabb büntetést kiszabni. A kísérlet általában enyhítő körülmény, sőt a Btk. a kísérlet esetében a büntetés kétfokú enyhítésére is lehetőséget ad.

B) Hasonló probléma merül fel többek által elkövetett minősített eset kapcsán is [Btk. 197/198. § (2) bek. c) pont], amely szemléletesen bemutatatható BH 2004. 42. sz. eseti döntés alapján.

A történeti tényállás lényege szerint a két vádlott megbeszélte, hogy mindketten közösülni fognak a sértettel, majd mindketten erőszakkal és testi épség elleni közvetlen fenyegetéssel lemeztelenítették a sértettet. Ezt követően mindketten fajtalan cselekményeket végeztek (orális közösülés, anális behatolás kísérlete), hosszabb ideig, többször ismételve. Ezt követően „cigarettaszünetet” tartottak az elkövetők, majd az I. r. vádlott hüvelyi úton is közösült a sértettel, de a II. r. vádlott végül önként elállt a közösüléstől.

A jogerős ítélet az I. r. vádlottat többek által elkövetett erőszakos közösülés kísérletében, míg a II. r. vádlottat többek által elkövetett (befejezett) szemérem elleni erőszak büntetésében mondta ki bűnösnek. Tette ezt azzal az indokolással, hogy a II. r. vádlott terhére elállása folytán a 197. § (2) bek. c) pontja szerinti bűncselekmény nem állapítható meg, ugyanakkor az I. r. vádlott közösülését megelőzően, fajtalan cselekményeikkel mindketten befejezetten megvalósították a szemérem elleni erőszak minősített esetét. Az I. r. vádlott végül közösült is a sértettel, de mivel a II. r. vádlott elállása folytán a bűncselekmény befejezése elmaradt, ezért az első rendű vádlott terhére az erőszakos közösülés minősített esetének kísérlete állapítható meg.

Ez az indokolás logikus következménye az erőszakos közösülés és a szemérem elleni erőszak elhatárolására kialakult bírói gyakorlatnak, de végeredményét tekintve semmiképpen sem tartható. Ez a jogi megoldás azért abszurd, mert azt, aki kevesebbet tett – nevezetesen a II. r. vádlottat, aki csak fajtalanzkodott – öt évtől tíz évig terjedő szabadságvesztéssel fenyegetett *befejezett* bűncselekményben mondta ki bűnösnek. Ezzel szemben azt, aki többet tett – nevezetesen az I. r. vádlottat, aki a fajtalanság után még közösült is – egy ugyanilyen büntetési tételű bűncselekmény *kísérletében* mondta ki bűnösnek. A konkrét esetben a bíróság a minősítés visszásságát a büntetéskiszabás szintjén próbálta meg korrigálni, és a kísérleti cselekményre lényegesen hosszabb szabadságvesztést szabott ki (7 év), mint a befejezett cselekményre (5 év, ez esetben törvényi minimum!). Ezzel a megoldással azonban a Btk. büntetéskiszabási rendszerén kellett „erőszakot tennie” a bíróságnak.

A Btk.-nak a bírói gyakorlattól eltérő lehetséges értelmezése szerint az I. r. vádlott cselekményének minősítése akként változna meg, hogy a többek által elkövetett szemérem elleni erőszak mellett halmazatban még az erőszakos közösülés kísérletét is megállapítanánk a terhére. Ez a minősítés sem tekinthető azonban megfelelőnek.

A halmazati kérdések kapcsán helyes az a megállapítás, amely szerint továbbra is tartható az 1993. évi változások előtti bírói gyakorlat, amely szerint az ugyanazon sértett sérelmére azonos alkalommal megvalósított erőszakos közösülés és szemérem elleni erőszak látszólagos anyagi halmazatban áll, amelyet az erőszakos közösülés javára kell feloldani. Indokolatlan lenne ugyanis pl. az azonos alkalommal kétszer egymás után közösülő elkövető terhére egy bűncselekményt (erőszakos közösülés mint természetes egység), míg ha ez az elkövető orális közösülést követően vaginálisan is közösül, két bűncselekményt (erőszakos közösülés és szemérem elleni erőszak valódi halmazata) megállapítani.⁵⁹²

A hatályos törvény lehetséges értelmezéséből adódó két megoldás tarthatatlansága is mutatja, hogy a Btk. jelenlegi differenciálása a két tényállás között nem megfelelő.

C) A halmazati, egység-többségtani értelmezés lehetetlenségét mutatja az is, ha megvizsgáljuk a folytatólagos elkövetés lehetőségét. Ha az elkövető azonos sértett sérelmére rövid időközökben többször követ el erőszakos közösülést (tipikus lehet tartós kapcsolatban; vagy pl. nevelt gyermek sérelmére), akkor megállapítható a folytatólagosság egysége. Ezzel szemben ha fajtalan cselekményekre is sor kerül, akkor hiába állnak fent a folytatólagosság egyéb jellemzői, már két bűncselekményt, a szemérem elleni erőszakot és az erőszakos közösülést halmazatban kell megállapítani.⁵⁹³ Ezzel ellentétes értelmezés nyilvánvalóan törvénysértő volna, hiszen ilyenkor nem áll fent a Btk. 12. § (2) bekezdése által a folytatólagossághoz szükséges „ugyanaz a bűncselekmény”, hiszen az elkövető cselekménye két különböző alaptényállásba ütközik.

A törvény szerinti minősítés bizonyos esetekben azonban – az előbb is alkalmazott argumentum a maiore ad minus tétele alapján – komoly aránytalanságokhoz vezet. Így ha az elkövető 10 alkalommal rövid időközökben közösül a sértettel, csak egy bűncselekményt lehet a terhére megállapítani. Ellenben ha pl. egyszer közösül, és négy nap múlva fajtalanodik akkor pedig két bűncselekményt kell a terhére megállapítani. A példa szélsőséges, de tovább fokozható azáltal, ha pl. a második cselekmény egy enyhébb

⁵⁹² HOLLÁN-KIS 2005, 197. §-hoz fűzött magyarázat. A látszólagos halmazatra az újabb bírói gyakorlatból lásd BH 1997. 158. A szerzők érveire tekintettel felülvizsgáltam korábbi álláspontunkat, amely a büntetési tételek megváltozása alapján megkérdőjelezte a halmazat látszólagosságát (ehhez lásd NAGY-SZOMORA 2004 II. 19. p.).

⁵⁹³ BERKES 2006, 604. p.

megítélésű fajtalan cselekmény (pl. a nemi szerv kézzel való simogatása). Ilyenkor egy közösülés és egy enyhe fajtalan cselekmény áll szemben tíz – akár élettani értelemben bevégzett – közösüléssel; a minősítési oldalon pedig két bűncselekmény egy bűncselekménnyel. A minősítés aránytalansága nyilvánvaló.

Összességében tehát kimutatható, hogy a közösülés és a fajtalanság fogalmai önmagukban nézve is problematikusak, ezen felül – a két releváns törvényi tényálláson keresztül – egymáshoz való viszonyuk sem megfelelő. A differenciálásnak érdemi indoka és hatása nincsen, ezzel szemben egyrészt életszerűtlen, másrészt pedig komoly jogértelmezési nehézségekhez, dogmatikai ellentmondásokhoz vezet.

7.2. Az osztrák és a német büntetőjog – valódi alternatíva?

A következőkben röviden áttekintem, hogy az osztrák és a német büntetőjog hogyan differenciálja a nemi cselekményt az erőszakos nemi bűncselekmények törvényi tényállásaiban, és ennek megfelelően hogyan differenciálódnak maguk a bűncselekményi tényállások.

7.2.1. Az osztrák büntetőjog

Az öStGB a 2004. évi reform óta két tényállásban szabályozza az erőszakos nemi bűncselekményeket: a súlyosabban büntetendő nemi erőszak (Vergewaltigung – 201. §) és az enyhébb megítélésű nemi kényszerítés (Geschlechtliche Nötigung – 202. §). A tényállások két szempont mentén differenciáltak: az elkövetési mód intenzitása (erőszak; személyi szabadság elvonása; élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetés – erőszak; veszélyes fenyegetés) és a nemi cselekmény intenzitása alapján (közösülés; közösüléssel azonos megítélésű nemi cselekmény – nemi cselekmény). A nemi erőszak megvalósulása kizárja a nemi kényszerítés megállapíthatóságát.⁵⁹⁴ A közösülést és az azzal azonos megítélésű nemi cselekményeket tekinthetjük ún. minősített nemi cselekményeknek.

A *közösülés* jelentését tekintve egyhangúak az álláspontok: a hímvesző legalább részleges behatolása a hüvelybe. A magömlésnek és a terhesség esetleges veszélyének nincs

⁵⁹⁴ Az osztrák büntetőjog ehhez a tényállás-felépítéshez 1975 óta hosszú és rögzös úton jutott el. Ehhez részletesen lásd SZOMORA 2005a.

jelentősége.⁵⁹⁵ Arról már megoszlanak a vélemények, hogy mi indokolja a közösülés ilyen értelemben vett kiemelését. Egyes szerzők szerint semmiképpen sem a terhesség absztrakt veszélye, hanem e nemi cselekmény különös intenzitása lehet az ok.⁵⁹⁶ Ezzel szemben mások rámutatnak, hogy önmagában e cselekmény intenzitása nem indokolhatja a kiemelését, hiszen ugyanilyen intenzitásúak a közösüléssel azonos megítélésű cselekmények is; mindez jelentősen relativizálja a közösülés központi szerepeltetését.⁵⁹⁷ Tovább gyengíti a közösülés központi jelentőségét az az érvelés, amely szerint a behatolás megkövetelése bizonyítási problémákat eredményezhet. Ezeket azonban át lehet hidalni a közösüléshez azonos megítélésű cselekmények kategóriájával, amely megállapítható lenne a behatolással kapcsolatos bizonyítási kétség esetén.⁵⁹⁸

A közösüléssel azonos megítélésű nemi cselekmények megítélése egy bizonyos ponton túl meglehetősen vitatott. Az értelmezések a jogalkotó állásfoglalásából indulnak ki, eszerint olyan nemi cselekmények tekinthetők ilyenek, „amelyek hatásaik és kísérőjelenségeik összességét tekintve egybevetethetők a közösüléssel. Ez az orális, a vaginális és az anális közösülés minden formájára igaz”.⁵⁹⁹

Ez alapján annyi bizonyos, hogy az elkövető és a sértett neme közömbös. Abban azonban már nincsen egyetértés, hogy e minősített nemi cselekmény vajon feltételezi-e a penetrációt, azaz a testbe történő behatolást. Az álláspontok nagyon széles skála mentén divergálnak:

- csak a pénisszel testüregbe hatolás lehet ilyen;⁶⁰⁰
- a behatolás a testüregbe nem kell, hogy a hímvesszővel történjen (így pl. minősített nemi cselekmény lehet az ujjal vagy tárggyal a hüvelybe, de akár a végbélbe történő behatolás is);⁶⁰¹
- a behatolás nem szükséges, elegendő, hogy az egyik érintett személy nemi szerve ugyanolyan intenzíven legyen igénybe véve, mint egy közösülés esetén;⁶⁰²

⁵⁹⁵ FEGERL 1995, 117. p.; KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 179-180. p.; SCHICK-WK 21. p.

⁵⁹⁶ KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 180. p.

⁵⁹⁷ SCHICK-WK 21. p.

⁵⁹⁸ FEGERL 1995, 194. p.

⁵⁹⁹ Ismerteti SCHICK-WK 21. p.

⁶⁰⁰ FEGERL 1995, 121. p.

⁶⁰¹ A bírói gyakorlatban erőteljesen, bár nem egyöntetűen jelenik meg ez az álláspont. A részben ellentmondó döntéseket ismerteti HOLZLEITHNER 1996, 24-25. p. Ezt erősen vitatja az elsőként ismertetett álláspont, amely szerint azért kell a pénisszel történő behatolást megkövetelni, mert ellenkező esetben akkor is minősített nemi cselekményt kellene megállapítani, ha egy nő kényszeríti a férfit arra, hogy pl. egy műpéniszt helyezzen a hüvelyébe (összefüggés a sértett és az elkövető nemének közömbösségével) (FEGERL uo.).

⁶⁰² KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 181. p.

- ez utóbbinak a pontosítását jelenti az a felfogás, amely szerint elsődleges nemi szervnek kell érintettnnek lennie, és a közösüléshez hasonló mozgásokat kell végezni (így pl. minősített nemi cselekmény lesz az ún. coitus inter femora, azaz a hímvessző combok között dörzsölése).⁶⁰³

A különböző álláspontokhoz részletes indokolások is tartoznak, ezek ismertetését nem találom szükségesnek. Az összkép azonban annál érdekesebb. Ha az egyes meghatározásokhoz további konkrét példákat gondolunk, akkor az egyes felfogások szerint valójában óriási különbség lehet a minősített és a „mezítlábas” nemi cselekmények köre között. Ezek az értelmezésbeli eltérések – a magyar helyzettel ellentétben – pedig már ténylegesen kihatnak az alkalmazandó büntetési tétel nagyságára is. E „tétkérdésből” is fakadhat, hogy az osztrák bíróságok egyfajta „minősítési kényszerrel” szembesülnek, ami az elmúlt időszakban ítéletdömpinghez vezetett. A bírói döntések nagy része erősen kazuisztikus megközelítésű, és a nemi cselekmény túlzott szem előtt tartásával, kiemelésével az életbeli szituáció összességének értékelése felett elsiklik.⁶⁰⁴ Véleményem szerint az osztrák bírói gyakorlat „mentségére” szolgál, hogy a jogalkotó hozta létre a nemi cselekménnyel kapcsolatos minősítési kényszerhelyzetet.

7.2.2. *A német büntetőjog*

A jogi szabályozás és a jogértelmezés csak tovább bonyolódik, ha a német büntető kódexet tekintjük, és ez annak ellenére elmondható, hogy a dStGB 177. §-a egységes tényállásban tartalmazza a „Nemi kényszerítés; nemi erőszak” elnevezésű tényállást.

A törvényi tényállásban a nemi cselekmény szintén differenciáltan jelenik meg. Fontos különbség azonban, hogy a „minősített nemi cselekmények” valójában nem minősített esetet, hanem ún. „Regelbeispiel”-t képeznek. A „Regelbeispiel” tartalmát tekintve egy büntetéskiszabási ajánló norma, amely a bíró mérlegelésére bízva a hozzákapcsolt súlyosabb büntetési tétel alkalmazását. A „Regelbeispiel” két oldalról is nyitott:

- egyrészt a szó szoros értelmében példákat tartalmaz, tehát nem zárt esetköröket, így a büntetési tétel más nem nevesített, de az alapesetnél súlyosabb megítélésű esetekre is alkalmazható („besonders schwerer Fall);

- másrészt a törvényi példa megvalósulása nem vonja maga után kógensen a súlyosabb büntetési tétel alkalmazását, a bíró az összes körülmény mérlegelése folytán az alapeset

⁶⁰³ SCHICK-WK 22. p.

⁶⁰⁴ Ezt rója fel KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 180. p.

alapján szabhatja ki a büntetést akkor, ha a törvényi példa ellenére az alapeset büntetési tételét tartja adekvátnak.⁶⁰⁵

A dStGB a súlyosabb megítélés alá es(het)ő nemi cselekményeket, azaz a nemi erőszak tényállását a 177. § (2) bekezdésében így határozza meg: „a tettes a sértettel közösül, vagy a sértetten olyan hasonló nemi cselekményeket végez, illetve magán a sértettel végeztet, amelyek a sértetett különös módon megalázzák, így különösen akkor, ha a testbe történő behatolással járnak (nemi erőszak)”. A nemi cselekmény két „súlyosabb” kategóriája a *közösülés és az ahhoz hasonló nemi cselekmény*.

A közösülés itt is szerepel tehát a kiemelt nemi cselekmények között. Ám az osztrák szakirodalommal ellentétben, Németországban már arról is megoszlanak a vélemények, hogy mikor valósul meg az egyébként itt is heteroszexuális értelmű, vaginális közösülés. Egyes vélemények a „Regelbeispiel” másik esetkörét, a hasonló cselekményeket alapul véve úgy érvelnek, hogy a közösülés megvalósulásához legalább részleges behatolás szükséges.⁶⁰⁶ Más felfogások a régi jogértelmezés fenntartása mellett érvelnek, ennek lényege, hogy a közösülés a szeméremajkak belső érintésével befejezetten megvalósul (a magyar helyzethez hasonlóan).⁶⁰⁷

Ehhez képest még jobban divergálnak a vélemények a „közösüléshez hasonló” nemi cselekményekkel kapcsolatban, ezek bemutatása nem jár különösebb haszonnal témánk szempontjából. Fontosabb lehet annak kiemelése, hogy a német jogirodalom kritizálja a „Regelbeispiel”-jellegű törvényszerkesztést a nemi erőszak tényállásában.⁶⁰⁸ Különös tekintettel arra, hogy emellett valódi minősített esetek is szerepelnek e tényállásban, valamint hogy az itt „Regelbeispiel”-ként meghatározott, kiemelt nemi cselekmények más bűncselekményeknél minősített esetet képeznek (így pl. dStGB 176a. §-a szerinti „súlyos szexuális visszaélés gyermekkel” tényállásában). Olyan kemény vélemény is olvasható, amely szerint ez a szabályozás elérte a bonyolultság és áttekinthetetlenség azon fokát, hogy egy laikus számára teljesen érthetetlen.⁶⁰⁹

Ezt a megállapítást már csak azért is el lehet fogadni, mert a jelenlegi szabályozás alapján még arra is van lehetőség, hogy a bíró a (2) bekezdés szerinti „súlyosabb törvényi példát” megvalósító esetben (pl. közösülés) a büntetést akár az (5) bekezdés szerinti „enyhébb

⁶⁰⁵ LAUBENTHAL 2000, 54. p.

⁶⁰⁶ Így LAUBENTHAL 2000, 55. p.; HORN-WOLTERS-SK § 177. 21. p.; S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1546-1574. p.; TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1101. p.

⁶⁰⁷ Így GÖSSEL 2005, 47. p.; FROMMEL-NK 3278. p.

⁶⁰⁸ Így pl. SCHROEDER 1999, 829. p.; LACKNER-KÜHL 2004, 733. p.; RENZIKOWSKI-MK 1147. és 1178. p.; GÖSSEL 2005, 46. p.

⁶⁰⁹ TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1040. p.; némileg enyhébben fogalmaz, de hasonló véleményen van SCHROEDER 1999, 829. p.

törvényi példa” szerint szabja ki. Bár az enyhébb „Regelbeispiel” látszólag nem kapcsolódik a (2) bekezdéshez, mégis sor kerülhet pl. egy hüvelyi közösülés esetén is az alkalmazására akkor, hogy a bíróság az összes körülményt mérlegelve nem tartja indokoltnak a (2) bekezdés alkalmazását, így az esetet az alapeset szerint minősíti. Az (1) bekezdés szerinti alapesetből pedig további büntetéskiszabási mérlegeléssel akadály nélkül tovább lehet lépni az enyhébb és a gyakorlatban nem ritkán felfüggesztett szabadságvesztéssel szankcionált (5) bekezdés szerinti „nevesítetlen enyhébb törvényi példára” („minder schwerer Fall”). Így lehet a nemi erőszak súlyosabb esetéből enyhébben büntetendő eset.⁶¹⁰

Erre a lehetőségre olyan magyarázatot is találunk, amely szerint mindezt azért tett lehetővé a jogalkotó, mert a bűncselekmény hatókörét a házassági életközösségre is kiterjesztette, és az ilyen elkövetési szituációk rugalmas büntetőjogi kezelése érdekében volt szükség ennek a tényállás-szerkezetnek a bevezetésére 1997-ben.⁶¹¹

7.2.3. Következtetés

Véleményem szerint a nemi cselekmény tényállási szintű differenciálása mind az osztrák, mind a német büntetőjogban problémás. Igazából a közösülés mint heteroszexuális kategória kiemelésének sem láthatók már az indokai az új szabályozás alapján, nem nagyon lehet mást mondani, minthogy a jogi tradíció okán emelhetők ki nevesített és minősített nemi cselekménnyé a közösülést. A közösüléssel azonos megítélés alá eső cselekményeknek pedig eddig nem sikerült, de valószínűleg nem is lehet egységes értelmezést adni, ami viszont a joggyakorlat kiszámíthatatlanságához vezet. Mind az osztrák, mind a német jogirodalom felhívja erre a figyelmet.

A dStGB-beli tényállás-szerkesztés a magyar viszonyokhoz képest teljesen idegen. De ha e tényről eltekintünk, a rövid bemutatás is láthatóvá tette, hogy e tényállás-szerkezet önmagában is komoly problémákat vet fel. Alapjában véve az értelme is megkérdőjelezhető. Miért van szükség a nemi cselekmény törvényi szintű differenciálására akkor, ha ezt bármilyen bírói mérlegeléssel felül lehet írni?

Összességében sem az osztrák, sem a német megoldást nem tartom követendőnek és a magyar viszonyokra adaptálandónak. A következőkben bemutatandó de lege ferenda javaslatom szempontjából sokkal inkább arról győztek meg e példák, hogy a nemi cselekmény törvényi differenciálása kielégítően nem lehetséges, és nem is biztos, hogy szükség van rá.

⁶¹⁰ LAUBENTHAL 2000, 57. p.; FROMMEL-NK 3266. p.

⁶¹¹ GÖSSEL 2005, 46. p. Csak érdekességképpen jegyzem meg, hogy hazánkban szintén 1997-ben került sor a sértetti és az elkövetői kör nemi szempontú semlegesítésére, és a házasságon belüli nemi erőszak nemi bűncselekménnyé nyilvánítására.

8. Összegzés – *de lege ferenda* javaslatok

8.1. A kényszerítési elem – I. fordulat

Az összegzés során álljanak első helyen azok a tényállási elemek, amelyek a teleologikus elemzés alapján megfelelőnek és a jövőben is fenntartandónak bizonyultak: a 197. és 198. § (1) bek. I. fordulatának kényszerítési eleme, azaz az erőszakkal, illetve élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetéssel kényszerítés.

Látható volt, hogy az erőszakos közösülés és a szemérem elleni erőszak a kényszerítés speciális tényállásai, és e bűncselekmények (és büntetési tételeik) egymáshoz való viszonyában értelmezhető a szexuális önrendelkezés speciális, illetve az általános cselekvési szabadságban megtestesülő általános büntetőjogi védelme. A generális és a speciális bűncselekmények viszonya jogtárgyvédelmi szempontból megfelelőnek mondható, nem szükséges, hogy a nemi cselekményre kényszerítés speciális elkövetési módjai (erőszak/élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetés) a jövőben változzanak.

Alapvető fontosságú a kényszerítés mint elkövetési magatartás megfelelő értelmezése (akarattörés, -hajlítás), és ennek nyomán a sértetti ellenállás központi szerepét hangsúlyozó jogirodalmi és bírói álláspontok felülvizsgálata. Az elemzés azzal az érdekes tanulsággal is szolgált, hogy e központi tétel hangsúlyozása ellenére is, a bírói gyakorlat valójában már régtől fogva megfelelően értelmezi a kényszerítést, és kellő rugalmassággal kezeli az erőszak/kvalifikált fenyegetés elkövetési módjait (szemben a korábbi német vagy az osztrák gyakorlattal).

Kimutatható, hogy a speciális elkövetési módok miatt az erőszakos nemi bűncselekmények tényállásai jogtárgyvédelmi szempontból ún. inkongruens tényállások, azaz a büntetendőség köre nem fedi le teljes egészében a jogtárgysérelem körét. E kérdés vizsgálata is azt eredményezte, hogy e „büntetendőségi olló” fenntartása indokolt, ez okból sincs szükség a tényállás változtatására.

8.2. Egységes nemi cselekmény – egy tényállásba foglalás

8.2.1. A szükséges változások között első helyen a nemi cselekmény tényállási megjelenéséről kell szólni. A II. részben kimutattam, hogy a fajtalanság mint elkövetési

magatartás a jövőben már nem tartható fent, helyette adtam meg az egységes nemi cselekmény kategóriáját. A mostani elemzésből pedig kiderült, hogy a közösülés büntetőjogi fogalma is problematikus, részben dogmatikai okokból, részben a passzív alanyok nemi szempontú semlegesítése miatt. A német és az osztrák szabályozás pedig azzal a tanulsággal szolgált, hogy az egységes, valamint a más minősített nemi cselekmények mellett a közösülés mint speciális heteroszexuális magatartás kiemelésére nincsen szükség. Ennek nevesítése a német és osztrák kódexekben egyedül a tradíció által magyarázható, ami pedig véleményem szerint önmagában nem lehet ok a jövőbeni fenntartásra.

A közösülés és a fajtalanság helyébe tehát a nemi cselekmény kell, hogy lépjen a törvényi tényállásban. A kérdés, hogy szükséges-e a nemi cselekmény differenciálása, amit egyedül az indokolhat, hogy az egyes nemi cselekmények intenzitásukat tekintve lényegesen eltérő mértékben sértik a jogi tárgyat, a szexuális önrendelkezést. A minősített nemi cselekmények megállapításának akkor lehet értelme, ha ténylegesen meg tudják ragadni a nemi cselekmények azon körét, amelyek a jogi tárgy súlyosabb sérelmével járnak. Látható volt, hogy a magyar büntetőjogban – a büntetési tételek azonossága miatt – e szempontból áldifferenciálás figyelhető meg. Az osztrák és a német kódex ezzel szemben valódi minősített nemi cselekményeket jelenít meg. Ezeknek az elemzése azonban azt mutatja, hogy egységes értelmezéssel aligha tölthetők ki. Sőt, a bíróságokat egyfajta minősítési-értelmezési kényszerbe sodorják, az eltérő büntetési tételek miatt ugyanis tétje van a nemi cselekmény mikénti minősítésének. Az egységes értelmezés hiánya azonban nehezen kiszámítható joggyakorlathoz vezet, s e kiszámíthatatlanságnak az eltérő büntetési tételek miatt érdemi káros következménye lehet.

Mindezek alapján az az álláspontom, hogy *a nemi cselekmény törvényi szintű differenciálása a kiszámítható jogalkalmazás, a jogbiztonság szempontjából nagyobb veszélyekkel jár, mint amilyen előnyöket jelentene jogtárgyvédelmi szempontból.* Ez a jelleg a nemi cselekmény természetéből szükségszerűen következik. Nem volt egyszerű feladat egységes jelleggel körülírni a büntetőjog számára az ember szexuális magatartását, és ettől még nehezebb, ha az egységes kategóriát adekvát módon differenciálni szeretnénk. Megfelelőbbnek tűnik, ha a jogalkotó helyett ezt a feladatot a bíróság végzi el, de már nem a minősítés szintjén, hanem az egységes büntetési tételkereten belül – az összes életbeli körülmény mérlegelésével – a büntetés kiszabása során.

Ugyanakkor a nemi cselekmény differenciálatlansága ellen felhozható, hogy így egészen enyhe nemi cselekményeket (pl. a nemi szerv, vagy az új értelmezésben a női mell intenzív érintését) is az alapeset 2-8 évig terjedő büntetési tételével fenyegetne a törvény. Az

aránytalanság elkerülésére szolgálhat egyrészt a tartalmilag pontosan meghatározott nemi cselekmény. Másrészt utalnék a korábban írtakra (lásd 2.1.2.), hogy az erőszakos nemi bűncselekmények specialitását két szempont adja egyszerre: a kényszerítés módjainak intenzitása és a személyi szabadság-szféra speciális, szexuális vonatkozású sérelme. A büntetési tételben pedig mindkettő kifejeződik.

Ha összevetjük a büntetési tételeket más erőszakkal és kvalifikált fenyegetéssel elkövethető bűncselekményekkel, akkor egy egységes kép rajzolódik ki. Ha az azonos büntetési tételű rablás (Btk. 321. §) esetén a dolog értéke közömbös az alapeset minősítése szempontjából, akkor nem tartom túlzásnak ezt a büntetési tételt alkalmazni akkor, ha a személy szexuális szféráját sérti – az akár relatíve enyhének is tűnhet – nemi cselekmény. Talán nagyobb a létjogosultsága az összehasonlításnak, ha egy személy elleni bűncselekménnyel, az emberrablással (Btk. 175/A. §) tesszük meg. Ez a bűncselekmény a személyi szabadság bármilyen rövid ideig tartó elvonásával megvalósul, és a szabadon bocsátás érdekében intézett követelés jellege és súlya közömbös a tényállás szempontjából. A büntetési tétel pedig szintén 2-8 évig terjedő szabadságvesztés.

Mindezt még azzal lehet kiegészíteni, hogy az 1997 óta fennálló áldifferenciálás következtében valójában ma sincs már érdemi következménye a nemi cselekmény közönsésként vagy fajtalanágként történő minősítésének. Valamennyi nemi cselekmény egységesen ugyanazon büntetési tétel alá esik. Az immár tíz éves gyakorlat pedig nem mutat olyan jeleket, amelyek a büntetési tétel aránytalanságára utalnának.⁶¹²

Összességében elmondható, hogy dogmatikai és jogbiztonsági okokból a nemi cselekménynek a törvényi tényállásba való egységes, intenzitás szerinti megkülönböztetés nélküli felvétele indokolt. Az enyhébb jellegű nemi cselekmények esetén ez nem okoz aránytalanságot, tekintettel a szexuális önrendelkezés mint jogi tárgy kiemelkedő fontosságára, valamint az erőszakos elkövetési módra.

8.2.2. Volt szó arról is, hogy a jelenlegi áldifferenciálás mellett nincsen értelme az erőszakos közönség és a szemérem elleni erőszak külön tényállásban tartására, sőt ez a külön tartás számos – már bemutatott – dogmatikai problémához, jogértelmezési nehézséghez vezet. Mindezekre tekintettel a *jelenlegi két bűncselekmény egy tényállásba foglalása indokolt.*⁶¹³

⁶¹² A csekély súlyú nemi cselekményekkel kapcsolatos korábbi álláspontunkat felülvizsgáltam (vö. NAGY-SZOMORA 2004, 21-22. p.)

⁶¹³ Hasonlóan GÁL 2002, 33. p.; NAGY-SZOMORA 2004 II, 21. p.

Az ily módon létrejött egységes tényállásban pedig nincsen szükség a nemi cselekmény differenciálására, az I. fordulat elkövetési magatartása a nemi cselekményre vagy annak eltűrésére kényszerítés, a II. fordulatban pedig a sértett állapotának a nemi cselekményre való felhasználása lehetne.

8.3. II. fordulat – régi-új kategóriák

Tisztázandó kérdés még, hogy a II. fordulatban hogy kellene meghatározni a passzív alanyok körét. A hatályos szabályozásról sikerült kimutatni, hogy több okból is problematikus:

- a védekezésre képtelenség körében dogmatikailag hibás a 12. év alattiak beleegyezésével elkövetett cselekményeket kriminalizálni;
- az akaratnyilvánításra képtelenség pedig nem fejezi ki jól a tartalmát, hiszen a passzív alanyok esetén az akarat kialakításával van probléma;
- és mindkét kategóriáról elmondható, hogy összemosódnak benne az ontologikus és a normatív elemek.

Álláspontom szerint a *védekezésre képtelenség kategóriáját* – a kényszerítés rugalmas értelmezése mellett is – fent kell tartani a jövőben. A védekezésre képtelen személyeknek adott a nemi cselekménnyel ellentétes akaratuk, de annak testi okoknál fogva nem tudnak érvényt szerezni, s így nincsen szükség velük szemben kényszerítésre. Így a kategória kizárólag ontologikus tartalommal bírna. Ennek megfelelően a Btk. 210. §-ába foglalt értelmező rendelkezésnek a kiiktatása szükséges, és a 12 év alatti gyermekek konszenzusos cselekményekkel szembeni fokozott védelmét az ifjúságvédelmi tényállás körében kell a jövőben biztosítani (lásd 3.1.). Ez már csak a jogi tárgyak különbözősége miatt is indokolt, s így az elsődlegesen a gyermek fejlődését, valamint az elsődlegesen a szexuális önrendelkezést védő bűncselekményi tényállások elkülönülnének. Emellett hangsúlyozni kell, hogyha egy 12 év alatti gyermeket nemi cselekményre kényszerítenek, akkor az az erőszakos nemi bűncselekmény I. fordulata szerint tényállásszerű, a cselekmény a gyermek negatív szexuális önrendelkezését (is) sérti.

Az *akaratnyilvánításra képtelenség kategóriája helyett* a jövőben két esetkör bevezetését javaslom.

1) Azokban az esetekben, amikor ontológiai ok folytán nincs a nemi cselekménnyel kapcsolatos akaratképzés (pl. ájulás stb.), a Csemegi-kódex „*öntudatlan állapot*” kifejezése megfelelő. Ennek újrafelvétele szükséges.

2) Azokban az esetekben, amikor pedig a természetes akaratképződés értelmében létrejön a beleegyezés, de az akarat hibás, megfelelő lenne a „szexuális önrendelkezésre más okból képtelen állapot” megjelölés. Ez a kategória normatív karakterű lenne, azokat az eseteket (tipikusan kóros elmeállapot) fogná át, amikor normatív figyelman kívül hagyjuk a passzív alany beleegyezését, korlátozzuk a pozitív szexuális önrendelkezését. Ennek az esetkörnek a különválasztása azért is fontos, mert a jogi tárgyat itt csak az általános emberi méltóságban lehet megadni.

Kiemelten fontos a szexuális önrendelkezési képesség megfelelő értelmezése, valamint az alapjogi összefüggések miatt a felhasználás mint elkövetési mód restriktív értelmezése. A fentiekben ezeket részletesen kifejtettem.

II. Fejezet

A megrontás

Hatályos büntetőjogunk megrontás elnevezésű bűncselekménye (Btk. 201-202. §) első megjelenését tekintve szintén a Csemegi-kódexig vezethető vissza, ahol – lényegesen eltérő és szűkebb tartalommal – megfertőztetés (236. §) címén büntették azt a férfit, aki 14. életévét be nem töltött tisztességes leánygyermekkel közösült. A passzív alany specialitása, és az egyetlen elkövetési magatartás alapján nyilvánvaló e rendelkezés erkölcsvédelmi háttere, valódi ifjúságvédelmi tényállásnak aligha tekinthető (vö. I. Rész 2.1.4.).

Az 1961. évi Btk. miniszteri indokolása kifejezetten utal arra, hogy a „javaslat elsőrendű feladatának tekinti, hogy [...] az ifjúság egészséges nemi fejlődésének mint közvetlen jogtárgynak a jelenlegi fogyatékos oltalmát fokozza”.⁶¹⁴ Mindezért a passzív alanyok körét a fiúkra is kiterjesztette, a tisztességes jelzőt a tényállásból törölte, az elkövetési magatartások közé pedig felvette a fajtalanságot (280-281. §§). *A magyar büntetőjogban tehát 1961 óta él a 14 év alatti gyermekekkel való szexuális érintkezés átfogó büntetőjogi tilalma.*

A jogalkotó e bűncselekmény „közvetlen” jogi tárgyaként az ifjúság egészséges nemi fejlődését jelölte meg. Álláspontja szerint ez „a legsúlyosabb szexuális merénylet, amelyből rendkívül tragikus, s a gyermek későbbi nemi életét beárnyékoló (bár sokszor csak évekkel a cselekmény véghezvitele után beálló) következmények fakadnak”. Az indokolás e következmények között említi a pszichés traumát, akár a tartós lelki károsodást, a nemi elferdülést, a nemi ösztön idő előtti felébresztését, továbbá hogy az ilyen gyermekek sok esetben az erkölcsi züllés útjára lépnek, és maguk is társaik megrontói lesznek. Kiemelném még azt a ténymegállapítást, miszerint „nyilvánvaló, hogy a gyermekek sérelmére véghezvitt nemi cselekmények mérhetetlenül veszélyesek az ifjúság egészséges nemi fejlődésére”.⁶¹⁵

A hazai anyagi büntetőjogi irodalomban nagyjából ennyi, amit a megrontás jogi tárgyáról megtudhatunk, a tankönyvek és kommentárok sem bocsátkoznak bővebb vizsgálatba vagy magyarázatba a védeni kívánt érdekekkel kapcsolatban.⁶¹⁶ A tényállás maga

⁶¹⁴ Indokolás-1961, 476. p.

