

Szmodis Jenő
habilitált egyetemi docens

Eötvös Loránd Tudományegyetem

Bevezetés

Amikor kodifikációról szólunk, akkor legtágabb értelemben a jog pozitívvá tételére gondolunk. A jog *tételezésére* tehát, amelynek során valamely helyesnek, vagy kívánatosnak gondolt magatartási formát, vagy gyakorlatot *előíró* jellegű nyelvi formában rögzít egy társadalmi szabály megalkotására jogosultnak ítélte hatalom. A jogalkotás tehát nem ritkán egy már meglévő társadalmi szabály jogi formában való kifejeződését jelenti, míg máskor tartalmilag is új szabályok létrehozását. A jogképződés legiszlatív módja különösen az abszolutizmus korában értékelődött fel. Abban a korban, amikor a központi, uralkodói rendelkezések egyfelől fokozatosan kiszorították a helyi szokásjogokat, egységes nemzeti jogrendszerekkel váltva fel a partikuláris jogok színes világát, másfelől amikor az abszolút uralkodó rendelkezéseinek viszonylag csekély tartalmi korlátai voltak. Így szükségképpen kapcsolódott össze a tételezett jognak a fogalma az abszolutizmus természetéből adódó képzetrel, nevezetesen a jog tartalom-független kötelező erejének eszméjével. Így alakult ez annak ellenére, hogy Bodin az isteni parancsokat és a természetjogot a szuverenitás, így az uralkodói jogalkotás korlátainak minősítette, illetve annak ellenére is, hogy Montaigne esszéiben, vagy Shakespeare 'A velencei kalmár'-ban a prepozitivisták jogfelfogás korai kritikáját adták.

A 16. századi prepozitivisták jogfelfogással a 17. századi ún. modern természetjog, később pedig a 19–20. századi pozitivisták irányzattal a 20. századi megújuló természetjog állt a leglátványosabb módon vitában. A természetjogias felfogások azonban nem az egyedüli bírálatát adták a pozitivistikus törekvéseknek, hiszen a 18. század végétől bontakozó történeti jogi iskola a természetjoghoz hasonló következetességgel, bár merőben más szempontok alapján jelentette ki, hogy a jog – amennyiben tartós és hatékony kíván lenni – nem lehet tetszőleges tartalmú. E felfogásban azonban – szemben a természetjoggal – nem a természet vélelmezett törvényszerűségei kaptak kiemelt figyelmet, hanem – Edmund Burke figyelmeztetéseivel szoros összhangban – a szokások, a kulturális tradíciók, az egyes társadalmak évszázadok alatt rögzült értékei.

A nyugati jog prepozitivisták korszakával kapcsolatban hangsúlyozni szükséges, hogy arra a középkori, keresztény jogfelfogás háttérbe szorulása nyomán kerülhetett sor. Egy olyan időszakban, amikor a régi értékek már nem, az újak pedig még nem képesek áthatni a jogi gondolkodást. Méltán és igen találóan mondta ekkoriban Montaigne: „De hát a törvényeknek nem azért van hitelük, mert igazságosak, hanem azért, mert törvények. Ez az ő tekintélyüknek misztikus alapja, semmi egyéb.”¹ Ennek a 16. századi, prepozitivisták

¹ MONTAIGNE 1983, 19.

felfogásnak a korrekcióját jelentette a 18. századtól kezdve a Grotius, Pufendorf, Christian Wolff munkássága nyomán kibontakozó modern természetjog.

Látunk kell azonban azt is, hogy az ún. természetjog és a történeti jogi iskola megközelítései távolról sem kizárják, mintsem *kiegészítik* egymást. A továbbiakban ennek megvilágítására teszünk kísérletet, előre bocsátva egyúttal azt is, hogy a körültekintő kodifikációs munka során egyaránt szükséges tekintetbe venni mind a természeti, mind pedig a történeti-kulturális tényezőket, hogy normáink mind jobban igazodjanak tárgyukhoz, az emberi együttélés és együttműködés tényeihez. Helyesen figyelmeztetett tehát Vladár Gábor 1939-es akadémiai székfoglalójában: „Ha a racionalisztikus jogbölcseleti felfogással szemben a XIX. század elején Savigny tanításai nyomán kialakult ún. történeti iskolának nem is minden megállapítását lehet helyesnek elfogadni, de kétségen felül áll annak a felismerésnek a helyessége, hogy a jog a nemzet szellemi és erkölcsi világához tartozik, annak csakúgy része, amint a nyelv vagy a nemzet egyéniségét meghatározó egyéb kulturális tényező.”²

