

SZABÓ BÉLA

DOKTOR-ALKOTTAJOG COMMUNIS OPINO DOCTORUM ÉS MÁS JELENSÉGEK

A jogforrás fogalma három értelmet foglal magában. Jelenthet a jogkeletkezési forrást, jogi tartalmi forrást és jog megismerési forrást.¹ Az első értelemben jogforrás az a szerv, amely a jogot alkotja, illetve maga a jogalkotási eljárás is. Második jelentésében a jogalkotás eredménye, maguk a szabályok, melyek a jogot képezik s melyek normative köteleznek. Harmadsorban a jogforrás a jogról nyerhető információk forrása. Ez utóbbi mindenekelőtt az az irodalom, amely a joggal és törvényekkel foglalkozik, valamint ide sorolhatók még a bírósági ítéletindokolások szövegei is.

Mivel a kontinentális európai jogi hagyományok különlegességeként a tudományos doktrína jogteremtő funkcióval is fel van ruházva, bizonyos szempontból a tudományos nézetek jogkeletkezési forrásnak is tekintendők. A jogi irodalom pedig mindhárom formában megjeleníti a jogi hagyományokat és mind keletkezési, mind tartalmi, mind megismerési forrásként figyelembe kell venni.²

A jogi irodalom, a tudományos feldolgozások egy része (s így maga a jogtudomány egy része is) a múlt tapasztalatait veti össze az éppen feldolgozott, adott jogrendszerrel. A jogi hagyományokra való utalás elsősorban a tudományos állásfoglalások egészének figyelembevételét jelenti, vagyis annak tudomásulvételét, amit jogi tanoknak és doktrinának nevezhetünk.

A doktrína a legfontosabb szupplementáris³ jogforrás, hiszen az európai hagyományban a tudomány nem csak jogmegismerési forrás, hanem jogkeletkezési forrás is: századokon keresztül a döntő jogalakító vívmányok nem a szokások és a törvényhozás, hanem a jogtudomány oldaláról jelentkeztek. A római jogból ránk maradt joganyag túlnyomó része a római jogtudósok munkájának eredménye, amely a szakvélemények és tanító munkák megalkotásával a jogszolgáltatást és a *praetorok* által megteremtett jogrendet is inspirálta. {112}

¹ Rechtsentstehungsquelle, Rechtsinhaltsquelle, Rechtserkenntnisquelle Vö. Eugen Bucher: Rechtsüberlieferung und heutiges Recht. in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2000. 460. és köv. o.

² Eugen Bucher: *i.m.*, 460.

³ A gyakrabban használt szubszidiárius jogforrás megnevezés helyett találóbbr lenne a szupplementáris (kiegészítő) jogforrás elnevezés, mivel ez már bizonyos értelemben az eredményt is magában hordozza, míg a szubszidiaritás az eredmény tekintetében bizonytalanságban hagy. Eugen Bucher: *i.m.*, 417. o.

A recepció korában a tudomány befolyása nem csökkent a jogrend kialakulásában: a tudomány tekintélye jórészt megfelelt a római hagyományoknak. Az egyetemeken a római jog kivívta magának a tudomány rangot, hiszen a fejlett magánjogi szabályrendszer utáni vágy csak a római forrásokhoz vezethetett vissza, amely (szintén „tudós” kánonjoggal együtt) kizárólagos tárgyát képezte az egyetemi oktatásnak. Ezzel szemben a bíróságok által alkalmazott és ilyen értelemben hatályos jog nem volt megfelelően dokumentálva és az egyetemeken emiatt nem volt tanítható és tanulható. A római jogi hagyományok egyébként szinte egész Európában (a Német-Római birodalomban, Dél-Itáliában, Spanyolországban, a Magyarországon stb.)⁴ Még Franciaországban is, ahol a római jog bizonyos értelemben „negatív hatályban” volt, a magánjog, különösen a kötelmi jog területén nem volt kisebb befolyása, mint másutt.⁵ A római jog gazdag tartalma miatt (amit a mai jogirodalom még megközelíteni sem tud) a római joggal való tudományos foglalkozás egy ma már elképzelhetetlen szellemi vonzerőt gyakorolt a jogászokra csaknem ezer éven át.⁶

A római jogi alapú jogtudomány elsődleges feladata a jog kiderítése volt és lesz. A tudomány *per definitionem* ott kezdődik, ahol a rendelkezésre álló források (különösen a törvények) tartalma kevés támpontot nyújt és egy normanélküli, jognélküli tér áll elő. Ha ezt a megállapítást komolyan vesszük, akkor a tudományos tanok jogkeletkeztető forrásként jelennek meg. Természetesen emellett az irodalomnak jogleíró funkciója is van, de ez utóbbi funkciója – éppen az előzőekből következően – nem kizárólagos, mint ahogy ezt az utóbbi időben feltételezték és elfogadták. A jogteremtő szerepnek nagyobb súlya van, mint azt eddig feltételeztük. A jogi tudományos szövegekben kényszerűen keverednek a *de lege lata* kijelentések és a *de lege ferenda* érvek.

A tudomány tehát kettős természetű: ismeretforrás és a jogkeletkezés forrása is egyben, vagyis jogpolitikai – jogkeletkeztető *de lege ferenda* – jellemzőkkel is rendelkezik. Ugyanakkor a jogi hagyományok legfontosabb elemeként értékelhető jogtudomány midőn visszafelé tekint nem csupán az egykor ténylegesen érvényesülő jogszabályokat kell figyelembe vegye, hanem a korabeli tervezeteket, téziseket és érveket, amelyek a korábbi korszakok tudományos vitáit meghatározták. Ebben az esetben a jogtudósok személyes tekintélyén alapuló tudományos állásfoglalások természetesen nem minden esetben állnak ki a helyesség és igazságnak megfelelés

⁴ Eugen Bucher: *i.m.*, 469. o.

⁵ A jogászok doktrina jogforrás jellegét kifejezetten tagadják az angolszász jogban: a bíróságok a hagyományok szerint nem is vesznek róla tudomást. A common law országokban a jogi irodalomnak leíró és nem kritizáló jellege van és nem a jövőre irányul, tehát nincs semmiféle iránymutató szerepe. Ezen elv alól csak igazán ritkán van kivétel. Ezek közül meg lehet említeni a „restitution” (a mi értelmezésünkben: jogalap nélküli gazdagodás) intézményével kapcsolatban az utóbbi időben létrejött igen széles irodalmat, amely nem pusztán leírja már a jelenséget, hanem azt célozza, hogy a jogintézményt a bírói gyakorlat egyre nagyobb mértékben elismerje. Vö. Eugen Bucher: *i.m.*, 415.

⁶ Eugen Bucher: *i.m.*, 470. o.

próbáját. De ez a jogi hagyományok kiaknázása {113} tekintetében nem jelenthet hátrányt, hiszen a jogi hagyománynak és a részéét képező irodalomnak elsősorban inspiratív funkciója van és lehet: a jogkereső kiinduló pontokat és szakmailag meggyőző érveket és példákat keres az irodalomba, a saját felelősségére meghozandó döntéshez.⁷

Ugyanakkor mindenfajta jogi irodalom, amely tényleg tudományos igénnyel lép fel, szükségszerűen a jogi hagyományok megismerési forrásaként jelenik meg. Még az egyedül csak hatályos jogi kérdésekkel foglalkozó jogirodalmi termékek is öntudatlanul visszanyúlnak a kodifikációk előtti jogi nézetekre és konstrukciókra. A mai módszertani felfogás szerint a modern-joginak tekinthető irodalom joghézag esetén mindenképpen döntési segítségként jelenhet meg. A mai jog történeti meghatározottsága miatt egyébként lehetetlen és értelmetlen éles különbséget tenni történeti és a hatályos joggal foglalkozó jogi irodalom között. Ugyanezen okból mindenképpen elvárható, hogy a modern tárgyú jogi munkákban azokat a tanokat is figyelembe vegyék amely a múltból származnak.⁸

Az alábbiakban annak történeti nyomait keressük, hogy milyen segítséget adott a kontinentális jogtudomány, jogi irodalom a jogalkalmazás számára.

RESPONSA PRUDENTIUM

Köztudott, hogy a római arisztokraták egy része a köztársaság idején jogi tudását a köz szolgálatába állította⁹ és jogi szakértelmet igénylő tevékenységük talán legfontosabb része az ingyenes jogi tanácsadás volt.¹⁰ A tágabb értelemben vett *respondere* tevékenység jogi segítség adását jelentette, midőn a *iuris consultus* az őt megkereső magánfélnek szakmailag megalapozott tanácsot adott: ez állhatott egy végrendelet vagy egy szerződés elkészítéséhez adott útmutatásban és állhatott kész tényállások jogi megítélésében, annak megállapításában, hogy adott tényekből milyen jogkövetkezmények fakadhatnak, és az adott esetben milyen perlési lehetőségek állnak a tanácsot kérő rendelkezésére.¹¹ Utóbbi tevékenység eredménye volt a szűkebb értelemben vett *responsum*, amelyet igen gyakran több jogásztól is kikértek a felek. A tanácsot eleinte szóbeli kérésre szóban adták, de ha az ügyből per lett akkor írásban is megfogalmazták. Ebben az iratban a jogtudó kinyilvánította, hogy az előadott tényállás mellett a *praetor actio*-t, vagyis a felperes által kért formulát

⁷ Bucher ezen a ponton arra is utal, hogy egy névtelen szerző állásfoglalása egy adott kérdésben – még akkor is, ha felfogása visszhang nélkül marad is –éppúgy része a jogi hagyománynak, mint a széles körben elterjedt és elfogadott tudományos nézetek és igazságtartalma nem vizsgálatik. Vö. Eugen Bucher: *i.m.*, 472. és 111. lj.

⁸ Eugen Bucher: *i.m.*, 470. o

⁹ Vö. Szabó Béla: Jogászság és jogászképzés. in Szabó Miklós. (szerk.): *Bevezetés a jog- és államtudományokba*. Miskolc: Bíbor kiadó, 2001. 175. és köv. oldalak

¹⁰ Vö. Pólay Elemér: *A római jogászok gondolkodásmódja*. Budapest: Tankönyvkiadó, 1988.

¹¹ Fritz Schulz: *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*. Weimar: Böhlau, 1961. 57. o.

köteles kiadni. A jogász szakvéleményéhez az adott {114}formula-javaslatot is mellékelte, amennyiben az még nem volt megtalálható a *praetor edictumában*.¹² Ugyanakkor a *responsa* nem csak a magánszemélyek magatartását határozhatta meg, hanem iránymutató lehetett a tisztségviselők normatív cselekedeteinél és a pereket eldöntő bírák számára is.

Cicero a *responsum* ok jelentőségéről a következőképpen nyilatkozik: „*neque enim fieri potest ut aliud indicari de iure, aliud responderi oporteat ...*”¹³. A bíró tehát nem távolodhatott el a jogtudós által adott véleménytől. Ugyanakkor, ha több jogtudósi vélemény ellentmondott egymásnak, akkor a bíró választhatott közülük. Már ebben a korban, a köztársaság korában kialakult a rómaiak azon tudata, hogy a jogászok véleménye (tekintélye) – bizonyos értelemben – a normatív aktusok mellé állítható még technikus értelemben is.¹⁴

Az általa adott szakvéleményeket a jogtudós házi levéltárában őrizte, s adott esetben irodalmi tevékenysége során felhasználta. *Responsum*-gyűjteményeket eleinte csak az adott tudós halála után állítottak össze szakvéleményeiből. Később – a késő köztársaság korában – már életében is állíthatott össze a tudós ilyen gyűjteményeket, sőt ezekben már nem csak gyakorlati, hanem tanítványai, barátai által feltett teoretikus kérdésekre is választ adhatott.¹⁵ Az így kialakuló jogi irodalomban természetesen ellentétes vélemények is születhettek egy-egy jogi kérdés vonatkozásában.

A késő-köztársaság korában a *responsum*-adási tevékenység hihetetlen mértékben kiszélesedett. A *iuris consulti* – és bármilyen rendű és rangú polgár annak tarthatta magát – korlátlanul bocsáthattak ki szakvéleményeket, ami azonban a szakmai kontroll csökkenéséhez, és jelentős jogbizonytalansághoz vezetett. Ezt megszüntetendő újjá kellett éretékelni a jogtudósi szakvélemények szerepét, s ez jól illeszkedett a *principatus* kétarcú, a *res publica restituta* képében megjelenő monarchisztikus politikájába, s ezenbelül is különösen jogpolitikájába. Az első *princeps* nem tehetett mást, mint megszűrte a jogtudósokat és vissza adta a jogtudományt a *nobilitas* tagjainak kezébe.

Augustus volt tehát az, aki *tribunicia potestas* -án alapulva uralkodása során több – nevük és számuk szerint már meg nem állapítható – szenátori rangú jogásznak saját kérelmére, személyszerinti (*ad personam*) felhatalmazást adott, hogy császári tekintéllyel (*ex auctoritate sua*) jogi szakvéleményeket adhasson.¹⁶ {115}Ezzel a

¹² Fritz Schulz: *i.m.*, 61. és köv. o.

¹³ [... elképzelhetetlen ugyanis, hogy valaki másképpen ítélhessen meg egy jogi ügyet, mint azt szakvélemény adása során tenné] Cicero *pro Caecina*. 23, 67.

¹⁴ Szintén Cicero írja: „... *ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more aequitate consistat* .” [...ha azt mondjuk, hogy a ius civile törvények, szenátusi határozatok, bírói döntvények, a jogtudósok tekintélye, a magistratusok edictumai, a szokások és a jóhiszeműség összessége] Cicero *Topica* 5, 28.

¹⁵ Fritz Schulz: *i.m.*, 107. és köv. o.

¹⁶ Franz Wieacker: *Respondere ex auctoritate principis*. in J.A. Ankum – J.E. Spruit – F.B.J. Wubbe (ed.): *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegiis*

későbbiekben *ius* ill. *beneficium respondendi ex auctoritate principis*-nek, röviden *ius respondendi*-nek nevezett intézménnyel Augustus¹⁷ biztosította a szenátori rangú jogászok szerepét a közéletben és egyúttal a jogászok hagyományos, foglalkozásukhoz kötött tekintélyét saját állami reformjainak szolgálatába állította. Ugyanakkor más – ilyen felhatalmazással nem rendelkező – jogászok tanácsadó tevékenységét nem tiltotta meg.¹⁸ Utóda, Tiberius tovább folytatta ezt a „kitüntetési” gyakorlatot, sőt ezen előnyökben már lovagi rangú jogászokat is részesített. A gyakorlat szerint a jogtudós által a fél kérésére kiadott szakvéleményt (*responsum*) eleinte csak abban az adott ügyben vették – gyakorlatilag kötelezően¹⁹ – figyelembe, amelyre azt a jogtudóstól kérték. Valószínűleg hamarosan kialakult azonban az a gyakorlat is, hogy a szakvéleményeket az eredeti jogvitához hasonló esetekben is fel lehetett használni, hivatkozni lehetett rájuk.²⁰

A következő uralkodók alatt azonban az ilyen jellegű, jogászoknak adott *beneficium* ok kikerültek a gyakorlatból és sem Claudius, sem a Flaviusok, sem pedig a későbbi császárok alatt jó ideig nem éltek vele az uralkodók. Ezt mutatja az első század ismert, privilegizált jogászainak csekély száma is.²¹ Ennek ellenére Augustus kezdeményezésének és gyakorlatának emlékét nem fedte be a feledés homálya. Ezt bizonyítja Pomponius (II. század közepe)²² beszámolója (*Liber singularis enchiridii* - D. 1,2,2,48 skk.), melyből – valószínűleg tévesen – arra lehet következtetni, hogy a „kitüntetési” gyakorlat mindvégig fennállt a császárság első és második századában. Valószínűleg azonban Tiberius és Hadrianus között az uralkodók nem éltek a *beneficium respondendi* kiadásának lehetőségével.²³ A második század közepétől azonban az uralkodók visszatértek ehhez a gyakorlathoz: egyre több lovagi rangú szakembert részesítettek a kegyben és ez kiváló jogászi teljesítmények sorát tette lehetővé. A II. század második felének jelentős jogásza, a *ius respondendi* vel egyébiránt nem rendelkező Gaius (Gai Inst. 1,7)²⁴ is erre a régi privilégiumra

amicis oblata. Freiburg: Universitätsverlag, 1985. 92-93. o. A *ius publice respondendi* hatalmas irodalmából lásd Fritz Schulz: *i.m.*, 132. és köv. oldalak. Mario Breton: *Geschichte des römischen Rechts. Von den Anfängen bis zu Justinian*. München: C.H. Beck, 1992. 138. és köv. oldalak. Wolfgang Kunkel: Das Wesen der *ius respondendi*. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung* 66 (1948) 423-457. o.

¹⁷ H. Siber: Der Ausgangspunkt des '*ius respondendi*'. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung* 61 (1941) 397-402. o.

¹⁸ Franz Wieacker: *Respondere...* 93. o. Másként Wolfgang Kunkel: *i.m.*, 455. o.

¹⁹ Max Kaser: Zur Problem der römischen Rechtsquellenlehre. in Uő.: *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte zum Teil Grundlegend erneuerte Abhandlungen* . Wien-Köln-Graz: Böhlau, 1986. 19.

²⁰ Rendkívül vitatott az irodalomban, hogy ez a lehetőség mikor alakult ki. Vö. a Franz Wieacker: *Respondere...* 71. o. 1. jegyzetben feltüntetett irodalmat.

²¹ Wolfgang Kunkel: *i.m.*, 457. o.

²² Hans H. Seiler: Pomponius. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert* . München: C.H.Beck, 2001. 508. o.

²³ Franz Wieacker: *Respondere...* 78. és köv. oldalak, 93. o.

²⁴ A rendkívül gazdag irodalomból e helyhez lásd Eisele: Zu Gaius 1,7. *Zeitschrift für*

alapozza az eredeti augustusi kezdeményezésen {116} messze túlmutató állásfoglalását, mely az egybehangzó jogászi véleményeknek normatív erőt (*legis vice*) tulajdonít, és azt a többi jogforrásokkal – törvényekkel, *plebiscitum* okkal, szenátusi döntésekkel, császári rendeletekkel és hivatalnoki *edictum* okkal – egy sorba állítja (Gai Inst. I.2.).²⁵

Gai Inst. I.7. Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet. si vero dissentiunt, iudici quam velit sententiam sequi. idque rescripto divi Hadriani significatur. ²⁶

Gaius (+ Kr.u. 180 körül)²⁷ *responsum* alatt – következetesen – egy szakjogász *sententia* vagy *opinio* képében megjelenő, minden – általában írásbeli – megnyilvánulását értette.²⁸ Ennek megfelelően a II. században a régi császári tekintélyre (*auctoritas principis*) visszavezetett jogtudósi vélemény²⁹ már nem csak az adott konkrét esetben bíróját kötötte, hanem figyelembe veendő volt minden jövőbeli hasonló tematikájú jogvita eldöntésénél, amennyiben a jogtudósi vélemények nem mondtak ellent egymásnak. Ezen kötelező erő indoklásául Gaius egy Hadrianus által kibocsátott (ma már ismeretlen szövegű) *rescriptum* ra hivatkozott.³⁰ Gaius kortársai és az utókor egyöntetűen kötelező jogforrásnak tekintette tehát a jogtudósi véleményeket, ha azok egybe csengtek (*auctoritas prudentium*). Erre a korra már számos kérdésben feltételezhető ugyanis a vitás kérdésekben egy győzelmes tan kialakulása, melyet a kortárs jogtudósok munkáikban a *constat*, *placet* (*inter omnes*), *convenit*, *receptum est*, *hoc iure utimur* és a *certum ius* kifejezések jelölték.³¹

A jogtudósok – irodalmi művekből, elsősorban *responsum*-gyűjteményekből, de más munkákból megismerhető – egybehangzó állásfoglalásának jog-jellegét Gaius nyomán az augustusi *beneficium respondendi* -re vezették vissza.³² Fontos, hogy nem olvasható ki Gaius előadásából az, hogy a többségi véleményt a bírónak el kellett volna fogadnia. Ha volt ellenvélemény, akkor az esküdtbíró maga választhatta ki a

Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung 11 (1890) 199-203. o. Fritz Schulz: *i.m.*, 135. o. Max Kaser: *i.m.*, 19. o.

²⁵ [A római nép joga törvényekből, plebiscitumokból, senatusconsultumokból, császári rendeletekből, azoknak edictumaiból (hirdetményeiből), akiknek edictum kiadási joguk van és a jogtudósok responsumaiból (válaszaiból) áll.] (ford. Brósz Róbert)

²⁶ [Responsa prudentium (a jogtudósok válaszai) azoknak a döntései és véleményei, akiknek engedélyük van jogot alkotni. Ha ők mindannyian egységes döntésre jutnak, amiről így döntöttek, az törvény erővel bír. Ha azonban eltérő véleményen vannak, a bíró azt a véleményt követheti, amelyiket akarja; ezt jelzi az isteni Hadrianus egyik leírata] (ford. Brósz Róbert)

²⁷ Okko Behrends: Gaius. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert.* München: C.H.Beck, 2001. 229-231. o.

²⁸ Eisele: *i.m.*, 203. o.

²⁹ Franz Wieacker: *Respondere...* 73. o.

³⁰ Max Kaser: *i.m.*, 34. o.

