

**Jenő Bango**

**Role and Function of Regional Differences in the World Society from the Point of View of Modern Luhmannian Systems Theory. (“Socio-region” as proposed correction)**

*„Every historical period needs a narrative that defines its past in terms of the present, and suggests a future that is fundamentally different, and typically „even better“, than contemporary time. For this reason, there is always an eschatology, not merely an epistemology, in theorizing about social change“. (Alexander, Jeffrey 2000, 127)*

**Introduction**

In this paper the four terms listed in the title aim to define: role, function, differences and region in order to show how the Luhmannian modern systems theory consider these and, eventually, what corrections or completions should be made. I would like to introduce in the discussion a “new” difference of centre and periphery. Region can be considered as a synthesis of global and local forms of a world society.

Before starting with the analysis I would like to present my own concept – a hypothetical pre-study („Vorstudie”), a pre-theory of regionalization, which I attempted to elaborate in my book. (Auf dem Weg zur postglobalen Gesellschaft. Verlorenes Zentrum, abgebaute Peripherie, „erfundene” Region / Engl.: „Towards a post-global society. Lost centre, demolished periphery, „invented” region”/ Berlin, Duncker&Humblot, 1998). I would like to summarise my concepts in a few sentences.

The problem of centre and periphery was in sociology, up to now, not sufficiently discussed. In the sociological systems theory also little attention had been paid to this – because, as so many observers noted, - a functionally differentiated, global world society has no centres and, correspondingly, no peripheries. But slowly a post-global society emerges from the ground of the differences between centre and periphery and “invents” the region – a construction intended to give preferences to the social aspect rather than the political and economical. Terms like centre, periphery and region and their importance must be analysed along the lines of transdisciplinarity; (for example biology, cosmology, geography, theology, political science). In sociology I have undertaken a “semantic research” generally, and especially in the modern, Luhmannian systems theory, in the autopoiesis and in constructivism, to see where the dialectical and differential aspects of problem appears in new contours. This applies ultimately to the regionalization of the social; i.e. the socio-region. In the sense of the systems theory, the socio-region has three interpretations: it is a non-topographical “mind-region”, as well as a new form of communication within the group of social systems and lastly, it is a new system of function (subsystem) of the globalised society. As such, it is structurally coupled with economics and politics and pretend to be autopoietic, thanks to its new symbolic generalised medium of communication (share and intervene like a proto-social communication). I have set up the following thesis: We are heading for a post-global society, which is a polycentric, socio-regional, networked and evolutionary new type of society. It loses the hierarchical centre, dismantles the disadvantaged periphery and invents the socio-region, enabling social inclusion.

## 1. Role

The classic sociological definition of role states that the particular group or culture usually defines the expected behaviour of an individual in a group. Expectation will be fulfilled in the future and that could constitute a surprise or a disappointment.

The role-concept means an attitude of expectation legitimated through a status. The individual plays the role society expects of him – in a countermove he becomes a status. In this context, the literature talks about central and peripheral roles, hierarchical and asymmetric roles, as well as inter- and intra role-conflicts (Wiswede 1977). In a centralised society there are frequent conflicts of role, because the expectation of the centre is strongly formalised (for example professional roles). The concept of the role-set signals the possibility to the individual allowing him to assume several roles (Merton 1957).

Luhmannian sociology talks about the role as being a bundle of expectations or a selection of perceptions pertaining to persons. Role is more of a micro-sociological term. In this sense, the expectations of the world society vis-à-vis a region could be interpreted per analogy only figuratively – because roles are attached to persons, to individuals. For Luhmann, society consists not of man (persons, individuals) but of communications. The role of subsystems – and the region, as we will see, a subsystem of the world society – is essentially a communicative one.

If we regard the functional difference of social systems here as a „role” preparing function for the solution of problems not yet existing (Krause 1996, 143), then the pre-adaptive advance must be important for a region, because it defines how to arrange the symbolic generalised mediums of communication and the structural coupling between systems.

The role of the region in the world society consists, in the first place, of underlying functional diversities and differences and not in the practice of uniform conformity with the world society. The submission of the region to the global world system is fatal and must be solved by cooperation on different levels, such as economic, cultural, judicial, etc. In the second place, the role of the region is to assume a kind of „supra-territoriality” (Scholte 2000), similarly to the globalised world, but in transparency and in a small dimension, a “social space” without fixed topographic boundaries.

## 2. Function

If a part of system “plays” a role for the whole system, then it would be better to denominate this as a function. Function is the type or types of action of which a structure is distinctively capable. The functional value of a class or group may be determined by its specific contribution to the general social processes (Fairchild 1961).

Function is an ambiguous term in sociology. It means, for example, a position within a social organisation, signifying a task or duty, and is regarded as an objective effect of a fact. Furthermore, function is regarded in classical sociology as a performance, contribution or consequence of actions performed by members of the society. We can speak here – as in all other micro-sociological terms – about central and peripheral functions. Individuals can have central functions, if they contribute to the welfare of the society, provided their performance do not target egoistic aims.

From a structure-functionalist point of view, functions are social processes of interdependent parts within a system of actions; they are observable consequences designed to promote the adaptation to an established system (Merton 1960).

In the systems theory, function is a performance of a system or features of a system adopted from parts of a particular system or other systems and contribute to the maintenance of parts of a particular system or other systems.

Luhmann derived the term “function” from the concept of “purpose” and introduced a new concept of contingency. This stems from the logic of his non-normative theoretical interpretation. Functional equivalence is the key term in Luhmannian sociology. Function is being used as a regulative scheme of sense and organisation of equivalent performances in the field of comparison (Luhmann 1970, 14)

Following Luhmann, we can describe the region as a variable in the field of specific communication within a global society, the equivalent of a province, state or city. This provides only a possibility for the understanding of the functionally differentiated modern world society. Functions are always a synthesis of a set of possibilities. Region, as a synthesis from local and global (in other words, from periphery and centre) fulfils the function of communication over social inclusion. It is a medium for the realisation of concrete inclusion; it is a transparent relationship from the social point of view. Region is not an economic or a political concept despite the widely used expressions like economical (Wirtschaftsregion) or political region. Economy has a function similar to that of a master of material scarcity and operates through the medium of money and politics, as well as take, (or make) decisions through the medium of power.

### **3. Forms of differentiation**

Social differences or divisions are: a) role-differences (status-differences), b) strata-differences (historically cast, “estate” and class differences), c) functional differences, d) centre-periphery differences and, e) regional differences. It means that differentiation is a general phenomenon of a given society. Division of labour is a durkheimian concept – self divided into mechanical and organic parts.

Social differentiation by Luhmann takes on varying forms. The theories of differentiation follow an evolutionary growth: role-differences become system-differences. I consider the role-differences to be incomplete because they are based upon a historical type of society resulting from the division of labour – first the man/woman (gender), followed by young/old (aging) and ultimately by work-divisions. All these historical forms are, nevertheless, “caught up” today in a „higher” mode of differentiation. Until 1977, in his scripts, Luhmann applied a three-levelled distinction. First he analysed the archaic society, then described the society of „high cultures” and last, the modern society. Some of his interpreters (e.g. Kiss 1990) redefined local archaic systems, regionalized higher cultures, and identified modern society with world society. Since 1980 Luhmann has used a new three-levelled differentiation, which is more complete – this is a system-differentiation. The structure of society will identify through the building of a system within a system. The systems theoretical standpoint would solidify, because now the basic distinction system/environment in the description of the society takes an eminent role. 1) Segment differentiation means the division of the society in similar subsystems like families, villages or tribes. 2) Stratified differentiation means the division of the society in unequal strata. The societal communication makes a distinction up/down. 3) Functional differentiation means the division of the society in unequal subsystems – they are a whole, a result of an intern system-

differentiation. The modern global society is no more a centralistic, hierarchical unity; it has no centre but – does it have peripheries? Luhmann affirms: the modern society is primarily functionally differenced (Luhmann 1997) Systems of functions fulfil each one of all-societal functions and structure their communication according to certain binary codes (right/wrong in justice, immanence /transcendence in religion, pay/not pay in the economy). The program of function-systems is an operative opening to the world. That is the theory of differentiation from Luhmann summed up in a few words.

Subliminal (in the shadow) is, for our hypothesis very important, two-levelled differentiation that is, centre/periphery. Luhmann accorded scarcely any attention to this differentiation. For him, it is only a modification in segmented and stratified societies and could play in the evolution only a secondary role. (Luhmann 1998, 663-678). In principle, he emphasised the spatial aspects, the country/town differences or the centre/periphery differences in great powers like ancient China or Egypt. He sees the problem merely in a historical and geographical context.

I think the time has come to actualise this differentiation. Especially when discussing the global word society we cannot neglect the problem, although the enquiries and studies concerning the question of centre and periphery are rather meagre. I mention only the well-known authors: Eisenstadt (1968), with an enquiry about imperial centres, Shils (1961) with a valuable definition of centre, Jessop (1956) with the thesis of central values and the exchange between centre and periphery. Well-known is Wallerstein's (1991) thesis of semi-peripheries in the economy – almost unknown is the book of Geser (1983) about the variations of centre. I am referring to the centre/periphery distinction, which is not a problem only for the developing countries, but also for the whole modern world where it exists side-by-side (or may be overlapping each other) segments, stratifications and functional-differentiations. The emphasis lies, without doubt, on functionality.

In the following table I would like to present a list of some hypothetical characteristics of centre and periphery and add to them those of the region.

Table I. Semantic-systemic characteristics of centres, peripheries and regions

	<b>centres</b>	<b>peripheries</b>	<b>regions</b>
form	hierarchy	heterarchy	holarchy / polyarchy
system	order	subordination	new-order
action	tradition	innovation	synthesis of trad. + innov.
movement	centripetal	centrifugal	circular
tendency	unify	separate	mediate
operation	indifference	ignorance	fraternity
experience	disappointment	surprise	synthesis of disapp. + surp.
behaviour	tediousness	irony	synthesis of ted. + irony
think	tautology	paradox	synthesis of taut. + paradox

In the table I have summarized some supposed properties and characteristics. There are well-meant generalities to improbably reduced complexities. They should be intentionally

provocative. Let us assume for example that: centre is a source of disappointment perceived by the periphery and perhaps by the centre itself as well. However this doesn't mean that some surprises in the centre couldn't exist. And vice versa, the periphery considers itself not always to be in the position to like a surprise, while the centre does not always perceive it as being a surprise. Exceptions to the rules are always permitted. Reasonably, we cannot hope in the centre that fewer disappointments and more surprises come into existence, although such hopes may be for „modern” centres legitimated (for example centres of art, science etc.), but we would like only to underline a principle of constitution for centres: centres were (and are) hierarchically organized, giving orders, have a traditional behaviour, move rather centripetally (s. table above!) it seems to be improbable that centre sees itself as a surprise and to be seen from the side of the periphery as surprise. A perception of disappointment from both sides is more probable. The principle of function for the centre is a procedure, and this is a chain of tautology, disappointment and tediousness. The periphery operates with spontaneity and that means surprise, irony and paradox.

The region must realize the synthesis between disappointment and surprise, tediousness and irony, tautology and paradox.

We can speak about region if treated by indifference from the centre and a non-observation of the periphery. Such a break in observation leads back to perception. In this case, we are confronted with a new duel – i.e. global versus local. In the global system of world society such out-differenced functional systems of communication exists, they realise the unity of difference global/local – we call these region-systems – or systems of socio-region. This is neologism to underline the importance of “social” in a global society. In comparison with other out-differenced systems of functions like politics, religion, economy, the most important fact here, is the proto-sociality operating with the distinction of share and retain.

One can speak of “constructed evolution” – this is not a planned evolution. Luhmann himself preferred to use the term “evolution” (unusual and risky in sociology,) because of its Darwinist background (Stichweh, 2001, 28), instead of development. “Constructed” means that risks are also constructed with it. In the future there may be emergencies that contain surprises but also disappointments. We can say paradoxically: the functionalised and regionalized global society may present surprising disappointments and disappointing surprises. In such a way the viability of the region system can be secured. The constructed social evolution is a „touch-at-the-head-evolution” in which the possibilities, their own possibilities also constructed. Luhmann affirms: evolution is a planned selection that means a structural self-selection. He admits the existence of partially planned evolution.(Luhmann, 1991)

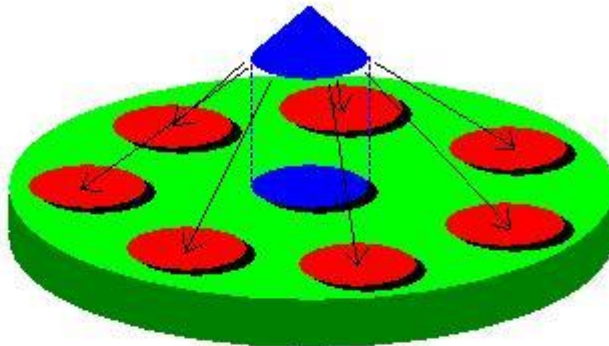
The following picture attempts to trace the development of the society in evolutionary „three stages”. The road guides us from an authoritarian and hierarchical picture of centre, through a modern, democratic egalitarian centre-form, to a pluralistic and regionalized picture of the centre of the post-modern and post-global epoch. We observe the gradual disappearance of the centre, as top and middle of the society, consequently, there will be the peripheries transforming into autonomous regions with regionally limited centres. From an established set of orders will transform into a system of controlled control and at the end into an informative network. The three “plates” in the picture may exist side by side in today's world society. There are still structures in a given society, which are hierarchical and authoritarian. We also find democratic egalitarian structures that are still authoritarian, hierarchical, but at the same time are also pluralistic and regional partial-structures.

It might become obvious from this picture, that the mechanical world-conception dominating the authoritarian-hierarchic conception of centre, and partly, also the modern „technolatric” idea – now, in the post-modern, abandons its position in favour of the organic world-conception. In the post-global period the mechanically suggested linear way of order and control will disappear and instead, a biologically suggested circular and networked (according to Klevé (2000) the “rhisomatic” tissue of communications and relations will become considerable. The „leader science” in the modern period was still dominated by technique – in the post-modern and post-global undoubtedly biology will assume this function.

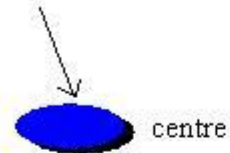
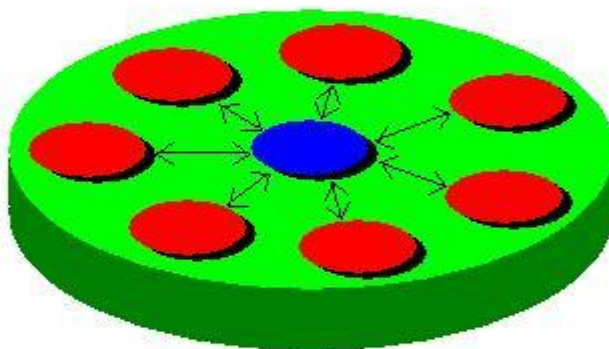
The third plate has the heading „polycentrism”. The centres are smaller within each networked socio-regions and these give neither orders, nor practise hierarchical controls. Their role focuses on coordination and management of sharing and mediation. The punctured circle symbolises the fluent border, or in other words, a time-space oscillated dynamic evolution. Socio-region is a synthesis of communication (mediation) and action (sharing) and this must happen as a process of evolution in space and time. Temporality and spatiality mean that these two dimension are self-selected and not allopoietic i.e., arranged from the outside. The boundaries are fluent, again and again anew themselves, do not separate but connect and share. It depends on how partnership (sharing) or intervention (mediation) dominates; the socio-region arranges a flexible boundary of neighbourhoods, quarters, municipalities, cities, provinces or states.

It is a question (system-theoretically considered) of crossing from a marked to a non-marked side in the distinctions of space/spaceless by the socio-region (Spencer Brown 1969). Spatiality returns (makes a “re-entry”) on a new, emergent level in the operation of observation and forms in the unity of differences – a paradoxical unity. The „returned” or “back-fetched” centres in the socio-regions signal only the internal complexity of systems. Instead of emerging as a hierarchical top, they represent genuine „flat hierarchies” with a consultative and contacting character.

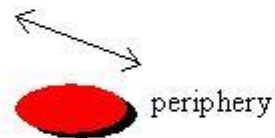
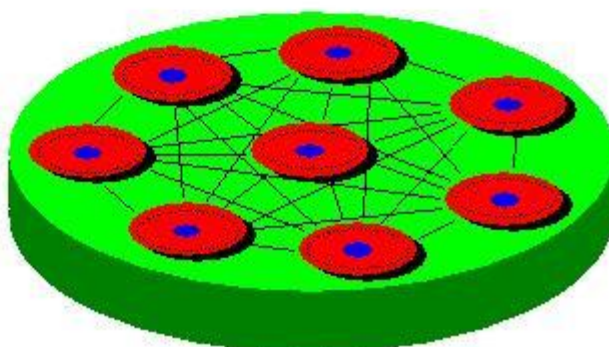
## From hierarchical centre to regional polycentrism

**Centre is middle and top**

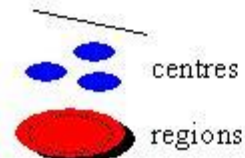
authoritarian, hierarchical picture of centre /antique/ (orders, deference)

**Centre is middle**

Democratic, egalitarian picture of centre /modern/ (control, reference)

**Network of the regional polycentrism**

Pluralistic, regionalized picture of centre /post-modern/ (network relations, difference)



Similarities within the law of “three-stage“ from August Comte cannot be excluded. Nevertheless, this does not reflect a modern version of a theological, metaphysical and the positivist epoch. Varying interpretations are allowed.

I would like to mention three of them here.

- 1) From the epistemological point of view we can speak of perception-society in the antique, observation-society in the modern and now in the post-modern world society, of a society of observation of observation (reflectivity). Former societies were not able to observe themselves – this was a task for philosophers, theologians and other scientists. Only sociology observed society – but reflectivity demands that the observer observes himself. The sociologist is a part of society – nobody can observe from the “outside” and at the same time remain objective. Self-reflectivity is a law of post-modern society.
- 2) If we consider the theory of action (Parsons 1963), then we see that at the first level there is an absolutely “sacral” centre, a respected hierarchy and authority (deference), at the second we find a democratic centre, calling for imitation from the periphery (reference) and at the third level we find pluralism in the global unity, each region having its separate centre (difference).
- 3) We can also visualise at every development-level an emerging and out-differencing function-system, which marks the whole society. It can be argued that the antique had been dominated by politics; the modern by world economics and the post-modern and post-global epochs brings in the social element where the multi-centralist and regionalist form becomes dominant.

As a hypothesis, I would like to affirm that the world society develops through phases starting from the centre/periphery phase over global/local phase and ending in multi-central/regional phase. Apostrophising Heinz von Foerster (1993) “ethical imperative” in the third phase emerges as a new regionalist imperative: decentralise the hierarchical centre, multiply the centres, accomplish de-peripherization and achieve the regionalization of the global.

#### **4. Region as a social system**

Naturally, we are interested in the terms in use, concerning the region. Three such terms present themselves for analysis: regionality, regionalism and regionalization. Regionality seems to be the static and institutionalistic side, an all-embracing phenomenon of future world society. Regionalism seems to be – especially in the militant form – an “ideology” that may be benevolent (Heraud 1994, Heineken 1992), but also with restrictions, short-sightedness and the adherence to tradition. At worst, ideologised regionalism could be equated with cultural racism, ethnic separation and hostility towards foreigners. The likelihood remains that regionalism – like all “isms” – could be classified as one of the “great narrations” (Lyotard 1979). Regionalization, however, should be a characteristic on all levels of the post-global world society; a dynamic, circular and autopoietic process. I prefer to opt for the term regionalization instead of regionalism.

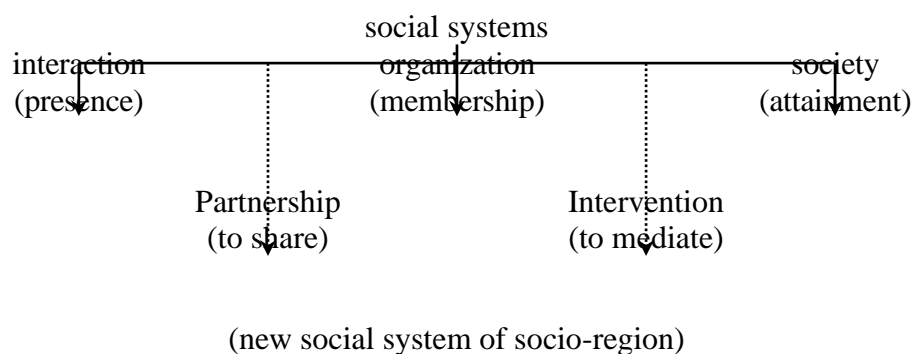
The region conditions world society as a system. Conditioning is a selective liaison between elements, because in a complex system like the world society, not all the elements are able to form relations to all other elements, and it follows therefore that it should become a premise for the construction of every system. (Krause 1996) Systems are not only relations between elements, but also a relational relation between elements.

I propose a neologism, a new expression: regiobalization. This means a regionalized global world society – instead of „glocalization“ (invented by Robertson 1992), which express the local versus global aspects of the world society. Globalisation is more like an economic process



(Schimany – Seifert 1997). Reglobalization is a simultaneous process, which proceeds from globalisation and regionalization. It will realise itself in the frame of the socio-region based on balance and compromise. The socio-region selects the offer presented by the global, utilises its medial and information network, looks after the regional differences and does not care for global unity. The function of sharing and intervention serves only to achieve social inclusion – it is its specific program.

If we accept that the region is a social system, then we must examine the Luhmannian concept and building of systems generally. The following scheme is to be found in the book „Social Systems” (1984) page 16. I intend to add my own contribution to this scheme. Luhmann divides the systems first in four groups: machines, psychical systems, social systems, and organisms. Let us examine the subdivision of the last:



We can see, that for the system of interaction the presence (not necessary a face-to-face presence) is an essential condition, for the system of organisation membership is essential with the possibilities of entry and exit and for the system of society (now global or world society) the all-embracing communicative attainment is a the main condition.

This is a genial Luhmannian construction of the reduction of systems complexities, but in several aspects it is too narrow. We don't find here, for example, the concept of the group. A first correction of the Luhmannian typology – i.e. an introduction of group system as an autonomous level of social system between interaction and organization – had been undertaken by several authors (Neidhard 1983, Tyrell 1983, Pokol 2001). The distance between presence (a superficial encounter) and membership (a goal oriented organisation) is too great – there is place for a new partial social system. The distance between organization and society is also great – it missing the connecting link. Willke (1994) seems to have opted for the existence of a managerial and therapy-guided intervention-system. On close scrutiny we discover here the difference between centre and periphery. If the society is a “centre” then organisations are its peripheries. In the same interpretation the interactions can be regarded as peripheries of organizations. I wonder where one should look for the genuine “social” in the social systems typology? The social for me is not the presence, not the membership and not attainment alone, – but also sharing and mediating as vital characteristics of two new „part-systems” one is partnership and the other is intervention. If we combine the two in a unique social system and call this a socio-region, then we won't see the social as something peripheral or centralistic, but identify purely the social and the region. My definition of social: (Bango 2001, 110) „The social is a constructed reality of partnership and intervention with a function of sharing and mediation on the regional level in a global society.” Sharing and mediating are symbolic generalised media of communication; they guide action and event.

Neither the presence (interaction system) or membership, nor attainment alone can be the basis for the new „double-system”. Partnership is system-type between interaction and organization – it takes over the role of intimacy, the touch from presence and rationality, the distance from membership – without the emotionality of interaction and the rational calculus of organization. Help and exchange are the two eminent characteristics of the system of partnership. The small group, the peer group, the neighbourhood, little local communities are the ideal terrain for partnership. They are participants and joint partners of common actions – they take part and give part – practice social exchange. The terms in use, like friendship, party, participation, solidarity could on the whole be interpreted and conceived as a secondary codification of the system of partnership. It must now be proved that the system of partnership is a transition from interaction to organization.

Systems of intervention take place between system of organization and system of society. They have a specific functionality. I argue that: society as a global-system of communicative attainment cannot be built up only on membership i.e. on organisation. Attainment – for example the Internet – could be unorganised, decentralised, as occurrence happens. There exists an invisible span between individual and global, between local and global and they can “deceive” the established organisations (state, church, association) but also jump over subsystems like the economy, culture, politics or science, as well as use specific mechanism of selection in order to reduce global complexities. Some non-governmental organizations (NGOs) from “civil society” serve us with good examples. Intervention-systems are systems of interest and relationships arise due to historic, ethnic, linguistic and geographic resemblance, - they mediate between systems of organisation and world society - and for this reason have their own identity. A good mediator is neutral (thus neither centre, nor periphery), meets both sides, observes the observer and observes himself, as well as how he observes. He constructs his identity due to the fact that he makes new syntheses of new communications and actions from indifference and ignorance, from disappointment and surprise, from boredom and irony. The new type of regional-communication is improbable, but possible. In other words the function of the intervention-system as socio-region consists of forming, - out of improbable communication and action (sharing and mediating) - probable ones. People to move, motivate others to share, exchange and practice solidarity and partnership can be realised only in a system, where not only trust, but trustworthiness are the rule. For this function world society is too large and gigantic – theoretically everybody could be reached but practically only selective attainment – with the mediation of systems of intervention – is possible. Socio-regions try to reduce an improbable „global partnership” into a practicable „regional partnership”. Subsystems (like economy) try to solve „specialised global-problems” (energy, money) – socio-regions on the other hand solve „globalised special-problems” (environment, social cohabitation).

## **5. Region as a functional subsystem**

Under region as generally understood, some spatial unities of many settlements distinguish themselves from a historic growing consciousness of membership of their inhabitants. The Council of Europe gives the definition in 1978: „A region is first of all a human community firmly bonded (verbunden) to the countryside, and marked with the harmony of history, geography and economy that allows the inhabitants to act in unity by pursuing common targets and interests (Reimann 1992, 248)

Socio-region is a new social system of function, a subsystem like religion, economy, right, politics etc. As a new social-system it consists of partnership and intervention. This affirmation must be proven. We must clarify, if logically possible, – also in the sense of Luhmannian

systems theory – that the same system of “socio-region” can be at the same time considered 1) as a basic social system – like interaction, organisation and society 2) and as a functionally subsystem such as politics, economy, religion, science etc. Luhmann himself didn’t exclude the evolution of other function-systems (Luhmann 1997) – but he refused categorically the acceptance of a fourth social system (for example “group” as a definition, or my proposition about partnership and intervention). A first step to prove my tenet can be made by using a comparison. Let’s take the two most important function-systems in the global world and compare it to my new function-system. I am reluctant to mention a specific institution at the bottom of the table II – modern social work are in agreement to some aspects of the above-mentioned characteristics – but it is certainly not identical with the socio-region. In the discipline there exists a theoretical discussion about the question: whether social work is an autonomous function-system, a subsidiary one, or only a „secondary primary-system” (Merten 2000).

Table II. Characteristic of function-systems in comparison

	<b>economy</b>	<b>politics</b>	<b>socio-region</b>
<b>medium:</b>	money	power	relationship
<b>code:</b>	pay/not pay	government/ opposition	share/keep mediate/divide
<b>function:</b>	mastering material scarcity	decision making and taking	makes social inclusion possible
<b>performance:</b>	satisfy needs	realises decisions	exchange and managing
<b>program:</b>	set up a budget	realise party program	synthesis of global and local
<b>institution:</b>	firm	party	? <sup>1</sup>

Similarities between social work and socio-region can nevertheless exist if we analyse the „secondary function”. It means, that social work is demanded when a primary function-system – such as the economy or education cannot help the individuals – for example in the case of unemployment or educational problems. In similar cases can the socio-region fulfil tasks or solve problems, which the local or global systems are unable to fulfil or solve.

Socio-region-systems are radical implementations (embeddedness) of the social in the post-global world society. They are ultimately equivalent to other function-systems in a frame that only function as a middle measure. Region is small, but not too small (more than a family) – it is big, but not too big (fewer than a state).

The four quotations below illustrate the opinion of experts concerning the role of the region, “social boundaries”, the symbiotic relationship and the importance of global networking.

“The more the world becomes small, the better, and the longing of people for native place and security will be greater. Only the regions are able to fulfil this longing. Only a Europe of regions is a Europe, which does not take but gives peoples home.” (Vysonzil/Stangler 1996, 7).

<sup>1</sup> The first and second columns from Krause, Detlef (1996): Luhmann-Lexikon, Stuttgart, 37.p. – the third from me B.J.

„Globalisation, we can safely say, is such a process of intensity and dynamism of a social process in the context of world society, that neither spatiality nor social boundaries exclude. On the contrary it directly provokes” (Nassehi 1998).

„The global could only develop if it goes into a symbiotic relationship with local, regional and national cultures” (Münch 1997, 15)

„Regions, cities and communities become in the new area of global networking not only by accepting new chances for autonomous shaping of their living-space, but they will in fact practice constraint to achieve it.” (Münch 1998, 411)

## **6. Challenge, Chance and Problems**

The socio-region seems to be a challenge, a chance and a problem for the globalised society.

The most important challenges that faced the world in the last century were associated with globalisation, the increasing interconnectedness of people and places through converging processes of economic, and political, as well as cultural change.

Many observers argue that globalisation is the most fundamental reorganization of the planet’s socio-economic structure since the Industrial Revolution.

We hope that regionalization will be the challenge in the twenty-first century. An instrument of this process could be the socio-region with the character of „deterritorialization”. That is the best chance to save the global, i.e. to convert global abstract values into regional practical actions. The crisis of the global world society was manifested through „anti-globalisation” movements. The „civil society” should prosper in the socio-region, precisely because that is the only environment that offers all the chances for leaving the periphery, and it escapes incorporation in the state-centre. The “nation-state” should convert into a “region-state” before it develops itself into an autonomous „post-governmental” socially guided form of communicational entity.

Many problems remain to be solved. Inter- and intra-regional conflicts can degenerate into a “war of regional cultures”, the functionally differenced society can become a new “segment-society”, multi-centrism may be too weak to resist a pressure from powerful regions (westernisation, Americanisation). The new world is not a world without problems and conflicts, but these should be identified on other levels.

I would add a last theoretical remark concerning the Luhmannian systems theory. Luhmann has a particular connection to space, landscape, place and generally to spatiality. He elaborated a modern theory of time, because he thought the term of time was in sociology not analysed enough. The three dimensions in the Luhmannian systems theory are: matter, time and social dimension. Some of his critics affirm: Luhmann had an ambiguous relation to spatiality – see Stichweh (1998) and Filippov. (2000) The latter argued that the concept of „space” is suppressed in the collected works of Luhmann – it is in contrast to time, and it is not present. „Space has no place of its own in the luhmannian theory”. (Weber 1998, 222) The „fourth dimension” is lacking.

The Luhmannian systems theory has an ambivalent position to space. On the one hand the global world society is without space and is non-central – on the other hand space is social and geographical. For this to make sense, it is absolutely essential to understand the role of the

region, which is a constituent and inherent element of world society.

## 7. Final summarising remarks

For me Luhmann's systems theory serves as a starting-point to elaborate my own theory of socio-region. Luhmann's theory of social systems is extremely rich and complex. I will present an attempt to apply this theory to issues of regionalization. I would like to highlight three basic tenets of Luhmann's theory in order to put my theory in perspective.

1) His theory of society as evolutionary model of societal differentiation has three different forms of differentiation: a) segmental differentiation, it means a division of society into basically similar tribal systems without internal division of labour, b) stratified differentiation of society a hierarchical structure, with a clear center and top c) finally functionally differentiated society, which historically evolved around the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> century. The distinction between center and periphery in society, so important in world systems theory by Wallerstein, for Luhmann a key feature of stratified societies; center/periphery does not acquire that status in archaic, tribal societies, and in modern, functionally differentiated society.

2.) The modern society is composed of functionally differentiated systems like economics, politics, law, religion etc., specialized on one function according to one medium and one code. Every single system reconstructs its environment internally according to its individual code and its resp. programs. See "Ecological Communication" as an example for the selectivity of systems with regard to their natural environment, or Luhmann's analyses of systems like law, politics, economics and science with regard to other functionally differentiated systems with again are part of a systems' environment.

3.) Functionally differentiated systems (as components of society) are not the only kind of social system, two other layers of systems exist, i.e. systems of interaction and organizational systems, while other systems (organism, machinery and psychic systems) are part of social systems' environments.

Luhmann's systems theory is a rich and complex architecture, however by some seen as conceptually too rigid and narrow, therefore attempts to extend Luhmann's conceptual frame and here is where my theory – among others – comes in. With regard to the three features outlined above:

1) Center/periphery in Niklas Luhmann is a key feature of historical stratified societies (empires). He gives less attention to center/periphery in analysis of modern, functionally differentiated society.

2) With regard to society, is this all to societal subsystems? For example, vivid discussion some years ago on technology. Technology as a "boundary object" between functionally differentiated systems or technology as a functionally differentiated system on its own terms (function, code, etc.)? Clearly beyond Luhmann because machinery by definition makes part of the environment of social systems. The same with "space", "territoriality" and "regions" i.e. the key terms of my own theory. Not prominent terms in systems theory, open question whether and how they could be integrated into social systems theory: Region as functionally differentiated system (Bango 2003) or as "intra-societal environments" (Kuhm 2001)?

3) The same holds true for the three layers of social systems: society (not unity, but as being composed of very different functional systems without integration at higher level),

organizations and systems of interactions also her: is that all? Aren't there social systems in between these levels? For example "groups" or "social movements" between interaction systems and organizations? Or "institutions" as social systems between organizations and society? And what about "networks" which are emphasized so much in recent sociology? Networks could also be conceptualised as being in between different layers of social systems. On the one hand, those networks resembling groups or more locally or regionally social movements as in between interaction and organizations. On the other hand, those larger world-wide operating and boundary-spanning networks, which neither form an organization nor could be seen as following the codes and programs of functionally differentiated systems. The new social system of "socio-regions" forms not only a functionally differentiated system, but also a new social system in between interaction and organization, and in between organization and society.

\*

### **Comments from Prof. George Krücken, University of Bielefeld**

For Bango Luhmann's systems theory serves as a starting-point. Luhmann's theory of social systems is extremely rich and complex. Before I will present Bango's very interesting attempt to apply this theory to issues of regionalization, I would like to highlight three basic tenets of Luhmann's theory (also central in Bango's paper) in order to put the paper in perspective.

Theory of society as evolutionary model of societal differentiation, three different forms of differentiation: from 1. segmental differentiation (division of society into basically similar tribal systems without internal division of labor), to 2. stratified differentiation of society (hierarchical structure, with a clear center and top); finally 3. functional differentiated society, which historically evolved around the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> century (structural features of contemporary society, more later). Important here: the distinction between center and periphery in society, so important in world systems theory by Wallerstein, for Luhmann a key feature of stratified societies; center/periphery does not acquire that status in archaic, tribal societies, and in modern, functionally differentiated society.

Modern society as composed of functionally differentiated systems like economics, politics, law, religion etc., specialized on one function according to one medium and one code, every single system reconstructs its environment internally according to its individual code and its resp. programs (see "Ecological Communication" as an example for the selectivity of systems with regard to their natural environment; or Luhmann's analyses of systems like law, politics, economics and science with regard to other functionally differentiated systems, which again are part of a system's environment).

Functionally differentiated systems are not the only kind of social system; two other layers of systems exist, i.e. systems of interaction and organizational systems (quote p. 12); while other systems (organism, machinery and psychic systems) are part of social systems' environments.

In sum: Rich and complex architecture, however by some seen as conceptually too rigid and narrow: therefore attempts to extend Luhmann's conceptual frame; and here is where Bango (among others) comes in. With regard to the three features outlined above: A) center/periphery in Niklas Luhmann as a key feature of stratified societies, less attention given to center/periphery in analysis of modern, functionally differentiated society; here some attempts to emphasize that difference stronger in theorizing; see Bango's paper (p.9). B) With regard to society, is this all to societal subsystems? For example, vivid discussion some years ago on technology. Technology as a "boundary object" (Susan Leigh Star) between functionally

differentiated systems or technology as a functional differentiated system on its own terms (function, code etc)? Clearly beyond Luhmann because machinery by definition part of the environment of social systems. The same with “space”, “territoriality” and “regions”, i.e. the key terms of this conference. Not prominent terms in systems theory; open question whether and how they could be integrated into social systems theory: regions as functionally differentiated systems (Bango) or as “intra societal” environments” (Kuhm)? C) The same holds true for the three layers of social systems: society (not unity, but as being composed of very different functional systems without integration at higher level), organizations and systems of interaction, also here is that all; Aren't there social systems in between these levels? For example “groups” and “social movements” between interaction systems and organizations? And what about “networks” which are emphasized so much in recent sociology? Networks could also be conceptualized as being in between different layers of social systems. On the one hand, those networks resembling groups or more locally or regionally social movements as in between interaction and organizations. On the other hand, those larger world-wide operating as boundary-spanning networks, which neither from an organization nor could be seen as following the codes and programs of functionally differentiated systems. Here again: Bango's new social systems of socioregions, not only as a functionally differentiated system (see transparency, table 2, p.14) but also as new social system in between interaction and organization and organization and society (see transparency, p.11, quote p.13).

What does this mean? What is socioregion as a functionally differentiated system (at the level of society), and what is socioregion as a new social system (in between the three layers of social systems)?

This is an interesting and original concept. It contributes heavily to this conference, and we could try to make this contribution even more explicit. Bango's concept, thought, is not easily compatible with Luhmann's theory. Therefore, we could also focus more on the theoretical underpinning and implications of Bango's paper.

I'd like to add a third point for discussion: namely the relation of the paper to the debate on “communitarism” in the social sciences and the underlying normative positions. The general thrust of Bango's paper, though in more abstract terms of systems theory, reminded me a lot of Amitai Etzioni's contributions in particular. Very obvious at the end of the paper (p.15), where regionalization seems to be the right way of contextualizing globalized society. Etzioni would speak of the necessity of community building as a response to individualized society (“individualization” as another key subject in much recent sociology, worthwhile to explore links to issues of globalization). Both authors take a strong normative position in favor of smaller units as complementary to macro-social structure. Perhaps also this normative stance which Bango deliberately takes and which parallels Etzioni's approach is worthwhile to discuss here

/Workshop “Regionalism and Regionalisation in World Society”, Bielefeld, 30 November – 2 December 2001)

### **Literature:**

Alexander, Jeffrey (2000): Das Versprechen einer Kulturosoziologie: Technologischer Diskurs und die heilige und profane Informationsmaschine, in: Bögenhold, Dieter (Hrsg.): *Moderne amerikanische Soziologie*, Stuttgart, Lucius&Lucius, 149-177.

Bango., Jenö (1998): *Auf dem Weg zur postglobalen Gesellschaft. Verlorenes Zentrum, abgebaute Peripherie, „erfundene” Region*, Berlin, Duncker&Humblot.

- Bango, Jenö (2003): Theorie der Sozio-region. Einführung durch systemische Beobachtungen in vier Welten, Berlin, Logos.
- Bango, Jenö (2001): Sozialarbeitswissenschaft heute, Stuttgart, Lucius&Lucius.
- Eisenstadt, Smuel, N. (1968): „Prestige, Participation and Strata Formation“ in: Jackson, John Arthur (Hrsg.): Social Stratification, Cambridge, 62-103.
- Fairchild, Henry, Pratt (1961): Dictionary of Sociology. New Jersey.
- Filippov, Alexander (2000): Wo befinden sich Systeme, in: Merz-Benz - Wagner: Die Logik der Systemen, Konstanz, UKV, S. 381-426.
- Foerster, Heinz von (1993): Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke, Frankfurt/M, Suhrkamp.
- Geser, Hans (1983): Strukturformen und Funktionsleistungen sozialer Systeme. Ein soziologisches Paradigma, Opladen, Westdeutscher Verlag.
- Heineken, Freddy (1992): Eurotopia, Amsterdam.
- Heraud, Guy u.a. (1994): Quellensammlung zum Entwurf einer Charta der Volksgruppenrechte, München.
- Kiss, Gabor (1986): Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie. Stuttgart, Enke.
- Kleve, Heiko (2000): Die Sozialarbeit ohne Eigenschaften. Fragmente einer postmodernen Professions- und Wissenschaftstheorie Sozialer Arbeit, Freiburg, Lambertus.
- Krause, Detlef (1996): Luhmann-Lexikon, Stuttgart, Enke.
- Kuhm, Klaus (2001): Regionen als innergesellschaftliche Umwelt globaler Funktionssysteme /Manuscript/
- Luhmann, Niklas (1970): Soziologische Aufklärung 1, Opladen, Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas (1991) „Evolution und Geschichte“, in: ders: Soziologische Aufklärung 2, Opladen, Westdeutscher Verlag, 150-170.
- Luhmann, Niklas (1997) Die Gesellschaft der Gesellschaft, Vol. 1. Frankfurt/M, Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1998): „Zentrum und Peripherie“ in: ders: Die Gesellschaft der Gesellschaft, Vol. 2. Frankfurt/M, Suhrkamp, 663-678.
- Lyotard, Jean-Francois (1987): Der Widerstreit, München.
- Merten, Roland (Hrsg.) (2000): Systemtheorie Sozialer Arbeit. Neue Ansätze und veränderte Perspektiven, Opladen, Leske+Budrich.
- Merton, Robert (1957): „The Role-Set“ in: British Journal of Sociology. Vol. 8, Nr. 2, 106-120.
- Merton, Robert (1960): Social Theory and Social Structure, Glencoe.
- Münch, Richard (1997): „Elemente einer Theorie der Integration moderner Gesellschaften“, in: Heitmeyer (Hrsg): Was hält die Gesellschaft zusammen? Frankfurt a. M., Suhrkamp, 66-112.
- Münch, Richard 1998: Globale Dynamik, lokale Lebenswelten. Der schwierige Weg in die Weltgesellschaft, Frankfurt a. M., Suhrkamp.
- Nassehi, Armin (1998): „Die `Welt'-Fremdheit“ der Globalisierungsdebatte, in: Soziale Welt 49(1998) 156-165.
- Neidhardt, Friedhelm (1983): Gruppensoziologie, Perspektiven und Materialien, Opladen, Westdeutscher Verlag.
- Parsons, Talcott (1963) The Social System, New York.
- Pokol, Béla (2001): Komplexe Gesellschaft. Eine der möglichen luhmannschen Soziologien, Berlin, Logos.
- Reimann, Horst (Hrsg.) (1992): Probleme moderner Gesellschaften, Frankfurt a. M.
- Robertson, Roland (1992): Globalisations: Social Theory and Global Culture, London, Sage.
- Schimany, Peter – Seifert, Manfred (Hrsg.) (1997): Globale Gesellschaft? Perspektiven der Kultur- und Sozialwissenschaften, Frankfurt a. M.



- Shils, Edward (1961): „Centre and Periphery“ in: The Logic of personal Knowledge. Essays presented to Michel Polányi, London. S. 117-130.
- Scholte, Jan Aart (2000): “Global Civil Society” in: Ngaire Woods: The Political Economy of Globalization, London, Macmillan Press, 173-202.
- Spencer-Brown, Georges (1969): Laws of Form. Gesetze der Form, Lübeck, Bohmeier (1997).
- Stichweh, Rudolf (2001): “Die Gesellschaft der Gesellschaft – Strukturentscheidungen und Entwicklungsperspektiven, in: Bango, Jenö – Karácsony., András (Hrsg): Luhmanns Funktionssysteme in der Diskussion, Heidelberg, Carl-Auer-System Verlag, 24-34.
- Stichweh, Rudolf (1998): Raum, Region und Stadt in der Systemtheorie, in: Soziale Systeme, 1998/4, 341-358.
- Tyrell, Hartmann (1983): Zwischen Interaktion und Organisation: Gruppe als Systemtyp, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft.
- Wallerstein, Immanuel (1991): Geopolitics and Geoculture: Essays on the Changing World System, Cambridge.
- Vysonzil, Elisabeth - Stangler, Gottfried (Hrsg.) 1996: Europa und seine Regionen, Frankfurt/M, Peter Lang.
- Weber, Norbert (1988): Raum und Technik zur medientheoretischen Problematik in Luhmanns Theorie der Gesellschaft, in Soziale Systeme 4, 219-232.
- Willke, Hemut (1994): Interventionstheorie. Grundzüge einer Theorie der Intervention in komplexe Systeme, UTB 1800.
- Wiswede, Günter (1977): Rollentheorie. Stuttgart.

# Dux László: Az *ogoni*-ügy az Emberek és Népek Jogainak Afrikai Bizottsága előtt

## Bevezetés

Az Emberek és Népek Jogainak Afrikai Bizottsága öt évvel az eljárás megindítása után, 2001 októberében hozta meg döntését az *ogoni* törzs gazdasági és szociális, illetve kollektív jogainak megsértésének ügyében.<sup>1</sup> Az ügyet két emberi jogi szervezet, a nigériai Gazdasági és szociális jogok akcióközpontja és a new york-i Gazdasági és szociális jogok központja<sup>2</sup> vitte a Bizottság elé 1996-ban. Az ügyben hozott döntés, amelyet sokan mérföldkőnek tekintenek, jelentős hozzájárulást jelent a gazdasági és szociális jogok érvényesítésével kapcsolatos nemzetközi vitához és olyan problémákra próbál megoldást adni, amelyek központi jelentőséggel bírnak globalizálódó világunkban.

## A tényállás

A körülbelül 500 ezer fős, magát halászatból és mezőgazdaságból fenntartó *ogoni* törzs Nigéria déli részén, a Niger folyó deltájában él. Területükön találtak 1958-ban először kőolajat Nigériában, aminek kitermelésére a Nigériai Nemzeti Olajtársaság és a Shell létrehozott egy közös vállalatot.

A törzs képviselői szerint az olajkitermelés jelentős mértékű és visszafordíthatatlan környezeti károsodást okozott területükön. 1976 és 1991 között 2976-szor fordult elő olajszivárgás a társaság egységeiben, amelyek során több mint 1,6 millió gallon olaj folyt ki a környezetbe. Egy alkalommal 40 napon keresztül ömlött ki folyamatosan a kőolaj, mire megjavították a sérült vezetékét. A társaság a kitermelés során keletkezett szennyező anyagokat szigeteléssel el nem látott medencékben tárolta, ahonnan az átszivárgott a talajvízbe.<sup>3</sup> További környezeti károkat okozott az olajkutaknál elégetett gáz, amelynek aránya Nigériában a 76%-át is eléri az összes kitermelt nyersanyagnak, szemben a világszerte átlagosnak tekinthető 4,8%-al. A szennyezett víz, levegő és föld miatt a helyi közösségekben nagyon gyakorivá váltak a különböző betegségek, elsősorban bőr, emésztési és légzési megbetegedések, továbbá a rák különböző fajtái. Az állam semmit nem tett a szennyezések megelőzésére és felszámolására, továbbá elmulasztotta ellenőrzési kötelezettségét is.

A nigériai katonai kormányzat ehelyett az elégedetlenségüket kifejező helyieket brutálisan elnyomta. Az olajipari cégek kérésére a belső elhárítás fegyveresei több alkalommal feldúlták az *ogoni* falvait, felgyújtva házaikat és termőföldjeiket, valamint megölve állataikat. 1993-ban 80 000 embert üldöztek el lakóhelyükről a kormányerők, 1995-ben pedig letartóztatták, majd kivégezték az *ogoni* törzs önvédelmi szervezetének, a MOSOP-nak (Movement of the Survival of Ogoni People) vezetőit, köztük Ken Saro-Wiwa nigériai író.

Az ügy kezdeményezői szerint mindezzel a nigériai kormány megszegte a Emberek és Népek Jogainak Afrikai Kartájának<sup>4</sup> több rendelkezését is, ezért 1996 márciusában a két

---

<sup>1</sup> ACHPR/COMM/A044/1. Banjul, Gambia, 2001. október 13-27.

<sup>2</sup> A beadvány letölthető a <http://cesr.org/filestore2/download/578> (2005.06.09.) oldalról.

<sup>3</sup> A szennyezést a Világbank szakértői is megállapították egy 1995-ös jelentésükben. World Bank, Industry and Energy Operations Division, West Central Africa Dept.: *Defining an Environmental Development Strategy for the Niger Delta*, 1995.

<sup>4</sup> African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights, 1981. június 27. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58; Az egyezményről és intézményeiről lásd bővebben: Rachel Murray: *The African Charter on Human and Peoples' Rights and International Law*. Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2000.; Vincent O. Orlu Nmechielle: *The African Human Rights System, Its Law, Practice and Institutions*. Martinus Nijhoff, Hága, 2001.;

szervezet a Emberek és Népek Jogainak Afrikai Bizottságához fordult, amely öt évvel később hirdette ki döntését.

### **Az ügy befogadhatósága**

Az Emberek és Népek Jogainak Afrikai Bizottságához, hasonlóan, mint más nemzetközi emberi jog intézményekhez akkor lehet fordulni, ha az összes hatékony belső jogorvoslati eljárást kimerítették, kivéve ha ilyenek nincsenek, vagy azok igénybevétele túlzott idővesztéssel járna.<sup>5</sup> A jelenlegi ügyben nem fordultak a jogsértések miatt a nigériai bíróságokhoz. A Bizottság azonban úgy látta, hogy az érintett időszakban a katonai kormányzat egy sor rendeletében ellenőrzése alá vonta az igazságszolgáltatást ezért hatékony belső jogorvoslati rendszer nem létezett Nigériában. Emellett azt is figyelembe vette, hogy 2000-ig, amikor egy új, demokratikusan megválasztott kormány vette át a hatalmat,<sup>6</sup> nem érkezett semmiféle válasz a Bizottság megkereséseire. Erre alapozva a Bizottság úgy döntött, hogy érdemben megkezdje az ügy vizsgálatát.

### **Az ítélet**

A Bizottság gyakorlatilag a beadvány valamennyi pontját megalapozottnak tekintette, és megállapította, hogy a nigériai kormány megsértette a Charta 2., 4., 14., 16., 18. (1.), 21. és 24. cikkét. Felszólította a kormányt, hogy hagyjon fel az ogoni törzs elleni támadásokkal, vizsgálja ki a korábbi jogsértéseket, vonja felelősségre az elkövetőket, fizessen kártérítést a károsultaknak, hozzon létre megfelelő felügyelő szervezeteket és lássa el megfelelő információkkal a terület lakosságát az olajkitermelés környezeti és egészségügyi következményeiről.

A Bizottság ugyanakkor üdvözölte az új demokratikus kormány lépéseit, nevezetesen a Környezetvédelmi Minisztérium, a Niger Delta Fejlesztési Bizottság és az emberi jogok sérelmét vizsgáló Jogi Vizsgálóbizottság létrehozását.

### **Az ítélet indoklása**

A Bizottság az emberi jogok érvényesítésével kapcsolatban az úgynevezett „kötelezettségek megközelítést” alkalmazta, mely szerint bármely emberi joggal kapcsolatban az állam kötelezettsége annak *tisztelete, védelme és teljesítése*.<sup>7</sup> Ez a gyakorlat számára használhatóbb megközelítés, mint az emberi jogok generációkra való felosztása,<sup>8</sup> amely általában azt eredményezi, hogy a másod és harmad generációs jogok érvényesítéséről lemondanak. A megközelítés szerint egy emberi jog tisztelete először is azt jelenti, hogy az államnak tartózkodnia kell annak megsértésétől, ez tehát egy negatív kötelezettség. A második

---

Fatsah Ougergouz: *The African Charter on Human and Peoples' Rights – A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*. Martinus Nijhoff, Hága, 2003.

<sup>5</sup> 56. cikk.

<sup>6</sup> A Bizottság 2000-es ülésére érkezett egy jegyzék az új kormánytól, amelyben elismerte, hogy „nem tagadható, hogy sok jogsértést követtek és követnek el az olajipari cégek, különösen a Niger delta területén”. Note Verbale from the Nigerian Government, ACPHR Communication No. 127/2000.

<sup>7</sup> A megközelítést először Henry Shue vezette be (*Basic Rights; Substinence, Affluence and US Foreign Policy*. New Jersey, Princeton University Press, 1980, 1996.), majd Asbjorn Eide fejlesztette tovább (*Final report on the right to adequate food as a human right*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1987/23.).

<sup>8</sup> Ennek kialakítása Karel Vasak nevéhez köthető (Pour une troisième génération des droits de l'homme in: Christophe Swinarski: *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984; Les différentes catégories des Droits de l'Homme in: A. Lapeyre, F. de Tinguy, K. Vasak: *Les Dimensions Universelles des Droits de l'Homme*, vol 1., Brüsszel, Bruyant, 1990.).

kötelezettség, a védelem, ez esetben azt jelenti, hogy az államnak jogi és más eszközökkel meg kell akadályoznia, hogy mások megsértsék valakinek egy alapvető emberi jogát. A harmadik kötelezettség, a teljesítés, pedig pozitív lépések meghozatalára kényszeríti az államot, hogy mindenki gyakorolni tudja emberi jogait. Végül a konkrét esetben a Bizottság egy újabb kötelezettséget, az emberi jogok *előmozdításának* kötelezettségét is megállapította (46. pont), azaz az államoknak az emberi jogok széles körű társadalmi meg- és elismertetésére is törekedniük kell.

A Bizottság úgy ítélte meg, hogy az ogoni-ügyben a nigériai kormány fenti kötelezettségeit megszegte a tulajdonhoz való jog (14. cikk), a lehető legmagasabb szintű egészséghez való jog (16. cikk), családhoz való jog (18./1. cikk), a természeti kincsek felhasználásához való jog (21. cikk), és a megfelelő természeti környezethez való jog (24. cikk) tekintetében.<sup>9</sup> A Bizottság végül külön is kiemelte annak a jelentőségét, hogy a kontinensen különösen fontosnak tartott gazdasági és szociális, illetve kollektív jogok tekintetében hozhatott döntést, és lefektette, hogy „az Afrikai Bizottság alkalmazni fogja az Afrikai Chartába foglalt legkülönbözőbb jogokat” és „nincs olyan jog az Afrikai Chartában, amelyet ne lehetne érvényesíteni” (68. pont).

### Az ítélet értékelése

Az Emberek és Népek Jogainak Afrikai Bizottsága az ogoni-ügy elbírálásakor megerősítette azt az Afrikai Chartában is lefektetett álláspontot,<sup>10</sup> hogy a második és harmadik generációs jogok – amelyek kialakulása is elsősorban ide köthető – különösen fontos helyet foglalnak el a kontinens emberi jogi hagyományában.<sup>11</sup> A Bizottság minden további megfontolás nélkül alkalmazta a „kötelezettség” megközelítést, amivel úttörő szerepet tölt be a regionális emberi jogvédő intézmények között. A tipológia alkalmazása nem csak az egyébként nehezen érvényesíthető jogok védelme szempontjából hasznos, de azt is lehetővé teszi, hogy egy állam nemzetközi szerződésből fakadó kötelezettségeit is pontosabban meg lehessen határozni.<sup>12</sup>

A Bizottság jogértelmezésének kreativitását az is bizonyítja, hogy olyan jogok megsértését is számon kérte a nigériai kormánytól, amelyeket a Charta kimondottan nem tartalmaz. Így a lakáshoz való jogot a tulajdonhoz való jogból és a család védelmének kötelezettségéből, míg az élelemhez való jogot az élethez, az egészséghez valamint a gazdasági, szociális és kulturális fejlődéshez való jogból vezette le a Bizottság. A különböző gazdasági és szociális jogok minimális szintjéről ugyanakkor a Bizottság csak érintőlegesen fejtette ki véleményét, elég szűk körre korlátozva az államok kötelezettségét, ugyanis a döntésében csak az állam aktív jogsértését – például a házak lerombolása, vagy a termőföld felégetése – minősítette a minimális előírások megsértésének (61. pont). Ez elmulasztott lehetőségnek tekinthető, ugyanis jelentős hozzájárulást jelenthetett volna gazdasági és szociális jogok

---

<sup>9</sup> 14. cikk: „A tulajdonhoz való jogot mindenkinek biztosítani kell.”; 16. cikk: „Minden egyénnek joga van a lehető legmagasabb szintű fizikai és lelki egészséghez. A Chartához csatlakozó államok kötelezettséget vállalnak arra, hogy megteszik a szükséges lépéseket az embereik egészségének megvédésére és, hogy betegségük esetén ellátásban részesüljenek.” 18. cikk 1. pont: „A család a társadalom természetes egysége és alapja. Az államnak meg kell védeni, biztosítani fizikai egészségét és épségét.” 21. cikk: „Minden népnek joga van javaival és természeti kincseivel szabadon rendelkezni.” 24. cikk: „Minden népnek joga van a megfelelő általános környezethez, amely elősegíti fejlődésüket.”

<sup>10</sup> Preambulum 8. bekezdés.

<sup>11</sup> A gazdasági és szociális jogok afrikai érvényesítéséről lásd: Chidi Anselm Odinkalu: *Analyses of Paralysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights under the African Charter on Human and Peoples' Rights.* *Human Rights Quarterly*, vol. 23. 2001. 327-369.o.

<sup>12</sup> Fons Coomans: *The Ogoni Case before the African Commission on Human and Peoples' Rights.* *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52. 2003. július, 749-760., 753. o.

nemzetközi minimumszintjének megállapításához,<sup>13</sup> ha az afrikai szervezet pontosabban kifejti álláspontját e kérdésben.

A Bizottság döntését megkönnyítette, hogy az Emberek és Népek Jogainak Afrikai Kartája, szemben például a Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmányával, nem tartalmaz olyan kitéltet, hogy a benne található jogokat fokozatosan kellene megvalósítani. E tény pedig sokkal könnyebbé tette a Bizottság számára, hogy a gazdasági és szociális jogokat is – minden korlátozás nélkül – érvényesíthetőnek minősítse. Ugyanakkor nem szabad arról sem megfeledkeznünk, hogy az ogoni törzs ellen elkövetett jogsértések olyan mértékűek voltak, hogy minden bizonnyal más, kevésbé nyitott szellemiségű nemzetközi fórum is megállapította volna a jogsértés tényét. Viszonylag ritka ugyanis, hogy a gazdasági és szociális jogok megsértését ne valamilyen tevékenység vagy szolgáltatás elmulasztásával valósítsa meg egy állam, hanem aktívan részt vegyen egyes csoportok e jogoktól való megfosztásában, mint azt jelen esetben tette.

A Bizottság nem foglalt állást abban a kérdésben, hogy az olajkitermelő vállalatok tartoznak-e felelősséggel az okozott jogsértésekért. Ehelyett utalva az Emberi Jogok Európai Bíróságának és az Emberi Jogok Amerika-közi Bíróságának gyakorlatára<sup>14</sup> csupán arra szorítkozott, hogy az államnak kötelessége megvédeni az emberi jogokat a magánszemélyek jogsértéseivel szemben is (57. bekezdés), ez azonban következik a korábban említett „kötelezettség” megközelítésből is. Az ügyhöz hozzátartozik, hogy a Shell olajtársaságot az Afrikai Bizottság előtt folyó ügygel párhuzamosan az Amerikai Egyesült Államokban is kártérítésre perelték, azonban nem általában az ogoni törzs elleni jogsértések, hanem a Shell helyi képviselőinek Ken Saro-Wiwa és még egy személy kivégzésében való közreműködése miatt.<sup>15</sup>

A döntés legvitathatóbb pontja a bizonyítékok kérdése. A katonai kormányzat, amely hatalomban volt az ügy lefolytatása alatt Nigériában, egyszerűen nem vett tudomást az ellene folyó eljárásról, és ennek megfelelően nem fejtette ki álláspontját az ügygel kapcsolatban. Ezért a döntés szinte teljesen megismétli – néha szó szerint – a beadványban található állításokat. Ugyanakkor a kilencvenes években elkövetett nigériai jogsértések viszonylag széles körben ismertek voltak, és az ogonik elleni atrocitásokról is gyakran tudósított a nemzetközi sajtó, illetve a Bizottság képviselői a helyszínen is folytattak vizsgálatokat. Az Afrikai Bizottság ezért egyoldalú információk alapján is viszonylagos biztonsággal állapíthatta meg a tényállást, amit megerősített a demokratikus kormány későbbi állásfoglalása is.

Az ogoni ügyben hozott döntés több szempontból is figyelmet érdemel. Mint láthattuk, az Emberek és Népek Jogainak Afrikai Bizottsága felhasznált bizonyos új tudományos megközelítéseket, és ismételten lándzsát tört a gazdasági és szociális, valamint a kollektív jogok hatékony érvényesítése mellett, amelyek védelme globalizálódó világunk egyik legnagyobb kihívása. Az ügy azonban rávilágít az emberi jogok védelmének afrikai rendszerének egyik legszembetűnőbb gyengeségére is, nevezetesen a kötelező döntések, és így a hatékony végrehajtás hiányára.<sup>16</sup> Az ogoni törzs helyzetének javulása így az időközben lezajlott demokratikus változásoknak, illetve a Shell olajtársaságra nehezedő külső nyomásnak, nem, pedig a Bizottság döntésének köszönhető. Ugyanakkor az eset arra is bizonyíték, hogy az

<sup>13</sup> A minimumszint meghatározásának kérdéséhez lásd: Committee on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment No. 3., The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1) : . 14/12/90. 1990.

<sup>14</sup> A hivatkozott ítéletek a következők: X and Y v. Netherlands, 91 ECHR (1985) (Ser. A); Velasquez Rodriguez v. Honduras, 1988 július 19. Series C, No. 4.

<sup>15</sup> A tárgyalás jelenlegi állása szerint egy new york-i bíró elutasította az olajtársaság kérelmét, amelyben az a kereset elutasítását kérte. <http://www.derechos.org/nizkor/econ/shell28feb02.html> 2005.06.09.

<sup>16</sup> Danwood Mzikenge Chirwa: A fresh commitment to implementing economic, social and cultural rights in Africa: Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and the Centre for Economic and Social Rights v Nigeria. *ESR Review*, Vol. 3, No. 2. 2002. szeptember.

emberi jogok védelmében – legyen szó akármelyik generációról is – mennyire fontos szerepet játszanak a demokratikus intézmények és a multinacionális vállalatokkal szembeni fogyasztói nyomásgyakorlás eszközei. A Bizottság döntése ezért jelentős hozzájárulást jelent az emberi jogok védelmének nemzetközi gyakorlatához, és kreatív illetve bátor jogértelmezésével példát adhat más nemzetközi emberi jogokat védő intézményeknek.

# HALÁSZ ALADÁR SZÁSZY-SCHWARZ TANÍTÁSA A JOGALANYRÓL

## MÁSODIK TRAKTÁTUS

### A FIKCIÓ\*

#### 1.

Az előző traktátusban foglaltak, azt hisszük, messzemenően megkönnyítik a most következők megértését, és egyben azt is lehetővé teszik, hogy a tárgyalást azáltal, hogy sok helyen beérhetjük utalásokkal, viszonylag rövidre fogjuk.

A közfelfogásban a *fictio legis Corneliae* szerepel a fikció klasszikus példajaképpen. A kézikönyvekben ezt a fikciót általában úgy világítják meg, hogy a hadifogságban elhalt római polgár úgy tekintetik, mintha már a fogságba esés pillanatában halt volna meg.

G. F. PUCHTA híres institúció-tankönyvében ezt olvassuk például:

„oder er stirbt darin, dann wird nach der lex Cornelia fingiert dass er im Augenblick der Gefangennehmung gestorben sei.”<sup>1</sup>

Emellett forrásként Ulp. XXIII. 5-re utal. Ha azonban ezt a helyet megnézzük, nyomát sem találjuk annak a feltevésnek, hogy az illető a fogságba esés pillanatában halt volna el, mert itt csupán az olvasható, hogy

„si vero ibi decesserit, ex lege Cornelia, quae perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset.”

Ugyanennek a munkának egy másik kötetében azután idézi azt az ULPIANUS-helyet is, amely valóban azt mondja, hogy az, aki az ellenség fogságából nem tér vissza,

---

\* [Kandidátusi értekezés] (Budapest 1957) 676 o. [gépirat másolati példány] [MTA Kézirattár]. Sajtó alá rendezte Varga Csaba.

A kéziratához hozzáférést biztosító engedélyeztetési eljárástól kezdve a kritikai átnézés, leíratást, javítást egyaránt magában foglalóan a sajtó alá rendezett jelen változat az OTKA T 032156. számú programjának keretében és pénzügyi támogatásának köszönhetően készült.

Az eredeti mű érzékelhetően az ügyvédi rutinmunkában bizonyára jócskán megszokott diktálással született: gondos munkával, mégis az élő szó nyelvi fordulatait, ismétléseit, olykor rögtönzéseit vagy egyszerűen esendőségét megőrzően. Ezért nyelvtani, stiláris javításokat egyaránt ejtettem, irodalmi hivatkozásokat egységesítettem, s néhány alkalommal bántó időszerűségű, de a kifejtéshez nem szükséges aktualizáló politikai utalásokat töröltem.

<sup>1</sup> G. F. Puchta *Cursus der Institutionen* III (1866), 214. o.

„*quasi tunc decessisse videtur, quum captus est*” (D.49,15,18), de ugyanitt az előbb említett ULPIANUS-helyet is idézi, és idézi PAULUSTól a III. 4. a-t is, amelynek 8. pontjában csak azt olvassuk idevonatkozólag:

„[...] *si ibidem decedat, beneficio legis Corneliae qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur*”.

Tehát itt sincsen szó a fogságba esés pillanatában történő elhalálozásról. PUCHTA ugyanitt egy JULIANUS-helyet is idéz (D.28,1,12), amely szerint

„*ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent*”.

Itt sincsen tehát szó a fogságba esés pillanatában történő elhalálozás fikciójáról, ahogyan ez a PUCHTA által idézett másik JULIANUS-fragmentumban (29,15,22) sem található fel, mert itt a 2. §-ban csupán az olvasható, hogy ha a családtagja a fogságban elhal, akkor a hatalma alatt volt fiú már akkor családfőnek tekintetik, amikor az apa az ellenség hatalmába került.

Számtalan hasonló idézet helyett elégedjünk meg BUCKLAND közismert tankönyvének következő megállapításával:

„*Enslavement would ordinarily destroy a will, but by an interpretation of a lex Cornelia [fictio legis Corneliae] the will of one who died a captive took effect as if he had died at capture*”.

Érdekes módon BUCKLAND forrásként a D.35,2,18.pr-re hivatkozik, ahol szó sincsen arról, hogy az ellenség fogságába került római polgár a foglyul ejtés pillanatában elhaltnak volna tekintendő, hanem csupán ennyit mond:

„*fictio legis Corneliae hereditatem et heredem facit.*”

BUCKLANDnek is módjában állott volna oly forráshelyek idézése, amelyek valóban azt tartalmazzák, amit a fikció tartalmaként idéz.

Mindezzel azt kívántuk bizonyítani, hogy azok, akik nem foglalkoznak közelebbről ezzel a témával, abban a hitben vannak, hogy ez a fikció valóban a fogságba esés pillanatában bekövetkezett halált tételezi fel, s nem tartják szükségesnek, hogy közelebbről is megvilágítsák a kérdést.

Persze, akadnak itt is kivételek, mint pl. E. CUQ, aki institúció-tankönyvében a következőket mondja:

„*Le captif est incapable de tester, mais s'il meurt en captivité, il est, par une fiction, réputé mort au moment où il a été fait prisonnier; par suite, le testament qu'il a fait antérieurement conserve sa valeur [...]. Cette fiction est due à la jurisprudence [...]; c'est à tort que certains auteurs l'attribuent à la loi Cornelia. La fiction de la loi est tout autre. Les effets des deux fictions ne sont pas les mêmes. [...] La loi Cornelia avait réglé la question d'une autre manière: au lieu d'antidater le décès, elle avait prorogé fictivement la capacité du captif qui était réputé mort in civitate.*”<sup>2</sup>

<sup>2</sup> E. Cuq *Manuel des institutions juridiques des romains* (1928), 690. o.



CUQ szerint tehát a *lex Cornelia* fikciója nem abban állott, hogy előbbre hozta volna a tényleges elhalálozás időpontját a fogságba esés időpontjára, hanem egyszerűen abban, hogy a fogságban elhaltat úgy tekintette, mintha az polgárjogai birtokában [*in civitate*] halt volna el akkor, amikor tényleg elhalt. (Más kérdés, hogy miképpen halhatott meg *in civitate*, amikor rabságban halt el: a *lex Cornelia* fikciója éppen azért fikció, hogy számára ez a kérdés ne létezzék. És amikor később a jogtudomány kialakította az elhalálozás időpontját előbbrehozó fikciót, ezt nem azért tette, mert visszásnak találta volna, hogy a rabságban lévő ember akár *per fictionem* is szabadként haljon meg, hanem gyakorlati okokból: ha érintetlenül hagyjuk a halálozás időpontját, csak igen nehézkesen lett volna meghatározható a fogságba esés és a halál közötti időre általuk kívánatosnak vélt jogi rendezés.)

Az ULPIANUS-formula, amely talán három évszázaddal későbbi, egészen mást mond:

„*In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est.*” (D.49,15,18)

Így tehát voltaképpen két fikcióval van dolgunk, és e két fikció igen lényegesen eltér egymástól. A *lex Cornelia* fikciója meghagyja a halálozás tényleges időpontját és az akkor már hiányzó polgárjogokat fingálja, míg a jogtudomány által utóbb kialakított fikció előbbrehozván a halálozási időpontot, ennek mintegy következiképpen szerepelteti a polgárjogokat; úgy is mondható, hogy az utóbbi fikció a halálozási időpontot közvetlenül, a polgárjogot pedig közvetve fingálja. Első pillantásra legalábbis így mutatkozik a helyzet, amely — mint látni fogjuk — valójában ennél jóval bonyolultabb.

E dualizmus felismerését BECHMANN-nak<sup>3</sup> köszönhetjük, akinek felfogását ma már a kérdéssel foglalkozó monográfiák többsége osztja. BECHMANN célja az volt, hogy előmozdítsa a jogi helyzetek pendenciájának tanulmányozását, és követőit is elsősorban ez a probléma érdekli. Más lapra tartozik, hogy még csak meg sem kísérik a pendencia jelentésszerkezetének a megközelítését, mintegy a *lex Cornelia* fikciójának (és ezzel kapcsolatban a *subliminium* fikciójának) vizsgálatától várják a pendencia fogalmának felderítését. Nem tagadható, hogy e kutatások növelik az erre vonatkozó adatok számát, változatosabbakká, tanulságosabbakká teszik azokat, de persze nem vezethetnek komoly eredményre mindaddig, amíg a források által nyújtott és e kísérletek által rendszerbe foglalni megkísérelt kazuisztikát nem vonjuk — külön feladatként — logikai elemzés alá<sup>4</sup>.

Persze, kevésbé kilátásos feladat a források anyagából megtalálni az itt felmerülő problémák átfogó, a jog számára hasznosítható elméletét. Itt van legelőbb is az a mintegy három évszázad, amelyen keresztül a *lex Cornelia* fikciójának fejlődését mutató kazuisztikus anyag kialakult; azután a jogászi

<sup>3</sup> Bechmann *Das jus postliminii und die lex Cornelia* (1872).

<sup>4</sup> A kérdés körül jelentékeny monográfiailrodalom alakult ki. A legújabb irodalomból különösen kiemelendőnek véljük M. Bartosek [‘Captivus’ *Bulletino dell’istituto di diritto romano* (1953), 98–212. o.] és H. Kreller [‘Juristenarbeit am Postliminium’ *Zeitschrift für Savigny Stiftung* (1952), 172–210. o.] munkáit.

érdeklődés, a jogászi műveltség aláhanyatlásának további három évszázada, amikor a klasszikus anyag szelekcióját a hanyatlás korának jogászai végezték már. Ugyancsak tőlük ered a szelektált anyag egybehangolását célzó számos interpoláció is. A gyanított interpolációk közül nem egyről megállapítható, hogy kétségtelenül interpolációk, mert nem eredhettek a klasszikus szerzőktől, és kimutatható sok esetben az az ok is, amely megmagyarázza, hogy miért alkalmazták (és miért éppen ezen a módon) az epigonok. Van azonban itt szép számmal olyan interpoláció is, amelyik az egyik mai kutató szerint interpoláció, a másik szerint pedig nem az. Egészen téves az a beállítás, amelyik az interpoláció-kutatás nem is oly ritkán észlelhető elfajulását az „interpoláció-vadászat” számlájára írja. Gyakran az látszik az igazi oknak, hogy az egyik kutató a benne támadt valamelyik értelmezési sejtlemnek cáfolatát látja valamilyen forráshelyben, és hajlamosabb a maga sejtelmében bízni, semmint a forráshely hitelességében. Így keletkeznek aztán az egymásnak annyiszor élesen ellentmondó vélemények és elméletek, amelyek mindegyike más-más forráshely interpolált voltának feltételezésén alapul. Ha ehhez még hozzávesszük azt a kissé felületes módot, amellyel a kompilátorok az interpolációkat — néha valószínűleg több rétegben is — alkalmazták, nyilvánvalóvá válik, hogy a többévszázados fejlődés, majd hanyatlás záróköveként a viszonylag gyengébb szakemberek által történt szelekció és interpoláció kettős rostján átment forrásanyagból (amely ezenfelül még kazuisztikus természetű is) lehet ugyan támpontokat nyerni az egyes jogintézmények (vagy fogalmak) felderítéséhez, de túlzott optimizmus volna az annyira hiányos és megmásított anyagtól még azt is várni, hogy a fogalmak logikai szerkezetét szintén megvilágítsa.

Visszatérve a bennünket érdeklő fikcióra, az első mozzanat, amellyel foglalkoznunk kell, az, hogy mit jelentett voltaképpen ez a fikció a maga eredeti jelentkezésében. És itt legelőbb is meg kell találnunk a kapcsolatot a *postliminium* jóval korábbi fikciójával. Mert azoknak a problémáknak egy része, amelyek a *lex Cornelia* fikciója kapcsán mutatkoznak, már a *postliminium* kialakulása és alkalmazása során is felmerült.

A *postliminium* fikciója arra az esetre vonatkozik, amikor a hadifogoly római polgár a fogságból visszatért. A *postliminium* fikciója erre az esetre úgy szól, hogy az ilyen polgárt úgy kell tekinteni, mintha nem is került volna hadifogságba: visszanyerte minden előbb volt jogait, mintha nem is lett volna időközben hadifogságban, mintha fogságával jogi helyzetén semminő változás nem történt volna.

De vajon állítható-e, hogy visszatértével minden joga helyreállt, állítható-e, hogy a fikció teljes mértékben hatályosult? Már erre a látszólag egyszerű kérdésre sem felelhetünk igennel. A források és az azokat feldolgozó irodalom tanulmányozása mindenkit meggyőzhet arról, hogy már ez a fikció is csak módjával, egyes vonatkozásokban valósult meg, és arról is, hogy minden vonatkozásában már a dolog természete folytán sem volt megvalósítható.

A *lex Cornelia* fikciója a *postliminium* fikciójával kapcsolatos problémákat részben módosította, részben egy sereg új problémával toldotta meg. A többlet a fogságban elhalt polgár halálozásával kapcsolatban felmerült örökjogi, családjogi, vagyoni jogi kérdéseket öleli fel, és ezek kapcsolódnak a *postliminium*hoz fűződő egyes témákhoz, azok számára is részben más megoldásokat hozván. A kétféle helyzet közös fűzőpontja ugyanis az az állapot, amely a fogságba esés időpontjával beállott, és addig tartott, amíg az úgynevezett *spes postliminii* fennállt, vagyis amíg a fogoly vagy vissza nem tért, vagy a fogságban el nem halt. Nem szenvedhet kétséget, hogy ez a függő helyzet a *lex Cornelia* fikciójának bevezetésével is változatlanul ugyanaz maradt, és azonos maradt akkor is, amikor a törvény fikciója helyébe utóbb az a fikció lépett, hogy az elhalt már a fogságba esés pillanatától kezdődőleg meghaltnak tekintendő.

De az is nyilvánvaló, miszerint nincs okunk annak feltételezésére, hogy a *lex Cornelia* fikciójának bevezetése után a közös fűzőpontnak megmaradt függő állapot tekintetében kialakult rendezés ne hatott volna ki e fikció további sorsára, értelmezésére, alkalmazására is. Sőt, úgy hisszük, nem alaptalan az a feltevésünk sem, hogy a fűzőpontra vonatkozó korábbi rendezés már magára a *lex Cornelia* fikciójának megalkotására is hatással lehetett.

És itt sajnálattal kell nélkülöznünk, hogy a vonatkozó irodalom nem terjed ki azon okok kutatására, amelyek a *lex Cornelia* idevágó rendelkezéséhez vezettek.

Ma már uralkodónak mondható az a nézet, miszerint a *lex Cornelia* vonatkozó rendelkezése nem terjedt túl a fogságba esést előzően alkotott végrendelet megerősítésén. Az előző jogállapottal szemben ez mindenesetre igen mélyreható változást jelentett. Az előző jogállapot ugyanis az volt, hogy a hadifogságba került és ott elhalt római polgár végrendelete már a fogságba esés pillanatával megdőlt. A kézikönyvekben szokványosan visszatérő magyarázat erre az, hogy a rómaiak azért tekintették az ily polgár végrendeletét hatálytalannak, mert az illető a *jus gentium* értelmében rabszolgává vált, és mert ez az álláspont kölcsönös volt.

Bármilyen szívósan tartja magát ez a hiedelem, meggyőző erővel mégsem bír, mert ha a római jogrend az ilyen *servitudot* el is ismerte, ebből egyáltalán nem következik még, hogy ennek kihatását a végrendelezési jog terén is el kellett volna ismernie. A másik államot egyáltalán nem érdekelhette, vajon minő következményei vannak Róma területén belül az általa foglyul ejtett római polgár végrendeletére a fogságba esés tényének. A másik államot egyedül az érdekelhette, hogy a foglyok kölcsönösen egymás foglyai, jogukban áll, hogy azokról mint *servusokról* minden korlátozás nélkül rendelkezzenek. Semmilyen vonatkozásban sem érdekelhette az idegen államot, hogy mi lesz a fogoly házasságával, hogy a hatalma alattiak felszabadulnak-e a fogságba esett római polgár hatalma alól, hogy korábbi végrendelete érvényes-e vagy sem, avagy hogy a *postliminium* megvalósulásáig (vagy meghiúsulásáig) minő lesz az időközi rendezés. Ha ez nem így lett volna, már maga a *postliminium* intézménye is beleütközött volna az idegen állam jogaiba, és persze éppúgy a vonatkozó *lex Cornelia* fikciója is. Itt — hisszük — egészen másról van szó, mint a primitív

gondolkodás differenciálatlanságáról, arról a szemléletről, amely hajlik arra, hogy valamely jelenséget egységnek fogjon fel: a *servus* az *servus*, és ha a *servus* végrendelete az ő *servitudoja* folytán megdől, akkor ez minden fajta *servusra* áll, kivétel nélkül, tehát a *servus juris gentium* sem igényelhet más megítélést, mint például a *servus poenae*.

Szó sincsen tehát arról, hogy itt a kölcsönösség, a nemzetközi viszonyok igényei játszhattak volna bele a kérdés ilyenképpen való szabályozásába; ez csupán hagyományos hiedelem.

Kétségtelen, hogy a rómaiakat, amikor a fogságba esett polgárokat jogkorlátozásoknak vetették alá — és még inkább akkor, amikor ezeket a korlátozásokat utóbb a *postliminium* intézményével, majd a *lex Cornelia* fikciójával fellazították —, előbb-utóbb mégis csak a saját maguk szempontjai vezették. Ugyanez szabta meg a korlátozások lazításának határait is: így például sohasem mentek odáig, hogy a h a d i f o g s á g i d e j é n alkotott végrendelet érvényességét elismerték volna. Ennek azonban nyilván nem a *jus gentium* szabályaival kapcsolatos valaminő meggondolás volt a háttérben, hanem az a gyakorlati felfogás, hogy aki fogoly, nem is végrendelkezhetik szabadon, mert kiszakadt régi világából, és az új körülmények befolyása alatt áll.

A *lex Cornelia* minket érdeklő rendelkezésének szövege nem maradt ránk. Feltehető szövegét a régibb íróknál e kérdés tárgyalása során állandóan ugyanabban a formában visszatérő egyes fordulatok felhasználásával KRELLER<sup>5</sup> a következőképpen rekonstruálja:

„*Qui civis Romanus in hostium potestatem pervenit pervenerit atque ibi decesserit, si cum testamenti factionem haberet de familia pecunia tutela sua testatus est erit, idem ius eademque causa omnium rerum esto, quae futura esset, si in hostium potestatem non pervenisset.*”

Ezt a szövegezési kísérletet meggyőzőnek tartjuk. Az itt megjelenő fikció magvának negatív fogalmazása („*si in hostium potestatem non pervenisset*”) is megfelel a helyzet kívánalmainak: az ún. tényállás t a g a d á s a fejezi ki a *lex Cornelia* fikciójával létesült új jogrendezést, ami szokásos mód volt.

Mert a római fikciónak sajátos jellege szorosán összefüggni látszik a prétori jogalkotás módjával. Az mondatik, hogy „*praetor jus facere non potest*”. De hát akkor kik emelték a prétori jog hatalmas épületét? Kétségtelen, hogy mégis a prétorok, akik azonban ezt a tevékenységüket azzal vélték elleplezni, hogy a jogszabály ún. tényállási részéhez nyúltak: a „tényállást” változtatták meg, nem pedig a *just*. A jogszabálynak ezt a kettészakított szemléletét mutatja a „*da mihi factum, dabo tibi jus*” mondás is. (Ma is még lépten-nyomon találkozunk azzal a felfogással, amely csak a jogszabály e g y i k részét — a joghatás kifejezését — tekinti jogszabálynak, szűkebb értelemben vett jognak. Hogy ez a naiv nézet téves, nem szorul részletesebb bizonyításra. Az úgynevezett tényállási rész éppúgy a tényállások absztrakciója, ahogyan a joghatási rész sem más, mint

<sup>5</sup> Kreller, 197. o.

tényállások absztrakciója, és a kettő együttesen teszi ki a jogszabályt. Hogy a rómaiaknál a helyes szemlélet is megvolt, eléggé mutatja a híres PAULUS-hely: „*Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*”.<sup>6)</sup>

A *lex Cornelia* fikciója is így járt el: nem az ún. joghatást változtatta meg, hanem az ún. tényállást. Amikor a törvény (kellő alappal feltehető) szövege azt mondja, hogy „*idem jus eademque causa omnium rerum esto*”, mintha nem került volna az ellenség fogságába, érintetlenül marad továbbra is az az addigi *jus*, amely szerint az a római polgár, aki az ellenség hatalmába került, teljes *capitis deminutio* alá esik. Más szóval, a fogságba esett ilyen római polgár a fikció folytán ezentúl nem a fogságba esettek, hanem a fogságba nem esettek halmazához tartozik, és ezért nem esik az érintetlenül maradt rendelkezés hatálya alá. A látszat az, mintha ezzel a könnyen érthető, plasztikus szabályozási móddal a probléma elintézését nyert volna, mintha a rendezés teljes mértékben és félreérthetetlen módon történt volna meg.

A közelebbi vizsgálat azonban azt mutatja, hogy ez már a kezdeti szakaszban sem volt így. Már említettük, hogy a fogságba esettől az ott történő végrendekezés jogát érthető okokból továbbra is megvonták. Ez azonban még nem minden. Ahhoz, hogy a *lex Cornelia* fikciója által rendelt szabályozás bekövetkezzék, szükséges még az is, hogy az illető a fogságban elhalt legyen, ami persze szintén megszorítást jelent. (Mert a lehetőségek nem merülnek ki azzal, hogy vagy élve tér vissza, és akkor bekövetkezik a *postliminium*, vagy meghal a fogságban, és akkor a fikció hatályosul. Van egy harmadik mód is: elszegődik az ellenséghez. És ezt a rómaiak is igen jól tudták, hiszen általuk ismerjük például CORIOLANUS esetét is.) Mindenesetre figyelemreméltó, hogy ez a fikció még nem nyúl a halálozás időpontjához, azt változatlanul hagyja, és nyilván ez az időpont határozza meg az örökösödés szempontjából fontossággal bíró viszonyokat, e l s ő s o r b a n a t ú l é l é s t, mert hiszen csak az örökölhét, aki az örökhagyót túléli.

Az a jóval későbbi felfogás, amely szerint az örökhagyó a fogságba esés pillanatában elhaltnak tekintendő, voltaképpen nincsen ellentmondásban a *lex Cornelia* fikciójával: b e l e f é r a b b a. Mert ha az ellenség hatalmába került polgárt úgy tekintjük, mintha már elfogatásakor halt volna meg, ez nem mond ellent, összeegyeztethető azzal, hogy úgy tekintendő, mintha nem került volna az ellenség fogságába, és összeegyeztethető azzal a változattal is, amely úgy tekinti, *si in civitate decessisset*. (Régebben az *in civitate* kitétel körül is vita volt. Egyesek úgy értelmezték, hogy a *civitas* itt a római állam területét jelenti, mások szerint viszont a polgárjogok teljességét. Ma már az utóbbi álláspont tekinthető általánosnak.)

A *lex Cornelia* fikciója azonban nem csupán annyiból tekintendő határozatlan rendelkezésnek, hogy egyes vonatkozásokban s egyes viszonyokra alkalmazandó, másokra pedig nem, hanem annyiból is, hogy a fikció magvának is többféle

---

<sup>6</sup> D.50,17, 1.

értelem adható, amint ezt láttuk, amikor megállapítottuk: ezzel a fikcióval összeegyeztethető az a felfogás is, hogy a fogságba esés pillanatában halt meg, és az a felfogás is, hogy a polgári jogok birtokában halt meg az illető. (A *si in civitate decessisset* kitételrel még az a felfogás is összeegyeztethető volna, amely szerint a fogoly olyannak tekintendő, mint aki az elhalálozás pillanatában nyerte vissza újból szabadságát. Az ilyen felfogás azután más irányban vezetne nehézségekre, amennyiben következetesen akarnók érvényesíteni.)

Ha a kétségtelenül erősen interpolált ULPIANUS-helyet (*D.49,15,18*) vesszük, amely szerint minden vonatkozásban („*in omnibus partibus juris*”) elhaltnak tekintendő a vissza nem tért fogoly, amikor fogságba esett, az eredmény az, hogy két halálozási dátummal kell szükségképpen számolnunk, az egyik a fogságba esés időpontja, a másik a halál bekövetkezésének igazi ideje. Mert e nézet mellett sem volt mellőzhető a halál bekövetkeztének igazi időpontja, amennyiben az egyáltalán megállapítható volt. Mert a túlélés feltételének teljesülése, amelyhez a rómaiak annyira ragaszkodtak, e nélkül nem képzelhető el. De az a kérdés sem bírálható el e nélkül, hogy sor kerülhet-e a végrendeleti helyettes öröklésére, megdőlt-e a végrendelet *suus* születése folytán, és így tovább. A források kazuisztikája gazdag, változatos, sokszor igen bonyolult, sőt már magukban a forrásokban is vitásknak jelzett döntések száma sem csekély.

És ha ma már általában elfogadottnak tekinthető e fikció lépcsőzetes átalakulásának tana, annál több az eltérő nézet az egyes megnyilatkozások mikénti értékelése terén. Nyugodtan állíthatjuk, hogy e kérdések nem is várhatnak megnyugtató elintéztést — akkor sem, ha mégannyi újabb forráshely kerülne is elő —, mert ez a probléma maguknál a rómaiaknál sem juthatott egységes, ellentmondásmentes szintre. Amikor tehát ezzel a fikcióval közelebről foglalkoztunk, távolról sem vezetett az a remény, hogy közelebb vihetjük a megoldáshoz; arra sem gondoltunk, hogy vele világíthatnók meg a függő jogi helyzetek természetét. Célunk csupán az volt, hogy megmutassuk: egy a köztudatban oly egyszerűnek tartott, minden jogász előtt ismeretes fikció mennyi bonyodalmat, mennyi határozatlanságot rejt magában. A későbbiekben módunk lesz rámutatni arra, hogy e nehézségek nemcsak ennek a fikciónak a sajátosságai, hanem általában együtt járnak a fikciós kifejezési móddal, amely tudatunk egy primitívebb szakában gyökerezik. Mert a fikció természetének általánosabb tanulmányozása megmutatja, hogy nem sajátos jogászi „műfogás”, nem is hasznos „misztikum” vagy ártatlan „rövidítés”, mint sokan gondolják, hanem a még kezdetleges gondolkozás egyik velejárója, amelynek megvannak a maga tagadhatatlan előnyei, de súlyos veszedelmei is. És van határozott logikai struktúrája, amely elsősorban a következő tárgyalások során érdekel majd bennünket.

## 2.

Mielőtt rátérnénk azon nézetek taglására, amelyek az idők során a fikció természete („mibenléte”) felől kialakultak, további tanulságok szerzése végett kíséreljük meg, hogy a fikciót vele egyenértékű egyes transzformációi útján közelítsük meg. Vagyis olyan kifejezési formákat keressünk, amelyekkel ugyanazt közölhetjük — a tartalom megszorítása, kitágítása, vagyis megváltoztatása nélkül —, mint amit a fikcióval szoktunk közölni.

Az első, amire itt gondolnunk kell, a *hasonlat*. Ahelyett, hogy azt mondjuk: a hadifogságban elhalt római polgár az ő korábban készült végrendeletének érvényessége szempontjából úgy tekintendő, mintha nem került volna az ellenség fogságába, ezt mondhatjuk: végrendeletének érvényessége szempontjából hasonló akármelyik szabadon elhalt római polgárhoz. A tartalomból semmi sem veszett el. Világosan látjuk, hogy mit mivel hasonlítottunk össze, és ugyanilyen világosan látjuk az úgynevezett *tertium comparationis* mozzanatát is: a *miben* a két összehasonlított hasonlatos. Ezzel pedig az is megmutatkozik, miben *nem* hasonlatosak: mindegyiknek azok a vonásai vagy vonatkozásai, amelyek *nem esnek a tertiumba*. Nevezzük ez utóbbiak összességét *quartum*-nak. Emlékezzünk vissza, hogy az összehasonlítás az első lépés az absztrahálás terén: ezzel indul meg az a folyamat, amely az absztrakció (a fogalom) kialakulásával végződik. A jog absztrakciójánál többnyire az ún. joghatás az, amely szembeötlően a *tertiumba* tartozik. Ugyanez áll a jogi fikciókra nézve is. (A következők során rájövünk majd arra, hogy ez még nem meríti ki a jogi absztrakciókat, illetve fikciókat.)

Mielőtt azonban behatóbban foglalkoznánk a jogi fikcióknak ezzel az oldalával, tekintsünk meg egy-két példát a közismert irodalmi *hasonlatok* területéről.

Vegyük az ember összehasonlítását a szarvassal. A 42. zsoltárban olvassuk: „Miképpen kívánkozik a szarvas a folyóvizekre, akképpen kívánkozik az én lelkem tehozzád, ó Isten.” Valljuk meg, ez a hasonlat vajmi keveset mond a mai ember számára. És ezt a keveset is nehezen megfogható módon sejteti. A *tertium* nyilván az, hogy mind a zsoltárköltő, mind a szarvas számára fontos — elsőrendű — életszükséglet kielégítésére irányuló törekvést képviselő tudattartalmakkal állunk itt szemben; ezek adják a *tertiumot*. Az embernek és a szarvasnak minden más vonása ezek szerint a *quartumba* esnék? Aligha. Mindkettő élőlény, különben az ember fel sem tehetné a szarvasról, hogy annak is van tudata — persze a szó tágabb értelmében —, a szarvas is képes fontos életszükségleteit érzékelni és magatartását ennek megfelelően irányítani. Az embernek ehhez még egy sereg szerzett (vagy átvett) tapasztalatra is szüksége van, amelyek alapján tudja, hogy a szarvasnak szüksége van arra — éppúgy, mint néki —, hogy időnként vizet igyon. Valamivel többet mondana ez a hasonlat, ha úgy hangoznék, hogy a költő éppúgy szomjazza az istenséget, mint a szarvas az ő ivóvizét. Itt azonban már egy újabb hasonlat lépne be, az istenségre szomjazás, mikor pedig az istenség nyilván nem víz, bár a költő számára valószínűleg megvan az a vonása, hogy a vele való

kapcsolat éppúgy kielégíti a k é p l e t e s szomjazást, ahogyan a szarvasnak a vízzel való találkozása alkalmas a szarvas vízszomjának kielégítésére.

Ezzel a példával elsősorban arra kívántuk felhívni a figyelmet, hogy amikor szavakkal fejezzük ki gondolatainkat, szinte képtelenek vagyunk kikerülni a hasonlatokból, a képes kifejezésekből, mely utóbbiak nem egyebek tömörítettebb formában jelentkező hasonlatoknál. Más szóval, képtelenek vagyunk kikerülni az absztrakciókból és — nyugodtan mondhatjuk — a fikciókból.

Ugyanezt tapasztaljuk, amikor KISFALUDY SÁNDOR, ismét más módon, magát hasonlítja össze a szarvassal, és akkor is, amikor ARANY JÁNOS ugyanezt teszi, persze megint más vonatkozásokban, *Toldijával*. Valamennyien megkeresik — és meg is találják — a nem hasonlóban a hasonlót, a hasonlóban a nem hasonlót. Az ilyen viszonylag egyszerű összehasonlításoknál nagyjában és egészében kitapintható, hogy a konkrét esetben miben látták a *tertiumot*, és az is, hogy a kibontakozó *tertium* nem akar szigorú (egzakt) megállapítás lenni, nem lép fel azzal az igénnyel, hogy a kiemelt egy (vagy több) vonáson kívül más nem tartozik a *tertiumba*, mivel minden más a *quartumba* esik.

Nem tagadjuk, kissé különösen hangzik, ha az ilyen hasonlatokat fikciókká alakítanók át, és azt mondanók például: *Toldi Miklós* szarvasnak tekinthető abból a szempontból, hogy... Az ilyen leplezetlen beszéd kétségtelenül sértene antropocentrikus méltóságunkat, de a primitívebb időkben ez az érzés, úgy látszik, még nem fejlődött ki ennyire bennünk, még nem kerekedtünk annyira fölébe az állatnak, s a határvonal bizony jóval elmosódottabb lehetett, mint ma. Hittek abban, hogy az emberek állatokká változhatnak, az állatok pedig emberré — és ha ebből a nézőpontból tekintjük a dolgokat, már nem is olyan meghökkentő az állattal való hasonlatosságának fikcióval történő kifejezése. Az az ember, aki büszkén vallotta, hogy maga is, törzse is ettől vagy attól az állattól származik, akinek — mondjuk — a szarvas volt a totem-állatja, az bizony saját magáról is úgy vélte, hogy egy kicsit „szarvasnak tekintendő”.

Vagy vegyünk egy példát SHAKESPEARE-től, akinél szüntelen egymásutánban zsúfolódnak képek és hasonlatok. *Hamlet* a III. felvonás második jelenetében egy felhő alakját előbb tevéhez, aztán menyéthez, végül bálnához hasonlítja, és *Polonius* mindezt elfogadja, utánamondja, de erősített formában (“*indeed*”, “*very like*”), csak a menyétnél szabatosít: a h á t a olyan, mint a menyété. Itt szemmel érzékelhető a l a k b e l i hasonlóságokról van szó, s nem kétséges, hogy a *tertium* a k ö r v o n a l a k k a l kimerül, de hányszor tekintették az égen megjelenő alakzatokat valaminő „lényeg” hordozójának, szimbolikus kifejezőjének...

És hány tréfás élc származott már abból, hogy valaki felkapta a más által megkezdett hasonlatot, és meglepő irányban fejlesztette tovább, újabb vonásokat emelvén be a *tertiumba*? Olyanokat is, amelyekre ha eleve gondolt volna a hasonlat alkalmazója, valószínűleg az egész hasonlat kimondatlan marad.



Mindannak, amit itt érintettünk, megtaláljuk hasonmását a jogi fikciónál is, amelyek éppúgy egy ősibb rétegbe bocsátják gyökereiket, mint a költői alkotás. A jogi fikciók eredete is egy-egy primitív meglátás, amely egy-két vonással megragadhatónak, plasztikus formában közölhetőnek véli magát, míg azután a kazuisztika kimutatja, hogy mi mindenre vezet a hasonlóság felvetése. A jogi fikciók kialakulásánál is megtaláljuk az elég gyakori értelemváltozásokat, és ezekkel kapcsolatban a szövődmények változásait is. És a jogi fikcióit szintén végigkíséri minden primitív absztrakciónak az az alapvető tévedése, amely azt hiszi, hogy az absztrakcióba a maguk teljes valóságával vonulnak be az absztraháló folyamat kiindulópontját képező viszonylagos konkrétumok. Ez a kétlakiság (nevezetnők az absztrakció reifikálásának vagy visszacsinálásának is) a leggyakoribb előidézője azon téves nézeteknek, amelyeket a fikció struktúrájáról és funkciójáról még ma is annyian táplálnak.

Persze, tévedés volna a fikciót a jogi kifejezőmódokra és a költészetre korlátozni. Mindennapi nyelvünknek (de ugyanígy az egyes szaktudományok nyelvének) éppoly állandó velejárója, mint a hasonlat, csak nem mindig olyan szembetűnő. Igen gyakran már annyira elkopott és megváltozott, hogy nem könnyű felismerni. A hasonlatoknál is ugyanez a helyzet. És ez alól a legegzegetabbnak tartott tudományok sem kivételek: a matematikában és a fizikában is lépten-nyomon találkozunk ilyen metafora- és fikciócsökevényekkel.

Itt röviden utalnunk kell a fogalommal kapcsolatban már mondottakra. Ahogyan az egyszer kialakult fogalomkeretben ragaszkodunk a fogalom azonosságának illúziójához, bármilyen mélyreható változásokon is ment át időközben az illető fogalom, hasonló módon ragaszkodunk az egyszer kialakult fikció azonosságának hiedelméhez is, amint ezt a *lex Cornelia* fikciójának tárgyalása során már volt alkalmunk megmutatni. És amilyen szertefolyó, határozatlan sokszor az ítéletekben (ítéletrendszerekben) még ki nem bontakoztatott fogalom, ugyanilyen bizonytalan, sikamlós valami a fikció is, amíg (lehetőleg aprólékos módon) hasonlatokká ki nem teregettük, amikor majd sorra kiugranak a nyitott kérdések, amelyek állásfoglalást, döntést kívánnak. Nem szabad elfelejtenünk, hogy a fikció (hasonlat) éppúgy ítéletkapcsolat, ahogyan a fogalom (absztrakció stb.) is az.

Figyelemmel kell lennünk arra a további körülményre, hogy fikció képzésénél csakúgy, mint hasonlatok felállításánál a fogalomképző (absztraháló) folyamat annak befejezése előtt megszakad, és így az, ami megvan, még nem fejezi ki az eredményt, csak mintegy jelzi a továbbvivő utat, amelyen haladva az eredményhez (az új fogalomhoz vagy absztrakcióhoz) eljuthatunk; emellett a félbemaradt fogalomképzés a *ddigi m en et* is elárulja, szinte magán viseli a tojáshéjat.

Tévedés volna azonban abból, hogy a fikció és a hasonlat egymásnak egyenértékű transzformációi lehetnek, egymást kölcsönösen képviselhetik és kifejezhetik, arra a következtetésre jutnunk, hogy a kétféle tükrözési lehetőség

között fennálló különbségek nem érdemelnek figyelmet, mert éppen e különbségek szemügyre vétele visz közelebb a szerkezetek (és összefüggések) megismeréséhez.

A nyilván ősbib alakzatnál, a hasonlatnál szükségképpen a *tertium* áll —többé-kevésbé kivehető módon — az előtérben. Más a helyzet a fikciónál, itt ugyanis sokszor a *quartum*nak valamelyik mozzanata az, amelyik elsősorban megragadja a figyelmet. Szabatosabban talán úgy fejezhetnők ki: gyakran a leghangsúlyosabb rész valamely szembeötlő *quartum*-mozzanatnak a megszüntetése, eltüntetése. A *tertium*-elem — gondoljunk elsősorban a jogi fikciókra — persze itt is megvan, illetőleg itt is tudjuk, hogy a folyamat viszonylag konkrét megvalósulása során megmutatkozik majd. A kezdetleges gondolkodás ezt valami *o k o z a t i* kapcsolatban lévőnek látja a szembeötlő *quartum*-mozzanat előbb említett megszüntetésével, éspedig akként, mintha ez a megszüntetés volna az *o k*, az ezután jelentkező hasonlóság (pl. a jogi szabályozás módjában, az ún. joghatásban) pedig az *o k o z a t*.

Ez persze nem így áll, mert általában s többnyire ez a hasonlóság — mint megvalósítani kívánt cél — jelentékeny módon *k ö z r e h a t* abban, hogy az ezt akadályozni *l á t s z ó* *quartum*-mozzanatot megszüntessük. Ebben azonban más *o k* is közrehat, nevezetesen az, hogy időközben — az előző felfogással szemben és a hasonlóság nézőpontjából — a *q u a r t u m* *e l l é n y e g t e l e n ü l*, és már csak az van hátra, hogy *f o r m á l i s a n* *i s* *f e l s z á m o l j u k*, amint ezt a fikció meg is teszi.

Vegyük a *Publiciana in rem actiot*, amelyről azt szokás röviden mondani, hogy az elbirtoklás fikcióján alapul, amennyiben a megkezdett, de még be nem fejezett elbirtoklási folyamatot befejezettnek tekinti; másként kifejezve: a még le nem telt elbirtoklási időt leteltnek veszi. Az ide vezető gondolatmenet nehezen látszik érthetőnek, ha nem idézzük emlékezetünkbe a történeti előzményeket és a kísérő körülményeket, ámde nyomban érthetővé válik, mihelyt ezt megtesszük. Régebben egyedül a megszabott idő letelte volt *s z ü k s é g e s* — és egyben *e l é g s é g e s* — feltétele az ily módon történő tulajdonszerzésnek. Amikor utóbb azután a *bona fides* és a *justus titulus* is a kívánalmak sorába lépett *s e* két újabb keletű feltétel közrehatása jelentékeny mértékben korlátozni kezdte az elbirtoklás útján való tulajdonszerzést, az új helyzetben teljesen lényegtelenné vált a birtoklás időtartamának kérdése; és már csak arról volt szó, hogy ezt a terhesnek érzett hagyományt formálisan is kiküszöböljék, mert mindaddig, amíg ez meg nem történt, a hagyományokhoz tapadó gondolkodás számára akadályt jelentett. Mielőtt tehát ezt a *quartum*-mozzanatot fikció útján kiküszöbölték, már kiküszöbölte a *s z e m l é l e t n e k* azon módja, mely *m e g s z ű n t* *a z t* *j e l e n t ő s n e k* tekinteni az adott vonatkozásban — amit úgy is kifejezhetünk, hogy megszünt azt a *quartum*ba tartozónak tekinteni. Előbb változnak meg tehát a fogalmat kitevő tudattartalmak, mi azonban továbbra is úgy operálunk a közben teljesen megváltozott fogalommal, mintha mi sem történt

volna, a fogalom „azonosságának” igézete alatt állván. (Ez még élesebben fog megmutatkozni a kivétel-szerkezet transzformációs módjának tárgyalásánál.)

Már ez az egy példa is mutatja, hogy tévedés lenne a jogi fikciónál a *tertiumot* csupán a jogi szabályozottságot illető (az ún. joghatásban jelentkező) hasonlóságban keresni. A hasonlóságnak szükségképpen meg kell lennie máshol is, különben nem alakulhatna ki ilyen jogi szabályozás. De nem elég, ha máshol is megvan: ennek tudatossá is kell válnia, hogy hatását kifejtthesse.

Azt hiszem, tudomásul kell vennünk, hogy megismerésünk haladása történeti jellegű, vagyis elsősorban az idő (az adott időpontban már elért ismeretek) függvénye. Amikor tehát valamely időpontban felállítunk egy hasonlatot, s azzal többé-kevésbé kifejezett módon az összehasonlított dolgok egy vagy több vonását (vonatkozását) a *tertiumba* utaljuk, minden más vonását pedig a *quartumba*, ez a *quartum* a két összehasonlított dolognak különböző természetű vonásait tartalmazza majd: azokat is, amelyeket a hasonlat kialakításának időpontjában egymástól élesen elütőnek véltünk; azokat is, amelyeket csupán jelentéktelennek, figyelmünkre nem méltónak tartunk; de azokat is, amelyekről akár szubjektív, akár objektív körülmények folytán még nincsen tudomásunk. Az idők során aztán tapasztalataink, ismereteink bővülnek, értékeléseink változnak, és ennek megfelelően állandó ostrom alatt áll mindaz, ami a *tertiumba*, illetve a *quartumba* került. A folytonos revízió folyamán állandóan változik a *tertium* és változik a *quartum* tartalma is. Ezeket az állandó változásokat, illetőleg az állandó változásokat kifejező újabb és újabb ítéleteket (fogalmakat, absztrakciókat, definíciókat, stb.) szabad mozgásukban, helyes érvényesülésükben állandóan és jelentékeny mértékben gátolja az a körülmény, hogy az e mozgásban közreható és résztvevő számos fogalom számunkra egy bizonyos korábbi fokon rögzült (vagy a kellő és elérhető meghatározottságot nélkülöző) mozzanatként jelentkezik. Amit ezzel mondunk, az persze nem panaszos sirám, hiszen csupán a dolognak a mai adottságok melletti természetes rendjét kívánja kifejezésre juttatni, azért, hogy ezzel kiindulópontot nyerjünk hasznosnak látszó vizsgálódásokhoz, további feladatok megoldásának megközelítéséhez.

Ha a tudomány (vagy a fogalom) úgynevezett fejlődését tekintjük, ez az előbb vázolt nézőpontból akként jelentkezik, hogy a *tertium* és *quartum* birodalmi között az egyes mozzanatok állandó vándorlása folyik, ugyanakkor az egyes birodalmakon belül is állandóan változások történnek, amelyek a legszorosabb kapcsolatban állnak mind a határokon át történő vándorlásokkal, mind pedig az azokon belüli változásokkal.

Amikor a *quartum* elnevezést bevezettük, valójában nem mondtunk semmi újat, csak egy átfogó, tájékoztató kifejezést akartunk használni, hogy könnyebben operálhassunk egyébként eléggé ismeretes jelenségekkel. Gondoljunk a definíciónak arra a régi, nagyon is egyoldalú meghatározására, amely szerint az a *genus proximum* és a *differentia specifica* egy sajátos kapcsolata. Nyilvánvaló, hogy e vonatkozásban a *genus proximum* a *tertiumot*, a *differentia specifica* pedig

a *quartum*ot képviseli; a *genushoz* való viszonyban a *tertium* áll az előtérben, ugyanakkor a *differentia specifica* pedig a *genus*beli halmaztársak egy részével szemben a *quartum* szerepét tölti be.

Vagy vegyük példaként az ismeretes közmondást: minden hasonlat sántít. Ha ezt az ilyenkor szokásos merevséggel vizsgáljuk, könnyűszerrel egy eddig még nem ismert antinómiához jutunk. Mert ez a mondás maga is hasonlat, összehasonlítja a hasonlatot valamilyen sántító, tehát tökéletlen, hibás alkatú és funkciójú élőlényel: így pedig, ha igazat mond, maga is „sántít”, vagyis hibás, tehát nem mond igazat. (Hasonló módon vezet antinómiához ez a mondás is: nincsen szabály kivétel nélkül.) Számunkra a hasonlatok sántikálásáról szóló közmondás elsősorban azt a helyes felismerést tükrözi, hogy **n i n c s e n t ö k é l e t e s**, abszolút hasonlat. A hasonlat is történeti jelenség, függvénye a mindenkori ismereteknek s annak a célnak, amelyre felállítjuk és használjuk; *tertiuma* és *quartuma* állandó mozgásban, változásban van, és ismereteink és kifejezési lehetőségeink erősen korlátozottak voltak, így szintén a lehető viszonyítások és viszonyítás-változatok, viszonyítás-kapcsolatok nagy számánál fogva még egy adott pillanatra vonatkoztatva sem lehet kimerítő. A „minden hasonlat sántít” ítélet tehát helyes megközelítése az igazságnak, mert a tagadása az lenne, hogy némely hasonlat nem sántít, azaz van legalábbis egy hasonlat, amely nem sántít — ezt pedig nem fogadhatjuk el, mert ez a tökéletes hasonlat elismerését jelentené.

