

—1E0

G.  
D'  
An  
gel  
o -  
M.  
De  
Si  
mo  
ne  
-  
M.  
Var  
var  
o  
(sze  
rke  
szte  
tte  
) -  
ÍR  
ÁS  
O  
K a  
N  
OV  
AN  
TE  
SI  
M  
O  
C  
O  
M  
P  
L  
FA



A  
PALERMÓI  
JOGI OSZTÁLY  
OK

# ÍRÁSOK MATTEO MARRONE 90. SZÜLETÉSNAJPA

*a*

**Giacomo D'Angelo, Monica De Simone és Mario Varvaro**



. Giappichelli Editore

€ 50,00G

ÍRÁSOK  
MATTEO MARRONE 90.  
SZÜLETÉSNAPIJA

*a*

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone és Mario Varvaro



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3407-2

ISBN/EAN 978-88-921-8816-7 (ebook - pdf)

*A kötet kiadása a Palermói Egyetem Jogi és Gazdasági-társadalomtudományi Kara, a Trapani Tartomány Egyetemi Konzorciumának, a Reggio Calabria-i Mediterrán Egyetem Jog-, Közgazdaság- és Humán Tudományok Tanszékének és a Palermói Ügyvédi Kamara Tanácsának anyagi hozzájárulásával valósulhatott meg.*

*Nyomtatás:* LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Az olvasó személyes használatára az 1941. április 22-i 633. sz. törvény 68. cikkének (4) és (5) bekezdésében előírt díjnak a SIAE részére történő megfizetése ellenében az időszaki kiadványok egyes köteteknek/aktáinak 15%-ának erejéig lehet fénymásolatot készíteni.

A szakmai, gazdasági vagy kereskedelmi célú, illetve a személyes használaton kívüli felhasználásra szánt fénymásolatok a CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milan, e- mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) és a [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org) weboldalon kiadott külön engedély alapján készíthetők.

## INDEX

*oldal.*

*A rövidítések jegyzéke*VII

*A sorozat bemutatása*XI

*A III. kötet bemutatása*

*A szerkesztők megjegyzése*XV

*Martin Avenarius*

Gentilnamen, Grundstücke und Gedächtnis. A *memória* mint  
Zweck römischer Familienfideikomisse an Immobilienvermögen I

*Mariagrazia Bianchini*

Egy "ideológiai" interpoláció  
a CI-ben. 8.11.527

*Luigi Capogrossi Colognesi*

A latin népek ősi *szakrálisa* és a jogviszonyok eredete  
roman-latine 33

*Giovanna Coppola Bisazza*

További gondolatok M. Anneus Carseolanus utódlásáról 47

*Alessandro Corbino*

Az *arbores stantes* eladása (D. 19.1.40) 57

*Felice Costabile*

A "késő antikvitás" és a konstantinápolyi korszak: egy fogalom historiográfiai  
konvenciója  
modern 91

*Norma Xóchitl Di Censo García*

Innovación educativa utilizando el método de casos aplicado a la enseñanza  
de las instituciones de derecho privado romano en México 107

*Thomas Finkenauer*

Riccobono

és a Stipulation113

VIINDICE

*oldal.*

*Tomasz Giaro*

Római jog és konszenzuális

racionalitás137

*Jakab Éva*

Der

letzte Wille eines Sonderlings?155

*Umberto Laffi*

A római állampolgárság megszerzése külföldiek által: az állampolgárság szerepe és hatékonysága.

*népszámlálás*169

*Rosalia Marino*

A vertikális mobilitásról a Julio-Claudi korszakban a politikai és kulturális metszéspontok között183

*John Nicosia*

*Uno spiritu continetur*193

*Salvatore Puliatti*

A büntetőügyekkel kapcsolatos jogtudományi reflexió szempontjai. Egy jogász

Severankora

: Callistrate199

*Gianfranco Purpura*

*Varia de iure maris*219

*Boudewijn Sirks*

*Paelex, conubium és a lex Canuleia*241

*Laura Solidoro*

A római jogi gyakorlatban alkalmazott deklasszifikációs stratégiák: "dekarcerizáció"255

*Mario Varvaro*

Néhány megfontolás az

osztócelekvésekképleteinek

rekonstrukciójáról287

*Andreas Wacke*

Die *senectus* in kaiserzeitlichen

Rechtsquellen333

*Matteo Marrone publikációinak listája*365

*Az idézett források jegyzéke*373

*Tomasz Giaro*

(Uniwersytet Warszawski)

## RÓMAI JOG ÉS KONSZENZUÁLIS RACIONALITÁS

### 1. A jog mint a kompromisszum művészete

A politikát gyakran úgy ábrázolják, mint "a kompromisszumok művészetét".<sup>1</sup> Jogunk van ugyanezt mondani a jogról? A jogi racionalitás sajátosságait 150 évvel ezelőtt Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884), a porosz közjogi prókátor mélyreható éleslátással fogalmazta meg. Ez a jogász, aki szélesebb körben arról a három szóról szóló szellemes kijelentéséről ismert, amellyel a jogalkotó a jogi könyvtárakat hulladékká teszi, ugyanebben az előadásban a jogi doktrinális írások nem tudományos jellegéről egy kissé mélyebb, retorikai kérdésnek álcázott állítást is megfogalmazott: "Mit mondanánk egy matematikusról, aki kölcsönös igényeik rendezésére kolduló személyeknek kompromisszumot javasolna?".<sup>2</sup>

Természetesen nagyon jól tudjuk, hogy egy ilyen matematikus szégyent hozna magára. De mi a helyzet egy ügyvéddel, aki ugyanígy jár el? Nos, ő biztosan tapsot kapna. Valójában a kompromissziók megfogalmazásának és rendezésének képessége minden jogi szakember alapvető erénye, akár a jogalkotás, akár a gyakorlati jogalkalmazás területén tevékenykedik. A jogi racionalitás kompromisszumos művészete egyébként rendszeresen megmutatkozott és megmutatkozik a jogfejlődés múltbeli felhalmozott tapasztalataiban. Az egyezségek és az ígéretek a római idők óta minden ügyvéd napirendjén szerepelnek.

A jogtörténet azt mutatja, hogy a jog mint parancs pozitivistá elmélete, amely a common law kultúrában John Austintól (1790-1859), a kontinentális rendszerben pedig Rudolf von Jhering (1819-1892) német jogászoktól és

---

<sup>1</sup> D.J. Boudreaux / D.R. Lee, *Politics as the Art of Confined Compromise*, in *Cato J.* 16.3, 1997, 365.

<sup>2</sup> J. H. v. Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Vortrag in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848*, Darmstadt 1969, 25, 37.





August Thon (1839-1912), rövid uralkodása az 19. század végén fejeződött be<sup>th</sup> évszázad végén.<sup>3</sup> A jogot, amely lényegében a szokások pozitívizálásából állt, sem korábban, sem azóta - a szélsőséges abszolutizmus időszakát leszámítva - soha nem tekintették az állam kizárólagos jogának.<sup>4</sup> Sőt, érvényessége sokkal inkább a konszenzushoz, mint a parancshoz kötődött és kötődik ma is.<sup>5</sup> Az ügyvédi munkában a gyakorlati és bizonyos mértékig politikai funkciójából adódóan folyamatosan megjelennek a megállapodások és az egyeztetések. A jogalkotásban csak a kompromisszum szerepe teszi érthetővé, hogy a parlamentek olyan homályos törvényi záradékokat fogadnak el, amelyek arra szolgálnak, hogy a politikai vitákat az alkalmazási diskurzus látszólag technikai szintjére helyezték át. Ennek következtében a veszekedések elhalasztódnak, vagy legalábbis ideiglenesen elsimulnak.

