

DELI GERGELY

**A GENERÁLIS KLAUZULÁK DOGMATIKAI, TÖRTÉNETI ÉS ÖSSZEHASONLÍTÓ
ELEMZÉSE, KÜLÖNÖS TEKINTETTEL A JÓERKÖLCSBE ÜTKÖZŐ SZERZŐDÉSEK
TILALMÁRA**

Doktori értekezés

TÉMAVEZETŐK:

DR. FÖLDI ANDRÁS, EGYETEMI TANÁR

DR. PÉTERI ZOLTÁN, PROFESSOR EMERITUS

Pázmány Péter Katolikus Egyetem
Jog- és Államtudományi Kar
Jog- és Államtudományi Doktori Iskola

Budapest
2009. június

Wir würden uns unseres Amtes als Diener der Gerechtigkeit begeben, wenn wir nicht auf die Suche nach den noch unsichtbaren Rechtswerten gingen, die unter den Trümmern jenes alten Systems zu keimen beginnen. Denn da wir uns auf Erscheinungen beschränkt haben, in denen sich offenbar nicht Machtgebot oder Interesse einzelner politischen Klassen, sondern ein dauerndes legitimes Rechtsbewusstsein der gegenwärtigen Gesellschaft aussprach, so muss solche Werte geben; es ist die Aufgabe einer echten Theorie, sie zu finden und für das öffentliche Bewusstsein zu formulieren.

Franz Wieacker: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe: Müller 1953, 23.

Édesanyámnak

Köszönetnyilvánítás

Egy doktori értekezés megszületése sohasem a kezdő kutató egyedüli érdeme. Mindenekelőtt édesanyámnak tartozom hálával, aki hihetetlen áldozatvállalásával és mérhetetlen szeretetével támogatott egész életemben. Nevelőapámnak azt köszönhetem, hogy az intellektuális teljesítmény tiszteletére nevelt, feltéve, hogy az a teljesítmény nem öncélú, hanem fennálló tudásunkat valóban gazdagítja és gyakorlati haszonnal jár. Egyúttal tőle tanultam a tekintélyekben és dogmákban való minduntalan kételkedést, a körülöttünk zajló események éles megfigyelését, és egyúttal sztoikus-ironikus tudomásul vételét.

Konkrét szakmai szempontból a legnagyobb hálával PÉTERI ZOLTÁN professzor úrnak tartozom, aki miatt a Pázmány Péter Katolikus Egyetem doktori iskolájában folytattam tanulmányaimat, aki a jogösszehasonlítás szeretetére nevelt, valamint felhívta figyelmemet a diszciplína módszertani kérdéseire. A disszertáció megírása során tőle nélkülözhetetlen szakmai segítséget, iránymutatást, olvasnivalót és minden egyéb, emberi segítséget megkaptam. Neki köszönhetően tölthettem egy hónapot a *Centre Français de Droit Comparé*-ban, ahol tanulmányom hatályos francia jogra vonatkozó részét készítettem el.

Megkülönböztetett köszönet és hála illeti FÖLDI ANDRÁS professzor urat, akinek köszönhetően elindultam a tudományos élet nehéz, de szépségekkel teli útján. Szakmai tisztessége, tudományoszeretete, éles kritikája mindmáig példamutató számomra. Sokat segített abban, hogy eligazodjam a római jog rejtelmeiben, valamint az értekezés témájának meghatározásában is közvetlen érdemekkel rendelkezik. Neki köszönhetően vehetek részt abban az OTKA projektumban¹ is, amelynek témakörébe a jelen disszertáció is illeszkedik. E projektum révén többször volt alkalmam hosszabb-rövidebb külföldi tanulmányutakra.

Disszertációm elkészítésében szakmai segítséget nyújtott müncheni tartózkodásom idején ALFONS BÜRGE professzor úr, aki a római jogi források eljárásjogi szemléletére intett, és megóvott egyes szöveghelyek téves értelmezésétől. A pisai egyetemen ALDO PETRUCCI és CARLO VENTURINI professzor urak tették lehetővé, hogy az ottani igen gazdag középkori irodalmat tanulmányozhassam, és annak rengetegében el is igazítottak. Párizsban JACQUES ROBERT professzor úr nyitotta meg számomra a legfontosabb kutatóintézetek és könyvtárak kapuit. Sokat köszönhetek a hamburgi Max Planck Intézet ösztöndíjának is, amelynek jóvoltából két hónapig használhattam a létesítmény gazdag könyvtárát, és kaptam szakmai iránymutatást REINHARD ZIMMERMANN professzor úrtól, valamint JAN SCHMIDT úrtól, az intézet egyik fiatal munkatársától. A munka végső fázisában reménnyel és kitartással töltöttem

¹ A K-60756 számú OTKA-projektumról van szó, a témavezető DR. FÖLDI ANDRÁS.

el azok a beszélgetések, amelyeket a témáról Cs. KISS LAJOS professzor úrral és FRIVALDSZKY JÁNOS docens úrral folytathattam.

A generációmhoz tartozó pályatársak közül ki kell emelnem SIKLÓSI IVÁN barátom folyamatos támogatását, mellette pedig ALESSANDRO CASSARINI kolléga őszinte nyíltságát, amellyel olaszországi tartózkodásomat felejthetlenné tette.

Az, hogy e munka a rám nehezedő sokszoros munkateher, a Mathias Corvinus Collegiumbeli elfoglaltságom mellett létrejöhett, nagy szerepe van TOMBOR ANDRÁSnak, a kollégium igazgatójának, aki a tudományos kutatásból eredő elfoglaltságaim iránt mindvégig megértően viseltetett, és fejlődésemet nagylelkűen támogatta.

Végül, de nem utolsósorban köszönöm barátnőmnek, Annának, hogy a munkával járó kellemetlenségekben is türelmes társam volt.

Tartalomjegyzék

I. Bevezetés	8
II. A generális klauzula kifejezés története	13
II.1 Bevezetés.....	13
II.2 A kifejezés továbbélése.....	20
II.2.1 A kifejezés a német jogi szaknyelvben.....	22
II.2.2 A kifejezés a francia jogi szaknyelvben.....	26
II.2.3 A kifejezés a magyar jogi szaknyelvben.....	28
II.3 A jelentéstörténeti vizsgálódás eredményei	29
III. A generális klauzula kifejezésből eredő filozófiai és jogelméleti problémák.....	31
III.1 Bevezetés	31
III.2 Jogelméleti alapvetések	31
III.3 A felosztás módjai.....	33
III.4 A rész—egész viszonya	36
III.4.1 A strikt rész.....	38
III.4.2 A fiktív rész	40
III.4.3 Az „extenzív” rész.....	41
III.4.4 Részösszegzés.....	43
III.5 A <i>genus—species</i> viszonya	44
III.5.1 A nem és a fajta által felvetett filozófiai problémák	44
III.5.2 A <i>genus—species</i> mint jogtudományi probléma	47
III.6 A <i>genus—species</i> és rész—egész problematika összefonódása	48
III.6.1 Azonos nemű részekből azonos nemű egész lesz.....	49
III.6.2 Eltérő nemű részekből valamelyik nemű egész lesz.....	49
III.6.3 Eltérő nemű részekből új, eltérő nemű egész lesz.....	50
III.6.4 Az időbeli változások hatása	50
III.6.5 Részösszegzés.....	51
III.7 A filozófiai és jogelméleti vizsgálódás eredményei	53
IV. A <i>contra bonos mores</i> klauzula előzményei, kialakulása és funkciója a római jog forrásai tükrében.....	56
IV.1 Bevezetés	56
IV.2 Rövid alapvetés: a <i>ius, fas, mos</i> normarendszerek kapcsolatára vonatkozó legújabb kori elméletek.....	60
IV.3 Az erkölcsi jellegű normák fejlődéseinek korszakai	66
IV.3.1 Archaikus viszonyok	67
IV.3.2 A <i>censura</i> szerepe	71
IV.3.3 A praetori <i>edictumok</i> hatása.....	75
IV.3.4 A principátus kora	80
IV.3.5 A kereszténység hatása és a iustinianusi korszak.....	102
IV.4 A <i>contra bonos mores</i> klauzula és az <i>iniuria</i> kapcsolata	104
IV.5 A római jogi vizsgálódás eredményei.....	107
V. A <i>contra bonos mores</i> klauzula a korai <i>ius commune</i> irodalmában.....	110
V.1 Bevezetés	110
V.2 A klauzula az egyes szerzők munkásságában	110
V.3 A <i>ius commune</i> -beli vizsgálódás eredményei	123
VI. A jó erkölcsökre vonatkozó generális klauzula a francia, a német és a magyar magánjogi kódexekben.....	126
VI.1 Bevezetés	126
VI.2 A jó erkölcsök a magánjogi kódexekben, rendszertani elhelyezkedésük.....	127
VI.2.1 A jó erkölcsök a francia <i>Code civil</i> ben	127

VI.2.2 A jó erkölcsök a német BGB-ben.....	130
VI.2.3 A jóerkölcs a magyar jogban.....	134
VI.3 A jó erkölcsök fogalma az eredeti jogalkotói szándék szerint.....	137
VI.3.1 A jó erkölcsök a francia <i>Code civil</i> kodifikációs munkálataiban.....	137
VI.3.2 A jó erkölcsök a BGB kodifikációja során.....	141
VI.3.3 A jó erkölcsök a magyar tervezetekben és a kodifikációban.....	145
VI.4 A jó erkölcsök fogalmával kapcsolatos jogfilozófiai megfontolások.....	147
VI.4.1 A francia jogfilozófia álláspontja.....	147
VI.4.2 A német jogfilozófia eredményei.....	150
VI.4.3 Adalékok a magyar jogfilozófiából.....	153
VI.5 A jó erkölcsökhöz kapcsolódó dogmatikai sajátosságok.....	157
VI.5.1 Dogmatikai sajátosságok a francia jogban.....	157
VI.5.2 Dogmatikai sajátosságok a német jogban.....	158
VI.5.3 Dogmatikai sajátosságok a magyar jogban.....	160
VI.6 Elhatárolás hasonló fogalmaktól.....	162
VI.6.1 Elhatárolások a francia jogban.....	162
VI.6.2 Elhatárolások a német jogban.....	165
VI.6.3 Elhatárolások a magyar jogban.....	168
VI.7 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása.....	171
VI.7.1 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a francia jogban.....	171
VI.7.2 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a német jogban.....	173
VI.7.3 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a magyar jogban.....	178
VI.8 Felhasználási területek.....	180
VI.8.1 A <i>Code civil</i> 6. cikkelyének alkalmazási területei.....	180
VI.8.2 A BGB 138. §-ának alkalmazási területei.....	182
VI.8.3 A jóerkölcs fogalmának alkalmazása a magyar magánjogban.....	186
VI.9 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai.....	188
VI.9.1 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a francia magánjogban.....	188
VI.9.2 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a német magánjogban.....	195
VI.9.3 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a magyar magánjogban.....	199
VI.10 A jogösszehasonlító vizsgálódás eredményei.....	201
VII. Generális klauzulák az európai magánjogban.....	204
VII.1 Bevezetés.....	204
VII.2 A generális klauzulák értelmezésével kapcsolatos hatásköri kérdések.....	206
VII.3 A generális klauzulák konkretizálásának módszertani sajátosságai az Európai Unióban.....	209
VII.4 A jó erkölcsök az EU jogában.....	213
VII.5 A generális klauzulák jövője az Európai Unió magánjogában.....	215
VII.6 Az uniós vizsgálódás eredményei.....	217
VIII. Összegzés.....	219
IX. Felhasznált irodalom.....	224
X. Summary.....	248
A szerző publikációi.....	256

I. Bevezetés

Jelen értekezés a generális klauzulák dogmatikai, történeti és összehasonlító elemzését adja, különös tekintettel a jó erkölcsökre (a magyar terminológia szerint: a jóerkölcsökre) ütköző szerződések tilalmára. A témához alapvetően egy, a jogösszehasonlítás módszertanában felmerülő kérdés vezetett el: milyen nehézségekkel kell megküzdenünk akkor, ha olyan jogintézmények összehasonlítására vállalkozunk, amelyek jelentős társadalmi, kulturális kötöttségekkel rendelkeznek, így a pusztán jogi szférán belüli vizsgálatuk nem elegendő? Ezen az alapkérdésen gondolkodva hamar eljutunk a generális klauzulák fogalmához, hisz ezeknek éppen az a feladatuk, hogy a pozitív jog zárt rendszerébe jogon kívüli értékrendszerekből, az erkölcsi szférából, esetleg belső szakmai előírásokból, etikai kódexekből származó szabályokat implementáljanak. Így esett a tanulmány szűkebb témaválasztása a generális klauzulákra. A döntést a téma hazai feldolgozottságának alacsony foka is indokolta, hiszen Magyarországon még senki nem szentelt monográfiát e rendkívül jelentős jogtechnikai eszköznek, ráadásul a külföldi szakirodalom eredményei is rendszertelenül és meglehetősen késéssel érkeztek illetve érkeznek meg hazánkba.

Nyilvánvaló volt, hogy a téma több okból további szűkítésre szorul. Egyrészt metodikailag lehetetlen a generális klauzulákról absztrakt szinten teljes és valós képet adni, másrészt területi és kompetenciális okokból feldolgozhatatlannak tűnt minden egyes, vagy legalábbis a jelentősebb generális klauzulák teljes vizsgálata. Így vált indokolttá egy konkrét klauzula kiválasztása. Az elemzésre kerülő norma a jó erkölcsökre ütköző szerződések tilalmára vonatkozó magánjogi generális klauzula lett. A hazai szakirodalomban csupán egy friss monográfia² áll rendelkezésünkre e témában, másrészt, ez a klauzula bír egy pozitív norma minden sajátosságával, mégis *expressis verbis* utal egy jogon kívüli társadalmi normára, az erkölcsre, így értelmezése eredeti alapkérdésünkre vezet vissza. Az értekezés kereteinek meghatározása után rögtön jelentkezett néhány alapprobléma és felsejlett néhány veszély: először, hogy érdemes-e egy nemrégiben megjelent monográfia ellenére a téma tárgyalásába fogni? Az érvek és ellenérvek átgondolása után erre a kérdésre igenlő válasz született. Jelen vizsgálódások a generális klauzula természetéből indulnak ki, és a jó erkölcsök fogalmának széles forrásbázisra támaszkodó, történeti, dogmatikai és összehasonlító elemzését adják. Az érintett másik mű a témát más megközelítésben tárgyalja, hiszen nem a jó erkölcsök jogi, technikus fogalmából, hanem az erkölcstelenség egy szélesebb, köznapiság értelmében alapján erkölcstelenség minősíthető ügyletekből indul ki. Ennek megfelelően

² MENYHÁRD ATTILA: *A jóerkölcsökre ütköző szerződések*, Budapest: Gondolat 2004

foglalkozik az uzorás szerződésekkel valamint a feltűnő értékaránytalansággal, ahol a jó erkölcsökre hivatkozás eredetileg nem merült fel. A külföldi megoldások ismertetése során a német mellett leginkább az angol jogrendszerrel foglalkozik, míg jelen munka bővebben tárgyalja a francia megoldásokat, és az angol magánjogot, annak kodifikátlansága, így az abban a kontextusban nehezen értelmezhető generális klauzula fogalom miatt mellőzi. Az előbbi tanulmány bevallottan gyakorlati jellegű, a kérdéskört a jelen dolgozattól eltérően nem helyezi tágabb, elméleti kontextusba. Mindezek alapján úgy vélem, a két értekezés szerencsésen kiegészítheti egymást. A veszélyek közül másodsorban a túlzottan elméleti fejtegetésekbe bocsátkozás tűnt a legmarkánsabbnak, hiszen a téma szinte implikálta a jog és erkölcs viszonyának örök, mindmáig megválaszolatlan és minden valószínűség szerint megválaszolhatatlan problematikáját. A kutatómunka során hangsúlyozott figyelmet kellett arra fordítani, hogy a szükségesnél mélyebben ne bocsátkozunk a jog és az erkölcs viszonyával kapcsolatos jogfilozófiai diskurzusba, hiszen jelen munka első sorban nem az erre vonatkozó jogfilozófiai irodalmat kívánja bővíteni, hanem praktikus választ keres arra a kérdésre, hogy mi a generális klauzulák és különösen a jó erkölcsök jogrendszerbeli funkciója, és hogy milyen módon értelmezhetőek, konkretizálhatóak ezek a fogalmak a jogalkalmazásban. Éppen ezért nem látszott szükségesnek sem a jogfogalom, sem az erkölcs³ fogalmának különösebb tisztázása.⁴ Az erre vonatkozó irodalom mára kimeríthetlenné vált, és csak eltérített volna bennünket az eredetileg kijelölt iránytól. Az erkölcsi norma vonatkozásában pedig nemzetközi színvonalú hazai elemzés is áll már rendelkezésünkre.⁵ Ezt követve kiindulásképpen elfogadjuk, hogy az erkölcsi ismeret tárgya „sem a pusztán létezés, sem a merő racionális érvényesség síkján tökéletesen meg nem ragadható.”⁶ Az erkölcsi érvényességet az alogikus tiszta megérzés és a teoretikus tiszta megismerés együttes jelenléte, egyfajta heterolog struktúra jellemzi. Ebből kifolyólag bízhatunk abban, hogy a hasonló szerkezetű generális klauzulákról, mint racionálisan és végérvényesen meg nem határozható tartalmú jogtételekről szóló fejtegetéseink számos új aspektussal gazdagítják a fenti, a jog és erkölcs viszonyáról folyó elméleti vizsgálódásokat is.

³ Az egyszerűség kedvéért az erkölcs és az etika fogalmát nem különítjük el élesen. Azokban az esetekben, ahol erre szükség van, a szöveg vagy a kontextus a különbséget egyértelműen jelzi.

⁴ Hasonlóképp, praktikus megfontolások alapján csak *per tangentem* foglalkozik az erkölcs fogalmával, és az erkölcs alatt az érintett társadalmi réteg saját, szubjektív erkölcsét értette GRAF, GEORG: Das bürgerliche Recht und die Moral der Bürger. Überlegungen zum Verhältnis von Moral und Zivilrecht, in: BECK-MANNAGETTA, MARGARETHE—BÖHM, HELMUT—GRAF, GEORG: *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, Berlin—Heidelberg—London—Paris—Tokyo: Springer 1996, 164.

⁵ HORVÁTH BARNA: *Az erkölcsi norma természete*, Máriabesnyő—Gödöllő: Attraktor 2005

⁶ HORVÁTH: *Az erkölcsi norma*, 13.