⁶¹⁵ Uo. 477. p.

⁶¹⁶ Vö. SCHULTHEISZ 1966, 186-187. p.; TOKAJI 1968, 1390-1391. p.; NAGY 2005, 298. p.; FÖLDVÁRI 2005, 212. p.; FEHÉR 2005, 252. p.

sem változott lényegesen az 1978. évi Btk.-val.⁶¹⁷ Ellenben a német nyelvű jogirodalom nagy teret szentel ennek kérdésnek, és tanulmányozása legkevésbé sem azt a benyomást alakítja ki, hogy a jogi tárgy meghatározása, valamint ehhez képest a törvényi tényállás kialakítása a „nyilvánvalóság” kategóriájába tartozna.

Ha a gyermekekkel való szexuális kontaktus tilalmának *történeti gyökereit* keressük, akkor az a házasságon kívüli nemi élet teljes tilalmában található meg (vö. I. Rész 1.2.1.). A „paráznaság” büntetendőségének időszakában nem volt szükség differenciálásra, ez a tilalom ugyanúgy vonatkozott a gyermekekre, mint a felnőttekre. Ifjúságvédelmi célról aligha lehetett szó ebben az időben. Ahogy pedig a felnőttek közötti konszenzuális nemi kapcsolatokat dekriminalizálták, úgy kellett a gyermekek esetében valamilyen új védelmi célt találni a nemi erkölcs helyett. Kezdetben a jogi tárgy még priméren a gyermek erkölcsi fejlődése volt, majd a német nyelvű irodalomban a '30-as évektől egyre inkább elkezdtek ezt helyettesíteni a gyermek pszichikai és fizikai egészségével.⁶¹⁸

Ez a jogi tárgy jelenik meg a '61. évi magyar kódex indoklásában is, ugyanakkor keveredik az erkölcsvédelemmel, amennyiben a jogalkotó nemi elferdülésről, erkölcsi züllésről és megrontókról beszél. Önmagában a bűncselekmény elnevezése közvetíti a cselekményhez fűződő erkölcsi megvetést. S bár a tisztességes jelző kikerült a passzív alanyok meghatározásából, a bűncselekmény neve a mai napig azt sugallja, hogy a bűncselekmény sértettje megrontott, erkölcsileg károsodott és alacsonyabb rendű lesz.

Nincs ez másképp a német nyelvű országokban sem, annak ellenére, hogy ott igyekeztek semleges elnevezését találni a bűncselekménynek (dStGB 176. § - gyermekekkel való szexuális visszaélés; öStGB 207. § - gyermekkorúakkal való szexuális visszaélés). A súlyos erkölcsi megvetés azzal magyarázható, hogy az európai társadalmakban egyszerűen nincsen helye a felnőttek és a gyermekek közötti szexualitásnak. A gyermekekhez való vonzódás és ennek kiélése a teljes kriminalitási spektrum leginkább elutasított és megvetett magatartásai közé tartozik. Az ilyen a bűneseteknek a nyilvánosságra kerülése a mai napig széles társadalmi felháborodást vált ki, és folyamatosan azt a követelést vonja maga után, hogy a „gyermekek megrontóit” sokkal szigorúbban büntessék meg.⁶¹⁹

⁶¹⁷ Ehhez még azt is hozzá kell tenni, hogy a '78-as kódex miniszteri indoklása gyakorlatilag semmilyen érdemi állásfoglalást nem tartalmaz a megrontás jogi tárgyával és büntetendőségével kapcsolatban (vö. Magyar Közlöny 1978/92. szám 181-182. p.)

⁶¹⁸ KILLIAS–REHBINDER 1983, 297-298. p. Nálunk ebből az időszakból az ANGYAL-féle kézikönyv említhető, amely azonban még inkább erkölcsvédelmi jellegű megfogalmazással él: „az a jogi védelmet kívánó érdek, mely úgy erkölcsi, mint társadalompolitikai szemszögből az állam kötelességévé teszi, hogy a tapasztalatlan fiatalságot megoltalmazza a kéjencek gonoszsága ellen” (1937, 65. p.).

⁶¹⁹ LAUBENTHAL 2000, 98. p.



Ez az egyértelmű erkölcsi elítélés azonban nem mentesíti a jogállami büntetőjogot az alól, hogy a lehetőségekhez mérten megpróbáljon racionális magyarázatot adni a szigorú büntetőjogi beavatkozásra. Van igazságtartalma az olyan szkeptikus véleménynek, amely szerint a kriminalizáció ténye és mikéntje ezen a területen kizárólag társadalmi konvenció kérdése, és tudományos felülvizsgálatának nagyon szűkek a lehetőségei.⁶²⁰ Véleményem szerint azonban e feladat nyilvánvaló korlátainak a tudomásul vétele sem engedheti azt meg, hogy a büntetőjogi beavatkozást magától értetődőként fogadjuk el, és teljesen lemondjunk a racionális magyarázat – akár korlátozott – lehetőségéről.

E bűncselekmény jogtárgyi szempontból azért is különösen érdekes, mert *a büntetendő magatartások köre egyedül a nemi cselekményben merül ki*. Első ránézésre olyan jogi tárgyról lehet(ne) tehát csak szó, amelyet a nemi cselekmény, az ember szexuális magatartása önmagában sérthet.⁶²¹

1. Kísérlet a jogi tárgy tisztázására

1.1. A gyermek szexuális önrendelkezéséről

1.1.1. A gyermek szexuális önrendelkezési képességének teljes elvitatása – történetiségét tekintve – annak az idealista (és részben feminista) elképzelésnek az eredménye, amely szerint a gyermek aszexuális lény lenne.⁶²² Ezt a felfogást már *Sigmund Freud* elvetette⁶²³, *Alfred Kinsey* második világháború utáni empirikus kutatásai pedig komoly cáfolatát jelentették. Kinsey eredményei széles körben váltottak ki megütközést és tiltakozást, mert azok az „idealista, angyali gyermek képével” való végleges szakítást jelentették. Találó megfogalmazás szerint komoly csalódást okozott ennek a látszatképnek a felszámolása, sőt majdhogynem a gyermekeknek rótták fel, hogy nem olyanok, mint amilyennek a látni akarták őket.⁶²⁴ Kinsey eredményeit röviden úgy lehetne összefoglalni, hogy a prepubertás időszakától kezdve a gyermekeket változatos szexuális élet és különösen nagy, a felnőttektől

⁶²⁰ Így ARZT 1983, 6-7. p.

⁶²¹ Vö. BECK 1988, 69. p.; SCHICK-WK 48. p.

⁶²² Vö. MAYER 1972, 130. p. Ezzel kapcsolatban még egyszer hangsúlyoznám, hogy a gyermekekkel való nemi érintkezés tabuja ebben a formájában a felnőttek közötti házasságon kívüli konszenzuális (heteroszexuális) kapcsolatok dekriminalizálása után, a 19. század második felétől értelmezhető.

⁶²³ Lásd JÄGER 1957, 51. p.

⁶²⁴ HOCHHEIMER 1963, 90. p.

jóval nagyobb szexuális teljesítőképesség jellemzi. Mindez éles ellentmondásban áll az aszexuális gyermek képzetével.⁶²⁵ Az 1980-as évekből pedig már egyenesen olyan megállapítást találunk, amely szerint a 20. század tudományos előrelépése volt, hogy felfedeztük a gyermeket mint szexuális lényt.⁶²⁶

A gyermeki aszexualitás tévképzetének felszámolását elősegítette az ún. akceleráció jelenségének (tudományos és hétköznapi) észlelése. A gyermekekkel és a serdülőkkel kapcsolatos szexológiai vizsgálatok Kinsey után is folytatódtak, és kimutatták, hogy az 1980-as években a 14 éves korosztálynak már olyan szexuális tapasztalatai voltak, mint néhány évtizeddel korábban a 16 éves korosztálynak.⁶²⁷ A nemi érés és a szexuális élet kezdőidőpontjának korábbra tolódásával a '78-as Btk. előkészítése során is foglalkoztak.⁶²⁸

A gyermeki szexualitással kapcsolatos empirikus vizsgálatokat több évtizedet átfogóan, a '90-es évekig tekinti át és elemzi HELMUT GRAUPNER.⁶²⁹ A kutatási eredmények szerint *a gyermek már a születésétől kezdve szexuális lény*, nagyon korai életkorától képes nemi izgalmat átélni, ami fiziológiásan semmiben sem különbözik a nemi érés után szexuális izgalmától. A gyermek szexuális fejlődése a születés pillanatától kezdve folyamatos, a fejlődésnek nincsen semmilyen látens periódusa. Az emberi szexualitást összetettsége miatt azonban tanulni kell, szemben az állatvilág stabil szexuális ösztönrendszerével. Ez a tanulási folyamat is már nagyon korán, csecsemőkorban elkezdődik, és meghatározó szerepet játszik benne a testi közelség, a törődés és gyengédség, különösen az anya részéről. Speciális kutatások kimutatták, hogy a kiváló anya-gyermek kapcsolatban növekvő csecsemők már az első életévükben sokkal nagyobb arányban játszanak a nemi szervükkel, mint az elhanyagolt gyermekek. A legalacsonyabb átlagot pedig az intézetben anya nélkül felnövő gyermekeknél lehetett tapasztalni. Kifejezett kriminális összefüggést mutat, hogy az erőszakos nemi bűncselekmények elkövetői között jóval nagyobb arányban vannak azok, akiknek a gyermekkorából hiányzott a korai szexuális fázis, illetve „szexuális szempontból kifejezetten ellenséges környezetben nőttek fel”, mint a kontroll-csoport tagjai esetében. Minden egybevetve, a szexualitástudomány a gyermeki szexualitás megnyilvánulását ma már nem negatívként értékeli, hanem azt a gyermek jogának tekinti arra, hogy saját testével pozitív élményekkel kísérten megismerkedhessen.⁶³⁰

⁶²⁵ Részletesen ismerteti HOCHHEIMER 1963, 109-112. p.

⁶²⁶ ARZT 1983, 7. p.

⁶²⁷ Ismerteti HERMANN-KOLB 2005, 105. p.

⁶²⁸ Lásd LÁSZLÓ 1989, 278-279. p.

⁶²⁹ 1997, 199-225. p. részletes jegyzetekkel és a különböző kutatási eredményekről számos szempont mentén készített összehasonlító táblázatokkal.

⁶³⁰ Uo. 200-202. p.

A *pubertás* tehát nem a gyermeki szexualitás kezdőidőpontját jelenti, hanem a nemi érés megindulásával az eddig tanulási folyamat egy látványos fejlődésbe vált át. A nemi érés megindulása a szexualitás fiziológiáján már nem változtat sokat, ellenben pszichés és érzelmi oldala lényegesen megváltozik. A korábbi hedonisztikus-játékos, gyermeki – akár másokkal való szexuális játék ellenére is, lényegét tekintve – autoszexualitás a fiatalokra és a felnőttekre jellemzően a más személlyel való nemi kielégülés igényére változik, interperszonális jellegű lesz. A szexualitástudomány ezt jelöli úgy, hogy az emberi szexualitásnak „kétfázisú kiindulópontja” van, és ebben a serdülőkor jelenti a választóvonalat.⁶³¹

1.1.2. Látható tehát, hogy a gyermek nem aszexuális és lény, és nem fogadható el az, hogy emiatt lenne szexuális önrendelkezésre képtelen.

Más megközelítés nem az aszexualitással próbálja a gyermek szexuális önrendelkezési képességét kizárni, hanem az önrendelkezés tartalmának meghatározásán keresztül. Eszerint a szexuális önrendelkezés ugyanis feltételezi, hogy az egyén képes döntést hozni arról, hogy egy adott személlyel, az adott helyen és időben akar-e nemi kapcsolatot létesíteni vagy sem. Az ilyen értelemben vett önrendelkezési képesség pedig még nem adott a gyermekek esetében, tekintettel arra, hogy szexuális fejlődésük sem testi, sem pszichés szempontból még nem zárult le. E koncepció szerint e képességhez az kell, hogy a gyermek már tudatában legyen saját szexuális motiváltságának és orientációjának, továbbá a konkrét nemi cselekmény tartalmával és jellegével, valamint az ebből esetlegesen származó veszélyekkel.⁶³² Látható, hogy *ez a felfogás e tartalmi elemek megkövetelésével, tényleges felismerési hiányosságok alapján próbálja kizárni a gyermek szexuális önrendelkezési képességét.*⁶³³

Amennyiben továbbra is fent kívánom tartani a szexuális önrendelkezési képesség korábban adott meghatározását (vö. I. Fejezet 5.2.2.A.), akkor ezt a véleményt ebben a formájában nem tekinthetem irányadónak. Az erőszakos nemi bűncselekmények kapcsán a szexuális önrendelkezési képesség két összevetőjét különböztettem meg: a felismerési és az akarati képességet. Előbbi akkor adott, ha az egyén képes a magatartás szexuális jellegét felismerni, az utóbbi pedig akkor, ha képes e felismerésének megfelelő döntést hozni, és adott esetben a nemi cselekmény visszautasítani. A szexuális önrendelkezés tartalmának ezt a meghatározását fogadtam el a felnőttekkel kapcsolatban, és így nem kerülhet sor a gyermekekkel szemben – a felismerési oldalon – (jóval) nagyobb követelmények

⁶³¹ Uo. 202-204. p.

⁶³² LAUBENTHAL 2000, 97-98. p és GÖSSEL 2005, 197. p.

⁶³³ Ha az aszexualitás meghaladott koncepciójától eltekintünk, akkor ez a legrégibb, ám mai napig ható magyarázat. További idevágó véleményeket ismertet ILG 1997, 29-30. p.

támasztására.⁶³⁴ Megdől az a felfogás, hogy a gyermek tényleges tudati hiányosságok miatt ne egyezhetne bele a nemi cselekménybe. Találó megállapítás szerint, e koncepció tarthatatlansága magából a törvényből is egyértelműen kiolvasható, másképpen nem lehetne magyarázni azt, hogy pl. egy 13 éves kislány miért egyezhet bele egy 16 éves fiúval folytatott orális közösülésbe; míg egy 18 éves fiú esetén ezt már nem teheti meg [vö. Btk. 201. § (1) bek.]. Nem lehet azt mondani, hogy a kislány értené, hogy mit csinálnak a 16 éves fiúval, de annak a következményeivel már nem lenne tisztában, amit a 18 éves fiúval tesznek.⁶³⁵

A szexuális önrendelkezési képességet tehát nem lehet más és más tartalommal megtölteni attól függően, hogy hány éves személyről van szó, vagy hogy – mint korábban szó volt róla – mentálisan egészséges vagy kóros elmeállapotú személyről van szó (vö. I. Fejezet 5.2.2.A.). Az irányadó értelemben vett *szexuális önrendelkezési képesség – életkortól függően – a gyermek esetében is adott lehet, normatív korlátozására azonban sor kerülhet*, s erre magyarázatot adhat a már korábban ismertetett ún. önveszélyeztetési koncepció (vö. I. Fejezet 5.2.2.B.). E szerint e képesség esetleges megléte ellenére is korlátozhatja a jogrendszer a gyermekek szexuális életét, mert az önveszélyeztetéshez való jogot az esetükben még nem ismeri el.⁶³⁶ Bár igaz lehet, hogy sok felnőtt sincsen tisztában a szexuális magatartása lehetséges következményeivel, és hogy számos olyan 14 év körüli gyermek lehet, aki mind az egészségügyi kockázatokkal, mint a szexualitás társadalmi szerepével tisztában van, mégis azt lehet mondani, hogy a gyermekek a kiforratlan személyiségük miatt védelemre méltóbbak a felnőtteknél. Így más alapjogaik védelme (elsősorban a mentális és testi egészséghez való jog) indokolhatja a szexuális önrendelkezési joguk normatív korlátozását.⁶³⁷ A büntetőjogi beavatkozásnak ez lehet az alapjogi háttere. A jogi tárgy tartalma azonban pontosabb kidolgozást igényel.

1.1.3. Ha elfogadjuk, hogy a gyermeknek már jóval 14 éves kora előtt lehet szexuális önrendelkezési képessége, akkor arra a kérdésre kell válaszolni, hogy – az önveszélyeztetés

⁶³⁴ A vitatott álláspont lényegének cáfolata a szexuális önrendelkezés tartalmával kapcsolatban már korábban megtörtént. Itt újként felmerülő elem, hogy a szexuális motiváltsággal és orientációval tisztában kellene lennie az egyénnek. Ez újból egy olyan szempont, amellyel sok felnőtt személy sincs egyáltalán tisztában, így gyermekkel szemben sem lehet megkövetelni.

⁶³⁵ TRECHSEL megállapítását a magyar törvényi szabályozásra adaptáltam (vö. 1997, 201. p.). Másik munkájában fejti ki, hogy az általánosan hiányzó önrendelkezési képességre való hivatkozás nem egyeztethető össze az „Alterstoleranz” intézményével, azaz, hogy bizonyos alacsony életkorú elkövetői kör nemi cselekményei nem büntetendők (1993, 588. p.).

⁶³⁶ Vö. GRAUPNER 1997, 63-65. p.

⁶³⁷ ILG 1997, 33. p.

koncepciója mentén – konkrétan milyen védelmi érdek, milyen veszélyeztetési tényező alapján hagyjuk figyelmen kívül a nemi cselekménybe való beleegyezését.

A) A fentiekben már volt arról szó, hogy az emberi szexualitásnak „kétfázisú kiindulópontja” van, és ebben a választvonalat a serdülőkor jelenti. A serdülőkor előtt a gyermek alapvetően másképpen éli meg a szexualitást, mint utána. Ez azt jelenti, hogy *a gyermek és a felnőtt szexuális cselekményekkel kapcsolatos motivációi alapjaiban eltérnek*. Amíg a felnőtt az adott gyermekhez való vonzódását kifejezett szexuális kielégüléssel kívánja megélni, addig a gyermeket a kalandvágy és kísérletezési kedv motiválja. Befolyásoló tényező lehet még a felnőttel való szoros kapcsolatból fakadó „státuszemelkedés”, vagy sok esetben egyszerűen a törődés és a gyengédség iránti igény. A motivációk közötti különbségen nem változtat az, hogy a gyermeket is indíthatja szexuális vágy a nemi cselekményre, a vágyának irányultsága azonban lényegesen más, mint egy partnerorientált, orgazmuscentrikus és célirányos felnőttnek.⁶³⁸

A serdületlen gyermekkel nemi kapcsolatot létesítő felnőtt összekeveri a nemileg érett személy szexuális vágyait a gyermek szexuális játszadozásával. A szakirodalomban ezt nevezik a „kívánságok diszparitásának”.⁶³⁹

B) A motivációk különbözősége melletti másik szempont, ami a beleegyezés korlátozását indokolhatja, a gyermek és a felnőtt hatalmi pozícióinak különbsége, aszimmetriája. A gyermek életének minden forrását tekintve a felnőttől függ. Ez jelenti az anyagi forrásokat (pénz és életfeltételek) és az érzelmi forrásokat is (szeretet, törődés, gyengédség). Döntő szempont a gyermek információhiánya arról, hogy másoknál hogyan lehet ezeket a forrásokat megszerezni. Ez a kiszolgáltatottság és függőség az egész kapcsolatot beárnyékolja, és ha a gyermek a felnőttnek nemet mond, akkor ezzel az általa létszükségletként megélt kapcsolatot sodorja veszélybe. A kiszolgáltatottság csak akkor hagy alább, ha a gyermek (életkoránál fogva) már felismeri, hogy ezeket a forrásokat hogyan lehet máshonnan megszerezni, és ez lehet az alapja majd a gyermek, a serdülő önálló és stabil énképének. *Mivel pedig oly nagy különbség van a serdülőkor előtti és az azutáni szexualitás között, ezért e függőségi*

⁶³⁸ E szexuálpaszichológiai és fejlődéslélektani felismeréseket ismerteti GRAUPNER 1997, 253-254. p. Elgondolkodtató, hogy a szexualitástudomány szerint a valódi pedofil felnőttek sokkal kevesebb veszélyt jelentenek a gyermekekre, mert az ilyen felnőttek gyermeki jellegű szexuális élményekre vágnak. A szexuálpaszichológia ezeket személyeket felnőtt-testbe szorult gyermekeknek nevezi, és jellemzően nem is jutnak tovább a gyengéd érintéseken, gyerekes játszadozásokon. A veszélyt azok a felnőttek jelenthetik, akik felnőtti szexuális vágyaikat kívánják egy gyermekkel kielégíteni. Ezeket a tudomány viszont nem valódi pedofilnak tekinti (uo.) A pedofil szó köznyelvi tartalmához képest a tudományos jelentése jóval árnyaltabb.

⁶³⁹ Disparität der Wünsche. Lásd ILG 1997, 32. p.

viszonynak a szexualitásban való megjelenése, leképeződése a gyermek önrendelkezését egészében súlyosan veszélyeztetheti. Több empirikus kutatás is azzal a tanulsággal szolgál, hogy a gyermek felismerte, hogy a felnőtt személy nem úgy áll hozzá a nemi cselekményekhez, mint ő, mindez idegenként hatott a számára, félelmet és bizonytalanságot váltott ki benne. Ennek ellenére (vagy emiatt is) sok esetben bénultnak érezte magát, és egyszerűen csak hagyta, hogy a dolgok megtörténjenek vele, és egyáltalán nem védekezett vagy tiltakozott.⁶⁴⁰

Az ilyen függőség nem csak családi és ahhoz hasonló kapcsolatokban állhat fent, hanem bármilyen idősebb személlyel való kapcsolatban is. Az ilyen kapcsolatban nem egyenrangú partnerek állnak egymással szemben, hanem olyan személyek, akiknek a kapcsolatát az alá- fölérendeltség és az engedelmesség kötelessége jellemzi. Egy életkori szempontból egyenlőtlen viszonyban a gyermeknek nincsen meg a szabadsága, hogy igent vagy nemet mondjon.⁶⁴¹

1.1.4. A fentieket összegezve, gyermek esetén a szexuális önrendelkezés felismerési oldala – magasabb életkorban – tipikusan adott lehet, és ez alapján a gyermek kialakíthatja akár felnőttével ellentétes akaratát is. Az alá-fölérendeltségi, függő helyzet miatt viszont sok esetben nem tud az akaratának érvényt szerezni, nem mer a felnőttnek nemet mondani. *Így a szexuális önrendelkezés akarati oldalának e fogyatékosága miatt lehet indokolt a gyermek beleegyezésének figyelmen kívül hagyása.* Mindez azt jelenti, hogy *a gyermek szexuális önrendelkezési képessége nem általában kizárt, hanem relatíve, azaz felnőtt, legalábbis több évvel idősebb partner irányában lehet korlátozott.*⁶⁴²

Erre tekintettel, a gyermek védelme érdekében kerül sor a beleegyezésének jogalkotó általi figyelmen kívül hagyására.⁶⁴³ Hangsúlyozni kell, hogy mindez egy általánosítás, tipikus helyzet figyelembe vétele (átlagvédelem), olyan esetek is vannak, amikor a gyermek számára semmilyen veszélyt sem jelent, sőt kifejezetten pozitívként éli meg az idősebb partnerrel való nemi kapcsolatot. Emellett az is előfordulhat, hogy gyermek képes visszautasítani az ilyen közeledést. Ezt elősegítheti a gyermek nyitott, természetes és tudatos szexuális nevelése, ami fokozza az önrendelkezési képességét. Ellentétben azzal, ha tudatlanul, tabuktól övezve nő fel, ami csak még inkább kiszolgáltatottá teszi ilyen szituációkban.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ GRAUPNER 1997, 260-261. p.

⁶⁴¹ ILG 1997, 31. p.

⁶⁴² Az alá-fölérendeltségi viszony ilyen hatásához vö. ARZT 1983, 7. p.

⁶⁴³ Vö. HERMANN-KOLB 2005, 106-107. p.

⁶⁴⁴ GRAUPNER 1997, 263. p.

Figyelemmel kell még ugyanakkor arra is lenni, hogy a szexuális önrendelkezés korlátozottságának relatív volta nem ad magyarázatot arra, ha közel azonos korú, vagy csak kevéssel idősebb partner esetén minősítjük a gyermek beleegyezését irrelevánsnak.⁶⁴⁵ E koncepció szerint ez nem lehet indokolt (lásd még 2.3.1.).

1.2. Az egészséges szexuális fejlődés?

1.2.1. Ha a fentiek szerint értelmezzük és fogadjuk el a gyermek szexuális önrendelkezési képességét és annak relatív korlátozottságát, akkor a jogtárgysérelmet a szexuális önrendelkezés sérelmében láthatnánk.⁶⁴⁶

A '61. évi Btk. miniszteri indokolása alapján már esett szó arról, hogy a magyar jogalkotó és a jogirodalom nem ezt, hanem a gyermek egészséges nemi fejlődését tekinti jogi tárgynak. E felfogás lényege, hogy a meghatározott szellemi és nemi érettséget el nem ért személyekben a szexuális ösztön felkeltése és kielégítése hátrányos lehet a további fejlődése szempontjából, ezért a jogalkotónak védenie kell a gyermekeket a túl korán megkezdett szexuális élet veszélyeivel szemben.⁶⁴⁷

Az eddigiek alapján nem tűnik megfelelőnek a nemi ösztön túl korai felkeltésének veszélyeivel kapcsolatos általános megállapítás. Látható volt, hogy a gyermek születésétől kezdve szexuális lény, szexuális ösztönnel bír, és csecsemő korától kezdődik a szexuális tanulási folyamat (annak első fázisa). Kérdés, hogy elfogadható és értelmezhető-e egyáltalán az egészséges szexuális fejlődés mint jogi tárgy, illetve hogy az idősebb partnerrel folytatott nemi cselekmények ezt veszélyeztetik-e a valójában. A német nyelvű irodalom e kérdésben is számos érdekes szempontot ad.

A német és osztrák jogirodalomban a nálunk használatos „egészséges fejlődés” megjelölés általában nem szerepel. A sexualitással kapcsolatban nehéz volna állást foglalni abban a kérdésben, hogy mi az, ami egészséges, és mi az, ami nem. Amíg létezett a természet elleni fajtalanságot pönalizáló Btk. 199. §, addig a bűncselekmény kapcsán ki lehetett indulni abból, hogy a jogalkotó a heteroszexuális identitás kialakulását preferálja, és azt tartja egészségesnek. A kriminalizációt megszüntető 37/2002. (IX. 4.) AB határozat óta azonban megváltozott ez a jogi helyzet. A szexuális identitás szabad kialakítása a szexuális önrendelkezés része, amelyet a büntetőjognak értékelésmentesen kell védenie, a gyermeknek

⁶⁴⁵ ILG 1997, 33. p.

⁶⁴⁶ Gyermek esetén is ebben látja a jogtárgysérelmet RENZIOWSKI-MK 1111. p.

⁶⁴⁷ NAGY 2005, 298. p.; FÖLDVÁRI 2005, 212. p.; FEHÉR 2005, 252. p.

joga van bármilyen szexuális identitástudat kialakítására. Mindez pedig nem egészség vagy betegség kérdése.⁶⁴⁸

A német terminológia éppen ezért a „zavartalan fejlődés” („ungestörte Entwicklung”) megjelöléssel él, amelynek lényege, hogy veszélyesnek vélt külső behatásoktól mentesen fejlődjön a gyermek.⁶⁴⁹ Ezzel nem a fejlődés irányát minősítik (mint az egészségesnél), hanem a zavarónak ítélt tényezőktől való szabadságot kívánják garantálni. Ugyanakkor ez a kifejezés is számos értelmezési problémát vet fel. Nem tudható ugyanis, hogy mikor beszélhetünk normális, zavartól mentes szexuális fejlődésről, és mit jelentene a szexuális fejlődés zavara. Egy gyermek a növekedése, fejlődése során számos külső behatásnak ki van téve, de megfelelő mérce hiányában nem dönthető el, hogy ezek közül melyiknek lehet zavaró hatása.⁶⁵⁰ Ez másképp nem lehetséges, csak ha a társadalom többségének ezzel kapcsolatos elképzelését vesszük alapul, és ami ennek nem felel meg, azt zavaróként értékeljük. A zavartalan fejlődés tehát megint egy megfoghatatlan értékkategóriát jelent.⁶⁵¹

Erősen kritikus hangon szól ezzel kapcsolatban BOCKELMANN, aki szerint a zavartalan fejlődés védelméből kiindulni kívánó törvényi szabályozás valójában az elfogadható és az elutasítandó szexuális magatartásokat megkülönböztető értékfelfogáson alapul. Egy ilyen értékképet csak erkölcsi szempontok mentén lehet megalapozni. Mert kizárt a szexualitás értékelése olyan – semlegesként feltüntetni szándékozott – szempontok mentén, mint természetesség vagy természetellenesség, illetve hasznosság vagy haszontalanság. A szexualitástudomány egyértelműen állást foglalt arról, hogy a nemiség különböző megnyilvánulási formái egyaránt természetesek, és a nemi élet elsődleges funkciója nem a fajfenntartás.⁶⁵²

Ha tehát a nemi fejlődés irányát, mikénjét tekintjük, ugyanúgy nem határozható meg a zavartalanság, mint az egészséges fejlődés. Ennek jogtárgyi szerepe azért sem meggyőző, mert a *szexuális fejlődés ún. endogén modelljéből* indul ki, amit a külső, szexuális izgalmat kiváltó hatások megzavarnak. Ebből a szempontból pedig minden nemi cselekmény zavaró tényező.⁶⁵³ Márpedig a szexuális fejlődés szexuális élmények és tapasztaltok nélkül el sem

⁶⁴⁸ Vö. KOVÁCS 2003, 325. p.

⁶⁴⁹ Pl. S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1523. p.; KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 210. p.; GÖSSEL 2005, 159. p.

⁶⁵⁰ HORN-WOLTERS-SK § 176, 2. p.

⁶⁵¹ BECK 1988, 70. p. Ebből kiindulva pl. a homoszexuális orientáció kialakulását a társadalmi értékítélet még mindig zavarként fogná fel (uo.).

⁶⁵² 1972, 410. p. Itt lehet megemlíteni, hogy a pl. a svájci jogalkotó kifejezetten kijelentette, hogy a védelem tárgya nem lehet a társadalmilag hasznos vagy konform fejlődés (ismerteti SUTER-ZÜRCHER 2003, 32. p.)

⁶⁵³ ILG 1997, 41. p. Ez az észrevétel egyértelműen vonatkoztatható a magyar irodalomban elterjedt és korábban idézett felfogásra, miszerint a nemi vágy idő előtti felkeltése és kielégítése veszélyeket hordozna magában (lásd az alcím legelején).

képzelhető.⁶⁵⁴ Ezért kellene inkább úgy fogalmazni, hogy a gyermeket olyan behatásoktól szükséges távol tartani, amelyek nem a gyermeki szexualitásba tartoznak.⁶⁵⁵

Azok a magyar jogalkotótól származó és a jogirodalomban meghonosodott tételek, amelyek a nemi vágy időelőtti felkeltését és kielégítését találják veszélyesnek, magával a törvényi szabályozással sincsenek összhangban, hiszen a Btk. a passzív alany gyermektől nem jelentősen idősebb (18 év alatti) partner esetén nem bünteti a nemi cselekményt [a vaginális közösülésen kívüli nemi cselekményeket; vö. 201. § (1) bek.].⁶⁵⁶ *Ha önmagában a nemi vágy korai felkeltése ténylegesen veszélyekkel járna, akkor ezeket a magatartásokat is büntetni kellene.*

1.2.2. A szexuális fejlődés veszélyeztetésének vizsgálatára számos empirikus kutatást folytattak, ezeket összegzi és értékeli GRAUPNER.⁶⁵⁷ A kutatásokról kimutatta, hogy legtöbbjük komoly módszertani hiányosságokban szenved, és ha ilyen hiányosságok egyes vizsgálatoknál éppen nem is állapíthatók meg, akkor is olyan jelentősek a módszertani eltérések, hogy az eredmények gyakorlatilag összehasonlíthatatlanok.

Lényeges különbségek vannak pl. a vizsgálatba bevont személyek életkorában mind passzív alanyi, mind elkövetői oldalon. A vizsgálatok egy jó része elfogultan közelített a tárgyhöz, és eleve kizártak voltak olyan válaszlehetőségek, amelyek pozitív élményként jelölték volna meg a szexuális kapcsolatot. Ilyen esetekben magasabbak volt a negatív eredmények aránya, mint a semleges kutatásoknál. Egyes vizsgálatokban a mai felfogással össze nem egyeztethető módon határozták meg a nemi cselekmények folytán elszenvedett pszichés sérelmek körét. Így károsodásként értékelték, ha a nemi kontaktust követően a gyermek önkielégítést végzett, általában gondolatban foglalkoztatták a szexuális dolgok, sőt ha pl. újabb heteroszexuális kontaktust létesített.

A kiértékelések során sok esetben nem tettek különbséget az egyszerű konszenzuális magatartások, a vérfertőzés (ez utóbbinál nagyobb a kiszolgáltatottság foka és valószínűsége) és az erőszakos nemi cselekmények között, és a végső vizsgálati eredményekbe az ilyen cselekményekre vonatkozó adatok is bekerültek.⁶⁵⁸

⁶⁵⁴ GRAUPNER 1997, 65. p.; HORN–WOLTERS-SK § 182, 2. p.; RENZIKOWSKI–MK 1296. p.

⁶⁵⁵ LAUBENTHAL 2000, 102. p.

⁶⁵⁶ Az osztrák szabályozás hasonló felfogást tükröz, ott is található a nemi cselekményeknek büntetlen köre (lásd öStGB 206. és 207. §§).

⁶⁵⁷ A következőkhöz lásd 1997, 226–229. p.

⁶⁵⁸ Az erőszakos nemi cselekmények egyértelműen a gyermek negatív önrendelkezését sértik, ebben a tekintetben nincsen különbség a felnőtt passzív alanyokhoz képest (lásd I. Fejezet 2.3.1.). A vérfertőző kontaktusból származó veszélyek empirikusan kimutathatóan is nagyon komolyak, a gyermek pszichés

1.3. A jogi tárgy körülírása

1.3.1. Megállapítható tehát, hogy a serdületlen gyermeknek is van szexuális önrendelkezési képessége abban az értelemben minden bizonnyal, hogy a gyermek is képes érezni, hogy egy magatartás jó-e neki vagy sem, és a számára idegen, furcsa, kellemetlen magatartásokkal szemben kialakíthatja az ellentétes akaratát. A véghezvitt nemi cselekmény ezért az önrendelkezését sértheti. Azt is ki lehetett mutatni, hogy az egészséges/zavartalan szexuális fejlődés aligha értelmezhető jogi tárgyként. A német nyelvű irodalomban található, számomra meggyőző vélemények erre tekintettel a gyermek szexuális önrendelkezése lehetséges sérelmén keresztül a személyiségfejlődésének veszélyeztetését tekintik a büntetendőség alapjának.⁶⁵⁹

Hangsúlyozni kell, hogy itt nem speciálisan a szexuális fejlődésről, mint a személyiségfejlődés egy aspektusáról van szó. Ahogy szó esett róla, ennek a fejlődési zavarai nehezen definiálhatók. A veszélyeztetés sokkal inkább úgy írható körül, hogy a gyermek szexualitásába való beavatkozás különös módon alkalmas arra, hogy *a gyermek személyiségének fejlődését egészében veszélyeztesse*.⁶⁶⁰ A jogalkotó nem az egészséges és konform szexuális fejlődést hivatott védeni, hanem a felnőttek nemi cselekményeitől mentes védelmi zónát (Schutzzone) telepít a serdületlen gyermek köré, annak érdekében, hogy biztosítsa a teret *a gyermek személyisége egészének megfelelő fejlődéséhez*.⁶⁶¹

1.3.2. A jogi tárgy meghatározásának két lényeges eleme van a fentiek alapján: a gyermek önrendelkezésének lehetséges sérelme, valamint a személyisége egészének veszélyeztetése. Az *önrendelés sérelmének fontosságával* kapcsolatban elmondható, hogy amennyiben a gyermek valóban önkéntesként, szabad akaratából valóként éli meg a nemi kontaktust, akkor ez gyakorlatilag semmilyen veszélyt nem hordoz a számára.⁶⁶²

A sérelem lehetősége először akkor jelentkezik, ha a gyermek valamilyen formában elnyomva vagy kényszerítve érzi magát. Amikor úgy érzi, hogy nem tudja kontrollálni a

fejlődésére a legkomolyabb veszélyekkel az ilyen kapcsolat járhat. A vérfertőzést tárgyaló fejezetben is utalok majd empirikus vizsgálatra (lásd III. Fejezet 2.3.).