A pozitivistá parancselmélet megjelenése előtt azonban nemcsak a jogot, hanem magát az államot is általában a *con-sensus* vagy akár a szerződés termékeinek tekintették. Ezt a gondolkodásmódot<sup>th</sup> a társadalmi szerződés ideológiája foglalja magában, kezdve a Kr. e. 5. században élt athéni szofistáktól kezdve a kora újkori észjog gondolkodóin keresztül, mint Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf és Jean-Jacques Rousseau, egészen John Rawls, Robert Nozick, David Gautier és James M. Buchanan kortárs szerződéses igazságosság-elméletéig.<sup>6</sup>

Még ha a társadalmi szerződés ideológiája túlnyomórészt a mérsékelt liberalizmus politikai filozófiájához kapcsolódik is, szélsőséges változatai is ismertek - abszolutista Hobbesnál és demokratikus Rousseau-nál -. A konzervatív gondolkodók is, akik - Edmund Burke (1723-1795) "Reflections on the French Revolution" című művéhez hasonlóan - a társadalmi szerződést, amely többé-kevésbé fiktívnek kell lennie, a hagyomány lényegesebb fogalmával helyettesítik, és gyakran a múlt, a múlt és a jövő, azaz a nagyapák, apák és fiúk generációi közötti (ál)konszenzusos partnerségként tüntetik fel.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> O. Behrends, *War Jhering ein Rechtspositivist ?* az Id. (szerk.), *Privatrecht heute und Jherings evolutiönäres Rechtsdenken*, Köln 1993, 133 f.; T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt a.M. 2007, 17.

<sup>4</sup> J. Gilissen, *La loi et la coutume dans l'histoire du droit depuis le haut moyen âge*, in *Rapports généraux au VI<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1962, 53-99; P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 26-35.

<sup>5</sup> G. Jakobs (szerk.), *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlin 1976; K. Lüderssen, *Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung*, in N. Horn et al. (szerk.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, I, München 1982, 549-564.

<sup>6</sup> J. Gajda, *Prawo natury i umowa społeczna w filozofii przedsokratejskiej*, Wrocław 1986; C. Porębski, *Umowa społeczna. Renesans idei*, Kraków 1999.

<sup>7</sup> H. J. Berman, *Law and Revolution, II. The Impact of Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge MA / London 2003, 14; Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 597.

Az európai jogalkotás hagyományosan erős szerződéses vonásokat mutatott: elég csak az első Német Birodalom (*Altreich*) statútumaira emlékeztetni, amelyek a császár és a közösen cselekvő birtokok közötti megállapodások voltak, vagy az úgynevezett *pacta conventa* és a Lengyel-Litván Nemzetközösség konföderációira.<sup>8</sup> A Németországban a 14. század közepétől ismert *Verfassung* szó eredeti jelentése<sup>th</sup>, amely ma már csak "alkotmányt" jelent, a megállapodás és a békés vitarendezés szemantikai területére terjedt ki.<sup>9</sup>

Nyilvánvaló, hogy a szerződés nem mindig csupán a magánjog elszigetelt, különálló eseménye, amely két fél kölcsönös megegyezésén alapul, és amelyet a jogi életben banális rendszerességgel alkalmaznak (ha szükséges, naponta többször is). Carl Schmitt "Az alkotmány mint szerződés" című művének "Alkotmányelmélet" című fejezetében<sup>10</sup> az auctor bevezeti a "státuszszerződés" fogalmát, amely szembemegy a státusból a szerződésbe való átmenet hagyományos képével, amelyet Henry Sumner Maine népszerűsített. A Schmitti-féle státuszszerződés valójában egy sajátos szerződéstípus, amelyet hosszú időtartam jellemez, és az egész személy egzisztenciális elkötelezettségét feltételezi.

A normativitás erőssége szempontjából a megállapodás nem különbözik jelentősen a jogszabálytól, amit már a római *lex privata* és *lex contractus* kifejezések is tanúsítanak. Ezek olyan jogot jelentenek, amelyet egy alany a saját ügyeire vagy a saját vagyonának irányítására vonatkozóan diktál (*lex rei suae dicta*), és amelyet az ellenérdekű fél egy jogügylet keretében elfogad.<sup>11</sup> Vagy gondoljunk csak a híres, világszerte utánzott 1134. cikkelyre, amely szerint a jogszerűen megkötött megállapodások a törvény erejével kötelezik a feleket.<sup>12</sup>

Hasonlóképpen, a közigazgatás hatékonyságának növelésére irányuló törekvés, amely ma a nyugati közjog keretein belül nyilvánvaló, magában foglalja annak kon-  
tractualizálását, amely a vitarendezés konszenzusos módszereitől a csak a munkaügyi szerződéskötésen át a teljes közigazgatási szféra szerződéses kezeléséig terjed. A közigazgatás ilyen mértékben telítődik elemekkel.

---

<sup>8</sup> H. Mohnhaupt, *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent*, in *ZNR* 28, 2006, 153 f.

<sup>9</sup> M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien / Köln 1986, 70-83; H. Mohnhaupt / D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs*, Berlin 1995, 22 f.

<sup>10</sup> C. Schmitt, *The Constitutional Theory* (német kiadás 1928; fordította Jeffrey Seitzer), Durham / London 2008, 112-124, 118.

<sup>11</sup> S. Meder, *Ius non scriptum - Traditionen privater Rechtsetzung*, Tübingen 2009, 94 f.

<sup>12</sup> H. Mohnhaupt, *Vertragskonstruktion und fingierter Vertrag*, in J.-F. Kervégan / H. Mohnhaupt (szerk.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung*, Frankfurt a.M. 1999, 9-31.

a magánjog.<sup>13</sup> Visszatér a klasszikus liberális éjjeliór állam, annak minden hiányosságával, a gyengék elégtelen védelmével.

Ez az államtípus azonban már a köztársasági Rómában megtalálja az előképét, amelynek városállamát Livius, *Ab urbe condita* 23.49.3., mint olyan közjogi szervezetet (*res publica*) határozta meg, amelynek ügyeit magánpénzekből vagy *magánpénzek (privata pecunia) segítségével* igazgatták. Ez az állam teljesen nélkülözte a bürokráciát, következésképpen a gazdasági adminisztrációt és az állami vállalkozást is. Emiatt a római cenzoroknak közbevételeket termelő ingatlanokat kellett bérbe adniuk, és közmunkákat kellett árverések és cenzori helyek útján kiírniuk.<sup>14</sup>

Azt sem szabad elfelejtenünk, hogy manapság a két- és többoldalú szerződések a nemzetközi közjog szinte kizárólagos forrásai; még gyakrabban veszik fel a nem kötelező erejű jog rugalmas formáját. A szerződés tehát olyan egyetemes jellegű utasításként jelenik meg, amely a magánjog eredeti területétől távol is alkalmazható. Tekintettel a konszenzusos, sőt részvételi demokráciára, valamint a tárgyalások, megállapodások, megegyezések és megállapodások, illetve az állandó alkalmazkodás útján történő jogalkotásra, a megállapodás mint jogforrás fogalma már régen elvesztette paradox jellegét.<sup>16</sup> Nyilvánvaló, hogy a jogi gyakorlatban is előfordulnak a valós és kikényszerített megállapodásoknál látszólagosabb tárgyalások.