1. A jog kulturális meghatározottságai

A jognak mint kulturális jelenségnek az értelmezésekor mindenekelőtt azt szükséges tisztán látnunk, hogy a különböző társadalmi kontrollmechanizmusok közül a jogi szabályozás elsősorban a *nyugati* kultúrában hangsúlyos. Tőlünk keletebbre a jog még ott sem igyekszik a társadalom valamennyi viszonyát nagyjából azonos súllyal szabályozni, illetve a jogászai rend hagyományosan még ott sem különült el más hivatásoktól, ahol pedig a nyugati értelemben vett, formalizált jog viszonylag jelentős szereppel bírt. Alighanem a konfucianus és a legista gondolkodásból ered, hogy a kínai jog fő hangsúlya hagyományosan a közjogon és a büntetőjogon volt,³ hogy nem jelent számára sokat például a hatalmi ágak elhatárolása,⁴ s hogy Kína régi mandarinjai inkább filozófusok, művészek és esztéták voltak, mintsem a mi fogalmaink szerinti jogászok.⁵

A jog szerepének eltérő megítélése az antikban is tetten érhető. Más szellemben született a dór mentalitás által meghatározott görög *diké*-fogalom,⁶ mint az etruszk alapú római jog.⁷ E görög jog – amely megőrizte szoros kapcsolatát a morálfilozófiai szemlélettel – közelebb állt az itálikus népgyűlési ítélezések szelleméhez, amit egy szociális helyességképzet határozott meg.⁸ Az iszlám jog szintén nem képez a vallási-morális hiedelmektől elkülönült

² VLADÁR 2015, 142.

³ Hulswé, A.F.P.: Ch'in and Han Law, in: Twitchett, Denis – Loewe, Michael (eds): The Cambridge History of China. Vol.I. The Ch'in and Han Empires, 221 B.C – A.D. 220 Chapter 9. Cambridge, University Press, Hulswé, A.F.P.: The Ch'in Documents Discovered in Hupei in 1975; 1978. SALÁT 2003.

⁴ Lásd például létrehozó szervnek felelős, ám egyébként a közigazgatástól 'független' kínai bíróságokat.

⁵ Lásd erről még COING 1996.

⁶ Ennek többértelműségéről lásd bővebben NÓTÁRI 2005.

⁷ A görög vallásról ld. pl. ELIADE 1998, 216–262. A továbbiakban a vallástörténetet érintő helyeken Eliade munkáját követjük, azonban függelékben megadjuk néhány fontos vallástörténeti munka adatait is.

⁸ Ennek részletes kifejtését lásd SZMODIS 2005.

rendszer.⁹ A mozlím felfogás önmagába-zártságára és Koránhoz-kötöttségére jó példa egyúttal Abdullah Bondahrain-nak, a casablancai Mohammed Jogi Egyetem professzorának az 1996-os első jogi világkonferencián elmondott beszéde, amelyben a tudós kifejtette: „az egyes államokon belül és a nemzetközi kapcsolatokban is a jog csak akkor lesz képes a viszonyok rendezésére, ha az iszlám valláshoz kapcsolódik, és annak elveit valósítja meg.”¹⁰

Igaza lehet tehát Joseph Kohler-nek, hogy valamennyi civilizáció a szükségleteinek, céljainak – tegyük hozzá: világképének – legjobban megfelelő jogot alakítja ki a maga számára.¹¹ Olyan rendszereket, amik kultúránként eltérő súlyúak is lehetnek az adott kultúrák más jelenségeihez képest. Némely civilizációban ugyanis a jognál erősebb szabályozó funkcióval bírnak az úgynevezett konvencionális szabályok, az illem és az erkölcs előírta normák, vagy éppen a vallási parancsok. Ahogyan a Brüsszelben 1996. szeptember 9–12. között megtartott első jogi világkonferencia japán előadója, T. Matsuo professzor kifejtette – vélhetően nem csupán személyes, de a japán jogi gondolkodásra általában is jellemző – álláspontját: „a történelmi hagyományokra támaszkodó japán nevelés kedvező hatásától több remélhető, mint a 19. század utolsó harmadában Japánra erőltetett nyugati jogelvek és jogrendszer átvételétől.”¹²