Maga az absztrahálási folyamat, amelyről nem hangoztathatjuk eléggé, hogy teljesen azonos a fogalomalkotó folyamattal, szintén a *tertium* és a *quartum* megkülönböztetésével látszik operálni: az absztrakcióba (a fogalomba) csak *tertiumot* vesz fel a halmaz tagjaiként, minden más — legalábbis időlegesen — a *quartumba* szorul.

### 3.

A fikciónak egy másik — a tartalom kifejezése szempontjából egyenértékű — transzformációja a **k i v é t e l - s z e r k e z e t**, amelynek értelmében minden fikciós szerkezet a fikció mondanivalójának sérelme nélkül kifejezhető egy olyan ítéletkapcsolattal is, amely állítást és az állítás egy részének tagadását foglal magában.

Kísérreljük meg ennek megvilágítását egy igen egyszerű példán: a közfelfogás egészségesnek azt tekinti, aki nem beteg, és betegnek azt, aki nem egészséges. Az ‘egészséges’ teljes terjedelmű tagadása („ellentéte”) a ‘beteg’; a ‘beteg’ teljes terjedelmű tagadása: az ‘egészséges’. Egy embercsoportot orvosi vizsgálattal két részre osztunk: betegekre és egészségesekre. Miután a megosztás így megtörtént, híre érkezik, hogy egy bizonyos jelenség, amelyre tekintettel eddig azt, akin észlelhető volt, betegnek tekintették, az orvostudomány újabb felismerése alapján már nem szolgáltat okot e minősítésre. Vagy éppen megfordítva, arról érkezik

közlés, hogy valamilyen jelenség, amelyet eddig nem tekintettek a betegség jelének, mégis betegséget jelent, és így az, akin mutatkozik, a betegek sorába tartozónak minősül. Vegyük az első esetet, s vegyük azt is hozzá, hogy az osztályozást végző orvos pontosan tudja, hogy e g y személy volt az, akin oly jelenség mutatkozott, amely miatt az illetőt betegnek minősítette, noha most már az egészségesek közé utalná a vett közlés alapján; azt is tudja, hogy ki volt ez a személy. Nem készít tehát új jelentést, hanem már elkészített jelentését, amely azzal zárult, hogy a megvizsgált 34 személy közül 17 ‘egészséges’ és 17 ‘beteg’, egy újabb megállapítással toldja meg: a vizsgálat után vett értesítés alapján az előző eredmény megváltozott, az egészségesek száma 18, a betegeké pedig 16, mert N. N., akit a vizsgálat betegnek minősített, most már — a nyert közlés értelmében — egészségesnek tekintendő, így tehát a betegek csoportjából kiveendő és az egészségesek csoportjába sorolandó volt. Nyilvánvaló, hogy teljes terjedelmű tagadás (ellentét) esetén egyre megy, hogy a változást azzal fejezzük-e ki, hogy az egyik csoport létszáma (persze a másik rovására) egy taggal g y a r a p o d o t t, vagy hogy a másik csoport létszáma (persze a másik javára) c s ö k k e n t, hiszen az összlétszám változatlan marad, amikor az egyiket szűkítem és a másikat tágítom, avagy viszont. Tegyük fel, hogy ugyanakkor olyan személy is akad ezen összességben, aki viszont a vett értesítés alapján az egészségesek csoportjából kerül át a betegek csoportjába: a záradékolás ilyenkor rámutat majd arra, hogy a csoportok l é t s z á m a a vett értesítés ellenére s e m v á l t o z o t t, de N. N., aki az alapjelentésben egészségesként volt felvéve, most a betegek között szerepel, viszont X. Y. az egészségesek között.

Azt hisszük, hogy világos az összefüggés a fikció és a kivétel-szerkezet között. Kettős viszonyításról van szó, egyfelől a korábbi szempont (szempontrendszer), másfelől az újabb szempont (szempontrendszer) alapján. Ezt talán szabatosabban így fejezhetnők ki: miután előbb a korábbi szempont szerint megejtjük a viszonyítást (a csoportok megosztását), és azután az újabb szempont szerint is megejtjük a viszonyítást (a csoportok megosztását), a két eredményt még egymáshoz is viszonyítjuk, és pedig többnyire akként, hogy az első viszonyításból következő eredményt — helytelenül bár — kitüntetjük, és ahhoz viszonyítjuk a második viszonyításból nyert eredményt.

Az első viszonyításból nyert eredmény a r é g i f o g a l o m; ehhez mérjük hozzá az új fogalmat, és elhitetjük magunkkal, hogy továbbra is operálhatunk a régi fogalommal, ha a viszonyításnál mutatkozó eltérést a régihez hozzáadjuk vagy abból levonjuk. A h o z z á a d á s t f i k c i ó v a l e s z k ö z ö l j ü k, a l e v o n á s t k i v é t e l - k o n s t r u k c i ó v a l. Ha az itt kifejtetteket a már említett fikció-példákra alkalmazzuk, meggyőződhetünk felfogásunk helyességéről. (Például a rabszolgák — mint nem szabadok — végrendelete é r v é n y t e l e n, ám k i v é t e l t k é p e z a z o k é a r a b s z o l g á k é, akik hadifogság folytán váltak rabszolgákká; a szabadok — mint nem rabszolgák — végrendelete é r v é n y e s, és ezen kívül érvényes még ama rabszolgáké is, akik hadifogság útján váltak rabszolgákká. Itt nyilvánvaló — és az előzők után

részletes levezetést nem is igényel — hogy miképpen alakult tagadással és szelektív tagadással a régi jogállapotot kifejező konjunkciós ítéletrendszerből az új jogállapotot kifejező ítéletrendszer, és világos az is, hogy miképpen köti össze a két ekvivalenciát a műveletekben megmutatkozó struktúra.)

Ugyanez lesz az eredmény akkor is, ha a jogszabályokban annyiszor szereplő kivétel-szerkezeteket fikciókká alakítjuk át.

A jogban szereplő kivétel-szerkezetek nem mindig jelentkeznek nyomban felismerhető módon („kivéve, ha...”; „kivételt képez...”); igen sok esetben bújtatottan szerepelnek, akárhányszor „és” kötőszóval alakított konjunkciókban. Például: „Önjogú, aki nagykorú és nincs gondnokság alá helyezve” (1928. évi *Magyar magánjogi kódex-javaslat*, 18. §). Érdekes és tanulságos eredményt kapunk, ha ezt a konjunkciót az előző traktátusban közölt módon kettős tagadás alá vonjuk: az első tagadással megkapjuk a „nem-önjogú” logikailag lehetséges három változatát mint határozatlan eredményt, amelyből a szelektív tagadás során persze elesik a gondnokság alatt álló kiskorú változata, és megmarad — egymás mellett, és nem egymást kizáróan — két változat konjunkciója, amelyek együttesen kimerítik a „nem-önjogú” csoport, a gondnokság alatt álló nagykorúak és a gondnokság alatt nem álló kiskorúak csoportjának kritériumait.

(Annak a különös jelenségnek, hogy itt a szelektív tagadás után nem egy, hanem két érték marad meg, amelyek azután egymással konjunkcióba lépnek, az a magyarázata, hogy a kiindulópontként vett, vagyis elsőként tagadott konjunkció, az említett 18. § csak látszatra konjunkció; a látszólagos konjunkció második tagja voltaképpen az első tag részleges tagadása már.)

Az itt tárgyaltak kísértésbe ejtenek, hogy kissé bővebben foglalkozzunk a törvényalkotási technika idevágó jelenségeinek elemzésével. E csábításnak azonban ellen kell állnunk, mert túl messzire vinne célkitűzéseinktől. Csak egy vonatkozásban érezzük annak szükségét, hogy e magunk számára állított korlátot túllépjük ama tétel tekintetében, hogy a kivételt szoroson kell értelmezni, vagyis megszorító értelmezésnek van helye, valahányszor kivétellel találkozunk.

VILÁGHY MIKLÓS<sup>7</sup> az ún. megszorító értelmezés kapcsán azt a szabályt, hogy a kivételt általában szoroson kell értelmezni, igen szellemes módon úgy magyarázza, hogy a kivétel esetére megállapított rendelkezés nem alkalmazható akkor, amikor a konkrét eset tényállása nem illik bele a kivétellel kapcsolatos szűkebb tényállásba, bár a főszabályra vonatkozó szélesebb tényállásba beleillik. VILÁGHYnak kétségtelenül teljesen igaza van abban, hogy logikai kíváncsalmként állítja fel a követelményt, miszerint mindegyik szabály csak a vele kapcsolatos tényállásokra alkalmaztassék. Kérdéses azonban, vajon általában így szokás-e érteni a kivétel szoros értelmezéséről szóló szabályt, és további kérdés, hogy VILÁGHY magyarázatának elfogadása esetén helyesen tükrözi-e a valóságot a „megszorító értelmezés” vagy egy ehhez hasonló kitétel. Úgy hisszük, hogy egyik kérdésre sem adhatunk igenlő választ.

<sup>7</sup> Világhy Miklós *Polgári jog I: Általános rész* (1955), 126. o.

Az első kérdésre azért nem, mert a közfelfogás általában más értelmet ad a kivétel szoros értelmezésének, jelesül azt, hogy amennyiben egyszer már kiléptünk a főszabály kereteiből és ezt a rendkívülinek érzett lépést egyszer már megtettük, maradjunk ennek tudatában, legyünk a továbbiakban nagyon szerények, nehogy egy továbbmenő rendkívüli lépést vétsünk. Vagyis becsüljük meg az egyszeri kegyet, éljünk módjával vele, amúgy is sok fáradságba került, amíg ezt az engedményt kiharcoltuk a jogalkotótól. Mintha a római jognak a *jus singulare*val kapcsolatos felfogása kísértene itt, ez a PAULUS-fragmentum: „*Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*” (D.1,3,16). Ehhez véljük csatlakoztatandónak ugyanezen titulus ugyancsak PAULUS-tól eredő fragmentumát: „*Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*” (Amihez még hozzáfűznők JULIANUS-nak ugyanezen titulus 20. fragmentumában foglalt bölcs megjegyzését: „*Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.*”)

Az is lehetséges persze, hogy valamely szabálynak kivétellel való áttörése eredetileg erős ellenállásba ütközött, és kemény harcra volt szükség, hogy az ellenkezés lebírható legyen. Ha azonban a kivétel egyszer már áttörte az addigi szabályrendszert, új szabályrendszerrel állunk szemben, amelyet aligha érint keletkezésének a historikumja. Az új szabályrendszer szükségképpen teljes érvényű, és annak keretében nem különböztethetők meg erősebb és gyengébb szabályok. Éppen ezért kevésbé szerencsés az ezzel kapcsolatban használt ‘főszabály’ megjelölés. Mellesleg szólva még az sem állítható, hogy az elbírálásra kerülő esetek többsége „főszabály” alá esnék, és csak kisebb részük minősülne kivételnek. Erre nincs statisztika, nem is igen lehet. Nem egy vonatkozásban azonban eléggé köztudott, hogy az esetek nagyobbik része „kivételnek” minősül. Akárhányszor az is előfordul, hogy a „főszabály” áttörése után nyomban megmutatkozik, miszerint az esetek valószínű többsége kikerült a főszabály köréből. Számunkra ez annál is kevésbé meglepő, mert tisztában vagyunk azzal, hogy a kivétel-konstrukció csak egyik módja a vonatkozó új szabályozás kifejezésének, és pedig olyan módja, amely semmivel sem súlyosabb a lehetséges egyéb kifejezési módoknál, az alkalmazható transzformációknál. Ha pedig a probléma magvának félreértéséből oly téves nézetek keletkeznek, amelyek az új rendezés historikumának is valaminő szerepet óhajtanak biztosítani, úgy az ilyen tévedések ellen fel kell venni a harcot, és ebben nem csekély segítséget jelenthet a kivétel-szerkezet stuktúrájának helyes felismerése.

Az a további kérdés, hogy helyes-e az adott vonatkozásban a „megszorító értelmezés” kitétele, első pillantásra is nemleges választ kíván.

Az e jelölésben szereplő megszorítást a jogászok nem értik úgy, miszerint azt kívánná csupán jelezni, hogy az értelmezés maradjon meg a maga legitim keretei között az ún. kivételek értelmezésénél. Ez annyira természetes és általános követelmény, hogy külön fel sem említendő, és ha mégis felemlítik —

éppen az ún. kivétellel kapcsolatban —, úgy ennek egészen más értelme van, és így helyes megjelölésnek semmiképpen sem tekinthető.

A megszorító értelmezés, amint ez köztudomású, ama fogalompár egyik tagja, amelynek másik tagja az ún. kiterjesztő értelmezés. Ha figyelembe vesszük, hogy a fikciós szerkezettel történő tevékenységet is a kiterjesztő értelmezés körébe szokás vonni, azt tartván, hogy a fikció segítségével a régebbi szabályozás most már olyan esetekre is kiterjed, amelyekre azelőtt nem vonatkozott, nyilvánvalóvá válik, hogy mit kell ennek kapcsán a „megszorító értelmezés” kitétlen érteni. E primitív szemléletből eredő tévedés felszámolására is alkalmas ama felismerés tudatosítása, hogy minden fikció átalakítható kivétel-szerkezetté, és minden kivétel-szerkezet fikcióvá: az eredeti állítás fikciós kiterjesztése azonos az eredeti ítélet teljes terjedelmű tagadásának (ellentétének) kivétellel történő megszorításával. A „megszorító” és „kiterjesztő” kitételek valójában nem is az értelmezés módjára vonatkoznak, hanem az előbbi állapottal való összehasonlítás eredményét kívánják kifejezésre juttatni, abból a kezdetleges felfogásból indulván ki, hogy a régi szabályozás (ítélet, fogalom stb.) változatlanul megmaradt, csak éppen vonatkozási köre szűkült össze vagy tágult ki. A helyes felfogás szerint csak egyféle értelmezés lehetséges: a hűséges értelmezés — ezt kell igyekeznünk a lehetőség határáig megközelíteni; s ugyanez adódik egyébként a „törvényesség” kívánalmából is.

Az előzőekből nem vonható le az a következtetés, mintha a fikciós szerkezetnek mindenkor egy előző jogi szabályozáshoz kellene kapcsolódnia. Csak az szükséges, hogy egy előbbi ítélethez (ítéletrendszerhez) fűződjék. Így az 1939. évi IV. tc., amikor mindjárt bevezetőjében megállapítja, hogy ki az, aki „zsidónak tekintendő”, nem a zsidókra vonatkozó korábbi, hatályában már rég megszűnt jogi szabályozáshoz fűződik, hanem a „zsidó” fogalmának akkori bizonytalan, változatos, zavaros, semmiképpen sem egységes megállapításaihoz. A maga fogalmának kialakításához aztán különböző mozzanatokat kölcsönöz a köztudatban élő különféle határozatlan változatokból, amelyeket a maga módján illeszt össze, egészít ki a maga új fogalmává, közben a legváltozatosabban alkalmazván a fikciós technikát, a kivétel-konstrukciót s az egyéb transzformációs lehetőségeket is a fogalom különféle összetevőivel és vonatkozásaival kapcsolatban. Ha a vonatkozó rendelkezéseket csupán mint kodifikációs alkotást vizsgáljuk, határozottan állíthatjuk, hogy nincsen még egy törvényünk, amely aránylag kevés szakaszban ennyi zűrzavart, ennyi súlyos logikai ellentmondást tartalmazna, és amely éppen ezért ennyi egymásnak szögesen ellenmondó értelmezésnek nyitott volna teret. Ennek okát azonban nemcsak a kodifikátorok hiányos képzettségében és képességeik gyenge voltában kell keresnünk, hanem jórészt abban a körülményben is, hogy fikciókat, alfikciókat, kivételeket és alkivételeket (stb.) oly nagy tömegben alkalmazták kifejezési eszközként, hogy még akkor is elvesztették volna felettük az uralmat, ha egyébként tisztában is lettek volna az



általuk alkalmazott kifejezési eszközök természetével. (Ha a fikció témájának monografikus feldolgozását tettük volna meg feladatunkká, hosszasan kellene időznünk e törvény egyes rendelkezéseinél, e rendelkezések összefüggéseinél, későbbi értelmezéseinél, mert a fikció és transzformációi tanulmányozására változatosabb és bőségesebb anyagot ily zsúfoltságban nemigen találunk máshol; ugyanez az anyag ritka szemléletességgel tárja fel, hogy milyen képtelen eredményekre vezet, ha a kifejezési lehetőségeket azok összefüggéseinek ismerete nélkül, afféle félművelt ösztönösséggel használják.)

Az eddig bemutatott transzformációk a fikció jelentőségének és helyének megállapítása szempontjából bizonyos eredményeket feltártak. Ezeket az eredményeket valószínűleg szaporítaná, ha további transzformációkat (például a taxációt, az előző állapotra figyelemmel nem lévő újrafogalmazást, stb.) is elemzés alá vennők. Minthogy azonban az elérhető eredménytöbblet nem állna arányban azzal a fáradsággal, amelyet evégből az olvasónak okoznunk kellene, ezt inkább mellőzzük.

#### 4.

Minek tekinti a szakirodalom a fikciót? A vonatkozó nézetek nagyjából három csoportra bonthatók.

Az első csoportba tartozók valamiféle hasznos misztikumnak („van, de nincs”) tekintik. A második csoportba eső nézetek rövidítésnek (rövidített kifejezésmódnak) tartják, és egyébként nem tulajdonítanak néki jelentőséget. A harmadik csoportba sorolható nézetet — tudunkkal — ez idő szerint magunk képviseljük.

E felosztás a gyakorlatban nem valósul meg élesen. Az első csoport megnyilatkozásait nemegyszer tarkítják oly jelenségek, amelyekből arra lehet következtetni, hogy koronként közeledés történik a második csoport nézetéhez, és a második csoportba tartozó nézeteknél is nemegyszer olyan árnyalatokat találunk, amelyek a primitívebb szemléletbe való visszaesést látszanak feltüntetni, de olyanokat is, amelyek haladottabb nézetek felé mutatnak.

A rómaiak bármily természetesnek tartották is a fikciók használatát, bármilyen bőven alkottak is fikciókat, magát a fikciót külön elmélkedés tárgyává sohasem tették. Azért náluk is található itt-ott egyes olyan megnyilvánulások, amelyek háttereként valamilyen homályos elgondolás bontakoztatható ki; egyéni felfogás dolga, hogy azt, amit így kiolvasni vélünk, a fikcióról való nézetüknek tekintjük-e.

Így például azt lehetne állítani egy, a klasszikus korszakból származó, CELSUSTól vett fragmentum (*D,6,1,38*) szóhasználata alapján, hogy a rómaiak abban az időben nem csupán a valóságnak nyilván meg nem felelő feltevéseket tekintették fikciónak, hanem **á l t a l á b a n m i n d e n f e l t e v é s t**. CELSUS ugyanis a mondott helyen azt a nézetet hangoztatván, hogy az idegen telken

jóhiszemben történt építkezés esetén a jó bíró a személyi körülményekhez képest különbözőképpen ítélezhet, ennek megvilágításánál három példát is felhoz: az elsőben arról az esetről van szó, hogy a tulajdonos ugyanígy cselekedett volna; a másodikban a tulajdonost oly szegénynek teszi fel, hogy a megtérítési igény tönkremenetelét jelentené; a harmadikban az lesz a feltevés, hogy a tulajdonos rövidesen eladja a vonatkozó telket. Mindhárom esetben más és más lesz a döntés. Mindhárom esetet a „*fingere*” szóval vezeti be CELSUS.

A VI. század elején hozott egyik császári törvény érvénytelennek minősíti bizonyos ingatlanoknak eretnekekre történő átruházását, tekintet nélkül arra, hogy az vajon valóságos vagy fiktív („*vera vel fictitia*”) adásvétellel, avagy esetleg más jogcímen történt. (C.1,5,10). Itt már élesen mutatkozik a valóságos és fiktív — a kizáró vagylagosságnak megfelelő — azon szembeállítása, amely utóbb azután annyira lenyűgözte, annyi tévedésbe vitte a fikcióval foglalkozókat.

Vagy hivatkozni lehetne JUSTINIANUS egyes törvényeire (például *Cod.*5,12,30,8,54,37, valamint 6,4,4), amelyekben bizonyos konkrét rendelkezések kapcsán szinte elvi éllel fordul szembe régi fikciós szerkezetekkel, mintha minden fikcióval egyszer s mindenkorra végezni akarna, felismervén azok haszontalan, káros voltát. (Ez nem volt akadály a annak, hogy kompilátorai ne vegyenek fel nagy számban fikciókat tartalmazó fragmentumokat a *Digestába*, de még csak annak sem, hogy alkalmilag maga is ne alkalmazzon saját konstitúciójában fikciót.)

Nézetünk szerint mindaz, amit ma a fikcióról való római felfogásnak vélünk, csak a magunk nézete, amit visszavetítünk e korba anélkül, hogy módunk volna akár csak megközelítőleg is megállapítani, miként tükröződhetek a mi elgondolásaink a régiek tudatában. Bizonyosságként talán csak annyit állapíthatunk meg, hogy a ‘fikció’ elnevezést a rómaiak alkották meg; és hozzátehetjük: maga az elnevezés is mutatja, mennyire meglehetősen kezdetleges, egyoldalú felfogással éltek e tekintetben. A ‘fikció’ elnevezéssel egy jelenségsoportot véltek jellemezni és egyszersmind elkülöníthetni. Ez azonban igen kifogásolható módon történt; ami azután mintegy szuggerálta a „fikció és valóság” fogalompár kialakulását, mintha itt két abszolútum állana egymással szemközt.

Az első traktátusban részletesen kimutattuk, hogy minden fogalmunk (ítéletünk stb.) absztrahálás eredménye, absztrakció, vagy ha úgy tetszik, fikció is — az általunk kifejtett értelemben. Az olyan elnevezések, amelyek eredetileg alapvetően téves felfogáson alapulnak, más tudományágakban is elég gyakoriak. Az idő haladtával azután helyessé válik az eredetileg téves felfogás, az abból sarjadt elnevezés azonban továbbra is megmarad. Így, amikor a matematikusok a számok bizonyos csoportját a „negatív”, másik csoportját az „imaginárius” jelzővel illették, téves elgondolásokból indultak ki. Az eredeti elgondolásokat azóta régen felváltotta a helyesebb felfogás, az elnevezés azonban megmaradt műszóként, anélkül, hogy most már bármiféle zavart okozna. A ‘fikció’ megjelöléssel más a helyzet. Itt a tévedést ugyan kikezdték már egyes újabb

meggondolások, anélkül azonban, hogy a tévedést keletkeztető régi szemléletet egy újabb (haladottabb) szemlélet váltotta volna fel. Így tehát a régi elnevezés szuggesztiója továbbra is hat.

A glosszátorok és a posztglosszátorok sem fejlesztettek ki külön elméletet a fikcióról, inkább a források fikciós kazuisztikájának kezelése során jutottak újabb, általában kevésbé értékes eredményekhez; leginkább még a *traditio ficta* tárgyalásával kapcsolatosan megnyilvánuló nézeteik érdemelnek figyelmet. Már az általuk a fikció fennforgását kifejező jelzők is bizonyos tekintetben a látókör némi szélesedésére mutatnak. Így BALDUS a *ficta traditio* mellett az *intellectualis traditio* és a *praesumpta traditio* kitételt is használja. Egyes posztglosszátoroknál arról is szó van, hogy *traditio ficta* útján a birtok „*artificialiter*” (vagy „*artificiose*”) szereztetik meg. ANGELUS DE UBALDIS egy ízben „*actus imaginarius*” jelöléssel illeti e módját az átadásnak. Sokan a „*quasi traditio*” megjelölést használják. A posztglosszátorok szerint *quasi traditio* esete forog fenn a D.12,1,15 alatti ULPIANUS-fragmentum, valamint a 24,1,3 alatti PAULUS-hely esetében is. Azonos vele a *patientia*, amely SALYCETUS szerint „*fictio juris civilis*”; BALDUS szerint itt a fikció „*in modo tradendi*” mutatkozik meg.

A *brevi manu traditio*val a glosszátorok még nem tudtak mit kezdeni; a posztglosszátoroknál már mint *traditio ficta* szerepel. Később a jelképes aktusokat is a *traditio ficta* körébe sorolták.

A régebbi nézeteket meglehetősen átítatja a misztikum. A *fictio* tényében (és különösen funkciójában, hatásában) misztikumot látnak, és nem véletlen, hogy a *persona ficta* elnevezéssel egyenértékűnek tekintik a *persona mystica* jelölést.

Azt hihetnők, hogy SAVIGNY józan szemlélete és DEMELIUS 1858-ban megjelent híres monográfiája után a misztikus szemléletnek el kellett volna vesztenie a talajt maga alól. Nem így történt. Még az eredeti ötletekben annyira gazdag és oly éles kritikai érzéssel rendelkező JHERING is, aki pedig SAVIGNY rövid meghatározását teljes egészében magáévá teszi — DEMELIUSszal szemben, aki valójában csak következetes kidolgozója SAVIGNY felfogásának — durva támadásra ragadtatja magát. JHERING szerint SAVIGNY kevés szóval kimerítette a fikció lényegét („*das wahre Wesen*”)<sup>8</sup>, amikor a *Vom Beruf* 3. kiadásának 32. oldalán olvashatóan a következőket mondja:

„*Entstehet eine neue Rechtsform, so wird die selbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet. Dieses ist der Begriff der Fiction, für die Entwicklung des römischen Rechts höchst wichtig und von den Neuern oft lächerlich verkannt.*“<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Jhering *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* III/1 (1877), 293. o.

<sup>9</sup> A nálunk közkézen forgó utánnomásokban e hely a 19. oldalon található. Meg kell jegyeznünk, hogy SAVIGNY idézett helyen a fikciót távolról sem *ex asse* kívánja tárgyalni. E téma úgy kerül itt szóba, hogy ezt megelőzően megállapítja: Rómát az az eleven politikai érzék tette naggyá, amellyel e nép mindenkor kész volt alkotmányát oly módon megújítani, hogy az csupán a régi fejlesztésére szolgáljon, mert helyes arányban állottak a maradás és a haladás erői. Ez az érzék volt hatékony mind a polgári jog, mind pedig az alkotmány területén, az alkotmány

Az a kilenc oldal, amelyen keresztül a *Geist* 58. §-a a fikció kérdését taglalja, a szellemesnél szellemesebb meglátások mellett azokkal össze nem egyeztethető tévedéseket is tartalmaz, amelyek magyarázatául JHERING túltengő temperamentuma mellett figyelembe kell vennünk azt a szinte megszállottságnak mondható állapotot is, amellyel JHERINGen a célgondolat már akkor eluralkodott. Bármilyen tisztán látja is különben, hogy a fikció technikai forma, eljárási mód, nem képes eljutni odáig, hogy olyan kifejezési formát lásson benne, amely mással is helyettesíthető. Ezért rúgta neki DEMELIUSnak is, amiért ez nem csupán ott lát fikciót, ahol a régi tételes jogi rendezés helyébe újabb rendezés lép, és pedig éppen fingáló folyamattal kifejezve, hanem ott is, ahol valamely törvény helyzetazonosságot [*Gleichstellung*] teremt, ahogyan például a *lex de arrogatione* az arrogált gyermeket a természetes gyermek helyzetébe hozza. JHERING szerint „*nicht jede Gleichstellung ist eine Fiction*”. Szerinte a fikció tartalmaz ugyan *Gleichstellung*-elemet, ez azonban nem jellemzője a fikciónak: a fikcióra az az alakzat jellemző, amelyben a *Gleichstellung*ot közvetíti, valamint az a cél, amelynek kedvéért ezt megteszi. Ezek szerint a fikcióra az jellemző, hogy nem akként tágítja ki a jogszabályt, hogy a tényállás, amelyre ki akarjuk terjeszteni, ebben helyet foglalhasson, hanem megfordítva: a tényállást erőszakos módon úgy alakítja, hogy a jogszabályba beleférjen, s a jogász képzőerőtől kívánja, hogy a tényállást más alakban gondolja el, és a jogtétel kiterjesztését ezzel elfedi. Minthogy pedig a *lex de arrogatione* nem így jár el, hanem csupán utal a természetes gyermek jogállására ahelyett, hogy azt részleteiben megszabná, ez — JHERING szerint — nem más, mint az alkalmazandó jogelvek rövidített formában történő megfogalmazása, egyszerűen utalás, azonban semmi esetre sem fikció. Ilyen utalások a törvényekben is, magánosok jogügyleteiben is akárhányszor feltalálhatók, de technikai jelentőségre nem tarthatnak igényt.

JHERING így aztán persze mindjárt önmagával is összeütközésbe kerül, amikor megengedi, hogy egyes esetekben előfordulhatott, hogy például a *restitutio natalium* úgy közöltetett az érdekelt személlyel, mintha a hiányzó szabad születés, vagy a *jus liberorum* esetében a hiányzó gyermekek fingáltatnának.

Ugyancsak nem tekinti fikciónak azt a tant sem, amely szerint a jogi személy „létezése” nem természetes léten nyugszik, hanem fikción, csak hogy ennek nem az a célja, hogy megkönnyítse egy új jogtételnek az eddigi joghoz való fűzését, hanem csak az, hogy megkönnyítse a jogász elképzelést. Nincsen tehát

---

területén azonban már a köztársaság vége felé ez az érzék elhalt, míg a polgári jog területén még évszázadokig működött. Így a polgári jogban is megmutatkozott a rómaiaknak az az általános jellemvonása, hogy a hagyományoshoz ragaszkodnak, ám anélkül, hogy e ragaszkodás megkötné a kezüket, ha a régi nézet egy újabb, a népet átfogó [*volksmäßig herrschend*] nézetnek már nem felelt meg. Ezért a rómaiak története a klasszikus korszakig mindenütt fokozatos, teljesen organikus fejlődést mutat. E z u t á n következik az idézett rész, mely ugyanabban a mondatban példákat is sorol fel, párhuzamba állítván a *bonorum possessio*, a *Publiciana actio*, az *actiones utiles* intézményeit a *hereditas*, a *rei vindicatio* és az *actiones directae* intézményeivel. Amikor tehát SAVIGNY itt a fikcióval foglalkozik, ezzel voltaképpen ismeretes felfogását példázza a jog népi (és egyben szerves) eredetéről és fejlődéséről. (A fikcióval egyébként a jogi személy fogalmával kapcsolatban is foglalkozik SAVIGNY.)

történeti, hanem csakis dogmatikai funkciója. Úgy hiszem, a már korábban kifejtettek alapján könnyűszerrel megállapítható, hogy JHERING rossz útra tévedt e megkülönböztetésekkel: DEMELIUSnak igaza van, és a történeti és dogmatikai funkciók megkülönböztetése meddő marad, akár logikai, akár jogász szempontról nézzük is e kérdést.

Viszont nagyon találó meglátása, hogy JHERINGnek, amikor a fikciókhoz sorolja a színlelt ügyleteket, megállapítván, hogy amit az ily ügylet a cselekvés hosszadalmasabb útján ér el, azt a történeti fikció eléri a gondolat rövidebb útján; mindenesetre tény, hogy mindkét esetben erőszak történik a tényálláson. (Az előzőekben már volt alkalmunk kifejteni, hogy mennyire téves elgondoláson alapszik a jogszabály néven ismeretes absztrakciórendszer ilyen kettészakítása tényállási és joghatási absztrakciókra.) JHERINGnek egyik komoly tévedése kétségtelenül erre vezetendő vissza: ez az, ami nem engedte meg felismernie, hogy a fikció egyike a lehető kifejezési formáknak. Egy másik, hatásaiban le nem becslendő tévedése JHERINGnek, amikor a fikciót *Notlüge*-nek mondja, s ezzel nagy tekintélye folytán maga is alátámasztja, megerősíti azon hiedelmet, mintha a fikciónak köze lenne a hazugsághoz; ezzel is újabb tápot nyújtván ama ferde nézetnek, amely a fikció természetét a „hazugság és valóság” fogalompár égisze alatt véli felderíthetőnek. Mert e felfogás az, amely unos-untalan visszatér a fikció tárgyalásakor a szakírók hosszú soránál. A fikció lenne az a titokzatos eszköz, amely képes arra, hogy a valótlaniságot közérthető módon hasznossá tegye, s így voltaképpen legközelebbi rokona a *pia fraus* volna. Ezek szerint a fikciónál valót valótlanoknak, és ugyanakkor valótlan valónak veszünk — illetve létezőt nem létezőnek, nem létezőt pedig létezőnek —; mindezt pedig azért, hogy valamilyen kívánatos célt elérjünk, amelyet másképpen csak nehezen (vagy sehogyan sem) érhetnénk el...

Egyik oldalhajtása ezen elgondolásnak az a közkeletű tény, hogy a ‘fikció’ megjelölést ma is sokszor egyszerűen a valótlaniság kifejezésére használják, és a hazugságnál valamivel udvariasabb kitételnek tekintik. (Akárhányszor olvashatunk még tudományos művekben is oly megállapítást, amely szerint ez vagy az az állítás „merő fikció”, „tisztán fikció”, és így tovább.) E felfogás persze nem tegnapról mára alakult ki: hosszú időre volt szükség, amíg oly mélyre ereszhette gyökerét a tézis, amely a fikciót a valótlan állítással azonosítja.

Már ALCIATUS (*Parergon juris, lib. VI., cap. 1.*) így határozza meg a fikciót: „*fictio est legis adversus veritatem in re possibili atque ex justa causa dispositio.*”

A Francia Akadémia nagyszótárában (több, mint másfél évszázaddal ezelőtt) a következő, igen világos meghatározások olvashatók:

„*Fiction n. Invention fabuleuse. Fiction poétique. Ce poème est rempli de belles fictions. Il y a des fictions qui touchent plus que la vérité. La fiction est quelquefois plus agréable que la vérité même.*”

*Il se prend aussi pour mensonge, dissimulation, déguisement de la vérité. Il m'a dit telle chose, mais c'est une pure fiction. Je vous parle sans fiction.*

*Fiction de Droit. Terme de Jurisprudence. C'est une fiction introduite ou autorisée par la loi en faveur de quelqu'un. Il y en a plusieurs dans le droit Romain. Parmi nous, l'ameublissement que l'on fait par contrat de mariage de partie des immeubles de la femme pour le faire entrer en communauté, est une fiction de Droit”<sup>10</sup>*

Az egyik közismert filozófiai szótárban a következőket találjuk:

*„Fiktion (fictio, Erdichtung; 'fictiones juris', Rechtsfiktionen) bedeutet methodologisch eine Annahme die wir zu bestimmten (theoretischem oder praktischem) Zwecke machen, wobei wir von der Unwahrscheinlichkeit, ja meistens Unwirklichkeit oder gar Unmöglichkeit des Fingierten überzeugt sind. Die (als solche bewusste) Fiktion ist die phantasiemässig-gedankliche Auffassung eines Seins, Geschehens, eines Verhältnisses, als ob es so wäre, wie wir es uns zurechtlegen, vorstellen, denken, um es besser begreifen, berechnen, vereinheitlichen, einordnen, und damit besser operieren, es besser geistig beherrschen zu können. Die Fiktion stimmt mit der Wirklichkeit nicht überein, weicht von ihr ab, verfälscht sie zum Teil, teils durch »Zusätze«, teils durch Abstraktion, Elimination, Isolierung, Idealisierung, Verabsolutierung, Verdinglichung u. dgl. Gleichwohl ist die (berechtigte, bedürfnisgemässe, methodische) Fiktion oft zweckmässig, sie ist ein »Kunstgriff« des Geistes, mittels dessen er das Erkennen und Handeln fördert. In der Rechtswissenschaft, Ethik, Mathematik, Physik usw. spielt die Fiktion eine nicht geringe Rolle, und es ist erkenntnis-theoretisch von Wichtigkeit, einzusehen, dass eine Reihe von Begriffen, die wir direkt auf eine Wirklichkeit beziehen, eigentlich nur Fiktionen sind, wie auch manches, was als verifizierbare Hypothese oder Theorie gilt, eigentlich nur als Fiktion berechtigt ist...”<sup>11</sup>*

Állíthatjuk-e e megállapításokról egyszerűen azt, hogy helytelenek? Semmiképpen sem, mert hiszen mindegyikben van egy kis adag igazság is. Igaz viszont, hogy ez az igazság vajmi kevés hasznos megismerést nyújt, mert egészen a felszínen mozog, a fontosabb mozzanatokat még csak nem is érinti. Ahogyan az emberről is vajmi keveset mond az a meghatározás, hogy kétlábú, tollatlan állat. Amiben talán a legértékesebb sejtetés az „állat“ kitételben nyer jelzést. A fikció eme meghatározásainál az értékes mozzanat, amely azonban nem jut el a tudatos

<sup>10</sup> Dictionnaire de l'Académie Française (Paris: L'an VII de la République), 582. o.

<sup>11</sup> Eisler Handwörterbuch der Philosophie hrsg. R. Müller Freienfels (1922), 215. o. (Kiemelés – Halász Aladártól.)

felismerésig, abban a sejtelemben lappang, hogy a fikció nem tükrözi híven a valóságot — tehát az egyszerű tagadásban. Ha meggondoljuk, hogy az absztrakció természetéhez szükségképpen hozzátartozik, hogy csupán egy (vagy kevészámú) vonást vesz figyelembe, a többit pedig mellőzi, a fikció előbb említett sajátága közvetlenül utal az absztrakcióra, melynek — felfogásunk szerint — egyik egyenértékű kifejezőmódja; éspedig akként, hogy az absztraháló folyamat a fikciónál nem jut el a teljes befejezésig, de mégis kivehetően jelzi azt — úgy, hogy bárki által forma szerint is befejezhető, ahogyan a hasonlatból is bárki megszerkesztheti a metaforát. (És hány metaforából lett utóbb olyan önmagában lezártnak vett „fogalom”, melynek eredetét sokan még csak nem is sejtik? Hogy példát mondjunk: hány embernek jut eszébe, hogy a latin *‘lupanar’* szónál arra gondoljon, hogy itt eredetileg hasonlatról volt szó, mely később metaforaként megrögzült, és valamikor nőstényfarkasok együttesének elképzelését kívánta felidézni?)

De túlságosan keveset mond az a — későbbi keletű — megállapítás is, amely rövidítést lát a jogi, illetve törvényi fikcióban, mint JOSEPH UNGER („*eine abkürzende Formel, mittels deren ein bestimmtes rechtliches Wollen sich ausdrückt*”), vagy SOMLÓ BÓDOG („*sprachliche Metaphern, Redewendungen, terminologische Bequemlichkeiten, nicht aber wirkliche Fiktionen*”), avagy HANS KELSEN („*eine abbrevierende Ausdrucksweise*”). (KELSEN nézetére egyébként még kénytelenek leszünk visszatérni.)

Ezek a szerzők közel járnak a helyes felismeréshez, de szinte közvetlenül a helyes eredmény elérése előtt mellékvágányra térnek, mikor a fikcióval elérhető rövidséget csupán abban látják, hogy nem kell újból felsorolni, részletezni azokat a különböző joghatásokat, amelyek az alaptényállásra már ki vannak dolgozva. Az a rövidítés, amely a fikció révén történik, ennél jóval fontosabb, mert a struktúrát feltáró mozzanatokat is tartalmaz. A legközelebb fekvő ezek között az, hogy a fikció voltaképpen rövidített hasonlat: a hasonlat részletes kidolgozása az, ami a „rövidítés” folytán elmarad. Ezt nyilván az a körülmény fedi el szemünk előtt, hogy a „rövidítés” kitételt abszolútumként használják, és feleslegesnek tartják annak kifejtését, hogy mi is az, amit valójában megrövidít a fikció. Ha e kérdést felvetik maguknak, úgy az első válasz aligha lehet más, mint ez. De ha továbbmegyünk, még mélyebbre ásva, nyilvánvalóvá lesz, hogy a fikció rövidítésmódja ugyanaz, mint az absztrakcióé, és ez annál is kevésbé meglepő, minthogy a fikció nem más, mint absztrakció, mégpedig *in statu nascendi*.

Az absztrakciós kifejezésnek a kezelésnél megmutatkozó legfőbb előnye nem is az, hogy rövidebben — kevesebb szóval — fejezhetjük ki magunkat, hiszen ezt akárhányszor azzal is elérhetjük (és el is érjük), hogy a fikció helyett valamilyen taxációt alkalmazunk. A kezelhetőségben mutatkozó előny inkább más természetű: az elgondolás számára bár primitívebb, de mégis plasztikusabb képet nyerünk, és ez az, ami nagyjából megkönnyíteni látszik az anyaggal való bánást; ugyanakkor — éppen plasztikusabb voltánál

fogva — emlékezetünkben is könnyebben megragadva inkább alkalmas arra, hogy együtt tartsa azokat a mozzanatok, amelyeket együvé tartozónak vélünk. E könnyebbségért azonban komoly árat kell fizetni: a fikció szerkesztője, — s legtöbbször használója is — megelégszik a plasztikusnak tetsző ismérvvvel (ismérvekkel), mellőzi a hasonlóságok és nem hasonlóságok szigorúbb végiggondolását, ennek eredménye pedig az, hogy a már eredetileg is elmosódott körvonalak mihamar zavaros összevisszaságra, többértelműségekre vezethetnek (és vezetnek).

Itt még az a körülmény is közrejátszik a zavar előidézésében, hogy a jogi fikciónál általában azt hiszik, hogy a hasonlóság a hasonló jogszabályozottsággal ki is merül, pedig ez nyilvánvalóan nem áll, mert a többször említett *quartum* keretében szükségképpen kell lenniök bizonyos *tertium*-mozzanatoknak is, amelyek hasonló jogi szabályozottságra vezettek, ha a *quartum*-ban meglévő ezen *tertium*-mozzanatok nem is szembetűnőek. Amikor a büntetőjog nem csupán a gyilkosságot, hanem más „tényállásokat” is halálbüntetéssel sújt, ezek között az első pillantásra annyira különböző tényállások között mégis van hasonlóság (pl. a társadalomra különösen veszélyes voltuk) — ugyanúgy, mint a különböző módokon véghezvitt gyilkosságok között is. (A német büntetőjog minden előre meg nem fontolt emberölést *Totschlag* elnevezéssel foglalja össze, figyelem nélkül arra, vajon a véghezvitelnél szerepelt-e „ütés”, vagy sem.)

A logikai szempontból figyelemreméltó — mert struktúrát jelentő — rövidítés ugyanaz, mint amit fogalmaink kialakításánál is alkalmazunk. Nem különbözik ettől az a rövidítésmód sem, amit például a természeti törvények kifejezésénél veszünk igénybe. Más lapra tartozik, hogy az alkalmazott szempontok nem állandóak, időről-időre változhatnak (és változnak) is.

Arról sem szabad megfeledkeznünk, hogy mind a tényállási, mind a joghatási rész tele van tűzdelve a legkülönfélébb fikciókkal (absztrakciókkal), de áll ez egymásközti vonatkozásaikra is a legváltozatosabb módon. Vegyük például a svájci polgári törvénykönyv 1. §-ának második bekezdését, amely arról rendelkezik, mit tegyen a bíró, ha sem a törvényben, sem pedig a szokásjogban nem talál az esetre illő rendelkezést: „*soll der Richter [...] nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.*” Itt nyilvánvalóan fikcióval van dolgunk: a bíró ítélkezzék akként, mintha törvényhozó lenne, s e minőségében kellene az eset típusának megfelelő ügyek halmazára absztrakt jogszabályt alkotnia. Miképpen magyarázza ezt a törvényhelyet HOMBERGER?<sup>12</sup>

*„Er soll also nicht nur gerade die für den vorliegenden Tatbestand geeignete Lösung finden, sondern grundsätzlich vorgehen, d. h. den Rechtssatz wählen, der auch zur Entscheidung gleichgearteter Fälle geeignet wäre. Er soll, wie es der Gesetzgeber tut, nicht nur die zunächstliegenden Interessen berücksichtigen, sondern*

<sup>12</sup> A. Homberger *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Zürich 1942), 23. o.



*insbesondere auch diejenigen der Allgemeinheit [...]. Das will sagen, dass er nicht nach rein subjektiven Momenten, nach eigener persönlicher Einstellung vorgehen soll, sondern den Rechtssatz zu finden hat, der sich nach allgemeiner Lehre und nach der geschichtlichen Entwicklung rechtfertigen lässt, und der sich harmonisch einfügt in das Recht, wie es geworden ist und wie es besteht.“*

E fikcióban tehát sok minden rejlik: mindaz, amit a törvényhozótól elvárunk, s amiből vajmi keveset említ HOMBERGER. Mert nem említi például azt a kiemelkedő fontosságú mozzanatot, hogy a törvényhely szerint az eset eldöntésénél alkalmazandó — előbb a bíró által kialakítandó — jogszabálynak az uralkodó osztály érdekeit kell szolgálnia, ami adott alkalommal azt is jelentheti, hogy esetleg éppen az uralkodó osztály egyik prominens tagjának hátrányára mutatkozik eldöntendőnek a konkrét per.<sup>13</sup>

Nem szenvedhet semminő kétséget, hogy az idézett törvényhely fikciót tartalmaz, mégpedig „jogi” fikciót. És ha a bíró egyéb jogszabály hiányában például akként döntené el az előtte tárgyalt pert, amely kedvez bár az uralkodó osztály perben álló tagjának, de ugyanakkor sérti az uralkodó osztály érdekét, a fellebbezési bíróság az ítéletet azzal az indokolással fogja megváltoztatni, hogy a bíró által kialakított és alkalmazott jogszabály helytelen, mert a bíró nem tartotta be a fikció által előírt módot, nem úgy járt el, mint ahogyan eljárta volna, ha ő maga a törvényhozó.

Joghatás-fikcióról van itt szó? Kétségtelenül nem, legalábbis nem a szokott értelemben. Itt elsősorban a bíró magatartásának elbírálása kerül tekintetbe, éppúgy, mint a fiktív (ún. utánképzett) ügyletek elbírálásánál. Mert az emancipációs eladások sem „igazi” eladások, lévén a vételár ebben az esetben a szokásostól erősen eltérően nem az eladott fiú „igazi” értéke [*verum pretium*]. A háromszori „eladás” csupán fikció, ahol a hasonlóság megvan ugyan a joghatásban (*filius a patre liber esto*), de megvan az on felül — legalábbis részben — a tényállás kialakításában is, amely a mancipációs ügyleti formák legszigorúbb betartása ellenére sem adásvétel valójában, mert attól

<sup>13</sup> Az uralkodó osztály és az uralkodó osztály egyes tagjai között felmerülhető érdekellentét nagyon tanulságos példája a *Senatus Consultum Silanianum*, amellyel a legbehatóbban egy külön Digesta-titulus (29,5) foglalkozik, nem kevesebb, mint 27 fragmentum felsorakoztatásával. Ez az időszámításunk kezdetén hozott *Senatus Consultum Silanianum* egy *dominus* megöletésével kapcsolatban keletkezett, és az iránt rendelkezik, hogy ha az úr gyilkosságnak esik áldozatul, kínvallatás alá vonandók mindazon rabszolgái, akik vele akkor egy tető alatt [*sub eodem tecto*] voltak, és amennyiben az derül ki, hogy nem siettek uruk védelmére, bár ezt — akár életük veszélyeztetése árán — megtehették volna, úgy halállal büntetendők; ha pedig az örökös ezt az eljárást elmulasztja, úgy nem kapja meg az örökséget. (Meg kell még jegyezni, hogy maga a kínvallatás is már többnyire halálbüntetést jelentett a gyakorlatban.) Nem kétséges, hogy az uralkodó osztály ezt a rendelkezést az osztály védelmét hathatósan szolgáló intézkedésnek tekintette, és ezért nagyon is komolyan vette. Különösen, amikor utóbb még a rendelkezés hatályosulásának azon garanciája is megalkottatott, hogy az örökség ily esetben a császári kincstáré lesz. Kézenfekvő, hogy az egyes örökös érdekeivel ez rendszerint ellentétben áll, mert a rabszolgák halála nem csupán az uralkodó osztály érdekében történő elrettentő aktus volt, de ugyanakkor belenyúlt az örökös zsebébe is — annál mélyebbre, minél prominensebb tagja volt az uralkodó osztálynak az elhalt, hiszen annál több volt a rabszolgája. (Nem meglepő tehát, hogy az örökös a fenyegető következmények ellenére is akárhányszor kijátszani igyekezett ezt a rendelkezést.)

nagyon lényegesen különbözik. Amiként a bíró jogalkotása is erősen különbözik számos mozzanatában a törvényhozó jogalkotásától, bármennyire is igyekszik átvenni a törvényhozásnál alkalmazni szokott főbb szempontokat.

Azt hiszem, e példa alkalmas annak tanúsítására, hogy a jogi fikciónál távolról sem oly egyszerű a helyzet, amilyenek egyes írók vélik, és a bonyolultsága ellenére is mutatkozó nehézségeket feloldja az általam kifejtett szemlélet.

Ezen az sem változtat, hogy egyesek a kérdés szempontjából teljesen mellékes mozzanatok alapján a legváltozatosabb különbségtételekkel operálnak a fikciók területén; ide tartozik az a megkülönböztetés is, amelyet némelyek az „igazi” és „nem igazi” fikciók között kívánna tenni. Közelebbről szemügyre véve, e különbségtételek egytől-egyig a semmibe foszlanak. Elsősorban az „igazi” és „nem igazi” közötti különbségtétel. Ehhez legelőbb is p o n t o s a n meg kellene adni a kettő közötti különbséget, amit azonban meg sem kísérelnek. Ha megkísérelnék, nyomban kiderülne, hogy a megkülönböztetésnek semminő komoly (hasznosítható) alapja nincs. Nem is lehet, mert a fikció csupán egyik módja annak az ítéletrendszernek, amely egyéb módokon is egyenértékűen kifejezhető, az érdem márminemű sérelme nélkül.

Tekintsünk HOMBERG meghatározására a fikcióról:<sup>14</sup>

*„Eine Fiktion liegt da vor, wo das Recht eine nicht gegebene Tatsache oder Rechtshandlung als vorhanden annimmt, und diejenige Rechtsfolge eintreten lässt, die bei ihrem Vorhandensein eintreten müsste. Die Fiktion entfaltet ihre Wirkung auch da, wo einwandfrei feststeht, dass der angenommene Tatbestand nicht vorliegt.”*

E meghatározásnak nincsen egyetlen eleme sem, amely ne illenék pontosan az előbb tárgyalt azon fikcióra, amely szerint a bíró saját magát törvényhozónak tartozik tekinteni. JHERING és számos követője szerint ez sem volna igazi fikció, mert csupán utalás. Csak hogy minden fikció utalás — az absztrahálási folyamat mikénti befejezésére, az új fogalom kialakítására. Azonfelül pedig mást nem is tartalmaz, kivéve akkor, ha még az összehasonlítás, illetve az absztraháló folyamat egy részét beleszámítjuk. Ez pedig annyit jelentene, hogy a fikció keletkezési folyamatát is bele kívánjuk vonni magába a fikcióba. Ez az eljárás azonban megengedhetetlen, mert a fogalom megtévesztő eltorzítására vezet, bármily érdekes legyen is egyébként valamely új fogalom keletkezésének története.

Éppen ezért megtévesztőek azok az osztályozások is, amelyek például a historikus fikcióról beszélnek. Ez rámutat ugyan a fikció születésének előzményeire és körülményeire, de maga a fikció fogalma, az absztrakció megértéséhez aligha járul hozzá. Teljesen közömbös ugyanis a s t r u k t ú r a szempontjából, vajon egy évszázados törvény által megszabott rendezéshez fűződik-e a fikcióval is kifejezhető új rendezés, vagy pedig egy olyan rendezéshez, amit a törvény szövegezője (elgondolásainak rendezése

---

<sup>14</sup> Im, 36. o.

eredményeként) akár egy perccel előbb írt csak le. És az is közömbös (miképpen ezt az 1939. évi IV. tc. kapcsán már érintettük), hogy a fikciós szerkezettel történő rendezés (változtatás) egy korábbi jogszabállyal szemben történik-e, vagy esetleg egy korábbi „köztudattal” szemben. Fontos csupán annyi, hogy valami korábbihoz (már meglévőhöz) történjék ez a sajátos kapcsolat.

Számos jogrendszerben ismeretes a holtta nyilvánítás intézménye. Itt a fikció szembeszökőnek látszik. Más jogrendszerek (pl. a svájci és a német) már csak *Verschollenheitserklärung* kitétellel jelölik ezt a jogintézményt. És ez az elnevezésbeli változás már egymagában is egy kártékony szuggesztiótól szabadítja meg mindazokat, akik ezzel a jogintézménnyel foglalkoznak. És az, akit így eltűntnek nyilvánítanak, már nem tekintetik úgy, „mintha halott lenne”, hanem mintha a halál bizonyítást nyert volna. (A svájci polgári törvénykönyv 38. szakasza szerint: „*es können die aus seinem Tode abgeleiteten Rechte geltend gemacht werden, wie wenn der Tod bewiesen wäre.*”)

Persze, ez a rendezés sincsen még kellően megtisztítva a holtta nyilvánítás képzetének terhes hagyományaitól. Így a svájci polgári törvénykönyv 35. §-a teljesen fölösleges módon az eltűntté nyilvánítás feltételeinek közlését így kezdi: „Ha egy személy halála fölöttébb valószínű [*höchstwahrscheinlich*], mert nagy életveszélyben [*in hoher Todesgefahr*] eltűnt, vagy hosszú idő óta híradás nélkül távol van...” Nyilvánvaló, hogy ez így nem helyes, mert a kérelmezés indokolásaképpen teljesen elégséges az életveszély, illetve a megfelelő távollét bizonyítása, és az, hogy halála fölöttébb valószínű, csupán fölösleges szószaporítás, ahogyan fölösleges az életveszély előtti jelző is.

Ez a szövegezés csak egy tekintetben szolgál hasznosítható útmutatással: azzal ugyanis, hogy még külön is beszél a bekövetkezett halál valószínűségéről, a valószínűségről, a prezumpciótan még mindig uralkodónak mondható főpillére tereli a figyelmet. Eszerint pedig a fikciót az különböztetné meg a prezumpciótól, hogy a fikciónál bizonyos, hogy a fíngált tényállás nem való, a prezumpciónál azonban lehet való is, valótlan is; a valószínűség mégis amellet van, hogy való, és ezért az ellenfélre rójuk a bizonyítás terhét: döntse meg a vélelmet.

Nem könnyű megérteni, hogyan tarthatta magát ilyen sokáig ez a különös tanítás, amely annyira közel került a fikcióhoz és mégsem látott mást, csak különbséget a fikció és a prezumpció között.

A kettő ugyanis — nem megjelenési formáját, kifejezésmódját, de struktúráját tekintve — teljesen azonos: a *praesumptio juris* — és éppígy a *praesumptio juris et de jure* is — egyszerű fikció, amelynek éppoly kevés köze van a valószínűséghez, mint ahogyan más jogszabályokhoz sincsen köze azoknak a belső megfontolásoknak, amelyek megalkotásuknál esetleg (állítólag) szerepet játszottak. A prezumpció a le nem folytatott bizonyítási eljárás fikciója.

Ahogy a bírónak azt mondhattuk: vedd úgy, *uti annum possedisset*, vagy *si peregrinus esset*, ugyanúgy azt is mondhatjuk: vedd úgy, mintha bebizonyította volna, hogy már egy évig birtokolt, vagy hogy peregrinus. Itt tehát a fikció a bizonyításra vonatkozik.

A kétféle prezumpció között pedig az a különbség, hogy míg az egyikben a fikció az, hogy a bizonyítás már megtörtént (következhetik tehát az esetleges ellenbizonyítás), addig a másik esetben az a fikció, hogy bizonyítás is történt és ellenbizonyítás is. Az első esetben a fikció tartalma az, hogy a bizonyítás során a vélelem beigazolódottnak látszik, a másik esetben pedig az, hogy a bizonyítás során a vélelem igazolást nyert, és a lefolytatott ellenbizonyítás ezt nem döntötte meg. Az első esetben tehát egyetlen fikcióról van szó, az utóbbiban pedig esetleg kettőről.

Egyesek már elég régen felismerték, hogy a *praesumptio juris et de jure* igen közel áll a fikcióhoz, de ugyanakkor annál élesebben különböztették meg a *praesumptio juristól*, amely mindvégig megtartotta sajátos helyzetét, noha erre, amint már többször utaltunk rá, semmi ok sincs.

Nézetünk szerint az is hiba volna, ha a prezumpció különállását azzal kísérelnők meg megokolni, hogy eltérően az ún. anyagi jogi fikcióktól, ez eljárásjogi fikció. Ezzel semmit sem mondtunk, csak egy teljesen felesleges megkülönböztetést ejtettünk. Olyan megkülönböztetést, amely csak azok szemében jelenthetne különbséget, akik érdemleges mozzanatot látnak az anyagi jog és az eljárási jog megkülönböztetésében. Mert ha a gondolatot szigorúan végig akarjuk vinni, ezt kellene mondanunk: az eljárási fikció anyagi jogi hatással bír, mert kétségtelenül azzal bír, és akkor megint ott vagyunk a kiindulópontnál. (Az itt mondottak persze nem jelentik azt, hogy egyes vonatkozásokban nem lehetne gyakorlati haszna, ha az anyagi jogot — nagyjából és nyersen — elkülönítjük az eljárási jogtól; annyi azonban bizonyos, hogy az itt tárgyalt alakzatok elemzése és megértése, struktúrájuk és összefüggéseik felderítése szempontjából az ilyen megkülönböztetés nemcsak előnnyel nem jár, de egyenesen tévedésekre vezető bizonytalanságot, zavart okoz, méghozzá felesleges módon, régi előítéletek bántó utóhatásaként.)

## 5.

A fikcióval foglalkozván, nem hagyhatjuk említés nélkül HANS VAIHINGERT mint a *Die Philosophie des Als Ob* szerzőjét, annál is kevésbé, mert HANS KELSEN nyíltan hívének vallotta magát, bár nem egy tekintetben el is tért tőle. Ez a könyv — amelynek igen jellemző már alcíme is: *System der theoretischen praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus* — rövidített populáris kiadásban is megjelent, és nagy elterjedtségre tett szert. A munka változatos anyagot tárgyal színes módon, és tagadhatatlan sikerét talán nem kis részben az a könnyed felületesség teszi

érthetővé, amellyel témáját tárgyalja, és a jelenségeket a maga eléggé szűkös elgondolásának Prokrusztész-ágyába szorítja. Ez a felületesség, amely meg sem kísérli, hogy behatoljon a problémákba, annál is kevésbé meglepő, mert VAIHINGER tanultsága is bántóan hiányos — amint ez elég gyakran megnyilvánul.<sup>15</sup>

VAIHINGER alapgondolata szerint a fikció hasznos, nélkülözhetetlen „műfogása” a gondolkozásnak. A valóságtól való tudatos eltérés célja a valóság elérése. A fikció titka szerinte az, hogy a gondolkozás kerülőutat tesz: a gondolkozás szándékosan hibát követ el, amit aztán utóbb egy ellentétes hibával ismét kiküszöböl a fikcióval bevezetett alakzat: miután hasznos szolgálatát igénybe vettük, el lesz távolítva. Eszerint a fikciók mellőzhetetlen alapjai a tudományos kutatásnak, de minden egyéb jelentős magatartásunknak is.

A vaskos kötetben a fikciók különböző osztályozásai vannak hivatva arra, hogy a tárgyalásnak tudományos jelleget kölcsönözzenek: van fikció és szemi-fikció, absztraktív (neglektív), sematikus, paradigmaticus, utópikus, tipikus, szimbolikus (analogikus), jogi, perszonifikatív, szumatórius, heurisztikus, praktikus (etikus), matematikai, azután tudományos és esztétikus fikció, és így tovább. A szerző

<sup>15</sup> Amikor például a végtelen kicsiny fikciójáról beszél (az eredeti kiadásban 511. és köv. o.), ez a XX. században megjelent munka teljesen figyelmen kívül hagyja, hogy már elég régen tisztázást nyert ez az önmagának ellentmondó fogalom.

Vagy amikor ugyanebben a fejezetben bizonyítani kívánja, hogy az a tétel, amely szerint a kör az ellipszisnek különös esete, ugyancsak fikció, és ennek során a következőket állítja:

*„Die Definition der Ellipse verlangt, dass sie eine Exzentrizität, dass sie zwei Brennpunkte F und F' besitzt, welche die Entfernung  $2e = m$  haben. Es entsteht eine durch aus anders geartete Gestalt, wenn diese Entfernung wegfällt. Zwischen Vorhandensein von m und Fehlen von m gibt es aber nun absolut kein Drittes. Der Begriff der Ellipse besitzt m als variables Element. Ich kann in beliebigen Intervallen m steigern oder vermindern, die Ellipse bleibt ewig eine Ellipse; solange m noch einen endlichen Wert besitzt, bleibe ich in derselben Art. Lasse ich es weg, so gelange ich in fremdes Gebiet. Somit gibt es keinen stetigen Übergang von der Ellipse zum Kreis. Der Fortschritt von der Ellipse zum Kreis ist schlechterdings diskontinuierlich. So sehr ich auch die Ellipse quantitativ variere, eine Änderung der Eigenschaften, d. h. der Art, führe ich dadurch nimmermehr herbei. Ellipse und Kreis hängen nicht ohne Unterbrechung zusammen. Es ist eine Kluft, da, über welche keine Brücke führt”* (513. o. kiemelés – Halász Aladártól).

Csak hogy a legszerényebb matematikai képzettséggel is megállapítható, hogy éppen az ellipszistől a körhöz való átmenet az, amit a matematika szigorú meghatározás szerint a „kontinuierlich” elnevezéssel illet, és így tévedés azt állítani, hogy ez az átmenet „schlechterdings diskontinuierlich” lenne: ahhoz, hogy VAIHINGERnek igaza legyen, visszajára kellene fordítanunk a „folytonosnak” a matematikában általánosan elfogadott megállapítását. VAIHINGER persze nem kötelezhető arra, hogy ugyanabban az értelemben használja ezt a meghatározást, amint ez a matematikában általánosan elfogadott. Akkor azonban ezt meg kellene mondania. Ám ha megmondaná, ezzel lelepleződne, hogy matematikainak szánt gondolatmenetében szembefordul a matematikával, anélkül, hogy e szembefordulását megalapozná, és így nyilvánvalóvá válna, hogy nem reformátora a matematikának, hanem egy zavaros tévedés áldozata. VAIHINGERnek jogában áll saját nyelvével számolnia számára a megszorítással élni, hogy az idézetben említett  $m$  értéke nem lehet nulla, de e sajátos felfogását hatalmi szóval nem kényszerítheti rá a matematikára, mert a matematikának jó, fölöttébb hasznos hajtó okai vannak arra, hogy ebben kellő ok nélkül ne engedjen: a matematika számára tehát a kör továbbra is az ellipszis fogalma alá esik, mert az ellipszisnek a matematikában szokásos meghatározása nyitott kérdésnek hagyja, vajon  $m$ -nek, az excentricitásnak pozitív értéke van-e vagy a nullával egyenlő. És ezen mit sem változtatnak a kétféle görbe külön nem üséget hangoztató erősködések.

egyáltalán nem volt ura az egybegyűjtött anyagnak — a már érintett okból nem is lehetett az.

Több, mint száz oldalon át tárgyalja a tudományos fikciók logikai elméletét, és valóban nem nehéz megállapítani, hogy e részben vajmi kevés logikát találunk, még a logikai érzék nyomát is csak ritka esetekben. E szinte mindent elnyelni kívánó elméletnek magvát a szerző saját szavaival kell visszaadnunk: „*Die Methode der Korrektur willkürlich gemachter Differenzen, Methode der entgegengesetzten Fehler.*”

Az előbb említett hibák dacára sem lehet azonban értékelésünk teljesen negatív. A bő anyag egybehordásán felül érdeméül kell felemlítenünk, hogy az elgondolás háttérében helyes sejtelem dereng, amit a sokszoros torzítás sem tesz felismerhetetlenné. E helyes sejtelem abban foglalható össze, hogy minden fogalom absztraháló folyamat eredménye, a kiindulásnál elkövetett „szándékos” hiba mögött pedig valójában maga az absztraháló folyamat (legalábbis annak megkezdése) rejlik. Az első hibát javító második hiba, az „ellentétes hiba” tisztázatlan marad — ezzel a szerző valahogyan azt a lépést kívánná jelezni, amellyel a fikciós „valótlanság” világából ismét visszatérünk a gyakorlat terére, hogy a fikcióval elért eredményeket hasznosítsuk. Mindez azonban nem vezetett sikerre, és ez az előzmények után nem is lehetett másként. (SZENDE PÁL is azért értékeli<sup>16</sup> végeredményben pozitívan VAIHINGER munkáját, mert az absztrakció keletkezése tekintetében is támpontokat lehet belőle meríteni.)

Van azonban VAIHINGER munkájában egy másik mozzanat is, amelyet ugyancsak inkább pozitíven kell értékelni: amikor a fikciót a gondolkozás „műfogásának” tekinti és ilyenként kísérli meg elemezni, voltaképpen a fikció kialakulásának folyamatát látszik hangsúlyozni. Kísérlete több szerencsével járhatott volna, ha e folyamatot kevesebb felületességgel és előítélettel analizálja,

---

<sup>16</sup> Pál Szende ‘Eine soziologische Theorie der Abstraktion’ *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 50/2, 407–485. o. Szerinte, amint összefoglalja, (454. o.),

„*Die Abstraktion ist ein elementarerer Vorgang als die Fiktion, die zu ihren Zwecken bereits vorhandene, durch Abstraktion gewonnene Begriffe, Urteile, Bilder und Symbole benützt. Auch die Methoden der Fiktionsbildung: Klassifikation, Schematisierung, Analogie, Übertragung, Verallgemeinerung, usw. sind eigentlich Abstraktionsvorgänge. VAIHINGERs umfassendes und verdienstvolles Werk Die Philosophie des Als Ob gewährt daher auch für den Werdegang der Abstraktion ausgiebige Orientierung. Er behandelt die Fiktionen als zweckmässige Gebilde und würdigt nur die Dienste, die sie der Wissenschaft erwiesen haben, ihre schädlichen Einflüsse untersucht er systematisch nicht. Ebenso lässt er die soziale Bedingtheit der Fiktionen, das soziale Unheil, das sie stiften, von gelegentlichen Bemerkungen abgesehen, ausser Acht.*“

SZENDE egyébként nyilván téved, amikor az absztrakciót „elemibb” folyamatnak tekinti, mint a fikciót. Helyes megállapítás szerint viszonylag átfogóbb folyamat az absztrakcióé, amelybe a fikció folyamata is belefér — persze azon általunk hangoztatott hozzátétellel, hogy a fikció esetében az absztrakciós folyamat nem jut el a formális befejezéshez: a befejezés jelezve van, de még kifejezésre hozandó. Abban igaza van, hogy a fikció már meglévő, absztrahálás útján nyert fogalmakat, ítéleteket, képeket, szimbólumokat használ fel, csakhogy ez fordítva is áll, mert különben „elemi” fogalmakhoz (stb.) jutnánk. És még inkább igaza van SZENDÉnek abban, hogy a fikcióalkotás módszerei tulajdonképpen absztrakciós folyamatok. SZENDE tehát elég közel jutott a kérdés nyitjához, és a további lépések megtétele valószínűleg csak a logikai (ismeretelméleti) előfeltételek tudatos tisztázásának hiányában maradt el.

sőt arra is súlyt helyez, hogy magát a folyamatot élesen különválassa a folyamat lezárulásaképpen mutatkozó „eredménytől”. (A fikció persze nem „műfogása” a gondolkodásnak, hanem a primitív gondolkodás természetéhez tartozik.)

VAIHINGER vagy két tucatnyi helyen foglalkozik könyvében jogi fikciókkal; sehol sem mond azonban olyasmit ezzel kapcsolatban, ami túlmenne azokon a közismert megállapításokon, amiket jogi szakírók a fikcióról általában felhozni szoktak — semmi olyant, ami a legcsekélyebb mértékben is útmutatással szolgálhatna a jogi fikciókról szóló közkeletű ismeretek gyarapítása, fejlesztése terén.

KELSEN, aki a maga tanainak erősítésére és terjesztésére semminő alkalmat nem szokott elmulasztani, a maga fikciós elgondolásainak alátámasztására és terjesztésére persze a VAIHINGER-mozgalmat is igénybe vette.<sup>17</sup> Már tanulmánya bevezető részében korlátozás nélkül elfogadja VAIHINGER eredményeit, megállapítván, hogy *„den prinzipiellen Ergebnissen der VAIHINGERschen Philosophie des Als-Ob rückhaltlos zugestimmt werden kann.”* A fikciót VAIHINGERrel egyetértően a fikció céljával és azon eszközzel tartja jellemezhetőnek, amellyel célját elérni törekszik: *„Der Zweck ist: Erkenntnis der Wirklichkeit, das Mittel: eine Verfälschung, ein Widerspruch, ein Umweg und Durchgangspunkt des Denkens.”* KELSEN más vonatkozásokban is megerősíti nézeteik megegyezését, ahol pedig VAIHINGER nézeteitől eltér, óvakodik ezt hangsúlyozni, és az olvasóra bizza az eltérések észlelését.

Az első eltérés rögvest a fikció értékében mutatkozik. VAIHINGER a fikciót tudományosan indokoltnak, gyakorlatilag nélkülözhetetlennek tartja. Szerinte a valóságtól való tudatos eltérés kiküszöbölésére csak akkor kerülhet sor, ha a fikció már megtette a maga hasznos szolgálatát. KELSEN általában ellene van mindenféle fikciónak, az eljárást veszélyesnek tartja, mert könnyen tévedésekhez vezet. Csak éppen nem mondja ki, hogy az egész fikció-kultuszt alapján elhibázottnak látja:

*„Wenn die Fiktion ein eigenartiges Mittel ist, die Realität zu erfassen, dann könnte nur eine von ihrem Wege gänzlich abgeirrte rechtswissenschaftliche Betrachtung sich einer Fiktion in diesem Sinne bedienen [...] dann kann auf dem Gebiete einer Wissenschaft, deren Erkenntnisse gar nicht auf die Wirklichkeit bezogen sind, eine Fiktion stets nur eine unzulässige und gänzlich unnütze, bloss schädliche Entgleisung sein.”<sup>18</sup>*

KELSEN felbontja VAIHINGER jogi fikcióit a jogi gyakorlat által teremtett és a jogelmélet által kialakított fikciók csoportjára. A jogi gyakorlat fikciónál megkülönbözteti a jogalkotó által alkotottat a jogalkalmazás során kialakított fikcióktól. A jogalkotó fikcióit KELSEN nem is tekinti VAIHINGER értelmében

---

<sup>17</sup> Hans Kelsen ‘Zur Theorie der juristischen Fiktionen, mit besonderer Berücksichtigung von VAIHINGERs Philosophie des Als Ob’ *Annalen der Philosophie* I, hrsg. Hans Vaihinger & Raymundt Schmidt (1919), 630–658. o.

<sup>18</sup> Kelsen, 631. o.

vett fikciónak, mert ezeknél nem megismerésre irányuló gondolkozási folyamatról van szó, hanem az akarat aktusáról: a *Sollen*, nem pedig a *Sein* szférájáról. A nyelvi kifejezés hasonló formája az, ami itt VAIHINGERT — szerinte — megtéveszthette. E fikciók, így a *lex Cornelia* fikciója is, valójában utaló jogtételek, rövidítések: „*Abbreviaturen der Gesetzessprache*”.<sup>19</sup>

Hasonlóképpen elutasítja a jogalkalmazási fikciókat is. És miután VAIHINGERnek a jogi fikciókra említett szinte minden példáját már elvetette, maga hoz fel jogelméleti példákat, amelyek felfogása szerint valóságos fikciók, mert megismerésre irányulnak — ilyenek például a jogalany és az alanyi jog. De még ezeknél is túlnyomónak látja az alkalmazásukkal járó hátrányt, és viszonylag csekélynek az előnyt.

KELSEN szerint csak a jogelmélet terén fordulhatnak elő valóságos fikciók: „*echte, d. h. erkenntnistheoretische Fiktionen der Rechtswissenschaft [...] Fiktionen der Rechtstheorie.*”<sup>20</sup>

Nem szorul bővebb kifejtésre, hogy KELSEN állásfoglalása semmivel sem viszi előbbre a fikció tanulmányozását, természetének megismerését. Ellenkezőleg, a tipikusan KELSENi nézetek belevegyítésével a megszokottnál is homályosabbá tette a fikció képét.

A KELSEN által tett megkülönböztetések csírája egyébként, mint láttuk, már JHERINGnél is megtalálható. Világosan mutatkozik ez a különbségtétel H. DERNBURG esetében<sup>21</sup> is:

„*Von den gesetzlichen Fiktionen kann man unterscheiden dogmatische Fiktionen. Es sind dies solche, welche die Wissenschaft entwickelt hat um die rechtlichen Tatsachen unter einheitlichen Gesichtspunkten systematisch zu verknüpfen.*”<sup>22</sup>

MOÓR GYULA a fikció megítélésében KELSEN nyomdokain halad anélkül, hogy e vonatkozásban reá hivatkoznék.<sup>23</sup> Emellett még félre is érte KELSENT.

Legelőbb is megállapítja, hogy az ún. jogi fikciók az egyszerű szabályozás célját szolgáló logikai segédeszközök, amelyeknél tulajdonképpen arról van szó, hogy egy bizonyos esetre szóló rendelkezést a jog egy másik esetre is kiterjeszt. E fikciókban tehát nem arról van szó, hogy valamit, ami nem valóság, valóságnak vegyünk, és így

<sup>19</sup> Kelsen, 644. o.

<sup>20</sup> Kelsen, 633. o.

<sup>21</sup> H. Dernburg *Pandekten I* (1888), 85. o. 8. jegyzet.

<sup>22</sup> Annak bizonyosságául, hogy mily keveset mondanak a fikcióról azok a különféle osztályozások, amelyek például a historikus fikciót a dogmatikus (teoretikus) fikciótól, illetőleg az igazi („tudományos”) fikciót a csupán „utaló” fikciótól (stb.) megkülönböztetik, alakítsuk át a vonatkozó példákat kivétel-szerkezetekké, és nyomban kitűnik az említett különbségtételek teljes jelentéktelensége: csupán mellékes, véletlennek minősülő mozzanatok megragadásáról és felnagyításáról van szó. A transzformálás nyilvánvalóvá teszi, hogy figyelmet érdemlő szempontokból teljesen közömbös, vajon a kivételezés egy régi jogszabály megváltoztatásaként lép-e fel, avagy valamilyen régi törvény újjászövegezésekor, új törvény megfogalmazásánál, vagy egy jogszabályanyag elméleti (rendszerező) feldolgozása kapcsán. A transzformáció folytán keletkező új anyagot ugyanis nem terhelik a fikcióhoz rendszerint fűződő misztikus elgondolások.

<sup>23</sup> Moór Gyula *A logikum a jogban* (1928).



„az ún. jogi fikciók nem tekinthetők a szó tudományos értelmében vett fikcióknak. Az az eltérés a valóságtól, a nem valónak való gyanánti elfogadása — ami a tudományos fikciók jellemző vonása — már csak azért sem fordulhat elő a jogi fikcióknál, mivel a jog sohasem azt mondja meg, hogy mi van, hanem azt írja elő, hogy mi legyen; normatív előírásokat és nem konstatáló tételeket tartalmazván, arról, ami nincs, nem állíthatja azt, hogy van”.

Átveszi tehát KELSENTől azt a gondolatot, miszerint a *Sein* és a *Sollen* megkülönböztetéséből következne, hogy a VAIHINGER értelmében vett fikció (elsősorban tehát a törvényi fikció) nem is fikció; ezt azonban úgy fejezi ki, hogy a fikciók nem fikciók „a szó tudományos értelmében”, két sorral utóbb pedig a „tudományos fikciók” jellemző vonásáról beszél — ami csak azt mutatja, hogy maga sem tudja: minő értelemben használja itt a „tudományos” meghivatkozást.

Arról a súlyos hibáról, amit az az állítás jelent, hogy az ún. *Soll* világában nem fordulhat elő fikció, nem is beszélünk, mert ezért nem ő, hanem a gondolat gazdái felelősek. Annál meglehetősen kell azonban tartanunk, hogy a tudományos értelemben vett fikció és a tudományos fikció fogalmával anélkül dobálózik, hogy számot tudna adni arról, vajon mire gondol. DERNBURGNál világos, hogy az egyes szaktudományok azok, amire gondolni kell itt, és amelynek művelői a maguk szaktudománya — itt a jogtudomány — ápolása közben, annak céljaira kifejlesztették az ún. dogmatikus fikciót: KELSENNél is már eléggé világos ugyanez az elgondolás, annál inkább, mert az általa hozott példák folytán egyáltalán nem lehet kétséges, hogy ezek a jogtudomány művelése során keletkeztek. MOÓR azonban úgy beszél itt a szó tudományos értelmében vett fikcióról, mintha magának a fikciónak általában lenne valaminő különleges tudománya, vagy mintha a logika volna az a tudomány, amelybe a fikció tárgyalása beletartozik, s amely tudomány meghatározná azt is, hogy általában mi tekintendő fikciónak és mi nem. Annál különösebb ez, mert még mielőtt áttérne az úgynevezett jogi fikciókra, más „sajátos jogi konstrukciókat” példáz egy teljes oldalon keresztül, s ezek sorában a cselekvésképtelen jogalany és a törvényes képviselő kapcsolatának jogi konstrukcióját és egy általa ezzel sok tekintetben rokonnak tartott másik „jogi konstrukciót” is, a jogi személy konstrukcióját. Ugyanakkor egy szóval sem tartja említendőnek, hogy ezek viszont — legalábbis KELSEN felfogása értelmében — valóságos fikciók lennének.

A kép tehát, amelyet az olvasónak itt nyújt, a következő: vannak tudományos értelemben vett (tudományos) fikciók és vannak ún. jogi fikciók. Az utóbbiak voltaképpen nem is fikciók, az előbbiek pedig ugyancsak nem a jog területére eső fikciók, hanem valamiféle sajátos jogi konstrukciók. Mindkettő „logikai segédeszköz”, amit különböző jogrendszerek alkalmaznak. Más szóval, a jogrendszerek által alkalmazott logikai segédeszközök között nincs tudományos értelemben vett fikció, csak úgynevezett jogi fikció, amely voltaképpen nem is fikció. E zűrzavar oka az, hogy MOÓR a „tudományos” vagy „tudományos

értelemben vett” fikció fogalmát KELSENTől veszi át, aki viszont VAIHIGERTől kölcsönzi — nem véve azonban észre, hogy e fogalom más t jelent VAIHIGERNél, és megint más t KELSENNél. Az eltérést a kettő között tehát nem észleli, fogalmának forrásaira nem utal, ehelyett úgy használja a „tudományos” kitételt, mintha a köztudomás szabatos értelmet kapcsolna ehhez a nagyon is ellentmondó fogalomhoz. És ugyanígy felderítetlenül hagyja a „tudományos” és „jogi” fikció szembeállítását, mert itt sem utal a KELSEN-féle felosztásra, ezt is közkincsnek tekinti. Így persze nem is állhat elő más eredmény, mint teljes zavar.

Ezentúl, amikor a cselekvőképtelen jogalany és a törvényes képviselő kapcsolatából adódó „jogi konstrukcióval” foglalkozik, maga is azt mondja, hogy „azáltal az egyszerű intézkedés által, hogy a cselekvőképtelen személyek mellé törvényes képviselőt rendel, a v a l ó s á g t ó l v a l ó a m a c s e k é l y e l t é r é s á l t a l, hogy a törvényes képviselők cselekedeteit nem ezeknek, hanem a cselekvőképteleneknek számítja be, vagyis jogilag ezen utóbbiak cselekvésének tekinti, hogy az átlagemberhez mért szabályai a cselekvőképtelen személyekre (örültekre, csecsemőkre, stb.) is alkalmazást nyerhessenek.” (Kiemelés Halász Aladártól)

Nyilvánvaló, hogy amikor MOÓR itt „a valóságtól való csekély eltéréssel” operál — az eltérés egyébként egyáltalán nem mondható „csekélynek” —, nyilván benne volt már abban, hogy fikciónak tekintse ezt a konstrukciót, és ebben talán csak az akadályozta meg, hogy akkor már kialakulóban volt nála a maga semmi újat nem hozó felfogása a jogi személyről.<sup>24</sup>

GROSSCHMID BÉNI is több ízben érinti a fikció kérdését. Így amikor olyan „kategóriákat” vizsgál,

„amelyek a végső eredmény egyes oldalát tekintve egybevágnak, mégis meg kell őket egymástól különböztetni, miként az orvostudományban a különböző betegségeket, bárha esetleg egyaránt lethális lefolyásúak”:

Így ír:

„F i c t i o s az ún. cáfolhatatlan vélelem (*praesumptio juris et de jure*) péld. kt. 320, 360, 361, kisaját. t. 61 egybeváganak annyiból,

<sup>24</sup> MOÓRról a maga korában elterjedt az az egyesek által még ma is tartott hiedelem, hogy a logika különösen erős oldala; e tévedés még veszélyesebbé tette MOÓRnak amúgy is eléggé káros tanításait. A valóság az, hogy MOÓRnak a logika — mind elméleti ismerete, mind gyakorlati alkalmazása — nagyon is gyenge oldala. Távol áll tőlünk, hogy MOÓR emberi jóhiszeműségét kétségbe vonjuk, elég okunk van, hogy elhiggyük: valóban hitte is azt, amit hirdetett, és ezen nem változtat az sem, hogy sajátos érvelési módját mindenkor csak a maga nézeteinek érvényesítése érdekében alkalmazta, és ugyanakkor következetesen elmulasztotta ugyanennek a sajátos módszernek a saját vagy a vele hasonló felfogásúak gondolatmenetével szembeni érvényesítését. Nagyon is egyoldalú volt e tekintetben; ez azonban, nézetem szerint, nem zárja ki egyéni jóhiszeműségét. Az a különleges módszer, amelyet oly gyakran és oly szívesen alkalmazott a vele ellentétes nézetekkel szemben, valójában a s z o f i s t á k fegyvertárából való, amiről azonban valószínűleg nem volt tudomása. Legkedveltebb fogása az, hogy önellentmondások kimutatására törekedett, nem vévén figyelembe, hogy az önellentmondásokat azzal keletkeztette, hogy azonos elnevezésű, de más és más értelmű fogalmakat állított egymással szembe, és ezzel kizárta azt, amit általában a fogalom mozgásának szokás nevezni.

amennyiben mind a kétszer oly tényállás szabályai alá keríti a törvény az esetet, mely a bíró előtt bebizonyítva, sem az ellenkező bebizonyításának helye nincsen. Mégis nagy a különbség. Jelesül a törvény indító okaiban. Fictionál a törvény tudja azt, hogy az alákerített eset más (péld. opt. 767, ht. 31, 46, 58, 67, kt. 353 stb.); s végsőleg ez semmi egyéb, mint szabálykiterjesztési modora a törvénynek más esetekre. Az erős praesumptiónál a törvény (ellenbizonyítás kizárásával) valónak vétet valamit, aminek ténybeli mibenlétét nem tudjuk.”<sup>25</sup>

Ez a GROSSCHMIDtől vett idézet két irányban is tanulságos. Először azt mutatja a fikciókra felhozott példák körével, hogy a fikciót t á g a n — és ennek megfelelően kifejezési módként — értelmezi. A másik tanulság az, hogy a fikció és az ún. cáfolhatatlan vélelem között c s a k a t ö r v é n y i n d í t ó o k a i b a n lát különbséget. E g y é b k é n t t e h á t n e m, é s e z t t a r t j u k j e l e n t ő s n e k. Annál is inkább, mert maga GROSSCHMID nem egy esetben fejtette ki, hogy milyen ingoványos talajra lépünk, ha a törvény indítóokaiból akarunk kiindulni. GROSSCHMID egyik kedvelt szerzője, FRANK IGNÁC is utal arra, hogy bizonyos esetekben

„szükséges a törvény okait vizsgálni, ti. okokból a szerző akarattját fejteni; tekintetbe tehát venni: mi az, a mit a törvényszerző adott törvényével elérni kívánt (mi volt céllya); melyek voltak indító okai; minő példát követett: honnan merítette tudományát. Csak hogy ezen vizsgálat nagy óvakodást kíván, hogy ti. mind okaink erősek, az az bizonyosak legyenek, mind pedig hogy a mit következtetünk, erőltetés és minden hiba nélkül az előző okokból folyjon. Sokszor a törvény okát nem is tudgyuk; máskor tudgyuk ugyan, de okának tellyesen a törvény rendelése meg nem felel, ti. a rendelés nem egészen okszerű; vagy a lehetséges okok összeütközők, és nem tudhattyuk, mellyikének hódolt légyen a szerző.”<sup>26</sup>

Ha ehhez még figyelembe vesszük, amit különben GROSSCHMID szintén tisztán lát, hogy voltaképpen a *modus dicendi* megválasztásáról is szó van akkor, amikor a törvényi szöveg szerzője a lehető kifejezési módok valamelyikénél megállapodik, és hogy e választásban legtöbbször az a szempont érvényesül, melyik módon fejezhető ki a gondolat a legkönnyebben és legerőteljebben, úgy nyilvánvaló, hogy a magunk szempontjából ennek az érdekes különbségtételnek nem kell nagyobb fontosságot tulajdonítanunk, mert ez nem érinti a struktúrát.

Egy másik helyen,<sup>27</sup> ahol a „*quasi contractusok és quasi delictumok ügyét*” összefüggőleg tárgyalja, GROSSCHMID annak a nézetnek ad kifejezést, miszerint

<sup>25</sup> Grosschmid Béni *Fejezetek kötelmi jogunk köréből* I, jubileumi kiadás (1932), 154. o.

<sup>26</sup> Frank Ignác *A közigazság törvénye Magyarhonban* (Buda 1840), 60. o.

<sup>27</sup> Grosschmid, 598–599. o., jegyzet.

„a *quasi-contractus* tisztán *trahiticius* és névleges kategória [...]; ellenben a *quasi-delictum* állandó jogképző sugalom. [...] Az, hogy a törvény ez esetekben a vétkesség bizonyítását nem kívánja (sőt olykor az ellenbizonyítást sem engedi meg), nem ellentéte annak, hogy a törvény alapgondolata mégiscsak az, hogy itt hibánk okából felelünk. Az állam azért felel a sikkasztó bíróért, mert — tessék neki vigyázni; s a vasút is a balesetért, mert — tessék neki vigyázni [...]. A különbség [...] némiképp olyasforma, mint a szigorú *praesumptio* és a fikció közt való. Nem mechanikai, hanem jogsugalmi. [...] Vagyis: *quasi-contractus* s a *quasi-delictum* közt is némiképp az a különbség, hogy amott fingitur (*contractus*); aminek, mint merő lehetőségnek, nincs határa; emitt: *praesumitur* (*delictum*). Amaz jogkövetkezésbeli (mesterséges) hasonlítás (ami a rómaiaknál lényegben csak arra való volt, hogy a *contractualis obligatio* kötelező ereje alá fogják az eseteket, melyekben a *contractus* merő hiányát már GAJUS kiemeli [...]); emez causabeli (természetes) rokonság.”

Ugyanez a gondolat tér vissza ott is, ahol megállapítja, hogy *quasi delictum* esetében legalább a deliktum „lehelete” található meg, a *quasi contractus* esetében még a lehelete sincs meg a kontraktusnak.

A prezumpciónak és a fikciónak ez az összehasonlítása egészen másként mutatkozik, ha tudomásul vesszük, hogy a prezumpció sem egyéb, mint fikció: a megejtett bizonyítás fikciója. Így aztán az összehasonlítás eredménye is más formában, a belső struktúrát feltüntető formában jelentkezik. Nem szorulunk az „indok” bevitelére, és ha az objektív felelősséget mai, kifejlődött alakjában szemléljük, igen nehéz volna annak minden jelentkezésében akár csak lehelletnyit is felfedezni a deliktumból. Még csak az sem állítható, hogy az objektív felelősség minden egyes típusánál a deliktumhoz való hasonlatosság gondolata a jogszabályalkotóban meglelt volna. És megállapítható az is, hogy a *quasi contractus* bizonyos eseteiben egyáltalán nem indokolt azt mondani, hogy semmiképpen sem hasonló a maga ún. tényállási részében a *contractus*hoz, csak a jogi szabályozottság hasonló: ha a *negotiorum gestor* tipikus célját és az e cél megvalósítására irányuló tipikus magatartást vesszük figyelembe, nem kétséges, hogy megtaláljuk a hasonlatosságot a mandatárius esetében fellelhető tipikus céllal, tipikus magatartással is. V a g y i s a *quasi contractus*nál is megvan valamilyen elcsenevész esedett formában ama „causabeli” hasonlóság, amely azután „jogsugalom” módjára hat, azaz hasonló joghatás előidézését sugalmazza a jogszabály megalkotójának, és megérteti a köztudattal is, hogy indokolt a hasonló jogi szabályozás.

Ennek magyarázatát már megadtuk: látóköri beszűkítését jelenti a szemléletnek az a szokásos módja, amely arra korlátozza magát, hogy a fikciónál csak azt lássa, ami feltűnően szembeötlő, vagyis csak az ún. joghatásbeli

hasonlóságot tekinti *tertium*nak, minden mást eleve a *quartumba* utal. A szorosabb vizsgálat megmutatja, hogy e *quartumban* kell lenniök a *tertium*-mozzanatoknak is, és éppen ezek „sugalmazták” a hasonló jogi szabályozást. Ahogyan persze az is akárhányszor előfordul, hogy a hasonló szabályozás *tertium*ából utóbb — újabb tapasztalatok, behatóbb megismerés eredményeképpen — egyes mozzanatokat kiemelünk és a *quartumba* utalunk.

Mondanunk is felesleges, hogy a jogi szabályozottságon felüli „r o k o n s á g” — amint GROSSCHMID nevezi — éppúgy lehet közeli, mint távoli. A lényeg az, hogy hasonló szabályozottság háttérében mindenkor ott áll valamilyen egyéb hasonlóság is, amely azt indokoltá teszi, sugalmazza. Vegyünk erre szép példát JHERINGtől, aki ezt más vonatkozásban alkalmazta. Egyes amerikai rabszolgatartó államok a polgárháborúig halálbüntetés terhével tiltották, hogy négereket írásra és olvasásra tanítsanak. JHERING, aki a jog célját abban látta, hogy az a társadalom — illetve a társadalomban uralkodó osztály — „életfeltételeit” biztosítsa, zordon iróniával állapítja meg, hogy ezen államoknak a maguk szempontjából igazuk is volt:

*„unser Sklavenstaat verträgt sich nicht mit der Bildung der Sklaven; wenn der Sklave lesen und schreiben kann, so hört er auf Arbeitsvieh zu sein, er wird Mensch, und Menschenrechte geltend und bedroht damit unsere auf das Institut der Sklaverei gebaute gesellschaftliche Ordnung. Wo das Leben an der Finsterniss hängt, ist Hineinbringen des Lichts ein todeswürdiges Verbrechen”.<sup>28</sup>*

(Ha ezt a büntető rendelkezést fikciós szerkezettel fejezték volna ki — pl. aki négert írni-olvasni tanít, úgy tekintendő... —, ezzel feltárták volna egy újabb absztrakciós fogalomalkotó folyamat megindulását, mert a főbenjáró bűncselekmények addigi fogalmának ezáltal történő megváltozása egy újabb absztrakciót, vagyis fogalmat körvonalaz; az új fogalom átfogóbb a réginél, több absztrakció esik alája, és ezeket mind az a hasonlóság fogja egybe, hogy tényállásaik kiemelkedően veszélyesek a fennálló társadalmi rendre nézve.)

GROSSCHMID fejtegetései egyébként világossá teszik azt is, hogy mennyire tarthatatlan a jogszabálynak tényállásra és joghatásra történő merev felbontása: e kettő csak egységében ismerhető helyesen fel. Vegyük a prezumpciónak általunk megállapított, nézetünk szerint vitathatatlan azon jellegét, hogy az a bizonyítás megtörténtének fikciója — és tegyük fel a kérdést: miképpen változtatja meg az ún. tényállást ez a fikció, ha ragaszkodni kívánunk a tényállás és joghatás megkülönböztetéséhez. Az eredmény nem lehet más, mint ez: a fikció nem a bíró

<sup>28</sup> Jhering *Der Zweck im Recht* I (1884), 443. o. JHERING a fent közölt idézetet még megtoldja azzal a magyarázattal, hogy az ókorban nem féltek ettől a veszedelemtől, mert akkor még nem ingott meg az a hit, hogy a rabszolgaság jogszerű. Azt hisszük, hogy JHERING e nézete túlságosan a források által gyakorolt azon igézetten alapul, amely a rabszolgaságot *c s a k i s* jogintézménynek, a *jus gentium* intézményének tekinti. (Van itt még egy további különbség is, amellyel — nézetünk szerint — számolni kell: az amerikai rabszolgatartó államok néger rabszolgái akár közvetlenül Afrikából kerültek oda, akár már ott születtek [*vernae*], mindenképpen *í r á s t u d a t l a n* ok voltak — az ókori rabszolgáknál *t i.* más volt a helyzet.)

elé kerülő tényállást változtatja meg, hanem azt a tényállást, amely magával a bírói eljárással csatlakozik a bíró elé került tényálláshoz, mégpedig olyan módon, hogy ezt a változást az eredeti tényállás és az ahhoz fűződő törvényi rendelkezés együttesen idézik elő, mint hatást. Így azután kétféle tényállással van dolgunk: a bíró elé került tényállással, valamint a bíró által elbírált (az ítéleti indokokban is lefektetett) tényállással, mely utóbbi joghatás-elemeket foglal magában. Amidőn pedig nyilvánvaló, hogy a tényállás és a joghatás megkülönböztetése nem jelenthet elvi megkülönböztetést, hanem csakis valamilyen nyers (és kétséges határú) eseti megkülönböztetést, s ezt is csupán azon korlátozással, hogy mindenkor relatív módon fogandó fel. Nagyon is óvatosan kell tehát kezelnünk azt a megállapítást, hogy a fikció az ún. tényállási részen ejt módosítást, s a fikció akként is felfogható, hogy az e részre vonatkozó igaz (a valóságot helyesen tükröző) ítéleteket meghamisítja, és így tovább.

GROSSCHMID előbb tárgyalt különbségtételének eredetét két mozzanatban vélem megjelölhetni. Az egyik a fikció természetének akkor még kellően ki nem bontakoztatott volta, a másik pedig a prezumpcióról általában uralkodó téves felfogásnak egy sajátos utóhatása, amely még a *praesumptio juris et de jure* területére is kiterjedt, noha az utóbbiról már akkor kialakult az a felfogás, hogy valójában egyértelmű a fikcióval. Minthogy azonban ez az egyenértékűség még nem volt megalapozva a strukturális azonosság kimutatásával, az ösztönös meglátás nem védhetett meg az olyan visszaeséstől, amelynek az imént tanúi voltunk. Még GROSSCHMIDnál sem, akinek annyi mélyenszántó értékes strukturális elemzést köszönhetünk, akiben a „k é p l e g e s” kitételek felismerését szolgáló készség is annyira fejlett és éber volt.<sup>29</sup>

Az angol jogban ma is még igen jelentékeny szerepet játszanak a fikciók, és ha jogi íróik a fikciót tárgyalják, annak tipikus megjelenési formáját többnyire éppen

<sup>29</sup> Példaképpen a *Fejezetek* I, 125. o. kifejtésére hivatkozunk:

„amint a társaság »létele«, »fennállása« csak k é p l e g e s kitétel, azonképen »megszünése« is. Ez mindig csak azt jelenti, hogy némely hatásai a társasági szerződésnek (kt. 68, 87) a kt. 98 sk. említette okokból véget érnek, mások megmaradnak. Épen így van ez más k é p l e g e s kitételeknél. Péld. (a kötelem »megszünését« csak említve, holis a reflectiv hatások, péld. a *condictio indebitum*vel szemben szintén megmaradnak) ha analysálni kezdjük e tételt, hogy »a házasság megszűnik« (ht. 73.). Nem úgy van. A házasság soha sem szűnik meg. Mikor az unokatestvérem után törvényes örökséget keresek, mi az, aminek a jogalapomban egyik nevezetes része van? Világos. Az öregapám házassága, melyet ő az öreganyámmal még a mult században kötött: ez az, ami itt szintén operál. Mert hiszen nem hiába nemzik vala ők [...] azon szülőt, kinek testvére az elhaltak szüleje: ha nem kötnek vala házasságot, vagy az nem érvényes. Mellözve itt a putativitás esetjét (hk. I. 106), ami a *per interpretationem restrictivam* kivétel a ht. 46. 2. bek., 67. 2. bek. szabálya alól. Vagyis látni, hogy öregszüleim házasságának (pontosabban: egybekelésének) »joghatása« az, hogy én ma örökös vagyok. Mit jelentsen hát az, hogy a »házasság« megszűnik? A gyertyaszálra igenis mondhatjuk (ezt is, tudvalevően, csak bizonyos értelemben), hogy »megszűnik«, ha elégett [*usu consumitur*]. Ámde a házasság nem corporalis valami. Hanem: joghatásbeli összetétel bizonyos tényből (házasságkötésből) folyólag. A megszűnés tehát azt kellene hogy jelentse, hogy e ténynek joghatásai megszűnnek. Ez pedig nem igaz. Íme láttuk, hogy e tény száz esztendő mulva is »jogilag« operál. A *thesis* e szerint, analysálva, ugyanoda üt ki, mintha azt mondanók: Az orvos »megszűnik« azáltal, hogy bevettük. *Nulla contrarietas*, kiáltana föl azonban KITONICH. Ti. e szólásmód csak azt jelenti, hogy bizonyos hatásai a kötésnek megszűnnek, mások (mint péld. a tartáskötelezettség is, esetleg, ht. 90 sk.) megmaradnak.”

a *quasi-contract* képviseli. Persze ma már messze túl vannak JEREMY BENTHAM nézetén, amely szerint a megtévesztés vágya [*a desire to deceive*] sugalmazná a fikciók használatát; s azt sem tartják már, hogy a fikció csupán eszköz a bíróságok hatalmának kiterjesztésére. Általában kifejezési módnak nézik, és előnyösnek tartják e régi, kipróbált szerszám használatát, amellyel nem jár az újítás kockázata. Úgy látják, hogy a régi szabály ilyen módon történő felhasználása takarékos eljárás: az intellektuális erőfeszítés minimumát [*a minimum of intellectual effort*] igényli csupán. Emellett azonban figyelmük előterében állanak azok a hátrányok és veszedelmek is, amelyek pedig a fikció velejárái.

Vegyünk egy példát: a skót jog szerint a házasság felbontásánál a feleséget akként kell kielégíteni, mintha a férje meghalt volna. Felmerült a kérdés: vonatkoztatható-e ez a szabály a férjet megillető életjáradékra is, és a döntés az volt, hogy erre a vagyoneértékre a fenti szabály nem vonatkoztatható, mert a férj halálával az életjáradék is megszűnik. Ebben az esetben a fikció vagyonmegosztási szabályt jelentett, amelyet egy más irányú újabb fikcióval kellett megtoldani — azzal a fikcióval, hogy a férj elvesztette életjáradékát — annak érdekében, hogy a döntés úgy történjék, ahogyan történt. G. W. PATON szerint, akitől ezt az esetet vesszük,<sup>30</sup> az asszony nem igényelheti az életjáradékot, ha a fikciót *l o g i k u s* an alkalmazzuk [*if the fiction is applied logically*].

A felsőház úgy döntött, hogy a fikciót nem szabad „tényleges célján túlmenően” alkalmazni, és ezért a vagyonmegosztás a jelenlegi vagyona korlátozandó, vagyis a nő további életjáradékban nem részesül. Nem kívánjuk vizsgálni a döntés helyességét vagy helytelenségét, annyi azonban mindenesetre nyilvánvaló, hogy mind PATON nézete, mind a felsőház indokolása nem helytálló. PATON nézete azért nem, mert a fikció alkalmazásának terjedelmét semmi esetre sem a logika szabja meg: nincs olyan logikai szabály, amely azt kívánná — vagy akár csak kívánhatná is —, hogy a férj most már az élet *m i n d a m* a vonatkozásaiban, amelyek a feleséget érdekelhetik, halottnak legyen tekintendő. Erre nyilván PATON is rájött volna, ha a konkrét esetben bemutatóra szóló, már befizetett díjú életbiztosítási kötvény lett volna a férj birtokában, és az asszony azt igényelte volna, hogy annak megfelelő része az ő javára fizetessék ki, minthogy a férj meghaltnak tekintendő, és így csak „logikus”, hogy a halálozás esetén járó biztosítási összeg megfelelő részét megkapja. De helytelen indokolással tagadta meg a felsőbíróság is az asszonynak az életjáradékban való részesítését, mert ha megosztási szabályról van szó, azontúl pedig semmi másról, úgy a férj váláskori vagyonába bizony *b e l e e s i k* a folyamatban lévő életjáradék valószínűség-számítás szerinti ellenértéke, a válás időpontjára tőkésítve. Ez az eset nem csupán a fikciós szerkezet veszélyeit domborítja ki, de azt a veszélyt is, amelyet a fikcióról való különböző tisztázatlan elgondolások jelentenek: határozatlanságot, bizonytalanságot, és így a konkrét jogeset mellékzöngéinek túlzott befolyását a döntésre. A fikciókkal való gyakori

<sup>30</sup> G. W. Paton *A Text-book of Jurisprudence* (Oxford 1946), 46–47. o.

gyakorlati foglalkozás mindenesetre nem egy tekintetben alaposan felnyitotta az angolok szemét, amit PATON ama (egyébként mástól átvett) megállapítása is mutat, amely szerint sok törvényt vissza lehet vezetni egymásra halmozott fikciók halmazára [*Much law may be reduced to a heap of fictions piled one on top of another*]. (Ma egyébként mindinkább igyekeznek elszakadni nem egy régi fikciótól, közvetlen szabályozást léptetvén helyükbe — így a *quasi-contract* fikciójától is.)

## 6.

SZÁSZY-SCHWARZ sok tekintetben helyesen látja a fikció kérdését, amint ezt a következők mutatják:

„A fikció — helyes felfogás szerint — szintén csak k é p l e t e s kifejezési mód, sajátlan beszéd sajátos beszéd helyett. Így pl. ahelyett, hogy azt mondanók: aki más dolgát bírta, és a tulajdonos igényeinek kijátszása céljából továbbadja, a d o l g ó r t e k e n t értéket megtéríteni tartozik — sajátlan beszédben azt mondjuk: aki más dolgát bírta, és a tulajdonos igényeinek kijátszása céljából továbbadja, t o v á b b r a i s birtokosnak tekintik. Hogy a törvény pusztá szava azt, ki egy dolgot többé nem bír, nem teheti birtokosná, nyilvánvaló; a jog fikciója nem képes arra, hogy ami nincs, létezővé, ami létezik, nem létezővé tegye [...]. Mindez esetekben — melyekhez a jog minden tanából száz meg száz hasonlót lehetne csatolni — a jog a maga rendeletei k ö n n y e b b f e l f o g á s a , valamint a kifejezés rövidebb kedvéért a fikció sajátlan beszédével él, és pedig vagy a hasonlat formájában: pl. »az alakilag hibás végrendelet olyan, mintha nem léteznék [*testamentum pro nullo habetur*]«, az uratlan vagyon (bizonyos esetekben) »olyan, mintha ura volna«, »ki birtokát rosszhiszeműleg továbbadta, olyan, mintha még birtokos volna«; vagy, rövidebben, a metafora alakjában: pl. (jogilag) »*nullum testamentum*«, »(jogi) személy vagyona«, »(jogi) birtokos« stb. A zárójelbe tett 'jogi, jogilag' ez utóbbi esetben azt teszi, hogy »nem valóságban, hanem hasonlat szerint«; ennél fogva, valamint ez esetben »jogi« személyről, »jogilag« nem létező végrendeletről szólunk, úgy következetesen a *dolo possidere desidens* birtokost is (ha a kifejezés már más értelemre nem volna lefoglalva) »jogi« birtokosnak, a méhmagzatot (a fenti példánkban) »jogi« szülöttnek, az ellenséges fogságban élő »jogi« halottnak, az emancipált zsidót »jogi« kereszténynek n e v e z h e t n ö k . De e



nevezetnek nem volna szabad velünk elfelejtetnie, hogy a való tényállás más, mint amely ama *fictiv* elnevezésekben kifejezésre talált. Pedig bármi hihetetlen, a jogi elmélet legújabb időkig a *fictiv* beszédmóddal mint jogi valósággal bánt; megtévesztette magát a kifejezés által, s annyira beleélte magát a fikció képes beszédébe, hogy a képet valóságnak nézte, vele úgy argumentált, bizonyított, belőle úgy következett, mint valóságból [...]. KUNTZE egy egész korszak tévedését adta vissza ama himnuszszerű dicsbeszédben, melyet (*Oblig. u. Sing.* 89. o.) a fikció, »a jogtudomány e legmagasztosabb virága« (!) felett tart: »*Es webt ein dämonisches Walten in diesem wundersamen Reiche der Fitionen; es ist der Blick des aufrechten Menschenleibes nach den freien, lichten Höhen des Äthers, wo er von irdischer Fessel sich entbunden träumt. In diesem Geisterlande des Rechtes hat der Rechtssinn sich nicht bloss über die Thatsachen erhoben, nicht bloss aus der in der Materie ihn haltenden Befangenheit erlöst, sondern sich von ihr losgerissen, zu ihr, zu der Wirklichkeit in Widerspruch tretend, ja sich zur Herrschaft über sie erhebend [!]. Fitionen sind Rechtsannahmen von Thatsachen im Widerspruch mit der Wirklichkeit, welche gleichsam gegen ihren Willen dem Rechte dienstbar gemacht wird[!]*»«. A tévedések, melyekbe jogelméletünk ezen fiktív beszédmód kellő fel nem ismerése következtében esett, és a veszedelmek, melyek e képes beszédnek a tudományban való illetlen szerepléséből származnak [...] minden civilista előtt ismereteseek. Már most: teljességgel ugyanezen hibák és veszedelmek ismétlődnek a naturalistikus dogmatika képes beszéde terén is. Az első, ki a jog terén a jogok keletkezéséről, változásáról, megszűnéséről, a jogok azonosságáról és különbözőségéről, anyagáról és alakjáról, épségéről és betegségéről stb. beszélt — egy többé-kevésbé elmés képet használt, melynek védelmére egyebek közt azt is lehetett felhozni, hogy a köznapi beszéd is széltiben ily képekkel él.<sup>31</sup>

A fikció tekintetében tett más megnyilatkozásai is ebben a szellemben mozognak: minden általa felölelt mozzanatot józanul és kifogástalanul értékel, s az annyira szokásos tévedések nem érintik szemléletét. Az a körülmény, hogy koronként maga is él egyes vonatkozásokban a „tisztára fikció”, „merőben fikció” kitételekkel — annak kifejezésére, hogy az illető állítás semmiképpen sem látszik megalapozottnak, nem tükrözi a valóságot (esetleg: egyik mozzanatában sem

<sup>31</sup> Szász-Schwarz Gusztáv *Új irányok a magánjogban* (1911), 73. és köv. o.

tükrözi a valóságot és így a helyesen tükröző ítéletnek ún. ellentéte) —, zavart nem okoz nála, mert a ‘fikció’ szó használatának ezt az elterjedt értelmét annyira külön tartja a fikciónak mint sajátos fogalomnak e műszóval történő kifejezésétől, hogy sem összetévesztésre, de még csak kölcsönhatások kialakulására sem adódik alkalom.