⁶⁵⁹ Vö. TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1062. p.; S/S–LENCKNER–PERRON–EISELE 1523. p. Mint már említettem, RENZIKOWSKI kifejezetten az önrendelés sérelmében látja a büntetendőség indokát (MK 1111.p).

⁶⁶⁰ Vö. TRÖNDLE–FISCHER uo.

⁶⁶¹ SUTER–ZÜRCHER 32. p.; HANGARTNER 1998, 39. p.; lényegében így HERMANN–KOLB 2005, 106. p.

⁶⁶² GRAUPNER 1997, 229. p.

történeteket, abban az értelemben, hogy meglenne a reális lehetősége a nemi kapcsolatba való beleegyezésre vagy annak bármikori elutasítására. Ilyenkor egyértelműen sérül az önrendelkezése.⁶⁶³

Még nagyobb veszélyeket rejt magában, ha a gyermek a legkülönbébb okokból – pl. félelemből – csak passzívan hagyja, hogy a nem kívánt nemi cselekmény megtörténjen. Az ilyen sértettek sokszor még masszívabb károsodást mutatnak, mint a nemi erőszak áldozatai, ami a tehetetlenség, a védekezésre képtelenség különösen erős érzésével magyarázható. Mindezt súlyosbítja a gyermeki büntudat, hogy nem védekezett. Ráadásul ezt a környezetük is komolyan felrója nekik, hibásnak tekinti őket, ami tovább fokozza a pszichés károsodás lehetőségét.⁶⁶⁴

1.3.3. Mivel a gyermeki önrendelkezés sérül, ez vezethet a *személyiségfejlődés veszélyeztetéséhez, konkrétan pszichés és testi károsodáshoz*. A rövidtávú következmények között említhetők a sérülések, különböző fájdalmak, a csalódottság, bizalmatlanság, rezignáltság, depresszió, valamint az öngyilkossági hajlam erősödése. A hosszú távú következmények – mivel tartóssá válnak – nagyon károsak lehetnek. Így az ilyen gyermekeknél gyakran lépnek fel *pszichoszomatikus megbetegedések*: így pl. ágybavizelés, súlyos emésztési zavarok, gyomor- vagy alhasi fájdalmak vagy más krónikus fájdalmak. Fogékonyabbá válnak a fertőzésekre. Nagyobb az esélye pl. az asztma kialakulásának és az alvászavaroknak. A *pszichés károsodások* között említhető a teljes lelki bizonytalanság, az önmagában való kételkedés, erős kisebbségi érzés, valamint kényszerességre, esetenként önkárosító magatartásra való hajlamosság. Tartóssá válhat a kapcsolatfelvétel nehézsége, ami többek között a későbbi szexuális életet is megnehezíti.⁶⁶⁵

Ha végignézzük a traumatikus következmények sorát, akkor azt is meg kell állapítani, hogy ezek a tünetek nem különböznek azoktól, amelyek a más módon, testileg vagy lelkileg bántalmazott gyerekeknél tapasztalhatók. Úgynevezett „megrontott gyermek szindróma” nem létezik. Mégpedig abban az értelemben sem, hogy – az újabb empirikus vizsgálatok eredményei alapján – ezek az áldozatok nem válnak nagyobb valószínűséggel szexuális bűncselekmény elkövetőjévé, vagy lesznek prostituáltak.⁶⁶⁶

⁶⁶³ Uo.

⁶⁶⁴ Uo.

⁶⁶⁵ HERMANN-KOLB 2005, 100. p; hasonló tünetlistát ad LAUBENTHAL 2000, 100-101. p.

⁶⁶⁶ GRAUPNER 1997, 230. p. Ezek az eredmények kifejezetten cáfolják azt a hipotézist, amelyből a '61. évi Btk. indoklásából kiolvashatóan a jogalkotó indult ki (lásd 615. l.j. kapcsán).

A fenti tünetekkel kapcsolatban az is kimutatható, hogy a szexuális önrendelkezés sérelme a kisebb korban jelenti a legnagyobb veszélyt a gyermek fejlődésére. A kutatások tanulsága szerint a kisebb gyermekek esetén a pozitív élmények kevésbé pozitívak, a negatív élmények viszont károsabb hatást fejtenek ki, mint az idősebb gyermekek esetében.⁶⁶⁷

A számos sértettnél ténylegesen diagnosztizálható traumatikus következmények kapcsán ugyanakkor azt is el kell ismerni, hogy e káros következmények és a gyermekkorban létesített nemi kapcsolatok között nem mutatható ki törvényszerű korreláció.⁶⁶⁸

1.3.4. Összességében elmondható, hogy *büntetőjogi védelmet a gyermek szexuális önrendelkezését sértő magatartások ellen kell biztosítani, annak érdekében, hogy a gyermek személyisége összességében harmonikusan fejlődjön, és az önrendelkezés sérelme miatt ne alakuljanak ki pszichés és pszichoszomatikus károsodások.* Így határozható meg a jogi tárgy, és a megrontás tényállása esetén ezt indokolt figyelembe venni.

Önmagában a nemi cselekmény nem veszélyezteti a jogi tárgyat. A gyermek által pozitívként és önkéntesként megélt magatartások nem veszélyeztetik a fejlődését. A veszély akkor áll fent, ha a gyermek nem kívánt cselekményt szenved el, mégha ez sok esetben a külvilágban láthatóan tiltakozás nélkül, vagy látszólagos beleegyezéssel történik is.

A szexuális fejlődés veszélyeztetése mint olyan nem értelmezhető. Ha a gyermek későbbi szexuális életében zavarok keletkeznek, az tipikusan a pszichés és testi károsodásoknak lesz következménye. Egy a sok közül. Ily módon specifikus jogi tárgyként nem szükséges, sőt kevésnek bizonyulhat a szexuális fejlődés védelmének a megjelölése. Az egészséges, illetve zavartalan fejlődés pedig erkölcsi értékelés nélkül nem értelmezhető.

1.3.5. Megemlítenéd még, hogy bár nemzetközi szerződések, illetve európai uniós normák előírják a gyermekek szexuális kizsákmányolásának általános tilalmát, *a meghatározott életkor alatti konszenzuális nemi cselekmények büntetendőségének indokát nem határozzák meg.*⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ Uo.

⁶⁶⁸ RENZIKOWSKI 1999, 440. p.; LAUBENTHAL 2000, 102. p.

⁶⁶⁹ A Magyarország számára releváns nemzetközi kötelezettségek forrásai között említhető a Gyermek Jogairól szóló ENSZ-Egyezmény 34. cikke, valamint családon belüli viszonylatban a 19. cikke (kihirdette az 1991. évi LXIV. törvény). Az *Európa Tanács* keretében 2007. október 25-én született egy átfogó egyezmény a gyermekek védelméről a szexuális kizsákmányolás és a szexuális visszaélés ellen (Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse). A – belső jog által – meghatározott életkor alatti konszenzuális cselekmények tilalmát a 18. cikk 1. bekezdésének a) pontja tartalmazza. Az egyezményt a tagállamok nagy része már aláírta, de Magyarország részéről egyelőre aláírásra vár. Az egyezmény szövegéhez lásd <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Word/201.doc>. Érdekes ugyanakkor megjegyezni, hogy az *Európai Unió Tanácsának* a gyermekek szexuális kizsákmányolása és a

2. A törvényi tényállás kialakítása

Ha megvizsgáljuk a Btk.-beli megrontás, illetve a dStGB és az öStGB vonatkozó tényállását (előbbi 176. §-a, utóbbi 207. §-a), akkor első látásra szembeötlik, hogy a fent definiált jogtárgy-sértést befolyásoló körülmények egyáltalán nem találhatók meg a törvényi tényállásban.⁶⁷⁰ Lényegét tekintve két elemből épülnek fel ezek a tényállások: a meghatározott életkor (14 év) alatti passzív alanyból és a nemi cselekményből. Az előzőekben – a német nyelvű irodalom alapján – törekedtem a jogi tárgy pontos körülírására, annak a helyzetnek a meghatározására, amikor a nemi cselekmény a gyermek személyiségfejlődését veszélyeztetheti. Már itt be kell azonban látni, hogy a büntetőjogi beavatkozást szükségessé tévő körülmények (a gyermeki önrendelkezés alá-fölérendeltségi helyzetben való sérelme) nem fordíthatók le „a törvényi tényállás nyelvére”.⁶⁷¹ E speciális helyzetnek bármilyen szintű leképezése a tényállásban olyan komoly bizonyítási problémákat vetne fel – úgy objektív, mint szubjektív oldalon –, amelyek alapjaiban lehetetlenítenék el a büntetőjogi védelmet.⁶⁷² Ellenkező esetben egy a jogtárgy-sérelmet pontosan tükröző tényállás nem lenne összeegyeztethető a bűnösségen alapuló felelősség elvével, mert az ilyen speciális helyzetre vonatkozó tudattartalmat az elkövetőn nem lehet számon kérni. Egy a jogtárgysértést pontosan leképező tényállás csak objektív felelősségi konstrukcióként lenne működőképes.

Így *kényszerű megoldásként konkrétabb és egyszerűbb tényállási elemeket kell kialakítani*, amelyek azonban olyan eseteket is kriminalizálnak, ahol maga a jogi tárgy egyáltalán nem sérül, illetve bizonyos eseteket a jogtárgy-sérelem ellenére is büntetlenül hagynak.⁶⁷³ A német nyelvű irodalomban az uralkodó álláspont éppen ezért *absztrakt veszélyeztetési bűncselekménynek* tekinti a megrontást.⁶⁷⁴

gyermekpornográfia elleni küzdelemről szóló 2004/68/IB kerethatározata nem ró büntetőjog-alkotási kötelezettséget a tagállamokra a meghatározott életkor alatti konszenzuális cselekmények esetén.

⁶⁷⁰ E megállapításomat rögtön árnyalnom kell, hiszen a jogalkotók abból indultak ki, hogy a nemi cselekmény az ifjúság egészséges/zavartalan szexuális fejlődését veszélyezteti. Céлом e mondattal csupán annak rögzítése, hogy az általam elfogadott jogi tárggyal a törvényi tényállás első ránézésre nem mutat összhangot.

⁶⁷¹ A cselekmény lehetséges következményei nagyon sok tényezőtől függenek, így többek között a cselekmény tartamától és gyakoriságától, a kifejtésének módjától, a tettes személyétől, a környezet reakciójától, valamint a passzív alany életkorától, érettségének fokától, pszichés állapotától és érzékenységétől (HANGARTNER 1998, 39. p.; hasonlóan S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1523. p.).

⁶⁷² Képzeli el azt a helyzetet, amikor a gyermek kezdeményezi a nemi cselekményt, de egy bizonyos szinten túljutva azt már kellemetlennek és idegennek érzi, ellenkezésének azonban nem ad hangot, és tűri, hogy idősebb partnere azt tovább folytassa. Egy ilyen helyzet is magában hordozza a személyiségfejlődés veszélyeztetését, a cselekmény büntetőjogi értelemben azonban nem tekinthető nem konszenzuális cselekménynek. A büntetőjogi dogmatika és a büntetőeljárás nem alkalmas az ilyen helyzetek pontos leképezésére.

⁶⁷³ Ilyen helyzet mindkét tényállási elem kapcsán előfordulhat. Így pl. 14 évét már kevéssel betöltött gyermek önrendelkezése is sérülhet a már ismert formában. A másik oldalon pedig a nemi cselekmény elkövetési magatartásként való meghatározása is lehet korlátozó hatású a büntetőjogi felelősség megállapításában. Így ha a

2.1. A megrontás mint absztrakt veszélyeztetési bűncselekmény

2.1.1. Az absztrakt veszélyeztetési bűncselekményekre általában az jellemző, hogy a mindenkor védett jogi tárgy konkrét esetben történő veszélyeztetésétől függetlenül megvalósulnak, a törvény csak feltételezett veszélyhelyzet indíciúmainak fekteti le és a veszélyhelyzet a törvényi tényállásban eredményként nem szerepel. Ennek az is következménye lesz, hogyha a konkrét esetben a veszélyhelyzet lehetősége kizárt, akkor ez sem a tényállásszerűség, sem a jogellenesség szintjét nem érinti, mert a cselekmények büntetendőségének motívuma általában a veszély kiváltására való alkalmasságuk. Ily módon egy általában veszélyesnek tartott magatartás lesz önmagában tiltott, ami a büntetőjogi fellépés határainak előrehozatalát jelenti.⁶⁷⁵

Jogtárgyi szempontból az absztrakt veszélyeztetési bűncselekmény a tiltott magatartás veszélyességének hipotézisre épülnek. A megrontás esetében e hipotézisnek a törvényi tényállási megjelenítése azt eredményezi, hogy a bizonyítási eljárásnak egyedül a tiltott magatartás, azaz a 14 év alatti passzív alannal folytatott nemi cselekmény megtörténtére kell kiterjednie. A jogalkalmazónak nem kell vizsgálnia, hogy a nemi cselekmény miatt a gyermek személyiségfejlődése veszélybe került-e, abban következtek-e be károsodások, de még csak azt sem, hogy a tettes magatartása – figyelembe véve az elkövetési szituáció összes körülményét – alkalmas volt-e a gyermek veszélyeztetésére.⁶⁷⁶ Így a másik oldalon az sem megengedhető, hogy a bíróság ellenbizonyítást folytasson le, és a gyermekre gyakorolt káros hatások hiányába az elkövető büntetőjogi felelősségét kizárja.⁶⁷⁷ A jogi tárgy körüli empirikus

gyermek személyiségfejlődésének kifejezett zavarát az erős bűntudatot közvetítő szexuális nevelés idézi elő, akkor ez már kívül esik a nemi bűncselekmények körén (vö. REHBERG–SCHMID–DONATSCH 2003, 404. p.). A magyar büntetőjogban érdekes lenne egy ilyen szituáció esetleges büntetendőségét a kiskorú veszélyeztetése [Btk. 195. § (1) bek.] alapján megvizsgálni (lásd még a szexuális önrendelkezés pozitív oldalának büntetőjogi védelmével kapcsolatban írtakhoz I. Fejezet 1.1.).

⁶⁷⁴ KRAMER 1981; HANGARTNER 1998, 38-39. p.; LAUBENTHAL 2000, 98. és 102-103. p.; SUTER-ZÜRCHER 2003, 34. p.; HORN–WOLTERS-SK § 176, 3. p.; TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1062. p.

⁶⁷⁵ KRAMER 1981, 3. p.; a magyar jogirodalomból lásd NAGY 2004, 167-168. p.

⁶⁷⁶ HORN–WOLTERS-SK § 176, 2. p. Ennek megfelelően mondta ki a BGH, hogy – a konkrét esetben – egy 3 éves kisgyermek sérelmére történő elkövetésnél a gyermeknek nem kell semmilyen szinten sem felismernie, hogy szexuális jellegű manipulációról van szó (BGHSt 29, 72.).

⁶⁷⁷ Uo. 3. p. és S/S–LENCKNER–PERRON–EISELE 1523. p. Így tett egy az 1970-es évekből származó esetben a müncheni tartományi felsőbbbíróság (OLG München). A felmentés indoklásában kifejtette, hogy „a vádlott nem a gyermekek akaratával ellentétesen járt el. [...] Sőt, a gyermekek kifejezett érdeklődést mutatott a vádlott cselekményei iránt. Ezt a vádlott csak kihasználta, anélkül, hogy bármilyen testi vagy pszichés kényszer fejtett volna ki. [...] Ehhez még azt is hozzá kell tenni, hogy a gyermekek a környezetükből és a neveltetésükből adódó, elve meglévő károsodásukon felül a vád tárgyává tett cselekménnyel összefüggésben további pszichés károsodást nem szenvedtek el” (ismerteti és bírálja HERMANN-KOLB 2005, 99. p.). Feltűnő, hogy a bíróság itt a

bizonytalanságok eleve megnehezítik, ha nem egyenesen kizárják egy ilyen jellegű bizonyítás lehetőségét.

A törvényi tényállás tehát generális jelleggel, minden egyéb körülményre tekintet nélkül megtiltja a védett korba eső gyermekekkel nemi cselekmény folytatását. E tilalom alól legfeljebb az elkövető szintén alacsony életkora jelenthet némi eltérést. A tiltott cselekmény ilyen egyszerű meghatározása azt vonja maga után, hogy a tényállásszerűség köre nagyon sokféle magatartásra és életbeli szituációra, a passzív alany veszélyeztetésének foka szempontjából nagyon különböző magatartásokra terjed ki. Így a vérfertőző jellegű vagy nemi zsarolással, nem kvalifikált fenyegetéssel megvalósuló esetek éppúgy tényállásszerűek, mint a 14. évét éppen betöltött fiú és 13 éves barátnője közötti közösülés.

A jogalkotási anyagok azt tükrözik, hogy a magyar jogalkotóval szemben (lásd e Fejezet bevezetőjét) a német jogalkotó tisztában volt azzal, hogy a gyermekek fejlődésének nemi cselekmények általi veszélyeztetését konkrét esetekben aligha lehet bizonyítani. Ugyanakkor a passzív alanyi kör, a gyermekek védelmének kiemelkedő fontosságára tekintettel éppen a „szexuális magatartások károosságának bizonytalansága miatt” döntött úgy a német jogalkotó, hogy továbbra is fenntartja a büntetőjogi tilalmat, és a tilalmazott magatartások körén azok átfogó jellege ellenére sem változtatott az 1973. évi reformok során.⁶⁷⁸

A helyzetet áttekintve érdekes konklúzió vonható le. Eszerint míg a magyar jogalkotó a veszélyesség „nyilvánvalóságából” kiindulva teremtette meg 1961-ben a széleskörű pönalizációt, addig a német jogalkotó pont az ellenkezőjét, a „károosság bizonytalanságát” vette figyelembe a büntetendőség szintén tág körének 1973/74. évi fenntartásakor.⁶⁷⁹

Pont e bizonytalanságra tekintettel jelent meg olyan vélemény a német büntetőjogi irodalomban, hogy a jogalkotó valójában egy új bűncselekmény-típust hozott létre. A megrontás eserint nem tekinthető absztrakt veszélyeztető bűncselekménynek sem, mert a nemi cselekmény jogtárgysértésre általában való alkalmassága sem bizonyított és általánosan elfogadott. Ezért a megrontással egy ún. rizikóbűncselekmény (Risikodelikt) jött létre, amely esetében a jogtárgysértés bizonytalan.⁶⁸⁰

már eleve pszichésen károsodott gyermekektől vonta meg a további büntetőjogi védelem lehetőségét. Az ilyen téves értelmezés eredményeként kialakult joghelyzet kísértetiesen hasonlít azoknak az időeknek a morálbüntetőjogához, amikor csak tisztességes gyermek sérelmére lehetett e bűncselekményt elkövetni.

⁶⁷⁸ Lásd BECK 1988, 71. p.; RENZIKOWSKI-MK 1114. p.; S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1523. p.

⁶⁷⁹ Meg kell jegyezni ugyanakkor, hogy a '78. évi magyar Btk. előkészítése során a kodifikátorok már nem olyan kategorikus kijelentéseket tettek a büntetendőség miéttéről, mint a '61. évi kódex idején. A fogalmazás árnyaltabb, és a bizonytalansági tényezőket is felemlítenek (lásd LÁSZLÓ 1989, pl. 179. p.). A büntetendőség körét a jogalkotó némileg változott szemlélete azonban nem befolyásolta.

⁶⁸⁰ Kaufmann nyomán BECK 1988, 72. p.; lásd még S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1523. p.

2.1.2. A jogalkotónak az absztrakt veszélyeztetési tényállások kialakításánál fokozott körültekintésre kell(ene) törekednie, hiszen e tényállások büntetést egyáltalán nem érdemlő, jogtárgysértéssel egyáltalán nem járó konkrét cselekményeket is pönalizálhatnak, ami jogállami szempontból aggályos. Emellett jogtárgysérlemmel járó esetekben is előfordulhat, hogy a büntetőjogi beavatkozás ezt a sérelmet csak tovább fokozza. Ezért akkor jár el helyesen a jogalkotó, ha a büntetendőség körének kialakításánál a kérdéses jogi tárgyat (itt a gyermek személyiségvédelmét), továbbá – az empirikus kutatások alapján – a veszélyeztetés lehetséges fokát, a sérelem bekövetkezésének valószínűségét mérlegre teszi azokkal a konkrét egyént, valamint a társadalmat érintő káros következményekkel szemben, amelyek a kriminalizációból és a büntetőeljárásból fakadnak.⁶⁸¹

A megrontás esetében két okból is fontos e mérlegelés elvégzése. Egyrészt a tényállás körét egyedül a nemi cselekmény határozza meg⁶⁸², úgy hogy – mint láttuk – a nemi cselekmény önmagában tipikusan nem alkalmas a gyermek fejlődésének veszélyeztetésére. Másrészt a szexualitás lényegénél fogva már maga a büntetőjogi fenyegetettség magában hordozza az ún. *másodlagos viktimizáció veszélyét*. A büntetőeljárás lefolytatására pedig ez különösen igaz.

Előfordulhat, hogy egyes gyermekek esetében a pszichés fejlődésük veszélyeztetését a nemi kontaktus maga még nem, hanem kizárólag közvetlen környezetük, a családtagok negatív reakciója, és az emiatt keletkező büntudat okozza.⁶⁸³ A szülőknek és más a gyermek számára fontos személyeknek a történelem miatti felháborodása és értetlensége éppen a gyermek számára kívánatos megnyugvás ellen hat, és e túlzott reakciók sok esetben a már egyébként is megbomlott bizalmi viszonyt vagy a helytelen szexuális nevelést tükrözik.⁶⁸⁴ Sőt, a nemileg már érett passzív alanyok tipikusan nem tesznek feljelentést a partnerük ellen, helyettük ezt éppen a szülők teszi meg, sokszor annak érdekében, hogy az általuk nem kíván párkapcsolatot ily módon akadályozzák meg.⁶⁸⁵

⁶⁸¹ KILLIAS–REHBINDER 1983, 298-299. p. Ez a fajta mérlegelés és problémalátás a '61. évi kódexszel ellentétben a hatályos Btk. kodifikálásakor már megjelent. Így az előkészítési anyagokban azt olvashatjuk, hogy „nem tudjuk azonban azt, hogy a személyiség mindenoldalú fejlődését nem akadályozza-e jobban, ha egy szexuálisan érett, határozott tárgyra irányuló vágyakkal bíró, de szellemileg még nem teljesen kiforrott lányt vagy fiút, szexuális téren túlzott mértékben korlátozunk. Nem valószínű az sem, hogy egy maszturbáló leány vagy fiú számára a másik nemi teremtetett szexuális kapcsolat okvetlen fejlődési károsodással jár csak azért, mert még a 14. életévét nem töltötte be” (LÁSZLÓ 1989, 279. p.).

⁶⁸² SCHICK-WK 48. és 61. p.

⁶⁸³ DESSECKER 1998, 5. p.

⁶⁸⁴ BECK 1988, 71. p.

⁶⁸⁵ GRAUPNER 1997, 288. p.

A büntetőjogi fenyegetettséggel övezett tabu és a lebukás veszélye – egy nemileg érett passzív alany esetén különösen – már maga akadályát képezi a tartós nemi kapcsolat kialakításának, és vezethet gyakori partnercseréhez és/vagy a bujkálás kényszere miatt a szexuális kapcsolathoz nem éppen ideális helyek igénybe vételéhez (pl. parkban éjjel, teherautóban, elhagyott raktárban stb.). A büntetőjogi fenyegetettség ugyanakkor zsarolási eszközt is ad gyermek kezébe, és ennek esetleges felismerése a gyermek intim kapcsolataink belső minőségét és ezzel a gyermek személyiségkarakterének fejlődését ténylegesen káros befolyásolhatja.⁶⁸⁶

A sértettként megjelenő gyermek *büntetőeljárás által* kiváltott és az elsődleges traumához hozzáadódó terhelése már a nyomozati szakban megkezdődik. Az (akár ismételt) kihallgatás, a tárgyalásig eltelt hosszú idő, a gyermek ismereteinek hiánya a nyilatkozatai jelentőségéről, és egyáltalán a büntetőeljárás mibenlétéről olyan stresszfactorok, amelyek az egyén lelki diszpozíciójától függően nagyon eltérő érzelmi reakciókat válthatnak ki. Kellemetlen terhet jelent, hogy a gyermeknek az intimszférája részleteit kell felfednie a hatóság előtt, és ez annak az érzésével párosulhat, hogy vele szemben bizalmatlanok, sőt sor kerülhet a gyermek szavahihetőségének vizsgálatára is. Családon belüli elkövetés esetén különös nyomás nehezuul a gyermekre maguktól a családtagoktól, ami sok esetben a vallomásmegtagadási jog érvényesítését eredményezi.⁶⁸⁷

2.1.3. A német jogalkotó 1997-ben, a 6. büntetőjogi reformtörvénnyel (6. StrRG) nagyon furcsa és vitatható megoldáshoz folyamodott. A magyar terminológia szerinti megrontásnak megfeleltethető, a dStGB 176. §-ban szabályozott absztrakt veszélyeztető bűncselekményhez képest létrehozott egy minősített esetet [dStGB 176a. § (2) bek. 3. pont], amely akkor valósul meg, ha a „tettes cselekménye folytán a gyermek súlyos egészségkárosodásának, illetve testi vagy lelki fejlődése jelentős károsodásának veszélye áll fenn”. Végeredményben ez azt jelenti, hogy az absztrakt veszélyeztető bűncselekménynek kialakították a *konkrét veszélyeztető minősített esetét*.⁶⁸⁸

E joghelyzet azért tekinthető problémásnak, mert az alapeset (gyermekkel való szexuális visszaélés) büntetendőségének alapját ugyanez a hipotetikus veszély képezi, amelyet az empirikus ismeretek hiányossága és a bizonyítás nehézségek miatt nem fogalmaztak meg eredményként a törvényben. Ez volt az indoka az absztrakt veszélyeztetési

⁶⁸⁶ Uo. 299. p.

⁶⁸⁷ LAUBENTHAL 2000, 101. p. Lásd még KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 211-212. p.

⁶⁸⁸ RENZIKOWSKI 1999b, 440. p.

konstrukciónak. Ehhez képest 1997-ben megjelent ugyanez a veszélyhelyzet, de immár eredményt képező konkrét veszély formájában. Mintha a német jogalkotó a bizonyítási nehézségekről elfeledkezett volna pár évtized alatt. E minősített eset léte viszont bizonyítási kényszerbe sodorhatja a bíróságokat, és fennáll a veszélye, hogy állandó gyakorlattá válik a gyermek veszélyeztetésére lefolytatott pszicho-szociális jellegű bizonyítás-felvétel. Mindez áttekinthetetlen kazuisztikához vezet, és az in dubio pro reo elvével sem egyeztethető össze.⁶⁸⁹

Mindez még azzal egészíthető ki, hogy a minősített esetre kiterjedő bizonyítási eljárás nagy mértékben fokozza a másodlagos viktimizáció által elszenvedett károkat. Az elkövető szigorúbb megbüntetése érdekében a passzív alany ilyen súlyos megterhelésnek való kitétele nem tolerálható „költsége” a büntetőeljárásnak.

Összességében elmondható, hogy a nemi kontaktusból fakadó veszélyeket és a másodlagos viktimizáció veszélyeit egyaránt szem előtt kell tartani a törvényi tényállás meghatározásánál. A konkrét veszélyeztető bűncselekményi konstrukció több okból sem engedhető meg, de az absztrakt veszélyeztetési koncepció körében is visszafogott fellépés szükséges a jogalkotó részéről.

A tényállási elemek jogtárgyharmonikus vizsgálatát a következőkben fogom elvégezni. Elsőként tisztázandó a passzív alanyok körének meghatározása, majd az elkövetési magatartások vizsgálata (nemi cselekmény és előkészületi magatartások), végül pedig az elkövetők köre.

2.2. A passzív alanyok meghatározása

A korábbiakban részletesen volt arról szó, hogy a pubertás jelenti az emberi szexualitás fejlődésének második fázisát. A nemi éréssel a gyermek is felveszi a felnőttre jellemző szexuális motivációkat és partnerorientáltságot, innentől kezdve hasonló lelki és pszichés háttérrel fejtik ki nemi cselekményeiket. Ez alapján kézenfekvőnek tűnne, hogy a nemi érettséghez képest a határozzuk meg a passzív alanyok körét, hisz a nemileg érett személyek esetén a konszenzuális nemi cselekményekkel szemben már nem lehet szükség büntetőjogi védelemre.

⁶⁸⁹ Uo.

2.2.1. A nemi éretlenség vagy önrendelkezési képesség mint tényállási elem?

A) Négy évtized vizsgálatai azt mutatják, hogy a – közhiedelemmel ellentétben – a fiúk és a lányok esetén az első menstruáció (menarche), és az első magömlés (ejakularche) közel azonos életkorban, a 12-13. év körül következik be. Ebben az időszakban általában még sem a fiúk, sem a lányok nem termékenyek, de a szexuális érettséget a tudomány ma már nem kapcsolja össze a nemzőképességgel (a szexualitás mint életbeli jelenség szempontjából annak nincs jelentősége).⁶⁹⁰ Ebben az időszakban azonban a másodlagos nemi jellegek még fejlődésben vannak.⁶⁹¹

Az nyilvánvaló, hogy a menarche és az ejakularche bekövetkezése szükséges feltétele a nemi érettségnek. De kérdés, hogy elégséges feltétele is egyben? A magyar szakvélemény a másodlagos nemi jellegek hosszabb fejlődésével arra engedne következtetni, hogy ez még nem elégséges feltétele a nemi érettségnek. Viszont a szakvélemény hiányosságának tekinthető, hogy dodonai megfogalmazásával csak sejtet, de egyáltalán nincsenek benne feltüntetve azok az *egyéb szempontok, amelyek alapján a nemi érettség meghatározható*. A szakvélemény még csak a másodlagos nemi jellegeket sem határozza meg, és feltűnően hallgat arról, hogy a nemi érettségnek a testi változásokon túl milyen pszichikai tényezői vannak. Az érthető, hogy a nemi érettség megállapítása orvosi szakkérdés, de az már kevésbé, hogy ennek szempontjait legalább említésszerűen miért nem lehetett a kodifikációs bizottság számára megadni.

Egyébként a törvény előkészítése során felmerült olyan javaslat, amely a passzív alany nemi éretlenségét emelte volna be a tényállásba. Ezt a kodifikátorok végül elvetették, tekintettel arra, hogy nagyon bizonytalan e kategória, sőt olyan konkrét megállapítás is található, amely szerint „vitatható e fogalom tudományos megalapozottsága”.⁶⁹² Sőt, felmerült egyfajta kombinatív megoldás is, amely a nemi érettséget el nem ért, 14. év alatti passzív alanyból indult volna ki, de ugyanilyen megfontolásból ezt sem fogadták el.⁶⁹³

Abból pedig, hogy a nemi érettség megállapítása orvosi szempontból is bizonytalan, egyenesen következik, hogy az elkövető ezzel kapcsolatos tudattartalmát szinte lehetetlen

⁶⁹⁰ GRAUPNER 1997, 202. és 213. p. A '78. évi Btk.-t kodifikációs munkálatai során beszerzett orvosi szakvéleményben írtak is ezeket az adatokat, mind a lányokra, mind a fiúkra, a 12-13. életévet jelölik meg (lásd LÁSZLÓ 1989, 284-285. p.).

⁶⁹¹ LÁSZLÓ uo.

⁶⁹² A bizottság számára rendelkezésre állt és az előbb már említett szakvélemény ismeretében nem lehet csodálkozni ezen a kijelentésen. Uo. 283., 286. és 291. p.

⁶⁹³ Uo.

volna bizonyítani.⁶⁹⁴ Ezzel a tényállás védelmi célja hiúsulna meg.⁶⁹⁵ A testi fejlettség vizsgálata mellett is különös problémát jelentene a gyermek pszichés kondícióinak vizsgálata. Ugyanúgy, mint ahogy annak megállapítása sem történhet meg megnyugtatóan, hogy bizonyos pszichés változások a cselekmény következményeként vagy más okokból álltak-e elő (ez is indokolja az absztrakt veszélyeztető konstrukció alkalmazását). A gyermek érettségének vizsgálatával a büntetőeljárás a visszájára fordulna, és az eljárás központi kérdésévé annak eldöntése válna, hogy a gyermek védelemre méltó-e avagy sem. Ez a másodlagos viktimizáció komoly veszélye miatt semmiképpen sem engedhető meg.⁶⁹⁶ Ezt még azzal egészíteném ki, hogy elvi szempontból is kérdéses egy ilyen megoldás. Hiszen a passzív alany védelemének szükségességét a jogalkotónak kell minden bűncselekmény kapcsán egyértelműen eldöntenie, ez nem jogalkalmazói feladat. Ennek hiányában a jogalkotói és a jogalkalmazói kompetencia összemosódásának veszélye áll fent.

A passzív alany nemi éretlenségét tehát nem szabad tényállás elemmé tenni.

B) Ahogy nem szabad tényállási elemmé tenni a gyermek szexuális önrendelkezésre képtelenségét sem. A német büntetőjog ebben a kérdésben is szolgál negatív példával. A dStGB 182. §-a szabályozza a fiatakorúakkal való szexuális visszaélés bűncselekményét. A (2) bekezdés szerint a 21 évnél idősebb tettes akkor büntetendő, ha a 16 évnél fiatalabb gyermekkel úgy végez, végeztet nemi cselekményeket, illetve mással folytatott cselekményre rábírja, hogy ehhez *a sértett szexuális önrendelkezési képességének hiányát használja ki*.

Ezt a rendelkezést a 29. büntető novella (29. StrÄndG) vezette be 1994-ben, amikor is eltörölték a homoszexuális cselekménybe való beleegyezés magasabb (18. év) korhatárát.⁶⁹⁷ A rendelkezés beiktatását SCHROEDER javasolta, annak érdekében, hogy létrejöjjön egy, a nemi orientációtól független egységes ifjúságvédelmi tényállás, amelynek megalkotása emellett a régi és az új német tagállamok büntetőjogának összehangolását is célozta.⁶⁹⁸ A jogalkotási helyzet összefüggései ugyanakkor burkoltan magukban hordozzák annak lehetőségét, hogy a 14 év feletti fiúktól homoszexuális kapcsolatok esetén elvitassák a szexuális önrendelkezés jogát. Különösen igaz ez, ha még a 16 éves korhatár kapcsán is olyan véleményekkel találkozni, amelyek szerint „továbbra is kérdéses, hogy helytálló-e a jogalkotó

⁶⁹⁴ NAGY-SZOMORA 2004. II. 24. p.; FÖLDVÁRI 2005, 212. p.

⁶⁹⁵ ILG 1997, 160. p.

⁶⁹⁶ Vö. SUTER-ZÜRCHER 2003, 33. p.; STRATENWERTH-JENNY 2003, 143. p.

⁶⁹⁷ LAUBENTHAL 2000, 147-148. p. és GÖSSEL 2005, 5-6. p.