³¹ [bizonyos, mindenkinek tetsző, elfogadott, befogadott, ezzel a joggal élünk, biztos jog] Vö. Max Kaser: *i.m.*, 35. o.

³² Franz Wieacker: *Respondere...* 79. és 93. o.

szerinte helyes megoldást. A hivatkozott hadrianusi *rescriptum* nem zárta ki újabb ellentétes vélemények kialakulását sem, így a perekben {117} felhozott jogász állásfoglalásokat továbbra is elsősorban szakmai megalapozottságuk szerint ítélték meg. Gaius szavaiból egyébként nem derül ki, hogy a bíró honnan szerezhetette ismereteit a lehetséges ügydöntő állásfoglalásokról.

Ha az eddigiek fényében a jogtudósok véleményeinek jogforrási jellegére kérdezzük rá, a következőket lehet megállapítani: a *responsum* ok és a jogászok irodalmi véleményei a köztársaság végéig nem minősültek *ius*-nak: csak megismerési forrásokat képeztek.³³

A klasszikus korban kialakuló (a tágabb értelemben vett *responsum* fogalmához sorolható) irodalom azonban egy olyan jogászsíjot hozott létre, amely elvileg valamennyi felmerülő jogesetre legalább egy megalapozott megoldást kínált. A jogtudósok vélemény nyilvánításai testesítették meg a magánjog és eljárásjog mélyreható átalakítását, mivel a rómaiak a jogászok szakmai ismereteiben és felelősségérzetében megbízva szabad kezet adtak a jogászoknak.³⁴ Mint láttuk a II. század második felében uralkodóvá vált az a felfogás, hogy az egybehangzó tanítások „megkérdőjelezhetetlen jogként” – a szó nem eredeti értelmében – *ius*-nak minősültek. A viták során vitathatatlanná vált jog kettős értelemben volt jogászsíjnak tekinthető: egyrészt a jogászok a jogképzés irányítását kezükbe kapva a római jogrend valamennyi rétegét (a köztársasági törvények kivételével) integrálták munkáikba, másrészt véleményeik ugyanakkor formális értelemben is jogforrást képeztek (*fons iuris*; *ius civile in interpretatione prudentium consistit*) a Gaius által tükrözött felfogás szerint.³⁵

Ez a jogászsíj azonban nem feltétlenül csak az általánosan elfogadott, megkérdőjelezhetetlen tanokat ismerte el *ius*-ként. Az irodalomban – a fenti megjelölések gyakorisága ellenére – sem mindig kerül megjelölésre, hogy mely kérdésekben alakult már ki egy általánosan elfogadott nézet. Talán azért, mert ezt nem lehetett mindig bizonyossággal megállapítani. A klasszikus kor végéig a vélemény-nyilvánítás szabadsága jogi kérdésekben oda vezetett, hogy sok kérdésben nem alakulhatott ki egyöntetű vélemény a jogászok, a jogi iskolák között. Ennek ellenére a vitatott állásfoglalásokat is *ius*-nak, jognak tekintették, mégpedig azért, mert a korabeli jogászok a jognak a maitól eltérő fogalmából indultak ki.

Bár számukra is a kötelező erő elvárása érvényesült fő szabály szerint, de ez nem volt kizárólagos kritérium. A rómaiak a „kialakulásban lévő” jogot is jognak, ténylegesen érvényesülőnek ismerték el, felismerve persze ennek másságát a már „létrejött” jogszabályokkal (a szokásjoggal, a törvényi joggal és más normatív forrásokkal) szemben. A gyakorlatban a jogászok tudták azt, hogy vannak olyan vélemények, amelyek megingathatalanságuk folytán állandóságnak örvendenek és

³³ Luigi Lombardi: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè: Milano, 1967, 59. és köv. oldalak

³⁴ Max Kaser: *i.m.*, 20. és 33. o.

³⁵ [a jog forrása; a civiljog a tudósok értelmezésén alapszik] Vö. Luigi Lombardi: *i.m.*, 59. és köv. oldalak

ténylegesen érvényesülnek a joggyakorlatban. Ezen esetekben a tényleges és jogi vitathatatlanság, kötelező erő egymásba folynak és nehezzé {118} teszik az állandóvá váló jogászai vélemények és a szokásjog közötti elhatárolást a klasszikus jogban.³⁶ A római jogtudósok az állandósult jogászai véleményeket információs forrásként használták, s ez olyan esetekben, amikor a pozitív jogszabályok hallgattak, segítettek felismerni nekik, hogy mi a jogos. A korábbi nemzedékek tapasztalatait használták fel, amelyek azonos, hasonló vagy éppenséggel ellentétes esetek korábbi jogászok általi megoldásában jelentek meg. Ennek során nem csak a tekintélyre hanem az adott döntés ésszerűségére is figyelemmel voltak, vagyis nem zárkóztak el az állandó kritikától sem. Annak ellenére így van ez, hogy sokkal szívesebben hivatkoztak a felhívott jogtudós tekintélyére, mint kifejezetten szakmai indokokra.³⁷ Amely kérdésekben azonban egy jól megalapozott, egyöntetű vélemény alakult ki a jogászok között, amelytől csak egészen kivételes esetben volt szabad eltérnie a gyakorló jogásznak, ott a jogászok által alakított jog nagyon közel került a szokásjoghoz.³⁸

A II. századtól a császári rendeletek képében egyébként jelentős konkurrenciája támadt a jogtudói vélemények jogalakító szerepének. A császári jogalkotás megélénkülésének tulajdonítható a klasszikus kori jogászok *ius respondendi* alapuló jogtudományi munkásságának bizonyos háttérbe szorulása a III. század kezdetétől. A jogtudóknak időközben kialakult széles alsórétege – akik szerény tudással, de annál nagyobb igényekkel rendelkeztek – tevékenységével már egy új korszak, a posztklasszikus jogtudomány időszaka köszöntött be,³⁹ amely a klasszikus kor jogászáinak szövegeit a kor szükségleteihez igazította, és ez sok esetben az eredeti szövegek átdolgozását, „olvashatóvá tételét” vagyis romlását jelentette. A IV. század végétől ez az adaptív tevékenység elhalványult, az áthagyományozott szövegek stabilá váltak és a kor jogászái újból érdeklődést kezdtek mutatni az eredeti klasszikus szövegek iránt.

Erre a korszakra estek az első kísérletek a mérvadó jogászai munkák zárt kánonjának meghatározására is, ahhoz hasonlóan, ahogy a keresztény egyház is létrehozta a szent iratok kánonját. Midőn ugyanis a jogi irodalom nehezen áttekinthetővé vált, a császárok idézési törvényeket⁴⁰ adtak ki, melyek pontosan meghatározták, mely szerzőket lehet idézni és ezáltal nézetüket, véleményüket egy döntés alapjaként elfogadni. Már Constantinus alatt, 321-ben kiadtak egy császári rendeletet, amely

³⁶ Vö. Max Kaser: *i.m.*, 35 és köv. o.

³⁷ Ehhez részletesen, bár korábbi korszakra Franz Horak: *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*. Aalen: Scientia, 1969. különösen 102. és köv. oldalak a jogászai véleményekre való deduktív hivatkozásról. Időben átfogóbb képet ad Franz Wieacker: *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*. in Uő.: *Ausgewählte Schriften. 1. Methodik und Rechtsgeschichte*. Frankfurt am Main: Metzner, 1983. 153-173. o.

³⁸ Max Kaser: *i.m.*, 37. o.

³⁹ Wolfgang Kunkel: *i.m.*, 457. o.

⁴⁰ Gottfried Teipel: *Zitiergesetze in der romanistischen Tradition. Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 72 (1955), 245. és köv. oldalak

szerint megtiltották Ulpianus és Paulus azon {119}jegyzeteinek figyelembe vételét, melyeket Papinianus munkáihoz írtak, míg 327-ben Constantinus Paulus valamennyi munkáját kötelező erővel ruházta fel.⁴¹

A klasszikus jogászok munkái tekintetében a kanonizálás az úgynevezett idézési törvénnyel (Theodosius és Valentinianus alatt 426-ban)⁴² történt meg. Az eredeti szöveget nem ismerjük, csak a 12 évvel később, a *Codex Theodosianus* ban ránk hagyományozottat. Az eredeti verzióban valószínűleg csak az öt jogász „evangelista” (Papinianus, Paulus, Ulpianus, Modestinus és Gaius) volt megnevezve. Ha közöttük véleményeltérés volt, akkor a többségi vélemény, eldöntetlenség esetén az az álláspont volt követendő, amely mellett Papinianus is kiállt. A későbbi, *Codex Theodosianus* ba (Kr. u. 438) bekerült változat szerint már azon jogászok írásait (és nem csak a hivatkozott helyeket) is fel lehetett használni az eljárásokban, akikre a nevezett öt hivatkozott. Ezzel azonban a többségi szabály értelmét veszítette és tulajdonképpen az egész kanonizálás feleslegessé vált, hiszen a jeles öt munkáiban szinte az egész klasszikus irodalom feldolgozásra került és így a régi szerzőket bizonyosan idézték. Ennek ellenére a gyakorlatban valóban csak egy kis számú (valószínűleg az „ötök szellem-kollégiumával” megyegyező) szerzőcsoport munkáit vették figyelembe. A *ius respondendi* intézménye és az idézési törvény között szoros kapcsolat van, hiszen mindkettő a magánemberek jogi véleményének jelentőségét, követendőségét határozta meg. Az idézési törvény által azonban a több mint 200 évvel korábban élt klasszikus jogászok egyszerű számokká váltak egy jogászai számtanpéldában. Még Papinianus hatalmas tekintélyét is alárendelték a gyakorlati célnak.⁴³

Az idézési törvények által ugyanakkor a jogi tanok mögé a császár tekintélye lépett, amely nem kodifikációs, hanem kompilációs szándékkal fordult a kor joga felé. Az állami törvényhozás ily módon engedett utat a jogászok tekintélyének, akik munkái a jog tartalmát határozták meg.⁴⁴ Vagyis az idézési törvényekben nem maga a törvényhozó határozta meg a tartalmat, hanem sokkal inkább a jogtudósok által kidolgozott megoldásokat legitímálta és állandósította.

Az idézési törvény Justinianus koráig maradt érvényben, hiszen a *Digesta* megjelenésével jelentőségét veszítette, mert ekkortól csak a *Digesta*-ba felvett véleményekre lehetett a gyakorlatban hivatkozni.⁴⁵ Hogy a klasszikus kor jogtudósainak mekkora tekintélye volt még akkor is jól mutatja egyrészt maga a *Digesta* létrejöttének a ténye, másrészt azok a nyilatkozatok, melyeket Justinianus tett

⁴¹ C. Th. 1, 4, 1. és 1, 4, 2.

⁴² C. Th. 1, 4, 3. Alapvető a keletkezéstörténethez Franz Wieacker: *Textstufen klassischer Juristenschriften*. Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht, 1960, 156-160. o. F. Pringsheim: *Zur Textgeschichte des Zitiergesetzes*. *Studia et Documenta Historiae Iuris* 27 (1961), 235-240. o. Edoardo Volterra: *Sulla legge delle citazioni*. *Memorie della Classe di scienze morali, storiche e filologiche dell'Accademia dei Lincei* 8.27 (1983), 185-267.

⁴³ Mario Bretone: *i.m.*, 244.

⁴⁴ Gottfried Teipel *i.m.*, 247.

⁴⁵ Fritz Schulz: *i.m.*, 355. és köv. oldalak

különböző, a kodifikációt kísérő rendeleteiben. A császári akarat {120} szerint már nem kell jelentőséget tulajdonítani az egyes szerzők tekintélyének, hiszen minden a *Digesta*-ba felvette állásfoglalás ugyanolyan törvény erővel rendelkezik.⁴⁶

AUCTORITAS GLOSSAE

A feudális korszakot a szétagulódás jellemezte. Az állam és a jog területi és tárgyi szempontból is sok részterületre bomlott, nagyon sok jogosítottja volt a felségjogoknak és ennek megfelelően nagyon sokféle jogalkotó szerv létezett. A jogrend egymás mellé és egymás felé rendelt jogforrásokból tevődött össze, mely káoszban a közös, a királyi és császári, fejedelmi és kánonjog, szokás és szokásjog keveredett egymással. A jogászok elévülhetetlen érdeme volt, hogy ebbe a káoszba rendet vittek az *interpretatio* segítségével.

Az *interpretatio* – ellentétben a szó mai értelmével, mikor is jogértelmezést értünk alatta – egy közvetítő tevékenység volt, amely lehetővé tette a bíró számára, hogy a mindenkor jogesetre a megfelelő jogot alkalmazhassa, vagyis hogy a sok lehetséges jogforrás között a helyeset, az alkalmazandót megtalálhassa.

A kor jogászáinak feladata nem egy mindenre kiterjedő törvény alkalmazása volt, hanem az volt, aki a sok szétforgácsolódott jogforrás közül a megfelelőt megtalálta az adott eset megoldása érdekében. Az ő feladata volt eldönteni, a sok közül melyik jog (jogforrás) élvez elsőséget. A jogrendet így a jogászok alkották meg, tevékenységük tehát jogteremtő jellegű volt (*scientia iuris est interpretatio legum* – a jogtudomány nem más, mint a törvények értelmezése).

A jogegység azáltal teremtmődött meg, hogy a jogász *interpretatio* meghatározott, egységes módszerek alapján játszódtott le, amely módszert Európában mindenütt el lehetett sajátítani a jogi oktatás keretében.⁴⁷

Az *imperium* jogaként átvett római jog fejlődésében több tényezőt ki lehet mutatni, ami a középkori jogtudomány kiemelkedő szerepéhez vezetett. Az áttekinthetetlen és rendszertelen jogászjog (és a Glossa és a kommentátorok jogát ilyennek kell tekintenünk⁴⁸) az által, hogy a *statutum*ok a jogi irodalmat a jogforrások közé emelték

⁴⁶ *Constitutio* 'Deo auctore' (C. 1, 17, 1) és *constitutio* 'Tanta' (C. 1, 17, 2.). Az előbb említett így rendelkezik: „...*omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam praerogativa servanda, quia non omnes in omnia sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur. 6 Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est indicatote, cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare .*” [Valamennyi szerző ugyanolyan tekintélynek kell örvendjen és egyiküket sem szabad a többi elé helyezni, mert nem mindenki tudhat mindent, hanem az egyik vagy másik egyszer ebben, másszor másban találta erősebbnek vagy gyengébbnek. 6 A szerzők többségéből sem szabad a jobb és igazságosabb álláspontra következtetnetek, hiszen egyes esetekben egyetlen, kevésbé ismert szerző véleménye is felülmúlhatja a több és jelentősebb szerzők álláspontját] Vö. C. 1, 17, 1, 5-6.

⁴⁷ Pio Caroni: *i.m.*, 54. o.

⁴⁸ Paul Koschacker: *i.m.*, 93. o.

a közös jog meghatározott területein határozott {121}formát ölthetett. A jogtudomány csaknem kanonizálás erejével rendelkezvén bizonyos értelemben megdőlt - az elméletben mindvégig hangoztatott – „*solus princeps potest condere leges* ” [csak a császár hozhat törvényt] elv.⁴⁹

A XII-XIII. században a glosszátorok, a túlnyomórészt Bolognában és *filii*iban tevékenykedő professzorok, tudományos tanaikkal közvetlenül befolyásolták a joggyakorlatot. A justinianusi kazuisztikus források nem voltak ellentmondás mentesek, és glosszátorok azt tűzték ki feladatuk maguk elé, hogy az ellentmondásos és rendezetlen anyagot rendezzék, és összhangba hozzák és ezáltal a joggyakorlat számára használhatóvá tegyék. A glosszátorok nem csak az egyes szöveghelyek magyarázatára (*glossa*) korlátozták tevékenységüket, hanem fennálló ellentmondások feloldására is törekedtek, s így jogalakító szerepük is volt.⁵⁰ A *glossákat* tekinthetjük az első átfogó dogmatikai megközelítésnek.⁵¹ A glosszátorok sok ezer hallgatója közül a legtöbben ügyvédként, ülnökként, bíróként a gyakorlatban kaptak szerepet. A glosszátorok emellett maguk is *causidicus*ként, ügyvédként és szakértőként tevékenykedtek. Ehhez jött még írásaik hatása. Egyes vélemények szerint ezek közül a *summák*, különösen Azo *Codex-summá*ja, kevés szerepet kaptak, mert tankönyvként csak kevés segítséggel szolgálhattak a bírának a gyakorlati kérdések megoldásához.⁵² Mások azonban a *summa*-tankönyvek gyakorlati jelentőségét hangsúlyozzák⁵³, és kifejtik, hogy a *Corpus iuris*, különösen a *Digesta* sohasem került közvetlenül alkalmazásra a bíróságokon. Szükség volt olyan munkákra, amelyek legalább is általánosságban elkerülhetővé tették a nehezen kezelhető források közvetlen használatát. S ilyen volt Azo *Codex-summá*ja is. Ezen munkának és a hozzáfűzött kiegészítéseknek a tényleges birtoklása egyes városokban előfeltétele volt, annak hogy valakit felvegyenek a *collegium jurisconsultorum* -ba.⁵⁴ Mindenképpen vélelmeznünk kell tehát az ilyen jellegű kéziratok gyakorlati jelentőségét is.⁵⁵ A

⁴⁹ Gottfried Teipel: *i.m.*, 264. o.

⁵⁰ Paul Koschacker: *i.m.*, 67. o. Ezzel szemben Engelmann 176. úgy vélekedik, hogy a glosszátorok nem voltak abban a helyzetben, hogy a jogkönyvek tudományos tanaihoz valami saját tant hozzáfűzzenek.

⁵¹ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 44. o.

⁵² *U.o.*

⁵³ Erich Genzmer: Kritische Studien zur Mediaevistik I. Renaissance der Wissenschaft des römischen Rechts, Rechtskultur und Richterverantwortlichkeit in der Darstellung Woldemar Engelmanns. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung* 61 (1941), 317. o.

⁵⁴ „*Chi non ha Azzo, non vada a Plazzo* ” [Akinék nics Azo a birtokában, annak nincs helye a palotában] szabály érvényesült Veronában, Padovában és Milánóban. Vö. Genzmer 318.

⁵⁵ Az, hogy a tankönyvből való ítélkezés százados hagyomány volt, bizonyítja Windscheid Pandekta-tankönyvének szerepe a közös joggal élő, BGB előtti Németországban, vagy egyes tankönyvek magyarországi népszerűsége a gyakorló jogászok között a 19. században és a múlt század első felében.

tankönyvszerű *summae* megfelelő támpontul szolgálhattak az átlagestekben, de a bonyolultabb ügyek megoldásához már voltak elégségesek. {122}

A sajátos itáliai joggyakorlat viszont általánosan figyelembe vehető támpontokat igényelt. Az itáliai kommunák belső berendezkedése szerint ugyanis a városi közigazgatási szervezet és a bíróságok hivatalnoki helyei csak rövid időre kerültek betöltésre, mégpedig kívülről jövő „vándor”-hivatalnokokkal (*podestà*), akik ilyen állások elnyerése érdekében folyamatosan járták a félszigetet. Egy kívülről jövő jogász tehát kíséretével díjazás ellenében fél vagy egy évre átvette az adott város közigazgatásának és igazságszolgáltatásának irányítását.⁵⁶ Hivatali éve végén megvizsgálták a tevékenységét az ún. szindikátusi eljárás keretében⁵⁷, melynek során vizsgálták, hogy tevékenységüket szabályszerűen végezték-e.⁵⁸ Ezen eljárás során a hivatali év alatt hozott bírói ítéleteket is megvizsgálták akár az egyik szereplő fél kérésére, akár hivatalból is, és a *podestà* hibás döntése miatt magánjogi, mind büntetőjogi felelősséggel személyesen tartozott.⁵⁹ A hibás ítélet miatt alulmaradó félnek lehetősége volt ezen eljárás keretében, hogy a bírót, ha az valóban vétett, a bírósági költségek és a pozitív *interessé*jének, kárainak megtérítésére köteleztesse. Egy marasztalás jelentős személyes következményekkel járhatott a *podestà* későbbi pályafutására nézve, de inkább azért tartottak tőle a vándor-hivatalnokok, mert egy megindított eljárás lehetetlenné tette, hogy egy másik városban közvetlenül alkalmazásba állhassanak. A *statutum*ok már egészen korán kötelezővé tették at., hogy a bírónak egy jogban járatos személytől, vagyis egy professzortól szakvéleményt kell kérnie és azt követnie is kell. Ezáltal a bíró nem hozhatott a szakvéleménnyel, vagyis a *glossákkal* ellentétes döntést. A XIII. században még ritkák, a XIV. századtól azonban meglehetősen gyakoriak voltak azok a *statutum*ok, melyek a bíró illetén kötöttségét fogalmazták meg.⁶⁰ A ítélező személy felelősségre vonhatása ahhoz vezetett, hogy a vándorbírák erősen a *glossákhoz*⁶¹ tartották magukat. Ez azzal magyarázható, hogy egy olyan ítélet, amelynek meghozatalakor a bíró a *glossákhoz* tartotta magát nem vonhatta maga után a felelősségre vonást.⁶² A bírósági szerveknek tehát, akik a XIII. század közepétől a szindikátusi eljárás révén felelősségre vonhatóká váltak, szükségük volt egy megbízható forrásra, amely döntéseik alapjául szolgálhatott, hiszen nem volt mindig lehetőségük {123}arra, hogy egy-egy kétes ügyben szakértői véleményt kérjenek. Ezt az igényt

⁵⁶ Erich Genzmer: *i.m.*, 335. o.