Csak egyszer, a jogi személlyel kapcsolatban operál — mintegy harci eszközként — a fikció esetleg félreérthető értelmezésével. Ezzel az esettel rövidesen lesz alkalmunk foglalkozni, megmutatva, hogy ez alkalommal sem okozott SZÁSZY-SCHWARZnál eltévelyedést, bár nézetünk szerint megakadályozta őt abban, hogy még világosabban exponálhassa a témát. Azt hisszük, ha szemléletét még egyes további nézőpontokkal (pl. a kivétel-konstrukcióra, bizonyos szimulált ügyletekre) is kiterjesztette volna, eljut a fikció átfogóbb értelmezéséhez, és ezzel logikai szerkezetének egzaktabb megvilágításához.

Nézeteinek az idézettel vázolni megkísérelt együttese mindenestre üdítően üt el a korabeli felfogástól, amely a fenti problémának legfeljebb egy-egy csücskét ragadta meg helyesen, és ezért nem is volt alkalmas arra, hogy komoly fordulatot idézzon elő.

Mielőtt a fikció tárgyalását befejeznők, öt témát kell még röviden érintenünk: a fikció kapcsolatát az *argumentum a contrario* néven ismeretes ítéletrendszerrel, a fikciók találkozásának kérdését, az ügylet-szimulálás során keletkező fikciót, az ún. fikciós elméletek kérdését, végül a fikció viszonyát a logikai tagadáshoz.

Az *argumentum a contrario* kérdése persze fel sem merülhet azokban az esetekben, amikor a jogszabály alkalmazza a fikciós kifejezési módot, annál inkább kerülhet azonban szóba akkor, amikor a joggyakorlat az „értelmezés” útján fokozatosan alakítja ki ezen eszközzel az új jogszabályt. Így szükségképpen újból és újból visszatér az *argumentum a contrario* kísérlete, amíg az új szabályozás meg nem szilárdul. Könnyebb az eset akkor, ha olyan jelenségről van szó, amit még nem ismertek a régi jogszabály megalkotásánál.

Ilyenkor gyakran a további fikcióval operálnak, hogy a szabályozás eleve is ilyen módon történt volna, ha a jogszabály megalkotása korában már ismerték volna az újabb jelenséget — pl. az értéket képező, ingónak nem mondható villamos áramnak azt a „tulajdonságát”, hogy „ellopható”; vagy a telefont, amely lehetővé teszi, hogy „távollevők” úgy beszéljenek egymással, mintha együttesen jelen volnának. Ez a további fikció voltaképpen „bizonyítási” fikció, tehát úgynevezett prezumpció, mégpedig erős (meg nem dönthető) vélelem, amelyet idővel a köztudat alakít ki, és amit az tesz lehetővé, hogy sem bizonyításra, sem ellenbizonyításra már a dolog természeténél fogva sem kerülhet sor.

Nehezebb a helyzet akkor, ha e „bizonyítási” fikcióval nem lehet élni — ha például csupán az illető életviszonyok konkrét jelentkezéséből, elbírálás alá kerülő jogeseteből mutatkozik meg, hogy a jogi szabályozottság sokak nézetével nem egyezik. A rómaiak ilyenkor szuverén módon jártak el, amit a jogtudósok nagy tekintélye tett lehetővé. A *Senatus Consultum Silanianum* megalkotására

közvetlenül ható konkrét eset körülményei hozták magukkal, hogy az eljárást azokkal a rabszolgákkal szemben rendelte el a törvény, akik a megölt *dominusszal sub eodem tecto* tartózkodtak. A gyakorlat során ezután különböző illetékes nézetek nyilatkoztak meg fikciós szerkezet formájában eszközölt megállapításaikkal. M i n t e g y ugyanazon fedél alatt tartózkodónak tekintették azokat is, akik oly helyen voltak, ahonnan a hangot képesek voltak meghallani, hozzátevén ehhez még, hogy vannak erősebb és gyengébb hangú emberek, s nem mindenkit lehet ugyanazon helyről meghallani. Tehát a több épületből álló falusi birtok másik épületében tartózkodó rabszolgát esetleg ugyanazon tető alatt lévőnek tekintették. Ugyanazon tető alatt lévőnek tekintették az urát valamilyen utazásán kísérő rabszolgát is, ha az úton történt a *dominus* erőszakos halála. És ugyanazon tető alatt tartózkodónak akkor is, ha még a támadás előtt elmenekült, figyelem nélkül arra, hogy a támadás időpontjában hallhatta-e még a *dominus* segélykiáltásait, és arra is figyelem nélkül, hogy egyáltalán kiáltott-e segítségért. A jogtudósok nézete szerint a serdületlen korú rabszolga nem tartozik azok sorába, akik segítséget tartoznak nyújtani. De ezen kivétel alóli k i v é t e l nek tekintették azt a fiút, aki nem sokkal volt alatta a serdült kornak, ura lábánál aludt az eset alkalmával, és még utólag sem adta fel a cselekményt. A *Senatus Consultum Silanianum* a rabszolgák kötelességévé tette, hogy segítséget nyújtsanak veszélyben lévő gazdájuknak akár saját életük veszélyeztetése árán, és hosszú kazuisztikája van annak, mikor tekintették a segélynyújtást segélynyújtásnak és mikor nem, amiként annak is, hogy ki és kinek tartozott segítséget nyújtani és kinek nem. (Ez a *titulus* — D.29,5 — meglepően gazdag konkrét fikciók és ellenfikciók felsorakoztatásában. Ennek magyarázatára az a már említett körülmény szolgál, hogy minden egyes esetben komoly érdekösszeütközés mutatkozott az uralkodó osztály e g é s z é nek és e g y e s t a g j a i nak érdeke között, a jogalkalmazás pedig a konkrét esetekben a szembenálló érdekek lehető kímélésével kereste az összeegyeztetést.)

A fikciók találkozásának esete különösen akkor okoz zavart, ha a kétféle fikció más-más módon látszik „megváltoztatni” az úgynevezett tényállást. Érdekes példát találunk erre F. BERNHÖFT tanulmányában.<sup>32</sup> Az örökhagyó halálát követő tizedik hónapban az özvegynek gyermeke születik. Az érintett német polgári törvénykönyv 1593. §-a értelmében származásának törvényességét a gyermek képviselője megtámadja azzal, hogy az örökhagyó életének utolsó hat hónapjában olyan súlyos betegségben szenvedett, amely kizárta, hogy apja lehessen a gyermeknek. A képviselő a törvénykönyv 1923. §-ára hivatkozik, amely szerint az utószülött gyermek úgy tekintendő, mintha az örökhagyó halála előtt született volna; ha pedig az örökhagyó halála előtt született, az örökhagyónak a halált megelőző hathónapos betegsége nem bizonyítja, hogy nem lehetne apja. A *nasciturus*-fikció persze nem teheti az apától származóvá a gyermeket, minthogy e fikció hatásterülete eléggé pontosan

<sup>32</sup> F. Bernhöft 'Zur Lehre von den Fiktionen' in *Aus [dem] römischen und bürgerlichen Recht* [Festschrift E. J. Bekker, 1907. augusztus 16.], 241–290. o., 244. o.

v a n m e g h a t á r o z v a , és ez az eset azon túl esik. (Számos más esetben a fikció hatásterülete jóval bizonytalanabb, elmosódottabb, és így fölöttébb alkalmas a legváltozatosabb eredmények felidézésére.) Ennél a jogesetnél a gyermek képviselője az ellenbizonyítással megdönthető bizonyítási fikció megdöntését egy másik fikcióval kívánta megakadályozni. Ez a kísérlet éppen úgy köszönhető a fikciók révén általában keletkező bizonytalanságnak, mint a fikció tekintetében uralkodó zavaros nézeteknek. (A logikai szerkezet szorosabb vizsgálata érdekes párhuzamosságot mutat az ilyen esetek és a BECK SALAMON által kétfedelű obligációnak nevezett jelenségcsoport szerkezete között.)

Kétségtelenül a fikciók sorába tartoznak azok az esetek is, amelyekben a fikció kialakításánál valamilyen *szimulálás*<sup>33</sup> hat közre. Az a primitív elgondolás, hogy a fikció az ún. tényállást megváltoztatja, itt abban mutatkozik, hogy a felek részben más tényállást produkálnak, mint amely megnyilatkozna akkor, ha nem a tényállás színlelésével kívánnák az áhított joghatást előidézni. Ajándékozást és ezzel kapcsolatos tulajdon-átruházást akarnak például, bizonyos okokból azonban ezt adásvétel formájában teszik, vételárként aránytalanul csekély összeget — például, a legkisebb pénzegységet — tüntetvén fel. Mindenki tudja — a hatóságot is beleértve —, hogy mi történik itt voltaképpen, de senki se kifogásolja az *in fraudem legis agere* eme „legális” módját, amelynek persze minden egyes esetben szükségképpen el kell térnie valamely *é r d e m l e g e s* összetevőben a nem szimulált adásvétel ún. tipikus tényállásától. Más szóval: a t i p i k u s t é n y á l l á s n a k c s u p á n e g y i k r é s z e e s i k a *t e r t i u m b a*. Nyilvánvaló, hogy dacára a tényállás utánképzésének, annak egyik része — sőt, hozzátehetjük: jelentőséggel bíró része — mégis a *q u a r t u m b a* kerül, és azt a további fikciót igényli, hogy olybá vétessék, mintha szintén „h a s o n l ó” lenne. Vagyis azon bizonyos egyetlen pénzegységnyi „szimbólum” tekintessék a konkrét esetben vételárnak.

És fordítsuk meg most ezt az esetet: hányszor mondja a kereskedő valamilyen feltűnően olcsónak állított vételárra utalással, hogy az adásvételi ügylet, amelyre a vevőt rá akarja beszélni, „v a l ó s á g o s a j á n d é k”. Ezzel a kitétellettel azt a fikciót fejezi ki, hogy bizonyos vonatkozásban úgy tekintendő, m i n t h a ajándék lenne. (Ha a r ó m a i kereskedő mondott ilyent, nála ez a következő gondolatot is kifejezhette volna: a kérdéses adásvétel m i n d e n t e k i n t e t b e n pontos mása, utánképzése annak a mancipációs adásvételnek, amelyet *res mancipi* ajándékozása esetén szoktak létesíteni.)

Vegyünk egy másik példát: régi babona tiltja, hogy bizonyos dolgokat (kést, stb.) ajándékba adjunk, ajándékként elfogadjunk. Ilyen esetben még ma is elterjedt szokás, hogy a megajándékozott valamilyen csekély értékű pénzdarabot

<sup>33</sup> A vonatkozó latin ige [*simulare*] h a s o n l ó v á t é t e l t jelent (*similis* = hasonló). A szimulált jogügylet esetében magatartásunkat h a s o n l ó v á tesszük ahhoz, amelyet a vonatkozó eredeti ügyletnél (például adásvételnél) tanúsítani szoktunk, hogy a joghatás is amazéhoz h a s o n l ó legyen: magatartásunk olyan, m i n t h a pl. adásvételt kötnénk, és a joghatás is sokszor olyan, m i n t h a amazt az ügyletet létesítettük volna. (A  *fingere* eredeti jelentése: valamilyen anyagból valamit formálni, képezni, utánképezni.)

ad „ellenértékül”, s így az ügylet „adásvételnek” tekintendő: pontos h a s o n m á s a tehát azoknak a f i n g á l t adásvételeknek, amelyeket a rómaiak az ajándékozásnál (persze más okból, más céllal) felhasználtak, s így nem más, mint s z i m u l á l t a d á s v é t e l .

AXEL HÄGERSTRÖM<sup>34</sup> volt talán az első, aki felhívta a figyelmet arra, hogy a római jognak nem egy sajtószerű jelensége természetes magyarázatát leli, ha visszavisszük keletkezési korának gondolatvilágába, amelyet át- meg átszöttek a m á g i k u s e l k é p z e l é s e k , p r i m i t í v b a b o n á k . Bár szűkebb szakkörökben e felfogásnak kevés visszhangja támadt és sok nyilvánvaló elfogultság is mozgósult ellene, mégsem tagadható, hogy megállapításai számos tekintetben igen meggyőzőek: helyesnek látszó megoldásokat talál oly kérdésekre, amelyeknél eddig beértük frázisokkal vagy nyilván helytelen álmegoldásokkal. Bár a fikció kérdésével maga *ex asse* nem foglalkozik, és ahol ezt a fogalmat használja, eléggé kifogásolható módon teszi ezt, mégis az a sejtésünk — s éppen az ő egyéb fejtegetései nyomán —, hogy a fikció az emberi gondolkodás derengő korában a mágiával kapcsolatban sarjadhatott ki.

Ma már sokan vélik, hogy a képzőművészet talán legősibb emlékei, a barlangok falán talált állatábrák voltaképpen mágikus cselekmények, amelyek arra voltak hivatva, hogy a vadászszerencsét kedvező irányba fordítsák. Eléggé ismeretesek azok a mágikus elképzelésen alapuló manipulációk, amelyek az ellenség testének valamilyen részén (pl. hajzatán) vagy esetleg képmásán elvégezve, az ellenség romlását voltak hivatva előidézni. Az ellenség testének valamilyen része vagy a hozzá többé-kevésbé hasonlító képmás az egyneműség, a hasonlatosság erejénél fogva azonosul magával az ellenséggel, és amit ezeken végzünk (pl. megsemmisítjük), a mágia erejénél fogva megtörténik majd az eredetin is. Lehetőnek tartjuk, hogy ez a mágikus elképzelés hathatott közre jelentékeny mértékben a fikció kialakításában is: a hasonlívó tétel teljes azonosságot, azonos sorsot varázsolt elő. Eredetileg talán elválaszthatatlan volt az ilyen bűvöléstől az érzékelhető hasonlóság — az ember vagy a dolog érzékelhető hasonmásán kellett valaminő cselekvéssel az ugyancsak érzékelhető változást előidézni, hogy ez a változás azután az eredetin is hasonló módon bekövetkezzék. Később talán már elégséges volt a varázslat valamilyen absztraktabb módon történő formája, vagyis a változtató cselekvések helyébe az azokat kifejező szándék szavakban történő megfogalmazása léphetett, azaz a szavakkal történő varázslat, a bűvölés, az átok. A vegyes alakzatok persze igen soká fennmaradhattak, és talán azok jártak vissza kísértetni az ügylet-szimulálással kapcsolatos fikciókban is, amelyeket talán reál-fikcióknak nevezhetnénk a későbbi, elcsökevényesedett formában még ma is élő verbál-fikciókkal szemben. Ámde bármiképpen volt is, annyi kézenfekvő, hogy az ősi varázslatok és a mai fikciók struktúrájában sok hasonlóság van, és számos nézet, amelyet még ma is vallanak a fikcióról, kétségtelenül egészen primitív

---

<sup>34</sup> Axel Hägerström *Der römische Obligationsbegriff* im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung (1927).

gyökerekből nyeri le nem becsülhető tekintélyét, misztikus nimbuszát. Talán a fikció hasznos voltába („csodatevő erejébe”) vetett hit is innen veszi szívósságát.

Szorosan kapcsolódik mindehhez az a fölöttébb kártékony hiedelem, mintha volnának (vagy lehetnének) bármilyen téren is ún. fikciós elméletek, amelyek valaminek megvilágítására, megmagyarázására hasznos szolgálatot tesznek. Az általunk kifejtettek alapján nyilvánvalónak tetszik, hogy semmiféle fikciós elmélettel nem juthatunk igazán előre a megismerés göröngyös útján. Ellenkezőleg, nagyon sok esetben azt kell tapasztalnunk, hogy éppen az a körülmény akasztja meg a további kutatást, hogy megelégszünk azzal az illúzióval, hogy a fikciós „elmélet” valamilyen magyarázatot nyújtott. (Bizonyos, hogy a kiéhezett ember, ha teleissza magát vízzel, átmenetileg nem érzi az éhséget — de azért a vízzel mégsem vette a hiányzó táplálékot magához. Valamiképpen így vagyunk az ilyen semmitmondó magyarázatokkal is.)

Az a körülmény, hogy a fikciós elmélet segítségével történő magyarázat valójában semmi érdemlegeset nem mond a vizsgált jelenség természete és fontos összefüggései tekintetében, nyomban nyilvánvalóvá válik, ha valamilyen egyenértékű transzformációjában tekintjük, például kivétel-szerkezetben történő megjelenésében: senkinek sem jutna eszébe bármiféle komoly megvilágítást érzékelni egy így adódó „kivétel-elméletben”. A fikciós elméletnél már valamivel többet látszik mondani, ha azt hasonlat-elméletnek tekintjük, ami szintén transzformációs alakzat. E formájában szemlélvén a dolgot, szembeötlővé válik, hogy voltaképpen az új fogalom keletkez(tet)ési útja az, ami ezzel bizonyos tekintetben megvilágítható, de semmi más. Maga az, amit a fikciós elmélet hivatkozásával megvilágosítottak vélnek, változatlanul megmarad a függvény olyan ismeretlenjeként ( $x$ ), amelynek még csak az ún. értékbirodalma sincs (megközelítően sem) meghatározva. Nem meglepő, hogy e zavaros összevisszaságban oly dúsan tenyésznek a különféle téves elképzelések.

A fikciónak a tagadás logikai műveletéhez való viszonyát a legegyszerűbb módon talán a kivétel-szerkezetnél figyelhetjük meg. Hitem szerint kellően megvilágítottuk, hogy milyen — logikailag sematizált — művelet-alkalmazással lesz a fikcióból véle egyenértékű kivétel-konstrukció. Ennek előrebocsátásával megállapíthatjuk, hogy a kivétel-szerkezet magában egyesíti — és ugyanakkor fel is mutatja — a kiindulásként vett tételt, e tétel tagadását, és a konjunkciós tétel tagadása folytán keletkező változatok közül szelektív tagadással meghagyott (megmaradt) változatot, mint eredményt. A kiindulásként vett tétel azonos azzal, amelyet a kivétel-szerkezetnél „főszabály” elnevezéssel szokás jelölni; e tétel tagadása azt az újabb tételt hozta, hogy a kiindulásként vett tétel nem minden esetben áll meg, legalábbis egy esetben helytelenül tükrözi a valóságot — azaz a kivétel meghatározása megmutatja, hogy mely eset (eset-csoport) az, amelyik megmarad, ha a többi változatot szelektív tagadással kiküszöböljük. Amint ebből is nyilvánvaló, a kivétel-szerkezet a folyamatot tükrözi közvetlenül, az ennek eredményként előállott új helyzetet viszont csak közvetve. (Mint láttuk, a fikciónál is hasonló jelenség bontakoztatható ki. A kivétel azonban bizonyos

tekintetben megfordítása is a fikciónak, mert amit a kivétel esetében „k i v e s z ü n k” az egyik körből, azt a fikciónál „h o z z á a d j u k” a másik körhöz.)

A kivétellel áttört ún. főszabály (fogalom stb.) annak kivétellel történt áttörésével m e g s z ű n t, új szabály (fogalom) keletkezett, amely bár bizonyos logikai (műveleti) kapcsolatban áll ugyan a régi szabállyal (fogalommal), azzal azonban semmiképpen sem azonosítható. (Ha a szinuszt elosztjuk a koszinusszal, tangenst kapunk, melynek ismerjük a szinuszhoz és a koszinuszhoz való műveleti viszonyát, de amelyről azért semmiképpen sem állíthatjuk, hogy ez most akár a szinusznak, akár a koszinusznak egy újabb, valamelyest módosult formáját jelentené.) El kell fogadnunk, hogy a kivétel-szerkezettel, ha azt például az ún. tényállási részre alkalmaztuk, a szabály a maga egészében megváltozott, s ezzel a régi szabály helyébe új lépett, amely most már más tényállási körre alkalmazandó; minthogy pedig a szabály érdemébe a legszorosabban beletartozik alkalmazásának köre, nem lehet kétséges, hogy a régi szabály megszűnt, és egy új szabállyal van dolgunk. (Ezen mit sem változtat az, hogy lesznek — lehetnek — olyan esetek, amelyekben a régi szabály is megtette volna ugyanazt a szolgálatot, vagyis lesznek esetek, amelyek a régi szabály tényállási körébe is beletartoznak. A gyakorlatban nem egyszer fordult már elő az is, hogy az új szabály megszületése után bizonyos idővel már majdnem minden eset „kivételnek” minősült.)

A kivétel-szerkezetet a szabály közvetett (kialakulásának, elgondolásának valószínű t ö r t é n e t é t is röviden jelző) kifejezőmódjának kell vennünk (itt is jelen van az a bizonyos hasonlatosság a fikcióval), és ugyanakkor tudatában kell lennünk annak, hogy elvben fennáll annak lehetősége, hogy a szabályba annyira szorosan beletartozó hatályossági területet közvetlenül is leírjuk. (Ez a gyakorlatban sokszor nehézkessé teheti a kifejezés módját, akárhányszor a könnyű megértés vagy megjegyzés rovására is mehet, ami azonban a mondott elvet nem érinti.)

A legfőbb nehézség — amire már ismételten utaltunk, de amit nem győzünk eléggé hangsúlyozni — abból keletkezik, hogy operatív könnyebbség okából és nagyon régi megszokás következményeként ragaszkodunk a „fogalom megmaradásának” naiv (és ugyanakkor téves) elvéhez, és ebben nem csupán a szubsztanciákkal operáló primitív szemlélet támogat, hanem egy másik ködös elgondolás is, amit hasznosnak vélünk itt leleplezni: az absztrakcióról alkotott helytelen nézet.

Ha azt hisszük — és e hiedelem megrögződésében a hagyományos logika szinte mindegyik tankönyve segítségünkre van, ezzel is bizonyítván e hiedelem elterjedtségét —, hogy az absztrakcióba a dolog „l é n y e g e s” ismérvei vagy vonásai kerülnek bele, ráadásul anélkül, hogy számot adnánk magunknak a „lényeges” fogalmának eredetéről, anélkül tehát, hogy tudatosítanók magunkban, hogy a „lényegesnek” megfelelő a b s z o l ú t elgondolás téves, és az, amit adott helyen és időben, konkrét vonatkozásban „lényegesként” jelöltünk meg,

ismereteink, a konkrét vonatkozások, érdeklődésünk, érdekeink (stb.) változásával „lényegtelennek” válhat, az addig „lényegtelennek” tartott pedig „lényegessé”, úgy nyilvánvalóvá lesz, hogy egészen elhibázott módon értelmezzük az absztrakció műveletét, amikor a kivétellel már áttört „főszabály” továbbra is a vonatkozó szabályozás logikai alapjának tartjuk. Mert ha addig, megfelelő korlátozással (és persze tévedésre csábító kifejezésmódként) talán használható is lett volna a „lényeges” megjelölés, az „áttörés” nem csupán áttörte, de meg is semmisítette a régi tételt (fogalmat, stb.), ugyanakkor újat teremtve helyébe. E változás után, mint láttuk, önáltatás arról beszélni, hogy vannak még esetek, amelyek a „főszabály” alá esnek. Meg kell látnunk, hogy a régi szabálynak a kivétellel történt áttörése folytán megváltozott az a tényálláshalmaz, amelyet még a régi jogi szabályozottság egységbe foglalt össze, és helyébe más halmaz lépett; hiszen a régi halmazba oly elemek is tartoztak, amelyek az új halmazba már nem tartoznak bele. Ezt az átalakulást lehet historikus leírással megvilágítani, közölvén például, hogy minő tapasztalatok, megfontolások, az erőviszony minő megváltozása (stb.) hatott közre annak előidézésben, de lehet az átalakulás logikai struktúrájának (a tagadásnak és a tagadás tagadásának) feltárásával, és persze mindkét mód egyidejű alkalmazásával is közelebb hozni a megértéshez. A logikai összefüggés feltárása semmi esetre sem mellőzhető, mert csak ez képes elhárítani azt a veszélyt, hogy történeti reminiscenciák révén a letűnt múlt uralkodjék gondolkodásunkon, és az a hiedelem támadjon bennünk, hogy a levitézlett szabály megmaradt mint „főszabály”. Nincsen „főszabály” és nincsen „alszabály” sem; ezt a tévedést a kivétel-szerkezet kifejezésmódja ugyan alátámasztani látszik, de nem szabad figyelmen kívül hagynunk, hogy magát ezt a kifejezésmódot is sok esetben közvetlenül a historikus szemlélet sugalmazza, máskor meg utánképzése a historikus szemlélet alapján rutinná vált módnak. Már megmutattuk azt a technikát, amellyel minden fikciós szerkezet vele egyenértékű kivétel-szerkezetté alakítható át, és ha most ezt a technikát a visszajáról alkalmazzuk, úgy minden kivétel-szerkezetből fikció lesz: a kivételből lett fikció szemlélteti talán a legmeggyőzőbben, hogy mennyire téves az általunk az előzőekben kifogásolt felfogás. (Az itt kifejtetteknek komoly hasznát fogjuk venni a következő traktátusban is.)

A fikcióval egyenértékű kivétel-szerkezethöz a tagadással való kapcsolat kimutatása igen egyszerű feladatnak bizonyult. Bonyolultabb eljárást igényel, ha a fikciónak a tagadáshoz való viszonyát akarjuk megmutatni, mert ehhez az látszik szükségesnek, hogy az eddig nagyjából ismert logikai műveletek (konjunkció, diszjunkció, negáció) mellett még az implikáció legáltalánosabb vonásaival is valamelyest megismerkedjünk. Az alantiekben megkíséreljük, hogy némileg mégis megvilágítsuk ezt a kapcsolatot.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> A más vonatkozásban már említett *Senatus Consultum Silanianum* eredeti rendelkezése szerint azok a rabszolgák estek az ott leírt intézkedések alá, akik a megölt *dominusszal* a támadás időpontjában *sub eodem tecto*



voltak. Tehát nem minden rabszolgája, bár ez nyilván jobban megfelelt volna a rabszolgatartók abban felismerni vélt osztályérdekének, hogy a legbrutálisabb módszerekkel félemlítsék meg és serkentsék gazdáik aktív védelmére a rabszolgákat. –miért esik ki az 'a'? A tagadás és a szelektív tagadás eredményeként vázolható korlátozás (kivétel) számolt az osztály egyes tagjainak egyéni érdekeivel, és egyben azzal az osztályérdekkel is, amely ellentmond a rendelkezésre álló rabszolgatörvények nagyobb mérvű elpusztításának. Amikor a *sub eodem tecto* kitéllettel vélték helyesen kifejezhetni ezt a korlátozást, ezzel nyilván nem mechnikus eszköz t választottak a korlátozás elérésére — ahogyan ezt például a választási törvények hosszú története az elnyomott osztályok választójogának korlátozásánál oly élesen mutatja —, hanem e mögött kétségtelenül az a ráció lappangott, hogy az ugyanazon fedél alatt tartózkodónak módjában van a veszélyt észlelni és segítséget is nyújtani. Fejezzük ki ezt az elgondolást egy annak megfelelő ítéletkapcsolatban: „ha a rabszolga ugyanazon fedél alatt van a gazdával, akkor módjában van a veszélyt észlelni és segítséget nyújtani”.

Bontsuk ezt a kapcsolatot két részre, és tekintsük e két részt ideiglenesen egy-egy zárt egységnek. Az első rész: „ha a rabszolga ugyanazon fedél alatt van a gazdával” — jelöljük ezt az ítéletegységet *A*-val. A második rész: „akkor módjában van a veszélyt észlelni és segítséget nyújtani” — jelöljük ezt a részt *B*-vel. Most szabadítsuk meg mindkét részt attól az egy-egy szótól, amely a két ítéletnek egymással való sajátos (műveleti) kapcsolatát van hivatva kifejezni. Így az első részből kimarad a „ha”, a második részből az „akkor”, és ezentúl jelezzen az *A* és *B* egy sé g ként felfogott ítéletrendszer: „a rabszolga ugyanazon fedél alatt van a gazdával”, és „a rabszolgának módjában van a veszélyt észlelni és segítséget nyújtani.”

Mint már érintettük, a „ha... , akkor...” nyelvi kifejezésnek megfelelő kapcsolatot (és műveletet) a logikában *implicáció* nak nevezzük. (Nyilván szabatosabb volna, ha azt mondanók, hogy a logikai implicáció kifejezésére a köznyelvben *sokszor* a „ha... , akkor...” kifejezés felel meg; ez azonban túlzottan sok — a mi szempontunkból nélkülözhető — magyarázatot igényelne, és ezért talán helyesebb ebben az esetben, ha kevésbé pontosan fejezzük ki magunkat).

Az implicáció egyik szokásos jelölésmódja a fekvő nyíl ( $\rightarrow$ ), amely a „ha”-val kezdődő ítélettől az a „akkor”-ral kezdődő ítélet felé mutat: a mi esetünkben tehát:  $A \rightarrow B$ , ahol ezek szerint *A* és *B* a két ítéletet, a nyíl pedig a közöttük fennálló kapcsolatot jelentvén, a *három jel együttese* n jelenti a szabály szövegezőjének kellő alappal feltételezett gondolatmenetét. Vegyük tudomásul, hogy ezt az implicációs kapcsolatot negációval és diszjunkcióval is éppúgy kifejezhetjük, ahogyan konjunkcióval és két negációval is kifejezhetjük:

$$A \rightarrow B = \bar{A} \vee B = A \& B$$

(Amikor ismételtelen felhívjuk a figyelmet arra a körülményre, hogy a diszjunkció jele mögött tulajdonképpen *három* változat szerepel, mert a diszjunkció „vagy”-ja azt jelenti, hogy vagy az egyik, vagy a másik, vagy mindkettő, ajánlatosnak tartjuk azok számára, akiket ez a részlet érdekel, hogy az általunk itt hozott konkrét példa kapcsán fejtsek ki saját maguk számára, hogy mit jelentenek a jelekkel röviden kifejezett egyenértékűségek, vagyis miként fejeznők ki köznapi nyelven a *Senatus Consultum Silanianum* implicációval közölt gondolatát, ha azt diszjunkcióval és tagadással, vagy konjunkcióval és tagadásokkal akarjuk kifejezni.) Kissé körülményes volna annak egzakt levezetése, hogy valóban egyenértékű kifejezőmódokról van szó — azt hisszük azonban, hogy a konkretizálás keresztülvitele a jelen esetben pótolja a szigorú levezetést.

A diszjunkciós forma az, amely számunkra tanulságos kiindulást hoz. Az  $\bar{A} \vee B$  ekvivalencia *három* változatot jelent, amelyek közül egyszerre csak egy lehet igaz, amelyek közül tehát egyet akként kell kiválasztani, hogy a másik kettőt tagadással elimináljuk. E három változat:

- vagy nincsen a gazdával egy tető alatt (és ugyanakkor nem is észlelheti a veszélyt),
- vagy ugyanazon tető alatt van (és ugyanakkor észlelheti a veszélyt),
- vagy nincsen egy tető alatt vele (és ugyanakkor mégis észlelheti a veszélyt).

Ennél a felbontásnál kitűnik, hogy a *második* változat felel meg a *Senatus Consultum Silanianum* feltehető szövegének, az *első* változat megfelelne annak az esetnek, ha ez úgy lett volna például megszővegezve, hogy a „főszabály” szerint minden rabszolga a jogszabály intézkedése alá esik, kivéven azokat, akik nem voltak a gazdával egy fedél alatt.

A *harmadik* változat érdemli meg talán leginkább figyelmünket, mert az implicációban benne rejlő lehetőségként mutat rá arra az esetre, amelyet azután az egyik *fikció* fel is használt ama formában, hogy az országúton történő támadásnál (amikor kétségtelenül nem voltak tető alatt) is felel a kíséretben lévő rabszolga, észlelvén a veszélyt.

Igen érdekes eredményre vezet az egyszerű példa további kidolgozása az előbb közölt alapokon, és igen tanulságos ama *negatív* változat kiterítése, amely az *egészes* implicáció tagadását jelenti, vagyis azt, amikor egy tető alatt van a rabszolga a gazdájával, és mégsem észlelheti a veszélyt, mint ahogyan a *Senatus Consultum Silanianum* kazuisztikája nem is tekinti rendelkezései alá esőnek azt a rabszolgát, aki például süketnéma, és ezért

A fikció és a kivétel között fennálló logikai kapcsolat struktúrájának az eddiginél egzaktabb feltárását mellőzzük. Úgy hisszük, hogy az ezen vonatkozásban felhozott példák és azok értelmezése a magunk szükségletei szempontjából kielégítő evidenciát nyújtottak. Ezen túlmenni oly fölösleges terhelési többletet jelentene az olvasónak, amelyet a magunk elé tűzött célok nem indokolhatnának.

Ugyanebből az okból mellőzendőnek véltük annak az annyira csábító kérdésnek a tárgyalását is, hogy nem rejlik-e valamilyen egészséges csíra abban a némelyek által odavetett állításban, hogy a fikciónak heurisztikus értéke van. Ennek taglalása túl messzire vezetne utunktól.

Végül, bár magától értetődőnek látszik, bizonyos tapasztalatok alapján mégis külön megemlítendőnek tartjuk, hogy nem csupán a fíngáló folyamat és az azt lezáró fikció között kell különbséget tennünk. Legalább ily élesen kell ezektől megkülönböztetni a folyamatnak vagy eredményének téves értelmezését is. Nem lehet helyes képe a fikciós folyamatról és a fikcióról annak, aki azt hiszi, hogy megalkotásakor valótlan valónak (és valót valótlanak), nem létezőt létezőnek (és létezőt nem létezőnek) veszünk — nem juthat el tiszta ítélethez, aki azt hiszi, hogy a fikció a valótlan (vagy a tévedés) szinonimája. És persze az sem, aki nincsen tudatában annak a minden absztrakcióval együtt járó, de a fikciónál különösen gyakran mutatkozó veszélynek, hogy bár eredetileg csak egy bizonyos vonatkozást kívánt kifejezni, utóbb sok ember mégis reális, önálló, abszolút létezőként fogja fel.

---

nem is észlelhetett. Azt hisszük, hogy ezzel némi bepillantást nyertünk abba a logikai struktúrába, amelyben a fikció mozogni szokott.

# CSONGOR HERKE

## MEDIATION AND RESTORATIVE JUSTICE

### I. *Victim protection and criminal justice policy*

On July 1, 2003 following a long period of waiting and several modifications Law XIX. of 1998 dealing with criminal procedure (CP.)<sup>1</sup> finally came into effect. According to the explanations of Law II. of 2003 that put Law XIX. into effect and also relevantly modified several of its paragraphs, there are two basic tendencies to be noticed in international penal justice<sup>2</sup>. One of them believes enlargement of criminal justice effects and increasing severity of repressive criminal justice to be the guarantee of effective crime reduction<sup>3</sup>.

The other tendency favours other means of punishment (measures) to sentence of imprisonment<sup>4</sup>. As an effect in the '80s and '90s new solutions started to be applied in an increasingly wide field of criminal justice besides traditional alternative punitive sanctions (conditional sentence of imprisonment, fine, other measures<sup>5</sup>). Some of the new solutions were diversion, reparation solutions and discretionary accusations and victim-offender mediation.

According to GYÖRGYI<sup>6</sup> in the system of punishments there have to be elements that primarily aim compensation to the victim. The formation of these elements requires however a radical shift of perspective in criminal justice policy and can be reached only through formation of harmonized institutions of the material law and the criminal procedure. The positions and statements of many of the international institutions<sup>7</sup> and also that of organizations created especially for that purpose since the 1980s focused mainly on victim protection. According to Point 3. of Recommendation nr. R (96) 8. of the Council of Europe referring to the European criminal justice policy one of the basic tasks of criminal

---

<sup>1</sup> The study was made with financial help of the NSRP grant nr. *F 037917*.

<sup>2</sup> According to PUSZTAI penal justice embraces a wider range of issues than criminal justice policy (see cases that attempt to avoid criminal accountability applying diversion). Cf. Of Crime, Criminal Justice Policy and the Activity of the National Criminological and Criminalistic Institution. Interview with László PUSZTAI. *Rendészeti Szemle* [Police Review], 1993/5. p. 49.

<sup>3</sup> See Point 3. of General Reasons for Law II. of 2003.

<sup>4</sup> This view is supported also by expenditure considerations: imprisonment is the most expensive punitive sanction. Alternative solutions cost about one tenth of imprisonment expenses. See Katalin GÖNCZÖL: *A nagypolitika rangjára emelkedett büntetőpolitika* [Criminal Justice Policy with a Power Politics Status]. *Jogtudományi Közlöny* [Legal Bulletin] 2002/5. p. 203. According to Great Britain studies an increased number of imprisonments would not decrease crime relevantly (a 25% increase of the imprisonments would lead to only 1% of crime decrease). Cf. Imre KERTÉSZ: *Büntetőpolitika-bűnmegelőzés. Hazai és külföldi példák* [Criminal Justice Policy – Crime Prevention. Cases Home and Abroad.] *Cég és Jog* [Firm and Law] 2002/11. p. 28.

<sup>5</sup> KÖVÉR shows that in Great Britain alternative punishments are applied mainly as an alternative to penalties and not to imprisonment and the result is that if the sanction is not performed the sentence is transformed into imprisonment even for those who originally were sentenced to fine. Cf. Ágnes KÖVÉR: *Az angol büntetőpolitika törekvései a börtönnépesség csökkentésére* [Attempts of English Criminal Justice Policy to Decrease the Number of Imprisoned Population.] *Magyar Jog* [Hungarian Law] 1991/9. p.556.

<sup>6</sup> Cf. Györgyi KÁLMÁN: *A büntetőpolitika és a büntetőjog fejlődési tendenciái* [Developing Tendencies of Criminal Justice Policy and Criminal Law. *Ügyészek Lapja* [Public Prosecutors' Journal.] 1996/3. p. 21.

<sup>7</sup> Such statements are UNO Declaration of 1985 regarding crimes and authority abuse victims, Recommendation of the Council of Europe also of 1985 regarding the legal status of victims in criminal law and criminal procedures. The Hungarian White Ring Victim Protection Organization is a member of the European Forum for Victim Protection founded in 1998. Cf. József VIGH: *Nyilatkozat az áldozatok jogairól a büntető igazságszolgáltatásban.* [Declaration Concerning Victim Rights in Administration of Criminal Justice Policy.] *Belügyi Szemle* [Journal of Domestic Affairs] 1996/3. pp. 33-39.

law is protection of crime victims. And Point 5. says that criminal law in each state has to promote social reintegration for offenders and support for victims<sup>8</sup>. Point 35. of the Crime Prevention Action Plan of Milan states that transformation of the socially, politically, culturally, economically marginalized and deprived status of individuals belonging to various social strata during the criminal procedure is to be avoided, i.e. according to GÖNCZÖL offence proportional punishment is not inflicted equally on all the offenders<sup>9</sup>. Thus the sentence has to consider also the differences between offenders thus supporting their rehabilitation and resocialisation. Another case to be avoided is when offenders feel victims of the criminal procedure<sup>10</sup>.

CP-amendment of 2002<sup>11</sup> introduced into the prosecution delay regulation of the CP a measure stating that in his decision to delay prosecution the prosecutor can compel the suspect to respect certain rules of conduct or to perform any other duties. Such duties can be for example that the suspect

- should pay total or partial compensation for damages to the injured party,
- make reparation to the injured party in some other way,
- donate money for a pre-defined purpose or do community service (reparation in favour of the community),
- participate in psychiatric or alcohol dependence therapy.

The prosecutor can order the offender to perform more than one of these or other rules of conduct and duties.

According to the CP at present the only option to avoid prosecution (or at least the court phase of prosecution) besides delay of prosecution under the condition of performing prosecutor assigned duties is making compensation and/or reparation to the injured party<sup>12</sup>.

## II. Mediation and the Recommendation of the Council of Europe

According to SZABÓ criminal justice policy is the activity of authorized organs of the state to confront crime. However criminal justice policy is also a crime preventing policy, since the phenomena of crime is a "criminalized deviancy"<sup>13</sup>. The quality of the administration of criminal justice does not depend only on the government, but upon the work of the legal practitioners and legal experts (KÖVÉR)<sup>14</sup>. Thus criminal justice policy can take effective action and reach its goals only if the activity of the authorities is meat by the active collaboration of the participants of the legal process. A good example of such collaboration is mediation.

The Ministerial Committee of the Council of Europe defines basic requirements of mediation in its Recommendation (99) nr. 19. According to the Recommendation shift of tendency in the criminal justice policy of some of the member states give ground for an increasingly wide application of the mediation process. Arguments in favour of mediation are the following:

<sup>8</sup> Cf. Recommendation in a transforming Europe regarding criminal justice policy. Recommendation R (96) nr. 8. Passed by the Ministerial Committee on 5 September 1996 at the 572nd session of the ministerial delegates. *Bírák Lapja* [Judges' Journal,] 1998/1. p. 25.

<sup>9</sup> Cf. Katalin GÖNCZÖL: *Munkanélküliség, bűnözés, büntetőpolitika a fejlett polgári demokráciákban* [Unemployment, Crime, Criminal Justice Policy in Highly Developed Bourgeois Democracies.] Faculty Review Plus. 1994/3. p. 321.

<sup>10</sup> A research showed what an unfair situation is created among young people consuming drugs when the investigation authority due to its limited financial and human resources prosecutes young people arrested at random from among the young people in a disco of several thousand youth, while the majority escapes prosecution (although their action is no different from the action of those being prosecuted). Cf. Judit FRIDLÍ – Andrea PELLE – József RÁCZ: *Kábítószerfogyasztás és büntetőpolitika*. [Drug Consumption and Criminal Justice Policy]. *Esély* [Chance] 1994/3. p. 101.

<sup>11</sup> See Law I. of 2002.

<sup>12</sup> Theoretically it is also possible in private prosecution cases that the private prosecutor drops charges (or proposes stopping the proceedings) in return for amending damages, however he cannot set dropping charges as a term for stopping proceedings, it has to be a "tacit agreement". Cf. Flórián TREMMEL: *Magyar büntetőeljárás*. [The Criminal Procedure in Hungary]. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2001. p. 565.

<sup>13</sup> Cf. András SZABÓ: *Büntetőpolitika és alkotmányosság*. [Criminal Justice Policy and Constitutionality]. *Jogtudományi Közlöny* [Legal Bulletin] 1995/9. pp. 418-424.

<sup>14</sup> Ágnes KÖVÉR: *A börtönnépeség csökkentésére irányuló angol büntetőpolitika eszközei és beavatkozási szintjei*. (Means and Interference Levels of the English Criminal Justice Policy Regarding Decrease in the Number of the Imprisoned Population. *Magyar Jog* [Hungarian Law] 1991/11. p. 685.

- compared to traditional criminal procedures mediation is a flexible, wide ranging method, more effective in problem solving, and offering more completion and selection possibilities,
- the participation of the victim, the offender and other parties concerned (other interested people or affected communities) in the criminal procedure had to be more intense,
- the legitimacy of the victims' interest is emphasized more if we help them face the offender and communicate with him (apology, amends),
- the sense of responsibility of the offenders has to be increased and possibilities to start afresh have to be secured for them (reintegration, rehabilitation),
- mediation can decrease fear from the importance of the role played by the person and the community in the process of prevention, crime handling and conflict solving.

According to the Recommendation mediation requires special qualification, practise and accredited training. Mediated criminal cases require the cooperation of the non-governmental organisations and local communities and coordination and harmonization of the cooperation between the person and the community. In communities benefiting of the work of the mediators all the social strata represented in the respective community have to be involved into this work, including minorities and ethnic groups<sup>15</sup>.

In mediation both sides have to participate on a voluntary basis. Discussion during a mediation counts as secret material and cannot be used in any way in the crime process. The fact that the offender shows willingness to participate to a mediation process should not constitute on its own a basis to conclude that he admitted his guilt. The Council of Europe sets forward as a principle that the parties are entitled to mediation at all stages of the criminal procedure (even at court stage). This means mediation has to be a service easily available for all and at all stages of the criminal procedure<sup>16</sup>.

The mediator is a highly qualified specialist who always acts according to the request of the parties and does not press any of the parties to enter an agreement, does not threaten them (telling the injured party that his damages will not be compensated and telling the suspect he will get a more severe punishment if he is trialled in a traditional court unless he enters an agreement). The mediator usually has an obligation to secrecy, however, point 30. of the Annex of the Recommendation compels him to let the authorities know all the data that point to a more severe crime.

The parties have to reach an agreement without being constrained in any way to do so. Mediators are obliged to inform the authorities involved in the criminal procedure about the stages and results of mediation. Mediators' report is not supposed to contain data concerning the content of the mediating sessions, nor any opinion of the mediator about the parties' behaviour during mediation. The agreement reached during the mediation process (an the sentence sanctioning it) has a *res iudicata* status and based on the principle of *ne bis in idem* excludes all further appeal.

### *III. Variations of restorative justice*

Today's justice is in danger of being driven further and further from those directly affected – the victim and the offender – by the fact that members of the court having also the support of the defending council turn each case in a judicial issue<sup>17</sup>. Mediators in their turn are threatened by this danger as well in case they become too official. One of the main goals of the mediation process is that solutions to conflicts should be given by those who originally had the conflict, but this process (just like traditional criminal procedure) can also become impersonal if the mediator becomes estranged from the parties.

---

<sup>15</sup> Cf. Jacques FAGET :Mediation, Criminal Justice Policy and Community Involvement. A European perspective. In: Victim-offender Mediation in Europe. Leuven Univesity Press, 2000. p. 45.

<sup>16</sup> Ivo AERTSE: Victim-offender Mediation in Belgium. In: Victim-offender Mediation in Europe. Leuven University Press, 2000, p. 187.

<sup>17</sup> In the opinion of Professor Nils CHRISTIE members of the empowered authority and the defenders "appropriated" conflicts from those directly affected by them. Cf. Nils CHRISTIE: Conflicts as Propriety, British Journal of Criminology, 1997, 17 (1), pp. 1-17.

According to VIGH<sup>18</sup> three conceptions of justice became general since the beginning of the 20th century:

- a) retributive justice, where imposing a retributive punishment proportional to the offence is seen as desirable (and so the injured party and the damage caused to him are irrelevant),
- b) preventive justice, where influencing the future behaviour of the offender, i.e. attempting to prevent him from re-offending is considered to be the main goal of punishment, and finally
- c) restorative justice, where compensating the victim for the damages and restoring the situation to the pre-crime conditions (and besides these rehabilitating of the offender and involving the community) are considered to be the main tasks of justice.

Restorative justice is called compensational restorative justice by VIGH and simply restorative justice by GÖNCZÖL<sup>19</sup>. Considering the fact that restorative justice aims not only to compensate the damages, but rather to restore the original (pre-crime) situation I will further use the term proposed by GÖNCZÖL.

VIGH enlists 5 main characteristics of restorative justice<sup>20</sup>:

- evaluation appropriate to the objective situation of the crime (including damage and affront) has to be restored,
- the role of calling to account is to solve the conflict between offender and victim and to restore the disrupted situation of the community,
- justice also aims to rehabilitate the offender and reintegrate him into the community,
- the sanction inflicted upon the offender is not a retribution of the crime that has been committed, but rather a means of preventing further crimes in order to achieve an optimal social co-operation,
- finally attempts to socialize justice are an important element (e.g. calling to account through the social court, disciplinary procedure at the workplace, through the mediation process).

According to WRIGHT restorative justice has three forms<sup>21</sup>:

- a) authoritarian
- b) democratic and
- c) unilateral restorative justice.

ad a) Several countries adopted restorative justice, but in a different form: courts and court officials still maintain control over the procedure and they make the decisions, observing however the opinion of victims and offenders<sup>22</sup>. According to WRIGHT authoritarian restorative justice is basically patronising. It presumes that empowered officials know what is best for the others. It has three relevant characteristics:

- decisions are made by officials and authorities and mediation services between victim and offender are also organized by them (participation of non-governmental organizations is insignificant),
- the idea of reparation has a very narrow sense, the outcome is more important than the process,
- it is far more concerned with the offender than the victim and in most cases it is applied as a punishment (reparation is of secondary importance).

In the process of the authoritarian restorative justice victims can rarely give their consent, they participate in a very small degree in finding and implementing solutions to the case. The social worker

<sup>18</sup> József VIGH: *Kárhelyreállító (restoratív) igazságszolgáltatás* [Restorative justice.] *Magyar Jog* [Hungarian Law] 1998/6. p. 328.

<sup>19</sup> Cf. Katalin GÖNCZÖL: *A nagypolitika rangjára emelkedett büntetőpolitika.* [Criminal Justice Policy with a Power Politics Status.] *Jogtudományi Közlemény* [Legal Bulletin] 2002/5. p. 203.

<sup>20</sup> See József VIGH: *Kárhelyreállító (restoratív) igazságszolgáltatás* [Restorative Justice.] *Magyar Jog* [Hungarian Law] 1998/6. pp. 330-331.

<sup>21</sup> Cf. Martin WRIGHT: Restorative justice: for whose benefit? In: *Victim-offender mediation in Europe.* Leuven University Press, 2000, pp. 19-38.

<sup>22</sup> Cf. Martin WRIGHT: *Restoring Respect for Justice: A Symposium,* Winchester, Waterside Press, 1999.

making a report for the court has the possibility to informally discuss reparation with the victim, but the discussion has to take place and the decision of the social worker has to be made before he had the chance to speak to the accused.

One of the goals of the mediation process is to shorten the procedure. However, sometimes this can reach exactly the opposite effect: in cases that can be easily handled and quickly solved by a traditional court agreement between victim and offender can take a far longer time. Thus at times when the time is short for the procedure, this state of facts argues against applying mediation. This is what happened in Great Britain when politicians decided court procedures had to be accelerated. The average time spent between the arrest and sentencing of recidivist juvenile offenders was 142 days. Instead of determining a shorter maximum duration for the procedure, they cut down to half the average time spent between the arrest and sentencing, i.e. 72 days<sup>23</sup>. Because of the great pressure the courts have to deal with there is little time for the victims to decide whether they want to have mediation or not. Thus in England in some of the cases such a situation is created that the court withdraws for hours only, until the reparation and action sentences are written<sup>24</sup>. Thus victims are contacted only through telephone or not at all.

Authoritarian restorative justice is characterized by a narrow interpretation of reparation. According to STRAW reparation may be part of the victim-offender mediation process, but mediation does not play a role in determining the extent of the reparation<sup>25</sup>. Official directives recommend social workers who have to write their report before the reparation sentence to suggest as reparation such actions that are rather related to the committed crime than the person who committed them.

Thus the offender does not have the chance to offer reparation, he is compelled to implement an action appointed by the court in this sense. Victim-offender mediation is an available option, but only after the court decided what the reparatory action would be. They discuss the reparation action with the victim, but he has to decide about reparation without having any possibility to actually meet the offender. Thus only a small part of the conflict is solved by those affected (the victim and the accused), most of it is controlled by the representatives of the criminal court.

Often the sign of the fact that the criminal process is focused on the offender and his crime, instead of the victim is that a seemingly restorative sanction is used in a punitive way. According to LAUNAY and MURRAY there were even cases when the victim and the offender came to an agreement concerning reparation and the court increased the punishment arguing that the earlier agreement did not reflect proportionally the committed crime. This caused disappointment to both parties, since the terms of their agreement were not respected. The best form of reparation is compelling the offender to participate to a victim-offender group.<sup>26</sup>

Restorative justice is authoritarian in cases when the offender is confronted with the effects of his actions. Shaming him can be part of confrontation. Authoritarian restorative justice has the tendency to be unilateral: it focuses rather on the offender and not the victim. The content of the reparation action is decided by the court and victim-offender mediation is regarded simply as a process of confronting the offender with his deed<sup>27</sup>.

ad b) The main characteristic of the democratic (community-based) restorative justice is that it functions through and for the community. This kind of restorative justice has a broad sense of reparation and aims to be useful both for the victim and the offender.

According to WRIGHT mediation services have two main bases: financial resources and the work accomplished<sup>28</sup>. These can be reached on different levels:

<sup>23</sup> Cf.: Home Office: No more Excuses: A New Approach to Tackling Youth Crime in England and Wales. White Paper, Cm 3809, London Stationery Office, 1997, points 7.2-7.3.

<sup>24</sup> Cf. Martin WRIGHT: Restorative justice: for whose benefit? In: Victim-offender mediation in Europe. Leuven University Press, 2000, p. 21.

<sup>25</sup> Cf. Jack STRAW: Calling Young Offenders to Account: UK Applications of Restorative Justice. Speech at conference of Office of Public Management and Thames Valley Police, 29. October 1998.

<sup>26</sup> Cf. G. LAUNAY–P.MURRAY: Victim-Offender Groups. In WRIGHT-GALAWAY: Mediation and Criminal Justice Policy: Victims, Offenders and Community. London, Sage, 1989. pp. 113-131.

<sup>27</sup> For further problems concerning authoritarian restorative justice see H. ZEHR – H. MIKA: Fundamental Concepts of Restorative Justice. Contemporary Justice Review, 1998/1. pp. 47-55.

<sup>28</sup> Cf. Martin WRIGHT: Restorative justice: for whose benefit? In: Victim-offender mediation in Europe. Leuven University Press, 2000, p. 24.

<b>Financial Resources</b>	<b>Accomplished work</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• state budget and local government (provision of hospitals, social organs etc.)</li> <li>• taxes of individuals and firms</li> <li>• sums of money secured by charity institutions</li> <li>• donations from individuals and organizations</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• services offered by state organs and local governments</li> <li>• services offered by non-governmental organizations (e.g. Victim Assisting Organization)</li> <li>• specialists hired by non-governmental organizations and volunteers</li> <li>• volunteer work of the individuals</li> </ul>

On both sides of the list the first point concerns the actions of the state, the last point is the most democratic and community-based measure. The non-governmental organizations have an advantage over the authorities: they are independent and thus free to criticize governmental policy.

Community benefits from democratic restorative justice just as much as from the authoritarian restorative justice. However the first one is more democratic, because it functions with direct participation of the people. Systems that are using democratic restorative justice become community-based. Of course they need to cope with compulsion as an ultima ratio as well, but they first try the effect of methods based on voluntary actions. In contrast with authoritarian restorative justice democratic restorative justice allows the victim, the offender and helpers to decide, if it is possible, what the reparation (but not the punishment!) should be. The families of the victim and the offender may participate to the procedure without being considered dysfunctional<sup>29</sup>. According to BAZEMORE and WALGRAVE both formal and informal justice are to be emphasized<sup>30</sup>.

Democratic restorative justice considers that in the criminal procedure the process itself, communication between victim and offender is no less important than the outcome (work, apology, compensation etc.). The offence suffered by the victim probably cannot be restored, but the probability that the accused will re-offend has to be decreased. Democratic restorative justice treats all equally, but treats "the victims more equally" than the others. Possible gain for the victims is at least as important as influencing the offender.

The table below presents the main characteristics of authoritarian and democratic restorative justice<sup>31</sup>:

<b>Authoritarian restorative justice</b>	<b>Democratic restorative justice</b>
Authorities decide	The affected ones decide (involving the community)
Punishment inflicted is in proportion with the crime committed	It adjust to the circumstances of the victim and of the offender
Applied only in case of juvenile offenders	Applied in the case of all the offenders
Applied in case of insignificant offences	Applied at all kinds of offences
The offender is compelled to go along	It starts with an offer of reparation from the offender
Rapidity of the process is the goal	The parties have time to come to an agreement
Supplementing punitive system	Restorative system
Punitive community service	Reparation aimed community service

ad c) Unilateral restorative justice sums up measures that are not punitive, but attempt to help benefit either the victim or the offender. As a response for the strictness of the 19th century punishments (solitary

<sup>29</sup> E.WEITEKAMP: The Paradigm of Restorative Justice: Potentials, Possibilities and Pitfalls. Monsey, Criminal Justice Policy Press, 1999. pp. 115-126.

<sup>30</sup> Cf. G. BAZEMORE– L.WALGRAVE: Restorative Juvenile Justice: In Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform. Monsey. Criminal Justice Policy Press, 1999. pp. 45-74.

<sup>31</sup> Cf. Martin WRIGHT: Restorative justice: for whose benefit? In: Victim-offender mediation in Europe. Leuven University Press, 2000, p. 28.



confinement, imposed silence etc.) in the 20th century initiatives to rehabilitate offenders have appeared. Restorative measures for the victims appeared only later<sup>32</sup>. Since 1988 courts in Great Britain have to specify the reason for sentences that fail to mention compensation or/and reparation<sup>33</sup>.

In 1983 at Strasbourg a European Agreement was signed concerning compensation of victims of violent crimes. The Agreement was reinforced by Governmental Resolution of the Hungarian Government nr. 2321/2001. (XI. 5.). As a matter of fact in 1999 the Hungarian Government indicated in a separate resolution the judicial tasks and other measures regarding protection for crime victims and for their relatives and regarding full or partial compensation<sup>34</sup>. In conformity with this Governmental Decree nr. 209/2001. (X. 31.) was enforced, which however regulated state compensations only for victims of violent crimes.

Besides state compensation many restorative initiatives and projects function in Western Europe. Part of them are victim assisting organizations offering voluntary help to crime victims. Others compel the offender to offer volunteer work and the work is mainly done for the benefit of the victim<sup>35</sup>. But the goals of these programs have got confused: they are rehabilitating and punitive at the same time. And the aspect that physical work is used as a punishment gives the impression that work is an unpleasant, avoidable action.

Thus we can state that unilateral restorative justice cannot fulfil its goal, since supporting either the victim or the offender (and not both at the same time) it does not promote communication between the parties.

#### *IV. Summary*

Restorative justice can serve for the best interest of both parties of the criminal case and of the authorities. For if the state considers the interests of the victims at least as much as that of the offenders, general sense of security will increase. According to UMBREIT and ROBERTS many of the victims consider it more important to have their questions answered by the offender and only a smaller part requests compensation and reparation<sup>36</sup>. The benefit of the offender is that he has to accept his accountability more consciously. However, this can be achieved only if the mediation process does not aim to condemn the offender and goes along as possible with the reparation offered by him.

Mediation is profitable for society as well: the probability that offenders admit their deeds is higher, they understand the effects of their deeds in other people's lives, they talk openly about the pressures leading to the crime, thus everybody can learn from each case. The probability that the offender makes reparation if he had previously agreed to do so is higher as well. This however requires social help: offenders have to be secured working possibilities, education etc.

Restorative justice is in the best interest of authorities as well. But to be wholly effective restoration has to be done in such a manner that the court, the prosecution and the police would not feel that the mediation process diminishes the authority of the official organs or that it even leads to reconsideration of the rights of victims or offenders. Practise shows that the number of confessions increased and the families of the offenders participate more and more to Family Group Conferences, since mediation processes have been introduced<sup>37</sup>. In cases when offenders confess the sentence is also more legitimate and the court does not have to spend time deciding whether the offender had committed the crime or not (since this is beyond doubt), but can concentrate freely on the other issues of the case (compensation, reparation etc.).

In order that mediation process would go well and be able to reach its goals, these goals need to be clearly formulated. Mediation groups of local and national level specialized in a certain group of cases have

---

<sup>32</sup> In New Zealand in 1963 by introducing state compensation and one year later in the United Kingdom for victims of violent crimes. Cf. Martin WRIGHT: Restorative justice: for whose benefit? In: Victim-offender mediation in Europe. Leuven University Press, 2000, p. 19.

<sup>33</sup> Cf. Measures of the Crime and Disorder Act.

<sup>34</sup> Cf. Governmental Resolution of the Hungarian Government nr. 1074/1999. (VII. 7.)

<sup>35</sup> Cf. Home Office, Department of Health and Welsh Office. National Standards for the Supervision of Offenders in the Community. London, Home Office Probation Division, 1995.

<sup>36</sup> Cf. M. UMBREIT– A. Warener ROBERTS.: Mediation of Criminal Conflict in England. An Assessment of Services in Coventry and Leeds, Center for Restorative Justice and Mediation. University of Minnesota, 1996.

<sup>37</sup> Cf. F.W.M.: McELREA, The New Zealand Model of Family Group Conferences. European Journal on Criminal Policy and Research. 1998/6. pp. 527-543.

to be formed. A mediator evaluating organization needs to be created in order that only well qualified specialists would participate to the mediation process. And data operated by mediation organizations have to be transmitted to crime prevention organs as well to help their activity. Also the prosecution, the court and the police should be empowered to have the right to refer to mediation processes<sup>38</sup>.

The efforts of retributive justice did not reach the goal set out at the beginning<sup>39</sup>. This kind of justice is not suitable – at least not in any kind of case – for an adequate reaction to crime: it serves neither the goals of rehabilitation, nor those of the victim protection well. Most citizens are not vindictive and would rather choose diminished legal rights instead of imprisonment for their victims<sup>40</sup>. The primary goal of calling to account should be rather reparation of the damage or injury caused by crime instead of severe punishment inflicted upon the offender (and implicate isolation from society)<sup>41</sup>. Considering present tendencies it can be easily foretold that restorative justice will have an increasing role also in the criminal justice policy of the European Union<sup>42</sup>. A fact that should by no means be neglected in formulating the short and long term criminal justice policy of our country, now that we are steps away from EU-accession.

---

<sup>38</sup> Cf. József VIGH: *Kárhelyreállító (restoratív) igazságszolgáltatás* [Restorative justice.] *Magyar Jog* [Hungarian Law] 1998/6. p. 333

<sup>39</sup> The author of this study also had a concrete case when the accused person being under arrest (but with no financial means or proper income) offered to compensate the victim if in exchange the prosecutions would permit him to be released. The Baranya County Public Prosecutor's Office replied that the principle of persuading crime does not allow it to enter such an agreement. After about three months, when investigations have been completed the offender was released, but did not pay anything as compensation to the victim. The stage of evidences against the offender did not change in these three months (he was never interrogated or confronted with evidence during that time) and the victim was probably never compensated for the damage caused.

<sup>40</sup> Cf. Katalin GÖNCZÖL: *A nagypolitika rangjára emelkedett büntetőpolitika* [Criminal Justice Policy with a Power Politics Status]. *Jogtudományi Közlöny* [Legal Bulletin] 2002/5. p. 199.

<sup>41</sup> Cf. József VIGH: *Kárhelyreállító (restoratív) igazságszolgáltatás* [Restorative justice.] *Magyar Jog* [Hungarian Law] 1998/6. p. 333

<sup>42</sup> Concerning criminal Justice Policy of the European Union see Katalin LIGETI: *Az Európai Unió büntetőpolitikája*. [Criminal Justice Policy of the European Union.] *Állam-és Jogtudomány* [Political and Legal Studies] 2002/1-2. pp. 73-97.

**Löffler Tibor:**  
**AUTORITÁS ÉS LEGITIMITÁS I.**  
**Ortodox tézisek politológiai alapfogalmak jogelméleti megközelítéséhez<sup>1</sup>**

Ortodox tézisek jogról, legitimitásról és autoritásról

A magyar politikatudomány legitimációs és hatalomelméleti anyagainak szisztematikus áttekintésekor azt állapítottam meg, hogy a hazai szakirodalomban<sup>2</sup> – nem mellesleg a külföldi szakirodalomra támaszkodva – minden látszat ellenére elhanyagolt magának az autoritásnak és fogalmának, valamint a sokáig kurrens témának számító<sup>3</sup> legitimáció és a legitimitás specifikusan jogi aspektusainak elemzése.<sup>4</sup> Arra a következtetésre jutottam, hogy

---

<sup>1</sup> A tanulmány egy nagyobb lélegzetű politológiai dolgozat tézisszerű összefoglalásának bővebb kifejtése.

<sup>2</sup> Lásd különösen Paczolay Péter-Szabó Máté: A politikaelmélet rövid története. Kossuth 1984. Samu Mihály: Államelmélet. Püski, 1992. Samu Mihály: Hatalomelmélet. Különös tekintettel az államra. Korona Kiadó, 2000. Bihari Mihály – Pokol Béla: Politológia. Budapest 1992. Haskó Katalin – Hülvelyi István: Bevezetés a politikatudományba. Villányi úti könyvek, 1996. Bayer József: A politikai legitimitás. Napvilág, 1997. Bayer József: A politikai gondolkodás története. Osiris, 1998. Bayer József: A politikatudomány alapvonalai. Gallai Sándor-Török Gábor (szerk.): Politika és politikatudomány. Aula Kiadó, 2003. Napvilág, 1999. A magyar politológia interdiszciplináris gyökereire tekintettel lásd még: Kulcsár Kálmán: Politikai és jogszociológia. Budapest, 1987. Kivélt képez Balázs Zoltán: Modern hatalomelméletek című monográfiája (Korona Kiadó, 1998), amelyben a szerző viszonylag bő teret szentel egyes teoretikusok, főleg Hannah Arendt autoritáselméleti koncepcióinak, de végül is elmaradt az autoritás hatalomelméleti elemzése. Meglepő módon figyelmen kívül maradt Domenico Fisichella ezen a területen is újat jelentő „A politikatudomány alapvonalai” című műve (Miskolc, 1991) Valódi, politológiai is releváns áttörés az államelméletben ment végbe. Lásd Bódig Mátyás-Zódi Zsolt: Állam és demokrácia. Szabó Miklós: Engedelmesség és engedetlenség. Szabó Miklós: Állam, forradalom, erőszak. In: Takács Péter (szerk.): Államelmélet. Előadások az államelmélet és az állambölcselet köréből. Bíbor Kiadó, 1997.

<sup>3</sup> Frappáns címet adott tanulmányának a rendszerváltáskor Papp Zsolt. Papp Zsolt: Az év fogalma: a legitimitás. Magyar Politikatudományi Társaság évkönyve 1990. Közvetlenül előtte a szűkebb szakmai irodalomban mérföldkönek számított Claus Offe tanulmányának megjelentetése. Claus Offe: Politikai rendszer és legitimáció. Szociológiai füzetek 50. Budapest, 1989. A német politikatudománynak és azon belül a legitimációs elméleteknek a hatását tükrözi Szabó Máté áttekintése (Szabó Máté: Politikai rendszerek legitimációs problémái. Filozófiai Szemle, 1980/5.), Papp Zsolt elméleti igényű publicisztikái (). A szakpolitológiai kézikönyvekben Pokol Béla biztosított helyet elsőként a témának (Bihari Mihály – Pokol Béla: Politológia. Budapest 1992.), amelynek előzménye volt Pokol 1981-es cikke e témáról.

<sup>4</sup> Azért állítom ezt, mert a hazai politológiai szakirodalom kilencvenes években végbement professzionalizálódása során, a szakpolitológiai kézikönyvekben nem hasznosultak (eléggé) a korábban akár más diszciplínák képviselőitől megjelent munkák. Lásd Zygmunt Bauman: Általános szociológia. Kossuth, 1967. Bene László: A vezetés tudományos megalapozása. KJK, 1970. Andics Jenő-Rozgonyi Tamás: Konfliktus és harmónia. KJK, 1977. Knut Bealer: A szervezet mint rendszer. KJK, 1979. Jerzy J. Wiatr: A politikai viszonyok szociológiája. Kossuth, 1980. Robert K. Merton: Társadalomelmélet és társadalmi struktúra. Gondolat, 1980. Forgács Imre (szerk): Válogatás a polgári politikatudomány fejezeteiből. Tudományos szocializmus Füzetek 65-6. Bp., 1982. Paul E. Torgersen - Irwin T. Weinstock: A vezetés integrált felfogásában. KJK 1983. Válogatás Talcott Parsons cselekvésselméleti írásaiból. Szociológiai füzetek 38. Bp., 1985. Bibó István: Kényszer, jog, szabadság. In Bibó István: Válogatott tanulmányok. Első kötet. Magvető, 1986. Csepeli György - Papp Zsolt - Pokol Béla: Modern polgári társadalomelméletek. Gondolat, 1987. Max Weber: Gazdaság és társadalom. KJK, 1987. Némedi Dénes (szerk.): Talcott Parsons a társadalmi rendszerről. Szociológiai füzetek 45. Bp., 1988. Jávor István: A hatalom

politológiai is releváns eredményekre vezetne 1) az „autoritás” fogalmi rekonstrukciója, rekonceptualizálása; 2) a „hatalom” és „autoritás” közötti átfedések és distinkciók tisztázása; az autoritás mint hatalom, illetve a hatalom mint autoritás rekonstrukciója és értelmezése; 3) az autoritás fogalmának jogi kontextuson belüli értelmezése; 4) legitimáció és legitimitás eredeti jogi jelentéshez viszonyuló, jogi kontextuson belüli értelmezése.

Mivel a legitimációt és legitimitást nem „eredetileg”, hanem eredendően jogi fogalomnak tekintem, az autoritás jogi dimenzióit, és általában a jogi kontextust, a specifikusan jogi aspektusokat meg megkerülhetetlennek tartom, megközelítésemet – szemben a autoritás és legitimitás metajurisztikus (morális és szociológiai) értelmezéseivel – jurisztikusnak, és ezért „ortodoxnak” nevezem.

Az ortodox-jogi megközelítés középpontjában a legitimitás „törvényesség” és „jogosság” szerinti értelmezése, valamint a „de jure autoritás” és a „legitim autoritás” áll. Felfogásom szerint a „de jure autoritás” esetében az autoritást a „de jure” fogalmának eredeti és szó szerinti jelentései szerint kell értelmezni: „jogilag”, „jog szerint” és „jog szerinti”. A legitimitás esetében fel kell eleveníteni a gyökereket: a latin „lex” és az erre alapuló eszme- és elméletörténeti hagyomány alapján rekonstruálni kell legitimitás és legitimáció fogalmát. A legitimitás „lex”-ben gyökerező fogalma nem véletlenül alakult ki, s vált használatossá évszázadokon keresztül. A későbbi metajurisztikus (szociológiai és morálfilozófiai) „átértelmezések” éppen azoktól a specifikumoktól vonatkoztatnak el, amelyeket korábban a lex-alapú legitimitás fogalmával ragadták meg. A „lex” értelmében legitim hatalom esetében figyelembe kell vennünk, hogy a (köz) hatalom megszerzésével vagy birtoklásával kapcsolatban az antik Rómában akkor is voltak egyfajta szabályok, amikor a lex-alapú legitimitás szigorúan magánjogi fogalom volt. A lex-alapú legitimitás közjogi fogalommá válása tehát éppen a (köz) hatalom megszerzésével vagy birtoklásával kapcsolatos szabályok minőségi változását tükrözik.<sup>5</sup>

Történeti fogalmak politikaelméleti elemzése és értelmezése etimológiai megalapozást igényelnek. Bármennyire változik is a fogalmak jelentése az idők folyamán, történelmileg, a nyelvhasználat ritkán szakad el teljes mértékben a múlttal rendelkező fogalmak egykori

---

szervezete a vállalatban. KJK, 1988. Claus Offe: Politikai rendszer és legitimáció. Szociológiai füzetek 50. Budapest, 1989. Balogh László (szerk.): Politikatudományi tanulmányok. Politikaelméleti füzetek 3. Bp., 1989.

<sup>5</sup> Amikor a későbbi metajurisztikus (szociológiai és morálfilozófiai) „átértelmezések” éppen ezektől a specifikumoktól vonatkoztatnak el, az módszertanilag egyben lehetővé tenné, hogy a latin „lex” szóból eredő legitimitás fogalmát olyan megelőző korok hatalmi viszonylataira is alkalmazzuk, amelyre a fogalmat maguk a rómaiak nem alkalmazták. Ez még az ortodox-jogi (jurisztikus) megközelítésben sem eleve elvetendő megoldás, azzal az egy megkötéssel, hogy rögzítsük: a lex-alapú legitimitás fogalmát analitikus fogalomként használjuk olyan viszonylatok megértésére, amikor eme viszonylatok fogalmi megragadására empirikusan nem alkalmazták a lex-alapú legitimitás fogalmát.

jelentéseitől és jelentésárnyalataitól. A teoretikus gondolkodásra egyébként is jellemző a fogalmak meghatározása, a jelentések és meghatározások közötti eltérések tisztázása, és - ha lehetséges - valamilyen "eredeti" forrásra vagy jelentésre való visszavezetése, illetve abból való levezetése. (Lásd a „politika” és a „polisz” etimológiai kapcsolatát.) Az etimológiai megközelítéseket igazolják az eszme- és elmélettörténeti hagyományok is, vagyis az, hogy aktuális eszméinket és elméleteinket szívesen alapozzuk meg történetileg. Ebben az értelemben nem csak eszme- és elmélettörténeti hagyományokhoz való visszanyúlásról lehet beszélni, hanem arról is, hogy a tudományban hagyománya van a hagyományokhoz való visszanyúlásnak. Az etimológiai megközelítések ezért nem csak egykor volt és már érvényüket veszített fogalmakról, mint történelmi és tudományos kuriózumokról szólnak, hanem olyan forrásokról és - ebben az értelemben - autoritásokról, amelyek alapul és támpontul szolgálnak az aktuális elméletépítéshez és tudományos vitákban elhangzó igazságigények igazolásához. Stílszerűen fogalmazva: az etimológiailag rekonstruálható fogalmak (mint például a „politika” antik görög fogalma) autoritásként szolgálnak, és igazoló vagy igazolást erodáló erejük van az aktuális társadalomelméletekben. Még ha elfogadjuk is legitimitáció és legitimitás metajurisztikus értelmezését vagy "átértelmezését", mint társadalom- és tudománytörténeti tény, elégtelennek tartom azt az eljárást, hogy eredendően jogi fogalmakat úgy értelmezzenek „át” metajurisztikusan, hogy nincsenek tekintettel a fogalmak eredendően jogi jelentésére vagy dimenziójára, és így arra, hogy a fogalmak jogi tartalma ezért továbbra is meghatározó maradhat. Ezért lehetőleg teljes mértékben rekonstruálni kell a metajurisztikusan esetleg átértelmezhető fogalmak jelentésének jogi határait, és azt, hogy az - ezek szerint - részben jogi fogalmak a fogalomhasználattal megragadásra szánt társadalmi valóságot miképpen és mennyiben tükrözik. A társadalom- és politikaelméletnek nagyon is figyelembe kell vennie ezért a jogtörténet, a jogelmélet, a jogfilozófia és a jogszociológia vonatkozó eredményeit: például a "legitimus", az "auctoritas" és a "potestas" eredeti jelentéséről, a legitim öröklésről (hereditas legitimus), a jog legitim és illegitim keletkezéséről, avagy az illegitim jogról, a legalitás és legitimitás kettősségéről. A jogias-jogászi megközelítéshez szorosan kapcsolódik, s mint ilyen az ortodox megközelítést igazolja, a szaktörténetírás is azzal, hogy kimutatja történelmi társadalmak empirikus életében milyen szerepet játszanak ezek a fogalmak. Legyen szó akár a középkori uralkodók idoneitásáról (alkalmasságáról) és legitimitásáról (törvényességéről)<sup>6</sup>, vagy valaki - mint az első világháború utáni magyar legitimisták esetében a Habsburg dinasztia - trónigényének jogosságáról.

---

<sup>6</sup> Kristó Gyula: Legitimitás és idoneitás (Adalékok Árpád-kori eszmetörténetünkhöz). Századok (108.) 1974.

A legitimitás modern, metajurisztikus koncepcióban gyakran hivatkoznak arra is, hogy a legitimitás fogalmában eredetileg szervesen egybekapcsolódott a legalitás értelmében vett törvényesség és a moralitás, és hogy legalitás és legitimitás modern kori fogalmi kettőssége, valamint a legitimitás moralitáshoz kapcsolása azzal magyarázható, hogy a legalitás fogalma a moráltól megszabadult-megszabadított törvényességet fejezi ki. A legitimitás metajurisztikus (morálfilozófiai) átértelmezései ezért lényegében szimplán antilegalista koncepcióknak foghatók fel, amelyek tartalmukban csak reflexiói a törvényesség moráltól való megszabadításának. Figyelemre méltó, hogy a legitimitás morálfilozófiai koncepcióiban nem törekednek törvényesség és moralitás - fogalom- és eszmetörténetileg – eredeti egységének helyreállítására, hanem a legitimitás lényegét a moráltól megszabadult-megszabadított törvényesség (legalitás) morális igazolásában jelölik meg. A legitimitás lényegében ezzel értelmeződik át metajurisztikusan, és kap az „igazolás” fogalma a legitimitás fogalmával szinte egyenértékű szerepet, de egyben megint csak metajurisztikus jelentéssel egyetemben. Ortodox-jogi (jurisztikus) megközelítésében legitimáció és igazolás nem azonos és nem is azonosítható, illetve az igazolás is értelmezhető jogi fogalomként.

Az ortodox-jogi (jurisztikus) megközelítésből egyenes következik legitimáció és legitimitás metajurisztikus (szociológiai és morálfilozófiai) „átértelmezéseinek” logikai rekonstrukciója és kritikája. A metajurisztikus átértelmezések elméletileg leggyengébb pontjának az antilegalista és antipozitivist alapokat tartom. A metajurisztikus átértelmezések nem csak szakítanak a „legalitás = legitimitás” képletével, hanem a legalitással szemben értelmezett legitimitás fogalmának kizárólag nem jogi vagy jogon túli (metajurisztikus) tartalmat és jelentést kölcsönöznek, amivel módszertanilag és logikailag abszurd módon zárják ki a legitimitás legalitáson túli, de jogi értelmezésének és jelentéseinek lehetőségét. Ortodox-jogi (jurisztikus) megközelítésem premisszája viszont az, hogy mivel a „jog” és a „törvény” fogalma sem redukálható a pozitív (tételes és hatályos) jogszabályokkal azonosított legalitásra, a törvényesség és jogosság értelmében vett legitimitásnak olyan jurisztikus jelentéstartományai vannak és lehetségesek, amelyek nem fejezhetők ki a legalitás fogalmával<sup>7</sup>, de metajurisztikus alapon nem is ignorálhatók.

Meglátásom szerint érdemesnek tűnik zárójelbe tenni azt a „posztweberiánus” tézist, hogy Weber „szociológiailag átértelmezte” a legitimitás fogalmát, és ezért az mintegy elvesztette a jogi jelentését. Ha Weber „átértelmezte” is a fogalmakat, amit kétlek, továbbra is kétséges, hogy az „átértelmezés” során a történeti szociológia fejedelme valósággal kilúgozta

<sup>7</sup> Ezért legalitás és legitimitás dichotómiáját magam is elfogadom.

volna az évszázados története során alapvetően jogi fogalomként használt legitimitás jogi tartalmát. Ezért gondolom, hogy átértelmezés helyett metodológiailag korrektebb lenne kontextusról beszélni: Weber szociológiai kontextusba helyezte a legitimitás jogi fogalmát, és ezért szociológiai kontextusban értelmezte (de nem átértelmezte) a fogalmat. Ennek során viszont volt olyan következtetés, szerintem, hogy lehetőséget adott – főleg a legitim uralom típusairól szóló – elméletének egy olyan szövegcentrikus értelmezésére, amelyből egyenesen következhet a gondolat, hogy a jogi fogalmak az „átértelmezés” következtében teljesen elveszítették eredendően jogi jelentésüket.<sup>8</sup>

A metajurisztikus (morálfilozófiai, szociológiai, de nem feltétlenül weberi) „átértelmezések” logikai rekonstrukciója és kritikája mindazonáltal nem zárja a szociológia és a morálfilozófia relevanciáját legitimitáció és legitimitás jurisztikus értelmezésekor. A legitimitás metajurisztikusan szociológiai megközelítéseiben a „legitim hatalom” az „elfogadott” hatalommal azonos. Olyan hatalommal, aminek engedelmeskednek vagy amit támogatnak.

A legitimitás metajurisztikusan morálfilozófiai megközelítéseiben a „legitim hatalom” olyan hatalom, amit engedelmességre méltónak találnak, azaz „morálisan igazolt” vagy „morális okból elfogadott” hatalommal azonos. Olyan hatalommal, aminek morális okból engedelmeskednek, amit morális okból találnak engedelmességre méltónak vagy támogatnak. Már a két metajurisztikus koncepció egybevetésekor világosan körvonalazódik a jurisztikus megközelítés létjogosultsága. A szociológiai megközelítésekben lényegében bármilyen okból engedelmeskedhetnek egy hatalomnak vagy támogathatják azt. Az engedelmesség vagy a támogatás empirikus ténye adja a hatalom legitimitását, az engedelmesség vagy támogatás motívuma másodlagos szempont. A morálfilozófiai megközelítésekben ezzel szemben egyáltalán nem mindegy az engedelmesség vagy a támogatás motívuma, viszont a lehetséges motívumok közül a morális motívumokat kiemelik, a jogi motívumokat viszont – már ha szóba hozzák egyáltalán – a legalitáshoz rendelik, de el is vonatkoztatnak tőle. Azon az alapon, hogy jog miatti engedelmességet a tételes és hatályos jogszabályoknak (legalitás) való engedelmességgel azonosítják, amely révén – érvelésük szerint - az adott jogszabályokkal legalizált, de morálisan igazolhatatlan hatalom is engedelmességre számíthat. Jurisztikus megközelítésben viszont 1) az engedelmesség vagy engedelmességi készség kitüntetett szerepet

---

<sup>8</sup> A weberi koncepció, ezáltal pedig a legitimitáció félreértését táplálja az is, hogy a Weberre hivatkozásokból gyakran úgy tűnik, mintha igazából Weber nem is – legitimitációs koncepciót tartalmazó – uralomelméletet, hanem kifejezetten legitimitációs elméletet alkotott volna. A „posztweberiánus” metodológia általánossá válására és elfogadottságára tekintettel úgy gondolom, hogy politológiailag is releváns eredményekre vezetne Weber legitimitációs koncepciójának erre tekintettel levő rekonstrukciója is.

játszik; 2) a jogosság vagy törvényesség az engedelmesség vagy engedelmisségi készség lehetséges motívumainak egyike; 3) az a hatalom legitim, aminek a jogosság vagy törvényesség miatt engedelmeskednek vagy készek engedelmeskedni.

Véleményem szerint a szociológia és a morálfilozófia a jogszociológia és a jogfilozófia közvetítésével nyeri el relevanciáját a legitimitáció és legitimitás jurisztikus értelmezésekor. A jogszociológia az empirikus jogismeret, jogtudat, jogérzék, jogeszme, jogi értékek, jogideológiák, a jog- és törvénytisztelet, a jogkövető magatartás stb. feltárásával világítja meg az engedelmesség és engedelmisségi készség jogi motívumait. A jogfilozófia pedig a jog mint érték (sic!), valamint a jogi formák értéktartalmának vizsgálatával közvetít a jogszabályok és az értékek között. Jogfilozófia és morálfilozófia legitimitációelméletileg a természetjog, az isteni jog, a morális/erkölcsi jog/törvény területén kompetens. Az isteni, a morális és a természetjog a „jogi” mivoltuk miatt a legitimitás jurisztikus értelmezési tartományán belül helyezkednek el. Jog, törvény, törvényes hatalom stb. bármilyen egyéb értéknek (pl. igazságosság, méltányosság) való megfelelése, ilyen értékkel való igazolása vagy igazolhatósága ortodox-jogi megközelítésben viszont akkor releváns legitimitációelméletileg, ha az ezen értékeknek „megfelelés” vagy az ezen értékekkel „igazolás” közrejátszik abban, hogy a legitimáló szubjektumok jogosnak/törvényesnek fogadják el vagy ismerik el valamit.

Módszertanilag rendkívül termékenynek tartom a különböző erősségű legitimitációs hipotézisek koncepcióját.<sup>9</sup> Megközelítésemben egy legitimitációs hipotézis „erős”, ha 1) a legitimitás fogalma a szó eredeti értelmében jogszerűséget, jogra alapozottságot, joggal megegyezőséget fejez ki; 2) a hatalom/uralom kénytelen igazolni a jogi értelemben vett legitimitását és az alárendeltek igénylik is az ilyen legitimitást; 3) a jogi értelemben vett legitimitás egyben az uralom fundamentuma, végső alapja, amely nélkül az nem állhat fenn. Egy legitimitációs hipotézis „gyenge”, ha 1) a legitimitás fogalma elveszti jogi jelentését; 2) a hatalom/uralom nem kénytelen igazolni a jogi értelemben vett legitimitását, mert az alárendeltek nem is igénylik az ilyen legitimitást; 3) a másképpen definiált legitimitás az uralomnak nem fundamentuma, végső alapja, az uralom legitimitás nélkül fennállhat.

Egy legitimitációs hipotézis „erőssége” arra alapozódik, hogy a hatalom/uralom alárendeltjeinek körében normatív meggyőződések élnek a hatalomról/uralomról és – szoros összefüggésben ezzel – a hatalom/uralom elismerésre/engedelmisségre máltóságáról. A hatalom/uralom akkor legitim, ha az alárendeltek a hatalomra/uralomra vonatkozó normáik alapján legitimnek ismerik el. A „jog” vagy a „törvény” tágabb értelemben azoknak a

<sup>9</sup> Volker Heins, Jürgen Habermas és Peter Graf von Kilmannsegg „erős” és „középerős” legitimitációs hipotéziseiről lásd Bayer József: A politikai legitimitás. Napvilág, 1997, 19., 130., 162.,



normáknak az összességét jelenti, amelyekben kifejeződik az alárendeltek elképzelése arról, hogy milyen feltételeknek kell megfelelnie a hatalomnak ahhoz, hogy ők, az alárendeltek, „jogosnak”, „törvényesnek”, „legitimnek” és – ezért – engedelmességre méltónak ismerjék el, és – ezért – készek legyenek neki engedelmeskedni.

Az uralom/hatalom legitimitásának, illetve a legitimitás jurisztikus értelmezésének megértését elősegíti a „nem legitim uralom” legitimációs elméletekben elhanyagolt fogalma. Már fogalmilag is feltételeznünk kell, hogy egy uralomnak – éppen azért, mert uralom – engedelmeskednek vagy készek engedelmeskedni. Egy uralomnak tehát – éppen azért, mert uralom – nem kell feltétlenül legitimnek lenni, hogy engedelmeskedjenek vagy készek legyenek engedelmeskedni neki. Uralom- és hatalomelméletileg a legitimitás az uralomnak való engedelmesség vagy engedelmességi készség egy különös motívuma. Ebből kifolyólag a legitimitást nem tekintem a hatalom/uralom fenntartásának, tartósságának vagy stabilitásának egyedüli feltételének. Következésképpen a tartós vagy stabil uralmat/hatalmat sem tekintem automatikusan legitimnek.

A politikai hatalom esetében kitüntetett elméleti jelentősége van annak, hogy legitimitás és illegitimitás az elismerésre és – ezért – engedelmességre méltósággal kapcsolódik egybe! Ortodox-jogi megközelítésben a politikai hatalom legitimitásának tárgyalásakor kitüntetett jelentősége van olyan „államjoginak” mondott, s mint ilyen, jogi természetük miatt érthetetlenül háttérbe szorított elemzési szempontoknak, mint: uralmi jog, jogcím, törvényes jogcím, törvényes örökös/öröklés, törvényes/legitim jog, jogigény és törvényes jogigény, jogcím és jogigény igazolása, jogbitorlás, hatalom jogellenes/törvénytelen birtoklása/bitorlása, a „zsarnok” fogalma a zsarnokölés és az ellenállás „jogával”, az úri hatalmi jogok és szentsége, a (tradicionális, szakrális stb.) jog szentesítő ereje és funkciója stb. A hatalom – gyakran legalitással azonosított – törvényessége, a hatalom törvény megszerzése és birtoklása akkor is kitüntetett jelentőségű, ha éppen az adott politikai rendszerben a törvényes hatalom stabil, a hatalom törvényessége nem kérdőjeleződik meg, illetve a törvényes hatalom más jellegű problémákkal küszködik.

Visszatérve a legitimitás „analitikus” fogalmához: megkerülhetetlennek tartom a szakítást azzal a módszertani hagyománnyal, amelyben adottnak tekintik azt, hogy legitimáció problémája a legitimáció fogalmának a használata nélkül is létezik, bármilyen formában és terminológiában vessék is fel, és hogy a politikai gondolkodás történetében is gyakran más fogalmak helyettesítették (politikai engedelmesség, kötelesség, konszenzus, autoritás stb).<sup>10</sup> A

<sup>10</sup> Lásd Bayer József: A politikai legitimitás. Napvilág, 1997, 15. oldal.

legitimáció „kérdésének” különböző „metamorfózisokban” megjelenítését is úgy tartom elfogadható tézisnek, ha pontosan rögzítjük, de legalábbis körülhatároljuk, azokat toposzokat, amik legitimáció és legitimitás szorosán vett fogalma alá tartoznak, és amik egy közelebből megint csak meghatározandó metamorfózison átesnek. Ha például egy rendszer alapvető „legitimációs gyengeségben” szenved, amit a legitimitás kérdésének elhárításával igyekszik kompenzálni, és a legitimitás fogalma nem tartozik a rendszer hivatalos ideológiai szótárába, akkor meg kell határozni a szorosán vett legitimáció és legitimitás lehetséges funkcióját a rendszerben, és meg kell határozni azokat a technikákat és módszereket, amelyek ellátják a rendszer számára kényelmetlen - legitimáció és legitimitás funkcióját. Például ha a szorosán, a törvényesség és jogosság értelmében vett legitimitás konszenzust és támogatást biztosíthatna a rendszernek, de a rendszer nem képes törvényesnek és jogosnak elfogadtatni magát, viszont konszenzusra és támogatásra szüksége van (funkció), a sikeresen alkalmazott technikákkal (lojalitásbiztosítás, tömegmozgósítás, kikényszerített konszenzus, ideológia, propaganda, manipuláció) a rendszer nem legitimitást teremt, hanem elfogadottságot vagy támogatottságot stb. Megközelítésemben tehát a szorosán, jogi értelemben vett legitimitást nélkülöző „elfogadottság” nem legitimitás, az „elfogadtatás” nem legitimáció, viszont az ilyen összefüggésben előálló elfogadottság (legitimitás funkcionális helyettesítése) egy szélesebb legitimációs tematika részét képezheti.

Legitimációt és legitimitást fogalmilag, elméletileg és módszertanilag megkülönböztetendőnek tartom az elfogadottságtól, az elismertségtől, támogatottságtól, konszenzustól stb. Egy rendszer lehet elfogadott/elismert, de nem legitim, vagy elfogadott/elismert, mert legitim, de legitimitás és elfogadottság nem azonos, ezért nem tartom helyénvalónak a legitim, mert elfogadott logikai szerkezetet sem. Ortodox-jogi megközelítésben a kivétel: „törvényesnek/jogosnak/legitimnek elfogadott/elismert”, avagy „legitim, mert törvényesnek/jogosnak/legitimnek elfogadott”.

Ortodox megközelítésemben tarthatatlan az is, hogy a legitimációs elméletekben az „elismerés” és az „elfogadás” gyakran a „legitimáció”, az „elismertség” és az „elfogadottság” pedig a „legitimitás” szinonimájaként vetődik fel. Elismerést és elismertséget, elfogadást és elfogadottságot magam is a szélesebb legitimációs tematika részének tekintem, de csak azzal együtt, hogy elismerést és elismertséget, elfogadást és elfogadottságot konkretizálni kell: 1) valaminek való elfogadás és elismerés, valamiként elfogadás és elismerés; 2) valaminek való vagy valamiként elfogadottság és elismertség; 3) valaminek való vagy valamiként elfogadtatás és elismertetés.

Az ortodox megközelítésben értelemszerűen meghatározó szerepet kap, mint már hangsúlyoztam, a jogosnak/törvényesnek/legitimnek elismerés/elismertetés/elismertség, elfogadás/elfogadtatás/elfogadottság. Természetesen legitimáció és legitimitás ortodox-jogászai megközelítésében is megkerülhetetlen bármely más motívum szerinti elfogadás vagy elismerés, különös tekintettel arra a két, eddig figyelmen kívül hagyott szempontra, hogy 1) a szó szerint jogosnak/törvényesnek elfogadás/elismerés valamilyen oknál fogva nélkülözhet minden (tétéles, pozitív) jogi alapot; 2) a szó szerint jogosnak/törvényesnek elfogadásnak/elismerésnek metajurisztikus alapjai is lehetnek empirikusan. Az első esetben a) a legitimáló szubjektumok azt hiszik, b) vagy bennük azt a látszatot keltik, hogy az elfogadás/elismerés tárgya (hatalom) megfelel valamilyen jogszabálynak, törvénynek, jogelvnek vagy jogi normának, ezért elfogadásra/elismerésre méltó. A lényeg: az elfogadás/elismerés tárgyat (hatalom) a jogosnak/törvényesnek elfogadottság/elismertség aurája vegye körül.<sup>11</sup> A második esetben csak látszólagos az - ortodox-jogi megközelítés implikálta - ellentmondás a jogosnak/törvényesnek elfogadás/elismerés és az elfogadás/elismerés metajurisztikus alapjai vagy motívumai között.

A jogosnak/törvényesnek elfogadás/elismerés annyiban tisztán „jurisztikus”, amennyiben lényege a valamihez vagy valamire való jog („joga van” kormányozni stb), de eme jog elismerésének „jurisztikus” alapjai vannak: elismerjük, hogy a kormányfőváltás alkotmányos, törvényes stb. volt, mert megfelelt az alkotmánynak és a vonatkozó törvényeknek, ezért XY-nak joga van miniszterelnöknek lenni...

---

<sup>11</sup> Igazolás és legitimitás között a politológiai irodalomban Bayer József a következők szerint – Szabó Miklós politológus-történészre hivatkozva különbséget: "egy kormányzat ténykedését lehet igazolni ezzel-azzal, a legitimitás azonban nem erre vonatkozik, hanem az uralmi pozíció jogosságára: nevezetesen arra, hogy egy adott hatalmi csoportnak megvan-e a felhatalmazása a kormányzati tevékenységre". Bayer József: A politikai legitimitás. Napvilág, 1997, 262. Bayer helyesen utal a „jogos, mert felhatalmazott” logikára, amiben a felhatalmazás a jogosság kritériuma, de nem jelzi a „jog szerint felhatalmazás” vagy „jogos felhatalmazás” logikáját, amiben a hatalom „jogosságának” vagy „jogosnak” elismerésének/elfogadásának kritériuma a felhatalmazás jogszerűsége lenne. Ha az autoritást az autorizációhoz (felhatalmazáshoz) kötjük, akkor az előbbi distinkciók teszik lehetővé az autoritás és a törvényes autoritás közötti különbségtételt. Egyetértek Bayerrel abban is, hogy a politikaelméleti érdeklődés középpontjában régóta "a hatalom jogosságát alátámasztó elméletek és az uralom igazolásának konkrét mechanizmusai" állnak (id. mű, 13.) de azzal a feltétellel, hogy tisztázásra szorulnak a jogosság és a – legitimációelméletileg vett - igazolás közötti lehetséges összefüggések. Alátámasztja ezt egy másik megfogalmazása is: "a legitimáció fogalmának van egy általános, közös alapjelentése: ez pedig az uralom és hatalom jogosságának, illetve a hatalom valamely ténykedésének az igazolása". (id. mű, 16.). Komoly elméleti inkohereciát látok abban, hogy Max Weberből kiindulva, de általános érvennyel aztán úgy határozza meg a legitimitás fogalmát, hogy a polgárok vagy az alattvalók "az uralom igazolását belső, morális indítékból elfogadják, hisznek az uralom és hatalom jogosságában, erkölcsileg 'helyénvaló' voltában", végül összegzőképpen megállapítja: "A legitimáció fogalma ... az igazolás és elfogadtatás folyamatát jelenti". (id. mű, 17.) Bayer lábjegyzetben idéti Szalai Erzsébet idevágó koncepcióját a hatalomnak a „társadalmi” legitimációnál – szerinte – nagyobb jelentőségű „belső legitimációjáról”: "az a mód, azok az érvek, amelyekkel a hatalmon lévők egymással folytatott alkuikban bizonyítják hatalmuk 'jogosságát', indokolják hatalmi befolyásuk növelésének szükségességét". Bayer, id. mű, 222.

A jogosnak/törvényesnek elfogadás/elismerés annyiban nem tisztán „jurisztikus”, amennyiben a lényegét jelentő valamihez vagy valamire való jog („joga van” kormányozni stb) elismerésének nem „jurisztikus” alapjai vannak: elismerjük, hogy a hatalomra kerülés nem volt alkotmányos, törvényes stb., de ennek ellenére XY-nak „joga van” a hatalomhoz. Noha itt a szó szerint jogosnak/törvényesnek elfogadás/elismerés valamilyen oknál fogva nélkülözi a tételes (pozitív) jogi alapokat, a legitimitás ortodox-jogi megközelítésben mégis „jurisztikus” maradt azzal, hogy az elfogadó/elismerő szubjektum valamilyen oknál fogva szükségét érzi, hogy az elismerés/elfogadás tárgyát (hatalom) a jogosnak/törvényesnek elfogadottság/elismertség aurája vegye körül. Megközelítésében ez akkor történhet meg, ha az akár a legszélesebb értelemben vett engedelmességnek előfeltétele a jogosság/törvényesség olyan fajta képzete, amit Weber a „legitimációs hit” fogalmával ragad meg. Ez a legitimitás, mint elfogadottság vagy elismertség, addig legitimitás, amíg a jogosság/törvényesség igénye és képzete munkál, az „engedelmeskedő” szubjektumokban. És akkor szűnik meg legitimitásnak lenni, s legitimitás akkor válik „szimpla” elfogadottsággá vagy elismertséggé, amikor a jogosság/törvényesség igénye és képzete nem munkál, az „engedelmeskedő”, „elfogadó”, elismerő” szubjektumokban.

A „tisztán jurisztikus” és a „jurisztikus” fogalmi kettősségét az indokolja, hogy az ortodox-jogi megközelítésben nem tekinthetünk el attól, hogy a jurisztikus: törvényesnek/jogosnak elfogadottság/elismertség „valamilyen” metajurisztikus ok miatti törvényesnek/jogosnak elfogadás/elismerés eredménye lehet. A metajurisztikus (nem tisztán jurisztikus) alapú elismertség esetében különösen fontos az egyébként is szükséges, de itt mindeddig nem alkalmazott distinkció megtétele jogosság és törvényesség között.

Elismerési kontextusban törvényesség alatt - Weber nyomán - legáltalánosabban, tehát nem szigorúan pozitív jogi értelemben, valamilyen írott vagy íratlan szabály betartását vagy ilyen szabálynak való megfelelést értek. Jogosság alatt elismerésre méltóságot értek, amely a társadalmi magatartásnak vagy cselekvésnek olyan motívuma vagy igazodási pontja, mintha szó szerint „jog” diktálná a cselekvést vagy magatartást. Legérzékletesebben ezt a mindennapi tudatban rejlő sajátos „jogtudat” tükrözi. Amikor leghétköznapibb helyzetekben azt mondjuk valakinek, hogy „nincs jogod” ezt vagy azt tenni, például ilyen vagy olyan hangon beszélni, akkor még áttételesen sem arra gondolunk, hogy a másik hangvétele jurisztikusan, tételes jogi alapon nem megalapozott, vagy hogy ilyen alapon, valamilyen jogszabály szerint jogilag szankcionálható lenne. De a „nincs jogod” kitétel mégis több mint érzelmi nyomaték. A hangsúly inkább olyan normákon van, amelyek nem csak hogy „elfogadhatatlanná” teszik a másik hangvételét, hanem – mintha - lehetséges alapjai lennének egy interperszonális kommunikáció tételes jogi szabályozásának. A „nincs jogod” kitétel tehát nyomatéknak

nyomaték, de a mindennapi tudatban munkáló egyfajta jogi analógia alapján a „jurisztikus jogosság” súlyát kölcsönzi a közlésnek. Politikai hatalomra, hatalmi viszonyra és engedelmességre vonatkoztatva ez azt jelenti, hogy a jogosnak elismerés/elfogadás nélkülözhet jurisztikus alapokat, de ha ilyen alapok híján és a hiány ellenére fogadják el vagy ismerik el „jogosnak” és tartják ezért engedelmességre méltónak a politikai hatalmat, akkor – ellentétben a szokványos megközelítésekkel - a lényeg nem a metajurisztikus alapokban rejlik. Nem abban, hogy az alapok egyáltalában metajurisztikusak, hanem abban, hogy a metajurisztikus alapokon jurisztikus elismertség, elfogadottság, engedelmességi készség vagy éppen legitimitás nyugszik! Ez azt jelenti, hogy a politikai hatalom legitimitást nyújtó alárendeltjeiben él a hatalom „jogosságának” igénye és képze, és engedelmességük kritériuma a hatalomnak abban az értelemben vett „jogossága”, hogy a hatalomnak meg kell felelnie olyan metajurisztikus elvárásoknak vagy igényeknek, amelyek úgy indukálnak engedelmességi készséget, mintha tételes (pozitív) jogi szabályok lennének. A hangsúly itt is olyan normákon van, amelyek nem csak elfogadhatóvá vagy elfogadhatatlanná teszik a hatalmat, hanem – mintha – lehetséges lapjai lennének a hatalom jogi szabályozásának. Vegyük példának okáért a Kádár-rendszer legitimitációelméletileg egyébként is rendkívül vitatott példáját. A rendszernek nagy számban voltak olyan hívei és általában alárendeltjei, akik közömbösek voltak rezsim legitimitása, Kádárék hatalomra kerülésének törvényessége iránt. Ellentétben velük másoknak igenis számított törvényesség és legitimitás, ezért elutasítók voltak a rendszerrel szemben, mert kimondva-kimondatlanul illegitimnek (törvénytelennek) tartották. Egy harmadik csoportnak más összefüggésben számított a törvényesség és legitimitás: mindegy, hogy milyen oknál fogva, de elfogadták a rezsim érvelését, törvénytelennek tekintették Nagy Imre második kormányát és ténykedését, és törvényesnek a törvényes rendet akár törvénytelenül helyreállító (sic!) kádári hatalomátvételt. Megint mások metajurisztikusnak mondható elvárások szerint viszonyultak a rendszerhez, ami példát szolgáltat a metajurisztikus alapokon nyugvó jurisztikus elismertségre, elfogadottságra és engedelmességi készségre: minden rendszernek felelőssége, hogy élhető életet és emberhez méltó körülményeket teremtsen, és annak van „joga” a hatalomra, annak a „jogát” ismerik el a hatalomra, akik tételes (pozitív) jogi szabályoktól, tehát a szigorúan vett „törvényességtől” függetlenül képesek és hajlandók azokat megteremteni.<sup>12</sup> Mivel a Kádár-rendszer a hatvanas évek közepétől élhető életet és emberhez méltó

---

<sup>12</sup> Lásd ehhez azt a tézist, hogy az emberi törvénynek (pozitív jognak) alá kell rendelődnie politikai értelemben magasabb törvénynek, vagy természeti törvénynek (természetjognak). Ennek megfelelően hangoztatta John Selden az 1628-as polgári jogokat biztosító nyilatkozat (Petition of Rights) idején, hogy „salus populi suprema lex, et libertas populi summa salus populi”. Azaz „a nép jóléte a legfőbb törvény, és a nép szabadsága a nép legnagyobb java”. Idézi Láncki András: Demokrácia és politikatudomány. Aula Kiadó, 2000, 103.

körülményeket teremtett sokak számára a Rákosi-rendszerhez képest, azok gondolhatták úgy az előbb ismertetett logika szerint, hogy Kádáréknak „joguk” van, illetve nekik van „joguk” a hatalomra. Ezt az attitűdöt feltétlen meg kell különböztetnünk attól, amikor az alárendeltek pusztán azért lojálisak a rendszerhez vagy készek engedelmeskedni, mert az élhető életet és emberhez méltó körülményeket teremtett, de nem él bennük a hatalom „jogosságának” igénye, és – ezért - az élhető életet és emberhez méltó körülményeket nem a hatalom engedelmességi készséget indukáló „jogossága” vagy – méginkább – „jogosnak elismertsége” kritériumának tekintik.

A metajurisztikus alapon nyugvó jurisztikus elismertséget (és legitimitást) azért és addig is lehet jogi összefüggésben tárgyalni, mert és amíg egy hatalmi viszonyban a hatalmat a „jogosság” aurája veszi körül, és ez a „jogosság” egyben az alárendeltek engedelmességi készségének meghatározó motívuma. A „jogosság aurája” más értelmet ad a legalitás Habermastól ismert kritikájának, miszerint a „formális” legalitás legitimáló ereje „tartalmi” vagy materiális igények kielégítésén, avagy materiális „jogelvek” érvényesítésén alapul. Először is a kettő nem ugyanaz: metariális „igények” és a materiális „jogelvek” nem keverendők össze. Amit én az élhető élet és az emberhez méltó körülmények, valamint a hatalom „jogosságának” igénye összekapcsolódásaként írtam le és metajurisztikus alapon nyugvó jurisztikus elismertségnek vagy legitimitásnak definiáltam, nagyjából megfelel a „materiális jogelvek” fogalmának. A „materiális” fejezi ki az élhető élet és az emberhez méltó körülmények iránti igényt, a „jogelv” pedig azt, hogy ezen igények kielégítése a „jogosnak elismerés” mintegy kritériuma. A „nagyjából” kifejezést viszont azért használtam, mert megközelítésemben az élhető élet és az emberhez méltó körülmények iránti igénynek az alárendeltekben „jogelvként” való létezése differenciált jogi gondolkodást és jogtudatot feltételez, ami olyan átlag állampolgárok vagy alattvaló tömegeiben sem feltétlenül van jelen, akik ezen igények kielégítését a „jogosnak elismerés” mintegy kritériumának tekintik. A „jogelv” azonban kitűnő terminus technikus a metajurisztikus alapon nyugvó jurisztikus elismertség vagy legitimitás további elméleti megalapozására. Ehhez azonban az is szükséges, hogy a félreértések elkerülés végett megkülönböztessük a procedurális legitimitást és a formális-jogi (legális) legitimitást.

Legitimitást adó „procedúra”, mint legitimációs kritérium, lehet íratlan és alapulhat szokásokon és hagyományokon, s ennyiben a formális-jogi (legális) legitimitás értelmezési tartományán kívül van. Jogszabályokban rögzített, tételesen lefektetett „procedúra”, mint legitimációs kritérium, már a formális-jogi (legális) legitimitás értelmezési tartományán belül van, de a formális-jogi (legális) legitimitás még ebben az esetben sem merül ki a procedurális

legitimitásban. A politikai hatalom „jurisztikus legitimitását” vagy „formális-jogi (legális) legitimitását” illetően a lényeg az, hogy a hatalom formális-jogi (legális) legitimitása igenis tartalmazhat tartalmi-materiális kritériumokat, ami alapján legitimációelméletileg nagyon is kétséges a legitimitáshoz tartalom és forma dichotómiája szerint közelíteni. Ha a „Ne lopj!” általánosan elfogadott, érvényes alapelv egy társadalomban, ezt a morális elvet tételesen lefektetett jogszabályokban, törvényekben is rögzíthetik. A hatalom legalitásáról (törvényességéről) beszélhetünk – ebben az összefüggésben - minden olyan esetben, amikor felmerül az, hogy a hatalom különböző szintű képviselői „lopnak”, tehát megsértik a társadalom egy általánosan elfogadott, érvényes alapelvét, és ezzel megszegik az ezt az alapelvet jogilag intézményesítő törvényeket. A törvényi-jogi formának abban van jelentősége, hogy a törvény milyen törvényi-jog szankciókat rendel a feltételezett törvénysértéshez és milyen törvényi-jogi eljárásokat rögzít vagy tesz lehetővé a jogsértés feltárásához és a szankció megállapításához. A törvényi-jogi forma végül rögzíti azt, hogy ki milyen jogi alapon illetékes vagy jogosult a feltételezett jogsértés feltárására és a szankció megállapítására. Ezzel együtt nem szabad elfelejtenünk: az a hatalmi szubjektum, aki „lop”, egyszerre szegi meg a törvényt mint jogi formát és a morális alapelvet mint jogi tartalmat.

Ebben a kontextusban a hatalom legitimitásáról (törvényességéről) beszélhetünk minden olyan esetben, amikor felmerül az, hogy 1) a törvényesség általában vett betartása, vagy bizonyos konkrét törvények („Ne lopj!) betartása a hatalmi pozícióhoz való hozzájutásnak vagy a hatalmi pozíció birtoklásának, 2) a törvényesnek elismerésnek/elfogadásának, 3) az elismerésre és – ezzel – az engedelmességre méltóságnak, 4) a legszélesebb értelemben vett engedelmisségi készségnek a kritériuma.