Itt röviden érdemes kitérnünk egy-két terminológiai problémára. A hazai szakirodalomban mind a német nyelvi hatásra utaló „generálklauzula” mind a latinos „generális klauzula” kifejezés előfordul, jóllehet az utóbbi jóval ritkábban. Ennek ellenére a mű során az utóbbit használjuk, hogy ezzel adjunk hangsúlyt a terminológia alapvetően római jogi eredetének, valamint erőteljesebben jelezzük a kifejezésben rejlő generalitást. A régebbi magyar magánjogi terminológia újjáéledésének következtében — nézetünk szerint nem éppen szerencsés módon — hatályos jogunkban a ’jóerkölcs’ fogalma szerepel⁷ a római jogi tradíció által determinált nyugat-európai ’jó erkölcsök’ többes számú alakváltozat helyett. Ez utóbbi a római jogi *boni mores*, valamint a külföldi jogrendszerek szóhasználatának valódi megfelelője, a német *gute Sitten*nek, a francia *bonnes mœurs*-nek, az olasz *buoni costumi*nak és az angol *good morals*-nak. Mivel e kifejezések nyilvánvalóan egy töről fakadnak, és funkciójuk valamint jelentéstartalmuk nagymértékben megegyezik, mikor e tanulmányban ’jó erkölcsöket’ írunk, valamelyik külföldi jogrendszer fogalmára, vagy az általános jelenségre kívánunk utalni és csak a hatályos magyar szabályozásra reflektálva használjuk az egybeírt, egyes számú alakot.

A kutatás témájának, kereteinek kijelölése és a használt terminológia tisztázása után felmerült a kérdés, hogy a megjelölt célokat milyen eszközökkel lehet a legeredményesebben megvalósítani, azaz milyen módszertan alapján fogjunk neki a munkának. Hosszas megfontolás után egyértelművé vált, hogy a leggazdaságosabb, még célra vezető módszer, ha vizsgálódásaink tárgyát a ’generális klauzula’ és a ’jó erkölcsök’ fogalmára összpontosítjuk a primér magánjogi forrásokban, azaz a különböző korú és szintű jogforrásokban. Egyrészt a jelenlegi technikai adottságok mellett ez viszonylag gyors és teljes körű vizsgálatot tett lehetővé, másrészt nem eshettünk abba a hibába sem, hogy a jelenségnek csak formális megjelenéseit vizsgáljuk és elveszítjük azon eseteket, ahol a jó erkölcsök kifejezés nem fordul ugyan elő, de tartalmilag bele kellene értenünk a kontextusba. Ez a veszély azért nem fenyegetett, mert kérdésfeltevésünk a generális klauzulák mibenlétére vonatkozott, és a jó erkölcsökre utaló normák éppen azáltal lesznek generális klauzulává, hogy tartalmazzák a kitöltésre váró, ’jó erkölcsök’ kifejezést. Elemzésünk így semmiképpen nem lesz öncélú, hiszen nem elvont, tárgyi alapon, hanem a jogszabályok, a pozitív jog felől elindulva közelít a generális klauzulák, azon belül a jó erkölcsök fogalmának konkretizálásához. Mindez biztosíthatja, hogy elemzésünk gyakorlati szempontból is hasznos lehet.

Ezek után azt a kérdést kellett eldönteni, hogy egy bizonyos jogrendszer, történeti kor képezze-e a kutatás tárgyát, vagy törekedjünk minél szélesebb spektrum bemutatására. A

⁷ Ptk. 200. § (2) bek.

szinkronikus megközelítés ellen szólt, hogy a jó erkölcsök fogalmának értelmezéséhez és konkretizálásához a történeti, diakronikus szemlélet nélkülözhetetlennek tűnt, a több jogrendszerre való kiterjesztést pedig eredeti, jogösszehasonlító kérdésfeltevésünk indokolta. Ennek következtében arra törekedtünk, hogy szerény, de átfogó képet adjunk a vizsgált problémáról.

Áttekintésünk a már létező szakirodalom hiátusait kitöltve, a szükséges kompromisszumok megkötése után az alábbi struktúrában valósult meg. Elsősorban szükségünk volt a generális klauzula egy többé-kevésbé egzakt definíciójára, hiszen e tekintetben a szakirodalomban meglehetősen határozatlanság uralkodott. A normatív fogalommeghatározást meg kellett előznie egy, a kifejezés történetének alakulását és praktikus felhasználást feltáró, deskriptív fejtegetésnek. Ez felvázolta a tényleges helyzetet, és rávilágított arra, nagyjából mit is kell keresnünk. A tudományosság igényeinek megfelelően a tapasztalati, empirikus adatgyűjtés után egy dogmatikai, logikai és rendszerelméleti vizsgálódás segíthetett a fogalom kikristályosításában. Ennek megfelelően szükségesnek látszott megvizsgálni a generális klauzula fogalmában rejlő elméleti tartalmakat, nevezetesen a generalitást, mint a *genus—species* alkotóelemét, és a klauzulát, mint a *rész—egész* kategóriák egyik tagját. A fogalom meghatározásával el is érkeztünk a tiszta elméleti fejtegetések határához. Eddigi eredményeink a tanulmány általános részének foghatóak fel. Az ezt követő különös részben szükséges volt, hogy elméleti úton nyert ismereteinket egy konkrét generális klauzulán, „élesben” is kipróbáljuk. A fenti megfontolások után a jó erkölcsökre vonatkozó klauzulára esett a választásunk. Törvényszerűen meg kellett vizsgálnunk, hogy a jó erkölcsök fogalma történetileg mikor vette fel a generális klauzula jellegét. Sejtéseink szerint erre valamikor a római jog történelme folyamán került sor. Mind a *generalis clausula*, mind a *boni mores* e jogrendszerben bukkant fel először, így nem tűnt lehetetlennek, hogy a rómaiak a fogalmak ismeretében, már tudatosan használták a *boni mores* fogalmát generális klauzulaként.

Alapkérdésünkben rejlő, a társadalmi függőségre vonatkozó hipotézisünk szerint a klauzula tartalma más és más az eltérő kultúrájú társadalmakban. Ki kellett térnünk a klauzula *ius commune*-beli szerepére is, hiszen erről a korszakról gyaníhattuk, hogy a jó erkölcsök mögött itt egy, a korábbi és a későbbi időszakokban nem tapasztalható abszolút erkölcsöt, a keresztény tanításokból származó értékrendet találunk. A források és a szekundér-irodalom bősége következtében itt jelentős engedményekre kényszerültünk. Egyrészt csak a *ius commune* irodalmának korai periódusával foglalkoztunk, hiszen a későbbi korszakokat már

kitűnően feldolgozták.⁸ Másrészt figyelmünket a jogtudósi irodalomra korlátoztuk, és figyelmen kívül hagytuk a helyi statútumok jogát és – csekély kivételtől eltekintve – a kánonjogi irodalmat.

Ha vizsgálódásunk elsődlegesen kronologikus szemléletű lett volna, a következő lépésben mindenképp figyelmet kellett volna szentelnünk a pandektisztika irodalmának is. Azonban egyrészt kutatásaink más elméleti alapálláson nyugodtak, másrészt – mint korábban jeleztük – e periódus már meglehetősen jól feldolgozottnak minősíthető. Harmadrészt *per tangentem* foglalkoztunk ezzel a korszakkal is az egyes nemzeti kódexek vonatkozó szabályozásának történeti interpretációja során.

A társadalmi függőséggel kapcsolatos vizsgálódásaink a hatályos német, francia és magyar szabályozás összehasonlító vizsgálata során kulminálnak. A római jog kimaradt e vizsgálatból, hiszen szűk értelemben összehasonlítani csupán hatályos jogrendszereket lehetséges.⁹ A három jogrendszer kiválasztását ésszerűségi indokok magyarázták, illetve az, hogy eltérő háttérű társadalmakról van szó. E részben is az egész tanulmányra vonatkozó alapelvek szerint jártunk el, azaz figyelmünket a jogforrásokban található jó erkölcsök kifejezésre összpontosítottuk, és az így nyert eredményeket kíséreltük meg tágabb elméleti illetve társadalmi összefüggésrendszerbe helyezni. Mindezt a SACCO-féle értelmezési modell egy továbbfejlesztett változatának felhasználásával kíséreltük meg.

A kép nem lenne teljes, ha ezt követően röviden nem térünk ki arra, hogyan látjuk a generális klauzulák és a jó erkölcsök jövőbeni szerepét az Európai Unióban. Ez további aspektusokkal gazdagította alapvetően dinamikus vizsgálódásainkat, hiszen egy állandóan alakuló, fejlődésben lévő jogrendszerről van szó. Körképünk végén pedig nem maradt más hátra, minthogy addigi eredményeinket még egyszer összefoglalóan felvonultassuk.

⁸ SCHMIDT, HELMUT: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht*, Berlin: Schweitzer 1973

⁹ CONSTANTINESCO, LÉONTIN-JEAN: *Rechtsvergleichung. Die rechtsvergleichende Methode*, II, Köln—Berlin—Bonn—München: Carl Heymanns 1972, 302—303.

II. A generális klauzula¹⁰ kifejezés története

II.1 Bevezetés

A jelentéstörténeti vizsgálat először elemzi az egyes alkotóelemek jelentését, majd az egész kifejezést vizsgálja. A kijelölt tartalmi kereteknek megfelelően a latin, a német, a francia és a magyar nyelvre terjed ki a vizsgálódás. Ezen exkurzus haszna várhatóan kettős. Egyrészt elmélyíti a generális klauzulákra vonatkozó ismereteket azáltal, hogy feltárja az egyes alkotóelemek szokásos jelentését, és megvizsgálja azt a történelmi-nyelvi kontextust, amelyben a két kifejezés először bukkant fel összetett kifejezésként.¹¹ Másrészt egy sokszor felmerülő kérdésre is válasszal szolgál: A generális klauzula helyett sokszor szinonimaként használt alapelv, általános jogelv, princípium (más nyelvekben *principe général*, *principio generale*, *allgemeiner Rechtsgrundsatz*, *principle*, *super-eminent principles*¹²) kifejezések jóval egyértelműbbek. Okkal merül fel a kérdés, milyen érvek szólnak mégis a bonyolult generális klauzula kifejezés mellett?

II.2 A *generalis clausula* az ókori latin nyelvben

Az oxfordi latin szótár a *clausula* szó hat jelentésárnyalatát¹³ különbözteti meg. Jelenti egyrészt egy szakasz (amely műfaja szerint lehet akár levél, beszéd, érvelés vagy egyéb más egység) záró, összegző részét¹⁴: *clausula vocatur phrasis vel dictio, qua formula aliqua concluditur*,¹⁵ másrészt az ismétlődő mondatrész ritmikus végét,¹⁶ de használták egy egyszerű

¹⁰ A generális klauzula kifejezés a latin eredet és magyar jogirodalmi hagyományok egy részének követése miatt szerepel ebben a formában, a modern jogirodalomban igen elterjedt generálklauzulával szemben.

¹¹ Rövid fejtegetés után kifogásolható, ellentétes eredményre jut MARION AUERT, aki szerint a *clausula* szó számos jelentésárnyalata miatt a nyelvi megközelítés semmilyen haszonnal nem jár a jogi vizsgálat számára. Ld. AUERT, MARION: *Die Generalklauseln im öffentlichen Recht*, Köln: Diss. 1960, 29.

¹² Az első négy kifejezésnek a nemzetközi szakirodalomban való tömeges alkalmazására tekintettel szükségtelennek látom, hogy előfordulásaira példákat hozzak. A *super-eminent principles* kifejezést használja pl. GUTTERIDGE, HAROLD: *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge: University Press 1949, 94.

¹³ GLARE, P. G. WILLIAM: *Oxford Latin Dictionary*, Oxford: Clarendon 1968, s. v. *clausula*.

¹⁴ Ld. Cicero, *De orator*, 2, 240: *addidisti clausulam: tota Tarracina tum omnibus in parietibus inscriptas fuisse litteras L.L.L.M.M.; cum quaereres id quid esset, senem tibi quendam oppidanum dixisse: „lacerat lacertum largi mordax Memmius...”*. Vagy Quintilianus, *Institutio oratoria*, 8, 5, 4: *Hanc quidam partem enthymematis, quidam initium aut clausulam epichirematís esse dixerunt, et est aliquando, non tamen semper*.

¹⁵ FORCELLINI, AEGIDIUS: *Lexicon totius Latinitatis*, Padua: Typis Seminarii 1940, s. v. *concluditur*.

¹⁶ Ld. Cicero, *De oratore*, 3, 181: *clausulas enim atque interpuncta verborum animae interclusio atque angustiae spiritus attulerunt*. Vagy Seneca, *Epistularum Moralium ad Lucilium*, 100, 6: *Adice nunc quod de compositione*

szó, verssor vagy egyéb metrikai egység végén is.¹⁷ Néha egy konkrét tárgy végére, kívülállásra utaltak vele: *Ceterum clausula est extrema pars alicuius rei*.¹⁸ Már a jogi szaknyelv területére nyúlik át a *clausula* azon negyedik jelentése, amikor egy ügylet vagy egy per végkifejletét értették alatta.¹⁹ De a kifejezés már az ókorban felvette ma talán leggyakoribb értelmét, hiszen értették alatta a törvények vagy más hivatalos dokumentumok²⁰ és a magánjogi ügyletek (végrendeletek,²¹ *stipulatiók*²²) záradékát is.²³

A klasszikus irodalmi latinban még sem a *clausus*, sem a *clausio*, *clausor* kifejezés nem használatos, noha a *conclusio*²⁴ már igen gyakori.²⁵ A *claudio* ige csak Cato²⁶ korától (Kr. e. 95-46) vette fel a zárni, bezárni, elzárni (a reteszt rátolni²⁷) jelentést, pedig már Plautusnál (Kr. e. 254-184)²⁸ is találkozhatunk az *excludo* összetétellel kizárni értelemben.²⁹ Nála előfordul az előbb említett *concludo*-n kívül az *occludo*³⁰, illetve *intercludo*³¹ forma is. A *clausula* főnév pedig Varrónál (Kr. e. 116-27) bukkan fel,³² aki a latin nyelvről szóló művében kifejtette: „*clausulas quoque primum appellatas dicunt, quod clauderent*

non constat: quidam illam volunt esse ex horrido comptam, quidam usque eo aspera gaudent ut etiam quae mollius casus explicuit ex industria dissipent et clausulas abrumpant ne ad expectatum respondeant.

¹⁷ Quintilianus, *Institutio oratoria*, 12, 10, 31: *Quid? Quod pleraque nos illa quasi mugiente littera cludimus M, in quam nullum Graece verbum cadit? At illi ny iucundam et in fine praecipue quasi tinnientem illius loco ponunt, quae est apud nos rarissima in clausulis.*

¹⁸ FORCELLINI: *id. m.* 650.

¹⁹ Ld. Cicero, *Ad Atticum*, 6, 3, 3: *clausula est difficilis in tradenda provincia.* Ld. még Seneca, *Epistularum Moralium ad Lucilium*, 66, 48: *Ergo et apud Epicurum sunt haec bona, quae malles non experiri, sed, quia ita res tulit, et amplexanda et laudanda et exaequanda summis sunt. Non potest dici hoc non esse par maximis bonum quod beatae vitae clausulam imposuit, cui Epicurus extrema voce gratias egit.* Ld. még FORCELLINI: *id. m.* 651: *Item saepe sumitur etiam pro parte qualibet, seu capite edicti, legis, scripturae, licet extrema pars sit.*

²⁰ D. 4, 2, 3 pr; D. 26, 10, 1 pr; D. 37, 4, 1, 2; D. 37, 8, 3; D. 4, 6, 21 pr; eod. 26, 2 és 9; D. 5, 2, 6 pr.

²¹ D. 30, 30, 5 és 6; D. 34, 2, 13

²² D. 46, 7, 6; eod. 13 pr; eod. 17; eod. 19 pr; eod. 21. A *clausula doli* tekintetében ld. D. 35, 3, 3 pr; D. 45, 1, 22; D. 46, 4, 13, 5. A posztklasszikus korra a *stipulatio* maga válik szerződéses záradékká (*stipulatio clausula*). Ld. DIÓSDI GYÖRGY: *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest: Akadémiai 1981, 51.

²³ Ld. Cicero, *In Verrem*, 3, 35: *Illa vero praeclara est clausula edicti, quod omnium controversiarum quae essent inter aratorem et decumanum, si uter velit, edicit se recuperatores daturum.* HEUMANN, HERMANN GOTTLIEB—SECKEL, EMIL: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena: Fischer 1907⁹, s. v. Ld. még D. 5, 3, 45, D. 3, 3, 15 és D. 5, 3, 23. A *clausula edictalis* kifejezéssel kapcsolatban vö. BUSNELLI, FRANCESCO DONATO: v. *clausola*, in: *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1960, VII, 184.

²⁴ Cato, *De agricultura*, 89: *Gallinas teneras, quae primum parient, concludat.*

²⁵ ERNOUT, ALFRED—MEILLET, ANTOINE: *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris: Klincksieck 1994⁴, s. v. *conclusio*.

²⁶ Cato, *De agri cultura*, 21: *qui orbem cludat.*

²⁷ WALDE, ALOIS—HOFFMANN, JOHANN: *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg: Winter 1938, s. v. *claudio*.

²⁸ Plautus, *Miles gloriosus*, 977: *Herclè occasionem lepidam, ut mulierem excludam foras.* Továbbá Plautus, *Truculentus*, 635: *quo pacto excludi, quaeso, potui planius, quam exclusus nunc sum?*

²⁹ A *claudio*, *-ere* ige eredetére Paulus Diaconus (Kr. u. 720?-799?), a Montecassinóban is élt bencés történész mutatott rá: „*claudere et clavis ex Graeco descendit*”. Ld. Paulus Diaconus, *Epitome Festi*, 56.