⁶⁹⁸ Lásd SCHROEDER 1994, 1502. és köv. p.

feltevése, miszerint a 16 éves fiúknak már adott lenne a szexuális önrendelkezési képessége”.⁶⁹⁹

A 16 éves korhatár beiktatását azzal magyarázta a jogalkotó, hogy „a még le nem zárult nemi érési folyamat és a még hiányzó szexuális autonómia oda vezethet, hogy a felnőttek általi szexuális visszaéléseknek káros következményei lehetnek a fiatalok szexuális fejlődésére”.⁷⁰⁰ Ez a jogalkotói felfogás első körben azt eredményezte volna, hogy a sértett „éretlenségének kihasználását” emelték volna be a törvényi tényállásba. Ezt a megoldást a parlamentben hevesen kritizálták a bizonytalansága és a büntetőeljárásból a sértettre származó káros hatások miatt. Az már más kérdés, hogy ez a helyzet a végül elfogadott „hiányzó szexuális önrendelkezési képesség” kitétellel mit sem változott.⁷⁰¹

E törvényi tényállás kapcsán a bíróságoknak a fent már írt bizonyítási nehézségekkel kell szembe nézniük. A szexualitástudomány számára is kérdéses, hogy ebben az életkorban adott-e és milyen jellegű a hetero- vagy homoszexuális orientáció. A büntetőeljárásban ez a kérdés végképp tisztázhatatlan. Létezik olyan értelmezési javaslat, amely a szexuális önrendelkezési képesség tartalmát próbálja speciálisan meghatározni. Eszerint e képesség feltételezi *minden olyan tényező ismeretét*, amely a magatartással kapcsolatos megfelelő döntést jellemzi: így az indíttatás és orientáció, továbbá a konkrét nemi cselekmény jelentése és jellege, valamint hogy milyen veszélyeket hordoz ez a további személyiségfejlődésre (sic!).⁷⁰²

A szexuális önrendelkezési képességnek ezt a meghatározását a dolgozatomban korábban sem fogadtam el, sem a mentálisan egészséges felnőttek, sem kóros elmeállapotúak, sem a gyermekek kapcsán (lásd 1.1.2.). Tényállási elemmé legfeljebb a korábban megadott minimális tartalmi követelményekkel szabad tenni, ahogy azt az erőszakos nemi bűncselekmények kapcsán megadtam. Az itt újból kritizált értelmű felfogása – ahogy már korábban is szó volt róla – egyrészt sérti az egyenlő bánásmód követelményét, másrészt ebben az értelemben ugyanúgy kezelhetetlen tényállási elem, mint a nemi érettség.

Ez a megoldás is *távolodást jelent az absztrakt veszélyeztetési konstrukciótól*, hiszen már nem általában a nemi cselekmény veszélyeztetésre való alkalmasságából indul ki, hanem ezt a konkrét sértett pszichés fejlettségéhez kapcsolja. Mind a nemi érettség, mind a szexuális önrendelkezési képesség tényállási elemként való kezelése gyakorlatilag *összeegyeztethetetlen*

⁶⁹⁹ Így S/S-LENCKNER-PERRON-EISELE 1578. p.

⁷⁰⁰ Idézi uo. 1579. p.

⁷⁰¹ LACKNER-KÜHL 2004, 757. p.

⁷⁰² Egy konkrét BGH-döntés (BGHSt 42, 399) alapján alakítja ki ezt a véleményét HORN-WOLTERS § 182, 5. p. Hasonló álláspontot foglal el többször is LAUBENTHAL 2000, 97-98. p (általában) és 154. p. (a bűncselekmény kapcsán).

a bűnösségen alapuló felelősség elvével, a gyakorlat egyedül objektív felelősségi konstrukcióban lenne képes alkalmazni. Minden ezzel kapcsolatos ellentétes törekvés, a bűnösségre lefolytatott bizonyítás véleményem szerint címkézési csalás, amely megpróbál szubjektív felelősséget kreálni az objektív felelősségből.⁷⁰³

A német mellett egyébként az osztrák Btk. is kísértetiesen hasonló és vitatható megoldással él a 207b. § (1) bekezdésében.⁷⁰⁴

A fentiek alapján leszögezhető, hogy az absztrakt veszélyeztetési konstrukció – minden hátránya ellenére is – egyedüli járható megoldásnak tűnik. A passzív alanyok körének meghatározása pedig csak az életkori határ pontos meghúzásával képzelhető el. Bármilyen furcsának tűnik, e bűncselekmény esetében az absztrakt veszélyeztetési koncepció és a korhatárhúzás inkább összeegyeztethető a bűnösségen alapuló felelősség elvével is, mint a konkrét veszélyeztetési jellegű vagy a nemi érettséggel operáló megoldások.

2.2.2. A korhatár-megállapítás kérdései

A) A passzív alanyi kör meghatározásának nem tökéletes, de járható útja az életkori határ megállapítása, amit a magyar mellett az általam vizsgált más országok kódexei is követnek. Az ún. beleegyezési korhatár fix megállapítása abból a szempontból hátrányos, hogy nincsen tekintettel arra, hogy a nemi érés egyénenként lényeges eltérésekkel zajló folyamat. A törvényi korhatár csak az átlagból indulhat ki, és így előfordulhat, hogy korán érő gyermekeknek feleslegesen biztosít büntetőjogi védelmet, míg a későn érőket védelem nélkül hagyja.⁷⁰⁵ Mint látható volt, a jogtárgyvédelemhez jobban igazodni próbáló megoldások a büntetőjog számára alkalmazhatatlanok. Találó az a megállapítás, hogy a „határ megállapításának fájdalma minden normatív tételezésnek elkerülhetetlen velejárója”.⁷⁰⁶ Különösen igaz ez bármilyen életkori határ megállapítására, akár elkövetői, akár passzív alanyi oldalon.

⁷⁰³ E kérdéseken túl is vannak olyan kifogások, amelyek joggal merülnek fel a rendelkezés értelmetlenségével kapcsolatban. Így RENZIKOWSKI mutat rá, hogy értelmetlen 5 éves korkülönbséget megkövetelni a passzív alany és a tettes között, ha a passzív alany hiányzó önrendelkezési képessége a feltétel. Mert ekkor teljeskörű védelemben kellene részesíteni. Ha pedig az életkori különbség mögött rejlő alá-fölérendeltségi viszony a mérvadó, akkor miért feltétel ezen felül még a hiányzó önrendelkezési képesség (MK 1297. p.). Az itt szembeállított szempontoknak általában a megrontás jogi tárgya kapcsán is jelentőséget tulajdonítottam, viszont az idézett megállapítás is jól mutatja, hogy e kategóriákat nem lehet a jogi tárgy köréből tényállási szintre emelni, mert alkalmazhatatlanságot eredményeznek.

⁷⁰⁴ Lásd SCHICK-WK 80. p.

⁷⁰⁵ Vö. STRATENWERTH-JENNY 2003, 143-144. p.

⁷⁰⁶ RENZIKOWSKI-MK 1111. p.

A vizsgált országokban a nemi cselekménybe való beleegyezés korhatárát a 14. életévben határozták meg (Ausztria és Németország esetén ez az átfogó tilalomra igaz). Az alábbiakban tekintsük át, hogy hogyan egyeztethető össze a jogtárgykérdés kapcsán írtakkal ez az életkori határ.

Mint látható volt, a nemi érés szempontjából legfontosabb biológiai tünetek a 12-13. év körül általában már adóttak. Ez a hormonális változások hatására szükségszerűen együtt jár azzal, hogy megindul a gyermek szexuális fejlődésének második fázisa, és a gyermeki pszichoszexuális beállítottság a felnőttekére jellemzőre változik. A kísérletező szexuális játszadozás helyébe a saját szexualitáshoz való jogra, valamint a saját testtel való rendelkezésre való igény lép. A nemi érettség összetetőit ugyan nem lehet egzakt módon meghatározni, annyi azonban bizonyosnak látszik, hogy a hormonális változások szempontjából a menarche és az ejakularche jelenti a legfontosabb és leglényegesebb változást.

Ez még nem jelenti azt feltétlenül, hogy a büntetőjogi védelemnek csak eddig kellene terjednie. A jogi tárgy meghatározása kapcsán utaltam arra, hogy a gyermek önrendelkezési képessége a felnőtt partnerhez képes relatíve korlátozott, ami a gyermek kiszolgáltatott, függő helyzetéből fakad. A jogi tárgy meghatározásánál nem csak a nemi érettséget, hanem ezt a helyzetet is figyelembe vettem. E jellemző pedig minden további nélkül indokolhatja, hogy 12. vagy 13. év helyett a 14. életévben legyen megállapítva a korhatár. Ebben az életkorban a gyermekek nagy többségéről már elmondható, hogy nagyobb fokú önállóság jellemzi őket, és kialakulnak azok a készségeik, amelyekkel a felnőttek közeledésével szemben akár ellentétes akaratukat is határozottan ki tudják nyilvánítani.⁷⁰⁷ Az olyan megállapítások, amelyek szerint a pszichés érés később következik be, mint a testi érés, általában a pszichoszexuális fejlődésre vonatkoznak⁷⁰⁸, de véleményem szerint a felnőttekkel szembeni önrendelkezés fejlődésére is értelmezhetők.

A '78. évi Btk. során szerzett orvosi szakvélemény – bár dodonai indokolással – de maga is a 14 éves korhatár fenntartását javasolta.⁷⁰⁹ Több olyan szakvélemény is ismert Európában, amelyeket kormányzati vagy kormányközi bizottságok kértek be, és amelyek szintén a 14. év megállapítását látták indokoltnak.⁷¹⁰

⁷⁰⁷ Vö. GRAUPNER 264-265. p. és 312-313. p.

⁷⁰⁸ Így pl. SCHICK-WK 10. p.; SUTER-ZÜRCHER 2003, 32. p.

⁷⁰⁹ Lásd LÁSZLÓ 1989, 285. p.

⁷¹⁰ Ezeket ismerteti GRAUPNER 1997, 187. és 196. p. (így az Európa Tanács; Svájc; Svédország; Dánia; Ausztria).

A kérdés nehézségét és az álláspontok sokszínűségét mutatja, hogy a korábban már említett nemzetközi jogi instrumentumok (az ENSZ-Egyezmény, a friss ET-Egyezmény és az uniós Kerethatározat) teljes egészében lemondanak a beleegyezési korhatár megállapításáról. Az ET-Egyezmény ebben a kérdésben kifejezetten a nemzeti jogokra utal (669. lj.).

B) Tanulságos lehet annak áttekintése, hogy hogyan alakulnak a beleegyezési korhatárok az Európai Unió tagállamaiban. A kép meglehetősen nagy szórást mutat:⁷¹¹

- 13. év: Spanyolország, (Ciprus*);
- 14. év: Ausztria, Németország, Olaszország, Luxemburg, Portugália, Litvánia*, Észtország, Magyarország, Bulgária⁷¹²;
- 15. év: Dánia, Franciaország, Görögország, Svédország, Csehország, Lengyelország, Szlovákia (és Szlovénia*);
- 16. év: Belgium, Finnország, Hollandia, Skócia/Anglia⁷¹³ és Wales, (Lettország*);
- 17. év: Írország és Észak-Írország
- 18. év: (Málta*).

Az újonnan csatlakozott Romániáról nem áll megbízható adat a rendelkezésemre, 10 évvel ezelőtt egyedül a lányokkal folytatott közösülésre szabályoztak alsó korhatárt, ami 14 év volt.⁷¹⁴ Ezzel el is jutottunk ahhoz a ponthoz, ahol látszanak az összehasonlítás korlátai. *A magyar szabályozás szempontjából ott látom csak értelmét az összehasonlításnak, ahol szintén valamennyi nemi cselekmény bármilyen nemű gyermek esetén büntetendő, más esetben*

⁷¹¹ VERMEULEN–VANDAELE 2005, 272. p. Az alapul vett összehasonlító tanulmányhoz számos módszertani fenntartást kell tennem. *Ciprust* az idézett összehasonlító tanulmány eredeti táblázata a 17. évet előíró államok közé sorolta, tette ezt egy pszichológusok által írt, és rendkívül zavaros jogi terminológiát felvonultató országjelentés alapján. A tanulmányban közölt jogszabálysövegből én mindenesetre inkább azt szűrtem le, hogy a megrontás jellegű bűncselekmények szempontjából az irányadó korhatár nem 17, hanem 13 év, valamint kizárólag a lánnyal való közösülés büntetendő (vö. STAVRINIDES–DEMETRION 2005, 20. p.). *Litvánia* kimaradt az összehasonlító tanulmányból. A vonatkozó országjelentés alapján a beleegyezési korhatár 14 év (vö. SLUSNYS–MOCKEVICIENE 2005, 106. p.). *Szlovénia* esetében lényegesen árnyalja a képet, hogy nagy társadalmi nyomásra 1999-ben 14 évről 15 évre emelték a korhatárt. A felelősség körét viszont annak törvényi megkövetelésével igyekeztek szűkíteni, hogy az érintettek érettsége között nyilvánvaló különbség („obvious discrepancy”) legyen. Ezzel Szlovénia feladta a kizárólag korhatár-megállapításon alapuló szabályozást (vö. PERSAK 2005, 243-245. p.), és ennyiben kilóg az összehasonlítás köréből. *Lettország* esetében szociológusok készítették az országjelentést, amelyben az olvasható, hogy a törvény nem határozza meg a beleegyezési korhatárt, azt a kommentárirodalom teszi 16 évre. Ellenben az általuk közölt, pontosabban szemmel láthatóan kivonatolt jogszabálysöveg tartalmazza a 16. évet. Ez az ellentmondás mindenesetre megkérdőjelezi a tanulmány hitelességét (vö. SNIKERE 2005, 134-135. p.). *Máltával* kapcsolatosan egy 8 évvel korábbi forrás 12 évet jelöl meg, a 6 évnyi különbség elég valószínűtlennek tűnik (vö. GRAUPNER 1997 II. 264. p.). A lehetséges magyarázat szerint a 18 éves életkor egy olyan megrontási tényállásban szerepel (máltai kódex 203. §-a), amely kifejezetten megköveteli, hogy az akár szexuális, akár más módon cselekmények folytán a gyermek erkölcsileg „legyen megrontva”. Itt is a korhatárhoz képest további tényállási elemről van szó (vö. uo. 538. p.).

⁷¹² Lásd GRAUPNER 1997 II. 264. p.

⁷¹³ Angliához lásd még ORMEROD 2005, 630. p.

⁷¹⁴ GRAUPNER 1997 II. 264. és 266. p.

nem lehet arról beszélni, hogy a büntetendőség mögött azonos jogtárgyi megfontolások állnának vagy állhatnának. Ezért Románia mellett Ciprus is kiesik a releváns körből. Szlovénia példája mutatja, hogy a korhatárok összehasonlításának nincs értelme akkor, ha amellett másik tényállási elem is szerepel, mert kilépünk a nálunk adott bűncselekményi konstrukció kereteiből, és így maga a korhatár önmagában nem információértékű. Hasonló a helyzet Málta esetében. A helyzet még tovább bonyolódna, ha kilépnénk az Európai Unió keretei közül.⁷¹⁵

E korlátokat figyelembe véve, és a fenti adatsorból kiindulva, elmondható, hogy – nagy szórás mellett – az uniós tagállamok többségében a 14. és a 15. életévben határozták meg a bejegyzési korhatárt. A hazai szabályozás tehát az uniós tagállamok szabályozásának „fő áramában” található.

C) Ugyanakkor hasznosítható jogirodalom áll rendelkezésre Svájcra, amelynek szabályozása azért lehet érdekes, mert a többséghez képest magas, 16 éves bejegyzési korhatárt állapít meg.⁷¹⁶

A korhatár történeti háttéréről elmondható, hogy Carl Stoos a kódex 1894. évi előtervezetének elkészítésekor a nemi éretlenséget vette fel a tényállásba. Ezt az Első Szakértői Bizottság 1895-ben elvetette, tekintettel a bizonyítási problémákra, és 15 éves korhatárt tűzött ki. A 16 éves korhatár 1902-ből eredeztethető, amikor is a Svájci Nőegyletek Szövetsége kezdeményezte a kodifikációban akkor illetékes Kis Szakértői Bizottságnál, hogy emeljék fel a korhatárt 16 évre, ami bele is került kódextervezetbe, hatályba lépett és a mai napig hatályban van.⁷¹⁷ A svájci kódex 1990-es évekbeli felülvizsgálata során felmerült, hogy a német és osztrák minta alapján 14 évre kellene leszállítani a korhatárt, ami azonban heves vitát váltott ki a jogalkotási eljárás során, és ezért a Szövetségi Tanács tervezete a 16 éves életkort már érintetlenül hagyta.⁷¹⁸

⁷¹⁵ Ehhez lásd GRAUPNER 2007. II. 267-270. p., ahol a földrajzi Európára kiterjedő adatokat közöl.

⁷¹⁶ Svájci Btk. 187. cikk: Nemi cselekmény gyermekkel

1. Aki 16 év alatti gyermekkel nemi cselekményt végez, erre rábírja, vagy nemi cselekménybe bevonja, öt évig terjedő fegyházzal vagy börtönbüntetéssel büntetendő.

2. A cselekmény nem büntethető, ha a résztvevők között a korkülönbség nem több mint 3 év.

(3. és 4. bekezdés a témánk szempontjából nem érdekes).

Forrás: www.admin.ch/ch/d/sr/311_0/a187.html (2007. február 17.). Az idézett két bekezdés 1937 óta változatlan.

⁷¹⁷ SCHULTZ 1982, 249. p. Érdekes megemlíteni, hogy a Zürichi Nőszövetség 1893-ban a 18. év bevezetését követelte (uo.). Ezek az adatok összevágának azzal a korábban *Mayertől* idézett megállapítással, hogy az ifjúságvédelem jelenlegi kialakítása mögött részben feminista ideológia húzódik (vö. 622. l.).

⁷¹⁸ STRATENWERTH–JENNY 2003, 144. p.



A magas életkorból máris az a praktikus probléma fakad, hogy büntethető korú személyek is a védett korba esnek, és így a törvény szövege lehetővé teszi elvileg védett korú személyek megbüntetését. Ez persze a ratio legis-szel összeegyeztethetetlen, a svájci bíróságok mégis sokszor éltek a szöveg adta lehetőséggel, és büntetettek meg 16 év alatti személyeket e bűncselekmény miatt.⁷¹⁹ Hiába tartalmazta a javaslat, hogy a védett korba eső tettesek mentesülnek, ez a rendelkezés nem lépett hatályba.⁷²⁰

A magas korhatár további problémája, hogy nehezen egyeztethető össze a bűncselekmény jogi tárgyával, különös tekintettel a jogi tárgyat övező kétségekre, valamint nincsen tekintettel az akceleráció folyamatára.⁷²¹ A büntetőjogi fenyegetettség nem hat visszataratóan a szexuális aktivitásra, viszont minél magasabb az életkor, annál súlyosabb következményei vannak a másodlagos viktimizációnak: kezdve a büntudattól, a szülő-gyermek viszony elmérgesedésén keresztül egészen az értelmetlen büntetőeljárás által okozott terhelésig. Tovább súlyosítja a problémát, hogy Svájcban a magas korhatár anyagi jogi előírása extrém módon szigorú bűnüldözéssel párosul. Az indokolatlan büntetőjogi beavatkozás által előidézett visszás helyzetet csak az anyagi jog módosítása, a korhatár leszállítása oldhatja meg.⁷²²

2.2.3. Összegzés – a jelenlegi korhatár(ok) fenntartása

A fentiek alapján indokoltnak látszik a Btk.-ban jelenleg is a 14. életévben meghatározott passzív alanyi korhatár fenntartása.

A 12/13. évben általában bekövetkező testi érettség ellenére sem látszik indokoltnak a korhatár leszállítása, tekintettel az önrendelkezési képesség felnőttekkel szembeni relatív értelmezésére.

Az újabb magyar jogirodalomban találunk olyan álláspontot, amely a harmonikus fejlődés biztosítása érdekében korhatáremelést javasol.⁷²³ Mint volt róla szó, a harmonikus fejlődés szexuális absztinenciára való kötelezéssel aligha biztosítható. A magas korhatár káros hatásait jól mutatják a svájci tapasztalatok. Az akcelerációval kapcsolatos empirikus vizsgálatok, pedig döntően az emelés ellen szólnak. A majd fél évszázadot átfogó kutatások elemzése azt mutatja, hogy a 14., 15. és 16. életévben ugrásszerűen megnő a fiatalok szexuális

⁷¹⁹ Ilyen döntéseket idéz és kritizál SCHULTZ 1982, 249. p., valamint STRATENWERTH–JENNY 2003, 144. p.

⁷²⁰ TRECHSEL 1997, 701. p.

⁷²¹ SCHULTZ 1982, 250. p.

⁷²² KILLIAS–REHBINDER 1983, 301-305. p.

⁷²³ Így HÁMORI 2003, 478. p.

aktivitása.⁷²⁴ Ennek a kriminalitás körébe vonása értelmetlen, drasztikus hatású és kifejezetten káros lenne.

Emellett szükségesnek látom a 12. életévben meghatározott korhatár fenntartását is, méghozzá olyan formában, hogy e passzív alanyokat a jelenlegi megrontás minősített esete részesítse fokozott – és a maival egyenlő szintű – büntetőjogi védelemben. Korábban részletesen volt szó (lásd I. Fejezet 4.3.) azokról a dogmatikai problémákról, amelyek a 12. életév alattiakkal konszenzuálisan folytatott nemi cselekmények erőszakos nemi bűncselekményként szabályozásából fakadnak. Ezt oldhatná meg e fokozott védelemnek a megrontás keretében történő biztosítása. A súlyosabb büntetéssel fenyegetés összhangban áll az általam elfogadott jogi tárggyal is. A 12 év alatti gyermekek nemileg még éretlenek, ezért szükséges számukra a fokozott védelem (vö. 1.1.1 és 1.1.3.). A 12-14 év közötti gyermekeknél pedig a felnőttekkel szemben önrendelkezési képességük korlátozott volta miatt szükséges a kriminalizáció fenntartása. A jogi tárgy e két összetevőjének megfelelő leképezését jelentené a 12. és a 14. életév közötti törvényi differenciálás.⁷²⁵

2.2. Az elkövetési magatartások – a nemi cselekmény, az arra való rábírás és az előkészületi alakzatok

2.2.1. A hatályos Btk. szerint a megrontás mind közösüléssel, mind fajtalansággal megvalósítható. A korábbiakban részletesen volt szó mind a közösülés, mind a fajtalanság fogalmaiban általánosságban rejlő dogmatikai problémákról. Ezeken felül a megrontás tényállásában további ellentmondások is fellelhetők e nemi cselekményekkel kapcsolatban.

A közösülés és a fajtalanság büntetendősége között az elkövető életkora szerint differenciál a törvény, eszerint a 18 év alatti elkövető csak a közösülés miatt büntetendő. Így ha pl. ha egy 15 éves fiú a 13 éves barátnőjével hüvelyi úton közösül, akkor bűncselekményt követ el, míg ha pl. análisán közösül, akkor nem. Ez a fajta megkülönböztetés ésszerűtlen, minden indokot nélkülöz.⁷²⁶ Továbbá helyesen mutat rá GÁL, hogy ha az anális vagy orális közösülés büntetlensége esetén méltánytalan a női és férfi nemi szerv pusztá érintkezését – befejezett bűncselekményként – büntetni.⁷²⁷

⁷²⁴ A végzett nemi cselekmények típusaira és gyakoriságára is kiterjedő részletes összehasonlító táblázatokhoz lásd GRAUPNER 1997, 207-209. p.

⁷²⁵ Az életkorokkal kapcsolatban hasonló differenciálást lát szükségesnek ILG 1997, 161. p.

⁷²⁶ Vö. VIZI 2006, 60. p.

⁷²⁷ 2002, 32. p.

Felmerülhet esetleg, hogy a jogalkotó a nem kívánt terhesség veszélye miatt tenné ezt a megkülönböztetést. Ezzel kapcsolatban utalni kell arra, hogy a közösülés – büntetőjogi fogalmából kiindulva – alkalmatlan cselekmény az utódnemzésre.⁷²⁸ Az osztrák büntetőjogban különös problémaként merül fel ez a kérdés, hiszen a jogalkotó a releváns tényállás minősített eseteként szabályozta, ha gyermek teherbe esik [öStGB 206. § (3) bek.]. De az élettani értelemben vett és magömléssel végződő közösülés terhesség előidézésére való alkalmasságával kapcsolatban is jogos az az észrevétel, hogy a – minősítő eredményt képező – eredményre kiterjedő gondatlansághoz szükséges előreláthatóság kritériumának határai nagyon bizonytalanok.⁷²⁹ Figyelembe kell venni továbbá, hogy a passzív alany fiú is lehet, s így ha a közösülés nyomán egy női tettes (pl. egy 14 éves lány) esik teherbe, akkor a minősített eset már nem valósul meg.⁷³⁰ Tisztázni kellene, hogy a fiúkat is védjük-e a nem kívánt apaságtól, vagy csak a lányokat a nem kívánt anyaságtól.

Már csak az ilyen ellentmondások miatt is, véleményem szerint, a nem kívánt terhességet sem a tényállás, sem a jogi tárgy szintjén nem szabad figyelembe venni. A hazai jogalkotási anyagokból nem is olvasható ki a terhesség figyelembe vétele. Sokkal inkább a morális szempontok érezhetők a közösülés ilyen jellegű megkülönböztetése mögött, a hüvelyi közösülés ugyanis csak az erkölcsi szempontok figyelembe vételével tekinthető a leg súlyosabb megítélését igénylő magatartásnak.

A hatályos szabályozás másik problémája a szexuális orientációval való kapcsolatban rejlik, azaz hogy a közösülés kizárólag heteroszexuális cselekményt jelent, így valamennyi homoszexuális cselekmény (pl. a szexuális szférát durván sértő anális közösülés is) fajtalanságnak tekintendő. Ha ezt összeolvassuk az elkövetők életkorával, az a furcsa eredmény adódik, hogy pl. egy 14 éves fiú nem közösülhet a 13 éves barátnőjével, míg pl. egy 17 éves fiú azt csinál a 13 éves fiúpartnerével, amit akar. Mivel közösülni nem tudnak, így minden cselekménye büntetlen marad.

Ez a probléma a 37/2002 (IX. 4.) sz. AB határozatot követően, a 199. § szerinti természet elleni fajtalanság megsemmisítésével állt elő. Az e §-ban megtestesülő és a szexuális orientáción alapuló *közvetlen diszkrimináció* megszűnt, ezzel azonban a megrontás körében „visszajára fordult a diszkrimináció”, amely a heteroszexuális elkövetőket és a homoszexuális kapcsolatok sértettjeit érinti indokolatlanul hátrányosan. Ennek a megkülönböztetésnek ugyanúgy nincs ésszerű indoka, mint a 199. § eredményeként korábban

⁷²⁸ Ez az ellentmondás a vérfertőzés esetén is jelentkezik (lásd III. Fejezet 1.2.4.).

⁷²⁹ BERTEL–SCHWAIGHOFER 2005, 58. p.

⁷³⁰ SCHICK-WK 52. p.

létezett különbségtételnek. A jelenlegi és a korábbi helyzet annyiban tér el, hogy a hatályos szabályozás fordított irányban és *közvetett módon diszkriminál*.⁷³¹ Mint ahogy korábban is volt szó róla, a diszkrimináció lehetősége csak úgy küszöbölhető ki teljes egészében, ha a nemi cselekmény a szexuális orientációtól független tartalommal bír.⁷³²

2.2.2. Az erőszakos nemi bűncselekményekhez hasonlóan, álláspontom szerint, az ifjúságvédelmi tényállásban is a nemi cselekmény kategóriájának differenciálás nélküli szerepeltetése szükséges. A nemi cselekmény súly szerinti megkülönböztetését már az erőszakos nemi bűncselekmények kapcsán sem tartottam jó megoldásnak. Bár az egyes nemi cselekmények eltérő mértékben sértik az egyén szexuális szféráját, a német és osztrák szabályozásból és gyakorlatból kiindulva mégis arra a következtetésre jutottam, hogy az ezen országokban alkalmazott differenciális sérti a jogbiztonság elvét (vö. I. Fejezet 7.2.). E két országban az ifjúságvédelmi tényállásokban is hasonló a nemi cselekmény felosztása az erőszakos nemi bűncselekményekhez, így külön ismertetést már nem igényel.

A megrontás esetében azonban a jogbiztonság kérdéseiig sem kell eljutni, a súly szerinti megkülönböztetés kérdése már a jogi tárgy kapcsán aligha feloldható korlátokba ütközik. A jogi tárgy meghatározása körüli bizonytalanságok még tovább fokozódnak, ha azt próbálnánk meghatározni, hogy mely nemi cselekmények azok, amelyek a gyermek személyiségfejlődését jobban, és melyek azok, amelyek kevésbé veszélyeztetik.⁷³³ A jogtárgysérelmet befolyásoló számtalan – és a tényállásban nem értékelhető körülmény – mellett csak az egyik a nemi cselekmény, amelyről már kiderült, hogy önmagában nem, csak a gyermeki önrendelkezés sérelmén keresztül veszélyezteti a személyiségfejlődést. A törvényi tényállás absztrakt veszélyeztető jellegével sem lenne összeegyeztethető, ha az egyébként is nehezen megfogható absztrakt veszélyt a nemi cselekmények súlya szerint tovább kellene differenciálni.

A magyar Btk.-ban a különbségtétel eddig is csak az elkövetői körre tekintettel történt. Ha felnőttkorú volt az elkövető, a törvény érdemben eddig sem különböztetett a különböző nemi cselekmények között, a törvény szintjén a közösülés és a fajtalanság azonos megítélés alá esett. A '61. évi kódex indokolása is kifejti, hogy a törvény a fajtalanságot és a közösülést

⁷³¹ SZAJBÉLY 2004, 287-288. p.

⁷³² KOVÁCS 2003, 327. p.

⁷³³ Nem mondható pl. az, hogy egy hüvelyi közösülés nagyobb veszélyt jelentene, mint pl. adott esetben egy fájdalmas anális közösülés. És az sem mondható, hogy pl. különböző fetisizta cselekmények végzése (amelyek nem is feltételezik pl. testbe történő behatolást) kisebb veszélyekkel járna a személyiségfejlődésre, mint az előbbieket. Ilyen egyértelmű relációkat az ifjúságvédelem szempontjából nem lehet felállítani.

azonos büntetési tétel alá helyezi, e nemi cselekmények súlyának megítélése a bíróságokra hárul.⁷³⁴

Így véleményem szerint *a nemi cselekménynek a megrontás tényállásában is egységesen, differenciálás nélkül kellene a jövőben szerepelnie.*

2.2.3. A megrontás speciális alakzata a *rábírással elkövetett megrontás* [202. § (1) bek.], amelynek lényege, hogy az elkövető arra bírja rá a 14 éven aluli személyt, hogy mással, egy harmadik személlyel végezzen nemi cselekményt, és a nemi cselekményre a passzív alany és a harmadik személy között sor is kerül.

E közvetett bűnsegélyszerű alakzat kriminalizálását elsősorban joghézag-betöltési szempontok indokolták, nevezetesen hogy a rábíró személynek akkor is megállapítható legyen a büntetőjogi felelőssége, ha a nemi cselekményt ténylegesen végző harmadik személy (pl. kóros elmeállapot, tévedés vagy életkor miatt) nem valósít meg a részesség megállapításához szükséges tettesi alapcselekményt.⁷³⁵

A megrontásnak ez az alakzata a funkciójára tekintettel a jövőben is fenntartandó.

A magyar szabályozásnak megfelelő alakzat a német Btk.-ban [176. § (2) bek.] és az osztrák Btk.-ban [207. § (2) bek.] is megtalálható.

2.2.4.

A) A megrontás *bizonyos előkészületi alakzata* is büntetendő, így ha a 18 év feletti elkövető a 14 év alatti személyt arra törekszik rábírní, hogy akár vele, akár mással végezzen nemi cselekményt (közösüljön vagy fajtalankodjék) [201. § (2) bek. és 202. (2) bek.]. E magatartás lényegét tekintve eredménytelen rábírásnak, felhívásnak tekinthető.

Az előkészületi alakzatot először kriminalizáló 1961. évi Btk. indokolása szerint: „a sértett egészséges nemi fejlődése nemcsak akkor jut veszélybe, ha a nemi cselekményre ténylegesen sor kerül, hanem már azáltal is, ha valaki őt erre rávenni igyekszik. Az ilyen magatartás idő előtt kiváltja a nemi fantáziát, s a szexuális érdeklődést felkeltve vagy fokozva

⁷³⁴ Indokolás-1961, 487-488. p.

⁷³⁵ NAGY 2005, 301-302. p. és Indokolás-1961, 488. p. Vitatkozni kell a „kapcsos kommentár” azon megállapításával, miszerint ez egy felbujtásszerű cselekmény lenne (így BERKES 2006, 610. p.). A felbujtással annyi közös vonása van, hogy a felbujtás elkövetési magatartása is a rábírással. Azonban e rábíró nyilatkozat címzettje nem a tettes, hanem a sértett, így zavaró ebben az összefüggésben felbujtásról beszélni. A sértettet nem lehet felbujtani. Az ilyen magatartások a nemi cselekményt kifejtő tettes magatartáshoz járuló, tettesi cselekményként meghatározott (közvetett) bűnsegélyszerű magatartások (a bűncselekménytani összefüggésekhez lásd NAGY 2004, 307. p.)

ahhoz is hozzájárulhat, hogy a gyermek utóbb, de még nemi fejlődésének lezárulása előtt valóban közösüljön, illetve fajtalankodjék”.⁷³⁶

Ez a jogalkotói álláspont nincsen összhangban a bűncselekmény általam elfogadott jogi tárgyával. Ennek ellenére az *előkészületi alakzat büntetendőségének fenntartását javasolom*, csak más indokok alapján. A *megrontásról a hatályos szabályozás alapján is elmondható, hogy nincsen kísérlete*, hiszen mind a közösülés, mind pedig a fajtalanság megvalósulásához a test megérintése szükséges, ezzel azonban a cselekmény befejezetté válik.⁷³⁷ Nem lenne ez másképp akkor sem, ha a jövőben a nemi cselekmény végzése lenne a bűncselekmény elkövetési magatartása (vö. testi érintés követelménye II. Rész II. Fejezet 3.2.).

Ennek azonban az a következménye, hogy a gyermekre irányuló, a nemi kontaktussal kapcsolatos semmilyen korábbi ráhatás sem vonna maga után büntetőjogi felelősséget, ha ez a sui generis előkészületi alakzat nem létezne. Márpedig a gyermek befolyásolása, „molesztálása”, (nem kvalifikált) fenyegetése szintén járhat az önrendelkezés sérelmével, felboríthatja a gyermeknek az adott elkövetőhöz való viszonyát, különösen akkor, ha visszautasítja a partner közeledését. A retorziótól való félelme személyiségének fejlődését szintén veszélyeztetheti. Ezzel összhangban van az a megállapítás, amely szerint a passzív alany felé irányuló egyszerű kérés még nem valósítja meg a bűncselekményt, legalábbis határozott, nyomatékos és komoly felhívásra van szükség.⁷³⁸ Egy ilyen felhívás gyakran társulhat fenyegetéssel, érzelmi zsarolással, vagy testi jellegű molesztálással, a passzív alany vetkőztetésével.

Az általam elfogadott jogi tárgyat is sértik tehát az ilyen jellegű magatartások, és a nemi cselekménnyel megvalósuló alakzat kísérletének kizártsága miatt szükséges az önálló tettesi cselekményként való büntetni rendelésük. Az eredménytelen rábírással elkövetett rábírás alakzatait a jövőben is szükséges fenntartani.

⁷³⁶ Indokolás-1961, 489. p.

⁷³⁷ SCHULTHEISZ mutat rá, hogy önmagában a közösülésnek nincsen kísérlete (1966, 195. p.). Nem fogadható el a „kapcsos kommentárban” olvasható álláspont, miszerint a megrontás kísérlete állapítható meg, ha „a tettes magatartása már közvetlenül közösülésre vagy fajtalanságra irányul, de még nem minősíthető fajtalanságnak”, vagy közösülésnek (így BERKES 2006, 529. p.). A magyar büntetőjog a szándékos bűncselekmény stádiumait következetesen objektivista alapon kezeli, és amíg nem jut a bűncselekmény a törvényi tényállás keretei közé, addig kísérletről nem beszélhetünk. A 14 év alatti gyermek testének (pl. arcának, derekának, csípőjének) megérintésével vagy a gyermek megcsókolásával nem válik még részben sem tényállásszerűvé a megrontás bűncselekménye. A Berkes által képviselt álláspont érvényesítése valójában a kísérlet szubjektivistika kezelését jelentené, ami a magyar büntetőjogban – még csak kivételképpen sem – fogadható el. Az ilyen magatartások – önmagukban – helyesen a 201. § (2) bekezdése szerinti eredménytelen rábírással elkövetett megrontásként minősülnek, és nem az (1) bekezdés kísérleteként.