A legalitás és legitimitás fogalmai után azért használtam egyaránt zárójelben és félreérthető módon a „törvényesség” fogalmát, mert a legitimitás fogalma alatt tárgyalt összefüggésekben végig fennáll az elismerés, az elfogadás és az engedelmisség törvényre és törvényességre (jogra és jogosságra) vonatkoztatottsága. Ha a legitimitást törvényesnek/jogosnak elismertségként vagy elfogadottságként konkretizáljuk, ami a legalitás és legitimitás közti distinkciók miatt elengedhetetlen, akkor a jogos/jogtalan értékduál a hatalmi-uralmi vagy politikai hatalmi/uralmi viszonyok kritikus tényezőjeként fogható fel. Csakhogy míg a „legalitás” esetében a jogi alrendszer „professzionálisai” alkotnak ítéletet és hoznak döntést „jogosságról” és jogtalanságról”, addig a legitimitás esetében bárki, a politikai hatalom bármely alárendeltje ítél „jogosságról” és „jogtalanságról”.

## Legalitás és legitimitás ortodox megközelítésben

A legitimációs elméletekben alapvető követelmény a legitimitás és a legalitás azon alapon történő megkülönböztetése, hogy bár tükörfordításban mindkettő a jogosságra vagy törvényességre utal, a "legalitás" és "legális" fogalmak a tételesen lefektetett jogszabályoknak való „megfelelést” fejezik ki. Rögtön ezután azonban az a kérdés vetődik fel szokás szerint, hogy 1) a társadalom tagjai, a hatalom alárendeltjei elfogadják-e magukat a hatalmat legalizáló jogszabályokat vagy a jogrendet, egyetértenek-e velük, 2) milyen morális indokai vannak a hatalmat legalizáló jogszabályoknak, avagy morálisan igazolhatók-e a hatalmat legalizáló jogszabályok.

Legalitás és legitimitás kettősségéből hagyományosan a legitimitás - módszertanilag megalapozatlan - metajurisztikus (morális) értelmezése kerekedik ki.

A hagyományos (antilegalista) legitimációs elméletekben ezért kerül előtérbe két probléma: 1); egy hatalom lehet legális - mert „megfelel” a jogszabályoknak -, de "nem elfogadott"; 2) egy hatalom lehet legális - mert „megfelel” a jogszabályoknak-, de "nem elfogadott", mert az alárendeltek nem tartják elismerésre vagy követésre méltónak a hatalmat legalizáló jogszabályokat.

Az első variációban a pusztán el nem fogadottság miatt nem legitim a „legális” hatalom. A „legális” hatalmat a közelebről nem definiált „elfogadottság” teszi legitimé, jog és jogosság közömbös tényezők, és lényegtelen az elutasítás motívuma.

A második variáns a további megalapozás vagy igazolás módszerén alapul: a hatalmat legalizáló jog (jogszabályok) elfogadottsága a fontos, mégpedig hagyományosan a morális szempontok szerinti elfogadottsága. A legalizáló jogszabályok jogossága, törvényessége vagy lényegtelen, vagy csak nem játszik szerepet a hatalom végső megalpázásában.

A hatalmat legalizáló jog elfogadottságnak vagy elismertségének vizsgálatakor azonban rá kell kérdeznünk a jog (jogszabályok) elfogadásának vagy elismerésének, illetve elutasításának minden lehetséges motívumára. A motívumok között megint csak ott található a jogosság és törvényesség, amit a hagyományos (metajurisztikus) legitimációs elméletek az antilegalista megalapozottságuk miatt figyelmen kívül hagynak: annak lehetősége, hogy hatalmat legalizáló jog (jogszabály) azért nem elfogadott vagy nem elismert, mert a legitimáló szubjektumok azt törvénytelennek vagy jogtalannak tartják! A metajurisztikus és antilegalista elméletekben ez az állítás legfeljebb úgy kap értelmet, hogy a legalizáló jog (jogszabály)



törvénytelenége vagy – még inkább – jogtalansága morális tartalommal telítődik: ezért jogtalan/törvénytelen, mert morálisan igazolhatatlan és – ezért - elfogadhatatlan.

A törvénytelen jog (jogszabály) vagy jogtalan jog (jogszabály), avagy „illegitim jog” és a „legitim jog” tehát a legalitás és legitimitás kettéválasztásán alapuló legitimációs elméletekben is megkerülhetetlen jogi problémaként vetődhet fel, amiből egyenesen következik az is, hogy a „jog legitimitásának” problémáját nem lehet kizárólag metajurisztikus alapon tárgyalni! Ahogy nem mindegy, hogy a hatalmat milyen okból nem fogadják el, úgy az sem mindegy, hogy az érvényes jogszabályokat milyen okból nem fogadják el. Azért, mert ütköznek a legitimáló szubjektumok szubjektív jogtudatával, jogfelfogásával és jogérzetével, avagy mert a jogtól független egyéb értékekkel vagy meggyőződésekkel nem találják összeegyeztethetőnek. E két véglet között közvetíthet a metajurisztikus koncepciókban a valószínűleg jogi jellege miatt ignorált eset, amikor is a jog mint érték, illetve a jogi értékek, eszmények és elvek motiválják az elfogadást vagy az elutasítást.

A legalitás legitimáló erejét vagy szerepét kritizáló metajurisztikus elméletek az olyan legális, de morálisan igazolhatatlan és elfogadhatatlan példákra koncentrálnak, mint a nemzetiszocialista rendszer, és ezek alapján végzik el az elméleti általánosítást. Az elméleti általánosítás eme pontján, az elmélet megalapozásakor, tehát ignorálják a legalitást mint morálisan is igazolható értéket. A morálisan igazolt legalitás azonban a metajurisztikus elméletek különös szintjén (a politikai rendszerek szintjén) különös jelentőséget kap, amikor az alkotmányos és jogállami demokráciák legitimitásáról van szó. A jogállami demokráciákban ugyanis éppen a „jogállamiság” értékeli fel különösen a legalitást. (Természetesen azzal együtt, hogy a legitimáló jogszabályoknak már előzetesen morálisan igazoltnak kell lenniük.)

Elméletileg kidolgozatlanok, következetesen végig nem gondoltak tartom azokat az antilegalista koncepciókat, amelyek - a weberi „átértelmezés” dogmájával alátámasztva – a nemzetiszocialista hatalomátvétel tanulságára hivatkozva szakítanak gyökerestül a legitimitás jogi értelmezésével. Érvelésük szerint mivel a nemzetiszocialisták többé-kevésbé törvényesen (legálisan) kerültek hatalomra, az emberek (főleg az államigazgatásban) a jog és legitimitás szoros egysége miatt úgy gondolták, hogy a törvényes (legális) nemzetiszocialista hatalom egyben legitim is, ezért engedelmességre és elismerésre méltó. A nemzetiszocialista tapasztalatból levont következtetés: legitimitásnak és legitimációnak elismerésre és engedelmességre méltóság kifejezésére hivatott fogalmait hermetikusan el kell zárni a jogtól, és érték- és elvcentrikus, metajurisztikus tartalmakat kell nekik adni, hogy birtokában lehessünk olyan (végső) viszonyítási és igazolási alapoknak, amellyel mintegy tesztelni lehet a legális (törvényes) hatalomnak és a hatalmat legalizáló törvényeknek az engedelmességre és

elismerésre méltóságát. Itt röviden azt a provokatívan egyszerű ellenérvet kell megemlítenem, újból, hogy a legitimitás ilyen értelmezése igen nehezen egyeztethető össze a jogállamisággal, az alkotmányos és jogállami demokráciával, amelyeknek mintegy attribuutuma a jog. Magyarán: lehet jogot és törvényt metajurisztikusan megalapozni, de elméletileg igen csak kérdéses, hogy alkotmányos és jogállami demokráciák legitimitását megfosszuk jogi tartalmuktól. Nem azt mondom, hogy egy empirikus politikai rendszer (hatalom) és legitimitása ne legyen metajurisztikus normákra alapozva, ne legyen az ilyen normák alapján igazolási kényszernek kitéve, hanem azt, hogy a metajurisztikusan normatív „megalapozás” elméletileg sem szublimálhatja a jogi tartalmakat. El kell azonban ismernem, hogy ebből az az elméleti és terminológiai konzekvencia vonható le, hogy jurisztikusan legitimnek lehet tekintenünk olyan politikai rendszereket (hatalmat), amely morálisan igazolhatatlan és – ezért elfogadhatatlan avagy engedelmességre méltatlan, ami különösen a nemzetiszocialista rendszer esetében lehet kritikus. A dilemmát az okozza, elméletileg és empirikusan egyaránt, hogy mivel - érvelésem szerint - a „legitim” hatalommal összekapcsolt fogalma magában foglalja az „engedelmességre méltóságot”, hiába állítjuk egy legitimnek tételezett rendszerről, hogy morálisan igazolhatatlan, elfogadhatatlan és engedelmességre méltatlan. Ezt a dilemmát elméletileg legitimitás és igazoltság fogalmi kettősségével lehet orvosolni, mely dichotómia megengedi a „legitim, de igazolhatatlan”, a „legitim, de elfogadhatatlan” kettősségét. Ez a megoldás azért is járható, mert empirikusan is bőven fordulnak elő olyan helyzetek, amikor legitim, legitimnek elismert vagy elfogadott rendszerekkel szemben merülnek fel komoly morális fenntartások. Álláspontom szerint „legitim, de igazolhatatlan”, a „legitim, de elfogadhatatlan” fogalmi kettőssége empirikusan mindenekeelőtt egy – ortodox megközelítésében – jurisztikusan legitim rendszer metajurisztikus természetű legitimációs problémáira világít rá: a morális (metajurisztikus) igazolhatatlanság vagy elfogadhatatlanság előbb-utóbb kikezdheti a (jurisztikus) legitimitást, és ezért ezt a problémát meg kell oldani.

A morális-metajurisztikus igazoltság tehát elméletileg és terminológiailag nem attribuutuma a legitimitás fogalmának, viszont empirikusan elengedhetetlen követelmény lehet.<sup>13</sup> A legitimitás jurisztikus értelmezését preferáló ortodox megközelítésében ezért a továbbiakban szükséges az „igazolási alapok” és az „érvényességi alapok” megkülönböztetése,

---

<sup>13</sup> Pregnáns, és a magyar legitimációs szakirodalomban még fel nem dolgozott példa a dilemmára a Jörg Haider vezette Szabadság Párt abszolút legális és legitim hatalomra kerülése. Még a tiltakozó reakciókban sem kapott meghatározó szerepet a Szabadság Párt kormányzati szerepvállalásának „illegitimitása” vagy „legitimitásának” megkérdőjelezése, annál inkább morális igazolhatatlansága és ebből eredő elfogadhatatlansága.

ami egyben implikálja a hatalom, jog, törvény stb. legitimitásának és érvényességének megkülönböztetését is.

Az alkotmányos és jogállami demokrácia - antilegalista indíttatású - metajurisztikus legitimitásának elméleti lehetősége hasonlóan sérülékeny, mint az általa kritizált legalista legitimitáció, amely – a kritika szerint – lehetővé teheti antidemokratikus erők legális hatalomátvételét. Elméletileg ugyanis megengedjük azt, de legalábbis nem zárjuk ki az elméleti lehetőségét annak, hogy alkotmányos és jogállami demokráciákat ne azért találjuk engedelmességre és elismerésre méltónak (legitimnek), mert alkotmányosak és jogállamiak, ami egy nem alkotmányos és nem jogállami, de legfeljebb nem is nemzetiszocialista vagy totalitárius demokrácia elméleti megalapozását teszi lehetővé. A problémát elméleti és gyakorlati síkon egyaránt meg lehet világítani. Elméleti síkon: a legitimitációs és uralomelméletek egyik nagy kérdése, hogy lehetséges-e egy - a legális-rationális [jurisztikusan legitim] uralom alternatívájaként is szolgáló - tisztán értékracionális uralom típusát rekonstruálni Max Weber uralomszociológiájában.<sup>14</sup> Egy olyan uralomtípust, amelynek érvényességi alapja a természetjog. Az a természetjog, amely a legitimitás metajurisztikus és antilegalista elméletekben a pozitív jog lehetséges (végső) igazolási alapjait szolgáltatja. Empirikus síkon: a nemzeti szocialisták az antipozitista és antilegalista legitimitációs paradigmákban a nemzetiszocialisták hatalomra kerülése miatt igen támadott jogpozitista legitimitációt is kikezdték, mégpedig antipozitisták és antilegalisták által kultivált természetjogra támaszkodva. Az elmélettörténet úgy tartja számon, hogy Johannes Winckelmann a „legalitáson nyugvó legitimitációt” az újjáéledő természetjogi irányzatokból kiindulva azon az alapon vette kritika alá, hogy a „puszta legalitás” leple alatt „értéktagadó” totalitárius erők kerültek hatalomra, építettek ki diktatúrát, amelyben „a legkegyetlenebb cselekedetek is tételezett jogon, ’törvényen’ alapultak, valamint „Führerprinzip” elve alapján sikeresen igazolták a totális államot. Mivel Winckelmann úgy látta, hogy „a legalitás intézményrendszerét is megkérdőjelezhetik”, azt a következtetést vonta le, hogy: „a legalitás maga is igazolásra szorul”. Winckelmann legalitást megalapozó eljárásának lényege: „az újjáéledt természetjogi doktrínák szellemében meghatározott értékeket csúsztat a legalizmus mögé, amelyek igazolhatják magát a legalizmus eszközrendszerét”.<sup>15</sup>

Ortodox értelmezésem nagyjából összhangban van Winckelmann megoldásával (igazolás és megalapozás értékek által) azzal a különbséggel, hogy nálam nem „legalitás +

<sup>14</sup> Cs. Kiss Lajos: Az értékracionális uralomtípus lehetősége Max Weber uralomszociológiájában. Magyar Politikatudományi Társaság Évkönyve. 1990.

<sup>15</sup> Bihari Mihály – Pokol Béla: Politológia. Budapest 1992, 189-190.

értékek általi igazolás = legitimitás” képlete érvényesül, minthogy a „puszta” legalitástól megkülönböztetett, de jurisztikus legitimitás értékek általi igazolását és megalapozását tartom szükségesnek. Ezért is nem értek egyet Jürgen Habermas azon – szerintem – antilegalista tételével, hogy legalitás nem legitimál önmagától. Véleményem szerint nagyon is legitimál, legitimálhat, legfeljebb ez a jurisztikus legitimitás törékeny vagy gyenge, ha metajurisztikusan igazolatlan vagy kellőképpen megalapozatlan, ezért – igazolásra szorul.

Habermas már Winckelmannra hivatkozva érvelt azzal, hogy a legalitás nem legitimál önmagától: a törvénypozitivizmus egy értékrationálisan megalapozott consensus omnimumot, értékrationális posztulátumokat, mint regulatív elvet követel meg a háttérben. És hogy a legalitás csak akkor (sic!) teremthet legalitást, ha meg tudjuk indokolni azt, hogy bizonyos formális eljárások materiális igazságossági igényeket elégítenek ki. Normális időkben a legalitás legitimáló ereje bizonyos materiális igények teljesítésén alapul<sup>16</sup>

Véleményem szerint már Habermas koncepciója is ellentmondással terhes. A legalitás „legitimáló ereje” kifejezése ugyanis önmagában megengedi azt, hogy a legalitás „önmagától” legitimáljon. A „legitimáló erő” pontosan azt fejezik ki, amit én „törekenységnek” vagy „gyengeségnek” neveztem. Abban viszont már nem értek egyet, hogy – függetlenül attól, hogy legalitásról vagy legitimitásról beszélünk-e - normális időkben a legalitás legitimáló ereje bizonyos materiális igények teljesítésén „alapul”. Legfeljebb „alapulhat”. Függetlenül attól, hogy a materiális igények teljesítése empirikusan mennyiben kritériuma a törvényes (legális) hatalom elismerésének és a neki való engedelmisségi készségnek.

Ha legitimitáció és legitimitás (magyar) politikatudományon belüli fogalom- és elmélettörténete után a jogfilozófiai ihletésű történelmi áttekintéseket is figyelembe vesszük, árnyaltabb képet kapunk a „bűnbeesett jogpozitivizmus – ártatlan természetjog” sémájáról.<sup>17</sup> A felvetődő kérdések egyike: „Amikor a náci világnézet átformálta a törvények értelmezését, akkor nem éppen egy olyan jogi szemlélet lépett be a jogalkalmazás területére, amelyet – s itt óvatosan kell fogalmaznunk – valamiképpen természetjoginak nevezhetünk?”<sup>18</sup> A Karácsony András által feldolgozott szakirodalomban felmerül, hogy 1) a nemzetiszocialista állam kettős természetű volt, részben a törvények felett állt, intézkedéseit nem kötötte a már meglévő jog, részben pedig beilleszkedett a jog formális előírásaiba (Ernst Fraenkel); állami erőszakkal folytonosan felrúgták a törvények tiszteletét és „törvényes jogtalanságot” honosítottak meg (Radbruch); Németország nem a törvények állama volt, amelynek jogi perverziója redukálható

<sup>16</sup> Bayer József: A politikai legitimitás. Napvilág, 1997, 95. és 99.

<sup>17</sup> Karácsony András: jogfilozófia és társadalomlélet. Budapest 2000, 63.

<sup>18</sup> Id. mű: 33.

lenne a törvényhozásra (Franssen); a weimari köztársaságban a demokratikus legitimációval rendelkező törvényhozással szembe forduló bírák „antipozitivisták” voltak, tevékenységükre a „pozitivista” címke kevésbé használható [sic!]; a weimari alkotmányt mint egységes normaszöveget, s mint egészt, formálisan nem helyezték hatályon kívül, csak részben, csak részleteiben (Peters); a törvény másodlagos jogforrás lett, a törvények helyébe „magasabb jogelvek” és „legfőbb jogtételek” léptek, a törvénypozitivizmus jelent meg legfőbb akadályként, és az érvényes törvényekkel szembeni küzdelem végül a világnézet győzelmét hozta a törvény felett; az állam feltétlen tisztelete nem jelentett kizárólag törvénytiszteletet; a pozitivitás felettségére utaló jogeszmé (jogfelettség) célja az volt, hogy a nemzetiszocializmus szelleme uralja a német jogot és alkalmazását; a bírók döntését sokkal inkább a nemzetiszocialista világnézet határozta meg, s nem a törvényekhez való kötöttség. A nemzetiszocialista „jogfelettség” valamifajta „társadalmi és közösségi” („népi”) természetjogra emlékeztettek, amely visszatért a modernség előtti természetjoghoz, de „ez a természetjogtan semmiféle elméleti vagy hatástörténeti rokonságban nem állt a modernség előtt ténylegesen megfogalmazott természetjogi elképzelésekkel. „Noha tartalmilag a náci gondolkodás a hagyományos természetjogi tételekhez nem kapcsolódott, de funkcionálisan ugyanezt valósította meg a 'törvény felett álló normák' tételével.” Végül pedig: a jogpozitivizmus „védtelenségéről” szóló háború utáni tézisek nem állják meg a helyüket.<sup>19</sup>

Tekintettel arra is, hogy „a nemzetiszocialista jogelmélet programja a természetjogpozitivizmus vitakontextusán való túllépésre irányult”<sup>20</sup>, a legalitásnak (jog- és törvénypozitivizmus), a pozitív jogon „túli” normáknak (természetjognak), és általában a jognak a legitimitásban betöltött szerepét újragondolandónak, a legitimáció és legitimitás fogalmait pedig jogelméleti alapokon is újrakonceptualizálандónak tartom.

A nemzetiszocialista tematika már jelzi egyik legfontosabb tézisémet: a legitimáció és legitimitás fogalmi és elméleti ideológiailag és tudományosan „túlterheltek”. A „túlterheltség”, a legitimáció és legitimitás elméleti és logikai határainak „kitágítása” az ideológia esetében - nyilvánvalóan politikai okokra vezethető vissza, aminek nem a politikai (antifasiszta) indítéka a kérdéses, hanem az, hogy a legitimáció és legitimitáció elmélete mennyiben és milyen határon belül alkalmas az ilyen – igazolható – ideológiai szükségletek kielégítésére, illetve hogy elméletet alkalmassá kell-e egyáltalán tenni arra. Az ideológiai túlterheltség mellett létezik egy – azzal összefüggő – politikai filozófiai túlterheltség: a

<sup>19</sup> Id mű: 44-4., 46-7., 52., 55., 61-3.

<sup>20</sup> Id. mű: 62.

legitimitás végső igazolásokkal való megalapozásának igénye. Módszertanilag a „megalapozás” és az „igazolás” fogalmi lehetővé tennék, hogy a legitimitás egy szemantikailabb zártabb, „szűkebb jelentésű” fogalmán kívül lokalizáljuk az igazolási alapokat. A legitimitás politikai filozófiai megközelítései viszont a legitimitás jelentéstartományába sorolják be (a szemantikai határok kitágításával) a megalapozó igazolásokkal előálló jelentéseket. Erre vezetem vissza legitimáció és igazolás, legitimitás és igazoltság, legitimitás és érvényesség összemosódását. A tudományos „túlterhelés” az eredménye a legitimáció és legitimitás „szociológiai” értelmezéseinek is, amelyek hasonlóképpen a legitimitás jelentéstartományába sorolnak be (a szemantikai határok kitágításával) más összefüggéseket: elfogadás-elfogadottság, elismerés, engedelmisség és engedelmisségi készség stb.

Véleményem szerint minél inkább hagyjuk el a logikai inkoherenciát tápláló metajurisztikus sallangokat, annál inkább kapunk „legális”, „jurisztikus” – és logikai koherenciát kevésbé veszélyeztető - választ a metajurisztikus koncepciókban is felmerült kérdésekre. Ennek kapcsán kell emlékeztetnem a jog legitimitásának, illetve az illegitim jognak és jogkeletkezésnek ma már tényleg ortodoxnak számító – és a jogi szakirodalomból is kiveszni látszó - jogi kérdésére. A legitim és illegitim jog jogi kategóriája kibővíti a legitimáció és legitimitás jogi értelmezési tartományát a metajurisztikus értelmezési tartomány rovására, és azzal „tehermentesíti” a fogalmakat, hogy csökkenti az esélyét annak, hogy metajurisztikusan, metajurisztikus formában vessünk fel és fogalmazzunk meg – direkt így fogalmazzok - jogilag legitimációs kérdéseket.

A empirikus indíttatású „túlterheltséggel” kapcsolatos az, hogy amit - példának okáért – alkotmányellenesnek tekintenek, azt gyakran nem azért tekintik elfogadhatatlannak, elismerésre és engedelmisségre méltatlannak stb., mert ütközik az alkotmánnyal, hanem mert „materiális igazságossági igényekben” is kifejeződő szubjektív értékek és elvek alapján, szubjektíve alkotmányellenesnek tartják. Értékek és elvek alapján akkor is alkotmányra és alkotmányellenességre hivatkozva vetnek el valamit, ha az konkrétan nem ütközik az alkotmánnyal. Az ilyen szubjektív értékekkel vagy elvekkel való ellentétnek tehát egyszerűen csak kifejezési formája lehet az „alkotmányellenes” fogalma. A jogot és törvényeket „végső soron megalapozó” értékekkel és elvekkel tehát legitimációelméletileg ezen a téren is az a gond, hogy ha maga az alaptörvény nem zárja ki azt, ami az alaptörvényt is „megalapozó” értékekkel és elvekkel ellentétesnek és – ezért – elismerésre és elfogadásra méltatlannak találtatott, akkor nem kizárt, hogy a gyakorlatban ennek ellenére minden további nélkül mondják mégis, hogy az alkotmányellenes, tehát illegitim.

Az „alkotmánnyal, az alkotmány betűjével és/vagy szellemével nem ütköző” alkotmányellenesség empirikus paradoxonja a gyakorlatban azt jelenti, hogy értékekre és elvekre hivatkozó érvek özöne az alaptörvény magától értetődően jogi tartalmát, valamint jogi és jogászias (jogászi) alkalmazását úgy értéktelenítheti el, hogy az alaptörvény már szinte elveszíti jogi vagy törvény-jellegét.<sup>21</sup> Az alkotmányhoz és alkotmányossághoz való eme attitűd tehát egyfajta szemantikai expanziót és túlterheltséget eredményez akkor, ha – némi leegyszerűsítéssel - valamit azért nevezünk alkotmányellenesnek, mert szerintünk (akár elvi okokból) egyszerűen elfogadhatatlan. A kézenfekvő párhuzam a legitimitációelméleteken belüli szemantikai expanzióra: valamit azért nevezünk illegitimnek, mert szerintünk (akár elvi okokból) egyszerűen elfogadhatatlan.

Ortodox megközelítésemben (metajurisztikus) értékek és elvek szerinti alkotmányellenességről (illegitimitás) csak az alkotmány kontextusán belül beszélhetünk.<sup>22</sup>

Bár legitimitációelméletileg természetesen elfogadható az a képlet, hogy ami alkotmányellenes/illegitim, az elfogadhatatlan, fordítva már tarthatatlan az, hogy ami elfogadhatatlan, az alkotmányellenes/illegitim. Utóbbi állítás csak módosított formában tartható: azért elfogadhatatlan valami, mert alkotmányellenes/legitim. Az oksági összefüggés megkerülhetetlen. Ebből az következik, hogy legitimitációelméletileg is elengedhetetlen az elfogadhatatlanság és elfogadhatóság, az engedelmesség és engedetlenség, és az elismerésre méltóság kritériumainak, avagy az elfogadás, az engedelmesség és az elismerés motívumainak rekonstruálása. Egy ilyen rekonstrukció egyértelműen megvilágítja a jogi természetű kritériumokat és motívumokat (elismerem, mert törvényes; nem engedelmeskedek, mert jogtalan), amelyek az elismerésre és engedelmességre méltóságot, valamint az elismerésre és engedelmességre méltóság értelmében vett legitimitást jogi fogalomként implikálják.

Az elismerésből, engedelmességből és elfogadásból következik az elismerő, engedelmeskedő, elfogadó szubjektumok empirikus jogtudatának és „legitimációs tudatának” rekonstrukciója is. A szubjektív legitimációs tudat lényegében alapvető jogszociológiai kérdést vet fel: létezik-e egyáltalán a „legitim” és „legitimáció” fogalma az empirikus emberek empirikus tudatában és kommunikációjában, és ha igen, jogi tartalmuk van-e. Módszertanilag:

<sup>21</sup> Lásd az aktuális példákat: a „gyűlöltebeszédéről” szóló törvénytervezet alkotmánybíróság általi elvetésének bírálatát, vagy a Gyurcsány-kormány megalakulásának illegitimitásáról vagy egyenesen alkotmányellenességéről (!) szóló nézeteket.

<sup>22</sup> Ennek megfelelően a magyar köztársasági elnök nem egyszerűen a demokratikus államrend őre, aki ténykedése során szuverén belátása, értékrendje és értéktételezése szerint állapítja meg valaminek antidemokratikus, tehát alkotmányellenes voltát, hanem úgy és annyiban „örkődik”, ahogy és amennyiben azt az alkotmány előírja vagy megengedi.

mennyiben leíró (empirikus) vagy analitikus fogalmakként kell kezelnünk legitimitáció és legitimitás fogalmait?

Akárhogy is alakult a legitimitációs elméletek Weber utáni története, vitathatónak tartom legitimitáció és legitimitás empirikus és elméleti „eljogiatlanodását”. Véleményem szerint az empirikus társadalmi és politikai kommunikációkban és diskurzusokban a fogalmak jogi tartalmi, jogi vonatkoztatottságai lényegében továbbra is megmaradtak, és történhetett ez azért, mert az empirikus fogalomhasználat során továbbra is meg akarnak ragadni jogi természetű viszonylatokat és összefüggéseket, ezért a legitimitációs elméleteknek tükrözniük kell a mindenkori empirikus viszonylatokat is. Ha tehát a legitimitás és legitimitáció fogalmi empirikusan jogi fogalomként is használhatósak, alapvetően roppan meg minden olyan legitimitációs elmélet, amely elzárkózik eme „jogi tény” figyelembe vételétől.

## Legalitás, legitimitás és értékduál

Ortodox megközelítésben legitimitációelméletileg sajátosan konstitutív szerepet játszik a professzionális intézményrendszerek kettős racionalitásának elmélete.

Hipotézisem szerint ez egyes alrendszerek értékduáljai az empirikus valóságnak megfelelően kiterjeszthetők az adott alrendszerek más alrendszerekkel való kapcsolatában is, abból a megfontolásból, hogy az egyes alrendszerekben a különböző alrendszer-racionalitások egymást kiegészítve hatnak. Funkcionalista olvasatomban például a jogi rendszer „jogos/jogtalan” értékduálja nem csak azt fejezi ki, hogy az adott (jogi) alrendszerben a professzionális (jogászi) kommunikációt mi vezérli, vagy hogy a jogrendszer (jogi alrendszer) professzionális jogászai ideális esetben csak a „jogos/jogtalan” értékduál, s nem más kódok vagy értékek szerint fogalmazznak meg döntési alternatívákat.

Kitüntetett jelentősége van annak, hogy a jogrendszernek és professzionális jogászainak egyik fő funkciója az, hogy más professzionális intézményrendszerekkel kapcsolatban fogalmazzanak meg döntési alternatívákat a „jogos/jogtalan” értékduál szerint. A jognak a társadalmi rendszer egészében betöltött funkciója alapján jogászok mondanak jogi ítéletet a gazdaság, a politika stb. professzionálisainak tevékenységéről. Lévén szó funkcióról, a professzionális jogászok jogos/jogtalan értékduál szerinti döntéseit el is várják más alrendszerekben. Más alrendszerek „jogszerű/törvényes” működéséhez, más professzionálisok „jogszerű/törvényes” cselekvéséhez azonban szorosan hozzátartozik az is, hogy azokról a jogos/jogtalan értékduál szerint mások is ítéleznek. A professzionális politikai, gazdasági stb.



szereplők maguk is számot vetnek valami jogosságával és jogtalanságával, vagy törvényességével és törvényteleniségével, illetve azzal, hogy adott esetben, jogi konfliktusok esetén, a jogrendszer professzionálisai (ügyvédek, ügyészek, bírók stb.) hogyan ítélnének a jogos/jogtalan értékduál szerint, nem utolsósorban pedig maguk is értékelik a professzionálisok (jogászok) jogi ítéleteit. (Valóban „jogos” ítéletet alkotott-e a bíró, alkotmányának megfelelő döntést hozott-e az alkotmánybíróság.)

Hipotézisem szerint a jogi alrendszer jogos/jogtalan értékduálja az empirikus valóságnak megfelelően nem csak más alrendszerekre, más alrendszerekkel való kapcsolatára terjeszthető ki, hanem a társadalmi lét „mindennapi életére”, az „életvilágra” is: a mindennapi élet mindennapi emberi számára hasonlóképpen „érték” avagy „értékelési elv” a „jogos” és „jogtalan”. Bármely alrendszer professzionálisaitól a laicizmusuk és dilettantizmusuk miatt megkülönböztethető és megkülönböztetendő „mindennapi emberek” is ítélkeznek a jogos/jogtalan értékduál szerint. Ők is ítéletet alkotnak 1) a jogi alrendszer professzionálisainak jogi ítéleteiről vagy döntéseiről (valóban „jogos” ítéletet alkotott-e a bíró, alkotmányának megfelelő döntést hozott-e az alkotmánybíróság); 2) arról, hogy a jogi alrendszer professzionálisait az ítéletalkotás vagy döntés során, és általában a tevékenységükben a jogos/jogtalan értékduál vagy valamilyen más, például politikai motívum vezérli-e; 3) más alrendszerek professzionálisainak tevékenységéről; 4) más mindennapi emberek tevékenységéről. A társadalom „jogszerű” működésében meghatározó módon és mértékben játszik közre a dilettáns és laikus (nem professzionális) társadalmi szubjektumok jogi kultúrája, beállítódása, jogi értékrendje, jogismerete, valamint a jogos és jogtalan értékduált magában foglaló empirikus jogtudata.

Megközelítésemben tehát a legitimitás és illegitimitás a jogos/jogtalan értékduálnak egy sajátos, etimológiailag és eszmetörténetileg a törvényes/törvénytelen kettősségből kibomló variánsának fogható fel. A politikai hatalom esetében legitimitás és illegitimitás az elismerésre és – ezért – engedelmességre méltósággal kapcsolódik egybe: a hatalomnak „alárendelt”, „engedelmeskedő” szubjektumok maguk alkalmazzák a jogos/jogtalan, a törvényes/törvénytelen, avagy a legitim/illegitim értékduált, ami – lévén értékekről szó – egyben cselekvésük (engedelmességük) lehetséges motívuma. Az értékduál alkalmazása lehet független a jogi „professzionálisoktól”<sup>23</sup>, de nagyon is számíthat az is, hogy professzionális jogászok hogyan ítélnék a jogos/jogtalan értékduál szerint, illetve hogy az engedelmeskedő

<sup>23</sup> Ezért itt következetesen az „értékduál” kételemű értékelési elvre utaló, és autoritás laikusok értékítéleténél is alkalmazható fogalmát használom, megkülönböztetendő a csak a professzionálisoknak fenntartott „bináris kód” fogalmától!

szubjektumok maguk mit gondolnak arról, hogy professzionális jogászok hogyan ítélnének a jogos/jogtalan értékduál szerint.

## Legalitás és legitimitás

Legalitás és legitimitás kettőségét tarthatónak tartó ortodox megközelítésben legitimitást mindenekelőtt az különbözteti meg legalitástól, hogy van egy szubjektív dimenziója: az elismertetési/elfogadtatási igény és az elismerés/elfogadás. A "legális" fogalmával valóban kifejezhetjük azt az állapotot, hogy valami „megfelel” a tételes jogszabályoknak (lásd legalizálunk valamit, ha kiterjesztjük rá az érvényes jogszabályokat, vagy olyanná tesszük, hogy megfeleljen a jogszabályoknak), de egy ilyen meghatározás közelebbről nem mond semmit sem arról, hogy miképpen áll elő a „megfelelés”. Szinte úgy tűnik, mintha az szó szerint automatikusan, szubjektív emberi ítéletektől függetlenül menne végbe. A „megfelelés” szubjektív ítéletekre visszavezetésekor azonban differenciáltan kell kezelnünk a jogszabályoknak való megfelelésről ítéletet alkotó, és így ítéletükkel legitimáló szubjektumok között.

Legalitás és legitimitás egyértelműen elválík egymástól, amikor a jogszabálynak való megfelelés (legalitás) vitatott, de arra hivatott jogalkalmazó szervek döntenek jogosságról vagy törvényességről, és döntésüket általában kötelező elfogadni, még akkor is, ha számunkra (kívülállók számára) a jogszabálynak való megfelelés (a jogosság, jogszerűség) továbbra is kérdéses.

Az arra illetékes jogalkalmazó szervek döntéséből, ítéletéből előálló „megfelelés” legalitást teremt. Más megfogalmazásban: az illetékes jogalkalmazók döntései és ítéletei alkotják a jogszabályoknak való és legalitásnak nevezett „megfelelést”. A legalitás ilyen történő megközelítését különösen akkor tartom helyénvalónak, ha a legalitást nyújtó jogot pozitív jognak, azaz tételesen lefektetett és hatályos jogszabályoknak fogjuk fel. A jog társadalomban betöltött funkciója miatt azonban látnunk kell, hogy a tételesen lefektetett és hatályos jogszabályok illetékes alkalmazói túlnyomórészt nem önmagukra, illetékes jogalkalmazókra vonatkozólag döntenek és alkotnak ítéletet. Különösen érvényes ez bármely hatalom, s különösen a politikai hatalom legitimitására. És eme kontextuson belül is akkor, amikor a hatalomnak alárendelt szubjektumokat tekintjük legitimáló szubjektumoknak.

Amennyiben a hatalomnak alárendelt szubjektumokat tekintjük legitimáló szubjektumoknak, a legalitás legitimáló erejének és szerepének antilegalista és metajurisztikus

megkérdőjelezése (önmagában legitimálhat-e egyáltalán a legalitás, illetve a legalizáló jogszabályok morális igazoltságának preferálása) majdhogynem értelmetlenné válik, mert a tételesen lefektetett és hatályos jogszabályoknak való „megfelelésnek” mint legalitásnak a jogilag laikus alattvalók vagy polgárok ítéletéből kellene előállnia. (És egy ilyen módon előállt legalitásnak kellene további morális igazolásra szorulnia.)

De mondhatjuk-e azt, hogy valami (hatalom vagy törvény) azért legális, tehát azért „felel meg” a tételesen lefektetett és hatályos jogszabályoknak, mert a jogilag laikus polgárok vagy alattvalók úgy ítélik meg, hogy „megfelel” a tételesen lefektetett és hatályos jogszabályoknak?

A legalitás és a „megfelelés” fogalma alól tehát ki kell vonnunk a hatalom jogilag laikus alárendeltjeit, illetve a hatalom jogilag laikus alárendeltjeinek legitimáló szerepétől analitikusan el kell választanunk a legalitást. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a hatalom jogilag laikus alárendeltjei és a tőlük elválasztott legalitás között megszűnne minden kapcsolat: a jogilag laikus elemnek a hatalom vagy törvény „legalitásáról” alkotott ítélete, illetve az ily módon való és ezért történő törvényesnek és jogosnak elfogadottság legitimitást teremthet.

Legalitás és legitimitás tehát nagyon is összekapcsolódhat, ha 1) a jogosnak/törvényesnek elfogadás/elismerés kifejezett kritériuma az érvényes és tételes jogszabályoknak való megfelelés, 2) a legitimáló szubjektum „elismeri” ezt a megfelelést, 3) és cselekvését és magatartását ennek megfelelően alakítja.

Legalitás és legitimitás átfedheti egymást, ha illetékes jogalkalmazók döntései és ítéletei alkotják a jogszabályoknak való és legalitásnak nevezett „megfelelést”, és ez a „megfelelés”, tehát az illetékesek „megfelelésről” alkotott ítéleteire alapozódik a jogilag laikus elem további ítélete a „megfelelésről”.

Legalitás és legitimitás ütközhet egymással, ha illetékes jogalkalmazók döntései és ítéletei alkotják a jogszabályoknak való és legalitásnak nevezett „megfelelést”, de ez a „megfelelés”, tehát az illetékesek „megfelelésről” alkotott ítéletei ellentétesek a jogilag laikus elemnek a „megfelelésről” alkotott előzetes vagy további ítéletével.

Egy politikai párt vezetésével, az elnöki poszt jogszerű vagy törvényes birtoklásával kapcsolatos (legitimációs!) vitákat egy bíróság, mint illetékes jogalkalmazó, jogerős döntéssel rendezheti. Az elnöki poszt aktuális birtoklásának törvényességéről vagy jogszerűségéről (legalitásáról) a párt tagjai különböző ítéleteket alkothatnak. A legalitásról alkotott ítéletük legitimitást alapoz vagy kérdőjelez meg, amennyiben X politikus vezetését fogadják el, másét meg elutasítják, mert az ő vezetését ítélik meg úgy, hogy a vonatkozó jogszabályok szerint jogszerű. A bíróság döntése pusztán csak a vonatkozó és hatályos jogszabályoknak való

„megfelelésről”, tehát a vezetés „legalitásáról” szól: törvény vagy jogszabály szerint X politikus a párt törvényes vezetője vagy az elnöki poszt jogszerű birtokosa. X politikus „legalitása” úgy válik legitimitássá, és a legalitás azzal legitimál, hogy a továbbiakban mások is törvényes vagy jogos vezetőnek tekintik és fogadják el őt, és a vele kapcsolatos magatartásukat ennek megfelelően alakítják.

A korábban mondottak alapján X politikus akkor is a párt legitim vezetőjének tekinthető, ha a bíróság (vagy akár a párt belső jogalkalmazó szerve) úgy határoz, hogy törvény vagy jogszabály szerint nem X politikus a párt törvényes vezetője, viszont a tagság vagy más, külső tényező mégis úgy ítéli meg, hogy a vonatkozó jogszabályok szerint márpedig törvényes vezető, és a vele kapcsolatos magatartásukat ennek megfelelően alakítják. Ebben az esetben legalitás és legitimitás „összekapcsolódik”, de „nem fedí át” egymást. Gyökeresen különbözik ettől az, ha a tagság vagy más, külső tényező ugyan továbbra is vezetőnek tekintti X politikust, de közömbös és lényegtelen számukra az, hogy az általuk vezetőnek tekintett és elfogadott politikus a vonatkozó jogszabályok szerint törvényes vezető-e, és a vele kapcsolatos magatartásukat ennek megfelelően, tehát a jogi vonatkozatottságtól függetlenül alakítják. A politikusról ekkor elmondhatjuk, hogy elismert vagy elfogadott, de nem legitim vezető. A vezető eme „nem legitim” státusza azonban – a korábban elmondottak fényében – abban a pillanatban „legitimálódik”, amikor az őt elfogadó és elismerő szubjektumok hozzá való viszonyulását az a tudat vagy meggyőződés határozza meg, hogy – bármilyen oknál fogva - neki „joga van” vagy „neki van” joga vezetőnek lenni, még akkor is, ha a vonatkozó jogszabályok és másik szerint nem lenne joga.<sup>24</sup>

A legitimitás tehát azt fejezi ki, hogy a jognak való „megfelelés” egy szubjektív aktus, az elismerés eredménye és függvénye: elismerjük jogosnak, ezáltal pedig magunkra nézve kötelezőnek stb.

Hatalmi vagy uralmi viszonylatokban a legitimitás lényege és tétje az önkéntes engedelmesség és engedelmisségi készség ott, ahol a jogi szabályozottság egyáltalán elfogadott. Az önkéntes engedelmisségnek a jogból kell származnia, de – az önkéntesség miatt értelemszerűen – nem lehet kikényszerített. A jogi kényszer belefér a legalitás fogalmába, ezért

<sup>24</sup> Aktuális példaként lásd Herényi Károlynak az MDF országgyűlési frakciójának vezető posztjáról történő, a frakciótagok többsége általi leváltását, illetve az őt leváltók egy részének a frakcióból – a leváltott - Herényi általi kizárását, valamint az MDV vezető testületeinek a kizáró határozatot és Herényit posztján megerősítő döntéseit. Herényi utóbbi lényegében beismerte, hogy jogtalanul zárt ki másokat a frakcióból, de azt magasabb rendű politikai és elvi okokkal igazoltnak látta. Herényi Károly tehát elvesztette jurisztikus legitimitását a frakcióban, amit ő azzal ellensúlyozott, hogy elvi és politikai okból mégis neki van joga frakcióvezetőnek lenni, és a pártvezetés ezt az elvi-politikai gyökerű „jogát” ismerte el, amit aztán az Országgyűlés illetékes bizottsága és a házelnök a maguk jurisztikus döntésével tisztán jurisztikus legitimitássá alakítottak vissza.

a "legalitás" elégtelen kifejezés a jog és kényszermentesség összekapcsolására: a kötelező jogi tartalom kényszermentes elfogadását kell fogalmilag megragadni. Erre szolgál a legitimitáció fogalma: legitim valami, ha az általunk elfogadott „jog” szerint magunkra nézve követésre (engedelmességre) méltónak vagy (minket) kötelezőnek ismerjük el. Más, plasztikusabb megfogalmazásban: legitim valami, ha az általunk elfogadott „jog” szerint ismerjük el magunkra nézve követésre (engedelmességre) méltónak vagy (minket) kötelezőnek.

Legitimitás- és autoritáselméletileg ezek után a következő distinkciók tehetők:

- 1) a „kötelezőnek elismerés” és az ehhez kapcsolódó „engedelmességi készség” az autoritásra helyezi a hangsúlyt.
- 2) a „jog szerintiség” a legitimitásra, mint az autoritás lehetséges forrására helyezi a hangsúlyt.

Történelmileg egy uralkodó uralma alapozódhatott kényszerre és erőszakra, vagy gyakorolhatta uralmát „jogszerűen” is, de ha szükségesnek érezte az alattvalók önkéntes engedelmességét, ám azok önkéntesen csak a "legitim" uralkodónak voltak hajlandóak engedelmeskedni, akkor uralmát el kellett ismertetni az alattvalók által elfogadott és önkéntes engedelmességük feltételéül szabott jogszabályok vagy jogelvek szerint. A legitimitáció fogalmának ott van értelme, ahol a hatalom alárendeltjei nem egyszerűen csak engedelmeskednek, önkéntesen engedelmeskednek vagy készek engedelmeskedni, hanem kialakult bennük egy felfogás az engedelmességre „jogossága” vagy „törvényessége” miatt méltó hatalomról.

Hatalom vagy uralom bármely társadalomban lehet "elfogadott", és hatalom vagy uralom lehet autoritás, mert „készek” lehetnek az alárendeltek "önkéntesen engedelmeskedni" neki, mindezt lehet sajátos politikai és politológiai kérdésként és legitimitációs tematikán belül kezelni, de 1) *expressis verbis* autoritásprobléma akkor válhat belőle, ha az alárendeltekben szilárd képzet él az engedelmességükre méltó hatalomról<sup>25</sup>; 2) *expressis verbis* legitimitációs probléma akkor válhat belőle, ha az alárendeltekben szilárd jogi képzet él az engedelmességükre méltó hatalomról. Empirikus hatalmi vagy uralmi viszonylatokban megtörténhet, hogy a hatalmi/uralmi szubjektumnak igényelni is kell az alárendeltek engedelmességi készségét, s ha szükséges, érvekkel és magyarázatokkal alá kell támasztani az igényt. Az érvelés és magyarázat problémája vezet át a következő legitimitás (legitimálás) és igazolás összefüggéseiről szóló tézisemhez.

<sup>25</sup> A jog autoritását ennek megfelelően abban látom, hogy a jogszabályok kötelező érvénnyel bírnak, az emberek magukra nézve kötelezőnek ismerik el őket, és eszerint is készek engedelmeskedni nekik.

Amennyire közhely a politológiai irodalomban is, hogy a legitimitás fogalma túlságosan divatosá vált, jelentése kitágult, "felvizeződött", s ezért ma már "sok mindent legitimálunk, amit korábban igazoltunk, megindokoltunk, megmagyaráztunk"<sup>26</sup>, annyira zavaros maradt a legitimitás elméletekben az „igazolás” helye és szerepe. A legitimitás elméletekben az igazolás és az igazoltság gyakran mint a legitimitás és a legitimitás szinonimája, nem pedig elméleti és fogalmi alternatívájaként jelenik meg. Ortodox megközelítésben nem tartható az a tézis, hogy egy adott hatalmi viszony azért legitim, mert igazolható, vagy mert önmagáról adott igazolása elfogadható vagy elfogadott.<sup>27</sup> Legitimitás vagy legitimálás alatt metajurisztikus alapon sem célszerű pusztán csak "igazolást" érteni, mert ha valamit "igazolunk", akkor azt megfeleltetjük valamilyen értékelési elvnek. Politikai hatalom (uralom, rendszer) igazolásakor valamilyen, a hatalomra irányuló értékelési elvnek feleltetjük meg, és ezáltal fogadtatjuk el a hatalmat. Csakhogy értékelési elvből is sokféle lehet, de ezek közé tartozik a legitimitásra és – tegyük hozzá – legalitásra utaló jogosság és a törvényesség. Vagyis politológiai megközelítésben a hatalom igazolását csak úgy van értelme legitimálásként felfogni, ha az igazolás során a hatalmat a jogosság és törvényesség értékelési elvének, vagy másféle, de a törvényesnek/jogosnak elismerés/elfogadás mintegy kritériumának számító értékelési elveknek feleltetjük meg. Az igazolásnak véleményem szerint jogi tartalmúnak vagy jellegűnek kell lennie: legitimitáselméletileg a jogosság, jogszerűség, törvényesség alátámasztása, bizonyítása, megindoklása jelenti az igazolást. Az igazolás (justification, justify) minden más, a juszifikációs irodalomban is fellelhető értelme, mint például az igazságnak vagy igazságosságnak (just, justice) megfeleltetés, azok bizonyítása, azokkal történő indoklás, avagy érvényességre vagy érvényesnek elismerésre igény, csak a jogszerűségre és ebből eredő engedelmisségi készségre vonatkoztatva kap legitimitáselméletileg értelmet.<sup>28</sup>

Amennyiben a hatalom legitimitását abban ragadjuk meg, hogy igazolható szabályoknak avagy törvényeknek megfelelően szerezték-e meg és gyakorolják-e, akkor a politikai filozófia klasszikusnak mondható megközelítéseivel ellentétben elsődlegesen nem az a kérdés, hogy „igazolható-e” a törvény abban az értelemben, hogy „megfelel-e” olyan morális és politikai érveknek, amelyek ésszerűen (logikus érvekkel) megvédhetők. Először szét kell

<sup>26</sup> Bayer József, id. mű, 17.

<sup>27</sup> Ezért nem érteke egyet David Beetham sem: „Egy adott hatalmi viszony nem azért legitim, mert az emberek hisznek benne, hanem mert igazolható olyan eszmék által, amelyekben az emberek hisznek”. David Beetham: The Legitimation of the Power. Humanities Press International. 1991, 11. oldal.

<sup>28</sup> Érdekesként jegyzem meg, hogy a svéd nyelvben a „legitimation” a személyazonosságot igazoló dokumentumot, azaz az angol „identity card”-nak megfelelő személyi igazolványt jelenti. Lakó György: Svéd-magyar szótár. Akadémiai Kiadó, 1969, 394. oldal; Stora Svensk-Engelska Ordboken. Norstedts, 1989, 489. oldal.

választanunk a hatalom megszerzésének és gyakorlásának a törvényeknek való megfelelését, valamint hatalomnak és törvénynek ésszerűen (logikus érvekkel) megvédhető morális és politikai érveknek való megfelelését. Mint láttuk, a metajurisztikus (politikai filozófiai) megközelítésekben a „törvényeknek megfelelést” hajlamosak úgy tekinteni a „legalitás” problémájának, mintha a megfelelés vagy meg nem felelés a társadalomtól és társadalmi tudattól független, mechanikusan érvényesülő, objektív tény lenne. A törvényeknek megfelelés vagy a jogszerűség igazolása azonban kifejezetten legitimációs probléma lehet, ha a hatalmi viszonyban az alárendeltek engedelmisségi készsége azért bizonytalan, mert kételyeik vannak a hatalom törvényességét vagy jogszerűségét illetően, ezért szemükben csorbult a hatalom elismerésre és – ezért engedelmisségre méltósága. Mindamellettagadhatatlan, hogy ugyanilyen megfontolás alapján, tehát az előbb vázolt kontextusban, kérdés lehet az is, hogy a jog vagy törvény megfelel-e morális és politikai szempontoknak. A morális és politikai érveknek vagy szempontoknak való – gyakran a politikai filozófia területére utalt – megfelelés azonban legitimációelméletileg konkretizálható: a „megfelelés” funkciója a jogosnak/jogszerűnek/törvényesnek elismerés/elfogadás és az ebből eredő engedelmisségre méltóság és engedelmisségi készség.

Jogosnak/jogszerűnek/törvényesnek való, akár közvetett, áttételeken keresztüli elismerés/elfogadás híján tehát a „megfelelés” és az „igazolás” önmagában nem legitimációs problematika. A politikai filozófiai csapdát cselekvésszociológiailag lehet megkerülni azzal, ami a legitimációs elméletek egyik gyengéje: a legitimálás, az igazolás és racionalizálás megkülönböztetésével. A racionalizálást sajátos típusú, ok–okozati összefüggésekre hivatkozó ("azért, mert...") magyarázatnak tekintem, ami természetesen feltételezi azt, hogy az elfogadó fél számára fontos az oksági összefüggések ismerete, és az benne elismerést, elfogadást, igazodást, engedelmisséget stb. vált ki, de legalábbis arra ösztönzi őt.

## Autoritás és legitimitás

Legitimációelméletileg az autoritásnak az ad kitüntetett jelentőséget, hogy teoretikusan nagy mértékben tehermentesítheti a legitimáció és legitimitás fogalmait! Legitimáció és legitimitás értelmezési tartománya azért túlterhelt, mint azt láttuk korábban, mert a fogalmaknak ki kell fejezniük azt is, amikor valami bármilyen okból elfogadott vagy elismert, vagy engedelmeskednek neki, tehát nem csak azért, mert törvényes, jogos vagy – jogi értelemben – legitim.

Legitimáció és legitimitás értelmezési tartományát autoritás fogalma azzal tehermentesítheti, hogy reflexív fogalomként, az engedelmességgel és az engedelmességi készséggel együtt, hagyományosan olyan jelentései és értelmezései vannak, amelyeket az autoritást is ignoráló metajurisztikus legitimációs elméletek a legitimáció és legitimitás fogalmába gyömöszölnek bele. Eredeti és máig uralkodónak mondható jelentése alapján az autoritást legáltalánosabban olyan kapacitásnak foghatjuk fel, amellyel képesek vagyunk - a kényszerítő hatalom és a racionális meggyőzés alapjaitól eltérő alapon - önkéntes engedelmességet vagy beleegyezést előidézni. Autoritáselméletileg ilyen „kapacitást” biztosíthat a hatalomhoz való elismert jog vagy a jogcím is, amennyiben a hatalomnak alárendeltek olyan szubjektumnak készek engedelmeskedni, aki a jogosultság kritériumainak megfelel. Legitimációelméletileg a jogosultság kritériumainak megfelelő, és ezért az engedelmességi készség „kapacitásával” rendelkező autoritás: legitim autoritás. Avagy: az autoritás azért legitim autoritás, mert engedelmességi készség „kapacitása” a jogosultság kritériumainak való megfelelésből ered.

A magyar (politikai) legitimációs és hatalomelméletekben, illetve általában a politológiai irodalomban hihetetlenül elhanyagolt téma az autoritás. Amennyire magától értetődő a nyugati, különösen a mainstream angolszász politikaelméletben az autoritás "törvényes vagy jogos hatalom"-ként való meghatározása (authority=lawful or rightful power; authority=legitimate power), annyira hiányzik a magyar legitimációs és hatalomelméletekből autoritás (authority) és hatalom (power) megkülönböztetése, de még az autoritás szerintem vitatható legitimációelméleti értelmezése (autoritás = legitim hatalom) is.<sup>29</sup>

Korábban azt írtam, hogy a legitimáció fogalmának hatalomelméletileg ott van értelme, ahol a hatalom alárendeltjei nem egyszerűen csak engedelmeskednek, önkéntesen engedelmeskednek vagy készek engedelmeskedni, hanem kialakult bennük egy felfogás az engedelmességre „jogossága” vagy „törvényessége” miatt méltó hatalomról.

Az „autoritás” fogalma hatalomelméletileg alkalmas az olyan hatalom fogalmi megragadására, amelynek készek önkéntesen engedelmeskedni. Értelmezésében, az előbbieken alapján, a pusztán csak önkéntes engedelmességgel és engedelmességi készséggel övezett hatalom kiesik a legitimitás, még pontosabban a legitim hatalom értelmezési tartományából. Az ortodox-jogi megközelítésben a „legitim hatalom” jogszerűséggel, jogossággal és törvényességgel kapcsolatos fogalom, ami azonban – el kell ismernem – ütközik



az „autoritás = legitim hatalom” mára már a politikaelméletben igen elterjedt, bár szerintem igen csak vitatható képletével.

Autoritás- és hatalomelméletileg fontos különbséget tenni a nem a hatalom, illetve a hatalom értelmében vett autoritás között. A probléma azonban ott mélyül el, ahol a magyarországi politikatudomány látóköréből szinte teljesen kiesik az autoritás: az autoritás- és hatalomelméleti irodalomban ismert a „de facto” és a „de jure” autoritás kettőssége. A „de jure” autoritás viszont a maga jogi jellegével – legalábbis első megközelítésben – ütközik az ortodox-jogi értelemben vett legitim hatalommal.<sup>30</sup>

A nyugati politikaelméletekben magától értetődő az autoritásnak „engedelmességhez való jog”-ként (right to be obeyed) vagy „törvényes vagy jogos hatalom”-ként (authority = lawful or rightful power) való meghatározása. Ebben az összefüggésben tehát a „törvényes” és a „jogos” kifejezések nem egyszerűen a hatalom (power) mellékes, esetleges, tőle mereven elválasztható jelzői, még ha lehetségesek is ilyen viszonylatok hatalom és törvényesség között. Inkább kifejezői annak, hogy van olyan hatalomfajta, -típus, -forma, azaz az autoritás, amely lényegét tekintve szintén hatalom (power), viszont olyan hatalom, amelyben a törvényesség és jogosság inherensen jelen van, s amelynek ezért a törvényesség és jogosság mintegy attribútumai. A szűkebben vett autoritáselméletek közül ki kell emelnem azokat, amelyek - például a szervezetszociológiaiak - az autoritást hatás- és jogkörként, illetve felhatalmazottságként vagy feljogosítottságként értelmezik, és azokat, amelyek - például a politikai filozófiaiak - megkülönböztetik a „de facto” és a „de jure” autoritást. A jogkör és a feljogosítottság, valamint a de jure jelleg miatt autoritás politikaelméleti vizsgálatát analitikusan a power értelemben vett

<sup>30</sup> Az általam itt kritizált politikai filozófiai megközelítésekben is megkülönböztetik a „de facto” és a „de jure” autoritást, viszont terminológiailag és elméletileg kellőképpen nem igazolt módon a „de jure” jellegnek morális tartalmat tulajdonítanak! A magyar politológiai irodalomban közel járt a de jure autoritás logikájához Gombár Csaba a „tényleges” és a „formális” döntés megkülönböztetésével, és a hatalomnak a tényleges döntések birtoklásaként való meghatározásával. Értelmezésem a „tényleges” mindenekelőtt azt fejezi ki, hogy vannak, akik formálisan dönthetnek, de valójában nem ők hozzák meg a döntést, vagy a formálisan meghozott döntésük tartalmát mások határozzák meg. Mégha nem is mondja ki, Gombár azért járt közel logikailag a de jure autoritáshoz, mert a tartalom és forma, valamint a de facto és de jure kettőssége szerint értelmezi a hatalmat mint döntéshozatalt, mert vannak, akik „intézményes döntési rend” alapján pro forma [értelmezésben de jure] jogosultak döntést hozni, és vannak, akik ténylegesen meghozzák a döntéseket. Gombár azt sem mondja ki, hogy a de facto és a de jure döntés egybe eshet, számára az a helyzet a fontos, amikor a kettő elválik egymástól, de még ekkor is következtelen, mert - és itt hiányzik az intézményesített döntési rend tényleges elemzése - megeshet, hogy ténylegesen egy hivatali alárendelt alakítja ki a döntés tartalmát, vagy határoz akár a döntés meghozataláról, viszont pro forma felettese nevében történik az, aki a továbbiakban a magasabb hatalmi pozíciók irányában viseli is a felelősséget beosztottja döntéséért. A döntéshozatal „tényleges” szóval jelölése tehát önmagában elégtelen a „döntés=hatalom” képlete alapján a (tényleges) hatalom megragadására. Gombár koncepciója alapján tehát azt e következtetést lehet levonni, hogy valakinek nem azért van hatalma, mert „ténylegesen” dönt, hanem azért ténylegesen, mert eleve hatalma van. Lásd Gombár Csaba: A hatalom szervezete; Hegemónia-monopólium; Az uralom problémája. Politikaelméleti tanulmányok 58. Budapest, 1980; illetve Gombár Csaba: A politikai hatalom kérdéseiről. In Bihari Mihály (szerk.): Politika és politikatudomány. Gondolat, 1982.

és a politológiában bevett hatalomtól függetlenül is lehetségesnek tartom. Mivel a politikai hatalmat általában intézményesített hatalomként fogja fel a politikatudomány<sup>31</sup>, elkerülhetetlen a magyar szaknyelvben a "power"-rel asszociált "politikai hatalom" autoritáselméleti - és ezért gyakran megkerült - vizsgálata, amely megvilágítja, hogy az angolszász politikatudományban miért lehet egymás szinonimája vagy éppen alternatívája a magyarra egyaránt politikai hatalomként fordított "political power" és "political authority".

Az ortodox megközelítés nagy kérdése, hogy milyen összefüggés vagy különbség lehet a jogi jellegű (de jure) autoritás mint hatalom, valamint a jogosnak/törvényesnek elismert és elfogadott, ezért engedelmességre méltónak tekintett és engedelmisségi készséggel övezett (legitim) hatalom között, ha az autoritás hatalomelméleti fogalma önmagában hordozza az engedelmességre méltóságot és engedelmisségi készséget?

A kérdésre adható és kézenfekvőnek tetsző válasz az, hogy a jogi jellegű „de jure” autoritás feleltethető meg a szintén jogi jellegű „legitim” hatalomnak, azaz – itt és most eltekintve hatalom (power) és hatalom értelmében vett autoritás (authority) közötti különbségtől - a hatalom „legitimitása” és „de jure” volta közé egyenlőségjelet lehet tenni.<sup>32</sup> Ennek részletesebb taglalása már egy másik tanulmány feladata.

---

<sup>31</sup> Ritkább a politikai hatalomnak az államhatalomtól mint intézményesített hatalomtól megkülönböztetett, nem intézményesített hatalomnak a felfogása.

<sup>32</sup> Legitimációelméleti monográfiájában Matti Wiberg a legitimitásnak csak a következő jelentéseket tekinti politikailag relevánsnak: a joggal vagy szokásokkal összhangban levő címek és státuszok birtoklása, lásd az öröklés elvének szigorúan megfelelő uralmi jog (2a) □ elismert elvekhez vagy elfogadott szabályokhoz és standardokhoz alkalmazkodás (3a) □ A szuverén joggal vagy elvvel összhangban levő jogcíme, és az egyenesági trónöröklés mint politikai doktrína elve (2b) □ szabályhoz vagy elvhez alkalmazkodás, a "lawfulness" szerinti törvényesség (3b) □ bevett szokás- és magatartási standardokhoz alkalmazkodás (2c) □ helyes és elfogadható érvelési elvekre alapozottság (3c) □ a jog által vagy azzal összhangban felhatalmazottság és szentesítettség (5c). Ezek közül a (3a), a (3b) és a (7c) a "lawfulness" értelmében vett törvényességre utal, amit ezért Wiberg a "de jure aspektusú legitimitásnak" (legitimacy de jure aspect) nevez. Matti Wiberg: *Between Apathy and Revolution. Explications of Conditions for Political Legitimacy*. Turun Yliopisto, Turku 1988, 60-1.

## Nótári Tamás Evocatio és excantatio

A tizenkéttáblás törvény<sup>1</sup> büntetőjogi szabályokat tartalmazó nyolcadik táblájának normái között több olyan eredeti rendelkezéssel is találkozhatunk, amely szoros kapcsolatban van a verbalitással<sup>2</sup>: 1/a *QUI MALUM CARMEN INCANTASSIT...*<sup>3</sup>, 8/a *QUI FRUGES EXCANTASSIT*. 8/b *NEVE ALIENAM SEGETEM PELLEGERIS*.<sup>4</sup> Ezen utóbbi forráshoz kapcsolható Servius Vergilius-kommentárjának azon megjegyzése (Serv. Aen. 8, 99.), miszerint *'Atque satas alio vidi traducere messes. ' Magicis quibusdam artibus hoc fiebat, unde est in XII tabulis: 'neve – pellexeris'*. Az 1/a és 8/a szöveghelyhez pedig Plinius Maior *Naturalis Historiájának* egy gondolata (Nat. hist. 28, 18.): *'Quid? Non et legum ipsarum in XII tabulis verba sunt: 'Qui fruges excantassit', et alibi: 'Qui malum carmen incantassit? Verrius Flaccus auctores ponit, quibus credat in oppugnationibus ante omnia solitum a Romanis sacerdotibus evocari deum cuius in tutela id oppidum esset, promittique illi eundem aut amplioem apud Romanos cultum. Et durat in pontificum disciplina id sacrum, constatque ideo occultatum in cuius dei tutela Roma esset, ne qui hostium simili modo agerent.'* Nem véletlenül idéztük a *Naturalis historia* vonatkozó paragrafusát teljes egészében, Plinius ugyanis párhuzamot von a tizenkéttáblás törvény vonatkozó rendelkezései és azon rítus között, amely kapcsán forrása, Verrius Flaccus több szerzőt is megnevez: egy város ostromakor a római papok mindenk előtt a városból azon istent *'hívták ki'* (ez az ún. *evocatio*), amelynek oltalma alatt az adott város állott, lévén hogy Rómában ugyanolyan, vagy nagyobb kultuszt ígértek az istennek – továbbá pedig, hogy e szertartás fennmaradt a *pontifexek* tudományában, és éppen ezért tartják titokban annak az istennek a nevét, akinek az oltalma alatt Róma városa áll, nehogy valamely ellenség hasonló módon járhasson el.<sup>5</sup> A tizenkéttáblás törvény e rendelkezéseinek jobb megértéséhez érdemes előbb az *evocatio*ra vonatkozó szöveghely kapcsán néhány megjegyzést tenni.

Az *evocatio*ra nézve a szöveg két egyértelmű állítást tartalmaz: egyfelől az *evocatio* szertartását, másfelől pedig annak – elvileg – a saját koráig, vagyis az első századig fennálló gyakorlatát. Ezen utóbbi, a szokás fennmaradására vonatkozó kijelentés talán a szerző saját gondolata, nem pedig az általa fentebb említett *auctor(ok)*ra megy vissza,<sup>6</sup> ugyanakkor azt sem zárhatjuk ki, hogy Plinius csupán Verrius ezen kijelentését vette át mindenfajta kritika vagy kommentár nélkül.<sup>7</sup> Ha azonban feltesszük, hogy a rítus továbbélésére vonatkozó megjegyzés valóban Plinius saját megállapítása, úgy abból még nem feltétlenül következik, hogy neki magának betekintése lett volna a pontifikális írásokba, sokkal inkább feltételezhetjük a Verriusnál olvasottakra támaszkodva, hogy az a saját korára sem változott meg.<sup>8</sup> A szertartás

<sup>1</sup> Cf. Zlinszky J.: *A tizenkéttáblás törvény töredékei*. Miskolc 1991. (a továbbiakban: Zlinszky)

<sup>2</sup> A verbalitás egyéb sajátos aspektusaihoz az archaikus jogban lásd Nótári T.: *Jogtudomány és retorika – Cic. Mur.* 26. JK 2001/12.

<sup>3</sup> Ehhez tartozik a Cicero hagyományozásából (*rep.* 4, 10, 12.) ismert 1/b is: *Nostrae XII tabulae, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sancientiam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.*

<sup>4</sup> '1/a Aki gonosz éneket ráénekel... 8/a Aki a termést eléneklei... 8/b Ne csalogasd át másnak a termését.' (Zlinszky 25; 27.)

<sup>5</sup> A római hadijog kérdéséhez bővebben lásd G. Fusinato: *Dei feziali e del diritto feziale*. Macerata 1884; A Heuss: *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*. Leipzig 1927; Hamza G.: *A nemzetközi kapcsolatok jogi szabályozásának kérdéséhez az antikvitásban*. AJ 30 (1987/88).

<sup>6</sup> G. Rohde: *Die Kultursatzungen der römischen Pontifices*. Religionsgeschichtliche Versuche und Vorarbeiten 25. Berlin 1936. 26.

<sup>7</sup> Fr. Münzer: *Beiträge zur Quellenkritik der Naturgeschichte des Plinius*. Berlin 1897. 38. 47. 60. 121.

<sup>8</sup> Th. Köves-Zulauf: *Reden und Schweigen. Römische Religion bei Plinius Maior*. München 1972. (a továbbiakban: Köves-Zulauf) 86.

szövegét Plinius ugyan nem közli, ezt Macrobiusnál találhatjuk meg, aki in concreto a Karthagóra alkalmazott *carmen evocationis* közli (*Sat.* 3, 9, 7-8.): *'Si deus, si dea est, cui populus civitasque Carthaginiensis est in tutela, teque maxime, ille qui urbis huius populique tutelam recepisti, precor venerorque veniamque a vobis peto ut vos populum civitatemque Carthaginiensem deseratis, loca templa sacra urbemque eorum relinquatis, absque his abeatis eique populo civitati metum formidinem oblivionem iniciatis, proditique Romam ad me meosque veniatis, nostrarque vobis loca templa sacra urbs acceptior probatiorque sit, mihique populoque Romano militibusque meis praepositi sitis ut sciamus intellegamusque. Si ita feceritis, voveo vobis templa ludosque facturum.'* Plinius az *evocatio* kapcsán *oppidum*ról beszél, ami némiképp pontatlan, ugyanis az *evocatio* szertartását csak a Rómához hasonlóan szakrális rítusok betartásával alapított város, azaz *urbs* ellen lehetett alkalmazni,<sup>9</sup> a *'solitum'* kifejezés arra látszik utalni, hogy az *evocatio* jóval gyakrabban fordult elő a római történelem során, mint ahány konkrét esetről tudomásunk van.<sup>10</sup> A szerző világosan kimondja továbbá, hogy az *evocatio* szertartását *sacerdotes* végezték, ellentétben a *devotio urbis* rítusával, amely a *dictator* illetve az *imperator* jogkörébe tartozott.<sup>11</sup> Amíg a római hitvilágban az *evocatio* – lévén konkrétan meghatározott “személyiséggel” rendelkező istenségekhez intézett *carmen* – vallási aktusként készítette elő az ellenséges város pusztulását, addig a *devotio urbis* mágikus, vagyis személytelen alvilági erőkhöz intézett *consecratio*ként<sup>12</sup> legtöbbször a már védelmező istenségeitől megfosztott város<sup>13</sup> ellen irányult. A *devotio urbis carmen*jét szintén Macrobius közli (*Sat.* 3, 9, 10-11.): *'Dis pater Veiovis Manes, sive quo balio nomine fas est nominare, ut omnes illam urbem Carthaginem exercitumque quem ego me sentio dicere fuga formidine terrore compleatis quique adversum legiones exercituque nostrum arma telaque ferent, uti vos eum exercitum eos hostes eosque homines urbes agrosque eorum et qui in his locis regionibusque agris urbibusque habitant abducatis, lumine supero privetis exercitumque hostium urbes agrosque eorum quos me sentio dicere, uti vos eas urbes agrosque capita aetatesque eorum devotas consecratasque habeatis ollis legibus quibus quandoque sunt maxime hostes devoti. Eosque ego vicarios pro me fide magistratuque meo pro populo Romano exercitibus legionibusque nostris do devoveo, ut me meamque fidem imperiumque legiones exercitumque nostrum qui in his rebus gerundis sunt bene salvos siritis esse. Si haec ita faxitis ut ego sciam sentiam intellegamque, tunc quisquis votum hoc faxit ubiubi faxit recte factum esto ovibus atris tribus. Tellus mater teque Iuppiter obtestor.'* Ugyanakkor nem állítható fel egyértelműen egy *'nulla devotio sine evocatione'*<sup>14</sup> tézis, mivel a *devoti*ót gyakorta alkalmazták *evocatio* nélkül is – lévén, hogy az utóbbira csak *urbes* esetében kerülhetett sor –, Macrobius itt inkább csak egy logikai sorrendet kívánt felállítani, nem pedig a *ius sacrum* egy kógens

<sup>9</sup> V. Basanoff: *Evocatio*. Paris 1947. (a továbbiakban: Basanoff) 21.

<sup>10</sup> K. Latte: *Römische Religionsgeschichte*. München 1960. (a továbbiakban Latte) 125; Köves-Zulauf 87.

<sup>11</sup> Vö. Macr. *Sat.* 3, 9, 9; L. Wohleb: *Die altrömische und die hethitische evocatio*. Archiv für Religionswissenschaft 25 (1927) 206. skk.

<sup>12</sup> H. Wagenvoort: *Roman Dynamism. Studies in ancient Roman thought, language and custom*. Oxford 1947. 31. sq. (A *consecratio*t olykor csupán a város elfoglalása után hajtották végre, vö. Cic. *dom.* 128. ...*ut imperator agros de hostibus captos consecraret.*)

<sup>13</sup> Macr. *Sat.* 3, 9, 6. *Sed videndum, ne, quod non nulli male aestimaverunt, nos quoque confundat opinantes uno carmine et evocari ex urbe aliqua deos et ipsam devotam fieri civitatem*. Uott 9. *Urbes vero exercitusque sic devoventur iam numinibus evocatis...* Kétségtelen tény ugyan, hogy a *carmen devotionis* is megnevez bizonyos (khónikus) istenségeket, ám a római hit szerint a ennek során a *carmen* az istenektől függetlenül, pusztán a kimondott szavak ereje által is kifejtette hatását – ehhez bővebben lásd K. Beth: *Religion und Magie. Ein religionsgeschichtlicher Beitrag zur psychologischen Grundlegung der religiösen Prinzipienlehre*. Leipzig-Berlin 1927. 127. skk.

<sup>14</sup> A. Pernice: *Zum römischen Sacralrechte I Sitzungsberichte der königlich preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* 1885. 1157; Basanoff 5.

normáját meghatározni.<sup>15</sup> Az idézett forrás megemlíti továbbá, hogy az ellenség által végrehajtott *evocatio*t elkerülendő titokban tartják a Rómát oltalmazó istenség kilétét. Plinius állításával egybecsengenek a Macrobiusnál<sup>16</sup> és Serviusnál<sup>17</sup> olvashatók, amelyeknek valóságtartalmát illetően a szakirodalom igen megosztott: némelyek a védőistenség nevének ismeretlen volta miatt<sup>18</sup> a rá vonatkozó elképzeléseket is pusztán fikciónak, illetve viszonylag kései, keleti átvételnek bélyegzik,<sup>19</sup> mások azonban a hiperkritika ezen álláspontját elutasítva feltételezik, hogy nem az *evocatio* rítusát alátámasztandó kreáltak a források Róma számára egy titkos istenséget, hanem a korabeli ember gondolkodása – amely elfogadta az ellenséges városok *evocatio* segítségével történő megsemmisíthetőségének képzetét – vélte szükségesnek Róma védőistenségének titokban tartását az esetlegesen előforduló ellenséges *evocatio*ók ellen védekezendő.<sup>20</sup>

Róma városának másik (titkos) nevééről – *nomen alterum* – Plinius Maior a *Naturalis historiá*ban egybűt is tesz említést (*Nat. hist.* 3, 65.): *'Roma ipsa, cuius nomen alterum dicere nisi in arcanis caeremoniaerum nefas habetur optimaque et salutari fide abolitum enuntiavit Valerius Soranus luitque mox poenas. Non alienum videtur inserere hoc loco exemplum religionis antique ob hoc maxime silentium institutae. Namque diva Angerona, cui sacrificatur a.d. XII kal. Ian., ore obligato obsignatoque simulacrum habet.'* A forrás tartalmát lényegileg érinti a szöveghagyományban meglehetősen bizonytalan, Mommsen által betoldott *'nisi'*<sup>21</sup>, amely azt engedné valószínűsíteni, hogy Róma városának titkos nevét kizárólag a titkos szertartásokon volt szabad kimondani. E feltételezésnek, tehát a mommseni kiegészítésnek is alapjaiban mond ellent, és teszi azt feleslegessé egyfelől az istennő képe, miszerint a nevére vonatkozó teljes hallgatást jelző nem csupán bekötött, hanem lepecsételt szájjal ábrázolták<sup>22</sup>, másfelől azon források, amelyek megerősítik, hogy e titkos nevet még a vallási szertartások során sem lehetett kimondani.<sup>23</sup> Ezek alapján tehát logikusnak tűnik a szöveget a *'nisi'* betoldás mellőzésével áttekinteni.<sup>24</sup> A forrás három adatot tartalmaz: egyrészt Róma város titkos nevének létezését, másrészt ennek Valerius Soranus általi elárulását és az áruló megbüntetését – ezen értesüléseket Plinius Varróra vezeti vissza – harmadrészt pedig Angerona istennő kultuszát – ezt Verriustól meríti a szerző; az utóbbi két tény csak annyiban kívánjuk érinteni, amennyiben a *'nomen alterum'*<sup>25</sup> problematikájával összefüggésben áll. Róma város titkos nevének létét több oldalról is alátámaszthatjuk: A *devotio urbis* rítusát a hiperkritika álláspontját elutasítva – akárcsak az *evocatio* esetében – az ellenkező bizonyításáig valóban alkalmazottnak és a római vallás integráns részét képezőnek fogadhatjuk el. A titkos nevek

<sup>15</sup> Macrobius csak két *evocatio*ról számol be, amelyet mindkét esetben *devotio* követt, azonban több *devotio*ról is tudunk, amelyet nem előzött meg *evocatio*. Érdemes megfigyelni, hogy az *evocatio* szertartására csak olyan városok elfoglalása előtt került sor, amelyek Róma hegemoniáját veszélyeztették (például Veii és Karthago), a *devotio*t viszont gyakrabban alkalmazták olyan esetekben, amikor Rómát túlélésében nem veszélyeztető városok leigázására készültek (például Stonii, Fregellae, Fidenae, Corinthus stb.). P. K. Gross: *Die Unterpfinden der römischen Herrschaft*. Neue Deutsche Forschungen 41. Abteilung Alte Geschichte 1. Berlin 1935. 30. sk.

<sup>16</sup> *Macr. Sat.* 3, 9, 3. *propterea ... ignotum esse voluerunt.*

<sup>17</sup> *Serv. Aen.* 2, 351. *inde est, quod ... celatum esse voluerunt.*

<sup>18</sup> A különféle felvetésekhez lásd Köves-Zulauf 92<sup>103</sup>.

<sup>19</sup> St. Weinstock: *Rez. v. A. Brelich: Die geheime Schutzgottheit von Rom*. *Journal of Roman Studies* 40 (1950) 149. skk.; Latte 125.

<sup>20</sup> A. Brelich: *Die geheime Schutzgottheit von Rom*. Zürich 1949. 9. skk.; G. Wissowa: *Religion und Kultus der Römer*. München 1912. (a továbbiakban: Wissowa) 179. 203. 338; Köves-Zulauf 95.

<sup>21</sup> *Corpus Inscriptionum Latinarum* I. 409.

<sup>22</sup> *Vö....ore obligato obsignatoque*

<sup>23</sup> *Serv. Aen.* 1, 277. *Urbis ... verum nomen nemo vel in sacris enuntiat., Serv. Georg.* 1.498. *Verum nomen eius numinis ... sacrorum lege prohibetur.*

<sup>24</sup> A *'nisi'* kiegészítést elfogadó ill. elvető szövegkiadásokhoz lásd Köves-Zulauf 96.

<sup>25</sup> A *'nomen alterum'* terminushoz a pliniusi *Naturalis historiá*ban *vö.* 2.15; 2.37; 3.2; 4.28; 5.115; 16.48; 21.52; 23.35.

tekintetében a kutatás számos párhuzamot tárt fel a személy-<sup>26</sup>, a törzs-<sup>27</sup> és a városneveket<sup>28</sup> illetően, amelyek titkossága minden esetben a névvel való, mágikus eszközökkel való visszaélés lehetőségébe vetett hitben gyökeredzett, illetve ezen visszaélés ellen volt hivatott védeni a név viselőjét.<sup>29</sup> (A *'dicere arcanis caeremoniarum nefas habetur'* kitétel kérdésként veti fel, hogy az *arcanis caeremoniarum* fordulat melyik nominativusra vezethető vissza: az *'arcanae caeremoniarum'* sajátos genitívus partitívusra,<sup>30</sup> vagy az *arcana caeremoniarumra*, amely szerkezet genitívusa megengedi az explicatívusi, a possessívusi valamint a partitívusi értelmezést is.<sup>31</sup> Vagyis teljességgel titkos szertartásokat ért-e alatta Plinius, vagy pedig olyan rítusokat, amelyeknek voltak titkos elemeket is tartalmazó részeik, ám egészükben mégis nyilvánosan zajlottak. Bármelyik értelmezést fogadjuk is el, bizonyosnak látszik, hogy a Plinius által említett szertartás, illetve szertartások valamilyen módon összefüggésben állott Róma titkos nevével és ennek kimondásának tilalmával.) Plinius itt ugyan nem pontosítja, hogy milyen szertartásra gondol, azonban egyetlen olyan, lényegét tekintve valóban szigorúan titkosnak tekintett rítusról tudunk, amely éppoly szorosan függött össze a város titkos nevével, mint az *evocatio* a város titkos védőisteneivel, ez pedig a *devotio urbis*. Hasonló szellemben nyilatkozik Macrobius is (*Sat.* 3, 9, 5-6; 9.): *'Ipsius vero urbis nomen etiam doctissimis ignoratum est, caventibus Romanis, ne quod saepe adversus urbes hostium fecisse se noverant, idem ipsi quoque hostili evocatione paterentur, si tutelae suae nomen divulgaretur. Sed videndum, ne, quod non nulli male aestimaverunt, nos quoque confundat opinantes uno carmine et evocari ex aliqua urbe deos, et ipsam devotam fieri civitatem. ... Urbes vero ... sic devoventur iam numinibus evocatis.'*<sup>32</sup>

Visszatérve a tizenkéttáblás törvény idézett szöveghelyeire nem látszik feleslegesnek felidézni, hogy milyen jelentéssel fordul elő a forrásokban a *carmen* kifejezés. A Szádeczky-Kardoss-féle besorolás a következő jelentések szerint osztályozza a *carmeneket*:<sup>33</sup> munkadal,<sup>34</sup> gyermekdal, játékvers,<sup>35</sup> szerelmes dal,<sup>36</sup> gúnyvers, tréfás dal,<sup>37</sup> mondás, szentencia,<sup>38</sup> varázsvers, gyógyító

<sup>26</sup> W. Kroll: *Antiker Volksglaube*. Rheinisches Museum 52 (1897) 346; M.P. Nilsson: *Primitive Religion*. Religionsgeschichtliche Volksbücher für die deutsche christliche Gegenwart 3. Tübingen 1911. 81.

<sup>27</sup> J. G. Frazer: *The Golden Bough. A study in magic and religion*. London 1911-1922. (a továbbiakban: Frazer) 7. 2. 224.

<sup>28</sup> Frazer 2. 391.

<sup>29</sup> Wissowa 69.

<sup>30</sup> Ezen szerkezet egyenértékűnek tekintendő az *'arcanae caeremoniae'* fogalmazással – vö. R. Kühner–C. Stegmann: *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache I*. Darmstadt 1962. 425.

<sup>31</sup> Köves-Zulauf (98.) a genitívus explicatívushoz az *'auxilia peditum'*, a genitívus possessívushoz az *'apparatus caeremoniarum'* (vö. Tac. *Ann.* 2, 36, 3. *arcana imperii*), a genitívus partitívushoz pedig az *'occulta templi'* analógiákat említi.

<sup>32</sup> Amint Macrobius is némiképp összemosza az *evocatio* és a *devotio urbis* szertartását, úgy Plinius sem különíti el élesen egymástól a két rítust; mindkét eset lényegi titkossága indíthatta arra a szerzőt, hogy párhuzamot vonjon Angerona istennő ábrázolásával, ami egyértelműen a hallgatag titoktartás jelképeként kap szerepet a szövegben anélkül, hogy világosan meghatározható volna, hogy minek a titkát őrzi az istennő.

<sup>33</sup> Szádeczky-Kardoss S.–Tegyey I.: *Szöveggyűjtemény a régi római irodalomból*. Agatha III. Debrecen 1998. (a továbbiakban: Szádeczky-Kardoss–Tegyey) 20-36.

<sup>34</sup> Vö. Tib. 2, 6 21-26., Verg. *Georg.* 1, 287-294. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 20-21.)

<sup>35</sup> Vö. Porph. *Hor. epist.* 1, 1, 62; Porph. *Hor. ars* 417. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 22.)

<sup>36</sup> Vö. *Hor. Sat.* 1, 5, 14-21. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 23.)

<sup>37</sup> Vö. *Suet. Iul.* 49; 51; *Hor. Epist.* 2, 1, 139-155; *Aug. Civ.* 2, 9. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 23-24.)

<sup>38</sup> Vö. *Gell.* 4.9.1-2; *Isid. orig.* 6, 8, 12. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 25.)

dal,<sup>39</sup> kultikus ének, ima,<sup>40</sup> jóslat,<sup>41</sup> dal az elhunytakról, ősről,<sup>42</sup> ősi törvény,<sup>43</sup> szövetségkötés, hadüzenet és katonai eskü.<sup>44</sup> E besorolás alapján elfogadhatjuk azon értelmezést, hogy a tizenkéttáblás törvény VIII.1/b rendelkezése a gyalázkodó éneket sújtotta halálbüntetéssel (Cic. *rep.* 4, 10, 12. *Nostrae XII tabulae, cum perpauca res capite sanxissent, in his hanc quoque sancierendam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alter.*),<sup>45</sup> az egyéb esetekben (VIII. 1/a, 8/a, 8/b) pedig a *carmen* kifejezést varázsvers értelemben használja a törvény. A *'fruges excantassit'* és a *'segetem pellexerit'* tényállásra jól rávilágít Plinius egy másik szöveghelye, miszerint (*Nat. hist.* 18, 8.): *'Hos enim deos tum maxime noverant, Seiamque a serendo, Segestam a segetibus appellabant, quarum simulacra in circo videmus – tertiam ex his nominare sub tecto religio est.'* E forrás, amely a gabona aratásának három istennőjéről tesz említést, akik közül kettőt névvel meg is nevez (Seia, Segesta), a harmadikat viszont csak oly módon említi, hogy annak a nevét házban, illetve fedett helyen (*sub tecto*) tilos kimondani. Egyéb párhuzamos szövegekből tudjuk, hogy a harmadik istennő a Tutilina nevet viselte.<sup>46</sup> Nagy valószínűséggel állandó istennői hármassággal találkozunk ebben az esetben, az első két istennő funkciója teljességgel egyértelmű: Seia a földbe elvetett és ott nyugvó magot védi, Segesta pedig az érlelődő, még lábon álló gabonát, amint ezt a két név etimológiája is megerősíteni látszik.<sup>47</sup> Tutilina nevének és szerepének vizsgálata során legszerencsésebb abból, a római vallásra meglehetősen jellemző analitikus szemléletből kiindulni, amellyel az élet bizonyos folyamatait a lehető legkisebb egységekre lebontja, és ezen cselekvési, illetve történelmi fázisok mindegyikét egy-egy külön ehhez hozzárendelt istenség, Usener megnevezésével egy-egy *Sondergott*<sup>48</sup> hatáskörébe utalja.<sup>49</sup> E hármasság minden kétséget kizáróan a gabona fejlődésének fázisaihoz tartozik, amiből logikusan következik, hogy az első és a második *Sondergöttin* szerepének ismeretében meghatározható a harmadiké is, nevezetesen a gabona learatásának és csűrbe hordásának, valamint ottani őrzésének feladata – ez összhangban áll Augustinus Varrótól átvett kijelentésével is (Civ. 4, 8.): *'Frumentis vero collectis atque reconditis ... deam Tutilinam praeposuerunt.'*<sup>50</sup> Tutilina zárt térben – miként a másik két istennő esetében feltehetően egyebütt, így például a gabonát érlelő mezőn - történő megnevezése azzal hozható

<sup>39</sup> Vö. Varro *ling.* 6, 21. *Octobri mense Meditrinalia dies dictus a medendo, quod Flaccus flamen Martialis dicebat hoc die sollitum vinum novum et vetus libari et degustari medicamenti causa; quod facere solent etiam nunc multi cum dicunt: / Novum vetus vinum bibo / novo veteri morbo medeor.;* Plin. *Nat. hist.* 28, 2, 29. *Carmina quidem extant contra grandines contraque morborum genera contraque ambusta, quaedam etiam experta, sed prodendo obstat ingens verecundia in tanta animorum varietate; quapropter de iis ut cuique libitum fuerit opinetur.;* Plin. *Nat. hist.* 28, 2, 10. 17-18. *Ex homine remediorum primum maxime quaestionis et semper incertae est, polleantne aliquid verba incantamenta carminum ... Quid? non et legum ipsarum in duodecim tabulis verba sunt: "qui fruges excantassit", et alibi: "qui malum carmen incantassit"?* (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 25-26.)

<sup>40</sup> Vö. Quint. *inst.* 1, 6, 40; Varro *ling.* 7, 27; Cato *agr.* 141, 1-3; Macr. *Sat.* 3, 9, 6. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 27-28.)

<sup>41</sup> Vö. Fest. 325; Liv. 25, 12, 2-14. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 28-29.)

<sup>42</sup> Vö. Paul. Fest. 160; Cic. *Brut.* 19, 75. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 30.)

<sup>43</sup> Vö. Gell. 20, 1, 42-49. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 32-33; Zlinszky 10-11.)

<sup>44</sup> Vö. Liv. 1, 24, 4-9; 1, 32, 5-14. (Szádeczky-Kardoss–Tegyey 34-35.)

<sup>45</sup> Ehhez a szöveghelyhez Zlinszky (25.) több értelmező jellegű forrást kapcsol: Porph. *Hor. Sat.* 2, 1, 82. *Lege XII tabulis cautum erat, ne quis in quemquam maledicum carmen scriberet.;* Cornutus *Pers. Sat.* 1, 137. *Lege XII tabulis cautum est, ut fustibus feriretur, qui publice invehebatur.;* Paul. *Sent.* 5.4.6. *Iniuriarum actio introducta est lege XII tabulis de famosus carminibus...*

<sup>46</sup> Varro *Sat. Men.* 218; Varro *ling.* 5, 163; Macrob. *Sat.* 1, 16, 8; Aug. *Civ.* 4, 8; Tert. *Spect.* 8, 3.

<sup>47</sup> Latte 51. (*'Der etymologische Zusammenhang mit semen, bzw. seges, dürfte für die ersten sicher sein.'*)

<sup>48</sup> H. Usener: *Götternamen. Versuch einer Lehre von der religiösen Begriffsbildung.* Bonn 1896. 75.

<sup>49</sup> Köves-Zulauf 81; Latte 50.

<sup>50</sup> E funkció mellett szólnak a név lehetséges etimológiája is (ehhez lásd G. Radke: *Die Götter Altitaliens.* Münster i. W. 1965. 303.), amely nagy valószínűséggel a *'tueri'*, *'tutela'* stb. kifejezésekkel rokonítható.

összefüggésbe, hogy a név kimondása egyet jelentett az adott *numen* meg/felidézésével.<sup>51</sup> Az istenség – aki a sajátosan görög és római '*Person-Bereichdenken*' szerint bizonyos aspektusból egyet jelentett az általa képviselt dologi valósággal<sup>52</sup> – megnevezése lehetővé teheti az általa védett gabonával elkövetett abusust, így például a vetés kiéneklését, más földjére, illetve a már learatott gabona esetében más épületébe történő átvarázslását. A gabona bizonyos életfázisaihoz hozzárendelt istenségek önálló volta azt mutatja, hogy nevük nem volt abszolút tabu, hanem csupán bizonyos körülmények között és helyeken tabuizáltak őket, hiszen 'hatásukat' csupán akkor és ott fejthették ki. Természetesen nem különíthető el egymástól szigorúan és szisztematikusan az antik hitvilág e jelenségénél sem a vallásos és a mágikus szemlélet, hiszen az istenség megnevezése vallási, az ezáltal végrehajtott *excantatio* pedig mágikus motívumokat mutat, feltehetően itt is a két szemlélet sajátos egymásmellettségével kell számolnunk, mint az *evocatio* és a *devotio urbis* esetében is.

---

<sup>51</sup> A *numen* fogalmához lásd Nótári T.: *Numen és numinozítás – a római tekintélyfogalom vallási aspektusai*. Aetas 2003/3-4. 33. skk.

<sup>52</sup> Ehhez bővebben lásd W. Pötscher: *Person-Bereichdenken und Personifikation*. Literaturwissenschaftliche Jahrbücher 19 (1978) 229; Nótári T.: *A mérleg mint az igazságszolgáltatás jelképe Homerosnál*. Collega 2002/2. 44. skk.



## Tamás Nótári:

### Summum ius summa iniuria – remarks on a legal maxim of interpretation

Interpretation based on maxims of legal logic occupies an honourable place among the possible methods of legal interpretation; this being done most frequently using basic concepts originating from the classical period of Roman law, which facilitate orientation among contradictory decrees and help to clarify the meaning of legal rules. Here belong the following principles, widely known in Modestinus's formulation but dating from the period of the *leges XII tabularum*: “*lex posterior derogat legi priori*”<sup>1</sup>, the Papinian “*lex specialis derogat legi generali*”<sup>2</sup>, and the “*lex primaria derogat legi subsidiariae*”.<sup>3</sup> It is a basic interpretive principle, that the legal rule should be interpreted in its integrity, not by extracting certain parts of it;<sup>4</sup> following the letter of the law often leads to its evasion;<sup>5</sup> during the interpretation the legislator's intention should be taken into account<sup>6</sup>, if this is doubtful, the more lenient solution should be preferred.<sup>7</sup> All these can be traced back into a highly philosophical, Celsian principle – also widely accepted in contemporary legal thinking – declaring the vocation of the Law to implement Justice, according to which “*ius est ars boni et aequi*”<sup>8</sup>, the Law is an art of the Good and the Just. Out of these, the procedure called *in fraudem legis* is connected to the statement that enforcing the letter of the law often leads to inequity contradictory with the spirit of the law, i. e. injustice. Cicero also quotes this *proverbium*, already widely spread in the age of the Republic, which remained in use in his formulation until today: “*summum ius summa iniuria*”<sup>9</sup>, i. e. the utmost enforcement of the law leads to the greatest injustice.<sup>10</sup>

The present paper has a modest aim, it does not offer a general survey, but rather an introspection into the problem. First it enumerates the occurrences of this proverb in the sources of Roman literature (**I.**), then it sketches the development and semantic changes of the concept of *interpretatio* (**II.**), next it investigates the meaning of *summum ius* in the relation of the *ars boni et aequi* principle and the concept of Justice in legal sources and Cicero's works (**III.**), in the end it will consider the further reaching consequences of this *proverbium* in *Adagia* by Erasmus of Rotterdam, one of the most important humanists (**IV.**).

**I.** This idea first occurs in Terence's comedy, *Heautontimoroumenos*: “*Neque tu scilicet / illuc confugies: 'Quid mea? Num mihi datumst? Num iussi? Num illa oppignerare filiam meam me invito potuit?' Verum illuc, Cherme, / dicunt: Ius summum saepe summast malitia.*”<sup>11</sup> The

<sup>1</sup> XII tab. 12, 5; Mod. D. 1, 4, 4.

<sup>2</sup> Pap. D. 48, 19, 41; 50, 17, 80.

<sup>3</sup> Földi A.–Hamza G.: *A római jog története és institúciói (History an Institutes of Roman Law)*, Budapest 2004. (9th edition) 72.

<sup>4</sup> Cels. D. 1, 3, 24. *In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.*

<sup>5</sup> Paul. D. 1, 3, 29. *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

<sup>6</sup> Cels. D. 1, 3, 19. *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.*

<sup>7</sup> Marc. D. 28, 4, 3. pr. *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius.*

<sup>8</sup> Ulp. D. 1, 1, 1.

<sup>9</sup> Cicero: *De officiis* 1, 33.

<sup>10</sup> Földi–Hamza *op. cit.* 73.

<sup>11</sup> Terentius: *Heautontimoroumenos* 792. sqq.

situation is the following: Syrus asks Chermes for money, so that he could help his young master, but in order to get the sum he claims that he needs it for Chermes's daughter. The law is indubitably on Chermes's side, but unconditioned clinging to the law cannot be reconciled with the *pietas* and *clementia* expected from a Roman *pater familias*. In order to analyse the *summa malitia* turning point it is useful to peruse some meanings and the most typical occurrences of the *summus–summa–summum* adjective and the different connotations of the word *malitia*. In its original meaning *summus* is the Latin equivalent of the Greek *hypathos*.<sup>12</sup> Varro<sup>13</sup> and Isidorus Hispalensis<sup>14</sup> use it as a grammatical technical term for the explanation of the *superlativus*, Quintilian applies it for the description of rhetorical amplification.<sup>15</sup> Used figuratively, it can be encountered in many places, both with temporal meaning<sup>16</sup> and in relation with social status<sup>17</sup>, e. g. applied to the *optimates* and the *nobiles*<sup>18</sup> as the contradiction of the *humiles*, the *infima plebs*<sup>19</sup> and the *infimus ordo*.<sup>20</sup> Isidorus describes the word *malitia*, deriving from the word *malus*, as the evil thought of mind<sup>21</sup>, it occurs in many authors as the synonym of *astutia* and *calliditas*.<sup>22</sup> In the prologue of *Heautontimoroumenos* Terence mentions *expressis verbis* the Greek type of his comedy<sup>23</sup>, which, with regard to the above cited *proverbium*, can most probably be identified with two lines by Menander<sup>24</sup>, though the two ideas do not correspond word for word.<sup>25</sup> Terence speaks about *ius*, whereas Menander mentions *nomoi*, i. e. the laws and not *dikaion*; the *synchophantés* carries a slightly wider semantic load than *malitia*, which could be translated into Latin as *damnum*, *calumnia* or *malum*, in any way designating a content in contradiction with the spirit and destination of *ius*;<sup>26</sup> the *lian akribós* can be equally translated by the phrase *summo iure* or *nimis exacto quodam studio*.<sup>27</sup> Hence it becomes obvious that Terence heavily altered the Menandrian thought and adapted it to the circumstances of Roman legal life but preserved its basic message.<sup>28</sup>

Hieronymus takes his version from this Terentian *locus*: “*O vere ius summum summa malitia.*”<sup>29</sup> A statement with similar content (*summum ius summa crux*) is formulated by Columella, when he speaks about the responsibilities of the *pater familias* and the *dominus*: “*comiter agat cum colonis facilemque se prebeat, ... sed nec dominus in unaquaque re, cui*

<sup>12</sup> A. Walde–J. B. Hofmann: *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch I–II*. Heidelberg 1954. II 630.

<sup>13</sup> Varro: *De lingua Latina* 8, 75.

<sup>14</sup> Isidorus: *Origines sive etymologiae* 1, 7, 27.

<sup>15</sup> Quintilianus: *Institutio oratoria* 7, 10.

<sup>16</sup> Plautus: *Asinaria* 534; *Persa* 33; *Pseudolus* 374; Cicero: *Cato maior de senectute* 78; Suetonius: *Tiberius* 64, 4.

<sup>17</sup> Plautus: *Cistellaria* 516; *Amphitruo* 77; *Captivi* 279; *Mercator* 694; *Stichus* 409; *Persa* 418; Cicero: *Tusculanae disputationes* 2, 144.

<sup>18</sup> Plautus: *Stichus* 492. sq.; *Cistellaria* 23. sq.; *Pseudolus* 70; *Mercator* 604; Terentius: *Heautontimoroumenos* 227. 609; *Adelphoe* 502.

<sup>19</sup> Plautus: *Cistellaria* 24. sq.; Terentius: *Eunuchus* 489; *Hecyra* 380; Cicero: *Epistulae ad Atticum* 4, 1, 5; *Philippica in M. Antonium* 2, 3.

<sup>20</sup> A. Carcaterra: ‘Ius summum saepe summast malitia’, In: *Studi in onore di E. Volterra*, Milano 1971. IV. 631. sqq.

<sup>21</sup> Isidorus: *Differentiae* 1, 358. *Cogitatio prova mentis malitia appellatur.*

<sup>22</sup> Isidorus: *Origines sive etymologiae* 10, 6. *Astutus ab astu vocatus, quid est callidi et cauti nominis, qui possit sine periculo fortiter aliquid facere;.* Cf. Carcaterra *op. cit.* 638.

<sup>23</sup> Terentius: *Heautontimoroumenos* 4–5.

<sup>24</sup> Menandros Nr. 545.

<sup>25</sup> About the question of *contaminatio* in Terence's comedies see Rieth: *Die Kunst des Menanders in den Adelphen des Terenz*, Hildesheim 1964.

<sup>26</sup> Donatus: *Commentarius a. h. l. Summum ius saepe summa est malitia id enim, quod datum est, utique reddendum est, sed iure cautum est, ut filia quidquid acceperit vel filiae nomine datum fuerit, quae in familia est, non recte datum videatur. Itaque aequitatis est ut debitum solvi debeat, ius est ut sic datum reddatur: ita summum ius summa malitia.*

<sup>27</sup> Carcaterra *op. cit.* 641.

<sup>28</sup> Carcaterra *op. cit.* 644.

<sup>29</sup> Hieronymus: *Epistulae* 1, 44.

*colonom obligaverit, tenax esse sui iuris debet, sicut in diebus pecuniarum vel lignis et ceteris paucibus accessionibus exigendis, quarum cura maiorem molestiam quam impensam rusticis adfert. Nec sane vindicandum nobis quidquid licet, nam summum ius antiqui summam putabant crucem.*"<sup>30</sup> So it is forbidden to deal too harshly with the colonii, the master should exercise the virtues of meekness and consideration.<sup>31</sup>

The *proverbium* passed into legal common knowledge in Cicero's formulation in *De Officiis*: "*Existunt saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium.*"<sup>32</sup> Consequently, it is not the *ius* itself that results in *iniuria*, but the malevolent enforcement of a seemingly lawful claim is the case when injustice is committed under the mask of law enforcement.<sup>33</sup> Examining the bequeathing of the *proverbium*, one can safely assert that the Terentian and Columellian versions are more closely connected to each other than to the Ciceronian *antithesis*, and that they represent an earlier stage in the formulation of this thought.<sup>34</sup> In these two authors' work the clash of the legal and moral norms becomes foregrounded, i. e. the action permitted and approved by the *ius* becomes contestable from the side of the *mos*.<sup>35</sup> The Ciceronian formulation goes even further: it is not only the legal and ethical norm that conflict here, the collision takes place within the legal system.<sup>36</sup> The claim is made not only for a morally correct decision but also for the right and just application of the law. The proverb objects to the abuse of the law, to its literal and not sensible interpretation.<sup>37</sup> (The phrase *factum etiam tritum sermone proverbium* could refer to the fact that Cicero himself took over the idea of *summum ius summa iniuria* from an earlier *auctor* or the practice on the *forum*, or it can be assumed that he is referring to his own rhetorical practice when he emphasises the great familiarity of the proverb, as he frequently used the *summo iure agere* and the *summo iure contendere* phrases too.<sup>38</sup>)

However, he greatly exceeds the requirement of equitable legal interpretation in *De legibus*, where, among other things, he analyses the connection between natural law and positive law.<sup>39</sup> In this work Cicero appears as legislator – as his model Plato<sup>40</sup> does in *Nomoi*<sup>41</sup> –, a thing which must have seemed extremely new, almost provoking indignation, because doing this he intended to reform and replace the venerated *leges XII tabularum*<sup>42</sup>, thus occupying the place of the nation who made these laws.<sup>43</sup> The first book contains considerations of legal theory, which was practically unknown in the in Rome I. century BC. It aims at harmonizing statutory

<sup>30</sup> Columella: *De re rustica* 1, 7, 1. sq.

<sup>31</sup> M. Fuhrmann: Philologische Bemerkungen zur Sentenz 'Summum ius, summa iniuria', In: *Studi in onore di E. Volterra*, Milano 1971. II. 74.

<sup>32</sup> Cicero: *De officiis* 1, 33.

<sup>33</sup> A. Bürge: *Die Juristenkomik in Ciceros Rede Pro Murena*, Zürich 1974. 53.

<sup>34</sup> J. Stroux: 'Summum ius, summa iniuria' Ein Kapitel der Geschichte der *interpretatio iuris*, Berlin–Leipzig 1926. 21; Fuhrmann *op. cit.* 1971. 74.

<sup>35</sup> Stroux *op. cit.* 49.

<sup>36</sup> Fuhrmann *op. cit.* 1971. 75.

<sup>37</sup> K. Büchner: *Summum ius summa iniuria*, In: *Humanitas Romana*, Heidelberg 1957. 102; C. S. Tomulescu: Der juristische Wert des Werkes Ciceros, In: *Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum*, Berlin 1968. I. 230.

<sup>38</sup> Cicero: *In Verrem* 6, 4. *Non agam summo iure tecum, non dicam id quod debeam forsitan obtinere, cum iudicium certa lege sit.*; *Epistulae ad Atticum* 16, 15, 1. *Ego ... dubitasset fortasse utrum remissior essem an summo iure contenderem.*

<sup>39</sup> Tomulescu *op. cit.* 230.

<sup>40</sup> Cicero: *De legibus* 1, 15.

<sup>41</sup> Cf. H. Görgemanns: *Beiträge zur Interpretation von Platons Nomoi*, München 1960; G. R. Morrow: *Plato's Cretan City*, Princeton 1960.

<sup>42</sup> Cicero: *De legibus* 2, 23. 59.

<sup>43</sup> U. Knoche: Ciceros Verbindung der Lehre vom Naturrecht mit dem römischen Recht und Gesetz, In: *Cicero ein Mensch seiner Zeit*, hg. G. Radke, Berlin 1968. 41.

law with natural law because this was the only way Roman law could lay claim to universality.<sup>44</sup> From the demand of *ius naturale* neither the *comitia*, nor the *senatus* can give exemption, this being eternal and unchanging. The fundamental task of the legislator and the judge is to proceed according to this<sup>45</sup>, and the task of the law is to separate the lawful from the unlawful.<sup>46</sup> The law and the *ratio* are inseparably connected, moreover, they are each other's synonyms in a certain respect; so the law must originate directly from philosophy and not from the pretorial edict or the *leges XII tabularum*, thus it can never lose its validity.<sup>47</sup> He formulates in a strictly imperative mood the demand never before written down in Rome: "*Lex iusta esto!*"<sup>48</sup> Law must be based on Justice, which might seem trivial in itself, but Cicero had felt the lack of this condition himself; thus the law solely depends on Justice, and social cohabitation depends only on the law, this conclusion must have seemed considerably bold in ancient Rome.<sup>49</sup> Cicero, appearing in philosophy as a great system originator, wanted to encompass law in a system as well as in his work – unfortunately lost since then – entitled *De iure civili in artem redigendo*, which does not seem to have exerted much influence on legal scholars in Rome.<sup>50</sup>

Returning to *summum ius summa iniuria*: it was quite common that certain maxims formulated in everyday life and transmitted through literary sources were appropriated by Law as rules of universal validity. Just for example, here are a couple of *proverbia* becoming *regulae iuris*.<sup>51</sup> Aquila Romanus quotes the sentence "*cui quod libet, hoc licet*"<sup>52</sup>, which can be found in Ulpianus as "*non omne quod licet honestum est*"<sup>53</sup>. Publius Syrus's thought, "*lucrum absque damno alieno fieri non potest*"<sup>54</sup> resonates with Pomponius's rule: "*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem*"<sup>55</sup>. Seneca maior's sentence "*tacite loquitur; silentium videtur confessio*"<sup>56</sup> corresponds with Paulus's "*qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*"<sup>57</sup>.

**II.** In order to highlight the origin and the meaning of the word *interpretatio*, let us examine the loci to see in what context the concept *interpretes* and *interpretari* in Plautus, and other, mainly fragmentary bequeathed authors of archaic Roman literature. In *Poenulus* the slave says that the speech of his master could only be made intellegible by Oedipus, who solved the enigma of the Sphinx too.<sup>58</sup> In *Pseudolus* the content of an undecipherable letter could be solved only by the Sybilla.<sup>59</sup> Both cases are concerned with the deciphering the meaning of extremely intricate texts, which can be done exclusively by *oracula*, the solvers of great predictions, of mythical secrets, so the author draws the activity of *interpretari* into the circle of religious mysteries and endows it with the meaning of decoding, of solving an enigma.<sup>60</sup> In *Bacchides*, the importunate

<sup>44</sup> Hamza G.: A ius naturale a Corpus Ciceronianum (The ius naturale in the Corpus Ciceronianum), In: *Hereditas Ciceroniana*, Debrecen 1995. 75. sqq.

<sup>45</sup> Cicero: *De re publica* 3, 22.

<sup>46</sup> Cicero: *De legibus* 2, 13.

<sup>47</sup> Cicero: *De legibus* 1, 18; 2, 14.

<sup>48</sup> Cicero: *De legibus* 1, 18.

<sup>49</sup> Knoche *op. cit.* 46. sqq.

<sup>50</sup> U. v. Lübtow: Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz, In: *Festschrift für L. Wenger*, München 1944. I. 232.

<sup>51</sup> Carcaterra *op. cit.* 663.

<sup>52</sup> Aquila Romanus: *De figuris sententiarum* 27.

<sup>53</sup> Ulp. D. 50, 17, 144.

<sup>54</sup> Publilius Syrus: *Sententiae* L, 6.

<sup>55</sup> Pomp. D. 50, 17, 206.

