

Deli Gergely válasza

Benke József, Sándor István és Szabó Béla

opponensi véleményére

1. Bevezető gondolatok

Szerencsésnek mondhatom magam, hogy három ilyen értő, alapos és jóindulati véleményt kaptam értekezésemről. Mindhárom opponens zavarba ejtően részletes és magas színvonalú kritikát fogalmaz meg a kéziratomról, és jelentős mértékben hozzájárulnak ahhoz, hogy egy jövőbeni átdolgozás után az „*Usus postmodernus pandectarum*” című dolgozatom valóban hozzájárulhasson szeretett hivatásunk, a romanisztika fejlődéséhez.

Az opponensek konstruktív kritikája elegáns válasz „dekonstruktív” értekezésekre. A szóban forgó doktori értekezés ugyanis meglehetősen provokatív. Provokatív, mert egy új, a szakirodalomban korábban nem használt módszerrel közelít a római jogi forrásokhoz. Mint minden új paradigmakísérletre, nyilván erre is élénkebben reagál a szakmai közösség, amely azzal a nehézséggel szembesül, hogy miképp lehet a pince legnemesebb, évek óta érlelt borát a frissen kiforrt újbórral összemérni. Nagy tudományos tapasztalattal bíró opponenseim teljes mértékben tudatában voltak e nehézségnek, és megtalálták a helyes középutat, hogy miképp minősítsék munkámat, amely kevésbé értékelhető a bevett tudományos mércék alapján és néha talán túlon túl átüt rajta az újdonság izgalmától hevesebben dobogó kutatói szív.

A fentiek előrebocsátása mellett szeretném minden kedves olvasó figyelmét felhívni arra, hogy az értekezés téziseiben összefoglalt tudományos eredmények nem triviálisak. Értekezésemben több olyan eredmény kerül kibontásra, amely nagy tudományos modelleket alapjaiban kérdőjelez meg. Ilyennek tekintem például a római jognak a szakirodalomban máshol nem hangsúlyozott etikai (nem erkölcsi!) aspektusainak kidomborítását. De egyértelműen ilyen a Hadfield és Weingast-féle equilibrium modell kritikája, vagy a Murphy-féle *tertium non datur* tézisének cáfolata. Ezek a tudományos nóvumok nem egy szakterület tudományos részterületének sajátos részproblémái. A római jog területén ilyeneket felmutatni már önmagában komoly tudományos sikernek számítana. Az értekezésemben foglaltak azonban jelentős, paradigmaalkotó alapkérdések esetében kezdik ki az elfogadott és bevett axiómákat:

mit gondoljunk a római jog természetéről? Egyáltalán mi a jog? Vagy éppen, hogy van-e harmadik út a jogpozitivizmus és a természetjog mellett?

Tisztában vagyok azzal, hogy jelen írás nem ad választ minden, az opponensek által megfogalmazott felvetésre. Ha teljes körű válaszra törekedtem volna, az egy újabb kis értekezés megírását igényelte volna. Ez nyilván nem elvárás jelen eljárásban, és nem is lenne célszerű, mert a tézisek többségét mindhárom opponens elfogadta tudományos nívumként. Ezért inkább arra törekedtem, hogy véleményeik nagyjából azonos súllyal jelenjék meg a válaszban, és hogy a leg súlyosabb kritikai megjegyzéseikre próbáljak meg értékelhető választ adni.

Fontosnak tartom kiemelni, hogy a szakmai korrektség jegyében válaszaimat kizárólag a dolgozatban megtalálható érvekre kívánom alapozni, hiszen a kritika tárgyát is az abban található gondolatok képezik. Ezért nem tartanám a tisztességesnek, ha válaszomban most hirtelen teljesen újszerű érvekkel hozakodnék elő.

2. Az alkalmazott módszerrel kapcsolatos megjegyzésekre

Egy merészen újító tudományos módszerrel szemben két elvárással lehet élni szakmailag legitim módon. Az egyik az eredményesség, a másik a megismételhetőség.

Az általam alkalmazott újszerű módszer legalább részleges eredményességét mindegyik opponens elismeri. Legfeljebb abban van vita, mely tézisek tarthatóak a tudományos kritikával szemben. A másik feltétel a megismételhetőség. Ebben a tekintetben az opponensi vélemények fényében látok lehetőséget és szükségét az anyag fejlesztésére. E vonatkozásban is fenntartom, hogy a bevett gondolkodásmód számára meghökkentőnek tűnő gondolattársításoknak is van racionális, így megismételhető oka. Az egyik ilyen, több opponens (Benke József és Szabó Béla) által reflektált, szokatlan gondolattársítás a szerződés módosítás esetkörének a kényszer—fenyegetés kontextusában való értelmezése. Való igaz, hogy ez a párosítás mind a kontinentális, mind pedig a hagyományos *tort law* szemlélet számára furának, *horribile dictu*, a tudományos kategóriák indokolatlan áthágásának tűnhet. Azonban teljesen bevett a *law&economics* irodalomban, ahol ez az összefüggés teljesen nyilvánvalóan megjelenik többek között kedves tanárom, Oren Bar-Gill és Omri Ben-Shahar munkásságában. Az ott kifejtettek értelmében az új paradigma szempontjából a fenyegetés szabályozásakor nem egyszerűen a fenyegetés ténye vagy nagysága, hanem az a döntő szempont, hogy a fenyegetés beváltása gazdaságilag, illetve társadalmilag káros következményre vezet-e vagy sem.

Azaz a két, a klasszikus dogmatika szerint egymástól távol eső terület egybevetésére egy világos és megismételhető szempont, a gazdasági hasznosság alapján kerül sor. Ez annyiban is következetes megoldás, hogy illeszkedik a posztmodernnek az értekezés elején megfogalmazott és aztán az értekezés egészén következetesen végig vitt három jellemzőjébe.