⁷³⁸ NAGY 2005, 299. p.

B) Az öStGB-ben előkészületi jellegű cselekmények igazából nem találhatók.⁷³⁹ A dStGB pedig – ebben a kérdésben is – a kazuisztikus és problematikus utat választotta. Így a nemi cselekményre rábírn törekvés akkor valósít meg bűncselekményt, ha az írásban történik (ideértve az elektronikus adathordozókat is), illetve ha az elkövető pornográf képekkel kíván a passzív alanyra hatást gyakorolni [vö. dStGB 176. § (4) bek. 3-4. pont].

A német jogalkotó 2003-ban, az ún. „szexuális novellával” (SexÄndG) iktatta be ezeket az előkészületi formákat. Indokolása szerint, az Egyesült Államokhoz hasonlóan Németországban is megjelentek az olyan cselekmények, amikor pedofil személyek internetes „chatroomokban” (csevegőszobákban) gyermeknek adták ki magukat, így egyeztettek találkozt gyerekekkel, és ezek a találkozások többször torkoltak szexuális kontaktusba, illetve erőszakos nemi bűncselekménybe. E joghézag bezárására történt a két rendelkezés törvénybe való felvétele.⁷⁴⁰

Így a német Btk. a rábírn törekvés két speciális esetét bünteti, de számos más ilyen jellegű cselekményt büntetlenül hagy. Ezt a képet némileg árnyalja, hogy a kísérletet a német büntetőjog az ún. objektív-szubjektív (vegyes) teória alapján közelíti meg, s ezzel a nemi cselekménnyel megvalósuló alapeset körébe kísérleti cselekmények is vonhatók, ellentétben a magyar büntetőjoggal.⁷⁴¹ Mindez azonban nem biztosítja a gyermek szóbeli ráhatással vagy molesztálással szembeni védelmét.

Ezzel szemben *olyan további előkészületi alakzatokat* találunk, amelyek esetében erőteljesen *megkérdőjelezhető a büntetendőség szükségessége*. Így a dStGB 176. § (5) bekezdése szerint büntetendő, aki gyermeket nemi cselekményre felkínál, megszerezni ígér, vagy aki ilyen cselekményekben mással megállapodik. A jogalkotói indokolás szerint a megszerezni ígérés akkor valósul meg, ha a tettes kinyilatkoztatja, hogy olyan helyzetben van, hogy képes saját maga vagy más személyen keresztül létrehozni a nemi kontaktust gyermekkel. A gyermek személyének konkretizálása nem szükséges, sőt az ígéretnek sem kell valóban komolynak lennie, elegendő, ha komolynak tűnik. Emellett büntetendő továbbá egy konkrét gyermek felkínálása, valamint a közös elkövetésben megállapodás is.⁷⁴²

A komolytalan ígéret kriminalizálásával a jogalkotó kimutathatóan az ún. „rosenheimeri esetre” kívánt reagálni, amikor is a vádlottakat azért mentették fel, mert az ígérek

⁷³⁹ A korábban már említett rábírással elkövetett megrontás kapcsán [öStGB 207. § (2) bek.] elvileg elképzelhető annak kísérlete (mintegy rábírn törekvés), de a jogirodalom vitatja az olyan esetek büntetendőségét, mint a gyermek simogatása a rábírási érdekében vagy nyomatékos felszólítása nemi cselekmény végzésére (lásd SCHICK–WK 63. p.)

⁷⁴⁰ BT-Drucks. 15/350 (SexÄndG 2003) 17-18. p. (közléteszi GÖSSEL 2005, 294-295. p.); lásd még LAUBENTHAL 2000, 104. p.

⁷⁴¹ A kísérlet német büntetőjogbeli megítéléséhez lásd GROPP 2005, 303-315. p.

⁷⁴² BT-Drucks. 15/350 (SexÄndG 2003) 18. p. (közléteszi GÖSSEL 2005, 295. p.)

komolyságát nem sikerült bizonyítani.⁷⁴³ Hogy a jogállami kritériumokkal mennyire összeegyeztethető ez a jogalkotói megoldás, az már komoly vita tárgya. A legenyhébb kritikai megjegyzés szerint a jogalkotói intenciói nem fogadhatók el, és a gyermek megszerzésére vonatkozó ígéretnek komolynak kell lennie.⁷⁴⁴ Ettől jóval keményebben fogalmaz RENZIKOWSKI, aki szerint egyértelműen „ellenség-büntetőjogi” (Feindstrafrecht) rendelkezésről van szó, az előkészület parttalan és el nem fogadható kiterjesztése történt.⁷⁴⁵

Az mindenestre bizonyos, hogy *aligha ismerhető fel elfogadható kapcsolódási pont a konkrét gyermek személyisége fejlődésének védelmével mint jogi tárggyal*. Ez nem csak a törvény szövegéből, hanem a jogalkotási anyagokból is egyértelműen kiderül; eszerint a parlamenti vitában a CDU és a CSU kifejezetten a *köznnyugalom védelmére* kívánt alapítani ezen előkészületi alakzatok büntetendőségét.⁷⁴⁶

Összességében elmondható, hogy *a magyar Btk.-ban követett, a rábírní törekvés (felhívás) mint előkészületi magatartás absztrakt megközelítése praktikus és jogtárgyvédelmi szempontból is megfelelőbb megoldás*, mint a dStGB kazuisztikus szabályozása. A német kódex a gyermekekre irányuló előkészületi magatartások egy részét büntetlenül hagyja, míg a gyermeket mint passzív alanyt egyáltalán nem érintő előkészületi magatartásokat (felajánl, megszerezni ígér, megállapodik) indokolatlanul, a tett-büntetőjog határait feszegetve kriminalizálja.

2.3. A tettesi kör – „kortolerancia”

2.3.1. A hatályos Btk. is korlátozza a bűncselekmény tetteseinek körét, fajtalanság esetén, valamint a rábírní törekvéssel megvalósuló sui generis előkészületi alakzatok esetén a tettes csak a 18. életévét betöltött személy lehet. A tettesi körnek ez a meghatározása a '78. évi törvényben került először megfogalmazásra. A kodifikációs anyagokban ezzel kapcsolatban annyi olvasható, hogy indokolt az elkövetői oldal szűkítése, és hogy a tizennyolcadik évét be nem töltött személy büntetőjogi felelősségre vonása csak akkor szükséges, ha a passzív

⁷⁴³ RENZIKOWSKI–MK 1115. p.; S/S–LENCKNER–PERRON–EISELE 1528. p.

⁷⁴⁴ Így HORN–WOLTERS–SK 15–16. p.

⁷⁴⁵ Az ellenség-büntetőjog kriminálpolitikai és dogmatikai kategóriájához magyar nyelven lásd SINN 2006, NAGY 2006

⁷⁴⁶ A rövidítések a Keresztény Demokrata Unióra és a Keresztény Szocialista Unióra utalnak. Ismerteti LACKNER–KÜHL 2004, 724. p.

alannyal közösül, míg fajtalanság esetében nem.⁷⁴⁷ A Btk. indokolása szerint a tizennyolc éven aluliak személyisége még kiforratlan, és gyakran alig idősebbek, mint a sértettek, akikhez többnyire érzelmi szálakkal is szorosabban kötődnek („gyerekszerelem”).⁷⁴⁸

A fajtalanság és a közösülés miatti büntetőjogi felelősség tettesi életkoron alapuló megkülönböztetésének aggályos, időközben közvetett diszkriminációhoz vezető fejleményeiről esett szó a korábbiakban (lásd 2.2.1.). A nemi cselekmény általam javasolt differenciálás nélküli beiktatása is szükségessé teszi a tettesi kör újragondolását és a hatályos szabályozás megváltoztatását.

A fentiekből kitűnik, hogy a jogalkotó elsősorban az elkövetői oldalra, a 18 év alatti tettesek személyére, személyiségük kiforratlanságára volt figyelemmel a felelősségük kizárásánál. Véleményem szerint a büntetlenség indoka már a jogi tárgy sérelmének hiányában megadható. A jogi tárgy meghatározásakor abból indultam ki, hogy a gyermekek szexuális önrendelkezése a felnőttek, a náluk valamivel idősebb személyek irányában, tehát relatíve korlátozott (lásd 1.1.4.). Ebből szükségszerűen az is következik, hogy alig vagy kevéssel idősebb partner esetén, az önrendelkezés sérelmének hiányában személyiségfejlődésük sem kerül veszélybe, azaz nem sérül a jogi tárgy.

Mint a jogi tárgy meghatározásakor is volt róla szó, idősebb személlyel való kapcsolat esetén fennáll annak veszélye, hogy a gyermek a nagyobb tudással és tapasztalattal rendelkező partnerével egy szintre szeretne kerülni, és ezáltal hagyja magát irányítani. Közel azonos korúak esetén ennek a veszélye elhanyagolható: egyrészt a gyermeknek nem kell a bizonytalansága miatt szégyenkeznie, másrészt a partner autoritása nem akadályozza meg abban, hogy korlátokat állítson. Nem jelentősen idősebb partner esetén lényegesen alacsonyabb annak a veszélye, hogy a gyermek traumatizáló szexuális élményeket szenved el, mint lényegesen idősebb partner esetén.⁷⁴⁹

A jogtárgysérelem tehát elsősorban nem attól függ, hogy milyen típusú nemi cselekményre kerül sor, hanem hogy milyen a konkrét viszony, az életkori különbséggel befolyásolt kapcsolat a gyermek és szexuális partnere között.⁷⁵⁰ A recens magyar irodalomban is – éppen ezért – már felmerült, hogy az életkori különbség legyen a szabályozás alapja.⁷⁵¹

⁷⁴⁷ Lásd LÁSZLÓ 1989, 295. p.

⁷⁴⁸ Magyar Közlöny 1978/92. 183. p.; lásd még NAGY 2005, 300. p. A kodifikáció idején végzett statisztikai vizsgálatok azt mutatták, hogy az esetek 15%-ban még 2 év korkülönbség sem volt a partnerek között, illetve hogy valamennyi elkövető egynegyede fiatalkorú volt (LÁSZLÓ 1989, 280., 290. és 295. p.).

⁷⁴⁹ KUSCH-MÖSSLE 1994, 1505. p.

⁷⁵⁰ A hatályos Btk. előkészítése során kifejezetten felmerült az életkoron, tapasztalon alapuló előnnyel visszaélve elkövetés tényállásba történő felvétele; ezt a gyakorlati alkalmazhatatlansága miatt elvetették (LÁSZLÓ 1989, 283. p.).

⁷⁵¹ Lásd VÍZI 2006, 61. p.

2.3.2. E felismeréshez képest kellene a tettesi kört meghatározni. Kérdés, hogy hány év lehet az a korkülönbség, amely a büntetőjog számára elfogadható (innen az „Alterstoleranz – kortolerancia” német kifejezés). Az alábbiakban a német nyelvű országok megoldásainak áttekintésére kerül sor.

A *német szabályozás* valójában nem ismeri a kortolerancia intézményét, még abban a formában sem, ahogy a hatályos magyar Btk. Ezáltal rendkívül merevnek mondható, így pl. a 14. évét alig meghaladott elkövetőt is bünteti bármilyen nemi cselekmény esetén is (vö. dStGB 176. §). Az elkövető életkora csak a súlyosabb nemi cselekménnyel (pl. közösüléssel) megvalósuló esetben jut jelentőséghez: ennek a minősített esetnek csak 18 év feletti személy lehet a tettese [vö. dStGB 176a. § (2) bek 1. pont], így a 18 év alatti elkövető kvalifikált nemi cselekmények esetén is az alapeset szerint felel. A német szabályozás nincsen összhangban az általam alapul vett jogi tárggyal, így mintaként nem szolgálhat.⁷⁵²

Az *osztrák szabályozás* 2004 óta differenciált módon, a nemi cselekmény súlyától és egyéb következményektől függően (pl. súlyos testi sértés vagy a passzív alany halála) szabályozza a kortolerancia intézményét. Így a súlyosabban minősülő bűncselekményi alakzat esetében a korkülönbség maximum 3 év lehet, de csak akkor, ha a sértett a 13. évét már betöltötte [öStGB 206. § (4) bek.]. Az alapesetben pedig a korkülönbség legfeljebb 4 év lehet, de csak akkor, ha a sértett a 12. évét már betöltötte [öStGB 207. § (4) bek.]. Az osztrák jogalkotót kifejezetten az a szándék vezette, hogy a közösülést és az ahhoz hasonlós nemi cselekményeket is büntetlenné nyilvánítsa közel azonos korú partnerek esetén.⁷⁵³ Az osztrák szabályozás az életkori különbségek nevesítése miatt érdekes, ugyanakkor a nemi cselekmények – általam elvetett – differenciálása miatt közvetlen mintaként szintén nem vehető figyelembe.

A magas beleegyezési korhatár kapcsán már esett szó a *svájci szabályozásról*, itt most röviden megint érdemes megemlíteni. A svájci kódex 187. § (2) bekezdése alapján a cselekmény nem büntethető, ha a részt vevők közötti korkülönbség a 3 évet nem haladja meg.

⁷⁵² A német szabályozás kritikáját adja és a 3 évben meghatározott kortolerancia bevezetését szorgalmazza ILG 1997, 161. p. Létezik olyan vélemény, amely a német szabályozás merevségét eljárásjogi, opportunus eszközökkel próbálná lazítani (így FROMMEL-NK 3242. p.). A '78. évi magyar Btk. kodifikálásakor szintén előfordult olyan álláspont, amely az eljárásjogra bízta volna a kérdés megoldását (lásd LASZLÓ 1989, 301. p.). Nézetem szerint az alacsony korkülönbség esetén a jogtárgysérelem hiányában a büntetőjogi felelősség anyagi jogi alapjai hiányoznak, ezért már az anyagi jognak el kell tekintenie a kriminalizációtól, és a kérdés eseti kezelését nem lehet a büntetőeljárás jogra és a bűnüldöző szervek mérlegelésére bízni. E kérdés anyagi büntetőjog általi rendezésének igénye egyértelműen felmerült a magas életkori határhoz párosuló szigorú bűnüldözéssel jellemezhető Svájcban (lásd KILLIAS–REHBINDER 1983, 305. p.).

⁷⁵³ SCHICK-WK 53. p.

További különbségtételt a svájci büntetőjog nem alkalmaz, a 3 éves kortolerancia valamennyi nemi cselekményre irányadó.⁷⁵⁴ A nemi cselekmény egységes törvényi megítélésével kapcsolatos koncepciómnak a svájci megoldás felel meg leginkább.

2.3.3. A tettes és a passzív alany közötti *korkülönbséget valamennyi nemi cselekmény esetén 3 vagy 4 évben lehetne meghatározni* (a hatályos szabályozási helyzethez a 4 év állna közelebb). A 3 vagy 4 év olyan életkori különbséget jelöl, amelyen belül a gyermeki önrendelkezés sérelmének lehetősége igen csekély, így a személyiségfejlődés, a testi, lelki egészség veszélyeztetéséről sem beszélhetünk. Természetesen a kortolerancia, tulajdonképpen a tettesi életkor meghatározásakor ugyanúgy átlagos megközelítéséről van szó, mint a passzív alanyi korhatár meghúzásakor. Előfordulhatnak olyan esetek, amelyekben a kis korkülönbség ellenére is fennáll a személyiségfejlődés veszélyeztetésének lehetősége. A jogtárgyvédelemi igényekkel – az ismert okok miatt – tökéletes összhangba nem hozható büntetőjogi szabályozás azonban ezekben az esetekben lemondhat a kriminalizálásról (mint ahogy ezt a másik oldalon, a 14 év feletti, az érésben visszamaradott passzív alanyok esetén is megteszi).

Hangsúlyozni kell ugyanakkor, hogy – a hatályos magyar helyzethez lényegében hasonlóan – *a kortolerancia bevezetésére csak 12 év feletti passzív alanyok esetén kerülhet sor*. A jogi tárgy meghatározásából következik, hogy a nemileg a legtöbb esetben még éretlen 12 év alatti gyermekek szexualitásának különbözősége miatt számukra abszolút védelem biztosítása szükséges (vö. 1.1.1. és 2.2.3.). Az előző pontban bemutatott, differenciált osztrák szabályozás is figyelembe veszi ezt a szempontot.⁷⁵⁵

A kortoleranciával kapcsolatban tisztázandó kérdés továbbá, hogy a bűncselekményi jelleget (a tényállásszerűséget) küszöböli ki, avagy másodlagos büntethetőséget kizáró okként kerüljön megfogalmazásra.⁷⁵⁶ Álláspontom szerint a jogtárgysérelem hiánya, továbbá a részesi magatartások büntetlenségének biztosítása a tényállásszerűséget kizáró felfogást és törvényi megfogalmazást indokolja. Így nem szerencsés az öStGB megoldása, amely a fenti idézett §-okban a „nem büntethető” kifejezést használja. Ehelyett célravezetőbb volna a „nem valósul meg bűncselekmény, ha...” kitétel beiktatása. Még egyértelműbb lenne a helyzet, ha a korkülönbséget nem büntethetőségi akadályként, hanem *tettesi kvalifikációként határozná meg a törvény*.

⁷⁵⁴ TRECHSEL 1993, 589. p.

⁷⁵⁵ A német jogirodalomban szintén a 12. év ilyen jellegű figyelembe vételét, e fölött pedig a 3 éves kortolerancia bevezetését javasolja ILG 1997, 161. p.

⁷⁵⁶ Az ezzel kapcsolatos dilemmákhoz az osztrák büntetőjogban lásd KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 211. p.

Végül említést kell még tenni a korkülönbséggel kapcsolatos elkövetői tudattartalom kérdéséről. A kortolerancia intézményének bevezetése nem jelentené azt, hogy az elkövetőnek napra pontosan tisztában kellene lennie a passzív alannal fennálló korkülönbséggel. *A bűncselekménnyel kapcsolatos szándékosság tartalma nem változna*, ezután is csak arra a tényre kellene kiterjednie, hogy a passzív alany 12 vagy 14 év alatti. A hatályos szabályozás kapcsán eddig sem volt követelmény, hogy az elkövető tudata átfogja, azt hogy adott esetben ő már betöltötte a 18. életévét, és ezért már nem közösülhet a barátnőjével (tilalmazottságban való irreleváns tévedés). Míg a passzív alany életkora a szándékosság szempontjából releváns ténykérdés (mint eddig is), addig *a korkülönbség a szándékosság szempontjából irreleváns tilalmazottsági kérdés*. Ha tényállástani szempontból közelítjük meg a problémát, akkor elmondható, hogy a szándékosságnak az objektív tényállási elemeket kell átfognia (így a passzív alany életkorát), a tettességhez szükséges ismérveket nem.⁷⁵⁷

3. Összegzés – de lege ferenda javaslat

3.1. A de lege lata terminológia szerinti megrontás bűncselekményének jogi tárgyaként a gyermek személyisége egészének harmonikus fejlődése adható meg. Büntetőjogi védelmet a gyermek speciális szexuális önrendelkezését sértő magatartások ellen kell biztosítani, annak érdekében, hogy a gyermek személyisége összességében zavartalanul fejlődjön, és az önrendelkezés sérelme miatt ne alakuljanak ki pszichés és pszichoszomatikus károsodások.

Be kellett látni, hogy a jogtárgysérelmet befolyásoló számtalan körülmény nem fektethető le a törvényi tényállásban, ezért kényszerű megoldásként absztrakt veszélyeztetési deliktumként kell a megrontást meghatározni.

A beleegyezési korhatár 14. évben való fenntartása a jövőben is szükséges, a 12 év alatti gyermekek számára pedig – e bűncselekmény keretében – fokozott védelem biztosítása indokolt.

A nemi cselekmény differenciálásra e tényállásban se kerüljön sor, az elkövetési magatartás egységesen a nemi cselekmény végzése legyen. A rábírással elkövetett megrontás, valamint a sui generis előkészületi alakzatok fenntartása továbbra is indokolt.

A teleologikus elemzésből levezethető volt, hogy a jövőben szükséges lenne az ún. kortolerancia intézményének bevezetése a 12 év feletti passzív alanyok esetében, s azt 3 vagy

⁷⁵⁷ Az osztrák szabályozással kapcsolatban vö. SCHICK-WK 53. p.

esetleg 4 évben lehetne meghatározni. Ez azt jelentené, hogy a 12. évüket betöltött gyermekek és a tőlük legfeljebb 3 vagy (esetleges jogalkotói döntéstől függően) 4 évnél idősebb partnerük között semmilyen nemi cselekmény sem valósítana meg bűncselekményt.

3.2. Érdeemes szólni még a bűncselekmény jövőbeni elnevezéséről. A megrontás közel 130 éves kifejezését a már ismertetett okokból nem tartom képviselhetőnek. A vizsgált külföldi szabályozások sem adnak feltétlenül megfelelő mintákat. A gyermekkel való szexuális visszaélés megjelölés azért nem tekinthető teljesen adekvátnak, mert azt a benyomást kelti, mintha lennének olyan szituációk, amikor a 14 év alatti személyekkel megengedett lenne a szexuális kapcsolat, holott minden ilyen cselekmény tiltott. Visszaélni elvileg csak olyan magatartással lehet, amelynek elvileg legális keretei is vannak (visszaélni csak azzal lehet, amivel élni is lehet).⁷⁵⁸

Az más kérdés, hogy a magyar Btk. sem használja mindig megfelelően a visszaélés kifejezést a bűncselekmények elnevezésében. Míg pl. a lőfegyverrel visszaélés vagy a kábítószerrel visszaélés a fentiek alapján megfelelő kifejezés, addig a tiltott pornográf felvétellel visszaélés kapcsán ugyanez már nem mondható el.

Részemről a „nemi cselekmény gyermekkel” elnevezést találnám leginkább megfelelőnek. A tilalmazottságra vagy a visszaélésre utalni nem szükséges, mert minden szexuális kontaktus tilalmazott a 14 év alatti passzív alanyok esetén.

⁷⁵⁸ A bűncselekmény megnevezése kapcsán erre mutat rá DESSECKER 1998, 3. p. és TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1061-1062. p.

III. Fejezet

A vérfertőzés

A vérfertőzés, azaz a vérrokonok, illetve a családtagok közötti nemi kapcsolat tabuja a mai napig él a legtöbb országban, eredetét azonban homály fedi. A vérfertőzés büntetni rendelése egy olyan fontos kultúrtörténeti tabut „véd”, amely a társadalmi funkciójának tudata mára már szinte teljesen elveszett.⁷⁵⁹

A tabu eredetére vonatkozó lehetséges magyarázatok áttekintése nyilvánvalóan meghaladná e dolgozat tárgyát, s a büntetőjogi beavatkozás megítélése szempontjából mellékesnek is mondható. Röviden annyit lehetne megemlíteni, hogy a korábbi elméletek szerint a vérfertőzés tilalmának ésszerűsége az ún. exogámia igényében érhető tetten. Ennek lényege, hogy az egyén a családon kívül kössön házasságot, amely azt biztosítja, hogy így minden egyes házasságkötéssel és gyermeknemzéssel egy az adott családon túlmutató szociális struktúra jön létre, amely a széles társadalmi kapcsolatrendszert és beágyazottságot biztosítja, és megakadályozza az adott család elszigetelődését.⁷⁶⁰

Ez alapján elmondható, hogy a viselkedéstudományi kutatások egészen a '70-es évekig úgy gondolták, hogy a vérfertőzés-tabunak társadalmi eredete, szociális háttere van és erősen vitatták, hogy biológiai ösztönre lehetne visszavezetni. Ezzel szemben az újabb kutatások azt hangsúlyozzák, hogy biológiai háttere van annak az ösztönnek, amely visszatartja az egy családban élőket a nemi kontaktus létesítésétől (így pl. a gyermeket azoktól, akik közvetlen környezetében felnőtt), de a gátló ösztön így nem kizárólag a vérrokonokkal való kapcsolatra korlátozódik.⁷⁶¹

Látható tehát, hogy a tabu hátterének magyarázata lényegesen változott az utóbbi időben. A tabu jelenléte nem vitatható, de nagyon fontos, hogy a társadalmi, illetve biológiai tabu és a büntetőjogi tilalmazottság közé nem szabad egyenlőségjelet tenni. Önmagában egy tabu jelenléte nem legitimálhatja a büntetőjogi beavatkozást, a tabunak a büntetőjog saját szempontjai mentén kell magát megmértetnie. A következőkben ezt a büntetőjogi, jogtárgyközpontú vizsgálatot végzem el.

A vérfertőzés büntetendőségének vizsgálatát már önmagában az is indokolja, hogy a büntetőjogi megítélése – a tabu jelenléte ellenére is – egyáltalán nem mondható egységesnek.

⁷⁵⁹ TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1038. p.

⁷⁶⁰ JÄGER 1957, 61. p.

⁷⁶¹ Részletesen ismerteti SCHUBARTH 1999, 643-656. p.

Léteznek olyan európai országok (így pl. Franciaország, Hollandia, Spanyolország, Törökország, Oroszország), ahol a vérfertőzés (értsd: felnőttek között konszenzuális kapcsolatban) egyáltalán nem bűncselekmény. Vagy Olaszországban csak akkor lesz büntetendő, ha a cselekmény közfelháborodást okozott.⁷⁶² A német nyelvű országokban ugyan a mai napig létezik ez a bűncselekmény, a büntetőjogi irodalomban azonban már régóta megkérdőjelezzik a büntetendőség létjogosultságát és a törvényi tényállás kiiktatását szorgalmazzák.⁷⁶³ A magyar büntetőjogi irodalom ellenben nem mutat különösebb érdeklődést a vérfertőzés bűncselekménye iránt.

1. A vérfertőzés jogi tárgya a magyar büntetőjogban – a büntetendőség magától értetődősége?

Az erőszakos közösülés, a szemérem elleni erőszak, valamint a megrontás tényállásairól elmondható, hogy lényegesen változtak a Csemegi-kódex óta. Ennek pont az ellenkezője igaz a vérfertőzés esetében, amelynek a megítélése a kodifikált magyar büntetőjogban gyakorlatilag alig változott 1999-ig, az Alkotmánybíróság vonatkozó határozatáig [20/1999. (VI.25.) AB hat.]. A Csemegi-kódex a vérfertőzés elkövetői körét, a büntethetőségi akadályt és az elkövetési magatartásokat ugyanúgy határozta meg, mint az 1978. évi Btk., amely az 1961. évi kódex kisebb változtatásához képest a Csemegi-kódexhez való visszatérést jelentette.⁷⁶⁴ Ez jogtárgyi szempontból azért lehet „gyanús”, és azért indokolhatja a történeti(bb) megközelítést, mert a Csemegi-kódexben még erősen az erkölcsvédelmi szempontok voltak meghatározóak (vö. I. Rész 1.2.4), ezért a tényállás változatlansága még inkább indokoltá teheti az alapos jogtárgyi vizsgálatot. Arra a kérdésre szükséges tehát válaszolni, hogy a hatályos törvényünkben vajon erkölcsvédelmi maradványnak tekinthető-e a vérfertőzés tényállása.

⁷⁶² Dr. Konstanze Jarvers, a freiburgi Max-Planck-Intézetben a vérfertőzéssel kapcsolatban indított projekt vezetőjének személyes közlése alapján. Az információ alapjául 2007 szeptemberében lezárt országjelentések szolgálnak.

⁷⁶³ Lásd részletesen 2.; 787-789. l.j.

⁷⁶⁴ A Csemegi-kódex a szankciók szabályozásában követett csak más felfogást, a felmenőkre és a lemenőkre, valamint a különböző elkövetési magatartásokra differenciált büntetési tételeket állapított meg.

Az elkövetői kör és az elkövetési magatartások köre az alábbi táblázatban foglalható össze röviden.

	1878. évi Btk.	1961. évi Btk.	1978. évi Btk.	20/1999. AB hat.
<i>Egyenesági rokonok között</i>	- valamennyi nemi cselekmény - 18 év alatti lemenő nem büntethető	változatlan	változatlan	változatlan
<i>Testvérek között</i>	közösülés és homoszexuális magatartások	valamennyi nemi cselekmény	közösülés és homoszexuális magatartások	csak közösülés

1.1. A jogalkotó és az Alkotmánybíróság deklarációi a vérfertőzés jogi tárgyáról

1.1.1. A Csemegi-kódexszel kapcsolatban meglepő, hogy az egyébként bőséges és más bűncselekmények szempontjából rendkívül informatív törvényhozási anyagok gyakorlatilag hallgatnak a vérfertőzés büntetendőségének indokáról. A miniszteri indokolás a védett érdekekről semmit sem mond, és a büntetendőség tényének, illetve a büntetendőség körének kérdései sem a bizottsági üléseken, sem a plénum előtt nem merültek fel.⁷⁶⁵ A kodifikációt megelőző „szokásjogi tényállásról” nincsenek pontos információk. Ugyanakkor érdekes, hogy ’43. évi javaslat a vérrokonokon kívül a szélesebb sógorság körére is kiterjesztette a büntetendőséget.⁷⁶⁶ Ehhez képest a Csemegi-kódex csak a vérrokonok nemi cselekményeit büntette, ami a felelősség körének lényeges szűkítését jelent(h)ette, s ennek ellenére ennek semmiféle indokát nem tartalmazták a jogalkotási anyagok. Ez azt a benyomást kelti, hogy vérrokonok szexuális érintkezésének büntetendőségét evidenciának tekinthették. Az is meglepő, hogy a 18 év alatti lemenő büntetlenségére sem találni semmilyen magyarázatot.

1.1.2. Az 1961. évi Btk. miniszteri indokolása már jóval beszédesebb e kérdést illetően. Az indokolás által említett jogi tárgyak az *egészséges nemzedék fejlődése*, valamint a *rokoni kapcsolatok tisztasága*. Ennél talán még informatívabb az az okfejtés, amelyet a felmenő és lemenő elkövetőket érintő büntetési tételek egységesítésének (egységesen 6 hónaptól 5 évig terjedő szabadságvesztés) indokáról ír a jogalkotó: „a 18. életévének betöltésével teljes

⁷⁶⁵ LÖW II. 385. és 407. p.; továbbá 387. és 398-399. p.

⁷⁶⁶ 221-229. §§ A rendelkezések szövegéhez lásd FAYER I/1. rész 56-61. p.; vö. HALÁSZ 1909, 102-107. p.

bűncselekvési képesség súlya alá kerülő és a polgári jog által is teljes cselekvőképességgel felruházott személytől joggal elvárható, hogy a *család tisztaságát ugyanolyan felelősséggel őrizze, mint a felmenő*” (kiemelés – Sz.Zs.).⁷⁶⁷

Ez a megfogalmazás erősen erkölcsi felhangú, s esetleg arra is engedhet következtetni, hogy a jogalkotó számára a családi kapcsolatok tisztasága volt az elsődlegesen védendő érdek. Erre utalhat az is, hogy a kódex a testvéreket illetően kiterjesztette az elkövetési magatartások körét a heteroszexuális fajtalanságra is, bár ennek még csak egy fél mondattal sem adta indokát. A genetikai védelem ezt nyilván nem indokolhatja, itt a hangsúly csak a családi kapcsolatok tisztaságára eshet.

*1.1.3. Az 1961. évi kódex tág körű kriminalizálásához képest gyökeresen ellenkező az 1978. évi Btk.-t előkészítő Munkabizottság véleménye, amely a vérfertőzés dekriminalizálásának szándékát juttatta kifejezésre: „ezeknek a cselekményeknek – ha nem botrányt okozó módon nyilvánosan, vagy nem erőszakos úton, illetve nem fiatalkorú sérelmére követik el – a társadalomra veszélyessége ma már nincs olyan fokon, hogy a büntető eszközök feltétlen igénybevételét indokolná”.*⁷⁶⁸

A bizottság *orvosszakértői véleményeket* kért arra a kérdésre nézve, hogy orvosi szempontból szükséges-e a vérfertőzés büntetőjogi üldözése, és hogy e tekintetben van-e különbség az egyenesági rokonok és a testvérek közötti vérfertőzés között. A szakvélemény lényege abban foglalható össze, hogy a vérrokonok közötti szexuális kapcsolat nem idézi elő szükségszerűen a súlyos örökletes ártalmak előfordulását, de ennek fokozott veszélye áll fenn, és így változatlanul szükséges a vérfertőzés büntetőjogi üldözése. E káros következmények veszélyét illetően nincsen különbség az egyenesági rokonok és a testvérek nemi kapcsolata között.⁷⁶⁹

A *Kodifikációs Bizottság* többségi álláspontja nem fogadta el az orvosszakértők véleményét, azt azzal a *jogi érveléssel* vetetette el, hogy mivel genetikailag terhelt utódok nem csak vérrokonok nemi kapcsolatából születhetnek, így a vérfertőzés se legyen bűncselekmény. A büntetendőség fenntartását támogató kisebbségi vélemény sem hivatkozott az orvosszakértők válaszára, a genetikai védelem kérdését egyáltalán nem is érintette, ehelyett

⁷⁶⁷ Indokolás-1961, 490. p.

⁷⁶⁸ LÁSZLÓ 1989, 304. p.

⁷⁶⁹ Uo. 305-306. p. A genetikai kérdések részletesebb áttekintésére a későbbiekben kerül sor (lásd 2.1.).

azt hangoztatta, hogy „nem lehet figyelmen kívül hagyni a morális tényezőt, vagyis azt, hogy ezeket a cselekményeket a társadalom rosszallása kíséri”.⁷⁷⁰

A *Koordinációs Bizottság* is hangsúlyozta, hogy nem lehet figyelmen kívül hagyni az erkölcsi tényezőt, amelyet ugyanakkor tovább pontosított, és szóhasználatában gyakorlatilag visszatért a '61-es kódex indoklásához: a rokoni kapcsolatok tisztaságának megőrzése miatt, a nemi élet társadalmunkban kialakult rendjének védelmére szükséges a vérfertőzés büntetendősége. Priméren moralizáló az a végül tételes joggá vált álláspontja, amely szerint a közösülés mellett csak a természet elleni fajtalanság legyen büntetendő, az egyéb fajtalanságok véghezvitele ne legyen bűncselekmény.⁷⁷¹

Összességében elmondható, hogy mind az 1961. évi, mind pedig a hatályos Btk. megalkotásánál – a genetikai szempontok periférikus megjelenése mellett – döntően a vérrokonok nemi kapcsolatának erkölcsi elítélendősége motiválta a jogalkotót.

1.1.4. Az *Alkotmánybíróság* álláspontját egyfajta kettősség jellemzi. Kiindulópontja a nemi erkölcsnek jogi tárgyként, a büntetőjog-alkotás kompetenciájának alapjaként történő elfogadása: „a büntetőjog a nemi erkölcs területén (is) meghúzza azt a szélső határt, amelynek áthágását a társadalom már nem tűri el” [21/1996 (V.17.) AB. hat. IV/2.]; illetve „a törvényhozónak jogában áll, hogy a szexuális viselkedést szabályozó, bizonyos szexuális magatartásokat tiltó erkölcsi normák egy részét büntetőjogi szankciókkal is megerősítse” [37/2002. (IX.4.) AB hat. IV.1.1.1.].⁷⁷²

Konkrétan a vérfertőzés büntetendősége alkotmányosságának vizsgálatára a 20/1999. (VI.25.). AB határozatban került sor. Illetve valójában nem igazán került rá sor, az AB ugyanis a fent idézett 1996. évi – egyébként a közösség elleni izgatás kérdéseivel foglalkozó – határozatát vette alapul, amelyben annak idején azt is kifejtette, hogy „a nemi erkölcs szempontjából sem lehet kérdésesnek tekinteni például a vérfertőzés megbüntetését, noha elméleti cikkek már [...] megkérdőjelezték ezt [...] az ilyen törekvések azonban elméleti kuriózumok maradtak, amelyeknek a tételes jogban és az ítélkezésben nincs hatásuk”. Az AB tehát egy korábbi, érdemi vizsgálat nélküli megállapítását vette alapul (azt szó szerint idézte), *a vérfertőzés büntetendőségét (büntethetőségét) evidenciaként kezelte*. Ezt mi sem mutatja jobban, mint annak a hangsúlyozása, hogy az ezt megkérdőjelező elméleti álláspontok nem hatottak a jogalkotásra és az ítélkezésre. Ezek olyan ténymegállapítások, amelyeknek kevés

⁷⁷⁰ Uo. 307. p.