<sup>56</sup> Seneca: *Controversiae* 10, 2, 6.

<sup>57</sup> Paul. D. 50, 17, 142

<sup>58</sup> Plautus: *Poenulus* 443. sq. *Isti ... orationi Oedipo opust coniectore, qui Sphingi interpretis fuit.*

<sup>59</sup> Plautus: *Pseudolus* 25. sq. *Has ... credo, nisi Sibilla legerit, interpretari alium posse neminem.*

<sup>60</sup> M. Fuhrmann: Interpretatio – Notizen zur Wortgeschichte, In: *Symptica F. Wieacker*, Göttingen 1970. 82.

messenger is made to leave in a comic fashion but with quite resolutely, by the use of very palpable means<sup>61</sup>, to which the messenger, who interpreted the highly paraphrased threat for himself thought it better to proceed more cautiously.<sup>62</sup> In *Cistellaria* a father gathers from the words of the *hetaira* speaking with him that she seduced her son;<sup>63</sup> in this case it is not the enigmatic words and composition of the interlocutor where one should draw conclusions from, but it is rather the conclusion drawn from the situation, the subjective opinion that is denominated by the word *interpretor*.<sup>64</sup> Refreshing the interlocutor's memory, recalling a certain event can also be signified by the verb *interpretari*<sup>65</sup>, elsewhere the revealer, the solver of a doubtful situation, or the implementor of a plan is called the *interpres*, in the last case it is the synonym of *internuntius*.<sup>66</sup> Thus Plautus uses the expressions *interpres* and *interpretari* with two connotations, on the one hand in their original sense, meaning mediation, on the other hand in the sense of understanding, making to understand, a more abstract and indirect meaning; this latter meaning including a kind of irrational activity, pertaining to the realm of the *religio*.<sup>67</sup> This seems to be corroborated by the fragments after Plautus and before Cicero. A Pacuvian fragment connects the task of the *interpres* with the interpretive activity of the *augures* and *haruspices* and it mentions a sinister *prodigium*<sup>68</sup>, placing the interpretive activity within the context of Roman religious institutions.<sup>69</sup> A fragment from a Latin translation of the *Ilias* contains a line from Agamemnon's reply to Calchas's premonition; comparing it to the Homeric text it becomes evident that *interpres* here stands for the Greek *mantis*.<sup>70</sup> It is also a fragment by Pacuvius according to which the activity of the *interpretari* in the course of interpreting obscure texts is at times doomed to highly uncertain guesses.<sup>71</sup> Based on this, we can assume that in the beginning the *interpres* mediated not only between humans but also between the human and the divine sphere, so in the course of fulfilling his task, besides everyday logic he had to employ certain means belonging to the realm of the irrational as well.<sup>72</sup> For the religious usage of these expressions one can find ample evidence in the *Corpus Ciceronianum* and other authors from the contemporary Roman literature; *augures*, *haruspices*, *decemviri* and Persian *magi* are mentioned as *interpretes*<sup>73</sup>, premonitions, miraculous and sinister signs, thunderstrucks, dreams, religious phenomena, and generally the will of the gods, all pertaining to the sphere of *religio*, constitute the object of *interpretari*.<sup>74</sup> In many cases the

<sup>61</sup> Plautus: *Bacchides* 595. sq. *Ne tibi hercle haud longe est os ab infortunio, ita dentifragibula haec meis manibus gestiunt.*

<sup>62</sup> Plautus: *Bacchides* 597. *Cum ego huius verba interpretor, mihi cautiost.*

<sup>63</sup> Plautus: *Cistellaria* 316. sqq. *Sed cum dicta huius interpretor, haec herclest, ut ego opinor, meum quae corrumpit filium. Suspiciost eam esse, utpote quam numquam videro; de opinione credo.*

<sup>64</sup> Fuhrmann *op. cit.* 1970. 84.

<sup>65</sup> Plautus: *Epidicus* 552.

<sup>66</sup> Plautus: *Miles gloriosus* 798. 951. sq. 962.

<sup>67</sup> Fuhrmann *op. cit.* 1970. 84.

<sup>68</sup> Pacuvius v. 80. sqq. (*Tragicorum Romanorum Fragmenta*, ed. O. Ribbeck, Leipzig 1871.) *Cives, antiqui amici maiorum meum, consilium socii, augurium atque extum interpretes, postquam prodigium horrifera, portentum pavos.*

<sup>69</sup> About the *aurures* and *haruspices* cf. K. Latte: *Römische Religionsgeschichte*, München 1967. 141. 158.

<sup>70</sup> Matius *frg.* 2. (*Fragmenta Poetarum Latinorum*, ed. W. Morel, Leipzig 1927.) *Obsceni interpres funestique ominis auctor.; Cf. Il. 1, 106. sq.*

<sup>71</sup> Pacuv. v. 151. sq. (*Tragicorum Romanorum Fragmenta*, ed. O. Ribbeck, Leipzig 1871.) *Nil coniectura quivi interpretarier, quorsum flexiloqua dictio contenderet.*

<sup>72</sup> Fuhrmann *op. cit.* 1970. 85.

<sup>73</sup> Cicero: *De legibus* 2, 20; *Philippica in M. Antonium* 13, 12; *De natura deorum* 2, 12; 3, 5; *De divinatione* 1, 3. 4, 46; 2, 110; Livius: *Ab urbe condita* 10, 8, 2; Gellius: *Noctes Atticae* 4, 1, 1.

<sup>74</sup> Cicero: *De legibus* 2, 20. 30; *De divinatione* 1, 3. 45. 92. 93. 116; *Pro M. Aemilio Scauro* 30; *De domo sua* 107; Quintilianus: *Institutio oratoria* 3, 6, 30; Plinius: *Naturalis historia* 2, 141; 7, 203; Gellius: *Noctes Atticae* 4, 1, 1; Valerius Maximus: *Facta et dicta memorabilia* 1, 5. 6.

expressions *interpres* and *conietor* serve as each other's explanation, highlighting each other.<sup>75</sup> According to Cicero, this interpretive activity is needed because of the obscure and doubtful nature of certain religious phenomena, so it is not surprising that the concept of *interpretatio* was eagerly connected to obscure and polisemic contents outside the circle of *religio* too, e. g. in philosophical polemic.<sup>76</sup>

In parallel with sacral connotations the most practical, everyday use of *interpres* can also be founded, it occurs in diplomatic, administrative, military and commercial fields too. In these cases the *interpres* is none other than interpreter or translator. In the sources the interpreter translates word for word, *verbum pro verbo*, and in this respect he can be regarded the contrary of the rhetor, who possibly takes over a thought from somebody else, but enriches and embellishes it with elements of style when delivering it to the audience.<sup>77</sup> Cicero himself used these possibilities of individualisation when he translated the speeches of Greek rhetors into Latin, as in his philosophical works with respect to the employment of Greek models.<sup>78</sup> Horace, giving advice to poets, in his *Ars Poetica* is against word for word translation performed in the manner of the *interpres*.<sup>79</sup> Quintilian challenges a poet's originality precisely because of his being an *interpres*.<sup>80</sup> *Interpretatio* as a technical term first occurs in rhetorics namely in *Auctor ad Herennium*'s discourse concerning rhetoric figures, according to which a kind of *geminatio*; the *conduplicatio* only differs from *interpretatio* in that the *verbum pro verbo* translation is a form-and-content-true transfer of a train of thought from a different language whereas *conduplicatio* is the same activity within a single language.<sup>81</sup> Quintilian does not consider the *interpretatio* to be a rhetoric figure as it was previously by Cornificius, but sees in it only an exercise to be used in the course of rhetoric training.<sup>82</sup> In certain cases *interpretatio* means the etymological analysis of words and the most precise rendering in Latin of the Greek technical terms, in course of which, as Cicero warns, one should avoid excessive hair splitting.<sup>83</sup>

It can be concluded that in the Ciceronian age the expression *interpres* was used in two clearly separable meanings: on the one hand it was used as *interpres deorum*, for the definition of the person enlightening phenomena from the sphere of *religio*, transmitting the divine will towards the human realm, on the other hand (as the religious semantic content did not entirely occupy this concept) it was used for denoting the interpreter and translator mediating in human communication by bridging linguistic impediments.<sup>84</sup>

As a scientific technical term, the word *interpres* first became widely used in the fields of philology and legal science. Cicero does not call the philologists *interpretes*<sup>85</sup>, according to Suetonius's relations however Cornelius Nepos already mentions them as *poetarum interpretes*.<sup>86</sup> In the field of legal science Livius remembers Tullus Hostilius as "*clemens legis interpres*"<sup>87</sup>, though this wording is slightly anachronistic as the king did not interpret or

<sup>75</sup> Cicero: *De natura deorum* 2, 12; *De divinatione* 1, 118; 2, 62. 66. 144; Quintilianus: *Institutio oratoria* 3, 6, 30.

<sup>76</sup> Cicero: *De divinatione* 1, 1166; *De natura deorum* 1, 39; Quintilianus: *Institutio oratoria* 3, 4, 3.

<sup>77</sup> Cicero: *De finibus bonorum et malorum* 3, 15; Hieronymus: *Epistulae* 57, 5.

<sup>78</sup> Cicero: *De optimo genere oratorum* 14; *De legibus* 2, 17; *De officiis* 1, 6; 2, 60; *De oratore* 1, 23; *Academica priora* 2. 1, 6; *De finibus bonorum et malorum* 1, 6.

<sup>79</sup> Horatius: *Ars poetica* 133. sq. *Nec verbum pro verbo curabis reddere fidus interpres.*

<sup>80</sup> Quintilianus: *Institutio oratoria* 10, 1, 87.

<sup>81</sup> *Auctor ad Herennium* 4, 38; Cf. Fuhrmann *op. cit.* 1970. 88.

<sup>82</sup> Quintilianus: *Institutio oratoria* 9, 3, 98; 10, 5, 5.

<sup>83</sup> Cicero: *De divinatione* 1, 1; *Topica* 35; *De officiis* 2, 5; *De finibus bonorum et malorum* 3, 15; Livius: *Ab urbe condita* 1, 44, 4; Seneca: *De beneficiis* 1, 3, 6; Gellius: *Noctes Atticae* 4, 9, 9; Quintilianus: *Institutio oratoria* 5, 10, 8; Cf. Fuhrmann *op. cit.* 1970. 89; H. Flashar: *Formen der Aneignung griechischer Literatur durch die Übersetzung*, *Arcadia* 3. 1968.

<sup>84</sup> Fuhrmann *op. cit.* 1970. 91.

<sup>85</sup> Cicero: *De divinatione* 1, 34.

<sup>86</sup> Suetonius: *De grammaticis* 4.

<sup>87</sup> Livius: *Ab urbe condita* 1, 26, 8.

translate the law concerning *provocatio*, he only facilitated its implementation.<sup>88</sup> In Pliny's *Naturalis Historia* the Ephesian Hermodoros appears as the *interpres* of the *leges XII tabularum* but it means only translator<sup>89</sup>, just as in Pomponius's text the mentioning of Hermodoros as *auctor* means the same.<sup>90</sup> However in connection with the *lex Valeria*, dating from 449 BC., conferring the status of *sacrosanctus* on the *trinuni plebis*, *aediles* and the *iudices decemviri*, Livius already speaks about the *interpretes* as a genuine legal technical term, as they tried to establish the correct interpretation of this law in long legal debates.<sup>91</sup> Both the explanators of the *leges XII tabularum*, driven by an archeological interest, usually searching for the meaning of a forgotten word, and the *iuris prudentes* of the near past are mentioned as *interpretes* in the 1. century BC. sources.<sup>92</sup> Cicero does not simply call the lawyers of his time *interpretes iuris* – as it was later used by Quintilian as the equivalent of *iuris consultus*<sup>93</sup> – but rather he defines the task of *interpretari* as a basic component of the *iuris consultus*'s activity, at times narrowing its scope using synonyms.<sup>94</sup> In *De oratore*, in the parts concerned with establishing the place and importance of the auxiliary sciences of rhetorics from the point of view of the theory of science and dialectics Cicero does not mention *interpretatio*.<sup>95</sup> Cicero, in his work entitiled *Brutus*, dealing with the history of Roman rhetorics, in the loci dedicated to his friend, one of the most outstanding lawyers of the age, Servius Sulpicius<sup>96</sup>, makes some remarks concerning certain cases of *interpretatio* (primary highlighting its task to clarify and order obscure and doubtful states of affairs), but neglects to make its methodology and inner construction an object of scrutiny; in the course of this he fails to mention the instances of *interpretatio iuris* when the *iuris consultus* is dealing with the applicability and modes of application of perfectly clearly formulated legal texts containing decrees of general validity.<sup>97</sup>

In legal texts, the expression *interpres* can seldom be encountered, and not as a technical term, it usually means translator or interpreter here<sup>98</sup> and only in specific cases does it signify the person doing the interpretation, the one searching for the meaning of texts.<sup>99</sup> The derivations *interpretari* and *interpretatio* beyond doubt mean the interpretive activity performed by lawyers and forums administrating justice. Following Fuhrmann's thematization, this interpretive activity could refer to different legal transactions (e. g. *testamenta*, *stipulationes*, *contractus*), to the laws in general, to criminal laws, to verdicts in criminal cases, imperial privileges, and certain concrete decrees resulting from the *leges XII tabularum*, other laws, the pretorial edict, *senatus consulta* and *constitutiones*.<sup>100</sup> In certain cases the meaning of *interpretari* ranges from

<sup>88</sup> Fuhrmann *op. cit.* 1970. 92.

<sup>89</sup> Plinius: *Naturalis historia* 43, 21.

<sup>90</sup> Pomp. D. 1, 2, 2, 4.

<sup>91</sup> Livius: *Ab urbe condita* 3, 55, 8.

<sup>92</sup> Cicero: *De oratore* 1, 193; *De legibus* 2, 59; *Brutus* 144; *Philippica in M. Antonium* 9, 10; Cf. Fuhrmann *op. cit.* 1970. 92. *sq.*

<sup>93</sup> Quintilianus: *Institutio oratoria* 3, 6, 59; Cf. C. 1, 14, 12, 5; 7, 4, 17. pr.; 6, 29, 4. pr.; 6, 23, 30.

<sup>94</sup> Cicero: *Pro Balbo* 20; *Pro Caecina* 70; *De oratore* 1, 199; *De legibus* 1, 14; *De officiis* 2, 65.

<sup>95</sup> Cicero: *De oratore* 1, 185–192; Cf. K. Barwick: *Das rednerische Bildungsideal Ciceros*, Berlin 1963. 7. *sqq.*

<sup>96</sup> About Servius Sulpicius Rufus see F. Schulz: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961. 65; P. Stein: The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science, In: *Festschrift für F. Wieacker*, Göttingen 1978. 176. *sqq.*

<sup>97</sup> Cicero: *Brutus* 152; Cf. Fuhrmann *op. cit.* 1970. 96. *sq.*

<sup>98</sup> Ulp. D. 45, 1, 1, 6; Pomp. D. 49, 15, 5, 3; Gai. *inst.* 3, 93.

<sup>99</sup> Paul. D. 1, 3, 37. *Optima est legum interpres consuetudo.*

<sup>100</sup> *Testamenta*: Iav. D. 32, 29. pr.; Nerva D. 40, 7, 17; Pomp. 50, 16, 123; Afr. D. 28, 5, 48, 2; Gai. D. 35, 1, 16; Scaev. 40, 5, 41, 10; Pap. D. 35, 1, 72. pr.; 50, 17, 12; Ulp. D. 7, 8, 12, 2; Mod. 31, 34, 1. *Stipulationes*: Proc. D. 50, 16, 125; Cels. 45, 1, 99. pr.; Nerva D. 2, 11, 14; Pomp. D. 23, 4, 9; Maecen. D. 35, 2, 32, 2; Pap. D. 2, 15, 2; Ulp. D. 45, 1, 38, 18. *Contractus*: Iav. D. 18, 1, 77, 80. pr.; Nerva D. 2, 14, 58; Marc. D. 13, 5, 24; Pap. D. 17, 2, 81; Paul. D. 50, 17, 172. pr.; Ulp. D. 23, 4, 11. *Laws in general*: Cels. D. 1, 3, 18; Iul. D. 1, 3, 11; Paul. D. 1, 3, 23. 37; Ulp. 1, 3, 13; Mod. D. 1, 3, 25. *Criminal laws and criminal cases*: Paul. 50, 17, 155, 2; Herm. D. 48, 19, 42. *Privileges*: Iav. D. 1, 4, 3; Paul. D. 28, 6, 43. pr. *Leges XII tabularum*: Pomp. D. 40, 7, 21. pr.; 50, 16, 120.

interpretation to assumption and establishing.<sup>101</sup> Based on this, the formational and developmental process of the meaning of *interpretari* become visible. In the preclassical age, *interpretatio* often occurs in the spheres of religion and mantics, i. e. indicating the mediation between the divine and human spheres. However, from Cicero's time the latest, it became to mean the translator's and interpreter's activity, i. e. a secularised activity, mediating only between humans; from this time both grammar and rhetorics, and on their analogy jurisprudence, began to use it as their own technical term.<sup>102</sup>

**III.** Celsus's famous statement "*ius est ars boni et aequi*" – transmitted by Ulpianus – occurs as the opening idea of Iustinian *Digesta*, according to this, whoever intends to deal with law should first know where its name comes from; *ius* got its name from *iustitia* – as Celsus astutely defines – law is the art of the good and the equitable.<sup>103</sup> Following this train of thought, Ulpianus states that lawyers should exercise their profession as a priestly vocation, because they must respect justice, propagate the knowledge of the good and the equitable, separating the legal from the illegal, the permissible from the forbidden.<sup>104</sup> Later Ulpianus defines justice as an unceasing and eternal effort to give everybody their due right. Therefore the commandments of the law are the following: to live decently, not to hurt anyone, to give everybody their due<sup>105</sup>, this definition being considerably well known, there is not need of further explanation. In concordance with this Ulpianus *expressis verbis* calls the magistrates' attention to the fact that unlawful procedures are forbidden. As far as judges are concerned – for whom it is also forbidden to proceed with partiality, prejudice, or generally incorrectly – they must keep in mind the principle of *aequitas*, especially in the cases in which their personal consideration is of greater importance.<sup>106</sup> The mere memorization of the legal material is not equivalent with the genuine knowledge of law, as Celsus emphasises, and he strongly blames the lawyers who do not want to consider the entire law when solving a case, and who only present an arbitrarily selected portion even while justifying their *responsa*.<sup>107</sup> The "*suum cuique tribuere*" principle is in remarkable resonance with that locus of Cicero's *Topica* which defines the *ius civile* as the *aequitas* established for the people living in the same state with the scope of preserving their goods.<sup>108</sup> Regarding the *Corpus Ciceronianum*, in the speech delivered in defence of L. Licinius Murena, this contradiction is throughly highlighted: in connection with certain legal institutions of marital law (*coemptio tutelae evitandae causa, coemptio sacrorum interimendorum*

---

*Leges*: Gai. D. 23, 5, 4; Scaev. D. 28, 2, 29, 6, 13; Pap. D. 48, 3, 2, 1; Paul. D. 49, 14, 40. *Edicta*: Paul. D. 13, 5, 17; Ulp. D. 12, 1, 1. pr.; 13, 5, 18, 1; 13, 6, 1, 1; 25, 4, 1, 11; 37, 12, 1, 2; 43, 3, 1, 11. *Senatus consulta*: Ulp. D. 5, 3, 20, 6; 36, 1, 1. pr.; 38, 17, 1, 6. *Constitutiones*: Marc. D. 29, 1, 25; Paul. D. 50, 15, 8, 7.

<sup>101</sup> Cels. D. 48, 19, 21; Nerva D. 25, 1, 15; Iul. D. 50, 16, 201; Afr. D. 47, 2, 62, 6; Pomp. D. 50, 16, 246, 1; Pap. D. 22, 1, 1, 3; Herm. D. 5, 3, 52; Gai. *inst.* 4, 72 a; Pap. D. 50, 17, 79; Ulp. D. 13, 5, 5, 6.

<sup>102</sup> Fuhrmann *op. cit.* 1970. 99. *sq.*

<sup>103</sup> Ulp. D. 1, 1, 1. *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

<sup>104</sup> Ulp. D. 1, 1, 1. *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

<sup>105</sup> Ulp. D. 1, 1, 10. *Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

<sup>106</sup> Ulp. D. 47, 10, 32; 5, 1, 15, 1; Gai. D. 50, 13, 6; C. 3, 1, 13, 6; Tryph. D. 16, 3, 31. pr.

<sup>107</sup> Cels. D. 1, 3, 17, 24; Cf. A. Polaček: *Ius est ars aequi et boni*, In: *Studi in onore di A. Biscardi*, Milano 1982. II. 27. *sq.*

<sup>108</sup> Cicero: *Topica* 2, 9. *Ius civile est aequitas constituta eis, qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas.*



*causa*)<sup>109</sup>, which became empty and troublesome by the time of Cicero, the rhetor formulates:<sup>110</sup> “*In omni denique iure civili aequitatem relinquerunt, verba ipsa tenuerunt.*”<sup>111</sup> So, criticism is not directed against the keystone of the state, the laws<sup>112</sup>, only against legal practitioners and their methods of interpretation.

The loci from the *Corpus Ciceronianum* referring to *aequitas* – with special regard to Cicero’s theoretical works – can be classified in the following categories.<sup>113</sup> In certain cases *aequitas* appears as the opposite of *ius*<sup>114</sup>, in other cases one can find the trinity of *aequitas–ius–lex*, which divides the concept of law in a very special way.<sup>115</sup> On the one hand it divides justice into a *ius* based on *lex*, on the other hand into a *ius* based on *aequitas*.<sup>116</sup> Elsewhere – e. g. in *Pro Caecina* – *aequitas* is none other than the means of *interpretatio iuris*.<sup>117</sup> A third different group is constituted by the loci where *aequitas* is mentioned as a synonym of *ius*.<sup>118</sup> In his philosophical works *aequitas* appears in many thoughts as a projection, a form of *iustitia*, being the foundation of human relationships.<sup>119</sup> It brings us closer to our present topic of discussion if we try to trace the occurrences of *aequitas* in Cicero’s speeches and his correspondence. In certain characterisations it appears as a personal characteristic feature<sup>120</sup>, this is the way he characterises Scipio<sup>121</sup> and Servius Sulpicius<sup>122</sup>, and he expects every Roman in office to possess this quality, he finds it particularly desirable in the case of judges.<sup>123</sup> At the same time *iustitia* appears only as an exception as somebody’s personal feature in Ciceronian characterisations.<sup>124</sup> *Aequitas*, often mentioned together with *ius*, not only as its complementary, is considered an ethical norm playing an important role in the administration of law<sup>125</sup>, so it does not appear as the kind of equity that would give the judge the possibility to reach a decision in contradiction with written law because this way the verdict could easily become unjust, coming to a result contradictory with its aim.<sup>126</sup>

Let us take a quick view – following Pringsheim’s statements – to the changes that the concept of *aequitas* underwent after Cicero, as the complementary and opposite of *ius*, and see how the concepts of *ius aequum* and *ius strictum* are formed.<sup>127</sup> The *ius aequum* adjectival construction does not mean the legal interpretation, used in an abstract sense, based on equity, but the adjective *aequus* means, both in literary and legal sources, according to its original sense, the

---

<sup>109</sup> Cf. F. Benedek: *Die conventio in manum und die Förmlichkeiten der Eheschließung im römischen Recht*, PTE Dolg. Pécs 1978. 19. sqq.

<sup>110</sup> Cicero: *Pro Murena* 27. *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt, hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continetur. Sacra interire noluerunt, horum ingenio senes ad coempniales faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt.*

<sup>111</sup> Cicero: *Pro Murena* 27.

<sup>112</sup> Cicero: *De legibus* 1, 14.

<sup>113</sup> G. Ciulei: *Les rapports de l’équité avec le droit et la justice dans l’oeuvre de Cicéron*, RHD 1968. 640. sqq.

<sup>114</sup> Cicero: *De inventione* 32; *Partitiones oratoriae* 28; *Pro Caecina* 36; *De oratore* 1, 56.

<sup>115</sup> Cicero: *Topica* 5. 7.

<sup>116</sup> Ciulei *op. cit.* 642.

<sup>117</sup> Cicero: *Partitiones oratoriae* 39; *De re publica* 5, 2.

<sup>118</sup> Cicero: *Topica* 2. 24; *Partitiones oratoriae* 37.

<sup>119</sup> Cicero: *De re publica* 1, 2; *Laelius de amicitia* 22; *De officiis* 1, 19; *Topica* 23.

<sup>120</sup> Cicero: *Ad Quintum fratrem* 1, 1, 45.

<sup>121</sup> Cicero: *In Verrem* 5, 81.

<sup>122</sup> Cicero: *Ad familiares* 4, 4, 3; *Philippica in M. Antonium* 9, 10.

<sup>123</sup> Cicero: *De lege agraria* 2, 102; *Pro M. Tullio* 8; *Pro L. Valerio Flacco* 49; *Pro Cluentio* 5. 159.

<sup>124</sup> Cicero: *Ad familiares* 13, 28 A, 2; 13, 66, 2; Cf. Bürge *op. cit.* 49. sqq.

<sup>125</sup> Cicero: *De oratore* 1, 86. 173; Cf. Schulz *op. cit.* 90; F. Pringsheim: *Ius aequum und ius strictum*, ZSS 42. 1921. 643. sqq.

<sup>126</sup> Cicero: *Philippica in M. Antonium* 5, 20; *De imperio Cn. Pompei* 58; Cf. Bürge *op. cit.* 52.

<sup>127</sup> Pringsheim *op. cit.* 643. sqq.

equal right, identically available for everybody.<sup>128</sup> Basically, it is not the *ius* that is divided into *ius aequum* and *ius strictum*, but *aequitas* appears as a principle regulating, at times aiding, correcting *ius*, at times harmonising with it, at times constituting a contradictory principle, which however, was never defined at the level of an abstract definition, probably due to a lack of effort.<sup>129</sup> In the time of the dominate *aequitas* kept gaining terrain from *ius*, a turning point in this being was Constantinus's legislation who on the one hand declared that the emperor alone is entitiled to interpret the difference between *ius* and *aequitas*, on the other hand, he made *aequitas* the synonym of *iustitia* and *ius iustitiaque*, ranking these above *ius (strictum)*.<sup>130</sup> This idea was later taken over by Iustinian legal science, so the sources reflect the clear dominance of *aequitas*, to which the concepts of *humanitas*, *iustitia*, *benignitas*, *utilitas* and *bona fides*<sup>131</sup> are associated<sup>132</sup>, leaving to *ius* the meaning of strict, limited and – *sit venia verbo* – narrow-minded law, clinging to a rigid, word for word interpretation.<sup>133</sup> The expression *ius strictum* cannot be found in the literary sources of the classical period, *iudicium strictum* is used as a technical term of rhetorical works.<sup>134</sup> In Statius's *Silvae strictae leges* are opposed with *aequum*;<sup>135</sup> *ius strictum* only becomes an unquestionable technical term in Iustinian's legal work.<sup>136</sup>

Returning to Cicero, the expressions “*summo iure agere*” and “*summo iure contendere*” indicate the use of the whole range of possibilities offered by the law<sup>137</sup>, which in itself does not mean legal practice contradictory with *aequitas*, its being proper or improper becomes clear only in the concrete situation. At times Cicero has the possibility to be lenient, but the hostile behaviour of the opponent can make him legitimately act against this with the strictest means of the law, keeping in mind not only his personal interests but the interests of the state as well.<sup>138</sup> (In connection with the *summum ius* being dependent on the specific situation, both Stroux<sup>139</sup> and Bürge<sup>140</sup> quote as a literary example, the scene from Shakespeare's *Merchant of Venice* in which, Portia as judge uses the literal, instead of the sensible interpretation of the law against Shylock, reluctant to accept the doge's more equitable proposal, finally making him withdraw.<sup>141</sup>) Although *aequitas* as the principle of interpretatio is not formulated *expressis verbis* in connection with *causa Curiana*, treated by Cicero, the contradiction between *interpretatio restrictiva* and *interpretatio extensiva* being discussed here, regarding its content, it seems to belong to its essence. The basic question concerning the facts of the case is whether the *substitutio pupillaris*<sup>142</sup> can also be regarded as *substitutio vulgaris*<sup>143</sup>, and connected to this, the question whether the so-designed heir is also the heir of the bequeather, should also be

<sup>128</sup> Cicero: *In Verrem* 3, 118; Livius: *Ab urbe condita* 38, 50, 9; Tacitus: *Annales* 3, 27; Seneca: *Epistulae ad Lucilium* 86, 2; Tryph. D. 29, 1, 18, 1; Paul. D. 46, 1, 55; C. 3, 36, 11; 6, 58, 15, 1.

<sup>129</sup> Paul. D. 50, 17, 90; 44, 4, 1, 1; Ulp. D. 2, 14, 52, 3. Cf. Pringsheim *op. cit.* 644.

<sup>130</sup> C. 1, 14, 1; C. Th. 1, 5, 3; 3, 1, 8.

<sup>131</sup> Cf. Földi A.: *A jóhiszeműség és tisztesség elve – Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig*, PIIR IX. Budapest 2001. (With German Summary: *Das Prinzip von Treu und Glauben – Abriß der Geschichte eines Rechtsgrundsatzes vom römischen Recht bis zur Gegenwart*) 9. 19. sqq.

<sup>132</sup> Ulp. D. 15, 1, 32. pr.; Pap. D. 26, 7, 36; Paul. D. 39, 3, 25; Pap. D. 46, 6, 12.

<sup>133</sup> Pringsheim *op. cit.* 648.

<sup>134</sup> Seneca: *Controversiae* 1. praef. 23; 4. praef. 3; Quintilianus: *Institutio oratoria* 12, 10, 52.

<sup>135</sup> Statius: *Silvae* 3, 5, 87. sq. *Nulla foro rabies aut strictae in iurgia leges; morum iura viris solum et sine fascibus aequum.*

<sup>136</sup> C. 4, 31, 14, 1; 5, 13, 1, 2; Pap. D. 5, 3, 50, 1; Paul. 13, 5, 30; Tryph. D. 23, 2, 67, 1; Pap. D. 29, 2, 86. pr.; Iav. D. 40, 7, 28. pr.; C. 3, 42, 8, 1; Gai. *inst.* 3, 18.

<sup>137</sup> Cicero: *In Verrem* 6, 4.

<sup>138</sup> Cicero: *Epistulae ad Atticum* 16, 15, 1.

<sup>139</sup> Stroux *op. cit.* 57.

<sup>140</sup> Bürge *op. cit.* 54.

<sup>141</sup> Shakespeare: *The Merchant of Venice* 4, 1, 300. sqq.

<sup>142</sup> Gai. *inst.* 2, 179; Cf. G. Finazzi: *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997.

<sup>143</sup> Gai. *inst.* 2, 174. sqq.; Cf. Földi–Hamza 626.

answered.<sup>144</sup> Q. Mucius Scaevola argued for the restrictive, L. Licinius Crassus argued for the extending interpretation. Consequently, both of them referred to *auctores* substantiating their opinion. Moreover, Crassus, employing the weapon of humor, made fun of the obsolete formulation of the legal text, thus ridiculing its restrictive interpretation.<sup>145</sup> (The decision made in *causa Curiana* did not prove to be of long-lasting value from the point of view of legal science, as we know about several later *sententiae* contradictory with this.<sup>146</sup>) As we have seen neither Cicero, nor other Roman legal scientists, basically reluctant to abstract definitions<sup>147</sup>, determined the uncontradictory concept of *aequitas*. Therefore the decisiveness of the attempt to solve the *scriptum–voluntas* contradiction, emphasised by Stroux in connection with the *causa Curiana*<sup>148</sup>, loses its validity because the *aequitas* did not act as a basic principle of judgement, but rather as a rhetorical ornament.<sup>149</sup> Crassus, who in the *causa Curiana* acted as *patrocinium aequitatis*, in another case proved to be the advocate of *ius strictum*. M. Marius Gratidianus sold a plot to C. Sergius Orta, from whom he had bought the same plot a few years earlier; the plot was loaded with *servitutes*<sup>150</sup>, about which Sergius Orta, as the former owner must have had knowledge, however, at the signing of the contract, Gratidianus did not mention the *servitutes*, though this would have been his duty.<sup>151</sup> In the case of *actio empti* the seller is responsible for the *dolus*, the judge had to decide whether Gratidianus proceeded *dolose* or not; the *advocati* of the parts had a great opportunity to influence the *iudex*, using rhetoric devices based on legal science.<sup>152</sup> As Cicero remarks too, in this case Antonius based his reasoning on *aequitas*, opposed to him, Crassus clung to the more restrictive interpretation. The appearance of these poles in the same case strongly resonates with the training practice of rhetoricians, according to which the *magister* divided the case to be discussed among the students in a way that half of them had to defend their point of view based on the *aequitas*, the other half based on *ius strictum*, then they changed the roles.<sup>153</sup>

In as much as we do not consider *aequitas* to be an abstract idea in these cases, but as a freely applicable rhetoric device, Cicero's rather liberal handling of the concept of *aequitas* harmonises with the other statements dealing with the essence of eloquence.<sup>154</sup> Within the boundaries designated by legal science – which in a given case can mean the facts of the case, determined by the *iuris consultus* – the *orator* can freely move concentrating his attention on the task of the defence, all the more so, as he is not striving for proving the truth, but for convincing the audience of the *veri simile*.<sup>155</sup> (To illustrate this, Cicero tells the following example. A simple man from the country wanted to ask P. Crassus *iuris consultus* for advice, but the jurist sent him away, as he thought that he could do nothing for him. However, Servius Galba, the rhetor, presented him so many examples, parallels, arguments interlarded with humor, based on *aequitas*, and not on *ius*, in support of the *rusticus*, that the jurist – still not sharing the rhetor's point of view – had to admit that his arguments were so probable that they almost sounded like truth.<sup>156</sup>) The freedom of movement of the rhetor is considerably greater

<sup>144</sup> Cf. M. d'Orta: *Saggio sulla 'heredis institutio'*, *Problemi di origine*, Torino 1996.

<sup>145</sup> Cicero: *De oratore* 1, 180; Cf. Bürge *op. cit.* 58; Schulz *op. cit.* 95.

<sup>146</sup> *Treb. D.* 26, 2, 33; *Mod. D.* 28, 6, 4. pr.

<sup>147</sup> *Iav. D.* 50, 17, 202.

<sup>148</sup> Stroux *op. cit.* 57.

<sup>149</sup> Bürge *op. cit.* 54.

<sup>150</sup> Cf. G. Grosso: *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969.

<sup>151</sup> Cicero: *De officiis* 3, 67.

<sup>152</sup> Bürge *op. cit.* 61.

<sup>153</sup> Cicero: *De oratore* 1, 244; Quintilianus: *Institutio oratoria* 7, 6, 1; Cf. H. K. Schulte: *Orator – Untersuchungen über das ciceronianische Bildungsideal*, Frankfurt a. M. 1935. 37. sqq.

<sup>154</sup> Bürge *op. cit.* 63.

<sup>155</sup> Cicero: *Partitiones oratoriae* 90; *De officiis* 2, 51. *Iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere.*

<sup>156</sup> Cicero: *De officiis* 2, 40.

than that of the jurist, as Gellius puts it, he is not closely tied to the truth content of the facts.<sup>157</sup> The rhetor had to be able to argue for or against the same case, as this technique constituted a substantial part of rhetoric studies.<sup>158</sup> The difference between legal and rhetorical methods was long preserved in Rome, as Quintilian admits in his *Institutio oratoria*, in the chapter in which he emphasises the importance of the rhetor's acquiring legal knowledge.<sup>159</sup> In the course of time, this difference even became wider, when, at the beginning of the Principate, political eloquence faltered, whereas eloquence lost its connections with jurisprudence by dealing with fictitious examples and solving more and more artificial rhetorical situations.<sup>160</sup>

**IV.** Investigating the use and explanation of the *proverbium* "*summum ius summa iniuria*" in Erasmus of Rotterdam seems substantiated not so much due to the historical and depth of the Erasmian interpretation – as this idea was made the object of much more through-going legal theoretical scrutiny by numerous humanists e. g. Claudius Cantiuncula, Bonifacius Amerbach or Symon Grynaeus (if only due to Erasmus's slighter interest for historical study) –, but for the immense influence over the centuries feeding on the enormous authority of this excellent humanist.<sup>161</sup> Without having to enter a more meticulous genetic and influence study of Erasmus's *Adagia*, it can be stated that from its first edition in the XVI century until the end of the XVIII century, it was used as a widely appreciated scholarly text book, thus it can be safely assumed that the "*summum ius summa iniuria*" *paroemia* gained considerable popularity among humanists, theologians, philosophers, as it is proved by its being frequently quoted in the most various context.<sup>162</sup>

As Erasmus had been taking effort to perfect the *Adagia* until the end of his life, several versions and explanations of this idea can be encountered in the Erasmian corpus. The first edition dating from 1500 mentions the proverb in two places<sup>163</sup>, first in connection with the Terentian quotation "*summum ius summa malitia*"<sup>164</sup>, later referring to Plato and Cicero under the title of "*ad vivum summo iure*".<sup>165</sup> The text appearing in Basel in 1540<sup>166</sup> but dating from 1536 synthetizes all the known occurrences of this idea in Latin authors.<sup>167</sup> Before enumerating and

<sup>157</sup> Gellius: *Noctes Atticae* 1, 6, 4. *Rhetori concessum est sententiis uti falsis, audacibus, versutis, subdolis, captiosis, si vero modo similes sint et possint movendos hominum animos qualicumque astu inrepre.*

<sup>158</sup> Cicero: *De oratore* 2, 30.

<sup>159</sup> Quintilianus: *Institutio oratoria* 12, 3, 2. *sqq.*

<sup>160</sup> E. Norden: *Die antike Kunstprosa*, Leipzig 1909. I. 126. *sqq.*

<sup>161</sup> Cf. T. C. Appelt: *Studies in the Contents and Sources of Erasmus' Adagia, with Particular Reference to the First Edition, 1500, and the Edition of 1526*, Chicago 1942.

<sup>162</sup> G. Kisch: *Summum ius summa iniuria*, In: *Aequitas und bona fides, Festgabe Simonius*, Basel 1955. 211.

<sup>163</sup> *Desyderii Herasmi Roterdami veterum maximeque insignium paroemiarum id est adagiorum collectanea*, Parrhisiis M. Iohanne Philippo Alamanno diligentissimo impressore Anno MVC.

<sup>164</sup> *Summum ius summa malicia. Non ascripturus eram, ut sententias non adagia dicerer conscribere, ni a servo Comino nominatim pro adagio referretur. Verum illud Chermes dicunt "Ius summum sepe summa malicia est." Quo proverbio monemur equitatem potius quam legum litteras sequi.*

<sup>165</sup> *Ad vivum summo iure. Id est ad cutem usque, ita loquimur nimis exactam rationem significantes, videlicet quum rem nimis acriter urgemus. Thrasymachus apud Platonem Socratem Sicophantam appellat, id est, calumniatorem, quia orationem suam ad nimis arctam rationem exigat, depravans potius recte dicta quam incautius dicta in meliorem sensum trahens. Additque. Quare sequendum exactam rationem, quando et tu ad vivum reseca, nullus artifex peccat. Nec huic dissimile illud apud Ciceronem pro Cecinna (§ 65). Nam caeteri, inquit tum ad istam orationem decurrunt, quum se in causa putant habere equum et bonum quod defendant, si contra, verbis et literis et (ut dici solet) summo iure contenditur, solent eiusmodi iniquitanti et boni et aequi nomen dignitatemque opponere. Est igitur summo iure contendere, leges ad vivum et nimis severam rationem exigere, und et illud: Summum ius summa malicia.*

<sup>166</sup> *Des. Erasmi Rot. Operum Secundus Tomus Adagiorum Chiliades Quatuor cum Sesquicenturia Complectens, ex postrema ipsius auctoris recognitione accuratissima, quibus non est quod quicquam imposterum vereare accessurum*, Basileae ex Officina Frobeniana AN. M.D.XL.

<sup>167</sup> *Summum ius summa iniuria. Summum ius summa iniuria, hoc est, tum maxime disceditur ab aequitate, cum maxime superstitione haeretur legum literis. Id enim summum ius appellant, cum de verbis iuris contenditur, neque*

analysing the loci, trying to avoid the charge that he includes *sententiae* instead of *adagia* i. e. proverbs Erasmus gives a long explanation, finally finding his acquittal in quoting the Terentian *nominatim*.<sup>168</sup>

Erasmus himself not being a jurist, he dedicated less attention to the legal *paroemia*, except a few explanations referring to Iustitia. Only four years before his death, in 1532 Erasmus became interested in juridic regulations and asked his friend, Bonifacius Amerbach in a letter to send him some material, suitable for the completion of the *Adagia*, then, after receiving the two-page-long collection, he urged his friend to send him some more. It is highly probable that this was how the quotations provening from the Roman sources found their way into the 1540 edition of the *Adagia*.<sup>169</sup> In Erasmus's interpretation the *aequitas* often mentioned to highlight the "*summum ius summa iniuria*" *paroemia* probably did not so much mean equity as legal interpretive principle, but rather justice, that should be enforced even against the letter of the law.<sup>170</sup> For the explanations Erasmus usually makes appeal to antique authors generally with the exact documentation of the sources but at times without summarizing their content; the concept of *aequitas* is most often simply used in the sense of *aequum et bonum*, as the opposite of *iniquitas*, placing the spirit of the law above its letter. One can find the type of the Ciceronian pair of concepts in the Aristotelian *Ethica Nicomachea*, according to which a man can be regarded equitable, if he is satisfied with less, even if the law is on his side, and does not stick to his own justice in the detriment of others, so equity is none other than a kind of justice.<sup>171</sup> It is interesting though, that Erasmus does not make reference to Aristotle in the early editions of the *Adagia*, only the 1536 and 1540 editions permit us to assume that probably he had in mind the specific locus from *Ethica Nicomachea*. In these latter editions reference is made to Cicero's *Pro Murena*, instead of *Pro Caecina*, naturally, together with the classic formulation of the proverbium, which can be read in *De officiis*. We can suspect Aristotelian influence – rather on an ideological level not so much in the concrete wording – in the reference to the intention of the legislator opposed to the letter of the law.<sup>172</sup> The "*voces ... quasi legum cutis est*" picture, i. e. the words constitute the skin, the outward layer, is presumably Erasmus's own; Erasmus's attention to the two legal fragments by – Celsus and Paulus respectively – from the *Digesta* by Iustinian was probably called by Bonifacius Amerbach, but he used these rather as a kind of illustration without examining either their historical or dogmatic background.<sup>173</sup>

Reaching the end of our introspection, we can draw the following conclusions. From the maxims of legal logic as means of legal interpretation, in the present work we made the proverbium "*summum ius summa iniuria*" the object of our scrutiny, enumerating its occurrences in the antique literary sources, namely in Terence, Columella then in Cicero. In this

---

*spectatur quid senserit is qui scripsit. Nam voces ac litterae, quasi legum summa cutis est, Eam ineptiam quorundam superstitiosorum iuris interpretum, copiose simul et eleganter illudit M. Tullius in actione pro Murena (§§ 25–27). Terentius (IV, 5, 47; v. 796), Verum illud Cherme dicunt, ius summum saepe summa malitia est. M. Tullius Officiorum libro primo (10, 33): Ex quo illud, summum ius, summa iniuria, factum est iam tritum sermone proverbium. Columella primo rei rusticae libro (7, 2): Nec sane est vindicandum nobis, quicquid licet. Nam summum ius antiqui summam putabant crucem. Citatur et Celsus adolescens libro Pandect. Quadragesimo quinto, titulo De verborum obligatione, Cap. Si servum Stichum (D. 45. 1. 91. 3, i. f.): qui scripserit quaestionem esse de bono et equo, in quo genere plerunque sub auctoritate iuris scientiae periculose erratur. Itidem Paulus libro quinquagesimo, titulo, De regulis iuris (D. 50. 17. 90): In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est. Simili figura Seneca libro De ira primo dixit, summo animo. Si intelligis non ex alto venire nequitiam, sed summo, quod aiunt, animo inhaerere.*

<sup>168</sup> Kisch *op. cit.* 207.

<sup>169</sup> Kisch *op. cit.* 208.

<sup>170</sup> Büchner *op. cit.* 13. sq.

<sup>171</sup> Aristoteles: *Nicomachea ethica* 1138 a

<sup>172</sup> Aristoteles: *Ars rhetorica* 1374 b

<sup>173</sup> Kisch *op. cit.* 210.

last formulation the meaning of the proverb became the most clearly crystallized, it signifies the excessive, malevolent legal practice in the course of *interpretatio iuris*, playing the letter of the law against its spirit. Following this we tried to trace the different meanings, the formation, and developmental stages of the expression *interpretatio* itself, in the course of which *interpretatio*, combining *mutatis mutandis* the nuances of the religious sphere on the one hand, and those of the grammatical field on the other, until it reached the semantic content of interpretive activity, becoming a determinative factor by the classical age. The Celsian "*ius est ars boni et aequi*" *sententia* formulates one of the most general, all-encompassing basic principles of *interpretatio* meant to offer protection against the too strictly interpreted and applied *summum ius*. Although jurists never clearly defined the concept of *aequitas*, it became a very important means of legal development as a thought emerging from the interaction of jurisprudence and eloquence. By presenting the relevant loci from Erasmus of Rotterdam's *Adagia* as a typical example of the persistence of the *paroemia* "*summum ius summa iniuria*", we wanted to show the way a proverb becoming *regula iuris* – apart from its direct legal application – became an integral part of today's legal common knowledge

Novák M. Zoltán

## Spengler és a Nyugat funkcionális joga.

### Út egy másik formális racionalitásba?

Dolgozatomban két célt tűztem magam elé: egyrészt a teljesség igényével bemutatni Oswald Spenglernek a jogra vonatkozó, ilyen rendszerességgel még sehol nem tárgyalt gondolatait; másrészt hozzájárulni ahhoz a társadalomtudományi diskurzushoz, mely — Ulrich Beck szavaival — a napjainkban oly sok mindenhez hozzábiggyesztett poszt- előtag értelmének föltárására irányul.<sup>1</sup> Megközelítésem — Spengler-interpretációmnak megfelelően — döntően kultúrfilozófiai: a jogra ható szellemi tényezők szerepét vizsgálom a társadalmi változók érintetlenül hagyása mellett. A Max Weber *Jogszociológiájára* való időnkénti hivatkozás viszont a két eltérő nézőpont párhuzamosságának hangsúlyozását szolgálja. Dolgozatomat végigolvasva világossá válik, hogyan rajzolta meg Spengler — a jog jelenségvilágának analízisén keresztül — a posztindusztriális társadalom kultúrbölcséleti előképét.

#### *I. A jog helye A Nyugat alkonyában*

Oswald Spengler gondolatai marginális szerepet játszanak napjaink jogtudományi diskurzusaiban. A felületes polihisztorként a *iusprudentia* kérdéseire is hozzászóló kultúrfilozófus érdekesítő és gyakran revelatív meglátásai túlságosan laza fogalmi rendbe illeszkednek és túlságosan nyeglén kezelt forrásokra támaszkodnak ahhoz, hogy a következetességhez és gondolati szigorhoz szokott jogászok komolyan vehetnék őket. Inkompetenciája miatt hajlamosak vagyunk a jog mibenlétével és szerepével kapcsolatos nézeteit inkább a német eszmetörténet némileg vadregényesebb területére utalni. A jogfilozófia fejlődésének reprezentatív összefoglalásai ezért általában mellőzik bemutatását; az engedékenyebb szerzők pedig, akik biztosítanak művükben némi helyet Spengler jogfölfogásának, — furcsa tematikus vakságban szenvedve — általában a

---

<sup>1</sup> Ulrich Beck: *A kockázat-társadalom (Út egy másik modernitásba)*. Andorka Rudolf Társadalomtudományi Társaság. Budapest, 2003., előszó.

koncepció lapos és banális elemeit emelik ki. Dolgozatom egyik célja fölhívni a figyelmet arra, ami a szerző joggal kapcsolatos elgondolásaiban valóban eredeti és figyelemreméltó. Témánk pontosabb elhatárolásához mindenekelőtt érdemes számba venni azokat az átfogó spengleri téziseket, melyek a jog ábrázolásában is relevánsak.

A három szóba jövő tétel bonyolult viszonyban áll egymással: az első kettő a történelemben kikristályosodó kulturális alakzatok struktúrájával, míg a harmadik az őket tápláló hűs-  
vér élet működésével foglalkozik. A műveltségi formák elemzésének általa kidolgozott módszerét Spengler kultúrmorfológiának nevezi; ennek pedig minden történeti jelenség kapcsán kettős kihívással kell megbirkóznia. D. Felkennek, Spengler monográfiájának szavaival: szükséges volt „egyrészt a nyolc magaskultúra morfológiai egyidejűségét és ezáltal a cikluselméleti elrendezés érvényességét, másrészt a sorseszmenek és öszszimbolikájának az egyes kultúrákon belüli alakító erejét kimutatni”.<sup>2</sup> Az elsőt *történefilozófiai tézis*nek fogom hívni: ez fogalmazza meg a kultúrák organikus kibontakozásának, meghatározott pályát befutó és egymással párhuzamba állítható fejlődésének koncepcióját. A másikat a *kultúrfilozófiai tézis* névvel illetem: ez a szellemtörténeti ihletésű elgondolás abból az alapvető föltételezésből indul ki, hogy a kultúrák alkotó teljesítményei és kézzelfogható objektivációi egytől egyig a bennük megvalósuló lélek sajátos világérzésének kifejeződései. A gyökeresen eltérő szellemi princípiumokból a megszólalásig hasonló ütemben kibomló történelmi organizmusok sorának, mely a kultúrmorfológiai szemlélet előtt föltá-  
rul, anyagi bázisát „formában lévő” emberi közösségek alkotják. Az erőforrások mozgósításának szociális elveit megfogalmazó *társadalomfilozófiai tézis* a századelő életfilozófiai áramlataiban gyökerezik: legáltalánosabb értelemben azt mondja ki, hogy a nagyformátumú értékteremtés zálogát nem egy kielégítően szabályozott társadalmi berendezkedés, hanem az idők szavát ösztönösen meghalló és a beléjük ivódott takitikai érzékre támaszkodva összehangoltan cselekvő „átlelkesült tömegegységek” jelentik. Ez természetesen magával vonja az intézményrendszer képlékenységét is: kívánatos, hogy az életünket szervező normák rugalmasan igazodjanak a közösségeinkben uralkodó aktuális erőterhez.

(*A történefilozófiai tézis*) A következőkben megvizsgáljuk a fönt vázolt tézisek jogtudományi vetületét, megkísérelve helyrebillenteni aránytalan szakirodalmi súlyozásukat is. Ami a hivatásos

---

<sup>2</sup> „Zum einen war die morphologische Gleichzeitigkeit der acht Hochkulturen und damit die Gültigkeit der zyklentheoretischen Ordnung, zum anderen die prägende Kraft der Schicksalsidee und ihrer Ursymbolik innerhalb der Einzelkulturen nachzuweisen.” D. Felken: *Oswald Spengler (Konservativer Denker zwischen Kaiserreich und Diktatur)*. Beck. München, 1988. 44.



jogfilozófusok egyoldalúságát illeti: J. M. Kelly jogbölcselet-történeti kompendiuma például a történetfilozófiai tézis pusztá illusztrációjaként tekint Spengler joggal kapcsolatos fejtegetéseire.<sup>3</sup> *A Nyugat alkonyának* vonatkozó szakaszát amúgy korrekten rekapituláló sorok azzal az általános megállapítással indulnak, hogy Spengler történetfilozófiai „sémájában kitér a jog szerepére is, mely minden egyes kultúrában az ifjúkor, érettség és aggkori hanyatlás hasonló fázisait járja be”.<sup>4</sup> Az idézett mondat megerősíti azt az interpretációs irányt, melyet a fejezet címe — *Law and the Philosophy of History* — is sugall; ez a nézőpont azonban egyszerre tűnik túlságosan leszűkítettnek és sztereotípnak. Mindenekelőtt: Spenglernél a jog jelenségvilágának bemutatása sem korlátozódik az egyes jogi formanyelvek befutotta időbeli pályáinak leírására, hanem átfogja azok sajátos szimbolikájának kultúrfilozófiai elemzését is. Másrészt, noha bölcseletünk természetesen az egyes jogrendszerek sorsának elrendeltségéről is meg van győződve — „három jogtörténelem magaslik a szemem előtt, (...) közülük kettő immár beteljesedett”<sup>5</sup> —, ezek kissé más úton jutnak el a végkifejlethez, mint az a spengleri sémából általában következnek. A jog mint vizsgálati tárgy ugyanis némileg szétfeszíti a kultúrstádiumok spengleri elméletének kereteit.

Ha a leghíresebb elhatárolásból, a kultúra és civilizáció megkülönböztetéséből indulunk ki, úgy azt látjuk, hogy a nagy vízválasztónak természetesen a jog vonatkozásában is megvan a maga jelentősége. A *kultúra* a történeti ciklus első szakasza, melynek során a lélek magától értetődő természetességgel valósítja meg a benne rejlő lehetőségeket, és ennek során organikus formákban örökíti meg szimbolikus világértelmezését. A kultúra emberének „a művészet, a vallás, az erkölcs, az állam, a tudomány és a társadalom egész hatalmas formavilága könnyűnek bizonyul. Hordozza és megvalósítja azokat anélkül, hogy »ismerné« őket.” A *civilizáció* hanyatló korszaka a lélek kimerülésével köszönt be, amikor a helyébe lépő intellektusban fölmerül a korábbi életkeretek végiggondolásának igénye. „Egy lélek bágyadásának első tünetei akkor mutatkoznak, amikor e formák között az idegenség érzése kerít hatalmába bennünket, amikor azokat olyan tehernek érezzük, melyek megszüntetik az alkotás szabadságát, amikor megjelenik annak a kényszerre, hogy a fennállót — a tudatos felhasználás végett — ésszerűen bizonyítsuk, s amikor feltűnik a mindennemű titokzatos alkotótevékenység számára végzetes utólagos értelmezés kényszerre.” Az eredmény: az eleven és átlelkesült formák helyébe célszerű konstrukciók szabályozta mechanikus és merev berendezkedés lép. Az észvallás, az erőltetett, kimódolt stílusirányzatok

---

<sup>3</sup> J. M. Kelly: *A Short History of Western Legal Theory*. Clarendon Press. Oxford, 1997. 380-81.

<sup>4</sup> Spengler's „scheme included an account of the role of law, which passes in any particular culture through similar phases of youth, maturity, and senile decay”, Kelly i. m. 380.

<sup>5</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 113-14. (Fordította Simon Ferenc.)

és a konstitucionalizmus mellett az ilyen civilizációs fejlemények közé sorolja Spengler azt is, hogy „egy természetjogot állítunk szembe a történeti jogokkal”.<sup>6</sup> Ez a kijelentés ugyanakkor kevés eredetiséget mutat: nem más, mint az organikus szerzett jogok iránti előszeretetre és a doktriner jogalkotással szembeni ellenszenvre épülő konzervatív jogfölfogás Burke-nél is megtalálható hagyományos szemléletének kultúrmorfológiai parafrázisa.<sup>7</sup>

Mint látjuk, a nagy jelentőségű korszakhatár átlépése — más műveltségi területekhez hasonlóan — a jogban is a szerves formák szétesését jelenti; ennek következményei azonban itt sokkal kevésbé tragikusak: a jog voltaképpen küldetése épp a mechanikussá töredező társadalom megszervezésében áll, ezért legnagyobb szabású alkotásait Spengler is a hideg racionalizmusnak tulajdonítja. Kijelenti mindenekelőtt, hogy a jogtudományra — mely minden tudomány között az utolsó — csak igen előrehaladott stádiumában érik meg egy kultúra.<sup>8</sup> A szisztematikusan kidolgozott jogi dogmatika Spengler szerint tipikusan kései fejlemény: a civilizáció világvárosi szellemének teljesítménye, egy olyan *par excellence* racionális, elvont konstrukció, mely a külsőleges terjeszkedésre irányuló, gyökértelen és mesterséges társadalmi rend talaján szökken virágba. A professzionálisan művelt jog tehát a kultúrlélek megdermedésével jellemezhető „tél” során teljeseedik ki, így akméja jól érzékelhetően eltolódik a leegyszerűsített spengleri „sémából” fakadó várakozásokhoz képest. Spengler komoly, csak részben szimbolikus jelentőséget tulajdonít annak, hogy a római jogirodalom Aelius *Tripertitá*jával épp akkor kezdődik, amikor az „alkotó matematika” (mely minden kultúra őserzésének legeklatánsabb kifejezője) antik korszaka végleg lezárul. „A hellenizmussal veszi kezdetét az antik jogtudomány: az alkalmazott jog tervszerű, fogalmi feltérképezése. Mivel a jogi gondolkodás szubsztanciaként ugyanúgy előfeltételez bizonyos politikai és gazdasági viszonyokat, ahogy a matematikai gondolkodás fizikai és technikai ismereteket, Róma nagyon gyorsan az *antik jurisprudentia városává* vált.”<sup>9</sup> Tehát külön is hangsúlyozódik a késő antik viszonyok „modernitása” mint a kifinomult jog kialakulását elősegítő döntő jogszociológiai tényező.

Ez pedig azt jelenti, hogy Kelly leegyszerűsítő értelmezésénél jóval differenciáltabban kell közeledni ahhoz a szerephez, melyet a történetfilozófiai tézis Spengler joggal kapcsolatos gondolataiban játszik. Ha valami, éppen ez a fáziskésés, mellyel a jog fejlődése a kultúra kibontakozásának stádiumait követi, teszi figyelemreméltóvá ezeket az észrevételeket, és kölcsönöz

---

<sup>6</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* I. 552.

<sup>7</sup> H. Coing: *A jogfilozófia alapjai*. Osiris Kiadó. Budapest, 1996. 44-46.

<sup>8</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 88.

<sup>9</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 95-96., kiemelés az eredetiben.

nekik történetfilozófiai szempontból is az egyszerű illusztráción túlmutató jelentőséget. A spengleri jogfölfogás vizsgálata során emellett egy sajátos „reflexhatást” kölcsönzünk a történetfilozófiai tézistől. Ez ugyanis — a marxi dialektikus materializmushoz hasonlóan — nem pusztán leíró jelleggel tárja föl „a történelmi tapasztalás leglényegét”, vagyis a sorsunkat meghatározó általános fejlődési törvényeket.<sup>10</sup> A művön végigvonuló normatív felhang a civilizációnk még le nem zajlott stádiumaira vonatkozó előrejelzések kapcsán kifejezetten preskriptív színezetet kap. Spengler abból a megfontolásból bátorít bizonyos prognosztizált tendenciák előmozdítására, hogy aktív tényezői lehessünk a kikerülhetetlen szükségszerűséggel egy irányba tartó történelemnek. A *Világtörténelmi perspektívák* alcímet viselő második kötetben, mely „a sajátos történeti, politikai és gazdasági kérdések összefoglaló bemutatásának révén (...) az európai jövő pszichológiáját célozza”, messzemenően érvényre jut az az igény, hogy segítségével kezünkbe vehessük saját jövőnk megformálását.<sup>11</sup> Olyannyira, hogy még a jog jelenségvilágának kultúrfilozófiai szempontú elemzését is egy sajátos preskriptív tétel: a nyugati léleknek megfelelő, világérzésével adekvát jog jövőbeni kidolgozására buzdító fölhívás zárja.

*(A társadalomfilozófiai tézis)* Más síkon függ össze egymással a kultúr- és a társadalomfilozófiai tézis: mindkettőben Spengler történeti relativizmusa nyilvánul meg. Az univerzálisan érvényes normarend eszméjét elutasító bölcselet számára „a jog sem más, mint egy közösség politikai, gazdasági és társadalmi életfeltételeinek törvényi fogalmakban való kifejeződése(...)”. Ez nemcsak azt jelenti, hogy minden egyes kultúrának megvan a maga sajátos alkotói joga, (...), hanem azt is, hogy minden jog a közösségeken belüli és azok közti erőviszonyokat tükrözi.<sup>12</sup> A társadalomfilozófiai tézis általános mondanivalójával összhangban a jog intézményei sem arra szolgálnak, hogy szilárd elvi mederbe tereljék a való élet zabolátlan örvénylését, hanem arra, hogy testhezillő formát szabjanak egy-egy hőmpölygő életáradatnak. Az erkölcs önkéntelen rendjével szemben „a jog a létezés *akart* formája” egy nemzet számára; a tovaáramló lét alakját, ha „szándékosan hozzák létre, és el kell ismerni, jognak” nevezzük.<sup>13</sup> A jog társadalmi meghatározottsága kettős arculatú: egy oksági és egy

<sup>10</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* I. 100. (Fordította Juhász Anikó és Csejtei Dezső.)

<sup>11</sup> „Er wird eine zusammenfassende Darstellung der spezifischen historischen, politischen und wirtschaftlichen Fragen (...) mit dem Ziel einer Psychologie der europäischen Zukunft geben.” K. Wolff: *Briefwechsel eines Verlegers 1911-1963*. Frankfurt a. M. 1966. 284., idézi Felken i. m. 116.

<sup>12</sup> „...Le droit et toujours la projection en termes de lois des conditions de vie politiques, économiques et sociales d'une collectivité (...). Ce qui ne veut pas dire seulement que chaque culture a son type particulier de droit (...), mais aussi que tout droit traduit un rapport de forces qui existe à l'intérieur des collectivités et entre les collectivités”. Gilbert Merlio: *Oswald Spengler (Témoin de son temps)*. Akademischer Verlag Hans-Dieter Heinz. Stuttgart, 1982. II. 793.

<sup>13</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 512-13., kiemelés az eredetiben.

célviszonyt foglal magában. Egy adott jogrendszer a nemzet életének adekvát formája, *mert* a nemzet sorsának irányt szabó rend értékeit képviseli; ugyanakkor adekvát formának kell lennie, *hogy* a nemzetet jó kondícióban tartsa a külső megmérettetésekre.

Spengler szerint minden államot egy meghatározott rend kormányoz: a politikai vezetés annak a domináns kisebbségnek kezében van, „amely az állam világtörténelmi tendenciáját képviseli”.<sup>14</sup> Ennek hatalmában áll az is, hogy a jogot saját érdekeinek megfelelően határozza meg: untilig hangoztatott valóságérzéke Spenglerrel azt mondatja, mindig az erősebb joga érvényesül — ennek hatálya pedig kiterjed a gyöngébbre is.<sup>15</sup> Szerzőnk egy bántóan eltorzított Nietzsche-parafrazissal igyekszik némileg elegánsabb külsőt adni a szofistáktól örökölt, kissé megkopott tanításnak: azt állítja, hogy az államvezetésre elsősorban hivatott nemesség úr-erkölcsének felel meg „a *jog alkotóinak és címzettjeinek rangkülönbsége*”, míg a jogosság és jogtalanság klasszikus megkülönböztetése a jó és a gonosz szembeállításának papi-ideológiai morálján alapul, és mint ilyen, a „réalpolitikában” hasznavehetetlen.<sup>16</sup>

A nemesség mint természettől fogva hatalomgyakorlásra rendelt rend — az államhoz való viszonya alapján — kétféle jogeszmét oktroyálhat a közösség tagjaira: a *themis* és a *diké* spengleri elhatárolása a társadalomfilozófiai tézis legérdekesebb jogi vonatkozású elemét jelenti. A korai hűbériségnek az az érzület képezi alapját, hogy a világon minden egy olyan „életért”: a nemesi sorsért létezik, melynek kitüntetett jelentősége van. A hatalom birtokosa azon a csupasz jogcímen vár el szolgáltatásokat az alávetettektől, hogy a történelem kiválasztottjaként megilleti az önfelelt életvitel. Míg „a *themis* csak jogi *követelést* tartalmaz, a *diké feladatot* is”: az állam eszméjének megerősödésével az abszolút nemesi öntudatot fölváltja az a meggyőződés, hogy a rendeknek kötelezettségeik vannak azzal a nagy egésszel szemben, melybe beletartoznak. Az élet öncélúságának tudata a rendi államban „alárendelődik annak a másiknak, hogy az életnek volta-képpen *feladata* van”: a nemesség a hatalom élvezőjéből a kormányzás gyakorlójává válik.<sup>17</sup>

A *diké* érzülete a politikai történelemirányítás alapja és meghatározó karakterisztikuma: ennek lényege, hogy az uralkodó rend az összállami érdekeket szem előtt tartva mint „kívülálló mindenható kéz igazságos jogot biztosít a gyengék között”.<sup>18</sup> A *themis* ellenben a társadalmi történelemirányítás prototípusa, mely az állam szolgálata helyett az egyéni kiválóság révén mások

---

<sup>14</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 523-24.

<sup>15</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 514-18.

<sup>16</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 514-15., kiemelés az eredetiben.

<sup>17</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 534-36.

<sup>18</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 515.

kárára szerzett vagyon biztosítására törekszik. Ez az ősi zsákmányérzet a kései kor folyamán újult erővel támad föl a „harmadik rendként” megszerveződő polgárságban: „a gazdaságnak olyan államra van szüksége, mely gyenge, és őt szolgálja”.<sup>19</sup> A társadalom és az állam közti, minden kultúrában hasonló dramaturgiát követő erőpróbák a cézároknak harcaiban jutnak el a végkifejlethez. A pénz és a politika közötti döntő küzdelemben, mely a civilizáció napjának utolsó sugarainál zajlik, a jogra is fontos küldetés hárul. A kapitalizmus magánérdekeket hajszoló erőivel szemben „a nemes lelkű gondoskodás és kötelesség” feladatát fölvállaló cézár elsősorban a jog fegyverére támaszkodhat. „A gazdaság *privát* hatalmai szabad utat akarnak a nagy vagyonok megszerzéséhez. Semmilyen törvényhozás nem állhat az útjukban. (...) A jognak, hogy ezt a támadást kivédje, nemes tradícióra, erős nemzetségek becsvágyára van szüksége, mely nem gazdaságok felhalmozásában, hanem minden anyagi előnyön túl, az igazi uralkodás feladataiban elégül ki.” A cezarizmusban, reméli Spengler, a hatalomgyakorló nemesi akarat ismét maga alá gyűri a zsákmányszerző akaratot.<sup>20</sup>

A spengleri jogfölfogás társadalomfilozófiai aspektusa iránti egyoldalúság, melyet az életmű konzervatív politikai ideológiakénti olvasata von magával, elsősorban az avatott Spengler-kutatók körében érhető tetten. A megközelítés fönt ismertetett tanulságai mellett azonban ennek esetében is elkönnyelhetünk egy áttételes „reflexhatást”, mely a jog mostanáig elhanyagolt kultúrfilozófiai szempontú elemzését érinti. Egy adott jogrendszernek, mint utaltunk rá, azért kell a hatálya alá tartozó közösség életműködését adekvát módon megszerveznie, hogy az — Spengler kedvelt sporthasonlatával élve — „formában legyen” a nemzetek közti vetélkedés során. Filozófusunk „instrumentális és alárendelt karaktert tulajdonít a jognak, mely nem az egyetemes és örök erkölcsi értékek megvalósítását, hanem, a politika szolgálatában, a kibocsátó közösség védelmének biztosítását szolgálja”. Ezt a társadalmi rendeltetést azonban csak olyan jog tudja betölteni, mely az otthonául szolgáló kultúra lelkét, részeseinek világérzését visszahangozza.<sup>21</sup> Ennek föltételeit határozza meg a jog kultúrfilozófiai vizsgálata, mellyel azonban mind- eddig mostohán bánt a kutatás; dolgozatomban azt a széles horizontot igyekszem föltérképezni, melyet a kultúrfilozófiai tézis a jogtudomány számára nyit.

---

<sup>19</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 488-89.

<sup>20</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 726-27., kiemelés az eredetiben.

<sup>21</sup> „...On trouve déjà chez lui] la mise en évidence du caractère instrumental et subordonné du droit qui n'a pas à réaliser des valeurs morales universelles et éternelles mais à assurer, au service de la politique, la protection de la communauté dont il émane.” Merlio i. m. 795-96.

(*A kultúrfilozófiai tézis*) Mindenekelőtt ismerkedjünk meg azzal a kontextussal, melyben Spengler a jog kultúrfilozófiai vizsgálatát bevezeti. *A Nyugat alkonya* az egyes műveltségi területek és társadalmi alrendszerek köré csoportosítva vázolja föl előttünk monumentális történelmi tablóját. A bemutatás szempontrendszerét a tárgyalt szektorok történeti párhuzamosságának és kulturális különbözőségének komplementer tézisei alkotják. A jog problémáját azonban — miután a második kötet elején váratlanul új szemponttal hozakodik elő — Spengler egészen egyedien tematizálja. A *Táj és eredet* című első fejezetben, melynek záró szakaszát képezik a jogtörténeti fejtegetések, szerzőnk még egyszer nekirugaszkodik, hogy összefoglalja és metafizikailag megalapozza filozófiai koncepcióját; ahogy (a kultúrák formanyelvével foglalkozó) első kötetben ígéri, ezúttal a valóságos élet tényeiből kiindulva.<sup>22</sup> A *létezés* kozmikus áramában újra és újra átlelkesült tömegegységek alakulnak ki, melyek az *éberlét* feszültségén környezetüknek egy sajátos mélység-élményre támaszkodó értelmezésével vesznek erőt.<sup>23</sup> A leghatalmasabb és legösszetettebb ilyen közösségek „a *magaskultúrák*, melyek valamilyen nagy lelki megrázkódtatásból születnek, és amelyek ezeréves létezésükben az összes kisebb sokaságot: nemzeteket, rendeket, városokat és nemzetségeket egyetlen hatalmas egységbe fogják”.<sup>24</sup> Az emberiség történelméből ismert másik szerveződésmódtól, a primitív műveltségtől abban különböznek, hogy annak „kozmosz személytelenségével” szemben szilárd formanyelvet, egységes stílust és erőteljes belső tendenciát ruháznak a szokásokra, mítoszra, technikára és művészetekre, melyek mint egy óriási organizmus szervei működnek bennük.<sup>25</sup> A történeti gondolkodás mármint — folytatja Spengler — „az előtt a kettős feladat előtt áll, hogy egyrészt az *egyes életfolyamatok* összehasonlító szemléletét kidolgozza (...), és másrészt, hogy a *kultúrák egymás közötti* véletlenszerű és szabálytalan *kapcsolatainak* mélyebb értelmét megvizsgálja”.<sup>26</sup>

Olybá tűnik tehát, hogy (a kulturális alakzatok szimbolikája helyett) „a magasabb emberiség történelmi gyakorlatából” kiinduló második kötet olyan elméleti alapvetést igényelt, mely a spengleri historiográfia kettős stratégiáját a művelt társadalmak fejlődésének komparatív analízisébe vonja össze — egyben jelentőséghez juttat egy Spengler által azelőtt alig tematizált, a pozitív szellemtudományokban viszont fontos szerepet játszó kutatási irányt: a kultúraközi kapcsolatok vizsgálatát. A fent idézett program második pontját a következőkben konkrét

---

<sup>22</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* I. 100.

<sup>23</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 11-35.

<sup>24</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 35., kiemelés az eredetiben.

<sup>25</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 54.

<sup>26</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 57., kiemelések az eredetiben.

elemzésekre váltó szakasz a jogtörténet példáján mutatja be a kultúrák egymásra hatásának spengleri modelljét, és ennek során mindenekeelőtt az egymással érintkező jogrendszerek márkánsan különböző szimbolikáját domborítja ki. Hogy miért dominál benne a kultúrfilozófiai megközelítés, annak elsősorban filológiai oka van: Spengler az eredetileg fölvázolt fejezeti beosztástól eltérve illeszti be könyvének második kötetébe az interkulturális relációkról szóló fejezetet; célja az volt, hogy az első kötet egyik legvitatottabb állítását, egy-egy műveltség vívmányainak a másikba való átültethetőségét a szaktudományos támadások keresztüzében megvédje.<sup>27</sup>

A XIX. századi historizmus örökségét ápoló korabeli bölcsész kutatók azzal vélték megcáfolhatni az egymástól elszigetelt „óriásmonások”<sup>28</sup> előre programozott fejlődésének spengleri vízióját, hogy a társadalom vagy a műveltség struktúrájában bekövetkező bizonyos múltbéli változásokat az egyik kultúra által a másikkra gyakorolt, történetileg kimutatható hatásoknak tulajdonították. Spengler elmélete azonban metafizikai alapjainak tekintetében igen távol áll a történelem mozgását az eszmék működésére visszavezető, idealista historizmustól, és a korabeli tudományos mozgalmak közül leginkább az evolucionista antropológiával mutat rokonságot. *A Nyugat alkonya* stádiumtanával szemben megfogalmazott bírálatok is párhuzamba állíthatók azzal a kortárs kritikával, mely a kulturális diffúzió teóriáját valló etnológusok részéről az emberi közösségek általános fejlődési törvényeit összehasonlító elemzés útján kimutatni igyekvő antropológiai munkákat érte. Az etnológusok, akik a kultúráról kultúrára vándorló, keveredő és variálódó műveltségi elemkekből igyekeztek rekonstruálni az egyes népek komplex intézményrendszerét, Malinowski funkcionális elméletének is azt vetették szemére, hogy eleve föltételezi a társadalom elszigeteltségét, és figyelmen kívül hagyja a kultúrák közötti érintkezés problémáit.<sup>29</sup> Éppen a kulturális diffúzió eszméje az, melyet Spengler a különböző kultúrlelkek autonóm és immanens kibontakozásának abszolutizálása miatt szintén a legvehemensebben tagadni kényszerült.

Ahhoz, hogy a historista támadásokat visszaverje, Spenglernek bizonyítania kellett, hogy a műveltségelemek átvétele felszíni jelenség csupán, és sem a kulturális alakzatok szimbolikáját, sem a kifejlődésük ütemét megszabó sors elrendeltségét nem érinti. A szellemkörök ilyen sterilizását Spengler világértelmezésük formanyelvének teljes lefordíthatatlanságával magyarázza:

---

<sup>27</sup> Felken i. m. 119.

<sup>28</sup> Siegfried Kracauer: *Geschichte — Vor den letzten Dingen*. Frankfurt a.M., 1971. 54, idézi Felken i. m. 54.

<sup>29</sup> H. Szilágyi I.: *Bevezetés*, in: *Jog és antropológia*, szerk. H. Sz. I. Osiris. Budapest, 2000. 5. — C. Lévi-Strauss: *Strukturális antropológia*. Osiris. Budapest, 2001. I. 15-17.

„Olyan antik ősfogalmak, mint αρχή, ύλη, μορφή, egészen más módon megformált belső életből erednek, s másként kialakított világ tartalmát képezik, egy olyan világot, amely számunkra távoli és idegen marad. (...) A gondolkodás, az élet, a világtudat alapvonásai (...) különbözők. (...) Mindenekelőtt a nyelv közös szimbolikája táplálja azt az illúziót, hogy benső életünk egyformán kialakított, s hogy azonos világformával rendelkezünk.”<sup>30</sup> Ezt az illúziót szerzőnk azáltal igyekszik eloszlatni, hogy a lehető legélesebben kidomborítja a nyelv mögött meghúzódó érzésvilágok gyökeresen eltérő szerkezetét. Minthogy a látszatra hasonló mozzanatoknak a különböző műveltségek egészen eltérő jelentést tulajdonítanak, valódi megértésen nyugvó kultúraközi kommunikáció nem létezik.

A sajátos tudati struktúra, mely az adott közösség minden megnyilvánulását szervezi, biztos érzékkel választja ki azokat az idegen képződményeket, melyekbe önnön szimbolikáját belevetítheti. Minden befogadott aspektus egyben átértelmezésen is keresztül megy, így a fiatalabb kultúra mindig magáért valóan sajátítja el az idősebb alkotását.<sup>31</sup> „Minthogy a fő premisszák, összimbólumok vagy filozófiai előfeltevések minden egyes civilizáció (...) esetében különbözők; minthogy minden kulturális rendszer szelektál a befogadandó és elutasítandó között; és minthogy minden kulturális jelenség (...) változáson megy keresztül, ha egy eltérő premisszán alapuló másik kultúrába kerül — így valamennyi »gondolati terméket« a rá jellemző módon határoz meg, alakít és rendez az adott civilizáció (...).” A szellemi javak kulturális determinációjának kimutatását az imént idézett Sorokin egyenesen a tudásszociológiához való komoly hozzájárulásnak tekinti.<sup>32</sup> *A Nyugat alkonya* az öröklött intézményekhez külsőleg kiváltképpen hű nyugati jogi tradíció példáján mutatja be, hogyan formálja a hozott anyagot saját képére és hasonlóságára valamennyi vele érintkező kultúra. A mediterrán és európai jogfejlődés fölvázolását Spengler tehát a felszínen esetleg egymásba csúszó szellemkörök lényegi függetlenségének és különbözőségének érzékeltetéséül szánja — ehhez pedig leginkább a kultúrfilozófiai tézis hangsúlyozására van szükség.

---

<sup>30</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* I. 296.

<sup>31</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 81-83.

<sup>32</sup> „Since the major premises or prime symbols or philosophical presuppositions of each (...) civilization are different; since any cultural system is selective in what it ingests and what it rejects; and since any cultural phenomenon (...) must undergo a change when it passes from one culture into another based upon a different premise — any »mental production« is thus conditioned, molded, and patterned by each civilization (...) in its own way.” P. A. Sorokin: *Social Philosophies of an Age of Crisis*. A & C. Black. London, 1952. 306-07.



## II. A jogtörténet kultúrmorfológiai interpretációja

Hogy világosabban meg tudjuk ítélni, mivel járult hozzá Spengler az általános jogtudományhoz, érdemes koncepcióját mindjárt a — vele legtöbb rokonságot mutató — történeti jogelmélet perspektívájába állítanunk. *A Nyugat alkonyában* körvonalazott jogszemlélet teoretikus kiindulópontjainak szentelt vizsgálódást a következőkben egy olyan összehasonlítás foglalja keretbe, mely az anyagi jogforrások spengleri fölfogásának Savigny és A. Watson párhuzamos elgondolásaival való viszonyára vonatkozik. Mint ehhez szorosán kapcsolódó problémára, néhány szóban kitérünk a történeti jogelméletet leginkább foglalkoztató kérdésnek: a jogfejlődés mozgatórugóinak háromféle értelmezésére is. A fejezet végén a jog és a társadalom egymásra hatásának rendre eltérő ábrázolásait számba véve megkíséreljük kimutatni, hogy Spengler elmélete nemcsak időben, hanem logikailag is közbenső lépcsőfokot képez a *historische Rechtschule* alapítójának és a *historical jurisprudence* mai legbefolyásosabb képviselőjének nézetei között. Mindehhez előljáróban még az a metodológiai megjegyzés kívánkozik, hogy természetesen egyik szerző sem merőben esetlegesen és önkényesen lett az irányzat gazdag kínálatából kiragadva: Watson mindezekelőtt azért került a képbe, mert életművének jelentős részében a — Spengler által jóval felületesebben tematizált — jogátültetés problémájával foglalkozott; Savigny és Spengler rokonítása pedig, mint mindjárt látni fogjuk, komoly szakirodalmi hagyományra tekint vissza.

Azon az általános szellemtörténeti kisugárzáson túl, mely a történeti jogi iskola örökségéből *A Nyugat alkonyára* is vetült, abban mutatkozik a legfontosabb konkrét hasonlóság Savigny és Spengler között, hogy a jogot az összkultúra részeként fogták föl.<sup>33</sup> A legtöbb kutatónak azonban természetesen nem ez, hanem a népszellem és a kultúrlélek párhuzama tűnt föl; a német társadalomelmélet romantikus vonulatának tudták be, hogy a jogot mindkét szerző a közösségből mint kollektív entitásból származtatta. Fontos észrevennünk azonban, hogy az anyagi jogforrások struktúrájának hasonló felszíne alatt lényegileg eltérő filozófiai alapvetés húzódik meg. Savigny és Spengler közelítésmódjának eredendő különbségét — Leo Straussra támaszkodva — a historicizmus korai (idealista) és radikális (egzisztencialista) változata<sup>34</sup> közti eltérésként ragadhatjuk meg.

Savigny a jogintézmények történeti és szisztematikus elemzésével a jogban organikusán kifejlődő ésszerűséget kereste, és a historizmus más úttörőivel együtt hitte, hogy „ha megértjük

---

<sup>33</sup> Coing i. m. 46-48.

<sup>34</sup> L. Strauss: *Természetjog és történelem*. Pallas Stúdió – Attraktor Kft. 1999. 30.

az ember múltját, örökségét, történelmi helyzetét, olyan elvek birtokába jutunk, amelyek ugyanolyan objektívek lesznek, mint [... a természetjog elvei], ráadásul nem lennének elvontak vagy egyetemesek, ezért nem állnának a bölcs cselekvés vagy az igazi emberi élet útjába, hanem konkrétak vagy egyediek lennének, olyan elvek, amelyek illeszkednek egy adott korhoz vagy nemzethez”.<sup>35</sup> A történelmi jogi iskola számára a fönnálló jog ésszerűségét az garantálta, hogy a valóságos társadalmi-gazdasági viszonyok „belső, csendben működő erőinek” hatására nyerte el aktuális formáját. Spengler ezzel szemben semmiféle racionalitást sem tulajdonít a jogrendszernek: a jogot azért állítja történelmi perspektívába, hogy minden jogintézmény szükségképpen relativitását, végső megalapozhatatlanságát kimutassa; bizonyítsa, hogy az éppen érvényes szabályanyagot „semmilyen objektív vagy elméleti bizonyosság nem támasztja alá”. Ez a radikális historicizmus jellegzetes attitűdje; célja immár nem az, mint az idealista elődöké, hogy az embert az otthonosság kellékeivel ruházza föl ebben a világban, hanem mintha épp az ellenkezőjére: arra törekedne, hogy minden eszmei támasztékától és gondolati kapaszkodójától megfosztva a semmibe vesse, és az értelem által uralhatatlan sorsnak kiszolgáltassa. Ebben a metafizikai szituációban minden keservesen kiküzdött vonatkozási keret csak önkényes lehet. „A sors az, amely valamelyik átfogó nézetet ránk rója: vagy a társadalmunk vagy az egyén sorsa alakítja ki azt a horizontot, melyen belül minden megértési és tájékozódási aktusunk végbemegy.”<sup>36</sup> Ilyen esetlegesen és megindokolhatatlanul merülnek föl a történelem áramából a jog Spengler bemutatása, markánsan különböző formavilágai is.

Filozófusunk nem akármilyen kihívással nézett szembe, amikor a mindenkori jog ésszerűtlenségét éppen az évszázadokon át *ratio scriptának* tekintett római jog fejlődésén próbálta bizonyítani. Erre szolgált fő tézise: a római jognak csak „nyelvi és szintaktikai formája” vándorolt három évezreden át, és közben a vele élők sajátos világértelmezésük, sorsélményük szerint gyökeresen eltérő jelentéssel ruházták föl a belőle származó intézményeket.<sup>37</sup> Spengler úgy vélte, mindez szükségszerűen következik a kultúrlelkek közti kommunikáció lehetetlenségéből: az antik jogi fogalmak az ókori ember számára mély metafizikai konnotációval rendelkeztek, életének egész horizontját előfeltételezték; idegen gondolkodás azonban nem képes ezekhez a dimenziókhöz hozzáférni. A szövegösszefüggés elemzése csak a logikai szóhasználatot tárhatja föl, nem pedig a létezés stílusát, mely annak alapjául szolgált, és melyet a norma eredeti címzettjei még

---

<sup>35</sup> Strauss i. m. 19., fordította Láncki András.

<sup>36</sup> Strauss i. m. 26.

<sup>37</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 113-14.

magától értetődnek vettek a szabály alkalmazásakor. „Minden jog eléggé soha nem értékelhető mértékben szokásjog: a törvény csak definiálhatja a szavakat — az élet *értelmezi* őket.”<sup>38</sup>

A római jog formakincse kettős viszonyban áll az azt átvevő kultúrák lelkületével: ezeket a relációkat — melyek természetesen általában érvényesek a kultúrák közti kapcsolatokra —, én a befogadó műveltség szemszögéből aktív és passzív viszonyoknak fogom hívni. Az aktív viszonyon azt értjük, hogy egy készen kapott formába, „melyben a szemlélő tevékeny érzékelése és megértése a *saját* teremtés lehetőségét fedezi fel”, az lelket önt, jelentőséggel ruházza föl, miáltal saját belső tulajdonává teszi.<sup>39</sup> A jogtörténet esetében ez azt az alkotó elsajátítást jelenti, melynek révén a későbbi jogrendszer képessé válik az öröklött intézmények segítségével saját vágyainak, törekvéseinek és céljainak kifejezésére.

A passzív viszonynak Spengler külön nevet ad: „Történeti pszeudomorfózisnak hívom azokat az eseteket, amelyeknél egy idegen ősi kultúra annyira rátelepszik a tájra, hogy a fiatalabb, amely egyébként itt otthon van, lélegzethez sem jut, és nemcsak tiszta, egyéni kifejeződésformáit nem tudja kialakítani, de öntudatának teljes kibontakoztatásáig sem jut el.”<sup>40</sup> A pszeudomorfózisnak, vagyis az autentikus forma idegen struktúrába kényszerített fejlődésének fogalma *A Nyugat alkonyában* koncepcionális jelentőségre tesz szert azáltal, hogy a kultúrkörelmélet bizonyos nehézségeit Spengler ennek grandiózus alkalmazásával hidalja át. Úgy véli például, hogy az arab kultúra, mielőtt az iszlámban rátalált volna sajátos nyelvére, a Kelet-római Birodalom keretében az antikvitás holt, merev alakzataiba zárva vergődött.<sup>41</sup> Noha meghatározott kultúrjavak szűkebb körű átvételére, mint amilyen a jogi recepció, szerzőnk nem alkalmazza a fogalmat, a passzív viszony mégis ennek jellemzőit mutatja. Az átértelmezett jogintézmények ugyan hozzásegíthetik a befogadó kultúrát önnön törekvéseinek érvényre juttatásához, óriási tehetetlenségi erőt képeznek ugyanakkor a saját jogelvekre való ráeszméléssel és a tudatos jogfejlesztéssel szemben, miáltal súlyosan akadályozzák azt, hogy a jog lépést tartson az adott lélek igényeivel. „Ha (...) egy a tudósok által kidolgozott idegen jogi nyelvvel (és annak fogalmi sémáján belül) akarják a saját jogot összetartani, akkor a fogalmak üresek lesznek, és az élet néma marad. (...) Ezért ez a joganyag (...) még a művelt emberek gondolkodása számára is formátlan és ennél fogva nem létező lesz.”<sup>42</sup> A passzív viszony tehát abban a visszahúzó erőben áll, melyet a római jog

---

<sup>38</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 118., kiemelés az eredetiben.

<sup>39</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 81., kiemelés az eredetiben.

<sup>40</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 261.

<sup>41</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 261-461.

<sup>42</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 118-19.

megkövesedett formáiban való gondolkodás más kultúrákban a jogélet önálló princípiumainak kibontakoztatására gyakorol.

Spengler két hagyományból merített, amikor a különböző jogrendszereknek a római jogon fönnálló közös tulajdonát a fejlődéstörténet természetbeni megosztásával szüntette meg. Szinte magától értetődőnek tűnt a korban az a régre visszanyúló és elterjedt álláspont, mely a nyugati (germán) jogszemléletnek a rómainál markánsan különböző jellegét hangsúlyozta. A történeti-jogi iskola germanista szárnyának a XIX. század második harmadától visszatérő szívfájdalma volt, hogy a római jog recepciója megakadályozta a német jog szerves és autonóm kibontakozását, helyette természetes fölfogásától és mindennapi életvitelétől idegen szabályozást erőszakolt a birodalom népére. A recepció szerintük — Koschaker némileg sarkított tolmácsolásában — az élet idegen minták szerinti berendezését jelentette, „a római jog lappangó méregként fertőzte és sorvasztotta a német jogtestet”.<sup>43</sup> Spengler az autentikus germán jog iránti romantikus vágyódásból teremtette meg a *fausti* jog képét, mely az antik princípiumoktól teljesen független metafizikai alapokon nyugodott. A fausti jog potenciálisan egyidős az otthonául szolgáló nyugati kultúrával, vagyis 1000-tól számíthatjuk kibontakozását Európában, mely „tisztá” fejlődés esetén persze a ténylegesnél látványosabb és eredetibb lett volna.

A Spengler jogtörténeti tablójának kompozícióját ihlető másik forrás annak a XIX. század utolsó évtizedeiben megélénkülő tudományos kutatási iránynak általános beállítódása volt, mely növekvő jelentőséget tulajdonított a hellenisztikus jogok által a posztklasszikus római jogra gyakorolt hatásnak. A római jog egészének orientális eredetét parttalan összehasonlítások útján kimutatni igyekvő tudománytalan hipotézisek mellett olyan komoly, máig alapvető jelentőségű munkák osztoznak ebben a meggyőződésben, mint L. Mitteisnek a keleti „népjogokat” vizsgáló, Spengler által is hivatkozott munkája, melynek legfontosabb célját a szerző abban látta, „hogy ezeknek a hellenisztikus gondolatoknak a római jogot fokozatosan átalakító termékeny visszahatását nyomon kövessük. Világtörténelmi folyamat zajlik szemünk előtt: a görög jogeszmé összekapcsolódik a rómaival, és együtt lépnek rá a jövőbe vezető útra”.<sup>44</sup> Ezt a későbbiekben

---

<sup>43</sup> „[... Die Rezeption (...) eine Überfremdungserscheinung gewesen sei;] das römische Recht aber sei ein schleichendes Gift, das den deutschen Rechtskörper infiziert und verseucht habe”. P. Koschaker: *Europa und das Römische Recht*. C. H. Beck. München/Berlin, 1966. 148.

<sup>44</sup> „...die befruchtende Rückwirkung dieser hellenistischen Ideen auf die allmähliche Umbildung des römischen Rechts zu verfolgen. Hier vollzieht sich ein weltgeschichtlicher Prozess; der griechische Rechtsgedanke verbindet sich mit dem römischen, und beide treten gemeinsam den Weg in die Zukunft an.” Ludwig Mitteis: *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches*. Leipzig, 1891. 8-9., idézi Hamza G.:

befutott utat kísérli meg rekonstruálni Spengler a *mágikus* jog szimbolikájának fölvázolásával és különböző megnyilvánulásainak elemzésével. Ebben segítségére van az a fönt említett, kissé bizarr teorema, mely szerint a Közel-Kelet térségében időszámításunk kezdetétől nagyjából 1000-ig virágzó mágikus kultúra születése és serdülőkora az antik formák rákényszerítette pszeuomorfózisban játszódott le: így a hellenisztikus közreműködést könnyen tekinthette koraarabnak. Annál is inkább, mert ebben támaszkodhatott az arámi hatásokat első lelkesedésükben túlbecsülő és a *Digesta* posztklasszikus szövegváltoztatásainak terjedelmét túlértékelő („interpolációvadászatot” folytató) tudományos nézetekre.<sup>45</sup> Ahogy az erős hellenisztikus befolyás doktrínájáról egy lábjegyzetben megjegyzi, kérdés „mennyi volt ebből a »hellenisztikusból« valóban görög és nem csupán görögül írt. Az interpolációkutatás eredményei Justinianus digesztáinak »antik« szellemére vonatkozóan őszintén szólva lesújtók”.<sup>46</sup>

Ennek a merész vonalú gondolati építménynek szegletkövét természetesen az eredeti római jognak az *apollóni* kultúrába illesztése alkotja. Minthogy pedig ez a műveltség a Krisztus előtti első évezred egész mediterráneumára kiterjedt, a *ius civile*ben Spengler csak a görög-latin antikvitásra jellemző, világos metafizikai előföltevéseken nyugvó antik jogok legkiforrottabb példányát látja. Ezek a jogok — bár mindig egy-egy városhoz kötődtek — sokban hasonlítottak egymásra; a hellenizmus „olvasztótégelyében” a sok különálló jog közös szelleme is kialakult. A római jog végül mint a hegemon uralom eszköze vált általánossá.<sup>47</sup> — A tág értelemben vett nyugati jogtörténet mindezek alapján „három (minden alkalommal egészen más jelentést hordozó) teljes fejlődési szakaszon ment keresztül”.<sup>48</sup>

Spengler azért tételez élesen elkülönülő stádiumokat a római jog formálódásának látszólag összefüggő és műveltségi határokon átívelő folyamatában, hogy hű maradhasson az egyes kultúrák immanens fejlődésének általa föllállított princípiumához. Hasonló problémával nézett szembe Savigny, aki az idegenből importált pandektajog áldásos hatásának elismerése mellett szintén ragaszkodott a jog népi ihlettségének és organikus kibontakozásának alaptételéhez. Az ellentmondást különbözőképp oldják föl: Savigny a jogi megoldások széles köréből válogató

---

*Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszerek.* Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1998. 58., a továbbiakra i. m. 56-59.

<sup>45</sup> R. Gamauf: *Die Kritik am Römischen Recht im 19. und 20. Jahrhundert.* Orbis Iuris Romani. 1996. 48.

<sup>46</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 102.

<sup>47</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 87-88.

<sup>48</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 85.

tudós jogászrendet teszi meg a népszellem letéteményesévé<sup>49</sup>, Spengler pedig elválasztja egymástól a jogintézmények maradandó kifejezésmódját és változó mélyebb jelentését. Nyilvánvalóan nincs rászorulva ilyen praktikákra A. Watson, aki a jogi berendezkedés tartósságát a jog fő jellegzetességének, a jogkölcsonzést pedig egyenesen a jogfejlődés legfontosabb útjának-módjának tartja.<sup>50</sup> Az angol történeti jogász, Spenglerrel ellentétben, épp a jogátültetés átfogó és sikeres alkalmazhatóságának tapasztalatából kiindulva jut el saját jogfogalmához, mely a normák racionalitásán és kommunikálhatóságán alapul.<sup>51</sup>

Fölfogását az anyagi jogforrások idealistább szemléletére alapozza: úgy véli, a jogi normák, amellet, hogy a társadalmi struktúra részét képezik, az eszmék szintjén is működnek. A jog azért marad hosszú ideig változatlan, mert a jogalkotást fölügyelő csoportok bíznak a bevált szabály helyállóságában, és azért kerül sor időnként jogátvételre, mert ugyanezek a csoportok, megismerkedvén egy idegen megoldással, üdvösnek ígérkező gondolatot fedeznek föl benne. A kölcsönzés tehát nagyon gyakran egy befolyásos eszmére irányul; a norma által kielégítendő társadalmi elvárások háttérbe szorulnak, annál is inkább, mert a jogalkotás felelőseinek sokszor fogalmuk sincs a szabály hatékonyságáról és gyakorlati következményeiről. A jogfejlődés motorját Watsonnál már bevallottan a jog hivatásos művelői jelentik: „a jogátültetés révén történő jogfejlődés inkább az idegen szabályt ismerő jogászok szakértelméből ered, nem pedig abból a tudatosságból, amelyet a társadalom közönségesen tanúsít”.<sup>52</sup>

A jog és a társadalom fejlődése ennek megfelelően elszakadhat egymástól. Míg Savignynál és Spenglernél a közösség szükségletei folyamatosan változásra ösztökélik a jogrendszert, Watson sokkal passzívabb szerepre kárhoztatja őket. E fölfogásának alapját egy némileg szkeptikus antropológia veti meg: meglátása szerint az ember csak akkor cselekszik, ha muszáj, és akkor is a legszükségesebb mértékre korlátozza tevékenységét. Ez a konzervatív attitűd nyomja rá bélyegét a jogfejlődés egészére: a bevált formákkal és eszközökkel csak akkor szakítunk, ha célunk eléréséhez valamennyi kombinációjuk elégtelennek bizonyul.<sup>53</sup> Watson inerciának, tehetlenségnek nevezi a jogfejlődésnek ezt a negatív tényezőjét, melynek értelmében többnyire

---

<sup>49</sup> Gamauf i. m. 36.

<sup>50</sup> A. Watson: *Comparative Law and Legal Change*. Cambridge Law Journal, 1978 november. 313-14.

<sup>51</sup> Watson: *Comparative Law*... 320.

<sup>52</sup> „... Legal development by transplanting derives from the expertise of the lawyers who know the foreign rule rather than from the common consciousness of society.” Watson: *Comparative Law*... 315.

<sup>53</sup> Szabadfalvi J.: *Historical jurisprudence, avagy a történeti jogelmélet mint a jog „kultúrtörténeti” megközelítése*, in Sz. J.: *Jogbölcséleti hagyományok*. Multiplex Media – Debrecen U. P. Debrecen, 1999. 212.

hiányzik a társadalomnak, vagy akár az elitnek abban való érdekelttsége, hogy a lehető legmegfelelőbb szabályért kardoskodják. Ha a jog legfontosabb feladatát betölti, vagyis a rendet biztosítja, nagyon feszítő szükségnek kell fölmerülnie ahhoz, hogy annak oltárán a stabilitást fölálldozzák.<sup>54</sup> A jog ilyen módon koránt sincs kiszolgáltatva a vele élő közösség szeszélyeinek, mi több: jelentős mértékben önálló életerővel rendelkezik, így az illető társadalom tagjainak igényei, vágyai vagy osztályérdekei keltette hullámokat egy elég tág tűréshatáron belül elnyeli anélkül, hogy észrevehetően módosulna. „A Nyugat legtöbb államának magánjoga nemigen tart lépést egyik társadalmi réteg szükségleteivel és kívánságaival sem, mégis képes évszázadokig változatlan maradni.”<sup>55</sup>

Watson fölállít egy modellt a jog változására, ebben azonban semmilyen szerephez sem jut a társadalom egésze vagy akár annak kormányzó elitje; a jogfejlődés legfontosabb pozitív tényezőjét azok a többé-kevésbé partikuláris nyomásgyakorló csoportok jelentik, melyek elég energiát hajlandók fektetni sürgető érdekeik törvényi biztosításába ahhoz, hogy a jogrendszer tehetetlenségét legyőzzék. Így aztán a hatályos jog általában nem felel meg a társadalom általános igényszintjének, és nem igazodik kellően a mindennapi élet szükségleteihez.<sup>56</sup> A jognak a szociális szférától való viszonylagos függetlensége más oldalról nézve azt jelenti, hogy egy meghatározott norma többféle konstellációban is kielégítően működhet. „Eltérő körülmények nagyon hasonló eredményre vezethetnek. Az egyes jogszabályok és gondolkodási modellek nincsenek egyetlen egybehangzó társadalmi, gazdasági, politikai környezethez kapcsolva.” Sőt „jellemző rájuk, hogy igen eltérő körülmények közé szánják és lehet beilleszteni őket...”<sup>57</sup>

Savigny, mindezzel szöges ellentétben, igen szoros kapcsolatot tételez föl a jog és a társadalom között: a közösség gyakorlata termeli ki a hatályos szabályanyagot, mely a mindennapi élet szükségleteire adott válaszok útján, szervesen fejlődik. A jog változása ezért mindig lépést tart a nép szociális és gazdasági viszonyainak alakulásával.<sup>58</sup> A normaalkotó népszellem — értelmezésem szerint — azoknak a törekvéseknek, hajlamoknak és vágyaknak a foglalata, melyeket

---

<sup>54</sup> Watson: *Comparative Law*... 331.

<sup>55</sup> „... Private law in most countries of the Western world is in large measure out of step with the needs and desires of all classes of society and yet can continue unchanged for centuries.” Watson: *Comparative Law*... 314-15.

<sup>56</sup> Watson: *Comparative Law*... 332-34.

<sup>57</sup> „...Different circumstances may lead to a very similar result. Particular legal rules and habits of thought are not tied to one and only one consonant social, economic, political environment. (...) It is a characteristic of a legal rule to be made for and to fit into very different circumstances...” A. Watson: *Society and Legal Change*. Scottish Academic Press. Edinburgh, 1977. 110-11.

<sup>58</sup> Szabadfalvi i. m. 197-98.

a közösség ügyleti érintkezése előhív. A spengleri kultúrlélek ezzel szemben nem a társadalmi praxisból születik, hanem magát a szociális berendezkedést is megelőzi és meghatározza. A magát képező összimbólum a tudatunkon keresztül fejt ki formálóerejét, így a jogot is közvetlenül eszmei síkon befolyásolja. Amíg a társadalmi intézményrendszert hasonló irányú hatások érik, a két szféra fejlődése párhuzamos, és szorosan összekapcsolódónak látszik. Ha azonban valamilyen anomália lép föl — melynek legfontosabb példája a pseudomorfózis —, a jog és a szociális környezet változása elszakadhat egymástól. A jog tehát Spenglernél is viszonylag független a társadalomtól, mert nem a termelés és elosztás anyagi bázisából sarjad, hanem a lélekbe plántált szimbolikát bontakoztatja ki — a kultúra más területeihez hasonlóan.

### III. Az antik jog

A spengleri kultúraértelmezés heurisztikus eszközéül az összimbólum szolgál; ennek kifejeződését ismerjük föl a műveltség valamennyi alkotásában, így a jogban is.<sup>59</sup> Az összimbólum azonban egy-egy kulturális alrendszerben is többféleképpen nyilatkozik meg; kibontakozása a különböző jogi formanyelvekben például három fő síkon követhető nyomon. Az egyes jogi kultúrák szimbolikus jelentőséget hordozó vonásain belül, melyeket Spengler ömlesztve sorol föl, elkülöníthetjük egyrészt a nekik megfelelő államfölfogást; másrészt a jogrendszer formális, illetve materiális tulajdonságait. Formális tulajdonságon az alanyi jog megalapozásának módját, materiálisan a tárgyi jog tartalmi karakterisztikumait értem.<sup>60</sup> A nyugati jog három történeti alakváltozatának jellegzetességeit a következőkben e szempontok szerint ismertetem.

Az antik világézés összimbóluma az önmagába zárt testiség, melynek alapvonásait — a klasszikus szobrászat plaszticitása, a dór templom kőteste és a látható dolgok jól elrendezett kozmoszát lezáró testi égboltozat mellett — paradigmatikusan tükrözi az állam és a jog apollóni fölfogása is: „az állam: test, amely valamennyi polgár testének összességéből áll; a jog csak testi személyeket és testi dolgokat ismer”.<sup>61</sup> A politikai szférában a szünoikiszmosz jelenti az áttekinthetőségre és megragadhatóságra irányuló apollóni formatörekvésnek a csúcspontját: az „összeköltözéssel” egy rakásra zsúfolt lakosság nélkülözhetetlen lelki föltétele az antik államalapításnak.<sup>62</sup> Az így létrejött „polgárság teljes mértékben *egyetlen* testként, *szómaként* létezik. Aki nem

---

<sup>59</sup> Felken i. m. 45.

<sup>60</sup> Szóhasználatomat itt Webertől kölcsönöztem, lásd a *Jogszociológia* alább idézendő kiadását.

<sup>61</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* I. 292.

<sup>62</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 542.



tartozik hozzá, az jog nélküli, *hostis*”. Spengler ennek megfelelően értelmezi Arisztotelésznek az emberről alkotott definícióját is: az egyén azért *ζῷον πολιτικόν*, mert kizárólag valamely polisshoz tartozása érdemesíti az emberként való elismerésre.<sup>63</sup>

A berendezkedés „alkotmányjogi” és „civiljogi” aspektusai elválaszthatatlanul összetartoznak: az antik magánjog személyi hatályának *civitas*hoz kötöttsége miatt polgárjog nélkül az ember jog nélküli, és személyként nem is létezik.<sup>64</sup> „Az antik jog olyan jog, melyet polgárok hoztak létre polgárok számára.” A város joga kizárólag a polis állagát alkotó személyekre vonatkozik. „A római *ius civile* csak a *quirites* számára érvényes; az idegenek, a rabszolgák, a városon kívüli egész világ ki van rekesztve — miközben már a *Sachsenspiegel*ben jelen van az a mélyen átértett elv, hogy tulajdonképpen csak egyetlen jog létezhet.”<sup>65</sup> Spengler itt juttatja először kifejezésre az antik és a nyugati jog stílusában érzékelhető, általa sokatmondónak ítélt különbséget: a fausti kultúrának az egyetemes iránti vonzalmát itt térbeli aspektusában állítja szembe az antikvitásnak az „itt és most”-hoz való ragaszkodásával, pontszerű szemléletével. Megállapítja, hogy a római jog a maga teljes fejlődése során sok száz másik mellett egy város jogrendszere maradt; csak abból a történelmi esetlegességből fakadóan vált birodalmi joggá, hogy Rómának sikerült végül egyes városként a teljes antik imperiumot uralnia.<sup>66</sup>

Úgy tűnik, Spengler szerint a személy (*persona*) antik fogalmának két konstitutív eleme van: az, hogy testileg jelenvaló, és az, hogy államalkotó tényező (a kettő az állam mint *szóma* fölfogásában összefügg egymással). Bár szövegéből ez nem derül ki egyértelműen, valószínűleg az első hiányával magyarázza, amiért az istenek, a másodikkal pedig, amiért a rabszolgák, akár a többi dolog, kívül álltak a személyeknek ezen a közösségén.<sup>67</sup> A dolgok és az istenek pontosan szabályozott, megint csak a polgárok által rögzített jogviszonyban állnak a személyekkel. A dolog (*res*) jellegzetesen antik fogalma mint a személyek körét alulról határoló testi világ eleme, mint a személyek tevékenységének objektuma fogható föl.<sup>68</sup> Ami mármost a jogviszonyok sajátos apollóni stílusát illeti, arról Spengler mindenekelőtt leszögezi, hogy „az antik jog a testek joga”. Az antik jog szerkezetét, melyet a testi személyek és testi dolgok közt tételezett kapcsolatok határoznak meg, ezután két párhuzammal világítja meg: Egyrészt az eukleidészi geometriával rokonítja,

---

<sup>63</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 547., kiemelés az eredetiben.

<sup>64</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 547.

<sup>65</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 86-88.

<sup>66</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 87-88.

<sup>67</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 547.

<sup>68</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 86-87.

mivel ahhoz hasonlóan az áttekinthetőhöz és megragadhatóhoz vonzódó apollóni világtapasztalat leírására szolgál. Másrészt Démokritosz atomelméletével, amennyiben a személyek és dolgok közti állapotviszonyokkal és kölcsönhatásokkal foglalkozik. Az ezután levont konklúzió — „az antik jog egyfajta *jogi statika*” — világosabb lesz a nyugati jog föltételezett dinamizmusával való összevetés után.<sup>69</sup>

A római jog történetében jelentős szerepet játszó praetori jogfejlesztés kapcsán utal Spengler az antik jogélet következő fontos vonására: „az antik jog teljes mértékben a *nap, sőt a mindekori pillanat joga*. Esetről esetre alkotják meg, s az eset elmúltával meg is szűnt jog lenni”. Spengler ezzel az „itt és most”-ra összpontosító apollóni érzülettel az egyetemesség iránti fausti szenvedély időbeli aspektusát állítja szembe, amikor fölhívja a figyelmet arra a teljesen ellentétes nyugati tendenciára, hogy „az egész joganyagot már eleve egy örök időkre szóló, rendszerezett és teljességre törő összműben foglalják össze, amelyben a jövő összes, egyáltalában elgondolható esetét már előre eldöntik”. A praetor ugyanis minden egyes esetben konkrét jogelvet fogalmaz meg a bíró számára, mely alapján ezt az ítéletet, és csak ezt, meg kell hoznia. Ezáltal az ókori jog a szó legszorosabb értelmében jelenre vonatkozó, minden tartamot nélkülöző szabályanyaggá válik.<sup>70</sup> (Megjegyzendő, hogy bár a *lex Aebutia*-ra utalva maga Spengler is a formuláris perrendben látja ennek a pillanatra irányultságnak legtipikusabb kifejeződését, az anyagi jogi normák alkalmazhatóságát a keresetadástól függővé tevő perjogi szemlélet miatt tézise a civiljogi eljárásra is érvényesnek látszik.)