Összefoglalóan úgy gondolom, hogy az új módszer nélkül nem születtek volna meg az értekezésben foglalt, új tudományos eredmények. Ez pedig amellet szól, hogy talán megérte ez az egyébként tiszteletteljes provokáció a hagyományos megközelítéssel szemben.

3. Az értekezés szerkezetét érintő kritikákkal kapcsolatban

Az egyik bíráló a dolgozat szerkezetét a német pandektisztika termékeként kialakult magánjogi rendszerrel azonosítja. Ezt részben szükségtelennek tartja, mert a dolgozat mondanivalójához nem tesz hozzá. Másrészt anakronisztikusnak tekinti, mert sem a római jogi források, sem azok kortárs beágyazása felől nézve nem véli időszerűnek a beosztást.

Ezzel szemben azt kívánom megjegyezni, hogy az értekezés szerkezetében is a régi és az új elemek házasítását kísérel meg, úgy, ahogy azt a tartalmi vonatkozásokban is teszi, a római jogi források és az újszerű módszertan kapcsán. A szerkezet valóban mutat fel reminiscenciákat a pandekta-rendszerhez képest, ez azonban csak a szöveg makrostruktúrája tekintetében igaz. Valóban van általános és különös rész, de ami ezeken belül található, már teljesen újszerű és szorosan igazodik az értekezés tudományos eredményeihez. Az általános rész például az emberképekkel kezdődik. Ez jól megágyaz a jogi maternalizmus és az etikai jogelmélet értekezésben kifejtett koncepciójának. Itt foglal helyet aztán az elegáns jogelméleti fejtegetés is, amely egyfajta posztmodern fricskaként rímel az értekezés elején elhelyezett történetre, ahol Lucius Veratius lovag egyszerűen leköpte a szembejövő járókelőket.

A különös rész pedig egyértelműen leveti magáról a pandektista köpönyeget. Teljesen új ruhában tetszeleg, ugyanis a jogi problémák tárgyalása azt az Amerikai Egyesült Államokban bevett struktúrát követi, ahogy a joghallgatókat az egyetemi kurzusokon megismertetik a közgazdaságtani elemzés egyes aspektusaival. E szerkezet mögött részben didaktikai megfontolások állnak, részben pedig a *law&economics* diszciplinájának véletlenszerűségektől sem mentes, történeti fejlődése.

Azaz a tisztelt olvasó az értekezés struktúrája tekintetében is akképp érezheti magát, mint tartalmát olvasva: egyszerre érezheti otthonosnak és ismertnek, de meghökkentőnek és bosszantónak is.

4. A tartalmi kérdéseket érintő kritikákkal kapcsolatban

4.1. Az emberképeket illetően

A *bonus vir* kapcsán a forrásfelhasználás szűkösségét és a sztoikus filozófia nem kellőképpen árnyalt megközelítését kifogásolják a bírálók. A források szűkösebb felhasználást némileg indokolja, de semmiképpen sem mentheti az a szerzői törekvés, amelynek értelmében e fejezet középpontjában nem maga a *bonus vir* forrásokban betöltött fogalma, hanem annak főleg görög szellemi előzményeinek a vizsgálata áll. Ez azért van így, mert csak így alapozható meg ezen fejezet tudományos tézise, miszerint a *bonus vir* a szakirodalomban elterjedt felfogással (például René Brouwer) szemben nem a görög bölcs egy „földhözragadtabb” megfelelője, hanem minőségileg különbözik attól.

Ami a sztoikus filozófia változékonyságát illeti, Sándor Istvánnak teljesen igaza van. Az értekezésben pontosabban ki kellett volna fejtenem, hogy az egyes sztoikus hivatkozásoknál a sztoa melyik korszakára, irányzatára gondolok pontosan. Mentségemre szóljon, hogy ez a hiányosság a vonatkozó tudományos tézis tarthatóságát lényegileg nem befolyásolja. Ugyanis a tézis lényegét az alkotja, hogy az emberben egyszerre van jelen az észszerű (azaz szándékos), a gondatlan és az ösztönszerű cselekvés, és hogy ezt az egységet egyes római jogászok, különösképp Ulpianus tekintetbe vették. Megközelítésemben a sztoikus emberkép csupán egyfajta „háttéranyag”, amiből maguk a római jogtudósok is szabadon válogattak és alakították ki a maguk eklektikus, jogi emberképét.

4.2. A jog természetét illetően

Az idevágó kritikák egyrészt megkérdőjelezzik, hogy miért egy hazánkban kevésbé ismert szerző, Liam B. Murphy tankönyvi szintű, kismonografikus munkáját (*What Makes Law?* Cambridge UP, 2014) használom kontrasztanyagként. Ezzel kapcsolatban csak annyit jegyeznek meg, hogy mindannyian örülhetnénk, ha a jogi oktatásban használt tankönyvek a hazánkban ilyen színvonalúak lennének. Ez a kötet ugyanis nagyon becsapós. Első olvasatra valóban egyszerűnek, már-már banálisnak tűnik. Valódi, emberi értelemmel szinte felfoghatatlan mélységei csak az igazán elmélyült olvasó számára nyílnak meg. Másrészt óvatossá kell lennünk a hazai tudományosságban elharapódzó szemlélettel szemben, amely a jogi szakmunkák minőségét azok terjedelmével egyenes arányban állónak tartja. Murphy könyvére esett a választásom, mert az angolszász jogtudományban ő az egyedüli és általánosan ismert és elismert képviselője annak a nézetnek, miszerint a pozitívizmus és a nempozitívizmus közötti vita megfeneklett és a jövőben nem is igazán várható, hogy olyan érv merül fel, amely ezt az állóháborút befolyásolni tudná.