Rómában minden közjogi aktus lényegében kollektív szerződésnek (*communis rei publicae sponsio*) minősül. Ezt a véleményt a 2<sup>nd</sup> század végén és a 3<sup>rd</sup> század elején tevékenykedő római jogászok, Papinianus (D. 1.3.1) és Marcianus (D. 1.3.2) is kifejtették. Ebben a tekintetben egy sokkal korábbi athéni szónokot, a Kr. e. 4<sup>th</sup> században elhunyt Démoszthenészt követik.<sup>17</sup> A római Cicero a platonikus motívumot alapul véve (*Köztársaság* IV, 432a) a zenei harmónia alakját az államon belüli érdekegyeztetéshez hasonlította, amelyet ő a *concordia* és a *konszenzus* fogalmaival jellemzett (*de re publ.* 2.42.69).<sup>18</sup> A oldalon.

<sup>13</sup> J. Petit, *A Reappraisal of the Distinction between Administrative Contracts and Private Legal Contracts in French Law*, in M. Ruffert (szerk.), *The Public-Private Law Divide*, London 2009, 283-296.

<sup>14</sup> U. Malmendier, *Societas publicanorum. Staatliche Aktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln / Weimar 2002, 49 f.; L. Maganzani, *Analisi economica e studio storico del diritto*, in *Iura* 53, 2002, 216-242.

<sup>15</sup> P. Kwiatkowski, *Soft Law in International Governance*, in: *Adam Mickiewicz University Law Review* 7, 2017, 93-103.

<sup>16</sup> R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge 2010, 45. o.

<sup>17</sup> M. Ducos, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris 1984, 123; M.A. Messina, *Sui libri definitionum di Emilio Papiniano. Definitio e definire nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA* 45.2, 1998, 244-246.

<sup>18</sup> C. Cascione, *konszenzus. A származás problémái, eljárási védelem, rendszerszerű kilátások*, Nápoly 2003, 6 f. és 24. o., Nápoly 2003, 6 f. és 24. o.

a római köztársaság jogalkotási gyakorlatában a statútumok abszolút többsége valójában a politikai kompromisszum jellemzőit mutatta: kezdetben a patríciusok és a plebejusok között, később a szenátorok (*nobilitas*) és a lovagok (*equi-tes*) között, végül pedig az *optimátusok* és a *populares* között.<sup>19</sup>

A szokásjog csak abban különbözik a törvényes jogtól, hogy konszenzusos és -következésképpen- kompromisszumos jellegű, hogy a megállapodás nem nyilvános vitában születik, hanem a jogi diskurzusban közvetlenül a társadalmi gyakorlatból nyerhető ki. Az ókori Rómában a szokásjog - szemben a statútumokkal, amelyek kifejezetten a szavazások tárgyát képezték - a római nép csendes elfogadásával vonzó normák összességére redukálódott. Ez az a felfogás, amelyet a 2<sup>nd</sup> század közepén élt híres jogász, Julianus támogatott, aki a közjogot mindenki néma egyetértésére redukálja (D. 1.3.32.).1: *tacitus consensus omnium*), valamint az *Ulpiani Epitome* című mű névtelen szerzője (Tit. Ulp. 1.4), aki *tacitus consensus populi-t* említ, és a Diocletianus uralkodása idejéből származó jogász, Hermogenianus, aki a hasonló *tacita civium conventio* kifejezést alkalmazza (D. 1.3.35).<sup>20</sup>

Ily módon a konszenzus, amely - érdemes még egyszer hangsúlyozni - végső soron a kompromisszumot jelenti, a római politika és a római alkotmányosság központi fogalmaként jelenik meg, amely nem a jogalkotáson, hanem a szokásokból kinyert jogi elveken alapul. Egyértelmű konszenzuális elem jelenik meg már a római városállam Cicero által idézett meghatározásában, amely szerint a római városállam olyan társadalmi közösség, sőt társulás, amelyet a *iuris consensus*, azaz az azonos jog elismerése egyesít (*de re publ.* 1.25.39; 3.33.45).<sup>21</sup> Ezáltal a római állam több korszak és nemzedék közös művévé válik (*ibid.* 2.2).<sup>22</sup>

Ugyanez a konszenzuális elem jelenik meg a két római rend - a szenátorok és a lovagok - közötti koalíció cicerói programjában (*concordia ordinum*), amely az összes jó polgár egyetértésén alapul (*consensus omnium bonorum*). Ez utóbbit Cicero politikai beszédeiben (*in Catil.* 1.1.1; *pro Sest.* 1.53), valamint magánlevelezésében (*ad Att.* 1.19.4; 2.19.4; *ad fam.* 5.2.8) is támogatta.<sup>23</sup> Nem sokkal később, a társadalmi harmónia fogalma újra

<sup>19</sup> P.A. Brunt, *The Fall of the Roman Republic and Related Essays*, Oxford 1988, 32-45.

<sup>20</sup> Cascione, *Consensus* (n. 18) 131-160; M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*" Göttingen 2005, 170-173; Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 208 f.

<sup>21</sup> Cascione, *Consensus* (18. szám) 65-70; E. Asmis, *Az állam mint partnerség. Cicero meghatározása a res publica fogalmáról az Államról című művében*, in: *History of Political Thought* 25.4, 2004, 575 f., 579 f., 579 f.

<sup>22</sup> T. Giaro, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in *BIDR* 90, 1987, 33 f.

<sup>23</sup> Brunt, *The Fall* (19. o.) 54-66.

a *consensus universorum* (*Res gestae* 34) némileg erősebb alakjában fordult meg, mint Augustus princípátusának ideológiai alapja.<sup>24</sup>

Az alkotmányjoggal ellentétben a magánjogban a jogdogmatikai diskurzus nagyon ritkán szembesül ilyen radikális döntésekkel. A megegyezések és kompromisszumok szükségessége ma is, mint az ókorban, a közvetlen gyakorlatiasság és a józan megfontoltság olyan jegyét kölcsönzi neki, amely megbízhatóan megkülönbözteti az egzakt és empirikus tudományoktól, sőt még az olyan, valamivel "keményebb" társadalmi tudományoktól is, mint a politikai gazdaságtan vagy a szociológia. A dogmatikus mentalitás egyébként egyfajta korlátozott vagy korlátolt racionalitáshoz vezet, amelyet nemcsak - mint mindenféle tudományosságot - az empirikus tények,<sup>25</sup> hanem a közvetlenül normatív jogforrások is korlátoznak.<sup>26</sup> Ezek módosításához - pontosan ugyanúgy, mint a törvényhozáshoz és a bírósági jogalkotáshoz - az érdekelték konszenzusára (*communis opinio*) van szükség, ami jelentős adag kompromisszum nélkül lehetetlen.<sup>27</sup>

A jogi kompromisszum nemcsak a gyakorlati igazságszolgáltatásban, hanem számos eljárási intézményben is jól látható. A választott bíróság Rómában és Athénban is jól ismert volt.<sup>28</sup> Azonban még a rendes polgári eljárásban is elvárták, hogy a római praetor az eljárás bármely szakaszában kompromisszumot (*transactio*) kössön a felek között, vagy legalábbis feltétel nélkül elismerje a kölcsönösen elfogadott megegyezési feltételeket.<sup>29</sup> Bár a büntetőeljárásban a kompromisszumot kifejezetten nehezebb volt elérni, a szubsztantív büntetőjogban a *volenti non fit iniuria* (D. 47.10.1.5 az akarattal rendelkező személynek nem okoz sérelmet) *ulpianus* elve szerint a sértett beleegyezése kizárta a jogtalanságot.<sup>30</sup>

A kontinentális országok jelenlegi büntetőeljárásaiban, amelyek a kvizitórius modellben az objektív anyagi igazság feltárására törekednek, az igazság megállapítását gyakran korlátozzák a bizonyítási korlátok, amelyek főként az emberi jogokon alapulnak.<sup>31</sup> Ráadásul ezt az igazságot, valamint a vétkesség és a büntetés tekintetében jelentkező következményeit gyakran korlátozzák a főként az emberi jogokon alapuló bizonyítási korlátok.

