

Diszkrimináció a római jogban

ABSTRACT

This paper explores some form of discrimination in Roman law. It understands discrimination as a special form of preference. For this reason, its methodology makes use of the law and economics approach. First, it tackles the problem of the difference between the salaries of employees belonging to different genders and later argues that the presumed hierarchy within the ancient Roman marital relationships was not that simply granted as former scholarship assumed. The second main topic is racism. In this part of the essay, the System 1 and 2 thinkings are introduced as explanatory devices. Linked to this approach based on thinking fast and low, the paper gives a new interpretation to a famously enigmatic fragment about the so-called Saufei-us-affair. In the closing section, it briefly describes a few examples of what we can qualify as ancient Roman 'affirmative actions'.

Keywords: affirmative action ■ discrimination ■ racism
■ System 1 and System 2 thinkings

A diszkrimináció lényegében egy preferencia.^[1] Tény, hogy mindenkor akadnak olyanok, akiknek az a preferenciája, hogy nem akarnak idegen származású emberekkel dolgozni. A neoklasszikus közgazdaságtanban elméletileg nem értékelik a preferenciákat, de ez ebben az érzékeny esetben nehezen tartható. Ezért a szakirodalomban többnyire nem is a preferencia kifejezést használják, hanem valamilyen más szót használnak. Az angol szakirodalomban például azt, hogy *taste*, ami ízlést vagy gusztust jelent. Ezzel próbálják feloldani az elmélet preferencianeutralitása és ideológiai háttere közti feszültséget. Mindez azonban csak egy retorikai eufemizmus. Ilyen eszközökkel, azaz egy, a diszkriminációt leplező, elfogadható narratíva felkínálásával már a rómaiak is operáltak.

[1] Greenwald – Krieger, 2006.

Diszkriminációra több formában, számos tulajdonság mentén sor kerülhet. A legérdekesebbek és a leggyakoribbak a nemi alapú, az etnikaihoz tartozás-alapú és az életkor alapú hátrányos megkülönböztetések. Nézzük elsőként a nemi alapú diszkriminációt!

Mi az oka vajon annak, hogy a nők általában kevesebbet keresnek a férfiaknál? Vannak mérések, amelyek szerint ugyanabban a munkakörben egy nő a férfi fizetésének mindössze a kétharmadát kapja meg.^[2]

Posner szerint a férfiak és nők közötti fizetésbeli különbség racionálisan arra vezethető vissza, hogy a nők kevesebbet^[3] fektetnek piaci alapú emberi tőkéjükbe a férfiaknál.^[4] Mivel kevesebb ilyen tőkét halmoznak fel, ezért a tőke hozama, jelen esetben a fizetés is alacsonyabb.^[5]

A rómaiak természetesnek tekintették a nemi alapú diszkriminációt, mégis reflektáltak rá. Amint Papinianus fogalmazott, „jogunk számos rendelkezése szerint a nők helyzete rosszabb, mint a férfiaké”.^[6] Ennek oka talán a női akaratgyengeség (*animi levitas*) lehet, legalábbis Gaius ezzel indokolja, hogy miért állnak még a nagykorú nők is gyámság alatt.^[7] Más források a női nem gyengeségére (*infirmitas, fragilitas* vagy *imbecillitas sexus, animi levitas*) utalnak.

Látnunk kell, hogy ez az értékítélet egyben hatalmas kérdés is. Elképzelhető ugyan, hogy a nők természetüknél fogva bizonyos értelemben könnyelműbbek, de az erre vonatkozó értékítélet olyan alapon állva fogalmazódott meg, amelyet férfiszempontok alakítottak ki. Ha egy tulajdonságot adott társadalmi szempontok alapján negatívként értékelnek, az nem csupán az ítélet tárgyáról, de magáról az ítélező helyzetéről is sokat elárul. Elképzelhető lenne olyan társadalmi kontextus, amelyben a női „könnyelműséget” pozitív tulajdonságként lehetne minősíteni. Ugyanakkor a római jog következetes volt annyiban, hogy a női nem gyengesége nemcsak jogkorlátozó intézkedésekben öltött testet, hanem nagyobb jogi védettség indokál is szolgálhatott.^[8] Így például a jogban való tévedés bizonyos esetekben nem okozhatott a nőknek érdeksérelmet, például, ha emiatt követtek el egy magánbűncselekményt.^[9] A római források így felhívják a figyelmet arra a tényre, hogy a diszkrimináció alapvetően két szinten valósulhat meg. Rendszerszintű diszkrimináció történik akkor, amikor a személyek egy csoportjára (például a nőkre) általában jellemző tulajdonságot károsként értékelnek. Itt az értékelés alapja, a minősítés konkrét értékbázisa diszkriminatív.

[2] O’Neill, 1990, 25–26.

[3] Ld. Mincer – Polachek, 1974.

[4] Posner, 2003, 356.