³⁰ Plautus, *Miles gloriosus*, 605: *tuopte tibi consilio occludunt linguam et constringunt manus*, illetve Cato, *De agricultura*, 18: *clavis corneis occludito.*

³¹ Plautus, *Miles gloriosus*, 223: *interclude inimicis commeatum.*

³² MALTBY, ROBERT: *A Lexicon of Ancient Latin Etymologies*, Leeds: Cairns 1991, 135.

sententiam”.³³ Látható tehát, hogy az alapigéből viszonylag hamar kialakult annak kicsinyítőképzővel ellátott főnévi változata, ellentétben több más, a jogi szaknyelvben technikus értelemben használt kifejezéssel, mint például a *contrahere*—*contractus*, vagy *obligare*—*obligatio* szavak esetében, amelyeknél a főnévi alak kialakulására több évszázados késéssel került sor.³⁴ Mindez azt a feltevést erősíti, hogy a *clausula* főnévnek nem volt lerögzült, technikus, jogi használata a klasszikus kor kezdetén, csupán nyelvtani, retorikai kifejezésként rendelkezett körülírt tartalommal: egy szöveg zárt, lehatárolt részét jelentette. A szemléletes, erőteljes képfelidéző szót *ad hoc* jelleggel kölcsönözték maguk számára a jogászok, és rendelték már konkrét jogi tartalommal bíró kifejezésekhez (például *de re iudicata*, *de re defendenda*, *de dolo malo*³⁵). Ragaszkodtak azonban a kifejezés eredeti, grammatikai jelentéséhez: *clausula* alatt hol egy *edictum*³⁶, *senatusconsultum*³⁷ vagy éppen *lex*³⁸ egy-egy meghatározó fordulattal értették. A gaiusi *Institutiók*ban még nem találkozhatunk vele, de Iustinianus tankönyvében már olvasható a *stipulatio*ba foglalt cselekedetek (*facta*)³⁹ kapcsán. A szó a *Digestá*ban többnyire a praetori *edictum*okhoz írt kommentárokból fordul elő, vagy az *edictum*okban megszilárdult formában bukkan fel egyéb művekben.⁴⁰ Az alapesettől különös módon éppen a téma miatt fontos *ex generali clausula* összetétel tér el, amely Modestinus *De enucleatis casibus* című egykötetes művéből származik.⁴¹

A közszféra mellett a *clausula* a magánszemélyek közti forgalomban is előfordul, a verbálszerződésekben⁴² és a végrendeletekben a *legatumok*⁴³ kapcsán. Nem dönthető el teljes bizonyossággal, vajon a kifejezést a praetor vagy magánfelek használták-e elsőként. Az *edictum*okban való megjelenése mindenesetre a préklasszikus kor utolsó századára tehető.

³³ Varro, *De lingua Latina*, IV, 67. Ld. FUNAIOLI, HYGINUS (ed.): *Grammaticae Romanae Fragmenta*, Leipzig: Teubner 1907, 202. Idézi: MALTBY: *id. m.* 135.

³⁴ SCHULZ, FRITZ: *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon 1951, 455 és 465.

³⁵ *Iudicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo.* (Ulp. D. 46, 7, 6).

³⁶ Ulp. D. 4, 6, 26, 9: *haec clausula edicto inserta est.*

³⁷ Ulp. D. 5, 3, 23 pr.: *clausulam senatus consulti.*

³⁸ *Ait lex: quanti is homo in eo anno plurimi fuisset quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est.* (Ulp. D. 9, 2, 21 pr.)

³⁹ I. 3, 15

⁴⁰ Cels. D. 5, 3, 45: *ex doli clausula tenetur.* Emellett Sabinus kommentárokból (Paul. D. 45, 1, 22: *ex doli mali clausula*), *digesta* műfajú művekben (Iul. D. 45. 1. 53: *doli autem clausula ad ea pertineat*), *quaestiók*ban (Pap. D. 45, 1, 119: *doli clausula, quae stipulationibus subicitur*), és egyéb művekben is (Ulp. D. 46, 7, 13 pr.: *ob rem non defensam clausulam*, valamint Ven. D. 46, 7, 19 pr.: *Novissima clausula iudicatum solvi stipulationis*) találkozhatunk a rögzült formákkal, főleg a *clausula dolival*.

⁴¹ D. 4, 6, 33 pr. Az összetétel előfordul még Ulpianusnál, D. 4, 6, 26, 1.

⁴² D. 39, 1, 21, 2 vagy D. 46, 7, 6

⁴³ D. 30, 30, 5 és 6. valamint Scaev. D. 34, 2, 13: *mundum muliebrem omnem, ornamenta et quidquid vivus dedi donavi eius causa comparavi confeci, id omne dari volo.*

Összegezve megállapítható, hogy a *clausulának* nem alakult ki speciális jogászai használata, eredeti köznapi értelmében volt használatos: olyan fordulatot jelölt, amely egy adott szöveg egészét érvényteleníteni, így bizonyos értelemben ellenkezőjére fordítani volt képes. Ezen tulajdonsága igen markánsan kiolvasható egy Ulpianus fragmentumból, aki szerint Marcellus a *clausula* épp ezen természetét vallja:

*Si accepto fuerit lata ob rem iudicatam clausula, Marcellus ait ceteras partes stipulationis evanuisse: propter hoc enim tantum interponuntur, ut res iudicari possit.*⁴⁴

A kifejezés másik tagja, a *generalis*, pontosabban a *genus* töve a *gigno*, a görög *γίγνομαι* „születik”, „keletkezik” jelentésű ige, Varrónál⁴⁵, Cicerónál⁴⁶ és Lucretiusnál⁴⁷ már a latin szókincs szerves része.⁴⁸ E tőből erednek a *nascor*, *natus*, *natio* és *natura* (veleszületett tulajdonság értelemben) szavak.⁴⁹ Paulus Diaconus szerint „*genus dictum putatur a terrae Graeco vocabulo, quam γήν dicunt*”⁵⁰.

Isidorus (Kr. u. 560-636) a szó „rokonsági, nemzetségi” jelentéstartalmát hangsúlyozza: „*genus aut a gignendo dictum aut a definitione certorum prognatarum, ut nationes, quae propriis cognationibus terminatae gentes appellantur.*”⁵¹

A *genus* szó megjelenése a római jogtudósok műveiben egyértelműen a görög filozófia hatásának köszönhető, az Arisztotelész műveiben⁵² szereplő *γένος* szót fordították így latinra. A *genus* kifejezés a római jogtudományi irodalomban rövid időn belül az osztályozás és rendszerépítés egyik kulcsszavává válik, például az emberek státusz szerinti felosztásánál (*liberi, servi, liberti*),⁵³ a kötelmek,⁵⁴ a *possessio*,⁵⁵ vagy épp a *mortis causa donationes*⁵⁶ kategorizálásánál.

Ismert a jogi gondolkodásban a *genus—species* kategóriapár is,⁵⁷ amely különbségtételnek komoly jogi következményekkel járt:

⁴⁴ D. 46, 4, 20

⁴⁵ Varro, *id. m. V: quos agros non colebant propter silvas aut id genus* [...].

⁴⁶ Cicero, *De legibus*, 11: *aliud dicendi instituisti genus*.

⁴⁷ Lucretius, *De rerum natura*, 159—160: *Nam si de nihilo fierent, ex omnibus rebus omne genus nasci posset, nil semine egeret.*

⁴⁸ WALDE—HOFFMANN: *id. m.* 597.

⁴⁹ WALDE—HOFFMANN: *id. m.* 598.

⁵⁰ Paulus Diaconus, *De significatu verborum*, 98.

⁵¹ Isidorus, *Etymologiae sive origenes*, 9,4,4.

⁵² Aristoteles, *Met.* IX, 3.

⁵³ Ulp. D.1, 1, 4

⁵⁴ Gai. 3, 89

⁵⁵ Paul. D. 41, 2, 3, 22

⁵⁶ Ulp. D. 39, 6, 2

⁵⁷ *[S]peciem enim eximi de genere placet* (Paul. D. 40, 4, 10 pr.). A *genus—species* problematikára vonatkozóan ld. TALAMANCA, MARIO: *Lo schema 'genus—species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in: *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano. Roma 14—17 aprile 1973*, II, Roma: Accad. naz. dei Lincei 1977. Valamint NÖRR, DIETER: *Divisio und partitio — Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur*

*Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.*⁵⁸

A két kategória különbözősége szembeötlő a kölcsön mibenléte és más kötelmekről való elhatárolása esetében is:

*Mutuuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuuum.*⁵⁹

A rendszerépítő gondolkodásra, és a görög filozófia distinkciós-szisztematizáló hatására ad hasonló példát a következő elhatárolás, amelyben Paulus a *creditumot* és a *mutuumot* vetette össze:

*Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est.*⁶⁰

A rómaiak nem használták a *genus* illetve *species* kifejezéseket a maguk logikai tisztaságában, és kazuisztikus jelleggel hol a *creditum* és *mutuum*,⁶¹ hol az agnát és kognát rokonok,⁶² hol a *donum* és a *munus* viszonyát⁶³ képezték le a *genus—species* fogalmak viszonyának analógiájára. Igen nehéz lenne meghatározni azt a közös viszonyítási alapot, amely a fenti fogalompárok mindegyikében következetessé tehetné a „nem és faj” minta használatát.

A fogalmakban benne rejlő eltérő rendszertani szinteket is előszeretettel „csúsztatták” egymásba, sokszor egy rövid szövegrészleten belül is:

*Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.*⁶⁴

A fogalmak nagyfokú keveredését tapasztalhatjuk a különböző korokra jellemző szóhasználat összevetésekor is. A legszembetűnőbb példát a gaiusi és a iustinianusi *Institutiók* egybevetése nyújtja.⁶⁵ Gaius a kötelmek két fajáról (*duas species*),⁶⁶ ezen belül az egyik faj (*ex*

antiken Wissenschaftstheorie, Berlin: Schweitzer 1972. Végül PÓLAY ELEMÉR: *A római jogászok gondolkodásmódja*, Budapest: Tankönyvkiadó 1988, 96.

⁵⁸ Paul. D. 6, 1, 6

⁵⁹ Paul. D. 12, 1, 2 pr.

⁶⁰ Paul. D. 12, 1, 2, 3. Egy másik igen egyértelmű példára ld. Ulp. D. 13, 6, 1, 1.

⁶¹ Paul. D. 12, 1, 2, 3

⁶² Paul. D. 38, 10, 10, 4

⁶³ Ulp. D. 50, 16, 194

⁶⁴ Paul. D. 41, 2, 3, 21

⁶⁵ Másik példa: Ulp. D. 39, 6, 2

⁶⁶ Gai. 3, 88

contractu)⁶⁷ négy neméről (*quattuor genera*)⁶⁸ írt, megcserélődött tehát a magától értetődőnek tűnő *genus*—*species* rendszertani pozíciója. Iustinianus a párhuzamos helyen a kötelmek két neméről (*in duo genera*),⁶⁹ majd ettől függetlenül, de ugyanezen a rendszertani síkon maradván egy másik, a Gaiuséval megegyező felosztás szerint négy fajról (*quattuor species*),⁷⁰ azon belül a szerződéseknél pedig — egy rendszertani szinttel lejjebb — ugyancsak négy fajról (*quattuor species*)⁷¹ adott számot.

Mindezek ellenére megállapítható, hogy a *genus* kifejezéssel valami közös töről fakadó, azonos vagy legalábbis hasonló elemekből álló, többé-kevésbé koherens csoportot értettek.

A *genus*ból képzett melléknév a *generalis*⁷² nem túl gyakori jogi szövegekben, ha előfordul, főképp ’általában’ értelemben használatos.⁷³ Eredeti értelméhez közelebb álló értelemben, ’általános’-ként is megjelenik:

*Metus causa exceptionem cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis.*⁷⁴

A *generalis* tehát valamilyen közös eredetre, hasonlóságra, egy rendszerezési egység teljességére utalt.⁷⁵ Általános felhasználhatóságot, univerzalitást sugall például a következő Cicero szöveghelyen: *nam et generale quoddam decorum intellegimus, quod in omni honestate versatur.*⁷⁶ Néha valamely dolog természetét, karakterét képezte le: *falsa propositio est, cum controversia alium habeat statum generaliter et alio ad litem deducatur.*⁷⁷

⁶⁷ Gai. 3, 89

⁶⁸ Gai. 3, 89

⁶⁹ I. 3, 13

⁷⁰ I. 3, 13

⁷¹ I. 3, 13

⁷² A *generalis* kifejezést Priscianus grammatikus (Kr. u. V—VI. sz.) is tárgyalja. Ld. Priscianus, *Institutio de nomine et pronomine de verbo*, III, 478, 5. Műve szolgált a latin nyelv oktatásának kiindulópontjául, Magyarországon a tizenegyedik században már Bonipert püspök is használta. Ld. PECZ VILMOS (szerk.): *Ókori lexikon*.

⁷³ Gai. D. 1, 7, 2 pr.

⁷⁴ Ulp. D. 44, 4, 4, 33. Másik példa: *Spadonum generalis appellatio est: quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur.* (Ulp. D. 50, 16, 128)

⁷⁵ *Oxford Latin Dictionary*, 757. Példák: Lucretius, 1, 590: *ostendant maculas generalis corpore inesse*; valamint D. 34, 2, 19, 10: *nam vasorum appellatio generalis est, dicimus vasa vinaria et navalia*; és D.1, 18, 1: *Praesidis nomen generale est eoque et proconsules et legati caesaris et omnes provincias regentes, licet senatores sint, praesides appellantur: proconsulis appellatio specialis est.*

⁷⁶ Cicero, *De officiis*, 1, 96. Más példák: Seneca, *Epistularum moralium ad Lucilium*, 58, 12: *Hoc ergo est genus primum et antiquissimum et, ut ita dicam, generale*; Quintilianus, *Institutio oratoria*, 3, 5, 9: *In omni autem speciali utique inest generalis, ut quae sit prior*; valamint Gai. 2, 104: *et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.*

⁷⁷ Agennius Urbicus, *Corpus Agrimensorum Romanorum*, 27. (Frontinus műve, de Agennius kommentárokkal látta el.) De ld. még Cicero, *De inventione*, 1, 10: *Cum vero, qualis res sit, quaeritur quia et de vi et de genere negotii controversia est, constitutio generalis vocatur*; de ld. még Cicero, *id. m.* 1, 14 és 2, 62.

A generális klauzula kifejezés tagjaiban közös görög eredetük, és az, hogy megközelítőleg egy időben, az első nagy görög behatást követően,⁷⁸ a Kr. e. 1. században kerültek át a latin nyelvbe. A szavakból származó összetétel, az *ex generali clausula*, azonban nem szilárd, csak igen ritkán bukkan fel a forrásokban, a *Digestában* például csak kétszer, ugyanabban a *titulusban*, a D. 4, 6-ban,⁷⁹ amely azt taglalja, mikor kerülhet sor *in integrum restitutióra* *minorok* javára.

A törvénykönyvben elfoglalt helyét tekintve első, Ulpianustól származó töredék a praetori *edictum* azon rendelkezéséről szól, amely szerint a praetor segítségére siet mindazoknak, akik a másik fél távolléte miatt jogukat nem voltak képesek megvédeni.⁸⁰ A jogtudós e fragmentumban kifejezetten arról írt, hogy a praetor azért vette fel ezt a *clausulát*, hogy az ne csak bizonyos, meghatározott személyek szűkebb körére (akiket korábban részletesen felsorolt és kedvezményben részesített⁸¹), hanem minden távollévőre (*omnes qui absentes*)⁸² vonatkozzék. A későbbiekben erre a *clausulára* visszautalva használta a *generalis clausula* (pontosabban az *ex generali clausula*) összetételt, kifejezendő, hogy annak hatálya — Pomponius szerint — még a száműzöttekre is kiterjed.⁸³ Ulpianus nem a mai értelemben használja a *generalis clausula* kifejezést, de több vonatkozásban alapot ad a későbbi fejlődés számára.

Egy másik fragmentumban Modestinus azt a problémát tárgyalta, amikor egy közügyek miatt távollévő személy dolgát elbirtokolták. Ebben az esetben a távollévő időkorlátozás nélkül visszakövetelhetette dolgát az elbirtoklótól: *perpetuam habet actionem*.⁸⁴ Lényeges kérdés tehát, kit tekintettek közügyekben távollévőnek (*abesse rei publicae causa*)⁸⁵? Hogy ezt a kérdést megválaszolja, Modestinus a tisztségek hosszú felsorolásába kezdett, listája a *proconsuloktól* az államkincstár képviselőéig (*fisci patronus*) terjedt.⁸⁶ Ez utóbbiakkal kapcsolatban jegyezte meg, hogy nekik is segít a már előbb ismertetett *generalis clausula*.⁸⁷ A terjengős, hosszadalmas felsorolásokból és példákból nyilvánvaló, hogy a *clausula* általános jellege miatt *generalis*: mindenkit megillet a *perpetua actio*, aki nem magánérdekből, de

⁷⁸ Ha eltekintünk a többek által tételezett első, a tizenkét táblás törvény időszakában *Magna Graecia* dél-itáliai görög városállamaiból érkező hatástól. Ld. KUNKEL, WOLFGANG—SCHERMAIER, MARTIN: *Römische Rechtsgeschichte*, Köln—Weimar—Wien: Böhlau 2001, 4.

⁷⁹ A *titulus* az *Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur* címet viseli.

⁸⁰ Ulp. D. 4, 6, 21 pr.

⁸¹ Ulp. D. 4, 6, 1, 1

⁸² Ulp. D. 4, 6, 21, 1

⁸³ Ulp. D. 4, 6, 26, 1

⁸⁴ Mod. D. 4, 6, 31

⁸⁵ Mod. D. 4, 6, 32

⁸⁶ Mod. D. 4, 6, 32—33

⁸⁷ Mod. D. 4, 6, 33

kényszer (azaz hivatali kötelezettsége) hatására van távol.⁸⁸ A kitétel tehát egy közös tulajdonság (közügyekben távollevők) minden tagjára vonatkozott.

A *generalis clausula* minkét előfordulása nagyjából azonos helyzetről szól: egy korábban meghatározott személyi kör minden olyan személyre történő kiterjesztéséről, aki egy bizonyos tulajdonsággal (tudniillik hogy ő maga vagy ellenfele távol van) rendelkezik. A *generalis* jelző hasonló bővítő értelemmel bírt analóg esetek, a *sententia generalis*⁸⁹, a *generalis epistula*⁹⁰, valamint a *sermo generalis*⁹¹ kapcsán is.

A *generalis clausula* kifejezést használó jogászok között szoros kapcsolat van: a *Digestában* elsőként Ulpianusnál bukkan fel a kifejezés, és tanítványánál, Modestinusnál⁹² található meg ismét. Lehetséges tehát, hogy a *generalis clausula* kifejezést Ulpianus vitte be a jogászai köztudatba, legalábbis tanítványai fogalomkészletébe.