<sup>24</sup> Ducos, *Les Romains* (17. sz.) 194-202; Cascione, *Consensus* (18. sz.) 82-91.

<sup>25</sup> M. Ogaki / S.C. Tanaka, *Behavioral Economics: Toward a New Economics by Integration with Traditional Economics*, Springer Singapore 2017, 71-82.

<sup>26</sup> T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu*, in P. Winczorek (szerk.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Warszawa 2005, 15; W. Weigel, *Economics of the Law. A Primer*, London / New York 2008, 22 f.

<sup>27</sup> Meder, *Ius non scriptum* (11. o.) 153-184.

<sup>28</sup> D. Roebuck / B. de Loynes de Fumichon, *Roman Arbitration*, Oxford 2004.

<sup>29</sup> M. Kaser / K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*<sup>2</sup>, München 1996, 241, 352, 378, 592.

<sup>30</sup> M. Kuryłowicz, *Paul. D. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen iniuria*, in *Labeo* 33, 1987, 300-302.

<sup>31</sup> J.F. Beltrán, *Bizonyítékok a római jogban*, Bologna 2004, 42-56.

A jogállamiság már évtizedek óta - mint opportunista eljárási közvetítések és tárgyalások tárgya - nagyon is konvencionális.<sup>32</sup> Ha pedig a pragmatikus valóság elismeréseként az előkészítő eljárást is figyelembe vesszük, a kompromisszumkötés lehetőségei még szélesebb körűek az úgynevezett vádalku és a teljes tárgyalás egyéb konszenzusos helyettesítői keretében.<sup>33</sup>

Ugyanez a hagyományos jelleg - amely nagymértékben magában foglalja a konszenzusos és végső soron kompromisszumos jelleget - érinti a mai polgári eljárást is, amely hagyományosan gyakran alkalmazza a kompromisszumot, és újabban a közvetítést és a választottbíráskodást is. A mai polgári eljárás hasonló módon követi a kontradiktórius és diszpozitív rendszert, valamint a formális igazság elvét. Az úgynevezett "reálszocializmus" rövid közjátékát követően ez az igazság a 21. században ismét uralja a kontinentális polgári eljárásjogot.<sup>34</sup> Ezért a magánjog bírói igazsága is egyre inkább az ígéreteken nyugszik, amit nagymértékben a jogi költségek gazdaságossága diktál.<sup>35</sup>

Csak az adott értelmezői közösségben fokozatosan kialakuló konszenzus hátterében - amely nyilvánvalóan az érintett szereplők kompromisszumkészségétől függ - határozhatjuk meg, hogy egy bírói ítélet csupán elszigetelt tévedés-e az igazságszolgáltatás művészetében, vagy pedig a joggyakorlat új irányának kiindulópontja. A *contra legem*, de még mindig *secundum ius* bírói döntések lehetőségét a szükséghelyzetekben már Oskar Bülow (1837-1907), a német polgári eljárásjog professzora is felvetette.<sup>36</sup> Az értelmező közösség fogalma ebben az értelemben túllép a csak bírákból álló bírói testület korlátain, és a társadalom egészében elfogadott értékrendre utal.<sup>37</sup>

Valójában csak a jog területén tudunk ilyen nyíltan hozzáférni ahhoz, amit a középkori glossus *usum imperatorum* (ad D. 33.10.3.5), nevezetesen, hogy a közös tévedést (*error communis*) igazságnak (*veritas*) lehessen ~~adni~~<sup>38</sup> A *contra legem* bírói döntés érvényességét a tényállás normatív erejének következményének kell tekinteni, a con-

<sup>32</sup> M. van de Kerchove, *La vérité judiciaire*, in *Déviance et Société* 24, 2000, 95-101.

<sup>33</sup> F. Bittmann, *Consensual Elements in German Criminal Procedural Law*, in *German Law Journal* 15, 2014, 15-42.

<sup>34</sup> Ł. Łukowski / B. Żukowski, *Zasady tzw. "prawdy materialnej" i "prawdy formalnej": analiza logiczno-filozoficzna i pręglądowa*, in *AUL. FI* 73, 2014, 49-61.

<sup>35</sup> J. Rödiger, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, Berlin 1986, 117-18; P. Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1995, 25-26; Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 598.

<sup>36</sup> Giaro, *Rechtswahrheiten* (n. 3) 85 f., 90; T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, 71.

<sup>37</sup> J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*<sup>2</sup>, München 2005, 71-77, 196 f.

<sup>38</sup> E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici*, II, Milánó 1964, 105; Giaro, *Rechtswahrheiten*. (3. sz.) 59 f.; P. Ciacli / I. Mihnea, *Error communis facit jus*, in *IPEDR* 17, 2011, 291-295.

a Georg Jellinek (1851-1911) által megfogalmazott híres fogalom. Ennek ellentéte a politikai forradalom, amely a régi romjain próbál új jogrendszert felépíteni. Csak az idő múlásával jelenhet meg világosan és határozottan a régi rend felfüggesztésének helyzete, akár egy meghíusult államcsínyként, akár pedig egy új törvényesség szilárd alapjaként.

## 2. Az ügyvéd feladata

Nyilvánvaló, hogy a jogász tipikus feladata inkább az, hogy az akkor hatályos joganyagból kihozza a kívánt megoldást, ellentétben a radikális jogi reformok szorgalmazásával vagy éppen a forradalmak kirobbantásával. Ebben az értelemben az igazságszolgáltatás követi azt az arisztotelészi ajánlást, hogy a bírónak ugyanúgy kell kitöltenie a törvény hiányosságait, mint ahogy maga a törvényhozó tette volna, ha jelen lenne a bíróságon (*Eth. Nic.* V.10, 1137b 22-24).<sup>39</sup> Ugyanez a funkció jelenik meg a *tacita lex* fogalmában a hallgatólagosan elfogadott törvény (Cic. *pro Tull.* 21.51) vagy a hallgatólagos kivétel (*tacita exceptio értelmében*, amely Cicero retorikájában (*de inv.* 2.140) és Seneca etikájában (*de benef.* 4.39.4) ismert).<sup>40</sup>

Az arany középen alapuló megoldásként felfogott *konszenzus* ellentéte feltehetően egy szélsőséges megoldás lenne, amely a római jogtudományban gyakran abszurdnak minősített eredmény. A jogi abszurdítások diszkurzív kiküszöbölése egy olyan érvelési séma segítségével történik, amely legalábbis az i. e. 490 körül született görög gondolkodó, Eleai Zénón óta ismert. Zénón a parmenidészi monizmust a neveltségesség gyanújával szemben azzal az érveléssel védte, hogy a többség feltételezése sokkal nagyobb inánitásokat feltételez, mint az egységé (Plat. *Parmen.* 128d).<sup>41</sup> Ezt a sémát általában közvetett vagy apagógiai bizonyításnak, latinul *deductio (reductio) ad absurdum*nak nevezik.

Ily módon bizonyítjuk egy jogi megoldás ésszerűségét annak bizonyításával, hogy annak ellentéte praxeológiai vagy axiológiai szempontból elfogadhatatlan,<sup>42</sup> főként annak megengedhetetlen következményei miatt.<sup>43</sup> Ez az érv nyilvánvalóan

---

<sup>39</sup> W. Waldstein, *Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpianus*, in: W. Waldstein, *Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpianus*. M. Beck-Mannagetta et al. (szerk.), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, Wien / New York 1996, 19 f.