[5] Mincer, 1982.

[6] Papinianus D. 1, 5, 9. A fordítás Péter Orsolyától származik. Ld. Péter, 2008, 77.

[7] Gaius 1, 144.

[8] Ulpianus D. 16, 2, 2.

[9] Paulus D. 22, 6, 9pr. Érdekes, hogy Paulus e szövegben nem utal a nők szerződés-kötéssel kapcsolatos jogbeli tévedésére (ld. Kaser, 1971, 242.) és a standard tankönyvek sem adnak részletesebb felvilágosítást.

Másrészt rendszerimmanens hátrányos megkülönböztetés valósulhat meg akkor, ha a negatívként felfogott tulajdonsághoz csak hátrányokat fűznek, és nem kapcsolnak hozzá védelmi jogosítványokat. Ekkor a már a rendszerszinten megtegyt minősítés következményeit vonják le hátrányosan és egyoldalúan.

A nemi diszkrimináció egy fontos – és évezredek óta elterjedt – alesetének tekinthető, ha a férj és feleség viszonya hierarchikus. Ezt a problémát taglalja^[10] Ulpianus. A forráshely értelmében a jó erkölcsökbe ütközik, és ezért érvénytelen az a megállapodás, amelyben a férj lemondott arról a létfenntartását biztosító összegről, amelyet egyébként a válás után is megtarthatott volna a felesége számára visszaadandó hozományból.^[11] Mint láttuk, az indokolás meglehetősen összetett: három, hierarchikus rendbe szervezett arisztotelészi szillogizmusból áll. Az alsóbb szintű érvelés konklúziójából a felsőbb szintű érvelésben premiszsa minor lesz. Így egy összetett érvelési láncolat jön létre: a megállapodás sérti a férjek iránt tanúsítandó tisztelet (*reverentia*)^[12] követelményét, ezért a jó erkölcsökbe ütközik, és így jogilag nem kikényszeríthető.

Van itt azonban egy bökkenő. E szép érvelési felépítmény igen ingoványos talajon áll. Inkább idealizált feltevés, mint társadalmi realitás volt,^[13] hogy a válófélben lévő feleségek a férjük iránt érzett tiszteletből nem hagyják őket teljesen elszegényedni.^[14] Ilyen társadalmi gyakorlat nem létezett, azt csak fokozatosan a bírói gyakorlat alakította ki.^[15] Nem a feleségek, hanem a bírák mentették meg a férjet az éhezéstől.^[16]

Ha újra elolvassuk a szöveget, azt is láthatjuk, hogy a tisztelet erényét nem a feleség magatartása, hanem maga a *pactum* sérti. A *pactumot* azonban két fél, a férj és a feleség konszenzuális alapon kötötte meg!^[17] Ebben a megközelítésben a szöveg egyáltalán nem a férj hatalmi pozícióját támasztja alá, ahogy azt a pandektisztikában számos szerző^[18] prekonceptiózus olvasata érteni vélte.^[19] Épp ellenkezőleg: a házasságban mindkét fél kölcsönös tiszteletadással tartozik a másik irányába.^[20] Ha egy adott megállapodás tiszteletlen, akkor nemcsak a konkrét feleség, hanem a konkrét férj sem nőtt fel a feladatához. A férj nem érdemel dicséretet azért, mert önfeláldozó módon igyekezett a feleség teljes

[10] Ulpianus D. 24, 3, 14, 1.

[11] Guarino, 1941, 5.

[12] Buckland, 1931, 58.; a *reverentia* utóéletéhez ld. Duncker, 2003, 385.

[13] Ugyanakkor a *beneficium* intézménye megfelelt a római mentalitásnak. Ld. Grimal, 2017, 142.

[14] A *beneficium competentiae* igen széles szakirodalmából ld. Pampaloni, 1898, 59.; Litewski, 1971, 469.; Zanzucchi, 1916, 61.; De Bernardis, 1958, 34.; Arangio-Ruiz, 1930; Solazzi, 1960, 463.; Marrone, 1976, 5.; Gildemeister, 1986, 144.

[15] Rodríguez, 2012, 109.

[16] I. 4, 6, 37; Pomponius D. 24, 3, 18, 1; Modestinus D. 42, 1, 20; Paulus D. 42, 1, 23; Pomponius D. 42, 1, 24; Tryphoninus D. 42, 1, 52; valamint C. 5, 13, 1pr. és 7.

[17] Ld. Frier – McGinn, 2004, 99.

[18] Pl. Böcking, 1862, 169-170.; Vering, 1865, 314.; Keller, 1866, 185-186.; Sintenis, 1860, 4-8.

[19] Erről összefoglalóan ld. Duncker, 2003, 397-398.; Schmidt, 1973, 47.