⁷⁷¹ Uo. 309. p.

⁷⁷² Részletesen lásd Első Rész 3.2.3.

közük van a vérfertőzés büntetendősége alkotmányosságának vizsgálatához. Feltűnő, hogy az AB az elméleti kuriózumnak minősített álláspontokat nem ismerteti és nem is kívánja azokat cáfolni.

Az AB felfogásának kettőssége abban érhető tetten, hogy bár a nemi erkölcs mentén evidenciának tekinti a vérfertőzés büntetendőségét, ennek megállapítása után mégis megnevez más jogi tárgyakat: „a házasság és a közeli (vér)rokonok közötti családi kapcsolat védelme, az ifjúság tekintetében az állam különös gondoskodási kötelessége, valamint a leszármazás genetikai védelme ésszerű indokait adják a társadalom e kiemelt személyi csoportjaira vonatkozó, büntetőjogi következményekben is megmutatkozó megkülönböztetésnek” [20/1999. (VI.25.) AB hat. II.1.2.]. Ez a kettősség is alátámasztja azt a történeti részben tett megállapításomat, hogy a nemi erkölcs valójában nem mérhető le alkotmányossági mércékkel (lásd I. Rész 3.2.3), s ezért nevez meg más jogi tárgyakat is az AB.

A nemi erkölcs mellett az Alkotmánybíróság tehát a következőket tekinti a vérfertőzés jogi tárgyainak: *a házasság és a rokonok kapcsolatok védelme, az ifjúság védelme és a leszármazás genetikai védelme*. Ezek adnák az ésszerű indokát a vérfertőzés büntetendőségének. Ennek kijelentésére azonban mindenféle tartalmi vizsgálat nélkül került sor, holott ha összevetjük ezeket a jogi tárgyakat a vérfertőzés, valamint a környezetében lévő más bűncselekményi tényállásokkal, akkor látható lesz, hogy a vérfertőzés jogi tárgyainak nem igen tekinthetők az itt felsoroltak. A következőkben tehát a törvényi tényállás és a jogi tárgyak összevetésére kerül sor.

1.2. A vérfertőzés tényállásának következtetlenségei – teleologikus elemzés⁷⁷³

1.2.1. A házasság nem tekinthető a vérfertőzés jogi tárgyának, mert az egyaránt elkövethető házasságban élő személyek és házasságban nem élő személyek között, az elkövetők házassági kötelékei irrelevánsak a bűncselekmény megvalósulása szempontjából. Ha a házasságot jogi tárgynak fogadnánk el, akkor az azt is jelentené, hogy a házasságtörés egyfajta esetét, azaz ha a házasságtörő fél vérrokonával létesít nemi kapcsolatot, a mai napig büntetendőnek tekintenénk, pusztán az érintett elkövető házasságának védelméért.

Sőt, a vérfertőzés akár egymással házasságban élő személyek között is elkövethető, hiszen az egyenesági rokonok, illetve a testvérek közötti házassági tilalom fennállása ellenére

⁷⁷³ A magyar büntetőjogi irodalomban a vérfertőzés valamennyi deklarált jogi tárgya és a törvényi tényállás kapcsolatára nézve elsőként a HOLLÁN–KIS szerzőpáros végzett vizsgálatot és jutott arra a következtetésre, hogy a bűncselekményi tényállás valójában nem ezeket a jogi tárgyakat védi (2005, 203. §-hoz fűzött magyarázat).

is házasságukat csak akkor lehet érvénytelennek tekinteni, ha azt a bíróság érvénytelennek nyilvánította. Mindemellett is a családi jogi törvény által felállított házassági tilalmak jóval szélesebb kört ölelnek fel, mint amit a vérfertőzés bűncselekménye kriminalizál.⁷⁷⁴ Miután pedig a házasság létrejöttéhez ma már az ún. elhálás, tehát a szexuális kapcsolat nem szükséges, így vérrokonok tiltott házassága úgy is létrejöhet, hogy a vérfertőzés bűncselekményét nem követik el, mert egymással nem létesítenek nemi kapcsolatot.

A Btk. 203. §-a szerinti vérfertőzés tehát semmilyen szempontból sem szolgálja a házasság védelmét.

1.2.2. A jogi tárgyak egy csoportjaként említi mind a jogalkotó, mind az AB a *családi, rokoni kapcsolatok* védelmét, ami több szempontból is kifogásolható.

Az ellentmondást egy részről az okozza, hogy *a testvérek között a fajtalanság nem elkövetési magatartás*, kizárólag a közösülés az. Ha ezen elkövetési magatartások egymáshoz és a szexualitáshoz mint életbeli jelenséghez való viszonyát vesszük alapul, akkor aligha fogadható el az, hogy pl. a testvérek közötti büntetlen anális vagy orális közösülés kevésbé zavarná a családi kapcsolatokat, azok tisztaságát, mint a büntetendő vaginális közösülés. Ebből a szempontból a három kódexünk közül egyedül az 1961. évi volt következetes.

A 203. § (3) bek. szerinti vétségi alakzat továbbra is, az AB 1999. évi, a közvetlen diszkriminációt megszüntető döntése után is felveti az – immáron közvetett – diszkrimináció gyanúját. Ez szoros összefüggésben van azzal, hogy a testvérek között egyetlenként büntetni rendelt magatartás, a közösülés, kizárólag heteroszexuális viszonylatban képzelhető el. Ellenben minden homoszexuális tevékenység fajtalanságnak minősül. Ebből az következik, hogy az egynemű testvérek bármilyen nemi cselekménye sem veszélyeztetné úgy a rokoni kapcsolatokat, mint a különemű testvérek közösülése, ami aligha fogadható el. Az elkövetési magatartások e jellemzőiből adódóan a jogalkotó csak akkor tudja elkerülni a diszkriminációt, ha vagy az összes szexuális cselekményt büntetni rendeli a testvérek között vagy egyiket sem.⁷⁷⁵

Az elkövetési magatartások e problematikája a büntetési és a vétségi alakzat kapcsolatának szempontjából is felmerül. Kérdés, hogy a rokonság jellege alapján tett megkülönböztetésnek mi az alapja, s ha az egyenes ági rokonoknál tilalmazott bármely

⁷⁷⁴ vö. 1952. évi IV. törvény 8. § (1) bek. és 13. § (1) bek.

⁷⁷⁵ Vö. KOVÁCS 2003, 327. p. Ezzel nem azt kívánom mondani, hogy a természet elleni fajtalanság pönalizálása 1999 előtt ne jelentett volna hátrányos megkülönböztetést. Az itt kifejtett okból mind az 1999 előtt, mind pedig az 1999 utáni joghelyzet diszkriminatív. Ha a családi kapcsolatokat kívánjuk védeni, akkor önmagában a közösülés-fajtalanság büntetőjogi „párosa” szerinti bármilyen különbségtételnek nem lehet ésszerű indoka.

szexuális cselekmény, akkor a testvéreknél miért megengedettek a közösülésen kívüli nemi cselekmények.⁷⁷⁶ Így ha a családot mint jogi tárgyat nézzük, a testvérek és az egyenesági rokonok közötti különbségtétel diszkriminatívnak tűnhet.

Egy további ellentmondás pedig abból ered, hogy *a jogértelmezés a Csemegi-kódex óta kizárólag a vérrokonokat tekinti a bűncselekmény elkövetőinek.*⁷⁷⁷ Márpedig családi kapcsolat nemcsak vérrokonyságon alapulhat, a mostohaszülő és a mostohagyermek, a mostohatestvérek közötti kapcsolat is családi kapcsolat a család társadalmi funkcióját vagy a családot mint védendő szociális entitást tekintve, illetve jogi értelemben is családi kapcsolat jön létre az örökbefogadással. Ha a rokoni kapcsolatokat tisztaságát kívánja a Btk. 203. §-a védeni, akkor joggal tehető fel a kérdés, nem jelenti-e ez a vérségi kapcsolatok indokolatlan megkülönböztetését. Alkotmányjogi szempontból a kérdést úgy lehet megfogalmazni, hogy – a rokoni kapcsolatok védelme érdekében – a szexuális önrendelkezés normatív korlátozása nem diszkriminatív-e a vérségi kapcsolatban lévő személyek körére nézve, ha más családi kapcsolatban élők létesíthetnek egymással szexuális kontaktust.⁷⁷⁸

A rokoni kapcsolatokra hivatkozást illetően maga az AB is „zavarba jött”, erről tanúskodik, hogy ezt az írásmódot használta: „(vér)rokonok” (lásd 1.1.4.). A bizonytalanságon túl azonban nem került sor konzekvenciák levonására.

A családvédelmi funkcióval szemben további érvként hozható fel, hogy a vérrokonosság központi szerepe miatt a tényleges, de még a jogi családi kapcsolatoknak sincs jelentősége. Így egy mások által örökbefogadott személy vérfertőzést követhet el a vérszerinti szülőjével. Ha vérrokonok eleve külön családokban élnek, családvédelemről nem lehet beszélni,⁷⁷⁹ s az ilyen példa a gyakorlatban könnyen elképzelhető külön felnevelkedett testvérek esetén.⁷⁸⁰

1.2.3. Az ifjúságvédelem mint jogi tárgy azonnal megkérdőjelezhető az alapján a tény alapján, hogy két felnőttkorú személy nemi cselekménye is tényállásszerű, az esetükben pedig nem lehet szó ifjúságvédelemről.

⁷⁷⁶ Uo.

⁷⁷⁷ ANGYAL 1937, 91. p.; Indokolás-1961, 490. p.; NEMÉNYI 1968, 1396. p.; NAGY 2005, 303. p.; BERKES 2006, 612. p.

⁷⁷⁸ Szintén a diszkrimináció gyanúját fogalmazza meg HOLLÁN–KIS 2005, 203. §-hoz fűzött magyarázat.

⁷⁷⁹ Vö. TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1038. p.

⁷⁸⁰ Nagy port kavart Németországban az a nem régi eset, amikor is egymástól külön felnevelkedett testvérpár létesített egymással élettársi kapcsolatot, amelyből azóta négy gyermekük született. A német Alkotmánybíróság – az ez ügyben folyamatban lévő újabb büntetőeljárásban előterjesztett indítvány alapján – a tervek szerint 2008 februárjában döntött volna a testvérek között elkövetett vérfertőzés büntetendőségének alkotmányosságáról (Dr. Konstanze Jarvers, a freiburgi Max-Planck-Intézetben a kérdés kapcsán indított projekt vezetőjének személyes közlése alapján). A kézirat lezárásáig e döntés még nem született meg.

Az ifjúságvédelemi kérdések szempontjából továbbá meghatározó a vérfertőzésnek a környező tényállásokkal való viszonya. A 12 év alatti passzív alanyok esetében konszenzuális nemi cselekmény esetén is tipikus lehet az erőszakos közösülés/szemérem elleni erőszak, és felmenő elkövető esetén annak minősített esetének megállapítása [Btk. 197/198. § (2) bek. b) pont], amely a vérfertőzést konzumálja, azzal halmazatban nem állapítható meg.⁷⁸¹ Az erőszakos nemi bűncselekmény minősített esetének büntetési tétele ugyanis kifejezi azt a társadalomra veszélyességet is, amelyet a vérfertőzés hordoz.⁷⁸² A vérfertőzés halmazatba akkor kerülhet általában az erőszakos nemi bűncselekményekkel, ha testvérek között történik a nemi cselekmény.⁷⁸³

Amennyiben a gyermek a 12. életévét betöltötte, de a 14. évét még nem, a vérfertőzés megállapítása kizárt; az a hozzátartozó által elkövetett megrontás büntette [Btk. 201. § (3) bek. I. ford.] mellett nem állapítható meg halmazatban. Mindebből az állapítható meg, hogy a vérfertőzés tipikusan akkor állapítható meg önálló bűncselekményként, ha a leszármazó, illetve a testvér a 14. életévét már betöltötte és a nemi cselekményre a beleegyezésével kerül sor.⁷⁸⁴

Ifjúságvédelemről elvileg mindössze a 14 és 18 év közötti vérrokonokkal történő nemi kapcsolat esetén lehet szó (ehhez lásd még 3.1.).

I.2.4. A jogalkotó esetében elhanyagolhatónak tűnik és az Alkotmánybíróság is utolsóként említi a sorban a *leszármazás genetikai védelmét*. Anélkül, hogy ennek most orvostudományi összefüggéseibe kellene bocsátkozni, a törvényi tényállásból magából kiolvasható, hogy az egészséges utódlás jogtárgyi szerepe is problematikus.

A legkézenfekvőbb ellentmondás abban rejlik, hogy a *fajtalanságból* nem születhetnek utódok, így e jogtárgy védelméhez semmi köze a lemenők és felmenők között elkövetett fajtalanság büntetendőségének.

Pusztán dogmatikai jellegű következmény, hogy a *büntetőjogi értelemben vett közösülés* jelentésénél fogva alkalmatlan utód nemzésére, a szeméremajkak belső érintése esetén tulajdonképpen kizárható a fogantatás bármilyen csekély lehetősége is. Ez oda vezet, hogy a vérfertőzés bűncselekménye még közösülés esetén is megvalósulhat befejezetten úgy, hogy kizárt a gyermeknemzés lehetősége. Kizárt a fogamzás lehetősége továbbá akkor is, ha (legalább) az elkövetők egyike terméketlen.

⁷⁸¹ NAGY 2005, 293. és 305. p.; BERKES 2006, 604. és 612. p.; a joggyakorlatból lásd BJD 1252.; BH 1985.135.

⁷⁸² NAGY uo.

⁷⁸³ A jogirodalomhoz lásd 781. l.j.; a joggyakorlatból BH 1985.135.; BH 1991.1.

⁷⁸⁴ NAGY 2005, 305. p.

A fogantatás nem száz százalékban kizárt, de a lehetősége is alig kimutathatóan csekély akkor, ha hatékony fogamzásgátlási módszert alkalmaznak az elkövetők (pl. tablettát vagy óvszert). A bűncselekményi tényállás az elkövetők ilyen magatartására semmilyen formában sem reagál, holott az elkövetők ebben az esetben saját maguk zárják ki, illetve minimalizálják a jogtárgysérelem lehetőségét.

Azonban ha mindezeket túl védekezés nélküli, élettani értelemben vett közösülésre és magömlésre kerül sor, a gyermek fogantatásának ebben az esetben is csak egy absztrakt veszélyéről lehet szó.⁷⁸⁵ És ettől még távolabb, még absztraktabb annak a veszélye, hogy beteg gyermek szülessen.

Ha csak a közösülést mint elkövetési magatartást tekintjük, akkor elmondható, hogy a vérfertőzés az egészséges utódlás mint jogi tárgy szempontjából absztrakt veszélyeztető bűncselekménynek tekinthető. Emellett is kérdéses azonban, hogy ez a fajta, szinte beláthatatlanul távoli veszély, annak absztraktsági foka elfogadható-e a büntetőjog számára, legitimálhatja-e a kriminalizációt. A legitimáció hiánya egyértelműen merül fel olyan esetekben, amikor a vérrokonok kapcsolatából egészséges utód születik. Az absztrakt veszélyeztető tényállás azonban nem engedi meg az ellenbizonyítást, és a jogtárgysérelem bizonyított hiánya esetén is büntetőjogi felelősséget alapít.

Összességében kijelenthető, hogy a jogalkotó és az Alkotmánybíróság által deklarált jogi tárgyak közül egyik sem feleltethető meg a vérfertőzés Btk. 203. §-a szerinti törvényi tényállásával. Egyelőre ebből nem szükséges messzemenő következtetéseket levonni, elegendő annyit, hogy a jogalkotó magát a törvényi tényállást nem a deklarált jogi tárgyaknak megfelelően fogalmazta meg, és ez meglehetősen kérdésessé teszi az AB azon sommás megállapítását, miszerint e jogi tárgyak védelme ésszerű indokát adná a vérfertőzés büntetendőségének. Az ehhez szükséges korreláció a törvényi tényállás és a jogi tárgyak között hiányzik.

Mint látható volt, a jogalkotót döntően a morális szempontok motiválták a vérfertőzés kriminalizálásával kapcsolatban, és ez tükröződik a bűncselekmény rendszertani elhelyezésénél is. Ha ugyanis a család/házasság/ifjúságvédelmi szempont lenne a döntő, akkor nem a XIV. Fejezet II., hanem az I. Címébe kellett volna a törvényi tényállást helyezni. Ha pedig az utód génállományának a védelme lenne az elsődleges védendő érdek, akkor pedig a XII. Fejezet I. Címében, az élet, testi épség és egészség elleni bűncselekmények között kellett

⁷⁸⁵ SZAJBÉLY erre tekintettel javasolta objektív büntethetőségi feltételként annak kimondását, hogy a közösülésből gyermek fogan (2004, 290. p.).

volna szabályozni. A jogalkotó és az Alkotmánybíróság által deklarált (más) jogi tárgyakkal szemben a bűncselekmény rendszertani elhelyezése is az erkölcsvédelmi szempontot támasztja alá.⁷⁸⁶

A következőkben – tényállás inkonzekvenciáin túllépve – annak vizsgálatára kerül sor, hogy szükséges, ésszerű lehet-e ezeknek a jogi tárgyakkal szemben a vértörvények nemi cselekményeivel szembeni büntetőjogi védelme.

2. Dilemmák a vérfertőzés jogi tárgyai körül – a német nyelvű irodalom alapján

A fentiek alapján az látszik kirajzolódni, hogy a magyar büntetőjog számára általában magától értetődőnek és mélyebb vizsgálódást nem igénylőnek tűnik a vérfertőzés büntetendőségének kérdése. Ehhez képest meglepő, hogy a német nyelvű jogirodalomban általános és erős szkepszis tapasztalható ebben a kérdésben. A kételkedés alsó fokának annak kimondása tekinthető, hogy a törvényi tényállás és a rendszertani elhelyezés alapján a bűncselekmény jogi tárgyának meghatározása lehetetlen.⁷⁸⁷ Ettől tovább lép az a megállapítás, amely szerint a törvényi reformok sorozata ellenére sem lehet mást mondani, minthogy a vérfertőzés büntetendősége mögött erkölcsvédelem rejlik.⁷⁸⁸ A szerzők nagy része ettől azonban jóval tovább megy, és egyhangúlag a vérfertőzés dekriminalizálásának igényét fogalmazza meg.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ VÍZI mutat rá, hogy a vérfertőzés tényállása valójában – mondhatnánk abszurd módon – még a nemi erkölcsöt sem védi megfelelően. A testvérek közötti közönségesen kívüli, büntetlen szexuális magatartások, avagy a nevelőapa és a nevelt lány szintén büntetlen szexuális kapcsolata ugyanúgy elvetendő a nemi erkölcs szerint, mint a vérfertőzés tényállása által egyébként pönalizált magatartások (vö. 2006, 70. p.).

⁷⁸⁷ LACKNER-KÜHL 2004, 704. p. A dStGB 173. §-át és az öStGB 211. §-hoz lásd a Mellékletet. A két szabályozásban rendszertani eltérés is mutatkozik. Míg a dStGB a személyállapot, a házasság és a család elleni bűncselekmények körében, addig az öStGB a szexuális integritás és önrendelkezés elleni bűncselekmények körében szabályozza a vérfertőzést. A német irodalomban még arra is találni próbálkozást, hogy a rendszertani elhelyezés alapján, a teleológiai restrikció módszerével a vértörvények körénél szűkebbre, a családban élő vértörvényekre korlátozzák a büntetendőség körét (lásd FROMMEL-NK, 3205. p.).

⁷⁸⁸ S/S-LENCKNER 2006, 1500. p. AMELUNG szerint a vérfertőzés büntetni rendelve esetén kevésbé az emberi együttélés problémámatudatos szabályozásáról, hanem sokkal inkább ősrégi morális normák hagyományává vált ismételtetéséről van szó (idézi JUNG 1983, 312. p. és HORN-WOLTERS-SK § 173, 13. p.).

⁷⁸⁹ JÄGER 1957, 67. p.; HANACK 1968, 10-11. p.; JUNG 1983, 320-321. p.; KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999, 236. p.; FROMMEL-NK, 3208. p.; TRÖNDLE-FISCHER 2006, 1038. p.; SCHICK-WK 2006, 89. p.

2.1. Genetikai kérdések – orvosi megállapítások kontra jogi érvek

Az egészséges utódláshoz fűződő érdek mint jogi tárgy az 1920-as években fogalmazódott meg először, és a német büntető kódexben döntő szerepet játszott a büntetendő magatartásoknak a közösülésre szorításában.⁷⁹⁰

2.1.1. S bár az orvostudományt régóta foglalkoztatja ez a kérdés, mindeddig nem sikerült pontos bizonyítékot szolgáltatni a vérrokonok nemi érintkezése és az utódok genetikai károsodása közötti kapcsolatra. Figyelemfelkeltő az a megállapítás, hogy a genetikai szempont valójában egy racionálisnak feltüntetett érv lenne annak érdekében, hogy a jogi metafizikát természettudománnyal helyettesíthessük.⁷⁹¹

Az mindenesetre nem vitatható, hogy a vérfertőző kapcsolatban született gyermekek esetén a recesszív örökletes ártalmak gyakrabban fordulnak elő, mint más gyermekeknél. Amennyiben egy recesszív genetikai adottsággal rendelkező személy heterogén nemi kapcsolatba lép, akkor szélsőségesen minimális annak az esélye, hogy hasonló hordozóval találkozzon. Míg ha saját gyermekével közösül, akkor ennek az esélye megnő. *A veszély növekedésének kimondása is azonban csak akkor lehet bizonyos, ha ismert recesszív genetikai károsodásról van szó.*⁷⁹²

Ezzel szemben szokás felhozni, hogy a vérfertőző kapcsolat genetikai szempontból valójában neutrális, hiszen mind negatív, mind pozitív irányú hatása lehet, miután a már meglévő örökítőanyag halmozódásáról van szó. Ilyen összegződésre nemcsak negatív, hanem pozitív adottságokat illetően is sor kerülhet.⁷⁹³ Ennek cáfolatára pedig megemlíthető, hogy a hátrányos adottságok aránya az előnyös adottságok hátrányára a recesszív gének esetében magasabb a domináns génekhez képest, mivel ez utóbbiak folyamatosan ki vannak téve a szelekciónak, míg a recesszív oldalon a domináns gének takarásában büntetlenül halmozódhatnak fel a káros tulajdonságok.⁷⁹⁴

A génszelekció kérdése pedig közvetlenül kapcsolható ahhoz a humángenetikuskok által tett megállapításhoz, miszerint rendkívül nehéz a vérrokonokból eredő recesszív

⁷⁹⁰ A vonatkozó jogalkotói és jogirodalmi álláspontokat részletesen áttekinti FROMMEL-NK, 3205. p. A vérségi kapcsolatra végül 1974-ben szűkítette le a német jogalkotó a törvényi tényállást (JUNG 1983, 313. p.; HORN-WOLTERS-SK § 173, 13. p.). A genetikai kérdés 1920-as évek körüli, utáni felvetődése közvetve a magyar irodalomban is kimutatható. Az EDVI-féle kommentár még csak kizárólag a cselekménynek a természeti és az erkölcsi törvényekkel való ellentétéről beszélt (1894 II. kötet 252. p.). Az ANGYAL-féle kézikönyvben pedig az erkölcsi tisztaság megőrzése után már az egészséges utódlás is a jogi tárgyak között szerepel (1937, 90. p.).

⁷⁹¹ SCHUBARTH 1999, 643. p.

⁷⁹² JUNG 1983, 313. p.

⁷⁹³ JÄGER 1957, 64. p.

⁷⁹⁴ SCHUBARTH 1999, 643-644. p.

defektusok hatását az egyébként is károsodott szülői genotípus, illetve a káros környezeti feltételek hatásától elkülöníteni.⁷⁹⁵ A „vérfertőzésidegen” tényezők kizárásának nehézsége pedig annak belátásához vezethet, hogy az egyébként is beteg örökítőanyag nem vérrokonok nemi kapcsolata esetén is az utód károsodását eredményezheti.⁷⁹⁶ Ezzel kapcsolatban szem előtt kell tartani azt is, hogy a vérfertőzés nem kizárólag és nem elsősorban a csökkent intelligenciájú, szellemileg fogyatékos emberekre jellemző magatartás. Sokkal inkább arról lehet szó, hogy magasabb intelligenciájú személyek hatékonyabban alkalmazzák a fogamzásgátlást, s ezért utódok inkább származnak szellemi defektussal rendelkező személyek vérfertőző kapcsolatából, s ezekben az esetekben nem lehet a vérfertőzés által generált, illetve az eleve adott károsodásokat meggyőzően elkülöníteni. Márpedig meggyőző empirikus vizsgálatra a vérfertőző kapcsolatból született utódok vizsgálata esetén nyílna csak lehetőség.⁷⁹⁷

2.1.2. Látható, hogy az orvostudományi megállapítások nagyon relatív jellegűek, és érvek-ellenérvek felsorakoztatásából állnak. Kérdés, hogy egy „ilyen terepen” mit kezdhet a büntetőjog. A vérfertőző kapcsolat és a káros recesszív gének jelentősége, az ebből fakadó veszély és annak mértéke, főleg pedig e tényező kizárólagossága nem látszik megnyugtatóan igazolhatónak.

Az ettől stabilabb alapot igénylő büntetőjogi megítélés számára mindebből az vehető leginkább figyelembe, hogy a károsító hatás elsősorban nem a vérfertőző kapcsolatra, hanem a negatív öröklési faktorok találkozására, azaz a már adott genetikai terheltségre vezethető vissza. Genetikai terheltség hiányában (ez a recesszív génekre is igaz) pedig nem kerül sor az utódok károsodására, még vérfertőző kapcsolatban sem. Mindebből az következik, hogy a *genetikai terheltség nem csak egy részfeltétele a vérfertőző kapcsolatban született utódok károsodásának, hanem a döntő és egyetlen feltétele*. Ha a terheltség hiányzik, a károsodás lehetősége vérrokonok kapcsolata esetén is kizárt.⁷⁹⁸

Ennek az okfolyamatnak a jogi megítélésében tehát a genetikai terheltség adott vagy hiányzó voltára lehet csak a hangsúlyt fektetni. Így pedig racionálisan nem lesz

⁷⁹⁵ Vogel-Motulsky humángenetikai alpművéből ismerteti JUNG 1983, 314. p.

⁷⁹⁶ JÄGER 1957, 64. p.

⁷⁹⁷ JUNG 1983, 314. p. Bár nem a tudatos fogamzásgátláshoz kapcsolódik, de itt lehet megemlíteni a hazánkban legutóbb történt esetet, amikor is a 12 éves kislány a nagypapától fogant gyermekét hozta világra (lásd <http://index.hu/politika/bulvar/1120ngyup/>). A kislány siketnéma. A gyermekének esetleges genetikai károsodása ennek ismeretében nehezen lesz vizsgálható a vérfertőző kapcsolat szempontjából.

⁷⁹⁸ JÄGER 1957, 65-66. p. Hasonlóan BAUER 1963, 19. p.; BAUMANN 1967, 323. p. Ez a megállapítás szerepel a '78-as Btk. előkészítése során bekért orvosi szakvéleményben is: „A beltenyészés során károsodás csak akkor jelentkezik, ha kóros génekről van szó” (LÁSZLÓ 1989, 305. p.) (kiemelés – Sz.Zs.).

megindokolható, hogy *miért büntetjük minden esetben a vérfertőző kapcsolatot, és ezzel szemben miért nem büntetjük azon olyan egymással vérrokonságban nem álló személyek közösülését, akik közül legalább az egyikük genetikai károsodással bír* (pl. a felmenői között ugyanaz a recesszív károsodás fordult elő). Ha az utódok egészsége a védendő érdek, akkor ez a különbségtétel ésszerűtlen.⁷⁹⁹ Akkor ezen az alapon pedig *végképp büntetni kellene azokat, akik ismert domináns károsodásuk ellenére is utódot nemzenek*.⁸⁰⁰ A vérrokonok diszkriminációja az ilyen esetekkel szembeállítva nyilvánvaló. Dogmatikai szempontból pedig a szabályozási helyzet ellentétes az „a minore ad maius” tételével: ha a kevesebb büntetendő, akkor a többnek is büntetendőnek kellene lennie. Lényegében ezeket az érveket tette magáévá az 1978. évi Btk.-t előkészítő és a vérfertőzést eredménytelenül dekriminalizálni szándékozó Kodifikációs Bizottság is, hangsúlyozva, hogy „terhelt utódok nem csak ilyen (értsd: vérfertőző) kapcsolatból származhatnak”.⁸⁰¹

Ezeknek az eseteknek a szembeállításával a büntetőjog nagyon veszélyes vizekre evez, hiszen innen egyenes út vezet annak a végiggondolásáig, hogy vajon génkárosodott értelmi fogyatékos személyek miért nemzhetnek büntetlenül utódokat.⁸⁰² Az ezzel kapcsolatos rossz emlékek is teszik szükségessé végső soron annak kimondását, hogy a *büntetőjog tartsa távol magát a genetikától. Nem képviselhető az, hogy az ember szexuális magatartását a büntetőjogi fenyegetés szorítsa rá az eugenikai szempontok figyelembe vételére*.⁸⁰³

2.1.3. Ha a *genetikai érvek jogalkotási hatását vizsgáljuk*, már esett róla szó, hogy a *német jogalkotó* a genetikai gondolat mentén szűkítette le az elkövetési magatartásokat a közösülésre (amellett, hogy elsősorban család elleni bűncselekményként kezeli). Ezzel egyértelműen nincs összhangban az, hogy az elkövetők 18 év alatti életkorát a dStGB testvérek esetén is büntethetőségi akadályként szabályozza, azaz fiatalok testvérek közösülése esetén egyikük sem büntethető [173. § (3) bek.]. Ez esetben tehát közömbös lenne az utódok genetikai védelme? A büntethetőségi akadály indokát abban adja meg a jogalkotó, hogy ilyen esetben a

⁷⁹⁹ JUNG 1983, 315. p.

⁸⁰⁰ KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 235. p. Jó példa lehet erre a vérzékenység. Ha a nő tisztában van vele, hogy férfi felmenői vérzékenyek voltak, akkor azzal is tisztában kell lennie, hogy fiúgyermek szintén vérzékeny lesz. A '78-as Btk. előkészítése során készített orvosszakértői jelentés is megállapítja, hogy „a domináns jellegek öröklődésében a rokonházasságnak nincs jelentősége. A domináns öröklésben az egészséges személy teljesen egyenrangú a másik egészséggel, függetlenül az esetleges rokon kapcsolattól” (LÁSZLÓ 1989, 305. p.). Számomra a második mondat nem értelmezhető. Mit kell érteni egyenrangúság alatt? Mit jelent az, hogy ez független a rokon kapcsolattól? És miért csak az egészséges adottságok domináns örökléséről esik szó? A domináns károsodásokról miért nem?

⁸⁰¹ LÁSZLÓ 1989, 307. p.

⁸⁰² BAUMANN 1967, 323. p.

⁸⁰³ TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1038. p.; a múltbéli emlékekre hivatkozva ezt szintén aggályosnak tartja FROMMEL–NK 3207–3208. p.

büntetőeljárásból a fiatalok elkövetőire fakadó hátrányos következmények számottevőbbek lehetnek, mint a büntetendő cselekményből esetleg keletkező káros következmények.⁸⁰⁴

Ezt az érvelést olvasva megfogalmazódik a kérdés: ha valóban az utódok védelme a védendő érdek, akkor az ő egészségük lehetséges károsodásával szembe lehet-e állítani a büntetőeljárásból az elkövetőkre fakadó hátrányokat? Ez a fajta mérlegelés erősen elbizonytalanít a német jogalkotó tényleges motivációit illetően.

A magyar jogalkotó számára a hatályos törvény kodifikálásakor rendelkezésre állt a már említett orvosi szakvélemény, amelyet végül szinte egyáltalán nem vett figyelembe a vérfertőzés büntetendőségének fenntartásakor, annak ellenére, hogy a szakvélemény a genetikai okokra hivatkozva tartotta indokoltnak a büntetendőség fenntartását.

Mint láttuk, a magyar jogalkotót döntően a cselekmény erkölcsi elítélendősége motiválta a pönalizáció fenntartásakor. Ennek akár az is oka lehetett, hogy a rendelkezésre állt orvosi szakvélemény gondolatmenete egyáltalán nem világos, egyes megállapításai nem érthetők, vagy adott esetben laikus szemmel is tévesnek tűnnek. Nem teljesen értelmezhető a domináns és a recesszív öröklés szembeállítására vonatkozó okfejtés (800. lj.), és feltűnően hiányzik belőle a kóros gének domináns öröklésének megemlítése. Egy másik lényeginek tűnő állítás viszont matematikai csúsztatásnak tűnik: „Ha egy családon belül valamilyen recesszív kóros jelleg fordul elő, a gyermekek 1/4-e terhelt lesz. Ez az arány azonban csak a nagyszámok törvényei alapján létezik, viszont ha a hazai átlagos családnagyság egy gyermeket jelent, így az egy terhelt taggal rendelkező utódnemzedék – egy családon belül – 100 %-os terheltséget jelenthet.”⁸⁰⁵ Azonnal felmerül kérdés: az átlagos családnagyság tényleg egy gyermek volt az 1970-es évek második felében? Ami pedig a matematikai csúsztatást illeti: éppen az nem kerül kimondásra, hogy ez az egy gyermek 75 %-os eséllyel egészséges lehet.

A szakvélemény a jogalkotó konkrét kérdésére válaszolva arról is tájékoztat, hogy a szülő és gyermek, illetve a testvérek közötti vérfertőzés következményei azonosak lehetnek.⁸⁰⁶ Ennek ellentmond a német szakirodalomban olvasható megállapítás, miszerint egyedüli kockázatot talán csak a testvérek közötti vérfertőzés jelenthet, a lemenők-felmenők között a károsodás veszélye még valószínűtlenebb.⁸⁰⁷ Érhető talán, hogy ez a szakvélemény

⁸⁰⁴ A jogalkotói indokolást ismerteti HORN–WOLTERS-SK § 173, 12. p.; a genetikai gondolat megdőlését hangsúlyozza ezzel kapcsolatban JUNG 1983, 321. p.

⁸⁰⁵ LÁSZLÓ 1989, 306. p.

⁸⁰⁶ Uo.

⁸⁰⁷ SCHUBARTH 1999, 641. p.

végül nem jelentett kiindulási pontot a jogalkotó számára. Megnyugtatóbbnak tűnt a morális szempontokra hivatkozás.

Az *osztrák jogalkotó* a jelenleg is hatályos öStGB indoklásában egy szóval sem említ genetikai szempontokat a védelem indokaként, még csak kérdésként sem veti fel. Ehelyett a vérfertőző kapcsolatokra gyakran jellemző kiszolgáltatotti, alá-fölérendeltségi viszonyokkal foglalkozik.⁸⁰⁸

Érdekességként említhető, hogy a *svájci* Btk. módosítására készülő javaslat alkotói kifejezetten megfogalmazták, hogy a rendelkezésükre álló dokumentumok alapján a genetikai védelme szempontja teljesen a háttérbe szorult, azt egyáltalán nem vették figyelembe.⁸⁰⁹

Összességében látható, hogy az egészséges utódláshoz fűződő érdek jogi tárgyként történő figyelembe vétele, a vérfertőzés kriminalizálásának erre alapítása nehezen fogadható el. Bizonytalan, olykor egymásnak ellentmondó orvosi felismeréseken alapul, és ha a morális szempontokat *nem* hívjuk segítségül, akkor a genetikai védelem vérrokonok körére szorítása jogi szempontból egyértelműen diszkriminatív. Az is kimutatható, hogy a vizsgált országok jogalkotását – bármilyen kézenfekvőnek is tűnne – jellemzően nem a genetikai védelem motiválta a vérfertőzés pönalizálásánál.