⁵⁷ Koschacker

⁵⁸ A részletekről lásd Woldemar Engelmann: *i.m.*, 514-585.

⁵⁹ Erich Genzmer: *i.m.*, 344. o. és részletesen Engelmann 336. skk.

⁶⁰ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 316. és köv., oldalak igen gazdag bizonyító anyaggal. *Atque ideo in hoc tantum umbram hodie tenemus antiquae iurisprudentum auctoritatis, sed et majorem quoque tenemus ex pluribus Italiae statutis, quibus cavetur, ut iudex causas teneatur judicare ex sapientis i. e. iurisprudentis consilio, quod in nullo etiam licet transgredi.* [És ezért is] *Tractatus Criminalis Tiberio Deciani*, II, Ventii, 1614., XXXI, 9. idézi Gottfried Teipel: *i.m.*, 263. o.

⁶¹ Majd később a *communis opinio*hoz.

⁶² Erich Genzmer: *i.m.*, 339. o.

elégített ki az Accursius (?1185-1263)⁶³ által valamikor 1220 körül elkezdett *glossa*-gyűjtemény, a *Glossa ordinaria*. A jogtanárok ezen generációja ugyanis felismerte, hogy saját gyakorlati, szakértői tevékenységének megkönnyítésére is szüksége van egy ilyen munkára. Ehhez jött még, hogy a glosszátor iskola erre az időszakra elérte módszertani lehetőségeinek a végét: a *Corpus Iuris* t teljes egészében feldolgozták, megismerték és az eddigi módszerekkel már nem lehetett új eredményeket elérni. Az eddigieket azonban kompilálni lehetett és a gyakorlatnak nagy szüksége volt az ilyen kompilációkra, melyek közül a már említett *Glossa ordinaria* kapta a legnagyobb szerepet mind az oktatásban, mind a gyakorlatban, mind a *statutum*-alkotásban.⁶⁴

A gyakorlat egységesítése is igényelte ezt az összeállítást, hiszen a különböző professzorok nem minden városban hozzáférhető írásai nem voltak alkalmasak arra, hogy egységes támpontot nyújtsanak. A *Glossa ordinaria* létrejötté tulajdonképpen történeti szükségszerűség volt, melynek okai a következőkben foglalhatók össze: A joggyakorlat nagyobb jelentőséget tulajdonít az állandóságnak, mint a mindig újabb és újabb probléma megoldások utáni kutatásnak. Az akkori Itáliában nem volt olyan központi bíróság, amely az ítélkezési gyakorlatnak ezt az állandóságot biztosíthatta volna. A döntvényeknek – ha egyáltalán – csak helyi szinten lehetett *praejudicium*-hatást tulajdonítani.

Második tényezőként jelentkezett, hogy a professzorok, a jogtudás tekintélye is olyan nagy (szinte természetfeletti) volt, hogy természetes volt az, hogy a *Glossa* tekintélyére támaszkodtak a bírák. Az Accursius utáni ítélkezési gyakorlatban tevékenykedők és maguk a mégoly tekintélyes jogtanárok sem törekedtek a *Glossa* álláspontjától való elmozdításra. Még akkor is szolgáian a *Glossa* megoldásait fogadták el, ha azt rossznak, nem megfelelőnek tartották.⁶⁵ Egy professzor tehát másként viselkedett szakvélemény-íróként és másként tudományos műveket összeállító professzorként.

Ennek oka a – fentebb említett – podestà-alkotmány, illetve a bírák felelősségre vonásának gyakorlata volt. A felelősségre vonást és ezzel jó hírének csökkenését elkerülendő a *hodie* érvényesülő jogot vette figyelembe,⁶⁶ amelyet azonban csak az accursiusi *Glossa*ban megtestesülő jogtudomány kínálhatott neki. A bíró maga nem volt képes a forrásokat elemezni és ezért azok tudására kellett támaszkodni, akiknek nézeteit általánosan elfogadták. Vagyis meg kellett hajolnia {124} a *Glossa* előtt.⁶⁷ Aki ugyanis a *Glossa*t követte ítélkezése során, számíthatott rá, hogy a szindikátusi eljárás

⁶³ Peter Weimar: Accursius. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert*. München: C.H.Beck, 2001. 18-19. o.

⁶⁴ Erich Genzmer: *i.m.*, 319-320. o.

⁶⁵ Erich Genzmer: *i.m.*, 321. o.

⁶⁶ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 193. skk. Genzmer, 319. skk. Paul Koschacker: *i.m.*, 85. és köv. oldalak Hermann Kantorowicz: *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik I. Die Praxis*. Berlin: Guttentag, 1907 (Utánnnyomás: Berlin: De Gruyter, 1978) 50. és köv. oldalak. Gotthold Bohne: *Die Freiheitsstrafe in den italienischen Stadtrechten*. I. Leipzig: Weicher, 1922. (Utánnnyomás: Leipzig: Zentralantikvariat der DDR, 1970) 160. skk.

⁶⁷ Gottfried Teipel: *i.m.*, 265. o.

során felmentik. A *Glossa* jelentőségének és a *podestà*- és *szindikátusi*-rendszernek a szoros kapcsolatát mutatja, hogy a *Glossa* pl. Franciaországban sohasem élvezett akkora tekintélyt, mint Itáliában.⁶⁸

A *Glossa* egyébként már Accursius életében átlépte Bologna határát és használatba vették máshol is. A későbbiekben pedig az észak-itáliai gyakorlatban olyan erős állásokat szerzett, hogy egyes esetekben kötelező erejű normának tekintették. Természetesen itt egy viszonylag lassú folyamatról volt szó.⁶⁹ Mindenesetre a *Glossa* tekintélyének megszilárdításához a *podestà*-alkotmány járult leginkább hozzá.⁷⁰

A *Glossa ordinaria* – melynek használata meglehetősen magas képzettséget igényelt – elterjedése azonban nem tette szükségtelenné a professzorokat, hiszen a nehezebb esetekben továbbra is szükség volt szakvéleményeikre és a *Glossa* végeredményben nem helyettesíthette magukat a forrásokat. Az oktatásban a professzorok szintén nagy hangsúlyt fektettek a *Glossa* álláspontjainak az elsajátítására, hiszen hallgatóikat a gyakorlat számára képezték. Ez azonban nem jelentett azt, hogy a posztglosszátorok a kétséges, tisztázatlan és hiányos *glossákat* ne tették volna helyre, ne egészítették volna ki sőt ne cáfolták volna. Ami ily módon a *Glossával* való iskolai-tudományos foglalkozás révén kifejlődött, természetesen visszahatott a gyakorlatra. Ezáltal a *Glossa* bár nem volt közvetlen előidézője a tudomány joggyakorlat feletti hegemoniájának, de hozzájárult ezen állapot évszázadokra történő megszilárdításához.⁷¹

Ugyanakkor – ha a római előzményeket szem előtt tartjuk – meg kell állapítanunk, hogy az Accursius előtti glosszátorok munkásságában nem lehet olyan megnyilatkozást találni, ami a *ius respondendi* vel felruházott ókori jogtudósok hatalmával egysorba emelné a középkori jogászokat. Fel sem merült annak lehetősége és igénye az irodalomban, hogy ugyanolyan privilegizált helyzetbe kerüljenek, mint elődeik. A glosszátorok a formális felruházás aktusát kifejezetten történelmi jelenségként értékelték. Ugyanezt az álláspontot képviselte Accursius is⁷², kifejtve, hogy a korabeli jogászok állásfoglalásai csak *sententia probabilis*ként [valószínű állásfoglalásként] értékelhetők és az *interpretatio iuris* körébe sorolhatók (*interpretatio doctorum probabilis et non necessaria* – a tudósok {125} értelmezése valószínű és nem szükségszerű).⁷³ Ezen önkorlátozás magyarázata abban keresendő, hogy a

⁶⁸ Erich Genzmer: *i.m.*, 322. o.

⁶⁹ Hermann Lange: *i.m.*, 373. o.

⁷⁰ Hermann Lange: *i.m.*, 375. o.

⁷¹ Erich Genzmer: *i.m.*, 323. o.

⁷² A *Glossa ordinaria* így nyilatkozik: „*Hodie tamen sententia doctorum est probabilis et non necessaria et legendi seu interpretandi licentia in doctoratu collata, operatur, ut haec possint publice fieri quod alias non liceret.*” [Ma azonban a doktorok állásfoglalás csak valószínű és nem szükségszerű és a doctori címben az előadás és az értelmezés szabadsága foglaltatik benne, elfogadott, hogy ezeket nyilvánosan csinálják, mást azonban nem gyakorolhatnak] Vagyis a jogalkító szerep (*facere leges*), amit az ókori jogászoknál elismer a *Glossa*, nem illeti meg a korabeli jogtudósokat. Idézi Gottfried Teipel: *i.m.*, 259. o.

⁷³ Gottfried Teipel: *i.m.*, 259. o.

glosszátorok elismerték, hogy a jogalkotás és a normák autentikus értelmezésének hatalma egyedül a császár (illetve adott területeken más uralkodók) kezében van. Ténylegesen azonban a középkori jogtudósoknak – a justinianusi források megfelelő felhasználásával – sikerült biztosítaniuk saját beleszólásukat. Az *arcana imperii* ugyan érintetlen maradt, de a jogtudomány fenntartotta magának a jogalakítás lehetőségét, amennyiben a császár (vagy más uralkodó) ezen kötelezettségének nem tett eleget: „*Dominus imperator est consulendus, si tamen praesens sit*” [A császártól akkor kell tanácsot kérni, ha jelen lenne]- mondta kia „*non possunt*”-*Glossa* (a D. 1, 3, 12-höz).

Több bizonyítékunk is van rá ugyanakkor, hogy a gyakorlatban nem volt kifizetődő a *Libri legales* (a justinianusi kodifikáció) forrásszövegeire hivatkozni a *Glossá*val szemben.⁷⁴ Azoknak, akik erre vetemedtek, azt vetették szemükre, hogy azt merik tartani magukról, hogy jobban ismerik a forrásokat, mint Accursius. Raphael Fulgosius (XIV. századi jogtudós) szerint sokan vannak akik a *Glossa* szövegét evangélium számba veszik és azt tartják, hogy a glosszátorokat isten lelke szállta meg.⁷⁵ Bár ismert kijelentése, hogy „inkább álljon melettem a glosszátor, mint a szöveg” (vagyis inkább a *Glossa*, mint a *Corpus Iuris* szövege a mérvadó) nem saját véleményét mutatja, hanem egy általa a Glossához való ragaszkodása miatt megrott ügyvéd kijelentése, jól ábrázolja a gyakorlati jogászok között eluralkodott korszellemet. Ugyanakkor a legjelesebb professzorok nem hagyták a kijátszani a *Glossát* a szöveggel szemben.⁷⁶

A *Glossa* igazságszolgáltatáson belüli sikerének több oka is volt. Elsőként jelölhető meg a benne lévő információk teljessége, megbízhatósága és egy egységes forrásra való visszavezethetősége. Második ok egy központi felsőbbbíróság és a jogbiztonság említett hiánya volt Itáliában. Harmadrészt a normák szokásszerű értelmezéséhez való kötöttség már a *Corpus Iuris* ban is ki lett mondva (D. 1, 3, 23.) Ehhez járult még a középkori jogtudósok azon lelki attitűdje is, mely szerint a *Corpus Iuris* ban egyfajta jogi kinyilatkoztatást láttak és az *argumentum ab auctoritate* sokkal nagyobb súlyt kapott abban a korban, mint manapság.⁷⁷

Bár a eleinte mindenképpen *Glossa* állásfoglalásai testesítették meg az uralkodó tant és ez a későbbiekben is így maradt, nem lényegtelen, hogy a tudomány a *glossák* egy részét mint téveseket elvetette az idők folyamán, és ílymódon egy újabb uralkodó tant alakított ki bizonyos kérdésekben. Az ilyen újításokat a gyakorlat azonban csak húzódkodva követte. Ha azonban az igazságszolgáltatás megmaradt a *Glossa* elveinél, akkor azt a békát a tudománynak le kellett nyelnie. A *Glossa* nyilvánvalóan téves megoldásaihoz való ragaszkodást a tudomány ugyan elméletileg aggályosnak minősítette, de mint szokásjogi erejű {126} értelmezést mégis elfogadta, (D. 1, 3; 23, 37, 38.) és a professzorok szakértőként továbbra a *Glossához* tartották magukat. Ugyanakkor előadásaikban, *disputatiók* alkalmával, elméleti munkáikban saját

⁷⁴ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 195. o.

⁷⁵ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 195. o.

⁷⁶ Hermann Lange: *i.m.*, 374. o.

⁷⁷ Hermann Lange: *i.m.*, 375. o.

megoldásokat részasították előnyben és mint de jure helyesebb, igazabb (*perior*) álláspontot állították szembe a *Glossával*. (A fennebb jelzett ambivalencia ismét jelentkezett tehát.) Nem vethető tehát a korabeli jogtudósok szemére, hogy vakon meghajoltak volna a *Glossa* tekintélye előtt.⁷⁸ Mivel a gyakorlatban a bírások ragaszkodtak a *Glossa* állásfoglalásaihoz és erre kényszerültek az ügyvédek is, és – mint Fulgosius gúnyolódása mutatja – inkább hivatkoztak a *Glossára*, mint az eredeti forrásokra. Így a jogtudósok is, akik tudósként egyes megoldásaiban kritizálták a *Glossa ordinariá*t, *in magnis dubiis* [nagyobb kétség esetén] maguk is azt javasolták a gyakorlat embereinek, hogy a *Glossát* kövessék, sőt később ezt alapelveként is megfogalmazták.⁷⁹ Természetesen a gyakorlatban betöltött szerepe miatt a jogoktatásban is nagy szerepet kapott a *Glossa*. Az egyetemeken előírták a *Glossával* való foglalkozást. És jelentőségét az olasz egyetemeken egészen a XVI. századig megőrizte.

A *Glossa ordinaria* rendkívüli tekintélyét és gyakorlati jelentőségét mutatják azok egyes észak-itáliai városok *statutumai*: Verona helyi előírásai 1450-ben a *Glossának* autoritatív erőt adtak. A város elsődleges jogforrását a *statutumok* és a szokásjog képezték. Ezek hallgatása esetén a római jogot és Accursius *glossáit* kellett figyelembe venni a szakértői véleményeket készítőknél, bár az kétséges, hogy ezzel önálló jogforrásként került-e elismerésre a *Glossa ordinaria*.⁸⁰

A *Glossa ordinaria* által kínált értelmezés állandó figyelembe vétellel ugyanakkor *consuetudo* vá válhatott. Kifejezetten ilyen jellegű elismerésre találunk Milánó 1393. évi *statutumai*ban.⁸¹ Ezentúl számos kiváló poszt-accursiusi jogász tett számtalan tanúságot arról, hogy a *Glossa* általános elismerést kapott az észak-itáliai gyakorlatban. Általános tanácsná vált, hogy a szakvélemények készítőinek célszerű a *Glossa* megállapításaihoz tartaniuk magukat és saját egyedi véleményüket inkább szorítsák háttérbe.⁸² Még Bartolus és Baldus is, a következő korszak legnagyobb tekintélyű jogásza is több esetben kijelentették ezt.⁸³ {127}

⁷⁸ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 204. o. Vö. Erich Genzmer: *i.m.*, 324. o.

⁷⁹ Erich Genzmer: *i.m.*, 324. o.

⁸⁰ „*Et eis deficientibus secundum iura Romana et glosas ordinarias Accursii approbatas per ipsum Accursium* .” [Ennek hiányában a római jog alapján és Accursius *Glossa Ordinariája* lapján, melyet maga Accursius erősített meg.] Idézi Woldemar Engelmann: *i.m.*, 187. o. Lange: *i.m.*, 373. o.

⁸¹ „*Observerntur etiam consuetudines generales, de quibus fit mentio in glossis iuris civilis, et quae hactenus fuerunt observatae* .” [Megtartatnak az általános szokások is, melyekről a civiljog glossáiban történik említés, és melyek ennyiben betartásra kerülnek] Idézi Woldemar Engelmann, *i.m.*, 189. o.

⁸² Woldemar Engelmann 185. és köv. oldalak

⁸³ Baldus consilium III, 236: „*licet multi teneant contrarium et sit quaestio satis difficilis, tamen secundum Jac. But.* (Jacobus Buttrigarius + 1348) *in dubio melius est in consulendo sequi op. gl.* ” [bár sokan ellenkezően vélekednek és a kérdés elég nehéz, mégis J. Buttrigarius szerint a szakvélemény adás során kétség esetén jobb a *Glossa* véleményét elfogadni] Illetve a consilium V, 169.3-ban: „*sed in iudicando non est tutum recedere a gl. or.* ” [de az ítélkezés során nem biztonságos a *Glossa Ordinariától* eltérni] Idézi Hermann Lange: *i.m.*, 374. o.

Dél-Itáliában – ahol a longobárd jog és II. Frigyes törvényhozása bizonyos mértékig határt szabott a *Corpus Iuris* alkalmazásának – azokban kérdésekben, ahol a római jog került figyelembevételre, a *Glossa*nak ugyanolyan tekintélye volt, mint Északon. A XV-XVI. század fordulóján egy nápolyi szerző azt írta, hogy a *Glossa* tekintélye minden más tekintélyt megelőz, ha a *communis opinio doctorum* nincs más nézetén.⁸⁴

A *Glossa* tekintélye természetesen az Alpokon túlra is kisugárzott. A Német Birodalomban a jogoktatásban hasonló szerepet töltött be a *Glossa*, mint Észak-Itáliában, hiszen magyarázatok nélkül a *Corpus Iuris* t sem megtanulni sem alkalmazni nem lehetett. Egészen a XVI. századig így volt ez, mint azt a német humanisták támadása is mutatja, akik a hagyományos jogi oktatást az „*Accursianum Absynthium bibere*” [Accursius abszintjából inni] címszó alatt támadták.⁸⁵

A joggyakorlatban nem volt lehetséges – a német jogterület szétagrozottsága miatt – egységes ítélkezést kialakítani. Amennyiben a *ius commune* érvényesült a *Glossa*nak – hasonlóan az észak-itáliai helyzethez konkurrálva a *communis opinio doctorum* mal⁸⁶ – biztos helye volt a későközépkor német igazságszolgáltatásában, annak ellenére, hogy a német területeken nem volt olyan szigorú a bírák felelőssége. A lassanként kialakuló szakvélemény -rodalomban a *Glossa*t, mint *argumentum ab auctoritate* t használták. Nem véletlen, hogy a jól ismert szólásmondás is valószínűleg németországi redeteű: „*Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*” [Amit nem ismer el a *Glossa*, azt nem ismeri el a bíróság sem]. A mondat következetes alkalmazása például a *Corpus Iuris* nem glosszált részeit kizárta a jogalkalmazásból⁸⁷

A *Glossa ordinaria* a kontinentális Európa valamennyi vidékén jelentős ismeretforrást képezett a középkorban és sok helyen a későbbi századokban is.⁸⁸

A *glossák* jelentősége tehát abban állt, hogy a jogtudomány és a joggyakorlat a későbbi időkben tájékozódási pontként alkalmazta őket, sőt egyes esetekben a bírákat a *glossák* (elsősorban az *accursiusi Glossa ordinaria*) figyelembe vételére kötelezték.⁸⁹ Így a *Glossa* maga is önálló jogmegismerési forrássá vált.⁹⁰ {128}

COMMUNIS OPINIO DOCTORUM

⁸⁴ *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani* . Ab Matthaeo de Afflictis, Antonio Capycio, Thoma Grammatico collectae. Venetiis, 1572. Ebben a kijelentésben azonban már tetten érhető az újabb felfogás, a *communis opinio* előtérbe kerülése. Vö. Hermann Lange: *i.m.*, 375. o.

⁸⁵ Idézi. Stintzing: *Geschichte* 91.o. l.j. 1.

⁸⁶ Lásd alább.

⁸⁷ Ehhez lásd Ernst Landsberg: *Über die Entstehung der Regel „Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum”*, Bonn, 1880.

⁸⁸ Vö. Erich Genzmer: Die Verbreitung der Accursischen Glosse in den einzelnen Gebieten Europas. *Atti del Convegno internazionale di studi Accursiani* . Milano: Giuffrè, 1968. 781-798. o.

⁸⁹ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 176. o. Erich Genzmer: *i.m.*, 276. és köv. oldalak, 322. o.

⁹⁰ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 181. o.

