

## Bencze Mátyás

### Egy professzionális intézményrendszer “hétköznapijai”

Gondolatok Pokol Béla “Jogszociológiai vizsgálódások”\* című könyvéhez kapcsolódóan

A '80-as évek végére a hazai jogtudomány egészében, így a jogelmélet területén is háttérbe szorult a marxista jogszemlélet, és a “kötelező” irányváltás után megkezdődött, illetve folytatódott a modern külföldi jogelméletek megismerése, és megismertetése a szélesebb szakmai közönséggel. Az ezt követő recepció és adaptáció azonban várhatóan sokkal hosszabb folyamat lesz. Bár egyre markánsabban rajzolódnak ki az egyes hazai “iskolák” törekvései, a kutatások ma még a legtöbb esetben a jog egyes részjelenségeire, intézményeire korlátozódnak.

Éppen e háttérre tekintettel kap különös hangsúlyt a jelen írásban ismertető mű szerzőjének munkássága, aki a mai magyar jogbölcseletben szinte egyedülálló következetességgel képvisel egy jól körvonalazható nézetrendszert, mely komplex magyarázatát kívánja nyújtani a jognak mint társadalmi jelenségnek. Egy ilyen határozott álláspont képviselése szükségszerűen jár azzal a következményekkel, hogy egyes jogfilozófiai aspektusok kiszorulnak az elemzés köréből, illetve “átkódoltan” jelennek meg, de ez a jellemző azért nem problematikus, mert az elmélet érvényességi körének kijelölése a kellő önreflexió mellett történik. Másrészről az oktatásbeli haszna sem lebecsülendő annak, ha a hallgatók egy világos, szisztematikusan összefoglalt teóriát ismernek meg. Így mélyebben sajátíthatnak el egy bizonyos szemléletet, egységes keretet teremtve a jog jelenségeinek megismeréséhez. Továbbá újabb tudományos koncepciókat is könnyebb tanulmányozni egy rögzített vonatkoztatási rendszerből kiindulva.

Pokol Béla jogelméletének kidolgozásakor a német társadalomelméletnek azon megfontolásait vette át, melyek Niklas Luhmann nevével kapcsolhatóak össze. Ezeket több lényeges ponton módosította, de rendszerelméleti alapoknál maradván hozta létre saját társadalomelméletét, melyet a professzionális intézményrendszerek elméletéként ismerhettünk meg.<sup>1</sup> A társadalmi világ ezen felfogás szerint két nagy részre tagolható; az egyik a mindennapi élet diffúz szintje, ahol a cselekvéseket és a kommunikációt több egymással versengő érték, attitűd, erkölcsi és egyéb megfontolás befolyásolja; a másik a professzionális intézményrendszerek szintje, amelyek a történelmi fejlődés során fokozatosan emelkedtek ki a mindennapi élet diffuzitásából. E rendszerek legfontosabb jellemzője, hogy a bennük folyó kommunikációkat már jól meghatározható szelekciós mechanizmusok, ún. értékduálok irányítják. Az értékduálok határozzák meg az adott rendszer társadalmi funkcióját, amely általánosan megfogalmazva a valóság eseményeinek egy bizonyos szempont szerinti feldolgozását jelenti. Ennek a sémának megfelelően a politika professzionális intézményrendszerében a “kormányra kerülni/ellenzékbe vonulni”, a tudományban az “igaz/hamis”, a gazdaság szférájában pedig a “rentábilis/nem rentábilis” az a szempont, mely meghatározza a cselekvések irányát.

Természetesen a jog is ilyen, a mindennapok világából kiemelkedett intézményrendszer, amely a társadalom komplexsége válásának folyamatában különült el más rendszerektől. A jogban a “jogos/jogtalan”, vagy más megfogalmazásban a “jogszerű/jogszerűtlen” az a kód,

---

\* Pokol Béla: *Jogszociológiai vizsgálódások*. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2003. 116 o.

<sup>1</sup> Pokol Béla: *A professzionális intézményrendszerek elmélete*. Felsőoktatási Koordinációs Iroda, Budapest, 1991. 212 o.

mely döntően, a kizárólagosság igényével befolyásolja a rendszer működését és újratermelődését. Azt azonban, hogy egy konkrét esetre nézve mi minősül jognak több jogréteg egymásra vonatkoztatásával lehet eldönteni. A jog szövege ehhez önmagában ugyanis nem elegendő, a konkretizáláshoz az értelmi ellentmondásoktól való mentességet biztosító jogdogmatika, illetve az előző két rétegre épülő, de azoktól mégis megkülönböztethető bírói gyakorlat figyelembevétele is szükséges. A múlt század közepétől kezdődően e három réteg kiegészült az alkotmányos alapjogok csoportjával, amelyek a jogszerűség kritériumait újabb, etikai-politikai jellegű feltételekkel bővítették.

Az elmélet fentebbi vázlatos ismertetése négy oknál fogva is hasznos az alcímben jelzett mű vizsgálatakor:

- láthatóvá válik, hogy olyan teóriáról van szó, amely egyféle összefüggésrendszerben tárgyalja a jog különböző jelenségeit, és az elmélet egyes absztrakciós szintjei szigorú logikai következetességgel, gyakorlatilag ellentmondásmentesen épülnek egymásra; a jog szociológiai megfigyelése így erre a háttérre tekintettel érthető meg;
- a társadalomelméleti alapok explikálása azt mutatja, hogy egy magasabb absztrakciós szinten a szerző már figyelembe vett (sőt, egyenesen kiindulóponttá tett) szociológiai szempontokat, a jelen könyvében ugyanakkor a szociológia kevésbé elvont oldala kerül fókuszba;
- a jogelméleti vizsgálódásai során a szerző egy ideális jogrendszer képét vázolta fel, melyben a “jogos/jogtalan” értékduál korlátlanul “uralja” a jogi szférát, most azonban ezt az eszményi képet kontrasztolja az empirikus megfigyelésekből levont következtetésekkel;
- a jogot professzionális intézményrendszerként ábrázoló teóriájában perifériális hely jutott – a “hivatásos” intézmények bemutatása mellett – a mindennapok világában előforduló jogi jelenségeknek; az “élő jog” kutatása ebben a munkában lényegesen nagyobb teret kap.

E szempontokból kivehetővé válik az, hogy a szerző hű maradt az elsőként részletesen “A jog szerkezete” című könyvében kifejtett alapokhoz,<sup>2</sup> egyúttal azonban az is világos, hogy a mostani művében – amint arra a cím is utal – nem alkot jellegében ahhoz hasonló rendszeres jogszociológiát. E kötet olyan tanulmányok sorát fogja össze, melyek közös szempontja a szociológiai problémafelvetés, és a már korábban kifejtett koherens jogelméleti háttér. Mindazonáltal ezen sajátosságai lehetővé teszik, hogy az itt rögzített meglátások majdan könnyen beilleszthetők legyenek egy egységes jogszociológia keretei közé.

Egy ilyen leendő rendszeres jogszociológia megalapozásához nyújt elméleti és történeti háttér az I. és a II. fejezet. Az első fejezet a jogszociológia sajátos megközelítési módját és problémafelvetéseit határolja el a jogdogmatikától, a jogelmélettől, illetve a jogfilozófiától. A fő különbséget abban látja, hogy az utóbbiak a jogon belüli, illetve a joghoz kapcsolódó értelmi összefüggéseket próbálják feltárni, míg a jogszociológiai vizsgálódások során “a normatív dimenzió helyett a tényszerűség, az érdekharok, társadalmi okok és hatások dimenziójába térünk át”.<sup>3</sup>

Ez az alapállás erősen emlékeztet a Kant filozófiájában kidolgozott “orbis sensibilis”, illetve “orbis intelligibilis” megkülönböztetésre. Maga a szerző is nagyra értékeli Webert, aki a jog “eszmei” és “faktikus” érvényességének megkülönböztetésével egyértelműen neokantiánus álláspontra helyezkedett. Azonban Pokol Béla ezen eszmei háttér ellenére sem tekinthető a neokantiánizmus modern képviselőjének, mivel elméletében a társadalmi tényeket nem

<sup>2</sup> Pokol Béla: *A jog szerkezete*. Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1991. 199 o.

<sup>3</sup> *Jogszociológiai vizsgálódások...* 4. o.

választja el mereven az értelmi összefüggésektől, azok nagymértékben hatnak a jog egyes rétegeire. Ez az álláspont nyilvánvalóvá válik például abban a megfigyelésében, amely arra vonatkozik, hogy egy adott jogrendszeren belül az egyes jogász professziók aránya jelentősen befolyásolja a jog rétegeinek egymáshoz viszonyított súlyát.<sup>4</sup>

Szintén fontos elhatárolás a jogszociológia szűkebb és tágabb értelme közötti distinkció, melyet a jog komplex megközelítésével kapcsol össze. Ennek megfelelően a jogszociológia koncentrálna csupán a jog egyik rétegére (ez általában a jogi norma), és kutathatja annak társadalmi, történeti hátterét, illetőleg érvényesülését. Tágabb értelemben viszont a jogot mint rendszert szemlélve vizsgálhatja a jog normán túli elemeinek (bírói eljárás, jogász szakmák jellemzői, etc.) kölcsönhatásait.

Mivel a jogszociológiát a “jogba való mélyebb belátás”<sup>5</sup> egyik megfelelő eszközének tartja, tisztázásra szorul, hogy hová helyezi el azt a jogtudományok között. Korábbi művei azt sugallják, hogy a szociológiai aspektus problémátlanul beépülhet a jogelméletbe.<sup>6</sup> Most azonban inkább az olvasható ki törekvéseiből, hogy az empirikus jogszociológia eredményeiből levont általánosításait olyan önálló teoretikus bázisnak tekinti, amelyről értékelés alá vonhatóak az egyes jogelméletek.<sup>7</sup> Didaktikai szempontból fontosnak tartanám annak explicit megvilágítását, hogy mi alapján különbözteti meg ezt a fajta jogszociológiát az elméleti jogszociológiától (amely önálló elméleti megközelítést nyújt a joggal kapcsolatban, és a jogszociológia filozófiai előfeltevéseit kutatja), valamint a szociológiai indíttatású jogelméletektől (melyek a jogot nem önállóan, hanem más társadalmi jelenségekre figyelemmel ábrázolják).

Ebben a fejezetben még egy további módszertani kérdést feszeget, amelyet az elméleti kutatások mögötti politikai érdekek torzító hatásának veszélyeként lehet megfogalmazni. Ez a probléma véleményem szerint nemcsak az aktuálpolitikai érdekek átszivárgása miatt érdekes (e jelenség egyébként nem kizárólag a jogszociológiát fenyegeti), hanem azért is, mert a “megismerés és érdek” közötti kapcsolatot taglaló koncepciókra utal. Létezik olyan társadalomfilozófiai felfogás, amely a hatalmi értelemben felfogott érdek problémáját összekapcsolja a megismeréssel, s azt vizsgálja, nem szüremlik-e be szükségszerűen a társadalmi-hatalmi érdek a megismerésbe. De még ennél is tovább léphetünk egy alapvetőbb probléma felé, amely abban áll, hogy van-e a megismerésnek bármiféle tiszta, érdeknélküli és hagyományfüggetlenül biztos pontja. Ez még a természettudományos megismerés esetében is megoldásra váró probléma, a szellemtudományok vonatkozásában pedig még összetettebb a helyzet, mivel itt a vizsgálandó tények nem eleve adóttak számunkra, hanem azokat bizonyos elméleti koncepciókra tekintettel keressük.

Mindezen elméleti nehézségek ellenére úgy vélem, helyes az a törekvése a szerzőnek, amely a tudományos megismerés útjában álló direkt politikai érdekek eltávolítására irányul, még akkor is, ha a “tiszta megismerés” lehetőségében nem lehetünk biztosak.

A második fejezet még mindig általános szinten mozogva az egyes jogi kultúrákra lebontva veszi sorra a jogszociológia fejlődésének jelentősebb állomásait. A jogszociológia megjelenését Ehrlich és Weber munkásságához köti, amit talán azzal lehetne még kiegészíteni, hogy a jogszociológia számára azok a jogelméleti törekvések készítették elő a talajt, amelyek a jogban nem pusztán az uralkodó hatalom akaratát, vagy természetjogi-etikai elvek megtestesülését látták. A történeti jogi iskola, a marxista filozófia, vagy Spencer evolucionista jogelmélete a jog fennállását és változásait már a politikai akarattól és transzcendens elvektől független

<sup>4</sup> Ez a meglátás már korábbi műveiben is felbukkan, lásd: *A jog szerkezete...* 157-168. o.

<sup>5</sup> *Jogszociológiai vizsgálódások...* 6. o.

<sup>6</sup> Lásd “A jog szerkezetének” a 4. lábjegyzetben hivatkozott fejezetét, illetve: Pokol Béla: *A jog elmélete*. Rejtjel Kiadó, Budapest 2001. 11-83. o.

<sup>7</sup> *Jogszociológiai vizsgálódások...* 3. o.

társadalmi törvényszerűségek működésére vezette vissza. Ilyen előzmények után könnyebb volt elszakítani a jogot a jogi szövegtől, illetve kilépni uralkodó liberális jogi doktrína szemléleti keretéből.

A máskülönben igen következetes és alapos történeti áttekintésből egyedül a német szabadjogtanhoz közel álló felfogást valló francia François Géný említését hiányolhatja a recenzens, ugyanakkor erénye e bemutatásnak, hogy nem feledkezik meg Horváth Barnáról, akinek európai szintű életművében szintén jelentős foglal el a jogszociológia.

A mű első nagy gondolati egységének lezárásaként a szerző a jogszociológia intézményesülésének német és hazai vonatkozásaival foglalkozik, és ennek során ismételten rámutat a jogszociológia erős kritikai attitűdjéből fakadó átpolitizálódás veszélyére, amely Nyugat-Németországban sokáig a jogszociológia egyetemi tárgyként való elismerését is akadályozta.

Az elméleti és történeti keretek kijelölését követően a továbbiakban jogszociológiai megközelítéssel konkrét jogi jelenségeket elemez. A vizsgálódások során eltérő metódusokat alkalmaz (tartalomelemzés, statisztikai adatok összevetése, történeti módszer), és eltérőek az egyes jelenségek analíziséből levont következtetések absztrakciós szintjei is. Mindemellett az egyes témakörök mögött vezérfonalként egy olyan egységes cél körvonalazható, amely a joggal valamilyen módon kapcsolatba kerülő csoportok (részben laikusok, részben gyakorló jogászok, illetve jogbölcsesek) által evidenciának tekintett állítások tudományos ellenőrzésében ölt testet. A következőkben ezért az egyes fejezeteket egymástól különválasztva, de erre a háttérre tekintettel fogom ismertetni.

A III. fejezet mindjárt egy olyan problémát exponál, amely nem csupán a jogelmélet, illetve a jogszociológia művelői számára lehet érdekes, hanem rendkívül aktuális oktatáspolitikai kérdéseket is felvet. A szerző annak a napjaink jogásztársadalmában uralkodó "hiedelemnek" járt utána, amely szerint a jogászok számának gyors növekedése veszélyezteti a jövő jogászgenerációinak egzisztenciáját. Véleményem szerint ebben a tárgykörben – éppen a közhangulatra tekintettel – régóta helye lett volna már egy ilyen higgadt, tudományos igényű vizsgálatnak, mely nemzetközi összehasonlító adatokra és szociológiai elemzésekre támaszkodva kezeli ezt a problémát.

A könyv e részét olvasva úgy tűnik, hogy több optimizmusra lehet okunk, mint amennyit a jogászság jelenlegi hangulata sugall. A jogászok számának növekedése az egész nyugati jogi kultúrában létező jelenség, melyet a társadalom atomizálódása, a kapcsolatok elszemélytelenedése, és ily módon a konfliktusok valamint a társadalmi kontroll eljogiasítása indukál. A jogvégzettek létszámának növekedése hazánkban is összefüggésbe hozható ezzel a tendenciával, de a jogászok száma még nem érte el azt a szintet, mely veszélyeztetné foglalkoztatásukat; a mai jogászképzés arányait tekintve – változatlan feltételek mellett – ez hozzávetőlegesen 10-15 év múlva következhet be. Ha a társadalmi igények felőli visszacsatolás megfelelően működik, akkor ennyi idő elég ahhoz, hogy a most általános és középiskolába járó nemzedék jobban átgondolja a pályaválasztását.

Pokol Béla elemzéseit a jogászság arányának növekedésére vonatkozóan egy történeti, és egy oktatáspolitikai szempontú magyarázattal lehetne kiegészíteni. Egyrészt visszatekintve látható, hogy Magyarországon a jogász szakma a II. világháborúig hagyományosan jelentős presztízzsel rendelkezett, (a XIX. század utolsó harmadában az összes felsőoktatásban tanuló

hallgató 48 %-a jogász volt, de a II. világháborúig is végig 30 % felett volt ez az arány),<sup>8</sup> és úgy tűnik, ez a jogászai pályával kapcsolatos pozitív attitűd a rendszerváltás után újra feléledt.

A másik számításba jöhető ok a jelenlegi magyar oktatási rendszer sajátosságában kereshető, amely úgy működik hogy a “reál” tárgyakból kevésbé erős, ugyanakkor tehetséges tanulókat “időben” elriasztja azoktól a szakmáktól, amelyekhez esetleg minimális matematikai ismeretek szükségesek (közgazdász, informatikus, orvos), így a jelentős társadalmi megbecsülésnek örvendő pályák közül eleve csak a jogászai hivatás jöhet szóba.

A magam részéről még arról is szívesen olvasnék ezen a helyen, hogy mi a szerző véleménye jogászság számbeli sokasodásának és a jogászai munka minőségének kapcsolatáról. Trivialitásnak tűnik az a régi tétel, hogy a mennyiségi változás átcsap majd minőségbe, mégis létezik számos speciális tényező (a tömegképzés hátrányai, a protekcionizmus veszélye, etc.), amelyek akár ellenkező hatásokat is kiválhatnak.<sup>9</sup> A fejezet ebben az összefüggésben csupán az egyetemi oktatás bizonyos anomáliáiról tesz említést (szövegcentrikus számonkérés, az oktatók leterheltsége), és ezek vitathatatlanul hatást gyakorolnak a jogászai tudás színvonalára, de a jogászai szakmákon belüli szelekciós torzulásokat is figyelembe kell vennünk, ha teljes képet akarunk kapni erről a folyamatról.

A IV. fejezetben, mely perszociológiai (tegyük hozzá: elsősorban polgári pereket érintő) kérdéseket tárgyal szintén felbukkan egy “mítosz”, amely a magyarországi peres eljárások időtartamára vonatkozik. Habár lehetett hallani nálunk olyan peres félről, aki a tárgyaláson tortával ünnepelte a keresetlevél benyújtásának tizedik évfordulóját, a nemzetközi összehasonlításból egyértelműen kiderül, hogy hazánk, például az angolszász országok gyakorlatához képest, a “rövid perek országai” közé tartozik. A szerző szerint a perek időtartamának hosszát négy tényező befolyásolja, melyek részben eljárásjogi, részben társadalmi-gazdasági eredetűek. A magyar helyzetet tekintve a leginkább elgondolkodtató ezek közül az a megállapítás, mely a bíró passzív, illetve aktív pervezető szerepét hozza összefüggésbe a perek időtartamával. Ennek hátterében az áll, hogy ha a bíró vezet a bizonyítást, akkor tervezhetőbbé válik a per, mederben tartható az eljárás folyamata. Ha a felek és ügyvédjeik kezében van a bizonyítás, akkor a per könnyen elhúzódhat – főként ha ez valamelyik résztvevő szándéka is.

Ez a megállapítás logikus, de ha a magyar viszonyokat figyeljük, akkor azt tapasztalhatjuk, hogy mióta nem a bíró, hanem a felek feladata a bizonyítás, inkább csökkent, mint nőtt a perek időtartama. Ez valószínűleg annak a következménye, hogy az a társadalmi attitűd nem változott, mely alapján az emberek a bíróságtól várják az anyagi igazság kiderítését, és a perbeli aktivitásuk ennek megfelelően viszonylag alacsony szintű – a bíró pedig a régi gyakorlatnak megfelelően irányítja, “tereli” a feleket az általa szükségesnek tartott bizonyítás felé. Arról sem szabad ugyanakkor megfeledkeznünk, hogy a magyar bírák nincsenek a felek bizonyítási indítványához kötve, így a perelhúzó szándékú cselekmények viszonylag könnyen semlegesíthetőek.

A perszociológiai rész második témaköre széleskörű nemzetközi összehasonlítás segítségével a perek gyakoriságát meghatározó okokkal foglalkozik. A döntő tényező ugyanaz, amely a jogászság expanzióját is eredményezi: a tradicionális közösségek szétterjedésével

---

<sup>8</sup> Lásd: Szabó Béla: A jogászság és a jogászképzés története. In: Szabó Miklós (szerk.): *Bevezetés a jog- és államtudományokba*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 1995. 189. o.

<sup>9</sup> Lényeglátóan elemzi ezt a kérdést: Badó Attila – Bóka János: *Európa kapujában. Reform, igazság, szolgáltatás*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2002. 152-160. o.

megszűnnek azok a kötelékek, amelyek nagyon sok esetben biztosították a viták peren kívüli rendezését; ahol az emberek elszigetelt individuusként lépnek egymással kapcsolatba, ott nincs mit veszteniük akkor, ha bírósági útra terelik konfliktusaikat. A fő tanulság mindebből az lehet, hogy a perek száma elsősorban nem a “népszellemben” gyökerező perlekedési hajlam függvénye, hanem átfogó, reális társadalmi folyamatok eredőjeként előálló jelenség.

A perszociológia e két vizsgálódási iránya a jogszociológia és az általános szociológia kapcsolatára mutat rá, a harmadik tárgykör azonban egy ízig-vérig jogelméleti kérdésfeltevéshez szolgál érdekes adalékkal. A modern jogelmélet egyik legfontosabb problémája, hogy a jogalkalmazás során hogyan alakul a tények és a jog viszonya. Mennyire befolyásolja a tényállás megállapítását az alkalmazandó jogszabály, illetve mennyire veszi figyelembe a bíróság a szabály értelmezésekor az eset tényeit. Az elméleti törekvések a megoldást általánosságban keresik, és gyakran megfeledkeznek arról a körülményről, hogy jogi kultúránként eltérő lehet a jogalkalmazás két elemének egymáshoz viszonyított súlya. Ezen a ponton a szerző meggyőzően mutatja be, hogy léteznek olyan jogrendszerek, ahol a tényeket az eljárási szabályok – a törvényi vélelmekkel, és a bizonyítási eszközök korlátozásával – valósággal beleszorítják a jogi konstrukciókba, magyarul a tényállást a bíróság teremti meg; másfelől pedig vannak olyan szisztémák, ahol az eset valós tényeit a legszélesebb körben beemelik a tényállásba, így a perek kimenetelét sokkal inkább a bizonyítás sikeressége dönti el, mint a jogkérdések feletti vita. Azért érzem különösen fontosnak ezt a részt, mert rámutat arra, hogy az egyes jogelméleti szembenállások sokszor nem annyira a teoretikus alapok, mint inkább a jogi kultúrák, és így a jogászai szocializáció eltéréséből adódnak. A magam részéről ezt a módszert alkalmazhatónak vélem más jogbölcseleti szembenállások háttérének felderítésében is.

Az ezt követő V. és VI. fejezetek összefüggenek egymással annyiban, hogy mindkettő a jogrendszer társadalomban betöltött funkciójából indul ki, és azt taglalja két különböző aspektusból, hogy mennyire képes e funkciót megvalósítani. Konkrétan ugyan nem határozza meg a szerző, hogy miben áll ez a funkció, de a megközelítési módjából és a témaválasztásából egyértelműen kitűnik, a jog a társadalom tagjai közti viták békés megoldásában játszik lényegi szerepet. A jog kikerülésének útjai, és a joghoz jutás feltételei ugyanis olyan kérdések, amelyek a jog vitarendező szerepének középpontba emelése esetén kerülnek felszínre. A jog így nem az állami irányítás eszközeként, hanem olyan intézményként jelenik meg, amely az emberi együttélés során keletkezett konfliktusok feloldását szolgálja.

A szerző ezen elméleti háttér felől közelítve rendkívül alaposan és körültekintően elemzi a felvetett problémákat. Az V. fejezetben végig a különféle vitafeloldó módszerek és intézmények társadalmi hatékonyságára figyelemmel vizsgálja a jogi eljárás elkerülésére irányuló technikákat (mediáció, arbitráció, egyezségkötés). Jelentős elméleti erőfeszítést tesz arra vonatkozóan is, hogy a viták jellegére és a vitában résztvevő felek helyzetére tekintettel jelölje ki a formális és a nem formalizált konfliktusfeloldási technikák helyét a lehetséges eljárások rendszerében. Általános megállapításai akár egy ezzel a kérdéssel foglalkozó törvény szabályozási koncepciójának is részét képezhetnék.

A VI. fejezet végkövetkeztetései (a joghoz jutás lehetőségei) szintén vannak konkrét tanulságai a törvényhozók és a szociálpolitikusok számára. A szerző alapfeltevése szerint a modern – professzionális intézményrendszerként működő – jog belső folyamataiba nem szabad kívülről beavatkozni. A jogszociológus feladata az lehet, hogy feltárja, melyik az a mód, amelyik ösztársadalmi szinten a leghatékonyabban teszi lehetővé a hátrányos helyzetű csoportok számára a viták sikeres jogi rendezését anélkül, hogy a jog belső komplexitása

sérülne. Ez azt jelenti, hogy a rászorulóknak a joghoz jutását a jogrendszeren kívülről kellene könnyíteni, és nem belülről, a jogalkalmazás szociálisan érzékeny tételével,<sup>10</sup> vagy a jogszabályok – sokak által követelt – egyszerűbb megfogalmazásával.

A következő fejezet szintén a jog ősztársadalmi szintű hatásaival foglalkozik, de itt távolról sem az egész jog funkcióját érintő kérdést elemez, és az elvontsági szint jóval alacsonyabb, mint az előzők esetében. Gyakorlatilag egy esettanulmányról van szó, mely az amerikai kártérítési jog egyik “vadhajtását” szemléli szociológiai oldalról. Egy kontinentális jogrendszerben szocializálódott jogász számára, ha nem is létfontosságú, de semmiképp nem haszontalan az úgynevezett “büntető kártérítés” intézményének (a tényleges kár összegét többszörösen meghaladó, pénzbüntetés jellegű kártérítés) tanulmányozása. Rávilágít ugyanis arra, hogy az egyes, önmagukban igazságosnak vagy méltányosnak tűnő – a társadalom legtöbb tagja által emocionális alapon támogatott – jogi döntések továbbgyűrűző hatása akár a tudományos-technológiai és a gazdasági fejlődés lassulását is eredményezheti, melynek negatívumai hosszú távon messze felülmúlják az “itt és most” jelentkező pozitívumokat.

Csupán első látásra tűnhet úgy, hogy a vázolt probléma távol esik a hazai realitásoktól. Ha ugyanis arra gondolunk, hogy nálunk például a büntetőjogi szabályozást hosszú évek óta a lakosság érzelmi reakciói határozzák meg, akkor láthatjuk, hogy hasonló típusú nehézségekkel nekünk is szembe kell néznünk.

A következő, hetedik fejezet túllép a hagyományos jogszociológia keretein, és inkább “jogi tudásszociológiának” nevezhető. Mindazonáltal a jogelméleti kutatások szempontjából talán ez a rész rejti magában a legtöbb lehetőséget. Emlékeztet arra a gyakran figyelmen kívül hagyott tényre, hogy “az egyes jogi eszmék és a különböző jogkonceptiók létrehozása meghatározott tudósokhoz és tudósközösségekhez kötődik, de szélesebb körben való elterjedtségük, egy-egy ország jogrendszerében való domináns szerepük vagy ezzel szemben marginális, »csak akadémiai« létük sok szempontból társadalmi-politikai okok által meghatározott.”<sup>11</sup>

A természetjogi gondolkodás legújabb kori történetét a szerző ezen hatásokra tekintettel ábrázolja. Bár explicite nem rögzíti, hogy miben látja a természetjog fő jellemzőit, utal rá, hogy lényegében “emberrel együtt született és minden időben érvényes jogok katalógusáról” van szó.<sup>12</sup> E nézőpontból értékeli a klasszikus természetjogi gondolkodás irányzatait, és megállapítja, hogy “evolucionáriusan szükségszerűnek mondható a naiv ember- és társadalomképen nyugvó újkori természetjogi tanok gyors eltűnése az 1800-as évek második felére”.<sup>13</sup>

Ezek után azt vizsgálja, hogy a XX. század második felében a töretlen tudományos fejlődés, és a racionalitás egyre erőteljesebb térnyerése ellenére hogyan bukkanhatott fel ismét a természetjog. Ennek a jelenségnek az okait a különböző politikai és társadalmi folyamatokban találja meg, ami voltaképpen azt jelenti, hogy a természetjog meghatározott gyakorlati-politikai cselekvésekhez nyújtott erkölcsi igazolást (a náci háborús bűnösök felelősségre vonásához, politikai csoportok harcához az Egyesült Államokban, vagy éppen a kelet-európai országok átalakulásának kontrolljához).

<sup>10</sup> Tanulságos példája ennek a megoldásnak Magnaud-nak, a “jó bírónak” az esete, aki a XIX. század végén Franciaországban éhező, nincstelen vádlottak esetében – méltányossági alapon – sokszor hozott felmentő ítéletet. E próbálkozását, természetesen, hazája jogászainak helytelenítése kísérte. Lásd: *Magnaud a jó bíró* (Összegejtette és magyarázatokkal ellátta: Leyret Henrik) Grill, Budapest, 1908.

<sup>11</sup> *Jogszociológiai vizsgálódások...* 80. o.

<sup>12</sup> *I. m.* 82. o.

<sup>13</sup> *I. m.* 88. o.

Véleményem szerint azonban a természetjog feltámadása nem egyszerűen a politikai és társadalmi viszonyok pillanatnyi konstellációjának eredménye, hanem egy örök emberi igény kifejeződése is egyben, mely a jogon keresztül a fennálló hatalom humanizálására törekszik. Az egyes természetjogi elméletek különböző módon többnyire ezt az igényt fogalmazzák meg az adott kor tudományos fejlettségének fokán. Így vonható párhuzam az ókori “naiv” és a mai “modern” természetjogi felfogások közé, egyúttal ez az igény adhat részbeni magyarázatot a természetjog “örök visszatérésére”.<sup>14</sup>

Az utolsó fejezet az, amelyben a szerző a legközelebb kerül a joggyakorlathoz, és itt találhatóak azok a következtetései is, amelyek talán leginkább vitára készítenek a szélesebb értelemben vett szakmai közvéleményt. A könyv befejezéseként ugyanis olyan gyakorlati tapasztalatokat összegez, melyekből a leszűrhető következtetések az amerikai jogi realizmus bizonyos állításaira emlékeztetnek. Egy német jogász-szociológusnak a “résztvevő megfigyelés” módszerével készült tanulmánya jelenti ehhez a kiindulópontot, aki azt vizsgálta, hogy a bírói ténymegállapítás és a jogi döntés milyen valós folyamatok alapján születik meg. Ő együtt szemlélte a jogi döntés ténybeli és jogi oldalát, a következőkben azonban megkíséreljük a kettőt szétválasztani.

A hagyományos – és jelenleg is uralkodónak tekinthető – jogász felfogás a bírói munka folyamatában nem tulajdonít túlzottan nagy szerepet a tényállás megállapításának. Ez a művelet ebben a megközelítésben a formális logika segítségével egyszerűen leírható, és mint ilyen, különösebb szaktudást sem igényel. E szemlélet – összekapcsolódva a bizonyítékok szabad mérlegelésének elvével – eredményezi azt a helyzetet, hogy gyakran még magukban a jogalkalmazókban sem tudatosul a bizonyítási eljárás “sötét oldala”. A tényállás megállapítása során olyan ki nem mondott feltevésekre, “vélelmekre” vagy a szabályok értelmében figyelembe nem vehető információkra építenek, melyek következtében a megállapított tényállás sokszor “köszönő viszonyban” sincs a valóságban történetekkel. A bírósági tényfeltárás, összehasonlítva a tudományos tényfeltárással meglehetősen egyszerűnek, szinte “primitívnek” tűnik.<sup>15</sup>

Gyakorlati tapasztalatok alapján úgy gondolom, a hatalmas különbséget csupán részben magyarázza az, hogy a perbeli bizonyítás ideje, eszközei, módszerei jóval korlátozottabbak, mint a tudományos adatgyűjtésé. A differencia oka abban is kereshető, hogy az eljáró bírák és más jogalkalmazók a tények felderítési módszereinek elsajátítására irányuló képzésben – az előbbieken jelzett szemlélet uralkodó pozíciója miatt – egyáltalán nem részesülnek. A felderítés egy külön szakma, melynek fortélyait más tevékenységekhez hasonlóan meg lehet tanulni. Igényel ugyan bizonyos fokú kriminalisztikai és pszichológiai ismereteket, de ezek célirányos oktatása nem ütközne jelentős akadályba. Természetesen semmi nem garantálja, hogy a bírók ilyen ismeretekkel felvértezve minden esetben racionálisan döntenek majd, de ez a tudás jelentősen könnyítené mostani munkájukat.

Egy másik tradíciót is támad a német jogszociológus, amikor a döntés normatív oldalának kialakulását vizsgálja. Kimutatja, hogy a formális döntési programmal (a “hivatalos” jog) szemben az ítélet jogi oldalának kialakításában meghatározóbb az ún. informális döntési

---

<sup>14</sup> Így a jogpozitívizmus “egyeduralmának” idején, a XIX. században megfogalmazott jogelméletek mélyén is megtalálhatóak természetjogi gondolatok. Lásd: Takács Péter: A helyes jog. In: Szabó Miklós (szerk.): *Jogbölcseleti Előadások*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 1998. 88-90. o.

<sup>15</sup> A tudományos és a bírói tényfeltárás különbségéhez lásd: Loss Sándor: Bírák Bírószágok, viták. In: Loss Sándor (szerk.): *Bevezetés a jogszociológiába*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 1999. 161. o.



program. “Az informális program nem formalizált, azaz nem hivatalos normákból és értékekből áll (...) ezek jogon túli döntési alapok, amelyeket a jogász alkotmányjogilag nem legitimált forrásokból szerez, és amelyeket az érvelésben nem jelentet meg. E normák hordozói a lakosság felső-közép rétegei, a család, az ismerősök, kollégák, a politikai pártok, egyházak, érdekképviselői szervek, tömegmédiák”.<sup>16</sup>

Talán sok olvasónak úgy tűnhet, hogy az írásban a szintén “résztvevő megfigyelő” pozíciójában lévő Jerome Frank majd’ fél évszázaddal korábbi gondolatai köszönnek vissza modernizált formában. Véleményem szerint, egyáltalán nem véletlen az, hogy a konkrét jogeseteket is tanulmányozó jogelméleti gondolkodók sok szempontból közel kerülnek Frank gondolatiságához. A jogi döntéseket befolyásoló irracionális elemek súlya ugyanis annyira jelentős, hogy azzal minden, a jogalkalmazást magyarázni próbáló elméletnek számolnia kell, és nem tekinthetőek csupán elhanyagolható “hibának”.<sup>17</sup>

Mindezek fényében érdekes szemlélni azokat a hazai jogeseteket, melyeket Pokol Béla kiválasztott, és elemzett. Az esetek azt példázzák, hogy a jogi racionalitástól eltérő szempontok jelentős szerepet kapnak a döntések kialakításában. E szempontok nagy vonalakban megegyeznek a jogi realizmus által felvázolt döntési indokokkal (a bíró felkészületlensége, szubjektív hatások, politikai beállítódás, etc.).

A következtetésekkel általánosságban egyetértek, de – a bírói ténymegállapítás kapcsán elmondottakra visszautalva – azokat ki szeretném egészíteni egy meglátással. Nem minden esetben szükséges ugyanis a jog működéséhez képest külső indokokkal magyarázni a racionális döntés hiányát. A könyvben részletesen taglalt ún. “skinhead” perben Pokol Béla szerint az ügyészség nyomása miatt született bűnösséget kimondó ítélet. Az indokolásban olvasható: “Az ügyben a sértett-tanúkat igazmondási kötelezettség terhelte, míg ez nem vonatkozott a terheltre. Ebből következően nagyobb bizonyító erőt tulajdonított a bíróság a tanúk vallomásainak. Ugyanakkor a sértetti tanúvallomások is ellentmondásosak voltak, ami magyarázható az időmúlással [...]”.<sup>18</sup> Első megközelítésben e fejtegetés tényleg meglehetősen gyenge lábakon állónak tűnik, és az eset összes körülményeit figyelembe véve okszerűnek látszik az a következtetés, hogy a háttérben jogon kívüli motivációk húzódnak meg.

Az indokolás érveinek tartalma és megformáltsága azonban teljesen átlagosnak mondható. A magyar bírói gyakorlatban ugyanis a bizonyítékok mérlegelésére vonatkozóan működik néhány klisé, amelyek közül kettőt a fenti idézet is tartalmaz (a sértett, a vádlottal szemben a hamis tanúzás terhe alatt vall, így az ő vallomása fogadható el; a tárgyalásig eltelt idő hossza magyarázza a tanú vallomásainak ellentmondásait). Emellett létezik egy pár másik is, példaként: ha a vádlottak egymásra terhelő vallomást tesznek, akkor abban a körben hitelesnek fogadják el a vallomásukat; ha a terhelő vallomását később megváltoztatja valaki, akkor a bíróságok a korábbi vallomást használják fel, mondván, akkor még jobban emlékezett az illető, arra, hogy mi történt, etc... Így elmondható, hogy rengeteg olyan ítélet születik nap mint nap, amelyeknek indokolása – minden külső nyomás hiányában – rendkívül hasonlít a fentiekre. Gyakorló jogászként mindennap találkozhatunk azzal a jelenséggel, hogy az ártatlanság vélelmének elve nem úgy érvényesül, mint ahogy a tankönyvek alapján gondolnánk. Ez azt is

<sup>16</sup> Rüdiger Lautmann: *Justiz - die stille Gewalt*. Athenaum Verlag, Frankfurt am Main 92. o. (Idézi: Pokol Béla: *Jogszociológiai vizsgálódások...* 95. o.)

<sup>17</sup> Több, mint elgondolkodtató, hogy a neokantiánus jogelmélet felől elinduló Szabó József konkrét jogesetek tanulmányozása után szintén az amerikai “újrealizmus” elméleti következtetéseihez jutott el. (Lásd: Szabó József: A jogász gondolkodás bölcselete., illetve Uő: Hol az igazság? (A bíró lélektani problémái). In: Szabó József: *A jogbölcsélet vonzásában. Válogatott tanulmányok.* (szerk.: Szabadfalvi József) Bíbor Kiadó, Miskolc, 1999. 91-193. o.)

<sup>18</sup> Lásd: 6 B. 41/1995/7. sz. Főv. Bír. ítélet indokolása 7. oldalán. (Idézi: Pokol Béla: *Jogszociológiai vizsgálódások...* 105. o.)

jelenti, hogy sokszor teljesen elég akár egy sértett többé-kevésbé következetes vallomása ahhoz, hogy valakit bűnösnek mondjanak ki.<sup>19</sup> Komoly és fontos kérdés, hogy miért alakult így a magyar büntető eljárásjog gyakorlata. Úgy vélem, a megoldást abban a bírák között tovább élő szemléletben lehet keresni, amely szerint a nyomozó hatóság nem indít senki ellen “véletlenül” eljárást, illetve az ügyész nem vádol senkit alaptalanul. A bűnös tehát már eleve adott, csupán valahogy rá kell ezt bizonyítani. A bűnüldöző hatóságok “bíznak” egymásban, és gyakorta nem vesznek tudomást arról a lehetőségről, hogy számos esetleges mozzanat formálja a bírósági szakasz előtti büntetőeljárást.

A könyv ezen utolsó problémafelvetése is alátámasztja azt a megállapítást, hogy a mű méltán tarthat számot a szűk szakmai közvélemény érdeklődésén túl az egész jogászkar figyelmére. A szerző által körüljárt problémák, mint láttuk, számos ponton kapcsolódnak a joggyakorlat alapkérdéseire, egyúttal pedig olyan dogmákat kritizál, melyek igazsága sokak számára evidenciának tűnik.

Elméleti szempontból azonban érdekfeszítőbb az a kérdés, hogy “A jog elméletének” írója hogyan tudja szintetizálni a jog szociológiai megfigyeléséből származó tapasztalatokat jogelmélete korábbi általánosításaival. Csak példaként említve, a mediáció létjogosultságának elismerése arra mutat, hogy a jogvitákat nem csupán a “jogos/jogtalan” értékduál mentén lehet eldönteni; a bírák “informális döntési programjának” feltételezése pedig a jogdogmatika szerepét értékelheti át a jogrendszer működésének mechanizmusában. A magam részéről nagy várakozással tekintenek ezen vállalkozás elé, és sok sikert kívánok hozzá a szerzőnek.

---

<sup>19</sup> A könyvben hivatkozott magas beosztású bíró álláspontjával szemben, a Legfelsőbb Bíróság által egy korábban közzétett, és azóta sem revideált döntés *expressis verbis* rögzíti: “téves az arra alapított felmentő ítélet, hogy egyetlen tanú vallomása alapján a vádlott bűnössége nem állapítható meg.” (BH 1987. 391.) Véleményem szerint itt a bizonyítékok szabad mérlegelésének elvét játsszák ki az ártatlanság vélelmének elvével szemben. Az elemzett jogeset ezt az anomáliát hozza a felszínre.

## Bencze Mátyás

### A jogérvényesség problematikájának megközelítései

Nem csupán a saját szempontomból tartom figyelemreméltónak Bódig Mátyás válaszcikkét, bár sok új, hasznosítható szempontot nyújtott további kutatásaimhoz, és ahhoz hogy kijelöljem saját pozícióimat. Mégis fontosabb az, hogy tudatosan foglalkozott a jogérvényesség kérdésének a jogelméletben elfoglalt helyével. Ezidáig Magyarországon csupán kevesen vállalkoztak erre a feladatra,<sup>1</sup> ez az írás viszont kimondottan erre az alapkérdésre, illetve a kutatások módszertani keretére irányult. Reagálásomban először az általa elvégzett elemzés erényeit, és a nyitva hagyott kérdéseket fogom számba venni, majd összehasonlítom azt egy másik lehetséges megközelítéssel, végül pedig vázolólag vizsgálódásaim irányát, alapvető módszereimet és az elkötelezettségem melletti érveket.

1. Fontos érdeme az írásnak, hogy rávilágított arra, az érvényesség kategóriáját nem csupán a nálunk megszokott – és ezért nyíltan nem is mindig rögzített – ontológiai megközelítésben lehet tárgyalni. Az érvényesség jelentését a gyakorlati filozófia alapjain állva vizsgálja, és amellett érvel, hogy a “jogászi jogelmélet” számára ez a szemlélet lehet a leggyümölcsözőbb.

Az elemzés hátterében felsejlik a modern, demokratikus társadalmak alapszerkezetének koncepciója is, ahol a morál, a politika és a jog szférái igen szoros kapcsolatban állnak egymással, és e kapcsolatra tekintettel határozza meg a jogérvényesség alapját és kritériumait.

Első lépésben a “jogászi jogelmélet” mibenlétét tisztázza, mely közel kívánja tartani a jogelméletet a jogászi gyakorlathoz. Ennek a fajta jogelméletnek a célja, hogy azt vizsgálja, bizonyos fogalmak mit is jelentenek meghatározott összefüggésekben.<sup>2</sup> E törekvést én is helyesnek tartom, és igyekszem is követni, mindazonáltal ez az álláspont nem implicálja szükségszerűen a Bódig Mátyás által követett gyakorlati filozófiai szemlélet elfogadását. Az érvényességgel kapcsolatban abból indul ki, hogy az “ez a jogszabály igenis érvényes” kijelentés értelmét olyan összefüggésben nyeri el, mint “tehát nem hagyhatod figyelmen kívül”, “tehát ez lesz a döntő az ítélet szempontjából”, “tehát mégsem tehetjük meg, amit elterveztünk”, “tehát igenis megbüntethetnek erre a normára hivatkozva”.<sup>3</sup> Az általa felvetett kontextusból aztán olyan kérdéseket bont ki, amelyek arra irányulnak, hogy mikor beszélhetünk egy jogi norma érvényességéről, mi lehet az érvényesség alapja, illetve ezek mögött azt, hogy milyen célt szolgálnak a jogszabályok az emberek életében. E cél az, hogy kötelező erőt biztosítsanak bizonyos emberi cselekvéseknek. Ebből a perspektívából nem az az elsődleges kérdés, hogy miben áll magának a jogi normának az érvényessége, hanem az, hogy melyek lehetnek a megfelelő (azaz: érvényes) indokok egy kötelezést elrendelő cselekvés igazolásához. A jogszabályok ugyanis csupán egy jól körülhatárolható – bár a modern társadalmakban kétségkívül központi szerephez jutó – cselekvési körre vonatkozó igazolást jelentenek. A jogszabály érvényessége tehát feloldódik a cselekvés igazolására szolgáló érvek érvényességében, amelyek tartalmát politikai kötelezettségnek töltik ki, mégpedig szoros

---

<sup>1</sup> Lásd: Peschka Vilmos: *A jogszabályok elmélete*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1979. 177-229. o.; Pokol Béla: *Jogbölcseleti vizsgálódások*. Budapest, 1994. 69-76. o.; Varga Csaba: *A jog mint folyamat*. Osiris Kiadó, Budapest, 1999. 67-90. o.

<sup>2</sup> Lásd: Bódig Mátyás: Adalékok a jogi érvényesség jogelméleti problémájának tisztázásához. *Jogelméleti Szemle*, 2003. 1. sz. II. 3. ([www.extra.hu/jesz](http://www.extra.hu/jesz))

<sup>3</sup> Lásd uo. II. 3.

összefüggésben egy politikai közösség tagjainak vélekedésével, attitűdjeivel, értékeivel, azaz a politikai erkölccsel.<sup>4</sup>

Így az előbb idézett tipikus állítások értelmében valójában abban áll, hogy a jogszabály képes gyakorlati igazolást nyújtani bizonyos cselekvéseknek. A fentiek alapján arra lehet következtetni, hogy Bódig Mátyás az “érvényes jogszabály” kifejezést más beszédhelyzetben elemzi, mint én szándékozom. Ez a felfogás ugyanis a jogérvényesség alapjára, és kritériumára koncentrál, és ennek soron a jog teljes politikai háttérrel térképezi fel, én pedig az érvényes jog létrejöttét helyezem a kutatás középpontjába.

2. Az autoritáselmélet magyarázó ereje ugyanakkor több kérdésben igen jelentős. Először is alkalmas arra, hogy az intézménytörténeti kutatásokban felváltsa a hagyományos természetjogtan-jogpozitivizmus ellentét felőli megközelítést. Bár hangsúlyozni kell, hogy ha az érvényesség elméletétörténetét követjük nyomon, akkor a teljes megértéshez utalni kell az egyes szerzők jogfilozófiai pozíciójára. Azzal a megállapítással azonban maradéktalanul egyetértek, hogy a természetjogtani, illetve a jogpozitivisták elméletekben sokszor az autoritás különböző formái fejeződtek ki az érvényesség alapjaként; így ebben a kérdésben a fő törésvonal nem a jogfilozófia e két ága között húzódik meg, hanem azon elméletek között, amelyek beemelték autoritáselméleti megfontolásokat a jogérvényességi koncepciójukba, illetve amelyek ezt a lépést szükségtelennek tartották.

Úgy tűnik számomra, hogy egyidejűleg egy másik elméleti szembeállítás meghaladására irányuló törekvés is megjelenik a szerzőnél. Sok jogelmélet ugyanis megkülönbözteti a jogrendszer és a jogszabály érvényességét.<sup>5</sup> Ebben a megközelítésben viszont a jogrendszer “önálló” érvényessége eltűnik, mindig csak konkrét cselekvések léteznek, amelyek igazolása lehet érvényes vagy érvénytelen. Egyéb teóriákkal szemben nem csupán a jogrendszer egészének szintjén kapcsolja össze a jogot a politikai kötelezettséggel, hanem az egyes jogszabályok esetében is (mivel azok egy konkrét cselekvés normatív igazolását szolgálják). Mindazonáltal úgy vélem, a jogrendszer más módon rendelkezik érvényességgel, mint az elemei, és ez a különbség a jogászai beszédben is megjelenik. A jogrendszer egésze sokkal intenzívebb kapcsolatban áll a politikai erkölccsel, mint az egyes jogszabály, melynek érvényességét nem csupán a politikai kötelezettség alapozza meg, hanem már az is, hogy egy működő jogrendszerhez tartozik.

3. A politikai erkölcs kategóriájának bevezetésével egy bizonyos aspektusból sikerült integrálni az érvényesség kritériumainak sokszínűségét (gondoljunk a természetjogtan által megfogalmazott érvényességi feltételek változatos formáira, illetve a pozitivisták jogelméletek egymástól több ponton eltérő megalapozásaira), hiszen végső soron mindegyik a politikai erkölcsben megfogalmazódó különböző vélekedésekre, attitűdökre, “gyakorlati orientációkra” vezethető vissza. Ezek közül – jogi kultúránként változóan – hol az egyik, hol a másik érvényességi kritériumra esik a nagyobb hangsúly.

4. Rendkívül jelentős erénye Bódig Mátyás elméletének, hogy kiválóan alkalmas egyes gyakorlatban felmerülő jogi problémák háttérének megvilágítására, felszínre hozhatja azok valódi jellegét, melyet az eddigi keretek nem engedtek láttatni. Példaként említhető az írásban elemzett náci jog érvényességével kapcsolatos kérdéskör, amely sokkal jobban leírható a politikai erkölcsre való utalással, mint a természetjog-jogpozitivizmus dichotómián belül mozogva.

---

<sup>4</sup> Lásd uo. VI. 8. ill. VII. 12.

<sup>5</sup> A leghatározottabban ezt Kelsen tette meg, lásd: Hans Kelsen: *Tiszta Jogtan* (Ford.: Bibó István) Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001. 39-41. o., illetve ezen elméletek magyar nyelvű áttekintésére lásd: Visegrády Antal: *A jog hatékonysága*. Unió, Budapest, 1997. 15-55. o.

5. A következő – immár kritikai – észrevételem azzal a nézőponttal kapcsolatos, amely alapján a jogi érvényességet egyértelműen a cselekvések igazolására vonatkoztatja – mind a hivatalos személyek, mind a magánemberek gyakorlatában.<sup>6</sup> Álláspontom szerint ugyanis nem csupán ebben a kontextusban lehet beszélni a jogérvényességről. Nem minden esetben járunk el helyesen, ha azon normáknak az érvényességét, amelyeknek megfelelően az emberek cselekednek, az autoritatív intézmények gyakorlatára vezetjük vissza. Például ahhoz a cselekvéshez, hogy szerződést kössünk, és ezáltal kötelezzük egymást és magukat, nem a jog nyújt igazolást (holott erre, az érvényes jogra hivatkozva kötik) még akkor sem, ha később a bíróság a kötelezettség teljesítését a jogszabályra hivatkozva kényszeríti ki. Az érvényesség ekkor nem azt jelenti, hogy a norma képes autoritatív döntések indokait szolgáltatni, hanem csupán azt, hogy a cselekvők számára a jogszabály képes bizonyos segítséget nyújtani. Az anyagi vagy egyéb szükségleteink kielégítéséhez e jogszabályi minta alkalmazását tartjuk megfelelőnek. Ha azt állítjuk, hogy ebben az esetben a jog nem pusztán egy cselekvést igazoló érv, hanem a jogtól magától független célok elérésének eszköze, akkor közelebb kerülünk a gyakorlat helyes leírásához. A jog szerepe nem merül ki abban, hogy képes autoritatív indokokat szolgáltatni, a jog keretet is biztosít a cselekvésekhez. Az érvényesség kérdése éppen ezért nem köthető kizárólag a normatív igazolások kérdéséhez.

Mindez természetesen nem jelenti azt, hogy a jog érvényességének ebben a megközelítésében nem játszhat szerepet a politikai erkölcs. Mindössze azt állítom, hogy nem csupán a kötelezettségek és az autoritás kategóriáin keresztül lehet eljutni az érvényesség erkölcsi dimenziójáig. E dimenziót az alábbiakban vizsgálom meg.

6. Bódig Mátyás szorosán összefűzi a jog és a morál szféráját. Egy olyan jogrendszer képét vázolja fel, ahol a politikai erkölcsre utalással eldönthetjük a jog érvényességével kapcsolatos dilemmáinkat. Ezt a helyzetet ábrázolja a jog intézményes alapszerkezeteként, de maga is rámutat arra, ez az alapszerkezet meglehetősen sokszor homályba borul, a politikai kötelezettség tartalma rendkívül meghatározatlan, képlékeny, ráadásul ez a nehézség éppen a jog hétköznapi működésének vizsgálatakor bukkan elő. Ugyanakkor azt is mondja, hogy az általa vázolt kép nem “ideális”, mivel az érvényességet az autoritással magyarázó elméletet a gyakorlat értelmezéséből bontotta ki.<sup>7</sup> Mégis, abból a hétköznapi kijelentésből, hogy “ez a jogszabály igenis érvényes” az értelmező más irányokba is elindulhat, és az egyik lehetséges irányt a későbbiekben ismertetni is fogom, de előbb az eltérést lehetővé tevő tényezőkre szeretnék rámutatni.

A szerző felfogása szerint nem csupán a jog érvényességét, hanem az egész jogrendszer működését is a politikai erkölcsre vezethetjük vissza. Voltaképpen azért képes fennmaradni egy jogrendszer, mert politikai kötelezettségekre épít. Így azonban a jogelmélete nem hagy helyet más megközelítési módok számára. A jog érvényességét nézetem szerint nem csupán a politikai erkölcs magyarázza, és nem is csupán a politikai erkölcs hozza létre. A jog mint a társadalom más szféráitól elkülönült intézményrendszer viszonylag széleskörű autonómiával rendelkezik, azaz a társadalom többi szférájától relatíve függetlenül képes működni. Épp emiatt egy működő jogrendszer számos olyan jogszabályt képes “életben tartani”, amelyek beleütköznek a politikai erkölcsbe, az érvényességüket, gyakorlati erejüket mégsem kérdőjelezzik meg közvetlenül. Bódig Mátyás ezt a problémát úgy látja megoldhatónak, hogy az érvénytelenségre történő hivatkozás eseteit leszűkíti, a politikai erkölcsbe ütközés tényével, mint érvénytelenségi okkal csupán az igen súlyos aggályokat felvető esetekben érvelhetünk. Egyébként a legalizmus keretei között célszerű maradnunk.<sup>8</sup> A jogszabályok “igazságtalanságának” egy foka alatt érvényességük – ilyen alapon – nem kérdőjelezhető meg. Ez a felfogás elméletileg teljesen elfogadható, ugyanakkor nem magyaráz meg minden gyakorlati jelenséget, főleg ha azt

<sup>6</sup> “A jogi igazolás az én nézetem szerint először is autoritatív aktusok igazolása a politikai kötelezettségre hivatkozva, másodsor pedig cselekvések igazolása politikai autoritással rendelkező intézmények gyakorlatára hivatkozva.” Lásd Bódig: *Adalékok...* VII. 10.

<sup>7</sup> Lásd *uo.* VII. 12.

<sup>8</sup> Lásd *uo.* VIII.

vizsgáljuk, hogy több olyan jogrendszer is elég sokáig “húzta”, amely az adott társadalom politikai erkölcsével alapvető kérdésekben állt szemben. A válaszcikk szerzője maga is említi a náci jogrendszert (illetve annak bizonyos szabályait), mely hosszú évekig fenn tudott maradni, és végül is javarészt külső erők hatására omlott össze; illetve felhozhatnánk példaként a szovjet jogi berendezkedést, amelynek jó néhány eleme egész biztosan nem felelt meg a létező politikai erkölcsnek. E rendszerek mégis működtek, és az ominózus jogszabályok érvényes szabályként funkcionáltak. A politikai erkölcsre való hivatkozás kiválóan megalapozhatja az utólagos felelősségre vonást, hiszen mondhatjuk, hogy a jogrendszer bizonyos elemei érvénytelenek voltak, de a jogrendszer létezése alatt a normák ettől még érvényességgel bírtak.

Mindazonáltal nem csupán történeti példákat említhetünk, ma is létezik a politikai erkölcstől viszonylag független jogrendszer. A nemzetközi jog szabályai esetében is beszélhetünk érvényességről, holott azok követését igen sok esetben nehéz volna valamilyen politikai kötelezettségre visszavezetni. Ezt jóval inkább a politikai akaratok és érdekek egybeesése okozza, amelyek, szerintem a “stratégiai megfontolásokkal” esnek egy megítélés alá, nem pedig a politikai közösséghez tartozás tudatából fakadnak.

Ezen túlmenően maga a szerző is elismeri, hogy számos attitűd él a társadalomban, amely meglehetősen elhomályosíthatja az általa vázolt alapszerkezetet.<sup>9</sup> A jog nem csupán azért képes emberi magatartások befolyásolására, mert kielégíti a politikai erkölcs követelményeit. Amennyiben ezt a meglátást figyelembe vesszük, akkor a jogérvényesség kategóriának is szélesebb értelmet kell tulajdonítanunk, mikor arra vagyunk kíváncsiak, hogy milyen jelentéssel használják a gyakorlatban az “érvényes jog” kifejezést. Egyéb szempontokból is közelíthetünk tehát ahhoz a kérdéshez, hogy mi az értelme azon kijelentéseknek, melyek egy jogszabály érvényességére vonatkoznak. Ezzel nem vitatom Bódig Mátyás állításainak helyességét, de úgy vélem, másfelé is elindulhatunk az alapvető összefüggések rekonstruálása során.

7. Nem lehet megkerülni még egy további kérdést sem. Van-e helye a szociológiai érvényesség kategóriájának Bódig Mátyás elméletében? Erre a problémára nem tér ki írásában, mégpedig azért nem, mert – ahogyan erről személyesen is megerősített – a szociológiai érvényesség kérdését nem tekinti a jogérvényesség fogalma alá tartozónak, azt a jogszabályok érvényesülésével (betartásával) azonosítja. Így azonban nem tudom, hogyan lehetséges magyarázni azt a helyzetet, amely akkor áll elő, ha a jogszabály nem bír a kellő erővel ahhoz, hogy normatív igazolásként szerepelhessen. Elképzelhető, hogy az ilyen normák megfelelnek a politikai erkölcsnek, mégsem érvényesülnek, mert például meghaladottá, elavulttá váltak. Én nem látom be, hogy miért tekinthetné bárki is érvényesnek azt a jogszabályt, amely senkinek a cselekvésére nincs hatással. Ha mindenki figyelmen kívül hagyja, akkor azt a funkcióját sem tudja ellátni, hogy igazolási alapként szolgáljon bizonyos cselekvésekhez. Az érvénytelenségnek tehát lehetnek bizonyos okai, melyek nem a politikai erkölcs és a jogszabály viszonyából fakadnak. Olyan jogérvényesség felfogást kell kimunkálni, amelybe az érvényességnek, illetve az érvénytelenségnek ez az aspektusa is helyet kap.

8. Bódig Mátyás jogérvényesség felfogásának fenti jellemzőiből számomra az következik, hogy a jogász szemlélet értelmezéséből – a jog érvényességi alapjának keresése során – egy helyes jogi koncepcióhoz jutott el. Ez a megközelítés álláspontom szerint mindenképpen adekvát lehet egy politikai elmélet számára, ahol a politikai erkölcs hiánya sokkal intenzívebben befolyásolja a szuverenitást, mint ugyanez a fogyatékosság a jog esetében az érvényességet. A jogrendszer egésze valóban szoros kapcsolatban áll a politikai erkölccsel, az egyes jogi normák “működése” során azonban, ahogyan azt a szerző is megállapítja, csak kivételesen súlyos helyzetekben lehet közvetlenül a politikai erkölcsre hivatkozni a joggal szemben. A politikában a szavazók rendszeres időközönként direkt módon megbüntethetik a politikai erkölcsnek hátat fordító vezetői garnitúrát, a jogszabályok esetében nincs ilyen közvetlen lehetőség. Tehát míg a politikai szuverenitás létezésének alapját megfelelően magyarázhatjuk a

---

<sup>9</sup> Lásd *uo.* VII. 12.

politikai erkölcsre utalással, addig a jogérvényesség esetében nem ennyire direkt az összefüggés. Természetesen helytálló az az érvelés, hogy az érvényesség és a politikai erkölcs között kapcsolat áll fenn, mivel a jog érvényessége nagyban függ a politikai erkölcstől (azaz a jog helyességétől). De nem a jog helyessége az egyetlen tényező, amelynek következtében a gyakorlat érvényesként fogadja el a jogi normákat. Amint Bódig Máttyás is írja, a háttérben számos ok (az egyéni haszon reménye, a szankciótól való félelem, megszokás) húzódhat meg.

A társadalom tagjait – bár ez lenne az ideális – nem minden esetben vezérik a politikai erkölcsből, illetve a politikai kötelezettségekből fakadó megfontolások. Ebből következik, hogy a jog érvényességét nem lehet pusztán ezekre alapozni, a jogot más indokok miatt is érvényesnek tekinthetik. A modern társadalmakban tehát a jogrendszer egésze kevésbé, de az egyes jogszabály érvényessége jelentős mértékben függetlenedik a politikai erkölcstől.

Bódig Máttyás úgy magyarázza ezt a helyzetet, hogy a fő feszültségi forrásnak a politikai kötelezettség tartalmának bizonytalanságát tekinti.<sup>10</sup> Akik félelemből, vagy stratégiai megfontolásból engedelmeskedik a normáknak, azokkal szemben a jognak nincs autoritása.<sup>11</sup> Elválasztja tehát az engedelmeskedés (illetve jogkövetés), és az érvényesség kategóriáit. Az “engedelmeskedők” pusztán követik a jogot, de nem tekintik érvényesnek, nincs normatív igazoló ereje számukra. A valóságban azonban – véleményem szerint – semmi sem zárja ki azt, hogy a jogot ezek az emberek is érvényesnek tekintsék a saját szempontjukból. Abból a kijelentésből tehát, hogy “ez a jogszabály igenis érvényes”, nem minden esetben következik az is, hogy a jogszabály helyes is (a politikai erkölcsnek megfelelő értelemben). A jog nem csupán a helyessége folytán lehet érvényes. Ezt a megállapítást az általa példaként említett egyéb jogkövetési motivációk, és a fentebb felhozott történelmi illusztrációk egyaránt alátámasztják. Mindezekből nyilvánvaló, hogy mást értek a jogérvényesség fogalmán, mint Bódig Máttyás; ezt a fogalmat kell tehát szemügyre vennünk.

9. A jogérvényesség fogalmát én az előbbi megállapításokból fakadóan általánosabban határozom meg: a jogi norma érvényessége azt jelenti, hogy a jogi norma képes emberi magatartásokat befolyásolni (és nem csupán igazolni). Természetesen számos más körülmény is befolyásolhatja az emberi magatartást, de mivel a jog határai az elemzésem tárgyát képező modern jogi kultúrákban viszonylag világosan körülhatároltak, más jelenségek “érvényessége” és a jog érvényessége egyértelműen megkülönböztethető.<sup>12</sup>

Ha tehát abból indulunk ki, hogy az érvényesség azt jelenti, a jog képes emberi magatartásokat befolyásolni, akkor az engedelmeskedés fenti esetei is az érvényesség kategóriáján belül esnek. Elvileg egy olyan jogrendszer érvényességét is állíthatjuk, amelyik nem alapoz a politikai kötelezettségre, mégis érvényes, mert képes hatást gyakorolni az emberi magatartásokra. Egy ilyen érvényesség felfogás nem metafizikus, nem az ontológiai megközelítés talaján áll, hanem a gyakorlat értelmezéséből ered, ugyanakkor azt az elméleti álláspontot tükrözi, hogy a jog érvényességének nincs egységes talapzata. Így egyaránt fel tudja ölelni a jogérvényesség szociológiai és normatív megközelítéseit.

E megfontolásra tekintettel, én nem kizárólag azt kívánom kutatni, hogy milyen kapcsolatban áll a jog érvényessége olyan jogrendszeren kívüli tényezőkkel, mint amilyen a politikai kötelezettség, hanem azt vizsgálom, hogy az általános jogszabályból hogyan jön létre a konkrét esetre érvényes jog, az amelyik ténylegesen befolyásolja az emberi magatartást. Ez azt jelenti, hogy “érvényes jog” jelentésének tisztázása során én azt a kérdést állítom a középpontba, hogy mit értenek az emberek valójában a “jog” szó alatt, ha jogot alkalmaznak. A magam részéről ennek a kérdésnek a körüljárását elengedhetetlennek tartom ahhoz, hogy a jog érvényességének alapjait vizsgálhassuk, bármilyen jelenségben is találjuk meg azt. Úgy hiszem ugyanis, abban nincs vita kettőnk között, hogy elsősorban a jogszabály tartalma, jelentése az, amelynek összeegyeztethetőnek kell lennie a politikai erkölcssel – ha ezzel a tényezővel azonosítjuk a jogérvényesség alapját. Így viszont azt kell vizsgálnunk, hogyan nyeri el értelmét a norma a konkrét esetre vonatkoztatva. Az így nyert konkrét értelem lehet aztán érvényes vagy érvénytelen. A jogi norma érvényessége tehát nem eleve adott, az értelme megállapításától érvényesség kérdése

---

<sup>10</sup> Lásd uo. VII. 12.

<sup>11</sup> Lásd uo. VII. 12.

<sup>12</sup> Ha jól értettem, akkor Bódig Máttyás egy önálló jogfogalommal dolgozik, és ez nem más, mint a jog normatív igazolásként történő felfogása. (Lásd uo. VII. 10.)

nem választható el. Az érvényes jog problematikája ezen a szinten is tartalmaz autoritáselméleti megfontolásokat. Abban a folyamatban, amelyben a jogszabályból érvényes jog válik, a politikai erkölcs is szerepet játszhat.

Elismerem, hogy sok esetben nem látszik nagy elméleti jelentőséggel bírónak a szabály általános és konkrét értelmének megkülönböztetése. Ennek az lehet az oka, hogy a jogszabályt valamely tipikus esetre “méretezik”,<sup>13</sup> amely a gyakorlatban a leginkább előfordul, így a jogszabály értelme világosnak, bizonytalanságoktól mentesnek tűnik, és az állandó értelme alapján – mondjuk a politikai erkölcsre való hivatkozással – eldönthető, hogy megfelel-e az érvényesség kritériumainak. Azonban, ha mindig ilyen világos lenne a szabály értelme, akkor a jogalkalmazás szerepe is kisebb volna, pusztán a tények megállapítására szorítkozhatna. A jogalkalmazás gyakorlata azonban megmutatja, hogy tömegesen fordulnak elő olyan esetek, amelyekben éppen a jogszabály konkrét értelme a vitás, az adott ügy valamiképpen túlterjeszkedik az ideális eset keretein (vagy épp nem tölti ki azt).

Éppen ezért indokolt az, hogy tisztázzuk, milyen folyamat révén válik az általános és ekként érvényes normából a konkrét ügyben érvényes norma. Ez a kérdés az általános jogszabály szempontjából sem közömbös, hiszen a tartós gyakorlat akár meg is változtathatja az értelmét,<sup>14</sup> ekkor újra felmerülhet az érvényesség kérdése az általános norma szintjén is. Ha a Bódig Mátyás féle érvényesség-koncepció keretein belül maradunk, akkor azt mondhatjuk, hogy a vizsgálódás tárgya az, a jogszabályban bennefoglalt gyakorlati indokok a konkrét esetben igazolásul szolgálhatnak-e.

10. A hazai irodalomban Pokol Béla rendszerelméleti keretekbe ágyazottan foglalkozott a konkrét érvényesség problémájával.<sup>15</sup> Ő szembeállította egymással a jogszabály általános érvényességét az adott ügyben alkalmazandó “esetnorma” érvényességével. Az érvényességi kritériumok keresésekor a jogrendszer egyes rétegeit mint a jogszabály érvényességi “szűrőit” ábrázolja,<sup>16</sup> amelyek egymásra vetülésének eredményeképpen áll elő a bíró által végül alkalmazott érvényes jog. Azt nem vizsgálja, hogy a jog rétegei miért képesek ezt a szerepet betölteni, miért fogadják el azokat a jogalkalmazók az érvényes jog kialakításának eszközeiként. Az a társadalomelmélet, amelynek talaján áll, eleve kizárja azt,<sup>17</sup> hogy a jog, a politika és a morál szféráit olyan módon szemlélje egységként, amint azt Bódig Mátyás teszi; így az érvényesség jogon kívüli politikai, morális alapját nem is kell keresnie. A jog professzionális intézményrendszere maga tartja fenn az érvényességét a működésen keresztül. Nem véletlen, hogy ebben az elméletben a politika szerepe “csupán” annyi, hogy választhat a jogtudomány által előre kidolgozott dogmatikai modellek közül.<sup>18</sup> A politikai erkölcs hatása pedig ennél is áttételesebben érvényesül: a demokratikus választásokon a jogalkotó hatalom eltávolítható, ha a politikai erkölccsel szemben végzi tevékenységét.<sup>19</sup> (Az alapjogok erkölcsi jellegű rétege az ő tematizálásában csupán a társadalom egy szűk rétegének morális meggyőződését tükrözi.)<sup>20</sup>

---

<sup>13</sup> Hasonló álláspontra lásd George Lakoff: Megismeréstudományok és a jog. In: Varga Csaba (szerk.): *Szövegek a jogi gondolkodás paradigmáinak tanulmányozásához*. Osiris Kiadó, Budapest, 1996. 54-57. o.

<sup>14</sup> Például úgy, hogy az eredeti törvényhozói szándékhoz képest eltérő esetkörre alkalmazzák a normát, így a “tipikus eset” tartománya megváltozik. Erről szolt a *Sherman Act* története is. (Az ismertetésre lásd: Szabadfalvi József: *Tradíció és Kritika*. In: Szabó Miklós (szerk.): *Jogbölcséleti előadások*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997. 251. o.)

<sup>15</sup> Lásd Pokol Béla: *A jog elmélete*. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001. 259-268. o.

<sup>16</sup> A jogrendszeren kívüli szociológiai érvényesség kérdését nagyrészt a derogáció problémájával azonosítja, és óvakodik attól, hogy maga is érvénytelennek tekintse a figyelembe nem vett normákat. A szociológiai érvénytelenségre való hivatkozást az ügyvédeknek szánt érvnek tekinti. Lásd uo. 267-278. o.

<sup>17</sup> Lásd uo. 14-16. o.

<sup>18</sup> Lásd uo. 191-197. o.

<sup>19</sup> Lásd uo. 26-33. o.

<sup>20</sup> Lásd uo. 96-100. o.



11. Az eddigi gondolatmenetemből talán kiviláglik, a saját megközelítemben teljességgel elfogadom a kiindulópontot, hogy az ontológiai szemlélet nem ad használható segítséget a működő jog problémáinak elemzéséhez. A vizsgálódásaimat ezért analitikai keretbe ágyazom, és azt kutatom, hogy mit értenek érvényes jog alatt a joggal kapcsolatba kerülő személyek. A jog érvényessége ebben a felfogásban azt jelenti, hogy a jog képes valamilyen irányba befolyásolni az emberi cselekvéseket. Bódig Mátyásétól ez a felfogás annyiban különbözik, hogy magában foglalja a szociológiai érvényesség kategóriáját is, míg a normatív igazolás elmélete kirekeszti azt az érvényesség fogalmi köréből. Ehhez mérten igyekszem tisztázni azt, hogy *mit* tekintenek a gyakorlatban érvényes jogoknak, és *hogyan* jön ez létre. (Bódig Mátyás egy bizonyos nézőpontból vizsgálja azt, hogy *miért* tekintenek valamilyen szabályt érvényes jogoknak.) Azt igyekszem felderíteni, hogy mit jelent az érvényes jog a jog professzionális és laikus használóinak. Megpróbálom feltárni azt a folyamatot, ahogy az érvényes jog konstituálódik, és az ebben szerepet játszó tényezőket. Módszerem tehát hasonlít Pokol Béla módszerére, de míg ő egy normatív zárt rendszer működését modellezi, addig én a professzionális jogrendszeren kívüli szereplőket (laikusok), a jogalkalmazást befolyásoló társadalmi tényezőket, valamint az értelmezés kérdését is bevonom az elemzésbe. Ennyiben tehát szociológiai tekintetű a megközelítemem.

E megfontolásokra tekintettel gondolom úgy, hogy érdemes lehet a jogérvényességgel abból a perspektívából is foglalkozni, amelyik nem közvetlenül a jogérvényesség politikai erkölcsön nyugvó alapjait helyezi a vizsgálódás fókuszába. Ezzel természetesen nem azt kívánom állítani, hogy nincs relevanciája ennek a megközelítésnek. Amint azt korábban vázoltam, ez a felfogás elméleti és gyakorlati szempontból is igen nagy magyarázó erővel bír. Mindössze azt kívánom hangsúlyozni, hogy az érvényesség fogalmának sokszínűsége más irányú elemzést is megenged. A rendszerelméleti megközelítésekben például az autoritáselméleti aspektusok nem kapnak kizárólagos jelentőséget. Ezt a felfogás arra a meglátásra alapoz, hogy a működő jogrendszerben a jogszabályok nem minden esetben felelnek meg a politikai erkölcsnek, a jog alanyai és felhasználói mégis érvényes jognak tekintik azokat.

# Bódig Mátyás

## Adalékok a jogi érvényesség jogelméleti problémájának tisztázásához\*

### I. Mi a gond az érvényességprobléma bevett megközelítésmódjával?

1. Ez az írás, legalábbis a megírásához vezető motívumok tekintetében, reakció Bencze Mátyás írására, amely nemrégiben jelent meg a *Jogelméleti Szemlében*.<sup>1</sup> Természetesen valamiféle kritikáról van szó. De nem azt akarom mondani, hogy valami alapvetően elfogadhatatlanra bukkantam Bencze Mátyás szövegében. Annak, amit leír, szinte minden esetben megvan a maga relevanciája. Pusztán azt gondolom, nem az a legjobb megközelítés, amit alkalmaz. Azt gondolom, még az ő megközelítésének a pozitívumai sem jutnak igazán érvényre, ha az érvényességproblémát nem helyezük a legmegfelelőbb összefüggésbe. Talán arra van szükség, hogy most arra van szükség, hogy arról beszéljünk, mi a megfelelő kontextusa az érvényességproblémának. Éppen ezért nem fejték ki tételes kritikát. Inkább arra a háttérre összpontosítok, amelyre az ő, dogmatikai aspirációkat dédelgető megközelítése is támaszkodhatna.

Azért tartom alkalmasnak a pillanatot egy ilyen szöveg kidolgozására, mert Bencze Mátyás arra vállalkozott, hogy felmérje a jogelmélet (de legalábbis a magyar jogelmélet) állapotát a jogi érvényesség teoretikus problémájának szemszögéből.<sup>2</sup> Magam is azt gondolom, hogy itt helye van a tisztázó erőfeszítéseknek, mert az utóbbi évtizedek jogelméleti fejleményei egyfajta fordulatot tesznek lehetővé ezen a téren. Egy olyan fordulatot, amelynek a lehetőségével a hazai jogelmélet még nem vetett számot. Ehhez a számvetéshez szeretnék hozzájárulni a magam eszközeivel.

Az elemzés jellegéből következik, hogy a céloom nem az érvényesség problémájának végleges rendezése. Amit itt nyújtok, csak egy elméleti keret. Éppen ezért nem lennének adekvátak vele szemben az olyan ellenvetések, amelyek arra mutatnak rá, ez vagy megoldatlan marad ez elemzésemben. A releváns ellenvetések azok, amelyek azt mondják, ezt vagy azt ebben az elméleti keretben nem lehet megoldani.

2. A jogi érvényesség problémájának bevett megközelítéseivel voltaképpen három gondom van. Ezek közül kettő inkább szimptomának tekinthető, a harmadik viszont maga a probléma gyökere.

Szimptomának tekinthető, hogy a jogi érvényesség problémáját alapvetően *szabályok* (normák)<sup>3</sup> érvényességeként fogják fel.<sup>4</sup> Pedig szerintem nem ez a megfelelő megközelítés. A másik szimptóma az, hogy sokan ma is úgy érzik, az érvényességproblémának van egy elkerülhetetlen *ontológiai dimenziója*, hogy az érvényesség arról is üzen valamit, milyen a jog (a jogi szabály) ontológiai karaktere.<sup>5</sup> Sőt, hogy a jogelméleti probléma minden jogi fogalom összefüggésében ontológiai kérdésekre utal vissza.<sup>6</sup> Az ontológiai tisztázás teszi

---

\* Ebben a tanulmányban a jogi érvényesség intézményelméleti kérdését gyakorlati filozófiai keretben vizsgálom. A jogelmélet és a gyakorlati filozófia viszonyára vonatkozó vizsgálódásaimat az F 037250 számon tartott OTKA-kutatás és Bolyai János Kutatási Ösztöndíj segíti.

<sup>1</sup> Lásd: Bencze Mátyás: 'A jogérvényesség kutatásának elméleti és történeti keretei'. 3 (2002) 4. *Jogelméleti Szemle* (www.extra.hu/jesz).

<sup>2</sup> Lásd uo. I.4.

<sup>3</sup> A magam részéről, itt nem részletezendő okok miatt, nem teszek különbséget szabály és norma között.

<sup>4</sup> Ezt tükrözi például a normativizmus talán legöntudatosabb hazai képviselőjének, Bragyova Andrásnak az álláspontja. Lásd *Az alkotmánybíráskodás elmélete*. Budapest: KJK — MTA Állam- és Jogtudományi Intézet, 1994, 29-36. o.

<sup>5</sup> Természetesen Kelsen az érvényesség ontológiai megközelítésének a legismertebb képviselője. Lásd *Tiszta jogtan*. Budapest: ELTE Bibó Szakkollégium, 1988, 4-5. o. Ám még ma sem ritka, hogy a jog alapfogalmi megvilágításánál helyet kap az a tétel, hogy az érvényesség a szabályok létmódja. Lásd például Szabó Miklós: *Jogi alapfogalmak*. Miskolc: Bíbor, 2001, 12. o. De ezzel nem akarom azt a képzetet kelteni, hogy az ontológiai megközelítés mindig Kelsenre utal vissza. Peschka Vilmos például egészen más alapra helyezi a saját jogelméletét, mégsem hagy kétséget felőle, hogy a jogi érvényesség lényegi vonatkozásai egy ontológiai kérdésre utalnak tovább. Lásd Peschka Vilmos: *A jogszabályok elmélete*. Budapest: Akadémiai, 1979, 177-178. o.

<sup>6</sup> Az a nézet, hogy a jogelméletek között alapvetően ontológiai különbségek vannak, töretlen népszerűségnek örvend a jogelméleti szerzők körében. Lásd például Michel Troper: 'Voluntarist Theories of Law: Ontology and the Theory of Legal Science'. In: Paul Amsel — Neil MacCormick (eds.): *Controversies about Law's*

lehetővé a jog sajátos normativitásának megértését. Ezzel szemben én azt gondolom, hogy az ontológiai összefüggés, ha nem is irreleváns minden vonatkozásban, semmit nem ad hozzá a jog sajátos normativitásának megértéséhez.<sup>7</sup> Nem ontológiai, hanem *gyakorlati filozófiai* megközelítésre van szükség. Mert a gyakorlati filozófia útján jutunk el azokhoz az igazoláselméleti összefüggésekhez, amelyek megfelelő tekintetbe vétele nélkül nincs esélyünk arra, hogy a joggal kapcsolatos intézményelméleti kérdéseket, köztük az érvényességproblémát, megfelelően kezeljük.

A harmadik gondom pedig, ami voltaképpen a probléma gyökerét jelenti, abban áll, hogy az érvényességproblémát nem hozzák összefüggésbe az *autoritásproblémával*.<sup>8</sup> Annak a sajátos autoritásigénynek a tisztázásával, amelyet a jog címzettjeivel szemben támaszt. Magyarországon például nincsen "forgalomban" olyan kidolgozott jogelmélet, amely érdemben foglalkozna az autoritáselmélet kérdéseivel, amely jogelméleti kérdéseit autoritáselméleti megfontolásokra is építené. Pedig szerintem az autoritáselméleti tisztázás az érvényességprobléma lelke.

Bencze Mátyas megközelítésével voltaképpen az a bajom, hogy mindhárom probléma érzékelhető benne. Elemzésében a jogi érvényesség magától értetődően szabályok érvényességét jelenti.<sup>9</sup> Bár egyébként nem áll ki valamiféle normativizmus mellett, sőt, megközelítése eléggé messze áll ettől, mégsem nyújt olyan perspektívát, amely (legalábbis ebben az elemzésben) szélesebben ragadná meg az érvényességproblémát. Bencze Mátyas maga is fontos szerepet tulajdonít az ontológiai összefüggésnek, és még csak fel sem veti az ontológiai megközelítés elkerülésének lehetőségét.<sup>10</sup> Bár ez nem zárja ki, hogy helyet találjon más megközelítéseknek (sőt, személyes eszmecsere arról győzött meg, hogy éppen ez a szándéka), de mindenképpen nagyobb jelentőséget tulajdonít az ontológiai problémának, mint amit én indokoltan tartok. És persze ott a harmadik, a legfőbb probléma. Bencze Mátyas nemcsak hogy nem tárgyalja az érvényességprobléma autoritáselméleti vonatkozásait, de még a helyüket sem jelöli ki az elemzésben. Így adva vannak azok a mozzanatok, amelyeket az érvelésem középpontjába állíthatok majd.

Az alábbiakban először az ontológiai reflexió kritikáját nyújtom, hogy jelezzem a gyakorlati filozófiai megközelítés relevanciáját. Aztán hozzálatok az érvényességprobléma gyakorlati filozófiai megközelítésének felvázolásához. Ennek során igyekszem rámutatni az autoritásprobléma jellegére és az érvényességprobléma tisztázásában játszott szerepére. Eközben arra is kitérek majd, hogy szerintem a szabály fogalmának hol a helye ebben a teoretikus perspektívában. Mivel az érvényességprobléma megítélését a jogelméletben és a jogászok körében is egyfajta legalizmus határozza meg, fontos szerepet szánok a legalizmus elemzésének.

## II. Az ontológiai megközelítés elvetése

3. Mint említettem, a saját elméleti perspektívám megnyitása előfeltételezi az érvényességprobléma ontológiai megközelítésének elutasítását. Mivel ebben az elemzésben ez csak egy előkérdés, meglehetősen röviden intézem el. Először is azt kell leszögeznünk, hogy a kérdés nem módszertani irányzatok iránti elkötelezettségeken fordul meg. Magából a tárgyból ered az az ösztönzés, amelynek alapján el kell döntenünk. Kifejezetten a tárgyra visszavezethető ösztönzésekhez igazodva kell megmutatnunk, hogy az érvényességproblémát nem kell ontológiai kérdésként felfognunk. Így jutunk el ahhoz a tételhez, hogy a jogi érvényesség, mint jogi intézményelméleti kérdés, eredeti gyakorlati filozófiai probléma. Tehát az olyanok, mint Kelsen, amikor ontológiai kontextusba ágyazták, félrevitték és összezavarták.

---

*Ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, 32-33. o. Jerzy Wróblewski: 'A jog ontológiája és episztemológiája'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Előadások a jogelmélet köréből*. Miskolc: ME Jogelméleti és Jogszociológiai Tanszék, 1996, 4-5. o.

<sup>7</sup> Azt gondolom, ez néha abban válik érzékelhetővé, hogy olyan koncepciók, amelyekben az ontológiai reflexió semmilyen érdemi szerepet nem játszik, mégis meghódnak a bevett megközelítésmód előtt. Ezt érzem például Jakab András elemzésén. Magától értetődő módon szögezi le, hogy "[a] magyar jogi nyelvben a jogszabály érvényessége alatt a [szabály] 'bizonyos súlyos hibáktól mentesen létezését' értjük". Jakab András: 'A jogszabályok érvényessége, hatálya és alkalmazhatósága'. 2 (2001) 2. *Jogelméleti Szemle* ([www.extra.hu/jesz](http://www.extra.hu/jesz)), 2.1. Mivel az ontológiai összefüggés nem játszik szerepet az elemzésében, Jakab elutasítja ennek a "létezésnek" a tisztázását. Ennek ellenére alkalmanként kész elfogadni, hogy az érvényesség fogalmát ilyen vagy olyan vonatkozásban a létezésre vonatkozó kategóriákkal kell megragadnia. "Általában véve egy jogszabály akkor jön létre, amikor az alkotására vonatkozó szabályban megfogalmazott azon tényállás megvalósul, amelyhez az alkotásra vonatkozó szabály a létrejövételt fűzi jogkövetkezményként." Uo. Szerintem az ilyen ontologizáló allúziókra Jakab Andrásnak nincsen szüksége.

<sup>8</sup> Az érvényességprobléma olyan kezeléseket, amely fel sem veti az autoritásproblémát, lásd Pokol Béla: *A jog elmélete*. Budapest: Rejtjel, 2001, 259-268. o.

<sup>9</sup> Lásd Bencze: *I.m.* II.2.

<sup>10</sup> Lásd uo.

Azt írom, a tárgyra visszavezethető ösztönzés lesz a döntő. De hogyan jelenik meg ez az ösztönzés — hogyan dönt? Véletlenül sem akarom azt állítani, hogy létezik a tárgynak (mondjuk a jogi jelenségeknek) valami egyedül adekvát megközelítési módja. Lehetnek olyan tárgyi ösztönzések, amelyek éppen az ontológiai megközelítésre ösztönöznek. Ez a helyzet például akkor, ha az embert akarjuk megérteni, mint az emberi világban egzisztáló lényt. És az ő világában a jogot, mint egy tevékenységi szférát.<sup>11</sup> Ám a jogelméleti kérdés jellemzően nem ilyen irányú, és az én megközelitésem sem az. A jogelméleti kérdés többnyire nem az embert az ő létében, hanem a jogot az ő működésében akarja megérteni. Tehát például tisztázni akarja, hogy egy fogalom, amit meghatározott összefüggésekben használnak, azokban az összefüggésekben mit jelent. Ilyenkor tehát olyan jogelmületről van tehát szó, amely befolyásolni próbálja a gyakorlatban immanens diskurzusok kimenetelét (ha tetszik, dogmatikai ambíciói vannak). Máshol már elneveztem az ilyen jogelmületeket *jogászi jogelmületeknek*,<sup>12</sup> úgyhogy most is ehhez a megjelöléshez ragaszkodnék. Ezt azért fontos látni, mert a következtetéseimet kifejezetten az ilyen jogelmületekre vonatkoztatom. Ebben az összefüggésben jelentem ki, hogy az ontológiai kérdésnek első megközelítésben nincs is szerepe. A tétel relevanciáját pedig az adja, hogy azok, akikkel vitába szállok, ugyancsak jogászi jogelmületek megalkotásán fáradoznak és fáradoznak. A jogászi jogelmületekbe próbálják bekapcsolni az ontológiai reflexiót. (Ez egyébként Bencze Mátyással is így van.<sup>13</sup>)

Azt gondolom, kiinduló tétellem lényegét és alapvető igazolását könnyen be lehet látni. Képzelnék el egy jogászt, aki egy jogi természetű vitában kijelenti: “ez a jogi szabály igenis érvényes”. Mit tehetünk azért, hogy (elméleti úton) az érvényesség olyan fogalmát állítsuk elő, amely tisztázhatóvá teszi az ilyen megnyilatkozások értelmét és sajátos igazságigényét? Kell ehhez ontológia? Vagy másképpen, kell ahhoz bármilyen ontológiai elkötelezettség, hogy valaki megfogalmazhasson egy ilyen mondatot? Kell gondolnia és hinnie, hogy létezik egy sajátos “létszféra”, és amikor ő a normát érvényesnek mondja, azt fejezi ki, hogy a szabály ehhez a szférához tartozik? Vagy hogy van a létezők egy bizonyos kategóriájának egy bizonyos létmódja? Szerintem nem. Egy ilyen mondat kapcsán azt kell megértenünk, hogy a normáról azt állítják, van gyakorlati ereje. Képes gyakorlati indokokat szolgáltatni, alkalmas bizonyos propozíciók normatív igazolására bizonyos helyzetekben, bizonyos értelmes cselekvők előtt. Úgy is fogalmazhatnánk, hogy az a mondat, hogy “ez a jogi norma igenis érvényes”, a jogi tárgyú megismerés szempontjából az olyan további mondatok társaságában nyeri el jellegzetes funkcióját, mint hogy “tehát nem hagyhatod figyelmen kívül”, “tehát ez lesz a döntő az ítélet szempontjából”, “tehát mégsem tehetjük meg, amit elterveztünk”, “tehát igenis megbüntethetnek erre a normára hivatkozva”. Nem pedig olyan mondatok társaságában, mint hogy “tehát ne hidd, hogy ugyanaz az ontológiai státusa, mint a fizikai tárgyának”. Amikor érvényesnek mondanak egy normát, ez bizonyos igazolási helyzetek vonatkozásában nyeri el a maga relevanciáját, nem pedig a valóság bizonyos jellemzőire való utalásokban. Az ontologizáló reflexió hajlamos arra, hogy egészen egyszerűen elvétsse azt a kérdést, ami az érvényesség tisztázását szükségessé teszi. Azzal, hogy ilyen vagy olyan állításokat tesz arról a valóságról, amelyben a jog működésbe jön, azt a képzetet kelti, hogy tisztáztunk valamit, miközben a lényegről, az érvényesség fogalmának igazoláselméleti szerepéről szót sem ejtettünk.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Ebben az összefüggésben elfogadom az olyan, filozófiai antropológiai aspirációkat dédelgető, “ontologizáló” jogelmületek potenciális relevanciáját, amilyeneken például Maihofer és Kaufmann dolgoztak. De nem tartom alkalmasnak őket a jogászi jogelmület kérdéseinek megfelelő kezelésére. Ez a megközelítésmód még a természetjogtan és a jogpozitivizmus dilemmáinak a feloldására is teljesen alkalmatlan, mert ontológiai álláspontok vitáját vázolja fel ott, ahol ennek a lényeghez semmi köze. Lásd Werner Maihofer: ‘Természetjog mint létjog’. In: Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia*, Budapest: Szent István Társulat, 2001. Arthur Kaufmann: ‘A jog ontológiai struktúrája’. In: Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia*.

<sup>12</sup> Bódig Mátyás: ‘Gyakorlati filozófia és a jogelmület módszertani problémái’. *Allam- és Jogtudomány* (megjelenés alatt).

<sup>13</sup> Lásd például Bencze: *i.m.* I.2.

<sup>14</sup> Az ilyen, az érvényességproblémát teljesen eltorzító megközelítések elrettentő példáját kínálja Erik Wolf koncepciója. Nála az ontológiai reflexió erőltetése, közelebről pedig a heideggeri egzisztenciális analitika félresiklott alkalmazása az egész kérdést egyfajta metafizikai homályba borítja. “A jog érvényessége a következő értelemben és módokon létezik. 1. Elsősorban úgy, hogy érvényben hagyjuk a jogot. Vagyis meghagyjuk érintetlenül, nem vitatottan azt, ami és ahogyan van. Érvényben hagyjuk, és ezzel együtt elfogadjuk a jogot, és hagyjuk, hogy mindenki, minden dolog megmaradjon a jogban, a saját jogában. (...) ‘Érvényben hagyni’, mint a jog érvényességének ontologikus módja — ez mindig a másokkal ‘rendben’ lenni alakjában áll fenn (mint nyugalom, béke, jogbiztonság). (...) 2. Másodsorban, a jog érvényessége mint az érvényesség akarása létezik. Nem egyszerűen a jog elfogadását jelenti, mint az ‘érvényben hagyás’; inkább a megmaradni, részt venni akarást ebben. (...) 3. Harmadsorban, a jog érvényessége mint az érvényesség kellése létezik. Vagyis: még vagy már nincs érvényesség, vagy nem hagyják fennmaradni, ám van egy ‘jogba belépés’. E ‘jogba behelyezés’ egyúttal ezt is jelenti: ‘másokat a jogba vinni’, a jog által ‘hatályba helyezni’. Így létesül a jogrend.” Erik Wolf: ‘Az érvényesség problémája a jog ontológiájának szemszögéből’. In: Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia*. Budapest: Szent István Társulat, 2001, 301-302. o.

Pontosan ezt értem azon, hogy az érvényesség fogalmának analitikai tisztázása a gyakorlati filozófia területére visz bennünket.<sup>15</sup>

Azt gondolom, talán nem az a fő baj az ontológiai reflexióval, hogy nem a megfelelő filozófiai diszciplína terrénnumán belül pozicionálja a jogelméleti reflexiót (bár az is elég nagy baj), hanem hogy kiváltképpen alkalmas arra, hogy inadekvát fogalmi keretet kényszerítsen ránk. Az ontológiai reflexió a jogelméletben többnyire eleve normaontológiai reflexiót jelent.<sup>16</sup> A szabály látszik annak a jelenségformának, amely a jog fenomenológiai karaktere szempontjából meghatározó lesz.<sup>17</sup> Pedig a szabály érvényessége, sőt, a szabály egész problematikája másodlagos a jogra vonatkozó megértés szempontjából. A szabály érvényessége levezetett módusz. Alább éppen ez lesz az egyik fontos következtetésem.

### III. Gyakorlati filozófia

4. Mivel az a tapasztalatom, hogy a gyakorlati filozófia mibenléte nem minden vonatkozásban közismert,<sup>18</sup> és mivel a gyakorlati filozófia terrénnumát többféleképpen is meg lehet határozni, most megállnék egy pillanatra, hogy tömören tisztázzam, mint értek gyakorlati filozófián.

A gyakorlati filozófia a *cselekvés* problémája körül forog. Ám nem abban az értelemben, ahogy mondjuk egy szociológiai elmélet, amely magyarázni, illetve megérteni igyekszik a cselekvést. A gyakorlati filozófia a belőle fakadó ismeretek érvényességigényét nem redukálja pusztá kognitív funkciókra. A gyakorlati filozófia a “mit tegyék?” kérdést állítja a középpontba. A gyakorlati filozófiai kérdés szempontjából az bizonyul relevánsnak, ami ezt a kérdést segít megválaszolni. Ezt talán úgy lehet a legjobban megragadni, hogy azt mondjuk, a gyakorlati filozófia a cselekvés igazolásának alaphelyzetét modellezi. Annak a cselekvőnek az igényeire reagál, aki igazolni akarja cselekvését önmaga vagy mások előtt, vagy akinek igazolnia kell a cselekvéseit mások előtt. A gyakorlati filozófia ott virágzik, ahol a cselekvés indokaira vonatkozó diskurzusok fontos szerepet játszanak. (Ez nincs mindenhol így. Van, ahol a cselekvés “hallgatásba burkolódik”. Vannak olyan életideálok, amelyek a cselekvés valódi mozgatórugóit kommunikálhatatlannak vagy nem kommunikálандónak tekintik.)

A gyakorlati filozófia természetes fogalmi keretét a *gyakorlat indokok elmélete* képezi.<sup>19</sup> Korábban a gyakorlati filozófia kérdése inkább az elvek kérdése volt (a gyakorlati filozófiai reflexió az “elvek képességével” állt összefüggésben<sup>20</sup>). Álláspontom voltaképpen nem a régiek nézeteinek cáfolata, mert a gyakorlati indok fogalma valójában képes felölelni a cselekvési elvek fogalmát. (Még akkor sem, ha az elvekre összpontosító

---

<sup>15</sup> Ez a fejtegetés talán azt a képzetet kelti, hogy álláspontom az ontologizáló reflexiónak csak azzal a változtatással áll szemben, amit a neokantiánus hagyomány alakított ki. De ez nem így van. A jogász jogelmélet nézőpontjából éppígy szemben állok Pokol Bélának az értelmi valóság és a létrelevancia fogalmaival operáló felfogásával. (Lásd *A jog elmélete* 13-14. o.), Mint ahogy a lehetséges világok elméletére épülő valóságelmélet jogelméleti alkalmazásával is. Ezek egyik változatát Solt Kornél fejtette ki Magyarországon. Lásd *Valóság és jog*. Miskolc: Bíbor, 1997, 32-45. o. Azt is fontos leszögezni, hogy álláspontom szemben áll azzal az ontológiai elkötelezettséggel is, amelyre a posztheideggeriánus hermeneutika ösztönzi a jogelméletet. Másol már megkérdőjeleztem a hermeneutikából táplálkozó ontológiai reflexió univerzalitásigényét, de talán túlzottan óvatosan. Itt képviselt álláspontom sokkal radikálisabb. Vö. Bódig Máttyás: 'Megértés, racionalitás, gyakorlati ész: Jogfilozófiai reflexiók a gadameri hermeneutikáról'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Ius humanum: Ember alkotta jog*, Miskolc: Bíbor, 2001, 258-259. o.

<sup>16</sup> Lásd például Troper: *I.m.* 32. o.

<sup>17</sup> “[A] jog, és még inkább egy adott jogrendszer létezése, fennállása, érvényessége bizonyos tartalmú és jellegű normák létezését jelentheti csak.” Bragyova András: 'Érvényesség és érvelés a jogban'. 33 (1991) 1-2. *Allam- és Jogtudomány* 64-84, 64. o. Bragyova elméletileg kidolgozott álláspontja egyébként az, hogy a norma érvényessége azt jelenti, hogy a norma egy másik, ugyancsak a jogrendszerhez tartozó norma alapján jött létre. Lásd *Az alkotmánybíráskodás elmélete* 34. o.

<sup>18</sup> A jogi antropológus, de egyébként jogelméleti tárgyú jegyzetek megírásában is közreműködő H. Szilágyi István például nyíltan bevallja, hogy számára nem világos, mi a gyakorlati filozófia. Magában a fogalomban is *contradictio in adiecto*-t sejt. Lásd 'Az ember alkotta jog az antropológia tükrében'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Ius humanum: Ember alkotta jog*. Miskolc: Bíbor, 2001, 24. o.

<sup>19</sup> Lásd Joseph Raz: *Practical Reason and Norms*. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1990.

<sup>20</sup> Erre természetesen Kant a legjobb példa (*A gyakorlati ész kritikája*. Budapest: Gondolat, 1991), de még Hare vagy Rawls megközelítésmódján is pontosan érzékelhető ennek a szemléletnek a dominanciája. Vö. Richard M. Hare: *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon, 1952. John Rawls: *Az igazságosság elmélete*. Budapest: Osiris, 1997, 70-78. o.

megközelítés hajlamos a deduktív érvelés jelentőségének túlértékelésére.<sup>21</sup>) A gyakorlati indokok elméletét tehát úgy tekintem, mint a régiek megközelítésmódjának pontosítását és továbbfejlesztését.

A gyakorlati filozófia bizonyos értelemben a cselekvés elmélete. Ez a megfogalmazás két okból fontos. Egyrészt azért, mert utal arra, hogy a gyakorlati filozófia nem a cselekvés kánonja. Nem mondja meg tételesen, hogy mit kell tenni, vagyis nem helyettesíti az egyéni vagy kollektív cselekvési döntést. Valójában nem sokkal tehet többet annál, minthogy tisztázza, lehetséges-e cselekvések nem önkényes igazolása: létezik-e gyakorlati racionalitás. Másrészt azért fontos a cselekvéseméleti perspektívára való utalás, mert segít megragadni a gyakorlati filozófiai és a szociológiai megközelítés különbségét. A szociológiai cselekvésemélet, mint fentebb jeleztem, kognitív irányultságú, míg a gyakorlati filozófiai a cselekvés normatív vonatkozásaira összpontosít. Arra, amit "kell", illetve "kötelező" tenni, nem tenni, illetve figyelembe venni. A gyakorlati filozófiai kérdés sajátos területét nevezhetnénk *normatív cselekvéseméletnek* is.