<sup>40</sup> T. Giaro, *Excusatio necessitatis a római jogban*, Warszawa 1982, 25, 40.

<sup>41</sup> W. Kneale / M. Kneale, *The Development of Logic*, Oxford 1978, 7 f.; R. Reggi, *L'interpretazione analogica in Salvo Giuliano*, in *Studi Parmensi* 4, 1974, 155; J. Mansfeld, *Die Vorsokratiker*, II. Zenon, Empedokles, Anaxagoras, Leukipp, Demokrit, Stuttgart 1986, 8-25.

<sup>42</sup> Z. Ziemiński, *Practical Logic*, Warszawa / Dordrecht 1976, 250 f.

<sup>43</sup> M.R. Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, München 1995, 227-232; K.



gyakrabban alkalmazzák, ha a pragmatikus-teleologikus szellemmel átítatott igazságszolgáltatás instrumentálisan a gyakorlati eredményre (*output*) irányul. Másrészt, ha a bíróságok egy pozitivista deduktív ~~örv~~ követnek, amely a premisszákra (*input*) összpontosít, akkor az *ab absurdo* érvelést csak kivételesen ismerik el, mert nem megy tovább, mint a legjobb esetben is valószínűsíthető következtetések jelzése.<sup>44</sup>

Ugyanakkor ez az érvelési séma megtalálható a pozitivista típusú jogrendszerekben is, beleértve a törvényértelmezés módszerét is, amelyet az 19. század végén<sup>th</sup> és a 20. század elején az amerikai jogi formalizmus fogadott el<sup>th</sup>, amely különbözőképpen az úgynevezett textualizmus és az intencionalizmus alapjául szolgáló feltevéseken alapult.<sup>45</sup> Az új amerikai textualizmus azonban a hagyományos abszurditási doktrínát a jogalkotó és a bírói hatalom közötti, a liberális demokratikus ideológia által posztulált egyensúly megbontásával, valamint a jogalkotói kompromisszumok figyelmen kívül hagyásával vádolja. Ily módon nyilvánvalóvá válnak a látszólag egyszerű kérdés politikai vonatkozásai - hogy szigorúan be kell-e tartanunk a törvény betűjét vagy sem.<sup>46</sup>

Európában is, a kontinensen és Nagy-Britanniában is, a hagyományos konzekvencialista érvelés, beleértve az abszurditás elkerülésének régi értelmezési arany szabályát, pozitivista ellenvetések egész sorával találkozik. Az érvelés ilyen formái sértik a demokrácia és a hatalommegosztás elvét, és különösen az igazságszolgáltatásnak a jogalkotónak való alárendeltségét, megkönnyítve a bíróságok politikai célokra való visszaélését és aláásva a jogbiztonságot.<sup>47</sup> Miután azonban a hagyományos értelmezésmélet megkérdőjelelte a jogalkotó akaratát mint alapvető értelmezési konstrukciót, ami már jó két évszázaddal ezelőtt is megtörtént,<sup>48</sup> a kimenetorientált következményelvű érvelés nyert lendületet.

Tekintettel az *argumentum ab absurdo* kétséges legitimitására, az elméletalkotók

Płeszka, *Uzasadnianie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996; D.A. Farber, *The Hermeneutic Tourist*, in *Cornell L. Rev.* 81, 1996, 514.

<sup>44</sup> T. Giaro, *Abszurditátsargumente in der römischen Jurisprudenz*, in *OIR* 11, 2006, 31-61.

<sup>45</sup> H.Y. Levin, *Intentionalism Justice Scalia Could Love*, in *Constitutional Commentary* 30.1, 2015, 89-99.

<sup>46</sup> J.F. Manning, *The Absurdity Doctrine*, in *Harv. L. Rev.* 116, 2003, 2402; G. Staszewski, *Avoiding Absurdity*, in *Indiana Law Journal* 81, 2006, 1006 f.

<sup>47</sup> Deckert, *Folgenorientierung* (43. sz.) 13-22; J. B. M. Vranken, *Exploring the Jurist's Frame of Mind*, Deventer 2006, 86 f.; Giaro, *Rechtswahrheiten* (3. sz.) 613; Spyra, *Granice* (36. sz.) 91 f., 188-191.

<sup>48</sup> A.F.J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*<sup>2</sup>, Altona 1806, 36; J. Lukas, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*, 1, Tübingen 1908, 398-427; D. Simon, *Juristische Logik und richterliche Tätigkeit*, in *ZVglRWiss* 81, 1982, 80.

a jogi érvelés általában az érvkatalógusuk legvégén, tehát az egyszerű szubszumció ellenpólusán helyezkedik el.<sup>49</sup> Az *argumentum ab absurdo* azonban valójában egyfajta meta-érv, vagy talán egy supra-érv. Ily módon nemcsak a *summum ius summa iniuria* elvére hivatkozó érzéketlen következtetéseket, hanem minden más jogi érvelést is hiteltelenné tehetünk. Ez különösen az olyan analógiákra vagy érvekre *a contrario* és *a fortiori* vonatkozik, amelyek egy adott helyzetben vagy racionálisnak, vagy - ha értelmetlen eredményeket generálnak - erősen irracionálisnak, azaz abszurdnak bizonyulhatnak.

Az *ab absurdo* érv, amely a merev "mindent vagy semmit" sémán alapuló ésszerűtlen szélsőséges megoldások szinte automatikus elutasítását foglalja magában, enthymematikus formájában szinte minden jogi érvelésben megjelenik. Az ilyen megoldások újragondolása a konszenzusos megoldások előnyben részesítését jelenti, amelyeket széles körben alkalmaznak, különösen a magánjogban, a szerződés konszenzusos modelljét követve.<sup>50</sup> Jelenleg például a jogügyletek értelmezése sem az akaratelméletet, sem a nyilatkozatelméletet nem alkalmazza tiszta formában, és a polgári jogi kártérítési felelősség sem alapul soha nem kizárólag a vétkesség elvén, és soha nem is kizárólag a szigorú felelősségen.

Ennek a józan ész szerinti megközelítésnek a genezise a helyreigazító igazságosság fogalmában keresendő, amelyet Arisztotelész a "Nikomachusi etikában" a dolgok "nyereség és veszteség közötti" állapotaként vázol fel (*Eth. Nic. V.7, 1132a 18-24*). Ezt az igazságot a bíró szolgáltatja, akit néha - mint olyasvalakit, aki középen áll - "közvetítőnek" (*mesidios*), vagy akár - magának az igazságosságnak ehhez a felfogásához hasonlóan - "középszerűnek" (*meson*) neveznek.<sup>51</sup> A polgár szempontjából is az igazság gyakorlása mértéktartást és alkalmazkodást igényel, mivel a jog szó szerinti értelmének túlságosan kitartó védelme könnyen törvénytelenséggé fajul (*Eth. Nic. V. 14, 1138a 1-3*). Ez a gondolat ismét visszatér a halhatatlan cicerói paradoxonban *summum ius summa iniuria* (*de off. 1.10.33*) és a valamivel későbbi római agrónómus Columella (*de re rust. 1.7.2*) nagyon hasonló intelmében: *summum ius summa crux*.<sup>52</sup>

Ugyanebben a szellemben a klasszikus római jogtudomány a *media sententia* típusú köztes megoldásokat részesíti előnyben. Ehhez az intézkedéshez folyamodva Gaius (D. 41.1.7.7.7),

<sup>49</sup> C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica* (fordította G. Crifó), Milánó 1979, 97-102.

<sup>50</sup> F. Bydliński, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, in *AcP* 204, 2004, 309-395.