A podestà alkalmazásának szokása az itáliai kommunákban – mint láttuk – a szakvélemény-adási gyakorlat hatalmas arányú megnövekedéséhez vezetett a XIII., és még inkább a XIV. században. Az esedékes döntést nem a bíró és a törvény közötti közvetlen kapcsolat határozta meg, hanem a szakértő jogtudós mintegy közvetítőként jelent meg és szava csaknem minden esetben döntő volt, még akkor is ha téves jogi megfontolásokon alapult álláspontja.⁹¹ A jogászok ilyenén módon kialakult szerepe a jog továbbfejlesztésében a kor sajátossága és szükségszerűsége volt. Az áthagyományozott formákba a jogászok töltöttek az adott időszak igényeinek megfelelő tartalmat, vagyis a százados források felhasználásával egy élő, „modern” jogot teremtettek. Ezen alakító munkák azonban olyannyira összeforrottak a forrásokkal, hogy a későbbi időben egységes joganyagnak, egészen tekintették. A *Corpus iuris* csak annyiban volt hatályos jog, amennyiben a középkori jogtudomány azzá formálta.⁹² A XII. század glosszátorok utáni nemzedéke, az ún. poszt-accursianusok elméleti jogirodalmi munkáikban a természetesen még nagyon erősen figyelembe vették a *Glossa ordinaria* megállapításait, de ez a „jogkövetés” nem volt szolgai. Eltérő bátorsággal ugyan, de egyes szerzők eltérő véleményüknek is hangot adtak olykor-olykor.⁹³ Az eltérő vélemények szaporodtával a XIV. században a *Glossa ordinariá* nak konkurrens kezdett kinőni a jogtudósi iratokból a *communis opinio doctorum* (a tudósok általános véleménye) képében. De Accursius véleménye még ezután sem süllyedt le a többi vélemény szintjére, továbbra is kitüntetett szerepet kapott. A gyakorlatban általában tartotta magát az a Jacobus Buttrigarius által hirdetett nézet, hogy a *Glossa* álláspontjától csak abba az esetben szabad eltérni, ha minden *doctor* ellene van.⁹⁴

A bírának azonban lassan már nem feltétlenül a *Glossa*-ra, hanem a jogtudósok tekintélye által támogatott állásfoglalásokra kellett odafigyelnie.⁹⁵ A XIV. század folyamán a *Glossa*val szembeni új tanok elfogadtatásának eszköze a *communis opinio doctorum* formulája volt, ami a későbbiekben is a jogtudomány kezében hagyta bizonyos mértékig a jogfejlesztést.

A XIII. századtól először a kanonisták között alakult ki a *communis opinio* jogi elmélete. A jogi tanok egységességének igényéből kiindulva felállították a kanonisták a követelményt, hogy azokban az esetekben, amikor meghatározott vitás kérdésekben a jogtudósok véleménye nem egyeztethető össze, akkor az *opinio communis*-t (vagyis – itteni értelme szerint – az általános vagy szokásos {129}véleményt) kell követni.⁹⁶ Legkiválóbb képviselőik Hostiensis (?1200-1271)⁹⁷,

⁹¹ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 323. o..

⁹² Gottfried Teipel: *i.m.*, 266. o.

⁹³ Bizonyítékok erre Woldemar Engelmann: *i.m.*, 197. o.

⁹⁴ Hermann Lange: *i.m.*, 376. o.

⁹⁵ Gottfried Teipel: *i.m.*, 266. o.

⁹⁶ Emilio Bussi: *Intorno al concetto di diritto comune*. Milano: Università Cattolica del Sacro Cuore, 1935. 36 és köv. oldalak

⁹⁷ Jörg Müller: Hostiensis (Henricus de Segusio). in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert*. München: C.H.Beck, 2001. 302-303. o.

J. Andreae (?1270-1348)⁹⁸ már arról beszéltek, hogy a *communis opinio* től csak abban az esetben lehet eltérni, ha az nyilvánvalóan hibás vagy *rationes probabiles* alapján cáfolható.⁹⁹

A legistáknak kezdetekben, az Accursius utáni időkben, még nem állt rendelkezésére olyan gyakorlatban alkalmazható és megbízható szöveg, ami az újonnan elismerésre jutott állásfoglalásokat, nézeteket összefoglalta volna, mint amilyen korábban a *Glossa ordinaria* volt. A legtöbb kérdésben az uralkodó nézetek csak a nagy perugiai jogtanárok tevékenységének köszönhetően kezdtek manifesztálódni, felismerhetővé válni. Baldus (1327-1400),¹⁰⁰ Angelus (1328-1404), Paulus de Castro (1360/62-1441) és mások kommentárjai – melyek mindig Bartolust (1313/14-1357)¹⁰¹ vették kiindulópontnak – voltak azok a munkák, melyek egy *communis opinio* kialakulásához elvezethettek.¹⁰² Az ő korukban az uralkodó irodalmi forma a kommentár volt, melyet a *Corpus Iuris* egyes részeihez írtak a jogtudós profeszorok. Ezek – az egész jogtudományi korszaknak, a kommentátorok időszakának nevet adó – munkák már nem pusztán az egyes helyek magyarázatára törekedtek, hanem egyes intézmények összefoglaló elemzését is adták, az adott titulushoz kapcsolódva. Ezen irodalmat gazdag kazuisztika jellemezte, ami fontos a kommentátorok gyakorlatra kifejtett hatása tekintetében. Munkájuk során a helyi forrásokat is figyelembe vették. A kor jogtudósainak összhangba kellett hozniuk a helyi *statutum*-jogot és szokásjogot a *Corpus Iuris* joganyagával és ebből a joganyagból megoldást kínálni gyakorlati jogkérdésekre, hiszen az ő feladatuk volt az idegen származású bíró felvilágosítása a helyi jogról.¹⁰³ Bartolus kommentárja, amely a legteljesebbnek és legértelmesebbnek tekinthető valamint Baldus művei továbbfejlesztettek és megújítottak bizonyos korábbi tanokat. Ezek a munkák rendkívül elterjedtek voltak és 1400-tól kezdve jelentős mértékben a gyakorlatban is alkalmazásra kerültek. A kor egyik jellemző vonása volt, hogy a *Corpus Iuris* szövege némiképp háttérbe szorult az azt értelmező szövegekkel szemben. Minél szabadabb volt a *Corpus Iuris* értelmezése a gyakorlati jogélet igényei miatt, annál inkább nőtt a jogászok értelmező **{130}** íratainak a jelentősége illetve a jogászok tekintélye. Így a *doctorok* véleményei egyre inkább megelőzték a *Corpus Iuris* döntéseit.¹⁰⁴ A jogtanárok önmeghatározása szerint ők a jog szakavatott tanúi (*testes iuris*) és – gyakorlati tapasztalataikra alapozva maguknak vindikálták – szakvéleményeiken, *consilium* aikon keresztül – a joggyakorlat elméleti irányítását. Ez megfelelt a *Corpus Iuris* ból

⁹⁸ Peter Landau: Johannes Andreae. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert* . München: C.H.Beck, 2001. 337-339. o.

⁹⁹ Erich Genzmer: *i.m.*, 326. o.

¹⁰⁰ Peter Weimar: Baldus de Ubaldis. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert* . München: C.H.Beck, 2001. 58-59. o.

¹⁰¹ Peter Weimar: Bartolus de Saxoferrato. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert* . München: C.H.Beck, 2001. 67-68. o.

¹⁰² Erich Genzmer: *i.m.*, 326. o.

¹⁰³ Paul Koschaker: *i.m.*, 88. o.

¹⁰⁴ Paul Koschaker: *i.m.*, 91. o.

kiolvasható felfogásnak, amely a joggyakorlatot befolyásoló és segítő jogtudományt tekintette a jogtovábbképzés eszközének. (D. 1,1,7; 1,2,2,5 és 23 és 13)¹⁰⁵

A kommentátorok korában keletkezett a *communis opinio* (kezdetben *communis opinio doctorum*) fogalma.¹⁰⁶ Ez a jogegységesítésen keresztül elérhető jogbiztonság utáni vágyból táplálkozott egy olyan korszakban, mikor a törvényhozás szervei ezt az igényt nem tudták kielégíteni. Az itáliai politikai helyzet kizárta egy központi bíróság létét és ezzel a *praejudicium* ok kilakulását is, amely más jogrendszereknél nagymértékben hozzájárultak a jogbiztonság megteremtéséhez.¹⁰⁷ Ezért a jogtudomány feladata volt a szükséges jogegységesítés megvalósítása – az adott kérdésekben – általánosan elfogadott álláspont (*communis opinio*) kialakításával.

A XIV. századtól a *communis opinio* fogalmát tehát a világi jog tudósai, a kommentátorok is átvették, de eleinte körükben csak behatárolt jelentőséget kapott. Bartolusnál példának okáért pusztán az a szerepe a *communis opinio* nak, hogy a hibásan ítélező bíró gondatlanságát és ezáltal személyes felelősségét megalapozza. Véleménye szerint ugyanis felelősséggel tartozik a bíró, ha egy adott ügyben a többféle jogi vélemény közül tudatlansága miatt a hibásat választja, amennyiben a helyes álláspont mindenki által (*communiter*) elfogadott és követett.¹⁰⁸ Ellenkezőleg felmentést kapott a hibásan döntő bíró, ha két hasonló erejű vélemény közül választotta a rosszat, ha a választott álláspont is – legalábbis részben – *communis opinio* nak minősült. Ezek szerint tehát aki a *communis opinio* tól eltér, személyesen viseli a választott állásfoglalás helyességének a kockázatát. Aki azonban a *communis opinio*-t követte az mentesült ettől a kockázattól. {131}

A *communis opinio* megállapítása előbb a joggyakorlatban történt meg és megelőzte az előadásokat. A *communis opinio* mérvadósága tekintetében különböztetnünk kell a joggyakorlat és az oktatás/tudomány területei között.¹⁰⁹

A tudomány területén ugyanis a *communis opinio* megfelelő, meggyőző érvekkel megdönthető, cáfolható volt. Ezzel szemben a gyakorlatban egy új felfogás csak lassan került elfogadásra, abban az esetben, ha a szakértői vélemények a felfogást a magukévá tették.¹¹⁰

¹⁰⁵ Erich Genzmer: *i.m.*, 325. o.

¹⁰⁶ Paul Koschaker: *i.m.*, 92. o. Woldemar Engelmann: *i.m.*, 212. o. 215 és köv. o. Erich Genzmer: *i.m.*, 326. o.

¹⁰⁷ Paul Koschaker: *i.m.*, 92. o.

¹⁰⁸ „... *Quandoque erravit in eo in que fuerunt opiniones quod eligit malam opinionem et tunc quandoque inter omnes opiniones est una quae ab omnibus communiter approbatur, et communiter observatur, et tunc si elegit aliam opinionem non bonam punietur eodem modo quo dictum* .” [Valahányszor téved olyan ügyben ahol léteznek vélemények azáltal, hogy a rossz véleményt választja ki és mivel a vélemények között van egy olyan amelyet mindenki általánosan elfogad és általánosan követ, és ha ebben az esetben egy másik, nem helyes véleményt választ, olyan módon büntetik, mint az mondva volt] Bartolus de Saxoferrato: *In secundam Codicis partem commentaria*. Augustae Taurinorum, 1574. ad. C. 7. 49.2. Idézi Althaus: *i.m.*, 55. o.

¹⁰⁹ Erich Genzmer: *i.m.*, 326. o.

¹¹⁰ Erich Genzmer: *i.m.*, 326. o.

Ami a joggyakorlatot illeti Itáliában a jogtudók által adott szakvéleményeknek – mint láttuk – a podesta-alkotmány miatt rendkívül nagy szerepe volt. Az egyházi bíraskodásban, az egyházi területek világi bíraskodásában jóval kisebb jelentősége volt a szakvélemények kikérésének.¹¹¹ Különböztetni lehet a felek számára készült szakvélemények és a bíró által kért szakvélemények között,¹¹² de témánk szempontjából a bíróság számára készült állásfoglalásoknak (*consilium iudiciale*) volt szerepük.¹¹³ A *statutum*ok is a pártatlan, bíróság által megrendelt véleményekről rendelkeztek. A szakvéleménynek az volt a szerepe, hogy meggyőzzék a bírót, hogy melyik döntés jogszerű, anélkül azonban, hogy a vélemény készítőjének személyes elméletei, véleménye abban megjelenjen.¹¹⁴ A bírák egyébként sokszor kerültek olyan helyzetbe, hogy egy számukra ismeretlen helyi jogot kellett alkalmazniuk. Ennek során helybéli szakértő jogtudósok segítségét kérték ki szakvélemények formájában, de ezek is a *communis opinio* ra támaszkodtak, egyrészt azért, hogy a bírót, megbízójukat megóvják a felősségre vonástól, másrészt azért mert maguk a szakértők is a szigorú szindikátusi eljárás alá vonhatók voltak.¹¹⁵ Az, hogy mi is az adott kérdésben az általánosan elfogadott álláspont, általában a szakvéleményekben került megállapításra.¹¹⁶

Az fent idézett Bartolus-szöveghelyet a bíró felelősségéről –eredeti értelmétől eltérőleg – a közös jogi hagyomány úgy értelmezte, hogy a *communis opinio* tól való eltérés alapvetően kiváltja a bíró felelősségét, mivel a *communis opinio* által támogatott nézet a helyes.¹¹⁷ Ugyanakkor a *communis opinio* figyelembe vétele és követésének bizonyítása minden esetben kimentésül szolgálhatott a felelősségre vonási eljárásban.¹¹⁸

A bírósági szakvéleményeknek nagy szerepe volt a – XV. századig még fejlődőben lévő – tudományos tanok gyakorlati alkalmazásba vételében {132} és ezáltal az igazságszolgáltatás igazságosságának és szakszerűségének növelésében. Ugyanakkor a jogtanárok szakértő tevékenysége oktató munkájukat is megtermékenyítette, hiszen a professzorok szembesültek a gyakorlat problémáival és ez arra ösztönözte őket, hogy előadásaikban elmélyülten foglalkozzanak a gyakorlatban felmerült legfontosabb kérdésekkel. Ennek során, (mint arra már többször utaltunk) a saját vélemény és a gyakorlatban képviselhető nézet között gyakran eltérés volt. A

¹¹¹ Erich Genzmer: *i.m.*, 330. o.

¹¹² Erre Eduard Maurits Meijers: *Responsa Doctorum Tholosanorum XLIII.* Haarlem: Tjeenk Willink, 1938.

¹¹³ Ezek szerepét hangsúlyozza kiemelten Luigi Lombardi: *i.m.*, 126. és köv. oldalak

¹¹⁴ Erich Genzmer: *i.m.*, 331. o.

¹¹⁵ A szakértői gyakorlatról lásd Woldemar Engemann: *i.m.*, 242. és köv. o.

¹¹⁶ Woldemar Engemann: *i.m.*, 217. o.

¹¹⁷ Stefan Althaus: *Die Konstruktion der herrschenden Meinung in der juristischen Kommunikation*. Inaugural-Dissertation. München, 1994. 55. o. l. 5.

¹¹⁸ Woldemar Engemann: *i.m.*, 395. o.

*statutum*ok partikularizmusával szemben a közös jog uralkodó tanainak ilyenén elterjedése hozzájárult a közös jog (*ius commune*) egységes fejlődéséhez is Itáliában.¹¹⁹ A kommentátorok ugyanis hamarosan meghaladták Bartolus nézetét és *communis opinio*t a gyakorlat számára kötelezően követendőnek értelmezték: „*a communis opinione non est recedendum in iudicando vel consulendo*”¹²⁰ – fogalmazza ezt meg a sokszor fellelhető *locus communis*. Ezáltal a *communis opinio* t gyakorlatilag kötelező erővel ruházták fel. Ez a kötelező erő konkrét történelmi és politikai okokra vezethető vissza, melynek alapját a podesta-alkotmány képezte.¹²¹

A gyakorlat számára a *communis opinio* olyan meg nem cáfolt jogi bizonyossággá vált a XV. századra, melynek figyelmen kívül hagyása szükségszerűen marasztaláshoz vezetett a szindikátusi eljárásban. Csak igen meggyőző érvekkel vehette rá a szakvélemény készítője az adott ügy bíróját, hogy a *communis opinio* val ellenkező döntést hozzon. A tanárok a szakvéleményekben nem erőszakolták saját nézeteik figyelembe vételét, ha azok nem voltak elég meggyőzőek az uralkodó nézet megcáfolhatatlan elvetésére. Véleményeltérések esetén a bíró és a szakértő a *magis communis opinio* t kellett kövesse, és ezzel kapcsolatban több tanár és szakértő hangsúlyozta, hogy a véleményeket nem számolni, hanem súlyozni kell. Ilyen esetekben a gyakorlatnak még inkább szüksége volt a tudományos igénnyel megfogalmazott szakvéleményekre.¹²²

A tekintélyes bíróságoknál (pl. pápai *Rota Romana*) megfigyelhető volt bizonyos ellenhatás, mely szerint nem ismerték el minden további nélkül a *communis opinio* kötelező erejét, ugyanis kimondták a *communis opinio* felülvizsgálhatóságának lehetőségét: az általánosan elfogadott véleménynek *optima ratione munita* [a legjobb ésszerűséggel megerősítettnek] kellett lennie, ahhoz, hogy figyelembe vegyék. De ezt – a bíróságok közül – csak a *Rota Romana* engedhette meg magának.¹²³

Bár egyes szerzők is – így Jason de Mayno (1435-1519) Philippus Decius (1454-1535) és mások – szakvéleményei hangsúlyozták, hogy nem kell a *communis opinio*t követni, *quando opinio contra communem fundata sit melioribus* {133} *rationibus*.¹²⁴ Ezt megfelelt annak az elméleti alapszabálynak, hogy *argumentum a veritate vincit argumentum ab auctoritate*.¹²⁵

A gyakorlat azonban általában az általános vélemény tekintélyéhez tartotta magát, kétséges esetekben Bartolust és Baldust követte, mivel ez kényelmesebb volt és biztosítékot adott a felelősségre vonással szemben. Ezt a kritikátlan, fejlődést

¹¹⁹ Erich Genzmer: *i.m.*, 330. és köv. o.

¹²⁰ [az ítélkezésben és jogi szakvélemények adása során nem szabad eltérni az általános véleménytől] Vö. Woldemar Engelmann: *i.m.*, 208 és köv. oldalak Változata: „*in iudicando et consulendo ab opinione non (minime) recedendum est*” Vö. Paul Koschaker: *i.m.*, 92. o.

¹²¹ Paul Koschaker: *i.m.*, 60. o.

¹²² Erich Genzmer: *i.m.*, 326. o.

¹²³ Paul Koschaker: *i.m.*, 92. o.

¹²⁴ [midőn a communis opinioval szemben jobb észérvek szólnak]

¹²⁵ [az igazságon alapuló érv győz a tekintélyi érv felett] Vö. Erich Genzmer: *i.m.*, 327. o.

akadályozó tekintély-kultuszt az oktatás és a szakvélemények bizonyos mértékben egy ideig lazítani tudták.¹²⁶

A XV-XVI. századi források több esetben a *communis opinio* szokásjogi erejéről szóltak. Az ezekből kiolvasható álláspont szerint a *communis opinio doctorum* a joggyakorlatban való alkalmazása által szokásjogi elismerést nyert, amennyiben a szokásjogi jogképződés feltételei fennálltak, mindaddig amíg egy új *communis opinio* ki nem alakult, és a gyakorlatban elfogadást nem nyert.¹²⁷ Az elmélet arra vezethető vissza, hogy Baldus egy kánonjogásznak, Joannes Andreae-nak tulajdonított egy ilyen értelmű megállapítást,¹²⁸ ami aztán a XVI. században többen felkaptak és odáig fejlesztettek, hogy egy a *communis opinio* val ellenkező ítélet egyenesen semmisnek tekintendő.¹²⁹

A *communis opinio* t szokásjogi erővel felruházó felfogást azonban ritkán lehetett teljes mértékben érvényesíteni, hiszen egy általánosan elfogadott nézet kötelező erejét mindig áttörhették kivételek. Már a kanonisták is elfogadták, hogy a *communis opinio* t ésszerű ellenérvekkel meg lehet cáfolni¹³⁰, és ezt az elvet a legisták is átvették. Szigorú értelemben vett szokásjogi érvényesülésről – a ma uralkodó nézet szerint – nem lehet beszélni.¹³¹ Vannak azonban vélemények, melyek szerint a *communis opinio* ebben az időszakban tulajdonképpen jogforrás jelleggel bírt.¹³²

Elfogadottá vált azonban az a felfogás, hogy a *communis opinio* mellett vélelem szól: kétség esetén a *communis opinio* által támogatott nézet „igazabb” (*verior*) és a bírácoknak alapvetően követniük kell azt.¹³³ Ha a bíró a *communis opinio* ellenére {134} ítélezett, a fenn említett vélelem miatt bizonyítania kellett, hogy a *communis opinio*, amelytől ő eltért, nyilvánvalóan hibás.¹³⁴ Ennek bizonyítása természetesen

¹²⁶ Erich Genzmer: *i.m.*, 327. o.

¹²⁷ Erich Genzmer: *i.m.*, 325. o. Woldemar Engelmann: *i.m.*, 212.

¹²⁸ „Dicit Io. An. quod in diversitate opinionum debemus sequi communem, quia opinio communis habet vim consuetudinis.” [Johannes Andreae mondja, hogy a vélemények eltérése esetén az általánosan elfogadottat kell követnünk, mert a communis opinio a szokásjog erejével bír] Idézi Engelmann, 213. Ezen kijelentését félremagyarázva a későbbiekben Baldust is ezen felfogás elfogadjának tekintették. Vö. Stefan Althaus: *i.m.*, 56.

¹²⁹ Többen nyilatkoznak azonban ezen felfogás ellen is. Stefan Althaus: *i.m.*, 56. o.