Értekezésem azonban pontosan ilyen új érvet szolgáltat, a jog etikai felfogásával. Fejtegetéseim úttörő, a bináris gondolkodásmódot megtörő jellegét maga Murphy is, aki egyébként mentorom és tanárom volt a NYU-n, elismeri Just Living című, külföldön megjelent monográfiámhoz írt ajánlásában.

A másik problémakör, amire itt kifejezetten ki szeretnék térni Benke József véleménye kapcsán, a kanti *Sein—Sollen*-fogalompár párhuzamosaként felfogott római *ius—lex*-fogalompárral kapcsolatos. Az egyik bíráló szerint „a *Sollen* kanti értelmű fogalompárja ugyanis nem a *lex*, hanem éppen a *ius*, míg a *lex* sem a *Sollen*, sem a *Sein* leírására nem alkalmas, mivel a kanti *Sein*hez legközelebb (de az anakronisztikus összevetés miatt tökéletlenül) a *potestas* fogalma áll közelebb”.

Egyrészt egyetértek a bírálattal annyiban, és az értekezés is szándékaim szerint ezt tartalmazza, hogy a *ius* – a vizsgált fejlődési fokán – kizárólag az idegen személyek, vagyis nem a dolgok és nem a nem-idegenek (családtagok, rabszolgák) tekintetében értelmezhető. Ezt nem zárja ki az, amit egyébként Wieacker nyomán írok, hogy *ius* kezdetben a személyek és a dolgok feletti hatalmi helyzetet jelentett, mely lehetővé tette az idegen érdekszférába való egyoldalú beavatkozást, amellyel szemben a *lex* az egyéni autoritás (önjogú polgár) parancsa (*lex privata*), vagy a közösségi autoritás (népgyűlés) parancsa (*lex publica*) a hatalma alattiak felé. Ezért azt

a tézist, hogy a *ius* inkább a *Sein* és a *lex* inkább a *Sollen*-nel rokon fogalom, továbbra is tarthatónak tartom.

Ezt nem gyengíti az opponens azon megjegyzése sem, hogy a *lex* csak akkor fejt ki az elérni kívánt hatást, ha a címzett beleegyezik, mert a bíróságban foglalt példák a jogalkotás fázisára vonatkoznak és nem a jogalkalmazására, amiről a szövegben pedig szó van. E kettőt már csak azért is élesen el kell választanunk a jog lényegére vonatkozó fejtegetések kapcsán egymástól, mert a distinkció az angolszász jogelmélet egyik sarokpontját képezi.

Szabó Béla rámutat, hogy az értekezésben Hart a jog parancs jellegével szemben megfogalmazott második ellenvetésére hozott példa nem igazán követhető. Arra próbáltam ott kevésbé szerencsés módon utalni, hogy Hart szerint az, aki a jog fogalmát a másnak adott parancsra szűkíti le, ugyan valami nagyon lényegeset megragad a jog természetéből, de sok mindent helytelenül kizár vizsgálódásából. Az ilyen felfogás Hart szerint ahhoz hasonló, mintha a futball szabályaiból csak azokat vennénk figyelembe, amelyek a góllövéshez kapcsolatosak, minden egyéb szabályt (mondjuk a cserék számára vagy a játékidőre vonatkozókat) kihagynánk. Ugyan így valami nagyon lényegeset megragadnánk a futballjátékból, mégsem kapnánk teljes képet. Ez lényegében Hart Austin felé intézett kritikájának egyik sarokpontja. Értekezésemben védem Austint, és amellet érvelek, hogy minden jogszabály felfogható parancsként. Erre a tételre több okból szükségem van. Egyrészt ekkor állíthatom csak a jog ontologikus legitimációs kényszerét, illetve ennek pandantjaként azt, hogy a jognak elképzelhető egy általános etikai olvasata, amikor is a saját döntése miatt és életéért felelős egyén szembesül a jog válasza hívó parancsaival.

És ezen a ponton reflektálok Benke József véleményére, aki homályosnak tartja azt a törekvésemet, amikor hatáskör-telepítés körében is igyekszem kimutatni a parancsjelleget alátámasztó kényszerelmet. Az értelmezési nehézséget az okozza, hogy a hatáskör-telepítés itt nem a kontinentális jogrendszerekben rögzített tartalommal értendő, hanem a Harti „*power-conferring rules*” suta fordítása. Ebben az értelemben helytállóak az általam adott példák, az aktív végrendelkezési képesség biztosítása és a bírókijelölés. Amellet érvelek, hogy ezek a normák is felfoghatóak parancsként. Még hozzá olyan parancsként, amelyek nem a norma címzettjének, hanem mindenki másnak szólnak, nevezetesen, hogy tartsák tiszteletben az érintett végrendelkezési jogosultságát, illetve respektálják őt bíróként. Akik a hatáskör-telepítő normák parancsjellegét kritizálták, mint Hart és Shapiro, félrelóttek. Ugyanis azt gondolták, hogy az érvénytelenségi szankcióba kell beleértenünk a kényszerelmet. Nem erről van szó, és véleményem szerint Austin sem erre gondolt. Austin szeme előtt véleményem szerint az

actiones in rem római jogi jelensége áll, az abszolút hatályú, potenciálisan bárki ellen megindítható kereset. A helyzet analóg a hatáskör-telepítő normákkal, hiszen a kereset megindítására jogosult védett jogi helyzetét mindenki más köteles tiszteletben tartani, és ebben a kötelességben rejlik a kényszerelem. Ez a gondolatmenet kiemelkedő értékű tudományos eredménye az értekezésnek, mert rámutat egy olyan alaptévedésre, amely a modern angolszász jogelmélet fejlődését nagymértékben befolyásolta.

4.3. A kötelmi jog általános részét illetően

E körben röviden az érvénytelenségre vonatkozó kritikákra reflektálnék.