[20] Ezt az értelmezést erősíti Paulus D. 25, 2, 3, 2.

hozományát visszafizetni. Épp ellenkezőleg. Ez a jellemgyenge, érzelgős férfi nem nőtt fel ahhoz a tisztességhez, ami a római férjeket megilleti. A férjek (*maritis*) többes számú (*dativus*) alakja egyértelművé teszi, hogy itt egy általános mércéről van szó. Azáltal, hogy a megállapodást jogilag nem kikényszeríthetőnek tekintették, a konkrét férj akarátát is megíúsították, annak érdekében, hogy a férjek és feleség között általában érvényesülő, hierarchikus rezsim fennmaradjon.

Fontos körülmény továbbá, hogy a fenti esetben a férj és a feleség közt létrejött megállapodás mint magántörvény (*lex privata*) sem ronthatta le a viszonyokra vonatkozó erkölcsi normákat. Ha a modern alapjogi védelem gondolatának előzményeit keressük a római jogban,^[21] véleményem szerint itt érdemes elidőznünk. A római alapjogi védelem nem egyszerűen az állammal szembeni védelem volt, hanem egyben magával a joggal szembeni védelem is. Ez azonban nem bizonyos jogosultságok magánszemélyek közti érvényesülését (*unmittelbare Drittwirkung*)^[22] jelentette. Célja inkább az volt, hogy a magánszemélyek egyező akarattal se tudják a jog normatív erejét az erkölcsi viszonyok lerontására felhasználni. Alanya nem az egyén, hanem az egyének élő erkölcsi közege volt.

Térjünk át most az etnikai diszkrimináció kérdéskörére!

Behaviorista szempontból a rasszizmusnak két fajtáját különböztetik meg, a tudatos és tudattalan rasszizmust. Az utóbbit az angol szakirodalomban az *implicit bias* kategóriája alatt tárgyalják.^[23]

A tudattalan rasszizmus a gyors gondolkodás, a tudatos rasszizmus pedig a lassú gondolkodás terméke. Amikor egy reflektálatlan rasszista reakciót produkálunk, az a gyors gondolkodás (a továbbiakban: *System 1*) terméke, amikor pedig tudatosan vagyunk rasszisták, vagy pedig tudatosan elnyomjuk rasszista hajlamunkat, a lassú gondolkodás (a továbbiakban: *System 2*)^[24] működik. A szakirodalom összekapcsolja a tudatos, illetve tudattalan rasszizmust a lassú és a gyors gondolkodással.^[25]

Nézzünk egy konkrét példát arra, amikor egy római jogi jogeset kapcsán a *System 1* és *System 2* gondolkodás élesen elkülöníthető egymástól!

„In navem Saufei cum complures frumentum confuderant, Saufei us uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud

[21] Erre tesz kísérletet pl. Honoré, 2002; Bauman, 2000.

[22] Erről részletesebben ld. Lübke-Wolff, 1988; Poscher, 2003.

[23] Ld. Jolls – Sunstein, 2006.

[24] Kahneman, 2013, 20–24. Az elmélettel kapcsolatban ld. még Chaiken – Trope, 1999.

[25] Ld. Greenwald – Krieger, 2006.

quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. Secundum quae videri triticum factum Saufei et recte datum. Quod si separatim tabulis aut Heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam debere) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum”.[26]

„Mután Saufeius hajójába többen gabonát ömlesztettek össze, Saufeius egyiküknek a neki járó részt visszaadta a közösből, és a hajó elsüllyedt: kérdéses, hogy a többiek az ő gabonarészéért a hajóssal szemben fel tudnak-e lépni az eltérített rakomány miatti keresettel (*actio oneris aversi*). A jogi válasz az, hogy a dolgok bérlete kétfajta, vagy ugyanazt kell visszaadni (például mikor egy ruhadarabot adunk át a tisztítóknak tisztításra) vagy ugyanabból a dologfajtából kell visszaadni (például mikor egy ezüsttömböt adunk át az ötvösnek, hogy vázát készítsen, vagy aranyat, hogy gyűrűt): az előbbi jogcím alapján a dolog a tulajdonosé marad, az utóbbi esetben kötelmi teher mellett az átvevőé lesz. Ugyanez a jogi helyzet a letét esetében: ugyanis ha valaki készpénzt úgy helyezett letétbe, hogy azt se le nem zárta, se le nem pecsételte, de leszámolta, az, akinél elhelyezte, semmi másra nem köteles, mint hogy ugyanakkora összeget adjon vissza. Ebből kifolyólag úgy tűnik, hogy a gabona Saufeiusé lett és jogszerűen adta ki azt. Azonban, ha a gabona falapokkal elválasztva, vagy zsákokban, vagy kinek-kinek külön, zárt hordókban lett volna elkülönítve, úgy, hogy meg lehetett volna különböztetni, melyik kié, nem cserélhetjük fel azt, de az, akié a gabona volt, amelyet a hajós szállított, visszakövetelheti. És ebből kifolyólag az eltérített rakomány miatti kereset nem alkalmazható: mivel vagy ugyanabból a dologfajtából állanak az áruk, amelyeket a hajósnak átadtak, hogy az rögvést a hajósé legyen és a kereskedő annak hitelezőjévé váljon, [és ezért] nem úgy tűnik, hogy a rakomány el lett volna térítve, hiszen az a hajósé lett: vagy ugyanazt a dolgot, ami átadásra került, kell visszaadni, [és ekkor] a bérbeadó a lopás keresetével élhet, és emiatt a rakomány eltérítése miatti kereset felesleges. De ha a [dolgot] úgy adták át, hogy azonos fajtájú dologgal lehet teljesíteni, a bérlő csupán gondatlanságért (*culpa*) felel (ugyanis amikor mindkét fél érdekében szerződnek, gondatlanságért kell felelni), és semmiképpen sem számít gondatlanságnak, hogy az egyiküknek visszaadott a gabonából, mivel szükségszerű volt részéről, hogy valakinek elsőként adjon vissza, jóllehet így az ő helyzetét előnyösebbé tette, mint a többiekét.”