És ami még ennél is fontosabb: számos kultúrában maga a jog nem válik el élesen az őt megalapozó morális vagy szakrális szabályoktól. Az iszlám szerint például – amint Germanus Gyula írja – „[...] nem lehet az ember feladata, hogy saját eszével olyan jogrendet hozzon létre, amely szabad és független az apriori isteni akarattól. Ez a tan, amely az isteni akaratot az emberiség jogi életében megállapítja, a *fiqh*, azaz a 'bölcesség és jogtudomány' [...] A *fiqh* magában foglalja az összes kötelelességeket és jogokat, amelyek az ember életében az Istennel és embertársaival szemben fennállnak.”¹³ Vagy amint Bakács Tibor a távolabbi Kelet vonatkozásában írja: „[...] a keleti kultúrákban a természetből, a jelenségek és dolgok rendjéből vonnak le szabályokat a társadalomra és az emberek magatartására nézve. A kulturális, vallási és jogi gondolkodás középpontjában a harmónia elve áll, amelyből következtetés vonható le az emberek által követendő, tőlük elvárható magatartásra. A harmóniából származó rend elvének elfogadása és önkéntes követése értékeesebb, mint a társadalomra ráerőltetett bármilyen jogrendszer.”¹⁴

Ugyancsak tanulságos az Edward T. Hall által leírt eset, amelyben a Japánt megszállva tartó amerikai hadsereg egyik katonáját egy helyi lakos ellen elkövetett gyilkosság vádjával állították japán bíróság elé. Mivel a katona megbánást nem tanúsított és cinikusan viselkedett a bírósággal szemben, amelynek legfőbb feladata Japánban elsősorban az, hogy a bűnöst a bűnével szembesítse, és jobb belátásra térítse, a vádlottat szabadon engedték. A bíróság ugyanis az eljárás által nem látta elérhetőnek az eljárás voltaképpen

⁹ Az iszlám kialakulásáról és teológiájáról jó összefoglalást ad pl. Eliade 2002, 57–73, 99–126.

¹⁰ BAKÁCS 1997, 15–21, 19.

¹¹ KOHLER 1885.

¹² Lásd BAKÁCS 1997, 20.

¹³ GERMANUS 1979, 127. Mindez egyébként érdekes egybevételre ad lehetőséget a kantni felfogással, amelyben az uralkodó voltaképpen nem megalkotja, mintsem felismeri és kihirdeti a jogot. A törvényeknek való engedelmségi kötelezettség tételezése tehát Kantnál szorosan összefügg azzal a mozzanattal, hogy felfogásában a hatályos jog nem lehet teljesen tetszőleges tartalmú. Mindezt talán Germanus is érezte, amikor a *fiqh* értelmezésekor önkéntelenül Kant a *priori* kategóriáját használta.

¹⁴ BAKÁCS 1997, 19.

célját, a 'nevelést'.¹⁵ Nem csoda tehát, ha a kínai és a japán gondolkodásban a jog elsősorban a természet által adottal illetve magával a morálisan helyessel azonos, másodsorban pedig – ha emezek közegeből kiválik – már inkább negatív értéket képvisel. Ahogy Bakács megjegyzi: „Egy kínai legenda szerint a jogot egy barbár nép, a *miao*-k találták ki időszámításunk előtt a 23. században. Ezt a népet később barbársága miatt az Isten büntetésből teljesen kipusztította. Az ősi kínai és részben japán felfogás szerint a jog a barbároknak való, akik nem törődnek a hagyományokkal, az erkölccsel és a társadalmi szokásokkal. Szerepe tehát meglehetősen alárendelt és némiképpen megvetendő. Akik jó nevelésben részesültek, azok belső indítástól vezérelve tisztelik a hagyományokat, betartják az ősi rítusokat és szolgálják a hierarchiát.”¹⁶ Mi más ez, mint Konfuciusz 2500 éves tanítása, amelyben az uralkodó elsőrendű kötelessége a példamutatás?