Álláspontom szerint a (közösüléssel elkövetett) vérfertőzésnek mint az utódok egészségét védő absztrakt veszélyeztetési tényállásnak a koncepciója nem tartható fent.

2.2. Családvédelem – az ok-okozat és a büntetőjogi fellépés problematikája

A magyar Btk.-beli tényállás kritikája kapcsán volt már róla szó, hogy a vérségi kapcsolatra szűkítéssel megdől a családvédelem koncepciója is. Ez a német és osztrák büntetőjogban fokozottan is igaz, hiszen itt le- és felmenők között is csak a közösülés a büntetendő magatartás.⁸¹⁰

Ennek ellenére a német jogalkotó az 1974. évi 4. novellával (4. StrRG) a családvédelmi fejezetben helyezte el a tényállást. Indoklása szerint „a vérfertőzés büntetendőségének indoka az Alaptörvény 6. cikkéből folyó házasság- és családvédelmi kötelezettség. A vérfertőző kapcsolatok általában komoly terhelést jelentenek a család

⁸⁰⁸ Dokumentation zum öStGB, 194. p.

⁸⁰⁹ SCHULTZ 1982, 251. p. A hatályos svájci kódex 213. §-a az egyensági rokonok és a testvérek közötti közösülést bünteti. URL: http://www.admin.ch/ch/d/sr/311_0/a213.html (2007. 09. 23.)

⁸¹⁰ Vö. TRÖNDLE–FISCHER 2006, 1038. p.

számára. Nem csak családdromboló hatásuk van, hanem nem ritkán súlyos lelki károsodáshoz vezetnek, különösen a fiatalok esetében”.⁸¹¹

A családdromboló hatással kapcsolatban a kritikai megállapítások rámutatnak, hogy itt a jogalkotó valójában megfordítja az ok-okozati kapcsolatot. Az esetek nagy részében ugyanis a vérfertőzés az egyik kifejeződési módja családi viszonyok már adott dezorganizálódásának, és nem a vérfertőzés vezet a családi kapcsolatok megzavarásához. Egy kriminológiai vizsgálat eredményei szerint az esetek 88 %-ában már a vérfertőző cselekmény elkövetése előtt kimutatható volt a családi kapcsolatok zavara, s ebből az a következtetés vonható le, hogy a vérfertőzés inkább tünete, semmint oka a családi viszonyok zavarának.⁸¹²

Az olyan érvelés sem meggyőző, hogy a vérfertőző kapcsolat felbomlasztja, fellazítja a családi köteléket, hiszen – mint volt róla szó – a vérfertőzésnek mint tabunak az eredete éppen az exogámia követelményéből fakad. A vérfertőzés épp ennek mond ellent, azaz nem fellazítja, hanem éppen túl szorosra fűzi a családi kapcsolatokat. Továbbá, ha el is fogadnánk a vérfertőzést mint a családi kapcsolatokat megzavaró tényezőt, akkor ebből a szempontból sem lenne egy megítélés alá vonható a szülő és gyermek, illetve a testvérek közötti nemi kapcsolat.⁸¹³

Eleve kérdéses tehát a vérfertőzés szerepe a családi dezorganizáció létrejöttében. S már csak erre tekintettel sem lehet figyelmen kívül hagyni, hogy a büntetőeljárás a családi kapcsolatok zavarát csak súlyosítja. Az ezzel kapcsolatos kriminálpszichológiai kutatások azt mutatják, hogy a vérfertőzést kísérő sokféle belső családi feszültség és (lojalitási) konfliktus a bíróság előtt teljes terjedelmében manifesztálódik, felszínre kerül. A büntetőeljárás sok esetben a család végleges összeomlásához vezet.⁸¹⁴ E kutatásoknál időben már jóval korábban is megfogalmazódtak hasonló aggályok. Ezek szerint a büntetőjog ily módon nem alkalmas a családi kapcsolatok védelmére. Éppen ellenkezőleg, a büntetőjogi fenyegetettség, illetve maga a büntetőeljárás „pszichés méregként” hat, a büntetőjogi fenyegetettség tudata és cselekmény nyilvánosságra kerülése, illetve a bizonyítási eljárás következményei azok, amelyek leginkább szétrombolják a családot. Ezzel pedig a büntetni rendeltség sokkal inkább maga veszélyezteti a védeni kívánt érdeket.⁸¹⁵

⁸¹¹ Ismerteti JUNG 1983, 315. p.

⁸¹² *Maisch* eredményeit ismerteti JUNG uo.

⁸¹³ JÄGER 1957, 67. p.

⁸¹⁴ Ismerteti JUNG 1983, 316. p.

⁸¹⁵ JÄGER 1957, 67. p. Hasonló véleményének ad hangot BAUMANN, szerinte a büntetőjogi fellépés alkalmatlan a családi kapcsolatoknak a nemi cselekményektől való tisztántartására, a szigorú büntetés kilátásba helyezése csak maga is kárt okoz (1967, 323. p.).

Látható tehát, hogy *a vérfertőzés kriminalizálása a család mint társadalmi entitás védelmére alkalmatlan és szükségtelen.*

2.3. Ifjúságvédelem – tényleges védelmi igény, de nem alkalmazható tényállás

A genetikai védelemmel és a családvédelemmel ellentétben a gyermekek büntetőjogi védelme a vérfertőző kapcsolatokkal szemben nem nélkülözhető. SCHMOLLER mutat rá, hogy valójában a büntetni rendeltség történeti gyökerei is az ifjúságvédelmi célra vezethetők vissza.⁸¹⁶ A történeti fejezetben is láttuk, hogy az erkölcsvédelmi büntető kódexek, nem is beszélve a korábbi időszakokról, nem biztosítottak speciális ifjúságvédelmet.⁸¹⁷ A vérfertőzés büntetendősége biztosította a büntetőjogi fellépést a vérrokonok, sőt a sógori kapcsolatok esetén is a gyermekekkel folytatott konszenzuális nemi cselekmények esetén.

A büntetőjogi fellépés szükségessége ezen a téren nem kérdőjelezhető meg. A gyermek sérelmére elkövetett vérfertőzés minden esetben magában hordozza egy feloldhatatlan autoritási konfliktus veszélyét. Megzavarhatja annak a folyamatát, hogy a gyermek időben le tudjon válni a szüleitől. Ezzel a vérfertőzési tilalom abba az általánosabb tilalmi körbe illeszkedik, amely általában a nevelési, felügyeleti viszonyoknak a szexuális kapcsolattól való tisztántartását célozza.⁸¹⁸ A védelmi igény az autonóm identitás kifejlődésére vonatkozik, itt abban a részaspektusában, hogy adottak legyenek a feltételek ahhoz, hogy a legszemélyesebb dolgainkban, így a szexualitásban is kialakítható és stabilizálható legyen az egyén személyes autonómiája.⁸¹⁹

A kriminológiai vizsgálatok tanulsága szerint a gyermek sérelmére a családon belül elkövetett szexuális visszaélések, de akár még a konszenzusosnak is tekinthető nemi cselekmények sokkal nagyobb veszélyekkel járnak a sértett pszichés fejlődésére nézve, mint a családi köteléken kívüli szexuális kontaktusok. A sértettek beszámolóí alapján ezeket a cselekményeket sokkal súlyosabb behatásként élték meg, ami azzal is szorosan összefügg, hogy családon belül az ilyen cselekményekre jóval huzamosabb ideig, akár éveken keresztül sor kerülhet.⁸²⁰ Emellett a káros hatásokat fokozza, hogy tényleges és intenzív függőségi viszonyokról van szó, amelyek a valódi konszenzust az esetek nagy részében kizárják. A

⁸¹⁶ KIENAPFEL–SCHMOLLER 1999, 235-236. p.

⁸¹⁷ Elég ha csak arra gondolunk, hogy a Csemegi-kódex kizárólag a tisztességes leánygyermekkel folytatott közönséget büntetette (vö. I. Rész 1.2.4.).

⁸¹⁸ JUNG 1983, 316. p.

⁸¹⁹ FROMMEL-NK 3206. p.

⁸²⁰ A többek között áldozat-megkérdezésen is alapuló kriminológiai kutatások eredményeit ismerteti Ilg 1997, 79-80. p.

vérfertőzést körülvevő erős társadalmi tabu pedig a felnövekvő gyermekben egyre erősebb bűntudat és konfliktusok kialakulásához vezet.⁸²¹

Az ifjúságvédelmi felismerésekkel voltak összefüggésben azok a régebbi németországi javaslatok, amelyek még az 1974. évi nagy reformok előtt a vérfertőzés általános büntetendőségét elvetve azt szorgalmazták, hogy a passzív alanyi kört a gyermekekre, az akkor is már adott ifjúságvédelmi tényállások mellett a 14-18 éves korosztályra kellene leszűkíteni.⁸²² Hasonló javaslattal egyébként Svájcban is lehetett a '80-as években találkozni.⁸²³

A recens német nyelvű irodalom azonban már tekintettel lehet a speciális ifjúságvédelmi tényállásokban azóta bekövetkezett változásokra, széleskörű kriminalizációra, és a tényállási környezet ismeretében a javaslat ma már egyértelműen az, hogy a vérfertőzés tényállását ki kell iktatni.⁸²⁴ A dekriminalizációs igény mögött egyrészt az a felismerés rejlik, hogy az ifjúságvédelmi tényállások a német és osztrák büntetőjogban teljes egészében lefedik az adott körben a vérfertőző kapcsolatokat is. Így a vérfertőzés önálló megállapítására e súlyosabban büntetendő bűncselekmények mellett nem kerülhet sor, a vérfertőzés gyakorlati jelentőségét elveszik az ifjúságvédelmi tényállások.⁸²⁵ Másrészt a felnőtt vérrokonok konszenzuális nemi kapcsolata esetén – mint láttuk – sem a genetikai védelem, sem pedig a családvédelem nem fogadható el jogi tárgyként, a büntetőjogi beavatkozás ily módon nem legitimálható.

3. De lege ferenda

3.1. A de lege ferenda javaslat tételét érdemes a fentiek rövid összegzésével kezdeni. Látható volt, hogy a magyar jogalkotó, az Alkotmánybíróság és – néhány kivételtől eltekintve⁸²⁶ – a büntetőjogi irodalom is evidenciaként kezeli a vérfertőzés büntetendőségét. Az Alkotmánybíróság a kérdést a vonatkozó határozatában érdemben valójában nem vizsgálta, a jogalkotó pedig nyíltan a morális megvetendőségre alapozta a szankcionálást. Kimutatható volt az is, hogy a Btk. 203. §-a szerinti törvényi tényállás egyik deklarált jogi tárgynak sem

⁸²¹ GRAUPNER 1997, 229. p.

⁸²² BAUER 1963, 19. p.; BAUMANN 1967, 324. p.; KOHLHAAS 1968, 264. p.

⁸²³ SCHULTZ 1982, 251. p.; egy 1976-os javaslatra utal TRECHSEL 1997, 251. p.

⁸²⁴ Lásd 788. l.

⁸²⁵ ILG 1997, 81. p.; FROMMEL-NK 3207. p.

⁸²⁶ Így KOVÁCS 2003, 325-327. p.; NAGY-SZOMORA 2004, II. 24. p.; SZAJBÉLY 2004, 290. p.; HOLLÁN-KIS 2005, 203. §-hoz fűzött magyarázat

feleltethető meg, a későbbiekben pedig igyekeztem alátámasztani, hogy a genetikai védelem és a családvédelem nem is fogadhatók el jogi tárgyként.

A büntetőjogi fellépés igénye egyedül az ifjúság, a 18. év alatti lemenők autonóm fejlődésének védelme érdekében fogalmazódhat meg.⁸²⁷ Mivel ezzel a védelmi igénnyel a Btk. 203. §-a szerinti tényállás semmilyen korrelációt nem mutat, így annak a törvényből való kiiktatása indokolt.

Ha megvizsgáljuk a *dekriminalizáció hatásait*, akkor elmondható, hogy *a felnőtt vérrokonok egymás közötti konszenzuális nemi cselekményei kerülnének ki a büntetőjogi megítélés köréből*. A gyermekek számára az ifjúságvédelmi tényállásokon keresztül a hatályos Btk. jelenleg is megfelelő védelmet biztosít. A nemi cselekménybe való beleegyezés hiányában a büntetőjogi fellépés adott, és jelenleg sem elsősorban a vérrokoni kapcsolaton alapul, hanem a nemi cselekményre kényszerítésen. A vérfertőzésnek jelentősége a konszenzusos magatartások esetén lehet. Ilyen esetekben a jelenleg is adott védelem köre az alábbiak szerint határozható meg:

- *12. év alatti gyermek* esetén annak beleegyezésével is az erőszakos közöszlülés/szemérem elleni erőszak alap-, illetve minősített esete valósul meg. Családon belüli elkövetésnél pedig tipikusan adott lehet a minősítő körülményként megfogalmazott nevelési, felügyeleti viszony [Btk. 197/198. § (2) bek. b) pont].

- *12. és 14. év közötti gyermek* esetén a megrontás hozzátartozó által elkövetett minősített esete ma is eleve kizárja a vérfertőzés megállapítását [Btk. 201. § (3) bek.].

- Látszólag a *14. és 18. közötti lemenők* körére alkalmazható ma a vérfertőzés tényállása. Ez azonban annak az eredménye, hogy a vérfertőzés speciális tényállás a kiskorú veszélyeztetéséhez képest.⁸²⁸ Ha kiiktatásra kerül a vérfertőzés bűncselekménye, akkor a kiskorú veszélyeztetése mint generális tényállás léphet előtérbe, és a büntetőjogi védelmet a 14. év feletti kiskorú lemenők esetén is biztosítja. Az nem kérdés ugyanis, hogy a gyermekkel való nemi kapcsolat a nevelési kötelességek súlyos megszegését jelenti. A gyermek pszichoszexuális fejlődését pedig nem a vérrokoni kapcsolat ténye, hanem a ténylegesen adott alá-fölérendeltségi, egzisztenciális és lelki kiszolgáltatottsággal járó viszony veszélyeztetheti. Ezt a kört pedig teljes egészében lefedi a kiskorú veszélyeztetésének tényállása [Btk. 195. § (1) bek.]

⁸²⁷ A közöszlülésen kívüli magatartásokkal kapcsolatban hasonló javaslatot fogalmaztunk meg korábban NAGY FERENCCEL, nevezetesen hogy a passzív alanyok körét a 18. év alatti lemenők körében kellene meghatározni, elkövetők pedig a nagykorú felmenők lennének (NAGY-SZOMORA 2004, II. 24. p.).

⁸²⁸ Vö. NAGY 2005, 305. p.



3.2. Ha megnézzük a kriminálstatisztikai adatokat, akkor elmondható, hogy az ismertté vált vérfertőzések száma elenyésző, és arányuk is, ha az összes ismertté vált nemi erkölcs elleni bűncselekményhez viszonyítjuk:

Ismertté vált bűncselekményeken belül		
	Nemi erkölcs elleni bűncselekmények	Vérfertőzés
1990	1343	20
1991	1591	9
1992	1906	16
1993	2968	17
1994	1847	27
1995	1543	14
1996	2199	12
1997	1554	15
1998	1519	13
1999	1642	17
2000	1350	28
2001	1382	7
2002	1307	13
2003	1265	16
2004	1298	11
2005	1365	33
2006	1247	15

Forrás: A KSH közlése alapján (kapcsolattartó: Papp Gábor).

Az elenyésző számnak egyik oka lehet a nyilvánvalóan magas látencia, amely a konszenzuális nemi bűncselekmények szükségszerű velejárója. A másik ok azonban a jelenleg is alkalmazott halmazati szabályok, amelyek a megrontás és az erőszakos közöszlész/szemérem elleni erőszak mellett a legtöbb esetben kizárják a vérfertőzés megállapítását, így a megfelelő büntetőjogi védelmet eleve biztosítják. Az is feltűnő, hogy az Alkotmánybíróság 1999. évi döntése után nem változott lényegesen a vérfertőzések száma (továbbra is kb. 10 és 30 között ingadozik), amiből az a következtetés vonható le, hogy a testvérek közötti homoszexuális kapcsolat korábban sem játszott szerepet, illetve azt az említett nemi bűncselekmények felfoghatták.

Hangsúlyozni kell, hogy a felnőtt vérrokonok esetén a büntetendőség eltörlése azért indokolt, mert a szexuális önrendelkezés jogának korlátozását jelenti úgy, hogy ennek a

korlátozásnak nem lehet ésszerű okot adni, a szükségességét sem a genetikai szempontok, sem pedig a családvédelem nem támasztják ésszerűen alá.

Zárásként arra szeretnék utalni, hogy – az ezzel kapcsolatos téves felfogások ellenére – egy büntetőjogi tilalom eltörlése nem az adott cselekmény támogatandóságát, elismerését vagy pozitív értékelését jelenti. A büntetőjogi tilalom eltörlése azt fejezi ki, hogy az adott társadalmi viszonyokba való büntetőjogi beavatkozás nem legitimálható, ésszerűtlen, szükségtelen vagy aránytalan, illetve az ultima ratio elvével össze nem egyeztethető fellépést jelent, jogtárgyvédelmi szempontok nem indokolják.⁸²⁹

⁸²⁹ Vö. ARZT 1983, 19-20. p.

Záró összegzés

Az egyes fejeztek végén már részletesen összegeztem a következtetéseimet, azok megisméltése itt most már nem szükséges. Ehelyett *befejezésként nevesíteném a három (négy) elemzett bűncselekménynek az értekezésben kirajzolódó kapcsolódási pontjait.*

Elmondható, hogy valamennyi esetében a mai napig találhatók – különböző szinteken ható – döntően *morális szempontok*. Így említhetők az erőszakos közösülés/szemérem elleni erőszak második fordulatanál, az akaratnyilvánításra képtelen passzív alanyok esetén a szexuális önrendelkezési képességükhöz a jogirodalomban fűzött morális jellegű követelmények. A megrontás esetében a hazai álláspontok egyhangúan az ifjúság egészséges nemi fejlődését tekintik jogi tárgynak, amely erkölcsi szempontok figyelembe vétele nélkül nem értelmezhető. A vérfertőzésről sikerült kimutatni, hogy egyértelműen és – a deklarált jogi tárgyaival való inkoherenciája miatt – kizárólag erkölcsi megfontolásokon alapul a büntetendősége. Az értekezésben e morális szempontok kiküszöbölésére tettem javaslatot.

Elvi kérdésként említhető továbbá, hogy mind a megrontás, mind pedig a vérfertőzés jogi tárgyai körül nagy az *empirikus bizonytalanság* (a vérfertőzés esetében ez elsősorban a genetikai károsodás lehetőségére igaz). A megrontás esetében e bizonytalanság ellenére a büntetendőség fenntartására tettem javaslatot, a jelenleg is alkalmazott, absztrakt veszélyeztetési konstrukció felhasználásával. A büntetendőség fenntartását a passzív alanyi kör, azaz a gyermekek védelmének kiemelkedően fontos jelentősége indokolhatja. Ilyen speciális védelmi érdek a vérfertőzés esetében már nem található, így a jogi tárgyai körüli bizonytalanságok miatt itt már a dekriminalizálására tettem javaslatot. Felnőtt személyek szexuális életének korlátozása esetén a jogalkotó által deklarált jogi tárgyak nem nyújtanak elegendő és ésszerű indokot a büntetőjogi beavatkozásra. Ugyanakkor a vérfertőzés tényállása de facto az ifjúságvédelmi szerepét sem töltheti be, tekintettel a bűnhalmazati szabályokra.

A praktikusabb kérdésekre áttérve, a *közösülés és a fajtalanság fogalompárosának jelentése és viszonya* de lege lata elhatárolási és értelmezési ellentmondásokhoz vezetett az erőszakos közösülés és a szemérem elleni erőszak bűncselekményei kapcsán. Más jellegű probléma – a sértetteket és az elkövetőket érintő közvetett diszkrimináció – alakult ki a közösülés és a fajtalanság fogalma és viszonya miatt a megrontás és a vérfertőzés tényállásában is. A puszta tény, hogy mindhárom bűncselekmény esetében dogmatikai problémákhoz vezetett a közösülés és a fajtalanság kategóriája, már önmagában igazolja, hogy jövőbeni fenntartásuk nem indokolható, és helyettesítésükre az ember szexuális

magatartását értékítélétől mentesen és egységesen megragadó *nemi cselekmény* kategóriája javasolható.

A *gyermek passzív alanyokkal* kapcsolatban hangsúlyoztam, hogy védelmük biztosítása egyetlen törvényi tényállásban történjen a jövőben, mert a *de lege lata* helyzet értelmezési, értékelési visszasságokat mutat és jogtárgyi szempontból inadekvát. Az erőszakos nemi bűncselekmények köréből ki kell emelni a 12. éven aluli passzív alanyok konszenzuális nemi cselekményeit, és nekik a megrontás (nemi cselekmény gyermekkel) tényállásában kell – minősített esetben megtestesülő – fokozott védelmet biztosítani. E szempont kapcsán újból meg kell említeni, hogy a vérfertőzés – a látszat ellenére – nem tölt be ifjúságvédelmi funkciót.

De lege ferenda javaslataim értelmében a nemi cselekménnyel mint elkövetési magatartással megvalósuló jelenlegi négy tényállást kettő váltaná fel: a nemi erőszak és a nemi cselekmény gyermekkel. A két törvényi tényállás között átfedések már nem lennének. Jogtárgyi szempontból pedig elkülönülnének a szexuális önrendelkezést a kényszerrel, illetve az ellentétes akarat meg nem engedhető figyelmen kívül hagyásával szemben védő rendelkezések, valamint az életkori okokból a konszenzuális nemi cselekményeket normatív korlátozó és büntető rendelkezések.

MELLÉKLET

A német büntető kódex (dStGB) hivatkozott törvényhelyei⁸³⁰

§ 173 Rokonok közösülése (Beischlaf zwischen Verwandten)

(1) Aki vérszerinti leszármazójával közösül, három évig terjedő szabadságvesztéssel vagy pénzbüntetéssel büntetendő.

(2) Aki vérszerinti felmenőjével közösül, két évig terjedő szabadságvesztéssel vagy pénzbüntetéssel büntetendő; akkor is, ha rokoni viszony megszűnt. Ugyanígy büntetendők a vérszerinti testvérek, akik egymással közösülnek.

(3) A leszármazók és a testvérek nem büntethetők, ha a cselekmény elkövetésekor a tizennyolcadik életévüket még nem töltötték be.

176. § Szexuális visszaélés gyermekekkel (Sexueller Mißbrauch von Kindern)

(1) Aki tizennégy év alatti személyen (gyermeken) szexuális cselekményt végez vagy gyermekkel magán végeztet, hat hónaptól tíz évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Ugyanígy büntetendő az is, aki gyermeket arra bír rá, hogy harmadik személyen végezzen vagy a harmadik személlyel magán végeztessen szexuális cselekményeket.

(3) Különösen súlyos esetekben nem szabható ki egy évnél rövidebb szabadságvesztés.

(4) Három hónaptól öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő, aki

1. gyermek előtt végez szexuális cselekményeket,
 2. gyermeket arra bír rá, hogy magán szexuális cselekményeket végezzen,
 3. gyermeket iratokkal [11. § (3) bek.]⁸³¹ szexuális cselekményekre rábírn
- törekszik, amelyeket a gyermeknek a tettes vagy harmadik személy előtt magán kellene végeznie, vagy pedig a tettes és harmadik személy által magán végeztetnie,
4. aki gyermeket pornográf képanyaggal, illetve előadással, valamint pornográf tartalmú hanganyag lejátszásával befolyásol.

(5) Három hónaptól öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő, aki gyermeket az (1)-(4) bekezdésekben meghatározott cselekményekre felkínál, megszerezni ígér, vagy aki ilyen cselekményekben mással megállapodik.

(6) A kísérlet büntetendő; ez a (4) bekezdés 3-4. pontjában és az (5) bekezdésben meghatározott cselekményekre nem érvényes.

176a. § Súlyos szexuális visszaélés gyermekekkel (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)

(1) A 176. § (1) és (2) bekezdése szerinti szexuális visszaélés gyermekkel egy évnél kevesebb szabadságvesztéssel nem büntethető, ha a tettest a megelőző öt évben ilyen bűncselekmény miatt jogerősen elítélték.

(2) A 176. § (1) és (2) bekezdése szerinti szexuális visszaélés gyermekkel két évnél kevesebb szabadságvesztéssel nem büntethető, ha

⁸³⁰ Forrás: GÖSSEL 2005, XIX-XXXV.

⁸³¹ A hivatkozott bekezdés szerint az irattal egy tekintet alá esik a kép-, hang- és adathordozó, az ábrák és az illusztrációk.

1. tizenhét év feletti személy gyermekkel közösül, illetve olyan hasonló szexuális cselekményeket végez rajta, vagy magán vele végeztet, amelyek a testbe történő behatolással járnak,

2. a cselekményt többen közösen követik el,

3. a tettes a cselekményével a gyermeket súlyos egészségkárosodás, vagy a testi, lelki fejlődés károsodása veszélyének teszi ki.

(3) Nem szabható ki három évnél rövidebb szabadságvesztés, ha a 176. § (1)-(3) bekezdés, a (4) bekezdés 1-2. pontja vagy a (6) bekezdés szerinti cselekményt a tettes vagy a részes azért követi el, hogy az pornográf anyag [11. § (3) bek.] tárgya legyen, amely a 184b. § (1)-(3) bekezdése szerint terjesztésre kerülne.

(4) Az (1) bekezdés kevésbé súlyos esetei három hónaptól öt évig terjedő, a (2) bekezdés kevésbé súlyos esetei egy évtől tíz évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendők.

(5) Nem szabható ki öt évnél rövidebb szabadságvesztés, ha a 176. § (1)-(3) bekezdése szerinti bűncselekmény a gyermek súlyos testi bántalmazásával jár vagy életveszélyt okoz.

(6) Az (1) bekezdésben megjelölt határidőbe nem számít be az az idő, amely alatt a tettest hatósági rendelkezés alapján fogva van. Külföldi elítélés alapjául szolgáló cselekmény akkor esik az (1) bekezdéssel egy tekintet alá, ha a német büntetőjogban a 176. § (1)-(2) bekezdéseit valósítaná meg.

§ 177 Nemi kényszerítés; nemi erőszak (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)

(1) Aki más személyt

1. erőszakkal,

2. élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetéssel vagy

3. a tettesnek védtelenül kiszolgáltatott sértett helyzetének kihasználásával

arra kényszerít, hogy a tettes vagy harmadik személy szexuális cselekményeit eltűrje, vagy hogy a tettesen, illetve harmadik személyen ilyen cselekményeket végezzen, egy évnél rövidebb szabadságvesztéssel nem büntethető.

(2) Különösen súlyos esetekben a szabadságvesztés tartama nem lehet rövidebb két évnél. Általában különösen súlyos eset valósul meg, ha

1. a tettes a sértettel közösül vagy sértetten olyan hasonló nemi cselekményeket végez, illetve magán a sértettel végeztet, amelyek a sértettet különös módon megalázzák, így különösen akkor, ha a testbe történő behatolással járnak (nemi erőszak), vagy

2. a cselekményt többen közösen követik el.

(3) Nem szabható ki három évnél kevesebb szabadságvesztés, ha a tettes

1. fegyvert vagy más veszélyes tárgyat tart magánál;

2. más tárgyat vagy eszközt tart magánál, hogy a másik személy ellenállását erőszakkal vagy azzal való fenyegetéssel megakadályozza vagy legyőzze;

3. a cselekményével a sértett súlyos egészségromlását okozza.

(4) Nem szabható ki öt évnél kevesebb szabadságvesztés, ha a tettes

1. fegyvert vagy más veszélyes tárgyat alkalmaz;

2. a sértettet

a) súlyosan bántalmazza vagy

b) életveszélyt okoz.

(5) Az (1) bekezdés kevésbé súlyos eseteiben a büntetés hat hónaptól öt évig terjedő szabadságvesztés, a (3) és (4) bekezdés kevésbé súlyos eseteiben a büntetés egy évtől tíz évig terjedő szabadságvesztés.

179. § Szexuális visszaélés ellenállásra képtelen személyekkel (Sexueller Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen)

(1) Aki egy másik személlyel, aki

1. szellemi vagy lelki betegség vagy fogyatékoság miatt, ideértve a szenvedélybetegséget, illetve súlyos tudatzavar miatt, avagy

2. testi okokból

ellenállásra képtelen, oly módon él vissza, hogy az ellenállásra képtelenségének kihasználásával rajta nemi cselekményt végez, vagy vele magán végeztet, hat hónaptól tíz évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Ugyanígy büntetendő, aki egy ellenállásra képtelen személlyel [(1) bek.] oly módon él vissza, hogy az ellenállásra képtelen állapotának kihasználásával arra bírja rá, hogy máson nemi cselekményt végezzen, vagy vele magán végeztessen.

(3) Különösen súlyos esetekben a büntetés nem lehet kevesebb egy évnél.

(4) A kísérlet büntetendő.

(5) Nem szabható ki két évnél rövidebb szabadságvesztés, ha

1. a tettes a sértettel közösen vagy más olyan hasonló szexuális cselekményeket végez rajta vagy vele magán végeztet, amelyek a testbe történő behatolással járnak,

2. a bűncselekményt többen közösen követik el,

3. a tettes a sértettet súlyos egészségromlást veszélyének teszi ki, vagy a sértett testi vagy lelki fejlődését jelentősen károsodás veszélyének teszi ki.

(6) Az (5) bekezdés kevésbé súlyos eseteiben a büntetés egy évtől tíz évig terjedő szabadságvesztés.

182. § Szexuális visszaélés fiatalokkal (Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen)

(1) Az a tizennyolcadik életévét betöltött személy, aki tizenhat év alatti személlyel oly módon él vissza, hogy

1. kényszerhelyzet kihasználásával vagy ellenszolgáltatás ellenében rajta nemi cselekményeket végez, vagy vele magán végeztet, vagy

2. kényszerhelyzet kihasználásával arra bírja rá, hogy máson nemi cselekményt végezzen, vagy vele magán végeztessen,

öt évig terjedő szabadságvesztéssel vagy pénzbüntetéssel büntetendő.

(2) Az a huszonegyedik életévét betöltött személy, aki tizenhat év alatti személlyel oly módon él vissza, hogy

1. rajta nemi cselekményt végez vagy vele magán végeztet, illetve

2. arra bírja rá, hogy máson nemi cselekményt végezzen, vagy vele magán végeztessen,

és ehhez a sértett hiányzó szexuális önrendelkezési képességét használja ki, három évig terjedő szabadságvesztéssel vagy pénzbüntetéssel büntetendő.

(3) A (2) bekezdésben meghatározott cselekmények magánindítványra üldözendők, kivéve, ha a bűnüldöző hatóságok a bűnüldözéshez fűződő nyomós közérdek alapján hivatalból való eljárást tartanak szükségesnek.

(4) Az (1) és (2) bekezdés eseteiben a bíróság mellőzheti a büntetési kiszabását, ha azon személy viselkedésének figyelembe vételével, aki ellen a cselekmény irányult, a cselekmény jogtalansága csekély mértékű.

Az osztrák büntető kódex (öStGB) hivatkozott törvényhelyei⁸³²

201. § Nemi erőszak (Vergewaltigung)

(1) Aki mást erőszakkal, személyi szabadságának elvonásával vagy élet, testi épség elleni közvetlen fenyegetéssel közösülés, illetve közösüléssel azonos megítélésű nemi cselekmény végzésére vagy annak eltűrésére kényszerít, hat hónaptól tíz évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Ha a cselekmény következménye súlyos testi sértés [84. § (1) bek.] vagy a megerőszakolt személy terhessége, vagy a cselekmény folytán a megerőszakolt személy hosszabb időn át gyötrelmes állapotba kerül vagy az különösen megalázza, a büntetés öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztés, ha azonban a cselekmény következménye a megerőszakolt személy halála, a büntetés tíz évtől húsz évig terjedő, illetve életfogytig tartó szabadságvesztés.

202. § Nemi kényszerítés (Geschlechtliche Nötigung)

(1) Aki a 201. § esetein kívül mást erőszakkal vagy veszélyes fenyegetéssel nemi cselekmény végzésére vagy annak eltűrésére kényszerít, öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Ha a cselekmény következménye súlyos testi sértés [84. § (1) bek.] vagy a kényszerített személy terhessége, vagy cselekmény folytán a kényszerített személy hosszabb időn át gyötrelmes állapotba kerül vagy az különösen megalázza, a büntetés egy évtől tíz évig terjedő szabadságvesztés, ha azonban a cselekmény következménye a kényszerített személy halála, öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztés.

205. § Védekezésre képtelen vagy szellemileg sérült személy sérelmére elkövetett szexuális visszaélés (Sexueller Mißbrauch einer wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Person)

(1) Aki védekezésre képtelen vagy olyan személyen, aki elmebetegség, gyengeelméjűség, mélyreható tudatzavar vagy más súlyos, ezen állapotok valamelyikével azonos megítélésű kóros elmeállapot miatt képtelen a történések jelentőségét felismerni vagy e felismerésnek megfelelően cselekedni, ezt az állapotát felhasználva és azzal visszaélve nemi cselekményt végez vagy vele végeztet, avagy harmadik személlyel végzendő nemi cselekményre bírja rá, illetve azért, hogy a saját vagy harmadik személy nemi vágyát felkeltse vagy kielégítse, arra bír rá, hogy saját magán végezzen fajtalan cselekményt, öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Ha a cselekmény következménye súlyos testi sértés [84. § (1) bek.] vagy terhesség, a büntetés egy évtől tíz évig terjedő szabadságvesztés. Ha a cselekmény következménye a sértett halála, a büntetés öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztés.

⁸³² Forrás: SCHICK-WK 15.,33.,39.,47.,57. és 76. p.

206. § Súlyos szexuális visszaélés gyermekkorúval (Schwerer sexueller Mißbrauch von Unmündigen)

(1) Aki gyermekkorú személlyel közösül vagy közösüléssel azonos megítélésű nemi cselekményt végez, egy évtől tíz évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Ugyanígy büntetendő, aki gyermekkorú személyt arra bír rá, hogy mással közösülést vagy közösüléssel azonos megítélésű nemi cselekményt végezzen vagy azt eltűrje, illetve saját maga vagy harmadik személy nemi izgatása vagy kielégítése céljából gyermekkorú személyt arra bír rá, hogy magán közösüléssel azonos megítélésű nemi cselekményt végezzen.

(3) Ha a cselekmény súlyos testi sértéshez [84. § (1) bek.] vagy a gyermekkorú személy terhességéhez vezetett, akkor a büntetés öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztés, ha pedig a gyermekkorú személy halálát okozza, akkor tíz évtől húsz évig terjedő vagy életfogytig tartó szabadságvesztés.

(4) Ha az elkövető életkora a gyermekkorú személy életkorát három évvel nem haladja meg, és a nemi cselekmény nem tárggyal történő behatolásban áll, és sem testi sértést, sem halált nem okoz, akkor a tettes az (1) és (2) bekezdés szerint nem büntethető, kivéve, ha a gyermekkorú személy a 13. életévét még nem töltötte be.

207. Szexuális visszaélés gyermekkorúval (Sexueller Mißbrauch von Unmündigen)

(1) Aki a 206. § esetein kívül gyermekkorú személyen nemi cselekményt végez, vagy a gyermekkorú személlyel magán végzetet, hat hónaptól öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Ugyanígy büntetendő, aki gyermekkorú személyt mással való nemi cselekményre bír rá, illetve saját maga vagy harmadik személy nemi izgatása vagy kielégítése céljából gyermekkorú személyt arra bír rá, hogy magán nemi cselekményt végezzen.