A gyakorlati filozófia három kitüntetett területének a politikai filozófiát, az erkölcsfilozófiát és a jogfilozófiát (jogelméletet) tekintem.<sup>22</sup> Mind a három annak köszönheti jelentőségét, hogy a cselekvés valamilyen határozott (ám nem okvetlenül önálló) tárgyi kritériumok szerint körülhatárolható területére vonatkozik. A cselekvés olyan területeire, amelyeken a cselekvés indokai köré diskurzusok szerveződnek. Olyan területekre, ahol rendre előállnak igazolási igényt támasztó szituációk. Ebből természetesen az is következik, hogy a gyakorlati filozófia három kitüntetett területe csak akkor rajzolódik ki egy adott korban, nyelvben, civilizációban, ha ott egyébként már kibontakoztak a cselekvés normatív aspektusaira összpontosító diskurzusok.

Azt gondolom, ez az összefüggés a gyakorlati filozófia egyes területei közötti viszonyrendszer megvilágításának a kulcsa. Az említett három terület az utóbbi két évszázadban meglehetősen eltávolodott egymástól. Talán ennek is köszönhető, hogy maga a gyakorlati filozófia fogalma is háttérbe szorult. A jogelméleti szerzők például kiváltképpen sokat tettek azért, hogy saját kutatási területüket elhatárolják az erkölcsfilozófiától és a politikai filozófiától. Az utóbbi évtizedekben azonban ebben a tekintetben egyfajta fordulatnak lehettünk tanúi. A gyakorlati filozófia iránti érdeklődés annak a jele, hogy sokan újra egyetlen elméleti perspektíván belül akarják rendezni az erkölcsfilozófia, a politikai filozófia és a jogfilozófia kérdéseit. Az ilyen irányú törekvések igazolásában a legjobb érvet a gyakorlati indokok elmélete képezi. A gyakorlati indokok fogalma kapcsolatot teremt a gyakorlati filozófia három kitüntetett területe között. Mindegyikük minden fontos kérdése megfogalmazható ebben az elméleti keretben, és így kérdéseik újra könnyen közvetíthetőekké válnak. Az erkölcsfilozófia, a politikai filozófia és jogfilozófia viszonyrendszerét annak megfelelően lehet megragadni, hogy az egyes részterületek a gyakorlati indokok milyen körét érintik, és hogy ebből a szempontból milyen átfedések vannak közöttük.

Azt gondolom, hogy a gyakorlati indokok elméletére lehet felépíteni azt a fogalmi készletet, amelynek segítségével a jogfilozófia kérdéseit eséllyel válaszolhatjuk meg. Olyan fogalmakról van szó, mint a kötelezettség, a jogosultság vagy az autoritás. Ezek mind lefordíthatóak a gyakorlati indokok elméletének nyelvére. Olyasféle konstrukciókra gondolok, mint hogy (gyakorlati) autoritással rendelkezni azt jelenti, hogy valaki sajátos tartalomfüggetlen (preemptív) indokokat szolgáltathat másoknak. Ugyancsak ez a perspektíva segíthet tisztázni azokat a komplexebb fogalmakat, amelyek a gyakorlati filozófia részterületei közötti átfedéseket, illetve igazolási összefüggéseket feltárják. Olyan fogalmakra gondolok, mint a politikai moralitás vagy a politikai közösség.

5. Bár csak példalázó jelleggel jelöltem meg azokat a fogalmakat, amelyek a gyakorlati filozófia megközelítés talaján a jog megértésének pilléreit képezik, az egyáltalán nem véletlen, hogy nem szerepelt közöttük a szabály fogalma. Amint azt fentebb jeleztem, a szabályt levezetett módusznak tekintem. A szabály fogalma valójában nem szükséges a jog alapvető megértéséhez. Sőt, az érvényességprobléma tisztázáshoz sem. A szabályok pusztán megkönnyítik az alapvető jogi funkció betöltését, de egyáltalán nem konstituálják azt.

Egy gyakorlati filozófiai megközelítés számára a reflexió eredeti tárgya a *cselekvés*. A cselekvés, amely mások előtt, pláne ha tesz valamit a többi emberrel is, bizonyos feltételek között igazolásra szorul. A jog első megközelítésben ott jelenik meg, ahol az emberek meghatározott cselekvéseket azzal próbálnak igazolni, hogy az *autoritásuk* kiterjed rájuk. Az érvényességprobléma vezérfonalát az a kérdés adja, hogy az ilyen igények milyen normatív igazolással láthatóak el. Hogyan válthatóak be az ilyesféle autoritásigények? Ekkor az "érvényes" első megközelítésben azt fogja jelenteni, hogy az autoritásigény beváltható, vagyis kellő normatív igazolás áll mögötte. A jog megértése és a jogi érvényesség tisztázása szempontjából az autoritás fogalma lesz a meghatározó. Ez adja az analitikai vezérfonalat.

---

<sup>21</sup> Vö. Carl Wellman: *Challenge and Response: Justification in Ethics*. Carbondale and Edwardsville, Ill.: Southern Illinois University Press, 1971, 3-31. o. Gilbert Harman: 'Reasons'. In: Joseph Raz (ed.): *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, 110-111. o.

<sup>22</sup> Egyéb jelöltek is szóba jöhetnek (mint például a gazdaságfilozófia), de az én elemzésemben ezek nem játszanak konstitutív szerepet.

#### IV. Mi adja az analitikai vezérfonalat: a funkciók vagy az autoritásigények természete?

6. Ezen a ponton megint érdemes megállni egy pillanatra. Azt mondom, hogy a jog megértése szempontjából az analitikai vezérfonalat az autoritás fogalma adja, nem pedig a szabály fogalma. De mintha hamis lenne ez az alternatíva. Lehet, hogy a jog megértésének azt a funkciót kell a középpontba állítania, amit a jog alapvetően szolgál. Nos, ezzel magam is egyetértek, de azt gondolom, a funkcionális megközelítésnek egy jogász elméletben egy autoritásprobléma közvetítésével kell eljutnia az intézményelméleti kérdésekhez (köztük az érvényességproblémához is).

Ezt érdemes megfontolni. Ám mivel nem ez most a fő kérdésünk, nem tekintem át teljes mélységében a funkcionális elemzés problémáját. Csak illusztrációra vállalkozom, amely azonban talán alkalmas arra, hogy sejtesse az alapvető érveimet. Csak azzal a változattal foglalkozom, amely a legelterjedtebbnek látszik. Az a sejtésem azonban, hogy amit itt megfogalmazok, más funkcionális magyarázatokra is vonatkoztatható. A legelterjedtebb változat pedig abban áll, hogy a jog megértése szempontjából sokan tekintik meghatározónak a jog *koordinációs funkcióit*. (Gerald Postema<sup>23</sup> kezdetben egy ilyen konstrukcióval próbálkozott, de John Finnistől<sup>24</sup> és Michael Moore-tól<sup>25</sup> sem áll távol egy ilyen konstrukció.<sup>26</sup>) Implicit módon ez jelenik meg, valahányszor a jogot a rendezett együttélés szükségleteiből eredeztetik.<sup>27</sup>

Kétségtelen, hogy a jog bizonyos koordinációs funkciók összefüggésében kapcsolódik ahhoz, amit társadalomnak szoktunk nevezni. Ám a koordinációs funkciókra alapozott megközelítés mégis hallatlanul félrevezetőnek bizonyulhat, ha autoritáselméleti közvetítés nélkül próbál válaszolni intézményelméleti kérdésekre, illetve így próbál jogi fogalmakat tisztázni. A jog ugyanis sajátos módon tölt be koordinációs funkciókat. Nem pusztán tanácsok formájában kínál megoldásokat koordinációs problémákra (mint egy tanácsadó cég), és nem is a nyers kényszerhatalom révén teremt valamilyen rendet (mint mondjuk egy bűnbanda, amely egy városnegyedben az ott élők megfélemlítésével alakítja ki a neki tetsző rendet). A jog olyan koordinációs megoldásokat kínál, amelyekről azt állítja, másoknak *kötelességük* hozzájuk igazodni. A hivatalos személyek még az egyébként elrettentő célzatú szankciókat is úgy szabják ki, hogy közben valamilyen kötelezettség megszegésére hivatkoznak. A koordináció megvalósításának tehát van a jogra jellemző módja: kényszerhatalommal társított autoritatív indokok szolgáltatása. A jog megértése szempontjából éppen az lesz meghatározó, hogy a jog milyen sajátos módon kínál megoldásokat a társadalom koordinációs problémáira.

A koordinációs funkcióra hivatkozó magyarázat azért is félrevezető lehet, mert koordinációs funkciókat a jogon kívül más intézmények és társadalmi gyakorlatok is betöltenek. Ilyen például a család, ilyen az erkölcs, ilyenek bizonyos vonatkozásokban a különböző testületek. Sőt, bizonyos értelemben még egy bűnbanda is ellát koordinációs funkciókat. Ez megint arra mutat, hogy a jog szempontjából nem önmagában az lesz meghatározó, hogy koordinációs funkciókat tölt be, hanem az, hogy ezt a koordinációt olyan módon valósítja meg, amely így vagy úgy minden más intézménytől, illetve társadalmi gyakorlattól eltérővé teszi.

Mivel a jog sajátos normatív igényt támaszt, a jog megértése feltételezi a jog sajátos normativitásának tisztázását. A jog sajátos normativitása pedig a nyilvános autoritás fogalmából táruul fel. Igazolási összefüggéseit pedig az olyan kérdések tárják fel, mint hogy miért nem jó, ha a nyers erő koordinál egy társadalmat, miért nem elegendő, ha pusztán tanácsokat adunk a koordinációs problémák ügyében. Ha pedig belátjuk az autoritatív intézmények szükségességét, az lesz a kérdés, ki és milyen alapon tarthat igényt arra, hogy autoritatív indokok révén koordinálja más emberek cselekvéseit. Ezért használok az autoritásproblémát elemzésem analitikai vezérfonalaként.

#### V. Autoritás és érvényesség

7. Ha azt állítjuk, hogy az érvényességprobléma tisztázása szempontjából az autoritás fogalma lesz a meghatározó, akkor ideje talán rámutatni, hogyan nézne ki ez a tisztázás. A tanács, illetve a nyers kényszerhatalom révén való

<sup>23</sup> Lásd Gerald J. Postema: 'Coordination and Convention at the Foundations of Law'. 11 (1982) *Journal of Legal Studies* 165-203.

<sup>24</sup> John Finnis: 'Law as Co-ordination'. 2 (1989) *Ratio Juris* 97-104.

<sup>25</sup> Lásd Michael Moore: 'Law as a Functional Kind'. In: Robert P. George (ed.): *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford: Clarendon, 1992.

<sup>26</sup> Az itt felsorolt szerzőket nem vádolom azzal, hogy nem ismerik fel az autoritásprobléma jelentőségét. Éppen ellenkezőleg: mindhárom nagy hangsúlyt helyeznek rá.

<sup>27</sup> A magyar tankönyvirodalomban hosszú ideje megszokott megoldásnak tekinthető, hogy a jogot kifejezetten a szabály fogalmához kapcsolják, és a társadalmi együttműködés szükségleteiből eredeztetik. Lásd például Moór Gyula: *Jogfilozófia*. Budapest: Püski, 1994, 188-189. o. Samu Mihály — Szilágyi Péter: *Jogbölcselet*. Budapest: Rejtjel, 1998, 105-106. o. Pokol Béla: *A jog elmélete* 16. o. Szabadfalvi József: 'A jogszabály'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Bevezetés a jog- és államtudományokba*, Miskolc: Bíbor, 2001, 57. o.

koordinációhoz képest az autoritatív intézmények valamilyen kötelezettségre hivatkoznak. A kötelezettség viszont erkölcsi kapcsolatot feltételez, és sajátos normatív igazolási igényt támaszt. Az autoritatív indokok szolgáltatása (vagyis az általános, illetve partikuláris autoritatív döntés) mellett kell állnia valamilyen normatív igazolásnak. Egy igazolásnak, amely választ kínál a kérdésre: hogy jönnek ezek ahhoz, hogy engem kötelezni próbáljanak.

Azt mondanám, hogy első megközelítésben ez a normatív igazolás nevezhető érvényesnek. Az érvényesség pedig azt jelenti, hogy a felhozott igazolás alkalmas rá, hogy igazolja az autoritatív intézmény eljárását. Az érvényes igazoláshoz megfelelő gyakorlati indokokra van szükség, amelyek kellő normatív erővel rendelkeznek. Második megközelítésben tehát az igazolás építőköveit, az egyes gyakorlati indokokat nevezném érvényesnek.

A normatív igazolás igénye gyakran merül fel kötött igazolási helyzetekben. Ilyenkor nem hivatkozhatunk akármilyen indokokra. Persze sosem teszi meg bármilyen indok: minden igazolási helyzetben vannak irreleváns és releváns indokok. A kötött igazolási helyzetekben azonban többről van szó: még olyan indokok is kizárás alá eshetnek, amelyeket a címzett talán jó okkal fogadna el. Ilyenkor az is tényezővé válik, hogy az indokok, vagy az indokok egy része a megfelelő forrásból származik-e. A kötött igazolási helyzetek egyik jellegzetes területe éppen az a társadalmi gyakorlat, ami jognak nevezünk. A modern jogrendszerekben azoknak, akik autoritatív döntéseket hoznak, a kellő normatív erővel rendelkező indokokat (vagy legalábbis azok jelentős részét) pontosan meghatározott forrásokból kell méríteniük. A jog területén az ilyen források jellegzetes esete az autoritatív szabály (a "törvény"). Harmadik megközelítésben az indokok ilyen értelmében vett (hiteles) forrásait nevezném érvényesnek.

A jogelméletben és a jogászai nyelvhasználatban az érvényesség értelmének ez a harmadik változata dominál. Még ha alkalmanként neveznek is kötelezettségeket vagy érveléseket érvényesnek, még ilyenkor is arra gondolnak, hogy az érvényesség valamiképpen a szabályok következménye. (Az alábbiakban ennek az attitűdnek a megjelölésére használom majd a *legalizmus* fogalmát.) Szerintem ez a felfogás igencsak alkalmas arra, hogy összehaverja a fogalmi összefüggéseket. Szabályokból ugyanis többféle is van, és a különböző változatoknál az érvényesség fogalma is különböző alakot ölthet. Ennek legkézenfekvőbb megnyilvánulása az, hogy egyes szabályok autoritatívak, mások viszont nem. Egyesek szolgáltatnak tartalomfüggetlen indokokat, mások azonban nem: pusztán általánosítva tartalmazzák azokat az indokokat, amelyeket tekintetbe kell majd vennünk bizonyos gyakorlati döntéseknél (így működik például minden általános formára hozott tanács).<sup>28</sup> A jogi szabályok érvényességét illetően nem látunk tisztán mindaddig, amíg nem tudunk valamit arról, hogy mi az, ami igazolásra szorul. Hogy a jogi szabályoknak jellemzően a szabályok milyen változatait jelenítik meg. Vagyis hogy milyen annak a normatív igénynek a jellege, amelynek igazolásába a jogi szabályok bekapcsolódnak.

Egyebek közt ezért nem jó, ha közvetlenül a szabály érvényességére kérdezzük rá. Ezért jobb, ha az autoritásigény tisztázásától haladunk a szabályok szerepének tisztázása felé.

## VI. A politikai kötelezettség jelentősége

8. Tehát mélyebbre kell hatolnunk a jog autoritásigényének tisztázásában, hogy a jogi érvényesség problémáját megfelelő formára hozzuk. Megint azt kell mondanunk, hogy autoritásigényből is többfélével kerülhetünk szembe. Azt mondanám, hogy a jog olyan autoritásigényt támaszt, amely más autoritásigényekkel szemben is elsőbbséget követel magának. (A bíróság előtt nem ment fel bennünket, ha a szülői autoritásra, a tanáraink autoritására, az edzőnk autoritására, netán az egyházunk spirituális autoritására hivatkozunk. Csak akkor, ha a jog maga fogadta el az adott autoritást egy adott kompetenciakörben. Ha például maga ruházott bizonyos döntéseket a szülőkre vagy a tanárookra. A jog, valahányszor más autoritásigényekkel konfliktusba kerül, mindig elsőbbséget követel magának.) Ezt úgy fejezném ki, hogy a jog autoritásigénye *politikai autoritásigény*.

A "politikai" jelző itt arra mutat rá, hogy merre keressük a jog sajátos normatív igényének alapját. Azért alkalmazom, mert továbbtal azokra a közösségekre, amelyeket egyébként politikai közösségeknek szoktunk nevezni. A politikai közösségek ugyanis bizonyos vonatkozásokban ugyanígy elsőbbségi igényt jelentenek be. Ezt szoktuk úgy mondani, hogy önrendelkezési igényük van, vagy hogy szuverenitásigényt támasztanak. A szuverenitás pedig maga sem más, mint az imént említett elsődlegességi igény egy meghatározott kompetenciakörben (egy adott területen, egy adott népesség felett).<sup>29</sup> Fel szeretném hívni a figyelmet arra, hogy a jog autoritásigénye ugyanolyan jellegű, mint az a normatív igény, amellyel a politikai közösségek jelentkeznek tagjaikkal szemben. Amikor azonban a jog autoritásigényét "politikainak" nevezem, ezzel azt is ki akarom fejezni,

<sup>28</sup> Vö. Gerald J. Postema: 'Law's Autonomy and Public Practical Reason'. In: Robert P. George (ed.): *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Clarendon, 1996, 85-86. o.

<sup>29</sup> Ebben a részben arra az érvelésre támaszkodom, amelynek segítségével máshol a szuverenitás fogalmát igyekeztem tisztázni. Lásd Bódig Mátyás: 'Szuverenitás és joguralom'. In: Bódig Mátyás — Gyórfi Tamás (szerk.): *Államelmélet: A mérsékelt állam eszméje és elemei II. Alapelvek és alapintézmények*. Miskolc: Bíbor, 2002. 91-96. o.



hogy ez nem csak ugyanolyan igény, hanem pontosan ugyanaz az igény. A jog autoritási igényében egy politikai közösségnek a tagjaival szemben támasztott normatív igényei nyilvánulnak meg.

Azt kell észrevennünk, hogy az autoritási igény mindig valamilyen korrelatív kötelezettségre hivatkozik. A kötelezettség pedig valamilyen *erkölcsi kapcsolatot* fejez ki. Tehát az autoritás gyakorlójának és az autoritativ aktus címzettjének bizonyos értelemben “kell hogy legyen valami közük egymáshoz”. Olyan emberek, akiknek semmi közük egymáshoz, nem szolgáltathatnak egymásnak autoritativ indokokat, mert nem hivatkozhatnak egymással szemben kötelezettségekre.<sup>30</sup> Tehát valamilyen határozott értelemben “közösséget” kell alkotniuk. Amikor azt mondom, a jog politikai autoritási igényt támaszt, ezzel arra is utalok, hogy a vonatkozó közösség *politikai közösség* lesz. A korrelatív kötelezettség pedig *politikai kötelezettség*. Azt állítom, hogy ha komolyan vesszük azt az autoritási igényt, amit a jog támaszt, akkor azt kell mondanunk, a jogot (mint társadalmi gyakorlatot) csak egy politikai közösség alakíthatja ki.

A későbbiekre tekintettel fontos leszögezni, hogy a politikai kötelezettség fogalmában rejlik a politika és az erkölcs közötti viszony kulcsa. A politikai kötelezettség, mint említettem, erkölcsi kapcsolatra utal bizonyos emberek között. Úgy is fogalmazhatnánk, hogy az erkölcs egyik területét definiálja: a *politikai erkölcsöt*.

9. A jog autoritási igénye tehát egy politikai közösségre utal vissza, amelyben a tagokat a politikai kötelezettség kötelei fűzik egymáshoz.<sup>31</sup> Ennek a politikai kötelezettségnek, még ha komoly meghatározási nehézségekbe is ütközik, van valamilyen tartalma. Akit politikai kötelezettség fűz egy politikai közösséghez, az abban nyer egy bizonyos *morális státust*. Bizonyos dolgokat igazoltan megtehet, bizonyos más dolgokat viszont nem. Mások bizonyos dolgokat igazoltan megtehetnek vele, bizonyos dolgokat ellenben nem. A többiekkel szembeni felelőssége áldozatokra készítetik, de a többiek vele szembeni felelőssége folytán előnyöket is remélhet. Bizonyos védelmet élvez, de bizonyos korlátok közé kell szorítania cselekvését. Az a viszonyrendszer, amely a politikai közösség többi tagjához kapcsolja, megtestesíti a *politikai igazságosság egy felfogását*. Ez képezi a politikai kötelezettség tartalmát.

A politikai közösség létezése abban áll, hogy a tagok cselekvéseiből kirajzolódik a politikai kötelezettség tartalma. Tehát a tagok felveszik a politikai kötelezettségnek megfelelő *gyakorlati orientációt*, a politikai kötelezettség tartalmi vonatkozásai alakítják gyakorlati perspektívájukat. Tehát a politikai kötelezettségből fakadó indokokat ténylegesen használják cselekvések igazolására. Ha nincsenek ilyen tagok (akik a politikai kötelezettségből fakadó indokokat tartalomfüggetlen gyakorlati indokokként kezelik, és minden más kötelezettséggel szemben elsődlegesként tekintik<sup>32</sup>), akkor nem beszélhetünk politikai közösségről.

A politikai közösség azonban többnyire csak akkor válik hosszabb távon is életképesé, ha a politikai kötelezettség érvényesülését nem bízzák kizárólag a tagok önkéntes cselekvésére (noha az mindennek az alapja). A politikai kötelezettség érvényesülésének előmozdítására a politikai közösségek *autoritativ intézményeket* hozhatnak létre. Ezek olyan autoritativ indokokat szolgáltatnak, amelyek megkönnyítik a politikai kötelezettség teljesítését. Alapvetően azzal, hogy világossá teszik, egy adott helyzetben milyen cselekvést követel a politikai kötelezettség teljesítése. (Hogy például mi következik a politikai kötelezettségből a koordinációs problémák megoldására nézve.) De persze azzal is, hogy adott esetben (politikai kötelezettséggel igazolt) kényszerrel is alkalmaznak a megfelelő magatartás kikényszerítése céljából.

---

<sup>30</sup> Legfeljebb természetes kötelelességekre. A természetes kötelelességekből azonban nem eredeztethető politikai autoritás. A természetes kötelelességek ugyanis minden embert ugyanúgy köteleznek. Márpedig a politikai kötelezettség nem gyökerezhet a gyakorlat résztvevőinek pusztán emberi mivoltában, hiszen az nem minden emberrel szemben kötelez bennünket, hanem személyek egy meghatározott csoportjával szemben (például egy adott állam polgáraival szemben).

<sup>31</sup> Fontos leszögezni, hogy a politikai közösség fogalma, szemben az állam fogalmával, nem feltételezi a területi zárttságban való megszerveződést. Ez annak ellenére így van, hogy a politikai közösségek autoritási igényének elhatárolását kétségkívül a területi elkülönülés biztosítja a legmegfelelőbbben. Ugyanazon a területen nyilvánvalóan nem érvényesülhet egynél több olyan autoritási igény, amely elsőbbségre tart igényt. A magam részéről azonban azt gondolom, hogy hiba lenne itt összekeverni a fogalmi feltételeket az autoritási igény *érvényesülésének* gyakorlati vagy akár logikai feltételeivel. Ez ugyanis problémát okozna például akkor, ha egy olyan közösséggel állunk szemben, amelynek világos politikai intenciói vannak, ám még nem tudott területi zárttságban megszerveződni. Például egy függetlenségéért küzdő néppel.

<sup>32</sup> Fontos látni, hogy bizonyos indokok elsődlegességének elismerése nem azt jelenti, hogy mindig betartjuk őket. Az autoritativ intézmények, köztük a jogi intézmények, nem a cselekvést határozzák meg, hanem bizonyos indokok igazolási szerepét. Azt a keretet alakítják, amelyen belül értelmes cselekvők gyakorlati döntéseket hoznak és cselekvéseket kommunikálnak. Bár az ilyen gyakorlatokat nem neveznénk sikeresnek, ha nem nyilvánulnának meg egy bizonyos cselekvő engedelmességgel, annak valójában nincsen elvi akadálya, hogy valaki elismerjen egy adott kötelezettséget, és aztán mégse tartsa be. Hogy tudatos kötelelességszegő legyen. Hogy megtegyen valamit annak tudatában is, hogy eljárását majd nem lesz képes igazolni mások (mondjuk az autoritativ intézmények) előtt.

## VII. Politikai autoritás és jogi érvényesség

10. Hogyan horgonyozhatjuk le a jogot ebben az összefüggésrendszerben? Azt mondtam, hogy egy politikai közösségnek lehet joga. De ez nem jelenti azt, hogy egy politikai közösségnek okvetlenül van joga. A magam részéről azt mondanám, hogy akkor beszélhetünk a jog létezéséről, ha a politikai közösségnek vannak autoritatív intézményei. A jogi igazolás az én nézetem szerint először is autoritatív aktusok igazolása a politikai kötelezettségre hivatkozva, másodsor pedig cselekvések igazolása politikai autoritással rendelkező intézmények gyakorlatára hivatkozva. Az előbbi eset lehet az, amikor egy bíró igazolással látja el azt az igényét, hogy jogvitákat dönt el emberek között, a második pedig az, amikor egy magánember olyan jogra vagy kötelezettségre hivatkozik, amelyet bírósági úton is kikényszeríthet. Szerintem az ilyen jellegű igazolások vonatkozásában beszélhetünk jogi érvényességről. Ha vannak is számottevő különbségek a két eset típus között, az alapfogalmi összefüggések szempontjából ezek nem meghatározóak. Ezért az alábbiakban, az egyszerűség kedvéért, csak az egyik igazolási típusra összpontosítok. Mégpedig az előbbire, az autoritatív döntések igazolására.

Az eddigiekből szerintem az adódik, hogy a jogi igazolás primer forrása maga a politikai kötelezettség. Az autoritásigények igazolása végső fokon mindig erre fut ki. Vagy, az érvényesség terminusaiban kifejezve, egy jogi aktus attól érvényes, hogy sikeresen hivatkozik a politikai kötelezettségre. Az lehet, hogy a politikai közösségben viselt tagság rációja a koordinációs problémák megoldásában (vagy valami egyéb funkcióban) rejlik, de az igazolási kérdések szempontjából az adja a vezérfonalat, hogy a koordinációs problémákat a tagok a politikai kötelezettség érvényesítése révén próbálják kezelni.

Mármost megtörténhet, hogy a politikai kötelezettségből fakadó indokokat szabályokban rögzítik. Ezeket a szabályokat nevezhetjük törvényeknek. Az is lehet, hogy a nyilvános autoritás igazolási feltételévé teszik, hogy az intézményes gyakorlatok minden normatív igazolásra szoruló vonatkozása jelenjen meg nyilvános szabályokban. Ekkor joguralomról beszélhetünk.

11. A jogelmélet szempontjából természetesen az okozza a zavart, hogy a jogi gyakorlatok némileg elfedik ezt az alapszerkezetet. Éspedig azért, mert az autoritatív intézmények működése és a szabályok révén való igazolás közötti összefüggés a jogrendszerek ősi jellemzője, a joguralom feltételrendszere pedig sok politikai közösségben beépült a politikai igazságosság nyilvános felfogásába.

A szabályokra való utalás a normatív igazolás jellegzetes módja lett. Kész vagyok elismerni, hogy ennek talán az az oka, hogy ez kínálja az igazolás legjobb módját az olyan társadalmi gyakorlatok vonatkozásában, mint a jog. De nem képezi az igazolás egyedüli módja, és nem képezi az igazolás fogalmi feltételét sem. (Ami azt illeti, egy jogrendszer elvileg elképzelhető akár egyetlen regulatív szabály nélkül is — gondoljunk arra, ahogy Platón elképzelte az eszményi poliszt, ahol is a filozófusok teljesen decizionisztikusan gyakorolják autoritásukat.)

Mi tehát a jogi szabály? Talán olyan általános normatív proposíció, amely jogi igazolások összefüggésében a kellő normatív erővel rendelkező gyakorlati indokok hiteles forrása lehet. Tehát olyan gyakorlati indokoké, amelyek képesek nyilvános autoritatív aktusok normatív igazolásához hozzájárulni.<sup>33</sup>

12. Az imént vázolt szerkezet talán kiszolgáltatottnak látszik az olyan ellenvetésekkel szemben, amelyek arra hivatkoznak, a létező gyakorlatok nem mutatnak ilyen szoros korrelációt a politikai kötelezettség és a jogi érvényesség jellegzetességei között. Ebben pedig sok igazság rejlik. Éppen ezért jól meg kell gondolnunk, hogyan értékeljük azokat az eltéréseket, amelyeket a létező jogi gyakorlatok mutatnak az itt vázolt modellhez képest. Az azonban hiba lenne, ha azt gondolnánk, fentebb valamilyen ideális szerkezetet vázoltam. Igazából olyan feltételeket vázoltam fel, amelyek bizonyos normatív fogalmak igazolási szükségleteiből adódnak. Ebben nem volt semmilyen ideális mozzanat, mert a megközelítésem *interpretív* volt. A gyakorlat önértelmezését vettem alapul. Vagyis azt, hogy a gyakorlat autoritásigénnyel lép fel. A magam részéről csupán kibontottam ennek az igénynek az implikációit a gyakorlati indokok elmélete által kínált terminológia segítségével.

Ostobaság lenne vitatni, hogy az igazolási feltételek kibontásán alapuló elemzés egy olyan szerkezet felvázolásához vezetett, amely a létező jogi gyakorlatokban legfeljebb igen elmosódottan rajzolódhat ki. Nem hiszem azonban, hogy ez hatékony ellenérveket alapozna meg a konstrukciómmal szemben. Az alapszerkezet elmosódása nem azt jelenti, hogy az alapszerkezet nem létezik vagy nincs jelentősége. Csak azt, hogy ahol az alapszerkezet világosan kirajzolódik, ott a normatív igazolással kapcsolatos kérdések (az érvényességgel kapcsolatos kérdések) egyértelműen megválaszolhatóak. A nyilvános intézmények vagy egyértelműen rendelkeznek autoritással, vagy egyértelműen nem. Ahol az alapszerkezet elmosódik, ott nem az analitikai

---

<sup>33</sup> Természetesen nemcsak érvényes igazolásról és érvényes normáról, hanem érvényes jogosultságról és kötelezettségről is beszélhetünk. Azt gondolom, ezek is beilleszthetők ebbe az összefüggésrendszerbe, de ezzel most nem bonyolítanám a kifejtést.

vezérfonalat veszítjük el, csak az egyértelmű válaszok lehetőségét. Az autoritásigény és annak igazolása problematikusá válik. Az érvényességgel kapcsolatos állítások pedig krónikusan vitathatóak lesznek.

Azt gondolom, hogy az alapszerkezet ilyen vagy olyan vonatkozásban tulajdonképpen mindig elmosódott, az autoritás mindig problematikus, az érvényesség pedig mindig vitatható. Ennek rengeteg oka van, úgyhogy az összes tényező áttekintése szinte lehetetlennek látszik. De hogy lássuk, milyen jellegű tényezők játszanak szerepet ezen a ponton, példalózó jelleggel kiemelnék három komplex bonyolító tényezőt, amelyek önmagukban is képesek az alapszerkezet bizonyos vonásait elhomályosítani.

Először is, érdemes arra figyelni, hogy a jog olyan autoritásigényt támaszt, amely minden más autoritásigénnyel szemben elsőbbséget követel magának. A benne testet öltő intenciók szerint minden más kötelezettség elébe vág. De nehéz elképzelni olyan épeszű embert, aki egy ilyen jellegű autoritásigényt elfogadna az élet minden területén. Ha mindig mindent a nyilvános autoritások irányítása alatt kellene megtennünk, akkor nem mondhatnánk az életünket a sajátunknak. Értelmetlenné válna a politikai közösségben viselt morális tagság.<sup>34</sup> A politikai közösségek ezt a problémát úgy kezelik, hogy igényt tartanak ugyan az említett elsőbbségre, de csak egy korlátozott terület határain belül. Ahol autoritásigénnyel lépnek fel, ott megkövetelik az elsőbbséget, de nem lépnek fel minden területen autoritásigénnyel. Bizonyos területeket meghagynak az egyéni és kollektív autonómia számára. (És persze más autoritásigények számára is — például az egyházak vagy a civil testületek autoritása számára.) A politikai kötelezettségnek fontos tartalmi jellegzetessége, hogy ezt a bizonyos elsőbbségi igényt milyen területeken kívánja érvényesíteni. Ugyanis a nyilvános autoritások csak ezen a területen rendelkezhetnek igazolt autoritással. Ha túlterjeszkednek ezen a területen, akkor megsértik a politikai kötelezettséget a tagokkal szemben, igazoltá teszik az ellenállást, és előidézhetik a morális tagság felbomlását. Viszont mivel a politikai kötelezettség tartalmilag eléggé meghatározatlan, lényegében mindig vita tárgya lehet, hogy az autoritásigények pillanatnyilag az igazolható határon belül maradnak-e. És hogy egyáltalán hol húzódik az a határ.

Másodszor, az is előfordulhat, hogy az autoritásigénnyel fellépő intézmények nem terjeszkednek ugyan túl a politikai kötelezettségre tekintettel igazolható határon, mégis baj van velük. Vagy túlterjeszkednek az igazolható határon, de nem ez velük az igazi baj. Hanem az, hogy nem reprezentálják hitelesen a politikai kötelezettséget. Nem maga a tevékenységük az, ami nem igazolható, hanem a felhatalmazásuk arra a tevékenységre, amit folytatnak. Vagyis bizonyos intézmények bitorolják az igazolható intézmények helyét. Ennek drámai példája lehet, ha autokratikus intézmények próbálnak autoritást gyakorolni egy olyan politikai közösség felett, amelynek demokratikus politikai moralitása van. Vagy ha egy idegen hatalom kiküldöttjei próbálnak intézkedni egy erőszakkal elfoglalt országban. Persze az ilyen drámai példák elméleti szempontból nem túl érdekesek, mert világos helyzetet teremtenek: az ilyen intézmények (működjenek egyébként bármilyen jól) nem rendelkeznek igazolt autoritással. A kevésbé drámai esetek valójában problematikusabbak az érvényesség szempontjából. Ilyenkor arról van szó, hogy az intézmények bizonyos vonatkozásai nem felelnek meg a politikai kötelezettségnek, vagy inkább bizonyos intézmények vitatottá válnak ebből a szempontból. Nem az egész intézményrendszer normatív igazoltsága kérdéses, hanem egy bizonyos hivatalé, egy bizonyos eljárástípusé, egy bizonyos összetételű törvényhozó testületé.

Harmadszor, nehéz elképzelni olyan társadalmat, ahol mindenki felveszi a politikai kötelezettségnek megfelelő gyakorlati orientációt. Valószínűleg minden társadalomban vannak olyanok, akik az autoritativ intézményeknek csak stratégiai megfontolásokból vagy csak félelemből engedelmessé válnak. Márpedig velük szemben ezek az intézmények nem autoritást gyakorolnak. Aki csak félelemből engedelmessé válik, azon valójában erőszakot gyakorolnak. Aki pedig stratégiai megfontolásokból engedelmessé válik, az az intézmények gyakorlatát nem autoritativ indokok, hanem csak "tanácsok" forrásának tekinti. Ha senki nem veszi fel a megfelelő gyakorlati orientációt, vagyis ha senki nem tekinti magát kötelezve a politikai kötelezettség által, akkor könnyű a helyzet: a politikai közösség nem létezik. De inkább az a helyzet, hogy az emberek egy része felveszi a megfelelő gyakorlati orientációt, egy másik része viszont nem. Sőt, az is lehet, hogy a legtöbben mintegy részlegesen veszik fel a megfelelő gyakorlati orientációt. A politikai közösség tagjainak tekintik magukat, és komolyan is veszik a politikai kötelezettség által igazolt törvények egy részét (mondjuk a büntető törvények java részét), miközben más törvényeket (mondjuk az adótörvényeket és a közlekedési rendszabályokat), amelyeket ugyancsak a politikai kötelezettséggel igazolnak, nem. A példákban is látszik, hogy ebben a tekintetben a jogkövetés nem hiteles mérce. Ha valaki pusztán azt teszi, amit előírnak, abból még nehéz kikövetkeztetni, hogy ezt félelemből, stratégiai megfontolásból vagy inkább a politikai közösség iránti elkötelezettségből teszi.

Így a politikai kötelezettség érvényesülése meglehetősen bizonytalan és vitatott kérdéssé válhat. Az biztos, hogy nehéz tagadni egy politikai közösség létezését, ha az azt reprezentáló intézmények hangos és tömeges ellenállás nélkül érvényesítik autoritásigényüket. De hogy kikre terjed ki a politikai közösség, és hogy velük szemben kik az erőszakkal kordában tartott, vagy prudenciális indokokkal együttműködésre készített "mások", igen nehéz kérdés. Nem vállalunk komoly kockázatot, ha azt mondjuk, lényegében mindig vannak olyanok, akikkel szemben itt és most kényszerrendként nyilvánulnak meg az intézményes gyakorlatok.

---

<sup>34</sup> Itt a morális tagság egyik formális feltételére, a függetlenségre utalok. Lásd Ronald Dworkin: 'Az alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'. 1 (1997) 1. *Fundamentum* 7-27, 19-20. o.

Úgy vélem, a példákból kiviláglik, hogy bizonyos értelemben beszélhetünk itt "a" legalapvetőbb feszültségről. Ez pedig abban áll, hogy a jogi igazolások (az intézményes gyakorlatok igazolása) a politikai kötelezettségre utalnak vissza, de a politikai kötelezettség tartalmilag igencsak meghatározatlan. Voltaképpen nincs olyan hiteles forrás, amelyből közvetlenül megismerhetnénk. Még a kartális alkotmány sem ilyen forrás, noha azt egyebek közt éppen azért alkotják, hogy a tagok (állampolgárok) morális státusát (alapvető jogait és kötelezettségeit) tételesen rögzítsék. Éspedig azért, mert az alkotmány a saját normatív igazolását maga is a politikai kötelezettségből meríti.<sup>35</sup> Csak akkor tudósít megbízhatóan a politikai kötelezettség tartalmáról, ha tényleg igazolja őt a politikai kötelezettség. Tehát már tudnunk kell valamit a politikai kötelezettség tartalmáról, hogy megállapíthassuk, nem "oktrojált" alkotmányról van-e szó, amely csak mímeli az igazolt autoritást. Éppen ezért az alkotmány vonatkozásában mindig helye van az olyan értelmezésnek, amely azt igyekszik tisztázni, valóban helyet kapott-e az alkotmányban a politikai kötelezettség tartalma.<sup>36</sup>

A politikai kötelezettség "leghitelesebb" forrása nem más, mint a politikai közösség vélelmezett tagjainak gyakorlati orientációja. Annak mindig meghatározó jelentősége van, hogy az emberek maguk mit mondanak erről: azonosulnak-e a politikai közösséggel, morális tagnak tekintik-e magukat. Ezzel viszont az a baj, hogy az ilyen gyakorlati orientációkból nem rajzolódik ki a politikai kötelezettség valamilyen egységes tartalma. Lehetnek olyanok, akik a politikai kötelezettség tartalmát történeti hagyományokkal,<sup>37</sup> netán egy etnikai csoport kultúrájának bizonyos vonásaival azonosítják, de olyanok is, akik a demokratikus eljárásokban kirajzolódó politikai elvekkel, de még olyanok is, akik bizonyos "örök értékekkel". Még ha meg is nyugtat bennünket, hogy az ilyen divergáló orientációk gyakran ugyanarra a politikai közösségre referálnak (mondjuk ugyanarra a köztársaságra), és sok közöttük a tartalmi átfedés (például mindegyik elveti az antidemokratikus intézményeket), az eltérések akkor is rendre vitákat gerjeszthetnek az intézményes autoritások gyakorlatának igazolhatósága körül.

A politikai kötelezettségre való utalással nem jelölünk ki valamilyen egyértelműen megragadható tárgyat, noha az igazolási probléma szerkezeti sajátosságai folytán ez az utalás elkerülhetetlen. Ugyanakkor nagy hiba lenne a politikai kötelezettséget pusztá hipotézisnek, kimérának vagy ideológiai természetű illúzióknak tekinteni. Erre ugyanis mindenki rácsúfol, aki őszinte áldozatot hoz egy politikai közösségért a politikai kötelezettség nevében.

## VIII. Legalizmus

13. Mindebből az következik, hogy az érvényesség kérdése végső kifizetésében kétségbeejtően bonyolult. Olyan bonyolult, hogy végigbeszélésének a létező jogi gyakorlatok nem is hagynak teret. Azok az eljárások, amelyek a jól ismert jogi gyakorlatokban normatív igazolással látják el az autoritásigénnyel fellépő aktusokat, az érvényességproblémának csak egy-két vonatkozását tükrözik vissza. A jogi gyakorlatokban meggyökeresedett egyfajta legalizmus,<sup>38</sup> amely a szabályok révén való igazolást lényegében kizárólagos jelleggel érvényesíti. Ez a háttére a jogi formalizmusnak, de ugyanúgy az érvényesség formális fogalmának is, amit a jogi oktatás is "voltaképpeni" jogi érvényességként ábrázol. A legalizmus igen hatékonyan korlátozza a szövevényesebb igazolási kérdések felbukkanását. Ezzel pedig, noha elősegíti az intézményes gyakorlatok hatékonyabbá tételét, maga is hozzájárul az igazolási probléma alapszerkezetének elhomályosításához. A probléma összetettsége igazából csak az olyan határhelyzetekben válik érzékelhető, amilyeneket a polgári engedetlenség teremt, vagy az, amikor egy forradalom után új intézményeket kell autoritással felruházni.

A legalizmustól áthatott jogi gyakorlatok egyik fontos sajátossága, hogy vélelmezik az autoritásigény igazoltságát. Abból indulnak ki, hogy a címzeteknek van okuk a politikai kötelezettség teljesítésére, még ha ezt ők maguk nem is tudatosítják, még ha őket ezzel a kérdéssel soha nem is szembesítik. Bár persze az, aki tudja, hogy módja lenne lemondani az állampolgárságról (kilépni a politikai közösségből), és módja van arra, hogy kísérletet tegyen az intézményes gyakorlatok megváltoztatására (például azzal, hogy elindul egy választáson), az a lényegét illetően tisztában van az igazolási probléma jellegével.

Ugyanakkor a legalizmustól áthatott jogi gyakorlatokkal van egy komoly baj. Az, hogy az autoritás igazoltságát eleve feltételező legalizmus elfedi azt az összefüggést, hogy így vagy úgy szinte mindenki szemben

<sup>35</sup> Ez a népszuverenitásra való utalás voltaképpeni értelme, nem pedig a demokratikus eljárások megalapozása.

<sup>36</sup> Ez a felismerés Dworkin egyik nagy igazsága. És ez adja a morális alkotmányértelmezés fölényét riválisaival szemben. Lásd Dworkin: 'Az alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'.

<sup>37</sup> Vö. Bódog Máttyás: "'Nemzeti történelem" és a jog autoritásának igazolása'. 41 (2000) 1-2. *Állam- és Jogtudomány* 5-20.

<sup>38</sup> A legalizmus fogalmát természetesen Judith Shklar-tól vettem át. Ő ezen olyan erkölcsi attitűdöt ért, amely a gyakorlati feladatokat a szabálykövetés problémájaként közelíti meg. Ennek legteljesebb kifejeződése a nyugati jogrendszerek szerveződmódja, de még ennél is inkább a jogászok gondolkodásmódja, amely minden igazolási kérdést pontosan meghatározott szabályok alkalmazásának kérdésére szűkít le. Pontosán erre akarok utalni. Lásd *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, 1-4. o.

megsértik a politikai kötelezettség igazolási feltételeit. Így valójában mindig helye a van a folyton megújuló döntésnek, hogy a hiányos igazolás alpjáról is kiállunk-e a politikai közösség mellett. A legalizmus úgy tesz, mintha létezne általános engedelmisségi kötelezettség a joggal szemben, pedig ez egyáltalán nincs így. Nincsenek olyan érvek, amelyek egy ilyen kötelezettséget egy társadalom minden tagjára képesek lennének ugyanúgy, ugyanazzal a tartalommal vonatkoztatni.<sup>39</sup>

Ez a baj nyilvánul meg abban, hogy az érvényesség legalizmus által leegyszerűsített felfogása látványos kudarcot vall az olyan bonyolultabb esetekben, mint amilyen a náci jogrendszer autoritásigényének megítélése. Csak leegyszerűsítő válaszokat tud adni például arra kérdésre, hogy a náci bíróságok ítéletei érvényesek voltak-e. A legalizmus problémájának tisztázása érdekében ezt a (komoly jogelméleti karriert befutó) kérdést szeretném most szemügyre venni. Anélkül, hogy megpróbálnám megválaszolni.

14. A náci által elkövetett rémtettek, de talán még inkább az azokra reagáló, utólagos igazságtételi erőfeszítések igen nagyban hozzájárultak az érvényességproblémával kapcsolatos elméleti álláspontok továbbfejlődéséhez. De igazából nem sikerült a probléma mélyére hatolni, mert hiába sorakoztak fel egymással szemben a természetjogtan és a jogpozitivizmus igen kifinomult koncepciói, a vita mindvégig a legalizmus különböző változatai közötti összecsapás maradt.<sup>40</sup> Pedig a kérdés éppenséggel a legalizmus alapjait és határait feszegeti. Vagyis azt, ahogyan a jogi igazolás problémái összefüggésbe kerülnek a politikai kötelezettséggel. Márpedig éppen ez az, amire a vita legfontosabb résztvevői, Radbruch, Hart és Fuller nem kérdezett rá. Mindannyian a jog és az erkölcs közötti viszony problémájaként vetették fel a kérdést. Így viszont megközelíteni is alig tudták a voltaképpeni igazolási kérdést.

Radbruch voltaképpen egyfajta erkölcsi minimum megfogalmazására tett kísérletet, amely "lelkiismereti határvonalat" húzna a jogalkalmazók számára.<sup>41</sup> De mivel ennek a határvonalnak valamiképpen magából a jog belső összefüggéseiből kellene kirajzolódnia, Radbruch törekvése nem a legalista álláspont meghaladását, hanem annak pontosabb artikulálását jelenti. Tulajdonképpen csak a "törvény az törvény" tételét dogmatikusan képviselő, "primitív" legalizmus elutasításáról van szó egy komplexebb legalizmus nevében. A törvényes jogtalanság fogalmi konstrukcióján alapuló Radbruch-formula azzal az igénnyel lép fel, hogy a jog dogmatikájává váljon. Maga Radbruch is kifejezetten felhasználta bírói ítéletek jogimmanens értékelésére. (A vele kapcsolatos viták jelentős része azóta is a formula dogmatikai jelentősége körül forog.)

Radbruch megoldása azonban súlyosan problematikus. Ő maga is elbizonytalanodik ott, ahol meg kellene határozni, miben is áll a törvényes jogtalanság. Nem az a baj, hogy saját bevallása szerint is képtelen "pontosan" megmondani, hol húzódik a határ, amin túl törvényes jogtalanságról van szó,<sup>42</sup> mert ez csak annak a megnyilvánulása lenne, hogy ez is egy gyakorlati fogalom. A gyakorlati fogalmaknak soha nincsen "sebészi" pontossággal meghatározható alkalmazási területe. Az igazi baj az, hogy nem tudja tisztázni, *miben áll* a törvényes jogtalanság.

Radbruch itt tulajdonképpen megfutamodik egy kellemetlen dilemma előtt. A törvényes jogtalanság egyfajta erkölcsi érvénytelenséget eredményez. Az ilyen jog erkölcsi alapon elfogadhatatlan. Olyannyira, hogy az már az érvényességére is kihat. De mi határozza meg azt az erkölcsöt, amely itt a mércét adja? Az egyik lehetőség az, hogy a kritériumot a hivatalos személyek (bírók) személyes erkölcsi meggyőződése adják, a másik pedig egy univerzális erkölcs. Ám mindkettő alkalmas arra, hogy zavarossá tegye az érvényesség fogalmát, és megrendítse a jog autoritását. A bírók személyes erkölcsi meggyőződéseinek kritériummá emelése ugyanis önkényessé teheti a normatív igazolásokat, míg az univerzális erkölccsel az a baj, hogy metafizikai megalapozást követel. A metafizikai megalapozás pedig sebezhetővé tenné a jog autoritásigényét a metafizikakritikai érvekkel szemben, ráadásul egyfajta világnézeti elfogultságnak is teret engedne. A jog autoritásának elfogadása metafizikai meggyőződések függvénye lenne. Aligha véletlen, hogy ezt a kellemetlen dilemmát Radbruch inkább elkerüli. Néhol metaforikus utalásokba rejti álláspontját,<sup>43</sup> néhol egy olyan bírói éthoszra hivatkozik,<sup>44</sup> amelynek természetéről nem mond semmit.

<sup>39</sup> Jól leképezik ezt a nehézséget a politikai kötelezettség megalapozását célzó elméletek körüli viták. Lásd Györfi Tamás: 'A politikai kötelezettség'. In: Bódog Máttyás — Györfi Tamás (szerk.): *Államelmélet: A mérsékelt állam eszméje és elemei II. Alapelvek és alapintézmények*. Miskolc: Bíbor, 2002. Jogelméleti szempontú elemzésként lásd Joseph Raz: 'The Obligation to Obey: Revision and Tradition'. In: uő: *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon, 1994.

<sup>40</sup> Az, hogy a természetjogtan és a jogpozitivizmus a legalizmus változatai, ugyancsak Judith Shklar felismerése. Lásd Shklar: *I.m.* 2. o.

<sup>41</sup> Lásd Gustav Radbruch: 'Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog'. In: Varga Csaba (szerk.): *Modern polgári jogelméleti tanulmányok*; Budapest: MTA, 1977, 135-137. o.

<sup>42</sup> Lásd uo. 136. o.

<sup>43</sup> Lásd uo. 139. o.

<sup>44</sup> Lásd uo. 138. o.

Ebből a szempontból ígéretesebbnek látszik Fuller törekvése, amely a jog belső erkölcsének megfogalmazására irányul.<sup>45</sup> Az ő megoldási javaslata abban áll, hogy tisztán pragmatikai megfontolásokról kell levezetnünk azokat a kritériumokat (visszaható hatály tilalma, a szabályok kihirdetése, stb.), amelyek ahhoz szükségesek, hogy egyáltalán jogot alkothassunk.<sup>46</sup> Ezek nem személyes meggyőződésekben, és nem is metafizikai tételekben vannak megalapozva. Mégis elmondhatjuk róluk, hogy a jog nevében gyakorolt embertelenség csak ezek megsértésével vált lehetségessé.<sup>47</sup> Ez a megoldás lényegesen kevesebb intézményelméleti nehézséggel terhes (nem fenyeget sem önkénnyel, sem világnézeti elfogultsággal), ám ennek is megvan a gyenge pontja. Nincs tisztázva ugyanis, hogy ezek a pragmatikai megfontolások miből merítik erkölcsi erejüket. Nem világos, hogy a Fuller által vázolt kritériumok szerint megalkotott jogban mi lenne lényegileg „jó”.<sup>48</sup> Hogy miképpen lehet az ilyen kritériumokra, prudenciális indokokon túl, erkölcsi tartalommal bíró normatív követelményeket alapozni. Hogy ez az álláspont miként eredményezi a jogi érvényesség *erkölcsi* határainak megvonását.

Éppen ezért érthető, hogy Michael Moore elkerülhetetlennek látja, hogy ennél tovább menjünk. Vállaljuk fel az erkölcsi realizmus metafizikai álláspontját, fejtsük ki annak a metafizikailag megalapozott igazságosságnak a tartalmát, amely a jog értelmét adja, hogy aztán ehhez rendelhessük hozzá a Fuller által felhozott pragmatikai kritériumokat.<sup>49</sup> Vagyis hogy döntsük el végre a Radbruch által eldöntetlenül hagyott dilemmát. Mégpedig egy metafizikai jogelmélet javára.

Az lehet, hogy ez a határozott döntés következetesebbé és teljesebbé teszi az álláspontunkat, és a náci rendszer jogi minőségére vonatkozó kérdésre is egyértelmű válaszokat sugall, csak hogy, amit azt fentebb jeleztem, kiszolgáltatja a jogelméletet a metafizikakritika támadásainak. Valóban azt kell mondanunk, hogy a bírónak explicit metafizikai elkötelezettséget kell vállalniuk, hogy dönthessenek a jogi érvényesség kérdéséről, hogy megtalálják a kellő normatív erővel bíró indokokat? Nem hinném.

Mindebből adódik, hogy a jog nevében gyakorolt embertelenség kérdésben Hartnak van egy fontos félígazsága Radbruch-hal és az összes természetjoggal szemben. Túl nyers az az álláspont, amely azt követeli a bírótól, hogy a „törvényes jogtalanság” eseteiben ne ismerjék el a normák jogi érvényességét. Ilyen vagy olyan módon mind elmosnak egy fontos összefüggést. Az ugyanis a jogi gyakorlatok egyik sajátossága, hogy a jogi indokokkal kapcsolatos erkölcsi megfontolások háttérbe szorítását követelik meg a hivatalos személyektől. Ettől azoknak természetesen nem kell lelkiismeretlenné válniuk: nyilván előfordulnak olyan esetek, hogy egy jogi norma alkalmazása lehetetlenné tenné a bíró számára, hogy békében éljen önmagával. Teljesen érthető, sőt, akár erkölcsileg igazolt lehet valakinek a döntése, hogy ebben az esetben szembefordul a jog autoritásigényével, és nem hajlandó azokat követve cselekedni. Mi kényszerít azonban bennünket arra, hogy ebben az esetben a gyakorlati indokok közötti kollíziót az érvényesség kérdésével is összefüggésbe hozzuk? Miért kell azt mondanunk, hogy egy bizonyos norma, amelyet valaki erkölcsileg igazoltan utasított el, egyszersmind jogilag érvénytelen is volt?

Azt hiszem, Hart „igazsága” azon alapul, hogy reménytelen vállalkozás a legalizmus saját terminusaiból feltárni azokat az összefüggéseket, amelyek képesek kizárni az jog nevében gyakorolt embertelenség jogi érvényességét. Hart ezért bátran kiállt egy olyan legalizmus mellett, amely a jogi érvényesség tekintetében kitar a jog és az erkölcs szétválasztása (vagy inkább szétválaszthatósága) mellett.<sup>50</sup> De ebben a tekintetben ő is tévedett. A tévedés pedig abban nyilvánul meg, hogy Hart azt gondolta, az olyanoknak, mint Radbruch, azért nem lehet igazuk, mert a kötelezettség mást jelent jogi és erkölcsi kontextusban.<sup>51</sup>

Nem kétséges, hogy számottevő kontextuális különbségek vannak a kötelezettség kifejezetten erkölcsi és kifejezetten jogi használata között, és hogy ezeknek analitikai következményei vannak. Hart tétele viszont oda vezet, hogy eltagadjuk a jogi indokok és a politikai moralitás közötti megalapozási összefüggést. Vagyis azt a szerepet, amit a politikai kötelezettség játszik a jogi igazolásokban, vagyis a jogi érvényesség jelentésében.

A legalizmus harti változata ott hibázik, hogy nem érzékeli, a Radbruch által felvetett dilemma hamis volt. Nemcsak a személyes erkölcsi meggyőződések és valamiféle univerzális erkölcs játszhat szerepet a jogi igazolásokban, hanem a politikai erkölcs is. Ez nem személyes erkölcsi meggyőződés (vagyis nem kell azonosnak lennie senki személyes erkölcsi meggyőződéseivel), de nem is univerzális erkölcs. Egy nyilvános igazolás

---

<sup>45</sup> Lásd Lon L. Fuller: *The Morality of Law*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1964, 41-44. o.

<sup>46</sup> Lásd *uo.* 33-38. o.

<sup>47</sup> Lásd például *uo.* 54-55. és 62. o.

<sup>48</sup> Vö. Moore: *I.m.* 216. o.

<sup>49</sup> Lásd *uo.* 189-200. és 213-217. o.

<sup>50</sup> Lásd H. L. A. Hart: 'Positivism and the Separation of Law and Morals'. In: *uo.: Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983, 73-78. o.

<sup>51</sup> Lásd például H. L. A. Hart: 'Legal Duty and Obligation'. In: *uo.: Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon, 1982, 145-161. o.

támasztja alá egy politikai közösség tagjai számára, akár minden metafizikai előfeltétel nélkül is.<sup>52</sup> Nem az a jog bizonyul érvénytelennek “erkölcsi szempontból”, amely bárki személyes erkölcsi meggyőződésével vagy egy metafizikailag megalapozott univerzális erkölccsel kerül szembe, hanem az, amelyik a közösség politikai moralitásával. Vagyis ami biztosan nem igazolható a politikai kötelezettséggel.

Ennek megfelelően Hart figyelmeztetését is pontosítanunk kell. Igazat kell neki adnunk abban, hogy valóban vannak olyan esetek, amikor valaki erkölcsileg igazoltan száll szembe a jog autoritásigényével, ám ez nem kérdőjelezi meg a jogi gyakorlatok érvényességét. De ez nem azt jelenti, hogy nincsenek olyan esetek, amikor az erkölcsi indokok érinthetik a jogi érvényességet. A jogi érvényességet igenis érinthetik az olyan indokok, amelyek a politikai erkölcsre hivatkoznak. Felállítanék itt egy hasznos analógiát. A politikai filozófiában megkülönböztetik a lelkiismereti ellenszegülést és a polgári engedetlenséget.<sup>53</sup> Az előbbi esetében az ember saját erkölcsi indokaira tekintettel utasítja el az engedelmisséget, de nem feltételezi, hogy másoknak is így kellene eljárniuk. A polgári engedetlenség esetében viszont olyan indokokról van szó, amelyről azt gondolják, mindenki számára indokot jelentenek az engedelmisség ellen. Az utóbbi esetben tehát arról van szó, felmerült a gyanú, hogy egy adott döntés vagy norma nem illeszthető be a közösség politikai moralitásának keretei közé. Szerintem egy hasonló megkülönböztetést kell alkalmaznunk a hivatalos személyek eljárásaira is. Előfordulhat egyrészt az az eset, hogy a hivatalos személy “nem veheti a lelkére”, hogy egy bizonyos döntést meghozzon. Előfordulhat másrészt az az eset, hogy a hivatalos személy kénytelen belátni, hogy nincs autoritása bizonyos emberek felett, vagy hogy egy adott döntés kívül esik annak az autoritásnak a terepén, amely az ő pozícióját is meghatározza a döntés címzettjeivel szemben. Bár a kettő között komoly átfedés lehet (az autoritást megrendítő döntés általában lelkiismereti kérdés is), összemérésük súlyos hiba, amely több vonatkozásban is eltorzítja az erre épített jogelméletet.

Ebből szerintem az következik, hogy a legalizmus határait a politikai erkölcsnek kell megvonnia. Az olyan esetekben, amikor a legalizmus melletti kitarás súlyos erkölcsi dilemmákkal terhes (mint bármely német bíróság esetében 1944-ben), ott már ki kell lépni a legalizmus igazolási stratégiájának keretei közül. Azt kell tisztáznunk, a legalizmus háttérében hogyan tárul fel a politikai kötelezettség igazolási szerepe.<sup>54</sup>

15. A náci rendszer esetében ennek megfelelően szinte biztosan nem lesz olyan egyszerű a helyzet, mint amilyenek például Michael Moore feltűnteti. Szerinte egy jelentős mértékben igazságtalan rend nem képezhet jogrendszert. Így az utólagos igazságtétel mellett nem az szól, hogy ez vagy az a törvény igazságtalan volt, hanem az, hogy akkoriban Németországban nem is volt jogrendszer. Következésképpen nem lehettek érvényes bírói ítéletek sem.<sup>55</sup>

A magam részéről inkább azt mondanám, hogy a helyzet igen összetett volt. Voltak olyanok, (mint a németországi zsidók), akiket olyan súlyosan diszkrimináltak, hogy velük szemben megszűnt a rend autoritása. Másokkal szemben azonban inkább csak súlyosan problematikussá és hiányossá vált. Azt nem lehet mondani, hogy a náci párt ideológiája, amely sok vonatkozásban áthatotta a jogi gyakorlatokat, a német politikai közösség politikai moralitásának hiteles kifejeződése lett volna.<sup>56</sup> Így bizonyos aktusok azokkal szemben is nélkülözték az autoritatív jelleget (a jogi érvényességet), akiket nem ért nyílt diszkrimináció. Ugyanakkor azt sem szabad elfelejteni, hogy a korábbi intézményes gyakorlatok jelentős része többé-kevésbé fennmaradt. Nem hinném, hogy ezek nagy részének vonatkozásában ne lett volna elfogadható a legalizmus melletti kitarás. Nem látom okát, hogy ezek autoritásigényét kétségbe vonjuk. A náci rendszer tehát, az utólagos igazságtétel szempontjából, igen változatosan megítélhető helyzetek tömkelegét teremtette meg.

16. Szeretném leszögezni, hogy nem azt akarom mondani, hogy a legalizmus valami ördögtől való dolog, afféle átok, amely a jogelméletet sújtja. Még akkor sem, ha a legalizmus sok szempontból félrevezeti a jogelméletet: magától értetődőnek tűnő fel az olyan jogelméleti álláspontokat, amelyek nem kérdeznak rá a jogi autoritás alapjaira. Nem azért tekintettem át a náci jogrendszer példáját, amely a legalizmus gyengeségeit olyan jól

---

<sup>52</sup> Itt támaszkodom a “nyilvános igazolás” rawls-i koncepciójára. Lásd John Rawls: 'The Idea of Public Reason Revisited'. In: uő: *Collected Papers*. Ed. by Samuel Freeman, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

<sup>53</sup> Lásd Rawls: *Az igazságosság elmélete* 429-451. o.

<sup>54</sup> Azt gondolom, hogy ez az alapszerkezet kirajzolódik Ronald Dworkin jogelméletéből, amely egyébként sok szempontból hatékony támadást indított a legalizmus harti változata ellen. Dworkin azonban, sajnálatos módon, arra használja a náci jogrendszer jogi minőségének kérdését, hogy a fogalom és a felfogás közötti distinkcióját tesztelje rajta. Lásd *Law's Empire*. London: Fontana, 1986, 101-104. o.

<sup>55</sup> Lásd Moore: *Im*. 224. o.

<sup>56</sup> Ez több tényrel is alátámasztható. Az egyik az, hogy demokratikus választásokon a náci sohasem szereztek még abszolút többséget sem, a másik, hogy az intézményes gyakorlatok jelentős részét kénytelenek voltak eltávolítani a nyilvánosság előtt, a harmadik, hogy a háború után nagyobb nehézség nélkül fel lehetett építeni egy alkotmányos demokráciát, amely elnyomó intézkedések nélkül is fenn tudja tartani intézményeinek működését.

megmutatja, hogy leszámoljak az egész szemléletmóddal, hanem azért, hogy tisztázni tudjuk a szerepét. Mert azt gondolom, egy ilyen tisztázás alapozza meg a formális érvényesség jelentőségének megértését is. Sőt annak megértését is, hogy az érvényesség szempontjai hogyan rajzolódnak ki a jogászok érvelésben, és hogy hogyan nézne ki egy tartható jogalkalmazás-elmélet.

Ami azt illeti, a legalizmus szinte elengedhetetlen feltétele a jogi gyakorlatok hatékony működésének. Fentebb utaltam rá, hogy a politikai kötelezettség tartalmilag meglehetősen meghatározatlan. A hivatalos személyek tehát nem remélhetik, hogy a politikai kötelezettségre való explicit utalás az autoritatív aktusok igazolását megkönnyítené. Sőt, számíthatnak arra, hogy inkább csak feltárja annak problematikus jellegét. Ezért érthető, ha a jogi gyakorlatokban inkább egy leszűkített igazolási stratégiát alkalmaznak, amelyben a politikai kötelezettségre való utalás formalizált szabályokba van elrejtve (olyan ügyesen, hogy gyakran még a jogászok sem veszik észre). Sőt, még az is érthető, hogy az intézményes gyakorlatok a legalizmust mintegy beépítik a normatív igazolás feltételeibe: hogy bizonyos körülmények között érvényes igazolásnak csak az autoritatív szabályokra hivatkozó igazolást fogadják el.

A legalizmus voltaképpen olyan igazolási stratégiát jelent, amely nem garantálja az autoritásigények igazolását, de ha helyesen alkalmazzák, azt mégis garantálja, hogy ésszerűen hiessük, az autoritatív intézmények gyakorlata *lehet* autoritatív. Legalábbis nem kizárt, hogy a gyakorlat autoritatív legyen, a legjobb esetben pedig valóban autoritatívnak bizonyul. Az autoritatív jelleg legbiztosabb jele ugyanis többnyire az, hogy az autoritásigénnyel fellépő aktusok előre megállapított eljárásrendbe illeszkednek, bizonyos szabályok szerint hitelesítik egymást. Ennek az igazolási stratégiának az ésszerűsége megalapozza, de be is határolja az olyan fogalmak relevanciáját, mint a "formális jogi érvényesség".

Joseph Raz azt javasolja, hogy tegyünk különbséget az érvényesség két fogalma között. Az egyik az engedelmisség indokoltságára utal, míg a másik csak arra, hogy egy szabály (egy kötelezettség, egy jogosultság, stb.) része egy jogrendszernek.<sup>57</sup> A legalizmussal kapcsolatos megfontolások következményeként magam is elismerem egy ilyen megkülönböztetés hasznosságát. A magam részéről azt gondolom, hogy a megkülönböztetést az indokolja, hogy a legalizmus érvelési stratégiája mellett nem garantált az igazolás érvényessége. A Raz által javasolt különbségtétel így kifejezheti a valódi igazolás és a létező jogi gyakorlatokban teret nyert, pusztán posszibilis igazolás különbségét. Az érvényesség utóbbi értelme alkalmas arra, hogy megfelelően jelezze, a legalista érvelési stratégia mellett valamivel kevesebbet kapunk, mint valóban igazolt normatív igényt.<sup>58</sup> Arra azonban vigyáznunk kell, hogy a megkülönböztetés ne vezessen bennünket arra, hogy az érvényesség utóbbi értelmét függetlennek tekintjük az előbbitől. Ez ugyanis a legalizmusnak azt a veszedelmes változatát testesítené meg, amelyet Radbruch teljes joggal bíralt. Nem szabad leszoktatni a jogászokat arról, hogy alkalmanként közvetlenül is kérdezzenek rá az autoritásigényeket igazoló politikai kötelezettségre, mert ekkor a legalista éthosz akkor is együttműködésre készítheti őket, amikor a jogi gyakorlatok már régen elveszítették autoritásukat, és rideg kényszerrenddé alakultak.

17. A legalizmus, azt hiszem, alapvetően két vonatkozásban szorul kiegészítésre, ha el akarjuk kerülni a benne rejlő elméleti csapdákat. Először is, tisztázni kell, ez a leegyszerűsített igazolás nem megoldja, hanem elfedi az intézmények autoritásigényének problematikus jellegét. Ezért nem szabad hozzá görcsösen ragaszkodnunk, ha bizonyos ellenvetések a legalizmus mögé hatoltak. Pontosan ez a helyzet a polgári engedetlenséggel, általában véve pedig minden delegitimáló célzatú kritikával. Másodsor, észben kell tartani, hogy az ilyen érvelési stratégiáknak mikor van egyáltalán helye. A magam részéről azt mondanám, akkor van helyük, ha azok, akik az autoritatív aktusokat igazolják (mint a saját döntéseiket indokoló bírók), megnyugtató választ tudnak adni két kérdésre. (1) Miért lehetnek számukra autoritatív indokok forrásai az eljárásukat meghatározó szabályok? (2) Miért szolgáltathatnak másoknak gyakorlati indokokat az ő döntéseik. Ha az előbbi kérdésre nem tudnak válaszolni, akkor cselekvésüket kénytelenek irracionálisnak tartani, ha a második kérdés marad rendezetlen, akkor nem gondolhatják őszintén, hogy tényleg van autoritásuk azok felett, akiknek az ügyeiről döntenek.<sup>59</sup>

A két kérdésnek talán nem egészen ugyanolyan a súlya. Ami azt illeti, az előbbire, úgy tűnik, könnyebb válaszolni, mert a lehetséges érvek köre szélesebb. Válaszként *prima facie* a következő kijelentés is megtehető: "azért szolgáltatnak számomra indokokat a jogszabályok, mert jól megfizetnek azért, hogy alkalmazzam őket." A nagyobb gondot a második kérdés jelenti, amely meggyőződésem szerint arra kényszerít, hogy számba vegyük azt a morális kapcsolatot, amely a jogalkalmazót és a jogalanyt összekapcsolja, amely mintegy az autoritásviszony igazolási keretét képezheti közöttük. Ugyanakkor a második kérdés visszahat az elsőre. Vagyis második

<sup>57</sup> Lásd Joseph Raz: 'Legal Validity'. In: uő: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon, 1979, 152-153. o.

<sup>58</sup> A jogi érvényesség kérdésében egyébként ez adja a jogpozitivisták álláspont relevanciáját a természetjoggal szemben, amely a jogn gyakorlata a "valódi" normatív gazoltságot kéri számon. Vö. uo. 150. o.

<sup>59</sup> Vö. Gerald J. Postema: 'The Normativity of Law'. In: Ruth Gavison (ed.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon, 1987, 92-93. o. és Postema: 'Law's Autonomy and Public Practical Reason' 104-112. o.



megközelítésben alighanem arra jutunk, hogy ha jó választ akarunk adni a második kérdésre, akkor az elsőre is körültekintőbben kell reagálnunk. Ha például azt mondjuk, számunkra *kizárólag* a fizetség a jogi normák alkalmazása mellett szóló gyakorlati indokok forrása, nehéz lesz megmondani, hogy amit teszünk, mások számára miért lehet indokok forrása. Mert a mi fizetségünknek az ő szempontjukból nincs igazolóereje. Szóval így nehéz lesz őszintén autoritatívnak tartanunk a saját gyakorlatunkat velük szemben. Azt hiszem, éppenséggel ezen a ponton bukik el minden olyan elméleti törekvés, amely a jogi érvényesség problémáját az autoritáskérdésre tekintet nélkül próbálja megoldani.<sup>60</sup>

Fontos, hogy a legalizmus efféle átszabása nem abban áll, hogy módosítjuk a jogászok önmagukról alkotott képét. Az, ahogyan az autoritásigénnyel fellépő hivatalos személyek válaszolnak a két kérdésre, igen sokban függ attól, hogy milyen az az intézményes gyakorlat, amelybe a tevékenységük ágyazódik. Tehát az intézményes gyakorlatokra kell valamilyen hatást gyakorolnunk. Enélkül minden "nevelőmunka" hiábavaló. Alapvetően az intézményes gyakorlatoknak (köztük pedig a formális érvényesség kritériumainak) kell olyanoknak lenniük, hogy lehetővé tegyék a hivatalos személyek számára, hogy mind a két kérdésre megnyugtató választ adjanak. Ellenkező esetben ugyanis megrendülhet, vagy akár össze is omolhat a jog nevű társadalmi gyakorlat autoritása.

A második kérdés, mint utaltam rá, alapvetően arra a morális kapcsolatra vonatkozik, amely a jogalkalmazó hivatalos személyt és a jogalanyt összeköti. Itt tehát szükség lesz a fentebb már többször jelzett utalásra a politikai kötelezettségre. A jó válasz tehát valahogy úgy néz ki a második kérdésre, hogy a hivatalos személy azért rendelkezik autoritással egy meghatározott személy felett, mert ezt az igényét annak a politikai közösségnek az intézményei alapozzák meg, amelyhez ő is tartozik. Ekkor mondhatjuk, hogy a döntések, amelyeket a hivatalos személy meghoz, egyáltalán *érvényesek lehetnek* rá. Ennek a feltételnek teljesülnie kell, hogy a legalizmus álláspontját egyáltalán védelmezhesük.

## IX. Konklúzió

18. Úgy tűnhet, hogy igen messzire kalandoztunk az eredeti kérdéstől. A kiindulópontunk a jogi érvényesség kérdése volt, egy elég jól körvonalazható intézményelméleti kérdés. Ennek ellenére az érvelésünk sok vonatkozásban inkább a politikai filozófia kérdései felé mozgott. Nem valamilyen jól bejáratott jogi fogalom, hanem a politikai kötelezettség fogalma lett az elemzés középpontja. Bár jogász elméletként jelöltem meg azt a teoretikus perspektívát, amelyen belül ezt az elemzést pozicionáltam, úgy tűnhet, nem közelebb kerültünk a jogi érvényességgel kapcsolatos dogmatikai problémákhoz, hanem éppenséggel távolodtunk tőlük.

Bizonyos értelemben éppen ebben az összefüggésben rejlik ennek az elemzésnek a lényegi üzenete. A jog politikai intézmény, ezért fogalmi összefüggéseinek tisztázása politikai filozófiai tisztánlátást követel meg. Nem arról van szó, hogy a jogászoknak kell politikai filozófiai okoskodásokba bonyolódniuk, amikor jogi kérdéseket megválaszolnak, hanem arról, a jogelméletnek tisztában kell lennie saját politikai filozófiai jelentőségével, és ebből a nézőpontból kell megmutatnia a jogász nyelvhasználat karakterét. Ez az, amit nem pótolhat, ha a jogelmélet reflektálatlanul átadja magát a jogász szemléletnek, és az abban gyökeret vert legalizmusnak. Ezért a dogmatikai problémák megválaszolására nem kerülhet sor addig, amíg a politikai filozófiai háttér nem tisztázódott. Erre szerettem volna felhívni a figyelmét Benceze Mátyásnak is.

---

<sup>60</sup> Jó példa erre Alf Ross felfogása. Ő azt mondja, egy normarendszer akkor érvényes, "ha képes arra, hogy értelmezési sémaként szolgáljon a társadalmi cselekvések megfelelő halmazára számára, és hogy ezáltal lehetővé tegye számunkra, hogy a cselekvéseknek ezt a halmazát a jelentés és a motiváció koherens egészeként foghassuk fel, bizonyos korlátok között pedig előre is jelezhesük őket. A rendszer vonatkozásában ez a képesség azon a tényen alapul, hogy a normáknak ténylegesen engedelmeskednek, mert társadalmilag kötelezőnek érzik őket." Alf Ross: *On Law and Justice*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1958, 34. o. Itt pontosan az a perspektíva vész el, hogy valamilyen választ kell adnunk arra a kérdésre, hogy a gyakorlat mások számára hogyan szolgáltat indokokat. Éppen ezt nem helyettesítheti sem az engedelmeség ténye, sem a kötelezettség érzése. Még akkor sem, ha kombináljuk őket. Mert ebbe belefér a (tudatlanságból vagy félrevezetésből fakadó) téves indokok révén kiváltott engedelmeség. Vagyis az, amiről a hivatalos személy nem gondolhatja őszintén, hogy a címzettek szempontjából "indokolt".

Péter Cserne

## **Reasons for limiting freedom of contract: questions of philosophy and policy**

Freedom of contract is an ideologically charged notion which may attract strongly-held political beliefs<sup>1</sup> but which eludes the interest of the lawyer in his everyday work for the most part. To revoke the situation in this respect in Hungary, while the Constitutional Court has elaborated a doctrinal theory on the legitimate *reasons* for legislative limitations of freedom of contract,<sup>2</sup> standard text-books on contract law usually review (not even exhaustively) the different *forms and types* of the limits figuring in private or administrative law without even mentioning theoretical problems.<sup>3</sup>

So the Constitutional Court used abstract theoretical arguments, but these were deduced from more general theorems of a certain constitutional dogmatics and couldn't reflect, by their nature, to questions raised in the theoretical literature on contract law. What is more curious is that also scholarly work in contract law has been, even since the political and economic changes in 1989 and 1990, until recent times and with very few exceptions,<sup>4</sup> almost insensitive to developments in contract theory, at least as it has formed in the English-speaking countries. Both approaches seem to be more or less closely tied to legal texts, the Constitution and the Civil Code, respectively.

If I am right in sketching the Hungarian situation of contract theory in this way, it will not be too late or unjustified to resume some of the main issues in contract theory in the mirror of a book, published in 1993. It is the treatise of a Canadian law professor, Michael J. Trebilcock on *The limits of freedom of contract*.<sup>5</sup>

This paper does not intend to be exhaustive as a review, it focuses rather on

---

<sup>1</sup> Craswell 1995: 1.

<sup>2</sup> See Sólyom 2001: 126–140, 426–428, 651–653 and Vékás 1999.

<sup>3</sup> See, e. g. Bíró 1999: 238–250.

<sup>4</sup> Sajó 2002.

<sup>5</sup> Trebilcock 1993. Page numbers in the text refer to this book.

problems which seem to be of interest for a reader trained in law. Its structure is the following. After resuming the general character of the argumentation, I discuss some reasons for limiting freedom of contract, according to the order of the chapters in the book: commodification, externalities, coercion, asymmetric information imperfections, symmetric information imperfections. Then I make a detour to sketch a very simple version of the standard economic analysis of the breach of contract. The concluding section summarises some lessons for the Hungarian private law scholarship. Throughout the paper I shall avoid to cite technical details and microeconomic jargon usual in economic-analysis-of-law texts<sup>6</sup>, except when it seems necessary to do otherwise.

### ***Freedom of contract in moral and legal philosophy***

Behind the law of contracts, a central subject area of private law lies a broad set of economic, social and political values that define the role of markets in modern developed countries. But markets are not the sole mode of social organisation. As Heilbroner argues,<sup>7</sup> societies may organise production and distribution around one of these: tradition (social conventions and status), command (centralised information gathering and processing and coercion) and market (decentralised decisions). At the same time a modern developed society not only has to cope with certain backdrops of the market economy relative to the two other modes of social organisation (potential for dramatic shifts in consumption and production, destabilisation of personal, social and communal relationships, and a significant degree of inequality) but a real society combines all these three organisational modes. Despite a relatively wide consensus in favour of economic liberalism and the market economy, there remain "many troubling and potentially divisive normative issues".

Trebilcock calls this consensus, together with its theoretical underpinnings *the private ordering paradigm*. In neo-classical economics this "predilection for private ordering over collective decision-making is based on a simple (perhaps simple-minded) premise: if two parties are to be observed entering into a voluntary private exchange, the

---

<sup>6</sup> On economic analysis of law in general, see Backhaus 1999, Bouckaert—De Geest 2000, Coleman—Lange 1992, Cooter—Ulen 1999, Hirsch 1999, Newman 1998, Polinsky 1989, Posner 1998, Posner—Parisi 1997, Veljanovski 1990. In Hungarian: Cserne 2001, Sajó—Harmathy 1984, Vékás 1999.

<sup>7</sup> Robert Heilbroner *The Making of Economic Society* (1975), cited in Trebilcock 1993: 271. n. 2.

presumption must be that both feel the exchange is likely to make them better off, otherwise they would not have entered into it." (p. 7) To rebut this presumption we have to refer either to contracting failures or market failures. These constitute (from an economic perspective) the reasons for the limits of freedom of contract.

What is the role of contract law from an economic perspective?<sup>8</sup> In general, it facilitates the voluntary (and well-informed) exchange of well-defined and exclusive private property rights. First, it is a "check on opportunism in non-simultaneous exchanges by ensuring that the first mover, in terms of performance, does not run the risk of defection, rather than co-operation, by the second mover." (p. 16) Second, it reduces transaction costs.<sup>9</sup> Third, it provides "a set of default or background rules where the terms of a contract are incomplete" (p. 17). Forth, it distinguishes welfare-enhancing and welfare-reducing exchanges.

Utilitarianism, arguably the principal background philosophy of contemporary economics<sup>10</sup> is used to be criticised on the basis that it accepts existing preferences as given, it doesn't offer "ethical criteria for disqualifying morally offensive, self-destructive, or irrational preferences as unworthy of recognition." If, on the contrary, economic theory acknowledges some exceptions, as it must, in cases involving minors or mental incompetents, then "some theory of paternalism is required, the contours of which are not readily suggested by the private ordering paradigm itself." (p. 21)<sup>11</sup>

There are also political justifications for the primacy of private ordering, which are based on individual autonomy (negative liberty) "as a paramount social value" (p. 8.). These liberal theories see the law of contracts as a guarantee of individual autonomy. Trebilcock cites two other stances of political philosophy, which are more ambivalent toward freedom of contract: theories based on the positive (affirmative) concept of liberty which are concerned with the fairness of distribution of welfare (equality) in society; and communitarianism that emphasises the essentially social nature of man (fraternity).

These four theories partly cohere and converge but partly contradict each other. To construct a normative theory of the law of contract and deduce arguments from it for

---

<sup>8</sup> For a brief summary see Kronman—Posner 1979: 1–7.

<sup>9</sup> On conceptual problems of transaction costs see Cserne 2001, Appendix A.

<sup>10</sup> It is at least so in the *communis opinio* both among philosophers and economists and Trebilcock agrees too. However, that is not obviously right. (On this see Cserne 2001, pt 3, Cserne 2001a: 148–149) Economic analysis of law, in its normative version, undoubtedly represents a consequentialist approach.

<sup>11</sup> On paternalism see ch. 7 (pp. 147–163) in Trebilcock 1993.

or against certain limits of freedom of contract, the complex relationship "between autonomy values and welfare (end-state) values (efficiency, utility, equality, community)" (p. 21) shall be cleared. Throughout his book Trebilcock's purpose is to demonstrate that the "convergence claim" (i.e. that a market ordering and freedom of contract simultaneously promote individual autonomy and social welfare) may be robust in general but is false in certain details. The second main lesson he explores is that there are problems (market failures) which cannot be appropriately addressed judicially, i.e. in a contract law setting through private law constraints on freedom of contract and he argues for a mix of policy instruments (p. 248–261)<sup>12</sup>

### ***Some reasons for limiting freedom of contract***

The main reasons for limiting freedom of contract are the fear of commodification of certain goods and relations; the presence of third-party effects; of coercion; imperfect information on behalf of one or both parties; supervision and control of revealed preferences of the contracting parties for different (paternalistic) reasons; the traditional common law rule of consideration which raises, as Trebilcock notes, a partly different question, that of the enforceability of promises<sup>13</sup>; and discrimination or antidiscrimination based on personal characteristics (race, gender, etc.) and (which is not obvious) on nationality (international trade restraints, immigration policy).

*Commodification.* Even in societies committed to political and economic liberalism, there is room for debate about the scope of the market. The critiques of the market paradigm may be (at least partly and superficially) based, among others, on historical arguments (as by Károly Polányi or Patrick Atiyah<sup>14</sup>) or may focus on heavily discussed questions of our days: "would permitting the sale of votes or public offices, the sale of blood or body organs, commercial surrogacy contracts, prostitution contracts or pornography undermine values of human self-fulfilment or human flourishing?" (p. 19)

These are, of course, not only the questions of the enemies of freedom and liberty. As the Nobel-laureate economist, Kenneth Arrow has pointed out: "a private property—

---

<sup>12</sup> See Komesar 1994, Posner 1998. ch. 19.

<sup>13</sup> On this see Sajó 2002.

<sup>14</sup> For details, references and counter-arguments see Trebilcock 1993: 18–19, 272.

private exchange system depends, for its stability, on the system's being non-universal."<sup>15</sup> If political, legal and bureaucratic offices were auctioned off, their holders freely bribed or votes freely bought and sold, the private sphere would be massively destabilised. As it is well known, J. S. Mill argued in his *On Liberty* against permitting voluntary self-enslavement.

The main target of Trebilcock's critique in this context is Margaret J. Radin's theory about commodification and inalienability.<sup>16</sup> Radin, after raising five serious problems (market for new-borns, prostitution, commercial surrogacy, employment regulation, residential tenancy regulation) introduced two related concepts, which may be interesting to cite here. The *double bind effect* refers to the problem that "in many contexts prohibiting commodification or exchange may make the plight of the individual whose welfare is central to the commodification objection actually worse." For example, banning prostitution may eliminate an income-earning option of poor women. The other concept, *domino effect* refers to an effect counterbalancing the former, that "market rhetoric and manifestations [...] may change and pervert the terms of discourse in which members of the community engage with one another". (p. 25–26).

Trebilcock, while acknowledging Radin's efforts "to conceptualise the unarticulated moral intuitions that many of us feel about many of the examples she uses" (p. 26), demonstrates that her particular judgements are not in accord with her general theory. There are further errors in the arguments similar to Radin's: the one is to "draw false correlations between internal values and altruism and between external values and selfishness", another is to neglect that altruism, reciprocity, and community are likely to be suppressed not only by market forces but also by "coercive forms of redistribution through the tax and transfer system that are central to the modern welfare state." (p. 28–29) As an alternative approach, Trebilcock proposes to structure the moral intuitions about the cited problems as contracting or market failure problems (externalities, coercion, and information failures).

He then goes on to compare the merits of these two approaches (Radin's and his own) through their consequences in different contexts. First, he analyses the relative advantages and disadvantages of different modes of allocation of scarce resources (e. g.

---

<sup>15</sup> Cited in Trebilcock 1993: 23.

<sup>16</sup> For a more recent book-length version of her theory see Radin 1996, for its critique: Arrow 1997.

of dialysis machines):<sup>17</sup> markets, lotteries, queuing, voting (democracy), administration (based on different merit criteria). As to the ethical problems of the transfer of human body parts and foetal tissues, he proposes to cope with the organ scarcity by creating a futures market in organs. Further, he compares the three most common solution to the prostitution problem: criminalization, legalisation (regulation), and decriminalisation to argue then for the latter.

While comparing the typical arguments, he does not miss to note some subtle details. For example, that there is a certain contradiction in the typical feminist stance as "[i]n the context of separation agreements and entitlements on marriage breakdown" "feminist theorists invoke market ideology and advocate the commodification of [women's household] services in the name of equality and dignity, [i]n the context of surrogacy, however, the commodification [...] is often viewed by feminists to be an erosion of a woman's dignity" (p. 48).

To sum up this topic, Trebilcock argues for a significant role for private ordering, for a careful design of default rules (emphasising the he claims "only a partial insight or wisdom for the law and economics perspective", p. 57) and for autonomy-enhancing public policies that broaden the access to market of historically oppressed groups.

*Externalities.* Externalities mean imposition of costs (negative) or benefits (positive) from a particular exchange transaction on non-consenting third parties. Positive externalities pose incentive problems (lead to suboptimal quantity of the good in question). Negative externalities are more important and serious (e.g. pollution). In addition, there is no generally accepted concept of the externality in economic theory. Autonomy-based theories formulate the same negative effect under the name 'harm' (or, within another category of Feinberg's scheme: 'offence').

The crucial conceptual problem is that third-party effects (externalities in economics, harm in liberal theories) are pervasive. If all these effects "should count in prohibiting the exchange process or in justifying constraints upon it, freedom of contract would be largely at an end." (p. 58) Once one moves beyond rather tangible harms to third parties, many activities might be viewed as generating some externality (imposes costs on dependants, the social welfare system or the public health care system), including

---

<sup>17</sup> The classic exposition of this problem is *Tragic Choices* by Calabresi and Bobbitt (1978). See further Elster 1992.

"inadequate dietary or exercise regimens, excessively stressful work habits, risky leisure activities." (p. 75)

*Coercion.* The seemingly simple question of what constitutes voluntary consent to a transaction is a serious conceptual problem. Suppose that there is full information, no cognitive deficiencies and the contract is complete. The question is then, whether the constrained choice of a party renders his consent involuntary. In one sense, all contracts are "coerced", because of the pervasiveness of scarcity of resources and opportunities. But on the other side, except for extreme cases (actual physical force, torture, hypnotic trance) almost every exchange can be viewed as voluntary (*coactus tamen volui*).

Rights theorists define coercion by drawing "a basic distinction between threats and offers. Threats reduce the possibilities open to the recipient of the proposal, whereas offers expand them" (p.79) The difficulties arise, however, in specifying the offeree's baseline, against which the offer is to be measured. This measure may be statistical (what he might reasonably expect), phenomenological (what he in fact expects), or moral (what he is entitled to expect). Trebilcock shows that "the distinction between threats and offers depends on whether it is possible to fix a conception of what is right and what is wrong, of what rights people have in contractual relations independent of whether their contracts should be enforced." (p. 80)

Another approach to coercion, elaborated by Benson from a Hegelian perspective, states that "only equivalence in exchange fully respects [...] equal individual autonomy (cases of gifts and voluntary assumptions of risk aside)" (p. 81). The Aristotelian perspective of Gordley is also a theory of substantive fairness, it focuses on commutative or corrective justice which is "designed to maintain the pre-existing distribution of wealth" (ibid.)

The third approach to coercion, that of Kronman could be called "modified Paretian principle", in virtue of which "one would ask whether the welfare of most people who are taken advantage of in a particular way is likely, in the long-run, to be increased by permitting the kind of advantage-taking in question in the particular case" (p. 82)

Buckley has proposed anti-duress rules "in order to discourage parties from taking excessive and wasteful precautions against being subjected to extortionate contractual terms". To note, the two latter approaches are based on hypothetical, rather than actual, consent and they invert the conventional arguments of economists for voluntary



exchanges (voluntariness implies welfare-improvement).

The fifth approach (literal Paretian principle) is that of law and economics scholars and asks: "Does this transaction render both parties to it better off, in terms of their subjective assessment of their own welfare, relative to how they would have perceived their welfare had they not encountered each other?" (p. 84)

A magnificent example of Trebilcock's argumentative strategy is when he reviews several hypothetical situations (borrowed in part from the above-mentioned theorists, in part Trebilcock's own ideas) to test the normative implications of the above-mentioned five theories for different cases of constrained choice. I do not want to deprive the reader of the excitement of the search for the right answer (if there is any), so I only repeat the questions: what are the implications of these theories in the following cases?

(1) The highwayman case (creation and exploitation of life-threatening risks: a highwayman or mugger holds up a passerby confronting him with the proposition: 'Your money or your life' and the passerby commits himself to hand over the money). (2) The tug and foundering ship case (exploitation but not creation of life-threatening risks: a third party encounters the highwayman and the passerby before the transaction is consummated and offers to rescue the passerby for all his money, less one dollar. Or imagine the same situation between a foundering ship on the stormy sea and a rescuing tug). (3) The dry wells case (exploitation but not creation of life-threatening risks with one supplier and many bidders: in a remote rural area all wells except from A's dry up in a drought and A auctions off drinking water to desperate inhabitants for large percentages of their wealth. Or, the same sea situation with several ships and one rescuer). (4) The Penny Black case (exploitation but not creation of non-life-threatening situations: A comes across a rare stamp in his aunt's attic and sells it either to B exploiting his idiosyncratic intense preferences or through a Sotheby's auction to the highest bidder). (5) The lecherous millionaire case (A agrees to pay for a costly medical treatment of B's child [or offers her an academic position or a promotion in the firm] in return for B's sexual favours). (6) The cartelized auto industry case (contrived monopolies: major automobile manufacturers form a cartel to curtail drastically consumers' rights of action with respect to personal injuries). (7) The single mother on welfare case (non-monopolised necessity: a person in necessity contracts with another who lacks monopoly but the terms are especially burdensome to the first, reflected in high risks and low return).

Trebilcock argues, here again, for a "relative institutional division of labour," in terms of which "the common law of contracts will be principally concerned with autonomy issues in evaluating claims of coercion, antitrust and regulatory law [with] issues of consumer welfare, and the social welfare system [with] issues of distributive justice". (p. 101)

*Asymmetric information imperfections.* The question here is: how much information is required for the exercise of autonomous choices. Or stated differently, if one party to a contract is substantially less well informed about some aspect of the contract subject matter than the other, whether contracts should not be enforced, or enforced on different terms, on that account. The problem is, of course, that information is almost always imperfect.

In common law terms, these information failure cases include fraud, negligent misrepresentation, innocent misrepresentation and material non-disclosure.<sup>18</sup> Trebilcock continues to contrast different theories, as in the previous chapter. He also treats information processing disabilities or cognitive deficiencies ("transactional incapacity" and "unfair persuasion") and standard form contracts. With respect to the latter, it is worth citing his warning (p. 119): "Simply observing the fact of standard form contracts yield no meaningful implications as to the underlying structure of the market. Indeed, we observe them being used in many settings where manifestly the market is highly competitive. [...] [E]ven in the absence of standard form contracts, we see many goods being offered on a take it or leave it basis in some of the most competitive retail markets in the economy."

*Symmetric information imperfections.* Symmetric information imperfections correspond to the domain of contract doctrines relating to frustration, contract modification and mutual mistake. All these doctrines define "the scope of permissible private or judicial adjustments to contractual relationships in the light of new information." (p. 127)

Trebilcock states that in long-term contracts there is a range of strategies for adjusting the allocation of unknown and remote risks: explicit insurance, hedging in futures markets, indexing clauses, 'gross inequities' clauses, arbitration clause, etc. The absence of them imply reasonably that the promisor agreed to assume the risk in question.

---

<sup>18</sup> See the same cases from a game-theoretical perspective: Baird—Gertner—Picker 1994., ch. 5–6.

(p. 130) He heavily criticises Posner's approach which implies that it is for the judge to determine which of the both parties was the superior risk-bearer (insurer).

With respect to contract modification there has been a change in common law: traditional doctrine required fresh consideration to support an enforceable contract modification, but contemporary legislative, judicial and academic thinking applies a presumption of validity of modifications. Trebilcock favours the traditional view because, in contrast to the recent static view it reflects dynamic efficiency consideration, an *ex ante* perspective. Namely, it stresses that no constraints on recontracting may increase incentives to opportunistic behaviour where "hold-up" problems arise during performance: allowing recontracting may facilitate the reallocation of assigned risks that were initially assigned efficiently. (p. 168–170) He would allow recontracting only if "it is not possible to determine the efficient initial allocation of risk or where the risk in question [...] was so remote that the expected costs of bearing it would have minimal incentive effects." (p. 138).

#### ***A detour: the theory of efficient breach***

Trebilcock makes some short detours in the book to define a much-discussed concept of economic analysis of law: the efficient breach of contract. (p. 142–143, 166–167, 184–186). This theory would permit unilateral breach to the party who has discovered a more profitable opportunity for the resources dedicated to performance, supposed that the breaching party compensates the other for his full expectancy losses. This breach is Pareto-superior (nobody is worse-off, some are better-off). Robin West, one of the critics of efficiency approach makes the objection that (1) "it encourages uncivil, unilateral, uncooperative attitudes towards contractual relationships" and (2) it deprives the non-breaching party of the possibility of sharing in the gains of the new opportunity "which a negotiated release from performance would engender". (p. 142)

I think, this point need some more elucidation.<sup>19</sup> The thought behind "efficient breach of contract" is reflecting the "bad man's" view of law, to use Oliver Wendell Holmes' famous phrase. In this view, when a contract is made, the promisor is *not* obligated to perform but he has a choice either to perform or to pay damages instead to the breached-against party. Beyond the question whether this perspective eliminates the

---

<sup>19</sup> The numbers in the following example are from Polinsky 1989, ch. 5 and 8.

moral dimensions of a legal contract, this choice between delivery and damages raises another question: whether and how the breach of contract of one party may be efficient at all. In other words, which contract remedy leads to an outcome that maximises the joint net gains of the parties.

Let's see a simple example. A seller, S can produce a good for \$150. The good is not generally available. Therefore, a buyer, B1 enters into a contract with S for future delivery. The contract price is paid in advance. B1 values the good at \$200. B1 makes an expenditure of \$10 prior to delivery (reliance investment, R1) which is necessary for him to use the purchased good. If the contract is not completed, R1 has no value to B1. B1 has a choice: if he makes an additional investment (R2) of \$24 and the good is delivered, he gains a sum of \$30. (Else, R2 has no value.) For the moment it is assumed that both S and B1 are risk neutral, i.e. they care only about the expected value of the risky situation. (For example, both are indifferent between a gain or loss of \$100 for sure and a gain or loss of \$1000 with a probability of 10%.)

Before delivery there is a chance that another buyer (B2) wants to purchase the same good and offers a sum of either \$0, \$180 or \$250. (For simplicity we assume that these values are equally likely and are the same as the amount B2 evaluates the good in each case.) Both S and B1 are aware of the possibility that S2 may offer more for the good than B1 does.

*The case of fully specified contract.* Economic theory assumes that if S and B1 could bargain costlessly and with full information, they would end up in an efficient situation. Let's see what does it mean in this case.

First we deal only with R1. The contract price must be between \$150 and \$190 (\$200-\$10). The exact value is determined by the relative bargaining force of S and B1. Suppose that this price is \$175. It is easy to demonstrate that the efficient contract includes a provision that in the event that B2 values the good at \$0 or \$180, S has to sell the good to B1. If B2 values the good at \$250, S is to sell it to B1 and at the same time S has to pay damages (for breach of contract) to him. Say, the amount S pays to B1 equals \$225. To prove the efficiency of the breach of contract, let's consider the joint profit of S and B1. (Given that B2 offers the same amount as he values the good, his profit is not affected so it is not to be taken into account in determining the efficient contract provision.) If S sells to B1 and B2 offers \$180, the joint profit is \$40 ( $\$175 - \$150 = \$25$  for S +  $\$200 - \$175 -$

$\$10 = \$15$  for B1). If S sold the good in this case to B2, the joint profit would fall to  $\$20$  ( $\$180$  revenue less  $\$150$  production cost less  $\$10$  of R1). When B2 offers  $\$250$  there are also two cases. If S sells to B2, the joint profit is  $\$90$  ( $\$175 + \$250 - \$150 - \$225 = \$50$  for S +  $\$225 - \$175 - \$10 = \$40$  for B1). If, however, S does not breach, the joint profit is only  $\$40$ , as we have seen.

It is worth noting that there is a positive relation between the contract price and the 'damages' paid. If S had to pay more than  $\$225$  in case of breach, he would only contract for a higher price.

In a second turn let's discuss what would be provided in a fully specified, i.e. efficient contract about R2. It might seem reasonable to think that it is efficient to invest  $\$24$  in order to get  $\$30$ . But it should be kept in mind that this is the case only if S delivers the good. As we have seen, in the case of the  $\$250$  offer, efficiency dictates breach. So, given that the delivery occurs only with a probability of  $2/3$  (and that B1 is risk-neutral) the expected gain is only  $\$20$ , therefore it is efficient to include a provision in the contract that forbids reliance investment R2.

I stress again that all the above-mentioned provisions presuppose that bargaining and information is costless. For example it may be difficult for S to detect B1's gain from R2 or the parties may underestimate the probability that another purchaser, B2 offers more than B1. So, as is noted above it is reasonable to think, that legal rules are needed to regulate the issues raised by the breach of contract.

*Three contract remedies and their efficiency.* In a real world situation there operates a legal system to deal with breaches of contract. The breacher must compensate the breached-against party for damages. But which type of remedy is the optimal? The efficiency of the expectation, reliance and restitution remedies is examined in the same way: whether they lead to the same outcome as the fully specified contract analysed above.

Under the expectation remedy (ER), in case of S's breach B1 can recover the amount that puts him in the same position that he would have been if the contract had been completed. Thus, B1 is compensated  $\$200$ . (He has already paid the contract price and R1.) Given that S has to pay  $\$200$ , he breaches only if S2 offers  $\$250$ . So, in this respect, ER is efficient. It saves the costs of bargaining or in general of dealing with such rare contingencies as a competing purchaser who offers more. ER is independent of the

contract price (which is showed to be between \$150 and \$190) and motivates S to breach if and only if B2 offers more than the value B1 attaches to the good. At the same time ER is inefficient with respect to R2. It gives B1 an incentive to invest \$24 regardless of B2's offer, since ER would compensate B1 with a sum of \$230 in case of breach.

The reliance remedy (REL) puts the breached-against party in the position he would have been in if he had never entered into contract initially. In other words, after a breach S has to pay B1 the contract price and the reliance cost. The REL would be efficient if these two costs sum up to more than \$180. But there is no guarantee that this will be the case, since the contract price is theoretically undetermined and may vary between \$150 and \$190. Adding the \$10 of R1, the minimum of REL is \$160, thus it cannot (always) exclude an inefficient breach. On the same ground as under ER, REL is inefficient with respect to R2. This remedy would allow a riskless gain to B1 and would lead to excessive reliance investment.