Összefoglalóan megállapítható, hogy lényeges különbség a római és a modern jogászok szóhasználatában, hogy a rómaiak jóval konkrétabb szinten (minden esetben emberekből álló csoportok vonatkozásában) és nem absztrakt fogalmi mezőben (például egy polgári törvénykönyv elvont normáira utalva) használták a fogalmat. Továbbá a rómaiaknál igen ritkán fordult elő a kifejezés, és egyáltalán nem bír azzal a megszilárdult technikus tartalommal, amelyet az újkorban felvett. Mégis megállapítható, hogy a római és a modern *denotatum* esetében többről van szó, mint egyszerű formai-nyelvi egyezéstről.

II.2 A kifejezés továbbélése

A római jogtudósok által még csak igen ritkán, nem technikus értelemben és meglehetősen körülírható, konkrét esetekben használt kifejezés számos modern ország jogdogmatikájának és joggyakorlatának központi jelentőségű, absztrakt fogalmává vált. A fogalom újkori újjászületésének ideológiai háttere vélhetően a *gemeines Recht* római jogi forrásaira támaszkodó szabályaiban, a francia polgári forradalom elvszeretetésében⁹³ és a természetjogi iskola tanaiban lelhető fel.

⁸⁸ Paul. D. 4, 6, 36

⁸⁹ Ulp. D. 6, 1, 68

⁹⁰ Ulp. D. 11, 4, 1, 2

⁹¹ Gai. 2, 104

⁹² Hogy Modestinus Ulpianus tanítványa volt, magától Ulpianustól tudjuk: *Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi* (Ulp. D. 47, 2, 52, 20). Bővebben ld. KUNKEL, WOLFGANG: *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln—Weimar—Wien: Böhlau 2001, 259.

⁹³ GAJA, GIORGIO: v. *Principi generali del diritto*, in: CALASSO, FRANCESCO (ed.): *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano: Giuffrè 1960, 506.

Az alábbiakban a *generalis clausula*, illetve *clausula* kifejezéseknek megfelelő nyelvi alakzatok történetének bemutatására kerül sor egyes kiválasztott jogrendszerekben.⁹⁴

⁹⁴ Az olasz jogi nyelvben a latin *clausula* szó többféle jelentésben is továbbél. Egyrészt használják a *clausula contrattuale* kifejezést szerződési záradék megjelölésére.⁹⁴ Ezen jogügyleti kontextusban hordozott jelentés (*clausola del negozio*) keretén belül dogmatikailag elhatárolják még a büntetőklauzulát (*clausola penale*) valamint a bontó záradékot (*clausola resolutive*). Ld. BUSNELLI: *id. m.* 184.

Az angolba a *clause* francia közvetítéssel került a latinból, ugyancsak igen korán, egyesek szerint GEOFFREY CHAUCER (1343—1400) idejében, tehát nagyjából német elterjedéssel egyidőben. Ld. SHEAT, WELTER WILLIAM: *An Etymological Dictionary of the English Language*, Oxford: University Press 1961, 112. Más szerzők jóval korábbra, az 1200-as évekre teszik átvételét, és azt állítják, hogy már az 1300-as évek elején felvette volna a szöveg egy cikkelye, része értelmet. Ld. BARNHART, ROBERT: *The Barnhart Concise Dictionary of Etymology*, New York: HarperCollins 1955, 129. Őket igazolja egy 1225-ből származó nyelvemlék: *Vour crevices a nour halve, mid teos uour efter clauses*. Ld. *Ancren riwle* 1853, 46. Idézi: SIMPSON, JOHN A.—WEINER, EDMUND S. C.: *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed., III, Oxford: University Press 1989, 285.

Kezdetben egy mondatot, egy írásmű részletét, retorikai kifejezést (egy retorikai periódus végét), de mindenképpen valamilyen zárt entitást jelölt. Ld. KLEIN, ERNEST: *A Comprehensive Etymological Dictionary of the English language*, Amsterdam—London—New York: Elsevier 1966, 296, valamint PATRIDGE, ERIC: *Origins. A Short Etymological Dictionary of Modern English*, London: Random House Value Publishing 1966, 102.

A középkori angolban a még *claus*, *clause*, *clausse* formákban is ismert, fordulatot, következtetést is értettek alatta. Ld. SIMPSON—WEINER: *id. m.* III, 285. A *clause* önmagába zárt és független fordulat, olyan záradék, amely önálló, a kontextustól független értelemmel bír. Ld. SAUNDERS, JOHN B. (ed.): *Words and Phrases. Legally Defined*, I, London: Butterworth 1969, 264. Jogi jelentésárnyalatai (egy elkülönült cikkely, szóbeli ígéret, rendelkezés) is igen korán, 1374-ben, megjelentek: *He shall me never binde in soche clause*. CHAUCER, GEOFFREY: *Troilus and Criseyde*, 2, 679. Igen gyakori volt a 13. századi angol jogászai szaknyelvben a középkori közjegyzők által gyakran használt „*vel attornato* (vagy *nuntio*) *has litteras deferenti*” klauzula, amely a hellén jog *παντί τῷ ἐπιφέρωντι* fordulatára vezethető vissza. Vö. SCHULZ: *Classical*, 628. E klauzulával az adós előre hozzájárulását adhatta ahhoz, hogy a hitelező az adósság behajtására képviselőt bízson meg.

A *clause* szó az egyházi jogi szaknyelvben is jelen volt: *Add therets an express clause of special provision*. Ld. HOOKER, RICHARD: *Of the lawes of ecclesiasticall polittie*, 1594, VIII, § 6. Idézi: SIMPSON—WEINER: *id. m.* III, 285. Az előkép latinhoz és más nyelvekhez hasonlóan jogi norma részét is jelölte, megjelent egy korai westminsteri statútum preambulumban is: *in crastino clausi Paschae*. Statutum Westminster, I, Preambulum. Idézi SIMPSON—WEINER: *id. m.* III, 285. Ehhez lásd még STATSKY, WILLIAM P.: *Legal Thesaurus/dictionary*, St. Paul: Cengage Learning 1985, 137. PITT anekdotagyűjteményében egy szintén fontos törvény, az *Act of Settlement* kapcsán olvasható: *There is a clause in the Act of Settlement, to oblige every Minister to sign his name to the advice which he gives his Sovereign*. PITT, WILLIAM: *Anecdotes of 1792*, II, XXIX, 125. Idézi SIMPSON—WEINER: *id. m.* III, 285. Vagy: *I am not proposing any clause in the Bill*. BRIGHT, JOHN: *Speeches*, 1889, India 24. June. Idézi SIMPSON—WEINER: *id. m.* III, 285. Ez a királyi ellenjegyzési záradék általánossá vált *billek*, és egyéb ellenjegyzésre szoruló normák esetében. (GARNER: *id. m.* 160.) A kifejezés a modern jogi szaknyelvben (MCKENDRICK, EWAN: *Contract Law*, Hampshire—New York: Palgrave 2005⁶, 13.) és a gyakorlatban (GIFIS, STEVEN, H.: *Law Dictionary*, New York: Baron's 1996, 174.) is előfordul. Az angol grammatikában pedig olyan szóösszetételeket értenek *clause* alatt, amelyek legalább alanyt és állítmányt tartalmaznak. Ld. GARNER: *id. m.* 160. Egyes szerzők még osztályozzák is a jelentéskörébe vonható tartalmakat, és három fő típusát különböztetik meg: a kihirdetési záradékot (*enacting clause*), a normatív rendelkezést (*operative clause*) és a határozati záradékot (*resolving clause*). Ld. GARNER: *id. m.* 267—268. Mindemellett az etimológiai hagyományok érdekes keveredését és részleges elfeledését mutatja az angol *exclusion clause* kifejezés. Ld. MCKENDRICK: *id. m.* 4.

Az eredetét tekintve végső fokon az arisztotelészi terminológiára visszavezethető angol *general* jelző az egy nemhez, *genushoz* tartozó egyedek jelölésére szolgált (SHEAT: *id. m.* 237.), egy bizonyos csoport minden tagjára vonatkozó valamely azonosságot jelölt (KLEIN: *id. m.* 647.). Kezdetben különösen akkor használták, ha az egyedek eredete közös, vagy természetes hasonlóságokat mutatnak fel. Ld. PATRIDGE: *id. m.* 249. Közvetlenül a latinból vették át az angolok, már 1200 előtt. Ld. BARNHART, *id. m.* 313.

A generális klauzula összetétel az angol jogi nyelvben előbb megjelent, mint a németben. Már a 18. század végéről ismert a kifejezés technikusa használata: „*Clausula generalis de residuo non ea complectitur, quae non ejusdem [sic!] sint generis cumi is quae speciatim dicta fuerint.*” LOFFT's *Reports and a Collection of Maxims* 1790, 419, idézi JOWITT, EARL: *The Dictionary of English Law*, I, London: Sweet & Maxwell 1959, 385.

A feljebb részletesen tárgyalt *Digesta*-helyekkel⁹⁵ már a glosszátorok is részletesen foglalkoztak. Összefoglalóan megállapították, hogy a praetor „*per istud edictum subvenitur illis, qui sunt laesi per absentiam*”⁹⁶. A glossza a kérdéses *edictum*-részletet a forráshely logikai felosztását követve három fő részre (*clausulára!*) osztotta. Az elsőben a távollévő a jelenlévővel (*absens contra praesentem*), a másodikban a jelenlévő a távollévővel szemben (*praesens contra absentem*) folyamodhatott az eredeti állapot helyreállításáért. A harmadik *clausula* a fentiekkel szemben generális, hiszen „*quandocumque esset aequum quod restituatur, praetor restituit*”⁹⁷, azaz minden olyan esetre kiterjed, ahol a *restitutio* méltányos. Az egyik legismertebb záradékként ismert fordulat, a *clausula rebus sic stantibus* — amely egyébként dogmatikai értelemben átmenetet képez a záradékként felfogott klauzula és a generális klauzula között⁹⁸ — is a glosszátorok (érdekesképpen nem a kommentátorok⁹⁹) munkásságára vezethető vissza:¹⁰⁰ *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur.*¹⁰¹

II.2.1 A kifejezés a német jogi szaknyelvben

A német jogász nyelvben már viszonylag korán, a 14. században megjelent a *Klausel* kifejezés, amely elsőként a kancelláriai szóhasználatban terjedt el, és zárómondatot („*Schlusssatz*”) ¹⁰², hozzáadott rendelkezést („*zusätzliche Bestimmung*”) ¹⁰³, vagy korlátozó, feltételt tartalmazó mellékszabályt („*einschränkende, vorbehaltende Nebenbestimmung*”) ¹⁰⁴ jelentett. Kevésbé ismert tény, hogy a *clausula* szó jogi szakszövegben — nagy

⁹⁵ D. 4, 6, 21 pr. et 33

⁹⁶ Ld. *Digestum vetus*, Lugduni 1551, 374.

⁹⁷ Ld. *Digestum vetus*, Lugduni 1551, 374.

⁹⁸ GARNER, BRYAN A.: *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford 2001, 267.

⁹⁹ A korábban általánosan elterjedt egyszerűsítő felfogást, miszerint a glosszátorok inkább elméleti, a kommentátorok pedig inkább gyakorlati munkát végeztek, árnyaltabban ítélik meg mérvadó német szerzők. Ld. STEIN, PETER: *A római jog Európa történetében*, Budapest: Osiris 2005, 67.

¹⁰⁰ KEEL, FRANZ: *Juristische Terminologie nach schweizerischer Lehre und Praxis*, Zürich: Schulthess 1939, 28.

¹⁰¹ HENRICUS DE COCCEIO: *Exercitationum curiosarum libri duo*, II, Segoviae 1722, *De clausola rebus sic stantibus*, 286—313. BALDUS DE UBALDIS: *In decretalium volumen commentaria*, Venetiis 1595, fol. 256. BARTOLUS DE SAXOFERRATO: *Omnia quae extant opera*, Venetiis, 1603, *In secundam Digesti veteris portem*, fol. 40. A helyeket idézi TARTAGLIA, PAOLO: v. *Onerosità eccessiva*, in: CALASSO: *id. m.* XXX, 155. Többek között a fent idézett szerzők tevékenységének köszönhetően élhetett tovább az elv a természetjogi gondolkodásban, és jelent meg a bajor kódexben (12. §), a porosz (378. §) *Allgemeines Landrecht*ben, később az osztrák polgári törvénykönyvben (936. §).

¹⁰² KLUGE, FRIEDRICH: *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Berlin: de Gruyter 1957, 374.

¹⁰³ PFEIFER, WOLFGANG: *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, München: DTV 1995, 664.

¹⁰⁴ HERMANN, URSULA—MATSCHINER, ARNO: *Herkunftswörterbuch. Etymologie, Geschichte, Bedeutung*, München: Bertelsmann 1998, 324.

valószínűséggel — elsőként a csehországi Eger¹⁰⁵ 1343-as privilégiumlevelében fordul elő: *dasz die purger all gnaden vnnd freyheiten geprauchen vnnd welche wir mit punkten, clauseln vnnd artigkheln ratificiern vnd bekreftigen.*¹⁰⁶

Talán nem véletlenül esett a *Klausel* szó elterjedése arra az időszakra, amikor az újjáéledő latin jogász kultúra a Szent Római Birodalom területére is kisugárzott.¹⁰⁷ A szó mintegy négy évszázadon keresztül őrzi a németben idegennek ható 'u' betűs formáját: *Klausul*, ennek nyomai máig megtalálhatóak a *(ver)klausulieren* igében.¹⁰⁸

A főnevet szemléletesen határozza meg HELLFELD: „*clause ist eine kurze wortfassung, wodurch etwas beschaffenheit der sache und umstände erkläret, erweitert oder auch eingeschränket wird.*”¹⁰⁹

A *general* az egyházi latinságból (*generalis abbas*) került a német nyelvbe,¹¹⁰ az ún. *Frühhochneudeutsch* idején (1350-1600) már a katonai szókészletben is használatos volt.

A generális klauzula, mint modern jogi szakkifejezés diadalát és elterjedését a 19. századi német pandektisztikának és a különböző szinten megvalósult kodifikációknak köszönheti: már egyértelműen a modern dogmatikai jelentéstartalmának megfelelően használta a fogalmat a Württembergi Királyság számára készült 1844-es polgári eljárásjogi kódextervezet.¹¹¹ Ennek „*General-klausel*”-nek titulált 1547. § (c) bekezdése a birtokperekről szóló részt zárja le. A kifejezés szó szerinti értelmének megfelelően a paragrafus kimondta, hogy a kódex rendelkezései által közvetlenül nem érintett szokásjogi szabályok továbbra is hatályosak maradnak, tehát egy negatív megszorítást tartalmaz. Már itt megfigyelhető az a jelentős eltérés az ókori illetve középkori felfogáshoz képest, hogy a generális klauzula tárgyai személyek helyett jogilag releváns ügyletek és cselekmények lesznek.

¹⁰⁵ Csehül *Cheb*, német neve Eger. Egy, a német határhoz közel fekvő város, jelenleg *Karlovarský kraj*hoz tartozik, mintegy harminnégyezer lakosa van.

¹⁰⁶ GRADL, HEINRICH (Hrsg.): *Privilegien der Stadt Eger*, 1879, 7, idézi DICKEL, GÜNTHER—SPEER, HEINZ: *Deutsches Rechtswörterbuch. Wörterbuch der älteren deutschen Rechtssprache*, VII, Weimar: Böhlau 1974—1983, 1074.

¹⁰⁷ STEIN: *id. m.* 118. A középkor német zenei szaknyelvében is használták a kifejezést, egy melódia záró hangjait hívták *clausulának*, amely minden bizonnyal az antik retorikában használt értelem (ritmizált mondatvég) megváltozott formában való továbbélése. Ld. WAHRIG, GERHARD—KRÄMER, HILDEGARD—ZIMMERMANN, HARALD: *Brockhaus Wahrig Deutsches Wörterbuch*, IV, Stuttgart: Brockhaus 1982, 154.

¹⁰⁸ Amely egyébként 1618 óta használatos. Ld. KLUGE: *id. m.* 374, és PFEIFER: *id. m.* 664.

¹⁰⁹ HELLFELD, JOHANN AUGUST: *Repertorium Reale Practicum Iuris Privati Imperii Romano-Germanici oder vollständige Sammlung aller üblichen und brauchbaren Rechte im Heil. Römischen Reiche, und den benachbarten Landen*, II, Jena: Cuno 1755, 916 idézi DICKEL—SPEER: *id. m.* 1074.

¹¹⁰ KLUGE, FRIEDRICH: *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Berlin—New York: de Gruyter 2002, 345.

¹¹¹ BOLLEY, HEINRICH ERNST FERDINAND: *Entwürfe und Anträge zu einer umfassenden Civil-Gerichts- und Prozeßordnung für das Königreich Württemberg*, II, Stuttgart: s. l. 1844, 112.

A jogi szakirodalomban a már ismertetett *Digesta*-helyekhez, tehát az eredeti állapot helyreállításához kapcsolódóan bukkan fel a kifejezés latin alakja.¹¹² Tartalmilag azonban minőségi módosulást szenvedett el a fogalom, ugyanis nem a kibővült személyi, hanem a megnövekedett tárgyi hatókörre vonatkoztatták. Enek megfelelően a praetori klauzula, *item si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restituam*, az úgynevezett *restitutio ex generali clausula* jelentése meglehetősen vitatott volt.¹¹³ Egyesek szerint csupán az elfogadható távollét okainak kibővítő értelmezésére utal, mások szerint ettől sokkal általánosabb: a bíró számára jelenti a szabad mérlegelés lehetőségét az eredeti állapot helyreállítása tekintetében. Ezen utóbbi nézet képviselői szerint méltányosságból mindig megadható a *restitutio*, ha nincs kifejezett tiltó jogi norma, ha az *in integrum restitutio* általános feltételei adottak és a sérelem még részben sem vezethető vissza a hátrányt elszenvedő vétkességére illetőleg gondatlanságára.¹¹⁴ VANGEROW a két szélsőség közti középút mellett érvelt: az eredeti állapot helyreállítható, ha a jogérvényesítést külső fizikai akadály zárta ki. A neves pandektista figyelemreméltó észrevétele szerint ugyanis a praetori *edictum* csupán ilyen eseteket tartalmazott.¹¹⁵ A vita tehát tulajdonképpen az *ulpianusi generalis* jelző terjedelmére (azaz a *genus* kiterjedésének meghatározására) vonatkozott, mintegy előrevetítve azon nehézségeket, amelyeket a kifejezés mögött rejlő normatív tartalmak a későbbiekben is okozni fognak.