Szerzőnk ezután számot vet a legkézenfekvőbb ellenvetéssel, a nyugati kultúrkörhöz sorolt, mégis esetjogi gondolkodású *common law*-ra való hivatkozással. Úgy véli, a látszólagos hasonlóság ellenére merőben más jelentést hordoz „az angol jognak az a zseniális, eredeti germán vonása, hogy a bírónak jogalkotó hatalma van. Olyan jogot kell alkalmaznia, mely fogalma szerint örök érvényű”. Ha a szóba jöhető törvények és az adott tényállás összevetésekor joghézagot észlel, azt azonnal betömheti, „vagyis az eljárás kellős közepén új jogot teremthet, ami *innen kezdve már rendes jognak számít*. Éppen ez az, ami a legkevésbé sem hasonlít az antik formához”. A római praetor ugyanis a hivatali évének elején kibocsátott *edictum*ban közölte azokat a jogelveket, amelyek alapján eljárni szándékozott, ezek azonban utódait semmilyen tekintetben sem kötötték.<sup>71</sup> (Mint hogy jogot az ismert regula értelmében — *praetor ius facere non potest* — nem

---

<sup>69</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 97., kiemelések az eredetiben.

<sup>70</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 89-91., kiemelés az eredetiben.

<sup>71</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 89-90.

alkothatott, ezek jogpolitikai jellegű vállalások, programpontok voltak, melyeket *imperiumára* támaszkodva garantált).<sup>72</sup>

A tárgyi jog valamelyes megszilárdulásához a jogi tapasztalat sajátos antik formája vezetett, mely annak ismeretét jelentette, hogy bizonyos tényállások állandóan reprodukálódnak, így megtakarítható, hogy a rájuk vonatkozó jogot mindig újraformálják. A bevált jogi elvek egyfajta készlete alakul így ki, melynek legfontosabb alkotóelemeit az egyik praetor a másiktól célszerűségi okokból átveszi anélkül, hogy a rendszerezés igénye valaha is fölmerülne.<sup>73</sup> Ugyanígy hiányzik a jog hosszú időre történő rögzítésének szándéka is; az antik törvénykönyvek ellenpéldáját Spengler azzal intézi el, hogy ezek akut hatalmi-politikai kérdések eldöntését szolgálták.<sup>74</sup> Minden látszat ellenére az *edictum perpetuum* is hű marad a pillanatra korlátozódó antik jogszemlélethez: a praetor továbbra is „saját évének jogaként” hirdette ki az *edictumot*, és „csupán hivatali hatalma következtében, nem pedig mint birodalmi törvény volt érvényes”. Az egyetlen új fejlemény, hogy a praetornak tartania kellett magát a szigorúan rögzített szöveghez; Spengler számára azonban ez a megváltoztathatatlan nem a pontszerű összimbólum magyarázó erejét csökkenti, hanem a kultúra-civilizáció ciklikus sémájának érvényét erősíti, hiszen „nem más ez, mint a »hivatali jog« hírhedt »megkövülése« — egy kései civilizáció igazi jelképe”.<sup>75</sup> Ilyen rafináltan dolgozik össze *A Nyugat alkonya* kultúrfilozófiai és történetfilozófiai stratégiája.<sup>76</sup>

#### IV. *A mágikus jog*

Spengler Gaius *Institutióit* tartja az antik jog utolsó emlékművének.<sup>77</sup> Ezt követően az anyagilag és szellemileg sorvadó nyugati provinciák ellenpontjaként egyre látványosabban fölvirágzó keleti birodalomrészen és a vele szomszédos vidékeken — Bizánc mellett tehát Szíriában, Észak-Mezopotámiában és Dél-Arábiában — már a mágikus jog bontogatja szárnyait.<sup>78</sup> A késő- és poszt-klasszikus római *iurisprudentiának* az arab jogok csoportjához való sorolását Spengler

---

<sup>72</sup> Földi András – Hamza Gábor: *A római jog története és intézményei*. Nemzeti Tankönyvkiadó. Budapest, (1996). 83.

<sup>73</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 90-91.

<sup>74</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 91-94.

<sup>75</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 95.

<sup>76</sup> A spengleri „szofisztika” érzékletes és szellemes bírálatát lásd Csécsy Imre: *Oswald Spengler riadója*. Századunk Könyvtár, 1934. 4-5.

<sup>77</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 96.

<sup>78</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 97. 264.

mindenekelőtt azzal indokolja, hogy a remekjogászok „valamennyien arameusok voltak”.<sup>79</sup> Ennek az érvek számtalan változata volt forgalomban a római jog orientális vonásait hangsúlyozó korabeli szerzőknél: Az asszír hatásokra összpontosító Lapouge szerint például a római jog „amalgám” jellegét támasztja alá, hogy „a jogtudósok tekintélyes hányada idegen etnikumból származik”.<sup>80</sup> H. S. Chamberlain a századfordulón megjelent fajelméleti alapvetésében ebből a sovány anyagból már tetszetős hanyatlástörténetet konstruál, mely szerint „az ősi római, árja jog később »idegen jogtudósok«, »főként kis-ázsiaiak, görögök és szemiták« kezére jutott, ők pedig szőrszálhasogatásra és dogmatizmusra való hajlamuk révén tönkretették” és „bizantinikus poszt-jelleget adtak neki”.<sup>81</sup> Már itt fontos megjegyezni, hogy — ezzel gyökeres ellentétben — Spenglernél hanyatlás helyett egy életerős ifjú lélek ébredéséről van szó; a keleti provinciákban „mindenütt új jog van kialakulóban: fiatalos stílusú szóbeli vagy írásban rögzített szokásjog”.<sup>82</sup>

Spengler — az egyházjog történészeként híressé vált R. Sohmnak a korban közkeletű római jogi tankönyvére hivatkozva — azt állítja, a mágikus jog első alkotása a nem fizikai személy fogalma volt.<sup>83</sup> Ennek igénye végső soron az arab kultúra ősszimbólumából: a barlangszerepéből adódott. Eszerint a barlangként fölfogott világtérben harcolnak egymással a mágikus szubsztanciák, mint például a fény és a sötétség filozófusunk sajátos János 1,5-interpretációjában: „A fény a barlangba szüremkedik és felveszi a harcot a sötéttséggel.”<sup>84</sup> A legfontosabb azonban a lélek (*psükkhé*) és szellem (*pneuma*) ellentéte, mely az ember bensőjében feszül: a lélek a testivel, földivel rokon, törekvése, hogy fölemelkedjen a szellem képviselte istenihez. „De a lelkek lényegük szerint elszigeteltek, a *pneuma* ezzel szemben egy és mindig ugyanaz. Az embernek lelke *van*, ehhez képest a fény és a jó szellemiségében csak *részesül*, az isteni ereszkedik le benne, összekapcsolva ott lent minden egyént a magasban meglévő eggyel.” Ebből adódik, hogy a mágikus ember magasabb rendű létezésében csak egy pneumatikus „mi”-nek a tagja, az isteni

---

<sup>79</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 97.

<sup>80</sup> Hamza i. m. 57.

<sup>81</sup> „...das arische, altrömische Recht später in die Hände »fremder Rechtsgelehrter«, »zumeist Kleinasien, Griechen und Semiten« gefallen sei, die es durch ihren Hang zur Spitzfindigkeit und Dogmatismus verdorben und in [die] »byzantinische Aftergestalt« gebracht hätten, [in der es im Abendland rezipiert worden sei]”, Gamauf i. m. 50., az idézetek forrása H. S. Chamberlain: *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*. München, 1941. 175. 181. 211.

<sup>82</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 97.

<sup>83</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 97.

<sup>84</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 324-325. Károlinál: „És a világosság a sötétségben fénylik, de a sötétség nem fogadta be azt.”

kiáramlás (az Újszövetségben a Szentlélek) által eltöltött hívők *consensus*ának részese.<sup>85</sup> Mivel a közösség *consensus*on alapul, szellemi dolgokban tévedhetetlen, a hitközség egésze (például az ókeresztény zsinat) az igazság letéteményesévé válik.<sup>86</sup> A mágikus jog fejlődése azzal veszi kezdetét, hogy az egyes városállamok jogából minden föltűnés nélkül a hitközségek joga jön létre. „Az azonos *pneuma*, az azonos szellem, a kizárólagos igazság azonos tudása és megértése az, amely e vallás híveit az akarat és a tett egyfajta egységévé: *jogi személlyé* összefogja.”<sup>87</sup>

A mágikus jog — weberi szóhasználattal — teljes mértékben szakrális jellegű. Személyi hatályát az igazhitűség terjedelme határozza meg, és az érvényesítésére hivatott állami intézményrendszer is vallási alapon szerveződik. Ennek oka, hogy a *consensus*ra épülő közösség a világbarlang evilági és túlvilági lakóit egyaránt fölöleli, és ebben a struktúrában az állam csak a látható oldal egy elemét alkotja, melynek tevékenységét az egész működése szabja meg.<sup>88</sup> A mágikus ember világérzete, melyben „az állam, az egyház és a nemzet egyazon szellemi egységet képeznek”, csakhamar kikövetelte, hogy „a hívőknek a látható és egyre merevebben tagolódó közösséget az állam szervezetével azonosítsák”.<sup>89</sup> Ez maga után vonta az uralkodó egyházfőként való elismerését, az igazhitűségnek mint az állampolgári státus föltételének elfogadását, a tévhittek üldözésének kötelezettségét és az államban megtúrt hitetlenek külön joghatóság és közigazgatás alá helyezését.<sup>90</sup> A kora arab jogok, melyek mindegyikének megvan a maga sajátos jogi nyelve, döntően vallási alapon különülnek el egymástól: az egyes felekezetek a hívőknek a hitetlenekkel szembeni egységében rendeződnek jogi közösségbe. A többi „népjog” leválásával végül a római császári jog, mely már a *divus*-kultuszban a szakralizálódás útját járta, a Constantinus létrehozta keresztény közösség jogaként kezdett funkcionálni. „Constantinus után a »római« jog egészen észrevétlenül, de egyre határozottabban az *igazhitű keresztények jogává* vált, és mint ilyet ismerték meg és vették át a megtért ázsiaiak és germánok.”<sup>91</sup> Az „ortodox császári egyháztól” különálló hitközségek jogéletének alakulására pedig a megelőző évtizedek tudományosságát élénken foglalkoztató *Szír-római jogkönyv* vethet fényt. A Mitteis nyomán *Volksrecht*nek tartott

---

<sup>85</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 325-28., kiemelés az eredetiben.

<sup>86</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 340. — Nota bene: Spengler az ókeresztény egyházat és a diaszpóra zsidóságát is az arab kultúrához sorolja.

<sup>87</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 98.

<sup>88</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 340.

<sup>89</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 341. 356.

<sup>90</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 356.

<sup>91</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 98-101., kiemelés az eredetiben.

joggyűjteményben Spengler a jogi pszeudomorfózis típuspéldáját látja: „félreismerhetetlenül kora arab szokásjog ez ügyetlen késő antik modorban”, benne az antikvitás „elaggott kultúrájának magas civilizáltságú joga terpszkedik rá egy fiatalra”.<sup>92</sup>

A fő kérdés azonban nyilvánvalóan az, hogy milyen szerepet játszott a mágikus jogeszmé magának a birodalmi római jognak késő- és posztklasszikus fejlődésében. Ebben a tekintetben Spengler nem sokat teketóriázik: „Ennek a latinul írt jognak a történelme 160 után az arab Kelet történelmének része; sokatmondó, hogy teljesen párhuzamos a zsidó, a keresztény és a perzsa irodalom történelmével.”<sup>93</sup> A filozófus vonta párhuzamok mellbevágók, és a spengleri analógia-keresés leghajmeresztőbb eredményei közé tartoznak. Az alapötletet valószínűleg a Talmud és a *Corpus Iuris* keletkezéstörténetében föllelhető egybeesések adták. Bajosabb megválaszolni azt, hogy ezekre mi tette figyelmessé Spenglert; R. Gamauf föltételezi, hogy némi inspirációt merített a szabadjogász E. Fuchsnak a pandektisztika és a világidegen, elvont-teoretikus fogalmi jogtudomány elleni éles kirohanásaiból, melyek során a szerző a bajok ősforrásának tartott iustinianusi *Digestával* szembeni ellenszenvének is keresetlen szavakkal adott hangot. „Ha a *Corpus Iuris*, ezt a förtelmes jogi *tohuwabobut*, ezt a római Talmudot, ezt a perverz rabulistamonstrumot soha nem fedezték volna föl, és folyvást mi határoztuk volna meg, mire van szükségünk, megkíméltük volna magunkat a mai jogászi szofisztika egész nyomorúságától” — írta Fuchs a századelőn.<sup>94</sup> A zsidó kazuisztikával mutatkozó stiláris rokonság hangsúlyozását valószínűleg éppen Spengler hatására egészíti ki nála az első világháború után az a történeti érv, hogy a klasszikus római jog szír származású jogtudósok kezén formálódott azzá a „digesztasalátává”, mely a közösségre kártekonny konstruktív jogtudomány alapanyagát képezi.<sup>95</sup>

Spengler szerint minden korai mágikus közösségben kialakul valamilyen jogtudósi rend, mely a jogértelmezés és gyakorlati tanácsadás megszólalásig hasonló formáit alakítja ki. Ezek évszázados tevékenysége végső soron arra irányul, hogy az elődeiktől rájuk szállt normaanyagot forradalmian új világerzületükkel összhangba hozzák. A diaszpóra zsidósága a népük előtörténetéből örökölt Tórárt a Talmud első részében, a héberül írt *Misnában* dolgozza föl. Spengler

---

<sup>92</sup> Hamza i. m. 55-56. — Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 101.

<sup>93</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II.102.

<sup>94</sup> „Hätte man das Corpus Iuris, dieses scheußliche Rechts-Tohuwabohu, diesen römischen Talmud, dieses perverse Rabulistenmonstrum nie entdeckt und hätten wir stets darüber entschieden, was uns frommt, so wäre uns das ganze Elend der heutigen Justizsophistik erspart geblieben...”, Ernst Fuchs: *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*. Aalen, 1970-75. I. 338., idézi Gamauf i. m. 51-52.

<sup>95</sup> Gamauf i. m. 51-52.

szerint pontosan ilyen viszonyban állnak a remekjogászok kommentárjai a *ius civile* megkövült antik anyagával: „*halakbák* ezek, vagyis új szokásjogok, amelyeket a tekintélyelv alapján áthagyományozott törvénytömeg interpretációjának formájában fognak fel”.<sup>96</sup> A „nyers” szabályhalmaz megemésztésének, saját kultúrájukhoz való asszimilálásának második szakaszát a zsidó közösségben a *Gemará* keletkezése, a császári keresztényben a konstitúciós jog összegyűjtése jelenti.<sup>97</sup>

Ez a párhuzam sokkal kevésbé világos az előzőnél. A Talmud két részének különbségét Max Weber így fogalmazza meg: „A Misna még a tanácsadók saját tevékenységének a terméke (...). A hozzá tartozó kommentárokat (*Gemará*) viszont a hallgatóságnak felolvasott helyeket arameus nyelvre fordító és megmagyarázó (...) tanító jogászok (...) tevékenysége hozta létre. (...) Ezek (...) lényegében »dialektikusan« tárgyalják a szöveget”.<sup>98</sup> Nehéz belátni, mi rokonságot mutat ez a módszer a császári rendeletalkotással, még ha tartalmában nyilván mindkettő a szokásjog továbbfejlesztésének tekinthető is. A spengleri analógia alátámasztására a *constitutiók* magánjellegű és hivatalos összegyűjtéséhez szükséges jogászi szerkesztő tevékenység mellett mindenekelőtt azt hozhatjuk föl, hogy a császári rendeletek bizonyos mértékig összefonódtak a jogtudománnyal: a császári *constitutiók* szabták meg a jogtudományi művek használhatóságát, alkalmazásuk elveit, miután a jogtudósok írásainak tengerében a bíróságok szinte elvesztek.<sup>99</sup> Spengler mindenesetre kitart amellett, hogy „a két irány egyidejűleg zárul le a *Corpus Iuris*-ban és a *Talmudban*”.<sup>100</sup>

A iustinianusi törvénytörvényű normaanyagában két különböző módon érvényesül az arab jogfölfogás: „A konstitúciók és a novellák *leges*t adnak: magyarázat formájában megjelenő új jogot.” Ezek keleti jellege, melyet az életviszonyok mágikus stílusa kényszerített ki, Spengler szerint magából a szövegükből is nyilvánvaló. Némileg bonyolultabb a helyzet az ősi jogászi jog

---

<sup>96</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 102-03. — „A bibliának értelmezése (...) régebben két irányban mozgott; vagy erkölcsi eszmék, vallásos buzdítások céljaira használták tartalmát s így keletkezett a *haggadának* nevezett bibliai értelmezés, vagy pedig bizonyos logikai szabályok (...) alapján a gyakorlati életbe vágó törvényeket vezettek le a biblia tartalmából, amely utóbbi értelmezésnek eredménye a *halakba*.” Révai Nagy Lexikona XVII., Talmud szócikk.

<sup>97</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 103.

<sup>98</sup> M. Weber: *Gazdaság és társadalom (A megértő szociológia alapvonalai)*. 2/2. *Jogszociológia*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1995. 145. (Erdélyi Ágnes fordítása.)

<sup>99</sup> Földes – Hamza i. m. 93-94.

<sup>100</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 103. — A (később jelentőséghez jutó) politikai korrektség érdekében fontos megjegyezni, hogy a fent rekapitulált gondolatmenetben Spengler (a gazdagabb bizonyító anyag kedvéért) ókeresztény, perzsa és muszlim párhuzamokat is hoz.

eredményeit őrző részekkel, melyeknek mindenekelőtt alkalmazásuk módja adott mágikus színezetet. „Az intéciók és a digeszták *just* alkotnak; ezek egyértelműen a kanonizált szövegek jelentőségével bírnak.” Ez abban nyilvánul meg, hogy a bíróságok egy idő után már nem Róma város ősi törvényeit alkalmazzák az egyes tényállásokra, hanem jogászok véleményeit idézik, akár a Bibliát.<sup>101</sup> Hogy megértsük, milyen értelmet tulajdonított ennek a mágikus lélek, meg kell ismerkednünk az arab jog szimbolikájának legfontosabb jellegzetességeivel.

Tüzetesebb vizsgálat után megállapítható, hogy Spengler a mágikus jogot merőben formális kategóriákkal írja le. Míg az apollóni és fausti jogeszmét a „statikus” és a „dinamikus” szemléletes fogalmaival jellemzi, konstrukcióikat a „test” és az „erőközpont” materiális kategóriái körül látja kikristályosodni, a mágikus jog karakterisztikumait pusztán alanyainak a jog forrásához való viszonyával magyarázza. Hogy a konkrétumokra térjünk: Az arab jog Istentől ered, aki megvilágosultak közvetítésével hirdeti azt ki; „minden jog (...) *deo auctore* jött létre — ahogy Justinianus digestáinak első szavai is mondják”.<sup>102</sup> Nemcsak az általános norma származik a *pneuma* kiadásából: az isteni szellem tölti el a bírót is bölcsességgel, amikor ítéletet hoz. „Ezen alapul a mágikus jog minden eszméje és teljes gyakorlata.”<sup>103</sup> Az arab kultúra részesei ugyanis a törvényt vagy ítéletet nem egy fölöttük álló embertársuk akaratának kifejeződésékként, hanem az isteni rend alkotóelemeként fogadják el, ezért indoklására sem tartanak igényt: egyszerűen belenyugszanak, „odaadásukat (*iszlam*) juttatják kifejezésre. A keleti ember nem kíváncsi a rá vonatkozó törvény gyakorlati céljára, ahogy az ítélet logikai alapjait sem fogja fel”. A mágikus jogalkalmazás lényege a fönt mondottaknak megfelelően az, hogy a kádi érintkezésbe lép a törvényt sugalmazó *pneumával*. Erre maga a szöveg is módot ad, mert — mint az a „szent könyv” arab kultuszából is leszűrhető — itt általános meggyőződés, hogy „Isten szelleme a betűk titkos értelmébe költözött”. A kinyilatkoztatott mondanivalóhoz viszont nem a jogszabályt alkotó szavak hétköznapi jelentésének elemzésével lehet hozzáférni, mert az csak a szöveghelyek gyakorlati indokához vezethetne el, az azonban a kádit legkevésbé sem érdekli. Az előtte fekvő jogász véleményét orákulumszerűségnek tekinti, melyhez misztikusan közelít: szavait ama mágikus vonatkozás alapján vizsgálja, amelyben a szóban forgó esetben állniuk kell.<sup>104</sup>

A jogi szövegek érvényességét a közösség elhivatottjainak *consensusa* biztosította azáltal, hogy igazságukat kinyilvánította. Az igazság arab fogalma az általános meggyőződésen alapult,

---

<sup>101</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 103-04.

<sup>102</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 104.

<sup>103</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 326.

<sup>104</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 105.



ami „nem lehet téves, hiszen Isten szelleme és a gyülekezet szelleme azonosak”.<sup>105</sup> Az idzsma, melyet Spengler metafizikai háttérrel ruház föl, valóban fontos összetevője az iszlám jognak; Weber úgy határozza meg, mint „a jogot hirdető próféták — tehát a nagynevű jogászok (...) — megegyező álláspontját. Hivatalosan a prófétákon kívül csakis az idzsmát tekintik tévedhetetlennek”.<sup>106</sup> Spengler szerint hasonló jogász *consensus* megteremtése volt a célja II. Theodosius és III. Valentinianus 426-os híres idézési törvényének is: ezáltal jött létre az a kizárólagosan érvényes jogi kánon, melynek szövegeire a bíróságokon hivatkozni szabad. A kanonizált corpus azonban fogalma szerint időtlenül igaz, tehát nem módosítható; az örökérvényűség követelménye és az élet változó szükségletei között kialakuló feszültség föloldására alkották meg az interpolációk módszerét, „a titkos megváltoztatás egyfajta technikáját, amely a változtathatatlanság fikcióját látszólag fenntartja”.<sup>107</sup>

A jogforrásokhoz való ilyen „materiálisan irracionális” viszony részletes ábrázolásában merül ki a mágikus jog szimbolikájának ismertetése; az anyagi jog tartalmának meghatározására, úgy tűnik, nem terjed ki a barlangszerűség összimbólumának hatóköre. Ez azonban azt is jelenti — állapíthatjuk meg —, hogy ez a jogi kultúra elméletileg a legkülönbözőbb tárgyi normaanyagot képes elsajátítani, ha a szabályok betűjéhez misztikusan közeledik. A szellemnek a könyvhöz való illetén viszonyával ismerkedhetünk meg — írja szerzőnk — a gnosztikus és apokaliptikus írásokból, a neopüthagoreus filozófiából, a Kabbalából, „és nem kétséges, hogy az alsóarameus joggyakorlatban a latin *codex*eket is teljesen így használták”.<sup>108</sup> A romanisztika szemszögéből mindez persze a jog szellemében bekövetkezett hanyatlásnak, a jogi gondolkodás vulgarizálódásának jele; kultúrmorfológiailag egy másoktól átvett jogtest megemésztéséről, saját képünkre való formálásáról beszélhetünk. A mágikus kultúra embereinek ezáltal „sikerült egy idegen, rájuk erőszakolt irodalmat abban az egyetlen formában elsajátítani, mely saját világerzésük szempontjából egyedül szóba jöhetett.”<sup>109</sup> Az arab jogászokat nem akadályozta ebben egy olyan *materiális* princípium, mely önnön lelkületük nevében az antik jog alakzataival összeegyeztethetetlen intézményrendszer kifejlesztését követelte volna. A *formális* jogásztechnikák kizárólagos igénybevételével végrehajtott asszimiláció biztosította azt, hogy a kultúraközi érintkezésnek ebben az

---

<sup>105</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 106.

<sup>106</sup> Weber i. m. 141.

<sup>107</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 106. — Weber az iszlám jog kapcsán hasonló jelenségeket a szakrális jog fogalmának bevezetésével szociológiai alapon magyaráz, lásd Weber i. m. 141.

<sup>108</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 105.

<sup>109</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 104.

esetében a befogadó műveltség általunk *aktív*nak nevezett szerepe legyen a domináns. Hogy a spengleri koncepció ilyen továbbgondolásából a végső konklúziót levonhassuk, meg kell vizsgálnunk könyvének a római jog nyugati átvételéről adott beszámolóját.

### V. *A nyugati jog*

A recepció folyamatát Spengler lényegében a jogi pszeudomorfózis típuspéldájaként ábrázolja: az általunk bevezetett fogalmak szerint tehát az átvétel *passzív* aspektusa kerül itt előtérbe. A kontinentális jogrendszerek a fausti kultúra hosszú évszázadai alatt teljes egészében római formákban fejlődtek, „így aztán a nyugati civilizáció küszöbén Blackstone-nak a *Laws of England*hez (...) írt kommentárja az *egyetlen tisztán germán kódex*”.<sup>110</sup> A *common law* organikus fejlődését — hogyan is tehetne másképp? — természetesen üdítő kivételnek tekinti szerzőnk: nagy érdemének tartja, hogy eredeti germán szellemét megrázkódtatás nélkül modernizálta. A siker kulcsát pedig abban véli fölfedezni, hogy Angliában a jogfejlesztés nem „elméleti jogtudorok”, hanem gyakorló jogászok, mindenekelőtt a bírói rend kezébe volt letéve.<sup>111</sup> Ez azt mutatja, hogy Spengler — egy csaknem évszázados eszmei tradícióba illeszkedve — nagy szerepet tulajdonít a nyugati jogfejlődés kisiklásában „a gótika végzetes örökségének”, vagyis annak, hogy a jogot „egy tudósi rend saját privilégiumának tekint[ette]”.<sup>112</sup> Ezt a főleg konzervatív körökben közkeletű kritikát Spengler — meglátásunk szerint — azért építi be saját érvelésébe, mert ezt látja a döntő tényezőnek a nyugati jog általa fölismert tendenciái közt dúló „nagy fausti ellentét” kimenetelében.<sup>113</sup>

Az ellentét kialakulásához, úgy tűnik, az vezet, hogy a nyugati kultúra — szemben az arabbal — mind formális, mind materiális tekintetben erőteljesen körvonalazott jogeszmével rendelkezik. A fausti jog tragédiája, hogy noha mindkét formatörekvés műveltségünk ösztim-bólumát bontja ki, egymással való összeegyeztetésük meghaladta a kultúrlélek — megvalósulásának természetes és öntudatlan stádiumában rendelkezésre álló — erejét. Csak a civilizáció korszaka eszmél rá a föloldandó ellentmondásra és jut el a szisztematizálás és konceptualizálás olyan mesterséges fokára, hogy lehetségessé váljon az a „nagy formátumú építőmunka”<sup>114</sup>,

---

<sup>110</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 113., kiemelés az eredetiben.

<sup>111</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 109-110.

<sup>112</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 113.

<sup>113</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 112.

<sup>114</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 114.

melyben Spengler a jövőre nézve reménykedik. A konfliktust, mely — értelmezésünk szerint — az örök érvényű jogtételek doktrínér alkalmazása és a társadalom (fausti!) igényeihez igazodó jogfejlesztés között feszül, szerzőnkél az elméleti beállítottságú papi-egyházi és a gyakorlati orientációjú nemesi-politikai „jogakarat” szembenállása szimbolizálja.<sup>115</sup> Az ellentét az egész nyugati jogtörténeten végighúzóódik, így méltán vélhetjük úgy, hogy a „klerikus” jogszemlélet, mely egy teoretikus bizonyosságból ered, és időtlen törvényt kíván nyújtani, a konstruktív fogalmi jogtudományban, míg a „legista”, mely „a szokásból táplálkozik, és kezét a jövő generációra terjeszti ki”, a történeti-jogi iskola programjában csúcsosodik ki. A következőkben megvizsgáljuk, hogyan lehet mindkét tradíció „a végtelenség feletti hatalom akarásának kifejeződése”.<sup>116</sup>

A fausti kultúra összimbóluma a végtelen lélektér.<sup>117</sup> Államjogilag ez a dinasztikus elv alapján szerveződő és kiterjedt birodalmaknak gondját viselő kormányzás intézményrendszerében valósul meg. Ez a hatalmi alakzat „a mérhetetlen távolságérzet hordozója, okiratokkal és tradícióval a múltba mélyen visszanyúlva és a tartamnak ugyanezzel az igényével a távoli jövőre is gondolva, a jelenben azonban a tág térben való politikai hatásra törekedve” mindenekelőtt a diplomácia révén.<sup>118</sup> Az e keretek között érvényesülő fausti jog szimbolikája, mint fent jeleztük, formális és materiális tekintetben is plasztikusan fejezi ki az alapjául szolgáló világérzést: A jogforrások kezelésében ez az egyetemesen fönnálló *ratio scripta* minden földitől eloldott, kifinomult és szubtilis analízisét jelenti. A normaanyag tartalma pedig annak a végtelen világtérnek dinamikus kiaknázását biztosítja, mely az önmagát erőközpontként fölfogó Én előtt nyílik. A formális szimbolikát tökélyre fejlesztő „teoretikus” hagyomány történelmi balszerencse (az Irnerius-féle pandektakézirat megtalálása)<sup>119</sup> folytán idegen joganyagon gyakorolta jogászai technikáját, így a jog materiális szimbolikájának letéteményesévé a germán „néplélek” igényeit megfogalmazó szokásjogi tradíció vált — mely azonban mostanáig nemigen jutott szóhoz.

A fausti jog materiális jellegzetessége, hogy a valóság jogi leképezését az antikvitásban központi jelentőségű test helyett a nyugati világérzést uraló *funkció* szerint végzi el: a társadalom

---

<sup>115</sup> Spengler a nemességet és a papságot „életük minden szeletében jelképi méltóságot hordoz[ó]” (472.) ősréndeknek tartja. Vö. Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 461-510.

<sup>116</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 112-13.

<sup>117</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* I. 289.

<sup>118</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 542.

<sup>119</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 108-09. Vö. „nationales Unglück” a recepció vonatkozásában, Koschaker i. m. 148.

minden tényezője valamilyen rendeltetés hordozójaként jelenik meg, mely arra törekszik, hogy a világ előtte elterülő anyagát működési elvének megfelelően földolgozza. Ennek a megközelítésnek alapjául ösztönös tapasztalatunk szolgál: a dolgok mint birtokba vehető tárgyak helyett mindennapi életvitelünkben a munkaerő, a vállalkozói szellem, a művészi tehetség, a szervezési energia és a föltalálói képesség funkcionális fogalmaiból indulunk ki. „A szellemi tulajdon fogalma egy olyan szerzőnek, mint Cicero, soha nem jutna eszébe, és még kevésbé a gyakorlatilag hasznosítható eszme tulajdonának (...) fogalma” — érzékelteti Spengler a római jog kategóriarendszerének mai jogeszménk kifejezésére való elégtelenségét.<sup>120</sup> (A nevezett auktorral kapcsolatos sejtése annál is zavarba ejtőbb, mert Gaiusnak viszont dokumentáltan voltak nehézségei a szellemi tulajdon fogalmának elképzelésével.<sup>121</sup>) A fausti szemlélet számára a menedzser, a föltalálói vagy a vállalkozói nem dolgok birtokosaiként, hanem energiák hordozóiként vesznek részt a gazdasági életben: egyfajta teremtőerőt képviselnek, mely alkalmazottaikra, a végrehajtóerőkre hatva azok tevékenységének irányt, célt és eszközt biztosít. A fő különbség tehát: „Számunkra a személyek nem testek, hanem erőnek és akaratnak az egységei, mint ahogy a dolgok sem azok, hanem az előbbi egységek céljai, eszközei, teremtményei.”<sup>122</sup> A rómaiak jogászai statikájával szemben feladatunk egy jogászai dinamika megalkotása.

A fausti jog formális karakterisztikuma, hogy olyan, „mostantól mindörökké” érvényes, teljes, könyvbe foglalt rendszert igényel, mely minden egyáltalán lehetséges esetet előre elrendez.<sup>123</sup> Ennek megkonstruálásához „a jogi fogalmak tisztán logikai tagolásának és egymásra vonatkoztatásának tudományos tapasztalatára” van szükség. A baj, úgy tűnik, az volt, hogy ennek a formatörekvésnek többnyire nem volt türelme a megfelelő kategóriákat a jogtalálás gyakorlatából elvonni. Emiatt gyorsan elillant az esélye annak, hogy a nyugati magánjog adekvátan

---

<sup>120</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 118-20.

<sup>121</sup> D 41, 1, 9, 1 (Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum) *Litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur. ideoque si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero, huius corporis non ego, sed tu dominus esse intellegeris. sed si a me petas tuos libros tuasve membranas nec impensas scripturae solvere velis potero me defendere per exceptionem doli mali utique si bona fide eorum possessionem nactus sim.* „A betűk — még ha aranyból vannak is — épp úgy a papír vagy pergamen jogi sorsát osztják, mint ahogy az épületek vagy a vetés a telek sorsát szokták osztani. Ha tehát én a te papírodra vagy pergamenedre verset, valamilyen történetet vagy beszédet írok, nem én, hanem te számítász majd a mű tulajdonosának. De ha te a papirusztekercsedet vagy pergamenedet követeled tőlem, és az írás árát nem akarod megfizetni, *exceptio doli*val védekezhetem, föltéve persze, hogy jóhiszeműen jutottam birtokukba.”

<sup>122</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 119-20.

<sup>123</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 116.

jelenítse meg az őt körülvevő társadalmi létezés szellemét. Az elvont fogalmakkal végzett szubtilis műveleteknek azonban valami kézzelfoghatóra kell irányulniuk: „a szociális és gazdasági élet erős és szilárd szokásai helyett” itt jönnek a képbe elhamarkodottan és túl korán a latin írások.<sup>124</sup> A *Corpus Iuris* szövegét a glosszátorok — merőben dialektikus érdeklődésből — igazi jogskolasztika tárgyává tették.<sup>125</sup>

Elméletileg azonban még ekkor is elképzelhető lett volna, hogy a nyugati jogtudomány a római jogtól megtermékenyülve rálép saját, világosan kirajzolódó útjára: csakhogy a kultúrjavak átvételének fausti módja gyökeresen eltér a mágikustól. Míg keleten az idegen teljesítmény befogadása — mint láttuk —, „annyit jelent, hogy gondolataink kész és sokkal korábbi »tartályát« fedezzük fel”, nyugaton ez „egyfajta lassú és idegőrlő felszínrehozatal formáját öltötte”. A fausti lélek történeti hangoltsága megkövetelte a múlt emlékeinek gondos ápolását. A régi könyv is a megőrzött történelem egy darabja, mely általunk, olvasói által szeretne a lehető leghitelesebben reprodukálódni. Ezzel magyarázható, hogy a római jog kategóriarendszerét, ahogy az a pandektákból megállapítható volt, a nyugati jogász mélységesen komolyan vette, és a klasszikus antikvitás alkotásainak kijáró áhítatos tisztelettel övezte. Ezáltal azonban olyan fogalmak hálójába akadt, melyek teljesen alkalmatlanok voltak a fausti jog materiális szimbolikájának kifejezésére. „Nem az a baj, hogy idegen életérzés kerül gondolkodásába, mert ilyen veszély nem fenyeget, de megakadályozza saját életérzését abban, hogy elfogulatlan nyelvezetet fejlesszen ki magának.”<sup>126</sup>

„Jogtörténetünk alapmotívuma a könyv és az élet harca.”<sup>127</sup> Az egyértelműen és teljes körűen rögzített szabályrendszer iránti igény jogi kultúránk sajátosságai folytán ellentmondásba került a társadalom tényleges szükségleteit kielégítő ügyletek gyakorlati követelményeivel. Abban, hogy a teoretikus tradíció a német birodalmi főtvényszék föllállításával teljesen maga alá gyűrte a szokásjogi hagyományt, a jogtudorok szervezettsége volt a meghatározó. Az egyetemesen érvényes normaanyag kidolgozása megkövetelte a folyamatos és tervszerű tudományos munkát, és ezáltal a tudós jogalkotók és jogalkalmazók rétegének kitermelődését és fönnmaradását eredményezte. Ez a már említett világidegen jogászrend, mely Spengler szerint évszázadokra az Irnerius-féle pandektakéziratban rendezkedett be, a római jog skolasztikus fogalmait

---

<sup>124</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 115-16.

<sup>125</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 111.

<sup>126</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 114-15.

<sup>127</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 114.

erőltette rá a fausti élet stílusára.<sup>128</sup> A jog formális aspektusára vonatkozó elvárásokat azon az áron elégítette ki, hogy a megfelelő materiális jogeszmét tökéletesen elnyomta. Hasonlóan értékeli a recepciót Max Weber: A peres eljárás racionalizálásának igénye hozta magával a szakképzett jogász „doktorok” alkalmazását. „A római jog *materiális* meghatározásainak átvétele viszont éppen a »legmodernebb« érintetteknek, a polgároknak nem állt érdekében; a középkori kereskedelmi jog és a városi földbirtokjog intézményei sokkal jobban megfeleltek az érdekeiknek. Az elkerülhetetlenül mindinkább szakszerűen működtetett joggal együtt a római jogot csak az általános *formális* tulajdonságai segítették mindenütt győzelemre”.<sup>129</sup>

Spengler természetesen — mint legtöbb kortársa — úgy látja, a német magánjog kodifikációja nem segítette a helyzetet: „Csak Justinianus joggyűjteményétől szabadított meg minket, fogalmaitól nem.” A pandektisztikus kategóriarendszernek a jelen szükségleteivel való inadekvátságát külön vizsgálhatjuk a jogviszonyok alanyainak és (közvetett) tárgyainak szempontjából. Életünk kereteinek dimenzionális bővülésével egyre feszítőbbé válik a probléma, hogy a cselekvésünk lehetséges objektumaira, „civilizációnk tényeire épülő joganyagot a jogi könyvek antik sémáiba csak külsőlegesen vagy egyáltalán nem lehet beilleszteni”. Erről tanúskodik, hogy a német magán-, illetve büntetőjogot olyan mellékszabályok koszorúja veszi körül, melyeknek anyaga makacsul ellenállt az antik panelekbe való beszerkesztés kísérleteinek. Az azóta iskola-példává avanzsált áramlopás szükségtörvény általi groteszk szankcionálásán túl elsősorban a szellemi alkotások jogának szabályozási fonákságaira mutat rá szerzőnk, melyek abból adódnak, hogy ezen az egyértelműen funkcionális meghatározottságú területen is a testi dolog antik kategóriájának befolyása érvényesül.<sup>130</sup> (Megjegyezzük, Spengler valószínűleg félmegoldásnak tekintette azokat a — például Kohler immateriális javakról szóló vagy Gierke személyiségi jogi elméletével fémjelzett — teoretikus kísérleteket, melyek — az egyoldalú tulajdoni elmélettel vitázva — az általa védett érdekekkel adekvátabb megalapozást kívántak adni a szellemi alkotások jogának.<sup>131</sup> A fő problémát ugyanis e jogterület alárendelt rendszertani pozíciójában jelölte meg. A kérdésről Spengler talán azt mondta volna, a nyugati jog kategóriarendszerét funkcionálissá alakító paradigmaváltás során immár az alapvető tapasztalatainkat kifejező szellemi alkotások jogából kellene kiindulnunk — így ez a ma *lex specialis* alkotó jogterület válna az egész civilisztika voltaképpeni anyajogává.)

---

<sup>128</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 116-17.

<sup>129</sup> Weber i. m. 165-66., kiemelés az eredetiben.

<sup>130</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 117-19.

<sup>131</sup> Lontai Endre: *Szellemi alkotások joga*. Eötvös József Könyvkiadó. Budapest, 1998. 14-26.

A nyugati jog szubjektumainak körét hasonlóan képtelen lefödni a pandektisztika. „Miért állnak jogi fogalmaink tehetetlenül a mai gazdaság alapvető tényeivel szemben? Mert a személyt is *csak testként* ismerik!”<sup>132</sup> Ez pedig összeférhetetlen a fausti „kapitalizmus” szellemével, melynek hallatlan teljesítményei mindenekelőtt dinamikus erőközpontként működő, képességeiket nagy formátumú szervezőmunkában kamatoztató egyének közös tevékenységén alapulnak. Spengler úgy látja, a mérnök szerepe különbözteti meg radikálisan a statikus tulajdon gyümölcsötztetésében álló antik vállalkozást a modern nyugatitól: számunkra a mérnök szaktudásában rejlő képességek teszik kiaknázhatóvá az egyébként meddő tőkejavakat. Ebből a kulcsfontosságú személyből olyan erővonalak áramlanak ki, melyeknek dinamikája megragadhatatlan az antik jog eszközeivel. „A mérnök az, aki a római jogi gondolkodástól a legtávolabb áll, és ő teszi lehetővé, hogy gazdasága jogához jusson, hogy erők és teljesítmények foglalják el személyek és dolgok helyét.”<sup>133</sup> Ezt a törekvést kell az előttünk álló időszak jogi gondolkodásának fölkarolnia azáltal, hogy a jelen gyakorlati életének legmélyebb (fausti) elveit föltárja és jogi alapfogalmakká emeli.<sup>134</sup> „A jövő követelménye: az egész jogi gondolkodásnak a magasabb fizika és matematika analógiájára történő átalakítása. Az egész társadalmi, gazdasági, technikai élet arra vár, hogy végre ebben az értelemben közelítsék meg”<sup>135</sup>.

## VI. Kritika és program

Munkánk záró fejezetében megkíséreljük világossá tenni, milyen platformra helyezkedett Spengler a modern kontinentális jogrendszerek bírálatában és a kibontakozás kívánatos útjának fölvezetésében. A célul kitűzött autentikus nyugati jog pozitív jellemzéséhez fontos adalékokat meríthetünk Spengler 1924-ben megjelent politikai röpiratának (*Neubau des deutschen Reiches*) jogfoglalkozó fejezetéből is. A német nép életének újjászervezését a legkülönbözőbb ágazatokra kiterjedő útmutatásokkal segíteni kívánó publicisztika jogi programja — a kultúráról érzékelhetően a nemzetre tolódo súlypontjának dacára — lényegében *A Nyugat alkonya* jogfölfogásához illeszkedik. A következőkben kimerítően igyekszem bemutatni a pandektajogtudomány

---

<sup>132</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 118., kiemelés az eredetiben.

<sup>133</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 724-25.

<sup>134</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 117.

<sup>135</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 120. Magasabb fizikán és matematikán itt ezeknek a tudományoknak klasszikus fausti formáját kell érteni: az erő és a tömeg kategóriáira épülő newtoni fizikát és a szám mint függvény (Funktion) leibnizi fölhogásán alapuló újkori matematikát.

spengleri kritikájának szintjeit, remélve, hogy ezek egyúttal a szemünk előtt lebegő fausti jog mibenlétéről is sokat elárulnak.

(*Antiszemita kritika?*) Tapasztalatom szerint legszélesebb körben az a sommás értékelés terjedt el, hogy Spengler egyszerűen a római jog antiszemita kritikáinak sorát gyarapította volna. R. Gamauf ezt a besorolást a mágikus jog kapcsán ismertetett *Corpus Iuris* - Talmud párhuzamra és néhány tendenciózusan kiragadott idézetre alapozza. Ám figyelmen kívül hagyja többek között azt, hogy Spengler fejtegetései retorikailag semmilyen rokonságot sem mutatnak a posztklasszikus jog elzsidósodásáról szóló korabeli brosúrák gondolatmenetével. Ezek egyetlen számottevő teljesítménye ugyanis az volt, hogy a római jognak korábban is rendszeresen szemére hányt individualizmust „a magát minden kötelességtől eloldó és az érzéki élvezeteknek átadó zsidó életfölfogás jogtalan szellemiségére” vezették vissza, melynek befolyása a *Digestában* már háttérbe szorította az eredeti római jog tiszta erkölcsiségét; így a minden bajok forrásának tekintett „tudós” pandektajogot is afféle zsidó találmánynak lehetett elkönyvelni.<sup>136</sup> Spengler viszont nem a recipiált római jog kései, „elfajzott” állapotában látja a problémát, hanem épp hamisítatlan antik, ősi római vonásai: statikussága, test-központúsága miatt támadja — műve tehát legföljebb a latinellenes érzelmek fölszítására lett volna alkalmas. *A Nyugat alkonya* jogtörténeti koncepciója elméletileg tehát nem implicálja a római jog antiszemita kritikáját; mégis igazat kell adnunk P. Koschakernek, aki a gyakorlatban fontos összekötő láncszemnek tartja a művet a késő- és posztklasszikus római jog erősödő keleti vonásainak tudományos tézise és a pandektajogtudomány ellen irányuló politikai publicisztika antiszemita jelszavai között. Spengler értelmezte át ugyanis az orientalizálódásnak eredetileg hellenisztikus befolyást jelentő terminusát tulajdonképpen arameizálódássá, gazdag tápot adva ezzel a későrómai jog elzsidósodását hirdető nemzetiszocialista irodalomnak.<sup>137</sup>

(*„Szabadjogi” kritika*) E. Fuchs valószínűsíthető hatása köti össze ezt a vonulatot a kritika második, immár szövegszerűen igazolható szintjével, melyet „szabadjogi” bírálatnak nevezhetünk. Ez lényegében a fogalmi jogtudomány életidegensége, az elmélet elefántcsonttoronyába zárkózó attitűdje ellen irányul. Spengler szerint minden eleven jognak magából az életből kell származnia;

---

<sup>136</sup> Gamauf i. m. 49-53., az idézet forrása A. Wagemann: *Deutsche Rechtsvergangenheit als Wegweiser in eine deutsche Zukunft*. Jena, 1922. 110. „jüdischer Unrechtsgeist mit seiner pflichtenlosen, dem Sinnesgenuß ergebenden Lebensführung”.

<sup>137</sup> Koschaker i. m. 158.



még tehát Angliában az organikusan kifejlődött *common law*, Franciaországban a szerkesztőbizottság alapos emberismeretén és gyakorlati tapasztalatán nyugvó *Code civil* betölti rendeltetését, a német jog — melynek elsődleges forrása egyedülálló módon nem a valóság, hanem egy latin könyv — merőben diszfunkcionális. Mind a polgári, mind a büntető törvénykönyv kizárólag jogtudorok munkája, és mereven őrzi a joganyag római szempontok szerinti beosztását. A bírók képzése nem a praxisra, hanem egy elvont doktrínára épül, és ennek keretében elsősorban az absztrakt fogalmak mind kifinomultabb szétválasztásán és összekapcsolásán iskolázzák őket.<sup>138</sup>

Az élet persze lázad a rá erőszakolt, könyvszagú kategóriák ellen, és ez a gyökere a fensőbbség Németországban általános elutasításának is: ha hazánkban „mindenütt »a hatóságok«, »a bíróságok«, sőt az állammal mint valami idegennel és rosszindulatúval szembeni ellenszenvbe ütközünk — írja Spengler —, úgy az is mindenekelőtt azon alapul, hogy valójában egész társadalmi és gazdasági életünk kényszerűen olyan alapelvek szerint van berendezve, melyek tőle belsőleg teljesen idegenek, és egy olyan hivatalnokréteg fölügyelete alatt áll, melyet ugyanennek a jognak a segítségével merőben formálisan és elméletileg képeznek ki”.<sup>139</sup> Spengler reformjavaslata elég konstruktívnek tűnik: úgy véli, a példát nem a római jog fennmaradt emlékeiből, hanem keletkezésének folyamatáról kellene vennünk: a praetort ugyanis nem jogi végzettsége, hanem tisztviselőként, hadvezérként vagy üzletemberként szerzett valóságérzéke tette alkalmassá arra, hogy igazságot szolgáltatson. Hasonlóképp ma is a jogalkotói fölhatalmazás előfeltételül kellene szabni a jelenkori társadalom, gazdaság és politika viszonyaiban saját tevékenység útján szerzett élettapasztalatot.<sup>140</sup>

(*A fausti jog contra Bizánc*) A kritika harmadik szintjét szerzőnk a történeti jogi iskola germantista szárnyától örökölte: ennek lényege egy hanyatlástörténeti modell, mely a kései római jog elszáradását nem a zsidó szellem befolyására, hanem a bizánci típusú, despotikus hatalomgyakorlás kiépülésére vezette vissza. E már Beseler által is képviselt nézet szerint a felelős polgárok

---

<sup>138</sup> Spengler: *Neubau...* 51-52

<sup>139</sup> „[Wenn wir in Deutschland] überall auf eine tiefe Abneigung gegen die »Behörde«, das »Gericht«, sogar den Staat wie gegen etwas Fremdes und Feindliches stoßen, so beruht das vor allem auch darauf, daß unser gesamtes gesellschaftliches und wirtschaftliches Leben in der Tat zwangsweise nach Grundsätzen geordnet worden ist, die ihm innerlich ganz fremd sind, und daß es von einer durch dasselbe Recht rein formal und theoretisch erzeugten Beamtenschicht unter Aufsicht gehalten wird.” Oswald Spengler: *Neubau des deutschen Reiches*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1924. 52.

<sup>140</sup> Spengler: *Neubau...* 51.

számára szigorú, de világos követelményeket támasztó, ősi római jogot fokozatosan a császár szolgálata alá tartozóira szabott, nyakatekert kazuisztika váltotta föl, mely a szabadság germán alapelveivel merőben összeegyeztethetetlen.<sup>141</sup> Spengler — aki ezt a szálát kizárólag a *Neubau*-ban veszi föl — annyiban szövi tovább a gondolatmenetet, hogy a történelmi kisiklás időpontját eggyel visszább tolja, és a német jogot is megfertőző pandektisztikus méreg csíráját a *ius honorarium*-ban fedezi föl. „Ne feledjük, hogy a *Corpus Iuris* szóban forgó részét, a *Digestát*, a *praetor peregrinus*, nem pedig a sokkal tekintélyesebb *praetor urbanus* hivatali tevékenysége termelte ki. Az utóbbi a vele egyívásúakkal, a római polgárokkal foglalkozott, az előbbi idegenekkel, tehát a római hatalom pusztá objektumaival. (...) Ezt a »népjogot« (*jus gentium*) Kr. u. 200-tól fogva tanult jogászok kommentálták *keleten*, és a kommentárok tömege *orientális* nézőpontból lett összegyűjtve, kivonatolva és átértelmezve. Így jutott a pandektajog Bizáncnak, tehát egy *orientális* hatalomnak birtokába, mely csak odaadást ismert (...), a személyiség jogait vagy szabad akaratot nem.”<sup>142</sup> Ennek a gyűlevész népség számára alkotott szabályanyagnak átvételével keletkezett „a német nemzet lélektelen római joga”.<sup>143</sup>

A Nyugaton recipiált pandektisztika ezért oktrojált jogokat alapoz meg, melyek nem kapcsolódnak össze megfelelő állampolgári kötelezettségekkel.<sup>144</sup> Márpedig minden valamirevaló jog valamilyen kötelességből születik: „Így volt ez mindig és mindenütt, és ezen nyugszik a valódi jogfogalmak mély erkölcsi ereje; az ő titkos metafizikájukban egy rassz életének taktusa ver.”<sup>145</sup> A római polgár joga azokon a szigorúan megszabott szolgálatokon alapult, melyekkel a közösségnek tartozott, a normann hűbéri jog pedig a nemesség arra való készségén, hogy életét

---

<sup>141</sup> Gamauf i. m. 38.

<sup>142</sup> „Man vergesse nicht, dass der Teil des Corpus Iuris, um den es sich handelt, das Pandektenrecht, aus der Amtstätigkeit des Praetor peregrinus hervorgegangen ist, nicht aus der des viel angeseheneren Praetor urbanus. Dieser hatte es mit seinesgleichen zu tun, römischen Bürgern, jener mit Fremden, also bloßen Objekten der römischen Macht. (...) Dieses »Völkerrecht« (*ius gentium*) wurde seit 200 n. Chr. im *Orient* von gelehrten Juristen kommentiert, die Masse dieser Kommentare nach *orientalischen* Gesichtspunkten gesammelt, ausgezogen und umgedeutet. So entstand das Pandektenrecht für Byzanz, also für einen *orientalischen* Herrscher, der nur Ergebung kannte (...) aber kein Recht der Persönlichkeit und keinen freien Willen.” Spengler: *Neubau*... 53-54.

<sup>143</sup> „Das seelenlose römische Recht deutscher Nation” — a szójáték „a Német Nemzet Szent Római Birodalmára” utal. Spengler: *Neubau*... 53.

<sup>144</sup> Merlio i. m. 797.

<sup>145</sup> „So war es immer und überall, und darauf beruht die tiefe sittliche Kraft echter Rechtsbegriffe, in deren geheimer Metaphysik der Lebenstakt einer Rasse schlägt.” Spengler: *Neubau*... 52-53. Megjegyzendő, hogy Spengler a rassz kategóriáját nem biológiai értelemben használja, hanem a közösség szellemileg meghatározott „formában létét” érti rajta.

és birtokát bármikor fölládozza az uralkodóért. Ennek tudata töltötte el őket büszkeséggel az őket megillető szabadságok tekintetében. Csak a mai német jogból hiányzik a kötelességnek mint a jogok forrásának eszméje — ahogy minden más eszme is.<sup>146</sup> *De lege ferenda* ezért az az elsőrendű teendő, hogy a jogokat és a kötelességeket eleven összefüggésükben szemléljük: eszerint minden jognak megfelel egy kötelesség; aki követi a jogot, az igényt tarthat mások kötelességteljesítésére, aki megsérti, eljuttassa ezt az igényt. „Ezért kellene a polgári és a büntetőjognak ugyanolyan fölépítésűnek lennie. Ezek úgy aránylanak egymáshoz, mint *jogosság* és *jogtalanság*, mint egyazon viszonyok tételezése és biztosítása. Németország jogrendszerében világok választják el őket.”<sup>147</sup>

Spengler abban is követi a germanistákat, hogy a nyugati jog princípiumául a szabadságot teszi meg: ennek az ideálnak legtisztább megnyilvánulását pedig abban a nemesi gesztusban látja, hogy valaki saját javát önálló elhatározásból egy magasabb ügyért fölládozza. „Ezt a kötelességet bensőleg szabadon magára vállalni az ő *legmagasabb* joga. Ezen nyugszanak a gótikus vazallusi hűség, a tiszti kötelesség és a régi porosz állami szolgálat büszke eszményei. A pandektajog számára ez a mélyen átértett szabadság idegen és ismeretlen. Csak az obligációt, a más teljesítése iránti igényt ismeri.”<sup>148</sup> A keleten átalakuló, eredeti szellemét levetkező és rabszolgamentalitást magára öltő „római” jog ugyanis csak a jogalkotás és jogalkalmazás objektumának, nem pedig a közrend együttműködő részesének tekinti az egyént.<sup>149</sup> Ha a germán szabadságeszménynek megfelelően a jogrendszer alanyává kívánjuk tenni a polgárokat, mindenképp két reformot kell keresztülvinnünk; mindkettőnél útmutatóul szolgálhatnak a normann jog szellemét intaktul őrző *common law* intézményei.

Angliában, melynek lakossága valódi államhatalom híján társadalomként szerveződik meg, az egyén aktív közreműködése többek között abban is megnyilvánul, hogy a bűnvádi eljárást, legalábbis formailag, a büntett fölfedezője folytatja le. Németországban azonban a nemzet összakarata az államban nyugszik, és ennek a ténynek mélyebb fölfogása az általános följelentési kötelezettség előírását követeli meg. A hatályos jog ugyan elismeri, de nem teszi erkölcsi

---

<sup>146</sup> Spengler: *Neubau...* 52-53.

<sup>147</sup> „Deshalb sollten bürgerliches und Strafrecht gleichartig gebaut sein. Sie verhalten sich wie *Recht* und *Unrecht*, wie *Setzung* und *Sicherung* derselben *Verhältnisse*. In den *Gesetzwerken* Deutschlands stehen sie sich *weltenfern*.” Spengler: *Neubau...* 55.

<sup>148</sup> „Diese *Pflicht* in innerer *Freiheit* auf sich nehmen ist sein *höchstes* *Recht*. Auf ihm beruhen die stolzen *Ideale* der gotischen *Gefolgstreue*, der *Offizierspflicht* und des *altpreußischen Staatsdienstes*. Dem *Pandektenrecht* ist diese *seelenhafte Freiheit* fremd und unbekannt. Es kennt nur die *Obligation*, den *Anspruch* auf die *Leistung* eines andern.” Spengler: *Neubau...*54.

<sup>149</sup> Spengler: *Neubau...*56-57.

parancsá a följelentést, melyhez ezáltal széles körben a besúgás pejoratív színezete tapad. Ezzel szemben szükséges volna „az egyén jogtudatát odáig fejleszteni, hogy egy büntetendő cselekményről való tudomásszerzéskor úgy érezze, az állami szuverenitás egy része rá ruházódik, és az ehhez kötődő felelősséget átérezve cselekedjék”.<sup>150</sup>

Az angolszász jogrendszerek emellett széles körben elismerik a szabad ember igényét arra, hogy saját becsületét, biztonságát és vagyonát, illetve hazájának létfontosságú érdekeit *maga* védje minden rendelkezésére álló eszközzel. A német jog ezzel szemben a személyes, valamint a nemzeti büszkeség és önérzet tagadását a jogos védelem szárnalmas fogalma mögé rejti. Azzal, hogy a jogtalan támadás elhárítója mindig a helyzetből eredő fölhatalmazás „túllépését” kockáztatja, a sértett magatartása egy szintre kerül a bűnözőével. „Az elkövető és a védekező áldozat egyaránt pusztá tárgya az igazságszolgáltatásnak.”<sup>151</sup> Spengler szerint épp ellenkezőleg: alapelvvé kellene emelni, hogy a bűnözőt a tett elkövetése alatt és a menekülés során semmilyen jog sem oltalmazza az általa megtámadott visszacsapásától. „Azzal szemben, aki éppen jogtalanságot visz végbe, nem követhető el jogtalanság.”<sup>152</sup> Ezt az angolszász világban magától értetődő szabályt kellene a kontinentális jogokban is meghonosítani, így a szabad ember fölléphetne az állam nevében, ha az pillanatnyilag nincs abban a helyzetben, hogy cselekedjék. „És ugyanennek kellene a nemzetbiztonság elleni támadások esetén is érvényesülnie: Aki hazaárulás (...) bűncselekményéről vagy kísérletéről tudomást szerez, azt nemcsak följelentésre (...) kötelezni, hanem tetszés szerinti személyes közbelépésre is jogosítani kellene. A bűnöző tudatában lenne annak, milyen körülmények között cselekszik, és — *volenti non fit iniuria*.”<sup>153</sup>

(*A fausti jog contra Róma*) A „hanyatlástörténeti” tézis följújtásán kívül kevés hasonlóságot mutat a recepció spengleri kritikája azzal a germanista „jogi romantikából” származó, mintegy évszázados toposszal, mely a római jog intézményeinek a német jogéletből való kiiktatását

---

<sup>150</sup> „...das Rechtsbewusstsein des Einzelnen dahin zu entwickeln, dass er mit der Kenntnis einer strafbaren Handlung einen Teil der Staatshoheit auf sich übertragen fühlt und unter dem Eindruck der damit verbundenen Verantwortung handelt.” Spengler: *Neubau*... 56.

<sup>151</sup> „Der Täter und das sich wehrende Opfer sind gleichmäßig bloße Objekte der Rechtssprechung.” Spengler: *Neubau*... 57.

<sup>152</sup> „Ein Unrecht kann gegen den, der gerade Unrecht tut, nicht begangen werden.” Spengler: *Neubau*... 57.

<sup>153</sup> „Und dasselbe sollte von Anschlägen gegen die Sicherheit der Nation gelten: Wer von einem Verbrechen oder Versuch des Landesverrats (...) Kenntnis erhält, sollte nicht nur zur Anzeige (...) verpflichtet, sondern auch zu persönlichem Einschreiten in jeder Form berechtigt sein. Der Verbrecher würde wissen, unter welchen Bedingungen er handelt, und — *volenti non fit iniuria*.” Spengler: *Neubau*... 57-58.

szorgalmazta. A program klasszikus, a Beseler-Gierke vonallal fémjelezhető megfogalmazása egyszerre tartalmazott nemzeti és szociális megfontolásokat. Beseler *Volksrecht und Juristenrecht* című, 1843-ban megjelent könyvében a népszellemre hivatkozva elutasította a jogászok recipiálta római jog németországi érvényességét; helyette az érthető, népi és német joghoz való visszatérést követelte.<sup>154</sup> Gierke pedig a BGB első tervezete kapcsán tartott előadásában individualista és aszociális karaktert tulajdonított a római jognak; a pandektajog kodifikálásával szemben olyan magánjog megalkotását indítványozta, mely megvédi „a szegényeket a gazdagokkal, az összesség javát az egyének önzésével szemben”.<sup>155</sup> Mindkettejük közös előfeltevése volt azonban, hogy a római jog reális, valódi hatást kifejtő tényezője a társadalom életének, mely képes a valóságot a maga képére alakítani: vagyis recepció nélkül a német történelem más — szerintük egészségesebb — irányt vett volna. Itt világossá válik, hogy a történeti jogi iskola fordított irányban is tételjezi a jog és társadalom szoros kapcsolatát: a jogi berendezkedés erőteljesen strukturálja a hatálya alá tartozó közösség életviszonyait.

Spenglernél — minthogy mindkettő elsősorban az összimbólumtól függ — a kölcsönös egymásra hatás ebben a viszonylatban is gyöngébb. A recepció esetében ez azt jelenti, hogy a kultúrfejlődés szigorú immanenciája miatt nem játszhat kézzelfogható társadalomalakító szerepet a kívülről érkező római jog. A kultúra kibontakozásának stádiumai eleve elrendeltek, az általuk meghatározott társadalmi szerkezet szükségszerű alakot ölt attól függetlenül, hogy a vele párhuzamosan fejlődő jog idegen formák kényszerzubbonyába van szorítva. A jogi pszeuomorfózis nem a valóságot, csak annak értelmi leképezését torzítja el: olyan fogalmakat kényszerít ránk, melyek nincsenek összhangban létezésünk stílusával, így nem írják le megfelelően magatartásunk motívumait. Voltaképpen a „hamis tudat” jelenségét idézi elő, ahogy a tulajdon kapcsán Spengler le is írja: „Gondolkodásunkban a »tulajdon« szó az antik *statikus* megközelítés sajátosságaival terhes; ezért hamisítja meg minden használatkor életvitelünk dinamikus jellegét.”<sup>156</sup>

A tulajdon problémája azért is érdekes, mert a germanisták recepciókritikájában visszatérő motívum volt a római és a germán tulajdonfölfogás különbségére való hivatkozás. Ez röviden úgy szól, hogy míg a római polgár tulajdona fölött korlátlanul rendelkezett, azt a közösség érdekeivel ellentétesen is használhatta, a germán tulajdonjognak szociális alapú belső korlátai

---

<sup>154</sup> Gamauf i. m. 38-39.

<sup>155</sup> Gamauf i. m. 46-47.

<sup>156</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 119., kiemelés az eredetiben.

voltak, a benne foglalt jogosultságokhoz kötelezettségek is járultak.<sup>157</sup> El kell ismernünk, hogy nyomokban Spenglernél is fölbukkan az erkölcsi kötöttségekkel terhes germán tulajdonfölfogás méltatása a javak liberális rendjével szemben: A vállalkozókat egy helyen arra inti, hogy vagyontukat „hitbizománynak” fogják föl, mert — mint írja — „a tulajdon kötelez”; ezen a területen is egyfajta kategorikus imperativusznak kell uralkodnia: „Cselekedj tulajdonoddal úgy, mintha a nép bízta volna rád!” További hasonlóság, hogy Spengler tulajdonjogi fejtegetéseiben is a rendeltetésellenes joggyakorlás jelenti a neuralgikus pontot: a joggal való visszaélést adadóalkalmazó törvények szigorú föllépését sürgeti mindenekelőtt „az üzemeknek és ingatlanoknak a spekuláció általi kiszigerelése” ellen.<sup>158</sup>

A termelő gazdaság kapitalista szerkezetű működését azonban a világért sem tekintette volna a tulajdonnal való visszaélésnek: a fausti jog az ő ábrázolásában inkább a távoli horizonton hívogató üzleti lehetőségek megvalósításának eszköze, mint a konzervatív szociálpolitika fegyvertára. A római jog bevett, népjóléti alapú kritikájával azért is szakít szükségszerűen, mert nem ismeri el a társadalmi viszonyokba való érdemi beavatkozását. Így a nyugati tulajdonfölfogás pandektisztikus eredetű félresiklását is elsősorban ideológiai-társadalomlélektani síkon bírálja. Ennek szellemében kell megpróbálnunk értelmezni *A Nyugat alkonya* egyik legenigmatikusabb nyilatkozatát, mely a római jog káros szerepét eképp határozza meg: Jelenleg „olyan magánjogunk van, mely a késő antik gazdaság árnyoszerű alapjára támaszkodik. Az az elkeseredett düh, amellyel a civilizált nyugati gazdasági élet kezdete óta a kapitalizmus és a szocializmus fogalmait szembeállítják egymással, túlnyomórészt azon alapul, hogy a tudományos jogi gondolkodásban (...) az olyan alapvető fontosságú szavak, mint a személy, a dolog vagy a tulajdon, az antik élet állapotaihoz és berendezkedéseikhez kapcsolódnak. *A könyv a tények és felfogásuk közé áll.* A művelt (...) ember lényegében még ma is antik módon értékeli a dolgokat. A csak tevékeny (...) ember úgy érzi, hogy félrevezetik. Észreveszi az ellentmondást a kor élete és saját jogi felfogása között, és keresni kezdi, hogy ki is az, aki — véleménye szerint önös érdekből — ezt az ellentmondást előidézte”.<sup>159</sup>

Életművének beható ismeretében megállapíthatjuk, hogy Spengler itt lényegében az általa ősellenségként kezelt marxizmus eszmerendszerének kialakulását és megerősödését írja a

---

<sup>157</sup> Gamauf i. m. 44-46.

<sup>158</sup> Merlio i. m. 784., az idézetek forrása: O. Spengler: Politische Schriften. C. H. Beck. München, 1932. 284-85. „Eigentum verpflichtet”; „Verfahre mit deinem Eigentum so, als ob es dir vom Volke anvertraut sei”; „die Ausbeutung unbeweglicher Werke und Güter durch die Spekulation”.

<sup>159</sup> Spengler: *A Nyugat alkonya* II. 115-16., kiemelés tőlem.

római jog számlájára. Mint kisebb írásaiból kiderül, a marxizmus eredendő bűnének a munkaérték-elméletet tartotta, mert ennek értelmében a vállalkozó pusztán mint a dolgozók elidegenített munkájából származó tőkejavak tulajdonosa áll szemben a munkásokkal. Ez a tendenciózus beállítás véleménye szerint figyelmen kívül hagyja, hogy a vállalkozó stratégiai tervező és szervező tevékenysége nélkülözhetetlen a gazdasági üzem hatékony működtetéséhez. De nem illeszthető be ebbe a „statikus” képbe a mérnök és a menedzser vállalaton belüli rendeltetése sem.<sup>160</sup> Az ingatag lábakon álló marxista elmélet Spengler szerint annak köszönheti németországi sikerét, hogy a propagandája által megcélzott munkások a testileg birtokolható tárgyak fölötti rendelkezési jognak antik mintára központi jelentőséget tulajdonítottak. Ahogy a *Neubau*ban némileg világosabban leszögezi: „A tőke» elleni gyűlölet (...) egyik oka szintén az, hogy az egész gazdasági törvényhozás a római *dolog* — számunkra — lapos és ormótlan fogalmának volt alárendelve a germán *tulajdoné* helyett.”<sup>161</sup>

Hogy a római jog mennyire nem illik a nyugati viszonyokhoz, azt világosan mutatja a kultúránk alapintézményeinek biztosítására való képtelensége; a pandektajog éppenséggel ellenségességet szít mindazzal szemben, amit védeni hivatott: az állammal, a hatóságokkal és a tulajdonnal szemben. Spenglert jogi reformjavasolatainak kidolgozása során is mindenekelőtt a közösség kohéziójának és erejének fokozása motiválta: fő gondja a német nép „formában létének”, vagyis történelmi helyállásra való készségének erősítésére irányul.<sup>162</sup> A „tulajdon nélkülieknek” a tőkésekkel való szembefordulása pedig épp a társadalmi organizációt veszélyezteti. A „hamis tudat” (mely ebben a kifordított modellben éppen a munkásosztály öntudatra ébredését jelenti) elfödi előlük, hogy életükben már nem a fölhalmozott javak statikája, hanem a belső tehetségek és képességek dinamikája játszik döntő szerepet. A fizikai dolgok helyett az immateriális javak — „vagyon értékű gazdasági, műszaki és szervezési ismeretek és tapasztalatok”<sup>163</sup> — birtoklása boldogulásuk záloga.

A pandektisztika spengleri kritikájának legeredetibb és legfigyelemreméltóbb rétegét kétségtelenül az annak testközpontúságát illető bírálat alkotja. A dologság fojtó szorításából kiszabadítani kívánt funkcionális nyugati jogot Spengler olyan kategóriákkal írja le, melyek az

---

<sup>160</sup> Felken i. m. 205-15.

<sup>161</sup> „Der Haß gegen »das Kapital« hat einen seiner Gründe auch darin, daß die gesamte wirtschaftliche Gesetzgebung dem — für uns — flachen und brutalen Begriff der römischen *Sache* statt dem des germanischen *Eigentums* unterstellt worden ist.” Spengler: *Neubau...* 52.

<sup>162</sup> Merlio i. m. 797-98.

<sup>163</sup> Ptk. 86. §

információ és a tudásalapú gazdaság kurrens fogalmai köré rendezhetők. A fausti jog általa vázolt körvonalai ezért értelmezhetők a posztindusztriális társadalom jogi dogmatikájának alapvetéseként is. Ennek rendszere a személyt mint dinamikus erőközpontot tételezi: Az életet szervező normatív struktúra „hordozója számunkra *a szabad emberi akarat* — nem filozófiailag fölfogva: mint bizonyítottan szabad, hanem jogilag fölfogva: mint szabadként kezelt —, amely cselekvésekre, helyzetekre, alkotásokra vagy egy idegen akaratra irányulhat. Nem a római jog értelmében vett testi személyek és testi dolgok állnak vele vonatkozásban, hanem *hatásának kiindulópontjai és céljai* (alanyai és tárgyai)”.<sup>164</sup> A szabad akarati aktus szubjektuma lehet az egyén, a család, a rend, az elismert egyesülés, végül a nemzet. Objektuma — a cselekvés eszköze vagy célja, illetve a helyzetek vagy dolgok tulajdonsága — a becsület, a szabadság és biztonság, továbbá a tulajdon.<sup>165</sup>

Vizsgáljuk meg sorban az utóbbiakat! Spengler szerint egy méltóságának tudatában lévő nép számára jogának csúcsán — mint legféltettebb és így leginkább védett jogtárgy — a *becsület*-nek kell állnia. „Az a jogkönyv, mely a becsület személyes oltalmazását nem engedi meg, az élet értelmét a materiális körülményekben látja, és ezért nélkülözi a belső tartást.”<sup>166</sup> Csak sejteni lehet, hogy ezekkel a szavakkal szerzőnk a párbaj helyénvalóságáról és létjogosultságáról folytatótt, évszázados disputához kívánt támogatólag hozzászólni.

A gazdasági *szabadság és biztonság* mindenekelőtt a saját, munkára irányuló akarattal való rendelkezésben áll: ez pedig magában foglalja a munkamegtagadás jogát éppúgy, mint azt a jogot, hogy abban ne vegyünk részt — még hozzá a gazdasági vezetők számára is, akik az üzemek működtetését tagadhatják meg.<sup>167</sup> Azok az interpretátorok, akik Spengler oevre-jét konzervatív politikai filozófiaként olvassák, hajlamosak a szerző gondolatrendszerében a közösségelvűség hatókörét tágabban megvonni, mint az szövegszerűen alátámasztható. Így jár el Merlio is, aki szerint a Spengler javasolta jogi berendezkedés legfontosabb célja, hogy a társadalmi integráció nevében elnyomjon minden önző egyéni követelést a közösséggel szemben; hallgat viszont

---

<sup>164</sup> „[Danach ordnet das Gesetz die Verhältnisse des tatsächlichen Lebens.] Träger [dieser Ordnung] ist für uns *der freie menschliche Wille* — nicht philosophisch als frei bewiesen, sondern rechtlich als frei behandelt — der sich auf Handlungen, Lagen, Schöpfungen oder einen fremden Willen richten kann. In bezug auf ihn gibt es nicht körperliche Personen und körperliche Sachen im Sinne des römischen Rechts, sondern *Ausgangspunkte und Ziele* — Subjekte und Objekte — *seines Wirkens*.” Spengler: *Neubau*... 55.

<sup>165</sup> Spengler: *Neubau*... 55.

<sup>166</sup> „Ein Rechtsbuch, das den persönlichen Schutz der Ehre nicht gestattet, erblickt den Sinn des Lebens in materiellen Zuständen und entbehrt damit der inneren Würde.” Spengler: *Neubau*... 58.

<sup>167</sup> Spengler: *Neubau*... 59.



arról, hogy szerzőnk — a nemzetgazdaságnak okozott kár dacára — elismeri a sztrájkhoz való munkavállalói és a gyárak leállításához való munkáltatói jogot.<sup>168</sup> Spenglert ebben kultúrfilozófiai megfontolások vezérlik: „Az érvényes római — materialista — jog tulajdonképpen csak a »munkát« ismeri mint elvégzett teljesítményt, egy úgyszólván anyagi mennyiséget, pusztá dolgot. A lényeg azonban a *munkavégzés*, mint az akarat működésbe hozása és a teljesítmények *forrása*. Egy jövőbeli munkajognak (...) egyértelműen a szabad akarat tényén, nem pedig materiális eredményének jelenvalóságán kellene fölépülnie. Előbbi a germán, utóbbi a római álláspont.”<sup>169</sup>

Filozófusunk a fausti tulajdonfogalom számára is szolgál definícióval: „A tulajdon számkra nem dolog, hanem egy akaratra vonatkozó tulajdonság, mely éppúgy tapadhat gondolatokhoz és viszonyokhoz, mint testekhez.”<sup>170</sup> A tulajdonunkhoz tartozik mindaz, ami kizárólag a mi akaratunknak van alárendelve, tehát dolgainkon kívül cselekvéseink céljai, eszközei és eredményei is, minden üzleti, technikai, művészeti, szervezési eszme és képesség. Ha tárgyát megfelelően fogjuk föl, sokkal könnyebb a lopás tényállása alá vonni — a csalás és az uzsora mellett — az idegen tehetséggel saját céljaink érdekében való visszaélést, valamint a találmányok, gondolatok, motívumok és szándékok eltulajdonítását is.<sup>171</sup> A vagyonunk mindezek értelmében nem redukálható arra a jogra, hogy hozzánk képest külsődleges dolgokkal éljünk vagy visszaéljünk, mint a rómaiaknál, hanem úgy kell fölfogni, mint teremtő dinamizmusunk meghosszabbítását. A tulajdont lelki kötelék kapcsolja tulajdonosához, mint a találmányt a föltalálóhoz, és ennek továbbörökíthetőnek kell lennie: ezért képezi az öröklési jog a fausti tulajdonjog sarokkövét.<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> Merlio i. m. 798. „La préoccupation de Spengler est encore et toujours (...) la suppression de tout droit pouvant servir aux revendications égoïstement individuelles envers la collectivité.”

<sup>169</sup> „Das geltende römische — materialistische — Recht kennt eigentlich nur »Arbeit« als das Geleistete, ein gleichsam stoffliches Quantum, eine bloße Sache. Es kommt aber auf *das Arbeiten* an, als die Betätigung eines Willens und als Quelle von Leistungen. Ein künftiges Arbeitsrecht (... müsste) klar auf der Tatsache des freien Willens, und nicht auf der des Vorhandenseins von dessen materiellem Ergebnis aufgebaut sein. Jenes ist der germanische, dieses der römische Standpunkt.” Spengler: *Neubau*...59.

<sup>170</sup> „Eigentum ist keine Sache, sondern für uns eine Eigenschaft in bezug auf einen Willen, die ebenso an Gedanken und Verhältnissen haften kann wie an Körpern.” Spengler: *Neubau*... 55.

<sup>171</sup> Spengler: *Neubau*... 59-60.

<sup>172</sup> Merlio i. m. 798.

## *Epilógus: A spengleri gondolatok utóélete*

Spenglernek a dinamikus-funkcionális jog kidolgozására vonatkozó programatikus tézise összességében gyér hatást fejtett ki a jogtudományra; bár ennek mértékét vitatják, a valóban komolyan vehető értelmezések száma fölöttébb csekélynek látszik.<sup>173</sup> Kézenfekvőnek tűnne bizonyos visszhangra számítani a Spengler által is képviselt konzervatív forradalom joggal foglalkozó szerzőinél. A filozófusunkkal politikai rokonságot mutató ifjúkonzervatív jogászprofesszorok azonban egytől-egyig az alkotmány- és közjog tanárai voltak, és tőlük mindössze a spengleri államtan behatóbb tárgyalására futotta.<sup>174</sup>

Említést érdemel néhány szakjogász munkássága, akik jogterületük újszerű megalapozásához merítették inspirációt Spengler dinamikus-funkcionális jogfogalmából: a polgári eljárásjogban James Goldschmidt, a versenyjogban Rudolf Callmann a weimari korszak jogirodalmának fontos reprezentánsai.<sup>175</sup> A francia Du Chesne pedig — szintén a húszas években — egy nehezen érthető gondolatmenet eredményeként a nagy jövő előtt álló értékjogok jogviszonyainak szerkezetét értékelte, Spenglerre hivatkozva, dinamikusnak.<sup>176</sup>

Ami az általános jogelméleti recepciót illeti, sok jel arra utal, hogy Spengler hatása egy félreértés történeteként rekonstruálható. H.-P. Haferkamp utal arra, hogy a dinamikus és funkcionális jog elgondolását egyesek annak a korban népszerű követelésnek megalapozására idézték, mely a BGB merev és formális szabályozásával szemben mindinkább a jogrend rugalmassá és egyben közösségelvűvé tételeét szorgalmazta.<sup>177</sup> Ebben a fölfogásban a dinamizmus már a jognak azt a képességét jelenti, hogy — a germanista tradícióból kölcsönzött — belső korlátait folyamatosan a társadalmi élet céljaihoz, igényeihez és érdekeihez igazítsa. A funkcionalitás pedig Gierke nyomán a rendeltetésszerű joggyakorlás követelményeként értelmeződött át: minden alanyi jog csak annyiban ismerendő el, amíg a rá kiszabott társadalmi szerepet betölti.<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> H.-P. Haferkamp: *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre — Ergebnis nationalsozialistischer Rechtsdenkens?* Berlin Verlag, Arno Spitz GmbH, Nomos Verlagsgesellschaft. Berlin/Baden-Baden, 1995. 175.

<sup>174</sup> Armin Mohler: *Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932 (Ein Handbuch)*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt, 1989. I. 428.

<sup>175</sup> K. W. Nörr: *Zwischen den Mühlsteinen. (Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik.)* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1988. 35.

<sup>176</sup> Nizsalovszky Endre: *Értékjog és zálogjog*. Magyar Jogi Szemle, 1928/3-4-5. 85-87.

<sup>177</sup> Haferkamp i. m. 173-74.

<sup>178</sup> Haferkamp i. m. 162-66.

Az ilyen durva torzításokat elkerüli Nizsalovszky Endre, akinek interpretációja arra példa, hogyan lehet *A Nyugat alkonya* tartalmi hozadékát megkérdőjelezve annak szemléletétől mégis megtermékenyülni: A kiváló magyar magánjogász szerint Spenglernek éppenséggel a tulajdonjog modern, abszolutisztikus szerkezetét kellett volna a dinamikus jogszemlélet példájául fölhozni a dologság antik fölfogásával szemben: „A római azt mondta: *res meum est*, tulajdonos vagyok és az is akarok maradni s aki a tulajdonomat bántja, aki a nyugalmi állapotot megzavarja, azzal szemben majd fellépek. A modern jogi elmélet azonban — éppen a nyugati civilizáció karakterisztikus képviselőjeként Spenglertől is bemutatott Kantnak bölcséleti alapvetése nyomán — nem éri be ennyivel, hanem azt mondja, hogy a sarkoktól az egyenlítőig minden ember, s ha a Marson élnek emberek, azok is valamennyien kötelesek tartózkodni minden olyan magatartástól, amellyel az én mindenkivel szemben fennálló jogomat sértenék. Csak az egész emberiség kötelezettségében, amely, ha senki sem vét is ellene, minden pillanatban teljesítetik és újrászületik, tudja a nyugati civilizáció embere meglátni a maga hatalmát az uralmában levő dolgok felett. Ez a fausti, ez a dinamikus a jogban a spengleri szemlélet szerint.”<sup>179</sup>

Mіндеzek után csak abban reménykedhetünk, a posztindusztriális társadalom jogelmélete előbb-utóbb fölfedezi magának Oswald Spengler gondolatait.

*Debrecen-Tübingen, 2004 október - 2005 április*

---

<sup>179</sup> Nizsalovszky i. m. 169.

## Irodalomjegyzék

- BECK, Ulrich: *A kockázat-társadalom (Út egy másik modernitásba)*. Andorka Rudolf Társadalomtudományi Társaság. Budapest, 2003.
- COING, Helmut: *A jogfilozófia alapjai*. Osiris Kiadó. Budapest, 1996.
- CSÉCSY Imre: *Oswald Spengler riadója*. Századunk Könyvtár, 1934.
- FELKEN, Detlef: *Oswald Spengler (Konservativer Denker zwischen Kaiserreich und Diktatur)*. Beck. München, 1988.
- FÖLDI András – HAMZA Gábor: *A római jog története és intézményei*. Nemzeti Tankönyvkiadó. Budapest, (1996).
- GAMAUF, Richard: *Die Kritik am Römischen Recht im 19. und 20. Jahrhundert*. Orbis Iuris Romani. 1996.
- H. SZILÁGYI István.: *Bevezetés*, in: *Jog és antropológia*, szerk. H. Szilágyi I. Osiris. Budapest, 2000.
- HAFERKAMP, Hans-Peter: *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre — Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?* Berlin Verlag, Arno Spitz GmbH, Nomos Verlagsgesellschaft. Berlin/Baden-Baden, 1995.
- HAMZA Gábor: *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszerek*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1998.
- KELLY, John Maurice: *A Short History of Western Legal Theory*. Clarendon Press. Oxford, 1997.
- KOSCHAKER, Paul: *Europa und das Römische Recht*. C. H. Beck. München/Berlin, 1966.
- LÉVI-STRAUSS, Claude: *Strukturális antropológia*. Osiris. Budapest, 2001. I.
- LONTAI Endre: *Szellemi alkotások joga*. Eötvös József Könyvkiadó. Budapest, 1998.
- MERLIO, Gilbert: *Oswald Spengler (Témoin de son temps)*. Akademischer Verlag Hans-Dieter Heinz. Stuttgart, 1982.
- MOHLER, Armin: *Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932 (Ein Handbuch)*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt, 1989.

- NIZSALOVSKY Endre: *Értékjog és zálogjog*. Magyar Jogi Szemle, 1928/3-4-5.
- NÖRR, Knut Wolfgang: *Zwischen den Mühlsteinen. (Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik.)* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1988.
- SOROKIN, Pitirim A.: *Social Philosophies of an Age of Crisis*. A & C. Black. London, 1952.
- SPENGLER, Oswald: *A Nyugat alkonya (A világtörténelem morfológiájának körvonalai)*. Európa Könyvkiadó. Budapest, 1995. I-II.
- SPENGLER, Oswald: *Neubau des deutschen Reiches*. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. München, 1924.
- STRAUSS, Leo: *Természetjog és történelem*. Pallas Stúdió – Attraktor Kft. 1999.
- SZABADFALVI József: *Historical jurisprudence, avagy a történeti jogelmélet mint a jog „kultúrtörténeti” megközelítése*, in Sz. J.: *Jogbölcseleti hagyományok*. Multiplex Media – Debrecen U. P. Debrecen, 1999.
- WATSON, Alan: *Society and Legal Change*. Scottish Academic Press. Edinburgh, 1977.
- WATSON, Alan: *Comparative Law and Legal Change*. Cambridge Law Journal, 1978 november.
- WEBER, Max: *Gazdaság és társadalom (A megértő szociológia alapvonalai)*. 2/2. *Jogszociológia*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1995.

## Tar Csaba

### A dopping és a sportjog kapcsolata magyarországi és nemzetközi viszonylatban

#### Mottó:

*“Tisztességes vagy te, Sport  
Ha tőled jó igaz kincs a dicséret,  
Mert csak derék munkával nyerhető.  
A versengésnek görbe útján  
S hitvány fogadások sorsa büntetés.  
És megvetéssel sújtanak, aki  
a pálmát álnok csellel küzdené ki.”*

(Pierre de Coubertin: Óda a Sporthoz)  
-részlet-

#### I. Bevezetés

A sportszellem és a fair play mindvégig meghatározó tényező volt a sportéletben. Az évszázadok során a sportolók mindenáron való győzni akarása mind inkább arra készíteti az egyéni- és csapatsport résztvevőit, hogy eredményeikben mind jobb és jobb teljesítményt érjenek el. Ezáltal sokan saját egészségük rovására is különböző teljesítményfokozó szerekhez, nyúltak, illetve nyúlnak annak bizonyítására, hogy az adott sportágban ők a legjobbak. Ez legfőképpen akkor vált jellemzővé, amikor a sport “elüzletiesedett”.

A nemzetközi sportszövetségek és egyéb sportszervezetek között különböző kapcsolatrendszer alakult ki. Így a(z):

- NOB (Nemzetközi Olimpiai Bizottság);
- EOC (Európai Olimpiai Bizottság);
- AGFIS (Olimpiai Sportágak Szövetsége);
- ENGSO (Európai Nem Kormányzati Sportszervezetek Szövetsége);
- FISU (Nemzetközi Egyetemi Sportszövetség);
- Egyéb Nemzetközi Sportszövetségek;

A nemzeti szövetségek kapcsolatrendszerében fontos megemlíteni a:

- Nemzeti Olimpiai Bizottságokat;
- Nemzeti Sporthivatalokat;
- Nemzeti Szövetségeket;
- Nemzeti Doppingellenes Koordinációs Testület;
- Egyéb Nemzeti Sportszövetségeket;
- Megyei Szövetségeket;

- Sportklubokat, egyesületeket;
- Szakosztályokat;
- Egyéb sportszervezeteket;

A fent említett bizottságok, szövetségek és egyéb, a sport irányításával foglalkozó szervezetek mindegyikében megtalálható a dopping szabályozásával kapcsolatos kérdések rendezése, amely elsősorban az adott ország jogrendszerébe tartozó doppingtilalmakat alkalmazza és hajtja végre, amennyiben doppingvétség kérdése állna fenn. Azonban nem lehet ebben a fontos kérdéskörben figyelmen kívül hagyni a nemzetközi egyezményeket sem. Többek közt, mivel hazánk tagja lett az Európai Uniónak, és így a közös páneurópai együttműködések figyelembevétele elengedhetlenné vált a határok “megnyitásával”. A későbbiekben visszautalnék a fentebb említett szervezetek dopping szabályozására.

## **II. A dopping fogalma, kialakulása és fajtái**

*“Amióta a kimagasló emberi teljesítmény dicsőséget és rangot jelent, megtaláljuk nyomait annak, hogy az emberek valamilyen természetes vagy mesterséges szerrel próbálják szervezetüket a mindennapi feladataik ellátásához szükséges nagyobb teljesítményre készíteni.”<sup>1</sup>* A középkorban és azt megelőzően is fogyasztottak olyan szereket csaták során, lovagi tornák alkalmával, amelytől extázisig fokozódott szellemi vagy fizikai állapotba kerültek. Emellett lovaiknak is adtak valamilyen szert, amitől rúgták, harapták az ellenséget. Például a rómaiaknál büntetést kapott az a hajó, aki lovának verseny előtt ajzószerrel adott. Az emberiség történetében a dopping fontos szerepet játszott már az antik Görögországban, még ha itt nem is annyira egyértelműen. Itt kerültek elsőként megrendezésre a szervezett sportjátékok (olimpiák). A történelmi írásokból tudjuk azt is, hogy a verseny megkezdése előtt 4-6 héttel elkülönítették a versenyzőket, hogy egyenlő körülmények között készülhessenek fel. Hiszen egyesek szerint teljesítményüket táplálkozásukkal fokozták. A görög sportolók hittek abban, hogy különböző állati vagy növényi eredetű szerek fogyasztása javítja képességüket. Így például szolgálhat a híres krotóni Milón birkózó, aki hat olimpián és számos más versenyen diadalmaskodott. A fennmaradt írások szerint a kakasok zúzájában talált kristályt, *Alektóriát* használt és ezzel magyarázták legyőzhetetlenségét. A mai kor tudománya alapján ez a hiedelem képtelenség: egy ásvány nem képes a gyomorban feloldódni, következésképp nem lehet semmiféle hatása sem. Az eligazítást a kő neve adja: a harcias kakas görög neve: alektór és innen az említett alektória latin megnevezés. Az ókori görög mentalitásnak egyik alapvető tényezője a versengés volt. Kiemelkedő jelentőségét a rendszeres testedzés, katonai felkészítés és nem utolsósorban az egészség területén is megmutatkozik.

Majd a századfordulón a La Manche csatorna átúszásakor említették elsőként az élénkítő szerek szedését. Igazán nagy fordulat a dopping történelmében akkor következett be, amikor feltalálták a fecskendőket, és elkezdtek szintetizálni a különböző gyógyszereket, amely már a kémiát, mint tudományt kapcsolta ide. A profi kerékpárosok nyúltak legelsőként ezen stimuláns szerekhez. A legelső doppingtörvények nem meglepő módon pontosan azon országban láttak napvilágot, ahol a profi kerékpársport nagy múltra tekintett vissza. Ide sorolható Olaszország, Belgium és Franciaország is. Majd a meg nem engedett teljesítményfokozó szerek a világon megállíthatatlanul terjedtek szét az él-,

---

<sup>1</sup> <http://www.mob.hu>

illetve versenysportban. Amint a televíziózás tért hódított magának, (1950-es évek) onnantól kezdve a versenyeket televízió is követni lehetett, így a reklámpar felfedezte a versenysportban rejlő szinte kiaknázhatatlan reklámlehetőségeket és megkezdődött a hatalmas mértékű pénzáramlás az élsportba. A versenyeken diadalmaskodókat hatalmas díjakkal jutalmazták meg. Így a békés “sporttalálkozók” kemény, gyilkos csatákká alakultak át.

Az első újkori olimpián (1896) a résztvevő versenyzők még szinte mondhatni, szórakozásból, kedvtelésből indultak a megmérettetésen. Az igazi “pálfordulat” akkor következett be, amikor a sportolók látták, hogy micsoda mennyiségű pénztömeg áramlik be a sportba, rájöttek, hogy élversenyzőként pár év alatt népszerű és gazdag emberré válhatnak. Így a cél egy maradt, és mindent e mögé soroltak, még az egészségüket és nem utolsó sorban a becsületességüket, erkölcsösségüket, fair play-hez való viszonyukat is. A sportolókat nem az egészségi károsodása miatt érzett félelem riasztja el a tiltott szerek használatától, hanem inkább a lebukás, eltiltás veszélye.

A következőkben definiálnám a dopping fogalmát.

A szó Dél-Afrikából ered, a kaffer törzsek egy bódító pálinkaféleséget neveztek ennek (*dop*), amit kultikus törzsi események idején fogyasztottak. Majd a 19. század végén (1889) megjelent az angol nyelvterületen is. Akkoriban még az ópium, illetve érzéstelenítőszer keverékét értették; elsőként lovak versenyeztetésénél alkalmazták (*dope*). Manapság, ha a dopping szót halljuk általában negatív töltéssel látjuk el, de lehet pozitívan is nézni, hiszen egy cél elérése érdekében “doppingolhatjuk” magunkat például egy vizsga abszolválásáért.

A doppingolás más néven: ajzás, sportversenyeken a versenyzőt serkentő, a szervezetre káros izgatószeres tiltott alkalmazása a nagyobb teljesítmény elérése céljából. Akit doppingvétségen érnek, azt kizárással büntetni rendelik.

*“A sportteljesítmények növelése érdekében az élversenyzők egy elenyésző része önmagára (egészségére, személyiségére) nézve károsan ható, a sporterkölccsel össze nem egyeztethető eszközöket használ ezeket [...] dopping néven foglaljuk össze.[...] Az a szer vagy kezelés, amely az emberi teljesítőképességet a normális szint fölé emeli, amelynek alkalmazásával az egyénben rejlő lehetőségeket abnormális módon mozgósítják, doppingnak minősül, ennek következtében használója, alkalmazója a versenyből kizárja magát.”<sup>2</sup>*

A mai dopping jelentése megegyezik az 1933-as felfogásával. Innentől kezdve a definíciók orvosi, morális, és etikai jelentésre is kiterjedtek.

Az anabolikus szteroidok és egyéb hormonok megváltoztatták a dopping fogalmát, nem is beszélve a jövő dopping-trükkjéről: a gén doppingról. A hormonok testazonos anyagok, amelyeket a felkészülési időben alkalmaznak, mégis doppinganyagoknak tekintjük őket.

---

<sup>2</sup> Nádori i.m. 1991 25p.

*“A doppinganyagokat hatásuk szerint lehet csoportosítani. [...] Doppingszerek alapvető veszélye, hogy beavatkoznak a szervezet fáradási és regenerációs folyamataiba, és jó esetben megfordítható módon, rossz esetben végzetesen megzavarják ezeket a mechanizmusokat.*

*A doppingszerek a központi idegrendszerre, a szervezet kontroll szisztémájára hatnak. Az izomtevékenységben érdekelt szervrendszerek még jelentős tartalékokkal rendelkeznek, amikor a központban már jelentkezik a fáradás, és ennek nyomán csökken a tevékenység intenzitása. Az edzettség egyik alapvető ismérve, hogy jól tud mozgósítani, majd részben biológiai, részben pszichikai úton késlelteti a fáradást. Érthető, hogy a nem edzett szervezetre a doppingolás [...] nagyobb veszélyt jelent, hiszen valóban azokat a tartalékait mozgósíthatja, amelyek elvesztése már közvetlen életveszélyt jelenthet.”*  
[Frenkl i.m. 222-223pp.]



Alkalmazásuk károsítja az egészséget és sérti a verseny tisztaságát is. Doppinganyagokat orvos nem adhat, de az igazi veszély manapság az, hogy a versenyzők és az edzők próbálják felhasználni. Sokszor nem mondható élesnek a határ a gyógyszer és a dopping között. A megoldás az lenne, ha az orvosok kezébe visszakerülne a gyógyszerelés, akik vállalnák a felelősséget a versenyzők egészségéért.

*A fentebb említett doppingszerek csoportosítása:*

1. A központi idegrendszert közvetlenül serkentő szerek (pszichostimulánsok). Jellegetes vegyületek az amfetamin származékok.
2. Szív-és vérkeringési rendszert és a légzést közvetlenül serkentők (szimpatikomimetikumok), például ilyen anyag az ephedrin.
3. Egyéb idegrendszeri izgatók. Például: sztrichtin
4. Kábító fájdalomcsillapítók (opiátok, analgeticumok), például: morfiumszármazékok
5. Anabolikus szteroidok, például: nerobol használata elterjedt Magyarországon.
6. Béta blokkolók, amely a szívfrekvencia csökkentésére, illetve a nyugalmi állapot előidézésére hivatott.
7. Peptid hormonok, például: ACTH, STH, HCG
8. Vérdopping
9. Diuretikumok, amelyek felhígítják a vizeletet, például: Venecit
10. Géndopping, amely a jövő doppingmegoldása lesz

A doppingvizsgálatokat szorgalmazók akkor kerültek "reflektorfénybe", amikor sűrűsödni kezdtek a halálos végű balesetek. Például a római olimpián a dán kerékpáros, Knut Jensen halálos dózisban vett magához amfetamint.

1959-ben foglalkoztak először a doppingüggyel hivatalosan a Nemzetközi Sportorvosi Kongresszuson. 1962-ben, Moszkvában fogadta el a dopping elleni határozatot a Nemzetközi Olimpiai Bizottság, de a határozat egy ideig csak elvi jelentőségű volt.

1962-ben, Ausztriában a Szövetségi Oktatási Minisztérium létrehozta a radikális megoldásokat célul kitűző doppingbizottságot. Ennek értelmében, akit a bizottság a vizsgálat alapján elmarasztalt, annak például: állami támogatását megvonták, sportlétesítményekből kitiltották.

1964-ben, Franciaországban a szenátus elfogadta azt a törvénytervezetet, amely kimondta, hogy egy évi szabadságvesztés is kiróható azon állampolgárra, aki meg nem engedett teljesítményfokozó szert használt, illetve doppingszert ad valakinek. Tehát itt már a jogszabályok erősen felléptek a törvénysértő természetes személyekkel szemben, és a büntetőjogi szankcionálás felütötte fejét a sport területén a "fair play" védelme érdekében.

Egy évre a francia büntetőtörvény kiterjesztése után megjelent a belgáknál is egy hasonló fellépés.

A későbbiekben egyre több szakszövetség, nemzetközi sportszövetség végzett doppingvizsgálatokat. 1999-re változás állt be nemzetközi téren: megalakult a World Anti Doping Agency (WADA), élén Dick Pound-dal.

Megalkották a szabályrendszerüket, és évről évre egyre szigorúbban lépnek fel a versenyeken, ellenőrizve a sportolókat, hogy betartják-e a fair play elvét.

A WADA szabályzatát követi a többi sportszervezet, vele azonosnak, koherensnek kell lenniük. Szabályzata állandó korrekcióra szorul, mivel a tudományos kutatások egyre jobban fejlődnek és a doppingszerek listája is változik.

A doppinganyagok vagy a szervezetbe beépülnek, vagy pedig átalakulnak. Kimutathatók: vizeletből, vérből, verejtékből és nyálból; tehát a testnedvekből.

A vizeletvizsgálatnak nagy előnye, hogy 24-48 órában bevett doppingszerek kimutathatóak, természetesen a hatásai is felfedezhetőek, de a szabályok az anyagok kémiai kimutatását írják elő. A WADA is ezt az eljárást alkalmazza a versenyzők ellenőrzése folyamán. Pontos szabályozva van a vizeletminta vétele. Az eljárás a doppingvizsgálatot végző bizottság egyik tagja, és a sportoló kísérője előtt történik. Két üvegbe történik a mintavétel, az egyik kontrollul szolgál, a másik a bizottságnál marad. A jelzéssel ellátott a laboratóriumba kerül, ahol a vizsgálatot lefolytatják. Mivel nincs név az üvegcsén (csak jelzés), így biztosítják, hogy a laboratórium ne tudja meg, hogy kinek a vizeletét vizsgálják, illetve ha vita állna fenn, lehetőség van, az érdekeltek előtt a kontroll vizelet megvizsgálására.

A vizeletben sokféle anyag megtalálható, mivel a szervezetből itt távoznak az anyagcsere termékek is. Így gyakran talál a laboratórium ismeretlen anyagokat, de ez még korántsem mutatja azt, hogy az illető sportoló doppingvétséget követett volna el. Ez csak akkor bizonyosodhat be, ha a vizsgálatot végzők olyan anyagot találnak, amely a doppinglistán szerepel. A laboratóriumi eljárásoknak együtt kell fejlődni a gyógyszeriparral, mivel újabbnál újabb gyógyszerek jelennek meg a piacon.

Manapság a doppingellenőrzés elengedhetetlen folyamat a sportolók ellenőrzésekor. Csak így lehet gátat szabni valamennyire az egyre nagyobb körben terjedő doppinghasználatnak. Sajnos önmagában ez nem elegendő, hiszen őszintébb kapcsolat kellene, hogy legyen a sportolók, edzők és a sportorvosok között. Sokszor maga az orvos írja fel ezeket a szereket, így részükről lenne legfontosabb, hogy elbírálják: egészségkárosodás nélkül milyen fajta gyógyszert vehet magához a versenyző-betegsége, sérülése ideje alatt, illetve milyen gyógyszert kaphat doppingveszély nélkül.<sup>3</sup> Sokszor maguk az edzők sem tudják, mit szed a sportolójuk. Előfordult az is, hogy az orvos partner volt a meg nem engedett teljesítményfokozó szerek alkalmazásában.

A továbbiakban ismertetni szeretném a fentiekben említett doppingolási módszerek közül a vérdoppingot.

Ez a saját vér-átömlesztés egyáltalán nem új eljárás, de egy időben kikerült a napi gyakorlatból. Most reneszánszát éli. Amíg a tudósok megbízható laborvizsgálatokban tudják tetten érni a vétkeseket, akik hormonkészítményekkel (EPO-val, Nesp) igyekeznek a riválisok elé kerülni, addig a régi technika a saját vér visszaadásával nem egykönnyen leplezhető le. A sportolótól többnyire magaslati edzőtábor végén levesznek egy liter vért. Ezt kicentrifugálják, vagyis különválasztják a vörös vértesteket a plazmától. A plazmát eldobják, a vértesteket, pedig szárazjég segítségével mínusz 78 fokon lefagyasztják. Amikor aztán szükség van a fokozott teljesítményre, a konzervet felolvasztják, és egy nappal a verseny előtt visszajuttatják a sportoló ereibe. Egyszerű és biztonságos eljárás. Csaknem teljesen olyan, mint egy hétköznapi várátömlesztés.

A hatása, pedig az EPO-hoz (Erythropoietin) hasonló. Ott is a korongocskák oxigénszállító képessége játssza a főszerepet. A lényeg: minél több oxigént visz a véráram az izmokba, annál jobb lesz azok teljesítőképessége. Egy jól edzett evezősnek a szervezetében körülbelül 3,5 liter vér található. Ha ehhez a bevetés előtt fél liter vért adnak, akkor az illető terhelhetősége 10 százaléknál javul. A hatás általában hét-nyolc napig fenntartható. Tudjuk, az EPO ugyanezt a célt szolgálta, csak hogy ott mindig fennállt a vér besűrűsödésének és a trombózis kialakulásának veszélye, ami nem ritkán a

<sup>3</sup> Ide köthető a precedens értékű Benedek Tibor vizilabdázónk doppingbotránya.

szív leállításához vezetett. Viszont az EPO hatásosabb volt, meg aztán annak beadása pár másodperc alatt lebonyolítható, míg a transfúzió bizony elég hosszadalmas. Ne feledjük el azt sem, hogy ha egy sportolótól leveszik a maximális egy liter vért, akkor annak újratermelése majdnem egy hónapot vesz igénybe.

Ha több vért adna le a saját vérbankja számára, akkor nem tudna normális edzőmunkát végezni.

A saját vér tartalék képzésének is megvannak tehát a korlátai, ugyanis a lefagyasztott vörösvértestek maximum öt hétig tarthatók ilyen állapotban. Egy maratoni futó esetében jó megoldás a saját vér, de egy hosszú ciklusra, elhúzódó versenysorozatra már nem annyira. Illetve a Tour de France-on már a barátok és a kollégák is besegítenek, persze csak azok, akiknek azonos a vércsoportjuk a támogatott bringással. Egyesek szerint némely istállók saját donorokat tartanak. Mellesleg a saját vér és az idegen vér keverése aligha mutatható ki, legalábbis egyelőre. Most éppen azon dolgoznak a WADA szakemberei, hogy egy speciális teszttel bizonyítható legyen a saját vérrel való ügyeskedés az olimpián.

Az egyetlen lehetőség a nagyobb bajok elkerülésére, ha a csalásra hajlamos versenyzőknek nem adunk egérutat. Állandóan elérhetőnek kell lenniük. Ha valaki váratlanul tündököl az olimpián, aztán eltűnik, mintha a föld nyelte volna el, majd négy év múlva megint róla beszél a világ, akkor teljes joggal gyanakodhatunk. A csalókkal vívott párharcban most ott tartanak, hogy körültekintő és részletekbe menő adatbankot állítanak össze az egyes sportolókról, már az utánpótláskorúakról is. Az alapos vérprofil birtokában könnyen kimutathatók az ugrásszerű változások. Valószínűleg 2008-ban, Peking már az epogén olimpiája lesz. Ezt a gént már bevitték a kutatók kísérleti állatokba, majmokba és egerekbe. A szállítójármű egy ártalmatlan náthavírus. Az eredmény lenyűgöző, már csak azért is, mert emberbe fecskendezve az epogén testazonos EPO termelését indukálná, ami pedig kimutathatatlan a legjobb laborban is. Ergo a meccset megint a csalók nyerik...

A jelen "sláger"-doppingszere: a THG, ez egy szteroid család egyikéhez tartozik, amelynek hatása több hónapig tart, ellenben csak egy hétig mutatható ki. Eredete ismeretlen, egy kémiai előállított drog, valószínűleg az USA-ból származik. Annyira újnak mondható, hogy tudományos irodalma még nem létezik, annyi bizonyos, hogy a gestrinone nevű szteroidhoz köthető. Káros mellékhatásait még nem sikerült felfedezni a kutatóknak, de bizonyos szteroidok általános mellékhatásai jelentkehetnek a THG használata során is, ilyen lehet például: a májrakosodás, nőknél a fokozott szörkpépződés, férfiaknál a kopaszság és csökkent nemzőképesség. Az új szert egy független kaliforniai szervezet végezte el (UCLA). A szervezet a WADA-val és az USADA-val (USA Nemzeti Anti-Dopping Ügynöksége) áll kapcsolatban. Javaslatok születtek arra nézve, hogy kerüljön be a THG a rutin doppingtesztbe.

A fentiekben már említést tettem a jövő doppingolásáról: a géndoppingról. A tudósok elmondása szerint a sportolók állóképességük, gyorsaságuk, fizikai erejük növelése érdekében génmanipulációt vesznek majd igénybe. Előreláthatólag a 2012-es olimpián fog megjelenni.

Ellenben, Pucskó József, az Országos Sportegészségügyi Intézet tudományos igazgatója szerint nagy valószínűséggel előfordulhat, hogy a pekingi olimpián már lesznek olyan sportolók, akiknek manipulálják a génjeit.

*"A szakemberek tisztában vannak azzal, hogy folyamatosan jelennek meg olyan szerek, amelyeket csak évekkel, évtizedekkel később lesznek képesek kimutatni a laboratóriumok.*

*Ezért maga a doppingvizsgálat is reformra szorul, sokkal több vegyületet kellene vizsgálni. [...] Magyarország egyetlen doppingellenőrző laboratóriuma Budapesten a Sportkórházban működik. Itt az olimpia előtt az összes kiutazó versenyző vizeletmintáját megvizsgálták. Nem találtak közöttük pozitívat. Ez azonban nem jelenti azt, hogy nem doppingolt senki. [...] A szakemberek szerint azonban a legmodernebb laboratóriumok sem képesek teljes biztonsággal kimutatni minden szert. A teljesítményfokozó növekedési hormon például mindössze 36 óráig mutatható ki a vérből. Utána már lehetetlen. A jövő pedig a génmanipulációé.”<sup>4</sup>*

Több tudós sürgetni kezdte az ilyen irányú tesztek kifejlesztését. A NOB is ezirányú lépéseket megtett, és létrehozta a géndopping tanácsadó testületet. Hugh Montgomery a London College Egyetem genetikusa egyike azoknak, akik az ismert gének sebességre és erőre gyakorolt hatását tanulmányozzák, aki óvatosan nyilatkozik a teljesítmény fokozó genetikai anyagok kimutathatóságáról.

A doppingolás igazi veszélye abban rejlik, hogy az egészség és a sport alapeszméit támadja meg. A doppingoló sportoló felrúgja a tiszta verseny évszázados múltját, és az egészséges szervezet rombolásának céljából teszi azt, mivel az esetek nagy többségében súlyos egészségkárosodást okoz. A NOB úgy vélekedik, hogy minden szer, ami káros az egészségre doppingnak számít.

### **III. A fair play elve**

A dopping kialakulása, fejlődési története és biológiai hatása után visszatérnék a nemzeti és nemzetközi sportszervezetekhez, amelyek többek közt a doppingelleni küzdelem, a fair play megtartására hivatott többek között.