Under the restitution remedy (RES) the buyer can recover any benefit that he has conferred on the seller. In our example, RES corresponds to the contract price. For the same reasons as by REL, RES will be inefficient if the contract price is under \$180 since in this case it motivates S to breach even if B1 values the good more than B2. While RES is not efficient in this respect, it can be showed that it operates as the complete contract with respect to R2. It is so because RES makes R2 worthwhile only if the expected value of his reliance investment exceeds its cost, since B1 cannot recover for reliance costs under RES and he must calculate the respective probability of performance and breach. (However, it is not evident that S breaches only if it is efficient. But if so, only RES will lead to the efficient amount of reliance investment, ER and REL will not.)

There remain only three things to mention. First, another possible remedy would be liquidated damages. Under this remedy the buyer can recover in case of breach a sum agreed upon in advance. It can be proved to lead to an optimal allocation of the risk of the 'efficient breach' (the appearance of B2) between the parties. But liquidated damages agreement is not enforceable if courts consider the sum too high, penalty-like. Second, the system of contractual damages presupposes that the courts can easily estimate, for example the value of the contract for B1 in case of ER or the reliance costs in case of REL. The information which a court can determine most simply is, of course, the contract price. So, some sort of information (transaction) cost must be taken into account. Finally,

we have to answer the question, which contract remedy leads to efficiency in case of breach of contract. In general the answer depends on the relative importance of the breach decision of S, the reliance decision of B1 and the risk allocation between them. The first is optimal under ER, the second under RES, the third most probably under liquidated damages. In the numerical example used before, the first aspect is more important than the second since the difference between B1's evaluation (\$200) and B2's evaluation (\$180) is higher than the \$4 loss coming from the inefficient reliance R2. But, again the most expensive remedy is ER because of its information requirements.

### *Conclusions*

The title of Trebilcock's book is a bit misleading: it is not a traditional legal treatise on state regulations or legal rules limiting freedom of contract. The ambition of the author is to explore the normative implications of current moral and political philosophies (and contrast them with our moral intuition and legal rules in force) regarding to fine details of the law of contracts. In doing this, he is "concerned with congruencies and conflicts between" the philosophical perspectives (p. 16) and shows that neither autonomy-based theories nor different sorts of utilitarianism nor communitarianism can offer alone a coherent theory about freedom of contract. In addition, there are problems which cannot be efficiently dealt with in a private law setting, i.e. the plurality of our theories represent confronting purposes which can be achieved only by a plurality of institutions. (p. 240–261)

As the author stressed in the Preface (p. v), the plan of this book rests on three main considerations. First, "a concern, that much law and economics scholarship is far too unself-critical in assuming that particular normative values are or ought to be vindicated by the law of contracts and the underlying economic institutions of private markets." Second, a critique of the standard treatment of the law of contracts in legal education (let me add, not only in Canada<sup>20</sup> but also in Hungary) "as a body of largely technical, desiccated legal doctrines" without acknowledging the social role and the underlying value conflicts of these institutions. Third, a warning (already in 1993) that the transition of Central and Eastern Europe to capitalism and democracy shall make not

---

<sup>20</sup> For a recent Hungarian view on current legal problems in Canada as reflected in the jurisprudence, see Varga 2002.

only these but also Western countries self-conscious about these values without an unwarranted sense of triumph and complacency "that the end of history has arrived".

I think that the aspiration of Trebilcock, to examine imaginatively and self-critically "the role of the law of contracts in a market economy" has been excellently fulfilled.<sup>21</sup> Hungarian legal scholarship should still today learn from him a lot.

### References

- Arrow, K. J. 1997. 'Invaluable Goods' *Journal of Economic Literature* XXXV (June 1997) 2, 757–765
- Ayres, I. 1995. [Review of] 'Michael J. Trebilcock: The Limits of Freedom of Contract' *Journal of Economic Literature* XXXIII (June 1995) 2, 865–866
- Backhaus, J. G. 1999. *The Elgar Companion to Law and Economics* Cheltenham: Elgar
- Baird, D. G. — Gertner, R. H. — Picker, R. C. 1994. *Game Theory and the Law* Cambridge, Mass.: Harvard University Press
- Bíró, Gy. 1999. *A kötelmi jog és a szerz?dés tan közös szabályai* [The Common Rules of the Law of Obligations and Contract Law] Miskolc: Novotni Alapítvány a Magánjog Fejlesztéséért
- Bouckaert, B. — De Geest, G. (eds.) 2000. *Encyclopedia of Law and Economics* Vol. 1-5. Aldershot: Elgar. (<http://www.encyclo.findlaw.com>)
- Brownsword, R. 1995. 'The Limits of Freedom of Contract and the Limits of Contract Theory' *Journal of Law and Society* 22 (June 1995) 2, 259–273
- Coleman, J. L. — Lange, J. (eds.) 1992. *Law and Economics* Vol. 1–2. Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth [The International Library of Essays in Law and Legal Theory]
- Cooter, R. — Ulen, T. 1999. *Law and Economics* (3rd edition) Reading: Addison–Wesley
- Craswell, R. 1995. *Freedom of Contract* Law and Economics Working Paper No. 33. University of Chicago Law School [The Coase Lecture Series]
- Cserne, P. 2001. A jog gazdasági elemzése mint jogelmélet, jogpolitika és jogszociológia [Jurisprudence, Policy and Sociology of Law in the Economic Analysis of Law] (unpublished dissertation, Pázmány Péter Catholic University Faculty of Law and Political Sciences)
- Cserne, P. 2001a. 'Epistemology, social theory, social research' *Review of Sociology* 7 (2001) 1, 143–150
- Elster, J. 1992. *Local Justice* How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens. New York: Russell Sage Foundation
- Hirsch, W. 1999. *Law and Economics* An Introductory Text (3rd edition) New York: Academic Press
- Komesar, N. K. 1994. *Imperfect Alternatives* Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy. Chicago: University of Chicago Press
- Kronman, A. T. — Posner, R. A. (eds.) 1979. *The Economics of Contract Law* Boston, Toronto: Little, Brown, and Company
- Newman, P. (ed.) 1998. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* Vol. 1–3. London: MacMillan

---

<sup>21</sup> As approval, see the review articles: Ayres 1995, Brownsword 1995, Rakoff 1996.



- Pokol, B. 2001. *A jog elmélete* [Theory of Law] Budapest: Rejtjel
- Polinsky, A. M. 1989. *An Introduction to Law and Economics* (2nd edition) Boston, Toronto: Little, Brown and Company
- Posner, R. A. — Parisi, F. (eds.) 1997. *Law and Economics* Vol. 1–3. Cheltenham: Elgar. [The International Library of Critical Writings in Economics No.81.]
- Posner, R. A. 1998. *Economic Analysis of Law* (5th edition) Boston: Aspen Publishers.
- Radin, M. J. 1996. *Contested Commodities* Cambridge, Mass.: Harvard University Press
- Rakoff, T. D. 1996. [Review of] ‘Michael J. Trebilcock: The Limits of Freedom of Contract’ *Michigan Law Review* 94 (1996 May) 6, 1799–1809
- Sajó, A. — Harmathy, A. (ed.) 1984. *A jog gazdasági elemzése* Válogatott tanulmányok [Economic Analysis of law. Selected Studies] Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó [Gazdasági jogi tanulmányok II.]
- Sajó, A. 2002. ‘Promise and Contract: On the Limited Role of Social Ideas’ *Acta Juridica Hungarica* Hungarian Journal of Legal Studies 43 (2002) 1–2, 57–89
- Sólyom, L. 2001. *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon* [The First Years of Judicial Review in Hungary] Budapest: Osiris
- Trebilcock, M. J. 1993. *The Limits of Freedom of Contract* Cambridge (Mass.), London:
- Varga, Cs. 2002. ‘Az angol–amerikai és a kontinentális–francia jogi hagyományok találkozásának peremvidékén. Kanadai fejlemények és tapasztalatok’ [Encountering the meeting-points between the English–American common law and the continental–French civil law traditions. Developments and experience of postmodernity in Canada] *Jogtudományi Közöny* LVII (2002. július–augusztus) 7–8, 309–322
- Vékás, L. 1998. ‘A magánjog gazdasági elemzése’ *Állam- és Jogtudomány* 39 (1998) 1–2, 3–20.
- Vékás, L. 1999. ‘A szerződési szabadság alkotmányos korlátai’ [Constitutional Limits of Freedom of Contract] *Jogtudományi Közöny* LIV (1999. február) 2, 53–60
- Veljanovski, C. 1990. *The Economics of Law* An Introductory Text. London: The Institute of Economic Affairs

# Cs. Kiss Lajos

## A szinoptikus jogelmélet esztétikája és metafizikája

Horváth Barna *A géniusz pere. Szókratész Johanna* című műve először 1942-ben jelent meg német és magyar nyelven.<sup>1</sup> A *Társadalomtudomány* recenzense “az utolsó évek egyik legnagyobb magyar könyveként” méltatja, s felpanaszolja, hogy a mű “úgyszólván a nyilvánosság kizárásával”, mondhatni a magyar szellemi-tudományos közvélemény tudta nélkül, lényegében visszhangtalanul kezdte meg pályafutását. A magyar filozófia és szellemtudomány szempontjából szomorú tény, hogy ez a kezdet végzetszerűen meghatározta a folytatást, hiszen a későbbiekben a mű és alkotójának sorsa majdhogynem a teljes feledés lett. A világháború szellemtörténeti helyzetével együttjáró érdektelenséget ugyanis nem az ilyen típusú művek befogadása számára kedvező szellemi nyitottság korszaka követte, hanem a kommunista hatalomátvétel szellemi diktatúrája és a külső emigráció okozta szellemi elszigeteltség. Ezekben az időkben Horváth Barna géniuszát övező elhallgattatás csendjét csak a jogászok szűk szakmai köreinek elismerő gesztusai törték meg, a szélesebb olvasó közönség számára azonban a mű és alkotója lényegében ismeretlennek számított. Az *Attraktor* kiadó a mű újrakiadásával<sup>2</sup> a feledés és visszhangtalanság varázsának megtörésére, lényegében tehát arra vállalkozott, hogy, immár másodszor, lehetővé tegye a magyar tudományos kultúra számára a találkozást e művel és alkotójával, hogy folytasson egy soha meg nem kezdett szellemi párbeszéd azokról az örökérvényű kérdésekről, amelyeket Horváth Barna utánozhatatlan tudományos és művészi eleganciával tárgyal. Aki olvassa *A géniusz perét*, személyesen győződhet meg a téma időszerűségéről, valamint arról, hogy tudományos színvonalát, a problémafelvetés és kifejtés eredetiségét tekintve a magyar jogfilozófia, s egyáltalán a magyar filozófiai-tudományos kultúra egyik legfigyelemre méltóbb alkotását tartja a kezében.

Horváth Barna művei közül leginkább *A géniusz perére* igaz az a hermeneutikai-tudásszociológiai tétel, hogy a nagy szellemi teljesítmények a lehető legszorosabban összefonódnak megalkotóik személyiségének lélektani, erkölcsi és intellektuális fejlődésével, s hogy ez a fejlődés lényegében élményszublimációk és élményracionalizációk formájában lejátszódó válaszreakciók sorozata a kor meghatározó eseményeire, rejtett szerkezeti hatásaira mint kihívásokra. Végző egzisztenciális értelemben maga ez a fejlődés mint válasz lesz az alkotó művekben tárgyiasuló sorsává.

### 1. A mű keletkezése

---

<sup>1</sup> A mű magyarul Kolozsváron *A géniusz pere. Szókratész Johanna* címmel (Universitas Francisco-Josephina. Acta Juridico Politica 3.), németül három részben a Zeitschrift für öffentliches Recht XXII. kötetében (126-162; 295-342; 395-460. o.) jelent meg. A könyvről Bobula Ida, Horváth B. Károly és Bibó István írt recenziót.

<sup>2</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere. Szókratész Johanna* (Historia Incognita, II. sorozat: Jogtudomány) Attraktor, Máriabesnyő Gödöllő, 2003.

A megírás indítékairól majd mindent elárul az a körülmény, hogy ez a könyv a “kolozsvári száműzetés” időszakában született. Szeged elhagyását, a végzet munkálkodásának jelei ellenére, Horváth Barna csupán pályafutása külső megpróbáltatásának, nem pedig az életmű kudarcának tartotta. Ám a megszokott hely elhagyását, az egysúlyából kibillentett és alapjaiban sértett lélek rejtett törvényszerűségeinek engedelmessé, mégis súlyos belső törésként élte meg. Ezért a kolozsvári időszak központi élménye és teoretikus problémája e megbomlott egyensúly helyreállítására irányuló szellemi törekvések fényében értelmezhetőek leginkább.<sup>3</sup> Mindezt figyelembe véve *A génusz pere* egyfajta tudományos műalkotásként nem pusztán a szinoptikus jogelmélet analitikus erejének<sup>4</sup> a kifejeződése, illetve magának az elméletnek az igazolása, nem is csak az újrealizmus szellemi hatásának, a művészi és tudományos alkotás és megértés szerkezeti párhuzamosságának látványos szemléltetése, egyébként igen nagy meggyőző erővel, hanem több és kevesebb is ennél. A szerző számára ugyanis, a körülmények hatalmának és a magyar tudományos-politikai környezettel való összeütközésének a számlájára írt bukás helyzetében, a jog esztétikai-metafizikai dimenziójának a tematizálása ürügyet és alkalmat jelentett arra, hogy indirekt írásmódban feldolgozzon egy lelki, erkölcsi és intellektuális szempontból egyaránt traumatizáló élményt, a Moór Gyulához fűződő nevezetes barátság felbomlását, s hogy a távolból üzenje meg önmagát mint génuszt az egykori barátának és persze a magyar tudományos közvéleménynek. *A génusz pere* lényegében azért lett a tudományos és művészi alkotás perspektíváinak együttlátása és tematikus szintézise, mert csak így válhatott alkalmas kifejezési-ábrázolási formává a traumatikus élmény feldolgozása és az üzenet indirekt megfogalmazása számára. Ezért a mű, jóllehet tézisünk paradox módon hangzik, a génusz inkognitóját felöltő szerző nyilvános önértelmezésének a dokumentumaként is olvasható, pontosabban olvasandó, mert Horváth Barna nem pusztán a »génusz a jogban« vagy a »jog génusza« fenomén leírója és értelmezője, hanem maga is, mint filozófus és tudós, a génusz moder drámájának inkognitót öltő, titkos főszereplője, azaz egy magyar filozófiai génusz megtestesülése. Ez persze nem véletlen, több vonatkozásban sem. Horváth Barna világszemléletének, s egyáltalán teoretikus beállítódásának a kialakulását meghatározó módon formálták a művészeti alkotások, általában az esztétikai tapasztalata is.<sup>5</sup> Ezért aztán a kezdetektől fogva hajlamos volt arra, mint azt írásainak olykor heroikusan dramatizáló-poetizáló stílusa és önéletrajza is egyértelműen tanúsítják, hogy

<sup>3</sup> Horváth Barna pályafutásának és életművének értelmezéséhez lásd: Nagy Endre: *Bevezetés Horváth Barna: Demokrácia és jog cím? tanulmányához*, Medvetánc, 1985, 2-3. szám, 295-303. o. Zsidai Ágnes, *A tiszta jogszociológia* in: Horváth Barna: *Jogszociológia. A jog társadalom- és történelemelméletének problémái*, Osiris Kiadó, Budapest, 1995, 11-59. o.; Szabadfalvi József: *Vonzások és taszítások – Moór Gyula és Horváth Barna kapcsolata*, Magyar Jog 1994, XLIV, évf, 11. szám, 654-660. o.; Moór Gyula (*Egy XX. századi magyar jogfilozófus pályaképe*) Osiris-Századvég, Budapest, 1994.; *Törekvés egy jogfilozófiai szintézisre, Moór Gyula jogbölcselete*, in: *Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből*, Prudentia Iuris, Bíbor Kiadó, Miskolc, 1995, 143-209. o.; *Angolszász hatások a második világháború előtti magyar jogbölcseleti gondolkodásban*, Állam- és Jogtudomány, XL/1-2, 1999, 51-88. o. Szilágyi István: *Circus Juris, Dráma és jogfilozófia Horváth Barna életművében*, in: *Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből*, Prudentia Iuris, Bíbor Kiadó, Miskolc, 1995. 211-266. o.) Lichtenstein József: *Egy habilitáció története. Horváth Barna pályakezdése*, Szeged, 1990, 10-11. szám, 57-58. o.; Paczolay Péter: *Jogállam és diktatúra Horváth Barna hatalomelméletében*, Kézirat, 1989., Percz László: *A belátásos elmélettől a mezőelméletig. A magyar jogfilozófia fél évszázada*: Pikler, Somló, Moór, Horváth, Századvég, 1998, 71-94. o., Szilágyi Péter: *Jogbölcselet*, in: *Magyarország a XX. Században*, V. Kötet, Tudomány, 2. Társadalomtudományok, Babits Kiadó, Szekszárd, 2000, 46-47. o., Pokol Béla: *A jog elmélete*, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001, 346-353. o. Cs. Kiss Lajos: *Szabadság és kényszer (Horváth Barna szellemi pályája)*, in: Horváth Barna, *Angol jogelmélet*, Pallas Stúdió Attraktor KFT., Budapest, 2001, 569-611. o. A szegedi és kolozsvári egyetemi évek történetét részletesen Balogh Elemér munkái dolgozzák fel.

<sup>4</sup> A szinoptikus jogelmélet értelmezéséhez lásd: Zsidai Ágnes, *Tény és érték (Moór Gyula és Horváth Barna jogfilozófiai vitája)*, Jogtudományi Közlöny, 1989, 10. szám, 513-519. o.; *A perspektíva tüneménye. Horváth Barna jogfilozófija*, Világosság, 1991, 12. szám, 917-927. o.; *Tiszta jogszociológia* in: Horváth Barna: *Jogszociológia*, Osiris Kiadó, Budapest, 1995, 11-59. o.; Szigeti Péter – Takács Péter: *A jogállamiság jogelmélete*, Napvilág Kiadó, Budapest, 1998, 65-67. o., Cs. Kiss Lajos: i. m. 591-593. o.

<sup>5</sup> Horváth Barna: *Forradalom és alkotmány. Önéletrajz 1944-45-től* (Ford. Nagy Endre) ELTE Szociológiai és Szociálpolitikai Intézet, 1993, 39., 79-84. o.

szellemi pályafutását egyfajta modernista egzisztenciális sorsdrámaként élje át, amelynek felépülésében és végbemenetelésében inkább a tragédia mint a komédia perspektívájában reflektált konfliktusok játszó a főszerepet. E sorsdrámát a kor, a személyiség és az életmű közösen írta és rendezte, és – legalábbis a társszerző Horváth önértelmezésében – a főszerepet is következetesen együtt játszották. Ugyanakkor azonban mégsem a művészi-esztétikai kifejezés-ábrázolás a döntő, illetve maradandó jelentőségű, hanem a jog, a kultúra és társadalom lényegére vonatkozó filozófiai-tudományos elméletalkotás problémája, pontosabban a szinoptikus elmélet empirikus igazolása. Ez pedig a tudományos megismerés értékmentességi és objektivitási posztulátumának a szellemében a legteljesebb mértékben tárgyszerűséget és távolságtartó stílust követel a kifejtés során. A mű rejtélyessége és vonzereje feltehetőleg e különös kettősségből, s ennek alapjából, a megírás egzisztenciális-teoretikus indítékából fakad. Ennek tudható be, hogy *A géniusz pere* lényegében a filozófiai-tudományos kutatás közegében végrehajtott lelki-szellemi szublimáció, a szó szigorú értelmében a lehető legkifinomultabb élményracionalizáció, amelyben a jog s egyáltalán a világegész értelmezése költői rejtélyességgel és heroikus drámaisággal kibogozhatatlanul fonódik össze a szerző személyes sorsának önstilizáló értelmezésével.<sup>6</sup> Ezért nem véletlen, hogy Horváth Barna tudományos távolságtartását leginkább ebben a művében adja fel, amennyiben az üzenet érdekében szabadjára engedi önstilizálási szenvedélyét, s inkognitót öltve korlátozott értelemben a géniusszá emeli magát. Értelmezésünkben *A géniusz pere* Horváth Barnának mint filozófusnak és életművének egyfajta egzisztenciális helyzetdiagnózisa és a szerző nyilvánosan végrehajtott logoterápiája.<sup>7</sup> Ezért mielőtt a mű elemzésébe fognánk, tézisünk helyességének igazolása érdekében ki kell térni az élményszublimáció és élményracionalizáció e személyes mozzanatára is. Horváth önstilizációs stratégiájának megértéséhez előzetesen elegendő azt rögzíteni, hogy géniusz mindenekelőtt költőleg megragadható jelkép, melyben az “eleven lélek és a környezet összecsapásának színjátéka” fejeződik ki. A géniusz lényege a “környezettől elszakadás, az abból meteorként kiválás, a magányosság és hontalanság. De hogy ez a hontalanul magányos lélek a géniusz fényeit a szemlélők szemében is megkaphassa, ahhoz szükséges a környezetével való drámai találkozás és tragikus összecsapás, amely letiporja és felmagasztalja egyszerre. Géniusznak azt ismerjük fel, akit környezete tragikus szükségsséggel eltípor, miközben felmagasztalja.”<sup>8</sup> Ilyen géniusznak tekinti Adyt, aki költészetében minden bölcséleti megfontolásnál vagy tudományos elemzésnél hívebben és finomabban fejezte ki a “forradalom lelkületét”, aki a művészi élmény közegében tette számára lehetővé a társadalmi-politikai forradalom átélését, s egyúttal azt, hogy az analizáló emlékezésben visszatekintve teljesebb tudatossággal értse meg magát a forradalmat és a géniusznak mint jelképnek a lényegét.<sup>9</sup> A géniusz

<sup>6</sup> Az önstilizáló értelmezés szükségképpen indirekt írásmódot követel, melynek sajátosságait és következményeit az alábbi tézisekben foglalhatjuk össze: 1. A tudományos problémát a szerző esztétikaira vonatkoztatva tematizálja, vagy még közvetlenebbül, mint Horváth esetében: az esztétikai és tudományos szerkezeti párhuzamából indul ki és a kettő tematikus szintézise válik a megoldandó problémává. 2. A tudományos probléma szükségképpen prózai ábrázolást követelő stílusa az alkalmazott költői eszközök (jelzők, hasonlatok, metonímiák, metaforák, allegóriák) révén poétikussá válik, anélkül persze, hogy a szerző közvetlenül átlépne a művészi-esztétikai területére. 3. A tudományos probléma, azaz a dráma és világ, dráma és jog, géniusz és jog, illetve jog és géniusz reflexív-cirkuláris viszonyának szerkezeti elemzése, elsősorban a jelentés konnotatív dimenziójában, a szerző saját személyes sorsának mint végső értelemteljesülésnek a metaforájává, illetve az egész mű maga egyetlen hatalmas allegóriává válik.

<sup>7</sup> Horváth Barna az írás és a tanítás, a családi és a baráti beszélgetés terapeutikus eszközeivel próbálja kezelni a magyar szellemi klímában szerzett egzisztenciális neurózisát.

<sup>8</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere. Szókratész Johanna*, 8.o.

<sup>9</sup> Önéletrajzában Horváth részletesen foglalkozik Ady költészetével, amely döntően hozzásegítette ahhoz, hogy a forradalmat ne csak átélje, hanem “teljes tudatossággal” meg is értse. Ady költészete azért a “legfinomabb kifejezése a magyar forradalomnak”, mert a “egész életérzésünket forradalmasítja, teljesen új szexuális, kozmikus és vallási élményt nyújt”, mert gigantikus erővel magával ragadóan “realista, és ez a tökéletes realizmus ugródeszkaként szolgál hallatlan lendületességéhez”, és mert a magyar mint lázadó nép hagyományát, a Dózsa-féle parasztfelkeléstől a kuruc, a jakobinus és a proletár lázadásig, képes volt a lelkeket és gondolatokat forradalmasító mitikus szintézisbe foglalni. Ady költészete ezzel sokak számára lehetővé tette, hogy a magyar ugar modernitásának új fejlődési szintjén a forradalomérzületet a szerelemmé szublimált szexuális-erotikai lázadásban és a politikában a lehető leghitelesebben

tehát személyében kiválasztott karizmahordozó, a világgal szembeszegülő metafizikai lázadó és forradalmár, aki, szemben a mindennapok emberével, a “legdrámaibb módon” képes összecsapni környezetével. S ezen a ponton szövi gondolatmenetébe a felsőházi taggá avanszált Moórnak szóló üzenetet. ”Persze ez a dráma nem mindig ölti magára éppen a legdrámaibb formát. Vannak aránylag csendes, halk vívódásai is a géniuszoknak. De csalhatatlan jel az, hogy a külső sikert sikerre halmozó álnagyság dicsőségének tetőpontján is a szíve mélyén irigyli a géniuszt, akinek sorsából pedig neki csak a mártírkoszorú hiányzik”<sup>10</sup> Az persze az olvasó számára nem elég világos, hogy Moór a géniusz melyik típusát irigyli a szíve mélyén, mert hiszen nem “minden perben egyforma géniusz bukik el” és nem “minden géniusz áll egyformán perben. Vannak perek, amelyekben a géniuszt alig vehetjük észre és vannak géniuszok, akik alig látszanak perlekedni.”<sup>11</sup> A belső emigrációba vonult Horváth itt állítja szembe magát Moórral. A mű konnotatív, azaz tisztán esztétikai jelentésszférájában<sup>12</sup> poétikusan sugallt antitézis szerint Horváth önmagát a hallgatás és magány filozófiai géniuszának az ideáltípusával azonosítja, aki látszólag alig perlekedik a világgal, ám a tudomány területén, az örökkévalóság és szellemi szabadság ígézetében, radikálisan új, kinyilatkoztatásként ható elméletek alkotásával “reszketteti meg a világot”, és a körülmények szerencsés összjátékának vagy akár taktikai érzékének köszönhetően elkerüli a politikai és jogi dráma tragikus végkifejletét. Ezzel szemben Moór Gyula, az idő és a szükségszerűség foglyaként, legfeljebb az alkalmazkodás és karrier zsenijeként jelenhet meg az élet színpadán, az őfőméltósága szerepében mártírkoszorú nélkül, a politikai és jogi dráma tragikumáról mit sem sejtve.<sup>13</sup> A mű azonban a Moórral való személyes konfliktus feldolgozásán túl általános érvényű tanulságok levonására is alkalmat adott. Eszerint a géniusz nem egyszerűen követendő erkölcsi eszme, tehát nem pusztán normatív eszmény, hanem a legmélyebb egzisztenciális értelemben a szellemiben rejlő utópikus és mítikus kifejeződése. A géniusz utópiája és mítosza az emberileg lehetetlennek látszó lehetségessé válásának örök problémájáról szól és apellatív módon azt beszéli el, hogy az ember történelmi-társadalmi életének, létének az értelme a géniusz személyiségében és cselekvésében mint műben megtestesülhet és ez a metafizikai értelem az emberek számára, még ha az abszurdon keresztül is, de hozzáférhetővé válhat. A géniusz világgal való összeütközésének a kettős értékelésében, azaz a halálra ítélet és a szentté avatás paradox egyidejűségében az emberi létezés metafizikai értelemalapjaként az abszurd jelenkezik be, s ez az abszurd nyitja meg azt a

---

éljék át és fejezzék ki. A költő “úgy gondolja – fejtegeti Horváth az önstilizálási stratégia megértése szempontjából fontos összefüggést – hogy a magyar messiások ezerszeres messiások. Ezerszer halnak meg, de keresztrefeszítésük nem hoz megváltást, mert semmit sem képesek elérni.” (Horváth Barna: *Forradalom és alkotmány. Önéletrajz 1944-45-től* 61-63. o.) A géniusz másik költői jelképe Baudelaire albatrosza. Ady és Baudelaire költői géniusza és az általuk alkalmazott hasonlatok, metaforák határolják azt az esztétikai horizontot, amelyen Horváth drámaian és poétikusan stilizáló önértelmezése perspektívát vált, azaz eltávolodik saját sorsproblémájától és a »géniusz általában« tárgyi problémájának a kifejtésére helyezi a hangsúlyt.

<sup>10</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere*, jelen kötet, u. o.

<sup>11</sup> I. m. 191. o.

<sup>12</sup> Hermeneutikai szempontból műveletileg különbséget teszünk a mű dennotatív és konnotatív jelentésrétegei között, amelyek perspektívafüggetlen módon épülnek fel és reflexív-körforgásszerű módon kapcsolódnak össze. A tudomány nézőpontjából a géniusz és a per viszonya intézményesült jogi eljárásként, a művészet szempontjából drámaként, specifikus, azaz jogon belüli színházi előadásként jelenik meg. A tudomány nézőpontjából a művészi-esztétikai, a művészi-esztétikai nézőpontjából a tudományos-jogit rendelik a konnotatív jelentésrétegre. *A géniusz pere* a tudomány nézőpontjából született és az esztétikaira való vonatkozása ellenére a filozófiai-tudományos reflexió érvényességi tartományán belül marad. Ezért is neveztük a művet egyfajta tudományos műalkotásnak.

<sup>13</sup> A géniusz ideáltípusába tartozás kritériuma: tényleges halálra ítélet és kivégzés, vértanúvá válás a filozófiai és vallási szentté avatás hagyományteremtés társadalomlélektani-kanonikus aktsaiban. “Azonban, mondja Horváth, a vértanúság csak szélső esete, mintegy oktató példája a géniusz szemléletszerűségének. Hiszen a szöszterinti vértanúságon kívül ezer esete van az átvitt értelemben vett vértanúságnak is, amiben a géniusz mindig bőven része van. A géniusz géniuszvolta pedig, gondolom, annál kétségelenebb, minél inkább közeledik sorsával a szöszterinti vértanúság és az abban kifejezésre jutó kettős értékelés felé.” (Horváth Barna: *A géniusz pere*, 194. o.) Horváth Barna a Moórhoz fűződő barátság felbomlásával, tudományos pályafutásának megtörésével és kolozsvári száműzetésével járó megpróbáltatásokat ebben az átvitt értelemben tekinti egy magyar filozófiai géniusz vértanúságának és önmagát mint géniuszt a magyar szellemi ugar jelképének.

horizontot, amelyen egyáltalán elgondolható a művészi és erkölcsi megtisztulás lehetősége és mégha csupán az élet drámájának ritka pillanataiban is, de átélhető valósága is. Ezt bizonyítja a génius tragédiájának a kortársakra és az utókorra gyakorolt katarikus hatása. A vallási és filozófiai hit értelmében szent, amelyet Horváth Johanna és Szókratész jogesetének történetében beszél el és elemez, végső alapját tekintve az Erosz és Thanatosz által vezérelt ellentétes emberi vágyak erőterében, tehát a szentségtelenre való folytonos vonatkozásban konstruálódik “A szentet megégetjük és imádjuk. A lehetetlen lehetségessé válik, mert megszabadulunk lehetlenségének igézetétől.”<sup>14</sup>

## 2. A jog esztétikai dimenziója és a realizmus radikalizálása

*Az esztétikai mint eredetelmény.* Horváth Barna szellemi fejlődésében a művészi alkotás, a nagy művek és befogadásuk tapasztalatának elméleti reflexiója meghatározónak bizonyult, olyan eredetelménynek, amelyben magától értetődő egységbe fonódott a szellemi alkotás művészi és filozófiai-tudományos formája, és amely így döntően hozzájárult ahhoz, hogy eljusson a filozófiai-tudományos kutatás eszméjéhez, a kritikai gondolkodás új paradigmájának kifermálásához.<sup>15</sup> Nem véletlen tehát, hogy önéletrajzában, ahol több helyen különböző összefüggésekben részletesen foglalkozik a művészi alkotás és befogadás intellektuális fejlődésében játszott szerepével, ezt írja: “A művészet lényegi elem a világinterpretációban. A modern dráma áll legközelebb ehhez a világértelmezéshez, amely gondolkodásomnak mindig is tárgya volt: az emberi cselekvés a maga társadalmi, politikai és erkölcsi relevanciájában. Azt hiszem nem túlzás azt állítani, hogy Shakespeare, Ibsen és Shaw tudat alatt inspirálta elméleteimet.”<sup>16</sup> Horváth számára a filozófiai és tudományos elméletalkotásban mindenekelőtt ezért játszik központi szerepet a dramaturgiai mozzanat, s ezért vált rendkívül fogékonyá a tudomány területén azokra a szellemi hatásokra, amelyek szerkezeti analógiát mutatnak az esztétikai világlátás drámaperspektívájával.

A művészet közegeiben ugyanis a dráma műfajai azok, amelyek az emberi cselekvést, pontosabban a kollektív tudattalant, az individuális érzéki immanenciájába transzponált transzcendens szerkezetet mint cselekvést a leginkább képesek visszavezetni végső metafizikai értelem(lét)alapjára, a konfliktusra és döntésre, pontosabban a kettő reflexív-cirkuláris viszonyának szerkezetére. A dráma értelmezésének horizontját Arisztotelész klasszikus interpretációja óta a tragédia és komédia perspektívái és funkcionális sematizmusai határozzák. Horváth művészetfelfogásában, jóllehet a költészet és a komédia is meghatározó esztétikai élmények forrása, a tragédia perspektívája játsza a döntő szerepet. *A génius perében* a drámaperspektívák közötti hangsúlyeltolódás és a tragikus középpontba állítása mint teoretikus elhatározás lényegében Horváth előzetes metafizikai döntésének a folyománya. Az európai művészeti-esztétikai hagyomány feltehetőleg egységes abban, hogy érzékileg-kommunikatív leginkább a drámában érhető tetten az emberi cselekvés metafizikai alapja. Azonban ez a metafizikai a maga tulajdonképpeniségében nem értelmezhető a komédia perspektívájának horizontján, mert csak a tragédiában születik egzisztenciális értelemben döntés végső tény és érték kérdésekről, az ember életéről és haláláról mint sorsról. A mű bevezetőjében Horváth nem véletlenül idézi Hamlet nevezetes hezitációját a létről és nemlétről, és persze ugyanitt nem véletlenül hivatkozik a politikai etika magyar géniusának, Gróf Telekinek Pálnak “honfiúi töprengéseire”, melyekben központi szerepet játszik az államigazgatásban bürokratizmust, felelősségtől irtózást szülő jogi formalizmus idült közéleti betegsége. A komédia iróniája a

---

<sup>14</sup> I. m. 10. o.

<sup>15</sup> Mint látni fogjuk, az újrealizmus világ- és jogszemléletének a radikalizálását Horváth a kanti-újkanti kriticismus előfeltevéseinek elkötetleztet szinoptikus jogelmélet perspektívájából hajítja végre. Ebből született a kritikai racionalizmus új változata, amit leginkább a szinoptikus-funkcionális látás módszerével lehet a jellemezni. V. ö. Cs. Kiss Lajos: i. m.593-595.o .

<sup>16</sup> Horváth Barna: *Forradalom és alkotmány*, 39. o.

metafizikai elrejtőzése, amennyiben a rendkívüli helyzetet feloldja a nevetésben és elviselhetővé teszi a fennállót, s bár tovább bonyolítja a konfliktus és döntés cirkularitását, ám végül mégiscsak ráhagyatkozik az ismétlés monotonijára. A tragédia komolysága az abszolút betörésének eseményéből, a hős és a világ antagonisztikus döntéseinek ütközéséből ered, minőségileg új szintre helyezi a konfliktus és döntés cirkularitását, és ha nem is a géniusz szenvedésének és halálának konkrét helyzetében, de szellemi hagyományá és fokozatosan a jog új értéktartalmává válva hosszú távon transzcendálja a fennállót. Ezzel szemben a komédia a metafizikai lázadás szublimálásának a közege, gúnyos, a negatív hős számára fájdalmas leleplezésként és általános tehermentesítésként, inkább reformpárti mint a forradalom híve. A komédia kevésbé lehet a forradalom közege, inkább a forradalom traumájának a feloldására, szolgál, amellet persze, hogy mindig fontos szerepet játszik a régi rend felbomlásában és a forradalom előkészítésében. A komédiában nem születik metafizikai döntés, legfeljebb közvetve emlékeztetnek arra, hogy egykor történt ilyesvalami, vagy azt sejtetik, hogy valamikor majd történnie kellene ilyesvalaminek. Horváth tragédia melletti elméleti és metafizikai döntése, megelőlegezve itt fejtegetéseink végeredményét, ezért dramatizálja és radikalizálja az új realizmus komédiára, iróniára és humorra kiélezett és ezáltal persze korlátozott esztétikai perspektíváját. Nem véletlenül, hiszen az amerikai és magyar realista egészen más szellem- és társadalomtörténeti helyzetben gondolkodik és dönt. A magyar és az európai sors foglyaként, a világháborús tragédia okozta határhelyzetben a jogról való elméleti gondolkodásnak és magának a jognak a metafizikai méltóságát akarja helyreállítani. Vagy még pontosabban, azaz a mű allegorikus szerkezetének és aurájának megfelelően fogalmazva: a rejtőzködő filozófiai géniusz inkognitójában a magyar ugar világával szemben a jog és a jogelmélet elveszített metafizikai méltóságát kísérli meg visszaperelni.

*B. A szinoptikus jogelmélet esztétikája.* Azonban a horváthi életmű alapproblémája és leginkább figyelemre méltó teljesítménye, nevezetesen a jog szinoptikus-funkcionális látása és ennek elméleti megalapozása,<sup>17</sup> lényegében a már jelzett esztétikai eredetelménytől függetlenül, belsőleg kényszerít a jog esztétikai dimenziójának elméleti tematizálására. Az alapprobléma és az elméleti megoldás tehát eleve a tudományos megismerés és művészi alkotás határterületén helyezkedik el, azaz a tudomány és művészet különös perspektíváinak együttlátásával és egymásra vonatkoztatásával értelmezhető. Ez a kiinduló helyzet teszi lehetővé Horváth számára a dramaturgiai metafora tudományos felhasználását és persze azt, hogy a kifejtés során végig a tudományon belül maradjon. “A hős elbukik, de bukása felmagasztosul. A nézők pedig megnyugodva távoznak. Az előadott darab mögött az örök emberi színjáték pereg: az eszmének és a valóságnak, az értéknek és a ténynek, a szabadságnak és szükségszerűségnek gyógyíthatatlan ellentétét éljük át, s közben az általa ütött sebeink begyógyulnak. Minél erősebb kifejezést adunk az eszmény és a valóság között ingadozó vágyainknak, annak a vágykonfliktusnak, hogy egységüket, de az ellentétüket is akarjuk, annál könnyebben szabadulunk meg ettől a leki konfliktustól.”<sup>18</sup> Így a már közismert hatástörténeti összefüggések mellett e mű megértése szempontjából döntő jelentőségű az újrealizmus, s ezen belül is Thurman W. Arnoldt pszichologizáló és sajátos – azaz a dramaturgiai metafora szerkezeti analógiájának univerzalizálása értelmében – esztétizáló megközelítése hatott.<sup>19</sup> Az újrealizmus radikalizált elméleti perspektívája a következő tézisekre egyszerűsítve foglalható össze: 1. Az “élő jog” elevenségét nem lehet mechanizmusként, ellentmondás- és hézagmentesen zárt normatív rendszerként, tisztán formálisan és logikailag megragadni, mert a jog elsődlegesen, azaz létszerű funkcionalitásában, bonyolult lélektani, társadalmi és történelmi komplexumként adott a közvetlen

<sup>17</sup> Mint közismert, az alapprobléma a lét és érvény, tény és érték, jogeset és jogtétel antinómiája, az elméleti megoldás pedig e közvetíthetetlen szférák szinoptikus-funkcionális látása és értelmezése.

<sup>18</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere*, 10. o.

<sup>19</sup> Az újrealizmus lényegében a jog transzcendens meghatározottságát a társadalmi felől tematizáló szociológiai paradigma implikációinak radikális továbbgondolásaként, illetve szinoptikus értelemben kiegészítő reakcióként fogható fel, amennyiben a jogot radikálisan a lelki felől funkcionalizálják a mélylélektan nézőpontjából, majd a kollektív tudattalan szerkezeti síkjáról a társadalmi összefüggés szerkezeti színjére transzponálják.

élettapasztalatban.<sup>20</sup> 2. Az irányzat elméleti radikalizmusa abból ered, hogy a jog jogon túli társadalmi meghatározottságát a mélylélektan segítségével egyfelől a lelki szerkezetek (élménytartalmak és formák) tartományában funkcionalizálják, másfelől ezzel egyidejűleg az ontikusan szükségképpen individuális lelki folyamatokat a kollektív tudattalan egyébként nem explicitált fogalma segítségével a társadalmi konstitutív szerkezeti összefüggésének a síkjára emelik. A jog központjának tartott bírói eljárást és intézményeket ebben az univerzalizált *társadalomlélektani* értelemben vizsgálják mint komplex tapasztalati tárgyat. 3. A kollektív tudattalan tárgyiasságait, a társadalmi intézményesültség rejtett szerkezeteit, amelyek szokásokban és szertartásokban objektíválódnak, a kulturális antropológia nézőpontjából és tapasztalati bázisán elemzik<sup>21</sup>. 4. A joggal foglalkozó tudományok ugyanannak a tematikus tárgynak a különböző, egymástól nem elszigetelhető nézőpontjai és nyelvi kifejeződései. A mélylélektan és a kulturális antropológia nézőpontjainak, teljesítményeinek a szinopszisára és szintézisére épített realista jogtudomány radikalitása abban rejlik, hogy egyidejűleg képes kritizálni a jog immanens-formalista és transzcendens-szociológiai felfogását, mégpedig az értékmentesség és objektivitás elveinek a természettudományi megismerés paradigmájára orientált értelmezése, illetve annak operacionalizálása alapján.<sup>22</sup> 5. Az élő jog eredetelményének tematikus reflexiójára vállalkozó realizmus új jogértelmezése Horváth Barna szerint voltaképpen azoknak az elméleti és gyakorlati törekvéseknek a kifejeződése, amelyek a modernitás új világnézetének keresésére és megalkotására vállalkoznak. Eközben pedig, akarva nem akarva, a jog létszerű – ideológikus és utópikus jellegében megnyilvánuló – kettős funkcionalitását tárják fel, amellyel megalapozható és megindokolható az irányzat elméleti radikalizmusa és gyakorlati-politikai konzervativizmusa.<sup>23</sup>

E realista jogi világnépkonstrukció első igazán tudatos képviselője és kivitelezője Th. Arnold volt, aki, mint az *Angol jogelmélet* tanúsítja, egyfajta revelációként hatott a realista irányzatra és persze magára Horváthra: “Arnold minden eddigit túlszárnyal és homályba borít. Ő csakugyan új jogi világnépet szerkeszt. De miféle képet! Lerner azt mondja, hogy ez árnyvilág. Szimbólumok járják a táncukat, és ez a különös haláltánc minden. Arnold kritikussai csak Swift, Voltaire, Sorel nevein keresztül vélik őt megérthetőnek.” Számára a “szatirikus irodalom, a komédia tudja a döntő

---

<sup>20</sup> Az élő jog elevensége a jog immanens (normatív) szemléletét transzcendáló lélektani-társadalmi-történelmi vonatkozások dinamikus összjátékának az eredője. Ezért a Verdross-Horváth alaptézist némileg átértelmezve mondhatjuk, hogy a jog más normáktól azáltal különbözik, hogy saját szerveinek aktusaként drámaként, azaz tragikus konfliktusok sorozataként realizálódik, amely a géniusz jelenlététől vagy távollététől, az összeütközés élességétől függően látványos vagy kevésbé látványos módon megy végbe. A jog valóság és eszmény, tény és érték végső közvetíthetlenségében kifejeződő utópikus mozzanatát esztétikailag tematizáló dramaturgiai metafora szükségszerűsége elkerülhetlenné teszi a *Jogszociológia* végkövetkeztetésének differenciáltabb megfogalmazását: 1. a jog mint legfejlettebb társadalmi eljárás az esztétikai dimenziójában modern drámaként jelenik meg; 2. a jog lét=érvényszerű funkcionalitásában, azaz eljárászerűségében megjelenő »lényege« végső soron a művészi-esztétikai közegében a tragédia metafizikájának egyik -- értelmezésünkben jogi -- változataként ragadható meg.

<sup>21</sup> Ezzel egybehangzóan írja Horváth Robinson lélektani felfogásának erőnyeit méltatva, hogy az “új gondolat, mint látható, az, hogy a jogot mint a mindenkori folkról egy részét kell felfogni... A csoport bizonyos személyiségre tesz szert, ami hasonlít a tudat alatti lélekhez.” (Horváth Barna: *Angol jogelmélet*, Pallas Stúdió – Attraktor KFT. Budapest, 2001, 494. o.) A realizmus mélylélektani nézőpontjának tapasztalati igazolását egyfelől a bírói gyakorlat, másfelől a kulturális antropológia szolgáltatta.

<sup>22</sup> “A legnagyobb teljesítmény, amivel Robinson, a lélekbúvár hozzájárulhatott a jogelmélet műveléséhez, annak a szempontnak az érvényesítése volt, hogy kikapcsolta az erkölcsi felháborodásnak és a tarthatatlan eszményekhez való ragaszkodásnak azt a zavaró érzését, amely megakadályozza a jogtudósokat annak a meglátásában, ami az orruk előtt van. Egyszerűen azt tanácsolta, hogy másként gondolkodjunk a jog felől, amikor a bírói emelvényen vagyunk, mint amikor arról leszálunk.” (u. o.) Eszerint a jog eredetelményét a lélektani általánosság és egyetemesség síkján rekonstruálni akaró realizmus egyidejűleg tekinthető a jogról való tudományos gondolkodás radikális depolitizálásának és az értékmentességi posztulátum radikalizálásának.

<sup>23</sup> “További jellegzetessége a Robinson és Arnold által képviselt irányzatnak, hogy míg egyfelől elméleti téren radikalizmusával túlesz a többirealistákon, addig gyakorlati téren konzervatív irányba fordul. Könyörtelenül akar átvilágítani, de nem kíván rombolni vagy felgyújtani... A jog egyidejűleg tartalmazza az engedelmisség és a forradalom ellentmondó filozófiáit”, azaz a jog egyidejűleg ideológia és utópia. (i. m. 495., 496. o.)



igazságokat a jogról is. A komoly irodalom dramatizál és szertartást végez. A komédia lát a vesékbe... Arnold egyik műhelytitka az, hogy az iróniából tudományos módszert csinál.”<sup>24</sup> Arnold filozófiai értelemben, azaz a végső megalapozás síkján radikalizálja a dramaturgiai metafora közhelyét, nevezetesen azt, hogy az élet, az egész világ drámai színjáték, amelyet a jog, a gazdaság és a politika színpadán, nézőponttól függően, az ember vagy a sors ír, rendez és játszik. “Magának a jognak és a drámának a párhuzamossága sem egészen új gondolat, mindkettőnek a sajátos zárt világa már ezelőtt is felkeltette a figyelmet párhuzamosságuk iránt. Amit azonban Arnold ennek a gondolatnak a kiaknázásával művel, az minden képzeletet meghalad... Minden ember, a személyiség misztériumában mélyen fekvő okoknál fogva, kis drámák sorát szerkeszti meg magának, amelyekben ő a főszereplő.” A társadalmi élet dramaturgiai dimenziója tehát sorsszerűség abban az igen egyszerű értelemben, hogy minden cselekvés szükségszerű mozzanata a szerepjátszás, illetve az, hogy a szerep értelmezése és kivitelezése<sup>25</sup> során a cselekvők, akár a politika, akár a jog vagy a gazdaság színpadán, folyamatosan ellenőrizzék saját, kizárólag rájuk jellemző előadói stílusukat. Azonban a realisták és Horváth interpretációjában nemcsak az emberi cselekvésekben, hanem az intézmények felépülésében és működésében is elkerülhetetlen a dramaturgiai mozzanat. “Senki sem menekül az elől az állandó szükséglet elől, hogy különböző egyenruhákba vagy selyemkalapokba öltöztesse és figyelje önmagát, amint azokban járkal. Aki nem képes magának méltó szerepet adni, az erkölcsileg összeomlik, bátortalanná, sikertelenné, zavarttá válik. ... Az ember legtöbb magatartása a vállalt szerepeket jelképezi. Szimbolikus. Ezek a jelképek, tehát szerepének a szavai, szertartásai, elméletei és elvei hitetik el az emberrel, hogy álmai valóságosak és így adnak célt az életének. Így van ez az intézményekkel is. Ezek is kis drámákat építenek fel maguknak és szerepeket játszanak. Konfliktusokat bonyolult elméletekkel oldanak meg, vagy pedig azért, hogy különböző intézményekre oszlanak, amelyeken keresztül ugyanazok az emberek össze nem férő szerepeket játszhatnak.”<sup>26</sup> A jogi, illetve a jogról való gondolkodás mindig az eszmények, a normatív kellékek és követelmények közegeiben mozog, s ezért szükségképpen átcsúszik a szimbolikus-mitikus gondolkodás síkjára. A jog normativista és empirista szemléletei, amelyek abból indulnak ki, hogy a jogi normák és elvek egyfelől logikailag rekonstruálható szabályok, illetve tapasztalati megfigyeléssel ellenőrzött tények, lényegüket tekintve a szimbolikus-mitikus gondolkodás termékeiként lepleződnek le, melyek valóságos funkciója nem az individuális és intézményes cselekvés vezérlése, hanem a fennálló állapotok igazolása, megerősítése. A jog a realisták e legradikálisabbja szerint szerint, írja Horváth, azt a “mélyen ülő népszerű kívánságot elégíti ki, hogy a kormányzati intézmények szép álmokat jelképeznek, amelyben elvek, egyénektől függetlenül működnek. A jogelvek nem azt képviselik, amit teszünk, hanem amit tennünk kellene. A jog funkciójához tartozik, hogy a valóságos magatartással homlokegyenest ellenkező eszményeket ismerjen el. Legtöbb problémája abból a szükségletből támad, hogy másvalaminek a tevését hangoztassa, mint amit tényleg tesz. Kidolgozott álmvilágot fejleszt ki, ahol a logika igazságot tesz és amelynek rózsaszínű szemüvegén keresztül nyugodtan nézhetjük az üzleti élet kegyetlenségeit. Az álm logikájához tartozik, hogy a jogelvekről feltesszük, hogy ellenőrzik a társadalmat. Holott a jog funkciója nem a társadalom vezetése, hanem annak megvigasztalása... A bíróság mögött misztikus világot épít, amelyben az igazságról álmódott álmunk megvalósulnak.”<sup>27</sup> Ennek megfelelően a realizmus nézőpontjából a tény és norma funkcionális összefüggésében konstituálódó jogi valóság feloldódik

<sup>24</sup> I. m. 494. o. A realizmus a jog mint eljárás (cselekvés) esztétikai dimenzióját dramaturgiailag nem a tragédia, hanem a komédia műfaji stílusa felől tematizálja. Horváth ebben a vonatkozásban korrigálja a realizmust: a jog esztétikai dimenziója a szinoptikus-funkcionális látás számára a komédia és tragédia kettős perspektivitásában tárul fel, azonban az európai szellem-történeti helyzet konkrét itt és most-jában a tragédiára nehezedik a metafizikai gondja.

<sup>25</sup> Egyébként a dramaturgiai metafora szerkezete is a vágy- és érték-megvalósítások eredendő ambivalenciáját fejezi ki, amennyiben a darab, a forgatókönyv, a rendezés és az előadás mindig a szerepmegvalósítás és szereptávolítás ellentmondásosságában konkretizálódik.

<sup>26</sup> I. m. 495. o.

<sup>27</sup> I. m. 496. o.

a tényleges működés “álomvilágának” misztikájában, pontosabban mítoszaiban, amelyet a bíró, a felek, és a jog tudományos megfigyelője szimbolikusan konstruál és diskurzív módon újra és újra megerősít. A jog mint eljárás lét=érvényszerű funkciója az lesz, hogy a vágyelvű gondolkodásban azaz vágykonfliktusok szublimációiként és racionalizációiként konstruált valóságot mint az igaz valóságot tartsa fenn minden résztvevő melegegedésére.<sup>28</sup> A jog akkor funkcionál a legjobban, “ha az ellentmondó szimbólumok maximumát képviseli. A jog nagysága abban áll, hogy azzal őrzik meg az egység látszatát, hogy eltűri és kikényszeríti az ellentétes irányokba futó ideálokat.”<sup>29</sup> Horváth szerint Arnold ezért “felülmúlhatatlan a jogi gondolkodás utópizálásában”, abban tehát, hogy a szimbolikus gondolkodást vágykonfliktusok dramatizálásaként és a jogot mint drámát (komédiát) az értékkonfliktusokká transzformált ellentétes vágytörekvéseket szakadatlanul kiegyensúlyozó utópikus cselekvésként értelmezi, azaz az ideológikusban is kimutatja a megszüntethetetlen utópikus mozzanatot, a vágy- és értékötött jogi utópiákat. Ezért a legradikálisabb realista, szemben Frank-kel és Robinsonnal, akik a jogot kizárólag ideológiaként fogják fel. Ehhez persze kiegészítésként hozzá kell fűznünk a következőket: az ideológia és utópia problémájának az áttelepítése a tisztán szimbolikus gondolkodás síkjára azzal a veszéllyel jár, hogy a jog és a jogról való gondolkodás a maga egészében esztétikaivá és mitikusvá válik, mert az elvont-általános érték végérvényesen feloldódik a tiszta értékmentes vágy, az elvont-általános fogalom a tiszta fogalommentes élmény, az elvont-általános érv a tiszta logikamentes elbeszélés tényszerűségének konkrétójában, az élet egyediségének abszolutizált szférájában<sup>30</sup>. Am e kifogásunktól eltekintve s Horváth gondolatmenetének interpretációját folytatva is azt kell mondanunk, hogy az újrealizmus által meghatározott szellemtörténeti helyzetben a jogtudomány hivatása a totális ideológia-, pontosabban mitológiai kritika, mert csak így képes tudatosítani, illetve leleplezni, hogy a jogi normativizmus és empirizmus objektivizmusa, valóságelvű gondolkodásának eszméi és eszményei eredendően ideológikus-utópikus funkciójukban értelmezhető képződmények, azaz szimbólumok és mítoszok.<sup>31</sup> A realizmus az az új kutatási irány és módszer, amely az elvonatkoztató és általánosító fogalmi gondolkodás illuzórikus jellegét, nevetségesé vált univerzális érvényességi igényeit leleplezve a tapasztalati megfigyelés kíméletlenségével képes elhatolni az “élet eleven valóságához”, és bátran kimerészkedik a jogeset

---

<sup>28</sup> A szegényembert és a munkavállalót az vigasztalja, hogy a törvény előtt formálisan egyenlő a gazdaggal és a munkáltatóval, a tulajdonnal bírógazdagot pedig az, hogy a jog értékeli a gondosságot és bünteti a gondatlanságot, az alkotmány védi a tulajdont. Az üzletember melegegedettsége abból fakad, hogy a jog az egyéni szabadság védelmét fontosabbnak tekinti az üzleti furfangok leleplezésénél, a hitszónoké pedig abból, hogy a jog az egyéni szabadság határain belül üldözi a tisztességtelenséget. A jog egyaránt képes megnyugtatni a liberálist, a konzervatívot és a szocialistát, mert mindenkit megvéd: a kisebbséget a többséggel, a többséget a kisebbséggel szemben, a csőcselékké vált lincselő tömeget éppúgy kordában tarja mint a diktátort. A hatalom önkényét a szabályozással, a túlszabályozás személytelenségét és diszfunkcionalitását az egyéni szabadság önkényével korlátozza. A joggal való általános melegegedettség szerkezeti-funkcionális oka, hogy a jog egyrészt folyamatosan alkalmazkodik az új szükségletekhez és helyzetekhez, tehát fejlődik, másrészt egyre nagyobb mértékben nyújt biztonságot mindenki számára. “Egyenlő esély nyújt a sikerre, miközben mégis oltalmazza a kedvezőbb helyzetben levőket. Épp azáltal válik a társadalmi állandóság leghatalmasabb instrumentumává, hogy a ki nem elégitettek valamennyi óhaját elismeri, hivatalos fórumon helyesli, anélkül, hogy bármit is tenne a hatalom meglevő piramisának a felborítására.” (u. o.) A jog ideológikus funkciója így az utópikust aktualizálja és viszont, azaz gyengeségében rejlik az ereje, mert a vágyelfojtás és leplezés egyben mindig vágykiteljesítés és a fennálló kritikai? Horváth szerint Arnold annak felfedezésével radikalizálja a realisták álláspontját, hogy a jog hatékonysága és nagyszerűsége a valóságtól való utópikus menekülésben, illetve ennek folyamatos szimbolikus-mitikus megerősítésében rejlik.

<sup>29</sup> Horváth Barna: *Der Sinn der Utopie*, in: *Probleme der Rechtssoziologie* (Hrsg. Manfred Rehbinder) Duncker & Humblot, Berlin, 1971, 133. o. Az újrealizmus és az utópiaprobléma viszonyának értelmezéséhez ezen túlmenően adalékokkal szolgál a tanulmány első változata is (Horváth Barna: *Az utópia értelme*, Különlényomat a Kolosváry-Emlékkönyvből, 1939, Grill Károly Könyvkiadó vállalata, Budapest, 1939).

<sup>31</sup> Horváth Barna ideológia és utópia értelmezésével foglalkozó írásai nem vagy legfeljebb a közvetett utalások szintjén érintik a szimbólumképződés mint mitikus transzformáció problémáját. Ez azért különösen figyelemre méltó, mert Arnold realizmusa, Mannheim tudásszociológiája és fasizmuselemzése (Mannheim Károly: *Ideológia és utópia*, Atlantisz, Budapest, 1996, 160-170. o.) Sorel és a mítosz fogalom nélkül nem értelmezhető kielégítően.

és a közvetlen jogélmény konkrétumainak végtelen horizontjára. Ez a fajta realizmus azonban, hasonlóan a művészi realizmushoz, nem naív módon erőszakolja ki a döntést élmény és fogalom, életvalóság és elmélet között, hanem képes reflektált módon kritikailag különbséget tenni közöttük. “Nem arról van szó, hogy az istennő szobrát csak úgy ízleljük mint az állat... A mi menekülésünk a konkrétumhoz, a közvetlen ízléshez írja Horváth nem ugyanaz, mint az állat nyugalmas csámcsogása.”<sup>32</sup> Ez persze nem is menekülés, hanem inkább az egyetlen kiút a művészet és a tudomány számára, amely egyáltalán lehetővé teszi a merev, elvont-általános fogalmak és formák szétbomlásában a fogalom és forma új típusának felfedezését, a folytonos keletkezésben és változásban létező élet szerkezetét kifejező formatörvények mint funkcionális törvényszerűségek megismerését. A kritikai realizmus lényegében totális ideológia- és mitológiakritika, amely a “dogmatikus, az élettől és a konkrét jogesettől túlságosan elvonatkoztató” jogtudományból kiírja a normativista öncélúság illúzióit és önámítását, hogy a fogalmi építmények összeomlásában felfedezze a formát. “Ebben a széthullásban azonban természetesen forma van. A formák alkonyán forma ömlik el. Egyik forma vagy fogalom végpusztulásba hull, a másik különös új kombinációkra lép társaival, a harmadik könnyen lebegve még az egyetemes összeomlásnak is alakot és értelmet ad.”<sup>33</sup> A jogeset és jogélmény konkrétumának végtelenségében való elmerülés arra tanítja a tudományt, hogy a formák és fogalmak lényegüket tekintve az eredeti jogélményt kifejező, egymást elfedő, egymásra rétegződő és egymásra utaló jelképek. Az új realizmus Horváth által is osztott alapvető felfedezése tehát, hogy a jogi fogalmak és egyáltalán a jog normativitása szimbolikus konstrukciók, s mint ilyenek lényegében az individuális és kollektív tudattalan szerkezeteit aktualizáló lét=értvényszerű funkciók, azaz ideológiák és utópiák. Azonban, mint korábban megjegyeztük, Horváthnak az utópia és mítosz viszonyának a tisztázásával kellett volna elkezdenie az újrealizmus álláspontjának kritikai korrekcióját.<sup>34</sup>

Horváth Barna *A génius perében* abból indul ki, illetve azt a feltételezést bizonyítja, hogy a művészet és a jog *módszetanilag és metafizikailag* kitüntetett érintkezési pontja a dráma és a per. Ezt az érintkezést, s ezáltal a dramaturgiai metafora jogtudományi operacionalizálását az elméletalkotásban és kutatásban, szerkezeti-funkcionális hasonlóságok teszik lehetővé, sőt az újrealizmus szerint kötelezővé. Eszerint a dráma és a per: 1. szerkezetileg ugyanazokból az elemekből, azaz cselekvésből, konfliktusból és döntésből épülnek fel; 2. a dráma művészi és jogi formáját egyaránt a szervezethez és szigorú szabályozottság jellemzi; 3. mindkettő hasonlóképpen drámai cselekményként, azaz a szabadság és szükségszerűség lényegében valamennyi szellemi területet átfogó egyetemes drámájaként játszódik le; 4. egyaránt az élet antinomikus szerkezetének mint tragikus tartalomnak a kifejeződése, illetve perspektivikus konstrukciói, amelyeket az egyidejűleg bukásra és örök dicsőségre ítélt hős, illetve a kortársak és utódok környezeti világa hoz létre individuális és kollektív metafizikai döntéseivel, és amelyeket az európai szellem kulturális hagyományaként örökítenek át; 5. a művészetben és jogban a lét és érvény, valóság és eszme, tény és érték antinómiája, mint antagonisztikus vágykonfliktusok örökkévalósága és feloldhatatlansága, a közvetíthetelenség mint maga az abszurd, az élet metafizikai értelemalapjaként jelenik meg, amely végső, feltétlen és megalapozó; 6. a tragikus konfliktus és az abszurdal szembeszegülő metafizikai döntés a művészet esetében az esztétikai elveknek és szabályoknak engedelmessé, élményközpontú, hatását elsősorban az érzékiség dimenziójában kifejtő kommunikációban, a jog esetében a logikai elveknek és szabályoknak engedelmessé, fogalomközpontú, hatását elsősorban a gondolatiság dimenziójában kifejtő kommunikációban

<sup>32</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere*, 190. o.

<sup>33</sup> I. m. 190-191. o.

<sup>34</sup> Horváth korrekciója lényegében arra korlátozódik, hogy Arnold felfogását kritikailag visszavezeti az újkantianizmus antinomikus világszemléletének kereteiben (lét/érvény, tény/érték, jogeset/jogelv-tétel) értelmezett utópikusra, még pontosabban az ideológia és utópia reflexív-cirkuláris viszonyának szerkezeti síkjára. V. ö. Horváth Barna: *Der Sinn der Utopie*, 133-135. o.

mutatkozik meg; 7. a végső hatás mindkét esetben a katarzis, amely a fennálló lelki-társadalmi rendet közvetlenül nem fenyegeti, mivel a nézőközönség megnyugszik: vagy azért, mert a bennük szunnyadó vágykonfliktus terhétől pillanatnyilag megszabadulva távoznak a színházból, vagy azért, mert a közrend és köznyugalom helyreáll. Közvetve azonban, a hagyományképződés végtelen folyamatában forradalom megy végbe, mert a géniusz világgal folyó perlekedésének eredményeként írja Horváth több helyen, stilisztikailag a drámait és poétikust sűrítő, heroikus hevületet sugárzó módon “új rend születik”, “megrepednek nemcsak a tavak tükrei, hanem a szigorú intézményes társadalmi rend, a jogrend kemény kérge is... A saját kiömlő mártírvérével tölti fel újra a géniusz a jogrendet”.<sup>35</sup>

A géniusz a legradikálisabb realista a realisták között, mert képes a tragikus jogélmény átélésére és képes cselekvő módon, azaz döntésben és a saját, személyessé tett sorsban napvilágra hozni a jog lényegét mint a tragédia metafizikáját. Ez a döntés és sors, mint látni fogjuk, Szókratésznel a filozófiai, Johannánál a vallási hitből fakad, s mindkét esetben a politikaira vonatkozva nyeri el evilági értelmét. Szókratész és Johanna perének a metafizikai-módszertani kitüntettségét az a körülmény indokolja, hogy a világ általi totális megtagadás és igenlés, az “eltiprás és felragyogtatás látványát ennél a két pernél jobban egyetlen más per sem szemlélteti. A géniusz pere ennél a kettőnél ölti fel a legdrámaibb formát”, így ezekből érthető meg leginkább a jog társadalmi működésének a “titka” és típusossága, vagyis annak szociológiai törvényszerűsége, hogy a jog konfliktusos érvényesülésének minden helyzetében az érvényes jogtétel mit is művel valójában a tényszerű jogeset géniuszával. Horváth a géniuszfenomén ideáltípusát mint utópikus határfogalmat a két per történeti-szociológiai elemzése alapján konstruálja meg. Azonban ennek az elemzésnek nem egyszerűen az ideáltípus megalkotása a célja, hanem az ideáltípus megismerés eszközével annak a metafizikai-módszertani tézisnek a tapasztalati igazolása, hogy a géniusz és a jog találkozásának rendkívüli helyzete, vagyis a kivétel ideáltípus egyedisége teszi szociológiailag érhetővé a társadalmi világ és a jog találkozásának mindennapi, normális helyzeteinek a típusosságát.

A szinoptikus jogelmélet empirikus igazolásaként *A géniusz pere* a szociológiai jogszemlélet realista megújítására irányuló törekvésekhez csatlakozik. Ezért mondja Horváth, hogy a jog esztétikai dimenziójának, a géniusz perének vagy a per géniuszának mint témának a kidolgozása “szinte adalékká válik ahhoz az újrealista jogszemlélethez, amely a jogban nem hajladó az élettől elvonatkoztatott dogmát, tételt, normát, merő elvontságot látni”<sup>36</sup>, hanem a jogélmény tünetének szemléleti-funkcionális megragadására helyezi a vizsgálódás hangsúlyát. Azonban több egyszerű csatlakozásnál, több vonatkozásban is. Egyfelől a realizmus pszichologizáló szemléletmódját, amely kíméletlenül a társas lélek maszkja mögé pillant, visszavezeti végső, szociológiai konzekvenciájáig, azaz felfedezi és tapasztalatilag igazolja a társadalomlélektan és társadalomtan reflekszív-cirkuláris viszonyát. A társas lélek avagy összlélek lényegét tekintve csoportlélek, azaz “nem más, mint lelki tulajdonságoknak eloszlása és csoportosulása valamely közösségben. Az arány, amely szerint különböző lelki tényezők képviselve vannak a kérdéses közösségben, más közösségekhez viszonyítva.” Ebből következik a csoportlélek=lélekcsoport egyszerűnek látszó képlete, amely belátást enged a társadalomlélektan igazi természetébe: “A társadalomlélektan tulajdonképpen a lélek társadalomtana. A szociálpszichológia voltaképpen pszichoszociológia.”<sup>37</sup> Másfelől Horváth tragédia melletti elméleti és metafizikai döntése elkerülhetetlenül dramatizálja és radikalizálja az új realizmus komédiára, iróniára és humorra

<sup>35</sup> jelen kötet 195.o.

<sup>36</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere*, 9. o.

<sup>37</sup> Ha a realizmus kutatási irányának varázsa rabul ejti a kutatót, akkor az élet eleven valóságának, a konkrétumoknak a végtelensége és a két szemléletmód nem reflektált körforgásszerű viszonya lehetetlenné teszi bármilyen végeredmény elérését. Végeredményre, azaz a jogi formák és fogalmak összeomlásának plauzibilis értelmezésére csak az képes, aki felfedezi élmény és fogalom, eszme és valóság, érték és tény reflexív-körforgásszerű viszonyát, amelyet kizárólag a társadalomlélektani és társadalomtani szemléletmódok ugyancsak reflexív-körforgásszerű egymásraveztetésével lehet elméletileg tematizálni és ideáltípus fogalomalkotással lehet rögzíteni.

kiélezett s ezáltal persze korlátozott esztétikai perspektíváját. És ez nem véletlen, hiszen az amerikai és a magyar realista egészen más szellem- és társadalomtörténeti helyzetben, egészen más történelmi tapasztalatok függvényében gondolkodik és dönt. Horváth Barna a magyar és az európai sors foglyaként, a világháborús tragédia okozta határhelyzetben a jogról való elméleti gondolkodásnak és magának a jognak a metafizikai méltóságát akarja helyreállítani. Vagy még pontosabban, azaz a mű allegorikus szerkezetének és aurájának megfelelően fogalmazva: a rejtőzködő filozófiai génusz inkognitójában a magyar ugar világával szemben a jog és a jogelmélet elveszített metafizikai méltóságát kísérli meg visszaperelni.

### 3. A géniusz fogalma és küldetése

A. *A zseni és a géniusz.* Horváth Barna a géniusz fogalmát kioldja az újkori-modern zseniértelmezés érvényességi tartományából, amely Kant és a német idealizmus, s különösen a romantika hatására a művészi alkotásra, és ezzel az esztétikai szférájára korlátozta a problémát. A bizonyíthatóan a 16. századtól használatos francia eredetű *génie* szó teremtő szellemet, illetve teremtő erővel bíró személyt jelent. A francia szóban két latin kifejezés, az *ingenium* (éleselméjűség, képesség, képzettség) és az antik mitológiára visszautaló *genius* (emberi, férfi vagy női alsóbbrendű istenség) jelentése esik egybe. A romantika zseniértelmezése az *ingenium* jelentést univerzalizálja, amely mindenekelőtt a jellegzetes szellemi képességek összességét, a tehetséget, hajlamokat, adottságokat és ezek hordozóját, a személyt foglalja magában. Azonban a *genius* jelentését csak sajátos szekularizált értelemben őrizte meg, amennyiben az esztétikai-művészi szellemi területét a világ metafizikai központjává, a művészt pedig okkazonalista értelemben istenné tette.<sup>38</sup> A romantika világszemléletében minden ember potenciálisan művésszé, a világ minden lehetséges tárgyisága mivel a világ elsődlegesen az átélésben, az élményszerűben, illetve az élményt közvetlenül reflektáló fogalomalkotásban és cselekvésben adott potenciálisan művészi alkotás témájává, azaz műalkotássá vált. Ennek a beállítódásnak megfelelően a jelenkor és a történelem »szelleme«, s egyáltalán a korszak »géniusza« az eredetien alkotó szuverén művészen öltött testet, aki személyében és művében mint a totális élet paradigmájában képes megteremteni a szellem és a zsenialitás abszolút egységét. Friedrich Schlegel például, az etikai és esztétikai felvilágosításban kanonizált rangsorát megfordítva, abból a meggyőződésből indult ki, hogy az ember természetes állapota, illetve antropológiai adottsága a művészi alkotás értelmében vett zsenialitás, amelynek szabad kifejlődését a többi szellemi terület, mindenekelőtt az etikai akadályozza, s az ezáltal előidézett erkölcsi elvadás és torzulás miatt nem válhat minden egyes ember zsenivé. Ezért a romantikus, az etikait transzcendálva, arra hivatott, hogy felállítsa az esztétikai kategorikus imperatívuszát, amely abszolút kötelességgé teszi mindenki számára a benne szunnyadó zsenialitás kifejlesztését. A romantikusok visszanyúlva a mítosz eredeti értelméhez mint költészethez esztétizálják, pontosabban totálisan poetizálják a világot, mert a végeesség és végtelenség, időbeliség és örökkévalóság, szükségszerűség és szabadság, valóság és lehetőség együttlátására és szintézisére az emberi szellem csak a költészetben képes ezért maga a szellem is tulajdonképpen költészeti zseni. Ezzel szemben Horváth a zseni fogalom másik, antikizáló-mitologizáló *genius* jelentését veszi alapul. Eszerint a géniusz a világ és az isteni abszolút antinómikus pólusainak feszültségi terében létező »köztes lény«, férfi és női alakban megtestesülő emberi istenség. Az is lényeges különbség még, hogy a romantikával ellentétben a mítosz eredeti értelmét elsősorban mint prózát és drámát tematizálja. A géniuszt szociológiai perspektívába állítja és a karizmafogalom weberi formalizálásával analóg módon eljárva, ideáltípusként konstruálja meg. Az ideáltipikus fogalom érvényességi körét minden szellemi-tárgyi területre vagy értékszférára kiterjeszti s ezzel relativizálja a romantika hiposztázált művészetértelmezését. A géniusz ideáltipikus fogalma a szinoptikus-funkcionális látás módján kapcsolja össze a különböző szellemi területeken az érték és tény antinómiájából eredő különös problematikákat és perspektívákat. A géniusz a művészetben a szép, a vallásban a szent, a filozófia és tudomány területén az igaz, a politikában és jogban az igazságosság értékeszméjét hordozza, s személyében és sorsában mint döntésben a szellemi és erkölcsi szabadság utópiáját valósítja meg. Ezzel Horváth a romantika zsenifogalmának érvényességi körét a művészi-esztétikai szellemi területre korlátozza, s így a zseni csak a művészi alkotásban, íróként, színészként, rendezőként és

<sup>38</sup> A romantika témánk vonatkozásában fontos értelmezéséhez lásd: Carl Schmitt: *Politische Romantik*, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1925; Cs. Kiss Lajos: *Egy keresztény Epimétheusz*, in: Carl Schmitt: *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok* (Ford. Cs. Kiss Lajos), Osiris Pallas Stúdió Attraktor, Budapest, 2002, 262. o.

így tovább számíthat géniusznak, azon kívül legfeljebb félreértésnek vagy rosszabb esetben pojácának.

*B. A géniusz mint karizmatikus személy és sorseseemény*<sup>39</sup> A jog antinomikus-szinoptikus szerkezetének rendkívülisége a jogeset és jogtétel küzdelmének mindennapi, normális eseteiben is felsejlik, amikor a résztvevők nap mint nap átélik a konfliktus és a döntés eredendő irracionálisát. Ez az irracionális lét=érvényszerűen egy transzcendálhatatlan tény=értékszerűségben mint vágyparadoxonban tapasztalható meg. E tény=értékszerűség egyik vonatkozása, hogy soha nem lehet kizárni a a tévedés lehetőségét, a kontingencia gyanúját sem a tényeket (hamisság), sem a normákat (igazságtalanság) illetően, mert tény és érték, eset és norma soha nem közvetíthetők. A másik vonatkozása pedig az, hogy az emberek mindennek ellenére soha nem képesek és nem is akarnak lemondani az utópikusról és mitikusról, vagyis arról a vágyukról, hogy egyszer végre, mint a géniusz konkrét példája mutatja, az igazság és az igazágosság legyen a legfőbb úr a földön. Ám ebben az antinomikus szerkezetben lappangó rendkívüli feszültség csak a jog határhelyezeteiben, a géniusz perében mutatkozik meg a maga hamisítatlan drámaiságában. Ezért a perbeli konfliktus és a döntés nem egyszerűen a géniusz tragédiája, hanem olyan metafizikai esemény, pontosabban színjáték, amelyben a nézőközönség számára megmutatkozik és hozzáférhetővé válik a jogban rejlő tragikum mint a jog végső értelemalapja. Tézisünk, melyet e tanulmány címében előzetesen megfogalmaztunk, a következőképpen hangzik: a géniusz tragédiája ebben az értelemben a jog metafizikája. E tézis tartalmának kifejtésével Horváth Barna géniuszinterpretációját a végső konzekvenciáig, azaz az abszurd problémáig szeretnénk feszíteni.

A per színjátékában a metafizikai a dráma középpontját képező egzisztenciális paradoxonban válik láthatóvá. E paradoxon a hős bukásának és feldicsőülésének, az általa megszemélyesített eszme, képviselt ügy világ (közönség) általi megszenteltetésének és felszentelésének egyidejűségében, az utópia és mítosz utáni örök vágyakozásban jelenik meg, amely a géniusz művéből, annak végső következményéből, a vértanúság példaszerűségéből táplálkozik. A géniusz ugyanis a közönség számára a lehetetlent teszi lehetőséggé a világban azzal, hogy a közvetíthetlent a szabadság és szükségszerűség, örökkévalóság és idő, eszme és valóság, érték és tény feloldhatatlan ellentétét közvetíti és mártíriumának pecsétjével, halálával mint metafizikai áldozattal hitelesíti. A perben tehát a géniusz és a jog egzisztenciája a végső, metafizikai tét, az identikus alap, amely nem pusztán megengedi, hanem egyenesen kikényszeríti a probléma dialektikus szókapcsolatokkal és stilisztikai fordulatokkal történő kifejezését-ábrázolását. *A géniusz pere* többek között ezért hemzseg az ilyesfajta, a dialektikus látszat szerkezetét sejtető fordulatoktól, úgymint a “per géniusza” és a “géniusz pere”, vagy “a per teremtő módon bontakoztatja ki a géniuszt”, a “géniusz teremtő módon bontakoztatja ki a pert” és így tovább. Ezek után már az olvasó sem csodálkozhat azon, ha Horváth Barnát parafrázálva kijelentjük: a géniusz és a jog drámája a géniusz perében mint egyfajta filozófiai és vallási üdvtörténeti eseményben “ölti fel a maga nagy, tragikus formáját”, hogy ezáltal egyáltalán bepillantassunk a jog metafizikai természetébe, persze csak akkor, ha rendelkezünk a szinoptikus-funkcionális látás módszerével. Horváth szerint tehát a géniusz azért válik a jog “próbakövévé”, mert metafizikai és módszertani szempontból egyaránt a jogi megismerésének nem pusztán regulatív, hanem konstitutív lehetőségfeltétele. A géniuszjogeset kivételessége és rendkívülisége, egzisztenciális-funkcionális analógia révén, lehetővé teszi az általánosságra és normalitásra való következtetést. Ezért írja Horváth már a mű bevezető soraiban, hogy a “jog működését (ti. lét=érvényszerű

<sup>39</sup> A géniusz problémája csak Horváth utópiaelméletével összefüggésben értelmezhető megfelelőképpen. A géniusz személye, világgal való konfliktusa, döntése és sorsa az utópia megvalósulásának az eseménye, amely a jogot, s ezen keresztül a világot a maga egészében forradalmasítja, amely a jogot fokozatosan a legfejlettebb eljárásá és minden szabadság végső feltételévé teszi. Az utópia csak ezen a módon, tehát a géniusz sorsának eseményében válhat valósággá. A sors mint esemény tematikus feldolgozásához lásd: Tengelyi László, *A bűn mint sorseseemény*, Atlantisz, 1993.

funkcionalitását) a friss tetten érijük rajta a géniusz perében. Mint ahogy a lélek működésére a beteg, a gyermeki és a kezdetleges lélekből következtetünk, akként a géniusz peréből is következtetünk a jog átlagos szerepére. A géniusz pere rendkívüli eset, de minden esetben van valami rendkívüli. Ezt bátran nevezhetjük *genius casus*-nak, az eset géniuszának.”<sup>40</sup> Az eset géniuszának vagy a géniusz esetének végső értelemalapja a jog antinomikus-szinoptikus szerkezete, amely lényegszerűen a géniusz és jog drámájában, az átélés, gondolkodás és cselekvés egységét a döntésben megteremtő, az antinómiát a vértanúság pillanatában feloldó géniusz személyiségében és sorsában aktualizálódik, majd az utópia megvalósulásának eseményeként mitikus történetként az európai szellemi hagyomány részévé válik. A géniusz tehát konkrét történelmi személy,<sup>41</sup> akinek drámai története tragédia és nem komédia. A katarzis forrása a géniusz halála, jövőbeli dicsőséget hordozó bukása, nem pedig a hős neveltségessé és dicsstelen válása.

A géniusz sorsa a világtól való elszakadás, a magányosság és otthontalanság, s a jog különös világával még az irónikus vagy gúnyos távolságtartás módján sem érintkezik. Ez a magány azonban nem passzivitás vagy közömbösség, hanem Baudelaire albatrosz-hasonlatával szemléltetve egyfelől vergődés a társadalmi-szellemi környezet kicsinyességének és a mindennapok monotóniájának a szorításában, másfelől a lángelme “elérhetetlen magasságokban szárnyalása”. A magány az értelemkeresés közege és a metafizikai lázadás szülőhelye. “A géniusz sorsszerűen össze is csap és birkózik környezetével”, megrendíti és megváltja a világot.<sup>42</sup> Amikor azonban a világgal, mindenekelőtt a politikai közegében<sup>43</sup> drámai módon találkozik és lejátszódik tragikus összeütközése környezetével, azaz saját népe ellenségévé nyilvánítja, tanítványai, hívei, barátai elhagyják és törvényesen (jogilag eljárászerűen) halálra elítélik, akkor az élmény dimenziójában a legmélyebb és legeredetibb módon képes átélni a jogot. A géniusz a tragikus jogélmény vagy a jog tragikumának a perszonalifikálódása, mert személyes sorsában és döntésében láthatóvá, átélhetővé és ezáltal persze tudományosan megérthetővé és elemezhetővé válik általában a társadalmi-kulturális világ, s különösen a jog antinomikus szerkezete, a lét és érvény, tény és érték, valóság és eszme örökkévaló és feloldhatatlan konfliktusa. Ez a drámai konfliktus a jog tragédiájának és komédiájának végső forrása, ebből fakad, mindenekelőtt a tragédia

---

<sup>40</sup> Jelen kötet 7. o.

<sup>41</sup> A géniusz karizmatikusan kvalifikált, azaz rendkívüli képességekkel bíró, az egy istennel kommunikáló személy, akinek karizmája Szókratész esetében filozófiai, Johanna esetében vallási kinyilatkoztatáson nyugszik. A géniusz formális szociológiai fogalomként, ideáltípusként is emberisten.

<sup>42</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere*, 192, 195. o.

<sup>43</sup> A géniusz világgal való összeütközése szükségképpen a politikai területén játszódik le és esete a politikai közvetítésével válik jogi problémává. A politikai ellenségévé nyilvánított géniusz világgal való konfliktusát a perben harcolja végig, sorsa a jogi eljárásban teljesül be. Jóllehet Horváth tisztában van ezzel a kiinduló helyzettel és elemzi is, azonban elméletileg mégis a szociológiai törvényszerűséget tartja meghatározónak, amelyet, függetlenül a géniusz és a környezet politikai konfliktusától, nem a politika, hanem a jog tesz láthatóvá. Horváth álláspontját a következőképpen értelmezhetjük: a géniusz és a politika összeütközése a *különösség*, a géniusz és a jog összeütközése ellenben az *általánosság* szintjén jeleníti meg a szociológiai törvényszerűséget. A szociológiai törvényszerűség szinoptikus jellegű, mivel egyfelől a szubjektivitás, azaz a géniusz mint “jellegzetes lelki típus”, másfelől az objektivitás, azaz a tipikus társadalmi-történelmi helyzet mint egyedi konstelláció dimenzióiban érvényesülő törvényszerűség szinoptikus-funkcionális látásában ragadható és konstruálható meg. A szubjektivitás és objektivitás dimenzióit az teszi együttláthatóvá és funkcionálisan egymásvonatkozathatóvá, hogy mindkettőben az összlélek kollektív tudattalanjának antinomikus szerkezete aktualizálódik. A géniusz pere ezért társadalomelméleti értelemben is kitüntetett és paradigmátikus. Mindebből tehát az is következik, hogy a perben a szociológiai mozzanat a döntő, nem pedig a politika, függetlenül attól, hogy a géniusz perének “van politikai háttere, hiszen a vádemelés ténye maga is megfontolt politikai aktus volt... De ott van egy általánosabb szociológiai törvényszerűség is, amellyel összehasonlítva a per pártpolitikai vonatkozásai nem magyarázó erejűek.” (i. m. 28. o.) Többek között itt is megmutatkozik, hogy Horváth Barna társadalomelméleti felfogása az angolszász liberalizmus szellemében fogant előzetes metafizikai-politikai döntés vezethető vissza, amennyiben a szociológiai társadalomelmélet átfogó problematikáját a jog állammal és politikaival szembeni szupremáciájának angolszász doktrínájához igazodva tematizálja. Eszerint világnézetileg-metafizikailag *A géniusz pere* a jog és politika viszonya liberális értelmezésének perspektívájából íródott.



perspektívájából, a drámai feszültség metafizikai mélysége és végtelensége, amely a mindennapok embere számára csak az utópikus-mitikus síkján viselhető el és dolgozható fel egyáltalán. Jóllehet a géniusz, mint ahogy a világgal általában, úgy a joggal sem érintkezik “mégis a géniusz éli át a legmélyebb, a tragikus jogélményt. “Ebből visszakövetkeztethetünk arra, hogy a jogot nem akkor éljük át legmélyebben, amikor a nyárspolgári biztonság illuziójában tanuljuk, tanítjuk, alkotjuk vagy alkalmazzuk. Hanem akkor, amikor géniuszként csapunk össze vele, amikor úgy irritál, mint a gyöngykagylót a porszem, amikor életünk sisteregve porzik szét rajta, mint a hullámverésben a hab a sziklákon.”<sup>44</sup> Lényegében ez a géniusz módszertani funkciója.

Igazi géniusz ideáltipikus értelemben akkor születik, ha a társadalmi világ intézményes rendjével való tragikus összeütközés helyzete mind a géniusz, mind a világ nézőpontjából “végzetszerű és természetszerű”. A géniusz csak akkor emelkedik örökre a világ fölé, ha képes ellenállni a haláltól való félelem kísértésének és vállalja a halálos ítéletet, melynek igazságtalansága hitének végső próbája. A világot pedig csak akkor hatja át a géniusz üzenete, a szabadság utópiája, ha az elítélés, rehabilitáció és szentté avatás értékelésin keresztül, amelyek egy hosszú történelmi folyamat stádiumait határolják, a szabadságutópia aktualizálása révén visszatalál a géniuszhoz. Horváth Barna álláspontja szerint a társadalom tipikus reakciója, s ezáltal a társadalom és a társadalomtan igazi természete nem a politikai megkülönböztetésben, hanem a jog “különös kettős értékelésében” jelenik meg, amely “egyetlen aktussal töri össze és emli magasra a géniuszt”.<sup>45</sup>

*C. A géniusz mint társadalmi tünemény és funkció.* A géniusz, hangzik Horváth meglepő állítása, társadalmi tünemény. E tüneményszerűség magyarán, azaz fenomenológiailag szólva azt jelenti, hogy a géniusz strukturális fenomén, melyet mindig valamely társadalmi csoport kollektív tudattalanját egy konkrét történelmi helyzetben szublimáló-racionalizáló közösségi szemlélet teremt a konfliktus és a per mint szertartás folyamán, a kettős társadalmi értékelés ambivalens vágylogikájának és perspektivizmusának engedelmessé. Horváth dialektikus-konstruktivista tézise, amely a géniusz és jog reflexív-körforgásszerű viszonyának, funkcionális egyenértékűségüknek és egymásra vonatkozásuknak a feltételezésre épül, a következőképpen hangzik: 1. a per megteremti a géniuszt, s ezáltal a jogon belül, a társadalom mint nézőközönség “összlelkét”, kollektív tudattalanját kifejező kettős értékelésében aktualizálja a világ értelemalapjául szolgáló metafizikai szerkezetet, a lét és érvény és így tovább antinómiáját; az antinómia csak az utópikusban és mitikusban közvetíthető, s ez maga az abszurd; 2. a géniusz megteremti a pert, s ezáltal a világon belül aktualizálja a jog alapjául szolgáló metafizikai szerkezetet, amennyiben a társadalomfejlődés dialektikáját, a régi és új rend örök harcát a jogfejlődés hajtóerejévé és új értékek forrásává, azaz jogtételek érvényességtartalmává teszi. Vizsgáljuk meg a tézis első részét. A géniusz tehát elszigetelődése és kiválása ellenére sem magában való dolog, nem független a világtól. Éppen ellenkezőleg, sorsa, mint láttuk, az ember világviszonyának antinomikus szerkezetét a lehető legdrámaibb módon aktualizálja a perben. Ezért szemlélet- és tüneményszerű társadalmi konstrukcióként a géniusz funkció, azaz, a szó legszigorúbb szociológiai értelmében struktúraaktualizáció. “A géniusz, írja Horváth, nem önmagában való dolog, hanem funkció. Amikor a nagy lélek oly módon kerül érintkezésbe a környezettel, hogy a társadalmi szemlélet és értékelés kettősen, a leglesújtóbban és egyúttal a legfelemelőbben reagál rá, eltiporja és egyben felmagasztalja, akkor az, amit ez a szemlélet és értékelés abban a lélekben megpillant és így értékel: az a géniusz... A géniuszban eleve a szociologikumot, a társadalmi tüneményt kell látnunk. Ettől elvonatkoztatva nem tudnánk mit kezdeni a géniusszal. Társadalmi tüneményként tud csak kibontakozni és meteoroként felragyogva tud csak felismerhetővé válni. Nem lehet, ha nem ragyogja be és ihleti meg a társadalmat.”<sup>46</sup> A társadalmi szemlélet és értékelés a géniusz világgal való összeütközését mint politikai konfliktust

<sup>44</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere*, 7. o.

<sup>45</sup> I. m. 58. o.

<sup>46</sup> I. m. 194. o.

az ellenségge nyilvánítás aktusával a jogi eljárás keretei közé szorítja, s ezzel a génuszt lényegében a perben mint színházi előadásban teremti meg. A világ metafizikai értelemalapja a génuszban személyes sorssá s ezáltal a nézőközönség számára láthatóvá, az átélés síkján hozzáférhetővé válik. “De a per nemcsak a leghatalmasabban bontakoztatja ki a génuszt. Hanem színpadot is emel neki, ahonnan meteoriként legvakítóbban felragyoghat. Megadja neki a vértanúságot, a legnagyobb próba és a legnagyobb bukás után a legnagyobb felmagasztalást.”<sup>47</sup> Ily módon dramaturgiailag és metafizikailag a per konstruálja meg a génuszt mint utópiát és mítoszt, a per teszi a génuszt a hagyományképződés kiindulópontjává.

*D. A génusz mint jelkép.* Horváth lényegében a tézis második részében radikalizálja az újrealizmus álláspontját. A génusz teremti a pert, amennyiben a régivel szemben új értékrendet nyilatkoztat ki. Tehát nem egyszerűen metafizikai lázadó, hanem az utópikust aktualizáló forradalmár is, a régi értékek átértékelője és új erkölcsi eszmék hirdetője, aki megrendíti és megváltja a világot. A génusz forradalmár még akkor is, ha művének megtermékenyítő hatása csak a hagyományképződés lassú, évszázados útját járja, azaz ha a társadalmi világ intézményes rendje csak fokozatosan töltődik fel utópikus inspirációjával. “A saját kiömlő mártírvérével tölti fel újra a génusz a jogrendet. A jog így cseréli, így váltja tartalmát. Ilyen dialektikusan, ilyen küzdelmesen... Minden igazi jogvítás per küzdelem a jogért. Valamelyik küzdő félnek el kell buknia a per kontradiktórius természeténél fogva. Minden perben elvérzik hát a jogeset az egyik perfél értelmezésében... A jog szigorú és merev formáinak a méltányos és hajlékony erkölcsi tartalommal való folyton megújuló feltöltése ez.”<sup>48</sup> Mivel a jog normál állapotában rendszerint minden perben döntenek, a statikus jogtétel normativitása (értéktartalma) minden perben “falsebzi” a jogesetet, elfojtja az “eleven lelket” és “lemészárolja a génuszt”. Ezért minden per lényegét, lét=érvényszerű funkcióját tekintve a génusz pere, azaz minden pernek génusza van, minden per a génusz megjelenése. Horváth szerint azonban a filozófiai és vallási génusz pere fejezi ki a “leghívebben és a legdrámaibb módon ennek a folyamatnak a dialektikáját”<sup>49</sup>, mert esetük drámai rendkívülisége e normális kontradiktórius szerkezetet tragikus metafizikai konfliktussá sűríti és transzcendálja. Ezért a génusz perén mint rendkívüli eseten keresztül, egzisztenciális-funkcionális analógia révén, pillanthatjuk és érthetjük meg a perben rejlő, a minden egyes kis jogesetben lakozó génuszt, az eleven lélek bírkózását a jogintézmények világával. A per génusza tehát a jogfejlődés dialektikájának a megmutatkozása. A statikus jogtétellel *érvénytartalma*, amelyben a jog értéktartalma és értékmércéje objektiválódik és fokozatosan elidegenül az élettől, drámai konfliktusban áll a dinamikus jogeset *ténytartalmával*, amelyben a közvetlen világtapasztalatban először jelennek meg új értékek és értékelések. A jogi érték és érvényesség genezise a jogesetben megjelenő erkölcsi érték. Az erkölcsi érték a jogi eljárás tényeleme. Új érték, illetve értékelés, mint eszme és világperspektíva, lét=érvényszerűen mindig a jogeset tényszerűségének horizontján tűnik fel először, s innen új tényként relativizálja az addig abszolút érvényűnek tartott értékeszméket és értékmércéket Szókratész és Johanna esetében a politikai ellenség és a jogi vád meghatározásának alapjául szolgáló istentelenséget mint aszabeiát és eretnokséget. A génusz pere példaszerűen és paradigmatikusan mutatja fel az értékváltozás végtelen folyamataként felfogott jogfejlődés dialektikáját. “Mert éppen a génusz pere tanít meg arra, hogy a szerepek kicserélődnek. A jogeset és benne az eleven lélek, a génusz hozza az új, igazibb értékszempontot, amelyhez képest a jogtétel értékelése a merő elavult ténylegesség síkjára hull vissza. Ez az értékszempontok viszonylagossága és kicserélődése.” Horváth költői megfogalmazásainak egyikét felidézve: az érvényes jog normativitása a “maga teljes szigorával sújt le az új értékelésre, amely éppen ennek a szörnyű csapásnak a csattanásától ragyog fel és válik most már ellenállhatatlanná.”<sup>50</sup> A jogfejlődés dialektikájának szerkezeti logikája egy sematizmus,

---

<sup>47</sup> I. m. 195. o.

<sup>48</sup> U. o.

<sup>49</sup> U. o.

<sup>50</sup> I. m. 196., 197.o.

amely a géniusz perében a maga ideáltipikus tisztaságában mutatkozik meg, s rövidítve a következőképpen írható le: 1. A végső, feltétlen és megalapozó identikus lét=érvényalap a társas lélek kollektív tudattalanjában képződő vágykonfliktus. A vágykonfliktus az egyén és csoport világgal kapcsolatos ambivalens, kétértékű reakciójában kivetül és értékkonfliktusként tárgyiasul. A vágykonfliktus az élmény szublimációjának és racionalizációjának (fogalmi megragadásának) műveletein keresztül transzformálódik konfliktusos értékekké és értékelésekké. E folyamat szerkezete tulajdonképpen értelemben a géniusz megjelenésének rendkívüli helyzetében válik láthatóvá, a maga értelemszerűségében megtapasztalhatóvá, mivel a géniusz személye és sorsa teszi nyilvánvalóvá és mintaszerűvé, hogy az értékek (értékelések) vágykonfliktusok kivetülései és tárgyiasulásai, hogy a jogi érték (jogtétel érvénytartalma) eredete és paradigmája a csoport kollektív tudattalanjának létszerű funkciójaként felfogott erkölcsi érték, s hogy az értékváltozás hajtóereje az új erkölcsi és a régi jogi értékek harca. 2. Az értékkonfliktussá transzformált vágykonfliktusok végső soron a világ és a jog utópikus értelmezéseiként, a *rend* és a *szabadság* utópiáiként, pontosabban ezek örök és feloldhatatlan harcaként jelennek meg.<sup>51</sup> 3. Az új erkölcsi érték, az emberi szabadság és méltóság utópiájának hordozóját, a géniuszt politikai ellenséggé nyilvánítják a hagyományos értékeket megtestesítő rend utópiájára hivatkozva.<sup>52</sup> 4. Az erkölcsi érték mint eszme és világperspektíva a géniusz rendkívüli helyzetében a politikai konfliktus és döntés közvetítésével konfrontálódik az empirikusan és normatív érvényes jogrend értékeivel. A politikai konfliktus területéről akkor történik meg az átlépés a jogi eljárásba, amikor a géniuszt vád alá helyezik és a perben halálra ítélik. Ezzel indul be jogfejlődés folyamata, pontosabban ekkor válik láthatóvá a jogfejlődés szerkezete, mert "az érték pólusa a jogtétel pólusáról elmozdul a jogeset pólusára, kezdetét veszi az a dialektikus fejlődés, amelynek végeredménye a jogeseten felvillanó új értéktartalomnak a jogtételek tartalmába való beömlése."<sup>53</sup> A perben a jogtétel és jogeset küzdelme az igazságos döntésért folyik s lényegében értékek dialektikus fordulattal kifejezve: tény-értékek mint értékszerű tények és érték-tények mint tényszerű értékek harcaként, a rend és a szabadság utópiájának az összecsapásaként, végső soron ellentétes vágyak küzdelmeként játszódik le. A per így a géniusz teremtő művén mint döntésen keresztül válik a jogért, pontosabban a jog új erkölcsi értéktartalmáért folytatott küzdelem jelképévé. A géniusz drámája teszi a pert a jog és a jogfejlődés "rövidítő jelképévé" s ezáltal a per útján történő bírói jogfejlesztést és az eljárási jogszemléletet Horváth Barna számára paradigmatickussá. A per viszont, mint láttuk, a géniuszt teszi a világ metafizikai értelemalapjának, értelmezésünkben az abszurdnak a jelképévé, amely az eleven társas lélek ambivalens vágylogikáját közvetítő-tárgyiasító kettős értékelés megszüntethetlenségében gyökerezik. A géniusz jelképszerűségének azonban, mint láttuk, van egy megszüntethetetlen és nemcsak társadalomlélektanilag-szociológiailag kiaknázható esztétikai dimenziója is, amire egyébként Horváth indirekt, önstilizáló, dramatikusan-poetikus írásmódja kapcsán már utaltunk. A géniusz világgal vívott tragikus küzdelmére, döntésére, kudarcára és megdicsőülésére, képszerűen szólva, az

<sup>51</sup> V. ö. Horváth Barna: *Der Sinn der Utopie*, 101-131. o. A géniusz és a jog találkozása a reménytelenség és ezzel az utópikus örökkévalóságának a jelképe. Bár a jog emeli piedesztálra a géniuszt, ám a maga formáival és intézményeivel soha nem képes intézményesen megragadni a jogesetek géniuszát. (jelenkötet kézirat 47. o.)

<sup>52</sup> Ezen a ponton válik láthatóvá és értelmezhetővé az utópia ideológiává alakulása folyamatának a szerkezete. A géniusz pere és döntése jelenti a mértéket, a szerkezetváltozás kiindulópontját mint határvonalat, amelyen átlépve lényegében megkezdődik a rendutópia ideológiává válásának és a hagyomány átrendeződésének hosszú folyamata. Ettől kezdve az addig empirikusan és normatív egyaránt érvényes rendutópia (jogrend) egyre nagyobb mértékben veszi át és gyakorolja az elfedés lét=érvényszerű funkcióját, egyre nagyobb mértékben elveszíti utópiaszerűségét és értékjellegét, s fokozatosan pusztá tényszerűséggé, a fennállás mint olyan lélektelen, érzéktelen őrzőjévé válik, amely nélkülözi valódi, az utópikusban gyökerező normatív érvényességet. A szabadság utópiáját a forradalmasító tényérvényszerűség hatalmával felruházó géniusz perének tehát a történelemfilozófiai és fejlődéstörténeti (evolúciós) jelentősége abban áll, hogy e szerkezetváltozási folyamatot datálhatóvá és értelmezhetővé teszi.