¹³⁰ Johannes Andreae. Idézi Woldemar Engelmann: *i.m.*, 225. o.

¹³¹ Vö. Woldemar Engelmann: *i.m.*, 212. o.

¹³² Gero Dolezalek: Herrschende Lehre (communis opinio). in Adalbert Erler, Ekkehard Kaufmann (hg.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* . I. München: Schmidt, 1971. 113-116. h.

¹³³ „Et istud facit pro communi opinione quae in dubio praesumitur verior ex quo est a pluribus approbata et propterea in iudicando indices non debent ab ea discedere .” [És így azt teszik meg általános véleménnyé, amit kétség esetén igazabbnak vélnek azáltal, hogy többen megerősítik és ezért az ítékezés során a bírác attól nem kell, hogy eltérjenek] Andreas Alciatus: *De praesumptionibus* . Venetiis, 1551. Praes. 51. No. 2. 136. o.

¹³⁴ A 16. századi Coratius ezt így fogalmazza meg: „... ita ut opus sit, Iudicem sustinere et defendere que rationes, quibus ipse ad pronunciandum contra communem motus fuit, sint adeo efficaces et urgentes, ut per eas licitum fuerit a communi recedere, alias in sindicatu damneretur .” [Így cselekedvén a bírónak ki kell

nehéz volt. A bíró *communis opinio* tól való eltérésének ódiumát egy másik vélelemként is megfogalmazták, midőn a ebben az esetben a bíró hiányos tudását, hozzá nem értését (*imperitia*) vélelmezték.¹³⁵ A korabeli felfogás szerint a bírót, aki eltért ítéletében az általános véleménytől, – visszautalva a római jogból ismert *quasi-delictum*ra – úgy tekintették, mint aki, saját érdekében dönt (*litem suam facit*). Ilyen módon érthető, hogy a bizonyos időre kinevezett bírónál gyakorlatilag lehetetlen volt egy olyan ítéletet elérni, ami a *communis opinio* val ellentétes volt, hiszen a felelősségre vonási eljárásban a bírónak alig volt esélye bizonyítani saját álláspontja helyességét.

A bírák felelősségével kapcsolatban érdekesen jelentkezik a tanár tanítvány közötti viszony. Ha a bíró a *Glossa* tanaival vagy a *communis opinio* val szembehelyezkedett ítéletével és ezt nem tudta meggyőzően megokolni, akkor hozzánemértés miatt (*imperitia*) felelősségre vonták és marasztalták. Panormitanus (1386-1445)¹³⁶ azonban felmenti azt a bírót, aki az volt tanára eltérő véleményét követte: *quia ut discipulus probabiliter secutus est opinionem doctoris sui*.¹³⁷ Igaz megjelenik egy megszorítás is: *dummodo ille doctor non sit solitus tenere opiniones insolitas*.¹³⁸

A *communis opinio* teljesen más jelentőséggel bírt a jogtudományban. A tudományos nézeteltérések során a *communis opinio* t egy meggyőző érveléssel meg lehetett cáfolni (*argumentum a veritate vincit argumentum ab auctoritate*).¹³⁹ A tudományban a *communis opinio*nak ki kellett állni a mindenkor kritikai felülvizsgálat próbáját.¹⁴⁰ Új tudományos felfogások alakulhattak ki idővel egyes kérdésekben. Viszont egy új, a tudományban kialakult álláspont csak viszonylag lassan nyert teret a gyakorlatban. A jogtudósok az általuk készített szakvéleményekben a {135} *communis opinio* hoz ragaszkodtak, azért, hogy a bírót, aki véleményüket kikérte, ne veszélyeztessék.¹⁴¹ Az egyetemeken is elsősorban a *communis opinio* t oktatták, hiszen a fiatalokat a gyakorlati jogáspályákra kellett a tanároknak előkészíteniük.¹⁴² A XV. század közepétől azonban a jogtanárok a gyakorlathoz hasonlóan az oktatásban is

nyilvánítania és meg kell védeínie azokat a okokat, amelyektől mozgatva az ítékezés során a az általánosan elfogadottól eltért, s ezek olyan hathatóságok és szükségeszerűek kell legyenek, hogy indokolják az eltérést, másként szindikátusi eljárásban vonják felelősségre] Antonius Maria Coratius: *Tractatus de communii. i. doctorum opinione*, Venetiis, 1572. 161.

¹³⁵ „Immo praesumitur per imperitiam judicare ille, qui inhaeret singulari opinioni relicta communi sententia sec. Baldum.” [Baldus nyomán igenis vélelmezzük, hogy hozzá nem értéssel ítélik az, aki ragaszkodik az egyéni véleményhez, szemben az általánosan elfogadott állásponttal] Idézi Woldemar Engemann: *i.m.*, 224-25. több más hasonló értelmű figyelmeztetés mellett.

¹³⁶ Peter Landau: Nikolaus de Tudeschis. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert*. München: C.H.Beck, 2001. 470-471. o.

¹³⁷ [mert a tanítvány dicséretesebben követi tanárának véleményét]

¹³⁸ [csak hogy a doktornak ne legyen szokása szokatlan véleményeket hangoztatni] Vö. Erich Genzmer: *i.m.*, 339. és köv. o.

¹³⁹ Erich Genzmer: *i.m.*, 326. o.

¹⁴⁰ Paul Koschacker: *i.m.*, 92. o.

¹⁴¹ Erich Genzmer: *i.m.*, 331. o. Woldemar Engemann: *i.m.*, 337. o.

¹⁴² Woldemar Engemann: *i.m.*, 338. o.

elhagyták tehát saját, új gondolataik ismertetését és a gyakorlati fontosság miatt pusztán neves tekintélyek nézeteinek visszaadására és az uralkodó nézetek megállapítására, kiemelésre törekedtek anélkül, hogy saját új gondolatok megfogalmazására törekedtek volna. Elhanyagolták előadásait, mert a szakértői tevékenység kifizetődőbb volt és pusztán „bartolistákat” képeztek önállóan gondolkodni tudó, egyéni kritikára képes jogászok helyett.¹⁴³

Szemben elődeikkel, a glosszátorokkal, akommentátorok már megkísérelték a jogtudósi vélemények kötelező erejét az ókori *iuris respondendi* re visszavezetni.¹⁴⁴ Bár az ókori császári privilégium és a bírák statutumok által előírt jogi tanokhoz kötöttsége között minőségi eltérés van ebben az esetben már joggal állíthatók analógiába a *iuris respondendi* vel felruházott római jogtudósok és a későközépkori középkori jogászok.¹⁴⁵

Ennek ellenére a kommentátorok is elismerték, hogy a jogalkotás és az autentikus értelmezés joga egyedül a császárt illeti meg: „*Hodie omnis potestas imperii est abdita ab eis*” [Ma minden hatalom meg van tagadva tőlük], vagyis a korabeli jogtudósoktól.¹⁴⁶ Bartolus – magyarázandó a korabeli jogtudósok alulértékelt szerepét – különböztetett a *iurisconsultus* és a *simplex doctor* fogalma között. A *iurisconsultus* (akiket a legjelentősebb ókori szerzőkkel azonosít) rendelkezik az *interpretatio necessaria* és a *potestas condendi legem* lehetőségével, míg a másik véleménye csak az *interpretatio probabilis*-nak tekinthető és mindig is magánjellegű marad. Ha ez utóbbit követték a gyakorlatban az nem azért történt mert a közös jogi felfogás szerint kötelező erejű kijelentéseknek tekintették őket, hanem azért, mert a gyakorlatban az egyetlen lehetőségét kínálták a *Corpus Iuris* érthető alkalmazásának.¹⁴⁷ A *communis opinio* esetleges szokásjogi elismertsége ellenére a jogászok véleménye továbbra is magánvéleménynek volt tekintendő, {136} mivel – ellentétben ókori elődeikkel – nem állt mögöttük a császár tekintélye.¹⁴⁸

Egyébként a *communis opinio* tartalmának megállapítása nagyon problematikus vállalkozás volt elsősorban azért, mert a *communis opinio doctorum* fogalma maga is tisztázatlan volt. Eredetileg a szókapcsolat egy a nép körében elfogadott szokásos véleményt illetve általános közvéleményt jelentette. Már a kezdetekben sem azt jelentett ez a fogalom, hogy az adott álláspont a jogtudományban

¹⁴³ Erich Genzmer: *i.m.*, 327. o.

¹⁴⁴ Ezt igazolja az következő idézet is: „*Atque ideo in hoc tantum umbram hodie tenemus antiquae iurisprudentum auctoritatis, sed et maiorem quoque tenemus ex pluribus Italiae statutis, quibus cavetur, ut iudex causas teneatur judicare ex sapientis i. e. iurisprudentis consilio, quod in nullo etiam licet transgredi.*” [És ezért ma csak a régi jogtudósok tekintélyének az árnyékával rendelkezünk, és nagyobbra több itáliai statutumból eredően tartjuk fenn ezt, amelyek elrendelik, hogy a bíró az ügyet a bölcssek, vagyis a jogtudósok tanácsai alapján köteles eldönteni, és amitől semmikor sem szabad eltérni.] *Tractatus Criminalis Tiberio Deciani*, II, Ventius, 1614., XXXI, 9. idézi Gottfried Teipel: *i.m.*, 263. o.

¹⁴⁵ Gottfried Teipel: *i.m.*, 267. o. Paul Koschaker: *i.m.*, 96. o.

¹⁴⁶ Gottfried Teipel: *i.m.*, 261. o.

¹⁴⁷ Paul Koschaker: *i.m.*, 93. o.

¹⁴⁸ Paul Koschaker: *i.m.*, 94. o.

ellentmondásmentes lenne, hiszen éppen akkor beszélhetünk csak egy elfogadott véleményről, ha bizonyos kérdésben felfogásbeli különbségek jelentkeznek. Úgy tűnik, hogy eredetileg a kanonistáknál valamint Bartolusnál és Baldusnál *communis opinio* alatt azt értették, amit a jogtudósok nagy többsége elimert és amit a gyakorlat is, mint követett tant elfogadta.¹⁴⁹ Csak idő multával, valamikor a XV. század második felében változott a fogalom olyan értelemben, hogy ekkortól már egy nagyobb számú tekintélyes jogtudós egybehangzó véleménye is elegendő volt a *communis opinio* megállapításához. Ebben az értelemben az egyéb, más egyéni véleményekkel került szembeállításra.¹⁵⁰

Végül fogalmilag azt is elfogadták, hogy egy adott kérdésben egyszerre két *communes opinioniones* léteznek, két szokásos álláspont értelmében. Ez reakció volt arra, hogy a jogtudók gyakran két különböző felfogást is *communis opinio*ként jelöltek meg. Ebben az esetben több jogász véleménye szerint a két elterjedt felfogás közül egy „*magis communis opinio*” megállapítására kell sor kerüljön.¹⁵¹ A *magis communis opinio* természetesen megelőzi az „egyszerű” *communis opinio* t.¹⁵²

A doktrinális kérdések egyik középpontjában az a probléma állt, hogy ugyanaz a jogász szakvéleményében (*in consulendo*) másként vélekedett, mint tanárként (*in legendo*) (*varietas unius doctoris*): a probléma feloldásaként a XIV. és XV. századi tudósok általában a *consulere* tevékenység elsődlegessége mellett foglaltak állást, mégpedig a nagyobb felelősség, a nagyobb átgondoltság és a *consilium* nyilvánossága miatt.¹⁵³ Minden további nélkül számításba vették, hogy az egyetemi előadás pedagógiai okokból egyszerűsítő, túlzó és sietős, ugyanakkor megbízhatatlanabb és könnyelműbb is. Ugyanakkor persze egyes szerzők természetesen a realitásokból táplálkozva az szakvélemények értékelésével szemben azt hozzák fel, hogy hogy a vélemény adókat az *affectio et cupiditas luri* [a haszonlesés] hajtja.¹⁵⁴

Az általános álláspont vizsgálatánál elsősorban a jogtudósok írásban publikált vagy írásbeli munkában kimutatható véleményei jöhetnek szóba. Jogtudós alatt elsősorban a jogtanárokat illetve más jogtudó írókat értettek, és a *doctores* {137} *scribentes* megjelöléssel illették őket. A vélemények kommentárokból, írásban kidolgozott, vagy lejegyzett előadásokban, kézikönyvekben, feljegyzett nyilvános *disputatio* kban illetve írásbeli szakvéleményekben jelenhettek meg. Elsősorban az Accursius utáni XIII. és XIV. századi jelentős jogtudósok illetve tanítványaik saját munkáit vagy máshol idézett véleményeit vették figyelembe.¹⁵⁵

Különös jelentősége volt annak, ha a tekintélyes szerzők egy bizonyos jogkérdésben azonos nézetet vallottak, amikor is egy *auctoritas probabilis* t [valószínű tekintély]

¹⁴⁹ Stefan Althaus: *i.m.*, 59. o.

¹⁵⁰ A fogalom fejlődésére lásd Woldemar Engelmann: *i.m.*, 215. és köv. oldalak

¹⁵¹ Stefan Althaus: *i.m.*, 59. o.

¹⁵² Duck. 1.8.10. 130.sk.

¹⁵³ Luigi Lombardi: *i.m.*, 149. és a köv. o.

¹⁵⁴ Luigi Lombardi: *i.m.*, 154. o.

¹⁵⁵ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 215. o

tulajdonítottak ennek az álláspontnak.¹⁵⁶ Bár alapvetően minden szerző véleményét figyelembe vették, mégis inkább súlyozták a véleményeket, mint számolták volna. Kiemelkedő szerepet kapott a két legjelentősebb kommentátor Bartolus és Baldus.¹⁵⁷

A humanizmus által megérintett jogászok a XVI. században természetesen kritizálták korábbi a jogászok tekintélytisztelőtét. Az ókori források újraértékelését célul kitűző humanisták nem fogadták el, nem fogadhatták el minden további nélkül a *communis opinio* elméletét. Elsősorban Ulrich Zasius (1461-1535) német humanista jogász volt az, akinél gyakran találunk kritikai megjegyzéseket. Kijelentett, hogy egy ellenérvet sem fogad el pusztán a szerző tekintélye miatt és az állítólag uralkodó felfogások milliárdjai bizonyultak már hamisnak¹⁵⁸ Ugyanakkor ő is követi a *communis opinio*-t, ha azokat vagy szövegek igazolják, vagy egyetlen szöveg sem cáfolja illetve nem ellenkezik a *ratio iuris*-sal.¹⁵⁹ Ezzel tulajdonképpen alapjában ő is elfogadta a hagyományos felfogást, amely – a törvény vagy alapos okok miatt – nem cáfolta *communis opinio* helyességének vélelmét hirdette.¹⁶⁰

Zasius csak a *Corpus Iuris*ből vett érveket fogadta el és nem sok jelentőséget tulajdonított az *authoritas doctorum* nak. Accursius, Bartolus, Baldus és Angelus véleményét – annak ellenére, hogy tisztelte tudásukat – nem tartotta nagyobbra, mint bármely más jogtudósét, aki tudását véleménye megalapozottságával bizonyította. Sokszor a korra jellemző szabadszájúsággal lépett fel a *Glossa* és a *doctores* (*Accursiana factio*- accursiusi párt) tekintélyével szemben, amelyben kétségtelenül egy kis nemzeti érzés is szerepet játszott.¹⁶¹ Zasius is, mint a {138} humanisták többsége, a *Corpus Iuris* szövegének eredeti értelmét akarta megismertíteni a ráakódott értelmezéstől és ennek során nem kímélte a tekintélyeket: „A megjegyzés, amit Accursius ehhez fűz, nem más mint a tiszta szöveg megerősökölése és megkínzása”¹⁶² Nem tesz különbséget Accursius és Bartolus, glosszátorok és kommentátorok között, általában küzd a tekintély-kultusz ellen.

¹⁵⁶ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 212. o.

¹⁵⁷ Woldemar Engelmann: *i.m.*, 257 és köv. o.

¹⁵⁸ Ulrich Zasius: *Opera Omnia*, V. 102 26/27.

¹⁵⁹ „*Nos communes opiniones sequimur, cum vel textibus muniantur, vel certe nulli textes nullave ratio iuris aperte refragetur.*” U. Zasius: *i.m.*, I. 354. o. 32.

¹⁶⁰ Jan Schröder: *i.m.*, 409. o.

¹⁶¹ Hans Thieme: Accursius (+1263) und Zasius 1461-1535). in Uő.: *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*. I, Köln–Wien: Böhlau, 1986, 562. és köv. o. Thieme német fordításban közöl néhány kirohanást Accursius és a későbbi jogtudósok ellen: „Accursius itt egy nevetséges és téves történetet mesél el.” vagy „Accursius és a doctorok, midon új kirándulásokat tesznek, egyre inkább ellentmondásba kerülnek, olyannyira, hogy beigazolódik a mondás: egy hazugság hét másikat von maga után.” „Accursius, bonus ille vir, alkalmat adott itt a többi doktoroknak a tévedésre.”

¹⁶² Hans Thieme: *i.m.*, 564. o.

Idősödve egy kicsit alábbhagyott harci kedve és néha már dicsérő szavakat is talált Accursiusra és a *Glossa ordinaria* megállapításaira.¹⁶³

A humanisták egy új világ képviselői voltak és a tudósok szemében meg is ingatták a *Glossa* tekintélyét, de a gyakorlati jogéletből és az oktatásból nem tudták száműzni és kiszorítani, hiszen a gyakorlati szakemberek nem sokat tudtak kezdeni a humanisták eredményeivel.¹⁶⁴ S a *communis opinio* tana a tudományban is egészen a XVII. század második feléig tartotta magát a joggyakorlatban pedig még tovább.

LEGES CITATIONIS

A középkorban az irodalom, amely az akkori jogi tudást szinte teljes mértékben átfogta, formális elismerést is nyert a partikuláris jogalkotás által. Ez érvényes úgy a *Glossára*, mint Bartolus és Baldus műveire. A tudós jogkönyvek helyettesítették a hiányzó császári törvényhozást és jogértelmezést. Ez a hiány azonban megtermékenyítőleg hatott az irodalomra. A gyakorlat az irodalmat megismerési eszközzé tette a jogszolgáltatás számára. Az idézési törvények érdeme, hogy ezen irodalom alkalmazását, figyelembe vételét rendezett keretek közé terelte.¹⁶⁵ Ezek a szabályok az eljárások során hivatkozható jogászi-tekintélyek számát igyekeztek drasztikusan csökkenteni, azért hogy a gyakorlatban felgyorsítsák és egyszerűsítsék az alkalmazandó jog megtalálását. Ezen normák szerint a bírák és ügyvédek csak kis számú, név szerint megjelölt szerző álláspontjait vehették elő, idézhették – a korabeli szóhasználat szerint – allegálhatták. Ha nem így jártak el felelősségre vonták őket illetve eltiltották őket foglalkozásuktól.¹⁶⁶

Az idézési törvények egy bizonyos szükséghelyzetből erednek, mivel a jogélet biztonságát két oldalról is veszély fenyegette. Egyrészt a Birodalom törvényhozásának hiánya, másrészt pedig a jogi munkák túlburjánzása. Itáliában azon fáradoztak, hogy valamilyen kiutat találjanak. A *communis opinio* a jogtudomány saját korlátozásának eszközéül szolgált. Ahol azonban ez az önkorlátozás nem tűnt elegendőnek és könnyen elképzelhető milyen technikai nehézségek álltak a *communis opinio* célszerű elterjedése útjában. Ezeken a helyeken a jogtudomány eredményeit beillesztették a jogforrások kánonjába. {139}

Azt is lehet azonban mondani, hogy az idézési törvények bizonyos értelemben a mozdulatlanság és megkövültség jeleinek tekinthetők. Ezzel kapcsolatban azonban elmondható, hogy a középkorban ezek a törvények nem korlátozták, de ki sem bővítették indokolatlanul a hivatalos tudományos álláspontokat. Hisz midőn a *Glossára* való hivatkozást írta elő egy rendelkezés, már korábban az volt a jogszolgáltatás alapja. Ha Bartolust és Baldust jelölte meg idézhető szerzőként,

¹⁶³ Hans Thieme: *i.m.*, 566. és köv. o.

¹⁶⁴ Hermann Lange: *i.m.*, 378. o. Vö. Hans Thieme: *i.m.* 561-567. o. Peter G. Stein: *i.m.*, 137. o.

¹⁶⁵ Gottfried Teipel: *i.m.*, 268. o.

¹⁶⁶ Stefan Althaus: *i.m.*, 64. o.

akkor bizonyos, hogy az ő műveik már korábban szinte allegációs monopóliummal voltak felruházva.¹⁶⁷

Az idézési törvények egy törekvésről adnak számot, amely arra irányult, hogy a korabeli jogtudósokat maga alátemetni akaró irodalmat egy még elviselhető, kezelhető mértékre szorítsa vissza. Ezzel tulajdonképpen a későbbi humanista törekvések egyikének előképe teremődött meg. Hisz Viglius non Aytta a XVI. században arra szólította fel a császárt hogy a végtelenbe növekvő mennyiségű jogi irodalmat még elviselhető mértékűre korlátozza.¹⁶⁸ Az idézési rendelkezések éppen ezt a célt valósították meg a korábbi időszakban. Persze az idézési törvények kis száma mutatja, hogy igazából ez a megoldás nem vált uralkodóvá.¹⁶⁹

A középkori idézési törvényeknek is ugyanazon fejlődésmenete és előtörténete volt, mint a legismertebb Kr. u. 426-os ókori példának. A figyelembeveendő irodalom hatalmas mennyisége ritkítás után kiáltott. A mérlegelni hivatott bíró kezét az idézési törvényekben megjelölt kanonizált jogtudomány autoritativ állásfoglalásai vezették. Ezzel – csakúgy, mint az ókorban – a bíró egy biztos támpontot kapott, amely megszabadította annak eldöntésétől, hogy egyes szerzőket, munkákat milyen mértékben és mélységben kell figyelembe vennie döntése meghozatala során.¹⁷⁰ Valószínű, hogy a középkori törvényhozók ismerték az ókori példát.