<sup>51</sup> G. Bien, *Gerechtigkeit*, in O. Höffe (szerk.), *Die Nikomachische Ethik*, Berlin 1995, 158 f.; U. Manthe, *Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles*, in *ZRG RA* 113, 1996, 4 f.

<sup>52</sup> O. Höffe, *Aristoteles*, München 1996, 230; Waldstein, *Relevanz* (n. 39) 22 f.; F. Longchamps de Bériér, *Summum ius summa iniuria*, in C. Cascione / C. Masi Doria (szerk.), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, V, Napoli 2007, 2919-2932.

a 2<sup>nd</sup> század közepén írta, meghatározza a jogi iskolák közötti vitában elért kompromisszumot az idegen anyagból előállított új dolgok megszerzéséről (*specificatio*).<sup>53</sup> A római jogászok a legtöbb magánjogi viszonyban a jogok és kötelezettségek, előnyök és terhek, nyereségek és veszteségek egyensúlyát a *compensatio lucri cum damno* elve alapján próbálják megteremteni.<sup>54</sup> A kockázatnak annak a félnek a javára történő felosztását, akinek a jogviszony jövedelmezőbb, a *qui habet commoda, ferre debet onera*, valamint a *cuius commodum, eius periculum* és *aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem* közismert jelszavakkal érzékeltetik.<sup>55</sup>

A római jogértelmezésnek ezt a tendenciáját két egyszerű példán keresztül szemléltetjük. Celsus szerint (akinek véleményét Marcianus adja át, D. 36.1.34) igazságtalan lenne az egyetemes fideikommisszáriust a veszteség (*damnum*) kockázatával terhelni, mivel mielőtt az örökséget az örököstől megkapja, nem részesül annak gyarapodásából (*augmentum*).<sup>56</sup> Másrészt, Paulus szerint (D. 37.5.15.4) egy pénzösszeg megfizetésére vonatkozó végrendeleti feltételt a hagyaték szövegével szemben úgy kell teljesíteni, hogy az örökség *contra tabulas* birtokosának, mint praetoriánus örökösnek a kezébe kell fizetni, és nem a polgári örökös kezébe, akinek a helyzete pusztán formális; valójában abszurd lenne, ha az utóbbi csak hasznot (*commoda*) húzna az örökségből, míg az előbbi viseli a hagyaték összes terhét (*onera*).<sup>57</sup>

A kizárólag a törvény betűjére alapozott igény érvényre juttatása a törvény kijátszásához vagy akár a joggal való visszaéléshez közelítő álláspontot is jelenthet, mint a híres cicerói példa (*de off.* 1.10.33) egy hadvezérről, aki kizárólag az éjszakai órákban pusztította el az ellenség mezőit, mert csak "30 napra" kötött fegyverszünetet.<sup>58</sup> A *reductio ad absurdum*, mint a mértéktelen követelésekkel szembeni jogi eszköz, bizonyítja az ilyen követelések ésszerűtlenségét.

<sup>53</sup> A. Plisecka, *Tabula picta: a képi alkotás jogi vonatkozásai*, Padova 2011, 72-75.

<sup>54</sup> J.F. Stagl, *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klasszikusischer aequitas*, in D. Mantovani / A. Schiavone (szerk.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 675-713.

<sup>55</sup> T. Giaro, *Privatrecht als Technik der Gerechtigkeit*, in: H. Münkler / M. Llanque (szerk.), *Konzeptionen der Gerechtigkeit*, Baden-Baden 1999, 75; A. Wacke, *Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben*, in *ZRG RA* 118, 2001, 264-285.

<sup>56</sup> T. Giaro, *Das romanistische Induktionsproblem*, in *RJ* 10, 1991, 387; J. D. Harke, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin 1999, 122.

<sup>57</sup> P. Voci, *Római örökösödési jog<sup>2</sup>*, II. *Parte speciale*, Milánó 1963, 660 és 61. sz.

<sup>58</sup> H. Honsell, *In fraudem legis agere*, in D. Medicus / H.H. Seiler (szerk.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 114-115; Id., *Teleologische Reduktion versus Rechtsmißbrauch*, in Beck-Mannagetta et al. (szerk.), *Der Gerechtigkeitsanspruch* (n. 39) 372.

olyan előírások segítségével, amelyeket egykor a határesetekre fogalmaztak meg, de amelyek később a római jogtudomány közös tulajdonává váltak. Nézzünk most néhányat közülük.

Jogosult-e az erdő haszonélvezője (*ager*) arra, hogy a vihar által kivágott összes fát magához vegye (Lab.-Ulp., D. 7.1.12 pr.)? Vajon a készletek, azaz az ehető vagy iható dolgok (*penus*) legacyja magába foglalja-e a folyékony gyógyszereket is (Cass.-Paul., D. 33.9.5 pr.)?<sup>59</sup> Egy aranyműves özvegye, akinek a piperecikkek (*mundus*) örökségét adták, megkapja-e gyakorlatilag az egész örökséget (Ofil.-Lab.-Iav., D. 34.2.39 pr.)? Megkaphatja-e az a személy, aki előre látott kárért (*cautio damni infecti*) szerződést kapott, az egész szomszédos ingatlan birtokát, még akkor is, ha annak csak egy kis része bizonyul hibásnak (Ulp. 53 *ad ed.*, D. 39.2.15.13)? Egy erdő (*silva*) vevője automatikusan megszerzi-e az összes vadállatot, amely ott szaladgál (Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.3.14)?<sup>60</sup>

Ez a tendencia, amely a jogviszonyok egyensúlyának helyreállítására, és különösen az egyenlőség elvének a csereszerződésekben való megvalósítására irányult, az ókori római jogban soha nem valósult meg teljes mértékben. Az igazságosság arisztotelészi koncepciója azonban, amely - minden etikai erényhez hasonlóan - a hiány és a túlzás közötti köztes helyet foglal el, Aquinói Tamás (1224-1274), a középkori kánonjog, a késő spanyol skolasztika és az észjog olyan gondolkodói révén került be az európai jogi hagyományba, mint Grotius és Pufendorf.<sup>61</sup> Ha az igazságosság sem hiány, sem túlzás, mondja Arisztotelész, akkor egyfajta mértékletességnek kell lennie (*Eth. Nic.* II.7, 1108b 8-9).<sup>62</sup> Következésképpen, Platón követve (*Republ.* II, 359a), az igazságosságot úgy minősíti (*Eth. Nic.* V.9, 1133b 30-31; 1134a 12-13), mint a kár okozása és elszenvedése közötti helyzetet.<sup>63</sup>

Az igazságosság ápolásának gyakorlatával a bírák, akárcsak a polgárok, végső soron hozzájárulnak az olyan vagyoni túlkapások kiegyenlítéséhez, amelyek egyébként a társadalom destabilizálásával fenyegetnének. Arisztotelész "Politikája" szerint ez a gyakorlat erősíti az államot, amely mindig a bőség és a szegénység szélsőségei között elhelyezkedő középosztályra épül (*Polit.* IV.11-12, 1295a 25-).

---

<sup>59</sup> Giaro, *Absurditätsargumente* (é. n. 44) 52; J. M. Alburquerque, *Alimentos y provisiones: observaciones y casuística en tema de legados* (D. 34,1 y D. 33,9), in *RDUNED* 2, 2007, 31.

<sup>60</sup> További példák Giaro, *Absurditätsargumente* (44. sz.) 38-42-ben.

<sup>61</sup> F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Oxford 1995, 234 f., 247; M. Beckmann, *Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre*, in *Der Gerechtigkeitsanspruch* (no. 39) 73-80; J. Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford 2006, 364 f., 368 f.