<sup>53</sup> Horváth Barna: *A géniusz pere*, 197. o. A folytonosság és megszakíthatóság megszüntethetetlen kettőségében végbemenő jogfejlődés, képszerű téridőkép-zavarral ábrázolva a problémát, az egyenes és spirális vonal paradox »egyidejűségével« ábrázolható.

egyszeriség és megismételhetetlenség fénye vetül. A géniusz auratikus tünemény, mert a filozófusok és a keresztények istene által kiválasztottként személye és sorsa önmagába zárt abszolút egyedi értelemegység, azaz szerkezetileg és funkcionálisan hasonló a műalkotáshoz; pontosabban maga a műalkotás, mert semmilyen értelemben nem megismételhető és nem sokszorosítható. A géniusz-műalkotás az emberi sors értelmében egyáltalán lehetséges abszolút egyediség megjelenése és jelképe. Azonban ez az esztétikai mozzanat, szemben a romantikával, az etikai kifejeződése, mert a géniusz egyedisége az általa képviselt, megszemélyesített szabadságutópia lehetőségessé válásának, evilági megvalósulásának a jelképe. A géniusz az evilági következményekre, a politika, a vallás és jog által ráért szenvedéseire, megaláztatásaira, kísértéseire és testi halálára tekintet nélkül követi az erkölcsi törvényt, azaz tisztán lelkiismeretének legmagányosabb magányában, a hallgatás módján megnyilatkozó egyisten által rárótt abszolút kötelesség alapján, érzületből cselekszik. Ezért válik az európai hagyomány számára a legtisztább érzületetika egzisztenciális példájává és paradigmájává.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> A géniusz Horváth értelmezésében tragikus hős és a tragédia metafizikájának a jelképe, szerintünk a filozófiai és vallási hit lovagja, aki az abszurdal egyedül mer és képes szembeszegülni.

#### 4. A filozófiai és vallási hit géniusza

A géniusz, mint az ember és az isteni abszolút viszonyának erőterében létező köztes lény, a világ metafizikai közponjának keresője és megtalálója, az örök vándor, aki a jogi perben fejezi be evilági útját. A világ és a jog metafizikai értelme, mint láttuk, a géniusz által nyilatkozik meg. Ezt az értelmet a géniusz történetének utópikus-mitikus példaszzerűsége teszi egyáltalán átélhetővé és értelmezhetővé. Kérdés persze, miként, s hogy van e különbség az emberistenségek férfi és női, görög és keresztény alakjai között. Szókratész és Johanna az emberi szabadság és méltóság utópiáját személyesítette meg; mindkettő példaszzerűen képviselte művében<sup>55</sup> azokat az erkölcsi eszméket<sup>56</sup>, amelyek hozzájárultak az ókori és középkori intézményes rend felszámolásához; s mindkettő, a pogány férfi és a keresztény nő, a szexuális-erotikus élményszféra szublimációjával és misztikus racionalizációjával lépett át az értékek birodalmába.

Horváth Barna azonban az európai szellem géniuszának jogeseteivel kapcsolatos vizsgálódásainak eredményét összefoglalva mégis azt a következtetést vonja le, hogy Szókratész esete, legalább két vonatkozásban nem tipikus és nem dialektikus megjelenése a géniusznak, egyfelől a magányosságnak és a világgal való összeütközés módjának, másfelől a környezeti világ kettős értékelése szerkezetének tekintetében. Ezért Szókratészben, függetlenül attól, hogy vértanúságot szenvedett, nem a géniusz ideáltípusa, hanem annak csupán egy hiányos változata testesült meg. Szókratész magányossága, azaz istentől való elhagyottsága és a kortársi világból való kiszakadása<sup>57</sup> nem totális, s így a környezeti világra gyakorolt hatása sem szabadítja fel elementáris erővel az ellentétes vágyak harcát, az igazi utópiát és mítoszt nemző vágydialektikát. Horváth szerint, az előbbi hiányhoz hasonlóan, a döntő eltérés abban van, hogy Szókratész esetében a környezeti világ paradox kettős értékelése, a géniusz egyidejű megtagadása és feldicsőítése nem totális jellegű, mert, mint írja, “nem látjuk, ami pedig más nagy példákban igen jellemző, hogy a géniusz, aki a saját véreit és híveit is elidegeníti és elretenti magától, a világgal vívott tragikus konfliktusának fényével elbűvöli és gyakran megtéríti az üldözőit és legbőszebb ellenségeit is. Szókratész esetében nem úgy áll a dolog, mint tipikus esetben, hogy tudniillik a géniuszt mindenki megkövezi, de egyúttal mindenki meg is szereti. Hanem külön táborban maradnak meggyőződéses ellenfelei, akikre sorsa nem gyakorolta a tipikusan megrendítő hatást, és külön táborban maradnak hívei, akik mellette az utolsó pillanatig bátran és keményen kitartanak. Johanna esete e tekintetben is típusosabb.”<sup>58</sup> Szókratész a konfliktus és döntés »pillanatában«<sup>59</sup> amelynek tartama paradox módon csak az ellentétes vágyak harcának valóságos, azaz egyszerre imaginárius és tényszerű erőterében határolható körül nem válik egyidejűleg abszolút ellenséggé és szentté, mint Johanna, ezért nem mindenki kövezi meg és vannak olyanok,

<sup>55</sup> A géniusz alkotását mint művet leginkább a tettselekvés (Tathandlung) fichte fogalmával közelíthetjük meg. A tettselekvés mint funkció a kollektív tudattalan antinomikus szerkezetét teszi hozzáférhetővé, pontosabban: a géniusz a kollektív tudattalan ellentétes vágyimpulzusai kiáramlásának és jelenlétévé válásának a médiuma. A kollektív tudattalan ideáltipikusan a filozófiai és vallási hitben, az istenélmény két módozatában jelentkezik be. A géniusz autentikus szellemi állapota az extázis, egyaránt jellemző rá a misztikus és a chiliaszta elragadtatása, ami szerkezetileg rokonságot mutat a patológiával, az örülettel. A géniusz műben tárgyiasuló tudattalanja, amely az összlélek kollektív tudattalanjának az antinomikus szerkezetét aktualizálja, ezen az áron teszi hozzáférhetővé a történelmileg adott társadalom és kultúra szerkezetét.

<sup>56</sup> Horváth a következő erkölcsi eszméket nevesíti: az egyén és a nemzeti közösség erkölcsi-politikai autonómiája, a közvetlen, azaz misztikus filozófiai és vallási élmény szabadsága, a gondolkodás, a tanítás és hitgyakorlás szabadsága.

<sup>57</sup> Szókratész tanítványai hűségeselek, nincs árulója, adott számára a menekülési lehetőség, a perben nem nyilvánítják abszolút ellenséggé, ezért írja Horváth, anélkül persze, hogy a lényegi különbséget érintené “Szókratész nem olyan magányos, mint Jézus vagy Johanna”. (i. m. 192.o.)

<sup>58</sup> I. m. 193. o.

<sup>59</sup> A konfliktus és döntés pillanata a transzcendencia és immanencia találkozásának, az abszolút betörésének ideje a géniusz lelkében, pontosabban lelkiismeretében és érzületében, ezért csak a kronologikus idő dimenziójában, csak a géniuszt megtagadó és feldicsőítő környezeti világ mindennapiságának perspektívájában rendelkezik mérhető tartalommal. A per lefolyása mint a konfliktus és döntés végbemenetele ebben az egzisztenciális értelemben egy pillanat csupán.

akik az egész történet folyamán szeretik és magasztalják; ezért aztán nem is “a típusos, a szíveket egycsapásra meghódító módon” győzött és vált az európai szellemi hagyomány egyik alapítójává. Ezen a ponton azonban kritikailag meg kell jegyeznünk, hogy Horváth Barna egyszerűen megfelelkezik a görög és zsidó-keresztény világszemlélet lényegbevágó különbségeiről, amelyek az ember/világ/isten-viszony szerkezetének átélésében és értelmezésében elválasztják az európai szellem e két korszakát és gényuszát. Szókratész magányossága és elhagyottsága tipikusan görög szerkezeti fenomén, amely a filozófus és a világ tragikus konfliktusát, az ész általi megváltás és üdvözülés lehetőségébe vetett filozófiai hitet és e hitből fakadó metafizikai döntést mint szabadságutópiát teszi a kortársak, az utókor számára mint hagyományt jelenvalóvá és paradigmatickussá. Szókratész tehát az ész eszméjének mindenhatóságába vetett filozófiai hit gényuszának és a filozófusnak mint gényusznak a paradigmája. Ezt a gényuszt Platón konstruálta meg utópiaként és mítoszként egy életen át tartó értelmezési folyamatban és saját életműveként hagyományozta az utókorra. Ha pedig a filozófus kiválasztottságának és küldetésének eszmei tartalma után kérdezzük, azt kell mondanunk, hogy Szókratész életével, tanításával és vértanúságával az ész abszolút, örökkévaló és végtelen eszméjét nyilatkoztatta ki és szolgálta<sup>60</sup>, annak az eszmének volt a kiválasztottja, amelyet évszázadok munkájával a görög filozófia és tudomány fedezett fel és amelyet az európai ember és emberiség történelmének immanens teloszaként tudatosított. Így hát, legalábbis Platón értelmezésében, Szókratész volt az ész eszméjének mint abszolútnak az első kiválasztottja, a filozófiai hit első gényusza, ezért ő és általa Platón vált Európa első filozófusává, az európai filozófiai monoteizmus tulajdonképpeni megalapítójává, az ész karizmatikus mindenhatóságának első testet öltésévé.

Ezzel szemben Johanna, a zsidó-keresztény világszemlélet középkori képviselőjeként a vallási hit gényusza volt, aki nem a filozófusok, hanem a keresztények istenének hódolt, aki nem az ész, hanem a kegyelem általi megváltásban és üdvözülésben hitt. A kegyelem pedig az akarat abszolút, örökkévaló és végtelen eszméjét véges emberi értelemmel felfoghatatlan módon aktualizáló keresztény isten ajándéka az eredendően bűnös ember számára. A kegyelem lehetősége és valósága a végső, csak az igaz hitben felfogható kérdés, amely mindig emberi válaszra vár. A válasz pedig a lelkiismeret legmagányosabb, magányában születhet meg.<sup>61</sup> Az isteni kérdés és az emberi válasz kommunikálhatatlan, ezért más a vallási hit gényuszának magánya mint filozófusé.

\*

A jog drámájának mint tragédiának a metafizikája érték és tény, jogtétel és jogeset ellentétének feloldhatatlanságában, a gényusz döntése által teremtett egzisztenciális szintézis pillanatszerűségében, s magának e szintézisnek mint az abszurd elleni metafizikai lázadásnak az utópikus és mítikus jellegében rejlik mert ebben “az örökös tragikus konfliktusban, írja Horváth, nem tud semmi végleges megszületni”.<sup>62</sup> Ami emberi értelembe egyáltalán végleges, az legfeljebb egy felhívás lehet, amelyet Horváth Barna Johanna arcképe előtt tett vallomásként fogalmaz meg. Ezzel a filozófiai és vallási gényusz ideáltípusának mint utópiának és mítosznak a tudományos értelmezése a vallomás műfaji keretein belül indirekt írásmódban megfogalmazott, egyetemes érvényű felhívássá válik, amelyet a szerző a Moórnak szóló személyes üzeneten túl, ám arra mindig visszutalva a háborúban álló magyar nemzethez és az európai emberiséghez intéz: “A Johanna gényuszával való foglalkozás végül is mindenkinél személyes vallomássá válik. Ezt a vallomást szeretném itt, Johanna igazi, igaznak felismert arcképe előtt elmondani. Azt hiszem és vallom, hogy Johanna arca mindenekelőtt segíti a bátrakat. Segíti azokat, akik veszett ügyért bátran kiállnak. Segíti azokat, akik hősi lélekkel, vitézül verekszenek az ügyért, miközben a meglapuló

<sup>60</sup> Szókratész döntése, a logosz mint örök isteni világtörvény kozmocentrikus értelmezésének megfelelően, folyamatos kérdésesen mint visszaemlékezésen és ismétlésen alapul.

<sup>61</sup> Johanna döntése, a logosz mint abszolút szuverén teremtő isten teocentrikus értelmezésének megfelelően, az isteni önközlésre mint kérdésre adott válasz, a kegyelem elfogadása, azaz Jézus utánzásaként visszaemlékezés és ismétlés, de a folyamatos válaszolás és nem a kérdésés módján.

<sup>62</sup> Horváth Barna: *A gényusz pere*, jelen kötet 198.o.

okosak hátul kényelmes menedékben nevetik őket. Segíti azokat, akik félvállról tudják venni a nélkülözést és szenvedést, akik megvetik a félelmet. Akik magas célokért eldobják a kényelmes életet. Segíti azokat is, akik a humorral és gúnnyal védekeznek az élet támadásaival szemben. Segíti azokat, akik nem hagyják, hanem minden helyzetből kivágják magukat, akik sohasem csüggednek. Segíti azokat, akik a felvállalt ügyszökhöz hűek, akik bizalommal mindvégig kitartanak. Akik az ügyért mindent eltérnek és minden nehézséget legyűrnek. Segíti a híven gyürközőket. Segíti azokat, akiknek élénk politikai meggyőződése, hivatás- és küldetésstudata van. Segíti azokat, akiknek ég a lelke az igazságosságért. Segíti azokat, akiknek lelke forrongva fellázad az igazságtalanság és elnyomás ellen. Segíti azokat, akik a természetben, az erdei magányban, a falevelek suttogásában keresik és hallják a csend misztikus hangjait, a szellemvilág jeladásait. Segíti bizonyosan a magányosokat. Segít mindenkit, aki elvágyódik és az elszakadás pillanatában elfogja a halálfélelem. Mert Johanna nem ismeri a félelmet. Segít mindenkit, aki a testi szerelemből magas célok felé vágyódásig tud emelkedni. Mindenkit, aki nyers állati vágyait szublimálni tudja. Mindenkit, aki szent módjára, tehát forróbban, izzóbban, átszellemültebben tud szeretni, aki nem földi asszonyt vagy férfit, hanem misztikus magasságot, feladatot, a túlvilág levegősebb, nagyobb lélegzetű dolgait tudja szeretni. Segíti a tiszta szívű katonát és politikust. Segíti a parasztot és a népet, amikor arról van szó, hogy feltámad az idegen elnyomás ellen, amikor maga veszi kézbe sorsa intézését, amikor lesöpri az asztalt, hogy romlott vezetőinek a helyes utat kijelölje, hogy a maga őseréjének mélységeiből hozza fel a kincset, amelyekkel pótolja a vezetés fogyatékoságát. Johanna segíti végül a nemzetet, amikor arról van szó, hogy róla nélküle a legszebb birodalmi és nemzetközi tervek kedvéért se döntsenek és határozzanak.”<sup>63</sup> És a világ rendje helyre áll üzeni a magyar jogfilozófia sértett és rejtőzködésre kényszerített génusza egy nőnek, a vallási hit géniusának az arcképére tekintve.

---

<sup>63</sup> I. m. 86. o.

# **Violence in criminal procedures (The subjects of secondary victimization) by Csaba Fenyvesi**

## **1. The place and role of violence in criminal procedures**

In constitutional democracies, rules set down in writing that are both accessible and applicable to all (prosecutorial laws) are used in prosecution, the goal of which is to ensure the lawfulness and fairness of the procedure by which crimes are brought to light and by which the penal code is brought to bear against the perpetrators of criminal activity. By their mere existence as directives to be followed, prosecutorial laws carry with them – or at any rate are supposed to carry with them – a symbolic threat, not unlike that in days gone by of “the cane on the primary school wall”<sup>1</sup>. In the classroom the cane occasionally had to be put to actual use, the same is true in the practice of prosecution, to a greater extent, even. We cannot claim that the eventual use of violence is an essential precondition of all prosecution, but it should nevertheless loom in the background, thereby helping to ensure the voluntary compliance and peaceful behavior of the participants and so preventing the need to take the cane down off the wall in the first place.

Both theoretical and practical research have shown that those who have committed a crime – either due to human nature or in response to their own instincts – will try to avoid being held accountable for their actions, attempting to obstruct the authorities in their attempts to ascertain, in turn, the facts of the case through comprehensive investigation, the precise reconstruction of past events, damning and aggravating evidence (or even, occasionally, exonerating or extenuating evidence) as well as circumstances directly linked to the crime being committed. Such behavior goes some way towards providing the authorities with a basis for justifying the necessity of violence. It is no exaggeration to assert that if the threat represented by violence and other uses of force were taken away, the implementation of prosecutorial laws and law enforcement would not be effective and it would be impossible to achieve the standards demanded by society.

The other fundamental pillar supporting the use of violence is the existence of a high-level interest, namely a criminal-political interest, by which all members of society demand that successful law enforcement and the enforcement of criminal law be categorically upheld. The force of the belief is so strong that it provides a solid basis for the implementation of otherwise undesirable state-implemented violence. State-implemented violence can also exist in constitutional democracies, insofar as it is carried out in

---

<sup>1</sup> The expression can be found in Ákos Farkas: “A falra helyezett nádpálca”. Osiris, Budapest, 2002., p. 91



compliance with constitutional rights and within the specified limitations.<sup>2</sup>

## 2. Differentiation between necessary-legal and unnecessary-illegal violence

Now we come to the differentiation between legal and illegal (lawful and unlawful or official and forbidden) violence within criminal procedure. Legal violence is that which is defined and permitted first and foremost by the Constitution, and secondly by the Act of Criminal Procedure (1973/1, Hungary) and other legal regulations connected to it (e.g. those governing the police, the border guards, the inland revenue and customs as investigating organizations, Act of Prosecution etc). A legal basis for violence does not in itself justify the use of violence in every case, as it is a serious interference with human rights. Law enforcers can resort to violence only under certain specific conditions in accordance with strict criteria; these criteria are necessity and proportionality.<sup>3</sup> *Necessity* stems from that which is unavoidable, otherwise unworkable or unconditionally required, while *proportionality* requires that the principle of the minimum be followed, that is to say, the mildest violence or form of violence applicable to a situation must be applied. The violation of both these requirements (necessity and proportionality) is a serious offence against norms and also a breach of individual constitutional and prosecutorial rights.

The Act of Prosecution in Hungary (hereafter AP) states that “in criminal procedure personal rights and other rights of the citizen must be respected, and those can only be restricted in the cases and in the ways specified herein. In the course of the process the authorities must ensure that any resort to force does not impinge on the rights of the citizen.” (4.§ 1-2)

Seen in negative terms, any form of violent behavior not corresponding to the above requirements is forbidden. Seen in positive terms, I consider the definition of unlawful violence set out in 76.§ (8) of the Police and Criminal Evidence Act (UK, 1984) as acceptable. According to this, oppression includes torture, inhuman or degrading treatment,

---

<sup>2</sup> As Ákos Farkas clearly states, “a successful justice system must have effective instruments for making criminal investigation and punishment possible, for providing help in overcoming obstacles that appear in its path – even without the involvement of the defendant – in order to implement the penalties required by the state. The authorities involved in the above system are each led by a different objective, however:

- for the police, it is to improve crime-fighting statistics,
- for the prosecution, it is to win as many cases as possible,
- for the courts, it is to conclude as many cases as possible with a minimum of successful appeals,
- for the prison system, it is for the time of the sentence to be served with as few problems as possible.

These objectives often clash not only with one another but also with legal objectives. In the interests of achieving their own objectives, the authorities attempt to find more and more ways of interfering with the rights of the individual.

On the other hand there is the defendant, who demands a fair trial, the observation of prosecutorial rules, the protection of his rights and a constitutional investigation. Finding the right balance is a extremely difficult, a challenge in itself for a court of constitution.” Ákos Farkas, “ Alkotmányosság és büntetőeljárás” in *Kriminológiai és kriminalisztikai tanulmányok*. Vol. 30, 1993., p. 45.

<sup>3</sup> The criteria – given that violence features in them both – share similarities with the requirements of the enforcement of justified defence, where both the theoretical literature and law enforcement require necessity, proportionality, directness (direct attacking) and unavoidability.

as well as the threat of torture or violence falling short of torture.

### **3. The characteristics of violence in the four main stages of the criminal procedure (investigation, interim, hearing, penalty enforcement)**

The Act of Prosecution summarizes the task of the investigative authorities in the following way: “The task of the investigative authorities is to conduct a fast and thorough investigation of crimes and also to take the necessary steps to call those responsible for committing crimes to account for their actions.” (AP 16.§ (1)). The requirement of speed and thoroughness also appears in the sections of the laws of criminal procedure dealing in practical terms with criminalistic requirements (concerning the tactics of investigation). The significance of the so-called *erster Angriff* “first strike”<sup>4</sup> is an extremely important factor in the success of the entire criminal procedure. Let us consider, for example, what happens when someone is caught in the act of committing a crime. The person in question is apprehended and brought forth, then there is the primary collection of facts and immediate detective activity such as search of the surroundings, house and body search, detainment and taking into custody. Practically each phase contains within it an abuse of human rights, and, in cases where resistance is met, violence committed by the authorities and restriction of rights also occur. Of all the phases mentioned above, the process of apprehension is special, in that the public supports the right of individuals to use force in order to help them apprehend the perpetrator of a crime. Here, too, the notions of necessity and proportionality come into effect, the right to use violence legitimately is not to be abused, and the authorities are to be informed immediately so that the apprehended party may be handed over. In practice, this is the cause of numerous conflicts. Confronted with someone who is emotionally overloaded, generally offended and behaving threateningly towards them, their family, or other people or assets, people very often take the law into their own hands, and act like judge, jury and executioner, abusing the perpetrator unnecessarily and without reason and using excessive violence.

The law enforcers have also been known on occasion to use violence to excess themselves. Despite the two centuries-old principle that an individual is innocent until proven guilty, some suffer unjustified and illegitimate violence on the basis of “presumed concealment of guilt”<sup>5</sup>, because of “the passion for the hunt” or even in order to create a distorted profile of statistical success. The violence can be physical, psychological, or a combination of the two. It can be seen in its most varied forms at the beginning of the procedure (threatening with arrest, threats made in connection with the children, family or workplace of the individual concerned, physical assault and so on, to list just a few by way of example.)

Given that an investigation is by its very nature confidential (not in the public domain), the multitudinous restrictions on rights of protection and instruments of duress – including

---

<sup>4</sup> Flórián Tremmel, Csaba Fenyvesi *Kriminalisztika tankönyv és atlasz*. Dialóg-Campus, Budapest-Pécs, 1998. p. 242

<sup>5</sup> See Ákos Farkas, Pap Gábor: “Alkotmányosság és büntetőeljárás” in *Kriminológiai és kriminalisztikai Évkönyv*, Budapest, 1993, p. 45.; Jerome Skolnick: *Justice Without Trial*. New York, 1994. p. 112.; István Szikinger: Az ártatlanság védelme - alkotmányos alapelv” in *Belügyi Szemle*, 1989/3. p. 8.

conditions of containment in serious abuse of human rights<sup>6</sup>, custody<sup>7</sup>, temporary enforced rehabilitation – demonstrate the extent to which law enforcers able and willing to abuse the law are in a position to do so. If we look through the Hungarian files on maltreatment during official procedures, we see that in nearly every case the maltreatment occurred either in the phase immediately prior to the start of the criminal procedure or during the initial investigative phase (most often police investigations). In other words the authorities use illegitimate violence<sup>8</sup> with an eye to criminalistic and prosecutorial success, attempting to elicit facts about the case at such a time when no counsel for the defence is present.

In the second phase of the criminal procedure, or interim, when it is the public prosecutor who decides on what direction the process will be taking, and in the preparatory phase of the trial, during which the court examines the documents in connection to the trial before its actual commencement, examples of unlawful violence – above and beyond the legitimate violence of measures implemented under duress - are uncommon. In this phase acts of investigation and contact<sup>9</sup> with the participants in the trial, especially the defendant, happen only in exceptional circumstances.

In the third phase of the criminal procedure, the court trial phase (of the first and second instance, and remedial phase) the court council and the principal judge have the right to order the use of force (taking someone into custody, having them expelled from the hearing or removed from the building, etc.) Instances of illegitimate violence might include the judge overseeing the trial and the witness interviews in an excessively authoritarian style reminiscent of an interrogation. Here we might see the kind of overly coercive, excessively contrived, we could even say violent behavior on the part of the judge who, in a situation where the accused refuses to give evidence, begins an interrogation about the reasons for this stance, bombarding the accused with questions concerning the merits of the case. Defendants refusing to give evidence must not – cannot – be asked questions, as that would be giving evidence. Any intent on the part of the judge to do this, either in a concealed or open way, constitutes illegitimate pressure and is a further burden on the already

---

<sup>6</sup> The European Community's Committee on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment carried out inspections in Hungary in 1992 and 1994. The report of November 1994 states that "The danger of abuse while in custody is reduced if provision is made for those taken into custody to notify relatives and request a doctor or lawyer immediately after being taken into custody... The Committee stressed that individuals are entitled to the above rights from the moment that they are forced to remain at a police station, and that in any case where restriction of these rights occurs, the authorities must justify the necessity of the restriction in writing. It was also deemed necessary that any such implementation also be authorised by a lawyer or judge, who would also be responsible for setting the precise duration of the restriction." For further details, see the report *Összefoglaló tájékoztató az Európa Tanács Kínzás Ellenes Bizottsága (CPT) in Kriminológiai Közlemények 1996/53 p. 50.*

<sup>7</sup> Further details of its anomalies can be found in Csongor Herke's monograph : "A letartóztatás" Dialog-Campus, Budapest-Pécs, 2002. pp.1-366. and in Erika Róth "Emberi Jogok kontra fogvatartás a büntető eljárásban" in *Acta Humana - Emberi jogi közlemények 1995/20 pp. 3-87.*

<sup>8</sup> On the subject of the duress of custody in the investigative phase, it is worth noting that in the United States "the Miranda verdict established a practically unshakeable presumption, when it deemed interrogation while in custody to be ab ovo duress, against which the defendant is legally entitled to protection." J.D. Grano: "Miranda's Constitutional Difficulties: A Reply to Professor Schulhofe" *The University of Law Review 1988/Jan pp. 174-178*, quoted in István Szikinger "Miranda-ügy" *Belügyi Szemle, 1990/3., pp. 111-119.*

<sup>9</sup> During the interim phase, it is the duty of the public prosecutor to interrogate the accused held in custody, and contact can therefore occur at this time, but I have never come across illegitimate violence in such situations, neither in legal literature, nor in my personal practice.

“enormously disadvantaged defendant.”<sup>10</sup>

The fourth phase of the independently regulated criminal procedure is that of sentencing. The defendant now has the legal status of convict, and as such is even more unprotected and exposed. In the confined and strictly ordered prison environment, the convict can only maintain sporadic contact with a lawyer – assuming that he/she has one – and the assumption of innocence until proven guilty is no longer valid, since a verdict has been brought with the full force of law. The opportunities for appeal are slim, and in front of the sentencing judge the principle of contradictories is not complied with fully. The “defender” of the rights of the convict is the same public prosecutor who has often affected the status of the convict by seeking a negative verdict, but who can now act in the role of warden of justice. In an institution in which external regulation hardly ever occurs in practice, there are countless ways in which the defendant can suffer from legitimate and illegitimate violence.<sup>11</sup>

#### **4. The recipients of secondary victimization in the criminal procedure**

In the four distinct phases of the criminal procedure, the defendant is not the only one who can suffer legal and illegal violence. As their names suggest, both the victim of the crime and the witness to the crime can end up on the receiving end of violence within an investigation. Special consideration needs to be given to the plight of the victim, who has to undergo voluntarily the tribulations of the whole procedure in addition to having suffered unlawful violent attacks against his or her person, rights or property. The violence in question can wound in many ways and cause different types of damage, be it emotional, physical, financial, temporal and so on. These different kinds of violence can happen at the same time with overwhelming effect. When this is combined with incompetent and rough police officers (or other authorities) who are often biased and prone to treat victims and witnesses as if they were themselves under suspicion, and with the indiscrete, insensitive and humiliating nature of the – sometimes multiple – interviews, it all serves to increase the boorishness of the entire situation.<sup>12</sup> Then there is the severity of the occasional medical examinations, the tension caused by the ever-present procedural bureaucracy and the depressing impact of force. Young people and children need to be given special consideration, as those with vulnerable or damaged emotional development are particularly at risk of victimization at the hands of the grown-up authority’s seeming omnipotence. In such cases, because of the age of those concerned, the authorities are required to make provisions to ensure that the standard interview procedure cannot be applied.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Flórián Tremmel *Magyar büntetőeljárás*, Dialóg-Campus Budapest-Pécs, 2001 p. 95.

<sup>11</sup> Indications of human rights violations in the sentencing phase of the process are evident in the fact that “the European Court of Human Rights received the most complaints (40%) from those held in custody.” György Vókó “Az elftétek jogi helyzetéről, mint reszocializálásuk kiinduló pontjáról” in *Jogtudományi Közlöny*, 1989/12 p. 626.

<sup>12</sup> To illustrate this observation, consider the fact that some police interview rooms are plastered with photographs of naked women – often pictured in bizarre poses or with men – and imagine such a room being used to interview the female victim of sexual assault.

<sup>13</sup> One such case that is both distressing and, from a criminal-tactical view, abhorrent, is that of a child or juvenile forced to give evidence as a witness against a close relation, for example, father, who has committed sexual abuse against them but is denying it.

There are usually between five and seven witnesses called during the course of a trial, and they, too, can become victims of both kind of violence. They can be forced to attend, be subject to various investigations and be made to remain in a particular place, etc.<sup>14</sup> At the same time, it is possible that they could become the victims of illegitimate threats and violent actions, seeing as current legislation does not even allow them to have a lawyer.<sup>15</sup>

Others who might suffer forced measures include victims of confiscation, who themselves are neither defendants nor witnesses to a crime. Think here of the shocked owner of a second-hand car who discovers that it is being forcibly confiscated by the authorities due to its involvement in an earlier crime (theft, smuggling, etc.)

## 5. Victimization catalysts and their functions

The harmful effects of violence (be it legitimate or illegitimate) carried out by the authorities can be reduced by organizations within the institution of Hungarian criminal procedure and also by outside individuals and organizations. These are, in my opinion, the agents of authority (the head of the investigation, the prosecuting lawyer, the judge), the defense counsel, and also external individuals and organizations such as the Constitutional Court, ombudsman, and various organizations for the protection of the legal rights of individuals, such as the Helsinki Convention. All these parties - especially the prosecuting lawyer, who has special status – have a fundamental obligation to guard against violence by the authorities and secondary victimization. They have the chance to make an impact in the first case, however in the latter case they cannot help much, since violent acts usually happen close to the committed crime in terms of place and time, meaning that they can very rarely be present. Since the participation of the defense counsel in the investigation is restricted, his or her role is even smaller. Moreover, empirical studies dating back several decades have shown that barely a third of defendants receive the formal protection of a lawyer, and that two-thirds of those lawyers are publicly appointed. Thus, only ten per cent of all defendants receive the kind of “effective” defense stipulated by the European Convention and Court of Human Rights.<sup>16</sup>

The struggle of outside organizations against the use of such violence can take effect only after the event, and only reaches the victims and perpetrators after a series of phases, so is less effective than the implementation of internal “catalysts” during the investigation itself.

---

<sup>14</sup> According to the Act of Criminal Procedure “the authorities are required to inform the participants of the procedure of their rights and remind them of their responsibilities.” (4.§ par. 3) Witnesses often feel that the latter is taken to extremes.

<sup>15</sup> This is due to change as of July 1 2003, when the new Act of Criminal Procedure will rightly give the witness the right to a lawyer.

<sup>16</sup> For further details, see Teréz Nagy Szaboné: “A vétségi nyomozás a gyakorlatban” *Belügyi Szemle*, 1983/10. p.28; Mihály Tóth: “Nyomozás és védelem” *Magyar Jog*, 1989/4. p. 350; Anna Kiss: “A védő szerepe a büntetőeljárásban” *Kriminológiai és Kriminológiai tanulmányok XXVIII.* Budapest, 1991. p.177; Csaba Fenyvesi: “A védői jogállás empirikus vizsgálat tükrében” *Belügyi Szemle*, 2001/2. p. 37 and, by the same author: “A kirendelt védői intézmény problematikája” *Jogelméleti Szemle*, 2001/4.

## **6. Potential ways to reduce violence in criminal procedures and secondary victimization**

I believe that because both the distortion of permitted violence and unlawful violence have the same source and share the same diseased roots, that they can be cured in the same way, by improving the selection not only of those who apply violence, in particular detectives and initial investigators, but also of those employed in the field of penalty enforcement; improvements also need to be made to increase their preparedness and to improve their knowledge, experience and self-confidence.

For the above requirements to be implemented, a particularly competitive system of admissions would also be needed, in which candidates and employees of a violent disposition as revealed through personality traits or lack of self-control would be rejected or dismissed. Successful candidates would also need to demonstrate a high-level awareness of – and ability to implement – the following: theoretical law (the management of police materials and procedures), criminalistics (the tactics and techniques of criminal methodology), psychology (the psychology of criminal imprisonment) and conflict resolution.

Within the penal procedural system, it is imperative that the role, presence and significance of the “catalysts” (especially the authority in charge, defense attorney and lawyer of prosecution) be increased, both from a theoretical and an operational standpoint.

### **Summary**

A few closing thoughts and conclusions:

The practice of criminal procedure shows that the legislative threat (“cane on the wall”) is in itself ineffective for fulfilling desired law enforcement and crime prevention objectives. The use of legitimate violence and measures of force (the use of the cane) is therefore required. The criminal procedure itself is a repository of force, pressure and obligation; we cannot speak of a “velvety” prosecution, but, at best, of a considerate one. The truth of this statement is most readily seen in the case of those involved in organized crime – they are not known for being overly scrupulous in their choice of methods and instruments, and yet even so the constitutional and legal limits must not be overstepped. The use of violence cannot be high-handed, autocratic, excessive or disproportionate – neither in degree nor in time; legislators and the agents of law enforcement must maintain a delicate balance between the permitted use of violence and the human rights of the defendant (and other participants).

In the course of the criminal procedure it is not only the defendant who, as “main character”, is forced to suffer and bear legitimate violence; other participants also undergo the same

treatment whilst also, unfortunately, falling prey to the scourge of illegitimate violence. The overall impact of such treatment can be at times so great that it goes far beyond the disadvantages and offences actually caused by the crime itself. This is highly damaging, both to the individual concerned and to the chances of successful subsequent prosecution. Secondary victimization is a real phenomenon in Hungarian practice, and its prevention should be both a priority and a responsibility for all legislators and law enforcement agents, as well as for those official and unofficial "victimization catalysts."

# Jakab András

## A magyar jogrendszer alapelemei

Ebben a tanulmányban a magyar jogrendszer alapelemeit vizsgálom. Célom a magyar jogrendszer átfogó jogszabálytani vizsgálatához előtanulmányt készíteni, a majdani elemzéshez szükséges fogalmi keretet megalkotni.<sup>1</sup>

### 1. A használt jogfogalom

A vizsgálat megkezdése előtt szükséges tisztázni az általam használt jogfogalmat – persze csak olyan mélységig, amennyire ezt a tárgyalandó téma a későbbiekben igényli. Evvel csupán az előfeltevéseimet szeretném világossá tenni, nem pedig jogbölcseleti gondolatokba bonyolódni.

Álláspontom szerint a jog leginkább mint **strukturált tömegpszichózis** jellemezhető. Mit jelent ez? Nézzük egyenként a fogalmi elemeket!

A jog azért **tömegpszichózis** jellegű, mert egy norma attól válik jogi normává, hogy azt joginak **hiszik**.<sup>2</sup> Maga a jogrendszer is csak addig létezik, amíg hisznek a létezésében. Ha ez a hit megszűnik, akkor az adott jogrendszer is megszűnik létezni.<sup>3</sup>

Ha az egész társadalom felébred ebből a tömegpszichózisból, azt forradalomnak nevezzük (*Rechtsbruch*), de ha csak néhány ember, akkor csupán örült anarchistákkal van dolgunk, akiket jobb lesz minél előbb börtönbe dugni, mielőtt felébresztik a többieket. Ez (ti. a jogsértők megbüntetésére) egyébként főleg arra szolgál, hogy a többiekben (és persze az illetőkben is) megerősítse a hitet (ha úgy tetszik: illúziót) a jogrendszer létezésében. Ezt úgy is ki lehet fejezni, hogy egy jogrendszerről csupán akkor mondhatjuk, hogy létezik, ha többé-kevésbé (*im grossen und ganzen*) hatékony is – különben hamar elszáll a társadalom tagjainak hite ezen jogrendszer létében, s ezáltal maga a jogrendszer szűnik meg. Ezt a hitet aztán csak igen fáradságos munkával (nevezetesen annak következetes és sokszori bemutatásával, hogy a jogsértők megbüntetésére kerülnek) lehet helyreállítani.

No de mitől **strukturált** ez a tömegpszichózis? 1. Egyrészt attól, hogy nem egy amorf-evolutív módon alakul ki, hanem meghatározott eljárások (pl. törvényhozás) során alakítható ezen hit

---

<sup>1</sup> A dolgozat elkészítéséhez nyújtott hasznos tanácsaiért köszönettel tartozom CSERNE Péternek, POKOL Bélának és TAKÁCS Péternek.

<sup>2</sup> Hasonlóképpen Georg JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Julius Springer <sup>3</sup>1922) 332. o. (“A jog eszerint az emberi elképzelések része, a fejünkben létezik; a jog közelebbi meghatározása pedig arról szól, hogy tudatunk tartalmának mely része tekinthető jognak.”) és 371. o. (“Minden jog végső alapja az érvényességébe vetett, mással nem magyarázható [...] meggyőződésben rejlik.”)

A jog hit-jellegéből következően a jogtudománynak és a teológiának rokon vonásai vannak. Ehhez ld. Julius KRAFT: “Über das methodische Verhältnis der Jurisprudenz zur Theologie” *Revue Internationale de la Théorie du Droit* 1928/29. 52-56. o.

<sup>3</sup> Általában minden normarendszer (erkölcs, illem) így működik.



tartalma, 2. másrészt pedig attól, hogy nem egy amorf közvélekedés határozza meg, hogy mi az, amit el kell hinni, hanem külön erre a célra létrehozott intézmények (pl. bíróságok, alkotmánybíróságok), s ezt aztán a többiek is elhiszik.<sup>4</sup> A strukturáltság abban is jelentkezik, hogy ezen intézmények között meghatározott hit-viszonyok vannak: pl. Magyarországon az AB elhiszi az Alkotmány alatti jogszabályok értelméről azt, amit a jogalkalmazó szervek (pl. bíróságok) arról mondanak;<sup>5</sup> egy parlamentnek pedig el kell hinnie, amit egy AB az alkotmányról mond (az alkotmány azt jelenti, amit az AB jelentésként tulajdonít neki). Ez a strukturáltság különbözteti meg – többek közt – a jogot pl. a társadalmi erkölctől és illemtől.<sup>6</sup>

## 1.1 A jogtudomány feladata

Kérdés ezek után, hogy mi a jogtudomány feladata egy ilyen jogfogalom feltételezése esetén. Álláspontom szerint a jogtudomány legfontosabb feladata a jog fogalmi **rendszerének** összehajósítása.<sup>7</sup> A jog fogalmi rendszere (**dogmatikája**) alapvetően kétféle fogalomtípusból épül fel: pozitív jogi és jogelméleti fogalmakból. A pozitív jogi fogalmak a normatív aktusokban (pl. törvényekben) található fogalmak; a jogelméleti fogalmak pedig a jogtudósok által alkotott, a jogrendszer működésének magyarázatát segítő fogalmak (pl. a jogforrási hierarchia vagy a normatív aktus fogalma).<sup>8</sup>

A feladat tehát kettős: egyrészt a **pozitív jogi fogalmaknak** pontosan kicsiszolt tartalom adása (mind ellentmondás-mentességi, mind társadalmi célszerűségi szempontok figyelembevételével), másrészt **jogelméleti fogalmak** alkotása (ill. már megalkotott jogelméleti fogalmak felülvizsgálata). A pozitív jogi fogalmak esetében tehát a jogtudós megpróbálja a jogalkalmazókkal **elhitetni**, hogy az illető fogalmak tényleg azt jelentik, amit ő ír róluk,<sup>9</sup> a jogelméleti fogalmakról pedig azt is el kell hitetni, hogy érdemes (célszerű) őket használni. Míg tehát a pozitív jogi fogalmaknál csak egy kérdés van: “mit jelent(sen) ez vagy az a fogalom?”, addig a jogelméleti fogalmaknál kettő: 1. “**érdemes-e használnunk** ezt a fogalmat (vagy egyszerűen csak feledkezzünk meg róla)?” és 2. “ha érdemes használnunk, akkor mit jelent(sen)?”. Persze ha egy jogelméleti fogalmat beemelnek a pozitív jogba

---

<sup>4</sup> Vö. Herbert HART: *A jog fogalma* [ford. TAKÁCS Péter] (Budapest: Osiris 1995) 39-65. és 114. o. aki szerint épp abban rejlik a jog sajátossága, hogy nem csupán kötelezettségeket és jogokat határoz meg (elsődleges szabályokat), hanem ezen szabályok megváltoztatására, értelmezésére (alkalmazására) és érvényességük megállapítására is vannak szabályai (**másodlagos szabályok**). Vö. még hasonlóan Léon DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel* (Paris: Fontemoing 1921) I. kötet 36-47. o. (a *regles de droit normatives* [= HART-féle elsődleges szabályok] és a *regles de droit constructives ou techniques* [= HART-féle másodlagos szabályok] közti különbség)

<sup>5</sup> Vö. az 57/1991. (XI. 8.) AB határozatban mondottakkal: “a jogszabály tartalma és értelme az, amit annak az állandó és egységes jogalkalmazási gyakorlat tulajdonít.” A témához (**élő jog**) ld. SÓLYOM László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon* (Budapest: Osiris 2001) 296-299. o.

<sup>6</sup> Azt, hogy az állami kényszer mennyiben különbözteti meg a jogot pl. az erkölctől, ehelyütt nem vizsgálom. Ennek két oka van: 1. a dolgozat későbbi gondolatmeneteihez nincs szükségünk ennek tisztázására, 2. a kérdés vizsgálata hosszú lenne, s ez szétörnén a dolgozat szerkezetét.

<sup>7</sup> Magyarországon ehhez jelentős segítséget adhatnak a német és osztrák jogtudomány dogmatikai eredményei. Ezek átvétele – persze kellő elővigyázatossággal, a magyar viszonyokra figyelemmel – még jó ideig szükséges a magyar jogtudomány szocializmus alatt beszerzett (elmélyült) lemaradásának ledolgozásához. Azért érdemes épp ezekhez az országokhoz – és nem az angolszász világhoz – fordulni, mert 1. egyrészt hasonló **jogi kultúrájú** országokról van szó, 2. másrészt pedig mert 1945 előtt a magyar jogi gondolkodást jelentős mértékben ez a típusú (stílusú) jogi gondolkodás határozta meg, s ennek nyomai mind a mai napig érzékelhetőek. Ezt a félig-meddig elhanyagolt szálát kell ismét felvennünk.

<sup>8</sup> Vö. **Jakab András**: “A norma szerkezetének vizsgálata” *Jogelméleti Szemle* [www.extra.hu/jesz] 2001/4., kül. A *jogelméleti és a pozitív jogi fogalmak természete* részt

<sup>9</sup> Amennyiben ezt sikerül elhitetni, akkor az adott fogalom jelentése tényleg azzá válik, amit hisznek róla. Vö. SAJÓ András: *Kritikai értekezés a jogtudományról* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1983) 25-26., 108-109. o.

(magyarul szövegszerűen megjelenik egy normatív aktusban), akkor az pozitív jogivá válik, és többé már nem tehetjük fel vele kapcsolatban az “érdemes-e használnunk?” kérdését.

A kérdés ezek után, hogy mikor érdemes (célszerű) egy jogelméleti fogalom használata? Akkor, ha hozzájárul ahhoz, hogy a problémákat jobban megértsük és átlássuk.<sup>10</sup> A jogelméleti fogalmak ugyanis lényegében **segédfogalmak**: a magyarázatot segítik.

Egy pozitív jogi fogalom meghatározásáról, pl. arról, hogy mi is az a lopás, lehet azt mondani, hogy igaz vagy hamis, hiszen van egy világos és egyértelmű **mércénk**, nevezetesen a törvény. Pl. a Btk. 316. § (1) bek. szerint “*Aki idegen dolgot mástól azért vesz el, hogy azt jogtalanul eltulajdonítsa, lopást követ el.*” A lopás minden ettől eltérő definíciója hamis.

A jogelméleti fogalmak azonban ennél sokkal **bonyolultabbak**. Esetükben nincs közvetlen mérce<sup>11</sup>, az egyetlen, ami számít, az a célszerűség. Célszerűség alatt az értendő, hogy melyik fogalmi konstrukciónak jobb a **magyarázó ereje**, azaz melyiknek a keretei közt lehet 1. a legtöbb jogi jelenséget 2. ellentmondásmentesen és 3. a lehető legegyszerűbben magyarázni (4. bizonyos körülmények között a magyarázó erőn túl ideológiai-politikai megfontolások is szerepet játszhatnak<sup>12</sup>).

Ez a dolgozat ebben a szellemben törekszik (az ésszerű terjedelmi határok között) **ellentmondásmentes és áttekinthető rendszerben** leírni a magyar jogrendszer működésének és felépítésének néhány kérdését.<sup>13</sup>

## 2. A magyar jogrendszer alapelemei

Lássuk ezek után, hogy milyen alapelemekből épül fel a magyar jogrendszer.

### 2.1 Jogi aktusok

Első lépésként megpróbálhatjuk a magyar jogrendszert jogi aktusokból felépíteni. No de mik ezek a jogi aktusok?

A jogi aktusok olyan aktusok (cselekedetek), amelyekről azt hisszük, hogy megtételük esetén keletkezik egy normatív vagy egyedi jogi rendelkezés.<sup>14</sup> Jogi aktusnak nevezzük egyrészt magát a cselekedetet (pl. törvényhozás), másrészt az annak eredményeképpen létrejött

<sup>10</sup> Vö. Friedrich KOJA – Walter ANTONIOLLI: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Wien: Manzsche 1996) 2. o.

<sup>11</sup> Hacsak nem olyan jellegű kijelentésekről van szó, hogy “PESCHKA jogszabály-fogalma a következő: ...”, vagy hogy a “jogszabály fogalma alatt ezt és ezt szokták érteni”. Ezekben az esetekben természetesen lehet azt mondani, hogy a kijelentés igaz vagy hamis. Ezek azonban szekundér jogelméleti állítások voltak, azaz arról szóltak, hogy mások mit mondtak. Egy primér jogelméleti állításnál azonban (tehát ahol mi állítunk föl egy jogelméleti magyarázatot) nem ez a helyzet.

<sup>12</sup> Pl. a jogági felosztások ideológiai háttéréről ld. Robert WALTER előadását in: *Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung. Gespräch über Wege zur Vermeidung der Zersplitterung des Privatrechts und zur Überwindung des Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht in Strobl am Wolfgangsee am 6. und 7. Juni 1969* (Wien: Kommissionsverlag der Manzschen Verlags- und Universitätsbuchhandlung é. n.) 49-62., kül. 50-53. o. A joglépcsőelmélet politikai-ideológiai háttéréről ld. Theo ÖHLINGER: *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte* (Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1975) 32-34. o.

<sup>13</sup> A jogtudomány ezen felfogása **nem** valamiféle öncélú **rendszerimádat**, hanem a **jogbiztonságból** származó követelmény. Sőt, tovább fűzve a gondolatot: maga a jogbiztonság sem öncélú követelmény, hanem a kiszámíthatóság révén a társadalom (ill. a gazdaság) hatékony működését szolgálja.

<sup>14</sup> Megjegyzem, hogy azt a jelenséget, miszerint egy a fizikai valóságban (a *Sein*-ban) történő eseményről azt **hiszük**, hogy az változást hoz létre a jogi világban (a *Sollen*-ban), beszámításnak (*Zurechnung*) is szoktuk nevezni. Vö. Hans KELSEN: *Tiszta Jogtan* [ford. BIBÓ István] (Budapest: Rejtjel 2001) 12-13. o.

**eredményt** (pl. törvény). Az elkövetkezőkben ez utóbbi értelemben használom a jogi aktus fogalmát.<sup>15</sup>

A magyar jogrendszerben a jogi aktusoknak alapvetően két fajtáját különítjük el: a normatív aktusokat és az egyedi aktusokat. Nézzük, mi tartozik az egyes típusokba (a felsorolás nem kimerítő):

- normatív aktusok:
  1. jogszabályok (törvények, rendeletek)
  2. állami irányítás egyéb jogi eszközei (pl. normatív országgyűlési vagy kormányhatározat; normatív utasítás, elvi állásfoglalás)
  3. AB határozatok (negatív normatív aktus)<sup>16</sup>
  4. LB normatív aktusai (jogegységi határozatok)<sup>17</sup>
  5. egyéb: pl. intézkedés a Honvédelmi törvény alapján (olyan mint a Jat. szerinti utasítás, csak nem miniszter vagy országos hatáskörű szerv vezetője adja ki); legfőbb ügyészi utasítás
  
- egyedi aktusok:
  1. bírósági határozatok (ítéletek)
  2. közigazgatási határozatok
  3. szerződések
  4. hatósági intézkedések<sup>18</sup>

Mi a **különbség** a normatív és az egyedi aktusok között? Az, hogy a normatív aktusok normatív rendelkezéseket is tartalmazhatnak (tehát nem csak egyedi rendelkezéseket); az egyedi aktusok azonban csak egyedi rendelkezéseket.

Ahhoz, hogy ezt megérthessük, tisztáznunk kell, hogy mi a viszony az aktus és a rendelkezés között. Az **aktus** a **forma** (a műfaj); a **rendelkezés** pedig a **tartalom** (pl. a Btk. egy normatív aktus; de az ennek részét alkotó “*Aki mást megöl, az büntetett követ el, és öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.*” szakasz egy normatív rendelkezés; a Btk. nevű normatív aktusban több száz normatív rendelkezés található).

No de mi a különbség a normatív és az egyedi **rendelkezések** között?

**1. A hagyományos (és téves) elképzelés szerint a normatív rendelkezések és az egyedi rendelkezések közti különbség a következő:**

---

<sup>15</sup> A jogi aktustól meg szokták különböztetni a **reálaktust**, amikor is a cselekedetről nem hisszük, hogy azáltal egy (normatív vagy egyedi) jogi rendelkezés jött létre. Ld. MADARÁSZ Tibor: *A magyar államigazgatási jog alapjai* (Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 1995) 304-308. o.

<sup>16</sup> Az AB határozat azért normatív aktus, mert normatív rendelkezés megsemmisítése maga is normatív rendelkezés; normatív rendelkezést pedig csak normatív aktusban lehet tenni. [ld. Hans KELSEN: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Berlin – Grunewald: Walther Rotschild 1931) 27. o. 1. l.j.] A normatív aktust (pl. törvényt) megsemmisítő AB határozat **negatív normatív aktusnak** nevezhető, hiszen lényegében a megsemmisített aktus inverze. Ld. Hans KELSEN: “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit” *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (1929) 54. o. A kötelező absztrakt alkotmányértelmezés talán még egyértelműbben jogalkotás: a mindenkire kötelező jogértelmezés ugyanis nem más, mint jogalkotás.

<sup>17</sup> A LB normatív aktusai törvények tartalmát pontosítják [kvázi-rendeletek]. A témához ld. GADÓ Gábor: “Az alkotmányjogi panasszal és a jogegységi határozattal összefüggő szabályozási kérdések” *Magyar Jog* 2000/9. és TILK Péter: “A jogegységi határozatok alkotmánybírósági felülvizsgálatának lehetőségéről” *Magyar Jog* 2001/10. 588-599. o. Vö. még SÓLYOM László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon* (Budapest: Osiris 2001) 284. o. 71. l.áb.

<sup>18</sup> Nem összekeverendő a honvédelmi törvény szerinti intézkedéssel, amely tulajdonképpen egy normatív utasítás, amelyet főszabály szerint a HM tárcalapjában megjelentetnek. Evvel ellentétben a hatósági (egyedi) intézkedés pl. az a helyzet, amikor a rendőr felszólít bennünket az autó csomagtartójának felnyitására. Ez tulajdonképpen olyan, mint egy közigazgatási határozat, csak hiányoznak annak alaki (formai) kellékei.

A **normatív** rendelkezések jellemzője az, hogy nem konkrétan meghatározott címzettekhez, hanem **tulajdonságok** viselőihez (□A *katona* köteles...□, □Minden *egyéni vállalkozó*...□, □*Magyar állampolgár* külföldről bármikor hazatérhet.□) szólnak. Az **egyedi** rendelkezések ezzel szemben egy vagy több **konkrét** címzettekhez szólnak (“Nagy Béla és Kis János kötelesek...”).

Ebben a formában azonban az egyedi és a normatív nem ellentétes fogalmak. Ugyanis a konkrét címzettet is [egyediesítő] tulajdonság révén határozzuk meg.<sup>19</sup> Ezért aztán a következő definíciót javaslom:

**2.** A normatív rendelkezések címzetti köre **nyitott**, az egyedi rendelkezések címzetti köre **zárt**.<sup>20</sup> A címzetti kör nyitottsága annyit jelent, hogy a jogkövetkezményben<sup>21</sup> a kötelezettség alanyait leíró **halmaz** nyitott, azaz lehetnek új elemei; ellentétben a zárt [értsd: befagyasztott, tehát egy adott időpont (az aktuskibocsátás időpontja) számít; az a halmaz, amelyből kiválasztjuk a címzettet – a normatív rendelkezésekkel ellentétben – nem aktualizálódik minden pillanatban] halmazzal, amelynek nem lehetnek új elemei. Nem az számít tehát, hogy tulajdonságok szerint határozzunk-e meg egy címzetti kört, hanem hogy az a kör zárt-e vagy sem.

Tehát például egy polgári per során csak a perben [az ítélet “jogalkotási eljárásában”] részt vevőkre, azaz csak a felekre nézve keletkezik kötelezettség az ítéletből. Ha azt akarjuk, hogy másra is keletkezzék kötelezettség, akkor új (módosított vagy egy másik) ítélet szükséges. Azaz a rendelkezés címzetti köre **nem bővíthet**: ha bővíteni akarjuk, akkor a[z egyedi] rendelkezést kell módosítani.<sup>22</sup>

Ehelyütt még egy problémával meg kell küzdenünk: normatív aktus-e az Áe. szerinti közigazgatási (önkormányzati) határozat?<sup>23</sup> Nyilván úgy véljük, hogy – akárcsak egy bírói ítélet – nem az. Azonban bizonyos esetekben evvel kapcsolatban kétely merülhet fel. Gondoljunk pl. az építési tilalmat elrendelő határozatra:<sup>24</sup> ez esetben úgy vélhetnénk, hogy a telek mindenkor tulajdonosára vonatkozik a tiltás, azaz normatív rendelkezésről van szó [“*Aki a telek tulajdonosa, az nem épít(tet)het a telekre...*”]. Az építési tilalmat elrendelő határozat esetében azonban arról van szó, hogy az aktuális tulajdonostól vonják meg tulajdonjogának egyik részjogosítványát, s ezért amennyiben eladja a telket, az új tulajdonos sem építhet a telekre, ill. másnak sem adhat engedélyt az építésre (*nemo plus juris*).

<sup>19</sup> Pl. NAGY Béla alperes jogilag a következőt jelenti: az a (1.) férfi, aki (2.) 1967. márc. 8-án (3.) Budapesten született, (4.) anyja neve SOLTÉSZ Rozália, (5.) neve NAGY Béla, (6.) személyi igazolvány száma AF 576234. Aki evvel a **6 tulajdonsággal** egyszerre rendelkezik, az kizárólag Nagy Béla alperes. A jogrendszer számára (az adott perben) Nagy Béla az, aki ezt a 6 tulajdonságot viseli.

<sup>20</sup> Még kevésbé helyes az a felfogás, amely a címzettek számával magyarázza a kettő közti különbséget. Egy egyedi rendelkezésnek ugyanis (ha pl. egy perben az egyik oldalon több százan állnak) lehet szélesebb címzetti köre, mint egy normatív rendelkezésnek (amelynek az adott pillanatban lehet, hogy csak néhány tucat címzettje van, vagy esetleg egy sem, mert akkor éppen senki sem rendelkezik a megkülönböztető tulajdonsággal). Ez a tévedés megtalálható pl. a következő helyen: MOLNÁR Miklós: *A közigazgatás döntési szabadsága* (Budapest: KJK 1994) 16. o.

<sup>21</sup> A normatív rendelkezések alapvetően két szerkezeti elemből állnak: tényállás és jogkövetkezmény (nem pedig hipotézis – diszpozíció – szankció). Ld. JAKAB András: “A norma szerkezete” in: JAKAB András (szerk.): *Jogérvényesítés – jogalkalmazás* (Budapest: KGRE 2002) 59-64. o.

<sup>22</sup> Itt jegyzem meg, hogy a magyar jogirodalomban használt “norma” kifejezés mind normatív rendelkezést, mind normatív aktust jelenthet. Ezen fogalmi bizonytalanság miatt tartózkodtam a használatától.

<sup>23</sup> A magyar jogi nyelvben sajnos a “határozat” hangalakot több fogalom is használja; a legfontosabbak: Jat. szerinti normatív határozat, Áe. szerinti egyedi határozat; Abtv. szerinti AB határozat; Bsz. szerinti LB jogegységi határozat.

<sup>24</sup> Ld. az 1997. évi LXXVIII. törvény az épített környezet alakításáról és védelméről 20. § és a 3/1998. (II. 11.) KTM rendelet a telekalakítási és építési tilalom elrendeléséről 4. §.

Más, a közigazgatási (önkormányzati) határozatok egyedi jellegét vitató kételyek nem merülnek fel: azok minden esetben **csak** egyedi rendelkezéseket tartalmazhatnak, tehát nem normatív aktusok.

### 2.1.1 Kitérő: a jogállamiság és a normatív aktusok

Az AB gyakorlata szerint **normatív rendelkezéseket csak normatív aktusokban** lehet érvényesen tenni.<sup>25</sup> A normatív aktusok ugyanis a jogrendszerben (a jogforrási hierarchiában magasabb szinten elhelyezkedő normatív aktusokban) **taxatív** felsoroltak (tehát nem található ki csak úgy egy állami szerv – pl. egy államtitkár – újakat).<sup>26</sup> Ez a taxatív felsorolás azonban meglehetősen **széttörédezett** (Alkotmány, Jat., bírósági szervezeti tv. [1997. évi LXVI. tv.], ügyészségi szolgálati viszonyról szóló tv. [1994. évi LXXX. tv.], Honvédelmi tv).<sup>27</sup>

Különösen veszélyes, ha – a szocializmusban kialakult gyakorlatot folytatva – reálaktusokban (pl. tájékoztató körlevelekben) próbálnak meg az állami szervek (jellemzően közigazgatási szervek) alárendelt szerveiknek kötelező jogértelmezést előírni. Ez ugyanis rejtett jogalkotás, s mint ilyen – bizonytalansága folytán – a jogbiztonságot veszélyezteti.<sup>28</sup>

Ha ilyen “körleveleket” megtámad valaki az AB előtt, mondván: azok alkotmányellenesek, akkor az AB (noha ezen jogértelmező körlevelek valóban alkotmányellenesek) nem fogja megsemmisíteni az alkotmányellenes körlevelet, hiszen az nem normatív aktus, tehát nincs is mit megsemmisítenie. Ilyenkor egyetlen lehetősége, hogy megállapítja azt, hogy a kérdéses körlevélhez joghatás nem fűződik.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> És általánosabban: jogi rendelkezéseket csak jogi aktusokban lehet érvényesen tenni.

<sup>26</sup> Ennek oka, hogy a (főleg a Jat.-ban, ill. a normatív aktust alapító normatív aktusban leírt) garanciális szabályokat nehogy meg lehessen kerülni.

<sup>27</sup> Az egyedi aktusok tekintetében még inkább széttörédezett a felsorolás (pl. Be., Pp., Áe., Ptk., rendőrségi tv. stb.). De ez nem akkora probléma, mint a normatív aktusok esetében, hiszen a normatív aktusok a jogbiztonság szempontjából “veszélyesebbek”, mert anélkül szabhatnak ki ránk kötelezettséget, hogy arról minket közvetlenül értesítenének (azaz nyitott a címzetti köre, és ebbe bármikor belekerülhetünk). Egyedi aktusok (pl. egy közigazgatási határozat) annyival jobb ebből a szempontból, hogy ilyenkor általában – egészen kivételes esetektől eltekintve – egyenként és személy szerint értesítik az érintetteket (ld. pl. Áe. 45.§).

<sup>28</sup> Részlet a 37/2001 (X. 11.) AB határozatból: “Az Alkotmánybíróság eddigi gyakorlata szerint az informális jogértelmezést tartalmazó iratok - mint például a jogszabály végrehajtására kiadott minisztériumi útmutató [47/1991. (IX. 24.) AB határozat, ABH 1991, 438., 441.; 60/1992. (XI. 17.) AB határozat, ABH 1992, 275., 279.], az egyedi ügyben kiadott minisztériumi állásfoglalás (581/B/1990. AB határozat, ABH 1992, 645., 647.), a törvény magyarázatát tartalmazó miniszteri leirat (161/B/1993. AB végzés, ABH 1993, 888., 889.), továbbá a miniszteri és helyettes államtitkári tájékoztató [50/1993. (IX. 14.) AB végzés, ABH 1993, 410., 411.; 36/1998. (IX. 16.) AB határozat, ABH 1998, 263., 293.] - nem tartoznak az állami irányítás egyéb jogi eszközei közé. Az Alkotmánybíróság azt is megállapította, hogy az ilyen iratokban “foglalt jogértelmezésnek, jogalkalmazási szempontnak semmiféle jogi ereje, kötelező tartalma nincs, miután az államigazgatás központi szervei bocsátják ki, alkalmasak arra, hogy a címzetteket megtévezzék, s a címzettek kötelező előírásaként kövessék azokat. ... [Az] ilyen iránymutatások könnyen válhatnak a jogi szabályozást pótló, a jogszabályok érvényesülését lerontó irányítási eszközökké... Mindezekre tekintettel az Alkotmánybíróság megállapította, hogy a Jat. garanciális szabályainak mellőzésével hozott minisztériumi és egyéb központi állami szervektől származó, jogi iránymutatást tartalmazó leiratok, körlevelek, útmutatók, iránymutatások, állásfoglalások és egyéb informális jogértelmezések kiadása sérti az Alkotmány 2. § (1) bekezdését, így az ezekkel való irányítás gyakorlata alkotmányellenes” [60/1992. (XI. 17.) AB határozat, ABH 1992, 275., 277.]”

<sup>29</sup> Ld. pl. a 36/2001 (VII. 11.) AB határozat indokolását. Hasonlóan hajmeresztő, ha egy miniszteri rendeletet (helyesbítés címén) egy “miniszterelnöki hivatali közleménnyel” próbálnak meg hatályon kívül helyezni. A megtörtént eset leírását ld. NADRAI Norbert: “»A hatályon kívül helyezésre nem volt rendelkezés, szerkesztési hiba«?” *Magyar Közigazgatás* 2002/6. 375-378. o.

## 2.2 Jogok és kötelezettségek, jogviszonyok

Meg lehet próbálni más alapelemekből is összerakni a magyar jogrendszert.

Nevezetesen **jogokból és kötelezettségekből** (kinek milyen jogai és kötelezettségei vannak: hiszen a jogrendszer tulajdonképpen ezen jogok és kötelezettségek rendszereként is felfogható).<sup>30</sup>

Megjegyzés: a jogok leírhatók a kötelezettség fogalmával is, nevezetesen: a **“joga van”** (jogosult, felhatalmazást kap, stb.) kifejezés logikailag három (plusz egy) dolgot jelenthet:

1. mentesítést egy tiltás alól,
2. mások kötelezettségét, hogy segítsenek vagy ne akadályozzanak annak elérésében, amihez jogom van, vagy
3. a jogosított valamilyen cselekedetéhez egy más részére előírt kötelezettség, tiltás vagy ez alóli mentesítés kötése (**ha**  $x$  megtesz egy  $A$  cselekedetet, **akkor**  $y$  köteles  $B$ -t tenni:  $x$ -nek  $A$  megtétele esetén joga van ahhoz, hogy  $y$  a  $B$ -t megtegye);
- (4.) ill. ezek kombinációit.

Annak ellenére azonban, hogy ez az átírás elméletileg megtehető, mégis inkább szoktuk mind a két fogalmat használni, mert egyszerűbb és könnyebben érthető (a mindennapi gondolkodásunknak is jobban megfelel), ha két fogalommal dolgozunk. A “joga van” nem összekeverendő az “igénye van”-nal, hiszen ez utóbbi kikényszeríthető jogosultságot jelent (pl. egy elévült jog nem igény, csak *naturalis obligatio* [puszta jog, igény nélkül]).

Mi a **jogviszony**? Jogok és a kötelezettségek egy **csoportja**. Nevezetesen: két (vagy több) személy viszonyát érintő, az egymás felé irányuló jogait és kötelezettségeit foglaljuk egy csoportba. (Így próbáljuk meg áttekinthetőbbé tenni a helyzetet.) Azonban nem az összes, két (ill. több) személy közti jogot és kötelezettséget foglaljuk egy csoportba (hiszen egyszerre több jogviszony is fennállhat két személy közt), hanem tipikusan előforduló helyzetek szerint csoportosítunk (pl. kölcsönügylet + házasság). Ha így próbáljuk meg felépíteni a jogrendszert, akkor mindenképp **áttekinthetőbb** képet kapunk, ezért aztán jobb elképzelésnek minősíthetjük, mint a jogokból és kötelezettségekből való jogrendszer-felépítést. Próbálkozzunk tehát evvel!<sup>31</sup>

A jogviszonyt a normatív ill. egyedi rendelkezések mintájára kétféle értelemben foghatjuk fel: 1. mint absztrakt jogviszonyt (a házasság) és 2. mint konkrét egyedi jogviszonyt (NAGY János és KIS Rozi közti házasság).

1. Nézzük először, hogy **egyedi (konkrét) jogviszonyokból** felépíthető-e a jogrendszer?

Egy időben sok milliárd konkrét jogviszony áll fenn a magyar jogrendszerben: pl. akinek a tulajdonában áll egy dolog, az minden más (magyar és külföldi, természetes és jogi) személlyel jogviszonyban áll [ezért nevezzük abszolút szerkezetűnek a jogviszonyt] – s ez csupán egy személy egyetlen (tulajdonában álló) dolga (dolog polgári jogi értelemben) volt.

A probléma tehát: **áttekinthetetlen** és szinte végtelen számú konkrét jogviszony áll fenn egyszerre, ezért a (magyar) jogrendszert nem lehet leírni vele. Amire jó a jogviszony fogalma: egyes **konkrét** helyzetek (pl. NAGY Béla és ACKERMANN Szabolcs közti kölcsönügyletet) leírására.

De amikor **általában** vizsgáljuk a (magyar) jogrendszert, akkor érdekesebb a jogi aktusok szerinti felépítéssel foglalkozni.

<sup>30</sup> Ld. PUCHTA hasonló próbálkozását: Annette BROCKMÖLLER: *Die Entstehung der Rechtslehre im 19. Jahrhundert* (Baden-Baden: Nomos 1997) 126-127. o.

<sup>31</sup> Így próbálja leírni a jogrendszert Norbert ACHTERBERGER: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Heidelberg: Müller 1986) 367-382. o.; ugyanez bővebben: Norbert ACHTERBERGER: *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie* (Berlin: Duncker & Humblot 1982)

Nézzük tehát, hogy miért jobb jogi aktusokkal leírni a jogrendszert, mint egyedi jogviszonyokkal tenni ugyanezt:

1. A jogviszonyok száma jóval meghaladja a jogi aktusok számát.
2. A jogviszonyoknak nem csak nagyobb a száma, de nehezebben strukturálhatók<sup>32</sup> is (a jogi aktusok strukturálása pl. jogforrási hierarchia, jogági tagozódás szerinti csoportosítás). Ha valahogy megpróbáljuk strukturálni a jogviszonyok tömegét, akkor ezt úgyis csak a jogi aktusok strukturálására alapozhatjuk (pl. polgári jogi jogviszony – közigazgatási jogi jogviszony).
3. A konkrét jogviszonyok csak épp az adott pillanatban fennálló jogokat és kötelezettségeket képesek kezelni (pillanatfelvétel a jogrendszerről), a jogi aktusok azonban új szereplők belépését is kezelni tudják (ezt jelenti a normatív aktusok nyitott címzetti köre).
4. Ha jogviszonyokkal írjuk le a jogrendszert, akkor nem tudjuk, hogy egy kötelezettség ill. jog normatív vagy egyedi aktus eredménye-e.

2. Nézzük ezek után, hogy vajon **absztrakt jogviszonyokkal** leírható-e a magyar jogrendszer?

A konkrét jogviszonyokkal való leíráshoz képest itt nyilvánvalóan sokkal kevesebb jogviszonyról van szó. Fellép azonban az előzőekben említett nehezebb strukturálhatóság (ld. fent).

Ami azonban a leglényegesebb: amikor egy absztrakt jogviszonyról beszélünk, akkor mindig valamely normatív aktusra (pl. Ptk.-ra) kell hivatkozni. Tehát önmagában jogviszonyokkal nem tudjuk leírni egy jogrendszert; a **jogviszonyok mindig jogi aktusok eredményei**.<sup>33</sup> Ezzel ellentétben jogi aktusokkal a jogviszony fogalma nélkül is magyarázható a jogrendszer szerkezete és működése. Ez azt jelenti, hogy a jogi aktusoknak jobb a magyarázó erejük, ha átfogóan a jogrendszert vizsgáljuk.

Összességében tehát a jogrendszer átfogó jogszabálytani vizsgálatához a jogi aktusokkal történő jogrendszer-leírás a használhatóbb (**nagyobb a magyarázó ereje**).

### 2.3 Jogrétegek

Szükséges ehelyütt egy a magyar jogirodalomban csak néhány éve felbukkant új jogrendszer-leírást megvizsgáljunk. Ez a **POKOL Béla** nevéhez köthető elképzelés a jogrendszert négy **jogrétegre** osztaná fel.<sup>34</sup>

Ezek a jogrétegek a következők: 1. szövegréteg, 2. bírói esetjog rétege, 3. alkotmányos alapjogok rétege, 4. jogdogmatika. A szövegrétegnek megfeleltethetők a magyar jogi nyelvben normatív aktusoknak nevezett jogi aktusok, a bírói esetjognak pedig az egyedi aktusok.<sup>35</sup> Az alkotmányos alapjogok rétege (a magyar jogrendszerben) egyrészt magukat az alkotmánybírói határozatokat, másrészt a mögöttük álló indokokat (az indokolást)

---

<sup>32</sup> Strukturálás alatt itt az áttekinthetőség végetti csoportosítást értem.

<sup>33</sup> Absztrakt jogviszonyok (is) csak annyiban léteznek, amennyiben valamely normatív aktus ezt létrehozta. Tehát: a házasságra vonatkozó jogszabályok nélkül (jogi értelemben) nincs házasság.

<sup>34</sup> POKOL Béla: *A jog szerkezete* (Budapest: Gondolat Kiadó – Felsőoktatási Programiroda 1991). Átvette tőle: MOLNÁR Miklós: *A közigazgatás döntési szabadsága* (Budapest: KJK 1994) 25. o. Legfrissebb megfogalmazásai: POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001); [Pokol Béla: "The Concept of the Multi-Layered Legal System" Jogelméleti Szemle \[www.extra.hu/jesz\] 2002/2.](http://www.extra.hu/jesz/2002/2)

<sup>35</sup> A bírói esetjog azonban szűkebb, hiszen nem tartalmazza pl. a szerződéseket vagy a közigazgatási határozatokat. Nem tudom, hogy ezeket hová sorolná POKOL Béla.

jelenténé.<sup>36</sup> A jogdogmatika kifejezés alatt POKOL a jogtudományt, ill. az általa használt fogalmi rendszert érti.<sup>37</sup>

Amint látjuk, POKOL felfogása és az általam képviselt felfogás közti különbség alapvetően ezen két utóbbi rétegben ragadható meg. Lássuk először az ún. **alapjogi réteget**. Ennek kapcsán nem látom be, hogy miért kellene valami sajátos dologként kezelni az alapjogokkal foglalkozó AB határozatokat. Az AB határozatok valójában éppúgy normatív aktusok (negatív normatív aktusok), mint a törvények.<sup>38</sup> Az, hogy az (egyébként csupán tudományos fejtegetésnek minősülő) indoklásuk egy sajátos (absztrakt) fogalmi rendszert alkalmaz, kétségtelen. Ennyi erővel azonban az adójogszabályokat is nevezhetnénk önálló jogrétegnek, hiszen azok is egy különös fogalmi rendszert használnak (különösen az indokolásokban).<sup>39</sup>

A **jogtudományi-jogdogmatikai réteggel** pedig az az alapvető probléma, hogy ameddig egy jogtudományi-jogdogmatikai fogalom vagy vélemény nem jelenik meg valamely jogi aktusban, addig csupán érdekes gondolat kísérletekről beszélhetünk. Ha azonban már valamilyen jogi aktusban megjelenik, akkor besorolható az első két "jogrég" valamelyikébe (ha normatív aktusban, akkor a szövegrétegbe; ha egy bírói ítéletben, akkor a bírói esetjog rétegébe). Ha esetleg POKOL azért nevezné a jogtudományt-jogdogmatikát jogrétegnek, mert befolyásolni képes a jogalkalmazást, akkor ennyi erővel az erkölcs is önálló jogréteg lehetne, hiszen nyilván a társadalom erkölcsi felfogásának<sup>40</sup> is lehet befolyása a bírói ítéletekre. Ha pedig általában a jogrendszerre való hatása miatt tekinti jogrétegnek, akkor a politika is jogréteg lehetne, hiszen a jogalkotást jelentős részben befolyásolja.<sup>41</sup>

Összességében a legalapvetőbb probléma POKOL Béla elméletével az, hogy **nem definiálja** a jogréteg fogalmát (esetleg jogforrást vagy jogforrás-csoportot ért alatta?). Csupán felsorolja, hogy szerinte milyen jogrétegek vannak, de nem mutat egy olyan tesztet (mérce), amelynek segítségével megállapíthatnánk, hogy ez a négy jogréteg valóban jogréteg-e, s más dolgok (pl. a társadalom erkölcsi felfogása) azok-e vagy sem. Ez nem jelenti azt, hogy POKOL Béla jogrendszer-leírásának ne lenne valamiféle **intuitív** leíró ereje, de az általa használt fogalmak homályosak, nem kicsiszoltak, számos lényeges kérdésre nem adnak választ, s ami közvetve következik belőlük, az néhol elfogadhatatlan. Az elmélet továbbfejlesztési lehetőségeivel kapcsolatban pedig erős kétségeim vannak, hiszen az imént épp az elmélet továbbgondolásából fakadó problémákat és önellentmondásokat mutattam be.

Összegzésképpen megállapíthatjuk tehát, hogy POKOL Béla jogréteg-elmélete jelen formájában **nem alkalmas** a magyar jogrendszer (jogi szempontból való) leírására.

Nem bírom megállni, hogy ezen a helyen ne tegyek még egy kritikai megjegyzést a POKOL Béla által használt fogalmi készletre – noha ez már nem tartozna szorosán jelen dolgozat témájához. E szerint a jog szférájának alapvető kérdése a jogosság ill. a jogtalanság kérdése, tehát minden cselekedetet aszerint minősít, hogy az jogos-e vagy jogtalan (értékduál, bináris

---

<sup>36</sup> Pontosabban annak csak azt a részét, amely az alapjogokkal foglalkozik. Nem tudom, hogy POKOL Béla hova sorolja a nem alapjogokkal foglalkozó AB határozatokat.

<sup>37</sup> Ez annyiban szűkebb az általam használt "jogdogmatika"-fogalomnál, hogy a POKOL-féle fogalom nem tartalmazza a pozitív jog (pl. törvények) fogalmi rendszerét. A pozitív jogi fogalmak nála a szövegrétegbe tartoznak.

<sup>38</sup> Ld. előbb 16. jegyzet.

<sup>39</sup> Az AB határozatok indoklása ugyanúgy nem része a normatív aktusnak, mint egy törvény indoklása; kötelezősége (normatív ereje) egyiknek sincs.

<sup>40</sup> Más jogrendszerekben esetleg a társadalom vallásának is (pl. az iszlám jogrendszerek esetében).

<sup>41</sup> Diktatúrákban a jogalkalmazást is közvetlenül irányítja.



kód).<sup>42</sup> A “jogos”-on belül azonban meg kell különböztetnünk kötelezőt (pl. a rendőrnek kötelező követnie felettese utasításait), megengedettet (pl. a házasság) és indifferenset (pl. a borotválkozás reggelenként). Nem világos, hogy miért nagyobb a jelentősége a jogos és jogtalan közti megkülönböztetésnek, mint a kötelező és nem kötelező közti megkülönböztetésnek. A cselekedeteket a jog tehát nem kétféle (jogos ill. nem jogos) minősítéssel látja el, hanem négyféleképpen (kötelező, tilos [= nem jogos], megengedett, indifferens).<sup>43</sup>

Ez azonban nagyjából olyan, mintha azt mondanánk: a színeket alapvetően kétféle oszthatjuk: feketére és nem-feketére. Csakhogy a nem-feketén belüli különbségek (piros vagy nem-piros) éppolyan fontos megkülönböztetések, mint a fekete és a nem-fekete közti. Nem világos, hogy ennek miért nagyobb a jelentősége, mint a piros és a nem-piros közti különbségnek.

## 2.4 Elvek és szabályok

Utolsóként egy olyan különbségtételről kell szólnom, amely az Egyesült Államokból (Ronald **DWORKIN**) ered,<sup>44</sup> de amely a jelek szerint Európában is terjed.<sup>45</sup> Ezek szerint logikai különbség van a jogban elvek és szabályok közt. Elv például a következő: “senki sem húzhat hasznot saját jogellenes cselekedetéből”, **szabály** például: “a végrendelet érvényességéhez azt két tanúnak kell aláírnia”. A különbség a kettő között, hogy a szabály “**mindent vagy semmit**” alapon működik, azaz vagy vonatkozik az esetre, vagy nem – de amennyiben vonatkozik, akkor azt kell alkalmazni. Ezzel ellentétben a jogelv rengeteg olyan esetre vonatkozik, ahol az mégsem érvényesül teljesen, hiszen az **elveknek súlyuk** van. Ha tehát több ellentétes elv is vonatkozik az adott ügyre, akkor nem kell választanunk közülük (mint ahogy azt a szabályok esetében kellene), hanem az egyes elveket súlyuknak megfelelően vesszük figyelembe a döntéshozatalnál (ítélathozatalnál).

Mint látjuk, ez az elmélet a **jogalkalmazás leírásához** használja ezt az új fogalmat (ti. a szabályoktól logikailag különböző elvek fogalmát). A probléma evvel az, hogy **főlösképpen** vezeti be a szabályoktól logikailag különböző **elvek fogalmát**, hiszen a régi fogalmakkal is

---

<sup>42</sup> Ld. pl. POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 15. és 22. o.; az elképzelés egyébként Niklas LUHMANN-tól származik.

<sup>43</sup> Vö. SOLT Kornél: *Jogi logika* (Budapest: Seneca – MTA Állam- és Jogtudományi Intézete 1996) II. kötet 287-324. o.

<sup>44</sup> Ronald M. DWORKIN: “Vajon szabályok rendszeréből áll-e a jog?” in: VARGA Csaba (szerk.): *Jog és filozófia* (Budapest: Szent István Társulat 2001) 383-416. o.; GYÖRFI Tamás: *Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere* (Budapest: INDOK 2001) 32. o. “nem konklúzív” normáknak nevezi a jogelveket

<sup>45</sup> Pl. Ota WEINBERGER: *Rechtslogik* (Berlin: Duncker & Humblot 1989) 269-270. o.; Martin BOROWSKI: *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1998) kül. 61-98. o.; Bernd SCHILCHER – Peter KOLLER – Bernd-Christian FUNK (szerk.): *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (Wien: Verlag Österreich 2000); GYÖRFI Tamás: *Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere* (Budapest: INDOK 2001). Hasonló elképzelések jelennek meg Robert ALEXYNél (legfrisebb formában: “On the Structure of Legal Principles” *Ratio Juris* 2000/3. 294-304. o., további irodalmi utalásokkal) [de nem csak DWORKIN, hanem Josef ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tübingen: Mohr 1974) hatása is érzékelhető nála]. Az ALEXY és DWORKIN közti különbségek mostani vizsgálatunk szempontjából nem lényegesek. [Ezekhez a különbségekhez egyébként ld. Jan-Reinard SIECKMANN: *Regelmäßige und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (Baden-Baden: Nomos 1990).] A téma ESSERt megelőző spanyol és olasz irodalmához ld. José Antonio Ramos PASCUA: “Die Grundlage rechtlicher Geltung von Prinzipien – eine Gegenüberstellung von Dworkin und Esser” in: Giuseppe ORSI (szerk.): *Prinzipien des Rechts* (Frankfurt am Main [u.a.]: Lang 1996) 7-33. o.

ugyanúgy le tudjuk írni a jogalkalmazást (OCKHAM borotvája).<sup>46</sup> A DWORKINI értelemben vett elvek ugyanis felfoghatók bizonytalan jelentésű, a **jogalkalmazás által konkretizálendő**, absztrakt szabályokként.

Kiválóan megmagyarázható az **abortusz** példáján, hogy mire gondolok. Az abortusz esetében – **jogelvekkel magyarázva** – az anya önrendelkezési jogát és a magzat élethez való jogát kell egymáshoz mérnünk súlyuk szerint, s valahol a két szélsőség között kell (a súlyoknak megfelelően) a kompromisszumot megtalálni.<sup>47</sup> Például okoskodhatunk így: az egyik szélsőség az abortusz teljes tiltása, a másik pedig az, amikor egészen a szülés pillanatáig lehetővé tesszük azt. Mivel mindkét elv vonatkozik az esetre, ezért a két elv közti kompromisszumot az egyes elvek súlya szerint kell meghoznunk. A kettő közti kompromisszum például, hogy a terhesség nyolcadik hetéig engedélyezzük a terhesség-megszakítást (amennyiben a nő önrendelkezési jogát többre [súlyosabbnak] értékeljük, akkor a tizenkettedik hétig tesszük lehetővé). **Szabályokkal magyarázva** ugyanez az eset a következőképpen fest: az élethez való jog elvont szabálya a konkrét esetben azt jelenti, hogy nem engedélyezhető abortusz a terhesség nyolcadik hetét követően, de az anya önrendelkezési jogát (az emberi méltósághoz való jogot biztosító alkotmányos szabályt) sértené, ha a nyolcadik hét vége előtt megtiltanánk az abortuszt.

Megállapíthatjuk tehát, hogy a DWORKINI értelemben vett jogelv egy **fölösleges** fogalom (hiszen anélkül is megmagyarázhatók az általa magyarázott jogalkalmazási problémák), ezért aztán a jogrendszer alapelemeinek tárgyalásakor nem kell megemlítenünk az elvek és szabályok közti logikai különbséget. A szabályoktól logikailag különböző elvek létezését ugyanis nem kell feltételeznünk a magyar jogrendszer működésének adekvát leírásához.

### 3. A dolgozat tételeinek összegzése

Lássuk vázlat szerűen, hogy melyek a tanulmány legfontosabb tételei:

1. A jog alapvetően strukturált tömegpszichózisként jellemezhető.
2. A jogtudomány feladata a jog fogalmi rendszerének kicsiszolása.
3. A jogi fogalmak tisztázása a jogbiztonsághoz, s ezáltal közvetve a társadalom és a gazdaság hatékonyabb működéséhez járul hozzá.
4. A jog fogalmi rendszere (dogmatikája) alapvetően kétféle fogalomból áll: jogelméleti és pozitív jogi fogalmakból.
5. A jogelméleti fogalmak a magyarázatot segítik, azaz segédfogalmak.
6. A magyar jogrendszer alapelemei: normatív aktusok és egyedi aktusok (a kettő együtt: jogi aktusok).
7. A jogi aktusok olyan aktusok (cselekedetek), amelyekről azt hisszük, hogy megtételük esetén keletkezik egy normatív vagy egyedi jogi rendelkezés.
8. A normatív aktusok annyiban különböznek az egyedi aktusoktól, hogy normatív rendelkezéseket is tartalmazhatnak.
9. A normatív rendelkezések címzetti köre nyitott, az egyedi rendelkezéseké zárt.
10. Az aktus és a rendelkezés a forma és a tartalom viszonyában állnak egymással.
11. A jogviszony jogok és a kötelezettségek egy csoportja.

<sup>46</sup> OCKHAM borotvája egy gondolkodás-ökonómiai elv, amely szerint a lehető legkevesebb létező létezését kell feltételeznünk. (*“A dolgokat nem kell a szükségesen felül megsokszorozni.”*) ld. William KNEALE – Martha KNEALE: *A logika fejlődése* (Budapest: Gondolat 1987) 241. o. Általánosabban fogalmazva: a lehető legkevesebb fogalmat kell használnunk a jelenségek leírásához (*Begriffsökonomie*). Fölösleges a jogalkalmazás magyarázatához egy újabb fogalmat bevezetnünk, ha azt a régiékkal is ugyanúgy magyarázni tudjuk.

<sup>47</sup> Maga DWORKIN egyébként az abortuszról másként gondolkodik, de ez más, itt nem részletezendő (politikafilozófiai) okokra vezethető vissza. DWORKIN ezirányú gondolatairól ld. KIS János: “Abortusz: újabb érvek és ellenérvek” in: KIS János: *Az állam semlegessége* (Budapest: Atlantisz 1997) 245-260. o.

12. A magyar jogrendszer alapelemeinek leírásához nem szükséges sem a jogréteg, sem a jogviszony, sem a szabályoktól logikailag különböző elvek fogalma.

# Jakab András

## Válasz Pokol Béla kritikájára

Először is szeretném megköszönni POKOL Béla kritikáját. Válaszomban előbb a megközelítések pluralizmusáról szólnék (

1. *A strukturált tömegpszichózisról*), majd a jogdogmatika kapcsán felmerült fogalmi kifogásokról (*Hiba! A kapcsoló argumentuma érvénytelen.*). Ezek után rátérnék a köztünk folyó vita érdemi részére, a jogrétegelmélet jelen formában való használhatóságára (*Hiba! A kapcsoló argumentuma érvénytelen.*). Végül pedig néhány apróbb kapcsolódó kérdéstről ejtenék szót (*Hiba! A kapcsoló argumentuma érvénytelen.*).

### 1. A strukturált tömegpszichózisról

Elsőként – követve a kritika által felvetett problémák sorrendjét – a strukturált tömegpszichózis kapcsán kifejtett kritikára válaszolnék.

#### 1.1. Arról, amiről nem írtam

POKOL Béla szerint azzal, hogy a jogot strukturált tömegpszichózisként jellemeztem, a társadalom mibenlétére is választ kívántam adni. Vállalkozásom azonban ennél sokkal **szerényebb** volt: kizárólag a jogról kívántam szólni. Egy lábjegyzetben megemlítem ugyan az erkölcsöt és a szokást (mint nem strukturált tömegpszichózist), de a **“társadalom“** természetére nézve **nem kívántam** semmiféle **kijelentést tenni**.

Az, hogy POKOL Béla a jogrendszerrel való kijelentésemből a társadalom természetére következtetett, az kizárólag az általa használt LUHMANNi társadalomelméletnek köszönhető (‘‘jogrendszer mint a társadalom alrendszere’’). Azzal, hogy ez mennyiben elfogadható, itt most nem foglalkozom: csupán szeretném leszögezni, hogy kritikájában egy olyan **premisszát** vett magától értetődőnek (és egyben tulajdonított nekem), amely egyáltalán **nem magától értetődő**.

#### 1.2. Arról, amiről másként írtam

POKOL Béla szerint nem tehetek a jog természetéről állítást, amíg a(z) általa kedvelt társadalomelméleti szakirodalmat át nem olvasom, *“még ha ez évekbe kerül is“*. Teljesen **abszurdnak** gondolom ezt az állítást.

Mint azt a dolgozatban leírtam, a jogtudomány álláspontom szerint leginkább a teológiához hasonlítható, hiszen mindkét esetben a fejünkben élő valóságról van szó. Evvel a teremtett valósággal foglalkozhatunk **belülről** (jogtudomány, teológia), vagy **kívülről** (jogelmélet mint társadalomelmélet [POKOL Béla]; ill. vallásszociológia).

POKOL Béla állítása nagyjából olyan, mintha azt mondanánk: csak az írhat **teológiai** műveket, és fogalmazhat meg állításokat Istenről ill. a vallás természetéről, aki előtte évekig foglalkozott vallásszociológiával. Merthogy – mondhatnánk POKOL Béla szavaival szegény

teológus barátunknak – senki “nem takaríthatja meg az e tárgykörben már felhalmozott tudás észlelését és – akár kritikai – elsajátítását, még ha ez évekbe kerül is. A tudomány alapvető etikai normája, hogy a “tudás határáig” kell elmenni a felkészülésben, vagyis az adott tárgyra vonatkozó alapvető irodalmat a fiatal tudós el kell sajátítani, és ha megalapozott kételyei merülnek fel, akkor expliciten cáfolnia kell. Az azonban nem megy, hogy száz év felhalmozott tudását nem ismeri valaki, és így kísérel meg tudományos állítást tenni egy tárgyra.”

Megjegyzem, hogy ezen általa felállított kívánalomnak sok tekintetben **ő sem felel meg**. Pl. az *A jog elmélete* című könyvében sehol nem láttam a skandináv jogi realisták megközelítéseit,<sup>1</sup> s főleg nem azok “explicit cáfolatait”.<sup>2</sup> De ez nem is baj. A baj az **abszurd** kívánalommal van.<sup>3</sup> POKOL Béla nyilván nem a skandináv jogi realizmus megközelítését választotta. S könnyen lehet, hogy nem fog éveket eltölteni annak tanulmányozásával. Én pedig nem a társadalomelméletit választottam. S könnyen lehet, hogy én sem fogok éveket eltölteni a társadalomelméleti szakirodalom tanulmányozásával.

Naphosszat dobálózhatunk nevekkal, és kifogásolhatjuk, hogy a másik miért nem olvasta bele magát **kedvenceinkbe**, ez azonban nem vezet sehová. A jog természetéről szerintem nem csak társadalomelméleti szempontból és nem csak a társadalomelméleti irodalom alapján lehet beszélni. Számos megközelítési mód és számos szakirodalmi háttér lehetséges.

Ez persze nem jelenti azt, hogy ezek a konkurens megközelítési módok ne kritizálhatnak egymást (nem csupán a rendszerimmanens kritikának van tehát helye). Azt azonban jelenti, hogy a vitapartner más jellegű megközelítési módja nem azonos “*olvasottságának féloldalasság[ával]*”.<sup>4</sup>

## 2. A jogdogmatika fogalmáról

### 2.1 A jogi fogalmak kettéosztásáról

POKOL Béla szerint tarthatatlan a jogi fogalmak kettéosztása, mert a korábbi jogelméleti fogalmak bekerülhetnek a pozitív jogba. Nem látom be, hogy ez **miért tenné tarthatatlanná** a kettéosztást. A jogelméleti fogalmak **pozitívjogiasodásának** lehetőségéről írok is: “*Persze ha egy jogelméleti fogalmat beemelnek a pozitív jogba (magyarul szövegszerűen megjelenik egy normatív aktusban), akkor az pozitív jogivá válik, és többé már nem tehetjük fel vele kapcsolatban az “érdemes-e használnunk?” kérdését.*”<sup>5</sup>

### 2.2 Arról, hogy kivel mit kell elhítenni

---

<sup>1</sup> Alf ROSS egyetlen említett műve (*Theorie der Rechtsquellen*) nem tartozik a “klasszikus vonulathoz”.

<sup>2</sup> A sort még hosszan folytathatnám a különféle irányzatokkal és nevekkal (pl. Joseph RAZ, Robert WALTER), amelyek “explicit cáfolata” nem történt meg – márpedig a POKOL Béla által érintett témákhoz mind mondtak valamit.

<sup>3</sup> Nem is lehet senkitől elvárni, hogy egy jogelméleti tankönyv megírásakor valóban a teljes tudás határáig menjen el. Csak a számos lehetséges megközelítési mód közül az általunk használtban kell elmenni addig a pontig (bár még ez a kívánalom is irreális néhány esetben).

<sup>4</sup> Igazságtalanok lennének ezért, ha azt mondanánk POKOL Bélára, hogy “*olvasottság[a] féloldalas[...]*”, amiért a jog érvényességéről szóló részben [POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 259-268. o.] nem szól Adolf MERKL és Hans KELSEN vonatkozó nézeteiről, vagy éppen nem elemzi a magyar AB vonatkozó gyakorlatát. Egyszerűen – s ezt tudomásul kell vennünk – más megközelítést alkalmaz.

<sup>5</sup> Kritizált dolgozatomban a *1.1 A jogtudomány feladata* rész második bekezdésének utolsó mondata. A mondat egyébként kifejezetten azért került bele a végső változatba, mert POKOL Béla a neki elküldött dolgozatom első változatával kapcsolatban ugyanezt a kifogást már megtette. Észrevételét ezúton is köszönöm.

Elismerem, hogy valóban be lehet emelni a fogalmi tartalmak **jogalkotókkal** való elhíttetését a jogtudomány feladatai közé – bár a fő (tipikus) célcsoportnak továbbra is a jogalkalmazókat tekintem. A rövid **kiegészítést** azonban – ebben igazat adok POKOL Bélának – helyütt tényleg meg kell tennem.

Hangsúlyozni szeretném azonban, hogy ez a jogdogmatikáról vallott alapvető téziseimet nem érinti.

## 2.3 A jogdogmatika különféle fogalmairól

POKOL Béla azt kifogásolja, hogy a jogdogmatikát miért nem pontosan olyan értelemben használom, ahogy ő. Ez azonban a részéről téves hozzáállás, hiszen a jogdogmatika fogalmát nem vésték kőbe, nem foglalták törvénybe, nem tették kötelezővé. Az való igaz, hogy amennyiben más értelemben használom, mint ahogy azt szokták (bár nem vagyok benne biztos, hogy a POKOL Béla-féle jogdogmatika-felfogás lenne a magyar szakirodalomban a *mainstream*, de tegyük fel, hogy igen), akkor előtte **definiálnom** kell a saját fogalmamat. De hiszen ezt megtettem. Ezután már csak azt lehet kifogásolni, ha nem használom következetesen a fogalmat.<sup>6</sup>

Ezek után rátérnék a POKOL Béla és köztem folyó vita **érdemi** részére, a jogrétegméletre.

## 3. A jogrétegek

### 3.1 A bírói esetjog rétege

POKOL Béla szerint azért hibás a bírói esetjogot az egyedi aktusokkal azonosítani, mert pl. Magyarországon nem egy-egy bírói ítélet kötelezi a későbbi ítéletalkotót, hanem a bírói gyakorlat. A köztünk lévő ellentmondás etekintetben azonban csak látszólagos, hiszen a bírói gyakorlat is egyes bírói ítéletekből alakul ki.

A kérdéssel kapcsolatos álláspontomat egy a közeljövőben megjelenő művemben fogom közzé tenni. Elegáns, de ugyanakkor meglehetősen homályos és nem túl meggyőző lenne azonban, ha erre a “jövőben megjelenő” művemre hivatkoznék. Ezért helyütt a vonatkozó fejezetet (enyhén módosítva) beidézném, hogy így mutassam be: az általam használt fogalmi készlettel is kezelhető (sőt: talán jobban kezelhető) a probléma.

[A jelen írás többi részétől való elkülönítés végett ezúttal szürke háttérrel idézek.]

#### 3.1.1 A szokásjog

*“... a szokásjog kútfői ereje sehol sincsen és nem is lehet kizárva.”*  
GROSSCHMID

Bizonyos esetekben az egyedi aktusok úgy viselkednek, mintha normatív aktusok lennének. Ezt a jelenséget nevezzük szokásjognak (= jogként követett [értelmezési] gyakorlatnak).

<sup>6</sup> Az pedig, hogy a jogdogmatika ellát-e valamiféle szűrő szerepet, ill. hogy mennyiben szűkíti a jogalkotó mozgásterét [POKOL Béla: “A jogdogmatika természetéről” *Magyar Jog* 1992/9. 516-518. o.; POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 41-45. o.; POKOL Béla: *The Concept of Law* (Budapest: Rejtjel 2001) 26-28. o.], a dolgozatom szempontjából **érdektelen** volt.

### 3.1.1.1 A bírói szokásjog

A bírói ítéletek elvileg csak az eljárásban résztvevőket kötelezik (*inter partes*).<sup>7</sup> Ez azt jelenti, hogy a címzetti körük elméletileg zárt. A gyakorlatban azonban megfigyelhető a bírói szokásjog ennek ellentmondó jelensége.

A bírói szokásjognak alapvetően kétféle formája ismert: **1. a precedens-rendszer**, és **2. az állandó bírói gyakorlatra** hivatkozás. A különbség a kettő között, hogy egy bírói ítélet kötelezi-e a későbbi ítélelhozó bírakat (precedens), vagy pedig több ilyenre – állandó bírói gyakorlatra – van szükség, s csupán ennek példája a megjelölt egy-egy ítélet. **Magyarországon** az állandó bírói gyakorlatnak van csupán kötelező ereje.<sup>8</sup>

A kötelező erő itt annyit jelent, hogy amennyiben egy bíróság ítélete ehhez nem igazodik, akkor az “jogszabálysértés” címén megsemmisítendő.<sup>9</sup> Nem mással állunk tehát szemben, mint – formailag nem, de tartalmilag igenis – **kötelező jogértelmezéssel, amely bizony jogalkotás.**<sup>10</sup>

A bírói szokásjog magyarországi szerepét illetően pedig a következőket szükséges megjegyezni: önmagában egy korábbi bírói ítélelből nem következik a későbbi bírói ítélet (ellentétben az angolszász rendszerrel), hanem mindig szükséges a törvényszöveg is, s csupán annak **lehetséges értelmezései közül** választ ki egyet a bírói gyakorlat.<sup>11</sup> Ezért aztán a magyar bírói szokásjog a bíróságok jogként követett (kötelezőnek tekintett) **értelmezési gyakorlataként** definiálható.<sup>12</sup>

A bírói szokásjog mindig **szubszidiárius** jellegű. Ez azt jelenti, hogy csak annyiban alkalmazandó, amennyiben nincs olyan normatív aktus (tv., rendelet, esetleg JEH), amely pontosítaná a kérdéses normatív rendelkezést (tipikusan valamely tv. egy paragrafusát).<sup>13</sup>

<sup>7</sup> A bírói szokásjog vizsgálatánál nélkülözhetetlenek POKOL Béla empirikus kutatásai. Én magam is ezekre támaszkodok ebben az alpontban. Ld. POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 277-285. o. Az empirikus eredmények felhasználása azonban nem jelenti a szerző bírói esetjogról vallott elméleti háttértételeinek (magyarul a jogrétegelméletnek) az elfogadását.

<sup>8</sup> Az állandó bírói gyakorlat és a precedens közti konfliktushoz ld. BH 1998. 232. és BH 1999. 100. (az állandó bírói gyakorlat javára eldöntve). Idézi POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 280-281. o. Vö. Edgar REINERS: *Die Normenhierarchie in den Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaften* (Hamburg: Fundament-Verlag 1971) I. kötet 275-276. o.

<sup>9</sup> A bírói gyakorlat elsősorban a BH (*Bírósági Határozatok*) című folyóiratból ismerhető meg. A folyóirat kiadásának privatizálásával kapcsolatos aggályokról ld. TAKÁCS Péter: “Minden eladó. Hivatalos és quasi hivatalos” in: TAKÁCS Péter: *Nehéz jogi esetek* (Budapest: Napvilág 2000) 256-263. o.

<sup>10</sup> De a kötelezőség fokozataihoz és az ezzel kapcsolatos következtetlenséghez ld. POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 281-283. o.