Idézési törvényekkel találkozhatunk a XIV-XV. századi észak-itáliai városokban (mint említettük Veronában és Milánóban), az ott kiadott *statutum*ok ugyanis sok esetben felsorolták és meghatározták az idézhető szerzőket is.¹⁷¹ A későbbi időszakban Spanyolországban, Portugáliában és Dél-Afrikában találkozhatunk az idézési rendelkezések jelenségével.¹⁷² Általában ezen szabályok a *Glossa ordinaria* Accursius-féle változatát valamint egy-egy jogtudós (mint Bartolus vagy Johannes Andreae) véleményének idézését engedték meg. Egyes idézési szabályok kötelezővé tették a bírónak, hogy ténylegesen is kövessék a megnevezett tekintélyek nézeteit (pl. Veronában, Spanyolországban és {140}Portugáliában)¹⁷³ mások csak azt írják elő, hogy egyáltalán kinek a álláspontját lehet a bíróság előtt felhívni (Itália más részein).

Fontos megjegyezni, hogy az idézési törvényekben megjelölt tekintélyek között szinte sehol sem jelenik meg a *communis opinio doctorum*. Egyedül egy 1747-es portugál királyi rendelet utal arra, hogy ha a *Glossa* vagy Bartolus állásfoglalása ellenkezne a

¹⁶⁷ Gottfried Teipel: *i.m.*, 268. o.

¹⁶⁸ „...*immensa librorum volumina ad mediocrem aliquem modum ...*” Viglius Von Aytta: *Institutionum iuris civilis iin Graecam linguam per Theophilum antecessorem olim traductae*, 1533, Dedicatio ad Carolum Imp. August. Idézi Gottfried Teipel: *i.m.*, 269. o.

¹⁶⁹ Gottfried Teipel: *i.m.*, 269. o.

¹⁷⁰ Gottfried Teipel: *i.m.*, 269. o.

¹⁷¹ Teipel 250.

¹⁷² Uo. 270, 276, 280.

¹⁷³ Gottfried Teipel: *i.m.*, 250 és 274. o.

(Bartolus után alkotó jogtudósoknál fellelhető) *communis opinio* val, akkor előbbieket nem kell követni.¹⁷⁴

Összességében megállapítható, hogy a törvényhozók törekedtek *communis opinio* pozitív jogként való elismertségét megakadályozni, mivel a *communis opinio doctorum* csak nagyon nagy nehézségek árán volt megállapítható. Az idézési törvények éppen ezt a nehézséget akarták kiküszöbölni a jogbiztonság és a pertakarékosság érdekében, bár ezen célok elérése sok esetben kétséges¹⁷⁵. Ugyanakkor megjegyzendő, hogy ezen törvények újabb tanúságot tesznek arról, hogy a *Glossa* illetve Bartolus nézetei általánosan elfogadottnak és elfogadandónak minősültek.

COMMUNIS OPINIO

A *communis opinio* kora újkori jelentőségét mutatja, hogy már nem csak Itáliában, hanem máshol is – ahol nem volt a félszigetihez hasonló hivatali felelősség – igyekeztek a bírák ítéleteiket a *communis opinio* val összhangban meghozni, mivel hibás döntés esetén őket is bizonyos fegyelmi felelősség terhelte.

Egyes jogtanárok (az itáliai Andreas Alciatus¹⁷⁶, német Andreas Gail¹⁷⁷ és mások) szokásává vált Európa-szerte, hogy előadásaikban, kommentárjaikban és tankönyveikben a feldolgozott egyes kérdésekkel kapcsolatban utaljanak az általános véleményre. A megállapítások azonban sok esetben ellentmondtak egymásnak: a tudósok közötti ellentmondások legékesebb bizonyítéka a sok kézikönyv, amelyek célja a *communis opinio*, vagy a *magis communis opinio* megállapításának, megtalálásának megkönnyítése volt.¹⁷⁸ Ezekben a könyvekben az {141}adott vitás kérdéssel

¹⁷⁴ Gottfried Teipel: *i.m.*, 279.

¹⁷⁵ Gottfried Teipel: *i.m.*, 274.

¹⁷⁶ (1492-1550) Vö. Jochen Otto: Alciatus, Andreas. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert*. München: C.H.Beck, 2001. 27-28. o.

¹⁷⁷ (1526-1587) Vö. Jochen Otto: Gaill, Andreas. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert*. München: C.H.Beck, 2001. 228-229. o.

¹⁷⁸ Példák erre: *Speculum aureum opinionum communium contra communes*. I-IV. Auctore Hieronymo de Cauallos, Argentorati, 1614-1615. *Prosperi Farinacii fragmentorum variarum quaestionum et communium opinionum criminalium I-II. Ad operum criminalium p. 7 pertinens*, Francofurti, 1622. *Prosperi Farinacii variarum quaestionum et communium opinionum criminalium. Cum summaris, et ind. nedum principal. quaest., sed etiam rerum, ac sentent. sel. locupletiss.* Venetiis, 1612. *Communium opinionum in iure, loci communes. In fine, eiusdem authoris Regulae causarum criminalium adiecta sunt.* Authore Matthaeo Gribaldo Mopha Cheriano, Basileae, 1567. *Receptarum sententiarum, sive ut nunc loquuntur, communium opinionum in. consultorum utriusque iuris, I-IV. Opus absolutum et perfectum* ... Francisco Tursano ..., auctoribus. Francofurti ad Moenum, 1571. *Syntagmatis communium opinionum, sive receptarum sententiarum* I-III. Lugduni, 1608. *Thesaurus communium opinionum et conclusionum, sive receptarum sententiarum, excellentium utriusque iurisconsultorum, super causis tam criminalibus quam civilibus. Continens omnes omnium huius argumenti adhuc editas lucubrationes*, Fran. Turzani: Joh. Bapt. Villaluppii, et Joh. Fichardi: Fran. Vinii: Matthaei Gribaldi: Benedicti de Capra: Iulii Clari, et Raim. Pii Fichardi: Eman. Soarez Marian. Socini, senioris et iun. per B. Heid. et Erasm. Musculum: Laurent. Kirchovii: Mich. Graßi: Hyppol. Bonaccassae: Fran. Bursati: Caßiani Putaei: Rolandi à Valle

kapcsolatban fel voltak híva azok a szerzők, akik az egyik vagy másik álláspontot „*communis*”-ként jelölték meg. Voltak esetek, mikor egyes szerzők egyszer az egyik, másszor a másik véleményt tartják általánosan elfogadottnak. Az egység hiányának benyomását tovább növelte az a tény, hogy mindig több évszázadra visszamenőleg lettek felidézve az állásfoglalások, aminek elsődleges oka az volt, hogy a régi szerzőknek nagyobb tekintélyt tulajdonítottak. Ugyanakkor előfordult az is, hogy egy korábbi kisebbségi vélemény rövid időn belül többségivé, új *magis communis opinio*-vá erősödött.¹⁷⁹

De a tudósok véleménykülönbségét, hogy egy adott esetben mit kell elfogadott megoldásnak tekinteni, nem szüntették meg ezek a kézikönyvek sem. Az összeállítók gyakran saját véleményüket is megfogalmazták és javasolták, hogy az olvasó melyik álláspontot fogadja el, de ezek a javaslatok nyilvánvalóan sohasem rendelkeztek olyan tekintéllyel, hogy általánosan elfogadott iránymutatásként szolgáljanak a *communis opinio* megtalálásának folyamatában. Maguk a korabeli jogtudósok is szkeptikusak voltak az általánosan elfogadott vélemény illy módon való megtalálásával szemben. Ennek oka volt az is, hogy a kézikönyvek összeállítóinak munkáját meglehetősen alulértékelték, mivel nem tekintették tudományos teljesítménynek, csak a szorgalom bizonyítékának.¹⁸⁰

A *communis opinio* tisztázásával kapcsolatos nehézségek miatt nem meglepő, hogy ez a formula csak nehezen tudta betölteni azt a szerepet, amelyet neki szántak, vagyis hogy a kommentátorok korától ugrásszerűen megnövekedő és áttekinthetetlené váló jogi irodalom kezelésénél kiindulópontul szolgáljon a gyakorlati jogászok számára. Hiszen a *communis opinio* t csak nehezen lehetett megállapítani.¹⁸¹ Savigny véleménye szerint a híres elődök tekintélye háttérbe szorította a saját kutató munkát és az idegen vélemények végtelen idézetekben való összegyűjtése vált az oktatók és hallgatók legfőbb feladatává.¹⁸²

Ezen nehézségek ellenére a XVII. században alkotó Arthur Duck (1580-1648) angol jogász (*civilian*) egész Európában általánosan elfogadott elvként fogalmazta meg a bíró felelősségét és azon kötelezettségét, hogy ítélezésében a {142} *communis opinio* t kövesse.

Duck rendszeres és átfogó képet ad 1648-ban megjelent híres munkájában¹⁸³ a korabeli Európában elismert jogforrás-felfogásról. Ilyen vonatkozásai miatt munkája a korabeli gyakorlati jogászok számára kézikönyvül is szolgálhatott. A közös jogi

Summa nunc cura iudicioque recognitas ... I-II.Francofurti, 1584. *Tract. de communi u. i. doctorum opinione. Constituenda, attenda, & poenis recedentium ab ea Una cum ind. rerum, ac uerborum lucupletissimo*
Autore Antonio Maria Coratio, Venetiis, 1572.

¹⁷⁹ Arthur Duck: *i.m.*, 134. o. (I. 8. 15.)

¹⁸⁰ Stefan Althaus: *i.m.*, 63. o.

¹⁸¹ Stefan Althaus: *i.m.*, 63. o.

¹⁸² Carl Fridrich von Savigny: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* . VI. 1851², 14. o. Ezzel ellentétesen foglal állást a modernebb irodalom, lásd Dolezalek: *i.m.*, 114. o.

¹⁸³ Arthur Duck: *De usu et auctoritate juris civilis Romanorum, in dominiis principum Christianorum, libri Duo*. Lipsiae, 1668 (utánnnyomás Köln-Wien: Böhlau, 1990)

jogforrástan alapvonalait ábrázolja, s ennek keretében az egyik fontos problémakörként arra keres választ, hogy egy központi törvényhozó hatalom és egy autoritativ jogértelmezést ellátó szerv hiánya esetében milyen szerepe és hatálya lehet a *communis opinio* nak, valamint a bírósági döntvényeknek. Duck művének első felében két külön fejezetet szentel a kérdéseknek, melyek közül itt most az első megállapításai kerülhetnek elemzésre.¹⁸⁴

Az első könyv nyolcadik fejezetében *De interpretationibus et opinionibus doctorum* [A jogtudósok értelmezéseiről és véleményeiről] címmel Duck annak érzékeltetésére törekedett, hogy milyen jelentős és szükségszerű szerepet játszik a jogtudomány a római jog szabályainak megállapításában és alkalmazásában. Azokkal szemben, akik azt állítják, hogy a legisztika irodalma teljesen felesleges, ellentmondásos és homályos és csak a források figyelembevételét szorgalmazzák, mindenképpen utalni kell arra tényre, hogy általánosan elterjedt gyakorlat (*gentium omnium Christianorum usus* – valamennyi keresztény nép gyakorlata) a bírósági döntésekhez jogi doktorok szakvéleményét kikérni. Duck kiemeli a jogtudomány értékét, amely nélkül a számtalan, pozitív jogforrásokban nem szabályozott eset nem lenne eldönthető. A jogtudomány nélkül a római jog nem érvényesülhetne.¹⁸⁵

Duck elméletileg igazolja a jogtudomány gyakorlati szerepét a jogtalálás folyamatában, bár azt is érzékeli, hogy ennek a kialakult elméletnek és gyakorlatnak ellentmondanak már egyes forráshelyek is, mint Justinianus kommentálási tilalma (C. 1, 17, 1, 12), vagy szintén a Codexben található *constitutio*, amely kötelezővé tette, hogy a törvényekben előre nem látott és nem szabályozott esetekben a császár döntését kelljen ki kérni (C. 1, 17, 1, 18).¹⁸⁶ Duck ezen ellenvetéseknek nem tulajdonít jelentőséget: mivel ma már nem lehet értelmezést kérni a *caesaroktól* (és kifejejt a német-római császárok autentikus interpretációjának elméleti jelentőségét), ezért a *doctores et interpretes* értelmezésére kell támaszkodnia a jogszolgáltatónak.¹⁸⁷ Ezek lennének azon római jogászok utódai, akiknek a római császár megadta a *ius respondendi* jogát. Zasiusra hivatkozva azonban megszorítást tesz, kifejtve, hogy míg a privilegizált római {143} jogtudósok értelmezése *interpretatio autoritativa et necessaria* [hivatalos és szükségszerű értelmezés] volt, addig kora jogtudósai csak az *interpretatio magistralis et probabilis* [tudományos és valószínű magyarázat] hatalmával rendelkeznek és értelmezésüket csak a *ratio naturalis* támasztja alá.¹⁸⁸ Az uralkodó

¹⁸⁴ Vö. Norbert Horn: *Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck*. in W. Wilhelm (hg.): *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*. Frankfurt am Main: Klosterman, 1972. 170-180. o.

¹⁸⁵ I. 8. 4. „*Omnes fere agnoscunt jus Civile Romanorum sine Accursio, Bartol, et reliquis Interpretibus non posse consistere.*” [Csaknem mindenki azon a véleményen van, hogy a rómaiak *ius civile*-je Accursius, Bartolus és a többi értelmező nélkül nem létezne...] Arthur Duck: *i.m.*, 123. o.

¹⁸⁶ Norbert Horn: *i.m.*, 173. o.

¹⁸⁷ Arthur Duck: *i.m.*, 121-122. o. (I. 8. 2-3.)

¹⁸⁸ I. 8. 3. *Interpretationem vero Doctorum appellant Magistralem et probabilem tantum, quae omnem vim suam habet a ratione naturali, et non valet, nisi ratione probari possit.* [A doktorok értelmezését magistralisnak és pusztán valószínűnek nevezik, amely erejét teljes egészében a természetes

felfogás szerint a *ratio naturalis* t minden, a törvény által nem szabályozott esetben követni kell.¹⁸⁹ Ezzel Duck a jogtudomány általánosan elfogadott és jogtalálási szerepének legitimálásához és annak elemzéséhez jut el: az értelmezés szükségszerűségéről és a források analóg alkalmazásáról beszél.

Azután a jogi irodalom többé nem uralható tömege és a tanok ellentmondásosságából fakadó szükségszerű szabályok ismertetése következik: a tekintélyek sorrendjének szabályait elemzi. Duck számára a *Glossa ordinaria* tekintélye még megkérdőjelezhetetlen, bár – ugyan nem kimondva – de elfogadja a *Glossával* ellentétes *communis opinio* elsőségét is.¹⁹⁰ Utal a spanyolországi és portugáliai szabályokra is, melyek törvényileg szabályozták a szerzők rangsorrendjét. A *communis opinio* figyelembevétele köztelező a bíróságok számára, még a legmagasabb bíróságok számára is, mint amilyen a *Rota Romana*.¹⁹¹

Duck ezután néhány olyan ismert szabályt sorol fel, melyek abban az esetben alkalmazandók, ha a tudósok álláspontjában ellentmondás jelentkezik: 1. elsődleges lehetőség az adott nézetet hirdető jogtudósok számának figyelembevétele („*eam partem sequi debent, quam major pars tuetur*”)¹⁹². 2. Másodszor azon véleményeket kell komolyabban venni, akikk íásaikban részletesen kifejtik és megokolják álláspontjukat („*ex professo in scriptis suis afferunt*”), szemben azokkal a szerzőkkel, akik alaposabb vizsgálat nélkül hagyatkoznak mások véleményére.¹⁹³ 3. Ha egy tudós másképpen nyilatkozik tudományos munkáiban, mint szakvéleményeiben, akkor – Alciatus véleményét követve – a tudományos munkában kifejtetteknek kell nagyobb hitelt adni. („*magis credendum Interpretibus in {144} Commentariis...*”)¹⁹⁴. 4. Egyházi ügyekben inkább a kanonisták véleményére kell adni, mint a legistákéra. 5. A régi felfogással szemben az újabb élvez előnyt („*Judices sequi debent Opinionem posteriorum interpretum*”).¹⁹⁵

ésszerűségből vezeti le és amely nem érvényesül, ha nem az ésszerűség áll mögötte.] Arthur Duck: *i.m.*, 122. o.

¹⁸⁹ I. 8. 5. „...*Lege deficiente solam Rationem naturalem ad decisionem Causarum sufficere omnes afferunt* ...” [Mindenki egyetért abban, hogy ott, ahol törvényi szabály nincs, egyedül a természetes ésszerűség elegendő a jogeset megoldásához] Arthur Duck: *i.m.*, 125. o.

¹⁹⁰ Arthur Duck: *i.m.*, 126. o. (I. 8. 6.)

¹⁹¹ I. 8. 8. „*Et si Judices contra Communem Opinionem pronunciaverint, censentur per imperitiam judicasse, et Litem suam faciunt. Tantaque est potentia Communis Opinionis, ut si supremæ Curiae vel Rota Romana contra Communem Interpretum Opinionem pronunciaverint, ab iisdiscendum sit ...*” [Ha a bírák a *communis opinio* ellenére ítélik, akkor tudatlanságuk miatt felelősségre kell vonni őket, mivel megsértették köteletségüket. Az általános vélemény hatalma olyan nagy, hogy amennyiben az uralkodók legfelső bíróságai vagy a pápai bíróság olyan ítéletet hoznának, ami a jogtudósok *communis opinio*jával ellentétes, akkor ezen ítéletet meg kellene tagadniuk.] Arthur Duck: *i.m.*, 128-9. o.

¹⁹² Arthur Duck: *i.m.*, 130. o. (I. 8.10.)

¹⁹³ Arthur Duck: *i.m.*, 131. o. (I. 8. 11.)

¹⁹⁴ Arthur Duck: *i.m.*, 132 és köv. o. (I. 8. 12.)

¹⁹⁵ Arthur Duck: *i.m.*, 133. és köv. o. (I. 8. 14.) [A bírák a tudósok utóbb kinyilvánított véleményét kell kövessék]

Konzekvens és megalapozott az, hogy Duck egy fejezetben tárgyalja a jogtudomány szerepét és a *communis opinio* t. Hiszen célja az volt, hogy a római jogot, mint összeurópai jogot írja le. Egyedül a római jog tudományának érdeme volt, a római jog középkori újralfeltámasztása és további fejlődésének biztosítása. A római jog tudománya születésétől kezdve nemzetközi volt, és ez még Duck korában is igaz volt. Ennek megfelelően ő is és kortársai is mindenféle nemzeti megkülönböztetés nélkül használták és idézték a legista irodalmat.¹⁹⁶

Duck munkája is mutatja, hogy a koraújkorban a *communis opinio* fogalma is jogtudományi viták tárgya lett, mivel rendkívül sokféle fogalma került kidolgozásra. A *communis opinio* nak minden addiginál részletesebb elmélete született, melynek két legfontosabb kérdése a *communis opinio* fogalmának és kötelező ereje előfeltételeinek megállapítása volt.

A XVI-XVII. század Arisztotelészre támaszkodó filozófiája szerint a szakemberek saját szakterületükkel kapcsolatos állásfoglalásának hitelt kell adni. Ha a szakemberek véleménye adott kérdésben eltér egy adott álláspont helyessége annál valószínűbb, minél több szakember elfogadja azt. Az „*ab autoritate*” toposszal és a valószínűség fogalmával megtámogatott hivatkozás a szakemberek véleményére általánosan elfogadott volt sokáig.¹⁹⁷

A jogtudomány területén is jelentőséget kapott ez az elmélet. Ha egy esetet a törvény nem döntött el egyértelműen, vagy nem volt megfelelő szokásjogi szabály, vagy a szabály homályos vagy ellentmondásos akkor nem lehet a jogi döntés egyértelműen helyes. Ezekben az esetekben a jogalkalmazó rá van utalva különböző jogértelmezési technikákra, így a valószínű igazságtartalommal rendelkező érvekre, hasonlóságból vagy ellentétből való következtetésre és ezek mellett adott esetben a tudósok véleményére. Ez indukálta, hogy a *communis opinio* val kapcsolatban is továbbfejlődjenek az elméletek és egy sajátos elmélet alakuljon ki, amely az uralkodó nézet előfeltételeit és következményeit dolgozza ki és fel.¹⁹⁸

A XVI-XVII. századi elméletet a jogtanár Andreas Alciatus¹⁹⁹, és a két itáliai gyakorló jogász Jacobus Menochius és Josephus Mascardus összefoglaló műveiből²⁰⁰ és más tudósok (így a német Ulrich Zasius, Benedict Carpzov, Georg {145} Adam Struve és mások) munkáiból ismerjük: egybehangzó véleményük

¹⁹⁶ Norbert Horn: *i.m.*, 174. o.