Itt akképp fogalmazok, hogy „[a] modern felfogás szerint, ha nincs érvénytelenségi ok, a jogügylet érvényes. A rómaiak inkább abból indultak ki, hogy ha a társadalmi realitás alátámasztotta egy ügylet érvényességét, akkor az érvényes volt.”

A bíráló jogosan kritizálja ez a mondatot. Úgy érzem, hogy a kritika azonban csak a szöveg betűjét és nem a szellemét érinti. Valóban fogalmazhattam volna árnyaltabban. Nem gondolom ugyanis, hogy a modern jog normatív megoldásai a valóságtól elrugaszkodottak lennének, és hogy az érvénytelenség okai és a társadalmi realitás között ma ne lenne kapcsolat. A megfogalmazás félrérthetőségének oka, hogy a modern felfogás alatt a modern jogtudományt (ideértve a magánjogtudományt és a tankönyvirodalmat is) és nem a pozitív jogi megoldásokat értem. A szakirodalomban többnyire egyértelmű *communis opinio*ként rögzítik azt a tételt, miszerint ha nincs érvénytelenségi ok, a jogügylet érvényes. Ezzel az alapelvvel állítom szembe a római jogtudósi véleményekből kiolvasható életszerűbb, földhözragadtabb megközelítést. E kettőnek összevetése pedig azért legitim, mert az utóbbiból alakul ki az első: a modern érvénytelenség tana végső soron az a római jogi forrásokból ered. Ez adja e tudományos tézis értékét: bemutatom, hogy a források eredetileg mást mondanak, mint amit ma gondolnak róluk, illetve közvetve rájuk alapozottan az érvénytelenségről.

5. A különös részt illetően

A különös részre vonatkozó, bíráló megjegyzésekből három olyan területet emelek ki, amelyek mindhárom opponens görcsöve alá bekerültek. Ezek: a tulajdon fetisizálódásának témaköre, az árképzésbe történő állami beavatkozás, illetve a jogi maternalizmus fogalma.

5.1. A tulajdon fetisizálódását illetően

Benke József kritikus megjegyzéseivel szemben is fenntarthatónak érzem azt a tézist, hogy a „*meum est ex iure Quiritium*” fordulatban a hangsúly inkább a kijelentést tevő alanyon van és nem az érintett tárgyon. Pontosabban számomra az a szempont a fontos, hogy az alany a saját nevében, a saját javára igen széles körben diszponálhat a tárgy felett, mert ezt állítom szembe a *trust* intézményével, ahol ez a típusú tulajdonosi hatalom megszűnik. Számomra nyilvánvalónak tűnik, hogy jelentős különbség van azon két személy helyzete között, ahol az egyik azt mondhatja magáról, hogy ez a dolog az *enyém*, és aközött, aki csak annyit állíthat, hogy ezt a dolgot más javára kezelem, vagy, hogy ezt a vagyont a javamra más kezeli. Egyértelmű, hogy az első rezsimben a tulajdonos személye, a másodikban pedig vagyon áll inkább előtérben.

A kviritártulajdon sajátosságaiként (megszűnés, örökíthetőség, foglalhatóság) megjelölt „részjogosítványok” véleményem szerint alkalmasak a kiindulási tézis igazolására, hiszen mindegyikben benne rejlik a hangsúlyos alanyi elem: a tulajdon megszűnéséhez a tulajdonos ilyen értelmű akaratára, illetve formális jogi aktusára volt szükség, az örökíthetőség során az alany mintegy továbbélt a *sui heredes*ekben vagy a végrendeletben kijelölt jogutódban. Fontos látnunk, hogy az elhunyt továbbélésének ezen aspektusa már a modern jogrendszerekben elhalványult, így e tekintetben már jelentős eltérés mutatkozik az antik és modern tulajdonfelfogások között. A foglalhatóság úgy illeszkedik ebbe a rendszerbe, hogy ahhoz is az alany tulajdonszerzési szándéka volt szükséges.

A *condictio*s példából világosan kiviláglik, hogy a római jogban a tulajdonosi védelmi pozíció az alanytól, a tulajdonostól magától, az ő akaratától függött. Még akkor is így volt ez, ha a dolgot ellopták tőle. Azaz még a tolvajok ellen érzett mély római gyűlölet (*odium furum*) sem tette mindig lehetővé a tulajdonos számára, hogy a *condictio*t megindíthassa. Azt, hogy emiatt

egyres tolvajok pusztán egy tőlük független tulajdonosi aktus miatt jobban járhattak, mint más tolvajok, nehéz másképp magyarázni, mint hogy a jogtudós az alanyi akaratnak adott primátust más tárgyi megfontolásokkal szemben.

Másrésről fontos látnunk, hogy tézisem nem első sorban az ókori és modern tulajdonfelfogás különbözőségére alapít, hanem az ókori tulajdonfelfogás és a modern *trust* intézménye közötti különbségtételre. Az általam alkalmazott és problémaérzékeny jogösszehasonlításnak nevezett módszer értelmében pont az a lényeg, hogy ne az elnevezésben vagy dogmatikai konstrukció tekintetében azonos intézményeket vessük össze, sőt nem is azokat, amelyek azonos társadalmi funkciót látnak el, hanem azokat, amelyek egy-egy adott jogrendszerben jellegadóak egy bizonyos társadalmi jelenség kapcsán. Ezért esett a választásom a római jogból a tulajdon intézményére, a modern jogból pedig a *trust*-ra, mert mindkettő az adott korban a társadalom számára rendelkezésre álló vagyoni értékű jószágok feletti hatalom elosztására szolgáló, nem mennyiségi, hanem minőségi értelemben véve tipikus intézménynek minősül. A probléma pedig, amire a jogösszehasonlítás irányul, hogy a jog milyen körű és mekkora terjedelmű hatalmat biztosít az érintetteknek a vagyoni értékű jószágok felett, és hogy a szabályozás homlokterében a vagyon kezelője vagy a vagyon kezelése áll-e.