HEDEMANN híres tanulmánya¹¹⁶ óta a fogalom gyakorivá vált a német jogelméleti és módszertani irodalomban is. A szerződési jogban többnyire három, „királyinak” titulált klauzulát minősítenek generális klauzulának, a BGB 138., 157. és 242. paragrafusát.¹¹⁷

A modern német jogi szaknyelvben a *Generalklausel* egy jogszabályban (például egy törvényben) helyet foglaló, tág hatókörű,¹¹⁸ általánosan definiált fogalmat jelent,¹¹⁹ amelynek révén a jogalkotó elkerülheti a részletesen körülírt részletszabályok alkalmazását, másrészt

¹¹² SEUFFERT, JOHANN ADAM: *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, III, Würzburg: Stahel'sche Buchhandlung 1825, 403; VANGEROW, KARL ADOLPH VON: *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, I, Marburg: Elwert 1843, 251;

¹¹³ VANGEROW: *id. m.* 253. A szerző háromféle lehetőséget különít el: a jogérvényesítés akadálya vagy a jogosultban, vagy az alperesben, vagy külső tényezőkben (például természeti katasztrófa, kényszer) rejlik.

¹¹⁴ SEUFFERT: *id. m.* 404.

¹¹⁵ VANGEROW: *id. m.* 253.

¹¹⁶ HEDEMANN, JUSTUS WILHELM: *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: Mohr 1933.

¹¹⁷ Egyes szerzők ide sorolják a BGB 311. § (1—3) bekezdését, a 307. § (1—2) bekezdését, a 313, 314, 315 és 317. paragrafusokat is. RÖTHEL, ANNE: *Normenkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 37; SCHAPP, JAN: *Methodenlehre des Zivilrechts*, Stuttgart: UTB 1998, 42 és 110.

¹¹⁸ SCHAPP: *id. m.* 109.

¹¹⁹ GREIFELD, CARL: *Rechtswörterbuch*, München: Beck 1994, 479; KRAMER, ERNST A: *Juristische Methodenlehre*, Bern: Stämpfli/München: C.H. Beck 2005², 109; WEBER, RALPH: *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, AcP 192 (1992), 516—524; RÖTHEL: *id. m.* 34.

lehetővé teszi a jogalkalmazó számára a norma rugalmas értelmezését és felhasználását.¹²⁰ Tartalmának pontos meghatározása a bíróságok feladata,¹²¹ a benne rejlő normatív tartalom esetről esetre történő meghatározásra vár (*wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff*)¹²², tárgyi tartalmát (*Sachverhalt*) absztrakt módon határolja.¹²³ Ennyiben hasonlít az ún. értékfogalmakra (*Wertbegriffe*), mint például a kereskedelmi szokások (*Verkehrssitte*) vagy a „lényeges ok” (*wichtiger Grund*).¹²⁴ Egyes szerzők egyenesen a *ius dispositivum* és a *ius strictum* analógiáját alkalmazzák a generális klauzula és az egyedi norma viszonyának érzékeltetésére, például a BGB jó erkölcsökbe (*gute Sitten*) ütköző jogügyletek semmisségét kimondó 138. és a hetedik életévüket betöltő kiskorúak korlátozott cselekvőképességéről szóló 106. paragrafusa kapcsán.¹²⁵

A német jogi dogmatikában — egyéb jogrendszerekre is érvényes dogmatikai megfontolások alapján — a generális klauzulát elhatárolják továbbá a bírói szabad mérlegeléstől, a nem konkrétan meghatározott jogi fogalmaktól, a blanketta jellegű szabályoktól, a jogpolitikai célkitűzésektől (*Programmsatz*) és az irányelvektől.¹²⁶ Mások a taxatív felsorolással (*Enumeration*) is szembe állítják a kifejezést.¹²⁷ A generális klauzula a *Programmsatz*tól eltérően közvetlenül érvényesülő jogi norma,¹²⁸ a jogelvekhez, principiumokhoz képest pedig korlátlanabb érvényesülési körrel bír.¹²⁹ A blankettanormákhoz képest kevésbé konkrét és többnyire jogon kívüli normákra irányul.¹³⁰ A bírói mérlegelésre lehetőséget adó normák

¹²⁰ KRAMER: *id. m.* 117; Brockhaus. *Die Enzyklopädie*, VIII, Leipzig: Brockhaus 1996, 309.

¹²¹ GEIGER, HARALD—MÜRBE, MANFRED—LEDERER, SIEGLINDE—OBENAUSS WALTER: *Beck'sches Rechtslexikon. Rund 1.800 Rechtsbegriffe für Beruf und Alltag*, München: Beck 1992, 216; HAUBELT, HORST WILHELM: *Konkretisierung von Generalklauseln*, München: Diss. 1978, 4; KRAMER: *id. m.* 117.

¹²² KAUFFMANN, HANS: *Rechtswörterbuch*, München: beck 1934, 479, valamint TILCH, HORST—ASBOTH, FRANK: *Deutsches Rechts-Lexikon*, II, München: Beck 2001, 1870.

¹²³ HANLE, ADOLF—DROSDOWSKI, GÜNTHER: *Meyers Enzyklopädisches Lexikon*, X, Mannheim—Wien—Zürich: Bibliogr. Inst. 1974, 38.

¹²⁴ LARENZ, KARL—WOLF, MANFRED: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004, 66.

¹²⁵ REIFFERSCHIED, ADOLF—BÖCKEL, EBERHARD—BENSELER, Frank (Hrsg.): *Lexikon des Rechts*, I, Berlin: Hermann Luchterhand 1968, 134.

¹²⁶ AUERT: *id. m.* 37—42.

¹²⁷ KÖBLER, GERHARD: *Juristisches Wörterbuch*, München: Vahlen Franz 2005, 187; LARENZ—WOLF: *id. m.* 66; ENGISCH: *id. m.* 156; SCHAPP: *id. m.* 109; KAMANABROU, SUDABEH: *Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklausel*, AcP 202 (2002), 667sk.

¹²⁸ HEDEMANN: *id. m.* 54. Természetesen a generális klauzulák nem rendelkeznek a jogi normák minden szükségszerű kellékével, itt és a továbbiakban az egyszerűség kedvéért nevezzük őket jogi normának. Ez a megnevezés a szakirodalomban is általánosan elfogadott, és pontosan utal arra, hogy kötelező erejű szabályról van szó.

¹²⁹ BYDLINSKI, FRANZ: *Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln*, in: BEHRENDSS, OKKO u. a. (Hrsg.): *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposition zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht 1990, 189, 198sk.

¹³⁰ RÖTHEL: *id. m.* 34sk; HAUBELT: *id. m.* 15sk. ESSER a generális klauzulát a blankettanormákkal és a sztenderddel azonosnak tartja abból a szempontból, hogy mindhárom lehetőséget ad nem axiomatikusan beépített, anyagi jogelvek betörésére a kodifikáció rendszerébe. Ld. ESSER, JOSEF: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beitrag zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen: Mohr 1956, 150.

bizonyos korlátok között döntési szabadságot adnak a jogalkalmazónak, míg a generális klauzulák az egyes esetekre közvetlen kötelező erővel bírnak. Egyesek szerint közérthetőségük miatt értéktartalmuk meghatározása nem igényel hivatalos jogi fórumot.¹³¹ E felfogással szemben helyesebb azt vélnünk, hogy míg a bírói mérlegelés keretek közötti finomhangolást, a generális klauzula valóságos jogalkalmazói normaalkotást implikál. Funkcióját tekintve egy generális klauzula felhívó, irányadó, kompromisszumteremtő, egyeztető és rendszermegőrző feladatokkal rendelkezhet. Jogtechnikailag egyszerűsítő- és összegző funkcióval rendelkezik, és hatásköri kompetenciák delegációjára és megkerülésére¹³² is alkalmas. Speciálisan a szerződési jogban korlátozó vagy éppen bővítő értelmezést lehetővé tevő kiegészítő szabályként (*Vorbehalt, Nebenbestimmung*)¹³³ vagy záró rendelkezésként (*Schlussbestimmung*)¹³⁴ használják. Egyéb esetekben ellenőrző-, javító-, kiegészítő és díszítő¹³⁵ szerepe is lehet. Jogszociológiai szempontból a jogrend társadalmi elfogadottságát hivatott erősíteni.¹³⁶

II.2.2 A kifejezés a francia jogi szaknyelvben

A francia jogelméleti irodalom a némethez képest sokkal kevesebb figyelmet szentel a generális klauzula fogalmának, annak ellenére, hogy a francia *Code civil* híres 1382. cikkelye a modern törvénykönyvek közül elsőként kodifikált generális klauzulát.¹³⁷ A terminológia szabatoság érdekében megjegyzendő, hogy a francia *prescriptions* vagy *normes générales* olyan általános jogelvekre utal, mint a *nulla poena sine lege* elve vagy a *déni de justice*.¹³⁸ A francia jogi irodalomban nagyon változatos kifejezésekkel jelölik a generális klauzulák fogalmát. Ilyen a *clause* vagy *disposition générale*, a *principes généraux*, *principes*

¹³¹ HAUBELT: *id. m.* 22sk; ENGISCH, KARL: *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart: Kohlhammer 2005¹⁰, 166sk.

¹³² DIEDERICHSEN, UWE: *Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, Karlsruhe: Müller 1974.

¹³³ WAHRIG, GERHARD—KRÄMER, HILDEGARD—ZIMMERMANN, HARALD: *Brockhaus Wahrig Deutsches Wörterbuch*, IV, Stuttgart: Brockhaus 1982, 154. Valamint POSENER, PAUL: *Juristisches Fremdwörterbuch*, Berlin: Weber 1927, 82, és KNIPEKAMP, HANNS, P.: *Rechtswörterbuch*, Berlin: Colloquium 1954, 28.

¹³⁴ WOLFF, FRIEDRICH—WITTSTOCK, OTTO: *Latein und Griechisch im deutschen Wortschatz*, Berlin: Cornelsen 1990, 37.

¹³⁵ HEDEMANN, *id. m.* 64; BUECKLING, ADRIAN: *Der Fluch der Generalklauseln*, Zeitschrift für Rechtspolitik 16 (1983), 190sk, egyenesen „pezsgőklauzuláról” (*Champagnerklauseln*) beszélt.

¹³⁶ KRÄMER: *id. m.* 64.

¹³⁷ COING, HELMUT: *Europäisches Privatrecht*, II, München: Beck 1989, 174. A deliktualis felelősség ezen generális klauzulájának eredete egyébként egészen HUGO GROTIUS-ig visszavezethető: „*ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarciatur.*” GROTIUS, HUGO: *De iure belli ac pacis*, II, 17, 1. Idézi: COING: *id. m.* I, 506.

¹³⁸ BERGEL, JEAN-LOUIS: *Méthodologie juridique*, Paris: PUF 2001, 118.

fondamentaux,¹³⁹ *principes vastes*,¹⁴⁰ a „puha” jogi normák (*règles souples, paragraphes caoutchoucs*¹⁴¹), a bírói jogi koncepciók (*concepts arbitraires*¹⁴²), szelepfunkciójú koncepciók (*concepts soupapes*¹⁴³), sztenderdek (*standards*¹⁴⁴), határozatlan jogi fogalmak (*notions floues*,¹⁴⁵ *notion générales au contenu indéterminé, notions souples à contenu variable*¹⁴⁶), keretfogalmak (*notions cadres*¹⁴⁷), fejlődőképes jogfogalmak (*notions évolutives*¹⁴⁸) vagy alapfogalmak (*notions fondamentales*). A *Grand Larousse* a jó erkölcsök (*les bonnes mœurs*) kapcsán a társadalomban létező erkölcsi szabályok együtteséről beszél és kerüli a generális klauzula kifejezést.¹⁴⁹ A *clause* szócska helyett gyakrabban találkozunk a *principe* kifejezéssel. E szó arra utal, hogy az adott norma kiemelkedő jelentőségű, fontosabb más normáknál.¹⁵⁰ PASCAL találó megjegyzése szerint a principiumok a megérzésen alapulnak, míg az általános szabályok (*propositions*) a megfelelő viselkedésből nyerik erjüket,¹⁵¹ egy modern szerző pedig a jog lelkének alkotóelemét látja bennük.¹⁵² A principum generalitása azt jelenti, hogy az adott norma nagyon sokféle helyzetben felhasználható és felhasználandó, szemben egy konkrétabb jogszabállyal.¹⁵³ Az alapelvek a két világháború között élték fénykorukat, a jogirodalom bőségesen értekezett az idevágó témákról. SOURIOUX az eddigi szemantikai megfigyelésekkel összhangban kijelentette, hogy a *principe général* természeténél fogva expanzióra termett principium.¹⁵⁴ A fogalmat referencia jelentőségű kulcsfogalomnak tartotta. A kulcs metaforát két értelemben használta, a francia többjelentésű *clef* szóval szójátékot űzve. Ennek megfelelően a *principe général* a jog épületének boltozatát uraló zárókő (*clef de voûte du gros œuvre de l'édifice juridique*) másrészt a jog

¹³⁹ LABBÉE, XAVIER: *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Paris: PU de Septentrion 2002, 205.

¹⁴⁰ ROUBIER, PAUL: *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris: Dalloz—Sirey 1951², 110.

¹⁴¹ BERGEL: *id. m.* 116.

¹⁴² LABBÉE: *id. m.* 206.

¹⁴³ BERGEL: *id. m.* 116.

¹⁴⁴ CABRILLAC, RÉMY: *Introduction générale au droit*, Paris: Dalloz 2001⁴, 30-as margószám.

¹⁴⁵ LABBÉE: *id. m.* 204.

¹⁴⁶ BERGEL: *id. m.* 116, példaként a *la faute, la négligence, l'imprudence, l'intérêt général, l'équité, l'urgence, les bonnes mœurs, le bon père de famille* és a *l'ordre public* fogalmait adja.

¹⁴⁷ CABRILLAC: *id. m.* 30 és 136. margószámok a gyermek érdekét adja példának.

¹⁴⁸ LABBÉE: *id. m.* 204.

¹⁴⁹ *Grand Larousse encyclopédique en dix volumes*, Paris: Librairie Larousse, 1960—64, 423.

¹⁵⁰ REY, ALAIN—TOMI, MARIANNE—HORDÉ, TRISTAN—TANET, CHANTAL: *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, Paris: Le Robert 1993, 1633.

¹⁵¹ Idézi SOURIOUX, JEAN-LOUIS: Le concept de principe général, in: *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruxelles: Bruylant 2005, 59.

¹⁵² GRIDEL, JEAN-PIERRE: Le rôle de la cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit privé, in: *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruxelles: Bruylant 2005, 138.

¹⁵³ GRIDEL: *id. m.* 137.

¹⁵⁴ SOURIOUX: *id. m.* 60.

értelmezésének kulcsa (*clef d'accès l'interprétation*).¹⁵⁵ Jogfilozófiai értelemben a generális principiumok a jogban tapasztalható sokféleség mélyén rejlő hasonlóságon alapulnak.¹⁵⁶ Az eredeti jogalkotói szándék szerint fő feladatuk a közjó előmozdítása,¹⁵⁷ a modern jogtudomány nagyfokú vitalitásukat, azaz rugalmasságukat valamint a joghézagok kitöltésében játszott szerepüket emeli ki.¹⁵⁸ A *Cour de cassation* jogalkalmazásában a *principes généraux* a normatív célkitűzések axiómája, a jog forrásainak központi magja. Alapjuk a hagyomány, a társadalmi rend, az ésszerűség és a méltányosság. Működésükhöz nincs szükségük pontos szövegezésre, felhasználásuk ennek ellenére mégis indokolt és eredményes lehet.¹⁵⁹

II.2.3 A kifejezés a magyar jogi szaknyelvben

Magyarul a *clausulát* sokáig bevégzés, záradék, vég szavakkal fordították, érdekes jelentése a szóbeli törvényes formáság.¹⁶⁰

A modern magyar jogalkalmazásban és jogtudományban a generális klauzula német megközelítése terjedt el. A német hatást mutatja az is, hogy ez a kifejezés a 19. század végén az összetétel még ismeretlen, a latin *clausula* pedig már korábban is használatos rendelkezés, záradék értelemben.¹⁶¹ A 20. században azonban a kifejezés már gyakori a magyar jogi szakirodalomban is.¹⁶² Többnyire a Magánjogi törvényjavaslat 107. §-a, az általános személyiségi jogi oltalom kapcsán említik: „*A kifejezett törvényi szabály a generális klauzula tág elvi kijelentésében csak kezére jár a gyakorlatnak, ha az eleven kontaktust tart a kor erkölcsi áramlataival.*”¹⁶³ A generális klauzula szervesen illeszkedik a hagyományos magyar jogalkalmazásbeli sajátosságokhoz: „*A személyiségi jog „generális klauzulája” a Mt. javaslatában az aranyhíd, mely tételes szabály alakjában ad bátorságot a bírói gyakorlatnak arra a szabadabb működésre, mely a magánjogi bírászkodás alaptermészetéhez tartozik, és*

¹⁵⁵ SOURIOUX: *id. m.* 60.

¹⁵⁶ WEIL, PROSPER: *Etudes offertes à B. Goldman*, Paris: Litec, 1982, 461.

¹⁵⁷ SOURIOUX: *id. m.* 61.

¹⁵⁸ GRIDEL, JEAN: *id. m.* 137.

¹⁵⁹ GRIDEL, JEAN: *id. m.* 138.

¹⁶⁰ FINÁLY HENRIK: *A latin nyelv szótára*, Budapest: Franklin 1887 (reprint 2002), 382—383.

¹⁶¹ MÁRKUS DEZSŐ (szerk.): *Magyar Jogi Lexikon*, II, Budapest: Pallas 1899, 530.

¹⁶² Itt jegyezném meg, hogy a neves magyar romanista egy német nyelvű cikkében a *Generalklausel* kifejezést a tanulmányban tételezett jelentéstől eltérő értelemben használja, általános, szóláshoz hasonló szabályt (*allgemeine sprichwortartige Regelt* vagy *Spruchregelt*) ért alatta. Ld. PÓLAY ELEMÉR: *Historische Interpretationen der Generalklauseln im römischen Recht*, *Klio* 2/67 (1985), 528. Ezzel a használatlaltal kapcsolatos legkomolyabb ellenvetés, hogy a PÓLAY által felsorolt konkrét szabályok általában nem képezték egy meghatározott jogforrás zárt részét, így a generális klauzula kifejezés használata a maga képszerű, dogmatikailag tiszta tartálával kevésbé indokolt.