A *kulturális hagyományok* rányomják tehát a bélyegüket a jogról való gondolkodásra. Mindez azonban nem fedheti el azt, hogy maga a jog, vagy a joghoz igencsak hasonló társadalmi mechanizmusok *valamennyi kultúrában* létrejönnek, és sok szempontból *hasonló megoldásokat* is szülnék. Utóbbi körülmény ráirányítja a figyelmet a jog *kultúrától független*, biológiai, evolúciós gyökereire, amelyeket leginkább a humánetológia fed fel előttünk. A globálisan hasonló megoldások és jelenségek egyúttal eleve ellentmondanak a jogpozitivizmus azon elképzelésének, hogy a jog tartalma merőben a hatalom tetszőleges akaratan fordul meg. A hatalom akarata ugyanis már eleve evolúciósan kötött, a hatalom nem akarhat bármit, amit logikai konstrukciói kitalálni engednek, másfelől az e lehetséges konstrukcióknak való tartós társadalmi engedelmeskedés erősen kétségbe vonható.

2. A jog humánetológiai alapjai

Az ún. humán-magatartási komplex az *embert mint fajt* jellemző tulajdonságok sajátos halmazát jelenti.¹⁷ A jogi szabályozást a kulturális tényezőkön kívül jelentős mértékben ez az evolúciósan rögzült tényező-komplexum határozza meg. A különböző jogrendszerekben bizonyos *közös elemek* figyelhetők meg, így többek között a tulajdon, az egymásról való gondoskodás szabályai (gyámság, gondnokság), vagy a területiális ösztön sajátos következményei, a területkijelölés intézményei és objektumai (ingatlan-nyilvántartás, határkövek).

Ezzel szemben a kulturális jelenségek a humán magatartási komplex *bizonyos elemeit* nagyobb *jelentőséghez* juttatják, másokat *háttérbe* szorítanak. Így alakulhatnak ki kollektivistikus társadalmak, amelyek azonban mégsem tudják teljesen megszüntetni az ember individuális, versengő tulajdonságait, vagy kapitalista, szabad versenyt hirdető társadalmak, amelyek viszont kénytelenek az ember szociabilitására is valamilyen mértékben tekintettel lenni.

A humán magatartási komplex egyik fontos eleme az ún. *szabálykövetés*, ami az ember másik fontos vonásából, a *konstrukciós* készségből veszi eredetét. Az eszközök és tárgyak konstrukciója mellett az ember képes a fogalmak és eszmék konstruálására is, ami hangsúlyosan a *szabályok* megalkotásában jut kifejezésre. Az ember azonban nem csupán

¹⁵ HALL 1981, 107–112.

¹⁶ BAKÁCS 1997, 20.

¹⁷ Vö. JONES 1997, 167–173; MONAHAN 2000, 123–128.

szabályalkotó, de egyúttal szabálykereső, *szabálykövető* lény is. Ezzel szorosan összefügg az ún. *szabálydominancia* jelensége, aminek lényege, hogy az emberi gondolkodásban a *domináns egyed* helyét képes egy *szabály* is betölteni.

3. A társadalmi szabályok differenciálódása és kapcsolata

A társadalmi szabályok egy meghatározott rendszere nem minden kultúrában jut el a fogalmiságnak és az intézményesültségnek arra a fokára, ami nyugati szemléletünkben a *jogra* jellemző. A társadalmi szabályok ismert szintjeit a *szokás – illem – erkölcs – vallás – jog* sorozat írja le, ami nem egymásutániságot jelent, legfeljebb a szabályok bizonyos komplexitásának, összetettségének, illetve formalizáltságának és rögzítettségének fokozatait.

A vallási közeg a jog léte szempontjából alapvetően meghatározó, hiszen a szekulárisnak ismert szabályok legtöbbször valamilyen vallási előképpel rendelkeznek, vallási eredetű erkölcsi felfogásban gyökereznek. Az idővel meglehetősen szekuláris római jog bölcsője a perjog, aminek azonban legkorábbi ismert formája a *sacramentum*-os eljárás. Ennek *in iure* szakaszára vallási képzetektől terhes aggályos formalizmus volt a jellemző.

Különösen érdekes kérdés, hogy a jog mikor válik szekulárisná, mikor válik ki a jog a vallás közegeiből. A *kis létszámú*, illetve *kulturálisan homogén* közösségekben a mi fogalmaink szerinti, intézményesült és formalizált jogra lényegesen kevésbé van szükség, mint a nagy létszámú, heterogén társadalmakban. Helyesen utalt tehát Zlinszky János a jog *közös szokásokat pótló* szerepére az archaikus Rómában, ami fejlődésének korai szakaszában a legkülönbözőbb eredetű kulturális hagyományokkal rendelkező csoportoknak volt közös otthona.