<sup>62</sup> H. Schreiner, *Die Mesotes-Lehre des Aristoteles und die Argumentationstheorien der Juristen*, in: H. Schreiner, *Die Mesotes-Lehre des Aristoteles und die Argumentationstheorien der Juristen*. O. Gigon / M.W. Fischer (szerk.), *Antike Rechts- und Sozialphilosophie*, Frankfurt a.M. 1988, 358.

<sup>63</sup> J. Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, Tübingen 1997, 57-58, 71-76.

1297a 13). Következésképpen úgy tűnik, hogy az arany közép elve uralja Arisztotelész alkotmányos tipológiáját, aki az ideális *politeiát* az oligarchia és a demokrácia elítélendő szélsőségei közé helyezi.<sup>64</sup> Az igazságosság erénye révén, amelynek művelését Arisztotelész az állam lényeges feladatai közé sorolja (*Polit.* I.2, 1253a 37-38), a jogi racionalitás összefonódik a politikai racionalitással.

A rómaiak jogi racionalitása nyilvánvalóan számos jogorvoslatot ismer a jogi abszurditások ellen. Ezek mindenekelőtt fogalmi megkülönböztetések formájában jelennek meg.<sup>65</sup> Ebben az értelemben elképzelhetetlen az olyan végrendelet, amely nem tartalmaz tényleges örökös kinevezést, de a kodicilum megengedett (I. 2.25.2); hasonlóképpen kizárt az "örökös halála után" (*post mortem heredis*) elnevezésű hagyaték, amely azt jelenti, hogy az örökhagyó abszurd módon fenntartja a rendelkezési jogot az örökhagyó örökösének vagyona felett, de a trust (*fideicommissum*) megengedett (Gai 2.277). Sőt, a tiltott *post mortem heredis* formula helyett a hagyaték akkor is hatékony lehet, ha olyan kifejezésekkel fogalmazzák meg, mint "élete utolsó pillanatában" (Gai 2.232: *ultimo vitae eius tempore*) vagy "amikor meghal" (Tit. Ulp. 24.16: *cum heres moriatur*).<sup>66</sup>

A megkülönböztetésnek ez a művészete a római jogtudományban igen fejlett. A saját dolog ellopása, amely elvileg lehetetlen, elképzelhetővé válik a dolog ellopása (*furtum rei*) és a dolog pusztá birtoklása (*furtum possessionis*) közötti fogalmi különbségtétel alapján. Ily módon a zálogjoggal rendelkező hitelező beperelheti a tulajdonos-kötelezettet lopásért, ha az utóbbi az előbbit megfosztotta törvényes birtokától (Gai 3.200; 3.204).<sup>67</sup> Hasonlóképpen, míg a saját dolog megvásárlása tilos, a birtoklásának megvásárlása megengedett (Paul. 33 *ad ed.*, D. 18.1.34.4).<sup>68</sup> Továbbá, miután a kölcsönnyújtás megtörtént, a kölcsönadásra vonatkozó megbízás (*mandatum credendi*) érvénytelen, de az adósnak adott halasztásra vonatkozó megbízás érvényes (Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17.1.12.14).<sup>69</sup>

Mivel az érvényes jogot Rómában az emberi életvitel racionális irányítójának tekintették, a jogtudósok bizonyos esetekben a törvény megszegésével járó helyzeteket a következőkkel jellemezték

<sup>64</sup> F.W. Schwarz, *Einleitung*, in *Aristoteles, Politik*, Stuttgart 1989, 56 f.; Waldstein, *Relevanz* (39. sz.) 27-31; J. Sieroń, *Status jednostki i państwa w greckiej polis*, Katowice 2003, 183 f., 213-218.

<sup>65</sup> G.P. Fletcher, *Paradoxes in Legal Thought*, in *Colum. L. Rev.* 85, 1985, 1268 f., 1279 f.

<sup>66</sup> Avenarius, *Liber singularis* (n. 20) 457.

<sup>67</sup> M. Kaser, *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli 1982, 39 f.; Id., *Rechtsquellen* (n. 9) 337 f.; M. Zimmermann, *Der Rechtswerb hinsichtlich eigener Sachen. Rei suae sive de re sua contractum consistere non potest*, Berlin 2001, 83.

<sup>68</sup> Kaser, *Rechtsquellen* (9. sz.) 338; Zimmermann, *Rechtswerb* (67. sz.) 125-128.

<sup>69</sup> A. Watson, *The Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, 87 f.; A. Guarino, *Mandatum credendi*, Nápoly 1982, 85.

mint a racionális, azaz abszurd ellentéte. Például egy tartományba való belépést követően a római prokonzul mint annak kormányzója jogosult volt arra, hogy joghatósági hatáskörét legátusára ruházza át. Ha azonban korábban a joghatóság átruházására törekedett, akkor teljesen abszurd lenne elismerni egy olyan jogkör átruházását, amelyet ő maga még nem szerzett meg (Ulp. 1 *de off. proc.* D. 1.16.4.6: *est enim perquam absurdum, antequam ipse iurisdictionem nanciscatur ... alii eam mandare, quam non habet*).<sup>70</sup> Vizsgáljunk meg néhány más ilyen jellegű szöveget.

A római jogi iskolák közötti híres vitában (Gai 3.141) a proculiánusok tagadták a szabiniaiak érvelését, miszerint a cserekereskedelem (*permutatio*) az adásvétel (*emptio venditio*) egyik fajtájának tekinthető.<sup>71</sup> A proculiánusok hangsúlyozták, hogy meg kell különböztetni az eladás és a vásárlás tevékenységét, az eladó és a vevő személyét, végül pedig az árut az áratól, mivel abszurd lenne azt gondolni, hogy mindkét dolgot el lehet adni, és mindkettőt árként lehet megadni: *alioquin ... utramque rem videri et venisse et utramque pretii nom datine esse absurdum videri*.<sup>72</sup> Azonban nem minden jogtudós tartotta ezt az érvelést meggyőzőnek, amint azt a Vespasianus császár (Kr. u. 69-79) alatt tevékenykedő Caelius Sabinus is bizonyítja, aki azt javasolta, hogy az árut az eredetileg eladásra kínált dologgal és a cserébe adott dologgal, mint árral lehet azonosítani.<sup>73</sup>

Ezzel szemben az egyik utolsó klasszikus jogtudós, Pál, akit sokan túlságosan logikus gondolkodónak ítélték, osztva a proculiánus érvelést, miszerint nem lehetséges, hogy mindkét dolgot eladják és mindkettőt árként adják, tartózkodott attól, hogy az ilyen megoldást szigorúan véve abszurdnak minősítse, hanem inkább egy körülírás segítségével irracionálisnak bélyegezte (Paul. 32 *ad ed.*, D. 19.4.1 pr.: *nec ratio patitur, ut una eademque res veneat et pretium sit emptionis*). Továbbá már hivatkozhatott a "received law" (D. 19.4.1.2: *ius receptum*) rendszerező és hagyományos érvére, amely abban a konszolidált feltételezésben állt, hogy a névleges konszenzuális szerződések száma korlátozott: *alioquin ... nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent*.

---

<sup>70</sup> Giaro, *Absurditätsargumente* (44. o.) 45; Id., *L'expérience de l'absurde chez les juristes romains*, in:

Giaro, *Absurditätsargumente* (44. o.) 45; id.

Z. Benincasa / J. Urbanik (szerk.), *Mater familias. Romanisztikus írások Maria Zabłocka számára*, Warszawa 2016, 261.

<sup>71</sup> Th. Rüfner, *Money in the Roman Law Texts*, in D. Fox / W. Ernst (szerk.), *A pénz a nyugati jogi hagyományban. Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford 2016, 98 f.