¹⁶³ SZLADITS KÁROLY (szerk.): *Magyar magánjog*, I, Budapest: Grill 1941, 629.

amely a magyar bírói gyakorlatnak amúgyis jobban felel meg, mint a pozitív joghoz való merev kötöttség elve.”¹⁶⁴

Az újabb irodalom szerint a „*generális klauzula*” olyan jogszabály, főleg törvény, amely általános megfogalmazása – és/vagy a benne foglalt határozatlan jogfogalmak alkalmazása – miatt sokféle, rendszeren igen nagyszámú értelmezést tesz lehetővé.”¹⁶⁵ A polgári jogban egyes szerzők hasznosnak ítélik, hiszen lehetővé teszi a hatékony bírói jogfejlesztést (ezzel kapcsolatban utalnak a német *Treu und Glaubenre*), de a büntetőjogban, közigazgatási és az eljárásjogokban szerepét korlátoznák, mert „*elkerülhetetlenül növeli a jogalkalmazó döntési szabadságát, ezzel csökkenti a jobbiztonságot.*”¹⁶⁶

A legújabb alkotmányjogi elméletek egyes generális klauzuláknak kettős funkciót tulajdonítanak: egyrészt a jogszabályok alkotmányosságának általános mércéjét, másrészt jogok és alkotmányos elvek forrását jelentik. Megközelítésükben egy, a generális klauzuláknál még általánosabb kategória, „az alkotmány értékrendje” is megjelenik.¹⁶⁷

Egyetemlegesebb megközelítésben „*ezek az elvek nemegyszer etikai természetű követelményeket fogalmaznak meg. Így kapcsolatot teremtenek az emberiség különböző kultúrhatárai között; összefüggésbe hozzák a jogot az erkölcsi tényezőkkel, sok vonatkozásban annak filozófiai megalapozását segítik és biztosítják a jognak a változó politikától való semlegességét.*”¹⁶⁸

II.3 A jelentéstörténeti vizsgálódás eredményei

Az alkalmilag, nem technikus értelemben használt *generalis clausulából* a jogi szakzsargon szerves részét alkotó kifejezés alakult ki számos kontinentális jogrendben. A már eleve kiterjesztő funkcióval is bíró klauzulából a *generalis* melléknév hozzátoldásával lett egy egész jogágra, vagy egy adott jogág nagyobb egységére (például a magánjogon belül a kötelmi jogra) kiterjedő alapelv. A klauzula szó már eleve magában hordozza az általános érvényűség, a kiterjesztő magyarázat igényét, a jelző nem csupán az extenzió nagyságát hangsúlyozza, hanem azokra a már minőségi különbségekre is utal, amelyek a *generális* klauzulákat az egyéb klauzuláktól megkülönböztetik.

¹⁶⁴ SZLADITS: *id. m.* I, 629.

¹⁶⁵ LAMM—PESCHKA (szerk.): *Jogi lexikon*, Budapest: KJK-Kerszöv 1999, 225.

¹⁶⁶ LAMM—PESCHKA (szerk.): *id. m.* 225. Ld. még FÖLDI ANDRÁS: *A jóhiszeműség és tisztesség elve*, Budapest: ELTE 2001, 43sk.

¹⁶⁷ SÓLYOM LÁSZLÓ: *Alkotmányértelmezés az új alkotmánybíróóságok gyakorlatában*, in: VIZI E. SZILVESZTER (főszerk.): *Székfoglalók 2001, Társadalomtudományok*, Budapest: MTA 2005, 451—472.

¹⁶⁸ LÁBADY TAMÁS: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*, Budapest—Pécs: Dialóg Campus 2002, 129.

A kifejezés használata mellett szól, hogy a maga komplexitásában azokra a filozófiai (*genus—species*) és jogdogmatikai (kiterjesztő magyarázat) és jogalkalmazásbeli (bírói önkény, joghézagok) nehézségekre utal, amelyek a vele kapcsolatos bírói munka tulajdonképpeni tartalmát képezik.

A fentieket összefoglalva a generális klauzulának a jelentéstörténeti vizsgálódás eredményeképpen a következő meghatározását adhatjuk:

A generális klauzulák olyan általánosan fogalmazott jogtételek, amelyek egy adott jogi normaegyüttesen belül elkülönült, önálló szerkezeti egységet (*clausula*) alkotnak, azonban tárgyi hatályuk igen széles és a konkrét jogi normáktól eltérően viszonylagosan nagyszámú, de valamely markáns jellemzőjük miatt egynemű (*generalis*) tényállást foglalnak magukban.

III. A generális klauzula kifejezésből eredő filozófiai és jogelméleti problémák

III. 1 Bevezetés

A generális klauzula kifejezés mindkét tagja filozófiai és jogelméleti vizsgálatra szorul. A *clausula* szó a rész—egész viszonyt, a *generalis* a *genus—species* rendszertani kategóriapárt idézi fel. A terminusban e két eltérő jellegű viszonyítási rendszer egyszerre, sajátos kapcsolatban jelentkezik, ez külön figyelmet érdemel. Ügyelnünk kell arra is, hogy a rész, egész, *genus*, *species* szavak hétköznapi értelmére épülő jogi érvelés sokszor tévutakra vezet. E szavak jogi konnotációja ugyanis nem szükségszerűen egyezik meg teljesen logikai vagy hétköznapi jelentéstartalmukkal. A rész például a jogban nem mindig kisebb, mint az egész, a *speciések* pedig nem minden esetben állnak alacsonyabb rendszertani szinten, mint a *genusok*.¹⁶⁹

Jelen fejezet fő célja, hogy e kategóriák viszonyrendszerének feltárása révén a generális klauzulák mélyebb megértéséhez vezessen, az újszerű megközelítés révén értelmezési alternatívákat kínáljon, és olyan eredményekkel szolgáljon, amelyek a későbbiekben egy konkrét generális klauzula komparatív vizsgálatához megfelelően szilárd alapot jelenthetnek. A szemléltetésre felhasznált példák a római jogból származnak. A társadalmi és időbeli kötöttségek ennek ellenére nem befolyásolják a levont következtetések általános érvényét, hiszen a megállapítások meglehetősen elvont fogalmi mezőben kerülnek megfogalmazásra. Az argumentációs készlet éppúgy származhatna bármely modern jogrendszerből, egyes esetekben hatályos jogi megoldásokra is történik hivatkozás.

Mint ahogy a generális klauzulák jogi jelenségek, a fogalomban rejlő filozófiai és jogelméleti problémák tárgyalása előtt szükséges annak rögzítése, hogy a tanulmányban mit fogunk jog alatt érteni.

III. 2 Jogelméleti alapvetések

¹⁶⁹ A példákat ld. később.

A jogot kétarcú fogalomként közelítjük meg,¹⁷⁰ egyrészt a szabályok nagy rendszerét, másrészt az ezekhez kapcsolódó emberi cselekvések nagy összességét értjük alatta,¹⁷¹ amely egyaránt kapcsolódik a csak ideális léttel bíró értékek és a mindennapi tapasztalati realitás világához. E kettősség a generális klauzulákban felerősödve jelenik meg, hiszen e normák — valójában az összes többi jogi normához hasonlóan, de kifejezettebb formában — a reális létezőt pozitivitásuk révén alávetik az ideális értékek rezsimjének. A létező és az érték e viszonylatban nem mereven elkülönülő, hanem szorosan összekapcsolódó, egymást kölcsönösen befolyásoló kategóriák. A kettő közötti átmenetet a pozitív normaként megjelenő generális klauzulák jelentik, amelyek a két pólus változó erőterében fejtik ki közvetítő funkciójukat. E külső kettős meghatározottsághoz e normák esetében egy belső tartalmi kettősség is társul. A generális klauzulák egy meghatározott normaegyüttes alapelveit is jelentik, azaz tényleges jelentésüket az egyes normákkal való kölcsönös ütköztetés révén nyerik el. Ennek alapján mondható, hogy a generális klauzulák kettős, külső és belső rendszerfüggéssel rendelkeznek, amelyről a későbbiekben részletesebben lesz szó.

A generális klauzulák megközelíthetőek a jogalkalmazás és a jogelmélet felől egyaránt. Ezen aspektusok közül talán a gyakorlati alkalmazás terepuma a legfontosabb. Elméletileg is belátható, hogy a pozitív jog és a jogtudomány végső soron a jogalkalmazás céljainak minél teljesebb mértékben való megvalósulását segítik. Ennek megfelelően az egyes generális klauzulák alkalmazásáról szóló irodalom igen kiterjedt, és általában a következő fő kérdés köré összpontosul: mi a generális klauzula, a jogállam királynője vagy éppen mindenre kész szolgálóleány?¹⁷² Jogalkalmazásról azonban mindig egy adott egyedi norma (mondjuk a jóhiszeműség és tisztesség elve vagy a jó erkölcsbe ütközés tilalmának elve) kapcsán érdemes beszélni, általánosságban — annak konkrét jellege miatt — meglehetősen nehéz helytálló következtetésekre jutni. A dolgozat második felében mi is így fogunk eljárni, és a jó erkölcsbe ütköző szerződések tilalmát kimondó klauzulát vesszük majd górcső alá.

A generális klauzulákkal foglalkozó jogelméleti irodalom alapvetően értékelméleti beállítottságú, a ténylegesség és az érték viszonyának metafizikai problémájához vezet a jog

¹⁷⁰ A jog több nyelvben más szempontból is többjelentésű szó. Csak utalásképpen: a német *Recht* kifejezés többek között jelölhet egy jogi normát, a jogrendet, valamint egy magatartás jogos mivoltát is. E többes jelentés régi eredetű, a görög *δίκη*, a zsidó *Mischpat* és az indiai *dhárma* kifejezésekben is megfigyelhető. Ld. SOMLÓ, FELIX: *Juristische Grundlehre*, Leipzig: Felix Meyner 1917, 123. A jog szó más szempontú, kétféle jelentését adja SOLT. Tágabb értelemben beleérti a jogba a teljes jogi jelenséget, szűkebb értelemnek csak a normatív részt, a jogszabályokat. Ld. SOLT KORNÉL: *Jogi logika. A jog, a nyelv és a valóság*, I, Budapest: MTA 1996, 16. Ld. még a jog szó és különböző idegen nyelvi ekvivalenseinek kérdéséhez KOVÁCS FERENC: *A magyar jogi terminológia kialakulása*, Budapest: Akadémiai 1964, 60skk.

¹⁷¹ MOÓR GYULA: *A logikum a jogban*, Budapest: Magyar Filozófiai Társaság 1928, 2.

¹⁷² AMHREIN, URSULA: *Die Vereinbarkeit der gerichtlichen Generalklausel mit der Gewalteinteilung*, München: Maschinenschr. 1958, 88.

és erkölcs viszonyának elemzése révén.¹⁷³ Sokkal szegényesebb már az az irodalom, amely a vizsgált fogalom által felvetett problémákat a jogelmélet területén a rendszerjelleg figyelembevételével vizsgálja. A jogrendszer tipikusan emberi produktum, végső forrása a szükségleteire kielégülést kereső, vágyakozó, céljait megvalósítani kívánó egyéni tudat. Ebben az értelemben a jogrendszer gondolatok rendszere. Szükségszerűen magában foglalja az emberi gondolkodás alapvető kategóriáit, de nem olyan kifinomult mértékben és kikezdzhetetlen következetességgel, mint ahogy a rendszerezést a jogtudomány a jogalkalmazás praktikus céljait szolgálva elvégzi. A formállogikai sémák jogrendszerre való egyoldalú alkalmazása így sokszor nem hozza meg a kívánt eredményt,¹⁷⁴ de a generális klauzulák esetében a pozitív jog által alkotott rendszer alapján történő megközelítés nem nélkülözhető, hiszen maga a fogalom helyezi bele magát a klauzula révén egy nagyobb, azonos nemekből álló rendszerbe. Ezért figyelmünket e legkevésbé feldolgozott rendszertani problémára irányítjuk, és következőkben röviden a dialektikus megközelítést, a felosztás módjait tárgyaljuk, hiszen mind a rész-egész, mind a *genus—species* kategóriák e művelet során keletkeznek.

III.3 A felosztás módjai

A felosztás a jogtudomány régi módszerei közé tartozik, a jog szabályaival való foglalatosság többek között ennek köszönhetően emelkedik az *ars* nivójára.¹⁷⁵

A különféle felosztások létrehozását tudományos módon megkísérlő dialektikus módszer a római jogtudományban a Kr. e. 3. századot követően, a sztoikus filozófia közvetítésével jelent meg.¹⁷⁶ E sztoikus dialektika gyökerei pedig Platón, illetve Aristotelés¹⁷⁷ munkásságában

¹⁷³ A kérdés kapcsán MOÓR a hegei pánlogizmus kérdésére utalt. Ld. MOÓR: *Logikum*, 3.

¹⁷⁴ GUTTERIDGE érzékletesen szemlélteti a formállogika egy eszközének, az *a contrario* argumentációnak másodlagos jellegét a jogpolitikai célok mögött az 1931-es, genovai konferencián megalkotott *Uniform Laws on Bills of Exchange and Cheques* kapcsán. Ld. GUTTERIDGE, HAROLD: *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge: University Press 1949, 108—109.

¹⁷⁵ Cicero, *Brutus* 152: *rem universam tribuere in partes*. Vö. PÓLAY: *A római jogászok*, 96skk; FÖLDI ANDRÁS: *Az institutiones-hagyomány a jogi oktatás történetében*, in: *Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc 1998, 547sk.

¹⁷⁶ A sztoikus filozófia hatását a *res quae sine interitu dividi non possunt* felosztása esetében többek megerősítik: SCHNORR, V. CAROLFELD: *Geschichte der juristischen Person*, München: Beck 1933, 177skk; SOKOLOWSKI, PAUL: *Die Philosophie im Privatrecht*, I, Halle: Niemeyer 1902, 111skk; HÄGERSTRÖM, AXEL: *Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala: Humanistiska Vetenskapssamfundet 1927, 259sk; EHRHARDT, ARNOLD: *Das Corpus Christi und die Korporationen im spät-römischen Recht*, ZSS (Rom. Abt.) 70 (1953) 308skk.

¹⁷⁷ Többek között ld. Aristotelés, *Topica* VII; uő: *Analytica posteriora* II.

lelhetőek fel.¹⁷⁸ Az előbbi *Szofista* című dialógusában a következő módon fogalmazza meg a dialektika lényegét:

*Hát nem azt állítjuk-e, hogy a dialektika tudományának az a dolga, hogy a dolgokat nemek szerint szétválassza, és ugyanazt a fajtát ne tartsa különbözőnek, se azt, ami különböző ne vélje ugyanannak?*¹⁷⁹

A dialektikus módszer célja általános tételek (regulák, princípiumok) rögzítése,¹⁸⁰ illetve meghatározások (*definitiók*) megfogalmazása volt.¹⁸¹ E célt a fogalmak és jogi jelentőséggel bíró jelenségek *genusra* és *speciesre* való felosztása, valamint a fajták és az egyes egyedek meghatározása révén kívánták elérni. A módszer újdonsága tehát tulajdonképpen a hierarchikus rendszerezésben állt.¹⁸²

A nemek a dialektikus ismeretelmélet segítségével kétféle módon határozhatóak meg: az egyik a szétválasztás, a *διαίρεσις* (*diairesis*, latinul *differentia*), a másik a sokféleség szintézise, a *συναγωγή* (*synagógé*).¹⁸³

Ez utóbbira, a szintézisre ad példát a praetori *edictum* azon helye, amely az eredeti állapot helyreállításának lehetőségeiről szól huszonöt évnél idősebb személyek részére.¹⁸⁴ A magisztrátus által kibocsátott jogforrás rögzítette, hogy a praetor mindazok segítségére siet, akik közérdekből voltak távol, és emiatt nem tudták jogaikat érvényesíteni vagy éppen megvédeni. Az alaptétel kimondása után a szöveg részletesen foglalkozik egyes egyedi esetekkel, hogy vajon azok a közérdekből való távollét általános esete szerint minősíthetőek – e.

A nemek meghatározásának másik lehetséges módja, a szétválasztás, a distinkció¹⁸⁵ módszere több tudományágakban, így például nyelvészetben, a retorikában¹⁸⁶ és az irodalomelméletben¹⁸⁷ is használatos volt.

¹⁷⁸ SCHULZ, FRITZ: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar: Böhlau 1961, 73, és PÓLAY: *A római jogászok*, 96.

¹⁷⁹ Platon, *Sophistés* 253 D-E. A fordítást Maróth Miklós készítette. Ld. MARÓTH MIKLÓS: *A görög filozófia története*, s. I. 2002, 67.

¹⁸⁰ LEIBNIZ ezen lehetőségek közül csupán a *διαίρεσις*, a deduktív módszer alkalmazását szorgalmazza 1667-ben megjelent *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* című művében. Ld. STEIN, PETER: *A római jog Európa történetében*, Budapest: Osiris 2005, 140. LEIBNIZ tézise, miszerint *divisio* segítségével az axiómákból *more geometrico* megismerhető a valóság a természetjogtól egészen a pozitívizmusig uralkodó álláspont marad. Ld. NÖRR: *id. m.* 58.

¹⁸¹ PÓLAY: *A római jogászok*, 44. Egyes modern jogtudósok (pl. KRÜGER, SCHULZ, STEIN, HAUSMANINGER) azonosítják a regula és a definíció kategóriáit. Ld. PÓLAY: *A római jogászok*, 73.

¹⁸² Ld. BÜRGE, ALFONS: *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung*, Darmstadt: WBG 1999, 104–106.

¹⁸³ Platon, *Sophistes* 253 D

¹⁸⁴ D. 4, 6

¹⁸⁵ A bolognai glosszátorok szóhasználatában a *distinctio* kifejezés volt használatos. Ld. STEIN: *id. m.* 65.

¹⁸⁶ Cicero, *Ad Herennium* 1, 4, 6; 1, 8, 12; 1, 2, 2.