<sup>11</sup> Vö. POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 284. o. a magyar bíróságok **szöveghűségéről**. A bírói szokásjog témájához ld. még VISEGRÁDY Antal: *A bírói gyakorlat jogfejlesztő szerepe* (Budapest: KJK 1988); RÖVID Noémi: “Gondolatok a bírói jogfejlesztésről” *Bírák Lapja* 1996/3-4 79-91. o.; POKOL Béla: “Felsőbírói jogértelmezés Magyarországon” *Jogtudományi Közöny* 1999/11. 641-649. o.; IRK Albert: “A törvényjog és a bírói gyakorlat pozitívjogon kívüli elemei. Metajog és pozitívjog” *Kriminológiai Közlemények* 37 (1991) 115-135. o.; TÓTH Aladárné: “A bírói esetjog szerepe a magyar családjogban” *Magyar Jog* 1991/12 709-711. o.; VEZEKÉNYI Ursula: “A bírói gyakorlatban felmerült és jogalkalmazói szinten nehezen megoldható kérdések” *Gazdaság és Jog* 1997/4 11-15. o.; BLUTMAN László: “A bírósági határozatok és az Alkotmány” *JURA* 2001/2 80-96. o.

<sup>12</sup> Itt jegyzem meg, hogy LÁBADY Tamás: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része* (Budapest-Pécs: Dialóg Campus Kiadó 1997) 168. o. tévesen sorolja a bírói szokásjoghoz a “szokásos mértékű ajándék” problémáját. Azon kívül ugyanis, hogy mindkettőben előfordul a “szokás” szó, nincs semmi közük egymáshoz. A bírói szokásjog ugyanis a bíróságok gyakorlatára utal, a “szokásos mértékű ajándék” pedig az ajándékoztató polgárok gyakorlatára. Ez a “szokásos mérték” persze a bírói gyakorlatból tudható meg – mint ahogy még ezer más dolog is, amiben azonban nem szerepel a “szokás” szó.

<sup>13</sup> Az állandó bírói gyakorlat részben “amorf-evolutív” módon alakul ki, tehát gyakran pontosan nem tudni, hogy mikortól minősül valami már “állandó bírói gyakorlatnak”. Ez bizonyos szempontból ellentmond a jogról mint “strukturált tömegpszichózis”-ról mondottakkal, de nem teljesen. Hiszen egyrészt a megszüntetése ugyanolyan strukturált módon történhet (pl. egy az állandó bírói gyakorlatnak ellentmondó tv. által), s másrészt a tartalmát

A téma részletesebb elemzése egy a jogalkalmazással foglalkozó munka tárgya lehet, tehát bővebben itt nincs módunkban foglalkozni evvel.<sup>14</sup>

### 3.1.1.2 Más állami szervek “szokásjoga”

Más állami (pl. közigazgatási) szervek esetében a szokásjog létezése attól függ, hogy tevékenységük alá van-e vetve **bírói felülvizsgálatnak**.

**1/A.** Ha **igen**, és az eset **nem** tartozik az **Áe.** hatály alá, akkor **nem** beszélhetünk szokásjogról – még akkor sem, ha ezek a szervek az általuk helyesnek tartott jogszabály-értelmezést és az ehhez igazodó gyakorlatukat közzéteszik. Ezek a közzétett jogértelmezések ugyanis az esetet felülvizsgáló bíróságot nem kötik, a bíróság előtt jogként nem hivatkozhatók.<sup>15</sup>

**1/B.** Ha **igen**, de az eset az **Áe.** hatálya alá tartozik, akkor **kialakulhat szokásjog**. Az **Áe.**-ben található ügyfélegyenlőségi alapelvet [Áe. 2. § (5) bek.] sérti ugyanis, ha a hatóság megfelelő indokok nélkül eltér korábbi joggyakorlatától (*Selbstbindung des Verwaltungsrechts*).<sup>16</sup> Sőt: két konkrét esetben sem térhet el a hatóság döntése, ha a releváns tényállás azonos.<sup>17</sup> Ez persze nem jelenti azt, hogy egy hibás hatósági döntés későbbi döntések hivatkozási alapjává válhatna (*keine Gleichheit im Unrecht*).<sup>18</sup>

**2.** Ha ellenben **nincs** lehetőség bírói felülvizsgálatra,<sup>19</sup> akkor ugyancsak **kialakulhat szokásjog** (jogként követett értelmezési gyakorlat).<sup>20</sup> A jogként követett gyakorlat ebben az esetben is

---

meghatározott és pontosan leírt eljárások során (ti. bírósági eljárások során) pontosítják. S maga a kialakulás is meghatározott aktusokhoz (bírói ítéletekhez) kötött, tehát nem teljesen “amorf-evolutív”.

<sup>14</sup> Itt hívnám fel a figyelmet két méltatlanul keveset idézett kiváló magyar nyelvű munkára: KISS Géza: *A jogalkalmazás módszeréről. Dogmatörténeti és kritikai tanulmány a magánjog köréből* (Budapest: Athaeneum 1909) és MARKÓ Jenő: *A jogalkalmazás tudományának alapjai* (Budapest: Magyar Jogászegylet 1936)

<sup>15</sup> A 114/B/1995. AB végzés, az 1786/B/1991. AB hat. és az 1052/B/1990. AB végzés logikája az APEH iránymutatások (ill. irányelvek) kapcsán, amelyek (jogforrási jelleg nélkül) csupán az APEH jogértelmezési gyakorlatáról tájékoztatnak, hiszen a bíróság előtt jogként nem hivatkozhatók. Vö. Fritz OSSENBUHL: “Gesetz und Recht” in: Josef ISENSEE – Paul KIRCHHOF (szerk.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C.F. Müller <sup>2</sup>1996) III. kötet 302. o., aki szerint a szokásjog kialakulásának feltétele a bíróságok általi elismerés.

<sup>16</sup> Hans J. WOLFF – Otto BACHOF – Rolf STOBBER: *Verwaltungsrecht* (München: C.H. Beck <sup>11</sup>1999) I. kötet 516. o.; Hartmut MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (München: C.H. Beck <sup>13</sup>2000) 614. o.

<sup>17</sup> Vö. BH1998.367., amely államigazgatási (értsd: közigazgatási) ügyekre vonatkozóan kimondta, hogy “az ügyfélegyenlőség elvét sérti, ha a hatóság több ügyfél esetén – azonos jogszabály és tényállás mellett – más-más döntést hoz”.

Érdemes felhívni arra a figyelmet, hogy ez a gondolatmenet az Alk. 57. § (1) bek. (“*A Magyar Köztársaságban a bíróság előtt mindenki egyenlő [...]*”) alapján a magyar jogrendszerben egy bírói precedensrendszerre vezethető. Ezt azonban ilyenformán nem gondolja senki Magyarországon. Én sem. Álláspontom szerint ez az Alkotmány-szakasz csupán a nyilvánvalóan tárgyszerűtlen (*unsachlich, sachfremd*) szempontok mérlegelésbe való bevonását, valamint a **bírói gyakorlattól** való okszerűtlen **eltérést** tiltja – nem pedig bármely azonos releváns tényállású esetben hozott (egyszeri) döntéstől. Ez fontos különbség az Áe. (közigazgatási ügyekre vonatkozó) és az Alk. (bíróságokra vonatkozó) egyenlőségi elve között. Vö. még az Alk. ezen szakaszának értelmezéséhez más szempontból SÓLYOM László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon* (Budapest: Osiris 2001) 610. o. (*Waffengleichheit*)

<sup>18</sup> Ld. Walter PAULY: “Gleichheit im Unrecht als Rechtsproblem” *Juristenzeitung* 1997/13. 647-654. o. az esetleges kivételek dogmatikai megalapozásával (pl. bizonyos feltételek mellett az állandó jogellenes gyakorlat – de nem az egyszeri vagy kevés téves döntés – igénytámasztó jellegéről; vagy épp a gazdasági versenybeli diszkrimináció tilalma és az adóhatósági döntés kapcsolatáról), további irodalmi utalásokkal

<sup>19</sup> Ld. Áe. 72. § (4) bek. által taxatív felsorolt eseteket

<sup>20</sup> Ld. pl. AB-szokásjog: az AB ügyrendje (amelynek kiadására egyébként az AB-nek egyébként semmiféle jogalapja nincs). Az országgyűlési szokásjog témájához TRÓCSÁNYI László: “A parlamenti jog természete és forrásai” in: PETRÉTEI József (szerk.): *Emlékkönyv Ádám Antal egyetemi tanár születésének 70. évfordulójára* (Budapest – Pécs: Dialóg Campus Kiadó 2000) 283-296., kül. 295-296. o.; SZENTE Zoltán: *Bevezetés a parlamenti jogba* (Budapest: Atlantisz 1998) 28-30. o.



értelmezési gyakorlat, hiszen ezek a (bíróilag felül nem vizsgált) szervek is normatív aktusok alapján járnak el.

**Konklúziónk** tehát az, hogy csak akkor nem alakulhat ki a nem bírói szervek joggyakorlatából szokásjog, ha **1.** ezen szervek tevékenysége (ill. az általuk kiadott aktusok) bírói felülvizsgálat alatt állnak, de **2.** nem tartoznak az Áe. hatálya alá. Egyébként fennáll a szokásjog (**kötelező értelmezési gyakorlat**) kialakulásának esélye. Erre a fajta szokásjogra is – *mutatis mutandis* – vonatkozik a bírói szokásjognál említett szubszidiaritás.

### 3.1.1.3 Kitérő: a *desuetudo*

A *desuetudo* (törvényrontó szokásjog, avagy általánosabban fogalmazva: normatív aktust lerontó, eltörülő szokásjog) fogalma a római jogból ered.<sup>21</sup> Itt most dogmatikatörténettel nem foglalkozom,<sup>22</sup> helyette inkább azt vizsgálom meg, hogy a hatályos magyar jogrendszerben **létezik-e** ilyen jelenség.

**1.** Az világos, hogy egy normatív aktus csak kifejezett rendelkezés nyomán kerülhet hatályon kívül [Jat. 13. §]. Olyan értelemben tehát egész biztosan nincs *desuetudo* Magyarországon, hogy az normatív aktusokat hatályon kívül helyezze.

**2.** Abban az értelemben azonban van, hogy valamely normatív aktust következetesen **nem-alkalmaznak** (noha hatályos). Itt is világosan szembeötlök a hatály és az alkalmazhatóság különbözősége: ha ugyanis csak nem-alkalmaznak egy normatív aktust, az – a hatályon kívül helyezett normatív aktussal ellentétben – bármelyik pillanatban ismét feléledhet, azaz elkezdhetik alkalmazni.<sup>23</sup>

Kérdés persze, hogy ez a fajta “szokásjog” hogyan illeszhető bele a fenti definíciónkba, azaz a “jogként követett értelmezési gyakorlatba”? Sehoggy. **A *desuetudo* ugyanis nem szokásjog**, hiszen nincsen szó jogértelmezés gyakorlatról csupán **1.** a hatóságok **jogsértő tétlenségéről**,<sup>24</sup> vagy esetleg **2.** a normatív aktus (ill. valamely normatív rendelkezése) **alkalmazhatatlanságáról**.<sup>25</sup>

### 3.1.1.4 A fejezet tételeinek összegzése

1. Bizonyos esetekben az egyedi aktusok úgy viselkednek, mintha normatív aktusok lennének. Ezt a jelenséget nevezzük szokásjognak.
2. A szokásjog a magyar jogrendszerben jogként követett (kötelezőnek tekintett) értelmezési gyakorlatot jelent.
3. A bírói szokásjog Magyarországon nem szabályozó, hanem értelmező jellegű. Ez annyit jelent, hogy önmagában egy korábbi bírói ítéletből nem következik a későbbi bírói ítélet (ellentétben az angolszász rendszerrel), hanem mindig szükséges a törvényszöveg is, s csupán annak lehetséges értelmezései közül választ ki egyet a bírói gyakorlat.

<sup>21</sup> Ld. HAMZA Gábor – FÖLDI András: *A római jog története és intézményei* (Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 1996) 78. o. *Digesta*-utalásokkal

<sup>22</sup> Ehhez ld. KISS Géza: *A jogalkalmazás módszeréről. Dogmatörténeti és kritikai tanulmány a magánjog köréből* (Budapest: Athaeneum 1909) 214-240. o.

<sup>23</sup> Ugyanerre a különbségre hívja fel a figyelmet KISS Géza: *A jogalkalmazás módszeréről. Dogmatörténeti és kritikai tanulmány a magánjog köréből* (Budapest: Athaeneum 1909) 239. o.

<sup>24</sup> Ha esetleg olyan esettel találkozunk, hogy egy kivételszabály válik a *desuetudo* áldozatává, s helyette a főszabályt alkalmazzák, akkor nincs szó tétlenségről, “csupán” szimpla jogsértésről.

<sup>25</sup> Az alkalmazhatatlansághoz ld. [az eredeti írásom itt meg nem jelent része]

4. Magyarországon az állandó bírói gyakorlatnak van csupán kötelező ereje, egyes ítéleteknek (precedenseknek) azonban nem.
5. A “szokásos mértékű ajándék” fogalmában a “szokásos” nem összekeverendő a bírói szokásjog fogalmával.
6. Olyan nem bírói (pl. közigazgatási) szervek esetében, ahol nincs lehetőség bírói felülvizsgálatra, kialakulhat szokásjog (jogként követett értelmezési gyakorlat).
7. Ugyancsak kialakulhat szokásjog az Ae. hatálya alá eső ügyekben.
8. Abban az értelemben létezik a magyar jogrendben a *desuetudo* jelensége, hogy valamely normatív aktust következetesen nem-alkalmaznak (noha hatályos).
9. A *desuetudo* nem szokásjog, hiszen nincsen szó jogértelmezési gyakorlatról, csupán 1. a hatóságok jogsértő tétlenségéről, vagy esetleg 2. a normatív aktus (ill. valamely normatív rendelkezése) alkalmazhatatlanságáról.

### 3.2 A jogdogmatikai réteg

POKOL Béla szerint félreértettem a jogdogmatikai rétegről általa írt fejtegetéseket, merthogy abba – értelmezéssel ellentétben – a pozitív jogi fogalmak is beletartoznak. Evvel nyilván nem tudok vitatkozni, hiszen arról, hogy mit gondolt POKOL Béla minden bizonnyal POKOL Béla tud a leghitelesebben nyilatkozni.

Felhívnám azonban a figyelmet arra, hogy ezáltal a pozitív jogi fogalmak egyszerre kerülnek a jogdogmatikai rétegbe és a szövegrétegbe is. Azért próbáltam meg “minden áron” a jogelméleti fogalmakra szűkíteni a jogdogmatikai réteget, mert így egy olyan – számomra szentségtörésnek számító – helyzet jön létre, hogy a jog rétegeit leíró kategóriák nem distinktek, hanem részben **átfedik** egymást. Magától értetődőnek vettem (és veszem), hogy amennyiben valaminek a részeit (rétegeit) leírjuk, akkor az egyes részek ne fedjék át részben egymást.

“Pozitív hermeneutikai hozzáállással“ ezt a(z) általam súlyosnak tekintett) problémát kíséreltem meg kiértelmezni POKOL Béla elképzeléséből. A jelek szerint sikertelenül.

### 3.3 Az alapjogi réteg

POKOL Béla avval indokolja az alapjogi réteg külön kezelését (első reflexiók, tehát a *Gondolatok Jakab András tanulmányához* függelékében), hogy a jogdogmatikai rétegtől eltérően nincsenek precíz és distinkt rendszerben.

Ezek fényében a jogrétegelméletet egy új szempontú kritikával lehet illetni.

### 3.4 Egy új szempontú kritika

Összességében, amennyiben elfogadom a jogdogmatikai réteg enyémtől eltérő értelmezését – s erre kénytelen vagyok, tekintettel arra, hogy maga a szerző értelmezi így –, egy **új szempontú kritikát** tudok megfogalmazni: a különféle jogrétegek esetében valójában nem egynemű kategóriákról van szó, hanem két eltérő dimenzióról. Nevezetesen 1. egy szövegréteg *vs.* bírói esetjog, és 2. egy jogdogmatikai réteg *vs.* alapjogi réteg ellentétpárról.

1. Az első ellentétpár a különféle **jogi formára (aktusra)** utal. A szövegréteg a jogszabályoknak feleltethető meg,<sup>26</sup> a bírói esetjog pedig a bírósági egyedi aktusoknak.<sup>27</sup>
2. A másik ellentétpár pedig a **jogi fogalmak természetére** vonatkozik. A jogdogmatikai réteg a pontosan definiált, szigorúan elhatárolt és többé-kevésbé értéksemleges jogi fogalmakat jelenti (pl. a lopás fogalma), az alapjogi réteg pedig az átpolitizált és bizonytalan tartalmú fogalmakat (pl. a vallásszabadság fogalma).

---

<sup>26</sup> Ld. POKOL Béla: "Jogalkalmazás, jogérvényesítés és joggyakorlás" in: JAKAB András (szerk.): *Jogérvényesítés – jogalkalmazás* (Budapest: KGRE-ÁJK 2002) 119. o.: "A jogrendszer felületi szintjén a jog szövegrétege áll, amelyet a politikai demokráciákban a választott politikusok parlamenti törvényhozása rögzít, illetve a törvények részleteinek kibontására a kormánypolitikusok rendeleti joganyagában és az önkormányzati rendeletekben rögzítenek és változtathatnak meg." [Azonos evvel a Jat. 1. § (1) bek. taxatív felsorolása, amely szerint jogszabályok: 1. a tv., 2. a Korm. rend., 3. a min. rend. és 4. az ök. rend.]

<sup>27</sup> Vö. POKOL Béla: *The Concept of Law* (Budapest: Rejtjel 2001) 22. o. [“*judicial case law*”] (bírói **esetjog** rétege).

Egy táblázatban áttekinthetően ábrázolva:

a jogi forma (aktus) jellege	szövegréteg (jogszabályokban)	bírói esetjog (bírói aktusok)
a fogalom jellege		
<b>jogdogmatikai réteg</b> (jogászias, strikt fogalom)	a lopás fogalma [Btk. 316. § (1) bek.: <i>“Aki idegen dolgot mástól azért vesz el, hogy azt jogtalanul eltulajdonítsa, lopást követ el.”</i> ]	pl. a túlzott mértékű foglalom fogalmára [Ptk. 245. § (3) bek. említi] a Ptk. maga nem ad definíciót; ez csak a bírói gyakorlatból derül ki (ld. kül. BH 1996. 599.)
<b>alapjogi réteg</b> (átpolitizált, bizonytalan tartalmú fogalom)	a vallásszabadság fogalma az Alkotmányban (Alk. 60. §)	egyedi bírói ítéletek indoklásaként megjelenő alkotmányos alajokok ( <i>constitutionalization of judicial process</i> )

A felosztás azonban nem teljes, hiszen pl. a normatív utasítások (Jat. 49. §) sehol sem helyezhetők el benne. Hasonlóképpen hiányoznak a közigazgatási egyedi aktusok és a belőlük kialakuló közigazgatási joggyakorlat (ez utóbbihoz ld. fent a szokásjoghoz írott részben: **Hiba! A kapcsoló argumentuma érvénytelen.**). A szövegréteget tehát a normatív aktusok rétegévé kell kiegészíteni (jelenleg a kettő nem feleltethető meg egymásnak, mint azt POKOL Béla is hangsúlyozta iménti kritikájában). A bírói esetjogot pedig az általánosabb egyedi aktusokra kellene kiegészíteni.

Az alapjogi réteg elnevezésével szemben pedig felvethető, hogy nem csupán az alapjogi fogalmak tartalma bizonytalan és átpolitizált, hanem pl. a demokrácia vagy a jogállamiság fogalma is. Ezek működési mechanizmusa sokban megfelel a POKOL Béla által az alapjogi rétegnek tulajdonított jellemzőknek.<sup>28</sup>

Jelen formájában a jogrégelmélet úgy néz ki, mintha azt modanánk: a személygépkocsi négyfajta részből (rétegből) áll: 1. fém elemekből, 2. műanyag elemekből, 3. sötét elemekből és 4. világoskék elemekből. A felosztás részben nem fed le mindent (pl. az üveget; ld. normatív utasítások beilleszthetlensége), másokat pedig kétszer is magába foglal (a világoskék fém elemeket; ld. törvényben található és ott definiált fogalmak). Ennek oka, hogy egyrészt két eltérő szempont szerint történt a “rétegek” felvétele (szín és anyag; ld. fogalom jellege és jogi aktus jellege), másrészt ezek a szempontok nem érvényesülnek következetesen (a kategóriák nem distinktek).

<sup>28</sup> A nem alapjogi jellegű AB határozatok besorolhatatlanok POKOL Béla eredeti elméletében.

A jogrétegeket – módosítva – a magam részéről tehát az alábbi 2\*2-es csoportosításban ábrázolnám:

hol található a fogalom milyen a fogalom	normatív aktusokban	egyedi aktusokban
<b>jogdogmatikai fogalmak</b> (jogászias, strikt fogalmak)	a lopás fogalma [Btk. 316. § (1) bek.]	pl. a túlzott mértékű foglалó fogalmára [Ptk. 245. § (3) bek. említi] a Ptk. maga nem ad definíciót; ez csak a bírói gyakorlatból derül ki (ld. kül. BH 1996. 599.)
<b>átpolitizált fogalmak</b> (politikai és fokozottan bizonytalan tartalmú fogalmak)	a vallásszabadság (Alk. 60. §) vagy a jogállamiság [Alk. 2. § (1) bek.] fogalma	egyedi bírói ítéletek indokolásaként megjelenő alkotmányos alajogok ( <i>constitutionalization of judicial process</i> )

Ebben a formában már elég jó magyarázó ereje van a POKOL Béla-féle elméletnek. Eredeti formájában azonban tarthatatlan.

Még jobb lenne azonban, ha a fogalmak – POKOL Béla által hevesen ellenzett – jogelméleti vs. pozitív jogi kettéosztását is átvezetnénk. A következőképpen:

hol található a fogalom milyen a fogalom	normatív aktusokban (pozitív jogban)	egyedi aktusokban (pozitív jogban)	csak a jogelméletben
<b>jogdogmatikai fogalom</b> (jogászias, strikt fogalom)	a lopás fogalma [Btk. 316. § (1) bek.]	a túlzott mértékű foglалó fogalma	a norma szerkezeti elemei
<b>átpolitizált fogalom</b> (politikai és fokozottan bizonytalan tartalmú fogalom)	a vallásszabadság (Alk. 60. §) vagy a jogállamiság [Alk. 2. § (1) bek.] fogalma	egyedi bírói ítéletek, amelyek alkotmányos alapjogokra támaszkodnak	az alkotmányosság fogalma

A kétfajta szempont egyébként POKOL Béla jog- és jogrendszer-definíciójában is feltűnik, ahol is ezeket a fogalmakat egyrésztől normák, másrészt fogalmak rendszereként definiálja.<sup>29</sup>

### 3.5 Módszertani problémák

A POKOL Bélánál tapasztalható fogalmi problémák okát elsősorban a tisztázatlan vizsgálati módszertanban látom. Nem világos, hogy a jogrétegekhez történeti-jogtörténeti,<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Pl. POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 20. és 21. o.; POKOL Béla: *The Concept of Law* (Budapest: Rejtjel 2001) 26. o.

<sup>30</sup> Erre utal POKOL Béla: *The Concept of Law* (Budapest: Rejtjel 2001) 21-22. o. [az 1600-as évek szuverénje mint a szövegréteg alkotójának megtestesítője; a többpártrendszer nyomán a közvélemény megnövekedett súlya pedig már a bírói esetjogban fejeződik ki]

társadalomelméleti,<sup>31</sup> jogbölcseleti-eszemtörténeti,<sup>32</sup> jogszociológiai,<sup>33</sup> összehasonlító jogi<sup>34</sup> vagy pedig fogalmi analitikus<sup>35</sup> vizsgálat révén jutunk el. A jogrétegek vajon **melyik típusú elemzést** szolgáló segédfogalmak? Úgy érzem, hogy minden alkalommal egy-egy újabb érvet kapunk a jogrétegelmélet mellett, nem pedig a már megkapott jogrétegelmélet különböző szempontú (pl. jogtörténeti, eszemtörténeti-csoportosító) alkalmazhatóságának próbáit.<sup>36</sup> Sehol nem szól a szerző a jogrétegelmélet magyarázó erejének korlátairól. A módszertanilag reflektált megközelítéshez szükség lenne az elmélet hatókörének és **magyarázó erejének** tisztázására. Ez nem történt meg.

A megközelítés két dimenziója, amelyeket POKOL Béla egyszerre alkalmaz, de sajnos nem különít el egyértelműen (1. milyen jellegű a fogalom, ill. 2. hol található a fogalom), eltérő kérdéseket jelent, ezért a válaszokat sem lenne szabad egyfajta névvel illetni (nevezetesen a jog “réteg“-einek nevezni). A kérdéseket ezen túl is konkretizálni kellene (pl. a “milyen jellegű a fogalom“-kérdés vajon a *konkrétságra* [fogalmi-analitikus megközelítés] vagy az *átpolitizáltságra* [társadalomelméleti megközelítés] vonatkozik-e). Ezek után, az így kapott elméletet lehet próbára tenni aszerint, hogy mennyiben lehet az **általán használt kategóriák mentén** az jogbölcseleti nézeteket vagy (jogösszehasonlító alapon) a jogrendszereket csoportosítani.<sup>37</sup>

A POKOL Béla által elérni kívánt “komplex“ megközelítés<sup>38</sup> álláspontom szerint **nem** úgy érhető el, ha **egyszerre** több szempontot használunk a vizsgálathoz, hanem ha előbb az egyik, majd a másik szempontból vizsgálódunk. Ez eredményezheti azt is, hogy az egyik vizsgálat alapján kapott kategória-rendszert a másik nyomán további alkategóriákra bontjuk. De az semmiképpen sem követendő út, hogy az egyes vizsgálati szempontokat és módszereket “egyetlen folyamként“ zúdíttjuk rá a vizsgálandó tárgyra (esetünkben a jogra).<sup>39</sup>

Szimptomatikus, hogy POKOL Béla **sehol sem adja meg a jogréteg definícióját**, amelyen aztán mint kritériumon lemérhetnénk, hogy pl. az alapjogok valóban jogrétegeknek tekinthetők-e, ill. hogy más dolgok tényleg nem jogrétegek (pl. a társadalom erkölcsi felfogása).<sup>40</sup>

---

<sup>31</sup> Erre utal POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 86. skk. o. [az alapjogok mint átpolitizált fogalmak]

<sup>32</sup> Erre utal POKOL Béla: *The Concept of Law* (Budapest: Rejtjel 2001) 19-21. o. [MONTESQUIEU, KELSEN és BERGBOHM mint akik csak a szövegrétegre koncentráltak; PUCHTA és WINDSCHEID dogmatikai fogalomközpontú megközelítése; a szabadjogi iskola a bírói esetjogként felfogott jog képviselői; DWORKIN mint az alapjogi réteg szószólója]

<sup>33</sup> POKOL Béla: *The Concept of Law* (Budapest: Rejtjel 2001) 13. o. [a szövegréteg a törvényhozóhoz, a dogmatikai réteg a jogtudóshoz, a bírói esetjog rétege a bírókhoz köthető]

<sup>34</sup> POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 44. o. [a német jog jogdogmatikai tudós jog-jellege] és 51. o. [az angol jog mint elsősorban bírói esetjog]

<sup>35</sup> Erre utal POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 86. skk. o. [az alapjogok mint bizonytalan tartalmú fogalmak]

<sup>36</sup> A különféle csoportosításokban a nem beilleszthető elemek felett “elsiklik” POKOL Béla. Pl. a jogbölcseleti irányzatoknál nem szól a skandináv jogi realistákról, a jogszociológiai fejtegetéseknél a közigazgatásról, a jogösszehasonlításnál pedig az iszlám jogrendszerekről. Nem kell persze mindent egy elméletben megmagyarázni (álláspntom szerint nem is lehet), de jelezni kellene az elmélet hatókörét.

<sup>37</sup> Nézetem szerint a próba valószínűleg sikertelen lenne, tehát erre még az általam fent átalakított jogrétegelmélet **sem** alkalmas. Ez kívül esik a hatókörén, a magyarázó ereje nem terjed ki rá.

<sup>38</sup> Vö. POKOL Béla: *The Concept of Law* (Budapest: Rejtjel 2001) 38-40. o.

<sup>39</sup> Megjegyzem ugyanakkor, hogy a “komplex” megközelítési módok főleg akkor használatosak, ha a **vizsgálat célja homályos**. “Globálisan” ugyanis – álláspontom szerint – nem lehet megérteni egy jelenséget, csakis valamilyen szempont szerint. Ez az álláspontom vitatható, ezért helyeztem csupán lábjegyzetbe. A fenti gondolatmenet ezen gondolatmenet nélkül is érvényes. Itt tehát nem a jogrétegelmélettel szembeni érvről van szó, hanem csak a “lapjaim kiterítéséről”. Nem kívánom tehát a komplex megközelítések létjogosultságát megkérdőjelezni, hanem csupán azt indokolom itt, hogy én miért nem írok ilyeneket.

<sup>40</sup> Ugyancsak szükséges lenne a jogréteg és a **jogforrás** fogalmának tisztázására. A kettő pontos fogalmi **elhatárolására** még annyiban sem történik utalás, hogy “ezt majd egy későbbi munkában” tenné meg a szerző.

### 3.6 Összegzés a jogrétegelméletről

A jogrétegelmélet merőben újszerű és provokatív elgondolás, amely az olvasónak igazi szellemi kihívást jelent. Jelen formájában is tartalmaz **kiváló intuíciókat** (pl. a “jogászi-asztrikt fogalmak [jogdogmatikai réteg]“ vs. a “bizonytalan tartalmú, átpolitizált fogalmak [alapjogi réteg]“ ellentéte), azonban a kategória-készlete nem kellően kicsiszolt, **továbbgondolásra vár**. Fent ennek a továbbgondolásnak egyik lehetséges és védhető – de nem feltétlenül követendő – irányát vázoltam fel.

## 4. Egyéb

1. Bár nem tartozom Niklas LUHMANN kedvelői közé, de egy lehetséges **rendszerimmanens ellenvetést** mégis megkockáztatnék. POKOL Béla kinyilvánítottan LUHMANNi alapon dolgozik, de a **jogi oktatás** rendszerbeli helyét illetően mégis teljesen más az álláspontjuk. LUHMANN szerint a jogi oktatás az oktatási alrendszer része,<sup>41</sup> POKOL Béla szerint azonban a jogi oktatás a **jogrendszer része**.<sup>42</sup>

(1/a.) Nem világos, hogy **miért** döntött POKOL Béla ezen újszerű (LUHMANNtól eltérő) besorolás mellett,<sup>43</sup> amelyet egyébként

(1/b.) meglehetősen nehéz a jogrendszer általa adott definíciójával<sup>44</sup> **összeegyeztetni**.

2. POKOL Béla szerint azért problémás az egyedi rendelkezést mint zárt címzetti körű jogi rendelkezést definiálnom, mert így a definíció szerint csak egyedi rendelkezéseket tartalmazó bírói ítéletek közé nem lenne beilleszthető az amerikai mintájú **public interest litigation** [*class action*] keretében hozott bírói ítélet. Tényleg nem lenne minden esetben beilleszthető. Amennyiben ezt Magyarországon bevezetnék, akkor az ilyen eljárás keretében hozott ítéletek valóban normatív aktusok lennének.<sup>45</sup> Ez azonban nem mond ellent a normatív aktusok általam adott definíciójának.

3. POKOL Béla szerint problémás az az állításom, hogy a **jogi aktusok** a jogrendszerben **taxatív felsoroltak**. Ellenpéldaként a LB régebbi típusú normatív aktusaira (pl. kollégiumi állásfoglalások), valamint az egyedi aktusokból kikristályosodó joggyakorlatra hivatkozik.

---

<sup>41</sup> Niklas LUHMANN: *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1993) 10. és 73. o., valamint 386. o. 118. lábj.; Niklas LUHMANN: “Die Profession der Juristen: Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland” in: Niklas LUHMANN: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1999) 190. o.

<sup>42</sup> POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 72. o. Megjegyzem, hogy LUHMANN álláspontját sehol sem cáfolja “*expliciten*”.

<sup>43</sup> LUHMANN szerint az oktatási rendszer önálló alrendszer. Ld. pl. Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1984) 280-282., 627-628. o. Posztumusz megjelent könyvében egyébként [Niklas LUHMANN: *Das Erziehungssystem der Gesellschaft* (szerk. Dieter Lenzen) (Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2002) kül. 59. és 60. o.] azt írja, hogy az oktatási rendszerben egyszerre két bináris kód is van: 1. az oktatási rendszer nevelési funkciójára vonatkoztatva közvetíthető/nem közvetíthető, 2. a kiválasztásis funkcióra vonatkoztatva jó/rossz. Úgy látszik ehelyütt LUHMANN is felismerte, hogy az “alrendszerenként egyetlen bináris kód” egy nagyon durva leegyszerűsítés. [Vö. még Niklas LUHMANN: “Codierung und Programmierung: Bildung und Selektion im Erziehungssystem” in: Niklas LUHMANN: *Soziologische Aufklärung* (Köln – Opladen: Westdeutscher Verlag 1987) 4. kötet 182-201. o.] A jogrendszerre vonatkoztatva egyébként (SOLT Kornél joglogikai fejtegetései alapján) pont ezt a nagyon durva leegyszerűsítést kifogásoltam a kritizált dolgozatomban.

<sup>44</sup> POKOL Béla: *A jog elmélete* (Budapest: Rejtjel 2001) 20. o., ahol a jogrendszert mint normákat és fogalmakat tartalmazó értelmi rendszert írja le. A jogi oktatás azonban sem a norma, sem a fogalom kategóriája alá nem sorolható be.

<sup>45</sup> Az amerikai szabályozás sajátosságát kontinentális-európai szempontból jól összefoglalja: Christoph GREINER: *Die Class Action im amerikanischen Recht und deutscher Ordre Public* (Frankfurt a. M. [e. a.]: Peter Lang 1998) kül. 114. és 117. o. [*Binding Effect der Class Action*]

3/a. Az egyedi aktusokból kikristályosodó **joggyakorlat** témáját fent a szokásjog kapcsán már bemutattam: ez a joggyakorlat (a jogrendszerben taxatív felsorolt [Pp., Be.] **egyedi** aktusokból keletkezik. Maga a joggyakorlat azonban nem jogi aktus, ezért POKOL Béla erre való hivatkozása nem is lehet ellenérv a fenti tételemmel szemben.

3/b. A **LB normatív aktusaihoz** pedig a következőket tudom mondani: A LB korábbi irányelvei és elvi döntései jogegységi határozatnak tekintendők.<sup>46</sup> Elméletileg a kollégiumi állásfoglalások – amelyekből ugyancsak nem keletkeznek már újak – nem voltak kötelezőek, csupán ajánló jellegű jogértelmezések. A joggyakorlat azonban kötelező aktusokként kezelte őket, s ezt veszi tudomásul a Bsz. 105. § is, amikor az elvi döntéssel és az irányelvvel egy sorban említi mint alkalmazandó jogot.<sup>47</sup> Amikor tehát azt állítottam, hogy a jogi aktusok taxatív fel vannak sorolva, akkor materiális értelemben vett taxatív felsorolásra kell gondolni, nem pedig formálisra. Azaz: az irányelvek, elvi döntések és kollégiumi állásfoglalások **mint jogegységi határozatok** szerepelnek a taxatív felsorolásban (véletlenül ez esetben formális értelemben is felsorolhatnák a Bsz. 105. §-ban, de ez nem lenne szükségszerű).

A jogi aktusok taxatív felsorolása nem jelenti azt sem, hogy egy helyen (pl. egy törvényben) megatalálnánk a listát.<sup>48</sup> A lista ugyanis meglehetősen széttördezett.

**4.** POKOL Béla reflexiója végén elismerésként megállapítja, hogy a “nem jogelméleti” munkáimat rendszerint kiválóknak tekinti. Csak jelezni kívánom, hogy minden eddigi munkámat legalábbis részben jogelméletinek tekintem. Azt hiszem ez az apró momentum is megvilágítja, hogy mennyire más stílusban gondolkodunk, s mennyire mást értünk jogelmélet alatt. S általánosabban fogalmazva: **más nyelven beszélünk**. Ez sajnos a köztünk folyó viták konszenzusos lezárását<sup>49</sup> és a kívülálló harmadikok számára a köztünk lévő felfogásbeli különbségek pontos megértését erősen **megnehezíti**. De ez nem jelenti azt, hogy ne kellene megpróbálnunk – a saját szemüvegünkön keresztül, azaz a saját nyelvünkre lefordítva – megérteni a másik álláspontját. Ebben a viszontválasz-dolgozatban ennek fényében próbáltam meg rekonstruálni és (viszont)kritikával illetni POKOL Béla nézeteit ill. a velem szemben kifejtett kritikáját.

---

<sup>46</sup> A helyzet ahhoz hasonlít, ahogy a még hatályos tvr.-ek ma már tv.-nek tekintendők. Ld. 186/B/1991. AB határozat. 2.1. Az Alkotmánybíróság állandó gyakorlata a törvényerejű rendeletet a törvénnyel azonos szintű szabályozásként ismeri el [7/1994. (II. 18.) AB határozat, ABH 1994, 68, 71.], sőt a 20/1994. (IV. 16.) AB határozatában kifejezetten ki is mondja azt, hogy “...a hatályos törvényerejű rendeletek az Alkotmány 8. § (2) bekezdése alkalmazásában törvénynek minősülnek.” (ABH 1994, 106, 112.) Vö. BRAGYOVA András: *Az alkotmánybíráskodás elmélete* (Budapest: KJK – MTA ÁJI 1994) 73. o.

<sup>47</sup> Bsz. [1997. évi LXVI. tv. a bíróságok szervezetéről] 105. §: “Az e törvény hatálybalépését megelőzően hozott irányelvek, elvi döntések és kollégiumi állásfoglalások az eltérő iránymutatást tartalmazó jogegységi határozat meghozataláig alkalmazhatók.”

<sup>48</sup> Ezt nem állította POKOL Béla rám hivatkozva. Csupán az egyértelműség kedvéért írom itt le (újra).

<sup>49</sup> Már amennyiben egyáltalán lehetséges ilyen.



## Karácsony András

### Rendszerelmélet és fenomenológia

Az alábbiakban a rendszerelmélet egyik új változatának, Niklas Luhmann rendszerelméleti felfogásának néhány a husserli fenomenológiával érintkező pontját vizsgálom meg. Nem kell különösebben mélyre ásunk, hogy a luhmanni életműben feltűnjenek ezek a kapcsolódási pontok. Ha csak egy pillantást vetünk Luhmann publikációinak listájára, már a címek alapján szembeötlik három olyan tanulmány, ami egyértelműen Husserl fogalomvilágát idézi fel.<sup>1</sup> Emlékezzünk csak az életvilág, az interszubsztivitás és az újkori tudományok husserli elemzésére.

Vagy fordítsuk figyelmünket azokra a megjegyzésekre, melyek Luhmann tudományos pályafutásának kezdeti időszakára vonatkoznak. Egyik interjúban Luhmann, az őt ért hatásokról nyilatkozva, a következőket említette: “Feldolgoztam és kicéduláztam azt az irodalmat, ami legjobban foglalkoztatott, tehát a szociológiát és a filozófiát. Akkoriban mindenekelőtt Descartes-ot és Husserlt olvastam.”<sup>2</sup> Hogy ebben az időszakban mennyire Husserl hatása alatt állt Luhmann ezt Franz-Xaver Kaufmann visszaemlékezése is alátámasztja. Kaufmann a Luhmann halála utáni emlékülésen felidézte, hogy 1964/65-ös téli szemeszterben a Münsteri egyetemen találkozott először Luhmann-nal, aki ott vendégelőadóként tartott előadást. Kaufmann-nak az előadásról az alábbi benyomása maradt meg: “az előadás tartalmára már csak homályosan emlékszem; de az megmaradt, hogy Luhmann akkoriban a komplexitásfogalmát Edmund Husserl fenomenológiája hatása alatt alakította ki.”<sup>3</sup>

Az eddigiekben jelzett, inkább külsődleges jelek mellett találhatunk még nyomósabb érveket is, melyek a husserli hatás komolyan vételét támasztják alá. Ehhez azonban be kell lépünk a luhmanni elmélet fogalomvilágába. Két út kínálkozik a vizsgálódás számára. Az egyik, s első pillantásra ez tűnik a kézenfekvőbbnek, a fentiekben említett Luhmann elemzések (az életvilágról, az interszubsztivitásról és az újkori tudományokról) áttekintése, mivel ezekben explicit formában tanulmányozható a Luhmann – Husserl közötti elméleti hatástörténeti kapcsolat. A másik lehetőség abban a kutatási irányban tárul fel, amikor a luhmanni rendszerelmélet alapfogalmiságában keressük a husserli fenomenológia nyomait. Ebből a szempontból Luhmann “*Soziale Systeme*”-re kell koncentrálnunk, mivel Luhmann ebben a könyvében foglalta össze legrészletesebben elméletének általános alapvonásait. A következőkben ezt a második utat választom, ami persze nem jelenti, hogy csak a *Soziale*

---

<sup>1</sup> Niklas Luhmann: Die Lebenswelt - nach Rücksprache mit Phänomenologen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 72 (1986), S. 176-194.

Niklas Luhmann: Interszubsztivität oder Kommunikation: Unterschiedliche Ausgangspunkte soziologischer Theoriebildung, Archivio di Filosofia 54 (1986), S. 41-60.

Niklas Luhmann: Die neuzeitlichen Wissenschaften und die Phänomenologie. Wiener Vorlesungen; Wien (Picus) 1996.

<sup>2</sup> Niklas Luhmann: Archimedes und wir. Berlin, Merve Verlag, 1987. S.132.

<sup>3</sup> Franz-Xaver Kaufmann: Ein Wittgenstein'sches Schweigen. in: Rudolf Stichweh (Hg.): Niklas Luhmann – Wirkungen eines Theoretikers. transcript Verlag, Bielefeld, 1999, S. 11.

*Systeme*-re fordítok figyelmet, de a vizsgálódás centrumában ez áll. Természetesen az említett két kutatási irány egyáltalán nem zárja ki egymást. A fogalmiság alapszerkezeti szintjén feltárt kapcsolatok ábrázolása után következhet az életvilág, az interszubsztitívitás és az újkori tudományok értelmezésének konkrét vizsgálata. S ezzel válna teljessé a Luhmann és Husserl közötti hatástörténeti kapcsolat bemutatása. A következőkben, a hely szűkössége miatt, ezt a második fázist nem érintem.

A luhmanni elmélet alapvetően rendszerelméletként definiálható. Persze csak “alapvetően”, mert egyébként kommunikáció- és evolúcióelméleti megfontolások is lényeges szerepet játszanak ezen elmélet egészében. De maradjunk csak a rendszerelméletnél, mivel ez határozza meg az elméleti architektúra legágabb kontextusát. Rendszerelméletekből ugyanakkor, mint jól ismert, igencsak különféle változatok fogalmazódtak meg. Hogy a luhmanni megközelítést ebben a közel egy évszázados rendszerelméleti tradícióban elhelyezhessük, ehhez röviden meg kell vizsgálnunk a rendszerfogalom jelentéstörténetét. Ennek a jelentéstörténetnek legalább két összetevőjére kell utalnom. Az egyik a rendszerfogalomnak a rendszerelméletek megjelenése *előtti* használata, a másik pedig már a rendszerelméletek megjelenéséhez kötődik, s ezen a paradigmán belüli eltérő jelentésadásokat érinti.

1) A rendszer szó használatának eredete visszanyúlik a görög gondolkodástörténetig. A fogalom jelentésének két lehetséges különböző tartalma már ekkortól megfigyelhető. Egyfelől ugyanis arra utalt, hogy a rendszer egymással “belülről” illeszkedő elemekből áll, belső rendet fejez ki, azaz magukból a dolgokból fakad az összekapcsoltság. Másfelől viszont jelen volt az az elképzelés is, ami szerint a rendszer valamiféle “külső” összeállítottság.<sup>4</sup> Eszerint a kapcsolat nem magukban a dolgokban van, hanem ezeket a külső megfigyelő alkotja meg. E kétféle megközelítés hatástörténeti erejét mutatja, hogy ez a differencia a XX. századi rendszerelméletekben is kifejeződött, mégpedig a “reális” és “analitikus” rendszerfogalom különbözőségében. *Reális* rendszerfogalomról azon elméletek kontextusában beszélhetünk, melyek szerint a rendszerek a *valóságban* léteznek, az *analitikus* rendszerfogalom használói pedig a rendszerre mint az *elmélet által* előállítottakra tekintettek.

De ne fussunk ennyire előre az időben! Mielőtt az önmagukat rendszerelméletként megjelölő elméletek jelentkeztek volna az elmélettörténetben, mint említődött, már nagyon régóta használták a rendszerfogalmat, s értekezések sorában olvashattunk filozófiai rendszerről, vagy éppen a tudományok rendszeréről. Ez a filozófiai hagyomány egyértelműen az ismeretek rendszerezésének körén belül mozgott. Tehát inkább az analitikus rendszerfogalom használata jellemezte ezt. Nem kis mértékben azért tartották fontosnak az efféle rendszerezést a régi korok filozófusai, mert a tudásnak tanításra alkalmas közlési formáját akarták megadni. Úgy vélték, hogy a rendszerezett tudásanyag az olvasók által jobban megérthető és elfogadható. Ezt a beállítódást az újkori racionalizmus tovább erősítette. Ennek eredményeként a rendszerezésre törekvő ész maga alá gyűrte a valóságot. S ezzel megtörtént az átmenet a “reális” rendszerfogalomhoz. Az abszolútumot kereső német idealizmusban (Kant, Fichte, Schelling, Hegel) a rendszer fogalma alatt már a *valóságos* világ jelenségeinek rendszerszerűségét értették. A reális rendszerfogalom ezen diadala azonban igencsak különböző reakciókat szült. A filozófián belül gyorsan és nagyon határozottan megfogalmazódott az elutasítás, a tudomány területén viszont inkább követőkre lelt. Kierkegaard és Nietzsche, ugyan eltérő megfontolásokból, de egyaránt látványosan tiltakozott a rendszeralkotással szemben. A 19. század második felében ugyanakkor, elsősorban a természetkutatók - és a tudományra reményekkel teli várakozással tekintő filozófusok (Spencer, Mill) – körében egyre fontosabb szerepet kapott a rendszer fogalma. Spencer például arról írt, hogy a rendszerek a rendszerkörnyezet interakcióban a belső sokféleséget fokozzák és a tökéletesedés irányában fejlődnek.

---

<sup>4</sup> Lásd pl.: Martin Heidegger: Schellings Abhandlung Über das Wesen der menschlichen Freiheit (1809). Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1971.

A tudomány területén a módszertani fordulatot akkortól számíthatjuk, amikor kutatók számára a részekre koncentráló mechanikus szemlélet már elfogadhatatlannak tűnt, és ezt a dolgokra mint egészre tekintő látásmóddal kívánták helyettesíteni. Különösen az élet magyarázatával foglalkozó biológiában nyilvánult meg éles ellentét a részeket mechanikusan összeállító és az egészből kiinduló, a részeket eleve az egészben elhelyező szemlélet között. A mechanisztikus irányzat az organizmusok tulajdonságait, viselkedését fizikai-kémiai törvényekkel magyarázta. Azonban az olyan folyamatokat mint az alkalmazkodás, önszabályozás, önregenerálódás így nem tudták magyarázni, ezeket egyszerűen metafizikai, azaz tudományosan nem magyarázható, folyamatoknak tartották. Ezzel szakított Driesch, aki az egyik első képviselője volt a totalitás szemléletnek a biológiában, amikor az "életerővel" magyarázta az organizmust. A 19. században keletkezett és a pozitivizmus szellemében fogant szociológiában azért is ragaszkodtak a rendszerszemlélethez, mert az a biológia és a klasszikus mechanika területén már jelentős sikereket ért el.

2) A rendszerelmélet mint önálló diszciplína azonban csak a 20. század első felében született meg. Ezen új tudományág létrejöttét egyértelműen az a vágyakozás ösztönözte, hogy megtalálják az egymástól elszigetelt szakterületekre darabolt tudomány ellensúlyát. Ebbe az irányba mutattak már az akkoriban megjelent határtudományok (pl. fizikai kémia, szociálpszichológia, biokémia, biofizika, közgazdasági pszichológia) is. A harmincas években, az általános rendszerelmélet kialakításában Ludwig von Bertalanffy úttörő szerepet játszott. Néhány évtizeddel később, 1954-ben megalakult a *Society for General Systems Research*. A rendszerelméleti kutatókat magaköré gyűjtő társaság jelentős feladatot vállalt magára a kutatásszervezés terén is. Ez az évtized volt a rendszerelmélet, s hozzá kapcsolódóan a kibernetika legsikeresebb időszaka. A hatvanas évek második felében, amikor Luhmann tudományos pályafutása elkezdődött, a rendszerelmélet már veszített vonzerejéből, ám a szociológián belül, Parsons hatásának köszönhetően még jelentős tényező maradt.

Az ekkori vitákban – az analitikus és reális rendszerfogalom különbözősége mellett – fokozottan előtérbe került egy másféle differencia, mégpedig a *zárt* és a *nyitott* rendszer megkülönböztetése. Az utóbbi a rendszer – környezet közötti interakcióból, az előbbi pedig a rendszer- környezet közötti határmegvonásból indul ki. A luhmanni rendszerelmületről, tekintettel az említett két differenciasémára, azt mondhatjuk, hogy a reális rendszerfogalomból indult ki és a rendszer zártágát hangsúlyozta.

A *Soziale Systeme* első oldalain ugyanis az alábbiak olvashatók: "A következő megfontolások abból indulnak ki, hogy rendszerek vannak. /.../ A rendszerfogalom tehát valami olyant jelöl meg, ami valóban rendszer."<sup>5</sup> Ám ezt azon nyomban követi egy pontosítás: "Az a tézisünk, miszerint rendszerek vannak, most szűkebben megfogalmazható: önreferenciális rendszerek vannak."<sup>6</sup> És ezzel a kifejezéssel ("önreferenciális rendszerek") Luhmann bekapcsolta a vizsgálódásba a konstruktivizmus (Maturana, Varela, von Foerster) kulcsfogalmát, az autopoiesist. Ha visszatekintünk a hatvanas évek közepétől formálódó luhmanni elmületre, és a korai műveket a nyolcvanas években publikáltakkal összevetjük, akkor inkább a kontinuitás figyelhető meg. Úgy tűnik, hogy a három évtizeddel ezelőtti "reflexív mechanizmusokból" kiindulva az önreferencia, az öntematizáció, az önszerveződés, az autokatalízis kategóriáin keresztül szinte egyenes út vezetett az "autopoiesisig". Noha e fogalmak láncolatba illeszkednek, de szó nincs változatlanágról. Ez világosan kiderül a *struktúrára* vonatkozó önszerveződés és a *struktúra elemeire* vonatkozó önreferencia különbözőségéből. "Az önszerveződés fogalma azonban – visszapillantva azt kell mondanunk, hogy 'csak' – a rendszer struktúrára vonatkozik. /.../ Az önreferenciális rendszerek elmülete azt állítja, hogy a rendszerek elkülönülése csak önreferencia révén jöhet létre, azaz csak azáltal, hogy a rendszerek az elemeik és elemi műveleteik konstitúciójában önmagukra (ugyanazon

<sup>5</sup> Niklas Luhmann: *Soziale Systeme*. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1985. S. 30.

<sup>6</sup> Uo., S. 31.

rendszer elemére, műveletére, egységére) vonatkoznak.”<sup>7</sup> Egyébként ezt a fogalmi változást Johannes Berger lényeges koncepcionális változásként ragadta meg. Szerinte Luhmann ezzel elhagyta a strukturális funkcionalizmust és egy a fenomenológia irányába tett fordulatról kell beszélünk. A fordulat “fenomenológiai” jellege nem azt jelenti, hogy Husserl, Schütz követőjévé vált Luhmann, hanem arra utal, hogy az elméleti érdeklődés a szociális rendszerek funkciómódjáról áttevődött a *szociális realitás konstrukciójának* elemzésére.<sup>8</sup>

Az autopoietikus rendszerek az elemeiket a már meglévő elemek hálózatában, hálózatuk révén hozzák létre. Ebben a vonatkozásban tehát a műveleti zártság jellemzi őket. Ez a rekurzív zártság határozza meg az autopoietikus hálózat strukturális identitásának *egységét*. Ennek alapján különböztethetőek meg az egymáshoz kapcsolódó (azaz rendszeren belüli) és nem kapcsolódó (azaz a környezethez tartozó) műveletek. Hangsúlyoznunk kell, a rendszerhez való tartozás szempontjából a műveletek *kapcsolódása* a fontos és nem pedig a műveletek esetleges hasonlósága. Gondoljunk csak arra például, hogy a jog tipikus jellemzője a normatív kommunikáció, ugyanakkor a jogi rendszer környezetében, azaz az erkölcsben, vallásban is fontos szerepet játszanak hasonló normatív kommunikációk. Ebből a hasonlóságból azonban nem következik, hogy minden normatív kommunikációk egyetlen átfogó rendszert alkotna. Ellenkezőleg! Az említett rendszerek (vallás, erkölcs, jog) egymástól éppen hogy elkülönültek. Elkülönültek, mert a jogi, erkölcsi és vallásos normatív kommunikációk egymáshoz nem kapcsolódnak közvetlenül. Egy ilyen kapcsolódás, ha végbemegy, csak *közvetítés által* lehetséges. Ugyanis mindegyik rendszer csak a *saját* normáinak a hálózatában, azaz elemeinek meghatározott struktúrája által közvetítve képes a másik rendszer normatív kommunikációjához kapcsolódni. Például amikor a jogban a jóhiszeműség generálklauzuláját megfogalmazzák, akkor egy erkölcsi norma *jogi* relevanciájáról van szó, mely relevancia nem önmagából az erkölcsi normából fakad, hanem csak abból és csak akkor, ha meghatározott jogi normaszöveg ezt a hivatkozást tartalmazza. Tehát a két norma (jog és erkölcs) kapcsolata nem önmagából a normatív jellegből következik, hanem abból, hogy az egyik normarendszer (a jog) kifejezetten hivatkozik egy másik rendszer (erkölcs) normájára, s *ezáltal* emeli be a saját normarendszerébe.

Luhmann az autopoiesis fogalmát az elméleti biológia területéről (Maturana és Varela munkáiból) vette át. Az átvétel eljárásában a fogalomalkotást két szakaszra bontotta. Először a kategóriát generalizálta, majd respecifikálta. Mit jelent ez konkrétan az autopoiesis vonatkozásában? Az első lépésben a fogalom biológiában használatos jelentését általánosította, s megragadta az autopoiesist mint a zárt önprodukciónak *formáját*, majd ezután az *értelemre* vonatkoztatva konkretizálta, és a szocialitást mint *kommunikációk*, a tudatot pedig mint *gondolatok* rekurzív hálózatát definiálta. Mivel az autopoietikus rendszereknél az elemek reprodukciós módjáról van szó, megkerülhetetlen az elem fogalmának értelmezése. A luhmanni megközelítésben az elem nem szinonimája a végső ontológiai adottságnak, netán valamiféle szubsztanciának, és nem is a külső megfigyelő konstituálja, hanem elem az, ami a rendszer *számára* tovább már fel nem bontható egységként működik.

Niklas Luhmann kísérlete, hogy az autopoiesis fogalmát átvigye a szocialitás magyarázatára, nem volt magányos próbálkozás a német társadalomelméleti gondolkodás területén. Csak a konstruktivista áramlat számos képviselője kell gondolnunk. Persze a különbözőségekről sem feledkezhetünk meg. A konstruktivizmus paradigmáján belül pl. Siegfried Schmidt a “szociális rendszert” kizárólag *elméleti konstrukciónak* tartotta, egy megfigyelési eszköznek, amit tudományos használhatósága (azaz problémamegoldó képessége) alapján kell megítélni. Ebből a radikális konstruktivista pozícióból, amit egyébként a rendszerelméleti hagyomány alapján analitikusnak nevezhetünk, nézve Luhmann

---

<sup>7</sup> Uo. S. 24-25.

<sup>8</sup> Johannes Berger: Autopoiesis: Wie “systemisch” ist die Theorie sozialer Systeme, in: Hans Haferkamp – Michael Schmid (Hg.): Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1987., S. 129-154.

ontologizálta a rendszerfogalmat.<sup>9</sup> Emlékezzünk: Luhmann azzal a megállapítással kezdte elméletének kifejtését, hogy "rendszerek vannak". Éppen ezen a ponton ragadható meg a luhmanni elmélet egyik nívója. A faktikusság és a konstrukció viszonyáról van szó. Ennek pontos értelmezéséhez a luhmanni elmélet alapszerkezetét kell megvizsgálnunk.

Kezdjük egy látszólag mehökkentő megjegyzéssel: a luhmanni (rendszer)elmélet *nem* a rendszerekkel foglalkozik, hanem a *világgal*, mégpedig egy konkrét megfigyelési perspektívából, a *rendszer/környezet* megkülönböztetésnek az alkalmazásával. A *megfigyelés* mindig egy megkülönböztetés operatív alkalmazása információnyerés céljából. Az ezt követő *leírás* pedig egy "szöveg" készítése a megfigyelés alapján, ami egy struktúrát rögzít a lehetséges további megfigyelések és leírások orientációja számára. A megfigyelésben kontingencia rejlik, mivel a megfigyelő más megkülönböztetést is választhat, de *ha* már elkötelezte magát valamely differencia séma alkalmazása mellett, akkortól számára aktuálisan megszűnik az esetlegesség, mert az éppen kiválasztott megfigyelési sémával csak azt láthatja, amit az adott megkülönböztetéssel láthat. Pl. amikor a társadalom egyik részrendszere, a jogrendszer a társadalmat a jogszerű/nem jogszerű megkülönböztetéssel figyeli meg, akkor *ezzel* a megkülönböztetéssel nem láthatja szépséget, az igazságot, a szeretetet. Ez a redukció ugyanakkor nem zárja ki, hogy az éppen adott megfigyelési séma kívülről ne lenne megfigyelhető egy más megkülönböztetéssel. A megfigyelések megfigyelésében, amit a második rend megfigyelésének nevezett Luhmann, már feltárulhat a *megfigyelt* megfigyelés kontingenciája. Pl. a tudományos megfigyelése feltárhatja, hogy nemcsak a jogszerű/nem jogszerű megkülönböztetéssel figyelhető meg a társadalom, hanem más differencia sémával is.

A megkülönböztetés nem "magából a dologból" származik, hanem a megkülönböztető séma a mindenkori megfigyelő sajátja. Ennek fényében az ontológiai tudás nem arról ad felvilágosítást, hogy milyen *a* világ, hanem azt világítja meg, hogy a lét - nem lét differenciáját alapul vevő tudás milyen szerepet játszik gondolkodásunk és kommunikációnk folyamatában. Mindezzel Luhmann nem a külvilág realitását tagadja, hanem csak azt rögzíti, hogy a megkülönböztetés és a megnevezés *rendszerrelatív* művelet. A rendszer/környezet megkülönböztetés mindig valamely rendszer által alkalmazott megkülönböztetés, ami által a rendszer elkülöníti magát a környezetétől. A rendszer/környezet megkülönböztetés mindig az adott rendszer konstrukciója, ám számára ez a konstrukció faktikus. "Minden megfigyelés *reálisan a realitásban* megy végbe, és létrehozza ezt a különbséget, amennyiben megkülönböztet."<sup>10</sup> Az ismeret nem a környezet leképezése a rendszerben, hanem a saját konstrukció felépülése, és éppen *ezért* reális – a rendszer számára.

A luhmanni elmélet a műveletnek a faktikusságra utaló fogalmával olyan megfigyelési instrumentum nyújt, ami a megfigyeléstől független realitás megjelölésére használható. Egy önreflexív elméletben persze a megfigyeléstől "függő" illetve "független" realitás megkülönböztetése újfent csak egy megfigyelőt feltételez, mégpedig egy olyan megfigyelőt, aki ez alkalommal a "megfigyeléstől függő realitás – a megfigyeléstől független realitás" sémájával figyeli meg a világot. A megfigyelések önreflexivitása a cirkularitás végtelenségét sejteti. Van-e kiút ebből a cirkularitásból? Luhmann szerint: igen, mégpedig faktikus kiút. Van realitás. Egy rendszer számára a realitás bizonyossága a saját műveleteinek tényleges végrehajthatóságában alapozódik meg. Ennek során ugyan tagadhatja akár önmagát, akár környezetét, akár az egész világot, de a tagadás a rendszeren belül mindig *reális* művelet, azaz a rendszer számára reális konstrukció.

Szociális rendszerek csak kommunikatív műveletek végzésére képesek (miként a későbbiekben ezt tárgyaljuk), és egy kommunikáció témájának a legcsekélyebb hasonlósága

---

<sup>9</sup> Siegfried Schmidt: Die Selbstorganisation des Sozialsystems Literatur im 18. Jahrhundert, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1989, S. 28. Ehhez hasonló kritikát fogalmazott meg: Armin Nassehi: Wie wirklich sind Systeme? in: Werner Krawietz – Michael Welker (Hg.): Kritik der Theorie sozialer Systeme. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1992, S. 48.

<sup>10</sup> Niklas Luhmann: Wissenschaft der Gesellschaft. Suhrkamp, Frankfurt a. M., S. 92.

sincs azzal, *amiről* kommunikálnak - illetve csak kivételes esetben, amikor magáról a kommunikációról kommunikálnak. A kommunikáció megkonstruálja a saját világát. S a realitás ebben az összefüggésben nyer értelmet. A realitást a rendszer az "ellenállásban" tapasztalja meg. "Az ellenállás nem lehet a külvilágban, hanem csak magában a rendszerben. / . . / A tudat nem hisz el mindent, amit gondolhat, / . . / és kommunikáció ellentmond kommunikációnak. Az ellenállás *minden* esete a rendszerspecifikus műveleteknek az egymáshoz való viszonyában probléma."<sup>11</sup> A "konstrukció" tehát nem ellenfogalma a "realitásnak", hanem jellemzője.

S ezzel elértük a luhmanni elmélet egyik alapfogalmához, a világfogalomhoz. Ennek tekintetében Luhmann határozottan vitatkozott Husserl filozófiájával, Luhmann szerint ugyanis a világ nem redukálható a tudat korrelátumára, miként Husserl meghatározta.<sup>12</sup> "A világfogalmat a *rendszer/környezet differencia értelemegységének* fogalmaként vetjük be, és ezzel mint egy megkülönböztetés nélküli végső fogalmat használjuk."<sup>13</sup> Ez a "megkülönböztetés nélküiség" azt jelenti, hogy a világ mint olyan megragadhatatlan egységként adott. A világ tehát megfigyelhetetlen. Ugyanis minden megfigyelés valamilyen differenciaséma alkalmazását jelenti, s ezek a differenciasémák csak a világban alkalmazhatók, de *a világra* nem vetíthetők ki. Mégpedig azért nem, mert nincs olyan világtól független, világon kívüli megfigyelési pozíció, melyben a "világ /nem világ" megkülönböztetést használhatnánk. Minden megfigyelés be van zárva a világba. Ha a világ *végső* adottság, akkor ezzel éppen kizárjuk magának a világnak a megfigyelhetőségét. Az értelemrendszerek autopoiesisze a környezettől való elkülönülést jelenti. A rendszer/környezet megkülönböztetést használó rendszer e megkülönböztetéssel kimetszi önmagát a világból és minden mást, ami nem hozzá tartozik a környezetébe sorol. A világ *ezért* nem más mint minden rendszer/környezet megkülönböztetést átfogó egysége. Minden megfigyelés a világ horizontján *belül* marad.<sup>14</sup> S ezen a ponton egyértelmű a kapcsolódás Husserl horizontfogalmához. A luhmanni elméletben ugyanis a horizont a következő jelentést kapja: a horizont "egyfelől az 'és-így-tovább' lehetséges aktualizációk végtelenségét, másfelől ezen végtelenség aktuális megvalósításának eredménytelenségét szimbolizálja. A horizont nem határ, amit átléphetnénk. Valamikor meg kell fordulnunk, és az ellentétes horizont megadja ehhez az irányt."<sup>15</sup>

A luhmanni elmélet másik alapfogalma az *értelem* (Sinn). Már az 1971-es Habermas-Luhmann vitából egyértelműen kiderült, hogy Luhmann az értelemfogalmat tartja a szociológiai vizsgálódás alapfogalmának. És itt újfent csak világos a kapcsolódás Husserlhez. Az értelem meghatározásakor Luhmann explicit utal is Husserlre. "Az értelem jelensége a további lehetséges átélésre és cselekvésre történő utalások feleslegének formájában tűnik elő. Valamire rávetül pillantásunk, valami az intenciónk centrumában áll, más pedig marginálisan mint az átélés és a cselekvés 'és-így-tovább'-jének horizontjaként adott. Minden, ami

---

<sup>11</sup> Niklas Luhmann: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 4., Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1995. S. 168.

<sup>12</sup> Edmund Husserl: *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie* Bd. I. *Husserliana* Bd. III. Den Haag, Nijhoff, S. 114.

<sup>13</sup> Niklas Luhmann: *Soziale Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1985. S. 283.

<sup>14</sup> Thomas kritikája szerint Luhmann a világfogalmat a különböző kontextusokban eltérő jelentésben használta, s ezért inkonzekvens az elmélete. Thomas az alábbi kontextusokat különböztette meg:

a, olvashatunk a világról mint a rendszer/környezet differencia *rendszerrelatív* értelemegységéről, azaz a világról miként az a rendszer perspektívájában feltűnik.

b, olvashatunk a világról mint végső horizontról, s ez az értelmezés túlmutat a rendszer perspektíván,

c, és végül szó van a "valós világról" is, ami viszont a mindennapi szóhasználatra utal.

Günter Thomas: *Welt als relative Einheit oder als Letztthorizont?* in: Werner Krawietz – Michael Welker (Hg.): *Kritik der Theorie sozialer Systeme*. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1992, S. 327-354. Hasonló kritikát fogalmazott meg Zolo is. Daniel Zolo: *Reflexive Selbstbegründung der Soziologie und Autopoiesis*. *Soziale Welt* 36. (1985/4), S. 519-534.

<sup>15</sup> Niklas Luhmann: *Soziale Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1985. S. 114.

szándékolt, ebben a formában a világ egészét tartja nyitva, azaz mindig garantálja a világ aktualitását a hozzáférhetőség formájában.”<sup>16</sup>

Az értelem megragadását nehezíti, hogy nem közelíthetünk hozzá mint valamiféle dologhoz. Az értelem utalástöbblet, a másként is lehetségesség fenntartása. Röviden: kontingencia. Luhmann szerint éppen ezért nem beszélhetünk semmiféle külső “hordozóról”. “Az értelem önmagát hordozza, amennyiben az önnön reprodukcióját önreferenciálisan lehetővé teszi.”<sup>17</sup> Az értelem hordozója, ha már “hordozót” keresünk, a *megkülönböztetés* az értelemutalásokban. Luhmann az értelemfogalmat eloldotta attól a filozófiai hagyománytól, melyben az értelem a szubjektum teljesítményeként jelent meg. Luhmann szerint ugyanis az értelem mind a pszichikai rendszert, mind pedig a szociális rendszert egyaránt jellemzi. Az értelem a pszichikai rendszerben mint gondolatok, a szociális rendszerben mint kommunikációk egymásra utalásának hálózata ragadható meg. Az értelem további értelemre utal, s ezzel elérkeztünk egy a világfogalom kapcsán már érintett problémához, s ez újólág a megfigyelés kérdése. Értelemrendszerek csak értelemteli műveletek végzésére képesek. Megjelölhetik ugyan meghatározott műveleteiket mint értelemnélkülieket, ennek ellenére a megjelölő műveleteik értelemszerűen formáltak. Az értelemvesztés csak az értelem háttéré előtt értelmes kijelentés az értelem hiányáról. “Az értelemkonstituáló rendszerek számára mindennek értelme van; számukra nincsenek értelemnélküli tárgyak.”<sup>18</sup> Ha így van, akkor egyáltalán nem meglepő az a következtetés, hogy az értelem, miként a világ, megfigyelhetetlen az értelemrendszerek számára. Az értelem ugyanis csak akkor lenne megfigyelhető, ha lenne egy az értelmen kívüli megfigyelési pozíció, melyben alkalmazható lenne az értelmes/értelmetlen megkülönböztetés. Ilyen megfigyelési pozíció azonban az értelemrendszerek számára, éppen mert *értelemrendszerek*, nincs.

Az organizmusok autopoieíziszei és azok elemei relatíve állandóak, ezzel szemben az értelemrendszerek autopoieízisében reprodukálódó elemek (a kommunikációk, gondolatok) “temporalizáltak”, azaz esemény jellegűek. S az események feltűnnek, majd eltűnnek. Az ennek ellenére létrejövő kapcsolódást az emlékezés, a képzelőerő és a tagadás képességével rendelkező értelem biztosítja. A szociális világban a rendszer/környezet határok mindig értelemhatárok. Az értelem problematikát három dimenzióban ragadta meg Luhmann, tárgyi, idő és szociális dimenzióban.

- *Tárgyi dimenzió*: A kommunikációk és a gondolatok mindig valamiről szólnak, s ezáltal minden mást aktuálisan kizárnak. Amikor “valamiről” kommunikálunk illetve gondolkodunk, akkor a világot mint a dologság lehetőségét fogjuk fel, vagyis a tárgyi dimenzió összefüggésében a realitás dologszerűsége egyszerűsített sémáját használjuk.

- *Idő dimenzió*: Ebből a szempontból nemcsak arról van szó, hogy a kommunikációk mindig “valamikortól-valameddig” tartanak, hanem a kommunikációk, gondolatok “előre- és visszautalásáról”. Ezek az utalások a múlt és a jövő horizontját nyitják meg. S e kettő közé szorított jelent az irreverzibilitás és reverzibilitás egyaránt jellemez, vagyis kétféle jelenünk van. Átéltjük az idő irreverzibilis folyamásának benyomása alapján mint pontszerűséget, és egyúttal mint kiterjedést (amikor pl. válaszra várunk), vagyis egy olyan tartamot, melyben a kommunikáció és gondolatok számára az irreverzibilis eseményekben a még látható múlt, és a már látható jövő jelenidővé válik.

- *Szociális dimenzió*: Ebben az összefüggésben az “ego” és az “alter” kölcsönösen egymásra irányuló tapasztalásáról, és az egymáshoz fűződő viszonyokról van szó. Ez a dimenzió az “ego” és az “alter” világfelfogásainak egymásra vonatkoztatott duplikációjában valósul meg. Az értelemtémák szocialitását mint különböző látásmódokra történő utalást tapasztaljuk, és ezen

---

<sup>16</sup> Uo. S. 93. Vessd össze Edmund Husserl: Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie Bd. I. Husserliana Bd. III. Den Haag, Nijhoff, S. 57 ff., 100 ff.

<sup>17</sup> Niklas Luhmann: Soziale Systeme, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1985. S. 141.

<sup>18</sup> U.o.: S. 110.

különböző látásmódokat kifejező kommunikációk "konszenzusának/disszenzusának" folytonos lehetősége teremti újjá állandóan a szocialitást. Tehát nem a konszenzus végső elérése (ami éppen felszámolná a különböző perspektívákat), hanem a kommunikációk konszenzus/disszenzus bifurkációs formája jelenti az értelem szociális dimenzióját. A kommunikáció előfeltétele: legyenek különböző megfigyelések, egyenlőtlen perspektívák, helyzetek, s mindez folyamatosan reprodukálódjon. Ha ezek nincsenek, nincs miről kommunikálni.

Az értelem, miként említődött, a kommunikációban és a gondolatban fejeződik ki. Keressük először a kommunikáció területén a husserli fenomenológia nyomait. A kommunikáció a luhmanni felfogásban az információ, közlés és megértés szelektíve egymásra vonatkoztatott egysége. "Az információ és a közlés különbsége, amire a megértés vonatkozik és ami a megértést célozza meg, Husserl *Logische Untersuchungen* művében mint jel és kifejezés különbsége jelenik meg."<sup>19</sup> A kapcsolódás mellett fontosak a husserli fenomenológia és a luhmanni rendszerelmélet közötti különbségek is. S ezt a következő Luhmann-idézettel pontosan megvilágíthatjuk. "A mi fogalmi nyelvünkben átfordítva a 'kifejezés' nem más mint a tudat autopoioízise, és az 'értelem' illetve a 'jelentés' az a szükségszerűség, amit valamely struktúrára történő intencionális vonatkozás formájában nyerünk. Ennek megfelelően vannak jelek, amik kifejeznek valamit, és vannak, amik nem. Vannak kifejezések jelek alkalmazásával és vannak kifejezések jelek alkalmazása nélkül (ez az utóbbi a 'magányos lélek' csupasz megvalósulása a belső beszéd esetében). *Csak a kommunikáció esetében esik egybe e kettő kényszerítően*: a kommunikatív beszédben minden kifejezés mint jel működik. Husserl filozófiája azonban nem a jel, hanem a kifejezés szempontjából érdekes, vagyis abból a szempontból, amit a tudat önmagában önmaga számára megvalósít."<sup>20</sup>

Ennek a filozófiai érdeklődésnek a háttérét Luhmann a kommunikáció nem megfelelő megragadásában látta. Egy olyan redukcióban, ami a kommunikációt *csak* mint cselekvést, vagy mint beszédet, vagy mint közlést ragadja meg. Luhmann szerint viszont a kommunikáció nem más mint az információ, közlés, megértés *egysége*.

A kommunikáció reduktív megragadásának alapját egyébként Luhmann a tudatéletet kitüntetető filozófiai hagyomány – s Husserl is ebbe tartozott – máig élő hatásában látta. Az értelem szociális dimenziója, mint már a fentiekben említődött, az Ego és az Alter kölcsönösen egymásra vonatkozó kettős horizontját feltételezi, s ez a *kommunikációban* fejeződik ki. Luhmann pontosan ezért nem fogadja el Husserl interszubjektivitás-elméletét.<sup>21</sup> "A szociális nem vezethető vissza egy monádszerű szubjektum tudatteljesítményeire. Éppen ezen futott zátonyra mindazon elméleti kísérlet, mely az 'interszubjektivitás' szubjektív konstitúcióján alapult."<sup>22</sup>

Luhmann a szociális és a pszichikai rendszert világosan elválasztotta egymástól. Amíg a szociális rendszerekben a kommunikáció fejezi ki az értelmet, a pszichikai rendszerek esetében (más szóval a tudatban a gondolatoknak van ez a funkciója. A pszichikai rendszer értelmezésében szintén tetten érhető a Husserl hatás. Amikor Luhmann azt hangsúlyozza, hogy a gondolkodás nem "belső beszéd", mivel hiányzik a "belső címzett", akkor határozottan Husserl érvelésére támaszkodik. Husserl argumentuma a következő: a 'belső beszéd' megkívánná a jelhasználatot, ugyanakkor az önmaga számára jelenlévő tudat pontosan erre nincs ráutalva.<sup>23</sup> Amikor magunk számára írjuk le önmagunkat, akkor nem egy másik egóval kommunikálunk. *Magunk számára* nem kell jelhasználattal megmagyarázni, hogy mit akar az

<sup>19</sup> U.o.: S. 201., Edmund Husserl: *Logische Untersuchungen* Bd. II. 1.§ 1-8, Halle, 1922

<sup>20</sup> Niklas Luhmann: *Soziale Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1985. S. 201-202.

<sup>21</sup> Edmund Husserl: *Cartesianische Meditationen*. Husserliana Bd. I. Den Haag, Nijhoff, 1950, S. 122. uő.: *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität*. Husserliana Bd. 13-15.

<sup>22</sup> Niklas Luhmann: *Soziale Systeme*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1985. S. 120.

<sup>23</sup> Edmund Husserl: *Logische Untersuchungen* II. 1, § 8, Halle, 1922, S. 35 ff.



“én” velünk közölni. Luhmann szerint Husserl argumentuma éppen a tudat zártságát bizonyítja, és ez is ok arra, hogy a szocialitás konstitúciójában ne a tudatra támaszkodjunk.

A vizsgálódás eredményét összegezve megállapítható, hogy Luhmann elméleti munkáiban folyamatosan jelen volt Husserl hatása. Ez a hatás nemcsak a pályakezdő évtizedekben, hanem a későbbiekben is megfigyelhető.<sup>24</sup> Fontos kiindulópontokat adott számára Husserl, s ennek a jelentőségét az sem csökkenti, hogy az elméleti megoldások terén már messzebb került Luhmann Husserltől. A távolság ellenére Luhmann soha nem kérdőjelezte meg az elméleti rokonságot, sőt ennél többet is mondott: “Feltételezem, hogy e két elméleti nyelv (Husserl transzcendentális elmélete és Luhmann rendszerelmélete – K.A.), jobban mint ez idő tájt látszik, egymásba átfordítható.”<sup>25</sup>

Husserl hasonló szerepet játszott a luhmanni rendszerelmélet kifermálódásában mint Parsons. Amíg Parsons a szociológia, addig Husserl a filozófia területén adott Luhmann számára inspirációkat. De nem pontos, ha csak inspirációról beszélünk, ennél többről volt szó. A két gondolkodó a tudományos szigorúság és saját területük megújítására való törekvésben egyaránt mintát adott Luhmann számára. Sajnos Husserl - kapcsolat korántsem olyan feltárt mint a Parsons hatás. Ennek oka feltehetően abban van, hogy a filozófusok kevésbé érdeklődnek a luhmanni elmélet iránt. Ez a rövid írás ezt kívánta csekély mértékben korrigálni.

---

<sup>24</sup> Luhmann-nak a hetvenes években publikált tanulmányait vizsgáló Scholz nagyon pontosan bemutatta a kapcsolatot Husserlhez. Frithard Scholz: Freiheit als Indifferenz. Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1982

<sup>25</sup> Niklas Luhmann: Soziologische Aufklärung 6. Westdeutscher, Opladen, 1995, S.171.

# Mezei Péter

## A bírák szerepe a jogrendszerben – Száz év magyar jogelméleti gondolkodóinak felfogásában

### *Bevezetés*

A Jogelméleti Szemle 2002. évi 2. és 3. számában alkalmam nyílt a bírói joggal kapcsolatos eredményeimet publikálni. Utóbbiban volt olvasható a bírák szerepét tárgyaló külföldi elméleti gondolkodókról készített dolgozatom, amelynek szerves folytatását képezi jelen munka.

A feldolgozott anyag Csatskó Imrével kezdődik és Horváth Barnával ér véget. Ennek indoka az, hogy előbbi személytől számíthatjuk a magyar jogbölcseleti gondolkodás kezdetét, míg a Horváthot követő szocialista jog- és állambölcseletnek nem képezte részét a bírói jog elismerése, így tehát ezt nem tartom a jelen anyaghoz “építő jelleggel” kapcsolódónak.

A joghézag kérdését azért olvasztottam bele a dolgozat menetébe, mert a tapasztalatok azt mutatják, hogy a bírói jog koncepciója szorosan összeforr a joghézaggal, a bírói jogalakítás legtipikusabb szférája ez.

### *1. Rövid történeti kitekintés<sup>[1]</sup>*

Magyarországon a jogelmélet a szárnyait már a XVIII. század végén bontogatni kezdte, ez azonban egyértelműen magán hordozta az osztrák behatást. A nagyszombati egyetem jogtudományi kara által az 1770-es években útnak indított “természetjog” elnevezésű tantárgy anyagát egészen a szabadságharcig Karl Martini könyve képezte, s magyar nyelvű írások is csak az 1830-as évek környékén készültek, melyek azonban nem számolhattak nagyobb sikerrel a latin nyelvűekkel szemben.

Az előbb említett évtized végétől azonban beindult egyfajta “pezsgés”. Előbb Csatskó Imre, majd Anton Virozsil adott ki egy saját művet (utóbbi még latinul), mindketten a természetjogot hirdető táborába tartoztak.

A szabadságharc leverését követően leginkább Pauler Tivadar nevét lehet kiemelni, akinek utóda a Pázmány Péter Tudományegyetemen Pulszky Ágost lett. A sort Pikler Gyula folytatta materialista elméletével.

A századforduló tájékán Somló Bódog neve is egyre ismertebbé vált, ő azonban igen korán, 1920-ban elhunyt (mindössze 47 évesen), így életműve nem lehet teljes, noha “Jogi alaptan” c. német nyelven megjelentetett nagy ívű írásának rövidített változatát “Jogbölcselet” címmel pont 1920-ban adták ki Magyarországon.

A XX. század első felének két meghatározó jogelméleti gondolkodója volt még Moór Gyula és Horváth Barna. Mindketten oktattak a szegedi Ferencz József Egyetemen, mi több Moór Gyulának a tanszékről történt távozásához Horváth Barnához fűződő mind hidegebb viszonya vezetett.

Az eddig elhangzott sorrendet tartva vizsgálom meg a magyar jogelméleti gondolkodás mintegy százéves vonulatát egészen Horváth Barnával bezárólag.

## 2. A természetjogi felfogás

**Csatskó Imre** a természetjog hatása alatt írt, *Bevezető a természetjogba* c. művében a jogrendszert két nagy egységre osztotta. Egyik oldalra helyezte a *szerezett jogot*, vagyis a jus positivumot (további elnevezésekkel: származtatott, külső, tapasztalási törvényhozás), másik oldalra pedig az *okossági törvényeket*, amelyek a természeti jogot jelentették (lásd még: eredeti, belső, tapasztalást előző törvény).

A szerzett jogot véleménye szerint “valamely okos lénynek önkényétől függő törvények” alkották<sup>[2]</sup>. Az okos lények alatt pedig mind az Istent, mind az embereket értette. Vagyis azok a törvények, melyek a külvilághoz eljutnak, ‘Isten’, vagy ember’ kinyilatkoztatott akaratjától függenek”. Ezzel szemben az okossági törvények “az ember’ természetéből, mellynek főbb része az okosság, származtatnak”<sup>[3]</sup>.

E két oldal viszonyát tekintve Csatskó a következőkre helyezte a hangsúlyt: *a természeti jog feltétele és alapja a jus positivumnak*. Feltétele annyiban, hogy a természeti jog nélkül helyes törvényhozás nem lehetséges, s ennyiben alapja is: a szerzett törvényeknek erre kell támaszkodniuk. Kell-e azonban egyáltalán külső törvényhozás? Ezt azzal a gondolatmenettel válaszolta meg, hogy “ha az emberek elegendő belátással bírnának, a’ jogosság’ és méltánylás’ törvényeit teljesíteni is kívánnák”, azonban ez nincs így. Gyakran jogtalanságra törekednek az emberek, mely során “mások jogainak is engedni nem mindig akarnak”. *A szerzett jogra tehát azért van szükség, hogy egyesek önkénye ellen biztosítékot nyújtson, valamint hogy a természeti jog elvárásainak a gyakorlati esetekben érvényt szerezzen*<sup>[4]</sup>. A szerzett jogot egyébként azért tartotta még fontosnak Csatskó, mert annak a gyakorlati életben játszott szerepe igen nagy: “minden emberi... egyesületben is legelőbb és közvetlenül a’ szerzett törvényekre szükséges tekinteni”<sup>[5]</sup>. A mindennapokban az ügyek gördülékenysége végett a kinyilatkoztatott törvényeket kell tehát követni.

Összefoglalva tehát: a világ egészét determináló természeti jog (mely tévedhetetlen, s bármiféle bizonytalanság esetén is mindez csak az értelmezők hibájára: ismereteinek hiányosságára vezethető vissza) adja a törvények feltételét és alapját, a gyakorlati életben azonban már a szerzett jogot kell követni, lévén ezekben – a természeti jog szellemiségét is magába szívva – a követendő út egyértelműbben (speciálisabban) benne foglaltatik.

Mi a bírák szerepe egy ilyen természetjogias központú felfogásban? Egyértelműen *csak a jogalkalmazás*. Szóba sem jött ennél több funkció, s még ennek során is erős kötődést követel a fenti két kategóriához.

Először is azt tisztázta, hogy miért van szükség a bírák tekintetében szerzett jogra: a bírák is emberek, s ezért – szerzett jog hiánya esetén – a természeti jog által lefektetett szabályokat félreérthetik, avagy részrehajlás útján akár saját belső meggyőződésüket

színlelvén önkényesen is dönthetnek. “Hogy tehát az emberek’ jogai e’ részről veszedelemnek kitéve ne legyenek, szükség határozott törvényeket hozni, a’ bírának szabályul szolgálándókat, mellyek szerint az előforduló esetekben *ítélniök kell*”<sup>[6]</sup>.

A természeti jog szerinti ítélkezés kizárása ellenére Csatskó nagy jelentőséget tulajdonított ezeknek az “okossági törvényeknek”. Két “hasznát” látta nekik: az *elmeügyelőit* és a gyakorlatit. Előbbi alatt azt értette, hogy “a természeti jog ismerete nélkül lehetetlen a’ határozott törvényeknek értelmét és szellemét tökéletesen felfogni”. A másik a *gyakorlati* haszon, mely alatt nem a természeti jog állításainak a gyakorlatba történő átültetését, hanem a *törvények magyarázó képességét* (“mert csak az magyarázhat helyesen törvényeket, a’ ki azoknak szellemét ismeri” – közvetett gyakorlati haszon), valamint a *joghézag betöltésének képességét* kell érteni (konkrét törvényi rendelkezés hiányában, valamint az analogia juris használhatatlansága esetén a természeti jogi elvek szerint kell ítélkezni – közvetlen gyakorlati haszon)<sup>[7]</sup>.

Csatskó felfogása a maga korában valószínűleg elfogadottnak minősült. A természetjog uralkodásának időszakában egy olyan koncepció, mely a törvények létét jogosnak ismerte el, azonban azokat az emberi természetben nyugvó okosságra alapította, s a főszerepet is mindenképpen ennek tulajdonította, minden bizonnyal nagy támogatottságot élvezett. Ma már azonban a természetjogi irányzat nem fogadható el (a jog léte nem egy isteni hatalom akaratán nyugszik).

Gondolatai között megjelent egy olyan elem is, melyre a XX. századi gondolkodók is nagy hangsúlyt fektettek: ez pedig az önkény elkerülése. Noha Csatskó a természetjog pártján állt, mikor azt mondta, hogy a bírának a törvények szerint kell itélniük, ugyanazt a felfogást ismerte el, melyet a bírói jog koncepcióját elvetők (főleg a törvénypozitivisták) hirdettek. Ezzel szemben viszont például – ahogy az már fentebb elhangzott – Ehrlich az önkény elkerülésének a lehetőségét a bíró személyiségében vélte megtalálni.

Mikor Csatskó a bírákat kizárta a természeti jog alapján történő ítélkezésből (egyúttal a szerzett jog szerinti ítélkezésre szorította őket, s mindezt azzal az érveléssel alátámasztva, hogy emberek, és hibázhatnak, sőt akár még részrehajló módon is dönthetnek), nem adott megnyugtató választ a tekintetben, hogy mi garantálja azt, hogy a szerzett jog nem önkényes? Hogy érthetőbbé tegyem a kérdés életét: mi garantálja, hogy a jogot “szerzők” nem önkényesen járnak el?

**Pauler Tivadar** is a természetjog, vagy ahogy ő inkább nevezte: az *észjog* képviselői közé tartozott, így elképzeléseinek a felvázolásakor semmi lényeges eltérést nem találunk a többiektől.

Hogy a jog milyen elemekből áll össze, gyakorlatilag Csatskóéval megegyező eredményre jutott. Először is rögzítette, hogy “a társadalmi szabadságkört meghatározó szabályok *jogtörvényeknek, jogszabályoknak* mondatnak, azoknak összege a jog tárgyilagosa értelemben; mely a külső szabad cselekvőség és a társas öszlét természetszülte szükségén egyaránt alapszik”<sup>[8]</sup>. A jogszabályokat aztán attól függően, hogy az észből, avagy a tételes intézményekből származnak, az észjog illetve a tételes jog körébe osztotta.

Az észjog az ember természetében, erkölcsiségén nyugszik, sohasem a tapasztalat alapján lehet megismerni. Forrásai között nem nyert egyedi említést sem a “bírói jog”, sem

a "bírói gyakorlat", de még a bíró személyisége sem. Fő forrásának az észtek tekintette Pauler, azonban bizonyos mellékforrások létét is elismerte. Ezek: az *ösztönök*, az emberek *jogérzete* és a *nemzetek jogintézményei*.

Utóbbi kategóriára tekinthetünk nagyobb érdeklődéssel, hiszen ide a *szokásjogot* és a *népbölcseletet* sorolta, anélkül, hogy a bírák szerepét tekintve említést tett volna. Pedig az emberek között kialakult szokásokat a bírák teszik elsősorban jogi jellegűvé (maguk mögött tudva az állam erejét és felhatalmazását erre nézve), s csak ha a társadalomban nagy mértékben megnő a szokásalapú gyakorlat jelentősége, akkor kerül az ügy a törvényhozó elé. A népbölcselet pedig egy viszonylag megragadhatatlan kategória, hiszen nehéz lenne azt megmondani teljes bizonyossággal, hogy kik szájából kell elhangozniuk a bölcs téziseknek ahhoz, hogy nemzeti jelleggel bírjanak, hogy a népi jelzöt eléjük lehessen rakni. Vajon ez a törvényhozókat jelenti, vagy a bírákat, esetleg elképzelhető más országos (nemzeti) hatáskörrel rendelkező személyek közössége, vagy a "bölcsek öregekre" kell gondolni?

E fejtegetéseimet mintegy azonnal megcáfolva rögzítette Pauler, hogy *mi nem lehet az észjog forrása* (s ha ezt megszemléljük, azonnal rájöhetünk, hogy a bírák egészében ki voltak zárva észjogi elméletéből). Elveti a *tételes jogintézetek*, a *hagyományok* és az *"istenek"* *kinyilatkoztatások* forrás-jellegét, melyek közül utóbbival nem kívánok foglalkozni. Abból, hogy fentebb a "nemzeti" intézetekről szólt, logikailag az következik, hogy a tételes jogintézetek, tehát a törvényhozó aktusai, valamint a hagyományok nem minősülnek "nemzetinek". Visszafordítva pedig a következtetést, fel kell tenni a kérdést, hogy akkor valójában tényleg ki illetve mi minősül "nemzeti jogintézetnek"? Az említett kategóriákat egyébként azon az alapon zárta ki a források köréből, mert ezek "gyakran az önkény, az erőhatalom és jogbitorlásnak eredményei"<sup>[9]</sup>.

A bírói jognak tehát az észjogi oldalon nincs helye, de vajon ugyanígy van-e a tételes jog esetében is? A válasz, mely egy ugyanilyen homályos út végén található meg, az lesz, hogy igen!

A tételes jog az emberek társas együttélésén alapul, s alapvetően az emberek külső cselekvéseire vonatkozik, ennyiben tehát kizárt a (személyes) belső jog létezése. Az ilyen jogszabályok egyik oldalról kötelezettségeket, a másik oldalról pedig jogokat tartalmaznak, talán legfontosabb jellemzőjük mégis a kényszerjellegük, vagyis az, hogy érvényt lehet szerezni rendelkezéseinek<sup>[10]</sup>.

Itt lyukad ki arra, hogy "a jogállapot biztosítása a jogtörvények tiszta felfogását, általános elismerését, részrehajlatlan alkalmazását a fennforgó esetekre, és az elismert jognak az egyesek önkényétől függetlenül tett sikeres fogantatását tételezi fel"<sup>[11]</sup>. Ki vagy mi az, aki illetve ami mindezt megvalósítja? Válasza erre az volt: az *álladalom*, az állam.

*Ez a maga nemében egy helyes következtetés, csak épp túl általános, és személy szerint itt találok hibásnak tételét, mert az államot "tovább kell bontani" mikor e feladatainak az ellátásáról van szó. Kifejezetten az alkalmazás (természetesen a szabályok jellegétől függően) tartozhat a bírósághoz, mint állami szervhez, de nem magához az államhoz. S ha már itt járunk: a jogtörvények tiszta felfogás és általános elismerése a törvényhozó feladata, a fogantatás pedig a végrehajtás. Így kerek a kép. De a "részrehajlatlanság", az egyesek önkényétől való függetlenítés sosem alapulhat valamiféle észjogon, hiába minden ellentétes*

elképzelés: ez szubjektív tényező. Ennél objektívebbek és alkalmasabbak is a (modern szavakkal élve:) *checks and balances*, fékek és egyensúlyok, vagyis egy összetett ellenőrzési rendszer.

A természetjogi felfogás egy megkésett alakja, **Werner Rezső Rudolf** által 1880-ban elkészített munka, mely Schilling művének a magyarosításaként is felfogható, egy – talán – utolsó kísérletet tett a természetjogi elképzelések érvényre juttatására.

A jogot, hasonlóan a többiekhez, alapvetően két értelemben használta: tárgyi értelemben a jog az emberek külső szabadságának kereteit, egymáshoz való viszonyait és együtt élésük rendjét jelenti, de szokás a tárgyi értelemben vett jogot a jogszabályokkal azonosítani. Alanyi értelemben pedig a mindezeknek megfelelő akaratképességet tekintette a jognak<sup>[12]</sup>.

Az emberek között fennálló jogviták eldöntését olyan hatóság kezébe helyezte, mely állami alapokon nyugszik, de attól független. Feladata a jogvítás felek ügyeinek pártatlan eldöntése, méghozzá azért, mert e személyek nyilvánvaló elfogultságuk miatt maguk – ha már eddig nem tudták – ezután sem fogják békés úton rendezni azokat. A bíróságok szerepét még abban is kiemeli, hogy a jog általános elismeréséhez (és természetesen az ügyek eldöntéséhez) “kötelező erővel felruházott s külsőleg megismerhető joghatározatokra van szükség”<sup>[13]</sup>.

Vagyis “a bírói hatalomnak feladata mindazt, mi az állami életben jogi megítélést és eldöntést kíván, az arra alkalmazható szabályok szerint megítélni és jogi következményeit meghatározni”<sup>[14]</sup>. A bírák részéről elvárt a tényállások kellő megismerése, valamint az alkalmazandó jogszabály tudása és értelmezési képessége. Nem elhanyagolható azonban az sem, hogy joghézag esetén, vagyis amikor a tételes (pozitív) jogban sem közvetlen, sem analóg szabály nem létezik, a bíráskodásnál a természetjog általános elveiből, az életviszonyok és a “jogintézetek” belső természetéből következményképp folyik<sup>[15]</sup>.

### 3. Pulszky Ágost és Pikler Gyula felfogása a bírói jogról

**Pulszky Ágost** elméletében a jog “mindig mint az állam akarata jelentkezik, nyíltan kifejezve parancsban, engedélyben vagy tilalomban, avagy hallgatag elismerve szokásban”<sup>[16]</sup>. A jog fogalma azonban ezen mindig túlterjed, mert ide vonhatóak egyes múltbeli tényezők, valamint olyan elemek is, melyeknek jogi minősége még nem tisztázott, mindössze sejtelem tárgyát képezi, vélte Pulszky.

A jogforrások általa helyesnek nevezett megközelítésében különbséget kell tenni a *közvetlen jogforrások* (a társadalmi tudat és akarat szervei), a *közvetett jogforrások* (a jog érvényének indokai, így például az isteni hatalom, az emberi belátás vagy épp az állam akarata) és a *jog alakja* (megjelenése, külső megtestesítése) között.

Ennek keretében a következő jogforrásokat különbözteti meg: törvények; alárendelt jellegű szabályok (példaként a praetori jogot hozza, de ez alatt olyan jellegű szabályokat kell érteni, mint a mai viszonylatok között a rendeletek); önkormányzati köröktől származó források; külön felhatalmazott közegektől származó források; általános vagy korlátolt

szokásjog; közönséges bírói gyakorlat; jogászi szakkörök és a jogtudomány tevékenysége; tételes eszmények és általános eszmények<sup>[17]</sup>.

E kilenc kategóriát azért nincs különösebb értelme kifejteni, mert javarészt egyértelműek, másrészt az elv a lényeg: a bírói gyakorlatot – még ha csak hatodik helyen is, de – a jogforrási rendszer elemének tekinti, azt azonban nem mondja ki, hogy ez kötelező erővel bír-e, milyen formái vannak, ugyanolyan jellegűnek tartja-e az alacsonyabb szintű bíróságok tevékenység, mint a Kúriáét. A jog fogalmánál említett elemek közül egyedül a szokás kategóriájába lenne besorolható a bírói gyakorlat, azonban erre nézve sem ad biztos választ. Több a kérdéses pont tehát elméletében, mint annak eredménye.

**Pikler Gyula** jogelméletét két kifejezéssel lehet megragadni: pozitivista jogbölcselet és belátásos jogelmélet.

Az elsőként említett kifejezés ne csapjon be senkit, mindez nem a “törvénypozitivismust” fejezi ki. Itt “a társadalmi fejlődés törvényeit feltárni akaró tudományról van szó, amely e fejlődési törvényekről következtet a jogra”<sup>[18]</sup>.

Belátásos jogelméletében pedig a jog keletkezése során annak tudatosságára helyezte a hangsúlyt. Ennek megfelelően *a kizárólagos jogalkotó az állam*, emellett a *jogtudomány* csak kiegészítő-rendszerező, *sosem alakító*, utólagos, azonban jelentős vizsgálódásokat folytathat. Pikler tehát “nem volt pozitivista a szó hagyományos jogtudományi értelmében, mert a pozitív jog nem volt tudományos vizsgálódásainak sem kiindulási pontja, sem zárópontja, hiszen azon túlmenően annak mind társadalmi előfeltételeit, mind társadalmi következményeit... kutatta”<sup>[19]</sup>.

Így egy pozitivista-szociológiai irányról szólhatunk, melyben a bíró alkotta jog elképzelhetetlen, ő csak az állami szabályoknak érvényt szerez. S bár ez a szociológiai irány feltételezi a szokásjog létezését is, Pikler erre már csak mint archaikus maradványra tekint.

#### 4. Somló Bódog pozitivizmusa és mérsékelt engedése

**Somló** elképzelését a jogalkotó hatalomról a következő pontokba lehet összeszedni: parancsainak rendszerint meg kell valósulniuk; e hatalmi tényező a legmagasabb fokú hatalom kell, hogy legyen az összes közül; az életviszonyok széles körét kell szabályoznia; állandó jellegű legyen, ne csak ideiglenes; nem kötődhet kizárólag egyetlen személyhez, de emberek kisebb csoportjához sem (főleg ha e személy vagy személyek a mulékony hatalmi viszonyok megtestesítői); intézményesült formában kell működnie és végül a címzettek engedelmisséget tanúsítanak a szabályokkal szemben<sup>[20]</sup>.

Ezeket végig gondolva megállapíthatjuk, hogy *nem ismerte el a bírói jogalkotás lehetőségét*. Külön kiemelését igazából csak három tényező érdemel (második, harmadik és ötödik) a többi a bírói szférára és tevékenységére is elmondható, és ezekbe nem is igazán lehetne kapaszkodni, hogy a bírói jogalkotást elismertessük.

Somló azt mondta, hogy a jogalkotó a legmagasabb fokú hatalom, mely az életviszonyok széles körét szabályozza. Nehéz lenne azt megcáfolni, hogy az akkor fennálló és a jelenlegi hatalmi viszonyok alapján is ne a törvényhozást illetné ez a pozíció. Persze a mi korunkban

e primátust egyre több ponton törlik át újabb és újabb hatalmi ágak (legújabbban az alkotmánybíraskodás és az ombudsmanok). Az ő korában azonban a Montesquieu-féle hatalommegosztási elmélet szoros formája volt bevett, és ebben a bírácoknak nem igazán juthatott alakító szerep, nem csoda tehát, ha a törvényhozó hatalmat tekinti a legmagasabb szintűnek.