<sup>72</sup> O. Behrends, *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze*, II, Göttingen 2004, 638-639.

<sup>73</sup> Giaro, *L'expérience* (70. szám) 250-251.

Végezetül megvizsgáljuk a pénz folyósításának problémáját egy valós hitelkon- traktusban. Julianus (*apud Afric. 8 quaest., D. 17.1.34 pr.*) rendszerezési megfontolásokból kizárta a mandátumadósságból létrehozott, tisztán konszenzuális kölcsön lehetőségét, mivel egyébként egyszerű informális alkuval bármilyen kon- tractból létrejöhetett volna kölcsön: *alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri*. Valójában a kölcsön mint valódi szerződés csak akkor jöhetett létre konszenzusos módon, ha azt megelőzte a pénz tényleges átadása az adósnak, aki azt korábban letétként tartotta, mert akkor az érmék, amelyek korábban az enyémekek voltak, a tiédek lettek (*quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*).<sup>74</sup> Továbbá akkor jön létre érvényes kölcsön, ha felhatalmazom Önt, hogy pénzt vegyen át az adósomtól (*Anweisungsdarlehen*).

Ezzel szemben Ulpianus (31 *ad ed., D. 12.1.15*) könnyebben elismeri a kölcsönök megkötésére vonatkozó néhány speciális jogi szabály érvényességét.<sup>75</sup> Követi Cel- sus-t, Julianus riválisát (Ulp. 32 *ad Sab., D. 24.1.3.12*), aki nem látott semmi abszurdumot a konszenzusos kölcsönben, amelyet megbízás alapján fennálló tartozás előzött meg.<sup>76</sup> Ez a megoldás azon a figyelemlen alapult, hogy a megbízási tartozást nekem fizették ki, majd ugyanezt a pénzt én átutaltam neked kölcsönként (*videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*). Egy ilyen fikció semlegesíti azt, amit egyébként abszurditásként lehetne jellemezni, ami abból adódik, hogy a tényleges szerződésekben a teljesítés mint abszolút nélkülözhetetlen elem hiányzik.

### 3. Néhány záró megjegyzés

A megkülönböztetés gyakran a jogi szabályok alóli kivételek formájában jelenik meg, de néha alternatív alrendszerek dimenzióit is elnyeri, mint a pozitív jog és az íratlan jog szembeállítás a természetjog és az írott jog között, vagy végül, ha a nagy történelmi ellentétekben gondolkodunk, a *ius civile/ ius honorarium* Rómában és a *common law/ equity* Angliában.<sup>77</sup> A magánjogban a szükségállapot, valamint a közjogban a szükségállapot keretében az általános normák hatályon kívül helyeződnek, mivel azokat azzal a hallgatóságos korlátozással hozták létre, hogy azokat a normális állapotokra kell alkalmazni.<sup>78</sup>

A

<sup>74</sup> J. D. Harke, *Argumenta Iuventiana - Argumenta Salviana. Entscheidungsbegründungen bei Celsus und Julian*, Berlin 2012, 119-121.

<sup>75</sup> T. Kleiter, *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassikus römische Jurisprudenz*, München 2010, 154-156.

<sup>76</sup> B.-H. Jung, *Darlehensvaluierung im römischen Recht*, Göttingen 2002, 107-118.

<sup>77</sup> N. Luhmann, *A harmadik kérdés: a paradoxonok kreatív használata*, in: *J. Law Soc.* 15, 1988, 162.

<sup>78</sup> Giaro, *Excusatio* (40. §) 25. §, Á. Suhmann, *A harmadik kérdés* (77. sz.) 162 f.



a normát, amely mindig feltételezi a normalitást, általában meglepik a történelmi változások, és aztán felváltják azokat. Csak annyiban uralja a helyzetet, amennyiben a helyzet még nem vált teljesen abnormálissá (*teljesen abnormális*).<sup>79</sup>

Ami azt illeti, a proculiai jogi iskola korai győzelme után, amelyet a kései klasszikus jogász, Paulus (33 *ad ed.*, D. 18.1.1.1; 5 *ad Sab*, D. 19.4.1.), és a Justinianus-féle kompiláció is megerősítette, az ókorban abszurdnak minősített szabiniánus megoldást (Gai 3.141) a legtöbb modern európai polgári jogi kodifikáció rehabilitálta.<sup>80</sup> Különösen a francia *code civil* 1707. cikke, a német BGB 480. §-a (korábban 515. §), a spanyol *código civil* 1541. cikke, az olasz *codice civile* 1555. cikke, a görög polgári törvénykönyv 573. cikke, a lengyel polgári törvénykönyv 1964. évi 604. cikke és végül az 1992. évi új holland törvénykönyv, a *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek* (NNBW) 7:50. cikke szerint az adásvételre vonatkozó rendelkezések a szükséges módosításokkal a barterre is vonatkoznak.

Az osztrák ABGB 1064. §-a szerint azonban éppen az ellenkező megoldás a helyes: az adásvételre a cserekereskedelemre vonatkozó rendelkezések vonatkoznak, amelyek a dolog kockázatának és jövedelmének átadás előtti átruházására vonatkoznak. Ezt az anomáliát az ABGB alapjául szolgáló természetjogi koncepcióval magyarázták.<sup>81</sup> Akárhogy is legyen, az ókori szempontból legmeglepőbb rendelkezést a svájci kötelezvénytörvény 237. cikke tartalmazza, amelyet a görög polgári törvénykönyv 573. cikke, az NNBW 7:50. cikke, majd a IV.A.-1:203.2. cikk követ, és most a közös referenciakeret-tervezet (DCFR). Ezek a rendelkezések elfogadják azt, amit az ókorban abszurdnak tekintettek, mint valami normális dolgot, amennyiben minden felet vevőnek minősítenek az általa átvenni kívánt áru tekintetében, és eladónak az áru tekintetében, amelynek tulajdonjogát a fél átruházza.

A jogi rendszerelmélet pesszimista állítása a jogrend paradoxonszerű felépítéséről végül is nem kevésbé meddőnek tekinthető, mint az ellentétes optimista tézis a jogrend teljes racionalitásáról. A kompromisszum jogi hagyománya szerint inkább a középutat elfoglaló megoldásba kellene bízunk.<sup>82</sup> Az esetről esetre történő óvatos átmenet módszerének köszönhetően a common law jobban felkészültnek tűnik erre a feladatra. Ha azonban a polgári jog is, minden paradoxonjával együtt, többé-kevésbé a polgári jogban működik, akkor

<sup>79</sup> C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, 22 f., 40.

<sup>80</sup> A. Wacke, *Ne occasio sit maioris tumultus faciendi. Absurditätsargument und Folgenberücksichtigung in römischen Rechtsquellen*, in *Een Rijk Gerecht. Opstellen Paul L. Nève*, Nijmegen 1998, 590.

<sup>81</sup> Th. Mayer-Maly, *Kauf und Tausch*, in R. Ruedin (szerk.), *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle / Genève / München 1999, 327 f.

<sup>82</sup> Számos római szöveg in G. Klingenberg, *Das modicum-Kriterium*, in *ZRG RA* 126, 2009, 187-283.

kevésbé kielégítő módon, ennek a rendszernek is rendelkeznie kell az abszurdítások semlegesítésére alkalmas jogorvoslati lehetőségekkel. Mint láttuk, ezek a gyógymódok, akárcsak maguk az abszurdítások, római eredetűek. Így aztán mindkét rendszer végső soron a kompromisszum prudenciális művészeteként felfogott jogi racionalitás modelljét követi.