Amikor azt írom, hogy „a hatályos szabályozás ezért azzal a súlyos igazságtalansággal jár együtt, hogy a kereskedő jobban jár, mint az egyszerű magánszemély, hiszen jóhiszeműsége esetén ellene nem tudnak jogszavatossági igénnyel fellépni (hiszen a kereskedő a magánszeméllyel szemben át tudta ruházni az idegen dolog tulajdonjogát), ellenben a magánszemély köteles az akadályt elhárítani, vagy megfelelő biztosítékot adni, illetve a szerződés megkötéséből eredő károkat megfizetni”, valóban félrevezetően fogalmaztam, a „jóhiszeműsége esetén” fordulat törlendő.

Nagyon köszönöm Sándor István gondolatébresztő okfejtését a *public trust* doktrínájával kapcsolatosan. Ez valóban árnyalja az általam a *trust*-tel kapcsolatban írtakat, legalábbis morális szempontból, hiszen arra mutat rá, hogy a *trust*-nek nem csupán a tárgyi dimenziót erősítő hatásai lehetnek, hanem az alanyok közössége érdekét is szolgálhatja. Mindazonáltal a *public trust*-re is igaz az, hogy annak kedvezményezettjei sem tekinthetnek (sajnos) tulajdonosi szemmel az érdekeiket szolgálni hivatott közjavakra.

Szabó Béla jogosan veti fel, hogy miért tárgyalom olyan hosszasan a *trust* fejlődéstörténetét, amikor más jogi megoldások (például a jóhiszemű és ellenérték fejében való szerzés) az említés szintjén maradnak. Ezt valóban világosabban meg kellett volna indokolnom. A *trust* fejlődésének feltárása azért volt fontos az értekezés szempontjából, hogy rávilágítson arra az

alternatívára, amely a jogintézményt a római jogi *fideicommissum*ból eredezteti. Ez utóbbi lényege az volt, hogy ha valaki oly személy számára óhajtott valamit juttatni, akinek örökséget vagy hagyományt hagyni nem lehetett, akkor ezt azok becsületére bízta, kik a végrendeletből kaphattak. Azaz a *fideicommissum* az örökös elé nem egy erkölcsi követelményt állított, hiszen nem arra apellált, hogy miképp kell másokkal bánnunk, hanem egy etikai követelményt, azaz, hogy a *fides* alapján mi a helyes magatartás. Ez az az etikai aspektus, amely az értekezés egészén keresztülvonul, és amely a *trust* fejlődése során háttérbe szorult.

5.2. Az árkézésbe történő állami beavatkozást illetően

Sándor István okkal hívja fel figyelmemet arra, hogy az árkézésbe történő állami beavatkozás kapcsán tekintetbe kell venni a bevett magánjog megoldásokat is, mint például a feltűnő értékaránytalanságra vonatkozó szabályt. Az értekezésben jómagam is elismerem, hogy bár a tárgyalt dogmatikai alakzat nagyon hasonlít a megtévesztés vagy a feltűnő értékaránytalanság esetéhez, mégis egy *sui generis* alakzatot tételezek. A felén túli sérelem esetében nem objektíve az ügylet maga (*an sich*), hanem a szerződéskötés időpontjában fennálló szubjektív körülmények kényszerítik a sérelmet szenvedő felet a szerződéses kötelembé. Azaz a *dolus in ipsa réb*ől a felén túli sérelembé történő jogtörténeti transzformáció során véleményem szerint valami lényeges elveszett a magánjog dogmatikájából. Nevezetesen annak jogi kezelése, amikor az erősebb fél a szerződéskötés során az egész emberi nemre általában jellemző kognitív jellemzőket használta ki. Ezzel szemben a felén túli sérelem esetén tipikusan a vevő szorult anyagi helyzete az oka annak, hogy akarata ellenére belekényszerül egy, a piacinál jóval alacsonyabb vételár elfogadásába.

5.3. A jogi maternalizmussal kapcsolatos kritikákról

Végére hagytam azt a problémát, amelyről úgy érzem, a legélesebb bírálatot kaptam, másrészt pedig az érintett téma az opponensek is igencsak megosztotta. Ez a probléma a jogi maternalizmus kérdése. Előrebocsátom, hogy maga ez a kifejezés a szakirodalomban nem fordul elő, egyfajta *hapax legomenon*nak, szerzői újításnak tekinthető. Mégis az a gondolatkör, amelyet a jogi maternalizmussal jelölni kívántam, a dolgozatom egésze szempontjából

meghatározó jelentőségű. Tömören azokat a jogi jelenségeket értem alatta, amelyek a jogkereső számára nem azt írják elő, hogy miképp viselkedjen más személyekkel kapcsolatban, hanem azt határozzák meg, hogy az érintett maga miként reagáljon egy-egy helyzetben, hogyan viszonyuljon saját vágyaihoz, ösztöneihez, szándékaihoz, tágabban megfogalmazva, hogy milyen ember legyen.

Benke József szerint [a] »maternalizmus« ötlete/óhaja kifejtés nélkül szerintem tézis nem lehet, emellett a dolgozat egészébe nem illeszkedik szervesen, önellentmondásos és hiányos. Nem ad ugyanis egzakt szempontot ahhoz, hogy a belső jogforrás egyáltalán felruházható-e a férfi/atyai és a női/anyai princípiumok – ugyancsak meg nem nevezett és meg nem különböztetett – értékjegyeivel. Kérdéses marad továbbá az is, hogy a »jogi maternalizmus« koncepciója mennyiben kívánja meghaladni a hagyományosan paternalista jelzővel jelölt »gondoskodó« állam tartalmát.”

Ezen egyébként jogos kritikával szemben Sándor István érti a jogi maternalizmus értekezésben megjelenő koncepcióját. Elképzelésemnek megfelelően kifejti, hogy a jogi maternalizmus „arra hivatott, hogy a jog iránymutatást adjon ne csak a társadalmilag hasznos, hanem az egyén számára jó életet lehetővé tevő cselekvésekre is.”