A fair play fogalmával a Sport Etikai kódexében találkozhatunk többek között. A fair play többet jelent a szabályok betartásánál. Magában foglalja a barátság eszméjét, mások tiszteletben tartását, valamint a megfelelő szellemben való játékot. A fair play nemcsak viselkedési formát, hanem gondolkodásmódot is jelent. Magában foglalja a csalás, a szabályok kijátszása, a doppingszerek használata, a fizikai és szellemi erőszak, a kizsákmányolás, túlzott kommercializálódás és korrupció megakadályozását.

A fair play pozitív fogalom. Becsületesen játszott sport, mint szociális és kulturális tevékenység erősíti a társadalmat és a nemzetek közötti barátságot. A becsületesen játszott sport egyúttal olyan egyéni tevékenység, amely lehetőséget kínál az önmegismerésre, az önkifejezésre, eredményességre stb. Az önkéntes klubok, és sportvezetők széles körű hálózata útján a sport elősegíti a felelősségtudat kialakulását, emellett a sporttevékenységben való felelős részvétel kialakulását is.

Az Európai Unióban a meg nem engedett teljesítményfokozáshoz köthető gyógyszerek terjesztésével, illetve fogyasztásával kapcsolatban sokrétű szabályozás működik. A doppingszer nem mondható önálló kategóriának, hiszen esetenként az ide tartozó készítmények életmentő funkciót is elláthatnak. Attól válhat meg nem engedett teljesítményfokozó szerré, ha nem orvosi előírásnak megfelelő módon alkalmazzák, tehát nem ott, és ahol a gyógyszer valamely betegség gyógyítására előnyös hatással lenne.

A doppingolást mind a versenysportban, mind a szabadidősportban ellenzik, hiszen sérti mindkét helyen a fair play elvét, emellett a velük való visszaélés egészségkárosodáshoz vezethet. Más módon jelentkezik a verseny- és más módon a szabadidősportban. A versenysportban az esélyegyenlőséget sértik igazán, mivel az élsportolók mögött ott található a jól képzett orvosi gárda, így az egészségkárosodás veszélye kisebb, mint a

<sup>4</sup> <http://wplanet.hu>

szabadidő-sportolóknál. Itt orvosi kontroll nélkül használnak a fiatalok sokféle készítményt, itt a fair play megsértése kevésbé van jelen, mivel ők "csak" önmagukkal versenyeznek, és nem sértik mások esélyeit.

#### **IV. A doppingellenes küzdelem, ehhez köthető rendeletek, szabályzatok**

A dopping és sport önmagában ellentmondanak egymásnak, mégis tapasztalható bizonyos engedetlenség ezen a területen, bizonyos mértékű elfogadottság, amikor azt hallani, hogy a doppingolást nem lehet megelőzni. Ha ilyen módon foglalunk állást, akkor a sportot hagyjuk a romjaiba dőlni. A sport meghatározott értéket képvisel, többek között a fair play elvét, önmagunk határainak túlszárnyalását, de minden esetben elfogadható eszközök felhasználásával. Jelenleg a sportolókra nehezedő nyomás és az őket körülvevők befolyása a doppingesetek előfordulásának lehetőségét növelik ugyan, de ezt soha nem szabad elfogadni, ezt a gyakorlatot nem lehet igazolni.

A sportszövetségek, és a sporthatóságok együttműködésére nagy szükség van ezen a területen. Az EU-tagországok ezt már felismerték és kifejezték nyilvánosan álláspontjukat. A doppingellenes küzdelem irányítása kétségkívül a sportszövetségek felelőssége és feladata. A hatóságoknak alá kell támasztaniuk a szövetségek döntését, illetve ösztönözni kell őket a megállás nélküli cselekvésre. A hatékonyság eredményessége a csalások ellen kifejtett gyors reagálástól függ. A doppingellenes küzdelemben nemzetközi együttműködést kell kialakítanunk. Az európai sportnak vezető szerepet kell vállalnia ebben a küzdelemben, a kormányzatoknak pedig elő kell teremteniük a szükséges feltételeket.

A doppingproblémát különböző szempontok alapján mérlegelhetjük. A Bizottság jelentés készítésére kérte az Európai Etikai Csoportot.

A csoport nemzetközi- és tudományközi összetétele garancia arra, hogy doppingügyben mélyreható tudományos elemzést, vizsgálatot folytasson az alábbi fő témákra:

- A dopping definíciója: a dopping olyan társadalmi környezetben, melyik általában türelmet, megértést tanúsít a drog iránt; a sport etikai alapelvei és a dopping; az emberi szervezet biológiai határai; a sportorvosok etikai felelőssége.
- A dopping a hivatásos sportban: a probléma igazi gyökerei; hatásai, a munkaártalom természete, a versenysport pszichikai, fiziológiai következményei; a sportoló törvényes védelmének problémája és a doppingért járó büntetések, szankciók.
- Jog a neveléshez, egészséghez; edzés módszerek és azok hatása a fiatalok fejlődésére, dopping és a sportolót körülvevők hatása a fiatalok testi, lelki fejlődésére; multimillióss szerződések a sportszergyártókkal.

Az Európai Etikai Csoport véleménye és a lausanne-i világkonferencia következtetései alapján az Európai Bizottság megvitatja a pusztító doppingveszély kiküszöbölésének lehetőségeit. Nem szabad megalkuvást, gyengeséget mutatni a doppingellenes harcban, meg kell akadályozni a sport további hanyatlását.

A doppingellenes tevékenység zökkenőmentes elvégzését különböző rendeletek és szabályok biztosítják, melyek meghatározzák a dopping fogalmát, megfogalmazzák a doppingolás tilalmát, kijelölik azok körét, akikre a törvény vonatkozik, illetve akik kötelesek magukat az ellenőrzésnek alávetni. Ugyancsak utalás történik a szankcionálás módjára is. Addig nincs baj, amíg a vizeletminta negatívnak bizonyul. Minden probléma akkor kezdődik, amikor az "A" minta pozitív lesz, és ilyenkor van nagy szükség egy

pontos törvényi megfogalmazásra, mely elejét veszi sok konfliktusnak. A vétkesnek bizonyult versenyzők rendszerint nem ismerik el bűnösségüket, és minden eszközt megragadnak valamilyen eljárási vagy jogi hiba megtalálására, ezzel igyekezvén kibújni a felelősségre vonás alól.

Az irányadó szabályzatok, rendeletek:

1. WADA-szabályzat
2. Doppingellenes Konvenció - Európa Tanács.
3. NOB dopping szabályzata - NOB Orvosi Bizottsága
4. Nemzetközi sportszövetségek dopping szabályzata
5. Hazai sportszövetségek dopping szabályzata
6. Doppingellenes kormányrendeletek, így pl. a magyar kormányrendelet: 22/2004. (III. 31.), annak mellékletei és végrehajtási utasításai.<sup>5</sup>

A meg nem engedett teljesítményfokozó szerek tiltásához a jogszabályi kereteket az egyes országok doppingellenes törvényei, rendeletei- így Magyarországon például a(z):

- St. 2.§ (4);
- St. 4.§ (1), (2), (3);
- 39/2004. (III. 12.) Korm. rendelet;
- 55/2004 (III. 31.) Korm. rendelet;

továbbá a Nemzetközi Olimpiai Bizottság Doppingellenes Chartája, a nemzetközi sportszövetségek vonatkozó szabályzatai, illetve az Európa Tanács Doppingellenes Egyezménye biztosítja. Hiánypótló volt a WADA (World Anti Doping Agency) - azaz a Nemzetközi Doppingellenes Ügynökség - 1999-es lausanne-i megalakítása, melyben NOB-tagok, nemzetközi sportszövetségek képviselői, illetve különböző földrészek országaiból delegált képviselők egyöntetűen elfogadták azt a határozatot, hogy a világméretű doppingellenes küzdelemben szükség van egy mindent átfogó szervezetre, melyet a NOB, illetve az egyes országok kormányai is támogatnak, illetve finanszíroznak. A WADA kifejlesztett egy Doppingellenes Chartát, mely többszöri előzetes egyeztetés után Koppenhágában került elfogadásra (2003. 03. 05). Ennek lett az eredménye, hogy egységes szempontok szerint közelíti meg a doppingolás tiltását, ennek ellenőrzését, szankcionálását, illetve a megfelelő alternatív megoldások bevezetését. Amint látjuk, erre szükség is van, hiszen ma már alig nyilvántartható a különböző sportszervezetek, országok, illetve ügynökségek dopping szabályzata.

Minden ilyen egyezmény ajánlásaiban szerepel az adott országban kialakítandó doppingellenes politika szükségessége, a megfelelő törvényi háttér kidolgozása, a szabványos mintavétel leírása, az egységes büntetések bevezetése, illetve az oktató-nevelő- és információs munka módszereinek leírása. A doppingellenes küzdelem Európában bír a legmélyebb gyökerekkel, ezért különösen jelentős részvételünk minden hasonló jellegű egyezményhez való csatlakozásban, illetve az általuk ajánlott előírások betartásában.

Az Európa Tanács 1989-ben nyilvánosságra hozott Doppingellenes Egyezményéhez az elsők között csatlakoztunk, illetve ratifikáltuk azt.

---

<sup>5</sup> <http://mec.hu>

A Doppingellenes Egyezmény tartalmazza:

1. a doppingszerekkel való kereskedelem korlátozását;
2. a doppingvizsgálatok bevezetését, az ellenőrző eljárások továbbfejlesztését;
3. a büntetések hatékonyságának ellenőrzését.

A Doppingellenes Megfigyelő Csoport (Monitoring Group) éves rendes közgyűlésén hazánk képviselteti magát, munkatársaink a munkacsoportok üléseinek többségén részt vesznek. Az Európa Tanács, illetve az Európai Unió minden ajánlását magunkévá tettük. Magyarországon kialakításra került egy olyan doppingellenes politika, melynek alapelvei közé tartozik, hogy mind a versenysport, mind a szabadidősport területén érvényt szerezzünk a tiszta felkészülésnek. Ezt egyrészt minden versenyzőre kiterjedő, bármikor elvégezhető - túlnyomórészt bejelentés nélküli - doppingvizsgálatokkal igyekszünk biztosítani, melyet a sportszervezetektől független, kiképzett mintavételi személyzet végez. Felvilágosító, nevelő, információs munkát különösen az utánpótláskorúak, az iskolai sportban résztvevők, illetve az igazolt versenyzők között meghatározott program szerint végzünk, melynek keretében előadásokon, szimpóziumokon ismertetjük a témára vonatkozó legfrissebb tudnivalókat, évente több kiadvánnyal, szórólappal járulunk hozzá a doppingolást kiváltó alternatív megoldások terjesztéséhez. Az elektronikus lehetőségeinket is maximálisan kihasználjuk; állandó web-oldalt tart fenn a Sporthivatalunk a MOB-bal karöltve, melyen az aktualizált doppinglistától kezdve a bevizsgált étrend-kiegészítőkön át még számtalan hasznos információt közlünk a doppingszerekkel kapcsolatban. 2003-ban egy egész országot átfogó szteroid-ellenes kampányt indítottak el, mellyel nem titkolt célja volt az, hogy a lakosság szabadidősportban rendszeresen résztvevő - főleg testépítőkből álló - rétegét célozzák meg, akik körében meglehetősen elterjedt az anabolikus szteroidok kontroll nélküli fogyasztása. A kampány során többek között bemutattak olyan fiatalokat, akik doppingellenőrzés mellett az általunk javasolt módszerekkel készültek fel, igazolhatóan sikerült olyan mennyiségű, minőségű izomzatot felépíteniük, melyet a testépítő szalonokban eddig csak doppingszerek szedése mellett láthattak. Az akkori GYISM szakértői részt vettek a szabadidősportban tevékenykedő szakemberek oktatásában is, ahol a sportspecifikus étkezéssel, illetve az étrend-kiegészítők helyes használatával kapcsolatos ismereteket oktatták, valamint bemutatták a doppingszerek káros mellékhatásairól készített összeállításukat. Eleget tesznek gimnáziumok, illetve főiskolák meghívásainak is hasonló témákban. A jövő tréneire, testnevelő tanárait képző Testnevelési Egyetemen is rendszeres előadók.

Hazánkban 2001 óta van érvényben a doppingolás tilalmáról szóló Kormányrendelet<sup>6</sup>, mely meghatározza, hogy minden igazolt, illetve versenyrendszerben résztvevő sportoló számára tilos doppingszerek szedése, ezt a tilalmat ellenőrzéssel érvényesítjük, melyen ezek a versenyzők kötelesek részt venni, illetve pozitív lelet esetén tudomásul kell venniük a különböző szankciókat, melyek a versenyeredmény megsemmisítésétől, a versenyzéstől való eltiltásig terjedhetnek.

Összegezve megállapíthatjuk, hogy a WADA, illetve az Európa Tanács, valamint a NOB által megkövetelt doppingellenes politika az ebből eredő rendelkezések, végrehajtandó

---

<sup>6</sup> 99/2001. [VI. 20.] Korm. Rendelet

feladatok tekintetében Magyarország nemcsak eurokonform, hanem bizonyos területeken messze a megkövetelt feltételek előtt teljesít.

Nemes András; nemzetközi szaktekintélyű sportjogász *“Sportjogi kérdések és válaszok Magyarországon és Európában”* c. előadása során elhangzottakból szeretnék idézni egy-két fontos momentumot, amely véleményem szerint elengedhetetlen fontosságú e témakörben.

- *“ A sport erkölcsi és jogi normái nem mindig konformok egymással. A jogi normák betartása a sporttevékenység gyakorlásának felfüggesztő feltétele, míg az erkölcsiek olykor csak kíváncsian jelennek meg. A <<Győzz mindenáron!>> és a fair play elvei rivalizálnak egymással. Ez utóbbit, pedig győztes útnak tekinti a Sport Etikai Kódexe. A sport erkölcsi és jogi normarendszere mára nagyjából kialakult [...]*
- *Az egyik legmarkánsabb érdeksérelem a sportban a tiltott teljesítményfokozás. [...] A teljesítményfokozás által veszélyeztetett értékek, mint a kollegialitás, sportbarátság, szolidaritás, illetve mindenek előtt az esélyegyenlőség nem kevésbé védendő jogtárgyak, mint az ember egészségéhez fűződő érdekek. Avagy létezik-e megfogható cezúra valahol a sportértékek és az emberi jogok között? Az előbb említett jogügyleti alávétel, mint önkorlátozás csak egy a lehetséges válaszok közül. [...]*
- *A közérdeklődés miatt megnőtt a sport bel/külpolitikai jelentősége. Ma már nem magánügy a dopping. Megkérdezhetnénk: vajon honnan veszi az állam a bátorságot, (mi a jogcíme) hogy beavatkozzék a sport autonóm ügyeibe? A válasz: ő adja a működéshez szükséges pénz egy részét. Más esetben a beavatkozás jogcíme az alkotmányból és sporttörvényből folyó kötelessége, hogy megvédje, pl. az ifjúságot a túlkapások ellen. [...]*

## **V. Az Európai Unió és a dopping, a WADA kialakulása, feladata**

A Nemzetközi Doppingellenes Ügynökség (WADA), illetve az Európai Tanács (ET), valamint a Nemzetközi Olimpiai Bizottság (NOB) által megkövetelt doppingellenes politika, az ebből eredő rendelkezések és végrehajtandó feladatok tekintetében Magyarország eurokonformnak mondható és emellett egyes területeken a megkövetelt feltételek előtt teljesít.

Az Európa Tanács már a hatvanas években felhívta a kormányok és az ifjúsággal foglalkozó társadalmi szervezetek figyelmét a kábítószer-fogyasztásnak és a sportolók körében rohamosan terjedő doppingeszközök alkalmazásának veszélyeire. Később az Európa Tanács Sportfejlesztési Bizottsága és a Doppingellenes Konvenció Monitoring Csoportja kormányzati és nem kormányzati szervek támogatásával, utóbbiak között kiemelten a nemzetközi szövetségeket koordinált, ellenőrző tevékenységébe kezdtek. A Monitoring csoport az elmúlt évtizedben figyelemreméltó kutatási, elemző munkát is folytatott. Az ET Doppingellenes Konvencióját és a sport etikai kódexét számos európai ország parlamentje ratifikálta ugyan, de a dopping a sportban világméretű elterjedése világméretű intézményrendszernek, egy antidopping világügynökségnek a felállítását tette szükségessé.

Az Európai Unió tagállamainak sportért felelős miniszterei 1998-ban paderborn-i konferenciájukon, majd a nemzetközi olimpiai mozgalom prominenseinek találkozóin konkrétan felmerült a doppingellenes küzdelem világméretűvé kiterjesztése. A kezdeményezést a NOB vállalta.



Az EU-Bizottság felhatalmazta Viviane Redinget a sportügyek miniszterét, hogy tárgyaljon a NOB-bal a világügynökség felállítását és működtetését érintő kérdésekről. Romano Prodi, az EU-Bizottság elnöke szerint is itt az ideje annak, hogy EU-szintű, összehangolt küzdelmet folytassanak a kormányok és a sportszervezetek a doppingszerek forgalma és fogyasztása korlátozására, a megelőző intézkedések meghozatalára.

Az ügynökség létrehozása válasz arra a megdöbbentő botránysorozatra, amely sokkolta a sportvilágot az elmúlt néhány évben. Az ügynökségnek azért kell rendelkeznie egységesen elfogadott vizsgálati eljárással és kritériumokkal, hogy ki lehessen küszöbölni a különböző laboratóriumok gyakorlatából származó eltéréseket és módszereket, a tiltott anyagokat és az ítéleteket illetően. Jelenleg a NOB, sportszövetségek, az egyes tagországok hatóságai gyakorlata között kivédhetetlenek az eltérések.

Abszolút nemzetek feletti, átfogó EU-s doppingpolitika nem létezik, a lépések összehangolása viszont fontosnak mondható. Az Európai Unióban régóta megtalálható a sokrétű szabályozás példái, amelyek a tiltott és üldözendő teljesítményfokozó gyógyszerek terjesztésével és fogyasztásával kapcsolatosak. Az egyes országok saját antidopping-törvényei mellett ilyen irányúnak mondható az Európai Tanács 1989-es doppingellenes egyezménye, ehhez Magyarország az elsők között csatlakozott; a NOB antidopping chartája, de igazán nagy lépésnek az 1999-ben, Lausanne-ban megalapított Nemzetközi Doppingellenes Ügynökséget, más néven: a WADA-át tartom, amely a legszélesebb nemzetközi részvételre alapozó megállapodásnak tekinthető, s ennek hazánk is tagja lett. Ez az a nemzetközi, az Európai Uniót is magába foglaló szervezet, amelyet a NOB, a különböző nemzetközi sportszövetségek és országok hoztak létre, elfogadva azt a határozatot, amely szerint a WADA a világméretű doppingellenes harcnak az az átfogó szervezete, amelyet a NOB mellett az egyes aláíró országok kormányai is támogatnak.

A szervezet célja a doppingellenes küzdelem világméretű, intézményes segítése, a megelőzés és a felvilágosítás hatékonyságának növelése, valamint tudományos kutató tevékenység ösztönzése, anyagi támogatása. A szervezet tagjait az olimpiai mozgalom szervezetei, illetve a hatósági, kormányzati, kormányközi szervek delegálják.

Az ügynökséget alapítványként, a vonatkozó svájci törvények alapján jegyezték be. Alapító elnöke Richard W. Pound, a NOB alelnöke.

Az első vezetőségi ülésen meghatározták a szervezet tevékenységeit:

1. be nem jelentett, versenyen kívüli vizsgálatok;
2. antidopping kódex;
3. tiltott anyagok listája;
4. doppingteszt eredményének kezelése;
5. sportolók doppingútlevele;
6. laboratóriumi akkreditálás.

A WADA támogatja, és nemzetközi szinten koordinálja a doppingellenes harc minden formáját a sportban. Együttműködik a kormányközi szervezetekkel, kormánysszervekkel, nemzetközi sportszervezetekkel, hivatalos és civil testületekkel, amelyek részt vesznek a doppingellenes küzdelemben, mindenekelőtt a Nemzetközi Olimpiai Bizottsággal (IOC), a Nemzetközi Sportszövetségekkel (IF), a Nemzeti Olimpiai Bizottságokkal (NOC) és a sportolókkal.

Az ügynökség közösen elfogadott, hatékony standardokat dolgoz ki, a nemzetközi szinten elismert eljárásoknak megfelelően, különös figyelemmel a versenyen kívüli vizsgálatokra és a sportolókkal szembeni egyenlő bánásmódra valamennyi sportágban és valamennyi országban. Az ügynökség segít azon országoknak, ahol még nincs megfelelő intézmény, felszerelés, szakmai háttér.

Nemzeti és nemzetközi antidopping-szervezetek konfliktusában az ügynökség békítő szerepet vállal. Javaslatokat, véleményeket tehet a harmonizációra. Összeállítja, módosítja a tiltott anyagok listáját, közhírré teszi és a lista a tárgyév január 1-én lép hatályba. Kivéve, ha az év közben történik módosítás. A hatályba lépés idejét ebben az esetben az ügynökség külön határozza meg. Ösztönzi a versenyen kívüli, be nem jelentett doppingteszteket. Az ellenőrzés középpontjában a nemzetközi élvonalba tartozó sportolók szerepelnek.

Az ellenőrzést elvégezhetik:

- a nemzetközi sportszervezetek;
- hazai sportszervezetek;
- feladatra specializált hatóságok.

Védi a magánszférát és a személyes adatokat antidopping-ügyekben. A WADA támogatja a harmonizált szabályok, fegyelmi eljárások, szankciók kidolgozását, alkalmazását, de a sportolók jogait is figyelembe veszik. Prevenációs programok kidolgozását vállalja.

## **VI. Mai fő probléma az európai sportban**

Ismét napirendre kell tűzni a doppingellenes küzdelmet, a sportban nagy kockázatot jelentő doppingolás megszüntetését. A doppingellenes intézkedések, törvények hatástalanok, képtelenek megszüntetni a doppingmódszerek alkalmazását. Mind erősebbé válik a követelés a nemzetközi és az európai összefogás erősítésére, a doppingellenes küzdelem erősítésére, a sportot fenyegető veszély elkerülésére. Ebben a WADA fontos szerepet vállal, a dopping visszaszorítása érdekében.

## **VII. A tagállamok doppingpolitikája:**

A kilencvenes években felmerült az Európai Közösség részéről az az igény, hogy meg kell alkotni a tagállamok sportjának felépítését, működését, kormányzati és nem-kormányzati (civil) szféra érvényességi körét, hogy a tagállamok egymás között összehangolt együttműködést lehessen kialakítani. Némely országban az önszerveződő sport területén törvényi garanciák nyitnak szabad utat, más országokban a társadalmi eredetű sportfejlődés és működés szabályokkal van vegyítve, illetve állami ellenőrzéssel. Ellenben találhatunk olyan országokat is, amelyekben nincs törvény a sportról.

Például:

- Ausztriában átfogó intézkedések születtek a sportszektorban; ratifikálta az Európa Tanács Konvencióját, aminek alapján a szövetségi kormány felhatalmazhatta a sportszövetségeket a doppingvizsgálatok elvégzésére.
- Belgiumban a sport alapját a klubok alkotják, 90 sportszövetséghez igazodnak. Ezen sportszövetségek mindegyike tagja a Belga Sportszövetségnek, ellenben a Belga Olimpiai Bizottságnak csak egy része. A válogatottak és az utánpótláskeretek tagjai rendszeresen, hivatalból vesznek részt doppingellenőrzésen. A sportszövetségek kérhetnek technikai és anyagi segítséget az általuk tervezett doppingpróbák lebonyolításához.
- Egyesült Királyságban a legtöbb törvény érinti az egész térséget, de sajátos, helyi viszonyoknak megfelelően az államalkotók saját törvényeket is hozhatnak. Nincs írott alkotmányuk, így nincs a parlament által jóváhagyott sporttörvényük sem.

Kiadnak azonban nem kötelező erejű irányelveket, ajánlásokat a sportról a különböző kormányzati testületek. Nincs még az Egyesült Királyságnak doppingtörvénye. Ugyanakkor kormányzati támogatással folyik a doppingellenőrzés. A nem-kormányzati sportirányításban meg kell említeni a Fizikai Rekreáció Központ Tanácsát (FRKT), amely támogatja a verseny,- illetve szabadidősportot. Működésében hangsúlyt kapott a doppingellenes küzdelem.

### **VIII. A dopping elleni küzdelem az EU-ban**

A doppingolás megítélése az Európai Unió tagállamai között igen változónak mondható. Egyes tagállamok, például Spanyolország és Nagy-Britannia, doppingellenes jogszabályokat fogadtak el, összhangban a Nemzetközi Olimpiai Bizottsággal és a nemzeti sportági szövetségek szabályaival. Más tagállamokban, például Olaszországban vagy Németországban, a szabályozást a nemzeti szövetségek végzik. Franciaország büntetőjogi szankciókat is bevezetett a tiltott szerek használatával szemben. A sokféle szabályozás a személyek, az áruk, szolgáltatások szabad áramlásának útjában állhat. Előfordulhat, hogy egy sportoló használhat valamilyen szert az egyik tagállamban, míg máshol ugyanez a szer tiltólistán van.

Az Európai Unió a doppingprobléma ellen harcol, és a különböző politikák, illetve a bel- és igazságügyi együttműködés keretében kíván harcolni a jelenség ellen.

Az 1992-es barcelonai olimpia fényében az Egészségügyi Miniszterek Tanácsa határozattal fogadott el egy dopping elleni magatartási kódexet. A kódex célja, hogy az érintett szervezetek, személyek, együttműködése erősödjön, és fel tudjanak lépni a dopping ellen, a fair play eszméjének népszerűsítésében.

Az Európai Tanács 1998-as bécsi ülésén hangsúlyozta a dopping elleni uniós szintű fellépés fontosságát. A tagállamokat felkérte, hogy az Európai Bizottsággal és a nemzetközi sporttestületekkel együttműködve vizsgálják meg a dopping elleni küzdelem fokozására szolgáló lehetséges intézkedéseket, kiemelve a nemzeti intézkedések jobb összehangolását, koordinációját.

Az Európai Bizottság 1999-ben meghatározta az EU doppingellenes politikájának alapelveit. Amely szerint:

1. össze kell gyűjteni a dopping etikai, jogi és tudományos dimenziójával kapcsolatos szakértői véleményeket;
2. fontosnak tartotta a WADA felállításában való közreműködést és a vele való együttműködést;
3. mobilizálta a közösségi eszközöket.

Ez a szabályozás a doppingellenes intézkedések európai szintű támogatását jelenti. Fokozott figyelmet kívánnak fordítani a következő területekre:

1. doppingszerek azonosítására
2. dopping kimutatásának módszereire
3. oktatási, szakképzési és ifjúsági programoknak az információnyújtás és képzés szolgálatba állítására
4. figyelemfelkeltő és prevenciós programokra.

2000 szeptemberében az Európai Parlament egy határozatában felkérte a bizottságot, hogy fokozza a doppingszerekkel, kimutatási módszerekkel, a doppingszerek egészségre gyakorolt hatásával kapcsolatos kutatásokat, illetve a doppingszerek veszélyeire

figyelmeztető információs kampányaiban szóljon a “majdnem-doppingerek” lehetséges káros hatásairól.

A dopping elleni küzdelemben az EU bizonyos egészségügyi előírásainak is jelentősége van. Irányelve tiltja a gyógyszeripari termékek rendeltetésellenes, illetve meg nem engedett formájú vagy dózisu használatát. Figyelembe kell venni a terjesztésre és az orvosi rendelvényre, illetve a reklámozásra vonatkozó előírásokat.

Az unió sportminiszterei arról döntöttek 2003-ban, hogy jogilag kötelező érvényű megállapodásra van szükség, amelyek kidolgozását az UNESCO hatáskörébe utalták, az Európai Tanács vonatkozó konvenciójára alapozva. Az UNESCO főigazgatója szakértői csoportot jelölt ki az új nemzetközi doppingellenes egyezmény kidolgozására. A szakértői csoport várhatóan 2006-ra véglegesíti a szöveget, így az már a pekingi olimpián alkalmazható lesz.

## **IX. A lausanne-i Nyilatkozat a doppingról**

Tekintettel arra, hogy a teljesítménynövelő eljárások ellenkeznek a sport és az orvosi etikával, megsértik az olimpiai mozgalom szabályait, valamint fenyegetik a versenyzők és általában véve a fiatalok egészségét; továbbá felismerve, hogy a doppingelleni küzdelem mindenkit érint: az olimpiai mozgalmat, többi sportszervezetet, a kormányokat, kormányközi és nem kormányzati szervezeteket, a világ sportolót és ez utóbbiak környezetét. A Doppingellenes Világkonferencia, a NOB, a kormányok, a kormányközi és nem kormányzati szervek, a nemzetközi sportszervezeteket, a nemzeti olimpiai bizottság és a sportolók az alábbi nyilatkozatot teszik:

### 1. Nevelés, megelőzés és sportoló jogai:

Az olimpiai esküt ki kell terjesztetni az edzőkre és más vezetőkre, és annak szövege foglalja magába a becsületesség, az etika és a fair play betartását.

A nevelési- és megelőző kampányokat intenzívebbé kell tenni és elsősorban a fiatalokra, a sportolókra és azok környezetére kell koncentrálni. Teljes átláthatóságot kell biztosítani az összes doppingellenes tevékenységben, eltekintve attól a bizalomtól, amellyel a sportoló emberi jogait védjük. Partneri viszonyra kell törekedni a doppingellenes kampányok során a médiumokkal.

### 2. Az olimpiai mozgalom doppingellenes kódexe:

Az olimpiai mozgalom doppingellenes kódexe a doppingelleni küzdelem alapjának tekinthető. A dopping a meghatározás szerint, olyan mesterséges eljárás használata, amely potenciálisan káros a sportoló egészségére és (illetve) vagy képes teljesítményét növelni, vagy pedig az olimpiai mozgalom doppingellenes kódexében szereplő anyag jelenlétének kimutatása a sportoló szervezetében, vagy egy ott szereplő módszer használatának bebizonyosodása. Az olimpiai mozgalom doppingellenes kódexe vonatkozik minden sportolóra, edzőre, oktatóra, vezetőre, valamint az összes orvosra és egészségügyi személyre, akik olyan sportolókkal foglalkoznak, illetve olyan sportolókat kezelnek, akik az olimpiai mozgalom keretén belül versenyeken részt vesznek, vagy arra készülnek.

### 3. Szankciók:

A doppingvétségre vonatkozó szankciókat a verseny alatti és versenyen kívüli ellenőrzések nyomán állapítják meg.

A sportolók, a nemzeti olimpiai bizottságok és a nemzetközi sportszövetségek kívánságának megfelelően a jelentősebb teljesítményfokozó szerek és eljárások használatáért a minimálisan kötelező szankció a sportoló 2 éves eltiltása minden sporteseménytől első vétség esetén. Azonban olyan specifikus, kivételes körülmények esetén, amelyet első fokon az illetékes nemzetközi szövetségek értékelnek, elképzelhető a 2 éves büntetés módosítása. Kiegészítő szankciók, vagy intézkedések is alkalmazhatók. Szigorúbb szankciók vonatkoznak az olimpiai mozgalom doppingellenes kódexét megsértő edzőkre, vezetőkre.

#### 4. Nemzetközi Doppingellenes Testület:

Független Nemzetközi Doppingellenes Testületet kell felállítani oly módon, hogy az az olimpiai játékokon működőképes legyen. Ezen intézmények feladata, pl. az összes érintett fél által közösen meghatározott célok megvalósításához szükséges különféle programok koordinálása. E programok között különös figyelmet kell szentelni az alábbiakra: versenyen kívüli ellenőrzések bővítése, a kutatások összehangolása, a megelőző és nevelő tevékenységek elősegítése, valamint a vizsgálatokra és felszerelésekre vonatkozó tudományos-technikai normák és eljárások harmonizációja. A NOB kezdeményezésére 3 hónapon belül összeül egy olyan munkacsoport, amelyben helyet kapnak az olimpiai mozgalom, a sportolók, a kormányok és kormányközi szervek képviselői, hogy meghatározzák a Testület felépítését, célját és finanszírozási módját. Az olimpiai mozgalom vállalja, hogy 25 millió USD-t juttat a Testületnek.

#### 5. A NOB, a nemzetközi szövetségek, a nemzeti olimpiai bizottságok és a Nemzetközi Sportbíróóság feladatai:

A NOB, a nemzetközi szövetségek és a nemzeti olimpiai bizottságok megtartják saját jogkörüket és felelősségüket abban, hogy a dopping szabályokat saját eljárásainak megfelelően és a Nemzetközi Doppingellenes Testülettel együttműködve alkalmazzák. Következésképpen első fokon a döntések kizárólag a nemzetközi szövetségekre és a nemzeti olimpiai bizottságokra, illetve az Olimpiai Játékok idején a NOB-ra tartoznak. A fellebbezésekkel kapcsolatban a nemzetközi szövetségek és a nemzeti olimpiai bizottságok elismerik a Nemzetközi Sportbíróóság (CAS) fennhatóságát, miután saját jogorvoslati eljárásaikat kimerítették. A fegyelmi eljárás során biztosítani kell a sportolók és jogaik védelmét, ezért minden alkalmazandó eljárásban rögzíteni kell az olyan általános jogelveket, mint a jog a meghallgatásra, a jog a törvényes képviselethez, jog a bizonyítékokra és tanúkra való hivatkozáshoz.

#### 6. Együttműködés az olimpiai mozgalom és a kormányhivatalok között:

Erősíteni kell a sportszervezetek és a kormányhivatalok közötti együttműködést a doppingellenes harc terén a felek jogkörének megfelelően. Együtt kell fellépni a nevelés, a tudományos kutatás, a társadalmi és egészségügyi intézkedések, valamint a doppingellenes jogszabályalkotás terén.

## **X. A koppenhágai doppingellenes charta**

A WADA hozta létre a Koppenhágai doppingellenes chartát 2003. március 5-én, amely mintegy kollektív világakarat visszatükrözéseként egyes szempontok alapján rögzíti a doppingolás tilalmát, az ellenőrzést és a szankciókat is. A magyar doppingellenes politika

kezdetől fogva arra irányult, hogy a versenysport, sőt jó ideje már a szabadidősport területén is érvényt szerezzen a tiszta felkészülésnek. 2001 óta kormányrendelet is kimondja a doppingolás tilalmát.<sup>7</sup>

Az EU doppingpolitikáját az Európa Tanács Doppingellenes Egyezménye, a Nemzetközi Doppingellenes Ügynökség és a Nemzetközi Olimpiai Bizottság Anti Doping Code-ja határozza meg. Mint már fentebb említettem a WADA is elkészítette a doppingellenes szabályzatát, amelynek elfogadása 2003-ban a koppenhágai II. Doppingellenes Világkongresszuson történt meg. A WADA Code és az Európai Tanács doppingellenes szabályozása nem tér el egymástól, szoros összhangban vannak egymással. Az Európa Tanács Doppingellenes Megfigyelő Csoportja évente kétszer ülészik Strasbourgban, és itt beszámolnak a tagországok az egyezmény bevezetéseknek, illetve hatásainak helyzetéről. Tehát minden országban ki kell dolgozni egy doppingellenes politikát, megfelelő jogszabályi háttérket és egy olyan szervezetrendszert, amelyben a sportszervezetektől teljesen független mintavételi csoport végzi a bejelentés nélküli doppingellenőrzést. Nagy hangsúlyt fektetnek a megelőző tevékenységre. Javasolják a doppingellenőrző laboratóriumok akkreditálását, a doppingellenőrzés rendszerének egységesítését, ISO- akkreditációját. Hazánk tagja már 1990 óta a Doppingellenes Megfigyelő Csoportnak, az egyezményt elfogadtuk, így tehát Magyarország eurokonformnak tekinthető. A 2003-as Koppenhágai II. Doppingellenes Világkonferencián a tagországok elfogadták a WADA Doppingellenes Szabályzatát, így az hatályba is lépett. Ez néhány területen kötelezettséget rótt hazánkra is. Az eddig is elvégzett tevékenységek pontosabbá, átláthatóbbá, részletesebbé váltak. A WADA akkreditáció az athéni olimpia után legalább 2 éves folyamat. Az athéni olimpiai játékokig a mintákat más országban működő akkreditált laborba szállították. A Magyarországon megrendezett nemzetközi versenyek egyik előfeltétele az, hogy a sportág nemzetközi szövetsége csak minősített laboratóriumban bevizsgált minták eredményeit fogadja el. Az ellenőrzés folyamatossá tétele és a biztonság miatt megállapodott hazánk a Bécsben működő doppinglabor vezetőségével, hogy a magyarországi mintákat oda szállítjuk. Ennek fejében 60 EURO kedvezményt kapunk mintánként és ennek értelmében egy minta analízise 170 EURO helyett 110 EURO-ba kerül.<sup>8</sup>

A doppingellenes harc nemzetközi összefogással, a NOB, illetve a nemzetközi szervezetek, szövetségek vezetésével zajlik. Az egyes országok kidolgozzák doppingellenes stratégiájukat, a versenyeken a szűrési rendszert, illetve a nemzetközi normákhoz igazítják saját jogszabályaikat.

## **XI. A magyar sportjog, doppingpolitika**

Magyarországon a Büntető Törvénykönyv (Btk.) 1998-as módosítása tartalmazta a doppingolással kapcsolatos előírásokat. Hazánkban a doppingolás bűncselekménynek számít, amely miatt akár börtönbüntetés is kiszabható volt. Nyilvánvaló, hogy az élsportoló nem számít bűnözőnek, így a szabályozás a tiltott szerek terjesztőit célozza meg. Azon személyeket fenyegette a jogszabály, akik fiatalokat szerekhez juttatták, és akik mások egészségének tönkretételével gazdagodnak meg.

Ellenben az Alkotmánybíróság a jogszabályt alkotmányellenesnek minősítette 2000-ben, így a Btk. 283/B. §-a kikerült a Törvénykönyvből.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> <http://www.hhrf.org>

<sup>8</sup> <http://www.mob.hu>

<sup>9</sup> A 47/2000. (XII. 14.) AB határozat többek közt kiemeli, illetve indokolja álláspontját:

## **XII. Megelőzés rendszere Magyarországon**

Az 1960-as olimpia után sok sportoló esett áldozatául a doppingnak. Így szigorú és élenjáró technikát alkalmaztak a doppingellenőrzések folyamán. Az utóbbi három évtizedben kb. 100 sportoló halálát okozta az orvosi felügyelet nélküli vagy nem kellően ellenőrzött doppinghasználat. Közülük korábban 18-an olimpiai bajnokok voltak.

- Faragó János, diszkoszvető (1946-1984) magyar csúcstartó, sokszoros válogatott. Halálának oka rákdaganat.
- Wilma Rudolph: amerikai atlétanő, háromszoros olimpiai bajnok (1940-1994). Halálának oka rákdaganat.
- Varjú Miklós: súlylökő olimpiai bronzérmes, Európa-bajnok (1937-1994). Halálának oka szívinfarktus.
- Florence Griffith Joyner: amerikai atlétanő, háromszoros olimpiai bajnok, világcsúcstartó, halálának oka ismeretlen.

A doppingszerekkel kapcsolatos jogi szabályozás hiánya nem újdonság az általunk jelenleg csak sóvárgott mintaországoknak tekintett államok jogrendjében sem, éppen ezért nincs mit csodálkozni azon, hogy Magyarországon nem olyan a szabályozás, mely nevén nevezve kategorikusan tiltaná a különböző serkentőszerek sportolók általi felhasználását.

## **XIII. A magyar doppingellenes tevékenység főbb jellemzői: (A doppingellenes tevékenység magyarországi rendszere és felépítése)**

---

“1. A jogalkotó azért, hogy a Btk. rendszerében a <<visszaélés teljesítményfokozó szerrel vagy módszerrel>> elnevezésű bűncselekményt a kábítószerrel visszaélés közvetlen szomszédságában helyezte el, a két bűncselekményt azonos mértékben tekinti társadalomra veszélyesnek. A doppingszereknek azonban nincs káros hatásuk, nem okoznak függőséget, tehát használatuk nélküli a társadalomra veszélyességet, így nem indokolt e magatartások büntetőjogi szankcionálása.

2. A kifogásolt jogszabály megkülönböztetés nélkül "sporttevékenységről" beszél, noha a doppingszerek tilalma csak a versenysportra vonatkozhat, és csak a sportegyesületek tagjait kötelezheti. Szabadidősport és magánszemélyek vonatkozásában a büntetőjogi tilalom illetéktelen állami beavatkozásnak minősül.

3. A kifogásolt jogszabály egyes törvényi tényállási elemei - a bűncselekmény megvalósulásának törvényi előfeltételeit tekintve - sértik a jogbiztonság alkotmányos követelményeit, és ekként sértik az Alkotmány 2. § (1) bekezdését, illetve a 8. § (2) bekezdését is.

A bűncselekmény ugyanis bizonyos jogszabályok, egyezmények, előírások megszegése útján valósítható meg.

Márpedig a Nemzetközi Olimpiai Bizottság vagy egyes sportszövetségek tilalmi listái, szabályai nem tekinthetők jogszabálynak, nem részei a magyar jogrendnek. Ezen túlmenően, a sporttörvény rendelkezései ellenére, a kapott törvényi felhatalmazás alapján a Kormány nem alkotta meg azt a részletes rendeletet, amely a belső jogrendszer keretei között felsorolná a tilalmazott szereket.

A sérelmezett jogszabály ezen kívül nem állja meg a helyét büntetőjogi szempontból sem. Nem tisztázza a lehetséges elkövetők körét, nem tartalmazza a konkrét elkövetési magatartást, illetve a várható szankciót. Az egyes elkövetési cselekmények határozatlanok, az elkövetők köre aszerint sincs behatárolva, hogy bárki lehet tettes, felbújtó, bűnsegéd stb.”

Az AB szerint a bizonytalan jogfogalom sérti a jogbiztonságot. A Btk-beli dopping-jogban csak ilyeneket lehetett találni. Például képlékeny volt a Btk-ban:

1. mi számít teljesítményfokozásra alkalmas szernek;
2. mi itt a jogilag adekvát nemzetközi szerződés, hatósági előírás;

mi számít teljesítményfokozó eljárásnak;

1. E tevékenységet a MOB szakembereiből álló koordináló csoport irányítja, amely meghatározza a témába tartozó főbb irányelveket, szempontokat, az ellenőrizendők körét, az ellenőrzések számát, a szankcionálás módját: dönt finanszírozási kérdésekben, illetve a felvilágosító – nevelő – informatikai feladatok tartalmi elemeit határozza meg.
2. Tevékenységet a MOB, a nemzetközi-, illetve hazai szövetségek és az Európa Tanács illetékes munkacsoportjainak ajánlása alapján végezzük, törekedve arra, hogy mindenben megfeleljünk a nemzetközi előírásoknak. A munka jogszabályi kereteit az európai doppingellenes konvencióhoz való csatlakozásunk ratifikálása, a nemzetközi – és a hazai szövetségek versenyszabályzata, illetve a MOB doppingellenes állásfoglalása és ajánlása adják. Ezen kívül minden olimpikon aláírta – és a jövőben is az olimpiai kerettség feltételeként kell megszabni ezt – azt a doppingellenes nyilatkozatot, melyben tudomásul veszik a meg nem engedett teljesítmény fokozás tilalmát és hozzájárulnak az év bármely szakában az ellenőrzéshez.
3. A doppingellenőrző tevékenység célja továbbra is a nemzetközi normáknak megfelelő takarékos, minél jobb hatásfokú ellenőrzés, illetve felvilágosító tevékenység működtetése.

Tehát doppingellenes tevékenységünk két fő eleme továbbra is az ellenőrzés és a felvilágosítás.

*Az ellenőrzés szempontjai:*

- Független – rendszeresen továbbképzett – mintavételi csoport
- Korrekt dokumentáció, előírásoknak megfelelő eljárásmód
- Korszerű és támadhatatlan mintavételi felszerelés
- Minőségi mutatóknak is megfelelő laborháttér biztosítása
- Összehangolt szankcionálás
- Be nem jelentett ellenőrzések számának emelése
- Súlyozott kiválasztás, melyeknek szempontjai:
  - Sportág doppingérzékenysége
  - Világversenyeken várható eredményesség
  - Versenyekre kért vizsgálatok számának minimalizálása
  - Kiutazások, világversenyek előtt kért vizsgálatok helyett be nem jelentett vizsgálatok finanszírozása
  - Pozitív “A” minta esetében “B” minta analízise saját finanszírozásban

#### **XIV. A doppingellenes tevékenység jogi lényege, dopping mintavételi eljárás**

A doppingolás tilalma megjelenik az Olimpiai Bizottság, nemzetközi, illetve hazai sportszövetségek alapszabályaiban, illetve egyes országok doppingellenes törvényeiben, jogszabályaiban. A jogszabályokban az ellenőrzés biztosítja a tisztán felkészülő sportoló védelmét, illetve a csalók lebuktatását, szankcionálását.

Az ellenőrzés történhet bejelentett, illetve be nem jelentett módon. Az előbbit az illetékes sportági szakszövetségek kérhetik az éves versenynaptár figyelembevétel, a Nemzeti Sport Hivatallal történt egyeztetés után. A be nem jelentett ellenőrzés történhet versenyen és versenyen kívül, felkészülési időszakban egyaránt. Ezt a Doppingellenőrzést Kontrolláló Csoport rendeli el. Az ellenőrzésre történő kiválasztás függ a sportág jellegétől, az eddigi pozitív esetek számától, a felkészülési ciklustól és a várható



nemzetközi eredményességtől. Az ellenőrzés alapelve az, hogy gazdaságos, célzott és hatékony legyen. A fő hangsúlyt a dopping érzékeny sportágak felkészülési időszakában történő be nem jelentett ellenőrzésekre helyezik. Az ellenőrzés kapcsán levett vizeletminta egy része a magyar doppingellenőrző laboratóriumba kerül, más része akkreditált (NOB által elismert) laboratóriumba kerül. A vizsgálatok költségét a MOB fedezi. A mintavételi csoport kiszállási költségeit – előre be nem jelentett vizsgálatok kivételével – a rendező fizeti. Magyarországon évente körülbelül 800 vizsgálatot végeznek, pozitív esetek száma egy. A laboratórium által elemzett vizeletminták eredményéről a MOB és a sportági szakszövetség kap értesítést, mely a versenyző részére is tájékoztatást ad az eredményről az “A” minta negatív eredmény esetén további teendő esetén nincs. Ha pozitív, akkor a versenyzőt értesítik, aki lehetőséget kap, hogy “B” minta analizésénél kísérőjével együtt jelen lehessen. Ha a “B” minta pozitív, akkor a versenyzőt meghallgatják, és a sportági szakszövetség által történő fegyelmi vizsgálatot lefolytatják. A szakszövetség a körülmények mérlegelése után hozza meg a nemzetközi szövetség szabályaival összhangban lévő eltöltő határozatot, amely stimulánsok esetén 3-6 hónap, anabolikus szteroidok, peptid hormonok és vizelethajtók esetén akár életre szóló eltöltés is lehet. Ugyanilyen eltöltés vár mindazokra, akik a doppingolásban közreműködtek. Amennyiben a versenyző a doppingellenőrzésen nem nyújtja a tőle elvárható együttműködést (amely megjelenik a magyar Ptk-ban is generalclausulaként [Ptk. 4. § (1), (4)]), vagy a vizsgálatot megtagadja, az szintén pozitív esettel egyenlő elbírálást von maga után.

#### *Doppingellenőrzést Szervező Csoport:*

- Végzi az ellenőrzés szervezését, gyakorlati kivitelezését
- Irányítja a tíz főből álló független mintavételi csoportot

Az ellenőrzés kapcsán nemzetközileg ajánlott felszerelést használnak, melynek neve *velsapak*, ez gyárilag fóliázott, zöld, illetve sárga konténerből a benne lévő üvegekből áll, melyeknek ugyanaz a szám található egy kisten belül, és ez a szám a világon sehol nem ismétlődik. Az ellenőrök megbízólevéllel vannak ellátva, rendszeres továbbképzésben részesülnek. A versenyen mindig két ellenőr vesz részt, szükség esetén különböző neműek, mivel a vizeletet az ő jelenlétükben kell produkálni. A kijelölt versenyzőt a “doppingellenőrzésre kijelölő” úrlappal kísérik a mintavételi helyszínre, ahol az általa választott kísérővel jelenhet meg és az eljárás végén aláírásával, igazolja a négy példányos, kétnyelvű úrlapon a mintavétel korrektségét és azt, hogy az eljárásban nem kifogásol semmit sem. A versenyző előtt lezárt mintavételi edényeket a laboratóriumba szállítják, ahol csak az edényszáma jelenik meg, a versenyző neve nem. Az edények többé nem nyithatók fel anélkül, hogy az erőszak nyomait ne lehetne észrevenni.

A doppingellenőrző tevékenység egyik legfontosabb része az ellenőrzés és a szankcionálás mellett a megelőzés, az információs - nevelő - felvilágosító munka. Ennek érdekében törekednek a sportolókat és az őket, felkészítő szakembereket ellátni mindazokkal az információkkal, amelyek ahhoz szükségesek, hogy egyrészt elkerüljék a tiltott szerek használatát, másrészt, pedig hatékony alternatívát nyújtsanak sportoló felkészítéséhez.

#### *A Doppingellenes Kontrolláló Csoport:*

##### *Tagjai:*

1. MOB Főtitkára

2. MOB Orvos Bizottságának vezetője
3. MOB Sportoló Bizottságnak tagja
4. NSH Tudományszervezési Osztályának tanácsosa

Évente rendszeresen megtartott egyeztető ülésen meghatározza a doppingellenőrzési tevékenységgel kapcsolatos főbb elvi álláspontokat, az ellenőrzés-, a felvilágosítás-, illetve szankcionálás elveit.

## **XV. A dopping alternatívája**

Monitoring: Magyarország tagja, törvénykezéssel kapcsolatos, illetve kutatási szakbizottság munkájával csak megfigyelőként veszünk részt. A megfigyelő csoport az elmúlt időszak alatt végzett munkájából ki kell emelni az Európa Tanács azon törekvését, amely a tagállam doppingellenőrzés aktivitását egységesíteni, harmonizálni próbálta. Ennek szellemében került kidolgozásra az a két ajánlás, melyek a doppingellenőrzés minden lépését egy elfogadott európai normához próbálják közelíteni a tagállamokban. E két dokumentum kidolgozásában Magyarország is részt vett, és úgy gondolom, hogy ezen információknak a mindennapi életben is gyakorlati hasznát vehetjük.

1. Dokumentum, melyet technikai munkacsoport dolgoz ki: dopping-mintavételi szabály
2. Nevelési munkacsoport által kidolgozott ajánlás: Doppingellenes ismeretátadó-felvilágosító európai csomagterv ("Europack")

NOB dopping definíciója: *"Dopping alatt olyan hatékony gyógyszerek, illetve módszerek alkalmazását értjük, amelyek megkönnyítik a teljesítmény növelésének feltételeit, és jobb versenyeredményekhez vezetnek. A dopping veszélyes az egészségre, aláássa a sportról alkotott képet, és a sport célját, tönkreteszi a tiszta versenyt, a fair play elvét."*

A doppingot etikai és egészségügyi érvek miatt tiltják. Ezek az anyagok, illetve módszerek ugyanis úgy növelik a teljesítményt, hogy használójának egészségkárosodást okoznak. Ugyanakkor azok a sportolók, akik dopping nélkül versenyeznek, hátrányba kerülnek.

## **XVI. Etikai érv a dopping használata ellen**

Sok doppingeszt, illetve módszert a mai eszközökkel nehezen vagy egyáltalán nem lehet kimutatni. Szabályok azért vannak, hogy a verseny becsületes legyen. A szabályok nélküli verseny nem jelent élményt sem a sportolónak, sem a nézőnek. Az a sportoló, aki nemcsak maga örömeire, hanem versenyezni is kíván, be kell, hogy tartsa az érvényben lévő szabályokat, törvényeket, mert sportolni mindenkinek lehet, joga van, versenyezni azonban nem kötelező.

## **XVII. Problémák, hiányosságok**

Annak ellenére, hogy a MOB minden szövetségnek évente írásban megküldi a tájékoztatót a sportegészségügy által nyújtott kínálatról válogatott keretek egy része mégsem használja ki ezeket, különös tekintettel a teljesítmény-élettani felmérésre. Ennek számos oka közül csak néhányat sorolnék fel:

- Nem minden edző érti, értelmezi az ergometriás laboreredményeket (edzőképzés – továbbképzés hiányossága?)
- Zsúfolt felkészítési programok mellett nehéz a versenyzőket évente többször összegyűjteni, az eredményekért vissza kell menni, azt az orvossal sportolónkként kiértékelni, az eredmény birtokában egyénileg kell foglalkozni minden egyes versenyzővel, bizonyos idő után pedig kontroll-terhelést kell ismételni, majd azt újra kiértékelni, stb.

### **XVIII. Precedensként szolgáló esetek**

Két sportágat említenék meg, amelyben precedens értékű dopping-eset, illetve doppingbotrány tört ki. Elsőként Benedek Tibor vízilabdásunk kálváriáját ismertetném, ezután pedig áttérnék az athéni dopping-esetre, amely konkrétan Fazekas Róbertről szólt.

*A Benedek-ügy:*

A magyar vízilabdában soha nem született még pozitív doppingeredmény.

Benedek Tibor jó néhány éven keresztül klubszinten Olaszországban vízilabdázott. Az olasz bajnokságban rendszeresen a doppingellenőrzések. Szűrőpróba jelleggel a hétvégi mérkőzések elején közlik, hogy az adott mérkőzés után lesz-e vizsgálat. Egy évben, egy-egy klubnál kb. tíz vizsgálatot, végeznek el.

A bajnoki elődöntő után a Benedektől levett vizsgálati anyag a kölni laboratóriumba került, a nagy távolságnak miatt, az ellenőrzés után kb. egy hónappal értesült a pozitív eredményről. A tizennégy megvizsgált leletből három pozitív eredmény született.

1. Riccardo Vannini, a Firenze játékosa, *efedrint* tartalmazó *Argotone* nevezetű orrcsepp használatáért;
2. Vladimír Vujasinovics, a Roma játékosa, *Tri-Chromaleane-t* (efedrin származék) tartalmazó vitaminkészítmény;
3. Benedek Tibor, a Roma játékosa, *chlortestosteron* tartalmú anabolikus szteroid használatáért.

Riccardo Vannini a szemcsepp használatát előzetesen bejelentette, ezért az efedrin használatáért első fokon maximálisan kiszabható három hónapos büntetést az olasz dopping bizottság figyelmeztetésre módosította.

Vladimír Vujasinovics, a Roma klub által kiosztott előzetesen nem ellenőriztetett vitaminkészítmény beszedésének felelősségét magára vállalta (amennyiben egy klubot terhel a felelősség, az eredményei megsemmisíthetők, és ezzel veszélybe kerülhetett volna a frissen szerzett bajnoki első helyezés sorsa) első fokon három hónap, másod fokon egy hónap eltiltást kapott.

Mindkét esetben efedrin használatáról beszélhetünk, ellenben egyik sem bizonyult szándékos használatnak és természetesen a készítményekben lévő minimális “dopping”-mennyiség nem befolyásolhatta kedvezően a játékosok sportbeli teljesítményét. Vujasinovics ennek ellenére sem vehetett részt a firenzei Európa-bajnokságon, mert az “véletlenül” beleesett az egyhónapos időszakba.

Benedek Tibor esetében, tehát az anabolikus szteroid “szedésekor” első fokon az olasz szabályok szerint, minimálisan kiszabható büntetés két év.

A doppingvizsgálatot 1999. június 26-án végezték el az olasz olimpiai bizottság megbízásából, a '99. évi bajnoki rájátszás elődöntőjét követően. A vizsgálati anyagot a kölni laboratóriumba szállították és a pozitív eredményt július 27-én hirdették ki. A

kihirdetést követő napokban a sportolót magyar és az olasz sajtó egyaránt azonnal bűnösneként könyvelte el. A botrány kitörését követő harmadik napon értesült, hogy egy *clostebol* nevezetű anyag használatával vádolják. Benedeknél valóban ott volt a “bűnös” krém. Egy *trofodermin* nevezetű tubus, amit egy évvel azelőtt Olaszországban elvégzett szemölcsoperáció után kapott, amely a nyílt seb gyógyulását segíti elő nedves körülmények között is. A krém összetevői között valóban ott volt a *clostebol* nevezetű anyag. A krémet a későbbiekben már nem a szemölcs miatt használta, hanem alkalomszerűen kente az ágyékhajlatára, abban az esetben, ha a vizes fürdőnadrág erős bőrirritációt okozna. Vízilabdázóknál ez gyakran előforduló probléma és nehéz megfelelő ellenszert találni az állandó nedvesség és dörzsölés következtében.

Az olasz sajtó megvádolta, miszerint ő a magyar televízióban kijelentette, hogy a krémet a római csapata orvosától kapta, ami a bajnoki cím azonnali elvesztését jelentette volna, ezért a klub írásos cáfolatot és a TV-felvétel másolatát követelte bizonyítékként.

A “B” ellenőrző teszt augusztus végefelé volt a kölni laboratóriumban, ahova orvosaival azért utazott, hogy megszerezze a talált anyag mennyiségének eredményét, alátámassza állítását a krém alacsony tesztoszteron tartalmáról.

Miután a Vízilabda Európa-bajnokság nevezési határideje 1999. augusztus 24.-e volt és ez a “B” teszt időpontját egy nappal megelőzte, így a szövetség lehetőséget kapott az Európai Úszó Szövetségtől (LEN) tizenhat játékos nevezésére, amit a Benedek-ügyben hozott határozat kelte után kell az előírt tizenöt játékosra csökkenteni. Anabolikus szteroid esetében a talált mennyiség mértéke keveset változtat az ügy súlyosságán. Szteroid vagy van, vagy nincs. Miután megszerezték az eredményt Benedeké, és valóban alacsonynak bizonyult, a magyar közvélemény hinni kezdett a többszörös magyar válogatott ártatlanságában. Egy doppingügy esetében óriási jelentősége van a közvélemény hozzáállásának, mivel legtöbbször szinte bűnözőként kezelik a megvádolt sportolót, aki hirtelen száműzötté válik.

Első fokon az Olasz Doppingellenes Ügyészség augusztus 30-án (egy nappal a firenzei Európa-bajnokság kezdete előtt) tárgyalta az ügyét. Büntetést nem szabhattak ki, csak felmentették vagy tovább, küldhették az ügyet. Az utóbbi történt meg. Így Benedek egy Eb-aranytól esett el. Szeptember elején másod fokon az olasz fegyelmi bizottság a két éves minimális eltítást nyolc hónapra csökkentette. Szeptember 27-én, harmad fokon az Olasz Szövetségi Fellebbező Bizottság a nyolc hónapot három hónapos eltításra korrigálta. Ekkorra a három hónapból egy már eltelt. Az indoklás szerint, tekintetbe véve az orvosi papírokat, a Benedeket operáló orvos írásbeli vallomását és a műtét kényes jellege miatt a csapatorvos tájékoztatásának hiányát, az ítélet figyelmeztető jellegű volt. A Nemzetközi Úszó Szövetség (FINA) levélben értesítette Benedeket, hogy meghallgatásra kell mennie Lausanne-ba a novemberben a nemzetközi dopping bizottság előtt.

A bizottság a meghallgatást azzal indokolta, hogy az Olasz Olimpiai Bizottság szabályaival ellentétben (minimum két éves eltítás) a FINA szabályai szerint az anabolikus szteroid büntetése minimálisan egy év. Az eltérő szabály természetesen érthetetlen, de még érthetlenebb a FINA felülbírási joga.

A meghurcolt élsportoló megjelent ügyvédjével november 22-én Lausanne-ban a tárgyaláson. A háromtagú bizottság vezetője egy német jogász volt, Harm Beyer, aki a tárgyalás elején közölte, hogy ne gondolja Benedek azt, hogy népszerűsége a hasznára válhat. A tárgyaláson már kiderült, hogy a bizottság példát akar statuálni ebben a sportágban, ahol eddig nem sikerült doppingesetet felmutatni. Mivel az úszósportban, korábban “szőnyeg alá söpört” dopping ügy látott napvilágot, a szövetség kapva kapott az alkalmon, hogy megkérdőjelezett erejét az első vízilabdázón demonstrálhassa.

A háromtagú tagság döntése tizenöt hónapos eltiltás volt, amit azzal támasztott alá, hogy feltehető, hogy Benedek Németországba ment megvenni a krémbe kimutatott anyagot, tartalmazó gyógyszert, de ezen kívül le is fizethette bármely orvost, hogy megfelelő bizonyítékhoz jusson, hiszen az sem tisztázott miért használta a krémet, de lehet, hogy nem is volt krém... A kimutatott alacsony mennyiség, pedig az eltelt idővel magyarázható...

A tizenöt hónapos eltiltás beleesett az olimpiai időszakába is, ami kellő büntetés egy ilyen súlyos mulasztás esetén. Január 11-én összeült a Nemzetközi Sportbírószág (CAS), Lausanne-ban egy svájci döntőbíróval. Ez volt az utolsó lehetőség az ítélet megdöntésére, illetve enyhítésére. Megjelentek az ügyvédek, bírák, a FINA jogásza, a római klub elnöke, Schmitt Pál a MOB elnöke, Benedek orvosa. Di Roberto doktor, aki Benedeket operálta, elmondta, hogy a folyamatosan ázó nyílt sebre felírt krém helyett nem tudott volna más gyógyszert adni, ha tudja is mennyire veszélyes. Hozzátette, orvos létére nem gondolta volna, hogy a vizeletből ilyen tisztán kimutatható a krém szteroid komponense. Ügyvédjei védelmi stratégiái a *lex mitior*, 1994-ben hozott szabályra alapozódtak; miszerint, ha a helyi és a nemzetközi szövetség (FINA) dopping jogszabályai között különbség mutatkozik, minden esetben a sportoló érdekeinek kedvezőbbet kell figyelembe venni és alkalmazni.

A hatodik döntés: tizenöt hónapos eltiltást nyolc hónapra csökkentették, ami visszaadta a Sidney Olimpiai részvétele lehetőségét.

#### *Fazekas Róbert az athéni olimpián történő pozitív doppingesetének sportdiplomáciai vetülete*

Fazekas Róbert 2004. augusztus 23-án Athénban az Olimpián 70. 93 méteres dobással megnyerte a férfi diszkoszvetés versenyszámát. 2. helyen a litván Virgilijus Alekna végzett, míg harmadik a szintén magyar Kővágó Zoltán lett 67. 04 méteres eredménnyel. Fazekas a verseny után közvetlenül sajtótájékoztatót adott, majd ennek végeztével szabályszerűen megjelent a kötelezően előírt doppingvizsgálaton. Itt minden versenyzőnek a NOB 3 orvos tagja előtt kell elegendő vizeletmintát produkálnia. Az elemzéshez elegendő minta a hatályos előírások szerint, jelenleg 75 ml. Fazekas Róbert az előírt 75 ml mennyiség helyett mindössze 25 ml vizeletet produkált. A sportoló elmondása szerint az ellenőrzés során NOB jelenlévő képviselői szinte folyamatosan zaklatták, fogdosták, közvetlen közletről figyelték a vizelet származásának helyét, és módját. Ez az eljárás hétköznapi ember számára elég furcsának, idegennek tűnik, bár a szabálykönyv lehetővé teszi a szemkontaktust, ellenben a testi kontaktust (fogdosást) kizárja. A NOB egyébként azért kényszerült az ellenőrzés szigorítására, mert még 1988-ban a szülői Olimpián buktak meg sportolók – főleg a Szovjetunióból – a testükre erősített negatív vizeletet tartalmazó tasakokkal, zacskókkal. Fazekast az ellenőrzés szigora és közvetlensége feldühítette, leblokkolt és idegi okokkal magyarázta azt, hogy nem tudott megfelelő mintát produkálni.

A magyar sportdiplomácia itt követte el az első hibát. Bár MOB elnöke (Schmitt Pál), és főtitkára (Aján Tamás) – a NOB mindkét magyar tagja -, valamint Gyulai István az IAAF (Nemzetközi Atlétikai Szövetség) főtitkára is Athénban tartózkodott kérdéses időpontban a versenyzővel a vizsgálaton csak Pikó Károly a magyar atlétaválogatott keretorvosa volt ott. Ő a probléma felmerülésekor sem, hívta a helyszínre sem Schmitt Pált, sem Aján Tamást, sem a magyar olimpiai csapat vagy a Magyar Atlétikai Szövetség bármelyik vezetőjét. A sportdiplomata megjelenése talán nyomást gyakorolt volna a doppingellenőrökre és a vizsgálatot is emberségesebb irányba terelte volna. Pikó azt sem tudta elérni, hogy a versenyző az elégtelen mennyiség leadása után ne hagyja el a

vizsgálat helyszínét. A legnagyobb hibát Fazekas Róbert követte, amikor elment, pedig tudta, hogy az elégtelen mennyiségű minta adása pozitív esetnek minősülhet, és ezzel elveszítheti a megnyert aranyérmét. Fazekas akkor is hibázott, amikor a mintavételről készült jegyzőkönyvet aláírta annak ellenére, hogy abban nem szerepelt, sem a szokatlanul szigorú bánásmód, sem a szabályzattal ellentétes fogdosás.

A doppingellenőrök figyelme talán azért is irányult fokozottan Fazekas Róbertre, mert egy kb. egy évvel ezelőtt Magyarországon feladott ábrákkal illusztrált névtelen levél felhívta az IAAF, a NOB és WADA (Nemzetközi Doppingellenes Ügynökség) illetékeseinek figyelmét Fazekasra és állítólagos doppingolásának módjára. A magyar sportdiplomáták itt is hibáztak, mert bár tudtak a levélről nem tettek meg mindent az irományban foglaltak ellenkezőjének bizonyítására. Ha sportdiplomataink tudtak, - márpedig tudtak – az ominózus levél létezéséről, akkor fokozottan kellett volna figyelniük Fazekas doppingellenőrzéseire, illetve erőteljesen hangsúlyozniuk kellett volna a rágalommal ellentétes, folyamatos negatív mintákat. Sajnos ez nem történt meg. Mikor a botrány kipattant Athénban diplomataink a kivárás taktikájához folyamodtak, nem álltak ki a versenyző mellett, nem cáfolták a szárnyra kelt pletykákat (pozitív minta, idegen vizelettel való manipulálás), pedig ekkor Fazekas még hivatalosan is olimpiai bajnok volt. Volt olyan sportvezetőnk is, aki a rendszerváltás előtt oly divatos “amiről nem beszélünk, az nincs is”- taktikát alkalmazta. Pedig a pletykák rövid idő alatt vezető hírré váltak a világsajtóban, de sem a versenyző, sem az illetékesek nem cáfolták azokat. Ebben a lélektanilag rendkívül kedvezőtlen helyzetben került sor a meghallgatásra, melyen a magyar csapat orvosa és egy másik képviselője vett részt. A meghallgatáson a fentebb ismertetett tényeken kívül egyéb, számunkra pozitív tény nem derült ki. A jegyzőkönyv ugyanis nem volt támadható, képviselőink nem tettek hivatalosan panaszt a MOB-nál. Azt sem sikerült elérni, hogy Fazekas rövid határidőn belül újabb esélyt kapjon az elegendő mennyiségű minta produkálására. Újabb esély lett volna az aranyéremre, ha sikerül elérni, hogy habár a minta az előírtnál kevesebb, de mindenképpen elegendő az analízáláshoz. Tehát ennek megfelelően analizálják azt. (Egy “A” próba teljes körű elvégzéséhez ugyanis elegendő 5 ml vizelet. “B” próbát, pedig csak akkor szoktak végezni, ha az “A” próba pozitív eredményt hoz.)

Mivel újabb tényeket nem tudtunk felhozni igazunk bizonyítására, ezért törvényszerűen az egyetlen lehetséges megoldás következett be: elvették Fazekas aranyérmét.

Az athéni olimpia férfi diszkoszvetésének módosított és jelenleg is érvényes végeredménye az alábbiak szerint alakult: 1. Virgilius Alekna (litván), 2. Kóvágó Zoltán (magyar) 3. Aleksander Tammert (észti). Ezzel párhuzamosan a sportoló akkreditációját visszavonták és kitiltották az olimpiai faluból. Fazekas ekkor barátaival és Annus Adriánnal elindult autóval Szombathely felé. Meglátásom szerint ez volt a legrosszabb megoldás, amit csak választhatott. Ennél sokkal jobb lett volna, ha Athénban marad (az olimpiai falun kívül) és minden eszközzel megpróbálja elérni, hogy újabb mintát adhasson a doppingellenőröknek. A nehéz atlétikában a doppingolók nagy rész ugyanis anabolikus szteroidokat használ doppingszerként, aminek a szervezetből való kiürülési ideje átlagosan 36-48 óra. Azaz egy gyorsan elvégzett második doppingvizsgálat pozitív, vagy negatív eredménye minden kérdést megválaszolt volna. Ha Athénban marad a sportdiplomácia segítségével, talán elérhette volna, hogy elemezzék az előírtnál ugyan kevesebb, de az elemzéshez elegendő mintát.

Ezzel szemben Ő hazajött, nem is egyenesen, repülővel, hanem autóval Bulgárián és Románián keresztül jóval hosszabb idő alatt. Az utazás módja és időtartama miatt sok emberben felvetődött a menekülés, bujkálás gondolata. Ezt a gyanút Fazekas augusztus 26-án, Szombathelyen adott sajtótájékoztatója sem tudta eloszlatni. A sportoló a verseny óta ekkor állt először a sajtó képviselői elé, ráadásul “hazai pályán”, Szombathelyen.

Kijelentette, hogy ártatlan, mindenképpen megpróbálja jogi úton bizonyítani az igazát, és visszaszerzi az aranyérmét. Azt is elmondta, hogy tudja, hogy hibázott. Ha az igazát mégsem tudná bizonyítani, akkor Pekingig folytatja sportolói pályafutását, és ott próbál újabb olimpiai bajnoki címet szerezni. De jó néhány kérdésre nem, vagy nem kielégítő választ kaptunk: Pl. Miért nem íratta be a jegyzőkönyvbe az ellenőrök szokatlanul durva bánásmódját? Miért nem élt a felajánlott lehetőséggel és követte az ellenőrököt a faluba, hogy ott más körülmények között adjon mintát? Hol tartózkodott a vizsgálatot követő éjjelen, és másnap? Miért nem konzultált a MOB vezetőivel és kért a NOB-tól új mintaadási lehetőséget? Miért választotta a hazatérésnek ezt a bonyolult, hosszadalmas módját?

A Fazekas-sajtótájékoztatót megelőzően a Magyar Olimpiai Bizottság augusztus 25-én Athénban tartott tájékoztatóján Schmitt Pál elnök úr cáfolta a felröppent álhíreket: (pozitív minta, idegen vizelet leadásának kísérlete), valamint bejelentette, hogy Fazekast a NOB Doppingolás Elleni Szabályzat 2. 3 bekezdése alapján nem megfelelő mennyiségű minta adásáért és a vizsgálat helyszínének elhagyásáért fosztották meg aranyérmétől. Tehát doppingeljárasi okokból és nem pozitív minta miatt. Schmitt Pál azt állította, hogy Fazekas által adott 25 ml mintát nem vizsgálták meg.

Ezzel szemben Kamuti Jenő a NOB orvosi bizottságának magyar tagja azt állította, hogy a mintát megvizsgálták és az negatív eredményt hozott.

A MOB-sajtótájékoztatón sok egyéb kérdésre sem hangzott el megfelelő válasz: Miért egy csapatorvos tartózkodott a helyszínen Fazekassal, miért nem egy markánsabb, jelentősebb személyiség? Miért folytattak halogató taktikát? Miért várták meg a kedvezőtlen döntést, miért nem léptek előbb (tiltakozás, panasztétel)? Miért vártak a NOB hívó szavára, miért nem kezdeményezték ők az újabb mintaadást?

Nem is csoda, hogy Schmitt Pál nem tudott minden kérdésre válaszolni, hiszen ekkor már nemcsak sportolóink védelmével, és az athéni olimpia eseményeivel kellett foglalkoznia, hanem a Magyarországról érkező, személyét érintő támadásokat is ki kellett védenie.

Mindeközben az idő telt és a jogi lépések megtételének végső határideje közeledett és Fazekasnak még mindig nem volt ügyvédje. De ekkor került előtérbe Eva Maria Barki, a Bécsben élő osztrák ügyvédő, aki Magyarországon eddig inkább emberjogi aktivistaként volt ismert. Szerinte Fazekasnak – és Annus Adriánnak is – jó esélyei vannak az aranyérmeik visszaszerzésére, hiszen a NOB mindkét esetben számos eljárási hibát követett el. Az ügyvédő határidőben be is adta Fazekas fellebbezését a lausanne-i székhelyű Nemzetközi Sportdöntőbíróshoz (CAS). Ő képviselte a sportolót a Dick Pound ellen indítandó rágalmazási perben is, ugyanis a WADA elnöke egy nyilatkozatában azt állította, hogy Fazekas megpróbált idegen vizeletet leadni az ellenőrzéskor, ez pedig rágalom. Ugyancsak az ügyvédő képviselte a sportolót a Magyar Atlétikai Szövetség meghallgatásán is, ami szintén azt hivatott kideríteni: doppingolt-e Fazekas. A Magyar Atlétikai szövetség álláspontja meglehetősen érdekes az ügyben, ugyanis támogatja a CAS előtt, viszont ezzel párhuzamosan felfüggesztette versenyzési jogát.

Eva Maria Barki ügyvédő bírálta a NOB-ot. A Bécsben élő, de magyar származású ügyvédő hivatalosan is bekérte az ügyben született iratokat a NOB-tól, majd azokat kiértékelve a Nemzetközi Sportdöntőbíróshoz fordult, mivel a NOB több helyen is hibázott az esetről. (Annus és Fazekas jogi képviselőjét hazánkban Nemes András látta el, mivel a bécsi ügyvédőnek nem volt Magyarországon érvényes kamarai tagsága.) Az ügyvédő úgy látta, és a sajtó felé is közölte, hogy a magyar sportvezetés nem támogatta a két sportolót és sokszor a kárukra is cselekedett.

Eva Maria Barki kiemelte, hogy a Fazekas Róbert által adott, kevesellt mennyiségű vizelet a hivatalos szabályzat szerint csak “komoly indok nélkül” számít

doppingvétségnek, míg az ügyvédnő által idézett orvosi szakvélemény szerint (melyet egy osztrák sportorvos írt) az adott stressz helyzetben teljesen normális, hogy a magyar diszkoszvető nem tudott produkálni.

Megsértette az ártatlanság vélelmének elvét a Magyar Olimpiai Bizottság azzal a nyilatkozattal, hogy "a versenyzők megsértették a szabályokat, és a következményeket vállalniuk kell".

A MOB "olyan helyzetet teremtett, amely alkalmas befolyásolni a Nemzetközi Sportbírószám előtti eljárást a két atléta kárára." - Eva Maria Barki ügyvédnő szerint. Jobban nem is bizonyíthaták volna, hogy nem a vádlott, hanem a vád mellett állnak. Ezt még súlyosbítja, hogy az athéni fegyelmi eljárásban a védelmet meghatalmazás nélkül látták el. A tényállás alapos vizsgálata után kitűnik, hogy nem a két sportoló, hanem a NOB és a WADA nem tartotta be a szabályokat és az alapvető normákat.

A két versenyzőt két évre eltiltotta az Atlétikai Szövetség Fegyelmi Bizottsága, hivatkozva az 55/2004 (III. 31.) Korm. rendeletre és az atlétikai szövetség szabályzatára. A rendelet úgy szól, hogy doppingvétséget követ el a versenyző, ha a mintaszolgáltatási kötelezettséget megtagadja vagy a mintaszolgáltatás, azt követően, hogy a versenyző erről írásban értesítést kapott, a versenyző önhibájából elmarad, továbbá, ha a mintavétel rendjét nem tartja be, vagy a mintavételt egyéb módon akadályozza. A fegyelmi bizottság a határozat indoklásában egyébként kitér arra, hogy a versenyzők nem tettek meg mindent azért, hogy tisztázzák ügyüket, noha a szövetséggel és a MOB-bal kötött megállapodásukban benne van, hogy hatékonyan működnek közre a doppingellenőrzés során.

Eva Maria Barki megdöbbenőnek tartotta, hogy a MOB ismét beleavatkozott függőben lévő eljárásokba, és befolyásolni akarta a független grémium döntéseit. Az ügyvédnő levelében azt írta: felháborító, hogy azon a napon, amelyen a perirat minden bizonyítékkal együtt megérkezett Lausanne-ba, Schmitt Pál a sportolók ellen foglalt állást. Barki szerint a MOB első embere el akarta háritani a saját felelősségét és meg akarta menteni a saját pozícióját. Az ügyvel kapcsolatos, hogy Rábold Gusztáv, a Magyar Atlétikai Szövetség elnöke szerint a MASZ nem tehet többet a doppingolás miatt kizárt Annus és Fazekas ügyében, mint amit eddig megtett. A MASZ-elnök ezzel a Magyar Olimpiai Bizottság elnökségének határozatára reagált, amely tudomásul vette a két versenyző kétéves eltiltását.

A Magyar Atlétikai Szövetség fegyelmi bizottsága 2004. 11. 24-én ismételen foglalkozott az athéni olimpián aranyérmétől megfosztott két dobóatléta ügyével. Az ülésén a következő döntés született: a kalapácsvető Annust, aki hazatérte után nem volt hajlandó újabb doppingmintát adni, felmentették, míg a diszkoszvető Fazekast, aki még Athénban nem produkált megfelelő mennyiségű mintát, egy évre eltiltották. Mindkét sportoló bejelentette akkor a visszavonulását. (jelenlegi állás szerint nem kívánják folytatni pályafutásukat)

Jogilag a MASZ nem járt el helyesen, ennek a testületnek ugyanis nincs jogosítványa arra, hogy bárkit is felmentsen. Az IAAF szabályai szerint a MASZ csak mérlegelhetne, hogy a dopping szabály megsértésekor voltak-e rendkívüli körülmények, vagy sem.

A legokosabb és legtisztességesebb az lenne, ha mindenki megvárná a lausanne-i sportdöntőbírószám ítéletét, hiszen ez a testület a világ összes sportszervezete és sportolója fölött áll, vagyis a döntése megfellebbezhetetlen. Döntsenek a bírák így vagy úgy, utána minden, ami korábban elhangzott, értelmét veszítheti. Az sem elhanyagolható szempont, hogy a különböző döntések, nyilatkozatok befolyásolhatják a döntéshozókat, nem a



konkrét döntést, hiszen ez független testület. De az időközben elhangzottakat, leírtakat mindkét fél előveheti, és érvként használhatja a tárgyaláson.

Annus Adrián és Fazekas Róbert ügyében később dönt a nemzetközi Sportdöntőbíróság (CAS).

A két atléta a lausanne-i székhelyű testülettől várja, hogy visszakapja, illetve megkapja olimpiai aranyát. A várakozás tehát tovább tart, újabb teret engedve a találgatásoknak. Nyernek, vagy nem nyernek?

Lausanne-ban már szó sem volt a korábbi vádaskodásról, nem azt firtatták, ki manipulálta a vizsgálatot, és ki nem, ehelyett az eljárás szabályossága, a sportolók és ellenőrök által elkövetett hibák kerültek terítékre. A NOB ügyvédei az Olimpiai Chartára hivatkoztak, Annus azzal érvelt, hogy nem kapott szabályos értesítést az újabb doppingvizsgálatról, Fazekas, pedig szakértők segítségével próbálta bizonyítani, hogy a doppingellenőrök viselkedése váltott ki nála olyan pánikreakciót, amely miatt nem tudott több vizeletet adni. A dobók ügyvédje, elégedetten nyilatkozott a meghallgatások után, s bízik abban, hogy a bíróság döntése kedvező lesz a sportolók számára.

Azonban néhányan más véleményen vannak. A nemzetközi Sportdöntőbíróságot a NOB hozta létre és tartja fenn, s bármennyire függetlennek érzik is magukat a bírák, mégiscsak munkaadójuk ellen döntenek, ha a dobók javára ítélnék. Egy ilyen határozat presztízsveszteséget jelentene nemcsak a NOB-nak, hanem a Nemzetközi Doppingellenes Ügynökségnek is. Természetesen ne feledkezzünk meg arról, hogy ebben az esetben a NOB-nak meg kellene kérnie a japán kalapácsvetőt, Murofusit és a litván diszkoszvetőt, Aleknát, hogy küldje vissza az aranyérmét...

Amennyiben a lausanne-i testület állásfoglalása elmarasztaló, a magyar szövetségnek újra kell tárgyalnia az ügyet, hiszen novemberben a MASZ Annust felmentette a doppingolás vádjáról, Fazekas eltiltását, pedig két év helyett egy évben határozta meg. Am még ekkor is kétséges, miként alakul Annus sorsa, hiszen ő semmiképpen sem vétett olyan mértékben az IAAF dopping szabályzata ellen, amiért eltiltás járna. Legfeljebb két olyan eset van, amire az mondható, hogy a doppingellenőrök nem tudták elérni, márpedig az eltiltáshoz három ilyen kell.

A két atléta mindenesetre készül (egy sajtótájékoztatón jelentették be döntésüket), s Fazekas már az olimpiát követően úgy nyilatkozott, hogy két év múlva akkor is visszatér, ha addig nem léphet pályára.

A versenyzőkkel együtt a CAS döntésére váró Magyar Atlétikai Szövetséget (MASZ) derült égből villámcsapásként érte a hír, hogy eközben a Nemzetközi Atlétikai Szövetség (IAAF) is a Sportdöntőbírósághoz fordult, megtámadván a MASZ elnökségének határozatát, melyben Annust felmentette, Fazekast pedig egy évre eltiltotta a versenyzéstől. "Váratlanul ért minket a Lausanne-ból érkező felszólítás, hogy nevezzük meg, melyik bírót javasoljuk a döntőbíróság háromtagú testületébe - mondta Rábold Gusztáv, a MASZ elnöke. - Elkésérít, hogy az IAAF a svájci testülethez fordul, hiszen, ha veszítünk, a költségeket nekünk kell állnunk. Legalább tíz ember utazását és szállását, jogászok munkadíját kell állnunk, miközben olyan anyagi helyzetben vagyunk, hogy a minapi fedett pályás Európa-bajnokságra nem tudtunk a kvótánknál több versenyzőt kiutaztatni."

A MASZ miért nem várta meg határozatával a Sportdöntőbíróság állásfoglalását? Mivel a kormányrendelet kötelezte őket arra, hogy adott határidőig véleményt alkossanak. Tisztában voltak azzal, hogy az IAAF nem feltétlenül ért egyet a magyar szabályzat alapján meghozott döntéssel, de arra számítottak, hogy legfeljebb a korábban megszokottnak megfelelően visszautalja a MASZ-hoz az ügyet.

Gyulai István IAAF-főtitkár így nyilatkozott: "Most jár le az a hatvannapos határidő, amelyen belül reagálnunk kell a MASZ döntésére. Ez egyébként automatizmus, minden

esetben ugyanolyan a menetrend. Lehet, hogy szerencsésebb lett volna visszautalni az ügyet a MASZ-hoz, de ennek eldöntése a jogászok dolga, én is csak akkor értesültem a történetekről, amikor a beadvány már elment Lausanne-ba.” Gyulai szerint a MASZ ez esetben annyit tehet, hogy levelet ír a nemzetközi szövetségnek, amelyben kéri, hogy “függesszük fel a kérdés tárgyalását, amíg a Sportdöntőbírószág Fazekas és Annus ügyében nem hoz ítéletet. Az a határozat úgymint mindenkire nézve kötelező.”

A két dobóatléta kétéves eltávolítást kapott a Magyar Atlétikai Szövetségtől és a Nemzetközi Atlétikai Szövetségtől egyaránt.

## **XX. Összegzés**

A '90-es évek végén egyre jobban kezdtek foglalkozni a dopping elleni fellépéssel. Az első ilyen nemzetközi szervezet megjelenése (WADA) óriási jelentőséggel bírt. Létének köszönhetően mind a lausanne-i, mind a koppenhágai nyilatkozat ratifikálja a sportban résztvevők magatartását oly módon, hogy a fair play szabályait tiszteletben tartásuk, illetve egészségrombolás ne következzen be a sportolók életében.

A világ nagy része arra törekszik, hogy a WADA és a hozzá tartozó dokumentációs anyag irányelveit minden sportolónak, - bármilyen nehéz is köteles betartani.

Mindez nemcsak az okirat hazájában, hanem a világ minden területén egységesnek kell lennie.

Remélhetőleg, a WADA szigorú fellépése utat nyit arra, hogy a doppingvétségek száma csökkenjen, és így a sport megtarthatja tisztaságát, ellenben ehhez közös összefogásra, együttműködésre van, illetve lenne szükség.

## **Felhasznált irodalom**

- Frenkl Róbert: *Élettan – sportélettan*. TFTI, Budapest, 1985.
- Nádori László: *Az edzés elmélete és módszertana*. TE, Budapest, 1991.
- Nádori László – Bátonyi Viola: *Európai Unió és a sport*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2003.
- Nemes András: *Sportjogi ismeretek*. SETSK, Budapest, 2002.
- András Nemes – Dr. Judit Tóth: *European sportlaw*. SETSK, Budapest, Hungary, 2002.
- Sárközy Tamás: *A magyar sportjog alapjai*. HVG – ORAC, Budapest, 2000.

## **Internet-címek:**

- <http://www.nsh.hu>
- <http://www.wada.com>
- <http://www.iaaf.org>
- <http://www.waterpolo.hu>
- <http://www.sportmedia.hu>
- <http://www.nso.hu>

## A természetjog szükségszerűsége

avagy miért volt nélkülözhetetlen a természetjog az emberi társadalom létrejöttéhez?

A „természetjog” kifejezés a filozófia fejlődése során különböző dolgokat jelentett; sem a szó etimológiájában, sem annak jelentésében nincs az egyes szerzők vagy az egyes irányzatok között konszenzus. A „természet” szónak (bármit jelentsen is az) a jog (a tételes jog) alapjaként való használata Arisztotelészre vezethető vissza, ám – mai fogalmaink szerint – természetjogi gondolatokat már jóval előtte is megfogalmaztak, így például Anaximandrosz, Hésziodosz, Hérakleitosz, a szofisták (Prótagorasz, Kalliklész, Antiphón, Kritiász) vagy Platón,<sup>1</sup> legnagyobb hatásuk azonban mégsem nekik, hanem a

---

<sup>1</sup> Már Anaximandrosznak van egy olyan töredéke, amelyben a természet működését a jogosság eszméjére vezeti vissza. Hésziodosz az emberi és állati létezés az igazságosság alapján különbözteti meg: míg az állatok világában az erőszak (*bia*) uralkodik, ezért ott – igazságosság hiányában – jog sem jöhet létre, addig az emberek világát az igazságosság (*diké*) határozza meg, amely a jog (a tételes jog) létrejöttének előfeltétele és alapja. Hérakleitosz az emberi törvényeket analógiába állítja a kozmoszt (az egész fizikai-természeti világot) mozgató és meghatározó természeti törvényszerűségekkel, így nála az emberi és a természeti törvény (mindkettő öröktől fogva létező és megváltoztathatatlan lévén) tulajdonképpen egyet jelent. Prótagorasz, a szofisták legjelentősebb gondolkodója volt az első, aki a természeti törvényeket megfosztotta isten(ek) által teremtett mivoltától, és azokat önmagukban vette vizsgálat alá. Híres agnoszticista és szkeptícista tételével („minden dolgok mértéke maga az ember”) egyebek mellett arra utalt, hogy a tételes jogot a természeti feltételek által meghatározott ember belső sajátosságaiból, természet által adott (és ezért megváltoztathatatlan) jellegzetességeiből kell levezetni. Az, hogy mi a kívánatos jog, többé tehát nem a nemlétező istenektől, hanem az embertől magától függ. Ennél is érdekesebb gondolatokat fejtett ki azonban a szintén szofista Kalliklész, Antiphón és Kritiász. Kalliklész például azt mondta, hogy az egyetlen természetes jog az erősebb joga, vagyis természet szerint annak van joga valamire, akinek képessége (ereje) is van hozzá. Ezzel Kalliklész visszahelyezte az embert az állatvilágba, és tagadta, hogy létezne bármilyen etikai elv (az erősebb jogán kívül), amelyet tiszteletben kellene tartani. (Később Hobbes szerint a gyengébbek egymással szövetkezve pontosan azért hozzák létre az államot, hogy megvédjék magukat az erők természetes fölényével szemben.) Antiphón már egyértelműen megkülönböztette a két jogrendet. Úgy tartotta, hogy míg a természetjogi szabályok az ember természetéből szükségszerűen következnek, és ezért mindenkor áthághatatlanok (normatív, és nem pozitív értelemben), addig az állami normák az emberi önkényből származnak, esetlegesek, nem hordoznak magukban semmiféle lényegi „jót”, ezért az erkölcs szerint büntetlenül megszeghetők; csak arra kell vigyázni, hogy ez a törvényszegés ne tudódjon ki. Ha ugyanis kitudódik, az állam megbünteti a törvényszegőt, bár tette (hacsak azzal nem szeg meg egyúttal valamilyen természetjogi szabályt is) ekkor sem lesz erkölcstelen.

szoikikusoknak volt. A szofistáknál a „természet” szó még a „külső”, fizikai-biológiai természetet jelenti, és ennek alapján a természetnek megfelelő jog nem más, mint a világban érvényesülő törvényszerűségeknek megfelelő emberi magatartások és az ezeket helyes (a természet törvényei szerinti) keretek között tartó állami intézmények összessége. A „*nomosz*”, az emberi törvény a „*fűszisz*”, a természeti törvény alapján kell, hogy létrejöjjön; a fizikai törvényszerűségek tehát meghatározzák az emberi társadalom szabályait is. Ez az elképzelés azonban azon a tévedésen alapult, miszerint a törvények két fajtája ugyanolyan módon működik, és ezért az emberi törvényeket a természeti törvények analógiájaként lehet megragadni. Valójában azonban a kettő nagyon is különböző: míg a természeti törvények pozitív (leíró, deskriptív) jellegűek, vagyis azt mondják meg, hogy ténylegesen milyen folyamatok zajlanak, és ezért e törvények állandóak, a megismeréstől függetlenül érvényesek és megváltoztathatatlanok, addig az emberi törvények normatív (előíró, preskriptív) jellegűek, tehát emberi döntéstől függenek, és emberi döntéssel bármikor megváltoztathatók. Az ilyen normatív, tételezettségtől függő emberi törvényeket nem lehet az örök és változatlan természeti törvények analógiájaként szemlélni, vagyis a „természetjog” kifejezésben a „természet” szónak a külső, fizikai természet jelentéseként való felfogása tévedésen alapul.

---

Az erkölcs (a kívánatos jog) és a tételes (tényleges) jog tehát semmiféle kapcsolatban nem áll (nem kell, hogy álljon) egymással. Kritiász úgy vélte, hogy nemcsak a törvények, hanem maga az istenhit is emberi találmány. Az emberek eredendően, természetük szerint gonoszak, erőszakosak és önzőek, és a törvényeket azért találták ki, hogy ezt az erőszakot és gonosztságot megfékezzék. Az emberek belső természetét azonban ezek a törvények megváltoztatni nem tudták; bár félték a büntetéstől, ám továbbra is önzőek maradtak, és ha biztosak lehettek abban, hogy tettük nem tudódik ki, továbbra is gonoszán cselekedtek. Egy okos ember azonban kitalálta az istenhitet, és az istenektől való félelem (akik látnak minden jót és rosszat) az, ami már a titokban elkövetett aljas tettektől is képes visszatartani az embereket. A természetjog „hatásmechanizmusa” tehát Kritiásznál a (kitalált) istenektől való félelem, amely a gonosz emberi természet miatt (legalábbis az emberiség primitív fejlődési fokán) szükséges az együttműködés (vagy legalább a félelem nélküli élet) létrejöttéhez. (Irodalomtörténeti érdekesség, hogy híres költőnk, Petőfi Sándor maga is ugyanezt gondolta az emberi természetről és az annak megfékezésére kitalált istenekről; erről tanúskodik Nem sűlyed az emberiség... c. verse: „Nem sűlyed az emberiség! / Ilyen gonosz vala rég, / Ilyen gonosz már kezdet óta... / Hisz különben nem kellett vóna / Százféle mesét, / Eget, isteneket, / Pokolt és ördögöket / Gondolni ki, hogy zaboláztassék.”) Végül Platón Kalliklész felfogásából indult ki, és az emberek természetes egyenlőtlenségét hirdette. Szerinte az a természet szerint való, ha mindenki azzal foglalkozik, amire képességei és erényei szerint rendelve van. A filozófusok (az arany-emberek) feladata a kormányzás, az öröké (az ezüst-embereké) az ország és a belső rend védelme; a kézműveseké (az iparosoké és kereskedőké) és a földműveseké (a bronz- és a vas-embereké) pedig az anyagi javak előállítás. Ha mindenki azt csinálja, amihez ért, létrejön az igazságos társadalmi rend, az ideális állam. Mivel pedig a törvények szükségképpen általánosak, az államot nem a törvényeknek, hanem az egyedi helyzetek igazságosságát megítélni tudó bölcs uralkodóknak (a filozófusoknak) kell kormányozniuk. Igaz, Platón élete végén írt Törvények c. művében elismeri, hogy ilyen emberek nagyon ritkán születnek, ezért ekkor már mint második legjobb államformát elismeri a törvények uralmát (Arisztotelész pedig ezt később a legjobb államformának fogja tartani), ám a legjobb berendezkedésnek (ha arra lehetőség van) továbbra is a filozófusok uralmát tekinti.

Sokkal meggyőzőbb (és általánosabban elterjedt) az a megközelítés, miszerint a „természet” szó valójában az ember belső természetét (hajlamait, vágyait, egyéb lélektani jellemzőit) jelöli. Valójában persze ezek a hajlamok is biológiai-fiziológiai alapokra vezethetők vissza, de közvetlenül mégiscsak az ember szűkebb értelemben felfogott pszichikai tulajdonságait jelentik. Ezen tulajdonságok között a legfontosabb az emberi racionalitás. Az ember a „jóra” törekszik, vagyis olyan körülmények között szeretne élni, amely pozitív, kellemes érzéseket vált ki belőle, és mivel „eszes lény”, ezért képes felmérni, hogy ezt mely feltételek mellett valósíthatja a leginkább meg. Mivel tudja, hogy minden jó alapja, nélkülözhetetlen feltétele a biztonság, amit csak más emberek védelme garantálhat a számára, ezért törekszik arra, hogy más emberekkel társuljon,<sup>2</sup> még akkor is, ha ez bizonyos (az előnyökhöz képest kisebb mértékű) lemondásokkal és korlátozásokkal is jár. Ezért közösségeket hoz létre, és a közösség fennmaradása (a közösségi létből származó előnyök tartós biztosítása) érdekében tartózkodik azon dolgoktól, amelyek annak felbomlásához vezetnének. Vagyis a közösségben élő emberek mindegyike saját érdekében – racionális mérlegelést követően – elfogad (mind másokra, mind saját magára nézve) olyan szabályokat, amelyek a közösség együtt maradását és a közösségben élő emberek hatékony együttműködését szolgálják, azért, hogy ezáltal bizonyos előnyökre tegyenek szert. Ezek a szabályok lesznek a természetjogi szabályok, ugyanis ezek betartása felel meg az emberek belső természetének. Ezt a gondolatot először Arisztotelész fogalmazta meg, aki szerint az ember „közösségi lény” („*zoon politikon*”), aki saját hasznát keresi, ezt pedig a közösségben találja meg. Ezt az elképzelést a sztoikusok fejlesztették tovább, akiknél a természetjog az átfogó ésszerűség jogává vált: ami mindenki számára ésszerű (például az, hogy társadalomban élni mindenki számára jobb, mint azon kívül), az természet szerint való; a „természet” tehát itt már az ember azon természetes tulajdonságát jelenti, hogy ésszerűen gondolkodik. Ami pedig ésszerű (az emberi természetnek megfelelő), az egyben erkölcsös is: mi más lenne az etika

---

<sup>2</sup> Hugo Grotius szerint az emberben van egyfajta „társulási vágy” („*appetitus societatis*”), mely szerint az emberek békében szeretnének egymás mellett élni. Ennek alapja az értelem által támogatott létfenntartási ösztön, vagyis az, hogy az emberek képesek felismerni, hogy önző vágyaikat társadalmi keretek között tudják a legnagyobb mértékben kielégíteni. Ez a grotiusi gondolat tulajdonképpen nem más, mint Arisztotelész azon elképzelésének átdolgozása, miszerint az ember társas lény (*zoon politikon*).

alapja, mint az, hogy az ember saját természete (azaz racionalitása) alapján cselekedjen, élete során azt valósítsa meg.

Ebből a rövid bemutatásból is látható tehát, hogy a természetjog fogalmának jelentése már kialakulásának évszázadaiban sem volt egységes; ez pedig a filozófia fejlődése során csak tovább színesedett (Augustinus és Aquinói Tamás keresztény teológiai alapú természetjogi felfogásától<sup>3</sup> Rudolf Stammler változó tartalmú természetjogáig).<sup>4</sup> Sem abban nincs tehát egyetértés, hogy honnan (kitől vagy miből) erednek a természetjogi szabályok, sem abban, hogy mit is jelentenek; de abban sem, hogy mire terjed ki hatókörük (és mire nem), hogy mi a viszony a természetjog és a tételes jog között, vagy hogy a természetjogi szabályok egyáltalán pozitív vagy normatív jellegűek-e. Az én álláspontom az, hogy a „természet” szó az ember belső természetet jelöli; ez a belső természet pedig olyan célokból és hajlamokból áll,<sup>5</sup> amelyekre azért vágyunk, mert az számunkra valamilyen kielégülést jelent. Ez a kielégülés egy pozitív cél (jólét, boldogság, öröm, kényelem stb.) megvalósításában áll;<sup>6</sup> ezen vágyak kielégítése tehát ésszerű, az ehhez vezető hatékony út megválasztása pedig épp ezért ugyancsak racionális lesz. Az emberi természetet alkotó vágyak kielégítése és az ésszerű cselekvés tehát nem a természetjog alapjának két különböző felfogását jelenti, hanem azok egységet alkotnak, egymással ok-okozati kapcsolatban állnak. Ennek alapján felfogásom szerint (és a következőkben a „természetjog” kifejezést ebben az értelemben fogom használni) a *természetjog* valójában *olyan, az emberi természetnek*

---

<sup>3</sup> Mind Ágoston, mind Tamás szerint az isteni jog a tökéletes. Az egyik leglényegesebb különbség (a sok egyéb különbség mellett) közöttük az, hogy Tamás szerint az isteni joggal (*lex divina*), illetve az emberek által felismert isteni joggal (*lex naturalis*) szembenálló emberi jogot (*lex humana*), amennyiben az nem pusztán igazságtalan, hanem annyira erkölcstelen, hogy már nem is lehet jognak tekinteni, nem kell (nem szabad) betartani. Ágoston szerint viszont az isteni jog annyira tökéletes, hogy a gyarló és tudatlan embertől nem várható el, hogy azt egyáltalán felismerje, így az sem követelmény, hogy azt betartsa: a földi államban (*civitas permixta*) a földi jog érvényesül, mely nem felel meg (és nem is kell, hogy megfeleljen) az Isten államában (*Civitas Dei*) érvényesülő tökéletes örök isteni jognak.

<sup>4</sup> A „változó tartalmú természetjog” gondolatának lényege, hogy a pozitív jog elé állított követelmények a társadalmi fejlődés következtében változnak, így a mindenkor tételes jog a mindenkor (aktuálisan létező) társadalmi esetlegességek függvénye; nincs tehát a pozitív jog számára egy tértől és időtől független viszonyítási alap, hanem annak kívánatos tartalmát az adott korban és az adott társadalomban érvényes etikai mércék határozzák meg.

<sup>5</sup> Természetesen ezek az emberi hajlamok – és ennyiben a természetjog (és a természet) szofisták által használt fogalma megfelelőnek bizonyul – végső soron fiziológiai (vagyis „külső” természeti) adottságok által meghatározottak. Az emberi viselkedés, az emberi ösztönök (létfenntartási ösztön, biztonság utáni vágy stb.) tehát közvetett módon mégiscsak a biológiai értelemben felfogott természettől függenek, és természeti okai voltak az emberek emberszabású majmokétól (illetve általában véve a többi állatétól) elütő fejlődésének (és így végül az emberi társadalom létrejöttének) is; ezek az összefüggések azonban olyan távoliak, hogy egy jogelméleti tanulmányban ezzel nem kívánunk foglalkozni.

<sup>6</sup> Elméletünk ennyiben (de csak ennyiben) vitathatatlanul hasonlít az epikureizmushoz.

*megfelelő (abból származó), általános iránymutatást adó<sup>7</sup> magatartási normák összessége, melyek érvényességét (emberek általi általános elfogadottságát) azok ésszerűsége (végső soron mindenki vagy majdnem mindenki számára kívánatos volta) alapozza meg.*

Ha a természetjogot ebben az értelemben fogjuk fel, akkor könnyen igazolható, hogy annak alapvető szabályai nélkül emberi társadalom, vagy akár csak hosszabb ideig fennmaradó emberi közösségek nem jöhettek volna létre. Miután pedig tételes jog csak emberi közösségekben alakulhat ki (hiszen anélkül nem lennének olyanok, akiknek az egymás közötti kapcsolatát szabályozni lehetne vagy kellene), ezért nyugodtan elmondhatjuk, hogy a természetjog (a természetjogi normák léte és általános elfogadottsága) a pozitív jog<sup>8</sup> létrejöttének az alapja (vagy legalábbis előfeltétele).

Az emberi társadalom azért jöhetett létre, mert az embereknek (minden embernek) vannak bizonyos vágyai, amelyeket (függetlenül attól, hogy milyen egyéb vágyaik vannak még) szeretnének kielégíteni (biztonság utáni vágy, az erőszakos halál elkerülése, birtoklási vágy, jólét, kényelem stb.). Ahhoz, hogy ezeket kielégíthessék, szükségük van egymásra, mert egyedül nagyrészt védtelenek és tehetetlenek. Mivel az emberek „eszes lények”, kognitív képességeik felhasználásával rájöttek, hogy vágyaikat sokkal inkább (nagyobb valószínűséggel vagy nagyobb mértékben) képesek kielégíteni akkor, ha közösségben (és nem pusztán csoportban)<sup>9</sup> élnek és számíthatnak a közösség többi tagjára. Az emberek számára tehát vágyaik minél nagyobb mértékű kielégítése érdekében *ésszerű* lesz, hogy közösségben éljenek.

Ahhoz azonban, hogy ezt megvalósíthassák, szükség van bizonyos szabályokra, amelyek biztosítják, hogy a közösség tartósan

---

<sup>7</sup> A természetjogi szabályok véleményem szerint nem egyszerű törvényszerűségek, amelyek leírnak bizonyos helyzeteket, hanem normatív tartalmuk van, vagyis a természetjog egy minimális szinten meghatározza a pozitív jogszabályok kívánatos rendjét.

<sup>8</sup> Természetesen a „pozitív jog” kifejezést ebben az időben még nem ismerték, azt először Pierre Abélard használta a XII. században.

<sup>9</sup> A csoport etológiai értelemben olyan együttes, amelyet az egyedek pusztán önérdeke tart össze. A csoportnak nincsenek önálló céljai vagy érdekei, céljai és érdekei csak az egyéneknek vannak. A közösség ellenben nem pusztán emberek együttese, hanem olyan entitás, melynek önálló érdekei is vannak, sőt ezen érdekekről a közösség tagjai elismerik, hogy azok megelőzik saját egyéni érdekeiket. Ennek az az oka, hogy az emberek felismerik: a közösség érdekei végső soron mindenki érdekei (köztük azé is, akinek a közösség által képviselt és elismert érdeke egy konkrét esetben saját egyéni érdekével /pusztán önérékével/ szemben áll). Magam a következőkben a „közösség” és a „csoport” szavakat szinonimákként fognom használni, részben a gyakori szóismétlések elkerülése érdekében, részben pedig azért, mert a társas lét egyes pozitívumai gyakran nemcsak a közösségi, hanem már a pusztán csoportos lét során is jelentkeznek, a kettő elválasztása tehát sokszor önkényes és esetleges volna.

fennmaradjon. Ezek a szabályok a legalapvetőbb erkölcsi szabályokat jelentik, hiszen fogalmunk értelmében erkölcs és ésszerűség egybeesik: az lesz erkölcsös, ami mindenki számára ésszerű, vagyis amely logikai úton bizonyíthatóan megfelel az egyetemes emberi természetnek. (Nincs /nem létezhet/ erkölcsösebb dolog annál, mint kiteljesíteni azt a természetet, amely lényegénél fogva a sajátunk.) Tehát bizonyos szabályokat (a természetjogi normákat) azért nem szabad megszegnünk, mert azok betartása ésszerű, lévén hogy ez biztosítja az emberi társadalom fennmaradását. És mivel – racionalitásuk folytán – mindenki elfogadja azt a tételt, hogy társadalomban élni jobb, mint azon kívül, ezért mindenki elfogja fogadni azon természetjogi normák kötelező érvényűségét is, amelyek betartása biztosítja, hogy ez a társadalom valóban tartósan fennmaradjon. Az az alapvető természetjogi szabály például, hogy „ne ölj”, nemcsak azt jelenti, hogy én nem ölhetek, hanem azt is, hogy más sem ölhet meg engem. Ha ezen szabály érvényességét nem fogadnánk el, akkor senki sem lenne biztonságban, hiszen bárki szabadon megölhetne bárkit, vagyis a társadalom – ha egyáltalán létrejönne – nagyon gyorsan felbomlana. Ugyanez igaz (a magántulajdon intézményét feltételezve) a lopás tilalmára, mások bántalmazásának, elrablásának, megerőszakolásának tilalmára stb.<sup>10</sup>

Ha ezeket a legnyilvánvalóbb eseteket összefoglaljuk, akkor azt mondhatjuk, hogy *a természetjog legalapvetőbb szabálya az, hogy „ne tégy olyat mással, amit nem szeretnél, ha veled megtennének”*. Hogy ez a meghatározás a fenti legegységesebb eseteken kívül pontosan milyen tilalmakat is foglal még magába (azaz hogy milyen konkrét természetjogi normák léteznek), jelen dolgozatnak nem tárgya; azt a filozófia története során sokan és sokféleképpen kifejtették. Ezek helyessége vagy egymáshoz viszonyított értékessége tekintetében nincs jogunk állást foglalni; az nem is feladatunk. *Jelen tanulmány célja* csupán annyi, hogy – a teljesség igénye nélkül – felvázoljon néhány olyan pozitívumot, amellyel a közösségi lét rendelkezik az önállóságra

---

<sup>10</sup> Ezek a szabályok lényegében a kanti legalapvetőbb erkölcsi normáknak, a *categoricus imperativus*oknak felelnek meg. Igazolásuk is ugyanaz: meg kell néznünk, hogy egy adott cselekvésnek milyen általános törvény lehet az alapja. Ha ez a törvény – mindenkinek megengedve az adott cselekvést – a nagy többség (többek között az így cselekedni akaró számára is) elfogadhatatlan lenne, akkor azt tiltanunk kell (vagy az ellenkezőjét elő kell írunk). Az ezzel a módszerrel megalkotott szabályok felelnek meg a leginkább az emberi természetnek (a szabadság utáni vágynak), vagyis ezek lesznek azok az emberi együttélést szolgáló alapvető etikai normák, amelyek megszegése erkölcsi bűn, mert ellenkezik az emberi ésszerűséggel.



utalt magányos emberi léttel szemben, vagyis *igazolja azt, hogy a társadalmiságot védelmező, a közösségi lét felbomlását előidéző magatartásokat megakadályozni hivatott természetjogi normákra* (bármik legyenek is pontosan azok) a mindenki által kívánatosnak tartott állapot, vagyis *a társadalmi lét fennmaradása érdekében szükség van, ergo az emberi társadalom* (vagy bármilyen kis emberi közösség) *azok általános elfogadottsága és betartása nélkül nem létezhetne.* A dolgozat második, tárgya szempontjából érdemi részében nézzük meg tehát, hogy melyek is azok a pozitívumok, amelyek a természetjogi normák létét (a közösség tartós fennmaradása érdekében betöltött nélkülözhetetlen szerepét) igazolják.