Másrésről kérdés tárgya lehet az, hogy mit értett az életviszonyok “széles” körén. Maga sorolja utóbb ezt a pontatlan kifejezések közé<sup>[21]</sup>. Kétségtelen, hogy a bíraskodás nem terjed ki ma sem minden lehetséges ügyre, azonban azt sem lehet letagadni, hogy e hatalmi ág hatásköre igen kiterjedt.

Ami pedig a jogalkotás letéteményeseit illeti, több dologra is fel szeretném hívni a figyelmet. Egyrésről Somló érvelése, mely szerint nem határozhatják meg személyüket az esetleges és mulékony hatalmi viszonyok, egészében fordítottja a valóságnak, hiszen pontosan az országgyűlési képviselők azok, akik, ha nem is feltétlenül minden egyes ciklusban, de cserélődhetnek a politika mindenkori változásának megfelelően. Ezzel ellentétben a jogalkalmazási szféra a szakmai elemet vonultatja fel, mint döntő tényezőt, tehát inkább itt jellemző az állandóság. Másrésről viszont el kell ismerni azt is, hogy mikor a bírácokról beszélünk, nem érthetünk alattuk egy olyan összeforrt egységet, csoportot, mint a képviselőkét. A bírácok individuumok, akik ugyan be vannak sorolva egy szervezeti rendszerbe, de ez nem jelenti azt, hogy egy pesti és egy szegedi bírác közösen alkotná a jogot. Ez ennél sokkal a bonyolultabb. Ha ugyanis elismerjük a bíráci jogalkotást, akkor ez alatt egyesbírácok, esetleg tanácsok döntéseit kell értenünk, mely még a legfelsőbb bíráci fórumon sincs máshogy.

Somlónak a jog forrásairól vallott nézetében közvetlen tanúbizonytságot tesz az eddig elhangzottacról<sup>[22]</sup>. Jogforrási hierarchiája szerint van a kifejezetten kinyilvánított és a nem kifejezetten kinyilvánított elsődleges jog, és ugyanilyen formái vannak a másodlagos jognak. A bíráci szokásjogot a nem kifejezetten kinyilvánított másodlagos jog kategóriájába sorolta. Ennek kialakulása két módon képzelhető el: vagy a társadalmi konvencionális szabályokat (népszokást) érvényesíti, alkalmazza, vagy saját gyakorlatot teremt. Ez azonban így még messze kevés. Ahhoz, hogy az elsődleges szokásjog kialakulhasson (mely egyenlő érvényű a kifejezetten kinyilvánított elsődleges joggal, így akár hatályon kívül is helyezheti azt), még kell a jogalkotó deklarációja, mivel ilyen szintű jogforrást csak ő alkothat. Mi több, ha a bírác a már létező törvényektől eltér, ez még nem helyezi hatályon kívül az elsődleges jogot, véleménye szerint ugyanis ebben az esetben is kell a legfőbb hatalomnak ezt eredményező aktusa.

Austin elképzeléseit helybenhagyva mondta tehát Somló: “a bírác feladta rendszerint nem az, hogy új jogot alkosson, hanem az, hogy a már létezőt alkalmazza, ezért a bíráci döntés rendszerint már a létező jogszabály alapján való döntés”<sup>[23]</sup>.

Az eddig elhangzottakat Somló a jog értelmezésével összefüggésben tovább erősítette<sup>[24]</sup>. Ennek megfelelően a bírác ugyan a jogszabályok konkrét tartalmával ellentétesen is értelmezhetik azt, így attól eltérő alkalmazásra is van lehetőség, de erre is csak abban az esetben, ha konkrét jogszabályi felhatalmazás van erre. Ugyanezt vallja a jog kiegészítésére vonatkozólag. Ideális példát szolgáltat számára is a ZGB híres rendelkezése.



Somlónak a joghézag-problematikával kapcsolatos álláspontja a következő: “a jog hézagosa azt jelenti, hogy a jog kiegészítésre szorul”<sup>[25]</sup>. Viszont önmagában a jog hallgatása nem feltétlenül követeli meg a pótlást, mivel véleménye szerint, elfogadva a jog logikai zártságának elméletét, a jog hallgatása is egyértelmű szabályozást takar: ilyenkor a bírónak el kell utasítani a keresetet. Mindez azonban nem általánosítható. A bíró ugyanis a jog egészét köteles alkalmazni, és annak valamely rendelkezése egyértelművé teheti, hogy adott esetben pótolnia kell egy hiányosságot. Az olyan jogrendszerekben, ahol ez adva van, a jog zártságának elmélete nem helytálló.

Az tehát, hogy elismeri az említett jogszabályi rendelkezések lehetőségét, nem jelenti azt, hogy el is fogadná azt. Ő egy “joghézagra” mindenkor csak mint jogpolitikai fogalomra koncentrált, ez csak mint a jog helytelenítése jelent meg gondolkodásában, de jogalkalmazási hézag nincs, mivel “a fennálló jog alapján mindenkor el lehet dönteni, hogy valamely konkrét eset tiltott, parancsolt, megengedett vagy jogilag irrelevans-e”<sup>[26]</sup>.

Ha tehát szükség van a jog kiegészítésére, akkor annak különböző okai lehetnek. Ha azért szorul pótlásra a jog, hogy helyes legyen: *helyességi joghézagról*, ha azonban azért, hogy alkalmazhatóvá váljon: *alkalmazási joghézagról* szólhatunk.

Ez utóbbinak Somló szerint a következő változatai vannak: “amikor a bíró tisztán logikai tevékenységgel képes az alkalmazandó tételhez eljuttatni”<sup>[27]</sup>, *logikai joghézagról* beszélünk. *Vagylagossági joghézag* névvel látta el azt az esetet, ha a törvény több alkalmazható tételt rögzít. Harmadik változat az *értékelési hézag*, melynek fennállása esetén a bíró erkölcsi értékelés alapján hivatott a jog kiegészítésére.

Egy speciális eset az, ha ténylegesen van hézag, viszont nincs hatóság, ami kitölthetné azt (szemben az előzőekkel, ahol a bíró járhat el), így a szabály továbbra is hiányos marad. E normák tipikusan olyanok, amelyek a legfőbb hatalom köteleességét szabályozzák<sup>[28]</sup>. Mivel a törvény kizárja a kérdés legitim megoldását, a hézag csak jogsértéssel, vagyis illegitim úton egészíthető ki. Ez az *abszolút joghézag* esete.

Mindaz, ami eddig elhangzott, nem azt jelenti, hogy elismerte volna a joghézagok

## 5. Moór Gyula jogpozitivizmusa és Horváth Barna eljárásjogi szemlélete

**Moór Gyulának** Jogfilozófia című írásában kifejtett jogpozitivizmusa mondhatni egészében megegyezik Somló Bódogéval. Ez főleg a jogforrások és a jogalkalmazás tárgyalásánál érződik: a négyféle jogforrás, a tételes jog rendelkezései a jogalkalmazásra nézve, ennek megfelelően a bírói eltérés lehetősége, de csak jogszabályi felhatalmazás alapján stb., ezért erre itt nem térnek ki<sup>[29]</sup>.

Sokkal érdekesebb egy előbbi munkájánál korábban készített tanulmánya, melyben ugyancsak a jogforrásokról értekezett<sup>[30]</sup>. Ebben többé-kevésbé ugyancsak Somló hatása mutatható ki, azzal az eltéréssel, hogy itt külön gondot fordított az egyes jogforrások felsorolására. A két fő csoport – nem meglepő módon – az írott- és a szokásjog kategóriája. Mindkét esetben utolsó helyen került kiemelésre a bírói gyakorlat, melynek írott formáját a felsőbíróságok döntvényei jelentették, melyek tekintetében azonban itt sem tért el azon elv hangsúlyozásától, hogy jogforrási jellegüket az 1912:LIV.t.cz. 79.§-ából nyerik,

melynek alapján a Kúria a jogegység megóvása érdekében korlátozott körre (csak a bírósági rendszerre) nézve kötelező erejű szabályokat adhatott ki.

A másik oldalról pedig a szokásjognak is egyik formájaként tekintett a bírói jogalkalmazásra. Ennek két szerepet tulajdonított. Először is: az absztrakt jogszabály és a konkrét jogeset közötti szakadék áthidalását, mellyel a tételes jog folyamatos fejlesztése érhető el. Másodszor: a jogforrások összhangba hozatala terén kiemelkedő a bírósági szokásjog. Ezzel ugyanis elérhető, hogy az alacsonyabb szintű jogi normák a magasabb szintűvel szembe kerülhessenek, mely folyamat végeredménye az, hogy az ilyen alacsonyabb szintű szabály szokásjogi úton elhal (desuetudo). Ez Moór szerint az élő jogrendszer egyensúlyának és harmóniájának a biztosítása.

Összefoglalva a most elhangzottakat: Moór a bíró-alkotta jognak egy szolidabb verzióját eleinte elismerte, azonban ezt idővel félretolta, és erősebben Somló hatása alá került.

Jogfilozófia c. írásában a joghézagokról kialakított felfogása – ismét csak Somló nyomán haladva – a következőkben foglalható össze.

A *logikai szabadjogi- vagy joghézag-elméletet* kritizálva a *jog logikai zártságának elméletét* fogadta el, és ennek során arra helyezte a hangsúlyt, hogy “a jogrendszerben nincsenek hézagok: a jog, amikor hallgat, akkor is beszél, amiről hallgat, az megengedett”<sup>[31]</sup>. Úgy vélte tehát, hogy amit a jogalkotó nem szabályozott, az nem tartozik a jog területére – ha egyetlen jogszabály lenne a világon, az is kielégítő forrást nyújtana valamennyi eldöntendő esetre nézve, mert vagy szabályozza az életbeli tényállást (így nincs joghézag), vagy nem, s mivel így az eset nem tartozik a jog területére, joghézag sincsen.

Példaként a büntetőjogot hozta fel – azonban *túl szűk* csak e jogterületről szólni, mert bár a példájában szereplő “áramlopás” hamar súlyos problémává vált az egész világon, a villamosság témaköre mégis sokkal lényegesebb a magánjogi folyamatokban, erről azonban Moór hallgatott.

Az általam kiemelt probléma ellenére Moór egy teljesen más zavaró tényezőt állapított meg. A példában azt mondta: lopás az idegen ingó dolog jogtalan eltulajdonítása, s mivel a villamos áram nem ingó dolog, ezért nem tartozik a tényállás alá, vagyis a jogtalan eltulajdonítót fel kellene menteni. Persze ő is látja: “itt valami még sincsen rendben”. A gazdasági élet szükségleteinek hangsúlyozása mellett a *jogszabály helyességére* tolja a hangsúlyt a jogszabály hiányossága helyett. Vagyis a joghézag problematika a “fennálló jognak az értékelését jelenti, tehát jogpolitikai fogalom”<sup>[32]</sup>. *Jogalkalmazási joghézag nem létezik*, és ha szükségesnek látja – általában a történeti változások miatt és a helyesség elvét szem előtt tartva – a jogalkotó módosíthatja a már meglévő normákat.

Ezt az elképzelést sem az érvelési mód, sem pedig a gyakorlati esetek fényében nem lehet elfogadni.

Az összes bemutatott koncepciói közül leginkább **Horváth Barna** nevéhez köthető az, amelyik a bírói jogra – bizonyos keretek között –, mint alakító tényezőre tekint. Ezt az *eljárás jogszemlélet* kifejezés is kitűnően alátámasztja. De ezt igazolja az angol common-law rendszerhez való szorosabb kötődése is, melyet terjedelmes alkotásában foglalt össze<sup>[33]</sup>.

Az *eljárás jogszemléletének* lényege a normák és a tények kapcsolatának kiemelése, melyek az eljárás során lépnek egymással érintkezésbe, s a módszer, ami itt alkalmazásra kerül, az az előbbi két tényező összevetése, ezért is nevezi elméletét más kifejezéssel *szinoptikus jogelméletnek*.

Az eljárás jogforrási jellegét Horváth elméletében az adta, hogy a jog keletkezése szempontjából *ezt tekintette a közvetlen keletkezés alapjának*<sup>[34]</sup>, a törvényhozás pedig “csupán a jogképződés irányába vivő azon fejlődés kezdetét jelenti, amely csak az alkalmazással zárul le<sup>[35]</sup>, ennyiben tehát magáévá tette korának elterjedt amerikai elképzelését.

Jogszemléletének alapvető eleme a szabadjogról vallott elképzelése. A szabadjog a természetjogi közvéleménynek (mely az erkölcsi közvéleménynek a jog helyességére vonatkozó része) a tételes jogba átmenni készülő része, melyre az eljárásban kerül sor, elsősorban a joghézagok betöltésekor, vagyis a joghézagokról vallott felfogása is szoros kötődést mutat egész koncepciójához. A szabadjoghoz tartozónak vélte a kétségtelen jogtételek hallgatolagos premisszáit, valamint a jog által előfeltételezett alapszabályokat is<sup>[36]</sup>.

Miként ismerte el tehát a bírói alakító-teremtő erőt? Gondolatmenetét ott kell kezdeni, hogy a jogot (jogtételt) mindig értelmezésre szorulónak tekintette, véleménye szerint soha sincsen véglegesen kész értelme. Mindaddig tehát, amíg egy jogesetben nem konkretizálódik helyessége, nem egyéb egy sima rendelkezésnél. Ahhoz, hogy a faktumot és a tételt összevegyjük, és ezzel a tétel “kész legyen”, *jogértelmezésre* van szükség, s ez ennek folytán részben jogalkalmazásnak, részben pedig jogalkotásnak tekinthető. Jogalkalmazás, hiszen a jogesetet a jogszabály szempontjából meg kell ítélni, s jogalkotó (teremtő) amennyiben a jogtételt ki is terjesztjük a jogesetre, de ilyennek minősítette Horváth a hézagpótlást, a szubszumpciót stb.

A jogalkotásról vallott nézetében, elfogadva az angolszász tételt, maga is azt hangoztatta, hogy a jogot nem alkotják, hanem megtalálják. Ennyiben tehát a jog nem egyéni műalkotás, hanem a közösség akaratának felfedése. Ez az a pont, ahol a szabadjog ismét bekapcsolódik a gondolatmenetbe, vagyis a jogalkotás nem más, mint a társadalmi értékítéletek elfogadása és a jogalkotó hatalom által történő normákba öntése, avagy a bírói tevékenység útján történő akceptálása. “Ha a vélemény és kezdeményezés merőben és elszigetelten egyéni, akkor nem is lesz belőle kész jog soha”<sup>[36]</sup>. Vagyis az egyéni bírói kísérletek is bukásra vannak ítélve. Itt kell tehát arra felhívni a figyelmet, hogy a német szabadjogi iskola azon tanítását, mely a bíró teremtő egyéniségét tekintette az egész témakör az egyik kulcspontjának, nem tette magáévá Horváth, ehelyett inkább a kollektív elemre koncentrált.

Szólni kell néhány szót Horváth joghézagokról vallott felfogásáról is. Ezek szerint két típust különböztetett meg<sup>[37]</sup>. Az *elméleti joghézag* a “jogtétel és jogeset között nyitva álló logikai út”, mely mindig fennáll. Ez éppúgy lehetetlenné teszi, hogy “minden esetre illő jogtételt szerkeszthessünk”, mint hogy a “jogtételt a jogesetre tisztán logikai műveletekkel alkalmazhassuk”. A *gyakorlati joghézag* “annak a hídnak esetenkénti beszakadása, amelyet a konvencionális értékelés és tapasztalat ver az elméleti joghézag fölé”. Ez utóbbi kategória csak alkalmi, ám komoly zavara a jogéletnek.

A joghézagok létét Horváth a szillogizmus eszközével bizonyította. Véleménye szerint a jogtétel tartalmaz egy (első) premisszát (propositio maiort), a jogeset pedig egy második

premisszát (propositio minort). Logikailag következik, hogy a jogtételből hiányzik a második premissza, és ez az, ami a joghézagot jelenti. Ennek betöltése szubszumpcióval, vagyis a jogesetnek a jogtétel alá vonásával történhet. E feladat ellátására pedig, Horváth eljárásjogi jogszemléletéből kikövetkeztethetjük, *a bíró hivatott*.

Az általában vett joghézag-elméletek a hézagot abszolút folytonossághiányként értékelik. Horváth viszont, mikor azt hangsúlyozza, hogy a jog csak “az elméleti joghézag kitöltése után készül el teljesen, az így elkészült jog pedig folytonos, mert hézagai ki vannak töltve”, gyakorlatilag feloldja a két kategória ellentétét<sup>[38]</sup>.

### ***Befejezés***

Az eddigiekben arra törekedtem, hogy viszonylag áttekinthető képet adjak a XIX-XX. század belföldi irodalmának azon részéből, amelyik a bírói jog koncepcióját hirdette vagy elvetette, avagy másra koncentrálna félretolta azt.

Az elhangzottakból kitűnik, hogy a magyar jogelméletben nem ez volt a leginkább kardinális kérdés, de még Horváth Barna sem kifejezetten erre utal, gondol elméletében. Ezt minden bizonnyal jogi kultúránknak a nyugat-európaiktól, valamint az angolszásztól való különbözősége okozza, mert míg a common-law rendszerekben az alapokat a gyakorlat fektette le, addig hazánkban sokkal nagyobb hangsúlyt kapott és kap ma is a törvényhozó hatalom ereje. Nálunk erőteljesebben éreztetik hatásukat a hatalom-megosztás elméletének szoros szabályai. Azonban biztosra veszem, hogy, még ha nem is olyan hangsúllyal, de a bírói hatalom kérdésének tárgyalása hazánkban sem elveszett téma.

---

## Jegyzetek:

- [1] Lásd részletesen: Szabó Imre: A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980 – Pokol Béla: A jog elmélete, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001: p. 321-354.
- [2] Csatskó Imre: Bevezetés a természetjogba, 1. rész: Tudománytár, 11. kötet, 1836: p. 114.
- [3] Csatskó: i.m., p. 92.
- [4] Csatskó: uo., p. 114-116.
- [5] Csatskó: uo., p. 119.
- [6] Csatskó: uo., p. 115.
- [7] Csatskó: Bevezetés a természetjogba, 2. rész: Tudománytár, Értekezések 1., 1. füzet, 1837: p. 150-152.
- [8] Pauler Tivadar: Észjogi alaptan, Pest, 1854: p. 11.
- [9] Pauler Tivadar: Észjogi előtan, Athenaeum, Budapest, 1873: p. 27-34.
- [10] Pauler: Alaptan, p. 13-18.
- [11] Pauler: Alaptan, p. 77.
- [12] Werner Rezső Rudolf: A bölcsészeti jogtudomány kézikönyve - összehasonlító tekintettel a tételesjogi intézményekre, Franklin társulat, Budapest, 1880: p. 4.
- [13] Werner: i.m., p. 10.
- [14] Werner: uo., p. 268.
- [15] Werner: uo., p. 21-22.
- [16] Pulszky Ágost: A jog és állambölcselet alaptanai, in: Kupa László: Pulszky Ágost, Új Mandátum könyvkiadó, Budapest, 1999: p. 145.
- [17] Kupa: i.m., p. 151-155.
- [18] Szabó Imre: Pikler Gyula, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1973: p. 13.
- [19] Szabó: uo., p. 14-15.
- [20] Somló Bódog: Jogbölcselet, Prudentia Iuris 1., Szerk: Szabadfalvi József, Anders Kft., Miskolc, 1995: p. 23-34.
- [21] Somló: uo., p. 29.
- [22] Somló: uo., p. 97-109.
- [23] Somló: uo., p. 105.
- [24] Somló: uo., 113-122.
- [25] Somló: uo., p. 123.
- [26] Moór Gyula: Somló Bódog, Politzer Zsigmond és fia, Budapest, 1921: p. 21.
- [27] Somló: i.m., p. 124.
- [28] Tipikusan ilyen, ha a törvény szerint a trón csak egy dinasztián belül maradhat, azonban az kihal, vagy ha az uralkodó halála előtt nem nevezi meg utódját, pedig ez kötelessége volna; a példákat lásd: Somló: uo., p. 125.
- [29] Moór: uo., p. 201-217.
- [30] Moór Gyula: A különböző jogforrások, azok egyensúlya és rangfokozata a magyar jogrendszerben, Attila Nyomda Rt., Budapest, 1932, különösen: p. 9-11.
- [31] Moór: Jogfilozófia., p. 214.
- [32] Moór: uo., p. 215.
- [33] Horváth Barna: Az angol jogelmélet, Pallas Stúdió, Budapest, 2001
- [34] Horváth Barna: Jogsociológia, Osiris Kiadó, Budapest, 1995: p. 337.
- [35] Horváth: uo., p. 339.
- [36] Horváth Barna: A jogelmélet vázlatja, Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., Szeged, 1937: X. – Horváth: Jogsociológia, p. 340.
- [36] Horváth: A jogelmélet vázlatja, p. 178.
- [37] Horváth: uo., p. 170-173.
- [38] Horváth: i.m., p. 171.

---

**Felhasznált irodalom:**

**Csatskó Imre:** *Bevezetés a természetjogba*, 1. rész: Tudománytár, 11. kötet, 1836: p. 84-131.; 2. rész: Tudománytár, Értekezések 1., 1. füzet, 1837: p. 96-154.

**Horváth Barna:** *A jogelmélet vázlatja*, Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., Szeged, 1937

**Horváth Barna:** *Az angol jogelmélet*, Pallas Stúdió, Budapest, 2001

**Horváth Barna:** *Jogszociológia*, Osiris Kiadó, Budapest, 1995

**Kupa László:** *Pulszky Ágost*, Új Mandátum könyvkiadó, Budapest, 1999

**Moór Gyula:** *A különböző jogforrások, azok egyensúlya és rangfokozata a magyar jogrendszerben*, Attila Nyomda Rt., Budapest, 1932

**Moór Gyula:** *Jogfilozófia*, Püski Kiadó, Budapest, 1994

**Moór Gyula:** *Somló Bódog*, Politzer Zsigmond és fia, Budapest, 1921

**Pauler Tivadar:** *Észjogi alaptan*, Pest, 1854

**Pauler Tivadar:** *Észjogi előtan*, Athenaeum, Budapest, 1873

**Pokol Béla:** *A jog elmélete*, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001

**Somló Bódog:** *Jogbölcészlet*, Prudentia Iuris 1., Szerk: Szabadfalvi József, Anders Kft., Miskolc, 1995

**Szabó Imre:** *A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980

**Szabó Imre:** *Pikler Gyula*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1973

**Werner Rudolf:** *A bölcsészeti jogtudomány kézikönyve – összehasonlító tekintettel a tételesjogi intézményekre*, Franklin társulat, Budapest, 1880

# Pekár Tamás

## Jogi asszisztensek az Európai Unióban

### 1. Előzetes gondolatok

Az igazságszolgáltatás Magyarországon felismerhető problémái nem ismeretlenek az Európai Unióban sem. A perek elhúzódása, a bíróságokra és a bírákra nehezedő egyre nagyobb teher, ami akár az eljárás hatékonyságát is csökkentheti, a hatalmas és kiterjedt feladatkörök mind hozzájárultak ahhoz, hogy az európai intézmények is megoldásokat keressenek ezekre az égető problémákra. A különböző szervezetek, mint az Európa Tanács, a Miniszterek Tanácsa, megvizsgálták ezt a kérdéskört, és mindannyian hasonló eredményre jutottak. Nevezetesen: az igazságszolgáltatásban megfigyelhető anomáliák jó részére megoldást kínálhat, ha az adott országban, a bíró és az adminisztrációs alkalmazottak közötti lépcsőfokként, bevezetik a *Rechtspfleger*, ill. a *greffier* intézményét. Érdekes módon, a szakterminológia minden nyelven *Rechtspfleger*-ként emlegeti a jogi asszisztenseket, nem kreáltak minden nyelvre eltérő elnevezést. Ez is jelzi, hogy a professzió a német nyelvterületen alakult ki, ott fejlődött olyan szintre, ami miatt az egész Európai Unióban el kívánják terjeszteni. A jogi asszisztensek, ill. társszakmáik másik csoportját illetik *greffier* elnevezéssel, ez pedig a francia modellt követő országokban használatos. Éppen ezért a tanulmányomban én sem ragaszkodom a magyar nyelvű elnevezéshez, hanem a legelterjedtebb *Rechtspfleger* kifejezést fogom alkalmazni, érve ez alatt a jogi asszisztenseket, a *greffier*-ket, illetve minden olyan professziót, amely hasonló feladatokat lát el.

### 1. Megoldási kísérletek az európai igazságszolgáltatás problémáira

Az Európa Tanács, miután gondosan megvizsgálta és felismerte az igazságszolgáltatás jelentős problémáit, általános reform-elképzeléseket fogalmazott meg az ún. *Model Statute for a European Rechtspfleger/ greffier* című összefoglalójában. Alapvető kérdésként a bíróságok túlterheltségét említi meg, ami csökkenti a hatékonyságot, ezen kívül alapvető jogot is sért. Ugyanis az a tény, hogy a bíróra háruló rengeteg feladat miatt az eljárások bizonytalan időre elnyúlnak, sértik az eljárás ésszerű időben történő befejezésének jogát. Mindezek miatt az Európa Tanács megfogalmazta azokat a kívánalmakat, amelyek hozzájárulhatnak a problémák megszüntetéséhez, de legalábbis mérsékléséhez.

A szakma szempontjából rendkívül fontos volt, hogy elsődleges megoldásként a *Rechtspfleger* intézményének bevezetését javasolták, hogy ezzel is növeljék a bíróságok hatékonyságát. Meghatározták a státuszukat, mint az igazságszolgáltatás független orgánumai, akikhez törvény utal meghatározott feladatokat, és akik az adott ország alkotmányos szabályainak megfelelően kötelesek eljárni. Emellett közös európai képzési standardokat állítottak fel, mely szerint a *Rechtspfleger* szakmához minimum három éves egyetemi vagy felsőfokú szakiskolai képzés szükséges, amely tartalmazza a jogi ismeretek és az informatika elsajátítását, valamint pontosan meg nem határozott időtartamú gyakorlati képzést. A részletkérdések szabályozását a státútum a tagállamok szervezeteire bízta. Itt látom érdemesnek felhívni az illetékes magyar szervek figyelmét a következő problémára: az Európa Tanács döntése minimum három éves képzést

követel meg, míg Magyarországon a beindult jogi asszisztens-képzés mindössze két éves. Ez pedig a későbbiekben, hazánk várható Unió csatlakozása után, komoly problémát jelenthet az uniós munkavállalás szempontjából. Egyebekben a magyar képzés megfelel az európai mércének, ez viszont véleményem szerint megfontolást érdemlő szabályozási hiányosság. Mindez persze csak akkor, ha a magyar döntéshozók valóban az európai útnak megfelelően kívánják igazságszolgáltatásunk reformját végrehajtani.

A Miniszterek Tanácsának R (86) 12 számú ajánlása mérföldkövet jelentett a *Rechtspfleger* szakma intézményesítésének útján. Az ajánlás javasolja az Európa Tanács tagországainak, hogy német és osztrák mintára hozzanak létre egy *Rechtspfleger*-hez hasonló szakmát, mivel ez rendkívül hatékony lehet a bíróságok munkaterhének csökkentésében. Különösen a csatlakozásra váró kelet-közép-európai országok számára jelenthet ez nagy előrelépést annak érdekében, hogy igazságszolgáltatásuk rendszerét minél jobban megfeleltessék az uniós követelményeknek. Sok országban, ahol a bírót terhelő feladatok egy részét átruházták a *Rechtspfleger*-ekre, javult a bíróságok teljesítménye, lerövidült az eljárás, tehát sikerült közeledést elérni a kívánt célokhoz.

Az ajánlás alapvető célja, hogy az érintett országok megtalálják azokat a megoldásokat, amelyek segítenek megelőzni vagy csökkenteni a bíróságok túlterheltségét. Első helyen a vitás ügyek békés úton történő elrendezésének kötelezettségét említi a dokumentum. Ennek érdekében egyrészt a bíró kötelezettségévé lehetne tenni, hogy az eljárás minden szakaszában, tehát akár az előtt vagy az alatt, a felek békés megegyezésére törekedjen. Másrészt az ügyvédek számára is etikai kötelességgé lehetne emelni azt, hogy az ellenérdekelt féllel minden más lehetőséget megelőzően egyezségkötésre törekedjék. Ha ez megvalósulna, már kisebb lenne a bírók túlterheltsége. Ettől viszont még csak az eljárások számának valamelyes csökkenését lehet remélni, azonban arra is szükség van, hogy a bírák eljárás közbeni feladatait is mérsékeljük. Erre javasolja a Tanács a feladatkörök átruházását olyan testületre vagy személyekre, akik ezt hatékonyan képesek ellátni, tehát például a *Rechtspfleger*-ekre. További megoldási lehetőségként sorolják fel a következőket: első fokon egyes bíró járjon el; olyan testületek létrehozása, amelyek pl. kis perértékű ügyekben eljárhatnak (tehát bírói szakba sem kerülne az ügy); valamint az arbitráció lehetősége. E helyütt részletesen csak a *Rechtspfleger*-ekkel foglalkozom, de szeretném jelezni: az arbitráció, ill. a mediáció kérdéskörével részletesen foglalkozik *Pokol Béla: Jogszociológiai vizsgálódások* című könyvében.

Ezen kívül is számos EU-döntés foglalkozik az igazságszolgáltatás problémás jelenségeivel. Csak példalózó jelleggel említeném a következőket: az R (80) 3 számú ajánlás a bírósági alkalmazottak továbbképzésének kötelezettségét rögzíti, kiemelve az informatika és a jog kapcsolatának fontosságát. Különösen jelentős az Unió 89/48 számú döntése, amely a megszerzett diploma elismerését szabályozza; ennek kapcsán adta ki a Miniszterek Tanácsa a már részletezett *Model Statute for a European Rechtspfleger/ greffier* című dokumentumot, amelyben a képzés követelményeinek részletezésével a diploma elismerésének feltételeit is rögzíti.

## 2. Jogi asszisztensek az integráció folyamatában

Az európai integráció napjainkban az állami és társadalmi élet szinte minden területére kihat, nem kivétel ez alól a jogrendszer működése sem. Az európai uniós tagországok



igazságszolgáltatásának problémái hasonlóképpen jelentkeznek a felvételre váró országokban is. A fent már jelzett megoldási javaslatok közül most csak egyre koncentrálnék: a jogi asszisztensek, illetve a hasonló szakmák helyzetére az Európai Unióban, valamint szakmai szervezeteik együttműködésére.

Európa számos országában találkozhatunk olyan bírósági alkalmazottakkal, akik a bírótól vesznek át bizonyos feladatokat, hogy azokat saját felelősségükre elvégezzék. Tapasztalatok szerint jó néhány területen hasznosabb, ha nem a bírót terhelik olyan feladatokkal, amelyeket egy nem annyira magasan kvalifikált, de megfelelő jogi és egyéb ismeretekkel rendelkező személy is el tud végezni. A már említett R (86) 12 számú ajánlás melléklete példálózó jelleggel felsorol néhány olyan feladatkört, amelyeket egyes országokban bírók látnak el, pedig ugyanezeket a feladatokat alsóbb szintre is lehetne delegálni. Ide tartoznak például a házassággal, házasságkötési akadályokkal és a házassági vagyonjoggal kapcsolatos kisebb ügyek, a különböző jármű- és ingatlan- nyilvántartások vitele, a cselekvőképtelen személyekkel kapcsolatos gondnoksági ügyek és a státuszpercek. Ezeken kívül az ilyen bírósági hivatalnoknak az állampolgári jogok védelme területén is sajátos szerepe van: összekötő kapocsként áll a bíróság és a polgárok között, közelebb hozza az igazságszolgáltatás szervezetéhez az állampolgárt, ezzel is biztosítva az alapvető jogok érvényesülését.

A *Rechtspfleger* szakma “szülőhelyeként” Németországot és Ausztriát lehet megjelölni. Itt alkalmaztak először bíróságokon nagy számban ilyen végzettségű hivatalnokokat, és itt merült fel az európai összefogás gondolata is. A két ország közös nyelve, a jó kapcsolatok és az a tény, hogy mindkét országban már létezett a *Rechtspfleger*, mint önálló szakma, mind hozzájárult ahhoz, hogy egy gyümölcsöző és hatékony integrációs folyamat elindító legyenek.

Az összefogás bázisa a két ország *Rechtspfleger*-einek szakmai szervezetei voltak. Ez a két unió, a *Bund Deutscher Rechtspfleger* és a *Bundesektion Justiz in Gewerkschaft Öffentlicher Dienst* határozta el, hogy szakmájuk összefogásának európai méreteket kell öltetnie. Ezért alakították meg az *Europäische Union der Rechtspfleger* (a továbbiakban: EUR) elnevezésű szervezetet, amelynek kezdetben a két szakmai egyesület volt a tagja. A mai napig élő szabály, hogy az EUR-nak csak szervezetek lehetnek a tagjai, magánszemélyek nem. A két ország már a szervezet megalakításakor kereste a kapcsolatot más európai országok hasonló szakmaival, mivel célkitűzésük a kezdetektől az volt, hogy az uniónak magába kell foglalnia valamennyi hasonló professzió egyesületeit, és közösen kell az eltérő nemzeti szabályozások harmonizálásán munkálkodniuk.

A kéttagú uniót 1965. június 25-én alapították a németországi Liebenzellben. Rögtön felvették a kapcsolatot más országokkal is, végül 1967. október 6-án az EUR hivatalosan is megalakult Karlsruheban. Az alapítók a következő országok szakmai szervezetei voltak: Ausztria, Belgium, Franciaország, Németország és Nagy-Britannia. Az angol szervezet rövid tagság után kilépett az unióból, jogrendszereik különbözősége okán, - valószínűleg nem tudták feltétel nélkül alkalmazni azokat a szabályokat, amelyeket a kontinentális jogrendszerek gond nélkül megvalósíthattak-, de nemrégiben újra jelezték érdeklődésüket a szervezet iránt. 1967-ben, Karlsruheban az EUR elfogadta saját alapszabályát, megválasztották a vezető szervezetet és azok tagjait. A fő szervek: a bizottság, az elnökség és a közgyűlés. A bizottság tagjai az alapszabály szerint mindig egy országból származnak, elsőként Németország adta a bizottság összes tagját. Az első elnök Karl Weber volt, aki osztrák kollégájával, Raimund Friedrich-el együtt az EUR szellemi atyjának és alapítójának tekinthető. Az elnökségben minden tagállam képviseltetve van egy alelnökkel.

Jelenleg 14 tagja van az EUR-nak, a következő országok szakmai egyesületei csatlakoztak az alapító öt (Nagy-Britannia kiválásával már csak négy) országhoz: Dánia, Észtország, Finnország, Olaszország, Luxemburg, Hollandia, Norvégia, Portugália, Svédország, Spanyolország. Érdekes, hogy az előreláthatóan 2004. májusában csatlakozó országok közül egyedül Észtország tagja az EUR-nak. Az alapszabály lehetőséget ad arra is, hogy nem európai országok társult tagjai legyenek a szervezetnek. Jelenleg négy ilyen státuszú tagról beszélhetünk, ezek: Japán, Mali, Marokkó és Tunézia. Ezen országok az EUR-ban tanácskozási joggal rendelkeznek: minden olyan ügyben, amely országukat érinti, meg kell őket hallgatni. Ha olyan ügyről van szó, amelyben minden tag érintett, és ez nem szorosan vett európai ügy, a társult tagok is teljes szavazati joggal rendelkeznek.

Az Uniónak megalakulásától kezdve célja volt, hogy minél szorosabb kapcsolatot alakítson ki az Európa Tanáccsal, azzal a szervvel, amely rengeteg döntést hozott a jogi együttműködéssel kapcsolatban. Az EUR már nagyon korán elhatározta, hogy tanácskozási jogú részvételt kér az Európa Tanács munkájában. 1969. október 13.-án kérte felvételét az NGO-ba, a nem-kormányzati szervezetek egyesületébe, egyidejűleg az ET tanácskozási jogú tagságára is igényt tartottak. Az egyeztetéseket követően 1971. május 5.-én kapták meg ezeket a jogosítványokat. Azóta az EUR-nak igen gyümölcsöző kapcsolatokat sikerült kiépítenie az Európa Tanáccsal, állandó képviselővel vesznek részt az ET munkájában. Jelenleg ezt a tisztet Jean-Jacques Kuster tölti be. Egyéb olyan szervezetekben pedig, ahol a bíróságokkal, ill. az igazságszolgáltatással kapcsolatban döntéseket hozhatnak, az EUR megfigyelőként vesz részt.

Mint látható volt, a jogi asszisztensek európai szintű együttműködése igen magas szintet ért el napjainkra. Ez mindenképp kedvező hatással van úgy a szakmának és annak szerveződéseinek ismertségére-elismertségére, mint az igazságszolgáltatás reformjára. Ugyanis a döntéshozók is sokkal kedvezőbb helyzetben vannak, ha például a *Rechtspfleger* szakmáról, vagy a bíróságok szervezetéről kell rendelkezni, és ehhez első kézből megkapják az összes szükséges információt, mintha teljesen önállóan kellene döntenükhöz. Az EUR történetének és működésének rövid áttekintése után érdemes szót ejteni azokról az elkötelezett emberekről is, akiknek munkája révén ez az együttműködés létrejöhett. Az EUR bizottságának első tagjai (1967-1975): Karl Weber elnök, Günter Reiss főtitkár és Hans Otto Helpertz kincstárnok voltak azok, akik az első lépéseket megtették az Unió elismertetése felé. Az egymást váltó német, francia és osztrák összetételű bizottságok után (emlékeztetőül: mindig egy ország szakmai egyesülete adja a tagokat) jelenleg olasz bizottság vezeti az EUR-t (2001-2004). Gabriele Guarda az elnök, Giovanni Assenza főtitkár, míg Roberto Galullo a kincstárnoki tisztséget tölti be.

### 3. Magyarország feladatai a jövőben

Ha az elemzett jelenségeket Magyarországra vonatkoztatva megvizsgáljuk, megállapítható, hogy nálunk ez a szakma még korántsem ennyire elfogadott. Egy korábbi munkámban (Jogelméleti Szemle 2002/4. szám) már jeleztem, hogy a jogi asszisztensi szakma fejlődése hazánkban még csak a kezdeti lépéseknél tart. Létezik már ugyan, de még nem tapasztalható nagy igény az igazságszolgáltatási szervek részéről e professzió gyakorlóira iránt. Pedig, sajnálatos módon, a magyar bíróságok sincsenek abban a helyzetben, hogy nélkülözni tudnának olyan szakembereket, akik mentesíteni tudnák a bírakat a rengeteg adminisztratív tevékenység alól. Ehhez viszont több dolog is szükséges. Egyrészt tudatosítani kell a döntéshozókban ennek a szakmának a fontosságát, másrészt a bíróságok is igényt támaszthatnának rájuk. Talán egy

pár éven belül, amikor már itt-ott alkalmaznak néhány jogi asszisztent, ráébrednek a bíróságon dolgozók is, mekkora szükség van ezekre a jogilag képzett, mégsem bírói státuszban lévő emberekre. És akkor már lenne haszna annak, hogy az asszisztenseket összefogó szakmai egyesület harcolni kezdjen jogaik érvényesítéséért és elismertetésükért.

Addigra viszont Magyarország- minden várakozás szerint- az Európai Unió tagja lesz. Emiatt is szükséges átgondolni, mit is várunk a jogi asszisztensektől, igénybe akarjuk-e őket venni az igazságszolgáltatási reformok során? Ehhez először is át kell tekinteni képzésük rendszerét, érdemes megfontolni, milyen rendszerben célszerű oktatni őket. Másrészt a jogi szabályozás is felülvizsgálatra szorul. Az eljárási törvények módosításával nagy teret lehetne engedni az asszisztensek tevékenységének (nyugati mintára), taxatív meg lehetne határozni, mely ügyek és eljárási cselekmények maradnak a bírónál, és melyeket delegálják az addigra már alapos képzésen átesett jogi asszisztensekre. Az európai példák azt mutatják, hogy az ez irányban hozott kezdeti döntések helyesnek bizonyultak. Reményeim szerint a magyar igazságszolgáltatás problémáinak egy része is megoldódik, ha ezek a megfelelően képzett szakemberek és egyesületeik több feladatot kapnak a törvényhozótól, ezzel is hozzájárulván Magyarország Uniós felzárkózásához.

Források:

<http://www.justice.rechtspfleger.org>

[http://www.coe.int/T/E/Legal\\_Affairs/Legal\\_Cooperation/Legal\\_Professional/Court\\_Clerks/](http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_Cooperation/Legal_Professional/Court_Clerks/)

<http://www.rechtspfleger.net>

Pokol Béla: Jogszociológiai vizsgálódások, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2003. 146 p.

## Pokol Béla

### Gondolatok Jakab András tanulmányához

Nagyon megtisztelő számomra, hogy Jakab András nekem is megköszöni “hasznos tanácsaimat” tanulmánya bevezető lábjegyzetében, de a félreértések elkerülése végett jelezni kell, hogy a korábbi szövegéhez fűzött tanácsaimból semmit nem fogadott el a Jogelméleti Szemléhez elküldött végleges verzióban, így kénytelen vagyok a nyilvánosság előtt is néhány megjegyzést fűzni ehhez. (Függeléként közlöm a korábbi szöveghez fűzött megjegyzéseimet, melyeket 2002 őszén küldtem el a szerzőnek.)

1.”Álláspontom szerint a jog leginkább mint strukturált tömegpszichózis jellemezhető” – írja (1.p.). Majd folytatja, hogy “A jog azért tömegpszichózis jellegű, mert egy norma attól válik jogi normává, hogy azt joginak hiszik”. Tulajdonképpen ezzel az állításával a szerző a jog mibenlétére és ezen keresztül a társadalom mibenlétére igyekszik választ adni, hisz a jogon kívüli társadalmi jelenségek mibenléte sem lehet más mint “tömegpszichózis”, legfeljebb némelyik nem “strukturált” tömegpszichózis. Nos, a társadalom mibenléte, a fizikai és a biológiai valóság szféráitól elválasztott “társadalmiság, a “társadalmi tények természete” az 1800-as évek végétől folyamatos társadalomfilozófiai és szociológiaelméleti elemzés alatt áll. A francia Émile Durkheim, a német Dilthey és nyomában Husserl, Max Weber majd az ezeket összegző Alfred Schütz, de ugyanígy az európaiak nyomában járó amerikai Talcott Parsons emelhető ki itt, és ezekből a hatalmas életművekből a társadalmi valóság értelmi rögzítettsége (“Sinnzusammenhänge”) olvasható ki, amely a fizikai okozatiságon nyugvó fizikai és biológiai valóság felett mint szellemi lét írható le. Normák, szavak, fogalmak, hitek, eszmék és az ezekből felépülő komplexebb értelmi rögzítettségek jelentik azokat az értelmi struktúrákat, melyekbe mindenkor beleszületik a sok-sok millió ember, és ezeket az értelmi rögzítettségeket szocializálva lépnek egymással kapcsolatba, és alkotnak embercsoportokat, illetve funkcionális társadalmi képződményeket. Niklas Luhmann, Jürgen Habermas vagy a francia Pierre Bourdieu egyaránt ezen a szellemi bázison hozta létre az elmúlt negyven évben hatalmas életművét.

Jakab András számára ez a teljes ismeretanyag hiányzik tökéletesen, amikor természetes egyszerűséggel leírja a jog “strukturált tömegpszichózis” jellegét. Hozzám elküldött anyagához írt korábbi reflexióimban már jeleztem, hogy nem takaríthatja meg az e tárgykörben már felhalmozott tudás észlelését és - akár kritikai - elsajátítását, még ha ez évekbe kerül is. A tudomány alapvető etikai normája, hogy a “tudás határáig” kell elmenni a felkészülésben, vagyis az adott tárgyra vonatkozó alapvető irodalmat a fiatal tudósnak el kell sajátítani, és ha megalapozott kételyei merülnek fel, akkor expliciten cáfolnia kell. Az azonban nem megy, hogy száz év felhalmozott tudását nem ismeri valaki, és így kísérel meg tudományos állítást tenni egy tárgyra.

2. Tarthatatlannak vélem a jogi fogalmak kettéosztását pozitív jogi fogalmakra és jogelméleti fogalmakra. “A pozitív jogi fogalmak esetében tehát a jogtudós megpróbálja a jogalkalmazókkal elhíttetni, hogy az illető fogalmak tényleg azt jelentik, amit ő ír róluk, a jogelméleti fogalmakról pedig azt is el kell hitetni, hogy érdemes (célszerű) őket használni”

(2.p.). Tarthatatlan ez a kettéosztás, mert a tegnapi jogelméleti - pozitív jogi szabályozásban nem szereplő – jogi fogalmak mára bekerülhetnek a pozitív jogba, és az elmúlt 150 évet szem előtt tartva így jött létre a legtöbb büntetőjogi, magánjogi eljárásjogi stb. pozitív jogi fogalmunk, amit ma már használnak a vonatkozó jogszabályok. Csak mellékesen jegyzem meg annak érthetlenségét, hogy a szerző csak a jogalkalmazók “meggyőzését” tartja szem előtt a jogdogmatikai fogalmak terén, és a jogalkotókat implicite így kirekeszti. Pedig előtte őket szokták “meggyőzni” - pontosabban: egy egész jogpolitikai szféra épült ki minden ország jogi és politikai rendszerének határán a jogdogmatikai fogalmak jogalkotásba átvitelére - és egy-egy kódex vagy csak egyszerű törvény, rendelet elkezdte használni (a jog értelmi rendszerének biztosítása érdekében) a korábban csak a jogirodalomban kidolgozott új jogi fogalmakat. De ezen túl is, itt is felvethető Jakab András olvasottságának féloldalassága: miközben a szűkebb közigazgatási vagy más kérdés elemzésére vonatkozó alkotmányjogi vagy jogelméleti irodalmat sűrűn idéz a jogdogmatikára írt sorai apropóján, addig egyetlen ténylegesen is a jogdogmatikával foglalkozó irodalmat sem említ. Csak utalok a tíz évvel ezelőtt általam készített szakirodalom-feldolgozásra “A jogdogmatika természete” címmel, ahol Josef Esser, Niklas Luhmann, Spiro Simitis, Claus-Wilhelm Canaris és mások elemzéseit a jogdogmatika működéséről tárgyaltam, de később Szabó Miklós is egy kötetben dolgozta fel a jogdogmatika kérdéseit (lásd Pokol 1992, Szabó 1996:31-68). (A félreértések elkerülése végett nem a saját tanulmányom feldolgozását kérem számon a szerzőtől, hanem a mögöttes német irodalomét a jogdogmatika elméleti megközelítéséről.) Autentikus tudományos állítást tenni egy témakörben csak úgy lehetséges, ha a szerző az erre vonatkozó alapvető irodalmat körbe járta előtte. Az nem megoldás, hogy más kérdésekre vonatkozó irodalmat ismertetek ilyenkor bőven a lábjegyzetekben, és a felületes olvasó előtt az elmélyült tudás látszatát adjuk. Aki rendszeresen végig olvasta a jogdogmatika elméleti irodalmából az alapvető (vagyis a témában a legtöbbször által megidézéssel hitelesített) német irodalmat, az rögtön észlelni fogja, ahogy Jakab Andrásnál ez lényegében hiányzik. Pedig e tanulmányok átolvasása megmentette volna a szerzőt attól a csapdától, amit a jogdogmatika fogalmak kettéosztása jelent nála.

3. Rátérve az én jogelméleti koncepciómmal foglalkozó részre, a következő észrevételeket szeretném tenni. A többretegű jog koncepciójáról szólva helyesen sorolja fel a szerző a jog rétegeit, de az egyes jogrétegek leírása nem felel meg az általam vázolt jogrétegeknek, különösen a bírói eseti jogi réteg és a jogdogmatikai réteg vonatkozásában.

- a) A “..bírói esetjognak (...) az egyedi aktusok feleltethetők meg - írja a szerző (8.p.). Ezzel szemben én a bírói precedensjog angolszász és kontinentális jogi változatait elemezve hosszan értekeztem arról, hogy míg az angol jogban valóban az egyes bírói döntések jelentik a precedensjogot, addig a kontinentális jogrendszerekben több, egy irányba mutató bírói döntés egy bírói gyakorlatba összeolvadva adja meg egy-egy szituációra a normát (lásd pl. Pokol 2001:271-275.p.). Vagyis épp az a lényege a kontinentális bírói konkretizáló jognak, hogy “nem egyedi” aktus ez, hanem ismétlődő szituációkra előíró magatartási normákból áll ez is. De őszintén szólva az angol precedensjog esetében - ahol valóban egy eset kapcsán hozott döntés adja meg magát az általános normát is – alkalmazhatatlan az “egyedi aktus - normatív aktus” fogalmi kettős, mert az eseti döntés ketté válik az általános normát adó “ratio decidendi”-re (a döntés magvára) és a norma szempontjából közömbös “dictum”-hoz tartozó részekre. Így a közigazgatási aktustan fogalmai vagy a bírói jog általános normateremtését kizáró elméletek kategóriái nem vihetők át a többretegű jog koncepciójába. (Ezért nem felel meg az sem, hogy “A szövegrétegnek megfeleltethetők a magyar jogi nyelvben normatív aktusnak nevezett jogi aktusok” - ahogy a szerző írja (8.p.))
- b) “A jogdogmatika kifejezés alatt Pokol a jogtudományt ill. az általa használt fogalmi rendszert érti” – írja a szerző, majd ehhez lábjegyzetben hozzáfűzi, hogy “Ez annyival

szűkebb az általam használt “jogdogmatika”-fogalomnál, hogy a Pokol-féle fogalom nem tartalmazza a pozitív jog (pl. a törvények) fogalmi rendszerét. A pozitív jogi fogalmak nála a szövegrétegbe tartoznak” (9.p.). A fontosabb észrevételeim ehhez a következők:

- A jogdogmatika alatt nem a jogtudományt értem, hanem az absztrakt értelmi rendszert alkotó jogi fogalmak rendszerét, melyeket a konkrétabb jogi normák sokaságából emeltek ki és általánosítottak a római jogi majd az európai kontinentális jogfejlődés folyamán a jogtudósok, és különösen napjainkban a felsőbbbíróságok tagjai. Tanulmányaimban én mindig jeleztem, hogy a jogdogmatika csak felerészben tartozik a jogtudomány teljesítményeihez. Sőt Karl Larenz és Josef Esser elméletét összehasonlítva “A jog rétegei” c. tanulmányomban azt is jeleztem, hogy míg Larenz hajlamos egy-egy jogtudós nagy teljesítményét kiemelni egy-egy jogdogmatikai továbbfejlesztés ábrázolásánál, addig Esser ilyenkor mindig egy-egy nagy bírói személyiséget állít a középpontba (lásd Pokol 1990).
- Az a lábjegyzeti megállapítás pedig, hogy én kizárom a pozitív jog által használt fogalmakat a jogdogmatikából szintén félreértésnek tekinthető, de ebben inkább Jakab András már idézett kettéosztása a ludas, és nem az én elemzéseim.

Összegző megállapítással csak azt mondhatom, hogy Jakab András egyszerűen csak átfutotta tanulmányaimat, nagyjából már előre rögzítődött meggyőződésekkel, így ténylegesen nem is bocsátkozott bele jogfelfogásom összetevőinek megértésébe. Ezt azért is sajnálom, mert a szerző nem jogelméleti témákban írt elemzéseit rendszerint kiválóknak tekintem.

## **Irodalom**

Pokol Béla(1990): A jog rétegei, Jogtud. Közlöny 1990/1.

Pokol Béla (1992): A jogdogmatika természetéről. Magyar Jog 1992/9, 513-520.p.

Pokol Béla (2001): A jog elmélete. Rejtjel Kiadó. Budapest. 2001.

Szabó Miklós (1996): A jogdogmatika előkérdéseiről. Bíbor Kiadó. Miskolc. 1996.

## Függelék

### Kedves Jakab András!

Csak néhány felvetés “A magyar jogrendszer alapelemei” c. anyagához.

1. “A jog leginkább mint strukturált tömegpszichózis jellemezhető”. (1.o.) Kérdésem: a művészetek, a tudomány, a vallások stb. is tömegpszichózis jellegűek? Ha esetleg nem, miért nem? De hát én úgy gondolom, hogy ezzel az állítással a **társadalmi valóság természetére** tett állítást, és akkor egy ilyen állítás előtt nem takaríthatja meg az ezzel a kérdéssel foglalkozó szakirodalom műveinek rendszeres átolvasását: Durkheim, Weber, Dilthey, Husserl, Rickert, Alfred Schütz, Parsons stb. művei itt mérvadók.
2. Egy másik probléma az anyagával a jogi fogalmak “pozitív jogi fogalmakra” és “jogelméleti fogalmakra” felbontásából fakad. Ti. ami tegnap jogelméleti fogalom volt, az mára pozitív jogi fogalom lehet, bevéve egy jogi normába. (Pl. az “élő jog” fogalma Sólyoméknál egy AB-határozatba.)
3. A 6.lábjegyzetben a fizikai valóságnak írja le a Sein-t a jogi világ Sollen-jével szemben. Itt van egy rejtett “társadalmi valóság-visszametszés” a fizikai valóságra. Egyáltalán: az anyagában többször éreztem a “társadalmi valóság természetén” való tudatos (szakirodalmon edzett!) elgondolkodás hiányát, miközben állításai érintik ezt.
4. Az egyedi ítélet zárt címzetti körre való hatálya - a 4.-oldalon - nem mindig stimmel pl. az Egyesült Államokban a “public interest litigation” esetében. Ti. ha valaki utólag igazolja az adott bíró előtt, hogy ő is ahhoz a csoporthoz tartozik, amely perelt, és nyert, akkor kiállítják számára is az egyedi jogosítást tanúsító bírói iratot utólag. És egyáltalán: lásd a “public law litigation, a constitutionalization of judicial processes” irodalmát, ahol az egyedi ítélkezés és az absztrakt norma-alkotás határvonalai elmosódnak.
5. “A jogi aktusok ugyanis a jogrendszerben ... taxatív felsoroltak...” Ez tényállítás vagy a szerző követelése? Ti. én oda érzem a mondat végére, hogy “kell, hogy legyenek”. Ez hitvallásként elfogadható, de mi lesz azzal a ténnyel, hogy a 2.300 magyar bíró naponta több százszor alapítja határozatát az LB kollégiumi állásfoglalásaira, irányelveire, elvi döntéseire, és a több LB egyedi döntésből kikristályosodó “bírói gyakorlatára”? Azt lehet mondani, hogy ezt az állapotot meg kell szüntetni. (Lesz, aki vitatja majd.) De az előbb idézett állítása így is problémás.

### Rátérve, amit rólam ír:

1. Az Ön által kettébontott jogi fogalmi világot nálam is felfedezni véli a 26. lábjegyzetben. A jogdogmatika nálam - írja - csak a jogelméleti fogalmak rendszere, és “A pozitív jogi fogalmak nála a szövegrétegbe tartoznak.” Ezt félreértette, de én úgy látom, hogy csak a saját előtudásának kivetítése miatt. A jogi fogalmi réteg nálam egységes, és a szövegréteg egy sor jogi fogalmat használ, aki akarja mondhatja azt, hogy ezzel a használattal pozitíválják a jogi fogalmak egy részét, majd holnap egy jogszabály-módosítással új jogszabállyal mást emelnek be, a korábbi pedig - ideiglenesen vagy véglegesen - kirekesztik a pozitív jogból. Erre én inkább a de lege lata és a de lege ferenda szférák különbségtevéését használom. De fontos látni, hogy ha egy jogi fogalmat be is emel egy jogi norma, az még csak *főbb összetevőiben kerül be a pozitív jogba*. Hisz csak egy-egy monográfia, vaskos tanulmány tudja az adott jogi fogalom teljes értelmi útmutatásait, más jogi fogalmakkal való kapcsolatait tartalmazni. A de lege lata és a de lege ferenda

különbsége nem azt jelenti, hogy az előbbi a “pozitív jog” az utóbbi a különálló “jogi fogalmi világ”! A pozitív jogban benne van - szövegszerűen - egy sor jogdogmatikai konstrukció, míg egy sor más konstrukció “csak” jogtudósi konstrukció marad, és várakozik a jogi szaklapokban, tanulmányokban.

A szövegréteg tehát jogdogmatikailag kötött részekből (e részek mögött monográfiák, stb. tartalmazzák a teljes kifejtést) és szabadabb, mindennapi fogalmakból áll. A politikus jogalkotó ez utóbbiba nyúlhat bele könnyedén, és a jogászprofesszorok nem borzadnak el, hogy “mit csinált ez már megint?!”

Lássuk most az alapjogi réteget. “Ennek kapcsán - írja - nem látom be, hogy miért kellene valami sajátos dologként kezelni az alapjogokkal foglalkozó AB határozatokat” (7.o.). Elvileg nem lenne kötelező ezt külön jogrétegnek felfogni, ezt én is elismerem. Akkor, ha az elmúlt 50 évben pl. pontos belső tesztekkel, mércékkel, fogalmi distinkciókkal ellátták volna az egyes alapjogokat, és összezsírozták volna ezeket. És lassanként a konkretizált alapjogi rendelkezések egy pontos-ellentmondásmentes normatömegként állnának előttünk. Maguk az alapjogok ekkor már inkább csak “fejezetcímek” lennének, és a konkretizált-pontosított rendelkezések százai (ezrei) - mögöttük a kifejtett alapjogi dogmatika monográfiáival - biztonsággal köteleznék a bírákat az egyes szituációkban, hogy miképpen döntsenek.

De nem ez történt, épp az ellenkezője a legtöbb alapjogi konkretizálás esetében (lásd ennek részletezését az amerikai és a német jog vonatkozásában “A jog elmélete” c. könyvem II. fejezetében és a perlési politizálás részében). Ennek ellenére az alapjogok, alkotmánybírói döntésekkel együtt, kényszerűen hatnak a többi jogrétegre - országonként eltérő fokban - így be kell emelni egy realitásra figyelő jogelméletnek a jogrendszer leírásába.

Luhmann bináris kódjaira tett megjegyzését - a lábjegyzetek között - nem kommentálnám. Tud németül, olvassa el az ő fejtegetéseit, és elméleti döntésének okait.

Üdv: Pokol Béla



# Adam Tomkins

## Bevezetés: Az emberi jogokkal kapcsolatos szkepticizmusról

*(A "Sceptical Essays on Human Rights" (Oxford University 2002.) c. kötet bevezető tanulmánya. Fordította: Nagy Tamás, Szegedi Tudományegyetem ÁJK, Jogbölcseleti és Jogszociológiai Tanszék)*

A nemzetközi kapcsolatok retorikájában (ha nem is a valóságában) az emberi jogok már a XX. század közepe –az ENSZ megalapítása óta központi szerepet játszanak. Az elmúlt két évtizedben azonban ezen túlmenően az egyes nemzetek alkotmány- illetve közjogában is meghatározó pozícióba kerültek. Ez éppúgy igaz Kanada és Új-Zéland, mint Lengyelország vagy Magyarország esetében. Az Egyesült Királyság volt az egyik utolsó ország, Európában és a common law-világban egyaránt, amely lehetővé tette, hogy az emberi jogok nemzeti jogrendszere részévé váljanak. Az ezredfordulón viszont már a Királyság gyorsan változó jogrendjének is a tartóoszlopként kezdik szemlélni az emberi jogokat. Évekig tartó vitát követően a Parlament 1998-ban fogadta el a törvényjavaslatot, melynek révén "a jogok hazatértek", ahogy azt a kormány már-már a sovinizmus határán járva megfogalmazta. Az 1998-as Emberi Jogi Törvény, amely teljes egészében 2000. októberében lépett hatályba, egyedi formában valósítja meg az Európai Emberi Jogi Egyezmény lényegi rendelkezései javarészenek a recepcióját; egy olyan egyezményét, amelynek hatálya már 1953-as létrejötte óta kiterjedt az Egyesült Királyságra is –de kizárólag nemzetközi jogként, nem lévén így része a Királyság belső jogrendjének. Az Emberi Jogi Törvény, mondhatni a Bill of Rights szerepét tölti be Nagy-Britannia és Észak-Írország esetében, de nagyjából megfeleltethető az Alapvető Szabadságjogok Kanadai Kartájának 1982-ből, vagy az 1990-es új-zélandi Jogok Nyilatkozatának, valamint azon alkotmányszövegeknek is, amelyek az észak-kelet európai balti államok számtalan új demokráciájában keletkeztek, vagy épp az új Dél-Afrika sikeres, ám megindító alkotmányozása során jöttek létre. Az emberi jogok törvénybe

iktatása világméretű jelenség, mely úgy tűnik, az Egyesült Királyságot sem hagyja immár érintetlenül. A jelen könyv jogtudósok és politológusok nemzetközi csapatának közreműködésével kritikai vizsgálat tárgyává teszi mind a globális jelenséget, mind az Egyesült Királyság –némileg megkésett-részvételét e folyamatban.

A Parlament által elfogadott jogszabályok közül hosszú évekre visszamenően az 1998-as Emberi Jogi Törvény volt az egyik legszelesebb körben üdvözölt. A laudációk pedig sehol nem voltak olyan határozottak és lelkesek, mint a jogászok közösségeiben. Az ünneplés számos formát öltött, Tony Blair főkancellárjának<sup>1</sup> öntömjenézésétől kezdve mindannak a hatalmas mennyiségű, egyaránt elméleti és gyakorlat-orientált szakirodalomnak a megjelentetéséig, amely a Törvény által szükségessé tett sokrétű változtatással kapcsolatosan a jogászok szakmai álláspontját magyarázta, bővítette és fejtette ki részletesen.

2

Ehhez képest a jelen kötet egyik fő célja az eltérő megközelítési lehetőségek bemutatása. Az itt összegyűjtött tanulmányok szerzői kevés okot látnak az ünneplésre, sokkal inkább óvatosak, szkeptikusak vagy egyéb módon találják problematikusnak az Emberi Jogi Törvényt. A liberális ön-gratulációk lármája közepette, illetve annak az igyekezete során, hogy megmagyarázzák, miként is “tértek végül haza a jogok” az Egyesült Királyságba, kevés lehetőség nyílt az eltérő vélemények, kritikák vagy akár csak kételyek megfogalmazására. Könyvünk ezen megnyilvánulások számára biztosít teret, azzal együtt, hogy mindannyian elismerjük: a hiányok maradéktalan pótlásától igen messze állunk. Erről még szólunk az alábbiakban.

Egy olyan könyvben, amelynek huszonegy közreműködő szerzője van, nyilvánvalóan számos eltérő vélemény jelenik meg, ám annak érdekében, hogy legalább részben egységes legyen, könyvünk összeállítása során az alábbi “közös nyilatkozatot” fogalmaztuk meg:

Az új munkáspárti kormányzat alkotmányos reformprogramját –különös tekintettel az Európai Emberi Jogi Egyezmény részleges átvételére az 1998-as Emberi Jogi Törvény révén- széles körben elismeréssel fogadta a közvélemény, üdvözölték politikai aktivisták, felsőbbírak, egyetemi és gyakorló jogászok egyaránt. A brit demokratikus hagyományok keretei között ugyanakkor olyan komoly kételyek merülnek fel e lépések bölcsességét illetően, melyek a mai napig megválaszolatlanul maradtak. A jelen tanulmány-gyűjtemény ezeket az

---

<sup>1</sup> Lásd pl. Lord Irvine of Lairg, 'The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights', [1998] *Public Law* 221.

ellenvetéseket tárja fel és felméri, hogy miként vehetőek figyelembe mindazoknak a javarészt visszafordíthatatlan változtatásoknak a megvalósítása és végrehajtása során, amelyek az Egyesült Királyság alkotmányos rendjében folyamatban vannak. A kötet valamennyi szerzője elismeri az emberi jogok fontosságát a kormányzás bármilyen demokratikus formáját illetően, de felveti a kérdést, hogy a közvetlen felelősség, ami ezen jogok meghatározásához kapcsolódik, valóban elválasztható-e a képviselői kormányzás normál politikai eljárásaitól. Közelebbről: kritika tárgyává tesszük a politikai autoritásnak azt a nagymérvű “átadását” a bírói kar számára, ami az Emberi Jogi Törvényből következik, és az emberi jogok meghatározásának és érvényesítésének olyan lehetőségeit vizsgáljuk, amelyek más, demokratikusabb fórumok által valósíthatók meg. Különös figyelmet fordítunk továbbá arra a kitüntetett szerepre, amelyet a gazdasági és szociális jellegű jogoknak kell játszaniuk az új alkotmányos berendezkedésben. Tengerentúli közreműködőink pedig az “idegen” alkotmányos modellek átvételének csapdáit mutatják be.

## I. Mi a szkepticizmus?

Sextus Empiricusnak “A szkepticizmus alapvonalai” c. klasszikus művéhez fűzött legutóbbi bevezetőjében Jonathan Barnes a “szkeptikus” fogalmát a “naív” vagy a “hiszékeny” fogalmaival szembenállóként határozza meg: ha valaki szkeptikus, akkor hajlik arra, hogy ne fogadja el, amit mások mondanak, ne higgye el, amit hall, nem bízson abban, amit olvas. A szkeptikus lényegét tekintve olyasvalaki, aki nem hisz.<sup>2</sup> A későbbiek során Barnes mindezt újrafogalmazza –immár nem nyelvi, hanem filozófiai szempontból: “egy adott kijelentéssel kapcsolatban valaki akkor –és csakis akkor- szkeptikus, ha az arra vonatkozó reflexiója sem hitként, sem hitetlenségként nem jellemezhető.”<sup>3</sup> Mások ezt inkább agnoszticizmusnak, vagy akár közömbösségnek neveznék, és maga Sextus Empiricus sem ezt hívta volna szkepticizmusnak, miként azt Barnes is elismeri. Sextus Empiricus számára a szkepticizmus lényege a keresés volt, a szkeptikus pedig olyasvalaki, aki “vég nélkül folytatja a vizsgálódást”.

3

Barnes ezt a következőképpen magyarázza:

“a görög “szkeptikus” kifejezés jelentése “kérdő”, “kutató”...Sextus Empiricus szerint bármilyen vizsgálódás háromféle eredményt hozhat: megtaláljuk a megoldást egy problémára, megállapítjuk, hogy nem lehetséges megoldást találni vagy folytatjuk a kutatást...A szkeptikus Sextus szerint az, aki folytatja a kutatást.”<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> J. Annas és J. Barnes (szerk.), *Sextus Empiricus: Outlines of Scepticism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), xix.

<sup>3</sup> Uo.

<sup>4</sup> Uo., xx.

Vannak talán megfigyelők, akik azt gondolhatják, hogy mindaz a kutatás, ami a jobb kormányzás, a tisztességesebb közigazgatás, a törvények igazságosabb megalkotása és végrehajtása érdekében folyt, bizonyos értelemben feleslegessé vagy szükségtelenné vált azáltal, hogy az Egyesült Királyság jogrendje magába olvasztotta a emberi jogokat. Bizton állíthatjuk viszont, hogy a jelen kötet egyetlen szerzője sem értene egyet a kutatás feladásával vagy akár csak a lendület visszafogásával. Ebben az értelemben mindannyian szkeptikusak vagyunk. Számunkra a szkepticizmus azonban nemcsak ezzel a technikai jelentéssel bír.<sup>5</sup> A szkepticizmus itt és most nem a hiszékenység antinómiája, sokkal inkább a dicsőítéssel szemben határoznánk meg jelentését. Az Emberi Jogi Törvény üdvözlése helyett e könyv tanulmányainak szerzői óvatosságra intenek, aggodalmaikat, kételyeiket juttatják kifejezésre. Az Emberi Jogi Törvény várható hatásait illetően bizalmatlanok, gyanakvóak, kétkedők. Mondhatnánk, hogy ez semmi más, mint amit minden esetben el lehet várni a tudósoktól. Tőlünk, akik számára megkérdőjelezni, újragondolni valamit, egy gondolat erejéig megállni, “akadékoskodni”, nézeteltérést kifejezni, újra megvitatni, átértékelni és megfontolni valamit természetes, majdhogynem automatikus pozíció, gyakorlatilag bármivel kapcsolatban. S ha nyújthatunk bármit a társadalom számára, ami gyakorlati haszonnal jár, akkor éppen ez az. Mondhatnánk, hogy éppen ez a tudományosság lényege, *raison d’être*-je: hogy kialakítsuk és kifejezésre juttassuk –olyan átgondoltan és hitelesen, ahogy csak tudjuk- szkepticizmusunk megállapításait.

S talán így is van; mindenesetre az Emberi Jogi Törvényről semmiképpen nem mondható, hogy mostanáig számottevő szkeptikus vagy kritikai elemzés tárgya lett volna. Ellenkezőleg, rendkívül széles körben talált üdvözlésre, nem utolsósorban számos felsőbb bírósági bíró részéről, akik hatalmát a törvény elfogadása, majd hatályba lépése jelentősen megnövelte.<sup>6</sup> Vezető barristerek csatlakoztak a bírákhoz ünneplő szónoklataikban –nekilátván eljátszani a Törvénynek köszönhetően jelentősen túlértékelt szerepüket a Királyság alkotmányos rendjében.<sup>7</sup>

4

Ezzel szemben úgy tűnik, a tudományos közvélemény az eddigiekben nem a Törvény nyílt üdvözlését vagy kárhoztatását tekintette fő feladatának, hanem egyszerűen annak megértését és magyarázatát, hogy a Törvény valószínűsíthetően milyen hatást fog gyakorolni nem egy jogterületre. Egy

---

<sup>5</sup> Egyébként is, a filozófusok feltűnően kevés segítséggel szolgálnak a szkepticizmus mibenlétének meghatározásához. Ahogy egy másik, Sextus Empiricusról szóló kommentár írja, a filozófusok a “szkepticizmus” kifejezést megfosztották a jelentésétől, és “üres, ám felettebb gyakran használt szitokszóvá” tették. Lásd PP. Hallie, ‘Polemical Introduction’, in: *Selections from the Major Writings of Sextus Empiricus* (Indianapolis: Hackett, 1985), 3.

<sup>6</sup> Lásd pl. Lord Cooke of Thorndon, ‘The British Embracement of Human Rights’ (1999) 4 *European Human Rights Law Review* 243, és Lord Irvine of Lairg, 1. sz. jegyzet.

<sup>7</sup> Lásd pl. Lord Lester of Herne Hill, ‘The Art of the Possible: Interpreting Statutes under the Human Rights Act’, (1998) 3 *European Human Rights Law Review* 665. Gyakorló jogászok is kivették részüket abból a fontos feladatból, hogy a nem-specialisták számára is megmagyarázzák, mire is hivatott a Törvény és az Európai Emberi Jogi Egyezmény. E szakirodalom reprezentatív darabjai: Lord Lester és D. Pannick, *Human Rights Law and Practice* (London: Butterworths, 1998), és S. Grosz, J. Beatson, és P. Duffy, *Human Rights: The 1998 Act and the European Convention* (London: Sweet and Maxwell, 1999).

alkotmányjogász számára lenyűgöző olvasmányról van szó, ugyanakkor megalázóról is. A jogtudományi folyóiratokban megjelenő szakirodalom ugyanis leginkább az egyik legerőteljesebb (alkotmányos) normát, az “előre nem látott következmények” szabályát testesíti meg. Az Emberi Jogi Törvény *alkotmányos* reformot sürgető közjogászok és politikai újságírók hosszas kampányának eredményeként született meg.<sup>8</sup> Ehhez képest mégis olyan intézmény keletkezett, amely vélhetően nem fog komoly hatást gyakorolni az Egyesült Királyság alkotmányára.<sup>9</sup> A hatás máshol lesz érezhető. Nem alkotmányjogászok fogják az elkövetkező években újraírni sillabuszaikat, sokkal inkább családjogászok,<sup>10</sup> büntetőjogászok,<sup>11</sup> kereskedelmi jogászok,<sup>12</sup> munkajogászok,<sup>13</sup> környezetgazdálkodással foglalkozó jogászok<sup>14</sup> és agrárjogászok<sup>15</sup> –ők lesznek azok, akinek viselniük kell az Emberi Jogi Törvényből fakadó terhek javarészét, és nemcsak az oktatásban, de a joggyakorlatban is. De ezzel nem akarjuk azt a látszatot kelteni, mintha a közjogászoknak nem lenne véleményük az Emberi Jogi Törvényről. Sőt, tetemes mennyiségű szakirodalmat produkáltak, különösen két kérdés tekintetében: egyrészt a Törvénynek az alapjogi bíraskodást érintő várható hatásait illetően,<sup>16</sup> másrészt arra a kérdésre vonatkozóan, hogy milyen mértékben fog a Törvény 6. paragrafusa –a vertikális mellett- horizontális hatást is gyakorolni az igazságszolgáltatásra (azaz mennyiben fog a Törvény a magánfelek *inter se* eljárásaira kihatni, azokra, amelyekben a “közhatalmat” képviselő fél nem vesz részt).<sup>17</sup>

---

<sup>8</sup> Lásd M. Foley, *The Politics of the British Constitution* (Manchester: Manchester University Press, 1999), 4. fejezet.

<sup>9</sup> Ennek részletes kifejtéséhez ld.: C. Gearty és A. Tomkins, 'Constitutional and Human Rights Law', in: D. Hayton (szerk.), *Law's Future(s)* (Oxford: Hart, 2000).

<sup>10</sup> Lásd H. L. Conway, 'The Human Rights Act 1998 and Family Law', (1999) 29 *Family Law* 811 (1. rész) és (2000) 30 *Family Law* 30 (2. rész); és S. Barnett, 'Compatibility and Religious Rights: The Human Rights Act and the Children Act', (2000) 30 *Family Law* 494.

<sup>11</sup> Lásd a *Criminal Law Review* különszámát az Emberi Jogi Törvényről, A. T. H. Smith, A. Ashworth, S. Sharpe és S. Uglow tanulmányaival: [1999] *Criminal Law Review* 249-99. S ha ez nem volna elég, ld. Még R. Buxton, 'The Human Rights Act and the Substantive Criminal Law', [2000] *Criminal Law Review* 331 (A. Ashworth válasza erre: [2000] *Criminal Law Review* 564), és K. Kerrigan, 'Unlocking the Human Rights Floodgates?', [2000] *Criminal Law Review* 71.

<sup>12</sup> Lásd Sir N. Bratza, 'The Implications of the Human Rights Act 1998 for Commercial Practice', (2000) 5 *European Human Rights Law Review* 1, és M. Smyth, 'The UK's Incorporation of the ECHR and its Implications for Business', (1998) 3 *European Human Rights Law Review* 273.

<sup>13</sup> Lásd G. Morris, 'The ECHR and Employment: to Which Acts does it Apply?', (1999) 4 *European Human Rights Law Review* 496 és Sir G. Lightman és J. Bowers, 'Incorporation of the ECHR and its Impact on Employment Law', (1998) 3 *European Human Rights Law Review* 560.

<sup>14</sup> Lásd D. Hart, 'The Impact of the ECHR on Planning and Environmental Law', [2000] *Journal of Planning and Environmental Law* 117, és M. Redman, 'Compulsory Purchase, Compensation and Human Rights', [1999] *Journal of Planning and Environmental Law* 315.

<sup>15</sup> Lásd J. Howell, 'Land and Human Rights', (1999) 63 *Conveyancer and Property Lawyer* 287.

<sup>16</sup> Lásd M. Supperstone és J. Coppel, 'Judicial Review and the Human Rights Act', [1999] *European Human Rights Law Review* 301, és K. Steyn és D. Wolfe, 'Judicial Review and the Human Rights Act: Some Practical Considerations', (1999) 4 *European Human Rights Law Review* 614.

<sup>17</sup> M. Hunt, 'The Horizontal Effect of the Human Rights Act', [1998] *Public Law* 423; N. Bamforth, 'The Application of the Human Rights Act 1998 to Public Authorities and Private Bodies', (1999) 58 *Cambridge Law Journal* 159; Sir R. Buxton, 'The Human Rights Act and Private Law', (2000) 116 *Law Quarterly Review* 48; Sir W. Wade, 'Horizons of Horizontality', (2000) 116 *Law Quarterly Review* 217; és N. Bamforth, 'The True "Horizontal Effect" of the Human Rights Act 1998', (2001) 117 *Law Quarterly Review* 34.

A jelen kötet a szakirodalomnak azt a már létező részét gyarapítja, amely inkább technikai jellegű és gyakorlat-orientált kérdésekkel foglalkozik. E könyv olvasóinak –különösen joghallgatóknak, de adott esetben tudósoknak és gyakorló jogászoknak is- nemcsak a Törvényből fakadó, szűk értelemben vett technikai jellegű jogi problémákat kell meglátniuk, hanem azt is, hogy létezik egy átfogó jogi és politikai struktúra, amelyet az Emberi Jogi Törvény elfogadása jelentős mértékben és mélyrehatóan megváltoztat. Célkitűzésünk, hogy e változásról világosan s egyben hitelt érdemlően számot adjunk. Azzal együtt, hogy miközben szerzőink megpróbálják a Törvény alkotmányos és politikai vonatkozásai felvázolni, nem kívánunk megfelekedni a jog összetettségéből eredő részletkérdésekről sem. A kontextus ábrázolása nem történhet olyan vastag ecsetvonásokkal, amelyek a fontos részleteket elfedik. A jog részletkérdései tehát az egyik elemét képezik az általunk feldolgozott anyagnak, de nem azonosan annak teljességével. Gyűjteményünk tartalmaz nehézkes jogszabáylelemzéseket is, amelyek a Törvény által felvetett legbonyolultabb problémákkal hozhatók összefüggésbe (lásd különösen a könyv 2. fejezetét, az alábbiakban részletezett módon). Nem kérünk elnézést ezekért az írásokért. De olyan tanulmányokat is magában foglal e könyv, amelyek a Törvény szövegénél magasabbra kívánják emelni az olvasó tekintetét, hogy a Törvény által az Egyesült Királyság alkotmányos rendjében előidézett változás monstrózus jellege tisztán látsszon, és ne téveszthessük szem elől a technikai részletek erdejében.

## II. A könyv szerkezete

A kötet tanulmányait három, egymással összefüggő fejezetbe osztottuk. A “Szkepticizmus és az emberi jogok” című I. fejezet esszéinek általános témáját azok az érvek képezik, amelyek okán szkeptikusak lehetünk azokkal az Emberi Jogi Törvénybe foglalt megoldásokkal szemben, amelyek révén az emberi jogi normák bírói úton kikényszeríthető pozitív joggá váltak. Természetesen itt nem kizárólag jogi problémáról van szó, így az 1. fejezet közreműködői sem mind jogászok: a könyv ezen része olyan neves politológusok írásait is tartalmazza, mint Richard Bellamy és Tom Campbell. Bellamy az emberi jogi törvénykezés korlátozott liberális legalizmusát állítja szembe az aktív állampolgárság szélesebb, talán neo-republikánusnak nevezhető gondolatával. Amellett érvel, hogy amennyiben az állampolgárságot üres jogalanyisággá redukáljuk, akkor elmulasztunk megfelelő súlyt biztosítani alkotmányos rendünkben olyan demokratikus értékeknek, mint a részvétel, elkötelezettség, nyitottság és a valahova tartozás, elidegenítve így a kormányzottakat; és kilúgozzuk a kormányzat és a polgárok közötti kapcsolatrendszer gazdagságát, alig valamivel többre korlátozva azt, mint alperes és felperes viszonya. Campbell más oldalról közelíti meg a kérdést: figyelmét arra irányítja, hogy mi mindent tehetnek a bírák a jogoknak még egy “gyenge” katalógusával is, s hogy jogértelmezési technikákkal hogyan lehet –s hogyan fogják- a bírói kar szerepét

még tovább növelni, csökkentve ezáltal a hatalom –ahogy az amerikaiak általában nevezik- választott ágainak jelentőségét és erejét.<sup>18</sup>

6

Martin Loughlin, K. D. Ewing, Neil Walker és Jeffrey Goldsworthy tanulmányai eltérő módon ugyan, de mind kiegészítik Bellamy és Campbell gondolatmenetét. Loughlin –nemrégiben publikált, a jog és a politika kapcsolatrendszerének változó természetét kutató munkájára támaszkodva- a törvénybe foglalt emberi jogok szerepét azoknak a szélesebb körben zajló jogi és politikai változásoknak a kontextusában vizsgálja,<sup>19</sup> amelyek a nyugati konstitucionalizmus kortárs változatait jelenleg áthatják. Ewing az alkotmányos egyensúlynak az Emberi Jogi Törvény által előidézett megbomlásával foglalkozik, nevezetesen azzal, hogy a liberális politikai és szabadságjogok jelentős túlsúlyba kerültek a szociális és gazdasági jellegű jogokkal szemben; és egy olyan reform lehetőségeit mérlegeli, amellyel a boldogabb szimmetria volna (újra?) megteremthető. Goldsworthy ortodox alkotmányos doktrínákra – a Parlament szuverenitására és a joguralomra- koncentrál, s részletekbe menően vizsgálja azt a mostanában meglehetősen gyakran hangoztatott érvet, miszerint az említett két doktrína valamilyen módon kölcsönösen ütközik egymással, és hogy az előbbinek elsőbbséget kellene adnia az utóbbi számára, még hozzá az emberi jogoknak egy megerősített és bírói úton kikényszeríthető katalógusa révén. Goldsworthy arra a következtetésre jut, hogy a joguralom gondolatának sem a “gyengébb” vagy formális, sem az “erősebb” vagy szubsztantív értelmezései nem követelnek meg ilyesmit, sőt, ellenkezőleg egy ilyen változás “éppen hogy a joguralom csökkenését eredményezhetné”. S végül: Walker gondolatmenetében az a tény, hogy az emberi jogokkal szemben felhozott hagyományos érvek nagy része –mint például Jeremy Waldron “*Law and Disagreement*”<sup>20</sup> c. könyvében- a nemzetállamok alkotmányaira vonatkozó elméletek kontextusában fogalmazódnak meg, illetve az, hogy (Walker szerint) ez a kontextus már nem tükrözi többé az általa “posztacionálisnak” vagy “meta-alkotmányosnak” nevezett plurális szisztémák (teljes) valóságát, még nem teszi ezeket az érveket érvénytelenné. Egyszerűen csak újra kell fogalmazni azokat. Az emberi jogokkal kapcsolatban igenis lehetünk szkeptikusak, még a nemzetek feletti kormányok és az Európai Unió posztmodern, fragmentált és nem-demokratikus korszakában is.

---

<sup>18</sup> Mintha lehetne a “kormányzat” bármilyen ága nem választott.

<sup>19</sup> Lásd M. Loughlin, *Sword and Scales* (Oxford: Hart, 2000).

<sup>20</sup> J. Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

A könyv 2. fejezetének címe: “A Emberi Jogi Törvény jelentőse és hatásai”. E fejezet minden tanulmányának fő célja, hogy részletesen vizsgálja, milyen hatást fog gyakorolni a Törvény egy-egy jogterületre. S bár reméljük, hogy kötetünk esszéi jogászok és nem-jogászok érdeklődésére egyaránt számot tarthatnak, a 2. fejezet tanulmányai a legszűkebb értelemben vett jogi problémákkal foglalkoznak. Egyben ez az a fejezet, amellyel kapcsolatban a legnehezebb szerkesztői döntéseket kellett meghoznunk. Az általunk választott írásokon kívül –vagy éppen azok helyett- a 2. fejezet teljes joggal tartalmazhatna olyan tanulmányokat is, amelyek a családi jog, a büntető vagy a polgári eljárásjog, a kereskedelmi jog, a környezetgazdálkodási jog vagy a közigazgatási jog tárgykörében születtek meg. Nyilvánvalóan lenne létjogosultsága egy olyan könyvnek, mely teljes egészében a 2. fejezet témáival foglalkozik, de ez nem az a kötet. Nem az volt a célunk ugyanis, hogy enciklopédikus jelleggel sorra vegyük a jog valamennyi kisebb és nagyobb területét, melyet az Emberi Jogi Törvény érint. Olyan esettanulmányokat szerettünk volna inkább közzétenni, amelyek az 1. fejezetben vázolt átfogóbb alkotmányos és politikai kérdésekhez kapcsolódnak, s bár a reprezentativitás követelménye ezekkel szemben is fennáll, teljességre mégsem törekedhetnek.

7

Válogatásunkat két kritériumra alapoztuk: egyrészt olyan tanulmányokat akartunk szerepeltetni a könyvnek ebben a részében, amelyek a már létező szakirodalom által eddig valamelyest elhanyagolt jogterületeket veszik szemügyre (a fent említett jogágak kérdéseit illetően már így is jóval több elemzés készült, mint az általunk választottakra vonatkozóan); másrészt azon jogágak vonatkozásában, amelyeket még nem vizsgáltak meg alaposan az Emberi Jogi Törvény fényében, olyan tanulmányokat választottunk, amelyek közjogászok és magánjogászok szempontjait egyaránt megjelenítik. Az eredmény nyolc, gyakran aggodalmat keltő és időnként kifejezetten nyugtalanító esszé figyelemre méltó együttese, amelyek mindegyike az Emberi Jogi Törvénnyel összefüggésbe hozható következetlenségekre, megoldandó problémákra, abszurdításokra vagy korlátozásokra mutat rá az önkormányzatok, a munkajog, a diszkrimináció, a kártérítési jog, a büntetőjog és a kisebbségvédelmi jog témaköreiben.

A könyv utolsó, “A máshol tapasztalata avagy indokok a szkepticizmusra” c. részének esszéi az Egyesült Királyság törvénykezését nemzetközi agy összehasonlító jogi perspektívába helyezik, számos viszonyítási pontot kínálva a posztkommunista Kelet-Európától kezdve Észak-Amerikán és Ausztrálián keresztül egészen Dél-Afrikáig. A 3. fejezet címében említett “máshol” elsősorban a common law-világot jelöli, legalábbis azt illetően tekinthető reprezentatívnak. Utalunk ugyan Európára, -de ez nem az EU ismerős Európája. Ez részben azért van így, mert az EU valamennyi tagországa



ratifikálta az Európai Emberi Jogi Egyezményt (s így nem igazán tekinthető “máshol”-nak), és részben azért is, mert az emberi jogok kérdéskörét mind az egyes EU-tagállamok, mind magának az Uniónak a viszonylatában a létező szakirodalom már részletesen feltérképezte.<sup>21</sup> Könnyű lenne a 3. fejezetet elintézni azzal, hogy az egyszerűen csak újabb teret nyit a pesszimisták számára, hogy sorolhassák az emberi jogok különféle katalógusainak jövőjére vonatkozó sirámaikat. Hibát követnénk el azonban el, ha így vélnénk. A 3. fejezet nem kudarcok krónikáiból áll, még ha jeles szerzőink számos olyan esetre mutatnak is rá, amikor az emberi jogok valamilyen katalógusa messze nem teljesítette be az ahhoz fűződő várakozásokat. A 3. fejezet tanulmányainak fő céljai a következőkben foglalhatók össze: megpróbálnak tájékoztatni bennünket arról, hogy az Egyesült Királyságban mire számíthatunk, kritikus szemmel vetik össze az új brit megoldásokat más vezető common law-jogrendszerekével; felhívják a figyelmünket az esetleges csapdákra vagy meglepetésekre és egyéb alternatívákra; valamint információval szolgálnak azokról a politikai metódusokról, amelyek révén az alkotmányos alapjogi diskurzus pozitív joggá transzformálása kezelhető vagy amelyek épp ennek során forrtak ki. A common law-jogrendszerek közül alkotmányos szempontból különösen szoros a kapcsolat az Egyesült Királyság illetve Kanada, az Egyesült Államok, Ausztrália és Új-Zéland között, s mind a négy jogrendszer szerepel is könyvünkben. A 3. fejezet tartalmaz további két, mondhatni rendhagyó és több tekintetben elbátortalanító tanulmányt is, amelyek a kevésbé ismerős Dél-Afrikára és a posztkommunista Kelet-Európára vonatkoznak. Mindkettő olyan régiója a világnak, amelyről itt, az Egyesült Királyságban túl keveset tudunk, mégis mindkettő nem egyszer szolgált hivatkozási pontként az emberi jogok és az alkotmányreform liberális ünneplése során.<sup>22</sup> Így különösen érdekes (és reméljük, hasznos) lehet olyan tanulmányokkal találkozni, amelyek Dél-Afrikáról és Kelet-Európáról szólnak szkeptikus, ám progresszív hangon.

### III. Szkepticizmus –de mivel szemben?

A szkepticizmus tekintetében a könyv esszéi egészséges változatosságot mutatnak. Nem ugyanazon dolgokat illetően vagyunk szkeptikusak, és nem is egyforma mértékben. A talán legkevésbé szkeptikus álláspont Sandra Fredmané, aki amellet érvel, hogy magával a szkepticizmussal szemben kell szkeptikusnak lennünk, s hogy a bírói kar bizonyos körülmények között éppen korlátozva és nem felszabadítva érezheti magát az Emberi Jogi Törvény által, továbbá, hogy a Törvény elfogadása ugyan eddig elszalasztott lehetőségekre mutat rá, de annak az esélye is fennáll, hogy pozitív (szociál)demokratikus értékeket vezessünk le belőle, annak ellenére, hogy a Törvény az emberi

---

<sup>21</sup> Az előbbihez ld. C. Gearty (szerk.), *European Civil Liberties and the ECHR* (Deventer: Kluwer, 1997), az utóbbihoz ld. P. Alston (szerk.), *The EU and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

<sup>22</sup> Lásd pl. B. Ackerman, 'The Rise of World Constitutionalism', (1997) 83 *Virginia Law Review* 771.

jogoknak a liberális, individualista és tulajdonközpontú felfogását támogatja. Szkepticizmusunknak nemcsak mértéke, de irányultsága is gyakran különbözik. E szkepticizmusnak három fő változata figyelhető meg a tanulmányokban: mindenekelőtt az, amelyik magukra az emberi jogokra terjed ki. Ebben a körben olyan érvelésekkel találkozhatunk, amelyek megkérdőjelezzik annak a helyességét, hogy az egyén és az állam kapcsolatát alkotmányos alapjogok kategóriáival próbáljuk megragadni. Másodsorban, vannak, akik szkeptikusok annak a bölcsességét illetően, hogy ezen jogok érvényesítését bírókra vagy legalábbis a jelenlegi bírói karra bízjuk. E kör tanulmányai a bírói kar átpolitizáltságát érintik, illetve azt vizsgálják, hogy a peres eljárások a maguk korlátaival mennyiben alkalmasak ezeknek a jogoknak a védelmére. Harmadrészt, vannak, akik az Európai Emberi Jogi Egyezménybe (s ennek révén az Emberi Jogi Törvénybe) bevett egyes jogok tartalmát illetően szkeptikusak. E tárgykörben szűkebb értelemben vett jogi elemzések olvashatóak, amelyek az Egyezményben (és a Törvényben) helyet kapott jogok korlátaira irányulnak vagy éppen azt firtatják, mi maradt ki az Egyezményből.

A szkepticizmusnak ezek az irányai nem zárják ki egymást, és több szerző írásában egyszerre vannak jelen. De monolitikusnak sem nevezhetőek abban az értelemben, hogy mindegyik megközelítés kellő haszonnal még tovább bontható. Számos különböző érv fogalmazható meg például annak az állításnak az alátámasztására, hogy szkeptikusoknak kell lennünk általában az emberi jogokkal kapcsolatban (ez volt az első kategória). Ad 1. Az emberi jogi diskurzus jellegzetesen antagonisztikus, és pereskedésre buzdít. Ad 2. Az emberi jogi szabályozás egy olyan paradigma keretében fogalmazódik meg, amelyben két fél áll szemben egymással (az egyedi jogosult és a közhatalom), de ebben a modellben nem nyílik tér a *res publica*, a közérdek számára, miként harmadik felek érdekei számára sem, amelyek így –anélkül, hogy “áldozatok” lennének- hihetetlenül nehezen találnak utat a bíróságra, vagy vehetők észre egyáltalán. Ad 3. Az emberi jogi szabályozás az állampolgár és az állam kapcsolatát quasi-kontraktuális jellegűvé redukálja –a jogok katalógusa nem más, mint a jó kormányzás érdekében kötött szerződés klauzuláinak listája. Az állam megadóztathatja az embert, kényszerítheti, bebörtönözheti, megszorításokat alkalmazhat és korlátokat állíthat fel, s az ember azzal a feltétellel fogadja el (sőt, támogatja és védelmezi, akár élete árán is) az állam politikai, szabályozó, katonai és gazdasági kényszerítő hatalmát, hogy az állam tiszteletben tartja az ember alapvető jogait.

Ez azonban nemcsak azt eredményezi, hogy az államot kizárólag negatív formulákkal határozzuk meg, látszólag tagadva így az államnak azt a kivételes helyzetéből származó pozitív szerepét is, amit a hajléktalanok ellátásában, a betegek gyógyításában, a fiatalok és az idősek oktatásában, a hátrányos helyzetűek támogatásában és egyebekben játszik, de azt a képzetet is kelti,

mintha az egyén semmi mást nem akarna, mint hogy hagyják békén, és a cél a kormányzattól való szabadulás és nem az abban való részvétel volna. Ráadásul úgy tűnhet –s ez veszélyes-, hogy minden kormányzat által okozott sérelem sikeresen orvosolható egy per útján.

Ad 4. Az emberi jogi joganyag nem kielégítően érzékeny a róla szóló diskurzus mindent átható erejével szemben. Az emberi jogok hihetetlenül erős retorikai eszközök, mindenhol felhasználhatóak, elnyomva más eszközöket, megfojtva egyéb lehetőségeket. Erről értekezik tanulmányában Adrienne Stone az Ausztrál Legfelsőbb Bíróságnak az utóbbi időkben kifejtett tevékenysége fényében. A bíróság nemrégiben fedezte (vagy találta) fel a szólásszabadsághoz való jogot az ausztrál alkotmányban, s ez azzal járt –írja Stone-, hogy a bíróság gyakran olyan erőteljesen koncentrált az alkotmányos alapjogokra épített érvelésekre, hogy semmibe vettek vagy félretettek olyan common law-magalapozottságú érveket, amelyek meggyőzőbbek lehettek volna (s azoknak is kellett volna lenniük), de amelyekkel szemben az alapjogok erősebbnek bizonyultak, sőt, egyenesen adukként jöttek szóba. Hasonlóképp, de tágabb értelemben, azzal, hogy az alapjogok kikényszerítésének letéteményeseivé a bíróságok váltak, a vitamegoldás más alternatívái ellehetetlenülhetnek. Milyen sors vár a miniszteri felelősségre vagy az állampolgári jogok parlamenti biztosára, az ombudsmanra az Emberi Jogi Törvény után?

Az a tény, hogy van ugyan élet a tárgyalótermen kívül is, de olyan intézmények, mint a Parlament, az ombudsmanok és mások valószínűleg nehezebbnek fogják találni, hogy hallassák hangjukat az Emberi Jogi Törvényt követő igazságszolgáltatásban, átvezet bennünket a könyvben megjelenő szkepticizmus második válfajához, a bírakkal kapcsolatos szkepticizmushoz. Miért kell pont az Egyesült Királyság nem éppen olajozottan működő bíróságain a pozícióikat nem képviseleti alapon betöltő, túlnyomórészt felső-középosztálybeli fehér férfiakból álló bírói kar tagjainak élvezniük azt a felszabadító hatalmat, amit az Emberi Jogi Törvénnyel kapnak? Két kérdés is felmerül. Miért adunk hatalmat *ezeknek* az embereknek, és miért *nem* adjuk azt másoknak? Még ha az emberi jogokkal kapcsolatos általános szkepticizmusunkat félretesszük is, és úgy döntünk, hogy alkotmányos rendünkben megfelelő módon nagyobb szerepet kívánunk szánni az emberi jogi diskurzusnak, akkor is feltehetjük a kérdést: miért engedjük át e diskurzus irányítását a bírának? <sup>23</sup> Végül is mit tettek annak érdekében, hogy bebizonyítsák, hogy érdemesek vagy hogy a bírói kar a legalkalmasabb testület az alkotmányos döntések meghozatalának újonnan megtalált szerepére?

---

<sup>23</sup> Érdemes összevetni pl. a Press Complaints Commission és a Broadcasting Standards Council megállapításait a magánszféra védelméről a bíróságok vonatkozó állásfoglalásaival. Hasonlóképp összehasonlításra érdemesek a közigazgatás működésének fejlesztésére vonatkozó ombudsmani és bírói álláspontok, Az előbbire ld. S. H. Bailey, D. J. Harris és B. L. Jones, *Civil Liberties: Cases and Materials*, 5. kiadás (London: Butterworths, 1995), különösen a 12., 13. és 15. fejezetek.

A bírói kar hatalmának és felelősségének növelése azt eredményezi, hogy más, talán kevésbé jólöltözött, de megfelelőbb intézmények befolyása és közreműködése marginalizálódik, és átnéznek rajtuk.

Mark Tushnet és James Allan írásai tartoznak azok közé, amelyek a szkepticizmusnak ezt a változatát jelenítik meg. Tushnet értekezése az Egyesült Államokbeli szövetségi kormányzás intézményi felépítését tárgyalja és ennek alkalmatlanságát arra, hogy a jogok ígérését beteljesítse, részben annak köszönhetően, amit Tushnet az amerikai (de különösen a legfelsőbb bírósági) bírák "autoritarianizmusának" nevez. Allan gondolatmenete, ha lehet, még kíméletlenebb. A következő figyelmeztetéssel zárja tanulmányát:

Amint az emberi jogok valamilyen katalógusa alkotmányos formát ölt –a törvényhozás felülbírlásának hatalmát adva ezzel a bírói kar kezébe-, a bírák olyan ellentmondásos természetű, de alapvető társadalmi jelentőségű kérdésekben fognak döntéseket hozni, amelyeket illetően őszinte, becsületes, intelligens és jószándékú emberek között is komoly nézeteltérések vannak. Olyan kérdésekről van szó, mint hogy hol húzzuk meg a határokat az abortusz, a privátszféra, a rendőri erőszak, a szólásszabadság, a vallásgyakorlat eseteiben, kik házasodhatnak, hogyan bánjunk a menekültekkel és még sok más ehhez hasonló. A bírák nem fognak véget vetni annak, hogy sebezhető kisebbségek tagjait pusztán származásuk miatt bebörtönözzék, és nem fogják megmenekíteni a munkanélküliségtől és a pária-státusztól azokat, akik ellenszenves politikai nézeteik miatt (vagy akár anélkül) kerültek ilyen helyzetbe. Bármilyen elképzelhető forgatókönyv szerint napjainkban (amikor külső fenyegetés hiányában nyugodt időket élünk) a választott törvényhozók ugyanazokat a dolgokat ítélik rossznak, amelyeket általában mindenki, és a bírák sem mérnének különböző mércével. Semmi olyan különös morális többlettel vagy feltétlen erkölcsi tisztánlátással nem rendelkeznek a bírák, ami belőlünk hiányozna.<sup>24</sup>

A szkepticizmusnak az a harmadik, s egyben utolsó válfaja, amelyik könyvünkben megjelenik, és az Európai Emberi Jogi Egyezmény valamint az Emberi Jogi Törvény specifikus tartalmára (és kihagyásaira) irányul, magáért beszél és alig van mit hozzáfűzni. Nyilvánvaló, hogy az Egyezmény által védelemben részesített jogok részlegesek –két értelemben is. Egyrészt: katalógusuk nem teljes –sok-sok olyan egyéb társadalmi és politikai érték van alkotmányos rendünkben, amit védendőnek (vagy legalább tiszteletben tartandónak) gondolunk, de nem kerültek be a Törvénybe. Meggyőzően és hatásosan érvel emellett Keith Ewing, Sandra Fredman, Aileen McColgan, Maleiha Malik és mások is, vonatkozó írásaikban. De részlegesek e jogok abban a mélyebb és zavaróbb értelemben is, hogy egy jól behatárolható politikai –és

---

<sup>24</sup> Lásd Allan, jelen kötet 2. fejezet, 389. o. (lábjegyzetek elhagyva, kiemelés az eredetiben).

pártpolitikai- nézetet tükröznek azzal kapcsolatban, hogy mit kellene a társadalomnak előnyben és elsőbbségben részesítenie. Például: az Egyezményben (és így a Törvényben is) megtaláljuk ugyan a liberális politika-elmélet mintaértékű jogát (a szólásszabadságát), de hiányoznak a republikánus filozófia vagy a deliberatív demokrácia magvát képező jogok (az információ szabadsága, a nyitott kormányzás és a teljes részvétel garanciái). A tulajdont védik azok érdekében, akik rendelkeznek vele, de a hajléktalanoknak nincs joguk fedélre. Védik a vallásszabadságot, de a megfelelő egészségügyi ellátás biztosítékai hiányoznak. S lehetne tovább sorolni. Szociális és gazdasági jellegű jogok sehol sem tűnnek fel az új liberális rendben; csak néhány kiválasztott jog “tért haza” az 1998-as Nem-Is-Olyan-Nagyon-Emberi-Jogi-Törvényvel.