Szabó Béla véleményéből a jogi maternalizmus kapcsán arra mutat rá, hogy „[s]zakirodalmi hivatkozás nélkül nem kontrollálható, mennyire egyedi a jogi maternalizmus elnevezés.”

Látható tehát, hogy mindhárom opponenst így-vagy úgy foglalkoztatja a jogi maternalizmus kérdése, ami nem véletlen. Helyesen értékelik úgy, hogy a dolgozat egyik legfontosabb saját tudományos eredményéről van szó. Ezért megragadom az alkalmat arra, hogy a fogalommal kapcsolatban néhány alapvető dolgot tisztázzak.

A jogi maternalizmust természetesen az elterjedt jogi műszó, a jogi paternalizmus analógiájára vezettem be. Ezért nagyon fontos, hogy megértsük, mi a kettő között a különbség. Jogi paternalizmus alatt egy személy cselekvési szabadságának állami kényszer útján történő korlátozását értjük, amikor is a beavatkozás alapja az érintett saját érdeke vagy jóléte. A jogi paternalizmus azokat az állami szabadsághatároló elveket kívánja igazolni, amely az egyént az önmagának okozott kártól védelmezi, vagy amely az egyént az egyén saját érdekében irányítja, akár tetszik ez neki, akár nem. Ez a meghatározás annyira absztrakt és széles, hogy joggal merül fel a kérdés, van-e szükség emellett a jogi maternalizmus fogalmára is.

A válaszom erre igenlő. Felfogásomban a jogi paternalizmus és a jogi maternalizmus között az az alapvető különbség, hogy az előbbi az érintett vélt érdekeit kívánja a jog eszközeivel

elősegíteni, addig az utóbbi az érintettet a helyes cselekvésre, és ezáltal az adott közösségben megélhető jó életre buzdítja. Amíg tehát a jogi pozitívizmus alapvetően individualisztikus szemléletű, addig a jogi maternalizmus közösségi. A paternalizmus érdek-, a maternalizmus értékközpontú.

Hogy megértsük, miért tartottam a jogi maternalizmust fontosnak, érdemes felidézni azt a szövegösszefüggést, amelyben ez a gondolat felmerül. Lényegében a jogi maternalizmussal arra a körülményre kívántam felhívni a figyelmet, hogy a magánjog hajlamos az ember etikai késztetéseit kitörölni koncepciójából, és az emberiről csak jelentős dogmatikai áttétellel, technicizálódva, az emberit mintegy „kilúgozva” beszél. Szemléltetésképpen a *Webb v. McGowin* esetet hoztam fel. Ebben a felperes, a rakodómunkás Webb épp egy nehéz fenyőtombot kívánt szokásszerűen lelökni a felső emeletről. Amikor meglátta, hogy McGowin az udvaron pontosan ott tartózkodik, ahová a tömb esni fog, utánaugrott a tömbnek, hogy saját lendületével térítse azt el. Emiatt komoly, maradandó sérüléseket szenvedett.

Az eset kapcsán arra hívtam fel a figyelmet, hogy Webb önfeláldozó aktusa nehezen értelmezhető az ökonómiai racionalitás eszközeivel. Egyrészt a költség-haszon elemzésre a konkrét helyzetben gyakorlatilag semmi idő nem volt, Webb „ösztonszerűen” cselekedett. Magatartását erkölcsi alapon is nehézkes megítélni, hiszen egyetlen épkezláb erkölcs sem kényszerítheti általában arra az egyént, hogy egy másik kedvéért magát súlyos veszélynek tegye ki. A most itt nem ismertető jogvitában hozott döntés indokolása egyáltalán nem tartalmaz etikai érveket, csak a *consideration* an dogmatikai sajátosságaira vonatkozó, alapvetően anyagi jellegű megfontolásokat. A döntést véleményem szerint egy nagyon leegyszerűsítő, materiális emberképet sugall, a modern közgazdaságtan észemberét, *homo oeconomicus*át.

Fontos látnunk, hogy a jogi maternalizmus nem valamiféle olcsó moralizálás. Nem azt kívánja meghatározni, mi erkölcsileg a helyes, amit egyébként a jog számtalanszor megtesz, hanem az etikailag helyesre irányul. Ehhez szükséges megértenünk, miképp tesztek különbséget az értekezésben erkölcs és etika között. Fejtegetéseim során az etika és az erkölcs fogalmait a dworkini megközelítésnek megfelelően használom. Ennek értelmében az erkölcs arra ad választ, hogy miként viselkedjem embertársaimmal, az etika pedig arra, hogy miként éljek jó életet, vagy szűkebb értelemben, hogy miképp viszonyuljak önmagamhoz, saját érzelmi-indulati késztetéseimhez.

A jogi maternalizmus fogalma bűvópatakként az egész dolgozaton végigvonul és a látszólag kevésbé összeillő mozaikdarabokat szorosán összeköti. Engedjék meg, hogy felidézzem a jogi maternalizmus néhány, nem mindig kifejezett előfordulását!

Először az emberképek kapcsán aképp érvelek, hogy ezt az egyoldalú emberképet egyrészt az arisztotelészi hagyományból eredeztethető tudatlanság és indulat elismerésével, másrészt az életet értelmes egészként megélni kívánó, etikus ember igényeinek elismerésével tehetnénk teljesebbé. Arisztotelész szerint háromféleképpen okozhatunk kárt embertársunknak: tudatlanságból, tudatosan (szándékosan) vagy indulatból. Mindhárom károkozás lehet jogellenes, a konkrét helyzettől függően. De nem mindhárom károkozás etikátlan fogalmilag, ezért a jogos és etikus nem feltétlenül fedi le egymást minden esetben. Ezért van szükség szerintem bizonyos esetekben az etikai szempontok figyelembe vételére.