(3) Ha a cselekmény súlyos testi sértést [84. (1) bek.] okoz, akkor a büntetés egy évtől tíz évig terjedő szabadságvesztés, ha pedig a gyermekkorú személy halálát okozza, akkor öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztés.

(4) Ha az elkövető életkora a gyermekkorú személy életkorát négy évvel nem haladja meg, és nem állnak be a (3) bekezdésben írt eredmények, akkor az elkövető az (1) és (2) bekezdés szerint nem büntethető, kivéve, ha a gyermekkorú személy a 12. életévét nem töltötte be.

208. § Szexuális visszaélés fiatalkorúval (Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen)

(1) Aki tizenhatodik életévet be nem töltött olyan személyen, aki meghatározott okokból még nem elég érett, hogy a történések jelentőségét felismerje vagy e felismerésnek megfelelően cselekedjen, e hiányos érettség valamint az életkorából adódó fölérendeltség kihasználásával nemi cselekményt végez, vagy vele magán végzetet, vagy arra bír rá, hogy máson nemi cselekményt végezzen, vagy mással magán végeztessen, egy évig terjedő szabadságvesztéssel vagy 360 napi tétel pénzbüntetéssel büntetendő.

(2) Aki tizenhatodik életévet be nem töltött személyen kényszerhelyzetének kihasználásával nemi cselekményt végez, vagy vele magán végeztet, vagy egy ilyen személyt

arra bír rá, hogy máson nemi cselekményt végezzen, vagy mással magán végeztessen, három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(3) Aki tizennyolcadik életévét be nem töltött személyt ellenszolgáltatás nyújtásával arra bír rá, hogy rajta vagy máson nemi cselekményt végezzen, vagy vele illetve mással magán végeztessen, három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

211. § Vérfertőzés (Blutschande)

(1) Aki egyenesági rokonával közösül, egy évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Aki a lemenőjét közösülésre bírja rá, három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(3) Aki testvérével közösül, hat hónapig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(4) Aki a cselekmény időpontjában a tizenkilencedik életévét még nem töltötte be, nem büntethető vérfertőzés miatt, ha arra rábírták.

Felhasznált irodalom

(a hivatkozások feloldásával)

A

- AMELUNG 1999 = AMELUNG, KNUT: Über die Freiheit und Freiwilligkeit auf der Operseite der Starfnorm. Goltdammer's Archiv für Strafrecht. 1999. 182-203. p.
- ANGYAL 1937 = ANGYAL PÁL: A szemérem elleni büntettek és vétségek. A magyar büntetőjog kézikönyve 14. kötet. Attila-Nyomda. Budapest, 1937.
- ARZT 1983a = ARZT, GUNTHER: Sexualdelikte und Strafrechtsreform. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. 1983/1. 1-26. p.
- ARZT 1983b = ARZT, GUNTHER: Sexualdelikte und Strafrechtsreform: Bemerkungen zur Replik von Martin Killias und Manfred Rehbinder auf meinen Beitrag. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. 1983. 514-520. p.

B

- BALOGH 1993 = BALOGH, ELEMÉR: Die Verdachtsstrafe als Erscheinungsform der Schuldvermutung. Acta Jur. et Pol. Szeged, 1993. Tom. XLIV. Fasc. 2.
- BALOGH 1997 = BALOGH ELEMÉR: A magyar büntető anyagi jog dogmatikatörténetének kezdetei. Jogtudományi Közlöny. 1997. 469-484. p.
- BATÓ 2002 = BATÓ SZILVIA: A magzatelhajtás a 18-19. század magyar jogtudományában. Collega. 2002/2. 64-70. p.
- BAUER 1963 = BAUER, FRITZ: Sexualstrafrecht heute. In: Sexualität und Verbrechen. Beiträge zum Strafrechtsreform (Hrsg.: Bauer et al.). Fischer Bücherei, 1963. 11-26. p.
- BAUMANN 1967 = BAUMANN, FRITZ: Die Blutschande und ihre rechtlichen Folgen. Schweizerische Juristenzeitung. 1967/21. 323-324. p.
- BECK 1988 = BECK, KARL: Die sexuelle Handlung. Tübingen, 1988.
- BERKES 2006 = BERKES GYÖRGY (szerk. és társszerző): A magyar büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára. 2. kiadás. Hvgorac. Budapest, 2006.
- BÉLI 1999 = BÉLI GÁBOR: Magyar jogtörténet. A tradicionális jog. Dialog Campus. Budapest-Pécs, 1999.
- BÉLI 2003 = BÉLI, GÁBOR: Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft in Ungarn im 18. Jh. In: Strafrechtsgeschichte and der Grenze des nächsten Jahrtausendes (szerk./Hrsg.: Mezey Barna). Gondolat. Budapest, 2003. 110-121. p.
- BÉLI-KAJTÁR 1988 = BÉLI GÁBOR – KAJTÁR ISTVÁN: Az osztrák (-német) büntető jogszabályok hatása a magyar jogban a 18. században (a Praxis Criminalis). In: Dolgozatok az állam- és jogtudományok köréből. Különnyomat. Janus Pannonius Tudományegyetem. Pécs, 1988. 29-64. p.
- BERTEL-SCHWAIGHOFER 2005 = BERTEL, CHRISTIAN –SCHWAIGHOFER, KLAUS: Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II. 6. Aufl. Springer. 2005.
- BIBÓ 1938 = BIBÓ ISTVÁN: Etika és büntetőjog. Különnyomat a Társadalomtudomány 1938. 1-3. számából. Budapest, 1938.
- BLASKÓ 2004 = BLASKÓ BÉLA: Közösülés – „Paradigmaváltás”? In: Györgyi Kálmán ünnepi kötet (szerk.: Gellér Balázs). KJK. Budapest, 2004. 69-78. p.
- BOCKELMANN 1972 = BOCKELMANN, PAUL: Zur Reform des Sexualstrafrechts. In: Festschrift für Reinhart Maurach (Hrsg.: Schroeder et al.). C.F.Müller. Karlsruhe, 1972. 391-414. p.
- BÓNIS 1934 = BÓNIS GYÖRGY: A magyar büntetőtörvénykönyv első javaslata 1712-ben. Budapest, 1934.
- BÓNIS 1962 = BÓNIS GYÖRGY: Buda és Pest bírósági gyakorlata a török kiűzése után: 1686-1708. Akadémiai Kiadó. Budapest, 1962.



BOTH 1958 = BOTH ÖDÖN: Szeged város büntetőbíráskodása 1848-ban. Acta Jur. et Pol. Szeged, 1958. Tom. IV. Fasc. 1.

BOTH 1977 = BOTH ÖDÖN: A stuprum violentum a kései feudális magyar büntetőjogban (1790-1848). Acta Jur. et Pol. Szeged, 1977. Tom. XXIV. Fasc. 2.

D

DEGRÉ 1936 = DEGRÉ ALAJOS: A Négyeskönyv büntetőjogi elvei. Angyal szeminárium kiadványai 34. Budapest, 1936.

DEGRÉ 2004 = DEGRÉ ALAJOS: Úriszéki peres eljárás a Dél-Dunántúlon a 18-19. században. In: Válogatott jogtörténeti tanulmányok (szerk.: Mezey Barna). Osiris. Budapest, 2004. 106-129. p.

DESSECKER 1998 = DESSECKER, AXEL: Veränderungen im Sexualstrafercht. Eine vorläufige Bewertung aktueller Reformbemühungen. Neue Zeitschrift für Strafrecht. 1998/1. 1-6. p.

E

EDVI 1894 = EDVI ILLÉS KÁROLY: A Büntetőtörvénykönyv magyarázata. II. kötet. 2. kiadás. Budapest, 1894.

F

FABRIZY 2002 = FABRIZY, EUGEN: Strafgesetzbuch (StGB) samt ausgewählten Nebengesetzen. Kurzkommentar. Manz. 8. Aufl. Wien, 2002.

FAHL 1998 = FAHL, CHRISTIANE: Schlaf als Zustand verminderter Strafrechtschutzes? Jura. 1998/9. 459. p.

FAYER I./II./III. = FAYER LÁSZLÓ: Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye. Budapest. I. kötet, 1896; II. kötet, 1898; III. kötet, 1900. [hivatkozás: kötetszám, oldalszám]

FEGERL 1995 = FEGERL, GERALD: Das neue Sexualstrafrecht. Vergewaltigung und geschlechtliche Nötigung. Orac. Wien, 1995.

FEHÉR 2005 = FEHÉR LENKE: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények. In: Fehér – Horváth – Lévai: Magyar büntetőjog. Különös rész. I. kötet. KJK. Budapest, 2005. 211-271. p.

FEHÉR-VIRÁG 2006 = FEHÉR LENKE – VIRÁG GYÖRGY: A nemi erőszak büntetőjogi szabályozása. Állam- és Jogtudomány (XLVII. évfolyam), 2006. 31-51. p.

FINKEY 1909 = FINKEY FERENC: A magyar büntetőjog tankönyve. 3. kiadás. Grill. Budapest, 1909.

FISCHER 2000 = FISCHER, THOMAS: Sexuelle Selbstbestimmungsrecht in schutzloser Lage. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 2000/1. 75-105. p.

FÖLDVÁRI 2005 = FÖLDVÁRI JÓZSEF: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények. In: Magyar büntetőjog. Különös rész (szerk.: Tóth Mihály). Osiris. Budapest, 2005. 185-223. p.

FOLKERS 2005 = FOLKERS, SUSANNE: Schutzlos – widerstandsunfähig – und trotzdem vergewaltigt? Neue Zeitschrift für Strafrecht. 2005/4. 181-184. p.

FROMMEL-NK = FROMMEL, MONIKA: §§ 173-184f. In: Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch (Hrsg.: Kindhäuser et al.) Band 2. 2. Aufl. Nomos. Baden-Baden, 2005. 3204-3340. p.

G

- GÁL 1992 = GÁL LÁSZLÓ: Javallat (Az első erdélyi magyar nyelvű büntető törvénykönyv-tervezet, 1839.). Kiadja: ELTE BTK Román Filológiai Tanszék. Budapest, 1992. A bevezetőt írta és a szöveget sajtó alá rendezte HAJDU LAJOS.
- GÁL 2002 = GÁL ISTVÁN LÁSZLÓ: Szempontok a nemi erkölcs elleni bűncselekmények új szabályozásához. Büntetőjogi Kodifikáció 2002/4. 29-33. p.
- GÖPPINGER–BOCK–BÖHM 1997 = GÖPPINGER, HANS – BOCK, MICHAEL – BÖHM ALEXANDER: Kriminologie. 5. Aufl. C.H.Beck. München, 1997.
- GÖSSEL 1985 = GÖSSEL, KARL-HEINZ: Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal. In: Festschrift für Dietrich Oehler (Hrsg.: Herzberg, Rolf Dietrich). Carl Heymanns Verlag. Köln,... 1985. 97-109. p.
- GÖSSEL 2005 = GÖSSEL, KARL HEINZ: Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis. Walter de Gruyter. Berlin, 2005.
- GRAUPNER 1997 I./II. = GRAUPNER, HELMUT: Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte. Über das Recht von Kindern auf sexuelle Selbstbestimmung. Teil I. u. Teil II. Peter Lang. Frankfurt a.M.,... 1997.
- GROPP 2005 = GROPP WALTER: Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Springer. Berlin et al., 2005.
- GROTE 2000 = GROTE, MARTIN: Recht und Moral am Beispiel der Sittlichkeitsdelikte seit dem Mittelalter. In: „Aus liebe der Gerechtigkeit und um gemeines nutz willen“. Historische Beiträge zum Strafverfolgung (Hrsg.: Jerouschek et al.). Tübingen, 2000. 113-134. p.
- GÜNTGE 2004 = GÜNTGE, GEORG-FRIEDRICH: Das Handlungsunrecht der sexuellen Nötigung bei schutzloser Lage des Opfers. Neue Juristische Wochenschrift. 2004/52. 3750-3752. p.

H

- HAJDU 1963 = HAJDU LAJOS: A Habsburg-birodalomban 1752-1769 között végrehajtott büntetőjogi kodifikáció jogtörténeti értékelése. Acta Fac. Pol.-Jur. Univ. Sci. Tom. V. Budapest, 1963. 81-114. p.
- HAJDU 1971 = HAJDU LAJOS: Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet. KJK. Budapest, 1971.
- HAJDU 1974 = HAJDU LAJOS: II. József büntetőtörvénykönyve Magyarországon. Jogtudományi Közlöny. 1974/január-február. 48-55. p.
- HAJDU 1985 = HAJDU LAJOS: Büntett és büntetés Magyarországon a XVIII. század utolsó harmadában. Magvető. Budapest, 1985.
- HAJDU 1996 = HAJDU LAJOS: Bűnözés és büntetésbíráskodás a XVIII. századi hetvenes éveinek Magyarországon. Akadémiai Kiadó. Budapest, 1996.
- HALÁSZ 1909 = HALÁSZ ZOLTÁN: A szemérem elleni bűncselekmények. Atheneum. Budapest, 1909.
- HALÁSZ-Kommentár = HALÁSZ SÁNDOR (SZERK.): A büntető törvénykönyv kommentárja. II. kötet. KJK. Budapest, 1968. A vonatkozó XV. Fejezet II. Címének szerzői Tokaji Géza és Neményi Béla. 1337-1436. p. [hivatkozás: Halász-Kommentár 1968].
- HÁMORI 2003 = HÁMORI ANTAL: Az ifjúság egészséges erkölcsi fejlődésének mint társadalmi értéknek a jogi védelme (jogszociológiai aspektusok). Magyar Jog. 2003/8. 474-483. p.
- HANACK 1968 = HANACK, ERNST-WALTER: Gutachten. In: Verhandlungen des Siebenundvierzigsten Deutschen Juristentages. Nürnberg 1968. C.H.Beck. München, 1968.
- HANGARTNER 1998 = HANGARTNER, PETER: Selbstbestimmung im Sexualbereich – Art. 188 bis 193 StGB. St. Gallen, 1998.

- HERMANN-KOLB 2005 = HERMANN-KOLB, BARBARA: Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchsdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004. Peter Lang Verlag. Frankfurt a.M., ... 2005.
- HOCHHEIMER 1963 = HOCHHEIMER, WOLFGANG: Das Sexualstrafrecht in psychologisch-anthropologischer Sicht. In: Sexualität und Verbrechen. Beiträge zum Strafrechtsreform (Hrsg.: Bauer et al.). Fischer Bücherei, 1963. 84-115. p.
- HOLLÁN 1998 = HOLLÁN MIKLÓS: A tizenkét év alatti gyermekek nemi fejlődésének büntetőjogi védelme. Egy törvénymódosítás margójára. Collega. 1998/3. 17-19. p.
- HOLLÁN-KIS 2005 = HOLLÁN MIKLÓS – KIS NORBERT: Az 1978. évi IV. törvény kommentárja. Az 1978. évi IV. törvény kapcsolódó anyagaként. In: Hivatalos Jogszabálytár. Hatályos Jogszabályok Hivatalos Gyűjteménye. Hivatalos Közlönykiadó. 2005/11. CD-formátum
- HOLZLEITHNER 1996 = HOLZLEITHNER, ELISABETH: Hambermas, Unbestimmtheit und „beischlafsähnliche Handlungen“. Juridikum. 1996/4.
- HOLZLEITHNER 2003 = HOLZLEITHNER, ELISABETH: Von der Notzucht zur Vergewaltigung. Paradigmenwechsel im österreichischen Strafrechtsdiskurs. In: Unzucht – Notzucht – Vergewaltigung. Definitionen und Deutungen sexueller Gewalt von der Aufklärung bis heute (Hrsg.: Künzel, Christiane). Campus Verlag. Frankfurt/New York, 2003. 243-260. p.
- HORN-WOLTERS-SK: HORN, ECKHARD – WOLTERS, GEREON: §§ 173-184f. In: Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg.: Rudolphi et al.). Band II. Besonderer Teil (§§ 80-358). Luchterhand. 2004. [hivatkozás § és oldalszám szerint]
- HÖRNLE-MK = HÖRNLE, TATJANA: §§ 174-184f. In: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2/2 (§§ 80-184 StGB) (Hrsg.: Joecks et al.). C.H.Beck. München, 2005.
- HULL 1997 = HULL, ISABEL V.: Sexualstrafrecht und geschlechtsspezifische Normen in den deutschen Staaten des 17. und 18. Jahrhunderts. In: Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der frühen Neuzeit bis zur Gegenwart (Hrsg.: Gerhard, Ute). C.H.Beck. München, 1997. 221-234. p.

I

- ILG 1997 = ILG, ELISABETH: Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Kindes. Regensburg, 1997.

J

- JÄGER 1957 = JÄGER, HERBERT: Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Stuttgart, 1957.
- JUNG 1983 = JUNG, HEIKE: Zur Strafbarkeit des Inzests. In: Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht. Festschrift für Heinz Leferenz (Hrsg.: Kerner et al.). C.F.Müller. Heidelberg, 1983. 311-321. p.

K

- KIELER 2002 = KIELER, MARTINA: Tatbestandsprobleme des sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen. Juristische Reihe TENEA (www.jurawelt.com), Band 52. (Eredetileg: Dissertation, Osnabrück, 2002)
- KIENAPFEL-SCHMOLLER 1999/2005 = KIENAPFEL, DIETHELM – SCHMOLLER, KURT: Grundriß des österreichischen Strafrecht. Besonderer Teil Band III. Delikte gegen sonstige Individual- und Gemeinschaftswerte. Manz. Wien, 1999. és újabb kiadás 2005. (megjegyzendő, hogy az újabb kiadás didaktikai okok miatt lényegesen meg lett rövidítve,

így többségében a lényegesen több információt tartalmazó 1999. évi kiadást fogom hivatkozni)

- KILLIAS–REHBINDER 1983 = KILLIAS, MARTIN – REHBINDER, MANFRED: „Sexualstrafrecht und Strafrechtsreform“. Sind die Reformer irrational? Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. 1983. 291-307. p.
- KISIDA 2006 = KISIDA ERZSÉBET: Az erkölcs és a jog egymáshoz való viszonya. Magyar Jog. 2006/6. 350-356. p.
- KLUG 1963 = KLUG, ULRICH: Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts. In: Sexualität und Verbrechen. Beiträge zum Strafrechtsreform (Hrsg.: Bauer et al.). Fischer Bücherei. 1963. 27-47. p.
- KOHLHAAS 1968 = KOHLHAAS, MAX: Empfiehlt es sich die Grenzen des Sexualstrafrecht neu zu bestimmen? Deutsche Richterzeitung. 1968/8. 263-266. p.
- KOVÁCS 2003 = KOVÁCS VIRÁG: A szexuális szabadság jogi megközelítésének problémái. Jogtudományi Közlöny. 2003/7-8. 322-330. p.
- KRAMER 1981 = KRAMER, ADELINDE: Sexualdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte. Tübingen, 1981.
- KUMMER 2002 = KUMMER, KATHRIN: Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht. Verlag Paul Haupt. Bern,... 2002.
- KUSCH–MÖSSLE 1994 = KUSCH, ROGER – MÖSSLE, KAREN ILKA: Verschärfter Jugendschutz. Zur Auslegung des neuen § 182 StGB. Neue Juristische Wochenschrift. 1994/23. 1504-1508. p.

L

- LACKNER–KÜHL 2004 = LACKNER, KARL – KÜHL, KRISTIAN: Strafgesetzbuch Kommentar. 25. Aufl. C.H.Beck. München, 2004.
- LAUBENTHAL 2000 = LAUBENTHAL, KLAUS: Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Springer. 2000.
- LÁSZLÓ 1989 = LÁSZLÓ JENŐ (szerk.): Az 1978. évi IV. törvény (Btk.) előkészítése. VIII. kötet. IM. Budapest, 1989.
- LÖW I./II. = LÖW TOBIÁS (szerk.): A magyar Büntetőtörvénykönyv és teljes anyaggyűjteménye. Budapest, 1880. [hivatkozás: kötetszám, oldalszám]
- LUKÁCS–TRAYTLER 1963 = LUKÁCS TIBOR – TRAYTLER ENDRE: A nemi erkölcs elleni bűntettek. KJK. Budapest, 1963.

M

- M. ANTALÓCZY 2001 = M. ANTALÓCZY ILDIKÓ: Bűnözés és büntetés Debrecenben a XVIII. század közepén. Csokonai Kiadó. Debrecen, 2001.
- MADER–HÖLZL 2000 = MADER, KARIN – HÖLZL, ANDREAS: Zur Sittlichkeit im Sexualstrafrecht. In: Sexualstrafrecht. Beiträge zum historischen und aktuellen Reformprozeß (Hrsg.: Floßmann, Ursula). Linzer Schriften zur Frauenforschung. Band 17. Linz, 2000. 227-263. p.
- MAJOR 1996 = MAJOR ZOLTÁN LÁSZLÓ: Erkölcsi problémák és bűncselekmények adatai a XVIII. század első felében Bihar vármegyében. In: Hajdú-Bihar Megyei Levéltár Évkönyve XXIII. 1996. 39-65. p.
- MAYER 1972 = MAYER, HELLMUTH: Die sogenannte sexuelle Revolution und das Strafrecht. In: Festschrift für Ernst Heinitz (Hrsg.: Lüttger, Hans). Walter de Gruyter, 1972. 119-137. p.
- MERÉNYI 1987 = MERÉNYI KÁLMÁN: A szexuális erőszak. KJK. Budapest, 1987.
- MEZEY 1995 = MEZEY BARNA: Büntetőjogi töredékek a Hármaskönyvben. In: Degré Alajos Emlékkönyv. Unió Kiadó. Budapest, 1995. 161-171. p.

- MEZEY 2001 = MEZEY BARNA: Jogfejlődésünk tradíciói. In: A magyar államiság ezer éve. Kultúra és tudomány a magyar államiság ezer évében (szerk.: Gergely Jenő, Izsák Lajos). ELTE Eötvös Kiadó. Budapest, 2001. 187-213. p.
- MEZEY 2004 = MEZEY BARNA (szerk. és társszerző): Magyar jogtörténet. 3. kiadás. Osiris. Budapest, 2004.

N

- NAGY 2004 = NAGY FERENC: A magyar büntetőjog általános része. Korona Kiadó. Budapest, 2004.
- NAGY 2005 = NAGY FERENC: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények. In: A magyar büntetőjog különös része (szerk.: Nagy Ferenc). Korona Kiadó. Budapest, 2005. 261-318. p.
- NAGY 2006 = NAGY FERENC: Az ellenség-büntetőjogról, a jogállami büntetőjog eróziójáról. Acta Jur. et Pol. Szeged, 2006. Tom. LXVIII. Fasc. 17.
- NAGY-SZOMORA 2004 I/II. = NAGY FERENC – SZOMORA ZSOLT: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények (Btk. XIV. Fejezet) de lege ferenda I-II. rész. Büntetőjogi Kodifikáció. 2004. évi 1. és 2. szám. 22-28. p. és 17-25. p.
- NEMÉNYI 1968 = NEMÉNYI BÉLA: XV. Fejezet II. Cím. In: A büntető törvénykönyv kommentárja. II. kötet. (szerk.: Halász Sándor) KJK. Budapest, 1968.

O

- OBERLIES 2002 = OBERLIES, DAGMAR: Selbstbestimmung und Behinderung. Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2002/1. 130-147. p.
- ORMEROD 2005 = ORMEROD, DAVID: Smith & Hogan Criminal Law. 11th Ed. Oxford University Press. 2005.

P

- PAETOW 1987 = PAETOW, BARBARA: Vergewaltigung in der Ehe. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderen Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika. Freiburg i.Br., 1987.
- PAULER 1870 = PAULER TIVADAR: Büntetőjogtan. II. kötet. 2. kiadás. Kiadja: Pfeifer Ferdinánd. Pest, 1870.
- PERŠAK 2005 = PERŠAK, NINA: Slovenia. In: Missing and sexually exploited children in the enlarged EU. Epidemiological data in the new member sates (Ed.: Vermeulen, G.). Maklu Publishers. Antwerp-Apeldoorn, 2005. 242-269. p.

R

- REHBERG-SCHMID-DONATSCH 2003 = REHBERG, JÖRG – SCHMID, NIKLAUS – DONATSCH, ANDREAS: Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen. 8. Aufl. Schultess. Zürich,... 2003
- REICHENBACH 2005 = REICHENBACH, PETER: Die Strafbarkeit sexuell motivierter Übergriffe in schutzloser Lage – verfassungswidrig? Jurisitsche Rundschau. 2005/10. 405-408. p.
- REICHENBACH 2003 = REICHENBACH, PETER: Der strafrechtliche Schutz behinderter Menschen vor sexuellem Missbrauch. Zur verfassungskonformen Umgestaltung des § 179 StGB. Goltdammer's Archiv für Strafrecht. 2003. 550-568. p.
- RENIKOWSKI 1999a = RENIKOWSKI, JOACHIM: Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz. 1. Teil. Neue Zeitschrift für Strafrecht. 1999/8. 377-385. p.
- RENIKOWSKI 1999b = ua. II. rész. uo. 1999/9. 440-442. p.

RENIKOWSKI-MK = RENIKOWSKI, JOACHIM: §§ 174-184f. In: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2/2 (§§ 80-184 StGB) (Hrsg.: Joecks et al.). C.H.Beck. München, 2005.

RÖTHLEIN 1986 = RÖTHLEIN, CORNELIA: Der Gewaltbegriff im Strafrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte. München, 1986.

S, SCH

S/S-szerző(k) = SCHÖNKE, ADOLF – SCHRÖDER, HORST: Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Aufl. C.H.Beck. München, 2006. [szerzők: § 173 – Lenckner; § 174-184f – Lenckner/Perron/Eisele]

SÁRI 2001 = SÁRI JÁNOS: Alapjogok. Alkotmánytan II. 2. kiadás. Osiris. Budapest, 2001.

SCHICK-WK 2001/2006 = SCHICK, PETER J.: §§ 201-212. In: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg.: Höpfel et al.). 2. Aufl. 31. Lieferung. Wien, 2001 és újabb kiadás 2006.

SCHMOLLER 2000 = SCHMOLLER, KURT: Unzureichendes oder überzogenes Sexualstrafrecht. In: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart. Ottenstein, 2000. 15-73. p.

SCHROEDER 1974 = SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG. In: Festschrift für Hans Welzel (Hrsg.: Stratenwerth et al.). Walter de Gruyter. 1974. 859-878. p.

SCHROEDER 1975 = SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: Das neue Sexualstrafrecht. Entstehung – Analyse – Kritik. C.F.Müller. Karlsruhe, 1975.

SCHROEDER 1994 = SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 175, 182 StGB. Neue Juristische Wochenschrift. 1994/23. 1501-1504. p.

SCHROEDER 1999 = SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998. Juristenzeitung. 1999/17. 827-833. p.

SCHUBARTH 1999 = SCHUBARTH, MARTIN: Humanbiologie und Strafrecht. Zur Rationalität des Inzestverbots im Sichte der Verhaltensforschung. In: Festschrift für Gerald Grünwald (Hrsg.: Samson et al.). Nomos. Baden-Baden, 1999. 641-656. p.

SCHULTHEISZ 1938 = SCHULTHEISZ EMIL: A jogtágy. Különlenyomat a Jog 1938. V. évf. 3-4. és 5-6. számaiból. Szeged, 1938.

SCHULTHEISZ 1966 = SCHULTHEISZ EMIL: A nemi erkölcs elleni büntettek de lege lata. KJK. Budapest, 1966.

SCHULTZ 1982 = SCHULTZ, HANS: Die Revision des schweizerischen Sexualstrafrecht. Schweizerische Juristenzeitung. 1982/15. 245-254. p.

SEELMANN 2004 = SEELMANN, KURT: Rechtsphilosophie. 3. Aufl. C.H.Beck. München, 2004.

SICK 1991 = SICK, BRIGITTE: Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechtsverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1991/1. 43-91. p.

SICK 1993 = Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff. Duncker & Humblot. Berlin, 1993.

SINKU 2005 = SINKU PÁL: A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények. In: Belovics – Molnár – Sinku: Büntetőjog. Különös Rész. 5. kiadás. Hvgorac. Budapest, 2005. 209-247. p.

SINN 2006 = SINN, ARNDT: Modern bűnüldözés – az ellenség-büntetőjog útján? In: Bűnügyi Mozaik. Tanulmányok Vida Mihály 70. születésnapja tiszteletére (szerk.: Nagy Ferenc). Pólay Elemér Alapítvány. Szeged, 2006. 335-348. p.

SLUSŇYS-MOCKEVICIENE 2005 = SLUSŇYS, LINAS – MOCKEVICIENE, DAIVA: Lithuania. In: Missing and sexually exploited children in the enlarged EU. Epidemiological data in the new member states (Ed.: Vermeulen, G.). Maklu Publishers. Antwerp-Apeldoorn, 2005. 156-174. p.

- SNIKERE 2005 = SNIKERE, SIGITA: Latvia. In: Missing and sexually exploited children in the enlarged EU. Epidemiological data in the new member states (Ed.: Vermeulen, G.). Maklu Publishers. Antwerp-Apeldoorn, 2005. 132-155. p.
- STAVRINIDES-DEMETRION 2005 = STAVRINIDES, PANAYIOTIS – DEMETRION, ANDREAS: Cyprus. In: Missing and sexually exploited children in the enlarged EU. Epidemiological data in the new member states (Ed.: Vermeulen, G.). Maklu Publishers. Antwerp-Apeldoorn, 2005. 19-32. p.
- STRATENWERTH 1998 = STRATENWERTH, GÜNTHER: Zum Begriff des Rechtsgutes. In: Festschrift für Theodor Lenckner (Hrsg.: Eser et al.). C.H.Beck. München, 1998. 377-391. p.
- STRATENWERTH-JENNY 2003 = STRATENWERTH, GÜNTHER – JENNY, GUIDO: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen. 6. Auflage. Stämpfli. Bern, 2003.
- SUTER-ZÜRCHER 2003 = SUTER-ZÜRCHER, STEFANIA: Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB. Schulthess. Zürich, ... 2003.

Sz

- SZAJBÉLY 2004 = SZAJBÉLY KATALIN: Közvetlen és közvetett diszkrimináció a nemi erkölcs elleni bűncselekmények szabályozásában. Magyar Jog. 2004/5. 283-291. p.
- SZLEMENICS 1865 = SZLEMENICS PÁL: Magyar fenytörvény. 4. kiadás. Kiadja: Heckenast Gusztáv. Pest, 1865.
- SZOKOLAY 1848 = SZOKOLAY ISTVÁN: Büntető Jogtan. Kiadja: Heckenast Gusztáv. Pest, 1848.
- SZOMORA 2005a = SZOMORA ZSOLT: Az erőszakos szexuális bűncselekmények az osztrák büntetőjogban. Acta Jur et. Pol. Szeged, 2005. Tom. LXVII. Fasc. 20.
- SZOMORA 2005b = SZOMORA ZSOLT: Néhány gondolat a nemi erkölcs elleni bűncselekmények szabályozása kapcsán. In: Keresztmetszet. Tanulmányok fiatal büntetőjogászok tollából (szerk.: Karsai Krisztina). Pólay Elemér Alapítvány. Szeged, 2005. 197-206. p.
- SZOMORA 2006a = SZOMORA ZSOLT: Nemi erkölcs mint jogi tárgy? (Történeti aspektusok a magyar, a német és az osztrák büntetőjogban). Acta Jur et. Pol. Szeged, 2006. Tom. LXVIII. Fasc. 23.
- SZOMORA 2006b = SZOMORA ZSOLT: A nemi erkölcs mint a nemi bűncselekmények alkalmatlan jogi tárgya. Állam- és Jogtudomány. 2006/4. 611-638. p.
- SZOMORA 2007 = SZOMORA ZSOLT: A jogalkotói szándék, a dogmatika és a Btk. XIV. Fejezete – a 2005. évi Btk. novella margójára. In: Ad futuram memoriam. Tanulmányok Cséka Ervin 85. születésnapja tiszteletére (szerk.: Nagy Ferenc). Pólay Elemér Alapítvány. Szeged, 2007. 273-279. p.

T

- TARR 2005 = TARR ÁGNES: A homoszexualitás jogelméleti megközelítésének egyes aspektusai, különös tekintettel a Devlin-Hart vitára. Jogelméleti Szemle. 2005/4. <http://jesz.ajk.elte.hu/tarr24.html>
- TEUFERT, EVELINE: Notzucht und sexuelle Nötigung. Kriminalwissenschaftliche Abhandlungen (Hrsg.: Geerds, Friedrich). Band 14. Lübeck, 1980.
- TOKAJI 1968 = TOKAJI GÉZA: XV. Fejezet II. Cím. In: A büntető törvénykönyv kommentárja. II. kötet. (szerk.: Halász Sándor) KJK. Budapest, 1968.
- TRECHSEL 1993 = TRECHSEL, STEFAN: Fragen zum neuen Sexualstrafrecht. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. 1993. 575-670. p.

TRECHSEL 1997 = TRECHSEL, STEFAN: Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar. 2. Auflage. Schultess. Zürich, 1997.

TRÖNDLE-FISCHER 2006 = TRÖNDLE, HERBERT – FISCHER, THOMAS: Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 53. Aufl. C.H.Beck. München 2006.

V

VERMEULEN-VANDAELE 2005 = VERMEULEN, GERT – VANDAELE, JUDITH: Comparative Study. In: Missing and sexually exploited children in the enlarged EU. Epidemiological data in the new member states (Ed.: Vermeulen, G.). Maklu Publishers. Antwerp-Apeldoorn, 2005. 270-319. p. ANGYAL 1937 = ANGYAL PÁL: A szemérem elleni bűntettek és vétségek. A magyar büntetőjog kézikönyve 14. kötet. Attila-Nyomda. Budapest, 1937.

VIDA 1999/2005 = VIDA MIHÁLY: A szabadság és az emberi méltóság elleni bűncselekmények. In: In: A magyar büntetőjog különös része (szerk.: Nagy Ferenc). Korona Kiadó. Budapest, 1999. 132-210. p. és újabb kiadás 2005, 151-222. p.

VIZI 2006 = VIZI JÁNOS: A nemi deliktumokról de lege lata és néhány javaslat de lege ferenda. Rendészeti Szemle. 2006/11. 50-74. p.

W

WALKER 1976 = WALKER, NIGEL: Gondolatok az ésszerű büntetésről. KJK. Budapest, 1976.

Többször hivatkozott joganyagok forrásai

(a hivatkozások feloldásával)

- 294 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien.* = a 2004. évi osztrák büntetőnovella kormány-előterjesztésének anyagai. URL: http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,199047&_dad=portal&_schema=PORTAL (2005.06.01.)
- Auszüge aus der Bundestagsdrucksache IV/650 vom 4. Oktober 1962.* = az 1962. évi németországi Btk.-javaslat szövegének és indokolásának kivonata. In: Sexualität und Verbrechen. Beiträge zum Strafrechtsreform (Hrsg.: Bauer et al.). Fischer Bücherei. 1963. Anhang. 363 s köv. p.
- BGHSt* = eseti döntés a német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság határozatainak hivatalos gyűjteményéből. In: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen. Carl Heymanns Verlag [hivatkozás: kötetszám, esetszám, oldalszám]
- BT-Drucks* = A német Btk. novelláinak miniszteri indokolása. Auszüge aus der Bundestagsdrucksache. Közzéteszi: GÖSSEL, KARL HEINZ: Das neue Sexualstrafrecht. Walter de Gruyter. Berlin, 2005. 243-342. p.
- Dokumentation zum Strafgesetzbuch* = Az 1975. évi osztrák Btk. miniszteri indokolása. Hrsg.: Bundesministerium für Justiz. Wien, 1974.
- Indokolás-1961* = Az 1961. évi V. törvény (Btk.) miniszteri indokolása. In: A Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyve. KJK. Budapest, 1962
- Strafrechtsänderungsgesetz 2004.* = a 2004. évi osztrák büntető novella. BGBl I 2004/15. (Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich. Jahrgang 2004. Teil I., Ausgegeben am 1. März 2004.)