11

A jelen kötetben azonban sehol sem találunk érvet amellett, hogy a dolgoknak így is kellene maradniuk –még a legszkeptikusabb megközelítések is tartalmazznak érdemi reformjavaslatokat. Az a kérdés azonban továbbra is nyitott marad, hogy mit kellene tenni. Úgy tűnik, hogy két lehetőség adódik: vagy több jog (szociális és gazdasági), vagy kevesebb (az 1998-as Törvény hatályon kívül helyezése). De hogy ezen megoldások melyikével szemben kell inkább szkeptikusnak lennünk, ezidő szerint még nem dönthető el.

Tóth J. Zoltán

## Utópia vagy eszményi társadalom?

(Megjegyzések Morus Tamás művéhez)

Morus Tamás (Thomas More) 1515-16-ban, flandriai követsége alkalmával írta meg Utópia című korszakalkotó művét, mely egy új paradigmát hozott létre az államelméleti gondolkodásban. Habár elszórtan addig is léteztek az eszményi államról szóló alkotások, mégis az utópikus gondolkodásmód megjelenését Morus Tamás munkájától számíthatjuk, olyannyira, hogy ezen alkotásról kapta az egész ideális társadalomról való gondolkodásmód, valamint az ezt a paradigmát képviselő és megjelenítő irodalmi, illetve politikatudományi műfaj az összefoglaló elnevezését. Napjainkban tehát (és immár évszázadok óta) az eszményi államrendről szóló írásokat Morus műve alapján utópiáknak nevezzük, mégis azt kell mondanunk, hogy az Utópia (Morus műve) a kifejezés mai értelmében nem volt igazi utópia. Pontosabban szólva: szándékai szerint az *kívánt* ugyan lenni, *valójában* azonban inkább dystopiának vagy antiutópiának nevezhetnénk, mivel egy végletekig beszabályozott, elnyomó, kegyetlen, sivár és hierarchikus államformát ír le az általa bemutatni szándékozott demokratikus, egalitárius és mindenki boldogságát szolgáló állam helyett. Ez persze nem jelenti azt, hogy az Utópiában ne lennének idealista, vagy legalábbis általánosan annak tekintett elképzelések, összességében azonban mindenképpen egy olyan társadalom leírását olvashatjuk ebben a fél évezredes alkotásban, amelyben nem szívesen élnénk. Mielőtt azonban belemennénk ezen utópiabeli intézmények elemzésébe, nézzük meg, hogy mi az, ami az Utópiát – legalább részben – utópiává teszi!

Morus az antik görög irodalom egyes szerzőihez és az őskeresztények közösségi életformájához nyúlt vissza, és ezeket véve mintának alkotta meg Utópia kommunisztikus<sup>1</sup> jellegű társadalmi, gazdasági és politikai életét. Utópia egy elképzelt ország valahol az Újvilágban, amelyről egy fiktív személy, Hythlodæus Raphael<sup>2</sup> elbeszéléséből értesülünk, ő mutatja be az ország társadalmi berendezkedését és mindennapi életét. Ezen kommunisztikus jellegű társadalom létezésének elvi lehetőségéhez Morusnak szüksége van arra, hogy ez a társadalom valamiképpen elkülönüljön a külvilágtól, hogy annak a kegyetlen realizmusa ne befolyásolja Utópia képzeletbeli országának fejlődését. Ezt úgy

---

<sup>1</sup> Ezen tanulmányban “kommunizmus” alatt a közösségi jellegű, tulajdon- és munkaközösségen felépülő társadalmi rendet, nem pedig a marxi terminológiát kell érteni.

<sup>2</sup> “Csupatűz Rafael” – Kardos Tibor fordításában, illetve “Déliab János” – Moór Gyula fordításában. Mindkét elnevezés arra utal, hogy az utazóban, a történet tényleges elbeszélőjében több az érzelem, mint a megfontoltság, és hogy ezért csak fenntartásokkal szabad szavainak hitelt adni. (Hythlodeus görög szó, mely körülbelül annyit jelent: “bolondságokért hevülő”.)

oldja meg, hogy egy tengeren nehezen megközelíthető, zátonyos partú szigetállamként festi meg Utópiát, amelyet ezért nehéz megtámadni és elfoglalni, így az nyugodtan és békében fejlődhet, saját törvényei szerint, külkapcsolatokat pedig csak akkor létesít, ha neki erre szüksége van. Az így biztosított zavartalan nyugalom adja meg a lehetőséget arra, hogy az ország lakosai külső behatásoktól mentesen, Utopus király törvényei alapján valósíthassák meg “ideális” társadalmukat. Ez a néhány, valóban eszményi elképzelés azután a későbbi századok utópiáiban rendre visszatér, különösen a XIX. századi és XX. század eleji szocialista, kommunista és anarchista utópiákban.

Ezen utópikus elképzelések közül az első a magántulajdon megszüntetése és a közösségi tulajdon intézményesítése. Senkinek nincs semmije, minden az államé, és pedig nemcsak a föld és az egyéb termelési tényezők, mint a későbbi kommunista utópiákban, hanem még az olyan személyes használati tárgyak is, mint például az a ruha, amelyet naponta viselnek. A házakat, amelyekben a családok laknak, tízévente sorshúzás útján kicserélik egymás között, jóllehet maguk a házak is egyformák, és természetesen azok is a közösség tulajdonában vannak. További “klasszikus” elképzelés, hogy mindenki dolgozik, férfiak és nők egyaránt kiveszik a részüket a termelésből, mindenki részt vesz a javak előállításában. Miután pedig nincs magántulajdon, ezért mindenki beadja a közösbe, amit és amennyit megtermelt, valamint abból és annyit vételez ugyanonnan, amire és amennyire neki és családjának szüksége van. Senki nem termel lustaságból vagy kényelemből kevesebbet, mint amennyit a kötelező munkaidő (6 óra) alatt megtermelni képes, ugyanakkor senki sem vételez a közösből többet, mint amennyire feltétlenül szüksége van, és senki sem pazarol. Ez tehát annyiban valóban utópisztikus elképzelés, amennyiben megvalósíthatatlan, mivel az emberi természettel ellentétes, hogy saját vágyait visszafogva beérje annyival, amennyi neki minimálisan elég. Úgyszintén nehezen elképzelhető az is, hogy valaki akkor is teljes erőbedobással dolgozzon, amikor a munkája eredménye csak csepp lenne a tengerben, és össztársadalmi szinten az ő kisebb teljesítménye nem okozna a termelési eredményekben s az életszínvonalban érzékelhető csökkenést. És ez még akkor is így van, ha tudjuk, hogy ha mindenki így gondolkodik, az már valóban számottevő csökkenést fog eredményezni társadalmi méretekben is.

Mivel pedig a munkából mindenki a képességei szerint veszi ki a részét, a javakból pedig a szükségletei szerint részesül, ezért nincs szükség pénzre sem. Nyilvánvaló, hogy ha egyrészt a magántulajdon tilos, és mindenkinek csak annyija van (és csak annyija lehet), amennyit maga felhasznál és elfogyaszt, tehát amennyi neki ténylegesen kell, másrészt viszont ez bármikor a rendelkezésére áll, akkor ez eleve kizárja, hogy egy ilyen társadalomban a pénz létezésének egyáltalán értelme legyen. Egyetlen funkciója azonban mégis van az aranynak és az ezüstnek, mégpedig a felhalmozási funkció. Ez individuális szinten ugyan tilos, társadalmi szinten viszont egyetlen célból mégis megengedett. Ha ugyanis Utopia a környező államokkal kereskedelmi kapcsolatba lép azért, hogy eladja felesleges

termékeit és terményeit, akkor az ezért kapott aranyat és ezüstöt félreteszik arra az esetre, ha háború törne ki és külföldi zsoldosokat kellene fogadniuk. Egyébként a seholszigetiek ezeket a “kincseket” természetesen értékükön kezelik, amely jóval kisebb, mint a vasé, hisz “az emberek vas nélkül éppúgy nem élhetnek, mint tűz és víz nélkül, viszont az aranynak és ezüstnek a természet semmi olyan hasznos tulajdonságot nem adott, amit könnyen ne tudnánk nélkülözni. Csak az emberi ostobaság tulajdonít nekik akkora értéket, mert ritkák.”<sup>3</sup>

Ha pedig nincs pénz, akkor nincs pénzvágy sem, hiszen akinek bármire is szüksége van, azt ingyen megkapja, a szükségtelen dolgok (például cicomás ruha, ékszerek, drágakövek) tartása pedig vagy tilos, vagy lealacsonyító, megvetendő. Így nincs értelme az olyan bűnöknek sem, mint a lopás, rablás, csalás, hiszen ha valakinek valami kell, azt megkapja a közösből, másfelől csak onnan lehet bármit is szerezni, ezért másnak sincs semmi olyan dolga, amire ha valakinek szüksége van, ne jutna hozzá a városi raktárból. Miután pedig mindenkinek dolgoznia kell<sup>4</sup>, ezért nincsenek léhűtők, naplopók, de nincsenek nemesek és születési előjogok sem: a munkából mindenkinek egyenlő mértékben kell kivennie a részét. Kiemelkedni (pappá, fejedelemmé válni stb.) sem ősi címek vagy örökölt vagyon segítségével, hanem mindenkinek csak a saját egyéni kiválóságával lehet.

Nincsenek tehát örökölt hierarchiák, születési jogon alapuló egyenlőtlenségek, elvileg tehát mindenki egyenlő. Ez még olyan szimbolikus dolgokban is kifejezésre jut, mint a tízévenkénti házcsere sorshúzás útján, az egyforma városok, egyforma utcák, egyforma házak, az ugyanolyan színű és anyagú ruhák vagy a közös étkezések.

A klasszikus utópista nézetekhez tartozik az is, hogy a legtöbb tisztséget (fejedelem, pap, a nagytanács tagja) választással töltik be, illetve hogy a nők ugyanúgy lehetnek akár még papok is, mint a férfiak. Továbbá már ebben a műben megfogalmazódik a szociális biztonsághoz való jog gondolata is, hiszen Utópia aktív polgárai eltartják mindazokat, akik már munkaképtelenek (özvegyek, betegek, rokkantak), de korábban dolgoztak. Ez a XVI. század feudalista valóságához képest valóban utópisztikus (szép, nemes, de megvalósíthatatlan) elképzelés volt. Végül úgyszintén utópisztikusnak tekinthetjük az általános iskoláztatás (közoktatás) gondolatát is. Morus szerint ugyanis tényleges egyenlőség csak akkor lehet, ha a neveltetés biztosítja az egyenlő feltételeket a tehetség kibontakoztatásához, vagyis ha az egyenlő jogokkal egyenlő esélyek is

---

<sup>3</sup> A seholszigetiek az aranyat és az ezüstöt szándékosan gyalázatban tartják, hogy ezekhez a lakosok negatív érzelmekkel viszonyuljanak és ne vágyódjanak utánuk. Aranyból készítik például az éjjeliedényeket, rabláncokat, bilincseket, továbbá a rabszolgákat és a bűnözőket arany ékszerekkel aggatják teli, hogy az emberek alantas és undorító dolognak tartsák ezeket az ékszereket. Az igazgyöngyökkel, gyémántokkal is csak gyermekek játszanak, amíg ki nem nőnek belőle. Ezért például amikor Széllébélt-ország követei jártak náluk, a pompázatos ruhákba öltözött és felékszerezett követeket a seholszigetiek rabszolgáknak vagy udvari bolondoknak nézték, míg a legnagyobb tiszteletben az egyszerű szolgákat részesítették.

<sup>4</sup> Ez nem teljesen igaz, egyesek ugyanis mentesítve vannak a munkvégzés alól. Így nem dolgozik a fejedelem, és nem dolgoznak a törzs- és nemzetségfők (az előljárók), akik a munkát felügyelik; a papok, akik vallási kérdésekkel és az ifjúság erkölcsi nevelésével foglalkoznak; végül ötszáz kiemelkedő kognitív képességekkel rendelkező ember, akik a tudomány különböző területeit művelik.



járnak, ez pedig a tudás mindenki számára hozzáférhetővé tételével valósulhat csak meg.

Ezek voltak tehát azok az elgondolások az Utópiában, amelyeket (ideológiai beállítottságtól függően) a XXI. században is helyeselni lehet. Vannak azonban ebben az alkotásban olyan elképzelések is (sőt ezek vannak többségben), amelyek nemcsak, hogy nem helyeselhetők, hanem egyenesen elvetendőek, mert az individuuum elnyomását, a teljes uniformizálódást és a ma alapvető jelentőségűnek tekintett hagyományos szabadságjogok kiiktatását eredményezik. Az egész alkotáson végighúzódik Utópia társadalmának végletekig beszabályozott és a seholszigetiek egész életének törvényekkel körülbástyázott jellege. Habár Morus azt mondja, hogy kevés törvény is elég egy társadalom irányításához, hiszen csak akkor várhatjuk el a polgároktól vagy alattvalóktól, hogy betartsák azokat, ha módjuk van mindet megismerni, mégis az a “néhány” törvény, amelyet még Utopus király alkotott meg több száz évvel ezelőtt, az élet minden területére kiterjedő részletes szabályozást tartalmaz, megszüntetve (sőt büntetve) az egyéniséget, a másságot<sup>5</sup>, a kritikát vagy az önálló véleményt.

Ami az Utópiában a szemünk elé tárul, az valójában egy egysíkú, unalmas, uniformizált világ. A sziget minden városa egyforma alaprajzú, egyformák az utcák, sőt még a házak is. Mindenki ugyanolyan ruhában köteles járni, akár tél van, akár nyár, sőt ennek a ruhának nemcsak a fazonja, de még a színe és az anyaga sem lehet más, mint a többieké. Az élet minden perce szabályozva van, önálló elképzelése a tevékenységére vonatkozólag gyakorlatilag senkinek sem lehet. Meg van határozva, hogy mikor kell kelni, dolgozni, enni, tanulni vagy játszani, és ettől eltérni nem lehet. És nemcsak az van előírva, hogy ezeket a tevékenységeket mikor kell végezni, hanem az is a legrészletesebben szabályozva van, hogy hogyan. Enni például naponta kétszer lehet (vagyis inkább: kell), mégpedig harminc családonként közös csarnokokban, minenkinek ugyanazt az ételt. És nemcsak a szedési sorrend van részletesen szabályozva, hanem az is, hogy ki hol ehet. A férfiak például a fal mellett ülnek, az asztal belső részén, a nők pedig velük szemben, a külső részen. De még így sem ülhet bárki oda, ahova akar (például a családtagja vagy a legjobb barátja mellé), hanem egy fiatal mellett egy öregnek, megint egy fiatalnak, majd ismét egy öregnek kell ülnie, és így tovább. Sőt az is elő van írva, hogy a szoptató anyák és az ötévesnél fiatalabb gyermekek egy külön csarnokban kötelesek étkezni, az ötévesnél idősebb, de még serdületlen gyermekek pedig egyáltalán nem ülhetnek le, mert az ő feladatuk az, hogy kiszogálják a felnőtteket. Ez utóbbiak ráadásul még nem is ehetnek rendesen, csak azt fogyaszthatják el állva, amit a felnőttek nyújtanak nekik. Még azok is, akik épp csak elmúltak ötévesek, és még nem bírnak felszolgálni, még ők sem ülhetnek le az asztalhoz, hanem csendben kell állniuk, és várniuk, hogy kapjanak valami ételt a felnőttektől.<sup>6</sup> Nyilvánvalóan kevésbé utópisztikus, hogy egy gyerek úgy serdüljön fel, hogy éveken át nem ehet annyit, amennyire fejlődő

<sup>5</sup> A “mátság” kifejezés nem szexuális értelemben értendő!

<sup>6</sup> Még azt a maradékot sem ehetik meg ebéd után, amit a felnőttek meghagytak, bármennyire is éhesek maradtak.

szervezetének szüksége van (jóllehet étel van bőven), és még csak le se ülhessen akár csak egy külön asztalhoz is, hogy normálisan, nyugodtan étkezhessen.

De elsősorban nem is a serdülő gyermekekre tett hatását szerettük volna bemutatni az Utópia-beli törvényeknek, hanem azt a részletes szabályozást, amely az élet minden területére kiterjed. Ugyanis nemcsak az étkezések mikéntjére vonatkozólag tartalmaznak ezen törvények aprólékos kötelező jellegű útmutatásokat<sup>7</sup>, hanem minen egyéb tevékenységre is. Ennek talán legkirívóbb példája a játék, amely egy hagyományos társadalomban a legkötetlenebb emberi tevékenység, Utópiában azonban szabályozva van nemcsak az, hogy mikor (estebéd után), mennyi ideig (egy órát), hol (közös játszóházakban), hanem az is, hogy *mit* lehet játszani. Sehol-szigeten ugyanis csak kétféle, ún. “hasznos játék” megengedett, melyek közül az egyik a gondolkodást, a másik az erkölcsöket fejleszti; “haszontalan játékot nem szabad játszani”. Ha valaki tehát csupán az örömszerzés vagy a kikapcsolódás kedvéért kíván játszani, azt nem teheti meg. És ami a legmegdöbbentőbb: az estebéd utáni egy órában nem csupán lehet, hanem *kötelező* játszani. Valószínűleg egyikünk sem élne olyan államban, ahol még a játékot is kötelezővé teszik és központilag szabályozzák.

De ugyanilyen részletes előírások vonatkoznak a munkára és a tanulásra is. Mindenkinek két munkája kell, hogy legyen, az egyik mindenkinek a földművelés (ugyanis meghatározott időközönként minden család köteles két éven át mezőgazdasági munkát végezni), a másik pedig egy szabadon választott munka. Azonban ez a “szabad” választás is korlátozott, hiszen a férfiak csak négyféle, a nők pedig csak kétféle munka közül választhatnak<sup>8</sup>, továbbá ha valamelyik fiúgyermek más szakmát akar tanulni, mint ami az apja mestersége, megteheti ugyan, de akkor átteszik egy olyan mesterember családjába, aki azt a foglalkozást űzi, amit ő is meg szeretne tanulni. Vagyis ilyenkor a fiú az elé a dilemma elé kerül, hogy vagy elszakad a családjától, vagy egy olyan foglalkozást kell egész életében űnie, amihez semmi kedve. Azt az időt pedig, amit az emberek nem munkával, evéssel, alvással vagy játékkal töltenek, tanulásra kötelesek fordítani. Reggeli előtt tudományos előadásokra kell járniuk, az étkezések előtt felolvasások vannak, egyébként pedig az előbb felsorolt tevékenységeken kívüli összes “szabad” időt otthoni tanulásra, művelődésre kell felhasználniuk. Vagyis a nap minden perce úgy telik el, hogy önálló, kötetlen tevékenységre semmiféle lehetőség nincs; olyan az élet, mint egy kolostorban.<sup>9</sup>

Az pedig – mai fogalmaink szerint – végképp a legdiktatorikusabb eszközök közé tartozik, hogy még a család<sup>10</sup> létszámát is központilag szabályozzák. Ennélfogva a földműves családok létszáma nem lehet negyven

<sup>7</sup> A bemutatottakon (étkezés helye, módja, ültetési rend) kívül részletes előírások találhatók az ételek fajtájára, beszerzésére, elkészítésére, kóstolására, a betegek étkezésére stb. is.

<sup>8</sup> Ez a kétféle munka a nőknél a gyapjú- vagy vászonszövés, a férfiaknál pedig a kőművesség, a kézművesség, a kovács- és az ácsmunka lehet. Igaz, a “kézművesség” maga is egy gyűjtőfogalom, mely több egyéb munkafajta foglal magában.

<sup>9</sup> Morus 1501-1505 között a londoni kathauziak kolostora mellett lakott, naponta részt vett a kolostor vallási gyakorlatain, és fetehetőleg erről a kolostorról mintázta meg Utópia szigetét és Utópia egész társadalmának életét.

<sup>10</sup> Családon a hagyományos, többgenerációs nagycsaládot kell érteni.

főnél kevesebb, a városi családokban pedig a felserdült gyermekek számának el kell érnie a tizet, de nem haladhatja meg a tizenhatot. (A serdületlen gyermekek számát nem korlátozzák.) Ha esetleg egy családban ennél több vagy kevesebb gyermek lenne, azt úgy oldják meg, hogy “a kevesebb családtaggal bíró családokba írják át azokat, akik a fölös számúakban nőnek föl”. Ez az “átírás” pedig nemcsak papíron történik meg, hanem ténylegesen is áteszik a “felesleges” gyermekeket korábbi családjukból egy idegen családba. Am Utópia törvényei még ennél is tovább mennek: “Ha pedig az egész városban többen lennének a szabályosnál, más városok túlságosan ritka népességét toldják meg velük.” Ha pedig az egész szigeten meghaladná a lakosok száma az előírtat, akkor kiválasztanak polgárokat, akik a szárazföldön gyarmatot alapítanak. Vagyis egyrészt a “fölös számú” felserdült gyermekeket akarataik ellenére elszakíthatják családjuktól, illetve más családokat arra kényszeríthetnek, hogy idegeneket fogadjanak be és neveljenek fel, másrészt egész családokat a pillanatnyi demográfiai érdekek alapján szabadon mozgathatnak az országban (megfosztva őket korábbi barátaiktól, ismerőseiktől). Végül esetben pedig, ha az egész szigeten túl nagy a népesség (amelynek ideális létszámát még évszázadokkal korábban határozták meg), egyes polgárokat gyakorlatilag száműznek vagy száműzetésre kényszerítenek. Mindez aligha felel meg az ideális társadalomról alkotott mai képünknek.

Ráadásul az így száműzetésre kényszerített seholszigetiek Utópia törvényei szerint háborúval is leverhetik a bennszülötteket, amennyiben azok ellenszegülnének, vagyis ha nem engednék meg az Utópia-belieknek, hogy azok a saját földjüket jogtalanul elfoglalják. Ez pedig ellentétes azzal a könyvben sokat hangoztatott nézettel, miszerint a seholszigetiek a háborút állatias dolognak tartják, és ezért megvetik azt. Morus (pontosabban Rafael) szerint ugyan soha nem indítanak támadó háborút, de az erőszakos gyarmatosítás lehetővé tétele nem erre utal.

A háborúval kapcsolatos kérdés az is, hogy annak megnyerésére nem tisztességes eszközökkel, hanem alattomos módon törekszenek. Ennek legelső eszköze repertoárjukban a fejdadás: pénzért gyilkosságra, illetve árulásra bujtják fel az ellenséges állam polgárait, vagyis fejpénzt tűznek ki a fejedelem, illetve azok életéért cserébe, akiket a háború értelmi szerzőinek *gondolnak*. Tehát mindenféle előzetes bizonyítás nélkül gyakorlatilag halálra ítélik ezeket az embereket (vagyis anélkül, hogy kiderítenék, tényleg ő-e az értelmi szerzője a háborúnak vagy sem), gyilkosaiknak gazdag jutalmat (és persze büntetlenséget) ígérnek, illetve a proskribáltakat egymás ellen is bujtogatják. Ha ez a módszer nem válik be, akkor belső pártviszályt szítanak vagy szomszédos országokat bujtanak fel ellenségük ellen, akiket pénzzel vagy zsoldosokkal támogatnak. Ők maguk nem szívesen harcolnak saját hazájukért (ezt csak a legvégső esetben teszik meg), inkább a zsoldosokat küldik a háborúba a Zsoldérthalók országából.<sup>11</sup> “A seholszigetiek ... nagy ígérekkel csalogatják őket magukhoz, s mikor

---

<sup>11</sup> Elméletörténészek egyértelmű véleménye szerint ez azonosítható az akkori Svájjal.

elérkezik az ideje, roppant veszedelmek elé állítják őket, melyből legnagyobb részük soha nem tér vissza, hogy behajtsa az ígéretet. ... És semmit sem törődnek azzal, vajon sokan odavesznek-e közülük, ellenkezőleg, úgy vélik, hogy hálára kötelezik az emberi nemet, ha e rút és gonosz népsöpredéktől megtisztítják a világot.” Ha jobban belegondolunk, ez nem más, mint egyfajta közvetett genocídium!

De a külföldiekkel sem bánnak egyenlően, legyenek azok bármely állam (akár baráti, akár ellenséges) alattvalói. Ha ugyanis egy külföldi személy részéről “valamelyik polgártársukat testi bántalom éri”, akkor követelik a kiadatását. Ha az országa nem adja ki, hadat üzennek neki, ha pedig kiadja, akkor a bűnöst “halállal vagy szolgasággal büntetik”. Ez azért érdekes, mert ha egy Utópia-beli lakos követ el testi sértést vagy akár gyilkosságot is, ő nem büntethető halállal, csak szolgasággal. Ezt az aránytalan és diszkriminatív rendelkezést úgyszintén nem lehet demokratikusnak tekinteni, hiszen Utópia törvényei szerint egy külföldi élete kevesebbet ér, mint egy seholszigeti testi épsége.

Azonban az előbb elmondottakból nem következik, hogy az Utópia-beliekkel szemben nem szabható ki halálbüntetés, de büntetési rendszerük ettől eltekintve sem nevezhető humánusnak. Kisebb bűnök esetén “feleségeiket a férjek, gyermekeiket a szülők fenyítik meg”, súlyosabb bűnök elkövetésekor pedig “a közerkölcs védelmében nyilvános büntetésre van szükség”. Utópiában tehát alkalmazzák a megszegyenítő büntetéseket, sőt a legsúlyosabb bűnöket szolgasággal büntetik. És miután a törvény a házasságtörés kivételével egyetlen bűncselekményre sem szab ki meghatározott büntetést, így annak fajtáját és mértékét a szenátus szabad belátása szerint döntheti el, lehetőséget adva ezzel a korlátlan önkénynek és a jogbizonytalanságnak. Említettük az előbb a házasságtörést. Nos, ebben az “eszményi” társadalomban “a házasságtörőt súlyos szolgasággal büntetik”, azaz kényszermunkára ítélik, továbbá “a visszaeső házasságtörőt halállal sújtják”. Úgyszintén akik a rabszolgaság során “sorsuk ellen föllázadnak és ellenszegülnek, akkor végül is megsemmisítik őket”, vagyis a fellázadt vagy szökött rabszolga büntetése is a halál.

A mozgásszabadság és a tartózkodási hely szabad megválasztása is korlátozott a szigeten, ugyanis nemcsak azt nem választhatják meg a polgárok, hogy ki hol lakjon, mikor és hol dolgozzon, étkezzen vagy játsszon, vagy hogy mikor menjen templomba, hanem még ahhoz is engedély kell, hogy valaki a saját városát elhagyja! Ebben az engedélyben pontosan megszabják, hogy az illető mikor indulhat, mikorra kell visszaérkeznie, illetve hogy hova és milyen útvonalon utazhat. Ha valaki engedély nélkül hagyja el a várost (például elmegy kirándulni, szétnézni a környező hegyekbe), és rajtakapják, akkor “szökevényként viszik vissza, mint akit gyalázzaton értek, és szigorúan megbüntetik; ha pedig újra ilyesmire vetemedik, szolgasággal sújtják”. És ha esetleg innen meg akarna szökni, ugyanúgy kivégzik, mint bármelyik más rabszolgát, pedig egyetlen “bűne” az volt, hogy szabadságra vágyott.

Továbbá – habár Utópiában elvileg mindenki egyenlő – a nemek közötti egyenjogúság sem létezik (mint ahogy életkor szerinti egyenjogúság sincs). A társadalom alapja a hagyományos nagycsalád, melynek élén a családapa, a pater familias áll, szinte korlátlan hatalommal családja felett. A feleség mindenben köteles engedelmeskedni férjének, éppen úgy, ahogy a gyermek is apjának. Láthattuk, hogy a kisebb bűnök megtorlásának joga is a családapát illeti (“feleségeiket a férjek, gyermekeiket a szülők fenyítik meg”), azonban a női (és a gyermeki) alávetettség legegyértelműbb megnyilvánulása az az előírás, miszerint a hónap utolsó napján (amely egyébként vallási ünnepnap) “a feleségek férjüknek, a gyermekek szüleiknek lába elé borulnak, bevallják, hogy vétkeztek és bocsánatot kérnek elkövetett bűneikért vagy hanyagul végzett munkájukért”. Valószínűleg kevés nő vagy felnőtt (akár 40-50 éves) “gyermek” hiszi, hogy egy ideális társadalomban neki a férje vagy az apja lábai előtt, térden csúszva kellene mea culpázni.

Ugyanígy nem felel meg az eszményi államról alkotott mai felfogásunknak a vallásszabadság Utópia-beli szabályozása sem. Habár mindenki abban hisz, amiben akar, például a Napban, a Holdban, egy régen élt kiváló emberben vagy (ahogy a legtöbb seholszigeti is) egyetlen örök, mindenható Istenben, de az ateizmus vagy az agnoszticizmus tilos, tehát valamiben *kötelező* hinni. “... megtiltotta, hogy bárki is ... azt vallja, hogy a lélek a testtel együtt elpusztul és vaktában sodródik a világ.” “Aki ... más véleményen van, azt emberszámba sem veszik ...”, de nem veszik polgárszámba sem, kiközösítik, semmilyen hivatalt vagy tisztséget nem viselhet stb. Sőt: Utópiában még a többistenhit sem megengedett.

Utolsó kérdésként végül említést kell tennünk az öngyilkosság seholszigeti szabályozásáról. Utópia törvényei ugyanis lehetővé teszik az eutanáziát, mert ha “a betegség nemcsak gyógyíthatatlan, de állandó kínlódással és gyötrellemmel is jár”, akkor a haldoklónak megengedik a kegyes halált, sőt igyekeznek is *rávenni* őt erre, hiszen “az élet kötelességeinek többé megfelelni nem tud, másoknak s önmagának terhére van, túléli saját halálát, csak a dögvészt, a ragályt táplálja magában ...” A gyógyíthatatlan betegek ilyenkor önkéntes éhezés vagy “kábitószer” (méreg) által követnek el öngyilkosságot, vagy engedik, hogy a közösség megölje őket. Ugyanakkor akik “a papok és a szenátus jóváhagyása nélkül lesznek öngyilkosok”, vagyis anélkül, hogy gyógyíthatatlan betegek lennének, azokat “nem méltatják sem eltemetésre, sem elégetésre, de elhantolatlan testüket gyalázatra mocsárba vetik”.<sup>12</sup> Tehát Utópiában még az öngyilkossághoz is engedély kell, különben még a temetést (a végtisztességet) is megtagadják tőle.

Nos, ezek azok az intézmények, amelyek alapján joggal állítható, hogy Utópia társadalma sem nem ideális, sem nem eszményi, vagyis a kifejezés mai értelmében véve a legkevésbé sem utópisztikus. A születéstől a halálig az élet

---

<sup>12</sup> A tanulmányban található idézetek Kardos Tibor fordításai.

minden percét szabályokhoz kötik, minden egyes megengedett tevékenységre részletes előírások vonatkoznak, az ezeken kívüli bármely egyéb foglalatosság pedig szigorúan tilos. Az emberek gyakorlatilag nem többek, mint tanuló és dolgozó gépek, társadalmuk (azaz tulajdonképpen önmaguk) rabszolgái, akiknek minden mozdulatát törvények szabályozzák, anélkül hogy munkájukért cserébe megengednék nekik a l'art pour l'art kikapcsolódást és élvezetet. Az élet egysíkú és sivár, a tömeg arc nélküli, minden ház, minden utca és minden város egyforma és unalmas. Az egyéniséget teljesen kiölik, az embereknek még annyi önállóságuk sem lehet, hogy eldönthessék, milyen ruhában szeretnének járni, ezáltal esetleg megkülönböztetve magukat az arctalan tömegetől.

A seholszigetiek egy fejlett, jól irányított börtönben élnek. Ugyanis engdély nélkül még a várost sem szabad elhagyni (éppúgy, mint a börtönt), egyenruhát kell viselni, egyenételt kell enni, egyenházakban kell lakni, minden tevékenység elő van írva és részletesen szabályozva van, és senkinek nincs semmije (még a rajta lévő ruha is az államé). Még a legintimebb dolgokat, például a párválasztás módját vagy a család létszámát is központilag határozzák meg, nem is beszélve ebben az "egalitárius" társadalomban a nők teljes alávetettségéről és a pater familias korlátlan hatalmáról egész családjá felett. De mai szemmel nézve nem sorolható az ideális rendelkezések közé az ateizmus és politeizmus tilalma, a várost önkényesen elhagyó szolgaságba vetése, a szökött rabszolga vagy a visszaeső házasságtörő halállal büntetése, illetve a végtisztesség öngyilkosoktól való megtagadása sem. Tehát – jóllehet ma az "utópia" szó a tökéletes államról alkotott felfogásokat jelöli – maga az Utópia (amelyről egy egész műfaj és paradigma az elnevezését kapta) mai felfogásunk szerint inkább nevezhető antiutópiának vagy dystopiának, mint "igazi" utópiának.

**Ujvári Ákos**  
**Gondolatok a társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség)**  
**jövőbeli jogi sorsáról**

**I.**

Az alábbi dolgozatomban azokat az érveket kívántam csokorba gyűjteni – a teljesség igénye nélkül –, amelyek azt támasztják alá: a jövő Büntető Kódexe sem elméleti-dogmatikai, sem gyakorlati szempontokból kifolyólag nem nélkülözheti a bűncselekmény fogalmának materiális meghatározását.

**II.**

Az 1989-1990-es fordulatot megelőző korszak szocialista büntetőjogában a társadalomra veszélyesség fogalma elsősorban a büntetőjog “osztálytartalmának” kifejezésére szolgált<sup>(1)</sup>. E fogalom a rendszerváltás éveiben – a büntetőjog tudományában, a jogalkotás és a jogalkalmazás területén egyaránt tettenérhetően – megtisztult a szovjet jogból átvett, pártállami politika célokat szolgáló tartalmától. Jelenleg már olyannyira nincs ideológiai, párt-politikai jelentéstartalma a társadalomra veszélyesség fogalmának, hogy a büntető-jogtudomány képviselőinek jelentős része, és az ítélkezési gyakorlat is - a német dogmatikából átvett - *materiális jogellenesség fogalmi megfelelőjeként* tartja számon, a Btk. 10.§. (2) bekezdésére támaszkodva. E törvényhely ugyan a társadalomra veszélyesség fogalmát definiálja, de egyértelmű, hogy a törvényben itt felsorolt általános jogi tárgyak sérelme, vagy veszélybe kerülése tartalmilag a materiális jogellenesség kategóriáját is lefedi.

A jogállami büntetőjogba “belesimuló” társadalomra veszélyesség kiemelkedő szerepet tölt be a büntetőjogi felelősség megállapíthatósága körében, e vonatkozásában a mai napig hatalmas elméleti vitákat kiváltva<sup>(2)</sup>. Felelősségtani jelentősége annak köszönhető, hogy a jelenleg hatályos Btk. (1978. évi IV. törvény 10.§.(1) bek.) a bűncselekmény fogalmának materiális meghatározásakor, önálló, a többi fogalmi elemmel *egyenrangú fogalmi elemként határozza meg* a társadalomra veszélyességet.

A fentiek következtében kérdésként fogalmazható meg, hogy a jogalkalmazó mennyiben értékelheti a konkrét diszpozíciószerű cselekmény társadalomra veszélyességét, kimondhatja-e a bíróság jogellenességet kizáró konkrét törvényi ok hiánya esetén is, hogy az adott magatartásból a diszpozíciószerűség ellenére hiányzik a társadalomra veszélyesség?

Jelen dolgozatomban nem térek ki az ezzel kapcsolatban napvilágot látott álláspontok részletes ismertetésére. Ugyanakkor mellőzhetetlennek tartom annak megvilágítását, hogy a mai napig nyugvópontra nem jutott elméleti-dogmatikai vita is jelzi e bűncselekmény fogalmi ismérv fajsúlyos szerepét a büntetőjogban.

### III.

Az imént jelzett kérdés megítélésében véleményem *Viski László* nézeteihez áll a legközelebb, aki szerint egy formálisan valamennyi bűncselekmény fogalmi elemet kimerítő cselekményből teljességgel hiányozhat a társadalomra veszélyesség, ellenkező esetben a társadalomra veszélyesség elveszítené önálló fogalmi jelentőségét. A társadalomra veszélyesség önálló fogalmi ismérv jellegét támasztja alá a Btk. 10.§(1) bekezdésének egyszerű *nyelvtani-logikai értelmezése*. E törvényhely az egyes bűncselekmény fogalmi ismérveket *konjunktíve* kapcsolja össze, és nem tesz különbséget az egyes fogalmi jegyek között aszerint, hogy jogalkalmazói vizsgálatra szorúlnak-e vagy sem, ebből pedig az következik hogy valamennyi kritérium a jogalkalmazás során vizsgálendő.

Természetesen *Viski* is kiemeli, hogy *csak kivételesen, és kizárólag a konkrét esetre nézve* mondható ki a társadalomra veszélyesség hiánya<sup>(3)</sup>. A Btk. *rendszerint* értelmezése is a fenti következtetésre szolgáltat alapot ugyanis, ha a Btk. 28.§. illetve a 36.§-ban foglalt jogintézmények alkalmazási lehetőségét nem tekintjük a Különös Részben meghatározott cselekménytípusokról alkotott jogalkotói értékítélet önkényes - a hatalmi ágak megosztásának elvét sértő - felülbírálatának, *akkor a társadalomra veszélyesség teljes hiányának megállapítása sem tekinthető annak a Btk. 10.§.-a alapján*. Ezt szem előtt tartva megfogalmazható, hogy *a társadalomra veszélyesség a hatályos törvény rendelkezései szerint a jogalkalmazás során is értékelést igénylő kategória*. A jogalkalmazói értékelés nyilvánvalóan nem a különös részi diszpozíció absztrakt társadalomra veszélyességének vizsgálatát jelenti, hiszen az adott cselekménytípusról a jogalkotó már – a maga általánosságában – visszavonhatatlanul értékítéletet mondott azáltal, hogy arról törvényi



tényállást alkotott. Az e fajta jogalkalmazói vizsgálódás a hatalmi ágak megosztása elvének sérelmén keresztül a jogbiztonságot veszélyeztetné. Azonban, *a konkrét cselekmény in concreto társadalomra veszélyességének* a diszpozíciószerűség megállapítását követő vizsgálata a jogalkalmazó Btk. 10.§-ából eredő kötelessége. Ez természetesen *nem jelenti* a Különös Részben körülírt cselekményről kimondott jogalkotói értékítélet *jogalkalmazói megkérdőjelezését*. Ez abban is megmutatkozik, hogy *a jogalkotó által alapul vett tipikus magatartások* megvalósulásakor, az ún. tipikus (rutin) helyzetekben a konkrét cselekmény materiális jogellenességének vizsgálata – annak diszpozíciószerűsége esetén, jogellenességet kizáró törvényi ok hiányában – fel sem merülhet, hiszen ezekben az esetekben a formális és a materiális jogellenesség teljességgel fedi egymást.

A fent vázolt gondolatmenettel áll összhangban a jelenleg – e vonatkozásban következetesen - érvényesülő *bírói gyakorlat* is, amely közvetlenül a Btk. 10. §-ára alapítottan lehetővé teszi a társadalomra veszélyesség hiányának jogalkalmazói megállapíthatóságát<sup>(4)</sup> (BH 1996/347, BH 1998/570, BH 1999/434, BH 2000/238). Mindezekre tekintettel leszögezhető, hogy a materiális bűncselekmény fogalom objektív oldalát kifejezésre juttató, a büntetni rendeltség indokát megtestesítő bűncselekmény fogalmi elem; a társadalomra veszélyesség fogalma, *elsődleges funkcióját tekintve a büntetőjogi felelősség megállapíthatósága körében jut kardinális szerephez*.

Az elkövetési magatartás társadalomra veszélyessége a cselekmény objektív értelemben vett, társadalmilag káros hatását, hatásirányát hivatott kifejezni. E fogalmi jegyek fogalmiasítása természetesen történhet a társadalomra veszélyességtől eltérő terminológia alkalmazásával is (tárgyi súly, jogtárgy sértés, materiális jogellenesség), de az nyilvánvalónak tűnik, hogy *a büntetőjogi felelősség ezen tárgyi alappillére nélkülözhetetlen fellelősségtani szempontból*.

A társadalomra veszélyesség kategóriájának büntetőjogi felelősség alapjait érintő fent részletezett *elsődleges funkciójához* viszonyítva, csupán *másodlagos* szerep jut a büntetőjogi felelősség differenciált meghatározását elősegítő büntethetőséget kizáró és megszüntető okként szabályozott jogintézmények esetében (Btk. 28, 36.§-ok). A Btk. 28. illetve 36.§-ában meghatározott büntethetőségi akadályok felszámolását, és ezáltal a büntetőjogi felelősség jogalkalmazói cizellálása lehetőségének elvesztését vonná maga után, ha a jogalkotó a későbbiekben nem tekintené bűncselekmény fogalmi ismérveknek a materiális jogellenességet, valamely megjelenési formájában.

A társadalomra veszélyesség fogalmának *harmadlagos funkciója*, sem elméleti, sem gyakorlati szempontból nem elhanyagolható. E körben csupán utalnék arra, hogy milyen kiemelkedő szerepet tölt be e fogalom a büntetés kiszabása során. A Btk. 83.§.(1) bekezdése – és az erre épülő bírói gyakorlat - élve e fogalom fokozhatóságából eredő lehetőségekkel, kifejezetten az elkövetési magatartás társadalomra veszélyességének (tárgyi súlyának) a büntetés kiszabásában megnyilvánuló értékelését írja elő.

#### IV.

Anélkül, hogy nagyon messze elkanyarodnék a tárgyalt alapkérdéstől szükségesnek tartok egy rövid jogfilozófiai-eszmetörténeti kitérőt.

Célom ezzel, hogy szemléltessem: a materiális jogellenesség (vagy ezzel azonos jelentéstartalmú fogalom) törvényi szinten való jelenléte, a *jogalkalmazás diszkrecionális mozgásterét biztosítja* az életbeli helyzetek sokszínűségére, és - a szükségszerűen merev szabályozási keretekkel számot vetve, ennek az elkövetőre nézve negatív hatásait kiküszöbölendő - a társadalmi változások gyorsaságára tekintettel.

A kontinentális jogi gondolkodásra – mai napig érzékelhetően - igen erős hatást gyakorolt a *felvilágosodás* eszmerendszere. Ez jogelméleti előfeltevéseinkben többek között abban nyilvánul meg, hogy úgy tekintjük: *minden életbeli helyzet előre látható, ezen helyzetekre hézagmentesen jogi norma alkotható*. Erre az alapzatra építkezett a XVIII. század végén meginduló, és a XIX. században kiteljesedő európai kodifikációs hullám.

Az európai jogi gondolkodást a felvilágosodás kora óta mindmáig meghatározó alaptétel: a *hatalmi ágak megosztásának* követelménye. Ennek korai megfogalmazásában a jogalkotás és a jogalkalmazás egymástól élesen elhatárolható folyamatot képeztek, olyannyira hogy Montesquieu a bírót a jogalkotó által létrehozott törvények gépies végrehajtójának, egyfajta ítélőgépnak, “a törvény szájának” tekintette<sup>(5)</sup>.

Ezzel szemben mára már illúzióvá vált nézetnek tekinthető, a XVII-XVIII. század matematikai világképének alapjain kibontakozó *formális racionalizmus*, amely szerint az emberi értelem segítségével valamennyi társadalmi viszonyt hézagmentesen, előrelátóan lehet szabályozni<sup>(6)</sup>.

A jogalkotó eleve csak racionálisan elgondolható élethelyzetekre készülhet fel a normaalkotás során, így szükségszerűen megfelelő

mozgásteret (diszkrecionális jogot) kell biztosítani a jogi norma alkalmazójának, hogy az “megküzdhessen” a jogalkotó által definiált típushelyzet, és az előtte fekvő konkrét eset összevetéséből fakadó nehézségekkel. Napjainkban, széles körben elfogadott jogfilozófiai alaptétel szerint: “a jogban eleve és elvileg nem tudunk semmiképpen sem teljes szabályozást elérni.”<sup>(7)</sup> A jogalkotónak azon igyekezete, hogy jogi szabályozásával a felmerülhető valamennyi társadalmi viszonyt lefedje eleve kudarcra van ítélve, minden egyes *hézagpótlási kísérlet mentén csak további hézagok keletkeznek* a normarendszer szövetén. Ennek köztudomásúan legkirívóbb példája a porosz Landrecht (1791).

A hatalmi ágak megosztásának jogállami alapelveként történő tisztelete dacára, *Kelsen* óta tudjuk, hogy a jogalkotás és jogalkalmazás korántsem választható el olyan élesen egymástól, mint azt a felvilágosodás gondolkodói szeretnék volna. A bíró nem csupán “a törvény szája”, a törvény alkalmazása és értelmezése során *a normaalkotó folyamatba kapcsolódik be a jogalkalmazó*. A jogalkotás és jogalkalmazás: viszonyfogalmak, így csak egymáshoz való viszonyukban értelmezhetőek, kölcsönösen elemei egymásnak, állandó kölcsönhatásban, egymásra utaltságban léteznek<sup>(8)</sup>. Az eszmék világában meghúzódó absztrakciós szintről a szóban forgó konkrét problémakörhöz visszatérve álláspontom szerint a következő megállapítások tehetőek.

A fenti eszmeiséget tükröző példával élve: a Btk. 36. §-ában foglalt büntethetőséget megszüntető ok (társadalomra veszélyesség csekélylé válása vagy megszűnése) nem más mint a büntetőjogra is kiható, azt determináló, dinamikusan változó társadalmi viszonyoknak a jogalkotó általi elismerése. A jogalkalmazó számára pedig egy normatív követelményként meghatározott jogalkotói üzenet, amely *a mindenkori társadalmi viszonyokhoz történő jogalkalmazói adaptációra hív fel*, az elkövetőre nézve kizárólag in melius irányban. Implicit módon e jogintézmény is azt sugallja a jogalkalmazónak, hogy kivételes esetekben a formálisan diszpozíciószerű cselekményt az elkövetés óta a társadalmi viszonyokban bekövetkezett változásokra figyelemmel nem lehet automatikusan materiálisan jogellenesnek tekinteni. Ezen nem tipikus helyzetekben a jogalkalmazónak kifejezetten vizsgálnia kell a konkrét cselekmény társadalomra veszélyességét, ami nyilvánvalóan egy magasabb absztrakciós szinten történő vizsgálódást jelent.

Az e fajta jogalkalmazói vizsgálódásra – akár a Btk.10.§-a, vagy a 36.§-a alapján – *csak az elkövető javára, kivételesen és csak a konkrét egyedi esetre nézve kerülhet sor*. Osztom *Gellér Balázsnak* azon véleményét, miszerint: “a moralitás és a technika fejlődése következtében a jog és a

társadalom nincs egy ritmusban, így egy bizonyos számú olyan eset mindig felmerül, amely nem esik bele a törvényhozó tiltó és szankcionáló intenciójába.”<sup>(9)</sup>.

Nem minden ilyen helyzetben zárható ki a törvényben tételesen felsorolt – ezáltal szükségszerűen tipizált – büntethetőséget kizáró okokkal a büntetőjogi felelősség. Abból a korábbiakban már kifejtett jogfilozófiai felismerésből kiindulva, hogy a tételes jog minden jogalkotói törekvés ellenére elvileg is csak hézagos lehet, nem érdemes a fenti álláspont helyességét akár teoretikus, akár praktikus érvekkel vitatni.

Ideális esetben a jogalkotás és jogalkalmazás állandó dinamikus kölcsönhatásban létezik egymás mellett, kölcsönös, egymás irányába ható reflexiók övezik a működésüket. Szükségszerűen a jogalkalmazó szembesül először egy adott magatartás jogalkotói tipizálásából eredő konkrét problémákkal, a jogalkotás - proaktív jellegéből fakadóan - ezeket a hiányosságokat csak megkésve tudja pótolni. Így maga az ítélkezési gyakorlat is kialakít a *jogalkotói típushelyzeteken belüli típushelyzeteket* – a fent vázolt keretek között - , amelyeket a jogalkotó idővel - tetszése szerint - kodifikál.

## V.

*Összegezve*: mindezen fenti érvek tükrében úgy gondolom, a jövő Büntető Törvénykönyvének is *a materiális bűncselekmény fogalom alapzatán kell állnia*. A formális fogalom a nullum crimen sine lege alapelvének tételes jogi kifejezésre juttatásán túl más funkciót nem képes betölteni. Álláspontom szerint a bűncselekmény fogalmának formaliter meghatározásán mára már túljutott a büntetőjog tudománya, a jogalkotás és a joggyakorlat is. Amennyiben a materiális bűncselekmény fogalom mellett tesszük le a voksot, szükségszerűen adódik a következő kérdés: az új Btk.-ban szükséges-e, hogy szerephez jusson a társadalomra veszélyesség fogalma?

Az e körben kialakult vitában a véleményem Földvári József<sup>(10)</sup> álláspontjához áll a legközelebb. Földvári a társadalomra veszélyesség bűncselekmény fogalmi ismérvként történő megtartása mellett érvel, mikor e fogalmat a bűncselekmény objektív tartalmi ismérveként meghatározva, *a német büntető-jogtudomány jogellenesség fogalmával azonosítja*<sup>(11)</sup>. Földvárival egyetértve magam is úgy gondolom, hogy a bűncselekmény fogalom csak akkor töltheti be rendeltetésének megfelelő szerepét, ha a jogalkotó *e fogalomba sűríti a büntethetőség valamennyi általános feltételét*.

Mind a jogdogmatikának, mind a jogalkalmazásnak – a jövőbeli Kódex szabályozásától függetlenül - a büntetőjogi felelősség megállapításához szüksége lesz egy olyan fogalomra, amely *a cselekmény objektív hatásirányára utalva - a bűncselekmény objektív, materiális oldalát kifejezve - a cselekmény-típus büntetni rendeltségének indokát adja.*

E szerepet töltötte, illetve tölti be jelenleg is az időközben politikai szempontból *neutrálissá* vált társadalomra veszélyesség kategóriája. E fogalom olyannyira megtisztult minden politikai tartalomtól, hogy a joggyakorlat, és a tudomány egyaránt – mint ahogy erre a korábbiakban már utalást tettem - a materiális jogellenesség fogalmával azonosítja.

A társadalomra veszélyesség terminológiájának a büntetőjogi felelősség, és a büntetés kiszabás fokozott differenciálhatósága szempontjából jelentős hozadéka *e fogalom fokozhatósága*. A társadalomra veszélyesség fogalma fokozhatóságából fakadó előnyökre már Viski is felhívta a figyelmet<sup>(12)</sup>. *A jogellenesség terminológiája fogalmilag nem alkalmas a cselekmény által okozott jogtárgy sértés vagy veszélyeztetés cizellált kifejezésére.*

Finkey Ferenc 1914-ben megjelent tankönyvében<sup>(13)</sup> a következő álláspontra helyezkedett: “A büntetendő cselekménynek a szorosán vett jogi ismérvein kívül egy további általános ismérve a *társadalomellenesség, vagy társadalmi veszélyesség...*a büntetendő cselekmény nem merő jogi fogalom, hanem egyszersmind *társadalmi jelenség is*, vagyis a büntetendő cselekmény mindig és mindenütt társadalomellenes magaviselet, *mely a társadalommal együtt keletkezik és együtt fejlődik.*” Nos, Finkey veretes szavai “élő” példaként szolgálhatnak: a társadalomra veszélyesség kategóriájának nem kell szükségképpen politikai tartalmat tulajdonítanunk. Amennyiben a társadalomra veszélyesség fogalma a kommunizmus évtizedei alatt ráakódott politikai előtörténetének köszönhetően nem fogadható el a jogalkotás számára, akkor a társadalomra veszélyes cselekmény helyébe a *jogi tárgyat sértő vagy veszélyeztető cselekmény* fogalmi konstrukcióját látom behelyettesíthetőnek.

## Jegyzetek

1. **vö.:** Viski László: Tézisek a büncselekményfogalom felépítéséhez (Állam- és Jogtudomány 1974/3. 382.o.)
2. lásd erről: *Wiener A. Imre: A büntetőjog forrásairól* (Magyar Jog 1999/4 193-199.o.), *Wiener A. Imre: Elméleti alapok a Büntetőtörvény Általános Része kodifikálásához* (2000.) továbbá: *Berkes György: A társadalomra veszélyesség hiányának büntetőjogi értékelése* (Magyar Jog 1999/12. 730-731.o.)
3. *Viski:* id.m. 404.o.
4. lásd még ehhez: *Berkes György: A társadalomra veszélyesség hiányának büntetőjogi értékelése* (Magyar Jog 1999/12. 730-731.o.)
5. *Varga Csaba: Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról* (1996.) 19.o.
6. . *Varga Csaba: A jog társadalomelmélete felé* (1999.) 128.o.
7. *Varga Csaba:* 5. alatt id.m.23.o.
8. *Hans Kelsen* a híres Lépcsőelméletében mutatott rá a jogalkotás és jogalkalmazás relativitására. **vö.:** *Varga Csaba:* 5. alatt id.m. 23-26.o.
9. *Wiener A. Imre: Elméleti alapok a Büntetőtörvény Általános Része kodifikálásához* (2000.) 61.o. *Gellér Balázs véleménye*
10. **vö.:** *Földvári József: A büncselekmény fogalmáról - de lege ferenda* (Magyar Jog 1999/1.)
11. *Földvári:* id.m. 4.o.
12. *Viski:* id.m. 405.o.
13. *Finkey Ferenc: A Magyar Büntetőjog Tankönyve* (1914.) 201.o.

# Varga Péter

## De castrensi peculio

### (A katonai különvagyonról)

#### I. Bevezetés

1. A katonai különvagyonra vonatkozó forrásanyag a *Digesta* 49. könyvének 17. fejezetében található meg *De castrensi peculio* címmel. A katonai büntető jog és a katonai végrendelet szabályai mellett a *peculium castrense* a katonákra vonatkozó harmadik nagy szabályanyag.

A *peculium castrense*re vonatkozó joganyag két szempontból is különlegesnek tekinthető a római jogban. Az egyik különlegessége, hogy a *peculium castrense*ről csak a katonáknál beszélhetünk. A másik, hogy a *peculium castrense* áttöri a *pater familias* tulajdonát képező családi vagyon alapvető szabályát.

A római család a *pater familias*nak a többi családtag felett fennálló személyi és vagyoni hatalmára épülő intézmény. A családfő családtagok feletti személyi hatalma feleségével szemben a *manusban*<sup>1</sup>, a férji hatalomban, míg a többi családtaggal szemben az apai hatalomban, a *patria potestasban*<sup>2</sup> testesül meg.

A *pater familias* vagyoni hatalmának lényege, hogy a családi vagyon a családfőt illeti, a családtagok által szerzett mindenféle vagyontárgy a *pater familias*é lesz. Ezt az elvet tiszteletben tartva alakult ki a köztársaság idején az a szokás, hogy a családfő elvileg bármelyik hatalma alatt álló családtagjának, de tipikusan a családgyerekeknek ún. különvagyon, *peculiumot* bocsájtott a rendelkezésére, azért hogy azt kezelje. A *peculium* a családfő vagyonán belül bizonyos célra elkülönített alvagyon, amely a családgyerek vagy a rabszolga kezelésében áll. Emiatt a *peculium* még nem töri át a családfői vagyon vezérelvét, hiszen a *peculium* továbbra is a *pater familias* vagyona, csak azt a *filius familias* vagy a rabszolga

---

<sup>1</sup> Mert míg *potestas* alatt hímneműek és nőneműek is szoktak lenni, addig *manus* alá csak nők kerülhetnek. ( Gai. 1.109. ). A iustinianusi tankönyvben a *manus* már nem említik, ennek az oka, hogy a posztklasszikus korra a *manusos* házasságot kiszorította a *manus* nélküli.

<sup>2</sup> Gaius szerint: hasonlóképpen hatalmunkban vannak azok a gyerekeink, akiket jogszerű házasságban nemzettünk. ( Gai. 1.55. ) Iustinianus tankönyve az atyai hatalomnak külön fejezetet szentel, amelyben azt mondja : Hatalmunkban vannak gyermekeink, kiket törvényes házasságunkból nemzettünk. A házasság a férfiónak és nőnek osztatlan életközösséget jelentő kapcsolata. A gyermek feletti hatalom a római polgárok sajátja: nincs más ember, kinek gyermekei felett a miénkhez hasonló hatalma volna. Aki tehát tőled és feleségedtől származik, az a hatalmadban van; hasonlóképpen a fiadnak és fiad feleségének gyermeke, tehát mindkét nembeli unokáid éppúgy a hatalmad alá tartoznak, mint fiú és leány dédunokáid és így tovább. Lányod gyermeke azonban nem a te hatalmadban van, hanem az apjában. ( Inst. 1.9. )

kezeli. Mivel a *peculium* továbbra is a *pater familias* vagyona, ezért mindaz amit a családgyerek vagy a rabszolga a *peculium* keretében szerez, azt a családfőnek szerzi, továbbá a hatalomfő bármikor visszaveheti a *peculiumot* a családgyerektől vagy a rabszolgától illetve, ha a családgyerek vagy a rabszolga meghal a *peculium* visszakerül a *pater familias*hoz, mint saját vagyona. Tehát a *peculium* esetében öröklés sem következhet be<sup>3</sup>.

Felvetődik a kérdés, hogy ha a *peculium* a családfő vagyonába tartozik, akkor miért gyökeresedett meg a jogban. A *peculium* azért vált általánossá mert kiválóan alkalmas arra, hogy a családfői vagyon szentségét nem sértve a *pater familias* kiaknázza a fia illetve a rabszolga vállalkozó kedvét és tehetségét. A családfő miközben vagyoniilag semmit sem kockáztat, hasznot húzhat fia és rabszolgája ügyességéből és üzleti rátermettségéből. Bár idővel a családfő bizonyos esetekben perelhető volt a *peculium* keretében vállalt kötelezettségek erejéig, de ez még mindig nem jelentett teljes vagyoni felelősséget és nem szüntette meg a fiú és a rabszolga kiszolgáltatottságát a családfő iránt.<sup>4</sup>

2. A családfői vagyon elvét valójában a *peculium castrense* törli át ténylegesen, ugyanis a *peculium castrense* olyan különvagyon amit a *filius familias* katonáskodással szerzett. Azon túlmenően, hogy a *peculium castrense* áttöri a családfői vagyon elvét, míg a *peculium* nem, más különbségek is vannak a két intézmény között<sup>5</sup>.

A *peculium* alanya lehet a családgyermek ( fiú és lány ), valamint a rabszolga, míg a *peculium castrenséjé* csak a családfiú. A *peculium* olyan vagyontárgyaktól áll, amelyeket az apa bocsát a fia vagy rabszolgája rendelkezésére, míg a *peculium castrensébe* olyan dolgok tartoznak, amiket a fiú maga szerez meg. A *peculiumba* bármilyen vagyontárgy bekerülhet, a *peculium castrensébe* csak olyan, amit a fiú katonáskodással szerzett. A *peculium* feletti rendelkezési jog mindig is a családfőt illeti meg, míg a *peculium castrensénél* a rendelkezési jog a családgyereké. A *peculium castrensét* a fiú szabadon átruházhatja, illetve arról halála esetére szabadon végrendelkezhetik<sup>6</sup>, míg a *peculiumnál* erre csak a *pater familias*nak van joga. A *peculium castrense* *peculium* jellegét egyedül az mutatja, hogy ha arról a fiú nem végrendelkezik, halála után az apjává lesz és nem mint örökség hanem mint a saját vagyona.

---

<sup>3</sup> “....., zugleich aber die klassischen Quellen, die die Sklaven und, abgesehen vom *peculium castrense*, auch die Hauskinder als vermögensunfähig behandeln.” M. Kaser, Das Römische Privatrecht, ( München 1975 ) II. kötet. 304. p.

<sup>4</sup> Mivel pedig fentebb már említést tettünk arról a keresetről, amely a *filius familias*ok és a rabszolgák *peculiumára* irányul, szükséges, hogy erre a keresetre és azokra a többiekre is gondosabban felhívjuk a figyelmet, amelyeket ugyanezért a szülők és a tulajdonosok ellen szoktak adni. ( Gai.4.69. ). Gaius továbbiakban részletesen taglalja ezeket a kereseteket. ( Gai. 4.70.-74/a. ). Majd ezen keresetek létezését Iustinianus is megerősíti: A különvagyonról szóló kereseteket az atya, illetve a tulajdonos ellen azért szerkesztette a praetor, mert ámbár fiaik vagy rabszolgáik szerződéseiből kifolyólag jog szerint nem felelősek, mégis méltányos volt, hogy a különvagyon erejéig, mely mintegy a fiú-, illetve lánygyermek és a rabszolgák vagyona, elmarasztalják őket. ( Inst.4.6.10. ).

<sup>5</sup> “Eine bedeutsame, wenngleich gegenständlich noch enge begrenzte Durchbrechung der Vermögensunfähigkeit bringt das *peculium castrense*.” M. Kaser, Das Römische Privatrecht, ( München 1975 ) I. kötet. 344. p.

<sup>6</sup> “ Hauskinder können nur über das *peculium castrense* oder das *peculium quasi castrense* testieren,..” M. Kaser, Das Römische Privatrecht, ( München 1975 ). II. kötet. 486. p.



A *peculium castrensénél* a tulajdonból fakadó jogosultságok a családgyereket illetik meg, azzal a megszorítással, hogy a *peculium castrensén* a *pater familias* haszonélvezeti joga van. Míg a *peculiumnál* ugyanezen jogok az apát illetik meg, csak olyan mértékben a fiút, vagy a rabszolgát amennyire azt az apa megengedi. A *peculium castrensénél* a fiút saját jogán illetik meg a tulajdonosi jogok, míg a *peculiumnál* ezek csak az apa vagy a tulajdonos nevében gyakorolt jogok.

3. A *Digesta peculium castrenséről* szóló fejezetében 20 *fragmentum* található, amelyek tartalmukat tekintve két kérdés köré csoportosulnak, az egyik a *peculium castrense* fogalma és jellege, a másik pedig a *peculium castrense* elidegenítése illetve öröklése. Ezért célszerű a forráselemzést is így kategorizálni. A fejezetben található jogtudósi vélemények jó része a remekjogászok közül *Ulpianustól* és *Papinianustól* származnak. Noha a katonákra vonatkozó szabályokról van szó, mégis a források jó része ismert és a magánjogban jártas jogtudósoktól származik. A *De re militari* fejezetben speciálisan katonai kérdésekben megnyilatkozó jogtudósok közül csak *Macertől* találunk egyetlen egy töredéket. Ez érthető is, hiszen a *peculium castrense* kérdése a vagyonjogba tartozik, éppen ezért erről a vagyonjogban jártas jogtudósok tudtak véleményt mondani. A remekjogászok közül hiányzik *Gaius* és *Modestinus*. *Gaius*<sup>7</sup> hiánya érthető hiszen már a *De re militari* fejezetben sem találkozhattunk vele, ezzel szemben *Modestinus* hiánya meglepő, egyrészt azért mert mint remekjogász ismerte a vagyonjogot, másrészt a *De re militari* fejezetben több kérdéstről is véleményt nyilvánított, tehát a katonai jogban is jártas volt. Ezért némiképp érthetetlen, hogy ez a fejezet tőle miért nem tartalmaz véleményt, bár a *Digesta* egyéb helyein, elszórtan található a kérdéskörhöz kapcsolódó véleménye.

4. Ezen dolgot megelőzően már elemzésre került a katonai bűncselekményekre vonatkozó és a katonai végrendeletről szóló forrásanyag, most pedig a katonai különvagyonról szóló szabályok. Így a kisebb speciális szabályokat figyelmen kívül hagyva feldolgozásra kerül a római katonákra vonatkozó teljes forrásanyag.

## II. A *peculium castrense* fogalma és jellege

1. *Macer* a *peculium castrense* fogalmát a következőképpen határozza meg:

---

<sup>7</sup> Gaius életéről keveset tudunk, feltehető hogy nem katonáskodott és semmiféle állami hivatalt sem viselt. Életéről bővebben Molnár I, A Gaius-féle Institutio rendszer. Degré Alajos Emlékkönyv, Bp.1995. 181-182 p.

*Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filius familias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. nam quod erat si sine militia adquisiturus, id peculium eius castrense non est.*  
( D.49.17.11.- Macer )

Azt mondja, hogy a *peculium castrense* az a vagyon, amit a szülők vagy a vérrokonok a hadseregben szolgáló fiúnak ajándékoztak, vagy amit a fiú a hadseregben szerzett. Az aki nem katonáskodott nem lehet szerző, az amit nem katonáskodással szereztek nem lehet katonai különvagyon.

Ezzel a fogalommal *Macer* behatárolja a *peculium castrensét* mind alanyi, mind tárgyi értelemben. Alanyi értelemben azt mondja, hogy *peculium castrensét* nem szerezhet az, aki nem katona, míg tárgyi értelemben nem lehet *peculium castrense* az, amit nem katonáskodással szereztek. Látszólag ennek a fogalomnak ellentmond a forrás első fele, amelyben azt mondja a jogtudós, hogy *peculium castrense* az is, amit a fiú a szüleitől vagy a vérrokonaitól kapott. Az ellentmondás úgy oldható fel, ha a szülőktől vagy a vérrokonoktól kapott ajándék csak akkor *peculium castrense*, ha az a katonáskodással összefügg pl : fegyver, katonai ruházat stb.<sup>8</sup> Az ellentmondás ilyen úton történő feloldása azért is látszik helyesnek, mivel *Macer* a katonai jogban igen jártas volt, ezért nem valószínű, hogy tévedett volna a *peculium castrense* fogalmának meghatározásakor, oly annyira nem, hogy *De re militari* címmel könyvet is írt a katonai jogról.<sup>9</sup>

Tehát látható *Macer* megfogalmazása alapján, hogy egy vagyontárgy kétféleképpen kerülhet a *peculium castrense* körébe, egyrészt ha maga a fiú szerzi meg katonáskodása során, másrészt a szülők vagy a vérrokonok ajándékozzák a fiúnak katonáskodásával összefüggésben.

Természetesen a *peculium castrense* körébe, mint minden vagyon körébe nemcsak dolgok, hanem jogok és kötelezettségek is tartozhattak a rómaiaknak a vagyonról alkotott fogalma szerint.<sup>10</sup>

Érdemes külön is megvizsgálni a forrásban a *cognatis* szót, amely feltehetőleg posztklasszikus beszúrás lehet, mivel korábban az agnat<sup>11</sup> rokonság volt a római család alapja. Korábbi időkben valószínű azt is *peculium castrensének* tekintették, hogy ha az agnatusok adtak a fiúnak a katonáskodással összefüggésben valamilyen vagyontárgyat.

---

<sup>8</sup> "Das Peculium castrense setzt sich zusammen aus Abschiedsgeschenken und Erwerbungen während und auf Grund des Kriegsdienstes." B.Lehmann, Das Eigenvermögen der römischer Soldater, Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt, Berlin- New York, 1982. 14. sz. II. kötet. 205.p és köv..

<sup>9</sup> Le Marc Hadour azt mondja, hogy az ajándéknak összefüggésben kell lennie a katonai szolgálattal. A. Le Marc Hadour: Du pécule castrense et du pécule quasi- castrense ( Thèse juridique, Rennes 1892 ) 16. p.

<sup>10</sup> Ulpianus szerint: Nemcsak az a vagyon, ami tulajdonunk, hanem az is amit jóhiszeműen birtoklunk vagy ami felülépítményi jog alapján illet minket. Ugyanúgy vagyonunk az is, ami actiókban, petitiókban, peresíthetőségben nyilvánul meg. ( D.50.16.49. )

<sup>11</sup> Gaius szerint agnatusoknak hívják azokat, akiket törvényes rokonság fűz össze. Törvényes pedig az a rokonság, amely férfi ágon kapcsolja össze a személyeket. ... ( Gai.3.10. ). Ulpianus szerint agnatusok az apai férfi vérrokonok és ugyancsak a családnak férfiági lemenői. ( Ulp. 11.4. ) Iustinianus szerint: Agnatusok a férfi ágon való rokonok, mintegy az atyáról való vérrokonok, például az ugyanazon atyától származó fitestvér, a fitestvérnek a fia vagy ettől származott unokája, hasonlóképpen az atyai nagybátya, ennek fia és e révén való fiúunokája. Ellenben akik a női ágon vérrokonok, azok nem agnatusok, hanem másféle, természetes jog szerinti rokonok. Így az anyai nagynénéd fia nem agnatusod, hanem csak vérrokonod ( és viszont te is vele hasonló természetes kapcsolatban állsz ), mivel a leszármazók atyjuk, nem pedig anyjuk családját követik. ( Inst.1.15.1. ).

Ulpianus tovább szélesíti a *peculium castrense* fogalmát, amikor azt mondja:

*Si mulier filio viri militi ad castrenses vel militares forte res comparandas reliquerit pecuniam, utique castrensi peculio ea quae comparantur adnumerari incipiunt.*  
( D.49.17.3.- Ulpianus )

Ha az asszony, férje katona fiára hagyja pénzét és ő azon táborig vagy aktív szolgálat alatt vagyontárgyakat szerez, ezek a vagyontárgyak beletartoznak a katonai különvagyonba. Jól látható, hogy ez az eset nem fér bele a *Macer* által adott fogalomba, hiszen az asszony jelen esetben nem vérrokona a fiúnak és nem katonáskodással kapcsolatos dolgot hagy rá, hanem pénzt. A “*mulier filio viri*” azt kell jelentse, hogy az asszony nem áll a fiú apjának hatalma alatt, mert ha ott állna, akkor nem lehetne saját pénze, ugyanis a manusos házasságot kötött nőnek nincs saját vagyona, hiszen az egész családi vagyon a férjé.<sup>12</sup> Tehát az asszony önjogú kell, hogy legyen és nem a fiú anyjáról van szó, mert akkor a jogtudós nem hangsúlyozná ki azt, hogy a férje fia a katona. Már pedig ebben az esetben az asszony a fiúnak nem is vérrokona, közöttük sem *agnat* sem *cognat* rokonság nincs. Ráadásul pénzt hagy a fiúra és nem is olyan vagyontárgyat, ami a katonáskodáshoz köthető, de ez csak akkor lesz *peculium castrense*, ha azon a fiú a táborig vagy az aktív szolgálat alatt vagyontárgyakat szerez.

Külön érdekessége a forrásnak, hogy a pénzen akár a táborig szolgálata, akár az aktív szolgálat alatt vásárol valamit az katonai különvagyon lesz. Táborig szolgálaton minden bizonyosan a katonai táborozást, illetve a kaszárnyákban töltött szolgálatot kell érteni, míg aktív szolgálaton a harci cselekményekben való részvételt. Mivel mindkét esetben a katonai státusz fennáll, ezért a megszerzett vagyontárgy *peculium castrense* kell, hogy legyen<sup>13</sup>. Például ha a katona az apja feleségétől kapott pénzen a kaszárnyában megvásárolja bajtársától annak rabszolgáját, ugyanúgy katonai különvagyon, mintha a csatát követően a harctéren bajtársától megvásárol egy az ellenségtől frissen zsákmányolt kardot.

Ugyancsak *Ulpianus* veti fel azt kérdést, hogy a feleség által a katona hatalom-alatti férjnek felszabadításra átadott rabszolga beletartozik-e a férj *peculium castrenséjébe*:

*Si militi filio familias uxor servum manumittendi causa donaverit, an suum libertum fecerit, videamus, quia peculiares servos et libertos potuit habere. et magis est, ut hoc castrensi peculio non adnumeretur, quia uxor ei non propter militiam nota esset. plane si mihi proponas ad castra eunti marito uxorem servos donasse, ut manumittat et habiles ad militiam libertos habeat, potest dici sua voluntate sine patris permisso manumittentem ad libertatem perducere.* ( D.49.17.6.- Ulpianus )

---

<sup>12</sup> Gaius szerint: Ugyanis, amikor a pater familias örökbe fogadtatja magát, vagy a nő manus alá kerül minden testetlen és testi dolgukat, s amivel nekik tartoznak, az örökbecfogadó apa, vagy a férj szerzi meg,... ( Gai. 3.83.). Jogokat nemcsak saját személyünkben szerezhetünk magunknak, hanem a hatalmunk alatt álló személyek által is..... ( Inst.2.9. )

<sup>13</sup> Peculium castrense csak a katonai státusz idején keletkezhet. Ezt támasztja alá Fitting is: ha a katona családgyerek katonatársától örököl, de az örökséget már veteránként szerzi meg, akkor az nem lesz katonai különvagyon. H. Fitting, Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung, ( Halle 1871.) 49.p és köv.

Ha a feleség a katona hatalomalatti férjének ajándékoz egy rabszolgát, hogy szabadítsa fel, vajon a férj felszabadíthatja-e és a rabszolga vagy a *libertinus* beletartozik-e a *peculium castrenséjébe*. Sem a rabszolga, sem a *libertinus* nem tartozik bele a katonai különvagyonba, mert nem katonáskodás eredményeként szerezte. Pláne nem ha a feleség akkor ajándékoz a férjének rabszolgát, hogy szabadítsa fel őket, amikor az már a tábor elhagyta. Sem a felszabadítás, sem a szabadság megszerzése nem történhet meg a fiú apjának beleegyezése nélkül. A jogtudós véleménye egyértelmű, ha a feleség azért ajándékoz, hogy a hatalomalatti férj föl-szabadítsa a rabszolgát, akkor sem a rabszolga, sem a *libertinus* nem lesz *peculium castrense*, hanem a fiú apjává lesz, mert a fiú mint hatalomalatti mindent az apjának szerez és ezért a rabszolga felszabadításához az apa engedélye kell, még akkor is ha a fiú az ajándékozáskor katona volt, mert a rabszolgát nem katonáskodással szerezte. A *manumissio* csak a tulajdonos, jelen esetben az apa engedélyével történhet meg.<sup>14</sup> A felszabadított rabszolga a felszabadított *libertinusa* lesz.

Pláne nem szabadíthatja fel a rabszolgát, ha a tábor már elhagyta. A tábor elhagyása kétféleképpen értelmezhető. Az egyik, hogy azért hagyta el a tábor, mert csatába vezényelték, a másik hogy azért hagyta el, mert leszerelt, azaz kilépett a szolgálatból. Itt a második esetről lehet csak szó, hiszen az első esetben továbbra is katona marad. A szövegösszefüggésből jól látszik, hogy a jogtudós azt az esetet kívánta kiemelni, amikor nyilvánvaló, hogy a rabszolga nem tartozik a *peculium castrensébe*. Ez akkor nyilvánvaló ha a fiú az ajándékozáskor már nem katona.

A következő forrásban *Ulpianus* tovább erősíti azt a *communis opinio*t, hogy csak a katonáskodással szerzett vagyon lehet *peculium castrense*:

*Si forte uxor vel cognatus vel quis alius non ex castris notus filio familias donaverit quid vel legaverit et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat: an possit castrensi peculio adgregari ? et non puto: veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit. ( D.49.17.8.- Ulpianus )*

Ha a feleség, vagy vérrokon, vagy más személy akit a katona nem a táborból ismert, a fiúnak ajándékoz, vagy rá hagyományoz, vagy a *filius familias* tőle névleg megszerez, hozzátartozik-e a *peculium castrenséhez* ? Nem, az igazság úgy kívánja, hogy csak olyan dolgok tartozzanak oda, amelyekről tudható, vagy valószínűsíthető hogy katonáskodással szereztek, de azok nem, amelyeket csak szeretnénk.

A feleségről, illetve a rokonokról korábban írtak itt is irányadóak.<sup>15</sup> Érdekes a jogtudósnak a harmadik személyi körre vonatkozó megfogalmazása “*quis alius non ex castris notus*”, akit nem a táborból ismer. Ez a meghatározás roppant lényegretörő, mert ha a táborból ismeri, akkor az is csak katona lehet, akit nem a táborból ismer az nem katona, vagyis az “akit nem a táborból ismer” egyenlő azzal “aki nem katona”.

---

<sup>14</sup> Iustinianus tankönyve szerint szabadonbocsájtottak azok, kiket jogszerű rabszolgaságból engedtek szabadon. A szabadonbocsájtás a szabadság adományozása. Minaddig ugyanis amíg valaki rabszolgaságban van, manusknak és potestasnak van alávetve, de szabadonbocsájtása után a potestas alól szabadul..... ( Inst.1.5. ).

<sup>15</sup> La Rosa az “uxor” és az “an vero.....fuit” szövegrészt posztklasszikus beszúrásnak tartja, de a szöveg érdemi tartalmán ez nem változtat. F. La Rosa, I peculii speciali in diritto romano ( Milánó, 1953 ) 38. p. és köv.

Ha ezek a személyek a fiúnak ajándékoznak<sup>16</sup>, rá hagyományoznak<sup>17</sup> valamit vagy valamit tőlük névleg megszerez nem tartozhat a *peculium castrenséjébe*. Névleges szerzés esete áll fenn, ha a felek színlelt szerződést<sup>18</sup> kötnek például egy személy szinlegesen eladja vagyonát a katonának, anélkül hogy arra irányuló akarat bármelyik félnél is fennállna, pusztán azért hogy vagyonát a hitelezői elől elvonja. Az ajándékozásnál és a hagyományozásnál a *pater familias* hozzájárulása kell, a színlelt szerződés pedig érvénytelen, semmis.

Végül *Ulpianus* azt mondja, hogy csak az tartozhat a *peculium castrensébe* amiről tudható vagy valószínűsíthető hogy katonáskodással szerezték, azaz legalább valószínűsíteni kell, hogy a dolog katonáskodás folytán illeti meg. Ha a valószínűsítés megtörténik, akkor vélelmezik azt, hogy a dolgot katonáskodással szerezték.

Ezt erősíti meg *Papinianus* következő *fragmentuma*, de ugyanakkor egy kivételt is megemlít:

*Dotem filio familias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. nec ea res contraria videbitur ei, quod divi Hadriani temporibus filium familias militem uxori heredem extitisse placuit et hereditatem in castrense peculium habuisse. nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur. (D.49.17.16.- Papinianus )*

A fiúnak adott vagy ígért ajándék nem tartozik a *peculium castrensébe*. Ezzel nem látszik ellentétesnek, hogy *Hadrianus* idején a katona fiú feleségétől örökségként birtokba vett, vagy örökölt vagyon a *peculium castrensébe* tartozott. Idegentől való öröklésnél a jog ugyanazt kívánta meg, mint hozományból, amely a szabadok közösségére épülő házasság terheit könnyíti meg és összekötő kapocs az ősi családdal.

A jogtudós a *communis opinio* kimondásával vezeti be a jogesetet. Majd utána hangsúlyozza, hogy a feleségtől örökölt vagy örökségként birtokba vett vagyon *Hadrianus* rendelete szerint *peculium castrensének* minősül, ez nem ellentétes az általános szabállyal, de valójában még is az. Hiszen *Ulpianus* által az ezt megelőzően elmondottakkal ellenkezik. Ez két dologgal is bizonyítható. Egyrészt a kázus szerkezete is utal erre, hiszen *Papinianus* először mintegy megerősítésként kimondja az általános szabályt, majd közli *Hadrianus* rendeletét. Másrészt külön kihangsúlyozza, hogy ez *Hadrianus* idején volt így, ezzel utal arra, hogy sem előtte sem utána, viszont nem. *Hadrianus* privilégiumként megadta ezt a kedvezményt katonáinak. Külön vizsgálandó a forrásnál az a megjelölés, hogy örökségként birtokba vett vagy örökölt vagyon. A jogtudós azért tesz különbséget, mert a fiú birtokba vehetett olyan vagyontárgyat is amiről azt hitte, hogy a felesége tulajdona volt és ebben a hiszemben elbirtokolta ezen vagyontárgy tulajdonjogát.<sup>19</sup> De örökségként birtokbavett vagyontárgynak minősül a hagyomány is, hiszen a hagyományos az örökhagyó különös jogutódja.

Elgondolkodtató a forrás utolsó mondata, amely párhuzamot von az idegentől eredő örökség és a hozomány között.

*Papinianus* az apa által a fiúnak visszaadott dolgokról a következőket mondja:

<sup>16</sup> *Ulpianus* szerint: Bőkezűség alapján senki sem szerezhet saját akaratára ellenére ( D.39.5.19.2. ) *Iustinianus* az ajándékozásról a következőket mondja: .... Létrejön pedig akkor, amikor az ajándékozó akaratát írásban, vagy anélkül nyilvánította. A mi constitutióknak az adás-vétel mintájára itt is úgy rendelkezett, hogy az ajándékozások magukban hordják az átadásra való kötelezettséget úgy, hogy még ha az átadás nem történt volna is meg, teljes érvényük legyen és az átadás kötelezőszerűen terhelje az ajándékozót. .... ( Inst. 2.7.2. ).

<sup>17</sup> *Iustinianus* a hagyományról a következőket mondja: A hagyomány nem más, mint az elhunyt által hátrahagyott ajándék ( Inst. 2.20.1. ).

<sup>18</sup> mindazt amit színlelve tesznek, a civiljog tilalma folytán meg nem történnének kell tekinteni ( C. 5.16.20. ).

<sup>19</sup> *Iustinianus* ezzel kapcsolatban azt mondja: Mert ha az örökös az örökhagyónál haszonkölcsönbe, bérbeadott, vagy letétbe helyezett dologról azt hitte, hogy az az örökséghez tartozik, s egy jóhiszemű átvevőnek azt eladta, elajándékozta vagy hozományul adta, nem kétséges, hogy az átvevő elbirtokolhat, mert az a dolog ment a lopás bűnétől, mert az örökös ki jóhiszeműleg, mint a magáét idegenítette el, lopást nem követett el. .... ( Inst.2.6.4. ).

*Pater militi filio reverso quod donat, castrensia peculii non facit, sed alterius peculii, perinde ac si filius numquam militasset. ( D.49.17.15- Papinianus )*

Amit az apa visszaad katonai fiának az nem *peculium castrense*, hanem másmilyen *peculium*, éppen olyan mint az amit nem katonáskodással szerzett.

Bár a tényállás nagyon szűkszavú, de arról az esetről van szó, amikor a hatalomalatti fiú a katonáskodással szerzett különvagyont átadja az apjának, aki utóbb visszaadja azt neki. Erre mondja *Papinianus*, hogy a visszaadott vagyon már nem lesz *peculium castrense*. Azzal hogy a fiú a *peculium castrenséjét* apjának átadta, az elveszti *peculium castrense* jellegét és amikor az apa visszaadja azt a fiúnak az már ugyanolyan lesz, mint minden más *peculium*. A fiú nem rendelkezhet vele, mert az már apja vagyona lesz.

Majd *Papinianus* így folytatja:

*Si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio: ceterum ex qualibet alia causa non tenebit. Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur. ( D.49.17.15.1-2.- Papinianus )*

Ha a stipuláló fiú *peculium castrense* címen ígér valamit az apjának, a *stipulatio* kötelez, egyébként más jogcím alapján nem kötelez. Ha az apa fiának stipulál ugyanez a különbség fennáll.

A *stipulatio*<sup>20</sup> a római mindennapok leggyakoribb ügylete volt. Szóbeli kérdés- felelet formájában létrejövő, egyoldalú, absztrakt szerződés volt. A feltett kérdésre a stipuláló valaminek a szolgáltatását ígérte. Egyoldalú volt, mert az aki ígért valamit csak adós, akinek ígérte csak hitelező volt. Absztrakt is volt, mert a szerződés kauzája magából az ügyletből nem derült ki. Csak a szerződő felek tudták, hogy a megígért összeget a stipuláló kölcsön, bérlet, vételár stb. jogcímén fizeti meg. A kezdetben szigorúan meghatározott szavakkal létrehozott *stipulatio* szigora enyhült és *Leo* császár rendelete óta bármilyen szavakkal megköthető volt az ügylet. A forrásban szereplő *stipulatio* a felek megegyezésén alapuló fajtája ezen ügyletnek.<sup>21</sup>

Ha a fiú *peculium castrense* jogcímén ígér valamit az apjának az őt kötelezi, míg más jogcímen nem és ez fordítva is igaz. Ez azért van így, mert a fiú a *peculium castrensével* szabadon rendelkezhet, így ha arra stipulál az köti őt, míg ha egyéb jogcímen az azért nem, mert egyéb jogcímen olyan vagyona nem lehet amelyen rendelkezési joga van, mivel apja hatalma alatt áll és ugyanez fordítva is igaz.<sup>22</sup> Ha tehát az apa ígér ugyanezen jogcím alapján a fiúnak

<sup>20</sup> Gaius a stipulátorról az alábbiakat mondja: A szóbeli kötelem kérdésből és feleletből áll, mint pl: esküszöl, hogy adsz? Esküszöm. Adsz ? Adok. Ígérsz? Ígérek. Hitedre ígéred? Hitemre ígérem. Kezeskedsz? Kezeskedem. Megcsinálsz? Megcsinálom. ( Gai.3.92.) Iustinianus is hasonlóan rendelkezik: Szóval jön létre a kötelem kérdés és felelet által, amikor valaminek adását, vagy tevését stipuláljuk magunknak. ( Inst.3.15.). Régebben ennél a következő szavak voltak szokásosak: Fogadod-e? Fogadom. Ígéred-e ? Ígérem. Hitedre mondod-e ? Hitemre mondom. Kezeskedel-e? Kezeskedem. Fogsz-e adni ? Fogok. Meg fogod-e tenni? Megteszem. Nem számít, hogy a stipulatiót latin, görög vagy más nyelven kötötték, akkor ha a szóbelileg szerződők közül mindenki érti a nyelvet. Azt sem kell, hogy mindketten ugyanazt a nyelvet használják. Csupán egybevágoan kell a kérdésre felelni; sőt két görög latin nyelven is létesíthet kötelmet. Ezek az ünnepélyes szavak azonban csak régebben voltak használatban, később *Leo* császár kibocsájtotta *constitutioját*, mellyel az ünnepélyes kifejezéseket megszüntetve, csupán a mindkét részről fennálló szándékot s közös megállapodást kívánta meg, bármilyen szavakkal fejezték is ezt ki. ( Inst. 3.15.1.). *Leo* császár hivatkozott rendelete a C.8.37.10-ben található.

<sup>21</sup> Egyezményesek azok, melyek a két fél megegyezéséből származnak, tehát nem a bíró vagy a praetor parancsából, hanem a szerződést kötő felek megállapodásából; ezeknek annyi fajtája van, mint ahány lehet a szerződés. ( Inst.3.18.3.).

<sup>22</sup> Ezzel kapcsolatban Gaius azt mondja: Ezenkívül érvénytelen a *stipulatio*, ha azt kötelezem a *stipulatio*val, aki a hatalmam alá van vetve; ugyanígy ha ő kötelez engem *stipulatio*val. A rabszolga azonban és az aki *mancipium*-ban van és a *filia familiaris* és az aki *manus* alatt áll, nemcsak annak magának, akinek a hatalma alá vannak vetve nem kötelezhetők le, de senki más részére sem. ( Gai.3.104. ). Iustinianus is hasonlóan rendelkezik: Ugyancsak

valamit ez köti őt, míg ha más jogcímen, akkor nem. Ha más jogcímen ígér, akkor olyan mintha saját magának ígérne saját vagyona terhére. Ha a fiú ígér más jogcímen az is olyan mintha az apa vagyonából ígérne az apának. Azaz az apa saját magával állna lekötelezésben, ami lehetetlen. Iyenkor a *stipulatio* függőben sem marad, hanem érvénytelenné válik.<sup>23</sup> Majd a *peculium castrensébe* tartozó rabszolgáról azt mondja:

*Servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletor aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum res ad filium pertinebit: non enim ut filius duplex ius sustinet patris et filii familias, ita servus, qui peculii castrensis est quique nullo iure, quamdiu filius vivit, patri subiectus est, aliquid acquirere simpliciter stipulando vel accipiendo patri potest, quae ratio suadet, ut, si ab ipso patre servus, qui ad filium pertinet, stipuletur ex quamcumque causa vel traditum accipiat, sic acquiratur filio res et stipulatio, quemadmodum si exter promississet, quoniam persona stipulantis et accipientis ea est, ut sine differentia causarum quod per eum agitur emolumentum filii spectet. 4. Si servi pater usum fructum amiserit, cuius proprietatem in castrensi peculio filius habebat, planem proprietatem habebit filius. ( D.49.17.15.3.-4.- Papinianus )*

Ha a fiú *peculiumába* tartozó rabszolga idegentől *stipulatio*val vagy *traditio*val megszerzett valamit, az a jogcímek különbségére tekintet nélkül a fiút illeti, ugyanis nincs kétszeres joga az apának a *peculium castrensébeli* rabszolgára a fiúval szemben, nincs joga míg a fiú él. A fiú az apának alá van rendelve, egyszerűbben megszerezhet valamit *stipulatio*val vagy az apától megkaphatja. A józan ész azt mondja, hogy ha az a rabszolga, aki a fiúé de az apánál van, ha *traditio*val vagy bármilyen más kauzából eredően *stipulatio*val szerez valamit, az a dolog a fiúé lesz, ha az idegen *stipulatio* alapján megígérte, mivel a rabszolga a azt a dolgot megszerző személyé, a kauzák különbözőségére tekintet nélkül az abból származó haszon is a fiút illeti. Ha az apa rabszolgán fennálló haszonélvezeti joga megszűnik, viszont tulajdonjoga a *peculium castrenséből* eredően a fiúnak van, akkor a teljes tulajdon a fiút illeti.

Nézzük meg először a forrás első mondatát. A fiú katonáskodással szerzett egy rabszolgát, aki *stipulatio*val vagy *traditio*val megszerez valamit. A *stipulatio*t már az előzőekben tárgyaltuk most nézzük meg a *traditio*t is. A *traditio* kezdetben csak az. ún. *res nec mancipi*, azaz a *mancipatio*val át nem ruházható dolgok átruházására volt alkalmas valamilyen jogcím alapján, úgy ahogy ezt *Gaius* is mondja.<sup>24</sup> Tehát a *traditio* egy tulajdonszerzési mód, amelyhez kell egy jogcím is, amiben a tulajdonátzállás realizálódik ( pl: adásvétel, kölcsön, csere stb.).<sup>25</sup> *Iustinianus* korára a formáságoztól mentes *traditio* teljesen kiszorítja a szigorúan formalizált *mancipatio*t, amely eredetileg a *res mancipi*, azaz a mancipálható dolgok átruházására volt alkalmas. Emiatt mondja *Iustinianus*, hogy a *traditio* mindenféle testi dolog átruházására használható.<sup>26</sup>

---

érvénytelen a *stipulatio*, ha olyantól kötsz ki *stipulatio*val valamit a magad számára, ki a te hatalmad alá tartozik, vagy ha ez stipulál tőled. A rabszolga nemcsak urával, hanem mással szemben sem állhat kötelezettségben, a családi hatalom alatt lévő fiúk viszont állhatnak másokkal szemben kötelezettségben. ( Inst. 3.19.6.) Bővebben D. Daube, Actions between pater familias and filius familias with *peculium castrense*, in: Studi in memoria di Emilio Albertario I. ( Milánó, 1953 ) 433. p. és köv.

<sup>23</sup> *Iustinianus* erről azt mondja: És a *stipulatio* függőben sem marad, azért mert ..... a dolog megszűnhet a stipulálólé lenni, : hanem a szerződés nyomban érvénytelen ( Inst.3.19.2. )

<sup>24</sup> Ugyanis a nem mancipálható dolgok magával az átadással ( *traditio*val ) teljes joggal a máséi lesznek, feltéve hogy testiek és ezért alkalmasak átadásra. Ha tehát én adásvétel, ajándékozás vagy valamilyen más jogcímen átadok neked egy ruhát vagy aranyat vagy ezüstöt, rögtön tiéd lesz az a dolog, feltéve hogy én annak tulajdonosa vagyok. ( Gai. 2.19.-20. )

<sup>25</sup> A dolgok tulajdonát *traditio*kkal és nem pusztá megegyezésekkel ruházzák át. ( C.2.3.20. )

<sup>26</sup> A természetes jogelvek szerint a dolgok átadással is tulajdonunkba kerülnek; mert semmi nem felel meg jobban a természetes méltányosságnak, mint az hogy a maga dolgát másra átruházni kívánó tulajdonos akarata

A forrás szerint ha a *peculium castrensébe* tartozó rabszolga *stipulatióval* vagy *traditióval* szerez idegentől valamit az a fiút illeti a jogcímek különbözőségére való tekintet nélkül, mert az apának nincs kétszeres joga, nincs joga míg a fiú él. Ez a mondat több kérdést is felvett: a jogcímek közül miért csak a *stipulatiót* és a *traditiót* említi a jogtudós, hiszen más jogcímeken is lehet tulajdont szerezni, további kérdés mint jelenthet az apa kétszeres joga és mit jelent az hogy a nincs joga míg a fiú él.

A forrás azért csak a *stipulatiót* és a *traditiót* említi mert ezzel az összes szerzési jogcím felsorolásra került. Ugyanis a *traditio* tulajdonszerzési mód, amelyhez még szükséges egy jogcím is. Miután a *traditio* a *mancipatiót* teljesen kiszorította, ezáltal az egyetlen származékos tulajdonszerzési mód lett, amellyel az ügyletkötések során egyetlen ősidők óta létező szerződési forma vetélkedhetett, a *stipulatio*. Tehát a jogtudós azt is írhatta volna, hogy bármilyen jogcímen szerzett dolog a fiút illeti.

Az "apának nincs kétszeres joga" szövegrész azt jelentheti, hogy ha a fiú nem hagyja a *peculium castrensét* másra, akkor a halála után az apáé lesz, tehát ez a joga az apának megvan, de míg a fiú él az apának nincsen semmilyen joga a *peculium castrenséhez*, azaz nincs kétszeres joga. Sőt egyáltalán nincs joga míg a fiú él, ha a fiú végrendelet nélkül hal meg, az apának akkor lesz joga a *peculium castrensére*.

Majd utána úgy folytatódik, hogy a fiú az apának alá van rendelve és egyszerűbben megszerezhet valamit az apától *stipulatióval*, vagy megkaphatja tőle.

A fiú az apa *patria potestas* alatt áll, ahogyan ez már a bevezetőben le lett írva.<sup>27</sup> Az apától egyszerűbben úgy szerezhet meg valamit, ha az apa számára stipulál vagy neki ajándékozik valamit. Azonban már fentebb láthattuk, hogy ha az apa a fiú javára stipulál vagy ajándékozik, ez csak akkor érvényes ha *peculium castrense* címén történik, egyébként nem, mert a fiúnak egyéb jogcímen nem lehet vagyona, míg hatalomalatti mindent apjának szerez.

Majd azt mondja, hogy ha a fiú tulajdonában lévő rabszolga az apánál van és szerez valamit *stipulatióval* vagy *traditióval*, az a fiúé lesz, mivel a rabszolga is a fiúé.

Először is felmerül a kérdés, hogy a *peculium castrensébeli* rabszolga miért van az apánál. Azért mert a *peculium castrensébe* tartozó rabszolgán az apának haszonélvezeti joga van, ezt mint újítást *Iustinianus* vezette be.<sup>28</sup> Tehát ez azt jelenti, hogy a *peculium castrensébeli* rabszolga használati és gyümölcsöztetési joga az apát illeti meg.<sup>29</sup>

Majd a jogtudós azt mondja, hogy az apa haszonélvezetében lévő rabszolga által szerzett dolgok és jogok a fiút illetik, mert ő a tulajdonos. Ez a döntés érdekes kérdést vet fel. Hiszen a haszonélvezeti jog lényegéhez tartozik, ahogy ez a *paulusi* meghatározásból kitűnik, a

---

érvényesüljön. Ennél fogva testi dolgok bármifélek legyenek is, átadásra ( traditióra ) alkalmasak és a tulajdonos által eszközölt átadással elidegeníthetők... ( Inst.2.1.40. ).

<sup>27</sup> Iustinianus azt mondja: A fiú, ámbár senator, katona vagy consul lett is, megmarad atyja hatalmában, mert a katonai vagy consuli tisztség nem szabadítja meg a fiút atyja hatalmából... ( Inst.1.12.4. ).

<sup>28</sup> A hatalmatok alatt álló mindkét nembeli gyermekek valamikor mindent ami rájuk szállt- kivéve a hadi kőlvagyont- minden megkülönböztetés nélkül szüleiknek szereztek; s ez annyira a szülőké volt, hogy szabad volt nekik az egyik fiú vagy leány révén szerzett dolgot a másiknak vagy idegennek elajándékozni, eladni vagy tettségük szerinti módon rendelkezni vele. Ezt mi igazságtalannak találtuk, s egy általános érvényű constitutióknban, melyet e tárgyban kibocsájtottunk, a gyerekeket is megvédtük és a szülőket megillető jogokat is épségben tartottuk. Elrendeltük ugyanis, hogy amit atyjuk vagyonából kifolyólag szereztek, azt régi szokás szerint egészen az apjuknak szerezzék- hiszen mi kifogásolni való van abban, hogy az atyához térjen vissza az, ami tőle is indult ki?- amit viszont más alapon szerzett a fiú, annak haszonélvezetét ugyan atyjának szerezze, de a tulajdonjog az övé maradjon, nehogy a maga fáradozásával vagy kedvező szerencsével szerzett dolog, másra átszállva, bánatot okozzon neki. ( Inst. 2.9.1. ).

<sup>29</sup> A haszonélvezet idegen dolgokon fennálló használati és gyümölcsöztetési jog a dolgok állagának épségben tartása mellett. ( D.7.1.1.- Paulus ).



gyümölcsöztetési jog, azaz ami a haszonélvezetben lévő dolog hasznaként keletkezik az a haszonélvezőt kell hogy megillessen. Ezzel ellentétes állásponton van *Gaius* és *Iustinianus* is.<sup>30</sup> A rabszolgán fennálló haszonélvezetnél feltehetőleg azért döntöttek így, mert a rabszolga jóval több hasznot hozhatott, mint a fizikai dolgok és ettől a jelentős haszontól nem akarták a tulajdonost elűzni. Azonban, hogy még se üressé ki a haszonélvezeti jogot amit a haszonélvező vagyonának igénybevételel szerzett a rabszolga azt megkapta a haszonélvező.

A forrás utolsó mondata egybecseng az általános szabályokkal, ha a rabszolgán fennálló haszonélvezeti jog megszűnik a teljes tulajdon a fiút illeti, ha a rabszolga *peculium castrenséjébe* tartozik. A teljes tulajdon kifejezés magába foglalja a rabszolgát és minden hasznot, amit a rabszolga szerzett a haszonélvezeti jog megszűnése után.<sup>31</sup>

Ha a fiú meghal és nem készített végrendeletet a haszonélvezeti jog akkor is megszűnik, mert a rabszolga és minden általa szerzett vagyon az apáé lesz, mint saját vagyona a *peculium castrense* jellegéből adódóan.

2. Eddig azokat a kázusokat vizsgáltuk, amelyek a *peculium castrense* fogalmával és a *peculium castrensébe* tartozó vagyontárgyakkal foglalkoztak, most pedig nézzük meg, hogy a milyen jogai voltak a *peculium castrenséből* eredően a *filius familiasnak*.