[26] Papinianus D. 19, 2, 31.

Az első, egyetlen mondatból álló rész a tényállás sommás foglalata: Saufeius hajójába többen gabonát ömlesztettek.^[27] A hajós a közös rakományból az egyiküknek visszaadta az őt megillető részt, majd a hajó elsüllyedt.

A második részben Paulus ismerteti a jogkérdést, hogy vajon a többi kereskedőt megilleti-e az *actio oneris aversi* elnevezésű kereset a hajóssal szemben.

A harmadik részben a jogtudós e fenti jogkérdés megválaszolása érdekében két, egymást kiegészítő analogikus érvet sorakoztat fel. Az első, a *locatio conductio*ra vonatkozó példa azt hivatott alátámasztani, hogy a helyettesíthető dologból álló rakomány formális értelemben átment a hajós tulajdonába.^[28] Ez a tulajdonosi státusz^[29] azonban nem abszolút hatalmat, hanem kötelmi jogi teherrel járó tulajdonjogot^[30] jelentett (*in creditum iri*).^[31] Ez a hatalmi pozíció^[32] többek között feljogosította a hajóst arra, hogy a rendeltetési kikötőben^[33] a kereskedők között, a megfelelő részarányban szétossza a gabonát.^[34] A második, letétre vonatkozó analógia^[35] azt illusztrálja, hogy a hajós szolgáltatása jogszerű volt, jöllehet nem ugyanazzal a dologgal, csupán azonos dologfajtaból azonos mennyiséggel teljesített.

A negyedik részben a feltett jogkérdésre indirekt módon nemleges választ ad a jogtudós: *triticum factum Saufei et recte datum*, azaz a gabona Saufeius tulajdonába került, és jogszerűen adta ki azt. Ugyan kifejezetten nem mondja ki, de egyértelmű, hogy a jelen esetben a kereskedők nem jogosultak az *actio oneris aversire* a hajós ellen.

Az ötödik részben hipotetikus tényállásokra alkalmazott finom jogi distinkciók támasztják alá a jogtudós döntését. Paulus először megállapítja, hogy ha a más részére kiadott helyettesíthető dolog valamilyen módon meg lett jelölve, vagy fizikailag világosan el lett volna különítve (például rekeszek vagy

[27] Az ömlesztés jogi következményeiről ld. De Santis, 1946, 111. Véleménye szerint a tulajdonátzálláshoz hiányzott a *iusta causa traditionis*. Álláspontom szerint azt a felek közötti szerződés alapozta meg, amelyet a vitában véleményt alkotó jogász nyilvánvalóan ismert.

[28] Ezzel szemben Longo szerint a rakomány a kereskedők közös tulajdonában maradt (ld. Longo, 1906, 141 [1.]). Vele szemben többek között Albanese elismeri a tulajdonátzállást (ld. Albanese, 1982, 95-96.).

[29] A tulajdonra mint jogi konstrukcióra a dolog feletti egyéb hatalmak kialakulatlansága miatt volt szükség Pernice szerint. Ld. Pernice, 1963, 97.

[30] Bürge szerint a kötelmi viszonyból származó felelősséget a tulajdon dologi jogi rendezése nem befolyásolta (ld. Bürge, 1994, 400.).

[31] Az „*in creditum ire*” fordulat alapján Longo úgy véli, hogy kettős jogviszony jött létre, kölcsön és vállalkozási szerződés (ld. Longo, 1906, 148.). A kölcsönt határozottan elutasítja Arangio-Ruiz (ld. Arangio-Ruiz, 1978, 312 [2.]).

[32] Hogy a berakodás eredetileg nem jelentett valódi tulajdonátzállást, Földi a rómaiak dolgaikhoz való ragaszkodással magyarázza (ld. Földi, 1997, 66.). Ezzel szemben kritikus Bessenyő, 2010, 46.