A jogtudósok műveiben is számos esetben találkozunk distinkcióval.¹⁸⁷ A distinkcióból származó általános szabályok levonását jól példázza az a Papinianus fragmentum, amely egy egyedi esetre (*si patroni filius extrario restituerit ex trebelliano hereditatem*)¹⁸⁹ adott *responsumot* (*operarum actio [...] apud heredem manebit*) a *generatim* jelző hangsúlyos használatával egy általánosabb, elvi szabállyal köt össze (*non summoverti heredes [...] ex his causis, quae non pertinent ad restitutionem*).¹⁹⁰

A tágabb értelemben vett szétválasztás két alesetre bontható, a *partitio*¹⁹¹ és a *divisio*,¹⁹² amely egyúttal a szűkebb értelemben vett *διαίρεσις*-t is jelentette.¹⁹³ E két alfaj, a *divisio* és a *partitio*¹⁹⁴ technikus megközelítése egy retorikai műre, Cicero *Topicájára* vezethető vissza.¹⁹⁵

A *divisio* a nem fajtákra való felosztását jelentette. Ebben az esetben a felosztás maradéktalan, a kapott részek hiánytalanul kiadják az egészet, hiszen minden nem alá csupán meghatározott számú faj vonható. A *partitio* esetében az egészet mintegy tagjaira (*membra*) osztjuk, a felosztás akkor teljes, ha a kiindulási dolog véges, *res finita*. Fő különbség a kettő között, hogy a *divisio* nem tűri a részek számának megnövelését (erre példa Gaius *res, personae, actiones* felosztása), míg a *partitio* esetében nem gond, ha új elemeket illesztünk a rendszerbe (ilyen a modern pandekta-rendszer). A modern tudományelméleti kritériumoknak egyébként sokkal inkább a *partitio*, mint a *divisio* felel meg, hiszen csak a *partitio* biztosíthatja a rendszer zártságát, a jog hézagmentességét.¹⁹⁶ A jogtudományban azonban még mindig igen

¹⁸⁷ Diogenes Laërtius 3, 45—66. Ebből kitűnően Platón például a dolgok végét négy, a barátságot három, az orvostudományt öt részre osztotta.

¹⁸⁸ Gaius a gyámság (G. 1, 188) vagy a *furtum* fajai kapcsán, a birtok nemeiről szólva pedig Paulus (D. 41, 2, 3, 23). A distinkciót a magánjog mellett a *ius publicum*-ban és a *ius sacrum*-ban is alkalmazták. Ld. BREMER 1, 263. A messalai fragmentum a madárjósokról szólva jegyzi meg: „*Patriciorum auspicia in duas sunt divisa potestates*.” A hármas distinkciókra vonatkozóan pedig ld. GOUDY, HENRY: *Trichotomy in Roman Law*, Oxford: Clarendon 1910.

¹⁸⁹ Pap. D. 36, 1, 57 pr.

¹⁹⁰ További példákért ld. SCHULZ: *Geschichte*, 78—79.

¹⁹¹ A görög terminológiában a *partitio* *merismos*ként ismert.

¹⁹² A *partitio* és *divisio* tulajdonképpen az ún. *Definitionsjurisprudenz*-ben jelenik meg, amely a préklasszikus korszakban – hellenisztikus hatásra – a *definitio*k adását tekinti egyik fő feladatának. PÓLAY e fenti két formát egy harmadikkal, a *quid est definitio*val egészíti ki. Ld. PÓLAY: *A római jogászok*, 112.

¹⁹³ Cicero, *Topica*, 5, 28, valamint NÖRR: *id. m.* 20.

¹⁹⁴ A *partitio* kifejezés alatt itt természetesen a definícióalkotás egyik lehetséges módja, és nem mint a *legatum* egy válfaja értendő. Ez utóbbit a klasszikus jogtudomány illesztette az *optio latá*val egyetembe a hagyomány négy alaptípusának rendszerébe. Ld. KASER, MAX: *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München: Beck 1971², 742—743. (A továbbiakban KASER: *RP.*)

¹⁹⁵ Számos más esetben is megfigyelhető, hogy a jogászok a rétorok vagy filozófusok fogalmait veszik át. Ez történt a szokásjog esetében. Ld. BRÓSZ RÓBERT: *Die Rolle der Gewohnheit (des Gewohnheitsrechts) im Laufe der Entfaltung und Entwicklung der longi temporis praescriptio(nes)*, Szeged: Univ. Szegediensis de Attila József Nominatae 1985, 142; ld. még GUARINO, ANTONIO: *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli: Jovene 1982, 540.

¹⁹⁶ A rész—egész viszonyból levonható tanulságok aktuális problémákra is rávilágítanak. Az európai jogegységesítés folyamata a részekből történő építkezéssel alapszik: jogelvek segítségével kíván egy egész rendszert felépíteni, a klasszikus értelemben vett *partitio* megfordításával. Nem az egészet kívánja felosztani,

elterjedt a *divisio*, és ez a tény jól rávilágít a jogtudomány örök, soha meg nem szüntethető gyengéire a többi, egzaktabb tudományokkal szemben.¹⁹⁷

A *divisio* és *partitio* fogalmakat, valamint a rajtuk alapuló felosztási sémákat a római jogi szaknyelvben sem használták következetesen.¹⁹⁸ Ezt bizonyítja például, hogy a hagyomány egy fajtájának a *partitio legatának* az alapítása során használatos szövegben a *partitor* és *dividito* szavak egymás szinonimáiként értékelhetők.¹⁹⁹

*Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, ut puta hoc modo: „heres meus cum titio hereditatem meam partito, dividito”; quo casu dimidia pars bonorum legata videtur: potest autem et alia pars, velut tertia vel quarta, legari. Quae species „partitio” ...*²⁰⁰

A *divisio* és a *partitio* korántsem meríti ki a csoportképzés és a definícióalkotás lehetőségeit. E fenti eljárások mellett az ókori források alapján, de általános dogmatikai érvénnyel tételezhető például az elnevezés jelentéseire (*σημαινόμενα*), illetve a *genus* egyedeire való felosztása is.²⁰¹ Ez utóbbira a legkézenfekvőbb, jogi szempontból is releváns példát a személynevek szolgáltatják. A római személynevek még sokkal közvetlenebbül reflektáltak arra a tényre, hogy egy konkrét személy egy bizonyos *gens* tagja. A nemzetség határozta meg a személy *nomen gentilicum*át, míg a *praenomen*, illetve a *cognomen* további, egyértelmű megjelölését szolgálta.²⁰²

A fentiekből kitűnően a generális klauzulák tárgyi hatályát *divisio* segítségével határozhatjuk meg, hiszen nem szerint meghatározott egyedi normákat tartalmaz, amelyek a jogalkotói tevékenység eredményeképpen szabadon növelhetőek illetve csökkenthetőek.

III.4 A rész—egész viszonya

hanem a részekből akar egészet teremteni. Ld. NÖRR: *id. m.* 58skk. Ennek filozófiai és jogdogmatikai nehézségei könnyen beláthatóak.

¹⁹⁷ NÖRR: *id. m.* 58.

¹⁹⁸ A fogalmak kötött jogi jelentésének kialakulását sokszor nem csupán a logikum hiánya, de a politikum is befolyásolta. Így például a *patrocinium* alatt álló személyek megjelölésére nem alakult ki egységes szóhasználat, így a földesúri kizsákmányolásnak tágabb tere lehetett. Ld. DIÓSDI GYÖRGY: *A patrocinium egyes kérdései az egyiptomi papiruszok alapján*, Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest 3 (1962), 186.

¹⁹⁹ UE 24, 25: „*Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor*”. *Pertitor* helyett alkalmazható a *dividito* is. KASER: *RP*, I, 745³⁶.

²⁰⁰ E Ulpianus *Epitoméjéből* származó fragmentum akár a két fogalom szembeállítását is tartalmazhatja. Azonban sajnos nem tudható, miként fejeződött be a *partitio*val végződő rész, valószínű azonban, hogy egy párhuzamos helyhez Gai. 2, 254-hez hasonlóan valahogy így: „*quae species 'partitio' legati vocatur*. Vö. FIRA III Nr. 70; Iav. D. 28, 6, 39 pr.; Lab. D. 32, 29, 1; Cicero, *De legibus* 2, 50; uő, *Pro Cluentio* 7, 21; uő, *Pro Caecia* 4, 12.

²⁰¹ TALAMANCA: *id. m.* 97.

²⁰² VISKY KÁROLY: *Személynevek a római jog világában*, Antik Tanulmányok 2 (1981), 192—193.

A rész és az egész egyértelműnek tűnő viszonya súlyos válságba került az elmúlt század harmincas éveiben. Ekkor sorra születtek azon forradalmian új kvantummechanikai felfedezések, amelyek alapvetően változtatták meg a modern ember részről és egészről alkotott elképzeléseit. E rész—egész viszonylagossága azonban — jóllehet különösebb tudatosítás nélkül — a jogban már régóta jelen van,²⁰³ jóllehet Paulus regulaként a logikailag látszólag nem kifogásolható főszabályt fogalmazta meg: *in eo, quod plus sit semper inest et minus*.²⁰⁴ Ezen általános érvényű szabály ellenére már egy későklasszikus kori római jogtudós is igennel felelhetett az alábbi, elsőre talán meglepőnek tűnő kérdésekre:

- Lehet a rész nagyobb, mint az egész?
- Lehet a rész drágább, mint az egész?

És határozott nemmél a következőkre:

- A részek összege mindig kiadja az egészet? Vagy megfordítva az egész mindig a részek összessége?
- A résznek hasonlítania kell az egészre?

A válaszokból kitűnik, hogy a jogi rész fogalma egy meglehetősen konfúz, *sui generis* jelenség, amely ellentmondhat a formállogika követelményeinek és hétköznapi elképzeléseinknek.

Ahhoz, hogy e fenti paradoxonokat tisztázhassuk, a pozitív jogban és ehhez kapcsolódóan a jogtudományban a rész fogalmának három alapvető jelentését különítem el. Ezek közül az első a strikt rész, amely aritmetikai hányadokon alapuló részt jelöl. A második, a fiktív rész a fizikai valóságban nem tapasztalható meg, különállását az őt létrehozó és szabályozó jogi normáknak köszönheti. A harmadik az extenzív rész, amely nem marad meg a rászabott keretek között, hanem alakító módon befolyásolja azt az egészet, amelynek részét alkotja. A különböző értelemben felfogott részek különböző problémákat rejtenek magukban, ezen problémák megoldása eltérő jogi válaszok adhatóak, végső soron az eltérő részekhez eltérő jogkövetkezmények kapcsolódhatnak.

²⁰³ Tulajdonképpen a rész—egész problematika körébe tartozik a szolgalmak kialakulásának kérdése is. Egyesek szerint ugyanis kezdetben a tulajdon valamint a szolgalmak egymástól nem elválasztható kategóriákat jelöltek (ez az ún. osztott tulajdon elmélet), az ősi tulajdonjog megoszlott a két fél között. Az egyes dologi jogok tehát az ősi egységes tulajdon fogalom *partitio*jával keletkeztek volna. A modern polgári jog dogmatikája szerint pedig az idegen dologbeli jogok a tulajdonból kiszakított részjogosítványok. Ld. DONELLUS, HUGO: *Donelli iurisconsulti commentaria de iure civili*, I, Francofurtii: apud Andreae Wecheli haeredes 1589, 426skk, valamint VANGEROW, KARL ADOLF VON : *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg—Leipzig: Elwert 1863⁷, 687—688. Az egész materiára nézve pedig DIÓSDI GYÖRGY: *A telki szolgalmak és a zálogjog keletkezéséről a római jogban*, Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest 8 (1966), 91—93; FÖLDI ANDRÁS: *Adalékok a „tulajdonjogi triász” kérdéséhez*, Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest 42 (2005), 30sk. A rész—egész viszonya szempontjából érdekes adalékot tartalmaz a Biblia is: „De amikor eljő a teljesség a rész szerint való eltöröltetik.” Kor. 1, 13, 10

²⁰⁴ Paul. D. 50, 17, 110 pr.

III.4.1 A strikt rész

A jogász egyrészt beszélhet a részről strikt, aritmetikus vagy normatív értelemben. Így tesz, amikor például az anyagilag mellőzhetetlen személy kötelesrészét annak törvényes örökrésze negyedében határozza meg, osztható dolgok²⁰⁵ részeit, vagy részletfizetés esetén az egyes alkalmakkor esedékes részletet kalkulálja, vagy épp amikor a tőke után fizetendő kamatot számolja ki (a rómaiak például a tőke tizenketted részéhez viszonyítottak²⁰⁶),²⁰⁷ de többek között akkor is, amikor a kincs értékéből a találót megillető részt határozza meg.²⁰⁸ Ide tartozik az az eset is, amikor a jogtudomány a jogrendszer, egy jogág vagy egyéb jelenség (pl. természetes személyek) felosztásáról beszél.

A strikt rész, illetőleg a rész—egész aritmetikai felhasználásának és az így kalkulált eredmények korrigálásának érdekes példáját tartalmazta a Kr. e. 2-ben hozott, a végrendelezési szabadságot korlátozó, a rabszolgák felszabadításával kapcsolatos *lex Fufia Caninia*. Rendelkezéseinek értelmében végrendeletileg csak a rabszolgák bizonyos meghatározott hányada volt felszabadítható. E hányadokat annak ellenére határozták meg, hogy a kapott eredmény ellentmondásos volt. Gaius szerint az egy vagy két rabszolgával bíró *dominus*okat a törvény nem érintette (*ad hanc legem non pertinet*)²⁰⁹, Ulpianus nem is utalt rájuk.²¹⁰ Így a sort mindketten a legalább három rabszolgával rendelkezőkkel nyitották meg. Ulpianus taglalásában következetlenül adta meg a határszámokat, hiszen azokat mindkét volumenhez hozzászámította. Megtehetette mindezt anélkül, hogy ennek különösebb

²⁰⁵ Az osztható—oszthatatlan dolgok kategóriáját ugyan a római jog még nem ismerte, a példák egyéb esetekben is csak a szemléltetést, a dogmatikai mondanivaló alátámasztását szolgálják. Ld. BRÓSZ RÓBERT: *Az „osztható” és „oszthatatlan” dolgok fogalma a római jogban*, Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest 8 (1966), 9.

²⁰⁶ „*XII tabulis sanctum, ne quis unciariorum fenore amplius exerceret.*” Ld. Tacitus, *Annales*, 6, 16. Az uncia az az egytizenketted részét jelentette. A rómaiak az örökség felosztásánál is a tizenkettedekre osztást követték, így minden hányadnak külön nevet is adtak. Ld. MARTON GÉZA: *A római magánjog elemeinek tankönyve. Intitúciók*, Debrecen: Méliusz 1937⁴, 199—200¹.

²⁰⁷ A strikt részekre osztás különös esetét jelentette a *partitio legata* (a részahagyomány, *Teilungsvermächtnis*), amely Sabinus és Cassius álláspontja szerint a becsértékre, Proculus szerint pedig a dolgok meghatározott hányadára vonatkozó igény volt. Ld. Pomp. D. 30, 26, 2. Az örökös és a hagyományos viszonyát ebben az esetben a *stipulatio partis et pro parte* révén rendezhette. Ld. Gai. 2, 257; UE 25, 15; Theoph. 2, 23, 5.

²⁰⁸ A magyar irodalomból a témára vonatkozóan ld. VISKY KÁROLY: *Kincs és kincstalálás*, JK 37 (1982), 25—29. Hadrianus császár egyébként a kincs értékének felét adta a találónak, ha az idegen földjében lelt az értékes dologra (I. 2, 1, 39), a későbbi császári jogalkotás ezt a szabályozást többször módosította (C. 10, 15, 1). Régebbi magánjogunkban a találónak harmadrész jutott, az 1928-as Magánjogi Törvényjavaslat 588—592. paragrafusai azonban a felerészt emelték volna törvényerőre. Az 1929. évi XI. törvény a kincs értékének harmadát a kincstárnak, másik harmadát a találónak, utolsó harmadát pedig a rejtékadó ingatlan tulajdonosának adja. A jelenleg is hatályos magyar Polgári Törvénykönyv (132. §) eltörli az arányokon alapuló részesülést, és helyette az ún. találói díjat vezeti be. Ld. VISKY: *id. m.* 28. Más kérdés, hogy a judikatúra ezután is általában a talált kincs értékének bizonyos százalékát ítéli meg. Ld. LB. Pfv. I 20 581/1995/8.

²⁰⁹ Gai. 1, 43

²¹⁰ UE 1, 24

következménye lett volna, hiszen e határszámok több esetben amúgy sem oszthatók az új hányaddal, és világossá teszik, hogy a volumenek nem zártak.²¹¹

A törvény tartalma a következőképpen rekonstruálható: ha a *testator*nak három rabszolgája volt, legfeljebb kettőt, négytől-tíz rabszolgája közül legfeljebb azok felét szabadíthatta fel. Tíz és harminc közötti rabszolga esetén harmaduknak adhatott szabadságot, harminc és száz közötti rabszolga esetén negyedüknek. Száz és ötszáz között ötödrészüket szabadíthatta fel végrendeletével, de akármennyi rabszolgája is volt, a végrendeletileg felszabadított rabszolgák száma nem haladhatta meg a százat. A törvény annak ellenére is ragaszkodott a határszámokhoz és a szép rendben növekvő hányadokhoz, hogy azok matematikai ellentmondásokra vezetnek. Ugyanis például az a rabszolgatartó, aki tizenkét rabszolgával bírt, számtanilag négyet szabadíthatott volna fel közülük, szemben a csak tíz rabszolgával rendelkezővel, aki akár ötnek is megadhatta a szabadságot. Az ellentmondások miatt Gaius és Ulpianus is magyarázatra kényszerül: ha a törvényileg előírt hányad révén kiszámolt rabszolgák száma nem éri el az előző volumenben felszabadítható rabszolgák maximumát, úgy ez a maximum lesz irányadó mindaddig, míg az új volumen új hányada azt meg nem haladja.²¹²

Annak szemléltetésére, hogy az aritmetikai zavar idővel milyen értelmezésbeli nehézségeket, sőt eltéréseket okozott, elegendő ha áttekintjük a *lex Fufia Caniniát* áthagyományozó, jelentős eltéréseket tartalmazó forrásokat:

A rabszolgák volumene Gai. 42-46 szerint:²¹³	1-2	3-10	11-30	31-100	101-500	501=<
A rabszolgák volumene PS 4, 14 szerint		2-10	10-30	30-100	100-500	501=<
A rabszolgák	3	4-10	10-30	30-100	100-500	500<

²¹¹ BESSENYŐ a kétféle megközelítés összevegyítésével rekonstruálta a törvényt. Ld. BESSENYŐ ANDRÁS: *Római magánjog I. A római magánjog az európai jogi gondolkodás tükrében*, Budapest—Pécs: Dialóg Campus 2000², 224.

²¹² A törvényhez ld. PS 4, 14, 4.