A tudatlanság esetében az etikai választás kényszere természetyszerűleg fel sem merül, de a cselekmény ettől lehet jogellenes. A tudatos károkozás esetén az egyén tudva és akarva okozta a másinak a kárt. Ez sokszor jogtalan. Etikátlan azonban csak akkor lesz, ha rosszakarat vagy egyéb egyébként megfélékezhető bűnös indulat, vagy vágy áll a károkozásra irányuló értelmi elhatározás (szándék) mögött, illetve ha nem igazolható a nagyjából-egészéből jó élet perspektívájából sem. Az indulatból elkövetett cselekmények esetében, ha az indulat tipikusan nem is fékezhető meg, az etikai dilemma a valódi döntési helyzet hiánya miatt nem merül fel. Ettől azonban még az indulatból elkövetett cselekmény lehet jogellenes is. Vannak tehát olyan területek, ahol a jognak érdemes az etikai késztetésekre hatnia, vagy a szűk értelemben vett „jó életre” irányelveket tartalmaznia. Ez nagyban segíthetné, hogy a jog mind egyénileg, mind közösségileg élhetőbb legyen.

Ez állna közelebb az emberi személyiséghez mint értelem és érzelem hosszú távon megvalósuló, etikai egységéhez. A jognak érdemes reagálnia, mert úgy tűnik, a piacon sok esetben nem csupán kognitív, hanem érzelmi gyengeségeinket használják fel profitszerzésre. A jogi paternalizmus figyelembe veszi ugyan a kognitív hiányosságokat, de emellett indokolt esetben az etikai szempontokat is mérlegelni lehetne egyfajta jogi maternalizmus keretében.

A második lépésben, a jogelméleti fejtegetések során is visszakötök a jogi maternalizmus etikai aspektusára. Arra utalok, hogy a jog azt mondja meg, hogy minek kell lennie, de amikor a jogra rákérdezzük, azt tudjuk meg, hogy mi (van) az, aminek lennie kell. Az emberi megismerés szabályai miatt kénytelenek vagyunk a *kellt* bizonyos értelemben *vanná* transzformálni. Ebben a szükségszerű átalakításban rejlik az etikai momentum. Amikor a jogra rákérdező egyén megállapítja a jog tartalmát, a *vanná* teremtés egyedi aktusa által etikailag szembesül a jog tartalmával.

Harmadsorban, az elegáns jog tárgyalásakor is ugyan a háttérből, de erős a jogi maternalizmus fogalmának jelenléte. Gondoljunk csak arra az esetre, amikor egy válófélben lévő férj és feleség

közi megállapodás a jó erkölcsökbe ütközik. Azért tartották érvénytelennek ezt a megállapodást, mert a férj lemondott arról a létfenntartását biztosító összegről, amit egyébként a válás után is megtarthatott volna a felesége számára visszaadandó hozományból.

Ulpianus látszólag egy kívánatos lelki attitűdre, a férjek iránt tanúsítandó tiszteletre alapozta ítéletét. Ha ez tényleg így lenne, nem etikai, hanem erkölcsi kérdésről lenne szó. Azonban véleményem szerint Ulpianus nem a feleségeknek üzen a tekintetben, hogy miképp bánjanak a férjekkel. A fragmentum rejtett üzenete a férjeknek szól, hogy miképp viselkedjenek önmagukkal szemben. Ha ugyanis alaposan elolvassuk a szöveget, láthatjuk, hogy a tisztelet erényét nem a feleségnek, hanem a pactumnak kell felmutatnia. A pactumot azonban két fél, a férj és a feleség köti! Ha a megállapodás tiszteletlen, akkor nemcsak a konkrét feleség, hanem a konkrét férj sem nőtt fel a feladatához. A férj nem érdemel dicséretet azért, mert önfeláldozó módon igyekezett a feleség teljes hozományát visszafizetni. Épp ellenkezőleg. Ez a gyenge, érzelgős férfi nem nőtt fel ahhoz a tisztességhez, ami a római férjeket megilleti. A tisztességet nem egyszerűen tanúsítani kell mások irányába, hanem meg is kell felelni neki.

Később az érvénytelenség taglalása során is visszautalok erre az esetre. Az, hogy Ulpianus a jó erkölcsökre is hivatkozott, annak jele, hogy a rómaiak számára az érvénytelenség nem egyszerűen gazdasági szankció, hanem annál sokkal több. Az érvénytelenség egyrészt bünteti a társadalmilag nemkívánatos magatartást, másrészt példát ad arra, hogy miképp kell helyesen viselkedni.

A *lex Aquilia* tárgyalása kapcsán arra hívom fel a figyelmet hogy lényeges a büntetésre vonatkozó szubjektív percepció, és ezt sokkal olcsóbb növelni, mint a tettenérés reális valószínűségét. Az állam szerepe emiatt jelentős, mivel viszonylag olcsón nagyon erőteljesen tudja befolyásolni az emberek percepcióit bizonyos dolgokról. A *lex Aquiliában* rejlő, váratlanul nagy büntetések minden bizonnyal jelentős társadalmi figyelmet kaphattak, ami növelte az elrettentés mértékét. De nemcsak azt. A váratlan büntetési tételek azzal szembesítik az egyént, hogy nem tudhatja, pontosan mekkora kárt okoz a másoknak, ezzel pedig visszafog minden ezzel kapcsolatos érdekkalkulációt, és magára a tette irányítja a figyelmet: etikus emberként szabad-e megtennem ezt vagy azt?