[33] Pflüger szerint a célkikötő nem volt azonos minden kereskedő esetében (ld. Pflüger, 1947, 197.). Álláspontja következtetéseinket lényegileg nem befolyásolja.

[34] Így Benke, 1987, 228 [250.], valamint Talamanca, 1989, 76 [155].

[35] Egyesek a *depositum* példában nem egyszerű jogi érvet látnak, hanem úgy vélik, hogy a felek közötti jogviszony *depositum irregulare* volt (ld. Bello Rodríguez, 2002, 54.).

zsákok segítségével), a kereskedők vindikálhatnák azt, hiszen ekkor a tulajdoni helyzet egyértelműen megállapítható lenne a javukra. Másrészt kifejti, hogy nem lehet a rakomány eltérítéséről beszélni abban az esetben, amikor az a berakodás pillanatában átment a hajós tulajdonába, és a kereskedők mintegy „meghiteleztek” azt a hajós részére.^[36] Ezen konstrukció révén a szállítmányozó egyfajta, a modern jogtudományban önálló dogmatikai státusszal nem rendelkező, kötelmi jogilag korlátozott tulajdonjogra tett szert, amely tartalmazta az ömlesztett áru kiosztására vonatkozó hatalmat,^[37] és amely alapján a hajós a *nemo plus iuris* korlátja nélkül, dologi jogilag érvényesen tudta a gabona tulajdonját bizonyos személyekre átruházni. A kereskedők nem indíthattak a hajós ellen *actio oneris aversit*, mert a gabona az ő tulajdonába került. A berakodás pillanatától kezdve ő dönthetett arról, hogy kinek mely gabona*specie*ssekkel teljesít, a lényeg csak az volt, hogy a megfelelő személynek a megfelelő mennyiséget adja ki. Paulus harmadrészt megállapítja, hogy ha a hajós a rábizott egyedi dolgot (*eadem res*) nem, vagy nem a megfelelő személynek adja ki, akkor a megrendelők *actio furtit* indíthatnak ellene. Végeredményben ezen példák mind azt a célt szolgálták, hogy világossá tegyék, Saufeius megszerezte a gabona feletti tulajdonjog, közelebről a célhoz kötött rendelkezés jogát.

A hatodik részben Paulus a döntés második elemét vizsgálta meg közelebről, nevezetesen azt a kérdést, hogy a hajós jogszerűen teljesített-e akkor, amikor a kereskedők egyikének kiadta a gabonáját. Arra a következtetésre jut, hogy Saufeius joghatályosan teljesített (*recte datum*), mert a fizikailag nem elkülönített, helyettesíthető árut a megfelelő személynek és a megfelelő mennyiségben, a megfelelő gondossággal szolgáltatta ki. Semmiképpen nem számít gondatlan (*culpa*) cselekménynek az, hogy az egyik megrendelőnek kiadta a gabonáját, még ha ezzel őt kedvezőbb helyzetbe hozta is a többiekkel szemben, hiszen valakinek mindenképp elsőnek kellett lennie a teljesítés során.

Összegezve, a tényállás szerint egy bizonyos Saufeius hajójába több kereskedő gabonát ömlesztett. A hajós a rendeltetési kikötőben a rakományból az egyiküknek kiadta a neki járó részt, majd a hajó elsüllyedt. A jogkérdés az volt, hogy vajon a többi, póruul járt kereskedőt megilleti-e az áru „eltérítése”, azaz a nem megfelelő személynek való kiadása esetén indítható-e *actio oneris aversi* elnevezésű kereset a hajóssal szemben. E keresetnek az volt az értelme, hogy a hajósnak ne érje meg harmadik személyeknek eladni a rakományt. A rendeltetési helyére épségben eljuttatott gabona ugyanis jóval többet ért, mint a berakodás helyszínén. A két árszínvonal közötti jelentős különbséget kihasználva a hajós e kereset nélkül eladhatta volna a gabonát másoknak, és az eredeti kereskedők kártalanítása után is bőven maradt volna profitja. Az *actio oneris aversi* ezt a lehetőséget iktatta ki azáltal, hogy lehetővé tette az eredeti kereskedők számára, hogy ne csak a gabona berakodáskori értékére pereljenek (*restitutionary damages*), hanem a várható nyereségre is (*expectation damages*).

[36] Az „*in creditum iri*” Geiger szerint is a tulajdonátszállásra utal (ld. Geiger, 1962, 28.).

[37] A szerződő felek egyedi megoldásai nagyban módosíthatták a szerződések konkrét tartalmát. Ld. erről Watson, 1965, 109.