A jognak a vallási és tradicionális szabályok közül való kiválását, majd az e kiválást követő fejlődését nagyjából a következő állomásokkal modellezhetjük.

1. A jogi szokások kialakulása a jogszolgáltató szervek működése nyomán;
2. a szokásjogi gyűjtemények összeállítása;
3. a *legislatio* – a jogalkotás útján kialakított normarend létrejötte (előbb uralkodói, majd képviselői testületek rendelkezései);
4. a kodifikációs korszak – egységes jogi rendszerek sajátos, szakmai szempontú kialakítása.

Ez a négyfokozatú sor – ami sok tekintetben hasonló ahhoz a beosztáshoz, amelyet Sir Henry Maine állapított meg a 19. század közepén¹⁸ – elsősorban a nyugati rendszerekben jellemző, ahol a jog a társadalmi kontrollmechanizmus sajátos formájaként jelenik meg.

A nyugati és keleti fejlődési utak eltérő vonásait egyébként Main is hangsúlyozza, rámutat azonban a különböző jogfejlődési utak közös vonásaira is. Maine szerint az archaikus társadalmakban nincsenek a szokásoknál szilárdabb, olyan normák, amiken a bírói ítélet alapulhat. Az uralkodó 'isteni inspirációból eredő' személyes parancsai képezik a voltaképpen jogot, majd a királyi hatalom hanyatlásával az oligarchák vagy arisztokraták uralma következik. Ezek privilégiuma nyilatkozni a szokásokról, egyúttal értelmezni a szokásokat. E korszakot tekintve Maine a szokásjog korának. Hangsúlyozza azonban, hogy míg az arisztokrácia hatalma a Keleten vallási, addig a Nyugaton világi-politikai jellegű.

¹⁸ MAINE 1997, 10–19.

Egy további stádiumban, társadalmi konfliktusok nyomán kerül sor a szokások írásba foglalására, rögzítésére és nyilvánosságra hozatalára. Ekkor még gyakran keverednek a vallási és a jogi előírások. Egy további – különösen a nyugati fejlődésre jellemző – fázisban az idővel meghaladott szokások oldódására kerül sor fikció és törvényhozás útján, szem előtt tartva a méltányosság szempontjait is.

Akár saját felosztásunkat, akár Maine periodizációját vesszük is alapul, megállapítható, hogy a formalizált és intézményesült jog kialakulása mellett továbbra is fennmaradnak a társadalmi szabályozók egyéb rendszerei is. Miközben tehát a jog egyre inkább átszövi az élet legkülönbözőbb területeit, ez a fejlődés azonban nem teszi szükségtelessé a konvencionális szabályok rendszereit. Sőt éppenséggel e rendszerek feltételezik egymást, a kívánatos pedig éppen az, hogy e rendszerek egymás hatását kölcsönösen erősítsék. Erre pedig a jog oldaláról leginkább úgy nyílnak lehetőségek, ha a kodifikációs munka mindinkább tekintetbe veszi az adott társadalom uralkodó eszméinek és értékeinek legjavát. Azokat az értékeket, amelyek az embernek mint individuumnak és mint kollektív, közösségi lénynek a kiteljesedését egyszerre fejezik ki és szolgálják.

Igencsak mély értelmű, igaz, és mindenkor szem előtt tartandó tehát Vladár Gábor figyelmeztetése: „Rossz törvényelőkészítő volna tehát az, aki nem vetne számot a nemzet szellemi és lelki világával, nem igyekeznék a felmerülő kérdéseknek olyan megoldásokat keresni, amelyek beilleszkednek a nemzet szellemi és lelki világába. Kétszeresen is téved az ilyen jogszabályelőkészítő. Először abban, hogy a jogszabályalkotó hatalom az ilyen művet jogszabállyá emeli, másodszor abban, hogy ha mégis jogszabállyá lesz az efféle mű, az a gyakorlatban meggyökeresedhetik. Viszont semmi sem biztosíthatja inkább valamely javaslatnak könnyen jogszabállyá válását és a köztudatba begyökeresedését, mint az, ha a tervezet a nemzet gondolat- és érzésvilágának megfelel.”¹⁹

¹⁹ Lásd: VLADÁR 2015, uo.