¹⁹⁷ Jan Schröder: *i.m.*, 406. o.

¹⁹⁸ Jan Schröder: *i.m.*, 407. o.

¹⁹⁹ Jochen Otto: Alciatus, Andreas. in Michael Stolleis (hg.): Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert. München: C.H.Beck, 2001. 27-29. o.

²⁰⁰ Andreas Alciatus: Tractatus de praesumptionibus. in: *Andreae Alciati Opera omnia IV. Quo tractatus et orationes continentur*, Basiliae, 1582. 750-752.; Jacobus Menochius: *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria*. I. Venetiis, 1617. 221-224. o. Josephus Mascardus: *Conclusiones probationum omnium, Quibusvis in utroque foro versantibus, practicabiles, utiles, necessariae In quattuor volumina distinctae, hisce canonicae, civiles, feudales, criminales aliaeque materiae ... continentur Acc. repertorium universale* III. Francoforti ad Moenum, 1717. 224-226. o.

szerint a *communis opinio doctorum* egy bizonyos jogi felfogás helyességét valószínűsíti de nem teszi biztossá, hiszen (legalábbis a tudományos vitában) a *communis opinio* megfelelő érvekkel cáfolható, a helyessége mellett szóló vélelem megdönthető. A *communis opinio* – függetlenül a szakmai megalapozottságától – elfogadtatja az általa támogatott felfogás helyessége melletti vélelmet. Ez az elv megerősítésre került, midőn újra és újra utalás történt az éppen tárgyalt szabály révén, hogy kétség esetén a többségi vélemény a helyesebb és hogy minden szakembernek a saját területén hinni kell. És kialakultak olyan szabályok, melyek megmondták milyen feltételei vannak annak, hogy egy szakember állásfoglalásának helyessége vélelmezhető legyen. Mint Duck munkája is mutatja nagy számban alakultak ki ilyen szabályok.

A szerzők általában megállapítják, hogy a *communis opinio* többnyire meghajlik a törvény előtt, cáfolható egy *viva et urgens ratio*, egy *iusta causa*, egy *opinio minus communis aequa aut benignior* révén. Ellenkezzel vele egy speciálisabb szabály, vagy egy szent kinyilatkoztatása, de ez utóbbi csak akkor, ha lelki ügyben nyilatkozik és egy szakértő szerző is elfogadja álláspontját.

A *communis opinio* általánosabb, erősebb mint az *aequitas non scripta*, mint *causa favorabilis*, mint bármely nagy doktor véleménye, sőt a pápa, valamint a saját tanár állásfoglalását is legyőzi. Egyesek véleménye szerint a *communis opinio* még a *Rota Romana* gyakorlatánál és a *Glossánál* is erősebb. Ennel következtében joggal ruházták fel továbbra is törvényi és szokásjogi erővel (*vim legis et consuetudinis*).²⁰¹

A statutum-elmélethez hasonlóan a *varietas unius doctoris* és a *communis opinio* val kapcsolatos elméletek a közös jogi jogalkalmazási tanok leglényegesebb részét képezik, amely megfelelően kiemelkedő jogpolitikai jelentőségének nagy gonddal és finom gyakorlati érzékkel lett kidolgozva.

A legtöbb szerző eleinte inkább az adott vélemény mellett „szavazó” tudós tekintélyére helyezte a hangsúlyt, mint a számarányokra.²⁰² A tudósok és a gyakorlati szakemberek többsége a Accursius *Glossa ordinaria* jának, Bartolus véleményének és nem ritkán a nagyobb bírói kollégiumok (mint a *Rota Romana*) döntéseinek tulajdonították a legnagyobb jelentőséget, bár rendkívül sok vitát figyelhetünk meg ezzel kapcsolatban is. Egyesek szerint csak a Bartolus által elfogadott *glossa* tekintendő *communis opinio* nak, mások szerint a bármely doktor által {146} átvett glossza annak tekintendő. Megint mások elegendőnek tartották, ha egy régebbi doktor elfogadta a glosszát, míg egyesek három vagy négy tudós elismerését kívánták meg. Voltak, akik pusztán a *Glossa ordinaria* szövegét is *communis opinio* nak tekintették.²⁰³ A XVI. századi olasz jogász, Coratius úgy nyilatkozott, hogy a *communis opinio* szó szerinti értelme szerint valamennyi vagy a jogtudósok nagyobb

²⁰¹ Luigi Lombardi: i.m., 164. o. és köv. oldalak

²⁰² Lásd többek között Menochiot, aki azt írja Martinus Navarrusra hivatkozva állítja, hogy hat vagy hét „klasszikus” szerző véleménye többet nyom a latban a *communis opinio* megállapításánál, mint akár ötven kisebb jelentőségű szerző ellentétes véleménye. Vö. *Jacobi Menochii de praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria, In 6 distincta libros et recens in lucem ed. liber 2*. Coloniae Agrippinae, 1597. no. 40.

²⁰³ Stefan Althaus: i.m., 60. o.

részének véleménye teszi ki az uralkodó véleményt. Felfogása szerint a *communis opinio*hoz legalább hét szerző kell, amennyiben ezen hét között egy híres szerző vagy a *Glossa ordinaria* álláspontja is megtalálható. Egyébként nagyobb számú egybehangzó véleményre van szükség, a szerzők tekintélyétől függően.²⁰⁴

Később a véleményeket súlyozó állásponttal szemben a későbbiekben a nyilatkozó tudós szerzők pusztán száma kapott nagyobb jelentőséget, mint azt Duck XVII. századi megállapítása is mutatja.²⁰⁵ Ez az „elcsökevényesedés” valószínűleg magyarázható a kiugró tekintélyek eltűnésével is.

Kísérletek történtek arra is, hogy olyan kritériumokat találjanak amelyek egy adott szerző tekintélyét mérhetővé teszi, például abban, hogy mennyire elterjedtek munkái az egyetemeken, érveit milyen mértékben ismerik el az oktatásban. Vitakoztak arról hogy a régi vagy az újabb szerzők állásfoglalásainak tulajdonítsanak-e nagyobb súlyt. És vizsgálták, hogy egy szakvéleményben kifejtett álláspontnak lehet-e olyan súlya, mint a más írásokban kifejtetteknek. Duck például a *consilia*-kban megfogalmazott véleményeket kisebb értékűnek tartja, mert azt sokszor a pénzsóvárság és más érdekek befolyásolhatják.²⁰⁶

A kérdés, hogy egy adott konkrét ügyben mi tekinthető *communis opinio* nak, az eljárás során gyakran a legfontosabb jogkérdéssé vált. Ugyanakkor természetesen egy nehezen megválaszolható ténykérdésként is jelentkezett, hiszen attól függően, hogy a *communis opinio* éppen melyik fogalmát fogadták el az adott korszakban, azon gyakorlati kérdés előtt találták magukat a jogszolgáltatók, hogy az időközben megjelent jogi irodalom tömegéből hogyan válasszák ki az elvárásoknak megfelelő álláspontot. Az egyszerű bírák éppen ezért igyekeztek kibújni a felelősség alól, hogy maguk állapítsák meg, hogy egy adott vélemény ténylegesen *communis*nak vagy *magis communis*nak tekinthető-e vagy sem. Már ebben a kérdésben is jogtudósok szakvéleményét kérték ki és ez nagymértékben hozzájárult a jogtudománynak a joggyakorlatban betöltött szerepe kiteljesedéséhez.²⁰⁷ A Német Birodalomban ezen probléma megoldásának egy sajátos módszere alakult ki az akták jogi karoknak megküldése (Aktenversendung), és szakvéleményük kikérése formájában.²⁰⁸ {147}

A XVII. század filozófiájában beállott változások aztán megingatták a *communis opinio* elméletének alapjait is, hiszen a tekintélyre hivatkozás, mint érv heves kritikának lett kitéve: a régi kapcsolat a tekintély és a valószínűség között megszűnt. A többek között Locke, Thomasius, Wolff és mások által képviselt tudományelméleti felfogás szerint valószínűséget csak tények alapolhatnak meg tekintélyi érvek viszont nem. Az arisztotelészi valószínűség-fogalom, amely addig

²⁰⁴ Tract. de communi u. i. doctorum opinione. Constituenda, attenda, & poenis recedentium ab ea Una cum ind. rerum, ac uerborum locupletissimo Autore Antonio Maria Coratio, Venetiis, 1572.

²⁰⁵ Arthur Duck: i.m., 130. sk. „Judices eam partem sequi debent, quam major pars tuetur... numerantur potius quam ponderantur Sententiae”. (I. 8. 10).

²⁰⁶ Lásd fenn.

²⁰⁷ Woldemar Engelmann: i.m., 229. o.

²⁰⁸ Vö. Buchda, G.: Aktenversendung. in Adalbert Erler (hg.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. I. München: Schmidt, 1971. 84. h.

valamennyi tudományág egyik alapját képezte feladására került. Bár egy matematikai valószínűség-elmélet hamar kikalakult, a valamennyi tudományág számára egységes valószínűség-fogalom végleg elveszett. Egységessé vált a nézet, hogy a tekintélyek (egybehangzó) véleményének már a valószínűség erejét sem szabad tulajdonítani.²⁰⁹ Ez a jogtudományban is a *communis opinio* elméletének revíziójához vezetett, amely elsősorban a kor vezető európai jogi karává növe hallei fakultás tanárai nevéhez fűződött. Samuel Stryk egy egész korszaknak nevet adó, „*Usus modernus pandectarum*” című munkájának első kötetében az alábbiakat fejti ki a *communis opinio* kapcsolatban: A bíróságok által általánosan elfogadott *communis opinio* a szokásjog erejével rendelkezik, de nem azért mert *communis opinio*, hanem mert a bíróságok befogadták és a szerint ítélik. Más területeken (így a tudományos eszmecserékben a *communis opinio* csak annyit ér, mint a támogatására felhozott szakmai érvek.²¹⁰ Vagyis kinyilvánítja, hogy a tudományban a *communis opinio*, mint olyan érvként semmiféle erővel nem rendelkezik. Ugyanakkor még engedményeket tesz a régi felfogásnak is, midőn kimondja, hogy a *communis opinio*, amely a nyilvánvaló jognak nem mond ellent, valószínű véleménynek tekinthető. Justus Henning Böhmér, szintén hallei professzor felfogása szerint a *communis opinio* nak van tekintélye, de korántsem olyan nagy, mint azt általában hirdetik. Hiszen csak ott van helye, ahol a vonatkozó törvény nem világos, de csakis akkor, ha szakmailag megalapozott érvek szólnak a *communis opinio* mellett. Ebben az esetben a *communis opinio* által elfogadott nézetet valószínűnek kell tekinteni. Ehhez hasonló állásponton voltak természetesen Christian Thomasius és a később tevékenykedő Johann Gottlieb Heineccius²¹¹ is. Utóbbi egyik művében ki is gúnyolta a korábbi századok jogászait tekintélyhez kötöttségük miatt.²¹² Halle vezető jogtanárai tehát már 1730 előtt meghaladták a *communis opinio* korábbi elméletét.²¹³

De Hallén kívül is voltak jelei az új felfogás előretörésének. Michael Heinrich Gribner, későbbi lipcei professzor, 1713-ban kétségbe vonta, hogy a {148} *communis opinio* nak bármiféle szerep lehetne a jogtalálásban és kifejtette, hogy vitás és kétséges jogi kérdésekben a *ratio legis* és az analógia alapján kell döntést hozni és nem mások véleménye alapján.²¹⁴ Kissé visszafogottabb egy bécsi gyakorló jogász (Magyarországon is nagy hatású) könyvében található megfogalmazása.²¹⁵

²⁰⁹ Jan Schröder: *i.m.*, 410. és köv. o.

²¹⁰ Samuel Stryk: *Specimen usus modernus Pandectarum* (1713⁴) Lib. I. Tit. II § 13. 66. o.

²¹¹ (1681-1772) Vö. Klaus Luig: Heineccius, Johann Gottlieb. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert*. München: C.H.Beck, 2001. 289-290. o.

²¹² Johann Gottlieb Heineccius: *Elementa iuris civilis secundam ordinem Pandectarum*. Lipsiae, 1797. Praefatio. VI. és köv.

²¹³ Jan Schröder: *i.m.*, 412. és köv. o.

²¹⁴ Michael Heinrich Gribner: De observantiis collegiorum iudiciorum, ad § 49 Resol. Gravam. de Anno 1661. in Uő.: *Selectorum opusculorum iuris publici tomi IV*. IV. Hallae, 1722. 46 és 53. oldalak. Vö., Schröder: *i.m.*, 414. o.

²¹⁵ „*Hodie Responsa Jctorum non vim legis, sed nudam habent probabilitatem, ut propinde cuique eorum tantum*

Megállapítható, hogy a XVIII. század első felében erősen csökkent az érdeklődés a *communis opinio* elmélete iránt. Többé nem készül monografikus feldolgozás a témával kapcsolatban, nem keletkeznek újabb vélemény-gyűjtemények, melyek pedig a XVI-XVII. században gyakoriak voltak.²¹⁶

A *disputatio*kból is kikopott a téma: a jogi lexikonokban még a régi elméletet írták le de gyakran úgy, hogy a szerző távolságtartása a régi elmélettől jól érezhető.

Például Zedler először a *communis opinio* val kapcsolatos korábbi nézeteket ismerteti, utána azonban – Strykre hivatkozva – kijelenti, hogy a *communis opinio* által támogatott nézetnek nincs nagyobb súlya, mint azoknak az indokoknak és bizonyítékoknak, melyek mellette szólnak.²¹⁷

A XVIII. század második felére a *communis opinio*, mint érv-lehetőség csillaga teljesen leáldozott, a jogászok nagy része mellőzte az erre való hivatkozást tudományos műveiben munkáiban. A jogtudományban is áttört a racionális, semmiféle tekintélyhez nem kötött tudományos vita igénye.²¹⁸

Ez azonban nem ingatta meg a *communis opinio*, mint a gyakorlatban érvényesülő jogforrás jelentőségét. Ebből a szempontból a késő XVII. század és a korai XVIII. század több jogásza, maga Stryk is (elsősorban az általa presideált *dissertatio*kban) továbbra is hangsúlyozta a *communis opinio* (illetve az állandó ítélkezés) jogtalálásban betöltött fontos szerepét.²¹⁹ Természetesen ezen a téren sem hiányozhatott a kritika, hiszen a XVII. század közepe óta a jogtudósok részéről is egyre több bírálat érte a *communis opinio* hagyományos elméletét. Már korábban is voltak olyanok, akik kétségüket fejezték ki a formula alkalmazhatóságával, az uralkodó vélemény tekintélyével szemben, de sokáig senki sem akart erről a jogintézményről lemondani. Voltak például, akik két rossz közül – a sok eltérő vélemény miatti bizonytalansággal szemben – a kisebbiknek {149} tekintették a *communis opinio* megtalálásával kapcsolatos nehézségeket, és elfogadták, hogy a uralkodó vélemény sokszor uralkodó tévedésnek (*errores communes*) bizonyulhat.²²⁰

A felfogás, hogy a *communis opinio* az igazság melletti vélelmet fejezi ki vagy ráadásul törvény erővel bír, az idők folyamán egyre inkább megingott. A már korábban felismert alapelv, hogy a *communis opinio* nem *auctoritas necessaria* val – mint amivel a római császárkor privilegizált jogászaik rendelkeztek –, hanem csak *auctoritas*

credendum, quantum quisque probat. ” [Ma a jogtudósok véleménye nem bír törvény erővel, hanem pusztán csak valószínűséggel, úgy azonban, hogy közülük csak akkor lehet hitelt adni, amennyiben bizonyítják] Vö. Joan. Georg Kees: *Commentarius ad D. Justiniani Institutionum Imperialium IV. libros.* I. Viennae Austriae, 1744. 30. o.

²¹⁶ Lipenius Martin: *Bibliotheca realis iuridica*, Lipsiae, 1757 (Utánnomás: Hildesheim, 1970) a *communis opinio*, *conclusiones*, *receptae sententiae* címszó alatt 90 címet sorolt fel. Ezek közül csak 9 conclusiones-gyűjtemény tehető az 1700-as évekre. Vö. Luigi Lombardi: *i.m.*, 166. o.

²¹⁷ *Grosses vollständiges Universal-Lexicon*. 52. Lipcse-Halle, 1732. 858-861. hasábok, különösen 859. h.

²¹⁸ Jan Schröder: *i.m.*, 416. o.

²¹⁹ Jan Schröder: *i.m.*, 416. o.

²²⁰ Coratius: *i.m.*, Nr. 8.

probabilis sal²²¹ rendelkezik, csak a kiindulópontja volt annak a támadásnak, amely a *communis opinio* jogi jelentőségének korlátozását célozta.²²² A jogtudósok tekintélyének helyet kell szorítania a törvény-szöveg és a *ratio* tekintélyének.²²³ A korábbi felfogással ellentétben a kritikusok azt hangsúlyozták, hogy a bírónak el kell térnie a *communis opinio* tól abban az esetben, ha az ellenkezik a törvény értelmével és céljával. Ugyanakkor azt is hangsúlyozták egyes XVII. századi szerzők, hogy nem kell átesni a ló túl oldalára és a *communis opinio* t pusztán azért semmibe venni, hogy valaki ezzel személyes hírnevét növelje a tudós társadalmon belül.²²⁴

1690-ig a jogi irodalomban nem figyelhető meg alapvető kritika a *communis opinio* helyességének vélelmével szemben. Még a neves szerzők is inkább védelmükbe vették a *communis opinio* t, mint kritizálták volna. Az *usus modernos pandectarum* gyakorlatát nem is akadályozhatta igazán a bírálát, hiszen a *communis opinio* áthagyományozott elmélete is megfelelően hajlékony volt ahhoz, hogy az egyes jogi kérdésekben jelentkező új és szakmailag állítólag jobban megalapozott tanok érvényesülését ne akadályozza meg.²²⁵ A XVII. század végétől elsősorban egy-egy tekintélyes jogtudósra kezdenek el hivatkozni a szerzők saját álláspontjuk mellett vagy ellen, és ezek között is a kortárs illetve korabeli szerzők kerülnek többségbe.²²⁶ Azonban idővel ez a szemlélet is kezdett megváltozni, midőn a XVIII. század folyamán a törvényhozási tevékenység megnövekedése miatt a szokásjoggal szemben ellenséges felfogás kezdett eluralkodni.²²⁷ Ennek első eredménye, hogy már az 1750-ben kidolgozott első porosz kodifikációs terv, a *Corpus Iuris Fridericiani*, nem csak a szokásjogot szorított háttérba, hanem megtiltotta, hogy a jövőben a jogtudósok véleményét az ítékezésben figyelembe vegyék.²²⁸ A szokásjog és az áthagyományozott jogi tanok, a *communis opinio* hagyományos megközelítésével nem egyeztethetők össze az abszolutisztikus törvényhozó azon igényével, hogy

²²¹ Woldemar Engelman: *i.m.*, 211.

²²² A törvény szövegének és a racionális az elsődlegességét többek között nem kisebb tekintélyek hangsúlyozták, mint Benedict Carpov, *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium Quaestionum fere universarum in materia cuiusque generis homicidiorum... exhibens*, Wittenbergae 1646. és Samuel Stryk, *Specimen usus modernus pandectarum*, ??, 1738. 66. című, korszakos műveikben.

²²³ Maga Duck is, aki a *communis opinio* hatályát teljes mértékben elismeri jelzi, hogy vannak olyanok, akik a jogtudósok közötti vitákat figyelmen kívül hagyva egyedül a törvények szövegét fogadják el jogalkító tényezőnek. Duck. 4. 122,sk.

²²⁴ „*A sententia communi, nisi ei sit contrarius textus et evidens ratio, non facile descendendum*” Vö. *Johannis Brunnemanni Jcti. Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum, Opus Theoretici-Practicum, Ab ipso Autore Recognitum, Legum plurimarum, in priori editione ommissarum* ..., Wittebergae et Berolini, 1701⁵, 11. Még Brunemann véleménye szerint a *communis opinio* hoz való igazodás kifejezetten a jogbiztonságot szolgálja.

²²⁵ Jan Schröder: *i.m.*, 409. o.

²²⁶ Stefan Althaus: *i.m.*, 70. o

²²⁷ H. Krause: *Gewohnheitsrecht, in: Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte I.* ??, 1971. 1681. és köv. hasábk.