A kereskedők számára nehézséget jelent, hogy a hajós nem harmadik személynek teljesített, hanem egynek közülük. Ezért, hogy a keresetet mégis megindíthassák ellene, egy rafinált érveléshez folyamodnak. Azt állítják, hogy a hajós egyiküket előnyösebb helyzetbe hozta, és ezzel diszkriminálta a többieket. A döntés indokolása ezt a panaszt azzal veri vissza, hogy a konkrét helyzetben valakinek mindenképp elsőnek kellett lennie, így a magatartás mindenképp diszkriminatív lesz a többiekkel szemben. Így a hajós választása arról, hogy a viharban, amikor hirtelen, a *System 1* alapján kellett döntenie, kinek adja át először a gabonáját, a jog védelmét élvezte, független attól, hogy e választás mögött milyen etikai megfontolás állt: a szerencsés kereskedő iránt érzett szimpátia, a többiekkel szemben antipátia, vagy csak a vak véletlen.^[38] Az objektív külső körülmények miatt a jelen esetben a *System 1* gondolkodás alapján végzett cselekmény a jog védelmét élvezte, annak ellenére, hogy lényegében azonos hatású volt a rakomány rosszindulatú eltérítésével. Ez utóbbi már egyértelműen egy *System 2* típusú hozzáállás eredménye, és az *actio* ez utóbbit célozta. Elképzelhető ugyan, hogy a hajós rosszindulatú volt a nemszeretem kereskedőkkel szemben, és szándékosan hagyta őket későbbre. Ekkor cselekedete valóban diszkriminatív volt, mégis jogszerűnek ítéltetett. Ha azonban a hajóst nem vezette sem rosszakarat, sem az előnyben részesítés bűnös vágya, pusztán a kötelességtudat hajtotta, nem volt diszkriminatív, annak ellenére, hogy cselekményével hátrányosan megkülönböztette a kereskedők nagy részét.

Ezenkívül a származás alapján történő diszkriminációval kapcsolatban a római jogban találunk egy olyan *fictiót*, amely alapján a *praetor* bizonyos esetekben úgy tekintette a nem római polgárt, mintha római polgár lenne, *si civis esset*.^[39] Ennek fő indoka valószínűleg a pereskedési lehetőség, a perbeli jogképesség megteremtése lehetett. Ha a római jog kizárta volna az idegeneket a jogérvényesítés lehetőségéből, az társadalmilag igen költséges lett volna, hiszen demotiválta volna a „külföldi” elemet tartalmazó üzleti szerződések létrejöttét. Az érintett szabály csak látszólag kedvezmény, elsődleges célja nem az volt, hogy a megkülönböztetett bánásmóddal kitüntetett csoport, az idegenek helyzete jobb legyen. Ez legfeljebb mellékhatás. A jelen esetben a fikcióval az egész római társadalom, illetve gazdaság nyert, nem csupán a közvetlen kedvezményezettek.

Végül tekintsük át az életkor alapú diszkrimináció egyes kérdéseit!

Posner szerint a legjobb érv az életkori alapú diszkrimináció ellen az, hogy a munkáltatónak azért kelljen többet fizetnie az idős munkavállaló marginális teljesítményéért, hogy kompenzálja őt a cég-specifikus emberierőforrás-befektetésért.^[40] Azaz, a munkavállaló pályakezdőként azért kapott alacsonyabb fizetést, mert tapasztalatlansága okán alacsonyabb volt a termelékenysége. Idővel beletanult, és elérte azt a marginális fizetést, ami az adott hozzájárulása alapján neki járt, végül megöregedett, és előrehaladott kora következtében csökkent

[38] E dilemma egy tipikus leibnizi *concurus* (ld. Leibniz, 1666, sec. XIX.).

[39] Erről ld. Buckland, 1931, 96.; Winkel, 2013, 304.

[40] Posner, 2003, 359.

a teljesítménye. Azért adja meg neki a munkáltató mégis a korábbi fizetését, mert cégspecifikusan investált: a konkrét „A” cégbe investálta az oda illő „A” képességeket, és nem a „B” cégbe az ott szükséges „B” képességeket.

A római köztársaságban bizonyos tisztségeket csak meghatározott életkor betöltése esetén lehetett betölteni, ezt a rendszert *cursus honorum*nak hívták.^[41] Ez első látásra éppen az időskori hátrányos megkülönböztetés ellenkezőjének tűnik. Csak akkor válhatott például valaki konzullá, ha elmúlt 43 éves, hiába a briliáns fiatalok ambíciója, rátermettsége. Itt az életkor egyfajta proxyként működik, de egy nagyon speciális területen, az állam vezetésében, ahol a tapasztalat, a tudás és a higgadság tényleg rendkívül sokat számít. Elképzelhető, hogy akadna egy-két nagyon kiváló államférfi, aki 23 évesen is elvezetné az államot, akár sokkal jobban, mint akármelyik negyvenéves. A római rendszer mégis inkább megfizeti azt az árat, hogy elesik ettől a lehetőségtől, azért, hogy ne kerüljenek hatalmi pozícióba a könnyelmű, léha, csélcsep huszonéves fiatalemberek.