A közösségi lét legnyilvánvalóbb előnye az (és ehhez még az emberi rációra sincs szükség, hiszen azt nagyon sok állat is ösztönösen felismeri), hogy a sokaság védelmet nyújt a támadásokkal szemben. A tömeg és az ebből feltehetően következő nagyobb ellenállás önmagában is nagyobb elrettentő erővel bír, mint a magukban kóborló egyedek külön-külön. Ha pedig ehhez tényleges védekezés is társul (akár csak úgy is, hogy mindenki a saját – és nem a csoport – érdekében fejt ki védekező-elhárító tevékenységét), akkor a támadó nemcsak a pusztító tömegtől való félelme miatt, hanem saját primer tapasztalata folytán is ódzkodni fog a támadástól. Ezen védekező mechanizmushoz még az együttélés közösségi szintjére sincs szükség; elég az is, ha az egyedek csupán csoportba tömörülnek (vagyis kifejezetten egyéni érdekeiket – és nem a közösség érdekeit – követve tanúsítanak egymáshoz hasonló magatartást, amelynek másodlagos, nem szándékolt hatása az lesz, hogy a párhuzamos magatartások összessége folytán a védekezés hatékonyabbá válik, tehát saját egyedi tevékenységükkel – azok kumulatív hatása miatt – akaratukon kívül is segítik egymást).

A kezdetleges emberi közösségek (vagy esetleg akkor még pusztán emberi csoportok)<sup>11</sup> kialakulásának közvetlen oka feltehetőleg ez volt: az emberek (egyébként sok állathoz hasonlóan) rájöttek, hogy együtt (különösen pedig egymást is segítve) nagyobb biztonságban vannak, mint egyedül, mégpedig mind más fajok (állatok), mind pedig más emberi csoportok (törzsek, hordák) támadásaival szemben.

---

<sup>11</sup> Lásd a 9. számú lábjegyzetet!

(Hobbes egyébként éppen ezt teszi meg természetjogi elemeken nyugvó kontraktualista elméletének alapjául: szerinte az emberek a biztonság utáni vágy /pontosabban az erőszakos haláltól való félelem/ miatt léptek egymással szerződésre és hozták létre a társadalmat, élére egy olyan teljhatalommal rendelkező szuverént állítva, akinek mindannyian alá vannak rendelve, azért, hogy ő megvédje őket másokkal szemben, vagyis – szabadságuk elvesztése fejében – biztonságban élhessenek.) A közösségi lét azonban nemcsak az állatokkal és az ellenséges támadásokkal, hanem például a természeti csapásokkal szemben is hatékony védelmet képes nyújtani. Mind a természeti csapások esetleges megelőzése (ha azok jellegükben olyanok, hogy megelőzhetők), mind a már bekövetkezett katasztrófa negatív következményeinek elhárítása vagy csökkentése, mind pedig a menekülés hatékonyabb, gyorsabb és biztosabb, ha az emberek nincsenek magukra utalva, hanem bízhatnak egymás segítségében.

Szintén egyértelmű előnye a közösségiségnek, hogy lehetőség van a munkamegosztásra, ebből kifolyólag pedig végső soron az életszínvonal növelésére. Egy sok tagból álló egyesülés ugyanis meg tudja osztani egymás között a feladatokat; mindenki csak egy valamit csinál, azonban azzal, hogy idejét és erejét nem kell különböző feladatok között megosztania, biztosítható, hogy ebben az egy dologban nagyfokú tudásra és tapasztalatra tehessen szert. Lehetővé válik, hogy az eltérő képességűek eltérő, saját tehetségüknek megfelelő feladatokat lássanak el, mert bízhatnak abban, hogy a számukra szükséges egyéb termékeket, terményeket és szolgáltatásokat megkaphatják azoktól, akik ezzel foglalkoznak, mégpedig jobb minőségben vagy nagyobb mennyiségben, mint ahogy azt maguk képesek lennének előállítani vagy megtermelni. Ezért cserébe pedig maguk is jobb minőségű vagy nagyobb mennyiségű terméket, terményt és szolgáltatást képesek nyújtani másoknak, lévén hogy csak azzal az egy munkával kell foglalkozniuk; így lesz lehetőségük arra, hogy egy dologra koncentrálva abban az egyetlen dologban nagyobb tudásra, tapasztalatra tehessenek szert, ezáltal pedig munkájuk hatékonyabbá, szolgáltatásaik színvonalasabbá, maguk pedig összességében termelékenyebbekké váljanak. A specializáció (a közösség tagjai közötti csere biztosítása által) így járul hozzá az életszínvonalnak, vagyis az életet megkönnyítő vagyoni javak (termékek, termények és szolgáltatások) mennyiségének és minőségének a növeléséhez.

Ezenkívül a közösség a munkamegosztás folytán azoknak is hasznát tudja venni, akik különösebben semmiben nem tehetségesek. Vannak ugyanis olyan foglalatosságok, amelyek egy közösségben szükségesek ugyan, ám ellátásuk semmilyen különösebb képességet nem igényel. Természetesen ezeket is el kell látni, azonban erre azok is alkalmasak, akik speciális feladatokra nem. És azon kívül, hogy ezáltal nekik is hasznát veszi a közösség (és így ők is jogosulttá válnak a közösség többi tagja által előállított dolgokra), egyúttal mentesítik ezen feladatok elvégzése alól azokat, akik más, bonyolultabb munkákra is alkalmasak lennének. Így tehát ez utóbbiak nem kell, hogy idejüket és erejüket elfecséreljék kevésbé produktív dolgokra; ezeket az egyébként szintén szükséges munkákat (gyűjtögetés, gyermekek gondozása stb.) helyettük elláthatják azok, akik csak erre alkalmasak.

További pozitívuma a társadalomnak az egyedülléttel szemben, hogy így lehetőség van az ideiglenesen magatehetetlenné vagy védekezésre képtelenné vált személyek megvédésére. Ha a tárgyi-technikai fejlődés kezdetleges fokán álló ember csak magára számíthat, és életben maradása kizárólag saját erején és ügyességén múlik, akkor egy rövid, ám intenzív betegség akár az életébe is kerülhet. Nem azért, mert magába a betegségbe halna bele, hanem mert ideiglenes gyenge állapotát, védtelenségét a ragadozók kihasználhatnák. A primitív törzsek egyebek mellett épp ezért jöttek létre: a törzs egészséges tagjai gondoskodni tudtak azokról, akik átmenetileg nem lettek volna képesek magukat megvédeni, cserébe számíthattak rá, hogy ha hasonló helyzetbe kerülnek, ők is ugyanilyen védelemben részesülnek a törzs, benne pedig azok részéről, akikről korábban ők (is) gondoskodtak.

Ez a gondozó-védő-eltartó funkció továbbá akkor is hasznos, ha a lebetegedett embernek támadástól egyáltalán nem kell tartania. Ha csak magára számíthat, akkor ahhoz, hogy a betegséget ne élje túl, éppen elég az is, hogy ne tudjon magának élelmet szerezni. Ezért a törzs nemcsak a fizikai védelem révén, hanem a betegek, sebesültek ápolása, etetése, gondozása révén is segíteni tud az átmenetileg bajba jutottaknak. Az ilyen emberek közösségi segítség nélkül tehát valószínűleg elpusztulnának, pedig a betegség vagy sérülés átvészélése után ugyanolyan értékű munkát tudnának végezni. Mivel pedig élete folyamán mindenki megbetegszik vagy megsebesül néhányszor, ezért az emberek csak nagyon rövid ideig (az első komolyabb sérülés vagy betegség bekövetkeztéig) élnének. A társadalom egyik legnagyobb

pozitívuma tehát az, hogy jelentősen megnöveli az emberek élettartamát, mivel „baj” esetén az emberek kölcsönösen számíthatnak egymás segítségére.

Részből ezzel függ össze a közösségi lét következő nagy előnye, a tudás szervezett áthagyományozásának a lehetősége. Ha ugyanis az emberek hosszabb ideig élnek, akkor tovább tudják nevelni utódaikat, és így több ismeretet képesek átadni nekik, mint ha kevesebb idő állna rendelkezésükre. Arról nem is beszélve, hogy bizonyos dolgokat (például a vadászat hatékony módjait) csak egy meghatározott fejlettségi szint elérése után lehet a gyermekekkel megtanítani. Itt azonban ennél többről is szó van: mégpedig arról, hogy közösségi szinten jóval több ismeret áll rendelkezésre. Ha valaki önfenntartó, egyedülálló, akkor utódaira is csak saját tudását és tapasztalatát képes átörökíteni (ha egyáltalán addig el nem pusztul); ha viszont közösségben él, utódának lehetősége van arra, hogy a közösség bármely tagjától tanulhasson. A csak saját szüleire utalt egyed jóval kevesebb információt képes gyűjteni számára fontos dolgokról ahhoz képest, amennyit a közösségben kaphatna meg. Sőt az is lehet, hogy amit megtanul, az téves, míg a közösségi tudást sok ember tapasztalatának az összessége adja, amely ezáltal nagyobb valószínűséggel küszöböli ki a tévedés lehetőségét. A közösség által felhalmozott tudás tehát sokkal biztosabb és használhatóbb lesz, mint az egyedileg megszerzett, ám kontrollálatlan ismeretek.

Ám még ez sem minden; a legfontosabb előny e körben ugyanis az, hogy a közösségben a tudás *szervezett* áthagyományozására van mód. Ennek lényege, hogy a közösség nemcsak a saját mindenkori tagjainak legfontosabb tapasztalatait közvetíti, hanem az ősök tudását is. Egy-egy ember halálával ugyanis nem megy feledésbe annak tudása, hanem azt a közösség emlékezete megőrzi, és átadja annak a generációnak is, amelyik az illető(ke)t személyesen már nem is ismerhette; ez a generáció továbbadja ezt a tudást az őutána következő nemzedéknek, természetesen saját primer tapasztalataival és felfedezéseivel kiegészítve; és így tovább. Ennek következtében a közösségben egyre több és több ismeret halmozódik fel, növelve a közösséghez tartozók túlélési esélyeit (vagy egy bizonyos szinten túljutva azok kényelmét).

Végül szintén a közösségben élő emberek jólétéhez járul hozzá az, hogy a társadalomban lehetőség van új produktív munkaerő

felszabadítására. Ez a tény részben kapcsolódik a közösségi lét második nagy pozitívumához, és azt jelenti, hogy bizonyos tevékenységeket egy munkává lehet összeolvasztani, ezáltal az adott munkatípus elvégzéséhez kevesebb ember szükséges, a felszabaduló munkaerő pedig más, a társadalomnak nagyobb hasznot hozó feladatokat láthat el. Így például egy közösségben a gyermekek felügyeletét nem külön-külön kell megoldania minden anyának, hanem azok összességének gondozását rá lehet bízni közülük egyre vagy néhányra, míg a többiek más hasznos tevékenységeket végezhetnek. (Ez történt a közösségi lét fejlődésében kezdetleges szinten álló primitív törzseknél, ahol az asszonyok /gondozásra már nem szoruló, de a vadászatra vagy egyéb kemény fizikai munkákra még nem alkalmas gyermekekkel/ bogyót, gyümölcsöt, egyéb élelmiszereket /gombát, mézet stb./ gyűjtögettek.)

Látható tehát, hogy a közösségi lét (a kölcsönös segítség, a munkamegosztás stb. miatt) mindenki számára előnyösebb, mint az önálló létfenntartás. Ahhoz azonban, hogy a közösség fennmaradjon, arra van szükség, hogy bizonyos előírásokat mindenki tiszteletben tartson, azaz senki ne húzzon hasznot a szabályok megszegésével abból, hogy mások viszont – éppen a közösségi lét egyértelmű előnyei miatt – betartják ezeket a szabályokat (vagy legalábbis ez a közösséggellenes magatartás ne maradjon büntetlen). Ha ugyanis az marad, akkor előbb-utóbb senki nem fogja betartani ezeket az előírásokat, ami a közösség felbomlásához vezet. A természetjogra (a természetjogi normákra) azért van tehát szükség, hogy ez a mindenki számára hátrányos esemény nem következzen be. Az alapvető természetjogi szabályok („ne ölj”, „ne lopj” stb.) nélkülözhetetlenek a stabil emberi közösségek létrejöttéhez, vagyis azok létezésének és mindenkire kötelező jellegének nem pusztán elvont etikai, hanem nagyon is racionális alapja van.

A kisebb-nagyobb közösségekből kialakult *társadalmaknak* – óhatatlanul jelentkező diszfunkcionális vonásaik mellett – természetesen további előnyei is vannak (nagyobb körű cserelékenység, hatékonyabb védelem és rendfenntartás, szervezett egészségügyi ellátás stb.). Ezek nélkül a nagy emberi társadalmak (például országok, manapság pedig egyre inkább egy mindenkire kiterjedő világtársadalom) nem jöhettek volna létre; ehhez azonban a nyilvánvaló

igazságtalanságokat tiltó természetjogi normák már nem voltak elegendőek, ahhoz a különböző emberi konfliktusokat esetleges jelleggel feloldó pozitív jogra is szükség volt. Az emberi együttélés társadalmi formájának korszakára jellemző jogi megoldásoknak és azok egymás közötti kapcsolatának elemzése azonban nem feladatunk. Célunk csupán annyi volt, hogy bemutassuk, hogy a közösségi létnek vannak olyan pozitívumai, amelyek miatt mindenki számára ésszerű lesz, hogy bizonyos alapvető, az emberi együttélést lehetővé tevő normákat (azaz a természetjogi szabályokat) mindenki betartsa; vagyis hogy ezen természetjogi szabályok ésszerű emberi vágyak kielégítését teszik lehetővé, illetve ésszerű emberi célokat szolgálnak.

## Irodalom

1. Bódig Mátyás: Természetjogtan. In: Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2004
2. Coing, Helmut: A jogfilozófia alapjai. Osiris Kiadó, Budapest, 1996
3. Csányi Vilmos: Sok ember másként szerveződik (avagy az optimális csoportméret biológiai korlátai). In: Interpress Magazin, 2004/9. szám, 8-13. o.
4. Frivaldszky János: Természetjog. Eszmetörténet. Szent István Társulat, Budapest, 2001
5. Kecskés Pál: Természetjog. In: Szabó Miklós (szerk.). *Natura iuris. Természetjogtan – jogpozitivizmus – magyar jogelmélet.* Bíbor Kiadó, Miskolc, 2002
6. Pokol Béla: *Jogszociológiai vizsgálódások.* Rejtjel Kiadó, Budapest, 2003.
7. Strauss, Leo: *Természetjog és történelem.* Pallas Stúdió – Attraktor Kft., 1999
8. Szabó Miklós (szerk.): *Bevezetés a jogbölcseleti gondolkodás történetébe.* Miskolc, 1991
9. Szigeti Péter: *Természetjog és jogpozitivizmus viszonya – az irányzatok családfája.* In: *Jogtudományi Közlöny*, 1995/3. szám, 114-123. o.

**dr. Ujvári Ákos**  
**egyetemi tanársegéd**

## **A jogos védelem elvi és gyakorlati kérdései néhány európai Büntető Törvénykönyv szabályozásának tükrében**

A jogos védelem kérdéskörét vizsgálva, már több ízben megkíséreltem rámutatni arra, hogy a jogintézmény gyakorlati alkalmazása során a rendszerváltást követően felszínre került problémák alapvetően nem jogalkotói mulasztásra, hanem a jogalkalmazásban megindult, de végbe nem ment dogmatikai-jogértelmezési szemléletváltás hiányára vezethetők vissza.<sup>1</sup>

A kiindulópontom szerint, a jelenleg hatályos Btk. (1978. évi IV. törvény 29.§.) jogos védelemre vonatkozó szabályozása jelentős jogalkotói korrekcióra nem szorul. Törvényhozói teendőt csupán abban látok, hogy világosabbá kell tenni a jogintézményt övező fogalmi apparátust, ezzel is elősegítve a joggyakorlatban megindult folyamatok beteljesülését.

Az alábbiakban megvizsgált kilenc európai – kontinentális jogrendszerhez tartozó<sup>2</sup> – Btk. jogos védelemre vonatkozó szabályanyagának elemzését azért látom célszerűnek, mert bemutatásuk termékenyítőleg hathat a kérdéssel kapcsolatos jogi gondolkodásunkra.

A külföldi Kódexeknek a hazai viszonyok által felvetett problémák fényében való értelmezése adaptálható ötletet adhat jogalkotónak, jogalkalmazónak egyaránt.

### **I.**

#### **A Német Btk.<sup>3</sup>**

*32.§. (1) Aki a cselekményt jogos védelmi helyzetben követi el, nem cselekszik jogellenesen.*

---

<sup>1</sup> Vö.: Ujvári Ákos: Adalékok a jogos védelem és a védelmi berendezések viszonyának értelmezéséhez (Jogelméleti Szemle 2002/1)

Ujvári Ákos: Hagyományok és változások a jogos védelem elvi és gyakorlati megítélésében (Magyar Jog 2002/6)  
Ujvári Ákos: A jogos védelem határai vagyon elleni támadások esetén (Emlékkönyv Lábady Tamás 60. születésnapjára tanítványaitól 2004.)

<sup>2</sup> Kizárólag a kontinentális jogrendszerek Büntető Kódexeinek elemzését látom indokoltnak, tekintettel hazánk kontinentális jogi kultúrájára.

Konrad Zweigert és Hein Kötz: An introduction to comparative law (1977. translated from the German: Tony Weir) című munkájában használt distinkciók alapján (Vö.: id. mű 59-67. oldal) a magyar jogrendszert alapvetően a római-germán gyökerű jogcsaládba lehet sorolni. Ennek megfelelően a vizsgált európai Büntető Kódexek köréből kirekesztettem a szláv, valamint a common law jogi kultúrák produktumait, a relatív homogén összehasonlítási alap biztosítása érdekében.

<sup>3</sup> [www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm](http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm)



*(2) Jogos védelemnek tekintendő az olyan védekezés, amely szükséges a saját, vagy másokat közvetlenül fenyegető jogtalan támadás elhárításához.*

### *A jogos védelem túllépése*

*33.§. Nem büntethető az elkövető, ha a jogos védelem határát zavarodottságból, félelemből vagy ijedtségből túllépi.*

Az (1) bekezdésben meghatározott deklaráció kifejezésre juttatja, hogy a jogos védelem esetén maga a tényállásszerű magatartások büntetendőségének oka, a jogellenesség hiányzik. E rendelkezésbe foglalt szimbolikus jogalkotói üzenet alkalmas arra, hogy tudatosítsa a védelmi jog gyakorlásának társadalmi hasznosságát.

A német szabályozás – hasonlóan a jelenleg hatályos Kódexünkhöz – nem fogalmazza meg az arányosság követelményét, ehelyett a támadás elhárításához való szükségességet<sup>4</sup> kívánja meg.

Az StGB. nem differenciál a túllépés esetén a beszámítási képességet kizáró és korlátozó tényezők között. A jogos védelmi helyzetben cselekvő személy pozícióját erősítve, egységesen büntetetlennek nyilvánítja azon elhárító magatartásokat, amelyek az elhárítás szükséges mértékét a támadás által kiváltott félelem, zavarodottság vagy ijedtség folytán lépték túl. Ez a megoldás számol azzal a körülménnyel, hogy egy előre fel nem mérhető jogtalan támadás által kiváltott pszichés állapotban lévő személy, védekező magatartásának utólagos megítélése során kevés esély van a tudatszűkelet fokozatainak megállapítására, és ez semmiképpen sem eshet a jogosan védekező terhére.

## **II.**

### **Az Osztrák Btk.<sup>5</sup>**

*3.§. (1) Nem jogellenesen cselekszik, aki csak azzal a védekezéssel él, amely a saját vagy más élete, egészsége, testi épsége, szabadsága vagy a vagyona ellen irányuló, fennálló vagy közvetlenül fenyegető jogtalan támadás elhárításához szükséges. A cselekmény azonban nem jogszerű, ha nyilvánvaló, hogy a megtámadottat csekély hátrány fenyegeti és a védekezés, különösen – a támadó elhárításához szükséges beavatkozás súlyossága miatt – aránytalan.*

*(2) Aki a védekezés jogszerű mértékét túllépi vagy nyilvánvalóan aránytalan védekezést {(1)} alkalmaz, feltéve, hogy ez csupán zavarodottságból, félelemből vagy ijedtségből történik, csak akkor büntetendő, ha a túllépés gondatlanságon alapul és a gondatlan cselekményt a törvény büntetéssel fenyegeti.*

---

<sup>4</sup> „...Which is required to avert...” 3. alatt idézett forrás.

<sup>5</sup> Nagy Ferenc: Gondolatok a jogos védelemről (Európai Jog 2004/4 10. oldal Függelék)

Az osztrák törvényszöveg a jogszerű védelmi magatartás kritériumának tekinti az arányosság követelményét, amely a szabályozás alapjául szolgáló esetek többségében elvileg, és gyakorlatilag is elvárhatatlan a megtámadottól.<sup>6</sup>

Ugyanakkor a szabályozás javára írandó, hogy az arányosság feltételrendszerének kellően körülírt megfogalmazásával lényegében csak a jogos védelem köntösébe bújtatott leszámolás jellegű „védekezéseket” kívánja kiszűrni az osztrák jogalkotó.

Az elhárító magatartás gondatlan bűnösségből fakadó következményeinek, a megtámadott terhére értékelése jelentősen gyengíti a jogszerűen védekező pozícióját.

Szerencsésnek tekintem, hogy a jelenleg hatályos törvényünk ilyen rendelkezéseket nem tartalmaz. A joggyakorlatunkban érvényesülő tételek – teljességgel helyeselhetően - az osztrák előírásokkal ellentétben az elhárító magatartás gondatlan következményeit az arányosság körén kívül rekesztik, így biztosítva, hogy a jogtalan támadásból eredő kockázatot a támadó viselje.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Az arányos védekezés megkövetelése csak azon az elvi előfeltevésen alapulhat, hogy a jogtalan támadás esetén az egymásnak szembeesülő jogi tárgyak homogének, és ennek következtében összemérhetőek. Ehhez arra volna szükség, hogy a jogos védelmi helyzetben lévő a támadás elhárítása során csak olyan jogtárgyat sértsen vagy veszélyeztessen, amely ellen a jogtalan támadás is irányult. Ez nyilvánvalóan életszerűtlen főként a „tisztán” vagyron elleni, vagy közérdek elleni támadásoknál. Ezen támadások a gyakorlatban döntően testi épség elleni bűncselekmények törvényi tényállását formálisan kimerítő magatartásokkal háríthatóak el.

*Személy elleni erőszakos cselekménnyel nem párosuló vagyron elleni támadás testi sértéssel történő elhárítása esetén, a jogos védelmi helyzetben lévő személytől az arányos védekezés elvárása a szemben álló jogi tárgyak heterogenitása folytán fogalmi képtelenség.*

Vö.: Ujvári Ákos: A jogos védelem határai vagyron elleni támadások esetén (Emlékkönyv Lábady Tamás 60. születésnapjára tanítványaitól 2004. 501. oldal)

*Ennek ellenére a következetesen érvényesülő hazai joggyakorlat általános jelleggel alapvető jelentőséget tulajdonít az arányosság követelményének, miszerint a védelmi cselekmény nem okozhat aránytalanul nagyobb sérelmet, mint amekkorát a jogtalan támadás okozott volna. ( Legfelsőbb Bíróság 15. számú irányelv III.4.pont, és az erre épülő ítélkezési gyakorlat)*

<sup>7</sup> A védelmi szándéknak relevanciát tulajdonító ítélkezési gyakorlat az elhárító magatartás gondatlan következményeit az arányosság körén kívül rekeszti. A jogtalan támadás és az elhárítás arányosságának vizsgálatánál a támadás és a védekezés szándékolt következményeit veti össze a bíróság (BH 2003/50.).

A BH 1996/292 szám alatti eseti döntésében fejtette ki a Legfelsőbb Bíróság a hazai bírói gyakorlatot a helyes irány felé terelő „támadó viseli a kockázatot” tételt. Ennek értelmében, a szükségesség, arányosság megítélésénél, nem a jogtalanul talaján álló támadó, hanem a megtámadott szempontjait kell elsődlegesen értékelni, és a támadónak kell a kockázatot viselnie, vagyis azokat a következményeket, amelyeket a védelmi cselekmény okoz.

Ehhez még Vö.: Ujvári Ákos: Hagyományok és változások a jogos védelem elvi és gyakorlati megítélésében (Magyar Jog 2002/6 340. oldal)

### III.

#### Az Olasz Btk.<sup>8</sup>

*52.§. Nem büntethető, aki a cselekményét olyan kényszerhelyzetben követte el, amely általa keletkezett, hogy szükségessé vált megvédeni saját vagy mások jogait jogellenes támadás közvetlen veszélyével szemben, feltéve, hogy a védekezés arányban áll a bekövetkező sérelemmel.*

Az olasz szabályozás tartalmilag megegyezik - az arányosság, ítélkezési gyakorlatunkban kimunkált követelményével kiegészített - hatályos Kódexünk 29.§ (1) bekezdésében foglaltakkal.

Az arányosság feltételének differenciálatlan törvényi megjelenítését a fent már kifejtettek alapján nem tartom helyesnek.

### IV.

#### A Francia Btk.<sup>9</sup>

*5.§. (1) Büntetőjogilag nem felelős, aki saját vagy más személye ellen irányuló jogtalan támadást megelőzően olyan cselekményt hajt végre, amelyet a jogos védelem tesz szükségessé saját vagy más védelmében, kivéve, ha a védekező által alkalmazott eszközök és a támadó cselekménye között aránytalanság áll fenn.*

*(2) Büntetőjogilag nem felelős, aki szándékos emberölés kivételével formálisan bűncselekménynek minősülő cselekményt hajt végre, azért, hogy ezzel egy vagyon elleni bűncselekmény véghezvitelét megszakítsa, ha ez a cselekmény a cél eléréséhez feltétlenül szükséges és az alkalmazott eszközök arányban állnak a jogellenes támadás jelentőségével.*

*6.§ A törvény vélelmezi, hogy jogos védelemben cselekszik az is, aki a cselekményt*

*1. éjjel, lakott helyiségbe betöréssel, erőszakkal vagy megtévesztéssel történő behatolás elhárítása érdekében,*

*2. rablás vagy kifosztás elkövetőjével szembeni védekezés során fejt ki.*

A Code Penal elsősorban a személy elleni támadásokkal szemben teszi lehetővé a jogos védekezést, azonban ekkor is megköveteli a védekezőtől az eszközarányosság előírásának való megfelelést. Ha a pusztán az arányossági kritérium gúzsba kötheti a védelmi helyzetben elhárító magatartást tanúsító személyt, akkor ez még inkább elmondható a középkori jogrendekből ismert eszközarányosság elvárásáról.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> [www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp\\_ll.htm](http://www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp_ll.htm)

<sup>9</sup> [www.rabenou.org/code/penal/LL.htm](http://www.rabenou.org/code/penal/LL.htm)

<sup>10</sup> Mai szemmel, a középkori szabályozás, és az akkor érvényesülő gyakorlat legnagyobb hátránya a fegyveregyenlőség elvének végtelenségig hajszolása, az arányossági követelmény értelmetlenül szigorú meghatározása volt. Ez annyit jelentett, hogy a megtámadott csak a támadóval azonos eszközzel, kizárólag a támadással azonos módon verhetette vissza a támadást. Ezt a követelményt fejezi ki Baldus XIV. században megfogalmazott tanítása, amely szerint a megtámadottnak a támadóval egyenlő fegyvert és harcmódot kell alkalmaznia. Kétségtelen, hogy a fenti szemlélet következtében, bizonyos esetekben a jogtalan támadással

Az 5.§. (2) bekezdésből, ha elhagyjuk az eszközarányosság követelményére való utalást, akkor olyan feltételrendszerhez jutunk, amelynek keretei között elfogadhatónak látom a jogos védekezés lehetőségét a tisztán vagyon elleni támadásokkal szemben. Bármilyen furcsán hangzik, ezeket a kondíciókat a hatályos szabályozásunkból, és a ráépülő bírói gyakorlatból is le lehetne vezetni.<sup>11</sup>

A 6.§-ban meghatározott törvényi vélelem időbelileg, és a felhasználható eszközök tekintetében terjeszti ki a jogos védekezés lehetőségét, előre hozva a védelmi magatartás kifejtettségét. A vélelem felállítása felesleges szóismétlés volna az 5.§. (1) és (2) bekezdésben foglalt szabályozásra figyelemmel, ha a magánlaksértés, rablás, avagy kifosztás képében jelentkező támadások közvetlen veszélye esetére nyújtana csak jogi oltalmat a védekezőnek.

E törvényi vélelem szerint: a 6.§-ban kiemelt jogtalan támadó magatartások váratlan bekövetkezésére, az életet testi épséget minden esetben fenyegető, de pontosan meg nem határozható veszélyre figyelemmel - a védekező kilátástalannak látszó pozíciójának erősítése érdekében - az ilyen helyzetbe került megtámadott, ha elhárító magatartást fejt ki akkor nem vizsgálható szigorú mérce alapján, hogy bevárta-e a jogtalan támadás közvetlen veszélyét, valamint a támadás jelentőségével arányban álló eszközt használt-e védekezése során.

---

szembeni védekezés lehetetlenné válhatott. Vö.: Székely János: A jogos védelem (doktori értekezés, 1971.) 14. oldal

<sup>11</sup> A közvetlen személy elleni erőszakot, vagy fenyegetést nem hordozó vagyon elleni támadások elhárítása esetén az élethez való jog Alkotmányban foglalt, és az Alkotmánybíróság gyakorlata folytán kikényszerített abszolút védelméből fakadóan a *szükségesség és a védelmi szándék dualista követelményének van egy kiegészítő, szűkítő kritériuma: a jogtalan támadó élete szándékos kioltásának tilalma.*

A testi épség, vagy élet elleni támadást magában nem foglaló vagyon elleni támadásoknál, a támadás elhárításának szükségessége esetén a *védelmi szándék még eshetőleges formában sem irányulhat a támadó életének kioltására.* Ez a követelmény valójában a támadás elhárítási célzat abszolút érvényesíthetősége elé gördít alkotmányosan igazolható akadályt. Úgy is lehet fogalmazni, hogy a jogos védelmi helyzetben kifejtendő vagyonvédelem felső határát – a támadás elhárítás szükségességének, és a védelmi szándék fennállásának esetében – a támadó élete szándékos kioltásának tilalma jelenti.

E vonatkozásban, végkövetkeztetését tekintve – részben - osztom Sólyom Lászlónak a 23/1990. számú AB határozathoz fűzött párhuzamos véleményének idevágó részét, amely szerint: „Az élethez való jog abszolút felfogása következtében a jogos védelem köre szűkebb lesz. Élet csakis élettel lehet arányos. Ha anyagi javakat vagy a közérdeket ért támadást a támadó megölésével hárítanak el, a büntethetőséget nem lehet a jogos védelem szabálya alapján kizárni.”

Úgy gondolom ebben az esetben sem az arányosság követelménye szűkíti a jogszerű védekezés lehetőségét, hanem csak a védelmi szándék korlátozódik az élet szándékos kioltásának az elkerülésére. A korábban már kifejtettek szerint, a fenti helyzetben sem viszonyulhatunk úgy a jogtalanul megtámadotthoz, hogy az objektív arányosság fogalmilag értelmetlen követelményének tiszteletben tartását várjuk el tőle az elhárítás gondatlan következményei vonatkozásában. Ezért, véleményem szerint a párhuzamos véleményben foglaltak a védelmi szándék szubjektív elemével egészítendőek ki, feltéve az arányosság objektív kategóriáját, *eképpen csak a támadó szándékos megölése esetén nem lehet a büntethetőséget a jogos védelem szabályai alapján kizárni. (E ponton helyeslem a Code Penal a védelmi szándéknak nyíltan döntő jelentőséget tulajdonító szabályozását).* Egész gyakorlatiasan fogalmazva, egy „tisztn” vagyon ellen irányuló támadás, a jogos védelmi helyzetet megalapozó feltételek megléte esetén egy formálisan halált okozó testi sértésnek minősülő cselekménnyel (a halált szándékon túli eredményként előidéző magatartással) a Btk. 29.§. (1) bekezdése alapján a büntethetőség kizártsága mellett elhárítható.

Vö.: Ujvári Ákos: A jogos védelem határai vagyon elleni támadások esetén (Emlékkönyv Lábady Tamás 60. születésnapjára tanítványaitól 2004. 504-505. oldal)

## V.

### A Svéd Btk.<sup>12</sup>

#### 24 .Fejezet

##### *A büntetőjogi felelősség alóli mentesülés általános alapjai*

*1.§. A jogos védelemben végrehajtott cselekmény csak akkor minősül bűncselekménynek, ha a támadás természetére, jellegére, a megtámadott jogi tárgy jelentőségére és az eset összes körülményére tekintettel nyilvánvalóan igazolhatatlan.*

*A jogos védelemben cselekvés joga fennáll:*

*1. bűncselekményt megvalósító megkezdett, vagy közvetlenül fenyegető, személy vagy vagyon ellen irányuló támadással szemben,*

*2. olyan személlyel szemben aki erőszakkal, vagy erőszakkal fenyegetve, vagy más módon ellenáll a tettenérése során a dolog visszaszerzésével szemben,*

*3. olyan személlyel szemben, aki jogellenesen behatol, vagy behatolni kísérel másnak a lakásába, házába, műhelyébe, vagy hajójába,*

*4. olyan személlyel szemben, aki a jogosult utasítása ellenére megtagadja a lakás elhagyását.*

Egy adott jogrendszerben uralkodó jogi kultúráról, a jogi gondolkodás előfeltételeiről (paradigmáiról) nem csupán a joganyag pozitív rendelkezései alapján lehet képet alkotni. Ennél sokkal árulkodóbbak azok a paradigmikus elgondolások, amelyek felől az adott törvény azért hallgat, mert azok külön tételezés nélkül is a jogi gondolkodás természetes alkotóelemei. Ezért egyes Kódexek esetében (a Svéd Btk. ide sorolandó) azok a kérdések juthatnak témánk szempontjából jelentőséghez, amelyeket a törvényhozó – szándékosan, vagy „tudat alatt” – nem rendez.

A svéd szabályozás, a törvényi rendelkezések mögé bújtatott, külön tételes jogi megfogalmazást – a jogi gondolkodás egészséges előfeltevéseiből adódóan – nem igénylő rejtett főszabálya: a jogos védelemben elkövetett cselekmény nem bűncselekmény.

Ebből a kiindulási pontból fakadóan a jogalkotó a jogos védelem elvi élű meghatározásakor nem azt definiálja, hogy mikor nem tekintendő bűncselekménynek a védelmi helyzetben lévő által megvalósított magatartás, hanem azt, amikor az a túllépés folytán kivételesen mégis bűncselekménynek minősül.

Ilyen elvi alapokról kiindulva, nem furcsálható, hogy a svéd modellből hiányzik az arányosság követelménye, de még a szükségesség terminológiáját sem alkalmazza a törvényhozó, kellően tág, felelősséggel terhelt teret biztosítva az ítélkező bírónak.

Az 1-4. pontig terjedően konkretizált jogtárgy sértések, illetve veszélyeztetések vonatkozásában a magánszféra jogellenes támadások lehetőségével szembeni kiemelt

---

<sup>12</sup> [www.wings.buffalo.edu/law/bclc/sweden.pdf](http://www.wings.buffalo.edu/law/bclc/sweden.pdf)

védelmén túl, meg kell jegyezni, hogy a svéd jogalkotó - a hazánkban a Be-ben szabályozott - „magánelfogási jogot” (2.pont) ügyesen építi be a jogos védelem normarendszerébe, egyben valódi tartalommal kitöltve ezt az egyébként eljárásjogi intézményt. E szabályozási mód speciálisan a vagyon elleni támadások esetén, a jogos védelemben megvalósítható cselekmények határait stádiumtanilag terjeszti ki, ugyanis lehetőséget biztosít a jogszerű védekezésre a jogtalan támadás befejezettségét követően is a bevégeztségig terjedően.

A svéd szabályozási rend mögött rejlő jogpolitikai koncepciót azért helyeztem, mert álláspontom szerint, a támadó a védendő jogi tárgy elleni támadással nem hagy fel abban az esetben, amikor erőszak alkalmazása nélkül, de ellenáll a dolog visszaszerzésével szemben (a bűncselekmény már befejezett de nem bevégezett), ezért a jogos védelem nyújtotta oltalom kiterjed arra, aki a stádiumtanilag befejezett vagyon elleni bűncselekmény elkövetőjét folyamatos, megszakítás nélküli magatartásával üldözi, mivel *a védendő jogi tárgy ellen irányuló támadás mind dogmatikai, mind az általános élettapasztalat szerinti értelemben mindaddig nem ér véget amíg az elkövető oldalán a zavartalan birtoklás lehetősége be nem következik (bevégeztség stádiuma).*

A Svéd Kódex nem csupán a tetten ért személy által, a tettenérése folytán megvalósított, vagy felújított személy elleni erőszakos támadás elleni jogszerű védekezést teszi lehetővé, hanem a dolog visszaszerzésével, az eredeti birtokállapot helyreállításával kapcsolatos bármely ellenállást a jogi tárgy elleni további támadásnak vélelmezi, ezzel megteremtve a jogos védelem előfeltételeit.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup>A magyar Be. 127.§. (3) bekezdésén alapuló elfogási jog *(a bűncselekmény elkövetésén tetten ért személyt bárki elfoghatja, köteles azonban őt a nyomozó hatóságnak haladéktalanul átadni; ha erre nincs módja, a rendőrséget értesíteni.)* gyakorlása során megvalósított diszpozíciószerű magatartások büntethetőségének kizártságát a bírói gyakorlat -meghatározott keretek között - elfogadja, addig a jogtalan támadás befejezettségének szűk értelmezéséből fakadóan (stádiumtani befejezettség) a jelenleg érvényesülő joggyakorlat jogos védelmi helyzetet nem állapít meg a jogtalan támadás befejezését követően, ha a támadás felújításának a közvetlen veszélye nem fenyeget, annak ellenére, hogy a jogellenes támadás formájában jelentkező bűncselekmény még nem bevégezett.

## VI.

### A Finn Btk.<sup>14</sup>

6.§. *Ha valaki olyan cselekményt követ el, amellyel saját vagy más személyét, vagyonát védi egy folyamatban lévő vagy közvetlenül fenyegető jogtalan támadással szemben, ha ez az egyéb esetekben büntetendő cselekmény szükséges volt a támadás visszaveréséhez, akkor jogos védelem miatt<sup>15</sup> nem büntethető.*

7.§. *A jogos védelemben cselekszik az is, aki a más lakásába, házába, birtokára, hajójába jogellenesen behatolóval szemben fejt ki elhárító magatartást, valamint az is, aki a bűncselekményen tetten ért, a dolog visszaszerzésével szemben ellenállást kifejtő személlyel szemben valósít meg egyébként büntetendő magatartást.*

9.§. *A 6., vagy a 7.§-ban meghatározott esetekben, ha a cselekmény nem volt szükséges a támadás visszaveréséhez (jogtárgyak védelméhez) a büntetés enyhíthető, vagy teljesen mellőzhető.*

*Büntetés nem szabható ki a jogos védelem túllépése esetén, ha a túllépést a megtámadott öntudat-vesztése okozta.*

A Finn Btk. esetében a túllépés szabályozását tartom kiemelendőnek, amely ugyan a támadás elhárítás szükségességének kritériumán alapszik, azonban az arányosság terminológiáját nem használja a törvény.

Az elhárítás szükségességét meghaladó cselekmények elkövetése esetén a büntetés mellőzéséhez, korlátlan enyhítéshez nem szükséges a jogtalan támadás kiváltotta tudatszűkült állapot. A 6. vagy 7.§-ban definiált jogos védelmi helyzetben való cselekvés objektív ténye – alanyi oldalon fellelhető befolyásoló körülmények nélkül is - megalapozza a túllépés büntetlenségének jogalkotói ígéretét.

Ez a törvényhozói megoldás egyben kriminálpolitikai állásfoglalás is: a védelmi helyzetben lévő batorítani kell a jogtalan támadásokkal szembeni fellépésben. Csekélyebb érdek fűződik az elhárítás szükséges mértékét túllépő jogos védelmi helyzetben lévő személy megbüntetéséhez, mint a jogtalan támadással fenyegető személyek elrettentéséhez, a megtámadottak batorításához.

A túllépés szabályozásának második lépcsője minden esetben teljes büntetlenséget helyez kilátásba, ha a megtámadottnál öntudat-vesztett állapot lép fel. Ez a rendelkezés a német modell sajátosságaival mutat rokonságot, mivel nem képez fokozatokat a tudatszűkület szintjei szerint.

---

<sup>14</sup> [www.wings.buffalo.edu/law/bclc/finnish.htm](http://www.wings.buffalo.edu/law/bclc/finnish.htm)

<sup>15</sup> A rendelkezésre álló angol fordítás a „self-defence” terminológiát használja (akárcsak a Svéd Btk. esetében), ugyanakkor a szövegkörnyezetből egyértelmű: valójában nem önvédelemről, hanem a tágabb kört felölelő jogos védelemről van szó.

## VII.

### A Dán Btk.<sup>16</sup>

13.§. (1) *A jogos védelemben elkövetett cselekmény nem büntethető, ha az szükséges volt a megkezdett vagy közvetlenül fenyegető jogtalan támadás elhárításához, feltéve, ha a cselekmény a támadásban rejlő veszélyre, a támadóra, a veszélyeztetett érdekek jelentőségére tekintettel nem minősül kifejezett túllépésnek.*

(2) *Aki a jogos védelem határát a támadás okozta indokolható félelemből, vagy ijedtségből lépi túl nem sújtható büntetéssel.*

(3) *A fenti rendelkezések alkalmazandóak a jogszerűen fogva tartott szökésének megakadályozására, kézre kerítésére.*

A Dán Kódex egy nagyon jól hasznosítható terminológia segítségével fejezi ki e jogintézmény lényegét. Az elhárítás szükségességét, valamint a szükségesség és a túllépés viszonyát a *támadásban rejlő veszély*<sup>17</sup> mértéke határozza meg.

A támadásban rejlő veszélyre lehet következtetést levonni az (1) bekezdésben felsorolt további két ismérv elemzéséből is (a támadó jellemzői, a veszélyeztetett érdekek jelentősége).

Az elhárítás szükségességét, mint alapfeltételt bele lehet sűríteni a „támadásban rejlő veszély” kategóriájába, amelyet tágabb értelemben a támadó és a védekező attribútumai, a veszélyeztetett érdekek, a támadás realizálása esetén bekövetkezhető sérelem mértéke határoz meg.

Ez a megoldás alkalmasabb a jogos védelem alapjául szolgáló - nem sematizálható - élethelyzetek szabályozására, mint a leegyszerűsített felfogást tükröző formális arányosság kritériuma.

A támadás kiváltotta félelemből, vagy ijedtségből történő túllépés - a tudatszűkület fokozatait figyelembe nem vevő - szankcionálhatatlansága a német, és a finn rendelkezésekkel mutat hasonlóságot.

## VIII.

### A Lett Btk.<sup>18</sup>

29.§. (1) *Jogos védelemnek minősül az a cselekmény, amely az államot, közérdeket, saját vagy mások jogait ért, avagy saját vagy más személyt ért támadást, vagy azzal való fenyegetést hárít el és a támadónak sérelmet okoz.*

*Az így cselekvőt csak akkor terheli büntetőjogi felelősség, ha a jogos védelem határát túllépi.*

(2) *A jogos védelem határának túllépése akkor állapítható meg, ha a védelmi cselekmény a támadás veszélyére, természetére tekintettel nyilvánvalóan aránytalan, azaz nem volt szükséges ahhoz, hogy megelőzze, vagy visszaverje a támadást a támadónak okozott sérelemre is tekintettel.*

---

<sup>16</sup> The Danish Criminal Code: English version (Gitte Hoyer, Martin Spencer, Vagn Greve Copenhagen 1999.) 20. oldal

<sup>17</sup> „... what is reasonable with regard to the *danger inherent in the attack*...”

<sup>18</sup> www.ttc.lv/new/lv/tulktojumi/E0032.doc



(3) A támadás elhárítása során a támadónak gondatlanságból okozott sérelem miatt az elhárító magatartást kifejtőt büntetőjogi felelősség nem terheli.

(4) A jogos védekezés joga mindenkit megillet, tekintet nélkül arra, hogy lehetősége van a támadás elkerülésére, vagy segítség kérésére.

A Lett jogalkotó az arányosság követelményének meghatározásakor visszautal a támadás megelőzésének, illetve elhárításnak szükségességére ((2) bekezdés). A védelmi helyzetben cselekvő által megvalósított diszpozíciószerű magatartás túllépés szempontjából történő vizsgálatokor, a támadónak okozott sérelem mértéke csupán az egyik, de nem kizárólagos tényező amit figyelembe kell venni. Ezzel elkerülhető az arányossági kritérium - a megtámadottat sújtó – formalizálása, vagyis a támadó által realizált, vagy fenyegető sérelem és a védekező okozta sérelem mechanikus egybevetése.

Az Osztrák modellel ellentétesen a Lett Kódex ((3) bekezdés) a védelmi helyzetben cselekvő javára írható jelentőséget tulajdonít a védelmi szándéknak, ezáltal mentesíti a megtámadottat az elhárítás gondatlan következményei alól.<sup>19</sup>

A védelmi szándék relevanciáját a szerencsés megfogalmazás helyes irányba szűkíti, amikor kizárólag a támadónak okozott gondatlan sérelem okozás esetére biztosítja a büntethetőség kizártságát. Könnyen elképzelhető ugyanis olyan helyzet, amikor a jogos védelmi helyzetben cselekvő nem csupán a támadónak, hanem vétlen harmadik személynek okoz gondatlanságból a támadás elhárítása során sérelmet. Ilyen esetekben a vétlen személy sérelmére elkövetett cselekmény büntethetőségének kizártságát semmilyen érdek nem igazolhatja, ebben a relációban már nem a jog áll szemben a jogtalansággal.

A (4) bekezdésben foglaltak a másként el nem háríthatóság követelményének tagadásaként foghatóak fel. A Lett jogalkotó deklarálni kívánta a menekülési, kitérés kötelezettség elutasítását.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> A 7.jegyzetpontban már utaltam rá, hogy a hazai joggyakorlat is érvényesíti ezt a felfogást.

<sup>20</sup> Hazánkban, a joggyakorlatot a mai napig orientáló Legfelsőbb Bíróság által kibocsátott 15. számú Irányelv III. pontja szerint: *a jogtalan támadás esetén a megtámadott általában nem köteles meneküléssel kitérni a támadás elől; kivételesen azonban a büntetőjogilag közömbös elhárítási mód választásának a kötelezettsége terheli a hozzátartozót a felmenője, testvére vagy házastársa részéről ellene intézett, illetőleg fenyegető támadás esetén. Megkívánható ez a súlyosabb fokban kóros elmeállapotban, szemelláthatóan tudatzavarban levő személyek jogtalan támadása esetén is, függetlenül attól, hogy a tudatzavart állapotot mi válthatta ki.*

A kitérés kötelezettség bírói gyakorlatban érvényesülő tételének morális tartalma elfogadható volna, azonban alkotmányos-büntetőjogi szempontból nem hozható létre olyan helyzet, hogy egy törvényben meghatározott büntethetőséget kizáró ok tartalmát a bírói gyakorlat contra legem, in peius szűkebben értelmezze a jogalkotónál, ezzel büntetőjogi felelősséget teremtsen olyan esetekben, amikor a felelősség a Btk. rendelkezése folytán kizárt.

## IX.

### Az Észb Btk.<sup>21</sup>

28.§. (1) *A cselekmény nem jogellenes, ha saját vagy más törvényes jogait támadó cselekményt hárt el, ha a jogos védelem határait át nem lépve sérti meg ezáltal a támadó törvényes jogait.*

(2) *A jogos védelem túllépésének tekintendő, ha az elhárító magatartást kifejtő személy (előre) megfontolt egyenes szándékkal oly módon hajtja végre a védelmi cselekményt, amely nyilvánvalóan nincs összhangban a támadásból fakadó veszéllyel. Túllépésnek tekintendő az is, ha a védelmi helyzetben lévő (előre) megfontolt egyenes szándékkal nyilvánvalóan súlyosabb sérelmet okoz a támadónak.*

(3) *A támadás elkerülésének, vagy másoktól való segítség kérésnek a lehetősége nem zárja ki a jogos védekezés jogát.*

Az Észb Kódex fenti szabályanyaga sok tekintetben egyezik a Lett rendelkezésekkel (védelmi szándék relevanciája, kitérés kötelezettség). A (2) bekezdésben foglaltak szintén a védelmi szándék jelentőségét hirdetik. Ugyanis a védekezési szándék, durva visszaélészerű megszegése jelenti egyben a jogos védelem határának a túllépését is.<sup>22</sup> Ebből a contrario következik, hogy az elhárító magatartással okozott gondatlan következmények a büntetőjogi felelősség körén kívül rekednek.

Az objektív arányosság követelményének – helyesen - nincs szerepe a túllépés szabályozásban, mivel a védekező által okozott súlyosabb sérelem csak akkor alapozza meg a büntetőjogi felelősséget, ha azt egy alanyi oldali ismérv (előre megfontolt, egyenes szándék formájában) is megtámogatja.

A jogalkotó hallgatólagosan számol azzal, hogy a jogtalan támadások az esetek többségében váratlanul érik a megtámadottat. A védelmi helyzetbe került személy lépés hátrányban van a támadóval szemben, aki a támadásra pszichésen, és a megválasztott eszközök, módszerek tekintetében is felkészülhetett. Ilyen körülmények között a megtámadottól nem várható el, hogy helyzete veszélyességének minden elemét felmérve, egy objektivizált mérce keretein belül védekezzék.

Ugyanakkor, ha a védekezőnek van ideje a támadásra való felkészülésre, akkor a jogos védelem mögé bújva a védekezés jogát előre megfontoltan, egyenes szándékkal nem gyakorolhatja társadalmi rendeltetésével ellentétes módon.

---

<sup>21</sup> [www.legaltext.ee/text/en/X30068K3.htm](http://www.legaltext.ee/text/en/X30068K3.htm)

<sup>22</sup> Álláspontom szerint a támadás elhárítás szükséges mértékének meghatározásakor a hazai gyakorlatban azt a *teleologikus szemléletet* kellene erősíteni, amelyet csírájában a Legfelsőbb Bíróság a 15. számú Irányelv III.pontjában is megfogalmazott, miszerint *a támadás elhárítás, mint cél szabja meg a jogos védelem határát, ez jelöli ki a jogszerű védekezés érvényességi területét.*

Ezt az alaptételt továbbgondolva arra a következtetésre juthatunk, hogy a jogos védelmi helyzetben lévőől csupán az követelhető meg, hogy *mindvégig támadás elhárítási céllal* csak a szükséges mértékig – azaz a támadás befejezéséig, felújítása veszélyének elmúltáig – védekezzen diszpozíciószerűen.

Ezen az alapon nem lehet a védekezés szándékosan kegyetlen, embertelen módját választani, még akkor sem, ha végeredményét tekintve a támadó és a védekező által okozott sérelmek objektíve arányban állnak egymással.

## Összegzés

A külföldi Kódexek rendelkezéseinek vizsgálatát követően a kiindulópontként megfogalmazott meggyőződés még inkább erősödött. A hazai Btk. 29.§-án alapuló ítélkezési gyakorlat továbbfejlesztésével – figyelembe véve a bírói gyakorlat elmozdulásának irányát – a felmerülő problémák orvosolhatóak. Úgy gondolom azonban, hogy a joggyakorlat a már bevett jogtételek pontosítása révén jogalkotói támogatásra is szorul.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> A kodifikációs munkálatok alatt álló új Btk. jogos védelemmel kapcsolatos tervezett szabályozása az elképzelések szerint az alábbiak szerint alakulna:

25.§. (1) *Nem büntetendő az a cselekmény, amely személyek, javak vagy a közérdek ellen intézett, illetőleg ezeket közvetlenül fenyegető jogtalan támadás elhárításához szükséges és azzal arányos.*

(2) *A testi épséget fenyegető támadás elhárítása során az arányosság értékelésekor a támadás lehetséges távoli következményét is figyelembe kell venni.*

(3) *Nem büntethető, aki az elhárítás mértékét azért lépi túl, mert azt ijedtségből vagy menthető felindulásból képtelen felismerni.*

(4) *A büntetés korlátlanul enyhíthető, ha az ijedtség vagy a menthető felindulás az elkövetőt korlátozta az elhárítás szükséges és arányos mértékének felismerésében. (Wiener A. Imre: A Büntető Törvénykönyv Általános Része de lege ferenda, 2003. 108.o.)*

A jogos védelmi helyzetben lévő személy arányos védekezésének törvényi szintre emelt megkövetelése *formális értelemben* megszüntetheti ugyan az eddigi contra legem jogértelemezést, de az egymásnak szembefeszülő jogi tárgyak heterogenitásából fakadó problémán tartalmi szempontból semmit sem változtat. (A (2) bekezdésbe beépített „támadó viseli a kockázatot” tétel csak helyeselhető, bár nem találok elvi indokát annak, hogy ez milyen alapon szűkítendő csupán a testi épséget fenyegető támadásokra.)

Ha a megalkotandó új Btk. alapjául szolgáló büntetőpolitikai célkitűzések szerint is a védekező pozícióját kellene erősíteni, akkor szembe kellene nézni az arányosság megkövetelése mögött meghúzódó ellentmondásokkal. *(Wiener fent id. mű uo.; a védelmi helyzetben lévő pozíciójának erősítését Berkes György is alapvető büntetőpolitikai célkitűzésnek tekinti A büntetőjogi felelősség feltételei című tanulmányában, Büntetőjogi Kodifikáció, 2002/3. 27.o.)*

Az objektíve arányos védekezés elvárása, nem hogy erősíti, inkább gyengíti, ellehetleníti a jogos védelmi helyzetben lévő személy védekezési lehetőségét.

A személy elleni erőszakkal, avagy élet, vagy testi épség ellen irányuló közvetlen fenyegetéssel nem járó vagyon elleni támadások esetén is a leggyakoribb, és legtöbbször egyetlen elhárítási mód: a jogtalan támadó testi épségét sértő magatartás. A védekezés - támadással szembeni - objektív arányosságának megkövetelése, az egymással szemben álló különmű jogi tárgyakra tekintettel fogalmi képtelenség.

*Ha mégis ezt a követelményt támasztjuk, ez önkényes, kiszámíthatatlan jogalkalmazáshoz vezet.*

Ez a törvényi szintre emelendő, a joggyakorlatból származó „megoldás” a védekezés határait csak látszólag jelöli ki objektív mérce alapján, mivel a jogalkalmazó az összemérhetetlenség folytán csak tetszőlegesen minősíthet valamely elhárító magatartást a vagyon elleni támadáshoz mérten „objektíve” arányosnak.

Az olyan törvényi szabályozás, amely fogalmi meghatározásából fakadóan kiszámíthatatlan joggyakorlati megoldásokhoz vezethet – amellet, hogy a jobbiztonság sérelmén keresztül az alkotmányos büntetőjog követelményét sérti - nem, vagy csak véletlenszerűen szolgálhatja a védelmi pozícióban lévő érdekeit.

Ha a védekező kezét az „objektív arányossággal” összekötözzük, miután fogalma sincs róla – mert elvileg fogalma sem lehet róla -, hogy meddig terjedhet a jogos védekezése határa, a felelősségre vonástól való megalapozott félelmében eltűri az ő vagy más sérelmére véghez vitt vagyon elleni támadást, és ezzel másodlagosan növeli a jogtalan támadó „önbizalmát”, későbbi bűnelkövetési lehetőségeit.

A törvényhozói beavatkozás szükségességét az alábbi területeken látom indokoltnak: arányosság - elhárítás szükségessége, a védelmi szándék relevanciája, a kitérés kötelezettség.

A jogos védelem szabályozási koncepciója alapjául szolgáló axiómának tekinthető, hogy a megtámadott büntetőjogilag tilalmazott magatartást hátrít el, és ez a tevékenysége a közérdeket szolgálja.

A védekező formálisan diszpozíciószerű cselekménye „duplán jogszerű”, mivel saját, vagy más(ok) védelmében lép fel, valamint ezzel egyidejűleg szükségszerűen a társadalom egészének védelmében is eljár.

Szintén evidencia: amennyiben nem erősítjük, vagy helytelen terminológia alkalmazásával gyengítjük - a felkészületlensége, morális gátlásai folytán amúgy is kedvezőtlenebb helyzetből indul - megtámadott pozícióját, azzal szükségszerűen lendületet biztosítunk a támadónak.

A védelmi helyzetben jogszerűen cselekvőt, a jogi szabályozás és a bírói gyakorlat alakítása révén legalább olyan kedvező helyzetbe kell hozni, mint amilyenben a támadó van. A támadó ténylegesen fennálló helyzeti előnyét a normatív előírásoknak kell ellensúlyozniuk.

#### *Ad.1. Az arányosság – elhárítás szükségessége*

A jogos védelmi helyzetben cselekvés feltételrendszerét a védelmi helyzetben lévő által számításba vehető szempontokhoz kell igazítani. A védelmi magatartással okozott sérelem, és a jogtalan támadással okozott, vagy okozható sérelem összemérése az esetek túlnyomó részében csak utólagos mérlegelést követően állapítható meg, ebből fakadóan a jogosan cselekvő által előzetesen nem megfontolható.

Ezért a korábbiakban már kifejtett érvek mellett ez okból sem szükséges az arányosság kategóriájához ragaszkodnunk.

A jogrend nem támaszthat magasabb követelményt a jogszerűen védekezővel szemben, mint amelyet a jogtalanság talaján állóval szemben megkíván.

Nem vezethető le a jogos védelemre vonatkozó szabályozásból, de más alaptételekből sem, hogy a jogellenes támadót lehetőség szerint kímélni kell.

A jogtalan támadó javára csak olyan törvényi kritérium fogalmazható meg, amely az életét a szándékos cselekményekkel szemben – az élet elleni támadásokat leszámítva – minden esetben, míg a testi épségét csak a visszaélészerűen gyakorolt „jogos” védelmi magatartásokkal szemben védelmezi.

Ha a jogos védelmi helyzetben lévőt a támadóval szembeni fellépés során nem a leszámolási célzat, bosszú vezérli az alkalmazott eszközök megválasztásban, a sérelemokozás mértékében – azaz a védelmi szándéka teljes terjedelmű -, akkor az elhárítás szükségességének keretei között védekezhet.

Ugyanakkor, bizonyos vonatkozásokban el kell ismernem az arányosság megkövetelése mögött meghúzódó büntetőpolitikai célkitűzések indokoltságát is.

Az Alkotmány által védett értékek hierarchiájának legalján helyezkednek el a vagyoni jogok. Ennek indoka, hogy a vagyonhoz fűződő jogok pénzben pontosan kifejezhetőek (kivétel persze itt is akad: felbecsülhetetlen értékű művészeti alkotások, nemzeti ereklyék stb), és ezáltal megsértésük esetén reparálhatóak. Érthető, hogy az egyes vagyontárgyak pótolhatósága folytán, társadalmi szempontból a javak elleni támadások elhárításakor volna a leginkább célszerű megkövetelni, a jogi tárgyak heterogenitása miatt megkövetelhetetlen arányosságot.

A jogpolitikai célok és az azokat kifejező jogi terminológia ellentmondásait jól szemlélteti, hogy míg az élethez, testi épséghez fűződő jogok az alkotmányos hierarchia csúcsán állnak mégis az ezeket ért támadások esetén fogalmilag nem kizárt az arányosság érvényesíthetősége, a védekezővel szembeni szigorúbb mérce alkalmazása.<sup>24</sup>

*Ad. 2. A védelmi szándék relevanciája*

A védelmi szándék jelentőségét, és az ebből adódó következményeket a joggyakorlatban már kialakított jogtétel alapján, a Lett és az Észt szabályozáshoz hasonlóan törvényi szintre kellene emelni.

*Ad. 3. A kitérés kötelezettség*

Meg kell szüntetni azt az alkotmányellenes helyzetet, miszerint egy büntethetőséget kizáró ok törvényben nem korlátozott terjedelmét a bírói gyakorlat szűkíti.

A kitérés kötelezettséget vagy a törvényben kellene szabályozni, vagy a Lett és az Észt modellnek megfelelően deklarálni szükséges e köteleesség nem létezését.

---

<sup>24</sup> Gondolat ébresztőként hatott rám: Andrew Asworth: Principles of criminal law (Oxford 1991. 122.o.) „Különösen keveset szólnak a tulajdon védelmében alkalmazott erőszakról, annak ellenére, hogy elvárt volna: az arányossági követelmények ilyen ügyekben sokkal merevebben kerüljenek kikényszerítésre.”

## VARGA CSABA

### **Halász Aladár** (Életrajzi jegyzet)

HALÁSZ ALADÁR 1892. január 25-én született Budapesten. Fővárosi egyetemvégzése nyomán 1915-ben avatták doktorrá. Hallgatóként a Galilei-kör tagjaként tevékenykedett, majd 1914-ben a Magyar Radikális Pártban folytatta ügyködését, hamarosan a párt elnöki tanácsa tagjaként. A Magyar Tanácsköztársaság szolgálatára felesküdve 1919. március 26-án a Szociális Termelés Népbiztosságának kötelékébe lépett. 1919 augusztusában, a rezsim bukásakor Bécsbe emigrált, ahol magánalkalmazott. 1924 júniusában hazalátogatva teszi le egységes bírói és ügyvédi vizsgáját. Pontosan egy év múltán települ végleg haza, s önálló irodát nyitva ügyvédkedik 1944 tavaszáig, amikor zsidóként törlik az ügyvédek jegyzékéről. 1944 november végén feleségével együtt letartóztatják a nyilasok. 1945-től ismét ügyvéd, sőt megszűnéséig az újjraalakult egységes bírói és ügyvédi vizsgabizottságnak is tagja. 1945 februárjában HARRER FERENC-cel újra megalakítja a Magyar Radikális Pártot, főtitkára is lesz, az 1947. évi választás eredményeként két cikluson át nagybudapesti szervezete országgyűlési képviselője, az igazságügyi, majd a jogi bizottságnak is tagja. Létrejöttétől (1950–) haláláig a fővárosi tanácsnak szintén tagja, közlekedési bizottságának több ízben elnöke.

Beszüntetve ügyvédi foglalatосkodását, 1951-ben lesz docens, majd megbízott tanszékvezető a szegedi egyetem római jogi tanszékén. ÓRIÁS NÁNDOR nyugdíjaztatásának elérkeztevel az 1955–56. tanévtől kéri fel, hogy egyidejűleg lássa el a pécsi római jogi tanszék vezetését is. Az 1956–57. tanévtől kezdve immár kizárólag Pécsen tanít, kandidátusi fokozatának megszerzését (1958) követően 1959. február 1-től egyetemi tanárként. 1965. július 31-én történik nyugalomba vonulása, 1966. január 10-én halálozik el Budapesten.

A Tanácsköztársasági Emlékérem (1959), majd a Munka Érdemrend kitüntettetje.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> HALÁSZ ALADÁR neve az ismert életrajzi lexikonok egyikében sem szerepel. Címszószerű feldolgozást ad Benedek Ferenc 'Római jog' in *Fejezetek a pécsi egyetem történetéből* szerk. Csizmadia Andor (Pécs: [Szikra Nyomda] 1980), 263. o. és Szabó Róbert 'Halász Aladár' [kézirat] in *Az 1947. szeptember 11-re Budapestre összehívott Nemzetgyűlés almanachja* főszerk. Vida István (Budapest: Magyar Országgyűlés 2006) [előkészületben] [Történeti Almanach III]. Mintha rejtőzködő személyiség lett volna. Legalábbis tanszéki utódában különös emlékként rögzült, hogy miután mint pécsi professzorról egyetemén semmiféle önéletrajz nem maradt, kinevező minisztériumában remélve illet feltalálhatni, a személyzeti osztályt vezető elvtársnő az elhúnytat ismerő bennfentességgel fogadta, de semmiféle életrajzot nem talált. Mai történész életrajzírója pedig ügyvédszervezeti levéltárakban búvárkodott, ám negyed évszázadnál hosszabb praxisa ellenére, úgy tetszik, dokumentált életrajzi nyomot HALÁSZ gyakorlatilag alig hagyott.

\*

Gyakorlatilag alig publikált.<sup>2</sup> Tudományművelésben járatlanságából mégis erényt kovácsolt, amikor — az utókor emlékidézése szerint —

“Sokoldalúan művelt, idegen nyelveket bíró, jogirodalomban jártas jogásként gyakorlatiasan oktatta a kor mostoha viszonyai közepette is a római jogot.”<sup>3</sup>

Meglepetést kelthetett, amikor pécsi tanárkodása idején megszületett — mint kiderült, mára kizárólag a Magyar Tudományos Akadémia Kézirattárában megőrzötte<sup>4</sup> — kandidátusi disszertációja, mely a jogi gondolkodás lényegébe hatoló tárgyválasztással, harminc ívet megközelítő tekintélyes terjedelemben, valóban az úttörés erényeit felmutatóan úgy járta körül témáját, hogy abból egyszermind egy a jogi gondolatot mint nyelvi-logikai formáltságot illető teoretikus alapállás is kibontakozhatott.

Egy bő évtizeden át munkatársa, majd utóda, generációk hosszú sora nevelőjeként immár évek óta emeritusként munkálkodó **BENEDEK FERENC** korabeli értékelése változatlanul megfontolandó. Eszerint

“Az igénytelen, ezért megtévesztő cím egy nagylélegzetű, elméleti igényű munkát takar. A három részre tagolódó értekezés első traktátusa a szimbolikus logika műveleteinek a jogban való alkalmazási lehetőségeiről szól. HALÁSZt itt különösen a kettős tagadás (a tagadás tagadása) problémája foglalkoztatja. Alapvető tétele, hogy elemi ítélet nincsen, minden logikai ítélet konjunkció, melyben az első tagadással kétértelműséget teremtünk, melyet a második (szelektív) tagadással küszöbölünk ki. A második traktátus tárgya a jogi fikció és annak logikai struktúrája. Kimutatja, hogy a fikció lényegét tekintve nem más, mint a törvényhozó egyik *modus docendi*je, melynek mondanivalója más logikai struktúrákba mearadéktalanul áttranszformálható. Ezért a jogi személyek magyarázatára előszeretettel alkalmazott ún. »fikciós elmélet« semmitmondó, minden tartalmat nélkülöző. A fikció lényegéről szóló megállapítások vezetnek át a harmadik traktátusban tárgyalt jogi személyek tanába. HALÁSZ itt annyiban megy túl SZÁSZY-SCHWARZ cél-elméletén, hogy ő a természetes és jogi személy lényegének tekintett célt célfolyamatnak s mint ilyen a társadalmi célfolyamatok, másként társadalmi tervfolyamatok részeként fogja fel. Felfogása tehát etatisztikus, miként SZÁSZY-SCHWARZé is, s ez a magyarázata HALÁSZ szerint annak, hogy felfogását annak idején elutasították, s a zavaros, misztikus elméleteket részesítették előnyben. Mert mint helyesen mondja, osztálytársadalomban az uralkodó osztálynak nem igaz, hanem hasznos, osztályuralmát igazoló elméletre van szüksége.

<sup>2</sup> Halász Aladár – Marton Géza – Óriás Nándor *Római jog* (Budapest 1952).

<sup>3</sup> *Memoria professorum Quinqueecclesiensium / Az Erzsébet Tudományegyetem és a jogutód intézmények professzorai szerk.* Czibók Balázs, Jankovits László, Nagy Ferencné (Pécs: [Bocz Kft.] 2000), 47. o. [fényképpel].

<sup>4</sup> Külön engedéllyel az OTKA T032156. számú projektumom terhére akadémián belüli felhasználásra sikerült általuk lemásoltatnom a teljes szöveget az MTA Jogtudományi Intézete részére, amelyből utóbb egy további másolatpéldányt eljuttathattam a Pécsi Egyetemi Könyvtár részére.

A jogi személy körében végzett vizsgálódásai elvezették HALÁSZt az alanyi jogok mibenlétének problémájához. Tervezte az alanyi jog elméletének kidolgozását. Utalásai sejtetik, hogy a képviselőben vélte az alanyi jog elmélete kulcsát megtalálni.”<sup>5</sup>

\*

Emléktörmelésekből összeállíthatóan HALÁSZ ALADÁR felmenői apai ágon legalább két generáción keresztül zsidó polgári iskolai pedagógusok voltak: igazgatók, ismert tankönyvszerzők, báró EÖTVÖS JÓZSEF nagy tisztelői, aki miniszterként szerét ejtette, hogy Nagy-Magyarország összes iskolaigazgatóját személyesen megismerje. A történészi életrajz adatsora atyját HALÁSZ EMÁNUEL hivatalnokként, anyját POLITZER DOROTTYAként azonosítja. Volt még egy húga, aki 1925 után Párizsban telepedett le. A család korán katolizált, testvére, HALÁSZ GYÖRGY a XX. század második felében berendezkedő rezsimmel hatalom védte bensőséget ápolva együttműködésben jeleskedő pap lett, a fővárosi Belvárosi Plébánián templomigazgató.

Ifjúkorában formálódott bizalmi kapcsolata RÁKOSI MÁTYÁSSal, akivel a Galilei-körben ismerkedhetett meg,<sup>6</sup> sőt a Tanácsköztársaság idején is ugyanazon népbiztosságon munkálkodtak.<sup>7</sup> A két háború közt már jobbára a Franklin Társaság szellemi köréhez vonzódott — melynek jogtanácsosi feladatát látta el —, valamint a *Husadik Század* folytatására hivatottan CSÉCSY IMRE által szerkesztett *Századunk* folyóirata köré tömörülőkhöz. Művelt, klasszikus filológiai területeken jártas, latinul és spanyolul egyaránt olvasó, németül, angolul és franciául kiválóan beszélő, olvasott elme, nagyszerű *causeur* és éles vitázó volt. Határozott, teát szertartásosan fogyasztó, nagypolgári, tartásos alkat, ugyanakkor robbanékony temperamentum, egyszersmind mindentől távolságtartó, s így “egy ponton túl már zavaró” csaknem cinizmussal.<sup>8</sup> Szívesen emlékezett évezdek múltán is arra, amikor utazgatásai során véletlenül vonaton megismerkedve a nála huszonöt évvel idősebb JOHN GALSWORTHYvel hosszan eldiskurálhatott.

Felesége, LÁNCZOS GIZI, akivel 1934-ben történt házasságkötésüktől gyermektelenként éltek mindvégig, az 1853-ban Várpalotán született LÖWY

<sup>5</sup> Benedek, 263–264. o.

<sup>6</sup> Az egyetlen fennmaradt (akkor aktuális!) tagsági listában ugyanakkor egyikük neve sem szerepel — lásd Varga F. János ‘A Galilei-kör névsora 1912-ből’ *Történelmi Szemle* 1976/1–2, 211. és köv. o. —, amint nyilvánvalóan a hősi időkben még egyikük sem vehetett részt — hiszen maga Kende Zsigmond *A Galilei-kör megalakulása* szerk. Hanák Péter és Litván György (Budapest: Akadémiai Kiadó 1974) 196 o. egyiküket sem említi [ami annyiban kölcsönös, hogy Rákosi Mátyás *Visszaemlékezések 1892–1925*, I–II (Budapest: Napvilág 2002) pedig az előbbieket nem említi] —, az viszont történészi szemmel bizonyosnak tetszik — Csiszkó Mária ‘Képviselői pályaképek: 1947–1953’ *Történelmi Szemle* 1985/1, 154. o. —, hogy KENDE ZSIGMOND és RÁKOSI MÁTYÁS bizalmi kapcsolata valóban közös Galilei-körös munkálkodásuk idején érlelődött.

<sup>7</sup> KENDE ZSIGMOND gyermeke, a párizsi emigrációból visszatért történész KENDE PÉTER az úgyszólván hónapra egykorú RÁKOSIVAL és HALÁSZ ALADÁRRal szemben édesapja viszonylagos korelsősége nyomán annak rögzülésére emlékezik, hogy a négy évvel idősebb galileista alapító iránt fiatalabb társainak egyfajta tiszteletérzése mindvégig fennmaradt.

<sup>8</sup> Kende Péter visszafogott megjegyzése.



KÁROLYnak, a székesfehérvári ügyvédi kamara és egyúttal a székesfehérvári izraelita hitközség elnökének<sup>9</sup> lánya, mintegy félezer holdnyi földbirtok örököse, s az utóbb majd EINSTEIN valamikori munkatársaként és a kvantummechanika nemzetközileg számon tartott úttörőjeként ismert LÁNCZOS KORNÉLnak<sup>10</sup> a leánytestvére, aki a Leövey Klára Gimnáziumban angoltanárként működött.<sup>11</sup> Élénk szellemű s egyes emlékek szerint buzgó vallásosságáról ismert hölgy, aki akkoriban, amikor a hidegháborús feszültség lassú múlásával s fivérének a dublini *Institute for Advanced Studies* vezetőprofesszoraként nyugállományba vonulásával gyakoríthatóvá váltak hazalátogatásai, vendéggként fogadhatta testvérét.<sup>12</sup>

Radikális párti szereplését — 1945 novemberében CSÉCSY IMRE és ZSOLT BÉLA után ötödikként kerülve listára (de nem a törvényhozásba) képviselőjelöltként, 1945. november 17-én pártügyésszé kinevezve (miközben például a jogászság számára jól ismert BECK SALAMON elnökségi tag lesz), az 1947. augusztus 31-én megrendezett választáson a Magyar Radikális Párt nagy-budapesti listáján indulva lett pótképviselő, 1947. december 12-én hívatva be az országgyűlésbe a ZSOLT BÉLA lemondásával megüresedett helyre, 1948-ban a Magyar Radikális Párt és a Polgári Demokrata Párt fúziójának előkészítése gyanánt tervezett Radikális Demokratikus Pártszövetség irányítására életre hívott tíztagú Egyeztető Bizottság tagjává kinevezve, közbenjárva HARRER FERENC 1948. augusztus 2-án történt elnökké választásában, maga pedig 1949. március 11-én választatva meg a Magyar Radikális Párt főtitkárává,<sup>13</sup> majd 1949 májusában a népfront-választáson országos és nagy-budapesti listán egyaránt szerepelve (HARRER FERENC, KENDE ZSIGMOND, HALÁSZ ALADÁR sorrendjével kezdve), de megválasztásra nem kerülve — verbális antikommunizmusa fémjelezte, miközben RÁKOSI MÁTYÁSnak (tanszéki visszaemlékezés szerint) mintegy “puha”, ugyanakkor mégis “leghívebb”<sup>14</sup> ellenzékeként szolgált, mely küldetése szerint — pontosan a kommunista

<sup>9</sup> *Magyar zsidó lexikon* [szemben a reprint kiadás meghamisított — *Zsidó lexikon* — címével!] szerk. Újváry Péter (Budapest: Pallas 1929), 545. o., fia pedig 521. o.

<sup>10</sup> Háttérként elsődleges eligazításul vö. *Magyar életrajzi lexikon* 3. (kieg.) köt., főszerk. Kenyeres Ágnes (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981), 461. o. Mint nemzetközileg CORNELIUS LANCZOSként azonosított életrajzi méltatásai megjegyzik, 1906-ig LÖWY családnévre hallgató, a székesfehérvári Oskola utca 11. számban lakott családban nevelődve, zsidó felekezeti elemijét a helyi cisztercita középiskolában folytatva került Budapestre a Műegyetemre, ahol egyebek közt EÖTVÖS LORÁND, FEJÉR LIPÓT, TANGL KÁROLY, dokortatyjaként pedig ORTVAY RUDOLF adtak neki indítást arra, hogy EINSTEINnel közvetlenül felvéve a kapcsolatot, az 1920-as években szülőföldjét elhagyva, végül amerikai egyetemek és óriáscégek során át Dublinban megtelepedve a számelmélet klasszikusává — “indeed one of the twentieth century’s most versatile and innovative scientific minds” [ <http://www.physics.ncsu.edu/lanczos/> ] — emelkedjék. Vö. még <http://www-groups.dcs.st-and.ac.uk/~history/Mathematicians/Lanczos.html> és <http://www.lkg.hu/nevado/nevado.htm>.

<sup>11</sup> A készülő nemzetgyűlési almanach HALÁSZ ALADÁRnak 1945 után ügyvédkamarai kérdőívre válaszoló adatszolgáltatása nyomán zongoratanárnőnek tudja a feleséget. Nincs adatunk annak megválaszolására, vajon ugyanannak a személynek eltérő arculatáról, illetőleg egyetlen házasságról van-e szó.

<sup>12</sup> Dr. GELLAI BARBARA fizikátörténész a jelen szerzőnek elküldött szíves emléke szerint így találkozhatott az utolsó időkben a testvérpárral, amikor is az asszony “tisztellel és szeretettel” emlegette elhúnyt férjét.

<sup>13</sup> Izsák Lajos *Polgári ellenzéki pártok Magyarországon 1944–49* (Budapest: Kossuth 1983), 79., 82., 235., 238., 243. és 251. o.

<sup>14</sup> Varga F. János ‘A MRP és az 1947-es országgyűlési választások’ *Történeti Szemle* 1981/2, 227. o.

előretörés gyámolaként — “arról kívánta meggyőzni a polgárságot, hogy helye a baloldalon van”.<sup>15</sup> Mai tudásunk ezért közelít annak sejtéséhez, hogy mindezzel netalán egyszersmind ügynöki, sőt áruló szerepet is vállalt, hiszen a hazai szabadkőművesség és a polgári radikalizmus idegen zsoldba szegődött egyik kiszolgáltatójává lett.<sup>16</sup>

A mai RÁKOSI-életrajzírás határozottan erőteljes színekben ecseteli tevékenységét, pontosabban annak környezetét. Eszerint

“Egy pártmunkás »felfedezi« a szabadkőműves páholyokat. Jelentését GERŐ nyomban küldi RÁKOSInak, s ő azonnal válaszol: »már utasítottam PÉTER e.-t, állítsa össze a szabadkőművesek névsorát, s egy-egy gondos jelentést működésekről [...] utána részben közigazgatási úton, a fasiszták stb. üldözésével, részben olyan politikai követelésekkel, melyeket nem mernek vállalni, dezorganizálni kell őket, s utána leleplezni... Az egészet az idén likvidálni kell. I. 26. R.« Ekkor 16 budapesti, és három vidéki szabadkőműves páholy működött 12–13 ezer taggal. Az ÁVH szerint: »1949 tavaszától kezdve a baloldali elemek túlnyomó többségben kiléptek a páholyokból, mert akik a legprogresszívebb részét alkották, KENDE ZSIGMOND, GÖNCZI, SZEKERES, HALÁSZ ALADÁR és még néhányan, hivatalosan is kiváltak [...]. A szabadkőműves mozgalom félreérthetetlenül az ellenség oldalán áll. A MINDSZENTY-üggyel kapcsolatban nehezen lehetett állásfoglalásra bírni őket, ezt azonban KENDÉék kierőszakolták.« KENDE a Radikális Párt vezetőjeként is szolgálatokat tett RÁKOSIéknak. S mert nem voltak elvtársak, KENDE te-tu kedves barátomnak szólíthatta, sőt állást kérhetett tőle HALÁSZ ALADÁRnak (professzor lett Szegeden).”<sup>17</sup>

Ez a helyzet magyarázhatja gyakorlatilag párhuzamos kinevezését Szegedre, hiszen hetekkel utána azonos pozícióra a Miskolci Jogakadémia megszűntével PÓLAY ELEMÉRT is kinevezik, akit ezért időlegesen visszarendelnek a

---

<sup>15</sup> Csiszkó, uo.

<sup>16</sup> Az egykori polgári radikális LITVÁN JÓZSEF fia, a ma szintén emeritus történész LITVÁN GYÖRGY emlékezik vissza apja elbeszélése és az általa ifjú titkárként szolgált CSÉCSY IMRE nyomán arra a keserűsége, amit HALÁSZ ALADÁR behódolása a kommunistáknak, pártjuk és ügyük kiszolgáltatása váltott ki bennük.

<sup>17</sup> Püskösti Árpád *Rákosi a csúcson* 1948–1953 (Budapest: Európa 1996), 268. o.

Levéltári kutatásainak néhány adatát PÜNKÖSTI ÁRPÁD volt szíves rendelkezésemre bocsátani. Ezek tanúsága szerint Dr. KENDE ZSIGMOND 1951. április 19-én “Kedves Barátom!” megszólítású tegező levélben emlékezteti RÁKOSIt az Országgyűlés legutóbbi ülészakán találkozásukkor HALÁSZ ALADÁR már általa szóba hozott ügyére, amire RÁKOSI feljegyzi: »L. RÉVAI e. Szó lehet róla?«; utóbbi továbbküldi ORBÁNNak, s ő jegyzi már fel azt, hogy Szegedre nevezik ki a római jogi tanszék élére. MOL 276. f. 65/343. Nem érdekesség nélküli, hogy a helyzetértékelés idézett részét BEÉR JÁNOS 1950. február 23-án RÁKOSIhoz írt feljegyzéséből veszi át a hatóság, aki maga a káderosztály engedélyével (!) 1949. május első napjaiban lép ki a szabadkőművességből. MOL 276. f. 65/369. Figyelemreméltó végül, hogy egykori híveként és miniszterelnökeként HEGEDŰS ANDRÁS magát RÁKOSIt is szabadkőművesnek gyanítja, mert szerinte ez magyarázhatja csupán, hogy oly kesztyűs kézzel kizárólag egykori szabadkőművesekkel bánt.

KENDE PÉTER viszont otthoni szabadkőműves beszélgetéstémákra nem is emlékezik. JÁSZI OSZKÁRral egyetértésben — *Magyar kálvária – magyar feltámadás* A két forradalom értelme, jelentősége és tanulságai, 2. bőv. kiad. (Wien: Bécsi Magyar Kiadó é.n. [1921?]), 33–34. o. — súlytalan és gyakorlati jelentőség nélküli társalkodási formaként ítéli meg, aminek középszerű csevelyszintjével szemben éppen pártot szervezett az, aki valamilyen gondot tematizálni akart. Már pedig az Országos Közegészségügyi Intézetből eltávolított édesapja doktrinális alapon élesen antiMARXista volt, akinek szemében a kommunizmus egyszerűen butaság, s éppen ezért “nyugtalan tartózkodással” is figyelte fejleményeit. Barátjának segíteni akarásában ugyanakkor — mint kérdésekre eltűnődött — alaptermészete is közrejátszhatott: ebben az időben, korosodva, mintegy patriarchális tartással, ifjabb barátai érdemei szerint szívesen állt jó- vagy balsoruk mellé.

magánjog, sőt a családjog oktatására, és csak azután nyerheti el a néki szánt tanszéket, hogy HALÁSZ ALADÁR végleg eltávozik onnan Pécsre.<sup>18</sup> Hozzárendelt beosztottja emlékei szerint HALÁSZ szegedi ismerkedése a római jog egyetemi oktatásával még meglehetősen kalandos lehetett.<sup>19</sup>

Beválasztották a Magyar Jogász Szövetség vezetőségébe, időközben az Ügyvédi Kamarák Országos Szövetségének főügyészhelyettese lett, sőt feladatot vállalt az Országos Szabadművelődési Tanácsban. Bekapcsolódva a Hazafias Népfrent munkájába, hamarosan Országos Tanácsának tagjaként játszott szerepet. 1956 januárjában az Igazságügyi Minisztériummal egyetértésben az Ügyvédi Kamarák Országos Bizottsága törölte az ügyvédek sorából, s fellebbezését 1957-ben elutasították. 1956-ban, a forradalom eseményeinek hatására aktivizálódott, de csupán szellemileg: elvekben társakkal élénk eszmecserében “várva a kibontakozást”.<sup>20</sup>

Nemigen barátkozott, kivéve VITÁNYI BÉLA professzort, aki szintén a fővárosból utazott le hetente akkoriban.<sup>21</sup> Új egyetemi ismer(e)tségi köre aligha bővíthette sok évtizede bevált és politikai rokonszenven nyugvó fővárosi kapcsolatrendszerét. Gyászbeszédben is egykori mentora, MEDVE ZSIGMOND méltatta életét.<sup>22</sup>

\*

---

<sup>18</sup> Balogh Elemér ‘A kolozsvári–szegedi jogi kar története (1872–2002)’ in *A jogászképzés múltja, jelene és jövője* Ünnepi tanulmányok, konferencia-előadások, kerekasztal-beszélgetések, szerk. Takács Péter (Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar 2003), 188. o. [Bibliotheca Iuridica: Acta Congressuum 10] bizonyára pontatlan, hiszen a megyei bírósági bíróként római jogot pusztán előadó PÓLAYt 1949-től egyszerre római jogi és civilizisztikai tanszékvezetőnek tudja.

<sup>19</sup> Az ELTE ma emeritus jogtörténész professzora, SZEGVÁRI KATALIN úgy emlékezik vissza HALÁSZ ALADÁR mellé rendelésére kiegészítőként 1954-ben, hogy “a köpcös, külsőleg nagyon jovialis kinézet mögött voltaképpen egy szörnyeteg rejlett”, hiszen mindennel, főként a hozzáférhető tananyagokkal szemben hiperkritikus volt, őt, a pályakezdőt pedig arra próbálta rávenni, hogy azokat kijátszva, hallgatólagosan német tankönyvekből építse fel az oktatást.

<sup>20</sup> A Magyar Radikális Pártnak az Alkotmány útján megmaradt irodájával változatlanul KENDE ZSIGMOND és HALÁSZ ALADÁR rendelkezvén, Kende Péter visszaemlékezése szerint azt találkahelynek használták GIMES MIKLÓSSal, JUSZTUSZ PÁLlal és másokkal akkoriban folytatott beszélgetéseikhez.

<sup>21</sup> Erre emlékezik PÉTERI ZOLTÁN is az ugyanekkoriban lejáró VAS TIBOR kapcsán: “nem találta magát sehogy sem közöttük. Amikor lent volt, hát tanúsíthatom, hogy azokon a napokon az egyetemen töltötte idejét, a tanszéken aludt bent [...] az egyetemi kollégákkal sem nagyon kereste a kapcsolatot.”

<sup>22</sup> A már törődött, idős embert — az érzelmi megrázkódtatástól megkímélendő — orvosnő lánya, dr. KENDE ÉVA beszélte le arról, hogy néhány évvel a temetést követően, a sírkőavatásnál személyesen olvassa fel búcsúztató beszédét. Közös krédójukról vall ez az apja beszédéből általa megőrzött részlet: “Sok évtizedes barátságunk hosszú beszélgetései során sok más, a tudomány és a metafizika határán álló kérdés között e kérdés is nem egyszer felmerült, hogy mi marad meg az emberből halála után, s megpróbálom szavakba foglalni azt a pozitív választ, ami bennünk erről kialakult. Emberi nemzedékek hosszú sora alakította ki azt az életformát, amelyben a ma embere él. Minden nemzedék örökségként veszi át mindazt, amit megismerésben, mesterségekben, tudományokban, művészetekben és sajnos, *last a n d least*, az emberi együttélést szabályozó morálban az előtte élt nemzedékek alkottak. Minden nemzedék többnyire gyarapítja is ezeket az értékeket, bár a haladásnak sajnos hullámvölgyei is vannak. Minden nemzedék egy-egy láncszem a múlt kódébe vesző s a jövő beláthatatlan láthatára felé tartó jövendő nemzedékek láncolatában s minden ember, a legkisebb is, ha a maga képességeihez mérten becsülettel betölti azt a szerepet, ami a társadalmi munkamegosztásban reá jut, mint emberi értékek megtartója, ha csak úgy is, mint az olimpiai fáklya egyik továbbvivője, joggal érezheti, hogy ő is adott valamit az utána jövőknek, ő is részese az utána jövő nemzedékek életének, és nem tűnik el nyomtalanul. Vagy ha metafizikus kifejezéssel akarunk élni, úgy is mondhatjuk: nem halt meg egészen.”

Első évesként, 1960-ban a hézagatlan konzervatív fővárosi hivatali úri eleganciával öltözködő csokornyakkendő, zakója alatt selyemmellényt viselő idős, mindkét karján több karórájának s aranyláncon függő zsebórájának állását szüntelenül figyelő, fővárosi XI. kerületi Bukarest utcai elegáns első emeleti lakásából városunkba, Pécsre alászálló, sokat sejtető biztonsággal fellépő szuverén lényről úgy éreztem, hogy rögvest megfogja hallgatóját, bár közel éppen nem engedte magához. Sarkos, karcos megjegyzéseivel minden áthidalhatóságon túl lebegett, ha történetesen nem remegtetett. Valami kiszámíthatatlanság lengte körül akkor is, ha évfolyamunk római jogból mindössze két jelesének egyikeként állhattam vele szemben. Szelleme, epessége megnyilatkozásaként nem is oly szűk körben vitriolos megjegyzésekkel illetve szintén kurzuslovagként Pécsre érkezett, ám nála bő generációnyival fiatalabb, s egyetemünkön teljhatalmat gyakorló professzortársait, “törpeszuper cézárt”, a *Néma leventéből* előlépett “setét” figurát vagy éppen csupán “ego-logikával” telített “analfabetissimot” látva bennük.

\*

A halála után megismert dolgozat nyilvánvalóan olvasmányélményként is önálló életet él.

Mintha a német stílusú nyelvi formalizmuson és fogalmi lényegkeresésen mint a valóság megragadásának kizárólagos pótszerén túljutva, felszabadultan, a nyelvben folyamatszerűséget és gondolatot egyidejűleg utakra terelő és generáló pragmatikus instrumentális közeget érzékelve, talán a brit megközelítésnek is hatására, mely a logikát JOHN STUART MILL óta magáról a gondolkozási folyamatról leválasztva határozottan a nyelvi tételállítás aktusához kötötte, immár olyan szabad változatokba helyezhető, szabadon társítható, szabad asszociációs mezőkkel felruházható gondolat kifejezési lehetőséget látna a nyelvben, mely akár játékossá is válhat, mégis kényszerűen beálló következményhalmazzal rendelkezik, ha és amennyiben — már pedig ez emberi közösségünkben változó mértékben, sűrűséggel és szórtságban ugyan, de mindig bekövetkezik — közös kultúránk, értékvilágunk letéteményeseként történetesen komolyan veszik.

Olvasmányaiban, döntő élményvilágában, szellemi arculatának formálódásában akár a két világháború közötti kor áramlatai, akár a II. világháború utáni kortársi irodalom hozzáférhető értékei játszottak is szerepet, meglepően atipikusnak, frissnek és eredetinek érzékelem szemléletét, azt, ahogyan világosan látva egy “szubsztanciákkal operáló szemlélet” öncsődjét, magába zárulkozását, a logikai formák mögött pusztán hiposztázált tartalmat, a lényeges és lényegtelen árontologizálásában megbúvó ürességet (ami egyszersmind bármiféle kreatív és valóban rekonstruktív gondolkodásnak az akadály), magának a kifejezésnek a lehetséges sugallatait, a jelentésbokraiban megbúvó utalási és társítási mezőket veszi górcső alá.

Ez sugárzik ki a jogot érintő rekonstrukciójára is. A germán gyökerű tényállás-gondolat bilincsei alól kiszabadítva magát s az eredendő római gondolathoz visszatérve, a jogban inkább a megoldás lehetőségeinek a jelzését látja, semmint abszolút értelemben izolálható elemek logikailag szervezett halmazát; és mindennek jegyében egységként tárgyalja az eset tényeit, azok jogi megfogalmazását, valamint mindehhez a normatív rendben következmények aszkriptív jellegű kapcsolását; következésképpen tehát azt is, amit modern kontinentális dogmatikai gondolkodásunk anyagi és eljárási jogként szokott szétválasztani. Ebből adódik egyebek mellett főszabály, alszabály, kivétel és minden egyéb nyelvi, pusztán nominális különbségtételünk viszonylagossága, önmaga meghatározására irányuló képtelensége is — röviden tehát az, amit mai ontológiai igényű jogszemléletünkben, a nyelvi beszédaktus-elméletre építő analitikus megközelítésekben, illetőleg a jog, a nyelv és a logika kölcsönkapcsolatainak elemzésében, valamint a jogtechnikai, a bírói folyamatban lezajló transzformációs és aktualizálási műveletsorok feltárására irányuló törekvésekben egyaránt a jognak pusztán kontextualitásában magyarázható folyamatként történő felfogásának szoktunk tekinteni.

## Wilhelm Gábor Luhmann-könyv\*

A kötet szerkesztői kettős célt tűztek ki a megjelentetéssel: egyrészt Luhmann hazai recepcióját kívánták bemutatni és ezzel együtt felerősíteni ezt a témával régebb óta foglalkozó hazai, illetve néhány német kutató tanulmányaival, másrészt a luhmanni életművel még csak most ismerkedők számára igyekeztek megkönnyíteni a tájékozódást egy-egy könyvének és az általa önálló művekben tárgyalt problémakörének ismertetésével. A könyv előszava a könyv létrejöttét, az annak egyik alapjául szolgáló konferenciát, valamint a könyv nem-mindennapi felépítését indokolja.

Ebben az ismertetésben én is igyekszem követni ezt a fajta felépítést, és alapvetően a könyv gerincét alkotó „függelékre”, valamint sokkal inkább a Luhmann-émlékkonferencia anyagára összpontosítok csak, nem foglalkozva részletesen a recenzióblokk cikkeivel.

A Luhmann-könyv szerkesztői abból indulnak ki, hogy Luhmann életművéhez a könyvein keresztül lehet a leghatékonyabban hozzáférni. Részben azért, mert Luhmann maga is ebben gondolkodott, így a műveinek az összessége is egyfajta autopoiétikus rendszert alkot, részben – ettől nem függetlenül – Luhmann elemzéseiből következik, hogy a korunkban született művek egy ilyen típusú kommunikációs médiumon keresztül léteznek.

Hogyan illeszkedik a könyv Luhmann műveinek magyarországi feldolgozottságába? Milyen szerepet kínál tehát ez a kontextus a tanulmánykötet számára? Ennek a kontextusba illesztésnek a keretét a kötet eleve felkínálja, hiszen a *Luhmann Magyarországon* bibliográfiában közli a Luhmannról magyarul megjelent munkákat, valamint a Luhmannról magyar szerzők által (magyarul vagy németül) írt tanulmányokat, önálló műveket. Ebből jól látható, hogy a csak magyarul olvasók nem túl bő választékra támaszkodhatnak, ha Luhmannról és elméletéről szeretnének tájékozódni. Ez persze viszonylagos, Luhmann valószínűleg más nyelvterületen sem tartozik (és főképp nem tartozott) a legfeldolgozottabb szerzők közé, valójában azonban a magyarországi recepció hat-hét szerző tanulmányai köré szerveződik csupán, és a luhmanni életműből is csak egynek a magyar fordítása látott eddig napvilágot. Az azonban mindenképpen meghatározza a kötet helyét ezen belül, hogy ez az első önálló könyv a német társadalomfilozófusról.

Talán ezzel a szereppel függ össze az is, hogy a kötet nem csupán tanulmányokat (és recenziókat) közöl az olvasóval, hanem az életrajzi és kutatástörténeti tájékozódáshoz is ad támpontokat. A könyv végén rövid, címszavas életrajz található Luhmannról, valamint több kategóriába tagolva különböző, válogatott irodalmak böngészhetőek, részben Luhmann főbb műveivel kapcsolatban (hatvan tétel, csak a jelentősebb és hosszabb lélegzetű írásokról), részben a Luhmannról szóló teljes magyar nyelvű munkákról, részben a német nyelven megjelent főbb másodlagos irodalomról. A maximalista olvasó talán kíváncsi lett volna még néhány alapvető, de nem német vagy magyar nyelvű másodlagos irodalomra, illetve – bár a kötet tudatosan a könyvből indul ki – néhány hasznos internet cím részben a Luhmannal foglalkozó irodalomról, részben az általa írt művekből olvasható szövegközlésekről, illetve a vele készített néhány interjúból.

Egyelőre még mindig visszafelé haladva két tanulmány kínálkozik annak a háttérismeretnek a bővítéséhez, melynek segítségével jobban elhelyezhető, könnyebben összeilleszthető a Luhmann-életmű. Bangó Jenő (*Emlékezések Niklas Luhmannra*) három kötetet ismertetve tudósít Luhmann munkamódszeréről, oktatói magatartásáról, a tudományhoz, szociológiához, illetve a kollégákhoz való viszonyáról, nem feledkezvén meg a Luhmannal való saját találkozásairól sem. Karácsony András (*Egy provokatív életmű*) cikkében Luhmann kutatói pályájának indulását ismerteti, kutatási programját – a nagy társadalomelméleti összefoglalást –, mely mellett a tudós végig kitartott, a

---

\* Bangó Jenő – Karácsony András (szerk): Luhmann-könyv. Budapest: Rejtjel, 2002

filozófiai kérdések tárgyalását, más tudományokkal való kapcsolatát, illetve a végső kérdések sikeres elkerülését.

A luhmanni elmélettel tanulmányok formájában foglalkozó rész két nagyobb egységből áll. Az első az első magyarországi Luhmann-émlékkonferencia anyagát közli magyar nyelven (az alapul szolgáló a német nyelvű kötet 2001-ben jelent meg). A második a kép teljesebbé tétele érdekében a luhmanni gondolkodás jelentősebb műveit és témaköreit ismerteti a tudós életművéhez újonnan közelítők számára.

Dirk Baecker, Luhmann legközelebbi munkatársa (*Mit jelent itt Luhmann?*) bevezetője nem véletlenül került a teljes kötet bevezető részébe, noha íródhatott volna a konferencia anyagához is (sőt, ahhoz íródott). Abból a kérdésből indul ki, hogy ha a mostani korszakunkban egyetlen társadalmi rendszer van, a világtársadalom, akkor mit jelent egy-egy jelenség, adott esetben egy szerző, elmélet lokális fogadtatása. Ha maga a kommunikáció világméretű terjedelmében, lehetőségeiben, akkor ez szükségszerűen azt jelenti-e, hogy a recepció, az értelmezés mindenütt ugyanarra a jelentésre épül. A válasz: nyilvánvalóan nem. Hiszen a luhmanni elméletből is következik, hogy a kommunikációnak nem feltétele az egyetértés. Az egyes értelmezések a mindenkori időszakos és lokális kontextusokba ágyazódnak bele.

A könyv első része a 2000-es budapesti Luhmann-émlékkonferencia tanulmányait tartalmazza magyar nyelven. A három bevezető (az üdvözlés, megnyitó, az előadók bemutatása) után összesen hét cikk olvasható négy magyar és két német szerzőtől. A magyar szerzők mindegyike már évek óta foglalkozik Luhmann elméletével meghatározott szempontok szerint.

Karácsony András a *Megnyitójában* megindokolja a konferencia vendéglátója „személyét”. Luhmann erősen kötődött – végzettsége és érdeklődése révén is – a joghoz. Hogy éppen az ELTE jogtudományi kara a szervező fél, elsősorban a kar oktatóinak a szerepvállalása indokolja a luhmanni életmű feldolgozása, közvetítése, továbbgondolása tekintetében.

A konferencia ötletadója, Bangó Jenő (*Az előadók bemutatása*) üdvözlő a konferencia díszvendégeit, támogatóit, valamint ismerteti az előadókat, eddigi tudományos tevékenységüket és publikációikat. Az előadókat összeköti az a tény, hogy mindannyian személyes kapcsolatban álltak Niklas Luhmannal. (Ugyanakkor nem kapunk arra választ, miért nem szerepel az előadók sorában megemlélt Manfred Laueremann tanulmánya a kötetben).

Ha a kötet, illetve a konferencia tudatosan Luhmann magyarországi recepciója köré szerveződött, óhatatlan ennek a kérdésnek az alaposabb körbejárása. Karácsony András cikke (*Luhmann – recepció Magyarországon*) ezt vizsgálja öt kérdéskör (kontextus, idő, interpretáció, fordítás, elfogadottság) figyelembe vételével. Karácsony a kötet végén található irodalmakból kielemezhető adatokat magyarázza meg. Luhmann munkáinak (mozaikszerű) megjelenése, feldolgozása mellett (vagy után) miért nem gyökerezett meg az társadalomelmélete a hazai tudományos életben. Ehhez Karácsony négy okot sorol fel: a magyar tudományos közösség kicsi, a specializáció erősen behatárolt ezáltal; az utóbbi évtizedben az angolszász és a francia társadalomelmélet vált hangsúlyosabbá a korábbi németorientáció helyett; ezen belül is főképp a társadalomkritikai irányzat a kedveltebb; végül pedig Luhmann nem könnyen emészthető.

Rudolf Stichweh (*A társadalom társadalma – strukturális döntések és fejlődési perspektívák*) Luhmann *A társadalom társadalma* könyvét ismerteti. A cím szokatlanságából kiindulva részben a társadalom elemzésének önálló, belső voltát hangsúlyozza, részben a világtársadalommal mint témának a szerepével foglalkozik. Luhmann társadalomelmélete, bár nyilvánvalóan mutat kapcsolódási pontokat az elődeivel, annyiban sajátos, hogy az első teljes, rendszerelméleti összegzést adja. Ennek vázlatát Luhmann már 1975-ben összeállította, és a bemutatott könyv maga is ennek három fő része köré szerveződik: a differenciálódás elmélete, a kommunikációs médiumok elmélete, valamint az evolúcióelmélet köré. Ugyanakkor az is feltűnő, hogy a korai témafelvetés után Luhmann jó húsz évig nem tért vissza a világtársadalom témájához. Stichweh ennek okait is megadja tanulmánya végén.

Bangó Jenő (*A társadalom szociális munkája*) arra keres választ, vajon a Luhmanni rendszerelmélet mennyire alkalmas a szociális munka szempontjából, azaz mennyire fordítható le a luhmanni rendszerelmélet a szociális munka tudománya számára. Bangó a szociális munka mint lehetséges társadalmi funkciórendszer szempontjából két fő rendszerelméleti irányzatot tart követhetőnek. Az egyik ontológiai típusú felfogás. Ez a szemlélet alapvető különbséget tesz a fogalmi

és a konkrét rendszerek között, és az embereket ez utóbbi típusba sorolja. Éppen ezért a társadalom nem állhat kommunikációkból, hanem kommunikáló emberekből. A kommunikáció ebben az értelmezésben reláció, mely konkrét entitások között valósulhat csak meg. A luhmanni konstruktivista rendszerfelfogás elutasítja ezt a fajta felosztást. Nem entitásokból, hanem a megfigyelőből és a megfigyelésből indul ki, éppen ezért a társadalmi valóság csak a különböző perspektívákból érthető meg. A szociális munka is tehát nem lehet más, mint problémaorientált megközelítés, mely maga is kommunikációból építkezik.

Heiko Kleve (*A luhmanni rendszerelmélet posztmodernitása és jelentősége a szociális munka szempontjából*) az előző kérdéssel folytatva a luhmanni rendszerelmélet posztmodern volta mellett érvel, és éppen emiatt tartja alapvetőnek a szociális munka tekintetében. A tanulmány első felében Kleve az első tézisét igyekszik alátámasztani. A fő érve, hogy míg a klasszikus rendszerelmélet pozitívista ismeretelméleti pozícióban gyökerezett, a luhmanniról ez nem mondható el. Luhmann szakít a világ egysége tézissel, és az ő megközelítésében a társadalmi rendszerek mint rendszerek egymástól függetlenek. A pozitívizmustól eltérően nem egy adott materiális valóságról szóló bizonyosságokat igyekszik feltárni, hanem a valamennyi ismeretre jellemző bizonytalanságokat hangsúlyozza. Ez a vonása az, mely azután különlegesen alkalmassá a szociális munkában való alkalmazására is, mivel ez utóbbi éppen komplexitása, differenciáltsága, kiszámíthatatlansága révén jellemezhető.

Bangó Jenő (*A társadalom gazdasága – a szociális ökonomizálódása*) két funkciórendszer, a gazdaság és a szociális munka kapcsolatát vizsgálja. Itt a kiinduló munka Luhmann *A társadalom gazdasága* könyve. Bangó hangsúlyozza, hogy mind a gazdaság, mind a szociális munka a javak, források szűkös voltán, azaz a hozzáférések korlátozottságán alapul, ebben a keretben kell az elosztást megoldani. Ez a közös vonás ad ugyanis lehetőséget az érintkezési pontok megtalálására. Bangó a cikke utolsó részében a szociális munka lehetőségeit a jelenlegi európai tendenciák mentén elemzi, elsősorban Németországra összpontosítva. Ezek közül kiemeli a demográfiai folyamatokat, valamint az európai egyesülés aspektusait.

Pokol Béla (*A jogrendszer elkülönülése és beolvadási veszélyei*) a jogrendszer luhmanni önálló, autopoietikus társadalmi alrendszer jellegéből indul ki, és arra kíváncsi, hogy a jogrendszer újabb fejleményei milyen hatással vannak, illetve lehetnek erre az elkülönülésre. A jog és a politika viszonyának alakulására két irányt különít el. Az egyikben kialakulnak köztes intézmények, a másikban a bírósági perekben jelennek meg politikai célok. A tanulmány utolsó részében e folyamat magyarországi helyzetét elemzi a szerző, felsorolva néhány okot, mely fékezi ennek a folyamatnak a menetét.

A konferenciarezs utolsó tanulmányában Balogh István (*Rendszerdifferenciálódás és interpenetráció [a társadalomelmélet „lehetetlenségi tézisééről”]*) a Richard Münch és Niklas Luhmann között zajló vitára összpontosít az interpenetráció kérdésével kapcsolatban. Balogh először ismerteti magát a vitát. Ennek középpontjában a Luhmann által előnyben részesített felfogás áll a szociális alrendszerek kialakulásáról, a funkcionális differenciálódásról, illetve az ezzel szemben Münch által felvetett interpenetráció, kölcsönös áthatás elve, mely az alrendszerek közötti viszonyt biztosítja. Az eltérő értelmezés tehát nem a modern társadalom alrendszerekre való tagoltságában jelentkezik, hanem az ezeknek a viszonyát és belső működését illetően. Luhmann szerint a funkcionális rendszerek belső logikája monologikus, Münch viszont amellet érvel, hogy ez nem adható meg egyetlen logika szerint. A vita további menetében egy speciális rendszerproblematika kerül elemzésre az erkölcs területén belül maradván. Balogh e kérdéskör mentén halad ezután a tanulmányában, majd öt pontban összegzi Münchnek a luhmanni erkölcsfogalommal kapcsolatban kidolgozott következtetéseit. Balogh szerint a müncheni kritika alapját az az ellentmondás teszi lehetővé, hogy a társadalom, mely egyrészt szociális rendszerek összessége, önálló autopoietikus rendszerként is felmerül Luhmann elméletében. Ekkor ugyanis feltételeznünk kell a rész-egész viszonyt is, melyet azonban az autopoieízis fogalma nem enged meg.

A Luhmann-könyv második része olyan recenziókat tartalmaz, melyek a luhmanni életmű egy-egy kitüntetett részére reflektálnak. A korábbi szerzők mellett itt három újabb is megjelenik. Bár az ismertetések többsége már másutt korábban megjelent írások egybefogása, három cikk (Tóth Benedek, Varga Károly és Balogh István tollából) e könyv számára készült.

Összefoglalásként talán nem véletlen, hogy ez a magyar nyelvű társadalomszociológiai írások



között alapkivétel szerveződése is mutat autopoietikus vonásokat, valamint cirkuláris olvasatra utaló jellegzetességeket (például az egyes tanulmányok a recenziók által válhatnak világosabbá, és fordítva).

A kötet tartalmilag precízen szerkesztett, kár viszont, hogy a mondatokon belüli vesszők laza kezelése (illetve az idézőjelek típusának váltakozása) néha zavaróan hathat az olvasóra.