²²⁸ Ezt veszi majd át a porosz ALR 6. szakasza

egyedül ő testesíti meg a jogalkotó hatalmat. Ez a politikai támadás a *communis opinio* ellen nagyban hozzájárult a tekintélyellenes filozófia gyors recepciójához a jogászok között.²²⁹

Ugyanakkor a felvilágosodás is, mely az ésszerűség primátusát hangsúlyozva minden tekintélyt kritikusan szemlélt, hozzájárult – mint láttuk – ehhez a megközelítéshez. A felvilágosodás híveinek igencsak csípte a szemét a korábbi századok tekintélyelvűsége, amely *communis opinio doctorum* fogalmának és konstrukciójának alapját képezte. A kritikában ugyanakkor kezdettől fogva szerepet játszott az a gyakorlati érv is, hogy a *communis opinio doctorum* jogbizonytalansághoz vezet, mivel az uralkodó tan megállapítása mind elméletileg, mind gyakorlatilag nagy nehézségekbe ütközik. A jogtudósok hamar felismerték a veszélyt, hogy a képzetlen és rossz bíró könnyen befolyásolható a tekintélyek ügyes felhívásával.²³⁰ Ezt hangsúlyozandó gyakran utaltak dilemmára, amely akkor állt fenn, ha egy *communis opinio* nak feltüntetett nézettel szemben egy ugyancsak általánosan elfogadott megoldásra hivatkozott az ellenérdekű fél. Végül azt is megkérdőjelezték, hogy egyáltalán kialakítható lenne a *communis opinio* nak egy elfogadható fogalma, mint azt Glück a XVIII. század végének egyik legfontosabb tudományos munkájában kifejtette.²³¹

De a *communis opinio* , mint a a jogszolgáltatásban, kétséges jogi kérdések eldöntését elősegítő eszköz szerepét sem az abszolutizmus, sem a felvilágosító racionalizmus nem tudta megszüntetni.²³²

Igaz, a *communis opinio* tájékozódási pont jellege ezek után már csak bizonyos szakmai erkölcsi jellegre redukálódik: A szerény és jó bíró nem tér el jó ok nélkül az elfogadott tanoktól. Ha valaki mégis szembehelyezkedik az uralkodó tannal, ez már csak egyre ritkábban jár bizonyos szankciókkal. A felfogás, amely *communis opinio* nak a szokásjoghoz hasonló hatályt tulajdonított általánosan elvetésre kerül és a nézet is, mely szerint a *communis opinio* helyessége mellett vélelem szól egyre inkább kikopott az irodalomból.²³³ Németországban azonban – egyetlen jogkövetkezményként – még sokáig tartotta magát az nézet, hogy ilyen esetben a vesztes fél megszabadul az eljárási költségek megfizetése alól, de utóbb ezt a nézetet is mindinkább elvetették, és a XIX. században teljesen kiszorult a tankönyvekből.²³⁴

A *communis opinio* jelentőségének csökkenéséhez a jogtudományon belül nagymértékben hozzájárult az az ellentmondás, hogy egyrészt a *communis opinio* (vélelmezett) jogi kötelező erejét tanították, ami ahhoz vezetett, hogy a

²²⁹ Jan Schröder: *i.m.*, 416. o.

²³⁰ Már Coratius is, *i.m.*, no. 11. Vö. Althaus 69.

²³¹ Christian Friedrich Glück: *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld* , Erlangen: J.J. Palm, 1797 221. o.

²³² Jan Schröder: *i.m.*, 416-417. o.

²³³ Bár a 19. században Sylvester Jordan még mindig ezt a nézetet képviselte. Kifejezetten kijelentette, hogy az uralkodó vélemény mellett a helyesség vélelme szól. Vö. Sylvester Jordan: Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte. in *Archiv für civilistische Praxis* 8 (1925) 260. o.

²³⁴ Stefan Althaus: *i.m.*, 68. o.

joggyakorlatnak érdeke volt a kötelező erejű vélemény helyes megtalálása, másrészt azonban a jogászok nem voltak abban a helyzetben, hogy megfelelő, világos és megbízható mércét dolgozzanak ki a a mindenkori közös vélemény megtalálásához.²³⁵

Ez az ellenmondás feloldhatatlannak bizonyult, mivel a *communis opinio* fogalmáról folytatott vita szükségszerűen nem vezetett használható eredményre. A javasolt fogalmak egyrészt túlságosan tágak voltak és így túlságosan sok teret engedtek a szubjektív értékelésnek (így például a szerzők száma és tekintélye szerinti megítélés), másrészt gyakorlatilag voltak használhatatlanok, mint amilyen az az elvárás volt, hogy valamennyi, adott kérdésben tett nyilatkozatot figyelembe véve a számszerűleg többségben lévő ismerjék el általános véleménynek. Hasonló eredményre vezetett a *communis opinio* és a *Glossa* illetve egy jelentős jogtudós műveinek azonosítása is, mivel ez a fogalom túl kevés esetet fedett le és megakadályozott mindenféle fejlődést. Ugyanígy reménytelen volt az a meghatározás, hogy „*communis*”-nak az a vélemény tekintendő, amit mindenki egybehangzóan képvisel, mivel így csak a tényállások igen kis hányadára lehetett volna megállapítani az általánosságot.²³⁶

Nem meglepő, hogy ezen nehézségek miatt, abban a kérdésben sem alakult ki egyetértés, hogy miként kellene a *communis opinio* t definiálni, tehát magában ebben a kérdésben sem jött létre *communis opinio*. Ennek az lett a következménye, hogy a jogtudósok műveikben és előadásaikban nagyon eltérő fogalmakból indultak ki és ezért a *communis opinio* megjelölés nem lehetett egységes.²³⁷

DOCTRINA IURIS

A XIX. századtól a *communis opinio* helyére a jogtudomány általános tekintélye lépett. Így bár Savigny tagadta, hogy a jogtudományi-elméleti munka a jogforrások közé lenne sorolható, de elismerte a jogtudomány nagy tekintélyét. Véleménye szerint mindig is lesznek olyan képzett jogászok, hivatalnokok, akik nem tudnak kialakítani saját véleményét egy adott új álláspontról vagy jogi {152} megoldásról. Ezek számára nemcsak természetes, hanem egyenesen elvárt, az hogy bizonyos tekintélyeket kövessenek. Ez nem kényelemszeretetből történik, hanem éppenséggel a jogbiztonság érdekében. A tekintélyen nyugvó megfelelő álláspont felismerésének azonban nem lehetnek általános és formális szabályai.²³⁸

Savigny álláspontjával – e téren is – szöges ellentétben volt a konzekvensen pozitivistá felfogás, mely szerint a szó szoros értelmében vett tudomány számára nem maradt semmilyen szerep. Ezt a Code Civil után szállóigévé vált francia szólás

²³⁵ Stefan Althaus: *i.m.*, 71. o.

²³⁶ Stefan Althaus: *i.m.*, 71. o.

²³⁷ Stefan Althaus: *i.m.*, 71. o.

²³⁸ Friedrich Carl von Savigny: *System des heutigen Römischen Rechts*, I. ??Berlin: Veit, 1840 (utánnnyomás Aalen: Scientia, 1974), 88. o.

is igazolja: „*Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoleon*”!²³⁹. Ha elfogadjuk a törvény kizárólagos forrás jellegét, akkor a joggyakorlatnak, a jogtudománynak (a doktrínának) sem tulajdoníthatnánk a jogforrás tekintélyét.

A felvilágosodás sajátjaként ez a törekvés már az ALR 6. szakaszában is felfedezhető volt, mivel az így szólt: „A jövőbeli ügyek eldöntésénél a jogtanárok véleményére, vagy a bírák régebbi ítéleteire nem szabad tekintettel lenni.”²⁴⁰

Köztudott, hogy az abszolutizmus és a felvilágosodás sodrában, a korai nagy kodifikációk hatására Németország más részein is felmerült a magánjog kodifikációjának a lehetősége és igénye. A Thibaut²⁴¹ által a jogi széttagoltság megszüntetése egyedüli eszközének tekintett kodifikáció ellen Savigny lépett fel.²⁴² Savigny felimerte, hogy a magánjog kodifikációja felellegessé tenné a jogtudományt, mint jogforrást, és jogászok feladata az eddigi jogteremtésről (*interpretatio*) a jog puszta alkalmazására redukálna. Ebből a szempontból értehető a történeti jogi iskola kodifikáció ellenes álláspontja. hiszen a joganyag kodifikálása (vagyis a politika törvényhozási monopóliuma) fenyegette a jogászok hagyományos pozícióját és szerepét. A kodifikáció ilyen szempontból tulajdonképpen nem tekinthető másnak, mint a jogászok jogteremtő szerepe „kisajátításának”. A jogászok feladata csupán az adott tételes jog alkalmazására korcsosult ezáltal.²⁴³

A jogtudomány fejlődése jellemző módon azt mutatja, hogy mindazon a helyeken, ahol a jog kodifikálva lett, a jogoktatás egy tiszta exegéta-iskolává {153} „korcsosult” (pl. École de l'exeges, Exegetische Schule des AGBG). A XIX. században csak ott maradt meg a jogtudomány magasabb szinten, ahol még nem következett be a kodifikáció. (Németországban a BGB életbelépétségéig,²⁴⁴ és ide sorolható Magyarország is a magánjogi kodifikációig)

A jogtudomány – kodifikáció utáni – kiemelt szerepét egyedülállóan példázza az 1912-ben életbe lépett svájci Polgári Törvénykönyv (ZGB) 1. szakasza.

A 1. szakasz III. bekezdése a törvény, a szokásjog és a bírói jog mellett a jogtudományt csak érintőlegesen, mint a jogtalálás segédtudományát említi. Az

²³⁹ Eugen Bucher: Rechtsüberlieferung und heutiges Recht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2000. 449. o.

²⁴⁰ „*Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder auf ältere Aussprüche der Richter, soll bey künftiger Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden*.” [A jövőbeli ítéleteknél a jogtudósok véleményére vagy a bírák régebbi ítéleteire nem szabad tekintettel lenni] A porosz kodifikáció – a kor jogászellenes mozgalmának sodrában – a jogászok, mint szakma tudatos kiküszöbölését is célul tűzte. A porosz király már 1780-ban megfogalmazta a következőket: „A kodifikáció sok jogászt megfoszt majd a kenyerétől. Ez azonban nem érdekes, ha sikerül jó művészeket és iparosokat faragni belőlük.” Vö. Pio Caroni: *i.m.*, 55.

²⁴¹ Anton Friedrich Thibaut: Über die Nottwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelberg, 1814. (utánnyomás: Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959)

²⁴² Friedrich Carl von Savigny: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814. (utánnyomás: Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959)

²⁴³ Pio Caroni: *i.m.*, 55. o.

²⁴⁴ Pio Caroni: *i.m.*, 55. o.

Eugen Huber (1849-1923)²⁴⁵ által készített első ZGB-javaslatban a jogtudomány – a törvény és a szokásjog mellett – még a harmadik jogforrás szerepét kapta, kizorítva a bírói jogot. Huber felfogása jól tükrözte az akkor széleskörben elfogadott álláspontot. A törvénykönyv előkészítő munkálatai során azonban egy másik felfogás jutott uralomra, amely a jogtudományt segédtudományi szintre szorította vissza.

A végül hatályba lépett változat szerint törvényi előírás hiányában a bírónak a szokásjog alapján, ennek hiányában azon szabály szerint kell döntenie, amelyet törvényhozóként megállapítana az adott esetre. Ezem álláspont kialakítása során a tudományos tanokat és hagyományokat (*Lehre und Überlieferung*) kell követnie. Eszerint a tudomány és a hagyomány szub-szubszidiárius jogforrásként szerepel a szokásjog hallgatása esetén. A tudomány, vagyis a doktrina és a tudományos irodalom – törvényen túli jogforrásként való – figyelembe vételének lehetősége tehát elég jelentős, és jogos, hiszen ez visszaadja a kontinentál-európai jogi hagyományok lényegét.²⁴⁶ A ZGB 1. szakaszának mértékadó kommentárja szerint²⁴⁷, a bíró az alábbi nem törvényi szempontokat, tényezőket hívhatja segítségül (inspiratív másodlagos jogforrás funkciójában) ítélete meghozatalánál és indokolásánál: jogösszehasonlítás, jogtörténet, tervezett törvénymódosítások, a dolog természete, általános jogelvek, jogi közmondások. Bucher ehhez még két tényezőt sorol hozzá: a bírósági *praejudicium* okat és a tudományos-doktrinális állásfoglalásokat. Véleménye szerint mindkettő a legtöbb országban a quasi-jogforrás hivatalos státuszát nyerte el. Szerepük megkérdőjelezhetetlen, és sok helyen nem megengedett, hogy figyelmen kívül {154} hagyják őket, különösen akkor, ha a jogszolgáltató indokolás nélkül helyezkedik szembe velük.²⁴⁸

²⁴⁵ Andreas Hubli: Huber, Eugen. in Michael Stolleis (hg.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike zum 20. Jahrhundert*. München: C.H.Beck, 2001. 309. o.

²⁴⁶ *Überlieferung* alatt ma a bíróságok gyakorlatát értik, amit a ZGB hivatalos fordításainak szóhasználat is visszaad (*Jurisprudence, giurisprudenza*). Bucher ezzel szemben *Lehre und Überlieferung* szókapcsolatot a jogi hagyományok (Rechtsüberlieferung) fogalmával azonosítja., vagy elfogadja a *Lehre* = doktrina az aktuális joghoz, és *Überlieferung* = doktrina a korábbi korszakok jogához. Mindkét megfeleltetést elfogadhatónak tartja, még ha nem is az egyetlen lehetséges megoldásnak. Mindenesetre ezen „jogforrásoknak” nem szabad ma túlságosan nagy jelentőséget tulajdonítani, de mindenképpen számolni kell velük. Vö. Eugen Bucher: *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2000) 432. és köv. o.

²⁴⁷ Arthur Meier-Hayoz: *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, I/1, Bern: Stämpfli, 1962, Nr. 353-416.

²⁴⁸ Eugen Bucher: *i.m.*, 453. o.

DIE HERRSCHENDE MEINUNG

Mindazonáltal a szakemberek egybehangzó véleménye helyességének elfogadása, illetve helyesége melletti vélelem nem hiába tartotta fenn magát kétezeréven át. Lehet, hogy a tudományos vitákba már nem fér bele a tekintélyekre való hivatkozás, de a mindennapi életben és így a jogéletben is nélkülözhetetlen.

Jogos a kérdésfelvetés, hogy a jogi gyakorlatban nem lehet-e minden további nélkül legitimnek tekinteni a „vulgáris” helyességi vélelem alkalmazását, amely a jogász szakemberek által képviselt uralkodó véleményben (a német jogi nyelvben: herrschende Meinung – hM) testesül meg? A kérdés különösen a bíró jogtalálás, jogalkalmazás körében merül fel. Bár tudományosan képzett személyek végzik az igazságszolgáltatást, és így elvárható lenne tőlük tevékenységük tudományos, szakmai megalapozottsága. Másrészt azonban tevékenységük nem tisztán kontemplatív, tudományos jellegű, hanem gyakorlati. A legfontosabb különbség a bíró és a „tisztá” jogtudós között, hogy a bírónak egy meghatározott időn belül meg kell oldani az elékerülő esetet, döntenie kell, míg a tudós előadásában és tankönyveiben egy vitás kérdést nyugodt lelkiismerettel nyitva hagyhat. Minden attól függ tehát, hogy a bíró tevékenységben inkább a „tudományos” vagy inkább a „gyakorlati” oldal a túlnyomó jellegű.²⁴⁹

A jogtudósok egybehangzó véleményének szerepét a 20. század végén Franz Bydlinski szintén védelmébe vette, és elsősorban a jogbiztonság és az egyenlő elbírálás elvével magyarázza álláspontját. Ezek valóban figyelembe vehetők, mint kiegészítő szempontok, de nem rejthetik el azt a tényt, hogy az uralkodó vélemény követése a jogéleten kívül is – vagyis más gyakorlati tudományágakban, ahol a jogbiztonság és az azonos elbánás elvei meg sem jelennek – megfelel a gyakorlati ésszerűség követelményének.²⁵⁰ És még inkább így van ez a gyakorló jogászok életében.

Ezen problémakört a német jogtudomány az uralkodó vélemény (herrschende Meinung) fogalmával írja körül. Az uralkodó vélemény nem más, mint az irodalomban és a jogszolgáltatásban túlnyomórészt képviselt felfogás egy bizonyos jogi kérdéssel kapcsolatban. Ez a felfogás bizonyos értelemben önállósodott, mert nem lehet egy konkrét személyhez rendelni az adott megnyilatkozást. Más véleményekkel szemben uralomra tör, uralmi (egyeduralmi) igénnyel jelentkezik, vagyis elvárja, hogy kövessék.²⁵¹ Az uralkodó véleményről csak abban az {155} esetben beszélhetünk természetesen, ha nyilvánosságra van hozva, vagyis publikálva van. Csak nyilvánosságra hozott vélemények jelenhetnek meg a jogi eszmecserékben. (Kis kivételt jelenthetnek az egyetemi professzorok szóbeli

²⁴⁹ Jan Schröder: *i.m.*, 417-418. o.

²⁵⁰ Franz Bydlinski: Hauptpositionen zum Richterrecht. in *Juristenzeitung* (1985) 152. o.

Zimmermann: *i.m.*, 98. o. és köv. o.

²⁵¹ Rita Zimmermann: *i.m.*, 27. o.

egyetemi és tudományos előadásai.) Az uralkodó vélemény azonban – a dolog természeténél fogva – túlnyomórészt írásban közölt, nyilvánosságra hozott véleményekből alakulhat ki. Ennek fórumai: ítéletek, ítéleti megjegyzések és kommentárok, cikkek, jogi szakvélemények, monográfiák és jogszabály (kódex-) kommentárok. (A standard kommentároknak nagy szerepe lehet az uralkodó vélemény kialakulásában)²⁵²

Ma egy német jogász, aki egy kissé is bonyolultabb jogi problémával találja magát szembe, nagy valószínűség szerint a Palandt-ot veszi elő, de nem azért, hogy a BGB szövegét olvassa, hanem azért, hogy a fennálló irodalmi állásfoglalásokat és a prejudiciumokat megismerje. Egy ilyen művelet során a BGB törvényszövegének nincs egyéb funkciója, mint hogy mutassa az említett paratörvényi információkhoz való eljutás útját. A BGB a mai helyzetben ugyan megtarja jelentőségét, mint általános alap és további megfontolások kiindulópontja, de már nem tekinthető igazán ügydöntő jogforrásnak és a jogászok nem is tekintik már annak. Nem is akadna ma már olyan magánjogász, aki a BGB tekintené az egyedül mérvadó magánjogi forrásnak tekinteni, még olyan kérdésben is, ami pedig szabályozva van a törvénykönyvben.

Amennyiben tehát az eljárási szabályok illetve a hagyományok azt nem zárják ki, nagy szerepet kapnak a bírói ítéletek megalapozásában a tudományos vélemények és méginkább a (saját vagy idegen) *praejudicia* ok és ez bizony nem egyeztethető össze a törvény (az arra alkotmányosan feljogosított jogalkotók által alkotott jog) kizárólagosságával.²⁵³

Az uralkodó vélemény fogalmát meg különböztetik az uralkodó tantól (*herrschende Lehre*), ami nem más, egyedül a tudományban, vagyis a jogi irodalomban megjelenő uralkodó felfogás bizonyos jogi kérdésekkel kapcsolatban. A német felfogás szerint akkor kaphat jelentős szerepet, ha a mérvadó vélemények az irodalomban és a jogszolgáltatásban eltérőek.²⁵⁴

Pokol Béla szintén elválasztja egymástól az uralkodó tan és az uralkodó vélemény fogalmát, tulajdonképpen Zimmermann megkülönböztetését követve: Az „uralkodó tan” tiszta jogtudósi termékként és az ezt reprezentáló szerző vagy szerzők azonosításával terjedt el a joggyakorlatban. Az 1900-as évektől kezdve, ahogy a fogalomjogászat és vele a tisztább jogtudósi dominancia háttérbe szorult és a felsőbb bíróságok jogalakító szerepe nőtt meg velük szemben, az uralkodó tant az „uralkodó vélemény” („*herrschende Meinung*”) váltotta fel. És ez már a bírói gyakorlat által befogadott jogtudósi véleményt jelzi.²⁵⁵ {156}

Ugyanakkor az uralkodó véleményt el kell határolni az uralkodó joggyakorlattól is, amely utóbbi fogalom az ítélkezésben kialakult és elfogadott felfogást jelenti. Az „állandó ítélkezési gyakorlat” (*ständige Rechtssprechung*) és a „megszilárdult

²⁵² Rita Zimmermann: *i.m.*, 29. o.

²⁵³ Eugen Bucher: *i.m.* 451. o.

²⁵⁴ Rita Zimmermann: *i.m.* 25. o.

²⁵⁵ Pokol Béla: A jog elmélete. Budapest: Rejtjel, 2001, 231. o.

ítélkezési gyakorlat” (gefestigte Rechtssprechung) fordulatokat használják ezen jelenség megjelölésére. Magyarországon inkább ez létezik. Az uralkodó véleménytől elvárt, hogy az irodalomban a mérvadó szerzők véleménye és a felsőbb bíróságok ítéleteiben megjelenő állásfoglalások egybe csengjenek.²⁵⁶

Az uralkodó vélemény és az uralkodó tan jelenségeinek – melyeknek Magyarországon is egyre nagyobb jövőt jósolnak – elemzése, bár a *communis opinio doctorum* mal rokonságot mutató jelenségek, jelen történeti irányultságú tanulmány keretein túlmutatnak és jogdogmatikai és jogszociológiai elemzők tollára várnak. Ezen jelenségekkel kapcsolatban még egyébként sem beszélhetünk *communis opinio* ról sem a német, sem amagyar jogtudományban.

²⁵⁶ Rita Zimmermann: *i.m.* 25. o.