A másik következménye ennek a szabályozásnak, hogy így a fiataloknak kitörési lehetőségként a katonáskodás maradt. A serdült fiúk szolgálhattak a római hadseregben. Ez szintén egy erős proxy, és az intuíciónk is azt jelzi, hogy egy huszonéves fiatal valóban jobb harcos, mint egy 59 éves. A szabályozás következtében a briliáns fiatal elméktől ugyan elesik az állam vezetése, de ezen szerényi körben akadhat néhány atletikus testfelépítésű, ami csökkenti is a rendszer „költségeit”. Hozzájárul még ehhez, hogy az említett, politikai jellegű karrierlépcsőket elsősorban szenátorai rangú személyek ugorhatták meg, a lovagrendiek inkább a hadseregben és az üzleti életben tudtak érvényesülni.^[42] Emiatt az életkori szűrőhöz még egy társadalmi filter is járult.^[43]

Az ókori római „affirmatív akcióra” a példánk egy *fictio*. A méhmagzat előnyben részesítése akképp valósult meg, hogy minden olyan esetben, amikor az érdekei védelméről volt szó, úgy kellett tekinteni a méhmagzatot, mintha már megszületett volna.^[44] Lényegében itt az szenved érdeksérelmet, aki akkor örökölné, vagy többet örökölné abban az esetben, ha nem tekintenék a méhmagzatot örökösnek.^[45] Ezt a következményt azonban nagyrészt moderálja, hogy a *fictio*ról feltehető, hogy megfelelné az elhunyt utolsó akaratának.^[46]

Az örökhagyó nagy valószínűséggel kinevezné utóörökösnek születendő gyermekét, ha tudná, hogy meghal azelőtt, mielőtt fia megszületik. Azaz a méhmagzat figyelmen kívül hagyása esetén egyébként öröklő személyek érdekei amúgy is sérülnének, ha az örökhagyó nem halt volna meg a gyermek születése előtt.

[41] Részletesebben ld. Havas – Németh, 2001, 170-172.

[42] Bohec, 2016, 43-45.

[43] Nicolet, 2000, 171-172.

[44] Paulus D. 1, 5, 7.; Földi – Hamza, 2021, 200.

[45] Ulpianus D. 38, 16, 3, 9.

[46] A *voluntas testatoris* fontosságáról ld. Ruiz, 1969, 177.

IRODALOM

- Albanese, Bernardo (1982): *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*. Università di Palermo, Palermo.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo (1978): *Istituzioni di diritto romano*. Jovene, Napoli.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo (1930): *L'exceptio in diminuzione della condanna*. Università di Modena, Modena.
- Bauman, Richard (2000): *Human Rights in the Ancient World*. Routledge, London–New York.
- Bello Rodríguez, Silvestre (2002): La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.31. In: *Revue internationale des droits de l'Antiquité*. 49: 45-56.
- Benke, Nikolaus (1987): Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der locatio conductio irregularis. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.*, 104: 156-237.
- Bessený András (2010): *Római magánjog. A római magánjog az európai jogi gondolkodás történetében*. 4. kiadás. Dialóg Campus Kiadó, Budapest–Pécs.
- Bohec, Yann L. (2016): *Die römische Armee*. Nikol, Hamburg.
- Böcking, Eduard (1862): *Römisches Privatrecht. Institutionen des römischen Civilrechts*. Cohen, Bonn.
- Buckland, William W. (1931): *The Main Institutions of Roman Private Law*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Bürge, Alfons (1994): Der Witz im antiken Seefrachtvertrag. Beobachtungen zur Vertragspraxis im antiken Mittelmeerraum. In: *Index*. 22: 389-407.
- Chaiken, Shelly – Trope, Yaacov (1999): *Dual-Process Theories in Social Psychology*. Guilford Press, New York.
- De Bernardis, Lazzaro M. (1958): Beneficium competentiae. In: *NNDI*. 2: 346-347.
- De Santis, Edoardo (1946): Interpretazione del fr. 31 D. 19, 2. In: *SDHI*. 12: 86-114.
- Duncker, Arne (2003): *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe: persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700–1914*. Böhlau Verlag, Köln.
- Földi András – Hamza Gábor (2021): *A római jog története és institúciói*. 25., átdolg. és bőv. kiad. Novissima Kiadó, Budapest.
- Földi András (1997): *Kereskedelmi jogintézmények a római jogban*. Akadémiai Kiadó, Budapest.
- Frier, Bruce W. – McGinn, Thomas A. J. (2004): *A Casebook on Roman Family Law*. Oxford University Press, Oxford.
- Geiger, Klaus (1962): *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft*. A. Schubert, München.
- Gildemeister, Jochim (1986): Das „beneficium competentiae“ im klassischen römischen Recht. In: *Iura*. 37: 137-147.
- Greenwald, Anthony G. – Krieger, Linda H. (2006): Implicit Bias. Scientific Foundations. In: *California Law Review*. 94/4: 945-967.
- Grimal, Pierre (2017): *L'Empire romain*. Le Livre de Poche, Paris.
- Guarino, Antonio (1941): Studi sulla “taxatio in id quod facere potest”. In: *Studia et documenta historiae et iuris*. 7: 5-34.
- Havas László – Németh György – Szabó Edit (2001): *Római történeti kézikönyv*. Korona Kiadó, Budapest.
- Honoré, Tony (2002): *Ulpian. Pioneer of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford.
- Jolls, Christine – Sunstein, Cass R. (2006): The Law of Implicit Bias. In: *Harvard Law School Discussion Papers*. Paper No. 552.
- Kahneman, Daniel (2013): *Thinking, Fast and Slow*. Farrar, Straus & Giroux, New York.
- Kaser, Max (1971): *Das römische Privatrecht*. I. Abschnitt. 2. Aufl. C. H. Beck, München.
- Leibniz, Gottfried W. (1666): *De casibus perplexis*. Hagen, Altdorf.