A következő kázus nagyon lényegretörően fogalmazza meg a *peculium castrenséből* a *filius familias* megillető jogokat:

..... *cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur.*  
( *D.14.6.2.- Ulpianus* )

A *filius familias* a *peculium castrense* esetében a családfő jogai illetik meg, azaz a fiút a *peculium castrensénél* családfőként kell kezelni, megilleti mindaz a jogosultság amelyeket a római magánjog a *pater familiasnak* biztosít.<sup>32</sup>

*Tertullianus* ezt a kérdést más oldalról közelíti meg, amikor a következőket mondja:

*Miles praecipua habere debet, quae tulit secum in castra concedente patre. 1. Actionem persecutionemque castrensiarum rerum semper filius etiam invito patre habet.*  
( *D.49.17.4.-1.- Tertullianus* )

A katonának külön jogai vannak azon vagyontárgyakkal kapcsolatban, amelyeket a táborban apja engedélyével szerez. A fiút mindig megilleti a perleési kereset a katonai különvagyon dolgaira, még az apja akaratával szemben is.

*Tertullianus* megerősíti azt, hogy a katonának különjogai vannak azon vagyontárgyakkal szemben ami a *peculium castrensébe* tartozik. De a jogtudós még egy fontos elemmel megtoldja az elmondottakat, amit apja engedélyével szerez. Ellentmondás van ezen szöveghely és az eddig vizsgált kázusok között. Ugyanis a korábbiak az apai engedélyt egyáltalán nem

<sup>30</sup> Azon rabszolgák tekintetében, akik csak haszonélvezetünkben vannak, az a döntés, hogy mindaz, amit a mi vagyonunk segítségével, vagy a saját munkájukkal szereznek azt nekünk szerzik; az e jogcímeken kívüliek a tulajdon urát illetik. Ha tehát egy ilyen rabszolgát örökössé neveznek, vagy neki hagyományt adtak, nem nekem hanem a tulajdon urának szerzi meg azokat. ( *Gai.2.91.* ). Ami pedig azokat a rabszolgákat illeti, kiken csupán haszonélvezet áll fenn javatokra, az a nézet győzött, hogy amit a ti vagyonotok, vagy a maguk munkája alapján szereznek, az a titek legyen, amihez viszont más jogcímeken jutottak, a tulajdonost illesse. Tehát ha ez a rabszolga örökössé neveztetett vagy neki valami hagyományul vagy ajándékul rendeltetett, ezt nem a haszonélvezőnek, de a tulajdonosnak szerzi. ( *Inst.2.9.4.* ).

<sup>31</sup> *Iustinianus* szerint: Hasonlóképpen megszűnik a haszonélvezet.....ha a haszonélvező a dolog tulajdonát megszerzi, amit consolidationnak nevezünk. ( *Inst. 2 4.3.* ).

<sup>32</sup> “ Der Haussohn wird in Hinblick auf das *peculium castrense* wie ein *pater familias* behandelt.....” *Aufstieg und.....14. sz. II. kötet B. Lehmann, Das Eigenvermögen....., 207.p és köv. “Seit Augustus wird dem filius familias im Soldatenstand mit dem *peculium castrense* eine weitreichende Vermögensfähigkeit auch rechtlich zuerkannt.” M. Kaser, Römische Privatrecht, ( München 1975 ) II. kötet, 214. p.*

említik. Kérdésként merül fel mi az oka annak, hogy *Tertullianus* eltér a *communis opinio*tól, nem valószínű, hogy azért teszi, mert ebben a kérdésben járatlan volna. Inkább arról lehet szó, hogy mint minden jogintézmény a *peculium castrense* is fokozatosan, bizonyos fejlődés eredményeként alakult ki. Feltehető, hogy *Tertullianus* korában a *filius familias* által a katonai táborban szerzett vagyontárgy csak akkor tartozott a *peculium castrensébe*, ha az apa engedélyezte.

Majd utána azt mondja, hogy a fiút mindig megilleti a perlési kereset a különvagyon dolgaira, még az apa akaratóval szemben is. A perlési kereset azt jelenti, hogy a fiú a *peculium castrensébe* tartozó vagyontárgyat a tulajdonost megillető védelmi keresettel bárkitől vissza perelheti.<sup>33</sup> Ez lehet *actio in rem*, azaz egy bárki ellen irányuló kereset, vagy *actio in personam*, azaz csak meghatározott személy ellen indítható kereset.<sup>34</sup> A bárki ellen megindítható keresetek dologi keresetek, azaz a fiú bárki ellen indíthatja, aki zavarja őt a *peculium castrensébe* tartozó vagyontárgy szabad élvezetében vagy akinél a dolog van. A meghatározott személy ellen indítható keresetek kötelmi keresetek, amelyeket csak olyan személyek ellen indíthatja a fiú, akik vele valamilyen jogcím alapján kötelemben állnak.

Tehát megállapítható, hogy a fiú perlési joga a *peculium castrense* viszonylatában teljes, akár még az apa akarata ellenére is perelhet.

Ugyanarra a következtetésre jut *Ulpianus* is a következőkben:

*Adoptivum patrem, quamdiu in potestate est in ius vocare non potest iure magis potestatis quam praecepto praetoris, nisi sit filius qui castrense habuit peculium: tunc enim causa cognita permittetur sed naturalem parentem ne quidem dum est in adoptiva familia in ius vocari.*  
( D.2.4.8.- *Ulpianus* )

Az adoptált apa, amíg hatalom alatt van, nem követelheti magának a vagyont a *praetori* rendelkezések szerint, de a fiú *peculium castrenséjével* rendelkezhet, amit a vér szerinti szülők nem szerezhetnek meg, csak az adoptáló család.

A forrás nem mondja meg, hogy az adoptált apa önjogú, vagy hatalom alatti, azonban az örökbefogadás módjából megállapítható, hogy az apa hatalomalatti volt. Adoptálni csak hatalomalattit lehet, ha az örökbefogadott önjogú, akkor csak *arrogatoról* lehet szó.<sup>35</sup> A *gaiusi*

<sup>33</sup> A kereset nem más, mint jog arra, hogy ami bennünket megillet azt perrel érvényesítsük. ( D.44.7.51.- *Celsus*). A kereset nem egyéb, mint az a jog, hogy követeléseinket bírói úton érvényesíthetjük. ( *Inst.* 4.6. ).

<sup>34</sup> *Gaius* ezekről a keresetekről a következőket mondja: In personam actio az amikor olyan valakit perlünk, aki nekünk szerződésből vagy bűncselekmény folytán le van kötelezve, azaz amikor az intentioban azt állítjuk, hogy az illető tartozik adni, tenni, helytállni. In rem actio az amikor az intentioban vagy azt állítjuk, hogy egy testi dolog a miénk vagy azt, hogy valamilyen jog megillet bennünket, mint pl: használat vagy haszonélvezet, átjárás, áthajtás, vízvezetés vagy magasabbra való építkezés, esetleg kilátás joga; vagy amikor fordítva: tagadjuk, hogy ellenfelünket megilletné..... ( *Gai.* 4.2. ). *Iustinianus* is hasonlóképpen vélekedik: a kereseteknek, melyekkel a bírák vagy arbiterek előtti peres eljárás a felek közt lefolyik, fő felosztás szerint két faja van: vagy dologiak vagy személyiek. Mert vagy az ellen indít keresetet valaki, aki szerződés vagy bűncselekmény folytán kötelezve van vele szemben, amikor is in personam keresetéről van szó, melyek intentiójában azt állítja a felperes, hogy ellenfele “adni tartozik” vagy “adni és tenni tartozik” neki valamit vagy még bizonyos más módokon fogalmazza intentiobeli követelését: vagy pedig az ellen perel, ki vele szemben semmi kötelezettségben nincsen ugyan, azonban bizonyos dologra vonatkozólag vitát támaszt irányában. Az ebben az esetben keletkező keresetek dologiak; pl: amikor egy testi dolgot birtokol valaki, melyről *Titius* azt állítja, hogy az az övé, viszont a birtokló magát mondja tulajdonosnak. Mert ha *Titius* intentioja így szól: “ rem suam esse”, akkor in rem actio forog fenn. (*Inst.* 4.6.1. ).

<sup>35</sup> *Gaius* szerint örökbefogadás kétféleképpen történhet: vagy a nép hozzájárulásával vagy egy hivatalnok – pl: a praetor imperiumánál fogva. A nép hozzájárulásával fogadjuk örökbe azokat, akik önjogúak. Az örökbefogadásnak ezt a fajtáját adrogationak nevezzük, mivel hogy azt aki örökbefogad megkérdezik, azaz felhívják nyilatkozattételre, vajon akarja-e, hogy az akit örökbe fogadni akar jogszerűen a fia legyen, azt is akit örökbe fogadnak megkérdezik, hogy túri-e azt, hogy ez történjék vele. A népet is megkérdezik, hogy elrendeli-e mindezt. Hivatalnok impériumánál fogva fogadjuk örökbe azokat, akik szüleik potestasa alatt állnak, akár első fokon gyermekek,

tankönyvhöz képest *Iustinianusnál* annyi változás található, hogy az *arrogatio*, azaz az önjogúak örökbefogadása már nem a nép előtt, hanem a császári engedéllyel történik.<sup>36</sup> Hiszen a népgyűlések már régen megszűntek, s ezzel az *arrogatio* is teljesen a magánszférába került, elvesztette minden közösségi jellegét.

Az örökbefogadott apa átkerül az örökbefogadó *pater familias* hatalma alá. De az adoptált apa a *peculium castrenséjéről* szabadon rendelkezhet<sup>37</sup>, ha azonban nem rendelkezik róla, akkor a *peculium castrensét* nem a vér szerinti szülei, hanem az örökbefogadó család szerzi meg, mert az örökbefogadással bekerült az örökbefogadó *agnatiojába*, az adoptáló *pater familias* hatalma alá.

Mivel a forrás adoptált apát említ, tehát olyan személyt akinek feltehetőleg gyermekei is vannak, ezek az apával együtt nem kerülnek az örökbefogadó *pater familias* hatalma alá, hanem meg maradnak a jelenlegi családfő hatalma alatt, ha az apa önjogú lett volna, akkor gyermekei is hatalomalattivá válnának.<sup>38</sup> Ha a feleség manusos házasságot kötött, akkor marad a jelenlegi családfő hatalma alatt, manus nélküli házasságot kötött, akkor továbbra is önjogú lesz.

*Paulus a filius familias* elbirtoklásáról a következőket mondja:

.....*filius familias et maxime miles in castris adquisitum usucapiet.*  
( *D.41.3.4.1.- Paulus* ).

A *filius familias* különösen ha katona, amit a táborban szerzett, elbirtokolhatja<sup>39</sup>. Természetesen az elbirtoklással való tulajdonszerzéshez a jog által megkívánt feltételeknek fenn kell állnia. *Gaius* szerint az elbirtoklás befejezésével civiljogi tulajdon keletkezik.<sup>40</sup> A jogtudós pontosan meghatározza ennek feltételeit: szükséges a dolognak a XII. táblás törvényben meghatározott ideig<sup>41</sup> tartó birtoklása, a jóhiszeműség<sup>42</sup>, a megfelelő jogcím és a dolog ne legyen

---

mint a fiú és lány, akár távolabbiak, mint a fiú unoka vagy a lány unoka, fiú dédunoka, lány dédunoka. ( *Gai.1.98-99.* ).

<sup>36</sup> Az örökbefogadás kétféleképpen történhetik vagy a császár leiratával vagy a magistratus hatalmánál fogva. Császári engedéllyel történik az örökbefogadása azoknak a férfiaknak vagy nőknek akik önjogúak. Az örökbefogadásnak ezt a módját adrogationak nevezzük. A magistratus impériumánál fogva fogadjuk örökbe azokat, a férfi és női személyeket, akik szülői hatalom alatt vannak, akár mint fiúk vagy leányok, első rokonsági fokon akár mint unokák és dédunokák, távolabbi fokon. ( *Inst. 1.11.1.* ).

<sup>37</sup> “ Der Haussohn soll hinsichtlich des peculium castrense einem Gewaltfreien gleichgestellt werden, umgekehrt aber ist dieder auch nicht schlechter zu stellen als jener.” *Aufstieg und.....14. sz. II. kötet B. Lehmann, Das Eigenvermögen.... 207. p és köv.*

<sup>38</sup> A császári kegyelemmel történt örökbefogadásnak sajátossága, hogy az aki örökbe adja magát, ha gyermekei is vannak nemcsak maga jut az örökbefogadó hatalmába, hanem odajutnak gyermekei is, mint unokák..... ( *Inst. 1.11.11.* ).

<sup>39</sup> La Rosa az “et maxime” szót interpolálnak tartja. La Rosa, I. peculii..... 22. p és köv. *Fitting* szerint ez arra utal, hogy ez a privilégium csak a katonákra korlátozódott és nem illette meg a veteránokat. *Fitting, Das castrense peculium 156. p és köv.*

<sup>40</sup> Ha ugyanis neked egy res mancipit se nem mancipáltam, se nem cedáltam in iure csak átadtam neked, a dolog vagyoned részévé vált, a ius Quiritium alapján az enyém maradt mindaddig amíg azt te birtoklással el nem birtokoltad: ha egyszer ugyanis már befejezted az elbirtoklást, attól kezdve teljes joggal a tiédé válik, azaz egyrészt a vagyonedba tartozik az a dolog és egyúttal a ius Quiritium alapján is a tied, mintha csak mancipálták vagy in iure cedálták volna. ( *Gai. 2.41.* ).

<sup>41</sup> Az ingó dolgok elbirtoklása ugyanis egy évvel telik le, a telkeké és az épületeké pedig két évvel; így rendelkezett a XII. táblás törvény is. ( *Gai. 2.42.* ).

<sup>42</sup> Egyébként azoknak a dolgoknak az elbirtoklása is megillet bennünket, amelyeket nem a tulajdonos adott át nekünk, akár res mancipi akár res nec mancipi ezek a dolgok, föltéve, hogy ezeket a dolgokat jóhiszeműen szereztük, mikor is azt hisszük, hogy aki a dolgot nekünk átadta tulajdonos. ( *Gai.2.43.* ).

elbirtoklásra alkalmatlan.<sup>43</sup> *Iustinianus* az elbirtoklás idejét ingóknál három évre, ingatlanoknál pedig 10 és 20 évre felemeli.<sup>44</sup>

*Ulpianus* a marasztalt katona *peculium castrenséjéről* a következők szerint nyilatkozik:

*Si castrense peculium maritus habeat, in quantum facere potest condemnabitur, quia etiam non castrensibus creditoribus ex eo peculio magis est eum cogi respondere.*

( *D. 49.17.7.- Ulpianus* )

Ha a férjnek katonai különvagyona van és marasztalják, az a leghelyesebb, ha a hitelezők csak a nem katonáskodással szerzett vagyonhoz férhetnek hozzá.

A *peculium castrensé*nek van még egy fontos jellemzője, hogy mentes a végrehajtás<sup>45</sup> alól. Ha a katonát marasztalják, akkor a hitelezők a katonai különvagyonhoz nem férhetnek hozzá. Hasonlóan nyilatkozik *Gaius* is a *D. 29.1.17.1.* –ben.

Az, hogy a katona vagyonának hitelezői nem férhetnek hozzá a *peculium castrenséhez* nem jelenti azt, hogy a *peculium castrense* eladásából származó vagyonhoz sem férhetnek hozzá. Ez derül ki *Ulpianus* következő kázusából:

*Si filii familias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque, videamus. simul ergo admittentur, dummodo, si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari: quod puto probandum. ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri.*

( *D.42.6.1.9.- Ulpianus* )

Ha a fiú a vagyonát eladja, a katonai különvagyon hitelezőit el kell különíteni a többi hitelezőtől, egyúttal odaengedni, hacsak össze nem keveredett az egyéb vagyonnal mialatt katonáskodott. Ha összekeveredett megadható arra a követelésre az elkülönítés amit tisztán elismer. Ha a fiú a *peculium castrensét* eladta nem lehet az a hitelezőké és éppúgy nem fordulhatnak az apa vagyona ellen sem, esetleg ellentmondhatnak, de a *peculium castrensét* nem kutathatják, mivel inkább az apával viaskodnak.

*Ulpianus* itt is alátámasztja azt, hogy a *peculium castrense* mentes a végrehajtás alól, tehát ahhoz a *peculium castrense* hitelezői nem férhetnek hozzá, de ha a fiú a vagyonát eladja, akkor a katonai különvagyon hitelezőit el kell különíteni és odaengedni a fiú vagyonához, a többi hitelezőt viszont nem. Ez azért van így mivel a fiú a *peculium castrenséjével* szabadon

---

<sup>43</sup> *Gaius* részletesen felsorolja, hogy mely dolgok nem alkalmasak elbirtoklásra ( *Gai. 2.45-51.* ).

<sup>44</sup> A civil jog rendelte, hogy ha valaki olyantól, ki tulajdonos nem volt, de akit ő jóhiszeműleg tulajdonosnak gondolt, megvett, ajándékba kapott vagy más, jogos címen szerzett egy dolgot, az azt a dolgot ha ingó volt, bárhol egy év alatt, ha ingatlan két év alatt, de csupán itáliai földön, elbirtokolhassa, hogy a dolgok tulajdoni hovatartozása ne maradjon bizonytalanságban. És míg a régiek a most mondott időket elegendőnek vélték arra, hogy a tulajdonosok elveszett jogait felkutassák: előttünk helyesebbnek látszott a szempont, hogy a tulajdonosokat ne lehessen dolgaikból túl korán kiforgatni, másrészt az elbirtoklás kedvezménye ne legyen kötve meghatározott helyhez. Ezért a fentiekre constitutiót bocsájtottunk ki, melyben elrendeltük, hogy az ingó dolgokat három év alatt lehessen elbirtokolni az ingatlanokat pedig az ún. longi temporis possessioval. t.i. az egy helyen lakók között tíz, különböző helyen lakók között 20 év alatt; s így módon legyen megszerezhető a dolgok tulajdona - a birtoklás jogos címének megléte esetén - nemcsak Itáliában, hanem a hatalmunk alatt lévő minden földön. ( *Inst. 2.6.* ).

<sup>45</sup> *Iustinianus* a végrehajtásról a következőket mondja: .... Ilyen volt a bonorum emptio az adós vagyonának végrehajtási eladása, mely sok körülményeskedés útján nyert befogadást még abban az időben, mikor még a rendes peres eljárás volt divatban. Mivel azonban később az extraordinaria iudicia jött szokásba, a rendes bírói eljárással együtt a vagyoneladások is megszűntek, s ma már csupán az van megengedve, hogy a hitelezők bírói közreműködéssel a vagyont birtokba vegyék s tetszés szerint rendelkezzenek vele,..... ( *Inst. 3.12.* ).

rendelkezhetett, tehát az annak a helyébe lépett vagyon a *peculium castrense* hitelezőit kell, hogy illesse. A fiú többi hitelezője legfeljebb ezután kaphat kielégítést, mert a fiúnak egyéb vagyona nem is lehet, mert mindent apjának szerez, ezért az egyéb hitelezőinek ki kell várniuk, hogy a *peculium castrense* helyére lépett vagyonból marad-e valami az ő kielégítésükre. Ha a fiú katonai különvagyonra összekeveredett egyéb vagyonával, ami csak *peculium* lehet, akkor csak olyan követelésre adható meg a *separatio*, ami a *peculium castrensét* terhelte és a fiú elismer.

Ha a fiú eladta a *peculium castrensét* akkor a hitelezők nem szerezhetik azt meg és nem fordulhatnak az apa ellen sem, esetleg ellentmondhatnak és pereskedhetnek az apával de a *peculium castrensét* nem kutathatják.

Szintén *Ulpianus* mondja, hogy a *peculium castrense* esetében a *senatus consultum Macedonianumot* alkalmazni kell:

*In filio familias nihil dignitas facit, quo minus Senatus consultum Macedonianum locum habeat: nam etiamsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatus consulto locus est: nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit.*  
( *D.14.6.1.3.- Ulpianus* ).

A fiú ellen senki sem tehet semmi érdemlegeset, csak annyit amit a *s. c. Macedonianum* szerint tehet, mégha mindjárt *consul* vagy más érdemes személy is, ha csak nem a fiúnak *peculium castrenséje* van.

A hivatkozott *senatus consultum* kimondta, hogy a fiú részére az apa életében tudta és beleegyezése nélkül folyósított pénzkölcsön az apa halála után sem peresíthető, kivéve a *peculium castrensét*.<sup>46</sup>

A jogtudós azt mondja, hogy senki még a konzul sem tehet többet a fiú ellen mint amit a *senatus consultum* megenged. Az pedig csak azt engedi meg, hogy az apa halála után a fiút a *peculium castrense* erejéig pereljék az apa életében de engedélye nélkül felvett pénzkölcsön erejéig.<sup>47</sup>

Tehát jól látható *Ulpianus* három jogesetéből, hogy a *peculium castrense* mentesítve van mind a fiú egyéb vagyonának, mind *peculium castrenséjének* hitelezőitől. Ha a fiú vagyonát eladja a *peculium castrense* hitelezői érdekében azok követeléseit elkülönítik és kielégíthetik, de ha már a *peculium castrense* összekeveredett az egyéb vagyonnal ők is csak akkor kaphatnak kielégítést, ha a fiú elismeri követelésüket. Mivel a fiú a *peculium castrenséjével* szabadon rendelkezhet, ezért a *peculium castrensét* annak hitelezői nem is szerezhetik meg és nem is kutathatják, fordulhatnak ugyan a fiú apja ellen, de az apa vagyonából nem kereshetnek kielégítést. Ha a fiú apja életében pénzkölcsönt vett fel az apa halála után a hitelezők csak a *peculium castrense* erejéig perelhetik, de kielégítést csak a *peculium castrense* eladásából származó vagyonból kereshetnek, mert maga a katonai különvagyon nem vonható végrehajtás alá. *Ulpianus* szerint a *peculium castrensét* nem kell osztályra bocsájtani:

<sup>46</sup> A *senatus consultum* szövegét *Ulpianus* szó szerint idézi: "Többek között a bűnös Macedo esete okán, valamint azon természetük miatt, hogy az anyagiak terén halálos bűnökért kell helytállniuk és nekik ismeretlenek pénzt kölcsönadnak. Senki a fiúnak pénzkölcsönt ne nyújtson, mert arra az apa halála után, akinek a hatalma alatt állt, kereset nem adható, ismervé az uzsorások példáját, senki nem számítson a fiú vagyonára az apa halála után." ( *D.14.6.1.- Ulpianus* ). A határozat a római aranyifjak megregulázására született, mert egy Macedo nevű ifjú apját megölte, hogy annak vagyonából a hitelezőit kifizethesse. Ez az eset jól példázza a rómaiak jogi gondolkodását, hiszen a mai kor jogászai gondolkodásával szemben nem büntető jogi hanem magánjogi megoldást kerestek. Nem azt nézték, hogy utólag milyen szigorú büntetést lehetne bevezetni, hanem a perlés jogának megvonásával elejét vették a probléma kialakulásának. Vö.: G. Dietzel, *Das senatus consultum Macedonianum* (Lipcse 1876). 22. p. és köv., Fitting, im.163 p. és köv.

<sup>47</sup> "Der Haussohn mit peculium castrense aber hat zur Befriedigung des Darlehensgebers eigenes Vermögen, und insoweit braucht der Vater nicht geschützt zu werden." Aufstieg und..... 14. sz. II. kötet B. Lehmann, *Das Eigenvermögen*.... 216. p és köv.

*Si is qui bona collaturus est habeat filium peculium castrense habentem non cogetur utique peculium eius conferre. sed si iam tunc mortuus erat filius eius et castrense peculium habebit, cum morietur is cuius bonorum possessio petenda est: an conferre cogatur? cum autem vindicari id patri non sit necesse, dici oportebit conferendum: non enim nunc acquiritur, sed non adimitur. amplius dico, et si institutus fuerit a filio heres nec dum adierit habeatque substitutum, quia non magis nunc quaeritur peculium quam nunc non alienatur, conferri debere. ( D.37.6.1.22.- Ulpianus )*

Ha az, akinek osztályra bocsájtandó vagyona van, fiú *peculium castrenséje* is van, azt nem köteles osztályra bocsájtani, ha utána meghal a fiú, amikor már a *bonorum possessiót* megkapta, köteles-e osztályra bocsájtani? Mivel az apának nem feltétlenül szükséges magának vindikálnia a *peculium castrensét*, osztályra kell bocsájtania, mert anélkül nem szerezheti meg, ezenfelül a fiú örököse, vagy annak helyettese amit nem a *peculiumból* vagy nem átruházásból szerzett köteles osztályra bocsájtani.

Jelen jogeset több kérdést is felvett. Először is tisztázni kell, hogy mit jelent az osztályra bocsájtás. Az örökhagyó lemenői közül az emancipált fiúnak<sup>48</sup>, a házasságot kötött lánynak, illetve később a leszármazónak az örökhagyótól életében ingyenesen kapott juttatást a hagyatékhoz hozzá kellett számolni (osztályra kellett bocsájtani) és a nekik jutó örökrészből az ingyenes juttatás értékét le kellett vonni.<sup>49</sup>

Itt a leszármazó osztályra bocsájtásáról van szó. A jogtudós egyértelműen leszögezi, hogy a *peculium castrense* nem osztályra bocsájtandó. Ha tehát a családgyerek kapott az örökhagyótól egy fegyvert ajándékba, akkor ezt nem kellett a hagyatékhoz hozzászámítani. Ha a fiú már örökössé vált, azaz megkapta a *bonorum possessiót*<sup>50</sup> és az apja szerzi meg a *peculium castrensét* azt már köteles osztályra bocsájtani, hiszen a fiú halálával a katonáskodással szerzett vagyon elveszti *peculium castrense* jellegét, a jogtudós még azt is hozzáteszi, hogy az apa nem köteles örökölni a fia után.<sup>51</sup>

Ha a fiú után nem az apa örököl, akkor ami a *peculium castrense* illetve amit átruházással szerzett azt nem kell osztályra bocsájtani. Bár a forrásban csak a *peculium* van megjelölve, de nyilvánvaló hogy azon *peculium castrensét* kell érteni. Azért mert a *peculium* az apa

<sup>48</sup> Gaius az emancipatorról a következőket mondja: Ezenkívül emancipatioval is megszűnnek a gyerekek felmenőik hatalma alá tartozni. A fiúk pedig háromszori emancipatioval, a többi gyerek pedig akár hím-, akár nőneműek voltak egy emancipatioval kerülnek ki felmenőik potestas alá.... ( Gai.1.132. ). Iustinianus korszerűsítette az emancipatio szabályait: Ezenkívül a gyerekek emancipatioval is megszűnnek atyjuk hatalma alatt lenni. Az emancipatio azelőtt vagy a régi törvényen nyugvó gyakorlat szerint történt, mely képletes eladások és felszabadítások útján ment végbe vagy császári leirattal. A mi gondoskodásunk ezt is megjavította egy constitutioval úgy, hogy az atyák a régi látszat- adásvétel mellőzésével egyenesen az illetékes bíróhoz vagy hatósághoz mennek és így bocsájtják ki fiaikat, leányaikat, mindkét nembeli unokáikat stb. saját hatalmuk alá.... ( Inst.1.12.6.).

<sup>49</sup> Az emancipált fiú osztályra bocsájtásáról lásd a D.37.6.-t, a hozomány osztályra bocsájtásáról a D.37.7.-t

<sup>50</sup> Gaius a bonorum possessióról: Ipso iure nem válnak örökössé azok, akiket a praetor hív meg az öröklésre. A praetor ugyanis senkit sem tehet örökössé, csupán a törvény vagy valamilyen más hasonló jogi rendelkezés alapján válik valaki örökössé, mint például senatus consultum és császári rendelet által, mivel azonban a praetor megadja nekik a bonorum possessiót (hagyatéki javak birtokát), örökösi helyzetbe kerülnek. ( Gai.3.32.). Paulus is hasonlóan nyilatkozik: A praetor a bonorum possessort minden vonatkozásban örökösnek tekinti. ( D.50.17.117.- Paulus ). Iustinianus azt mondja: A bonorum possessio jogintézményét a praetorok hozták be a régi jog megjavítása végett.... ( Inst.4. 9. ). Akiket azonban csak a praetor hív meg az örökösödésre, azok ettől még nem lesznek jog szerint is örökösök, mivel a praetor senkit sem tehet örökössé; örökössé u.i. csak törvény vagy hasonló erejű jogszabály alapján lehet valaki, pl. senatushatározatok vagy császári constitutiók által; de azért hogy a praetor a hagyaték birtokába utalja őket, az örökösök helyzetébe lépnek és bonorum possessornak nevezzük őket ( Inst.4.9.2. ).

<sup>51</sup> A XII. t. t. szerint sui heredes hiányában az öröklésre jogosult agnatus nem köteles átvenni az örökséget. ( Gai. 3.12. ). A praetori bonorum possessionál is az apa úgy is mint agnát rokon és úgy is mint vérokon visszautasíthatta az örökséget. ( Inst. 3.9. ).

engedélyével a fiú használatában lévő különvagyon, amelyet az apa bármikor elvonhatott és azon a fiúnak soha nem is volt szabad rendelkezési joga.<sup>52</sup> De akkor még mindig felmerül a kérdés, hogy ha a fiú után az apa örököl akkor miért kell a *peculium castrensét* osztályra bocsájtani, míg ha más akkor miért nem? Erre a választ a *peculium castrense* jellege adja meg, hiszen ha a katonai különvagyont az apa kapja meg, mivel az eredendően a családfői vagyon része volt, elveszti *peculium castrense* jellegét és mint minden más vagyont osztályra kell bocsájtani. Ezzel szemben ha más valaki örököli a *peculium castrensét* az megtartja katonai különvagyon jellegét és nem kell osztályra bocsájtani.

A forrás szerint mentes a *collatio* alól az átruházásból szerzett vagyon is. Ezen nyilvánvalóan a vizsterhes átruházás során szerzett vagyont kell érteni, mert amiért ellenszolgáltatást nyújtottak azt nem kell osztályra bocsájtani. A *collatio* csak az örökgyótól származó ajándékokra vonatkozik.

*Paulus* szerint a *peculium castrense* mentes a kötelesrész alól:

*nam in bona castrensia non esse dandum contra tabulas filii militis bonorum possessionem divus Pius Antoninus rescripsit. ( D.29.1.30.- Paulus )*

*Antoninus Pius rescriptuma* szerint a végrendelet ellenére való öröklés nem érvényesül a hatalomalatti *peculium castrenséjénél*. Az örökségből meghatározott rokoni körnek még végrendelet esetén is juttatni kellett, kivéve a katonai különvagyont. Tehát nem illette meg kötelesrész a leszármazót, ezek hiányában a szülőt, illetve *turpis persona* öröklése esetén a testvért, ha a fiú végrendelettel másra hagyta a *peculium castrenséjét*.<sup>53</sup>

*Ulpianus* egy lopással kapcsolatos eset kapcsán a következőket mondja:

*Idem dicendum est et in filio familias milite: nam ipse patri furti non tenebitur, servi autem sui nomine castrensis tenebitur, si patri servus furtum fecerit. Sed si filius meus, qui habet castrense peculium, furtum mihi fecerit, an possim actione utili adversus cum agere, videntum est, cum habeat unde satisfaceat, et potest defendi agendum. An autem pater filio teneatur, si rem eius castrensis peculii subtraxerit, videamus: et putem teneri: non tantum igitur furtum faciet filio, sed etiam furti tenebitur.*

*( D. 47.2.50.4.-6.- Ulpianus )*

A katonai fiú nem birtokolhatja, amit az apától lopott, a *castrensébe* tartozó rabszolgákat saját nevében birtokolhatja, ha a rabszolga az apától lop. Ha a fiam, akinek *peculium castrenséje* van lop tőlem, akkor utánképzett birtokkeresetet kapok ellene, mivel vagyonnal rendelkezik kártérítést fizethet és védekezhet. A fiú is az apa hatalma alatt van, ha az apa az ő *peculium castrenséjét* elragadja lopást követ el, lopott dolgot birtokol.

A katonai fiú azért nem birtokolhatja amit az apától lopott, mert neki nem lehet saját vagyona, mindent amit szerez az apának szerzi, kivéve ez alól a *peculium castrensébe* tartozó vagyont, így az oda tartozó rabszolgákat is, a fiú saját nevében birtokolhatja<sup>54</sup>. A nem a katonai különvagyonba tartozó dolgoknál a fiú csak *detentor* lehet, a birtokos az apa lesz.<sup>55</sup> A jogtudós azt

---

<sup>52</sup> Lásd a 19. pontnál írtakat.

<sup>53</sup> Iustinianus a kötelesrészről: Nemcsak a gyermekeknek szabad azonban szüleik emberségtelen végrendelete miatt perelniük, hanem a szülőknek is a gyermekeké miatt. Leány- és fiútestvér is előnnyel bír szent constitúciónk értelmében becstelen személyekkel szemben; ezek tehát nem mindenféle örökös ellen léphetnek fel perrel. A testvéreknél távolabbi rokonok semmiképpen sem perelhetnek, illetőleg ha perelnek nem győzhetnek. ( Inst. 2.18.1. ).

<sup>54</sup> Maecianus Ulpianushoz hasonlóan nyilatkozik a *peculium* birtoklásáról: Nem tarthatja meg, nem szerezheti vissza, de meg sem szerezheti a különvagyonba tartozó dolog birtokát a családfiú. ( D.50.17.93.- Maecianus ).

<sup>55</sup> Gaius azt mondja: nem csak a tulajdont szerezzük meg azok által, akik potestasunk alatt állnak, hanem a birtokot is; amelyik dolognak ugyanis elnyerték a birtokát, azt mi birtokoljuk. .... ( Gai.2.89. ). Hasonlóan

mondja, hogy a fiú a *peculium castrensébe* tartozó rabszolgát saját nevében birtokolja, ha a rabszolga az apától lop. Ez azt jelenti, hogy az apa felléphet fia ellen, mint a *peculium castrensébe* tartozó rabszolga “tulajdonosa” ellen. Akkor is felléphet, ha a fiú lop tőle és utánképzett birtokkeresetet adnak ellene az apának. Azért utánképzett ún. *utilis actiót*<sup>56</sup> mert a fiúval szemben az apa nem kaphat keresetet, hiszen a fiú a katonai különvagyonot kivéve nem rendelkezhet saját vagyonnal. Ez visszafelé is igaz, ha a fiú *peculium castrensével* bír és az apa azt elragadja tőle lopást követ el és ellene a fiú lopási keresettel felléphet.

Az apa a fiú kárára, illetve a fiú az apa kárára csak a *peculium castrense* keretei között követelhet el lopást, mivel lopást elkövetni csak idegen dologra lehet, saját dologra nem.<sup>57</sup>

3. A *peculium castrensébe* tartozó rabszolgával több kázus foglalkozik, ebből kettő *Modestinus*tól származik:

*Servi, quos filius familias in castris quaesivit, non in patris familia computabuntur: nec enim pater tales filii servos manumittere poterit. ( D.40.1.17.- Modestinus )*

A rabszolgák, amelyeket a fiú a táborban szerzett, nem az apa családját illetik, az apa a rabszolgákat nem szabadíthatja fel.

Azok a rabszolgák, amelyeket a fiú a táborban szerzett a katonai különvagyonába tartoznak, ezért neki azokon szabad rendelkezési joga van, *quasi* tulajdonosa ezen rabszolgáknak, ezért nem az apa családját illetik és mivel felettük a fiú gyakorolja a tulajdonosi jogokat ezért a *manumissiora*<sup>58</sup> az apa nem jogosult.

*Servum a filio familias milite manumissum divus Hadrianus rescipit militem libertum suum facere, non patris. Servus non manumissus libertatem consequitur is, qui ea lege distractus est, ut manumittatur intra tempus: quod superveniens, licet non manumittatur, faciet tamen libertum emptoris. ( D.37.14.8.-1.- Modestinus)*

*Hadrianus* azt írja, hogy a fiú katona által felszabadított rabszolga a fiú és nem az apa *libertinusa* lesz. A törvényesen eladott rabszolga ha nem nyeri el a szabadságot, még ha ez idő alatt a felszabadító váratlanul megjelenik, ő már nem szabadíthatja fel, hanem csak a vevő.

A jogtudós azt írja, hogy a hatalomalatti fiú által felszabadított rabszolga a fiú *libertinusa* lesz. Természetesen itt a *peculium castrensébe* tartozó rabszolga felszabadításáról van szó, mivel a *peculium castrense* feletti szabad rendelkezés joga a fiút megillette, ezért a felszabadított rabszolgának ő és nem az apa lesz a *patronusa*. Utána *Modestinus* egy másik tényállást taglal. Itt a rabszolga tulajdonosa fel akarta őt szabadítani, de ez nem sikerült, feltehetőleg valamelyik a rabszolga felszabadítást korlátozó törvény ellenére tette ezt és azért nem sikerült neki.<sup>59</sup> Majd eladta a rabszolgát és utána elment a vevőhöz, hogy felszabadítsa azt, de ekkor már ez a vevő jogosultsága.

---

nyilatkozik Iustinianus is: a hatalmatok alatt állók által nemcsak a tulajdonjogot, hanem a birtoklást is megszerzitek; mert ami dolognak birtokát ők megszerezték, annak birtokosául titeket kell tekinteni..... ( Inst.2.9.3. ).

<sup>56</sup> Az *utilis actoról*: R. Sotty, Les actions qualifiées d’ “utiles” en droit classique, Labeo 25 (1979) 139. p. és köv., E. Valino, *Actiones Utiles* ( Pamplona 1974 ).

<sup>57</sup> Gaius részletesen tárgyalja a lopás fogalmát és kereseteit. ( Gai.3.182-209. ). Paulus pedig megadja a lopás pontos definícióját: A lopás egy dolog bűnös birtokba vétele haszonszerzés céljából és pedig akár magát a dologot, akár annak használatát, akár annak birtokát illetően. ( D.47.2.1.3.- Paulus ). Iustinianus a következő fogalmat adja: Lopás: a dolog csalárd birtokbavétele; még pedig vagy magáé a dologé, vagy használatáé, illetőleg birtokáé; ennek elkövetését természeti törvény is tiltja. ( Inst.4.1.1. ) Iustinianus szintén nagyon aprólékosan taglalja a lopás szabályait az Inst.4.1.-ben.

<sup>58</sup> .....A manumissio a szabadság adományozása. Mindaddig, amíg valaki rabszolgaságban van manusnak és potestasnak van alávetve, de szabadonbocsájtása után a potestas alól szabadul..... ( Inst.1.5. ).

<sup>59</sup> Gaius részletesen tárgyalja a rabszolgafelszabadítás feltételeit. ( Gai.1.36-54. ), továbbá Iustinianus is az Inst. 1.6.-ban.



Kérdésként merülhet fel, hogy kinek van joga felszabadítani a rabszolgát akkor, ha a vevő csak bonitár tulajdonosa lesz a rabszolgának. Ugyanis ha a rabszolgát nem *mancipatióval*<sup>60</sup>, hanem *traditióval* ruházták át, akkor a vevő nem lett civiljogi tulajdonosa, hanem csak bonitár tulajdonosa lett, mivel a tulajdonátruházásnál formahiba történt. Ilyen esetben a bonitár tulajdonosnak van joga a felszabadításhoz.<sup>61</sup>

Itt feltehetőleg a vevő csak bonitár tulajdonos lett hiszen az eladó utóbb elment, hogy a vevőnél újra felszabadítsa a rabszolgát, valószínű azért mert ő volt annak civiljogi tulajdonosa és azt hitte hogy még a *manumissiot* elvégezheti.<sup>62</sup>

*Ulpianus a peculium castrensébe* tartozó rabszolga felszabadításával kapcsolatban ugyazon a véleményen van, mint *Modestinus*:

*Plane si filius familias miles esse proponatur, non dubitamus, si castrensis peculii ancillam manumiserit, competere ei hoc ius: est enim patronus secundum constitutiones nec patri eius hoc ius competit. ( D.23.2.45.3.- Ulpianus ).*

Kétségtelen, hogy a *filius familias a peculium castrensébe* tartozó rabszolganőjét felszabadíthatja, a *patronatus* a császári rendeletek a fiúnak és nem az apának biztosítják.

Ebből az újabb forrásból jól látszik, hogy a *peculium castrensébe* tartozó rabszolgák felszabadításának joga és a *ius patronus* a jogtudósok *communis opinioja* szerint a fiút illette meg, még akkor is ha a rabszolgának csak bonitár tulajdonosa volt.

Szintén Ulpianustól származik a rabszolgafelszabadítással kapcsolatos következő kázus:

*Proponebatur filius a patre de castrensi peculio servos comparasse eosque a patre manumittere rogatus, cum heres esset ab eo institutus: quaerebatur, si se abstinuisset paterna hereditate eosque manumisset, an miscuisse se paternae hereditati videatur. dicebamus, nisi evidenter quasi heres manumiserit, non debere eum calumniam pati, quasi se miscuerit hereditati. ( D.29.2.42.3- Ulpianus )*

A fiú a *peculium castrenséjéből* átad az apának egy rabszolgát és az apa felszabadításáról rendelkezik. Ez a jog az örököst illeti. Ha a fiú megkapja az apai örökséget, akkor az összekeveredik a saját vagyonával és úgy tűnik, mintha a rabszolgát az apa örököse szabadítaná fel, de az apa ármánykodása nem elfogadható.

Itt arról van szó, hogy a fiú átad egy rabszolgát az apának, aki azon nem szerez tulajdonjogot, még is felszabadítja azt. Az apa meghal és a fiú mint az apa örököse megszerzi az apa vagyonát, amelyik összekeveredik az ő saját vagyonával és most már úgy tűnik, mintha az általa átadott rabszolgát ő mint az apa örököse szabadította volna fel. De az apa ármánykodása révén a rabszolga nem lesz szabad, mivel felette a fiúnak van rendelkezési joga.

4. Összegezve a *peculium castrense* jellegéről és ezzel kapcsolatban a hatalomalatti fiút megillető jogokról írtakat a következőket állapíthatjuk meg.

A *peculium castrensébe* beletartozott mindaz a vagyon, amit a családgyerek katonáskodása alatt szerzett függetlenül attól, hogy azt a táborban vagy csatában szerezte, továbbá voltak olyan korszakok, amikor a szülőktől és a vérrokonoktól kapott katonáskodással kapcsolatos vagyon is beletartozott. Látható, hogy amikor az állam érdekei megkívánták a császárok

<sup>60</sup> Ily módon mancipálják mind a rabszolgákat, mind a szabad személyeket... ( Gai.1.120. ).

<sup>61</sup> Gaius erről azt mondja: Mivel pedig a római polgároknál kétféle tulajdon van ugyanis vagy a vagyonunkba beletartozik vagy a *ius Quiritiumból* folyóan vagy mindkét jog alapján valakié a rabszolga, végül is úgy mondjuk, hogy a rabszolga az ura hatalmában van akkor is, ha egyidejűleg a *ius Quiritium* szerint nem is az övé. Akit ugyanis a *ius Quiritiumból* kifolyólag csak a pusztá jog illet meg a rabszolgán, arról azt tartják hogy nincs hatalma rajta. ( Gai.1.54. ).

<sup>62</sup> Iustinianusnál ez a probléma már fel sem merülhet, hiszen ebben a korban a római tulajdon már újra egységessé vált.

megengedték azt, hogy olyan vagyon is a *peculium castrensébe* tartozzon, ami egyébként nem volt odasorolható.

A katonai különvagyonról a *filius familias* szabadon rendelkezhetett mind élők között mind pedig halál esetére. Sőt a *peculium castrensére* keresetet is kapott, továbbá nem volt köteles azt osztályra bocsájtani és érvényesült a *senatus consultum Macedonianum* is. A fiú *peculium castrensére* még az apa ellen is kapott lopási keresetet.

### III. A *peculium castrense* öröklése és megszerzése

1. *Ulpianus* a végrendelet nélkül elhalt családfiú *peculium castrenséről* az alábbiakat mondja:

*Filii familias militis si peculium apud patrem remansit sine testamento filio defuncto, pater ipsi heres non fit, sed tamen heres is fiet, quibus filius fuit.*  
( *D.49.17.1.- Ulpianus* )

Ha a katona családgyerek végrendelet nélkül hal meg, a *peculium castrenséje* az apjává lesz, az apa saját maga után nem lesz örökös, de mégis a fia örököse lesz.

Elsőre furcsának tűnhet *Ulpianus* megállapítása, hogy az apa saját maga után nem lesz örökös, de még is a fia örököse lesz. Ez a mondat jól mutatja a *peculium castrense* jellegét.

Ugyanis ha a fiú nem készít végrendeletet, akkor a *peculium castrensénél* érvényesül a különvagyoni jelleg, az hogy valójában olyan vagyontömegről van szó, ami az apa vagyonának a része. Ezért mondja a jogtudós, hogy az apa nem lesz saját maga örököse.

Kérdésként merül fel, hogy miért mondja azt, hogy az apa még is a fiú örököse lesz. Azért mert, bár formailag nem a fiú örököse, mivel a *peculium castrense* alakilag az apa vagyonába tartozik, valójában még is a fiú egyetemes jogutódja lesz<sup>63</sup>. Ha a fiú nem készít végrendeletet akkor az apa *bonorum possessiót* kérhet a *praetortól*, ha a *peculium castrensét* adósság terheli azt az apának kell megfizetnie.

Ugyanezt fogalmazza meg *Ulpianus* a következő töredékben is:

*Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferentur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium.* ( *D.49.17.2.- Ulpianus* )

Ha a katona családgyerek meghal, de végrendeletet nem készít, a vagyona nem olyan mintha örökség lenne, inkább olyan különvagyon ami az apjához kerül, de ha végrendelet van, akkor a *peculium castrense* örökségnek minősül.

Ugyancsak *Ulpianus* tárgyalja azt az esetet, amikor a fiú apja javára végrendelezik:

*.....sed et si filius familias putans se patrem familias testamentum fecerit, deinde mortis tempore pater familias inveniatur, non potest bonorum possessio secundum tabulas peti. sed si filius familias veteranus de castrensi faciat, deinde emancipatus vel alias paterfamilias factus decedat, potest eius bonorum possessio peti. sed quis utroque tempore testamenti*

---

<sup>63</sup> Az egyetemes jogutódokat örökösnek tekintik ( *D.50.17.128.1.- Paulus* ). Az öröklés nem más, mint utódlás azon jogok összességében, amelyek az elhaltat megilleték ( *50.17.62.- Iulianus* ).

*factionem habuerit, medio tempore non habuerit, bonorum possessio secundum tabulas peti poterit. (D.37.11.1.8.- Ulpianus )*

Ha a becsületes fiú az apa javára végrendelkezik és azután a fiú halála ideje alatt az apa megszerzi a hagyatékot, akkor nem kapja meg a *bonorum possessio secundum tabulast*. De ha a fiú veterán és a *peculium castrenséjét* az *emancipált* fiú vagy más *pater familias* megszerzi az apa a *bonorum possessiót* megkapja. De ha ebben az időben mindkét végrendelkezési joggal bír, később nem bír, akkor a *bonorum possessiót* megkapja.

Tehát ha a fiú az apára hagyja a *peculium castrenséjét* és azt az apa birtokba is veszi, akkor nem kap *bonorum possessiót*<sup>64</sup> a *praetortól*, mert nincs rá szükség. Viszont ha a fiú veterán volt és a hagyatékát egy *emancipált* fiú<sup>65</sup> vagy egy másik családfeje veszi birtokba, akkor az apa megkapja a *bonorum possessiót*, hiszen ő a fiú örököse.

Ha a fiú halálakor mindkét végrendelkezési joggal bír, az aktívval és a passzívval is, tehát maga is készíthet végrendeletet és örökölhet is, de később már nem rendelkezik végrendelkezési képességgel, akkor is megkapja a *bonorum possessiót*, mert a halál pillanatában nyílik meg az öröklés, ezért ez az időpont az irányadó.

Szintén *Ulpianustól* származik a következő kázus is:

*Miles filius familias a commilitione vel ab eo, quem per militiam cognovit, heres institutus et citra iussum patris suo arbitrio recte pro herede geret. ( D.49.17.5.- Ulpianus )*

Ha a hatalomalatti katona bajtársától vagy valaki mástól katonaként szerez, azt az örököse szerzi meg közvetlenül, az apa akarata nélkül is.

Ha a katona bajtársától vagy valaki mástól a katonáskodás során vagy azzal összefüggésben szerez meg dolgokat, akkor ezek a *peculium castrensébe* tartoznak és azt az örököse kapja, mivel a fiú a katonai különvagyonáról szabadon végrendelkezhetsz, az apja akarata ellenére is. *Ulpianus* tehát újfent megerősíti, hogy milyen dolgok tartoznak *peculium castrensébe* és hogy arról a fiú szabadon végrendelkezhetsz az apa akarata ellenére is.

Ugyancsak *Ulpianus* vizsgálja azt, hogy mi lesz a sorsa a katonai különvagyonnak, ha a fiú házon kívüli örököst nevez ki:

*Proponebatur filius familias miles testamento facto extraneum heredem scripsisse, patre deinde superstite decessisse, pater deliberante herede instituto et ipse diem functus, deinde heres institutus repudiasset hereditatem. quaerebatur, ad quem castrense peculium pertineret. dicebam castrense peculium filii familias, si quidem testatus decessisset, quasi hereditatem de ferri heredi scripto, sive extraneum scripsisset heredem sive patrem. sed cum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur. denique si servo filii castrensi libertatem pater adscripserit moxque filius vivo patre defunctus sit, non impeditur libertas. unde Marcellus putat necessarium quoque heredem servum filii peculiam patri existere posse, si filio pater supervixerit. idem referebam et si rem peculiarem filii pater legaverit: nam eodem casu, quo libertatem competere diximus, legatum quoque vel debetur vel impeditur. quibus ita praemissis et in proposito dicebam, cum heres non adiit hereditatem, retro peculium patris bonis accessisse: unde posse dici etiam aucta patris bona per hanc repudiationem. nec est novum, ut ex postfacto aliquis successorem habuisse videatur. nam et si filius eius, qui ab hostibus captus est, decesserit patre captivo vivo, si quidem patrem regrederetur, quasi filius familias peculium haberet: enimvero si ibidem pater decesserit, quasi pater familias legitimum habeat successorem, et retro habuisse creditur eius*

<sup>64</sup> A *bonorum possessió*ról lásd a 37. pontot.

<sup>65</sup> Az *emancipatio*ról lásd a 36. pontot.

*successor ea quoque, quae medio tempore filius iste quaesit, nec heredi patris, sed ipsi filio quaesita videbuntur.*  
( D.49.17.9.- Ulpianus )

A katona fiú végrendeletében házonkívüli örököszt nevez ki és a fiú még meghal apja életében. Ha az apa az örökös meggondolási ideje alatt meghal és az örökös az örökséget visszautasítja, halála napján az apa megszerzi az örökséget. Meg kell nézni hogy ez a *peculium castrensé* vonatkozik-e ? A *peculium castrensé* a fiúé, ha a végrendeletben örököszt jelöl vagy az *extraneusé* vagy az apjáié lesz. Ha a fiú úgy dönt, nem lesz az apáié de semmi esetre sem lesz a hitelezőé. Ha a fiú katonai különvagyonába tartozó rabszolga szabadságához az apa hozzájárult, ezután a fiú még apja életében meghalt, ez nem akadály a szabadságnak, ha a fiú az apát túléli, ez viszont akadály a szabadságnak. *Marcellus* úgy véli ahhoz, hogy a fiú rabszolgája örökölje a *peculium castrensét*, az apa jóváhagyása kell, ha a fiút az apa túléli. Ugyanez a döntés ha a fiú a *peculium* tárgyait az apára hagyományozza, ugyanez a helyzet a szabadság megszerzésénél, ami hagyományként megadatott és visszatartatott, amit így jutalomként és előzetesen megadtak, mivel az örökös nem kapja meg az örökséget, a *peculium* az apa vagyonába visszaegyesül, növeli az apa vagyonát a visszautasítás miatt, ha utána a fiú mást tesz jogutódjává és ráhagyja az örökséget, tehát nem az apa örököse szerzi meg, hanem inkább a fiú által kinevezett.

*Ulpianus* részletesen tárgyalja házonkívüli örökös kinevezése esetén az összes variációt.

Azzal kezd, hogy a katona fiú házonkívüli örököszt nevez ki és a fiú még meghal apja életében. Ha az apa az örökös meggondolási ideje alatt meghal és az örökös az örökséget visszautasítja, a fiú halála napján az apa megszerzi az örökséget.

Házonkívüli örökösök azok, akik nem álltak az örökös hatalma alatt. Az ilyen személyeknek a *praetor* 100 nap gondolkodási időt adott, hogy elfogadják-e az örökséget vagy sem.<sup>66</sup> Jelen esetben az örökös visszautasította az örökséget, ezért a végrendelet megdőlt<sup>67</sup>, mivel a fiúnak az apa a törvényes örököse, ezért az örökség az apáié lesz, még hozzá a fiú halála

---

<sup>66</sup> Gaius erről a következőket mondja: A többieket, akik nincsenek alávetve a végrendelező hatalmának, házonkívüli örökösöknek nevezik. .... ( Gai.2.161. ). A házon kívüli örökösöknek megadták a meggondolási lehetőséget arra nézve, hogy elfogadják-e az örökséget vagy ne fogadják el. ... ha az aki dönthetett arról, hogy elfogadják-e a hagyatékot, azt elfogadta későbbiekben már nincs meg a lehetőségük, hogy odahagyják a hagyatékot.... ( Gai.2.162-163. ). Az extraneus örökösöknek egy olyan cretíot, azaz határidős meggondolási időt szoktak adni, hogy bizonyos időn belül vagy elfogadják az örökséget vagy ha nem fogadnák el a határidő lejártával elmozdítják őket..... ( Gai.2.164. ). Minden cretíot pedig bizonyos időre korlátoznak. Erre a dologra elegendő időnek látszik 100 nap. A civiljog szerint azonban lehetséges minden további nélkül erre hosszabb vagy rövidebb időt adni; néha a praetor szab hosszabb időt. ( Gai. 2.170. ). Iustinianus is hasonlóan nyilatkozik: A többi- a végrendelező hatalmának alá nem vetett- örökösnek extraneus ( kívülálló) a neve..... A kívülálló örökösöknél arra kell tekintettel lenni, hogy velük szemben meg legyen a végrendelezési képesség, akár maguk vannak örökösnek kijelölve, akár a hatalmuk alá tartozók. Erre két időpontban kell ügyelni: a végrendelet készítésekor, hogy az örökösnevezés megállhasson, s az örökös halálakor, hogy hatályos legyen. Még inkább meg kell hogy legyen a végrendelező képesség, akkor is mikor átveszik az örökséget, akár feltétel nélkül, akár feltétellel lettek örökösök, mert az öröklési jog meglétét különösen akkor kell vizsgálni, mikor megszerzik az örökséget. A közbenső időben, a végrendelet tétele és az örökös halála vagy az örökösnevezés feltételének bekövetkezése között történt változása az öröklőképességnek nem szolgál az örökös hátrányára, mert mint mondtuk három időpontot kell szem előtt tartani. Nemcsak annak van végrendelezési joga, aki maga is tehet végrendeletet, hanem annak is ki másnak a végrendeletéből kifolyólag, akár magának, akár másnak szerezhet- bár végrendeletet nem tehet..... A családonkívüli örökösöknek pedig megvan a joguk, hogy mérlegeljék, elfogadják-e az örökséget vagy ne. .... akár az a családon kívüli , akinek megfontolásra van joga elfogadják a hagyatékot: többé egyiknek sincs módjában , hogy az örökségtől visszalépjen,.....( Inst. 2.19.3.-5. ). ..... A családonkívüli örökös, amint pusztá akaratkijelentésével örökössé lesz, éppúgy ellenkező akaratával azonnal elesik az örökségtől.... ( Inst. 2.19.7. ).

<sup>67</sup> Gaius szerint: .....Éppen ezért, ha egy olyan későbbi végrendelet alapján , amely jogszerűen készült el halaki vagy nem akar örökös lenni.....: ezekben az esetekben a pater familias végrendelet nélkül hal meg..... ( Gai.2.144. ). Iustinianus ugyanígy rendelkezik az Inst.2.17.2.-ben.

napiján, mivel a végrendelet a visszautasítással megdőlt és úgy kell tekinteni, mintha meg sem írták volna. Az apa pedig mint a fiú szükségképpen örököse a fiú halála pillanatában örökössé lesz.

Aztán felteszi a kérdést, hogy ez a *peculium castrensére* vonatkozik-e. A fiúnak, a korábban leírtak szerint csak egy fajta vagyona lehetett még *Ulpianus* korában is, a *peculium castrense*. Ám *Iustinianus* idején már a fiú a nem az apjától szerzett vagyonnak megkapta a tulajdonjogát, de a haszonélvezete az apát illette. Ezért bizonyos, hogy a forrás ezen része posztklasszikus beszúrás.<sup>68</sup>

A *peculium castrensével* kapcsolatban *Ulpianus* megerősíti a *communis opiniót*, azaz a fiú azt akár az *extraneusra*, akár az apjára hagyhatja, de ha úgy dönt, akkor az apáé sem lesz, de nem lesz a hitelezőé sem, hiszen a fentebb már leírtak szerint a katonai különvagyon nem vonható végrehajtás alá.

Majd azt mondja, hogy ha a *peculium castrensébe* tartozó rabszolga felszabadításához az apa hozzájárult, de a fiú még a felszabadítás előtt, az apa életében meghal, ez nem akadály a szabadságnak, még hozzá azért nem, mert a rabszolga az apa vagyonába kerül vissza és mint tulajdonosa megadhatja neki a *manumissiót*. De ha a fiú az apát túléli, akkor a rabszolga az apa engedélye folytán nem lesz szabad, mivel ő már semmiféleképpen nem lehet az apáé és a fiú a *peculium castrenséről* szabadon rendelkezhet.

Ezt követően a jogtudós *Marcellusra* hivatkozik, aki szerint, ha a *peculium castrensét* a fiú rabszolgájára hagyja, a rabszolga örökléséhez az apa jóváhagyása kell. Ez csak akkor van így, ha a fiú a végrendeletben nem szabadította fel a rabszolgát, mert akkor a rabszolga a hagyatékot nem szerezheti meg, csak akkor, ha ehhez az apa hozzájárult, de ha a fiú a végrendeletben először felszabadítja a rabszolgát, majd örökösvé nevezi, akkor nem kell az apa hozzájárulása, mert a fiú halálával a rabszolga szabad és örökös is lesz<sup>69</sup>. *Iustinianus*nál a forráspélda esetén sem kell az apa hozzájárulása, mivel a rabszolga még ha a fiú végrendeletileg nem is szabadította fel, csupán örökössé nevezte, akkor is a fiú halálával megszerzi a szabadságot és az örökséget is.<sup>70</sup>

Továbbá ugyanúgy az apa engedélye kell a *manumissióhoz*, ha a fiú az apára hagyományozza a rabszolgát. Itt kérdésként merülhet fel, hogy van-e különbség e között és azon eset között, amikor a fiú nem készít végrendeletet vagy az megdőlt vagy a házonkívüli örökös visszautasítja az örökséget, mert a *peculium castrense*, akkor is az apáé lesz. Csak annyi különbség van, hogyha a fiú az apára hagyományozza a rabszolgát, akkor az apa hagyomány jogcímén lesz annak tulajdonosa, míg az utóbbi esetekben, ahogy a jogtudós is írja, a rabszolga visszaegyesül az apa vagyonába.

Végül pedig azt mondja, hogy ha az *extraneus* még a fiú életében visszautasítja a leendő örökséget, ha a fiú mást nevez ki örökösül, akkor ő fogja az örökséget megszerezni és nem az időközben elhalt apa örökösei.

*Pomponius* is megerősíti, hogy a fiú halálakor, végrendelet esetén, nem az apa kapja a fiú *peculium castrenséjét*:

*Constat nec patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi.*  
( *D.49.17.10.- Pomponius* ).

<sup>68</sup> Lásd. a 22. pontnál írtakat.

<sup>69</sup> *Gaius* erről azt mondja: Miként a szabad emberek, akként rabszolgák is mind a magunkéi, mind az idegenek kinevezhetők örökösül. A mi rabszolgánkat azonban egyidejűleg szabadnak és örökössé is ki kell nevezni..... Ha ugyanis a szabadság megadása nélkül nevezik ki örökössé, mégha utóbb az ura fel is szabadította, mert az ő személyét illetően az örökösnevezés nem áll meg..... ( *Gai.2.185-187.* ).

<sup>70</sup> *Iustinianus* erről így rendelkezett: Örökössé lehet nevezni szabad embert éppúgy, mint rabszolgát, saját rabszolgát vagy másét egyképpen. A saját rabszolgákat régebben sokak véleménye szerint csak szabadonbocsátással kapcsolatosan lehetett jogérvényesen örökösül kijelölni. Ma ellenben már a szabadság megadása nélkül is ki lehet nevezni őket örökösnek constitutióknk értelmében..... ( *Inst.2.14.* ).

*Papinianus* a rabszolga felszabadításával kapcsolatban visszaütal *Hadrianusra*:

*Divus Hadrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor heredem instituerat filium, extitisse heredem et ab eo servos hereditarios manumissos proprios eius libertos fieri.*  
( *D.49.17.13.- Papinianus* ).

Ha a katona felesége a fiút teszi örökössé, a hagyatékban lévő és a végrendeletben felszabadított rabszolgák, az örökhagyó halálával saját felszabadulásuk révén szerzik meg a szabadságot.

A forrásban közölt jogi megoldás posztklasszikus beszúrás lehet. Ugyanis *Iustinianus* rendeletéig ( *Inst.2.9.1.* ) a hatalomalatti fiú mindent atyjának szerzett, kivéve a katonai különvágyont. Éppen ezért, *Hadrianus* idején még, ha a katona felesége a hatalomalatti fiút tette örökössé, akkor az mindent a *pater familias*ának szerzett. *Iustinianus* rendelte el, hogy a nem az apa vagyona révén szerzett vagyon a fiút illesse és csak haszonélvezete legyen rajta az apának.

További feltétel a jogesetnél, hogy a feleség önjogú legyen, mert ha *manus* házasságot kötött, akkor ő is a fiú *pater familias*ának hatalma alá került és mindent annak szerez, azaz nem lehet saját vagyona, amiről végrendelkezne.

Tehát, ha az önjogú feleség a végrendeletben a hagyatéki rabszolgáknak szabadságot adott, akkor halálával a rabszolgák saját jogon megszerzik a szabadságot.

Ugyancsak *Papinianus* mond véleményt a hadifogságban meghalt hatalom alatti katona *peculium castrenséjéről*:

*Filius familias miles si captus apud hostes vita fungatur, lex Cornelia subveniet scriptis heredibus: quibus cessantibus iure pristino peculium pater habebit.*  
( *D.49.17.14.- Papinianus* )

Ha a hatalomalatti katona az ellenség fogságában meghal a *lex Cornelia* azt írja elő az örökségről, hogy ami utolsó *peculiumából* megmaradt az jog szerint az apját illeti meg.

A *lex Cornelia* előírta, hogy a hadifogságban életét vesztett római polgárt úgy kell tekinteni, mint aki élete utolsó szabad pillanatában halt meg.<sup>71</sup> Erre a *fictióra* azért volt szükség, mert a hadifogoly rabszolga és a rabszolga után nincs öröklés. A fiú is, ha a hadifogságban meghalt a *peculium castrenséje* az apát illeti meg, ha arról nem végrendelkezett még a hadifogságba esése előtt. Ugyanis ha a *peculium castrenséről* már a hadifogságba esés után végrendelkezett, akkor az érvénytelen, hiszen a rabszolga nem végrendelkezhet.

Majd a jogtudós így folytatja:

*Proxima species videtur, ut scriptis heredibus deliberantibus, quod servus interim stipulatus est vel ab alio sibi traditum accepit, quod quidem ad patris personam attinet, si forte peculium apud eum resederit, nullius momenti videatur, cum in illo tempore non fuerit servus patris: quod autem ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intellegatur: ut enim hereditarius fuisse credatur, post aditam fit hereditatem. sed paterna verecundia nos movet, quatenus et in illa specie, ubi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam adquisitio stipulationis vel rei traditae per servum fiat.*  
( *D.49.17.14.1.- Papinianus* ).

---

<sup>71</sup> *Iustinianus* erről azt mondja: ..... Ha pedig ott halt meg ( ti. az ellenség fogságában ), a fiút attól az időponttól kezdve tekintik önjogúnak, melyben az apa fogságba esett. ( *Inst. 1.12.5.* ). *Gaius* még mindkét álláspontot felveti a halál idejével kapcsolatban: akkortól kell-e halottnak tekinteni, amikor fogságba esett, vagy akkortól amikor ténylegesen meghalt. ( *Gai.1.129.* ). Mint látható a jog az elsőt fogadta el.

Az írott formában meghatározott örökség, valamint azon közben amit a rabszolga mástól *traditio*val vagy *stipulatio*val szerzett, valamint amit az apának személyesen szerez, ha előtte tartósan *peculium*má nyilvánították, senki azt nem szerzi meg, mivel abban az időben nem volt az apa rabszolgája, de a kijelölt örökös lesz, függetlenül attól, hogy *stipulatio*val vagy *traditio*val szerezték, de az apa *peculium*a megmarad a korábbi jogánál fogva, ha a rabszolga *stipulatio*val vagy *traditio*val szerzett. Itt arról van szó, hogy a *peculium castrensé*be tartozó rabszolga által *stipulatio*val vagy *traditio*val szerzett dolgok, még ha azokat személyesen az apának szerzi is, mert például az apa birtokában van, a fiú *peculium castrensé*jének örökösét illeti meg. Az apa joga megmarad a katonai különvagyonra, ha az örökös valamilyen ok miatt nem örökölhet, ekkor a *peculium castrense* visszakerül az apához. Végül azt mondja:

*Legatum, quod ei servo relictum est, quamvis tunc propter incertum nulli sit adquisitum, omisso testamento patri tunc primum per servum adquiretur, cum, si fuisset exemplo hereditatis peculio adquisitum, ius patris hodie non consideraretur.*  
( D.49.17.14.2.- Papinianus ).

A hagyomány, amelyet egy rabszolgára hagytak senki által meg nem szerezhető, az apát megelőző végrendelet miatt, a hagyományt először a rabszolga szerezheti meg, mivel olyan mintha az örökös *peculium*ot szerezne meg, az apa joga most fel nem vethető. Itt saját rabszolgáról van szó, tehát a fiú saját rabszolgájának hagyományoz. *Iustinianus* előtt a végrendeletben először fel kellett szabadítani, majd hagyományozhatott neki. *Iustinianus*nál elég volt a hagyományozás, a szabadságot azzal együtt megszerezte. Azt mondja a jogtudós, hogy ugyanúgy szerzi meg a hagyományt, mint az örökös a *peculium castrensé*t. Az apa joga a hagyományozott dologra nem vethető fel. *Papinianus* a *peculium castrense* elbirtoklásával kapcsolatban azt mondja:

*Pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, aes alienum intra modum eius et annum utilem iure praetorio solvere cogitur: idem, si testamento scriptus heres extiterit, perpetuo civiliter ut heres convenietur.*  
( D.49.17.17.- Papinianus )

Ha az apa megszerzi fia *peculium castrensé*jét, amit más módon a praetori jog egy évi használat után ad meg, ha a végrendeleti örökös elfogadja, az örökség tulajdonlása civiljogilag folyamatos és az örökösöt illeti. Ha az apa birtokba veszi fia katonai különvagyonát azon egy évi birtoklás után szerezhethet a praetori jog szerint elbirtoklással tulajdonjogot. De ha a végrendeleti örökös, aki jelen esetben csak házonkívüli örökös lehet, elfogadó nyilatkozatot tesz, megszerzi az örökséget az örökhagyó halálával. Tulajdonlása folyamatos lesz a civiljog szerint és az örökség őt illeti, tehát az apától el is perelheti. Majd így folytatja *Pater a filio milite vel qui militavit heres institutus testamenti causam omisit et castrense peculium possidet: legitimi heredis exemplo cogetur ad finem peculii perpetuo legata praestare. quod si filius post annum quam militare desierat iure communi testamento facto vita decessit, ratione Falcidiae retinebitur quarta. ceterum si testamenti causam pater omisit, cum peculium creditoribus solvendo non esset, nihil dolo videbitur fecisse, quamvis temporis incurrat compendium.* ( D.49.17.17.1.- Papinianus )

Amit az apa katona fiától vagy katonáskodó személytől végrendeletileg örököl a *peculium castrensé*be tartozik. A törvényes örökösök a hagyományért a *peculium castrense* erejéig kötelesek helytállni. Ha a fiú a katonáskodás után 1 éven túl a mindenkire érvényes jog szerint

készített végrendelet idején meghal, a józan ész szerint a *Falcidia* a negyedét visszatartja. Egyébként ha a végrendelet alapján az apa szerez, a *peculiummal* a tartozások nem fedezhetőek, ez senkinek az akaratán nem múlik, bármennyire is idő megtakarítással járna. Ha az apa a katona fiától vagy más katonáskodótól öröklő a *peculium castrenséjét*, akkor a törvényes örökösök, akik csak a más katonáskodó önjogú személy örökösei lehetnek, a fiúé nem, mert az mindent apjának szerez, a hagyományért a *peculium castrense* erejéig kötelesek helytállni. Mint látható a katonáknál a végrendeleti és a törvényes öröklés nem zárták ki egymást.<sup>72</sup> Ha a fiú a katonáskodást követő 1 éven túl hal meg és általánosan készített végrendelete van, akkor a *lex Falcidia* érvényesülni fog. Az 1 évnek azért van jelentősége, mert a katonai végrendelet a katonáskodás után 1 évvel érvényét veszítette<sup>73</sup> és a katonai végrendeletnél nem érvényesült a *quarta Falcidia*<sup>74</sup>. De itt a fiú általános végrendeletet készített ezért az örökösnek meg kell kapnia öröksége ¼.-ét hagyományoktól mentesen. Majd pedig megerősíti, hogy a *peculium castrense* végrehajtás alá nem vonható. *Maecianus* azt mondja, hogy a *peculium castrensébe* tartozó rabszolgát a fiú örökölheti, ha az apának szükségképpen örököse a fiú.

*Ex castrensi peculio servus a patre heres institui potest et filium necessarium heredem patri facit. (D.49.17.18.- Maecianus )*

A fiú csak akkor nem szükségképpen örököse<sup>75</sup> az apának, ha kikerült az apa *agnatiojából*, emancipálták vagy örökbeadták. *Tryphoninus* a bajtársak örökléséről a következőket mondja:

*De hereditate ab agnato commilitione data Scaevola noster dubitabat, quia potuit et ante notus et amicus dare, potuit et non dare, nisi commilitium caritate auxisset. nobis ita videtur, si ante commilitium factum sit testamentum, non esse peculii castrensium eam hereditatem, si postea, contra. (D.49.17.19.- Tryphoninus )*

Az agnat rokonok öröklése kapcsán *Scaevola* kételkedik a bajtársak öröklésében, mivel miután ittak ad a barátoknak, ismerősnek, vagy ittak és nem ad, ilyenkor nem bajtársiasságból és tiszteletből segítenek. Mint az ismert ha a katona tényleges bajtársiasság előtt készített végrendeletet, akkor nem lesz a bajtárs örökös, ha utána akkor igen. A jogtudós azt az esetet tárgyalja, amikor a közös italozás során miután a katona már felöntött a garatra bajtársai ráveszik, hogy végrendeletet a javukra. A végkövetkeztetése az esetnek az, hogy ha a katona az előtt végrendeletet katonatársa javára mielőtt valamilyen bajtársias magatartást tanúsított

<sup>72</sup> Jogunk nem engedi meg, hogy a nem katonai szolgálattal szerzett vagyonban egyszerre legyen végrendeleti és törvényes öröklés ( D.50.17.7.- Pomponius ) . .... ugyanaz a személy nem halhat meg részben végrendelet hátrahagyásával, részben végrendelet nélkül, kivéve a katonát, akinél végrendeletkor csupán akaratát nézzük. ( Inst. 2.14.5. ).

<sup>73</sup> ... S az a végrendelet, melyet a táborban nem az általános szabályok, hanem a maguk módja szerint csináltak elbocsajtás után csak egy évig érvényes.... ( Inst. 2.11.3. ).

<sup>74</sup> Gaius szerint: Meghozták tehát a *lex Falcidiát*, amely úgy rendelkezett, hogy nem lehet a vagyon ¼ részénél többet hagyományozni. Az örökösnek meg kell kapnia a hagyaték ¼ részét. Most ezzel a joggal élünk. ( Gai.2.227. ). Iustinianus az Inst. 2.22.-ben egy egész fejezetet szentel a *lex Falcidiának*.

<sup>75</sup> Gaius szerint: Azért hívják őket sui heredesnek, mert házonbeli örökösök és még atyjuk életében valamiképpen tulajdonosnak tekintik őket. Ebből következik, hogy ha valaki végrendelet nélkül hal meg, az utódlásban az első hely a gyermeket illeti. *Necessariusok*nak pedig azért mondják őket, mivel mindenképpen akár akarják akár nem ugyanúgy végrendelet nélkül, mint végrendelet alapján örökössé válnak. ( Gai.2.157. ). Iustinianus is hasonlóan nyilatkozik: ... Suus örökösöknek pedig azért hívják ezeket, mert családi örökösök, s mert atyjuk életében némileg a vagyon tulajdonosai számába mennek. Innen van, hogy ha valaki végrendelet nélkül hal, első sorban gyermekei következnek öröklésre. Szükségképpen pedig azért a nevük, mert mindenképpen örökösök lesznek, ha akarják, ha nem – végrendelet nélkül éppúgy, mint végrendelet szerint.... ( Inst. 2.19.2. ).



volna, akkor mivel fennáll a megtévesztés lehetősége, az örökös nem szerzi meg az örökséget, míg ha a bajtársias cselekedet után teszi ezt, akkor megszerezheti az örökséget. Majd így folytatja:

*Sed si servus peculii castrensis a quocumque sit heres scriptus, iussu militis adire debet hereditatem eaque fiet bonorum castrensis peculii.*  
( D.49.17.19.1.- Tryphoninus )

Ha a *peculium castrensébe* tartozó rabszolga a kinevezett örökösé lesz, katonai parancsra odaadják az örökösnek a *peculium castrensébe* tartozó vagyont. Itt arról lehet szó, hogy a katona a csatában vagy a katonai táborban meghalt és korábban végrendeletet írt. Elöljárója parancsára *peculium castrenséjét* az örökösének kiadják. Aztán a lovaskatona *peculium castrenséjével* és apjától örökölt vagyonával kapcsolatban azt mondja:

*Filius familias paganus de peculio castrensi fecit testamentum et, dum ignorat patri se suum heredem extitisse, decessit. non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit, quia miles ab initio pro patre testatus, pro parte intestatus potuerat mori, quod ius iste non habuerit, non magis quam sine observatione legum facere testamentum. necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset ignorans se locupletatum per servo alio loco agentes.*  
( D.49.17.19.2.- Tryphoninus )

A lovaskatona fiú a *peculium castrenséről* végrendeletet készít, de nem tudja, hogy az apja őt tette örökösévé, majd meghal. Nem lehet, hogy a *castrensébe* tartozó vagyonban végrendeleti öröklés, míg az apai vagyonban törvényes öröklés legyen, noha a katonáknál még él a *rescriptum* hogy a katonák kezdettől fogva részben törvényes, részben végrendeleti öröklés szerint halhatnak meg. Ezt ugyanúgy nem engedi a jog, mint a kellő gondosság nélkül készített végrendeletet. Szükséges tehát, hogy a *peculium castrensét* öröklő örökös az apai vagyont is örökölje, éppúgy mint amikor a nagyon szegény ember végrendeletet készít és meghal, de nem tudja, hogy nagyon gazdag ember, rabszolgáinak más helyen végzett üzleti tevékenységének köszönhetően.

Tryphoninus megerősíti azt a szabályt, hogy a katonai különvagyonnál lehet részben végrendeleti és részben törvényes öröklés, de a civiljog szerint nem. Ez annyira igaz, hogy ha a katona *peculium castrenséjéről* végrendeletet készít és még ha tudta nélkül is, de megöröklé apja vagyonát, akkor a végrendeleti örökös a teljes hagyatékot örökölni fogja.<sup>76</sup> Ugyanis a *peculium castrenséjére* a katonai végrendelet szabályait kell alkalmazni, míg az apától örökölt vagyonra az általános szabályokat, amely szerint egy hagyatékban csak egyféle öröklés lehet, ha van végrendelet, akkor a teljes hagyatékot a végrendeleti örökös kell, hogy örökölje.

Majd a *peculium castrensébe* tartozó rabszolga felszabadításáról az alábbiak szerint nyilatkozik:

*Pater peculii castrensis filii servum testamento liberum esse iussit: intestato defuncto filii familias, mox patre quaeritur, an libertas servo competat. occurebat enim non posse dominium apud duos pro solido fuisse: denique filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit: et si testamento tam filii quam patris idem servus accepisset libertatem et utriusque*

---

<sup>76</sup> .... Ha például valaki a fele vagyonára nevez egyetlen örököst, ez a felerész magába fogja foglalni az egész hagyatékot, mert ugyanaz a személy nem halhat meg részben végrendelet hátrahagyásával, részben végrendelet nélkül, kivéve a katonát, akinél végrendeletkésekor csupán akaratát nézzük. ( Inst. 2.14.5. ).

*pariter decessissent, non dubiteratur ex testamento filii liberum eum esse. sed in superiore casu pro libertate a patre data illa dici possunt, numquid, quoad utatur iure concesso filius in castrensi peculio, eosque ius patris cessaverit, quod si intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia.*

( D.49.17.19.3.- Tryphoninus )

Az apa a fia *peculium castrenséjébe* tartozó rabszolgát végrendeletileg felszabadítja, azonban a fiú végrendelet nélkül hal meg. Kérdés elegendő-e ez a rabszolga szabadságához. Ellene szól, hogy az apa második megerősítése előtt a rabszolga nem volt tulajdona. A *peculiumba* tartozó rabszolgát *Hadrianus* rendelete szerint így módon csak a fiú szabadíthatja fel. Ha a fiú végrendelete ugyanolyan mint az apáé, azaz engedélyezi ugyanazon rabszolga szabadságát, akkor a fiú végrendelete alapján a szabadság megadatik. De az előbbi esetben az apa által adott szabadsághoz kell-e vajon a fiú engedélye. Ebben az esetben az apa joga átengedettik a fiúnak. Ha a fiú végrendelet nélkül hal meg, akkor a *peculiumban* lévő minden dolog tulajdona visszaszáll az apára, hasonlóan az apának a régi jogból származó hátsó küszöb jogához. Tehát ha az apa a fiú katonai különvagyonába tartozó rabszolgát végrendeletileg felszabadítja és a fiú végrendelet nélkül hal meg, akkor a felszabadítás nem érvényes, hiszen akkor még a rabszolga nem volt az apa tulajdona.

Ha viszont a fiú végrendeletet készít és ugyanazt a rabszolgát benne felszabadítja, bár a felszabadítást mindketten engedélyezik, a rabszolga a fiú végrendelete alapján megszerzi a fiú halálakor szabadságát.

Ha nem készít a fiú végrendeletet, akkor a *peculium castrenséje* visszaegyesül az apa vagyonába és az apa most már mint saját tulajdonát felszabadíthatja. A *peculium castrensének* az apa vagyonához való visszaegyesülése azt mondja a jogtudós, olyan mint az apának a régi jogból eredő *ius postliminii*-je.<sup>77</sup> A két jogintézmény annyiban valóban hasonló, hogy a *pater familias* jogai minkét esetben nyugszanak. A *peculium castrensénél* addig amíg a fiú meg nem hal, a *ius postliminii*-nél pedig, amíg az ellenség fogságából vissza nem térve be nem lép a háza ajtaján. A fiú halálával, illetve a visszatéréssel jogai felélednek, mintha nem is lett volna *peculium castrense*, illetve mintha el sem ment volna.

Majd a jogász így folytatja:

*Non tamen ut heres vivo filio vindictam servo imposuit, dicatur eium post mortem intestati filii ex illa manumissione liberum factum esse.* ( D.49.17.19.4.- Tryphoninus )

De mégsem lehet az, hogy az örökös a fiú életében megszerezze a rabszolgát, ezért csak a végrendelet nélkül elhalt fiú halála után lehet ténylegesen a rabszolgát felszabadítani.

---

<sup>77</sup> Gaius a *ius postliminii*-ről a következőket mondja: Ha azonban az apát az ellenség foglyul ejtette, ámbár az ellenség rabszolgájává válik, még is függőben marad a hátsó küszöb joga folytán a gyermekei fölötti joga. Mert azok akiket az ellenség foglyul ejtett, ha visszatérnek, minden régi jogukat visszakapják; tehát visszatérve potestas alatt fogja tartani a gyermekeit....( Gai.1.129. ).Justinianus a fentiekén túl a *postliminium* eredetét is megmagyarázza: Ha az atyát az ellenség elfogja, bár az ellenség rabszolgájává lesz, a gyermekek joghelyzete mégis függésben marad a *postliminium* jogánál fogva, mert ha az ellenség fogságában lévők hazatérnek, összes régi jogukat is visszanyerik. Éppen ezért a hazatértek gyermekei is hatalmában vannak, mert a *ius postliminii* azt a feltevést foglalja magában, hogy a fogoly állandóan az állam területén tartózkodott..... A *postliminium* kifejezés a *post* és a *limen* szóból ered, mert azt aki az ellenség fogságából később országunkba visszatér, joggal tekinthetjük *postliminium* útján visszakérültnek. Mert miként a küszöb a háznak határát alkotja, úgy a régiiek a birodalom határait is annak küszöbétől tekintették. Innen van a *limen* elnevezés is, mint valami vég és határ. A *postliminium* pedig onnan jön, hogy a fogoly visszatérése ugyanazon küszöbön át történt, amelyen a távozás. Azonban *postliminium* jogával visszatérteknek tekintendők azok is, kik az ellenség legyőzése következtében szabadulnak ki a rabságból. ( Inst.1.12.5. ).

A jogtudós még egyszer megerősíti, hogy a törvényes örökös csak a fiú halála után szabadíthatja fel a rabszolgát, mivel attól kezdődően lesz az övé.  
Majd végül azt mondja:

*Quid autem, testamentum fecerit filius et non sit eius adita hereditas ? non tam facile est dicere continuatum patri post mortem filii rerum peculii dominium, cum medium tempus, quo deliberant instituti heredes, imaginem successioni praestiterit. aliquin et si adita sit ab instituto hereditas filii, dicetur a patre ad eum transisse proprietatem, quod absurdum est si in pendentibus, ut in aliis, et in hac specie habeamus dominia, ut ex facto retro fuisse aut non fuisse patris credamus ? secundum quod difficile est expedire, si, dum deliberant heredes, dies cesserit legati servo dati istius peculii testamento eius, ex quo pater nihil capere potuisset, an id ad ipsum pertineat, cum utique ad heredem filii pertineret. facilius tamen de libertate servi de liberatione est in specie, in qua intestatus filius decessisse proponitur. non est ergo ratio respondendi competere libertatem eo tempore datam, quo non fuit in dominio patris ? favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus.*  
( D.49.17.19.5.- Tryphoninus )

Mi történik akkor, ha a fiú végrendeletet készít és az örökséget nem kapják meg az örökösök ? Nem lehet azt mondani, hogy a fiú halála után az apa a *peculium*-ba tartozó dolgok folytatóságos tulajdonosa lesz, mivel a közbenső idő, ami az örökösök meggondolására nyitva áll, a jogutódlás elhatározására szolgál. Ez azért van így, hogy a fiú öröksége eldőljön. Abszurd azt mondani, hogy a tulajdon az apától származott mind addig, míg függőben, vagy másnál van, amíg nem tudni, hogy visszaszáll vagy nem száll vissza az átengedő apára. Másrészt nehéz megszerezni az örökséget, telnek a napok a hagyományként juttatott rabszolga felett, amíg gondolkodik az örökös, az apa semmit sem kaphat, ha a fiú örököse megszerzi az örökséget. De könnyű a döntés a rabszolga szabadságával kapcsolatban, ha a fiú halála után végrendeleti örököse megígérte. Nem adható ésszerű válasz a felszabadításra nyitva álló határidőről, ha a rabszolga nem az apa tulajdonában van. Mégis mindkét esetben a kedvező ítélettel ellentétes vélemény nem tagadható.

Itt arról van szó, hogy a fiúnak házonkívüli örökösei vannak, akik élnek a meggondolás kedvezményével. Ennek kapcsán mutat rá a jogtudós, hogy amíg az örökösök nem döntenek, addig függő jogi helyzet van és ezért nem lehet az apát a *peculium castrense* tulajdonosának tekinteni. Ha az örökösök elfogadják az örökséget, akkor az apa semmit sem kaphat.

Ha a *peculium castrense*-ben rabszolga is van és az örökséget az örökös elfogadta, akkor ő szabadíthatja fel, míg ha nem, akkor az apa.

Ha az örökös megígérte a *manumissiót*, akkor sem lehet meghatározni, hogy mennyi időn belül kell a rabszolgát felszabadítania, de fel kell.

Az utolsó mondatával utal a jogtudós arra, hogy a felszabadítást nem lehet kikényszeríteni. Ha megígérte erkölcsi kötelessége megtenni, de ezzel ellentétes vélemény sem tagadható, ugyanis az örököstől a felszabadítás jogi úton nem kényszeríthető ki.

*Paulus* ugyancsak a rabszolga végrendeleti úton való felszabadításáról szól:

*Sed si ponas filium testamentum fecisse et patrem heredem instituisse: cum utique pater testamento suo servo filii libertatem dedisset, qui ad eum ex testamento filii pertinere coeperit, videndum est, numquid ei comparari debeat, qui cum manumitteretur, alienus erat, deinde postea adquisitus est. sed favorabile est libertatem a patre relictam admittere: et ab initio patris esse eum videri ex hoc, quod postea contigit, ostenditur.*  
( D.49.17.20.- Paulus )

Ha a fiú végrendeletet készít és az apját jelöli meg örökösnek, az apa saját végrendeletében a fiú rabszolgája részére szabadságot ad, bár a szabadság a fiú végrendeletéből kezdett kiindulni, de a felszabadítással szerzi meg. Helyes tehát az, hogy a szabadságot az apa engedélyével szerzi meg, mert az apa veszi őt birtokba és az apát is illeti meg.

Tehát a korrábbi véleményekkel egyezően a jogtudós azt mondja, hogy a rabszolga az apa végrendelete folytán szerzi meg a szabadságot, mivel az apa örökölte őt meg, az övé lett.

2. *Maecianus* azt mondja, hogy ha a fiú a *peculium castrensé*ről nem rendelkezik, akkor arra az apának van keresete:

*Et in summa ea res hi actus patris, qui ad praesens alienationem alicuius iuris de castrensi peculio praestant, impediuntur: hi vero, qui non statim quidem, sed postea efficere solent, eo tempore animadvertentur, quo habere effectum consuerunt, ut, si sit filius, cui auferatur, nihil agatur, si ante decesserit, actus patris non impediatur.*

( *D.49.17.18.1.- Maecianus* )

Az összes dologra az apának van keresete, az elidegenítés joga a *peculium castrensé*hez tartozik, de az apa keresetét ez meggátolja, ha a fiú aki kapta semmit nem tesz vele a halála előtt, ez az apa keresetét nem gátolja.

*Maecianus* újfent megerősíti, hogy a fiú életében a *peculium castrense* feletti elidegenítés joga a fiút illeti, ezért az apa a *peculium castrensé*re keresetet sem kap, csak akkor ha már a fiú meghalt és nem rendelkezett róla, mivel akkor az az apáé lesz és neki lesz rá keresete is.

Majd így folytatja:

*Itaque negabimus patrem filio salvo communi dividundo agentem proprietatem alienaturum, exemplo dotalis praedii. sed nec si socius ultra cum eo agat, quicquam agetur, veluti si cum eo ageret, cui bonis interdictum est.*

( *D.49.17.18.2.- Maecianus* )

Az apa nem sértheti a fiúnak a közös tulajdon felosztásából származó elidegenített tulajdonát, úgy mint pl a hozományi telket, a társon kívül más nem akadályozhatja meg, csak az akinek megfelelő *interdictuma* van.

Ha a fiú *peculium castrensé*jében többi katonatársával közös tulajdonú dolog van és a közös tulajdont megszüntetése során<sup>78</sup> a fiú értékesíti a tulajdoni hányadát, ezt az apa nem sértheti, semmilyen igénye nem lehet a fiúval szemben nem úgy mint a hozományi teleknél.

A hozományi telket azért említette a jogtudós, mert azzal a fiú nem rendelkezhetett, mivel mindent apjának szerzett, tehát az apa a hozományi telek elidegenítését meg is tudta akadályozni, ráadásul, ha a telek itáliai volt, azt elidegenítési és terhelési tilalom is terhelte.<sup>79</sup>

A fiú társa úgy tudja megakadályozni a fiú elidegenítését, ha ő maga megvásárolja a fiú részét, más személy pedig csak akkor ha megfelelő *interdictuma* van.<sup>80</sup> Azaz van rá jogosultsága.

<sup>78</sup> ..... ugyancsak a közös vagyon felosztására vonatkozó ( *actio communi dividundo* ), mely a felosztás céljából támad azok között, akik valamit közösen bírnak..... ( *Inst.4.6.20.* ).

<sup>79</sup> Gaius szerint: A *lex Iulia* ugyanis megtiltja, hogy a férj a felesége ellenére elidegenítse a hozományi telket, ám bár az övé, mert vagy mancipálták neki hozomány címén vagy *in iure* átengedték vagy elbirtokolta. Kétséges, hogy ez a jogi rendezés csak az itáliai telkekre vagy a tartományiakra is vonatkozik-e ( *Gai.2. 63.* ).

<sup>80</sup> Gaius az *interdictumokról*: Bizonyos ügyekben ugyanis a praetor vagy a proconsul, főképpen viták lezárása végett, a tekintélyét veti latba..... Végreredményben vagy megparancsolja vagy megtiltja, hogy valami történjék. ( *Gai.4.139.* ) .... *Interdictumok*nak pedig akkor, amikor megtiltja, hogy valami történjék, mint pl: amikor elrendeli, hogy ne alkalmazzanak erőszakot a hibátlan birtokossal szemben, vagy hogy valami ne történjék szent helyen. Épp ezért minden *interdictumot* vagy visszaadásra vagy felmutatásra irányulónak vagy tiltónak neveznek. (

Majd azt mondja:

*Servos ex eo peculio usu fructu, item praedia tam usu fructu quam ceteris servitutibus pater liberare poterit: sed et servitutes his adquirere. id enim et eum, cui bonis interdictum est, verumest consequi posse. neque autem servis ex eo peculio neque praediis usum fructum vel servitutum imponere pater potest. ( D.49.17.18.3.- Maecianus )*

A *peculium*ba tartozó rabszolgán fennálló haszonélvezet, mint a többi szolgálat a felszabadításig az apát illeti, a szolgálomak az övé lesznek, ugyanúgy mint akinek van megfelelő *interdictum*a, valóságos birtoka. Sem a *peculium*beli rabszolgát, sem a haszonélvezettel vagy szolgálommal terhelt telket az apa nem szerezheti meg.

Ez a forrás biztosan *iustinianusi* beszúrás, hiszen *Maecianus* idején a családgyerek mindent apjának szerzett, kivéve a katonai különvagyont. *Iustinianus* rendelkezett úgy, hogy a fiú azon szerzeménye, ami nem az apától eredt a fiú tulajdonába kerüljön és azon az apát haszonélvezeti jog illesse meg.<sup>81</sup> Tehát a *peculium*ba tartozó rabszolgán, amíg a fiú fel nem szabadítja az apának van haszonélvezete, illetve szolgálmi joga. Az apa mintegy birtokosa a haszonélvezetnek, illetve a szolgálmi jognak és mint birtokos kaphat *interdictumot*. De az apa a rabszolgát és a telket nem szerezheti meg, azon csak haszonélvezeti, illetve szolgálmi joga van.<sup>82</sup> Majd így folytatja.

*Si quando ex eo peculio filius rem alienam bona fide tenebit, an pater eius in rem vel ad exhibendum actionem pati debeat, ut ceterorum nomine, quaeritur. sed verius est, cum hoc peculium a patris bonis separetur, defensionis necessitatem patri non inponendam. ( D.49.17.18.4.- Maecianus )*

Ha a fiú *peculium*a folytán egy dolog mást jóhiszeműen kötelez, az apának *in rem actio*ja vagy felmutatási keresete van, például a fiú nevében követelheti, de az igazság az, hogy a fiú *peculium*a az apa vagyonától elkülönítendő, ha védekezni kell az apa nem kötelezhető.

Tehát ha a fiúnak a *peculium castrensébe* tartozóan valakivel szemben követelése van, akkor a fiú nevében az apa *in rem actio*t vagy felmutatási keresetet kap, de nem a saját nevében, hiszen a katonai különvagyon az apa vagyonától elkülönítendő. Ha a fiút perlik be és védekeznie kell, akkor az apa nem marasztalható.

Végül így fejezi be:

*Sed nec cogendus est pater aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris adquisit, fecisse dicitur, de peculio actionem pati: et si sponte patiatur, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculio enus defendere debet. sed et eius filii nomine non aliter movere actiones potest, quam si satis dederit eum ratam rem habiturum. ( D.49.17.18.5- Maecianus )*

---

Gai.4.140. ).... Az *interdictum*ok bizonyos megfogalmazott szólásformák voltak, melyekkel a praetor vagy azt parancsolta meg, hogy történjék valami vagy megtiltotta, hogy történjék;.... Az *interdictum*ok főfelosztása az, hogy tiltók vagy helyreállítók vagyfelmutatást rendelők. .... ( Inst. 4.15.-1. ).

<sup>81</sup> Lásd a 21. p.-nál írtakat.

<sup>82</sup> Gaius a testetlen dolgokról: Testetlenek azok, amelyeket nem lehet megérinteni, amelyen az, amelyeknek a jog a lényege, mint az örökség, a haszonélvezet, a valamiképpen szerződéssel létrehozott kötelmek..... Ugyanis maga az öröklési jog és maga a haszonélvezeti jog és maga a kötelmi jog testetlen. Ugyanide számíthatók a városi és falusi telki jogok. ( Gai.2.14. ). *Iustinianus* is hasonlóan nyilatkozik: Testetlenek, amelyeket megérinteni nem lehet, ilyenek azok, amelyek a jogi fogalmak közt szerepelnek, tehát a hagyaték, haszonélvezet, a különböző módokon létrejött kötelmek..... Ezek közé sorolandók a mezei s városi telkek jogai, melyeket szolgálomoknak is hívnak. ( Inst..2.2.2-3. ).

Az a pénz, amit a fiú a táborban szerzett és ami a *peculiumába* tartozik nem lesz az apáé, de az apának a *peculiumra* keresete van, de ha bármelyik védő a fiúnak teljes összegű biztosítékot ad, akkor a *peculiumnak* nem kell védelmet adni. Az apa a fiú nevében csak akkor indíthat keresetet, ha az aki a biztosítékot adta jóváhagyja.

A jogtudós újfent megerősíti, hogy amit a fiú a *peculium castrensébe* szerzett az a fiút illeti, de az apa a fiú nevében felléphet a katonai különvagyon védelmében. Aztán azt az esetet tárgyalja, amikor a fiú adósa a követelése biztosítékául *cautiót*<sup>83</sup> ad a fiúnak, ilyenkor nem kell keresetet is adni, hiszen a *peculium castrense* nem szorul védelemre, mert a biztosítékadás a fiú esetleges károsodása ellen megfelelő védelmet nyújt. Ilyen esetben az apa csak akkor indíthat a katonai különvagyon védelmében keresetet, ha ehhez a biztosítékot nyújtó adós hozzájárul.

Tehát itt arról van szó, hogy még a pert megelőzően ad az adós teljeskörű biztosítékot, így nincs szükség a *peculium castrense* védelmében perindításra, de ha az apa még is akarja, csak akkor teheti meg, ha ehhez az adós hozzájárul.

3. Összefoglalva a fejezetben írtakat elmondható, hogy a fiú katonai különvagyonát az örökli, akit a végrendeletében örökösként megjelöl. Ha a fiú az apát nevezi ki örökösévé, akkor a *peculium castrensét* az apa örökli, ha a fiú nem készít végrendeletet, akkor a katonai különvagyon az apáé lesz, de nem mint örökség, hanem mint a saját vagyona visszaegyesül a többi vagyonához.

Ha a fiú az apát nevezi ki örökösévé, de az örökség valaki más birtokában van, akkor a *pater familias* megkapja a *bonorum possessio secundum tabulast*.

Az apa a fiú életében csak a fiú akaratóból szerzheti meg a *peculium castrensét*, de a katonai különvagyon védelmében a fiú érdekében felléphet, kivéve ha a fiú adósa *cautiót* nyújt.

### **Péter Varga: De castrensi peculio (Zusammenfassung)**

Das Material des Peculium castrense befindet sich in D.49.17. Das Hauskinder erwirbt alle Sachen für seinen Vater, außer Peculium castrense. Das Peculium castrense bricht das Prinzip des väterliches Vermögens durch.

Das Pater familias hat persönliche und finanzielle Gewalt über seinen Familienmitgliedern. Manus ist die Gewalt über seiner Frau, Patria potestas ist die Gewalt über den mehreren Familienmitgliedern. Pater familias hat das Familienvermögen. Die Familienmitglieder und die Sklaven erwerben alles, das Pater familias hat, aber er kann Peculium für seine Familienmitglieder und seine Sklaven geben. Dieses Vermögen ist weiterhin Vermögen des Pater familias, aber die Familienmitglieder oder die Sklaven verwalten das. Die Familienmitglieder oder die Sklaven erwerben alles ins Peculium, das Vermögen des Pater familias ist. Der Vater kann das Peculium jederzeit von den Familienmitgliedern oder den Sklaven zurücknehmen. Wenn die Familienmitglieder oder die Sklaven gestorben sind, geht das Peculium zum Vater zurück, weil das sein Vermögen ist. Es gibt keine Beerbung im Peculium nicht eintreten.

Peculium castrense ist solches Eigenvermögen, das Filius familias während seiner Dientszeit erwirbt. Das Subjekt des Peculium castrensens kann erst Filius familias sein. Das Hauskinder

---

<sup>83</sup> Iustinianus institutióban a 4. könyv. 11. fejezetében részletesen tárgyalja a peres cautiót és azt mondja: .... Régi szabály szerint ugyanis, mint már mondtuk senkit sem lehet más ügyében elfogadható védőnek tekinteni biztosíték adása nélkül..... ( Inst.4.11.5. ).

erwirbt sich die Sachen des Peculium castrenses. Das Bestimmungsrecht hat das Filius über Peculium castrense.

Das Filius familias kann über Peculium castrense frei verfügen, und er kann ein Testament darüber machen. Wenn er kein Testament macht, nachdem er gestorben ist, bekommt sein Vater das, aber sich als kein Erbgut, sondern als sein Vermögen.

Das Hauskinder hat Rechte des Eigentümers über dem Peculium castrense, deshalb kann er die Klage des Eigentümers bekommen. Das Collatio, das debita Portio und das Senatus Consultum Macedonianum kommen keiner Geltung beim Peculium castrense. Das Hauskinder kann actio furti gegen den Vater und der Vater gegen den Sohn bekommen.

Wenn der Vater das Peculium castrense erbt, aber andere Person erwirbt das, bekommt der Vater Bonorum possessio secundum tabulas. Der Vater erwirbt Peculium castrense erst aus Willen des Filius im Leben des Filius familias, aber er kann im Schutze des Peculium castrense im Interesse des Filius auftreten, wenn der Gegner kein Cautio gibt.