Ezt követően az ítélezés folyamata kapcsán foglalkozom azzal a konfliktussal, amely az ember jelleme és egyes, konkrét cselekményei között állhat fenn. Az egyedi cselekvés minősítése és a jellem közötti viszonyt a jogalkotás és a jogalkalmazás erősítheti, de ki is játszhatja egymás ellen, ezáltal erősítve vagy éppen gyengítve a jogi maternalizmus szerepét. Példaképp azt a jogesetet hoztam fel, amelyben az örökhagyó egy helytelenített cselekmény elkövetését szabta

feltételül a végrendeletében. Így az örökös elvileg csak úgy juthatna az örökséghez, ha elvetendő módon cselekszik. Ha ezt megteszi, őt fogják megbélyegezni, annak ellenére, hogy nem teljesen szabad elhatározásból, hanem egyfajta gazdasági kényszer hatása alatt cselekedett. Úgy néz ki, hogy a családfő nemcsak a vagyont, hanem egy rosszállott cselekvést is örökségül hagyott a fiának. A helytelenített feltétel az örökösöt látszólag az elé az etikai dilemma elé állítja, hogy elkövesse-e az érintett cselekményt az anyagi előny érdekében. A dilemma azonban mélyebb. Nem egyszerűen a helyes cselekvés és a pénzsóvárság konfliktusáról van itt szó, hanem két erkölcsi kötelezettség ütközéséről. Egyrészt teljesítenünk kell apánk végakarátát, másrészt követnünk kell a társadalmi elvárások parancsát. Ha a fiú nem tesz eleget a feltételnek, apja végakarátával szegül szembe. Ha ellenben teljesíti apja akaratát, a szenátus vagy a *princeps* által helytelenített módon cselekszik. Bármit is tesz, cselekedete mindenképp erkölcstelen lesz. Ezzel az erkölcsi paradoxonnal szembesülve a nagy római jogtudós, Papinianus egy roppant érdekes megoldáshoz folyamodott. Nem megoldotta az egyébként megoldhatatlan dilemmát, hanem egyszerűen etikai alapon felszámolta. A helytelenített, erkölcsileg lehetetlen feltételt fizikailag lehetetlen feltételnek tekintette. Úgy kell vélnünk, fejtette ki, hogy nem tudunk olyat cselekedni, ami az embertársaink iránti kötelességtudatunkat, jó hírünket, szégyenérzetünket sérti. Azaz nem vagyunk képesek etikátlanul cselekedni. Visszaulva a korábban már kifejtett különbségre az erkölcsi és az etikai aspektus között, azért beszélhetünk itt etikai dimenzióról, mert a hármasszófordulat mindegyik tagja a saját etikai lényünkre utal vissza, kötelességtudatunkra, jó hírünkre, illetve szégyenérzetünkre. Szabó Béla joggal veti fel ennek kapcsán, hogy az ártatlanság vélelmét miképp kapcsolom össze a belső mércén alapuló etikus cselekvéssel. A gondolatmenet logikájában valóban nem hangsúlyozom eléggé, hogy a kulcsmomentum az, hogy Papinianus nem egyszerűen azt állítja az érintettéről, hogy ártatlannak kell tekintenünk, amíg ennek az ellenkezője be nem bizonyosodik, hanem egyenesen azt, hogy az érintettre úgy kell tekintenünk, mint aki képtelen arra, hogy valami olyat tegyen, ami etikaiilag kifogásolható, azaz ami sérti kötelességtudatát, jó hírét, szégyenérzetét.

Végül a birtoktan kapcsán kívánok rámutatni arra, hogy a jogi maternalizmus, azaz az egyén etikai dimenziójának komoly gazdasági, társadalmi következményei lehetnek. Jhering szerint a birtokvédelemre vonatkozó teóriák két csoportra oszthatók, abszolút és relatív elméletekre. Az abszolút elmélet értelmében a birtokot a jog önmagáért védi, és vagy a birtoklásban kifejeződő akarat etikai védelmét valósítja meg, vagy a birtoklásnak a gazdasági vonatkozásait részesíti védelemben. Jhering itt az etika fogalmát a dolgozatomban megegyező módon használja, és arra utal vele, hogy az érintett személynek magával szembeni elvárása a birtokosi pozíció.

Értekezésemben rámutatok, hogy egyetlen teória sem tudta hézag- vagy ellentmondásmentesen megoldani a birtok kettős, egyszerre ténybeli és jogi természetének problémáját. A jog közgazdaságtani elemzése alapján egy új javaslattal egészítem ki a birtokvédelemmel kapcsolatos tudományos diskurzust. Felteszem, hogy a birtokláshoz a római jogban ott fűződik birtokvédelem, ahol ez a jószágok optimális elosztása érdekében kívánatos. Ezért kap jogsegélyt a tulajdonos, a jóhiszemű birtokos, az örökhaszonbérlő és a tolvaj is. Ők mind igényt tartanak a dologra, és a számukra adott jogsegély teszi lehetővé azt, hogy ezt a preferenciájukat a rendszer beárazhassa. Nyilván a tulajdonosnak és a jóhiszemű birtokosnak „olcsóbb” lesz a jogát megvédeni és ezzel a dolgot megszerezni, mint a tolvajnak. De a szabályozás az utóbbinak is biztosítja preferenciája érvényesítését, ha az elég erős, azaz ha a lopásból fakadó összes keresetnek hajlandó eleget tenni: kifizeti mondjuk a pönális duplumot és a tulajdoni perben a becsértéket. Azaz a római jog birtokjogi rezsimje, és az abban megbújó jogi maternalizmus erőteljes gazdasági, redisztribúciós megfontolásoknak ad teret.

Összefoglalóan arra szeretném felhívni a figyelmet, hogy a jogi maternalizmus kifejezett vagy látens módon a dolgozat minden részterületét összeköti, az értekezés vezérfonalának tekinthető. Köszönöm az opponenseimnek, hogy rávilágítottak, hogy ez a posztmodern „gondolacunamiban” nem mindenhol látszik kellőképpen!

Budapest, 2023. április 17.

Deli Gergely