- Litewski, Wieslaw (1974): Le dépôt irrégulier. In: *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 21: 215-262.
- Longo, Carlo (1906): Appunti sul deposito irregolare. In: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*. 18: 121-156.
- Lübke-Wolff, Gertrude (1988): *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*. Nomos, Baden-Baden.
- Marrone, Matteo (1976): Note di diritto romano sul c. d. „beneficium competentiae”. In: *Annali Palermo*. 36: 5-52.
- Mincer, Jacob – Ofek, Haim (1982): Interrupted Work Careers: Depreciation and Restoration of Human Capital. In: *Journal of Human Resources*. 17/1: 3-24.
- Mincer, Jacob – Polachek, Solomon (1974): Family Investments in Human Capital: Earnings of Women. In: *Journal of Political Economy*. 82/2: 76-108.
- Nicolet, Claude (2000): *Censeurs et publicains. Économie et fiscalité dans la Rome antique*. Arthème Fayard, Paris.
- O'Neill, June (1990): The Role of Human Capital in Earnings Differences between Black and White Men. In: *Journal of Economic Perspectives*. 4/4: 25-45.
- Pampaloni, Muzio (1898): Sulla teoria del „beneficium competentiae” nel diritto romano. In: *Studii F. Schupfer*. Vol. 1. Torino: Bocca: 59-72.
- Pernice, Alfred (1963): *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*. 2. Aufl. Max Niemeyer, Halle.
- Péter Orsolya (2008): „Feminae improbissimae”. A nők közszereplésének és nyilvánosság előtti fellépésének megítélése a klasszikus római jog és irodalom forrásaiban. In: *Miskolci Jogi Szemle*. 3/2: 77-94.
- Pflüger, Heinrich H. (1947): Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.*, 65: 121-218.
- Poscher, Ralf (2003): *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Mohr Siebeck, Tübingen.
- Posner, Richard A. (2003): *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers, New York.
- Rodríguez, Juan C. P. (2012): La „ratio iuris” del llamado „beneficium competentiae” en el ámbito dotal. In: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 34: 103-126.
- Ruiz, Armando J. T. (1969): Interpretación de la 'voluntas testatoris' en la jurisprudencia republicana. La 'causa Curiana'. In: *Anuario de historia del derecho español*. 39: 173-211.
- Schmidt, Helmut (1973): *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht*. Schweitzer, Berlin.
- Sintenis, Karl F. F. (1860): *Das praktische gemeine Civilrecht*. Tauchnitz, Leipzig.
- Solazzi, Siro (1960): Sull' „exceptio” in diminuzione della condanna. In: *Scritti di diritto romano*. Vol. 3. Jovene, Napoli. 463-489.
- Talamanca, (1989): *Lineamenti di storia del diritto romano*. Giuffrè, Milano.
- Vering, Friedrich H. (1865): *Geschichte und Institutionen des römischen Privatrechtes*. Franz Kirchheim, Mainz.
- von Keller, Friedrich L. – Lewis, William (1866): *Pandekten*. Tauchnitz, Leipzig.
- Watson, Alan (1965): *Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Clarendon Press, Oxford.
- Winkel, Laurens (2013): Some Thoughts on the formulae ficticiae of Citizenship in Gaius 4.37: A Form of Reception? In: Burrows, Andrew – Johnston, David – Zimmermann, Reinhard (eds.): *Judge and Jurist. Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*. Oxford University Press, Oxford, 297-306.
- Zanzucchi, Pier P. (1916): Sul c. d. „beneficium competentiae”. In: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*. 29: 61-103.



Kukorelli István és Bihari Mihály 2010-ben, Győrben, Bihari Mihály életútkötetének könyvbemutatóján