²¹³ Gai. 1, 42—46. A törvényről szóló Gaius szöveg meglehetősen hiányos. A *Codex Veronensis* egy teljes idevágó oldala, a tizenkettedik pergamenlap, amelyen a Gai. 1, 45 jelentős része helyezkedik el, olvashatatlan. Így a törvény magyarázatát HUSCHKE a Gai. Epitome 2 pr. alapján egészíti ki. Ld. HUSCHKE, PHILIPP EDUARD: *Gaii institutionum iuris civilis commentarii quattuor*, in: *Iurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt*, Leipzig: Teubner 1886⁵.

volumene UE 1, 24 szerint:						
Felszabadítható hányad:	-	1/2	1/3	1/4	1/5	-
A hányad szerint felszabadítható rabszolgák száma:	1-2	2-5	3-10	7-25	20-100	-
A ténylegesen felszabadítható rabszolgák száma:	1-2	2-5	5-10	10-25	25-100	<100

A *ratio legis* valószínűleg a rohamosan csökkenő rabszolgaállomány stabilizálása lehetett. A jogalkotó szerv mögött álló *princeps* a tulajdon tiszteletben tartása miatt csupán a *mortis causa* felszabadításokat látta tanácsosnak szabályozni, az egyéb *manumissió*khoz nem nyúlt. Talán azért látta lehetségesnek a beavatkozást, mert a halál esetére szóló jogügyletek szabályozása terén a különféle hányadokban történő szabályozás már bevettnek számított.²¹⁴ Így a törvény legitimációja érdekében ebben az esetben is ragaszkodott a különféle hányadokhoz, annak ellenére, hogy az így nyert a sor matematikai szempontból rendszertelen volt, és minden lépcsőben korrekcióra szorult. Hogy ezen strikt részek a jog szempontjából tulajdonképpen önkényesek, mutatja az is, hogy Iustinianus a kérdéses törvényt²¹⁵ eltörölte. A törvény hatályon kívül helyezésékor a császár ugyan az emberiségre hivatkozott, de elhatározását a rendelkezés ésszerűtlen szabályai is befolyásolhatták.

III.4.2 A fiktív rész

A strikt részekre való felosztás szöges ellentéte a második eset, amikor a rész kézzelfoghatóan nem is létezik. Ekkor a jogász a rész alatta fiktív, látszólagos részt ért, például amikor a

²¹⁴ Elegendő, ha csak a Kr. e. 40-ben született *lex Falcidia* által bevezetett hányadokra gondolunk. A *legatumokra* vonatkozó szabályozással való analógiát hangsúlyozza GUARINO is. Ld. GUARINO, ANTONIO: *Diritto privato romano*, Napoli: Jovene 2001¹², 686.

²¹⁵ I. 1, 7

condominium, a közös tulajdon kapcsán az egyes tulajdonosok *pro parte* — *pro indiviso* tulajdoni hányadairól beszél.²¹⁶ A tulajdonostársak tulajdoni része testileg ugyan az egész dologra kiterjed, számtanilag mégis egy puszta hányadban határozható meg.²¹⁷

A második esetben, a fiktív részek alkalmazásakor nem a zárt, matematikai hányadok, hanem éppen ezek hiánya okoz vagy okozott problémát. Már az ókorban is fejtörést okozott például a közjavak ésszerű jogi megítélése,²¹⁸ amelyek nem az egyes polgárok, de a közösség egészének tulajdonának tekinthetőek. Egyes közös használatú dolgok, mint a fürdők, csarnokok vagy terek használata esetén, az egyéni kártérítési felelősség *in solidum*, azaz a kár teljes összegére terjedt ki.²¹⁹

Speciálisan az antik életviszonyokra vezethető vissza az a másik eset, amikor a közös tulajdonban álló rabszolga egyik *dominusa* ellen noxális pert indítanak. Ekkor merült fel a kérdés, vajon a rabszolgatartó, aki a rabszolgát csak *pro parte* és természetesen *pro indiviso* mondhatja magáénak, köteles-e társait kárpótolni a rabszolga *noxába* adása esetén.²²⁰

A vitás telekhatárok kérdését eldöntő bírói *adiudicatio* több tulajdonostárs javára is történhet (a látszólagos ellentmondást Paulus azzal hidalja át, hogy az ítélet a határokat nem annyira a személyekhez, sokkal inkább a telekhez rendeli hozzá), de ha a tulajdonosok a telket *pro indiviso* birtokolják, az ítéletben kapott telekrészt sem oszthatják fel egymást között,²²¹ fiktív tulajdoni részesedésük tehát a növekményben sem realizálódhat fizikailag.

Teljesen világossá teszi a fiktív rész eltérő jellegét az az eset, amikor két szekeret ketten kaptak haszonkölcsönbe vagy vettek bérletbe. Hogyan oszlik meg ekkor a felelősség a két személy között? Nyilvánvaló, hogy nem használhatják mindketten egyszerre mindkét szekeret, és az sem mondható, hogy az egyikük csak az egyik, a másik pedig csak a másik szekerért tartozna felelősséggel. A jogosultak ekkor mindkét testi dolog részarányos, de osztatlan bírlalói.²²²

III.4.3 Az „extenzív” rész

Harmadrészt a jogrendszer a részt magán túlmutató, extenzív értelemben is tartalmazza, például értékesebb járulékos dolgok esetében.

²¹⁶ Q. Muc.-Paul. D. 50, 16, 25, 1; Cels.-Ulp. D. 13, 6, 5, 15; Ulp. D. 45, 3, 5; Seneca, *De beneficiis* 7, 12.

²¹⁷ Ld. KASER: *RP*, I, 411.

²¹⁸ Marc. D. 1, 8, 6, 1

²¹⁹ Ulp. D. 13, 6, 5, 15

²²⁰ Gai. D. 2, 9, 4

²²¹ Paul. D. 10, 1, 4, 5—6

²²² Ulp. D. 13, 6, 5, 15

Egy Ulpianus fragmentum szerint a mennyezet fatábláira festett táblaképek és a márványfaragások a ház, azaz az ingatlan részét képezik:

*Quae tabulae pictae pro tectorio includuntur itemque crustae marmoreae aedium sunt.*²²³

Érdekes probléma merül fel akkor, amikor a vevő éppen e díszítmények miatt kívánja megvenni az ingatlant. Ekkor ugyanis a járulék, a táblakép vagy márványfaragás meghatározóbb jelentőségű lesz a vevő vételi szándéka szempontjából, mint a földolog, a ház. A rész jelentőségében túlnő az egészen, ennek ellenére a ház, mint földolog a járulékokat is magában foglalja, meghatározó lesz azok jogi sorsa szempontjából.²²⁴ Így a házra megkötött adásvételi szerződés attól függően érvényes lesz, hogy esetleg a járulékos díszek értéke a házét jóval meghaladja:

*nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat an minus: plerisque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur.*²²⁵

Ilyen extenzív részként fogható fel a jogügylet feltétele is. A *condicio* ugyan a jogügylet egészének egy zárt részét alkotja, mégis az egész jogügylet hatályosulását befolyásolja. A rész—egész szempontú vizsgálat újszerű megállapításokra vezet ezen a területen is. Ha az eredeti jogügyletet feltétellel egészítették ki, *novatióra* kerül sor a felek azonossága ellenére is, de csak akkor, ha a feltétel bekövetkezik. Amennyiben a feltétel elmarad, a régi kötelelem megmarad.²²⁶ A feltétel bekövetkeztéig tehát függő jogi helyzet áll elő, nem tudni, vajon az eredeti kötelelem megsemmisül-e az újítás következtében, a *condicio* tehát mintegy ki-be kapuként funkcionál a régi és az új kötelelem között. A modern dogmatika szerint a feltétel a jogügylet hatályosságát befolyásoló körülmény.²²⁷ Ebben az esetben azonban inkább a

²²³ Ulp. D. 19, 1, 17, 3

²²⁴ Ulp. D. 19, 1, 17, 3 és Cels. D. 6, 1, 38. Ld. PÓLAY ELEMÉR: *A személyhez kapcsolódó egyes eszmei javak magánjogi védelmének nyomai a római jogban*, JK 3/42 (1987), 151. A kérdéstről még ld. VISKY KÁROLY: *Festők, szobrászok és alkotásaik a római jog tükrében*, AT 2/15 (1968), 195²⁶. A kérdéstről bővebben BONFANTE, PIETRO: *Corso di diritto romano. La proprietà*, II, Milano: Giuffrè 1966, 84, és CALABI LIMENTANI, IDA: *Studi sulla società romana: il lavoro artistico*, Milano—Varese: Ist. editoriale cisalpino 1957, 119. E helyeket idézi VISKY: *id. m.* 195²⁶. A jog és a művészet viszonyáról ld. még Cs. KISS LAJOS: *Megjegyzések a jog és művészet viszonyához*, *Iustum Aequum Salutare* 2 (2007), 13—18.

²²⁵ Paul. D. 18, 1, 34 pr. E forráshelyre vonatkozóan a fenti téziseket megerősíti PÓLAY ELEMÉR: *A személyiség polgári jogi védelmének történetéhez. Iniuria-tényállások a római jogban*, AUSz 30 (1983)

²²⁶ Gai. 3, 179

²²⁷ A tantételt tartalmazza FÖLDI ANDRÁS—HAMZA GÁBOR: *A római jog története és intézményei*, Budapest 2008¹³, 397, valamint BENEDEK FERENC: *Római magánjog, Dologi és kötelmi jog*, Pécs: JATE 1995², 151. Egyes külföldi tankönyvek óvatosabban fogalmaznak. Ld. KASER, MAX—KNÜTEL, ROLF: *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2005¹⁸, 65, és HAUSMANINGER, HERBERT—SELB, WALTER: *Römisches Privatrecht*, Wien—Köln—Weimar: Böhlau 2001⁹, 201—202. FLUME egyenesen úgy tartja, hogy a *conditio* nem az ügylet hatályát, hanem egyenesen annak létét határozta meg, amint az a fenti Gaius fragmentumból is kiténik. Ld. FLUME, WERNER: *Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn: Schöningh 1990, 120skk. Idézi KNÜTEL—KASER: *id. m.* 65. A régebbi magyar tankönyvirodalom eléggé megosztott. HENFNER ÉS RÉCSI a jogügylet érvényességét befolyásoló alakzatként tárgyalja. Ld. HENFNER

jogügyletet létét illetve nemlétét tűnik meghatározni.²²⁸ E megállapítás természetesen nem érinti a modern érvényességi teóriák helyességét, csupán adalékul szolgál arra, hogy a római jogban az érvénytelenség területén meglehetősen nagy fogalmi és talán részben ebből adódó elméleti zavar uralkodott.²²⁹

III.4.4 Részösszegzés

A különböző rész felfogások tételezése után joggal vetődik fel a kérdés, hogy a generális klauzulák, mint egy jogszabály részei mely esetkör alá vonhatóak?

A generális klauzulák lényegileg egy jogforrás olyan részeinek (klauzula) foghatóak fel, amelyek bizonyos megszorításokkal (erre utal a generális jelző) az adott jogforrás egészére meghatározó jelentőséggel bírhatnak.²³⁰ Például a családságra vonatkozó klauzula miatt az egész szerződés érvénytelenné válhat, vagy a jó erkölcsre vonatkozó generális klauzula bizonyos esetekben az adott jogforrás számos jogi normájának értelmezését árnyalhatja. Tehát egy jogtételt akkor minősíthetünk generális klauzulának, ha mint rész az egészszel az utoljára taglalt, extenzív viszonyban áll.

JÁNOS: *Római magánjog*, I, Pest: Heckenast Gusztáv 1855, 98, valamint RÉCSI EMIL: *A római jog elvei, tekintettel a történelmi fejlődésre*, Pest: Emich Gusztáv 1857, 60—61. Óvatosan, hatásról ír CZYHLARZ, illetve német nyelvű tankönyvének magyar fordítója SZÁSZY-SCHWARZ GUSZTÁV, valamint SZENTMIKLÓSI is. A feltétel jogváltozást okoz BESSENYŐNÉL, így ő is e körülmények között sorolható. Ld. CZYHLARZ KÁROLY: *A római jog institúciói*, Budapest: Grill 1914, 44, illetve SZENTMIKLÓSI MÁRTON: *A római jog institúciói*, Budapest s. a.⁷, 107, végül: BESSENYŐ: *id. m.* 185. Velünk szemben a hatályossággal—hatálytalansággal hozza összefüggésbe PÁZMÁNY. Ld. PÁZMÁNY ZOLTÁN: *A római jog institúciói*, Karcag: Kertész József 1930³, 333. Egyértelműen ez utóbbi szerzőkhöz sorolható MARTON illetve BRÓSZ—PÓLAY is. Ld. MARTON: *id. m.* 73, valamint BRÓSZ RÓBERT—PÓLAY ELEMÉR: *Római jog*, Budapest: Tankönyvkiadó 1984³, 399.

²²⁸ A korábbi hibás álláspont, amely az érvénytelenségre vonatkozott SIKLÓSI IVÁN: *A nemlétező, érvénytelen és hatálytalan jogügyletek néhány dogmatikai és terminológiai kérdése a római jogban és a modern jogokban* (kéziratban) alapján került helyesbítésre.

²²⁹ E fogalmi bizonytalanságra ld. legújabban SIKLÓSI IVÁN: *A jogügyleti hatályosság elméleti problematikája, különös tekintettel a végrendelet visszavonásának dogmatikai megítélésére*, Budapest: Acta Fac. Pol-iur. Univ. 41 (2004), 74, újabban UŐ: *A végrendelet visszavonásának dogmatikai megítélése, különös tekintettel az utólagos érvénytelenség elméleti problematikájára*, in: *Jogtörténeti tanulmányok IX*, Pécs 2008, 353—376, valamint UŐ: *Der Widerruf des Testaments aus der Sicht der Rechtsdogmatik und die Probleme der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Iuridica* 48 (2007), 341—368. A feltételre vonatkozó római és modern problémákról ad áttekintést ZIMMERMANN, aki egyébként a feltételtől az aktus hatékonyságát (*effectiveness*) teszi függővé. Ld. ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon 1996, 716—741. TRABUCCHI az olasz magánjogról szóló mértékadó könyvében szintén hatásról (*effetti del negozio*) ír. Ld. TRABUCCHI, ALBERTO: *Istituzioni di diritto civile*, Milano: CEDAM 2005⁴³, 143. LARENZ—WOLF a jogkövetkezmények beállítását teszi a feltételtől függővé. Ld. LARENZ, KARL—WOLF, MANFRED: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004⁹, 913skk.

²³⁰ Az *ex generali clausula* fordulat a római jog forrásaiban is már fellelhető. Megtalálható Ulpianusnál (D. 4, 6, 26, 1) valamint tanítványánál, Modestinusnál (D. 4, 6, 33 pr.) is.

Ezen eredmény legfontosabb hozadéka az, hogy egy bizonyos generális klauzulát minden esetben csak az adott jogforrás egészének figyelembevételével lehet értelmezni.²³¹ Ha különböző jogrendszerek tartalmilag azonosnak tűnő generális klauzuláit komparatív vizsgálatnak vetjük alá, hamis következtetésekre juthatunk, ha nem vesszük figyelembe azt a kontextust, amelyben felmerülnek. A generális klauzulák tehát rendszerfüggőek.²³²

III.5 A *genus*—*species* viszonya

A generális klauzula kifejezés másik tagja, a generális jelző, a *genus*—*species* viszonyra irányítja a figyelmet. A következőkben áttekintem az e kategóriák által felvetett általános filozófiai, valamint jogi problémákat, majd kísérletek teszek arra, hogy a *genus*—*species* és a rész és egész fogalompárokot összefüggésükben, lehetséges kapcsolódási módjaikat elemezve tárgyaljam.

III.5.1 A nem és a fajta által felvetett filozófiai problémák

A nem és fajta, mint eredendően filozófiai kategóriák jogi elemzése során érdemes röviden kitérni a kategóriákkal kapcsolatos filozófiai eredményekre. A jogalkalmazásban a filozófia kontextus figyelembevétele ugyan megkérdőjelezhető,²³³ ennek ellenére bizonyos esetekben már a római jogtudósok is hivatkoznak döntéseik során a filozófusokra,²³⁴ számos közös tárgya van a két tudománynak,²³⁵ valamint nyilvánvaló az is, hogy a filozófia, mint tudomány számos vonatkozásban hatott a római, és ezen keresztül az egyetemes jogtudományra.²³⁶

²³¹ „Minden jogszabály csupán korlátlan számú más normával való összefüggésében érvényes és kötelező, amelyek közelebről meghatározzák, módosítják, avagy közelebbi vagy távolabbi vonatkozásban kiegészítik.” Ld. SCHMIDT, RICHARD: *Allgemeine Staatslehre*, I, Leipzig: Hirschfeld 1901, 170—171. Idézi MOÓR: *Logikum*, 9.

²³² Ha elfogadjuk, hogy a részekből álló egészek minden esetben egyfajta rendszert alkotnak.

²³³ WINKEL, LAURENS: *Le droit romain et la philosophie grecque. Quelques problèmes de méthode*, TR 1977 (65) 377.

²³⁴ Alf. D. 5, 1, 76; Marc. D. 1, 3, 2; A filozófus hozzáállásának különbözőségére utal Gaius. D. 21, 1, 18 pr.

²³⁵ Ilyen például a filozófiai és jogi síkon egyaránt tárgyalt kérdés az emberek egyenlőségéről. Gellius jól rávilágít e kettősségre. Ld. Gellius, *Noctes Atticae* X, 22, 1—2.

²³⁶ A filozófia és jogtudomány kapcsolata igen vitatott. A viták sok esetben Ulpianus D. 1, 1, 1, 1-ben található „*nisi fallor philosophiam*” fordulatára vezethetőek vissza. A kérdéses fragmentumnak több, egymásnak ellentmondó értelmezése lehetséges (*interpretatio multiplex*). MAYER-MALY elfogadja a filozófia és a jog szoros kapcsolatát, sőt kijelenti: „*Jurisprudenz ist mehr als Rechtsanwendung; praktische und wirkliche Philosophie*”. Ld. MAYER-MALY, THEO: *Recht und Philosophie*, in: EBERT, KURT (Hrsg.): *Festschrift Hermann Baltl zum 60. Geburtstag dargebracht von Fachkollegen und Freunden* (Forschungen zur Rechts- und Kulturgeschichte 11), Innsbruck: Wagner 1978, 327—348. Idézi WINKEL: *id. m.* 379. WALDSTEIN az Ulpianus-hely ilyen értelmezését elutasítja: „*Ulpianus deutet darauf hin, dass seit Plato und Aristoteles Sophistik (Scheinweisheit) und Philosophie einander gegenüberstehen.*” Ld. WALDSTEIN, WOLFGANG: *Römische Rechtswissenschaft und wahre Philosophie*, Index 22 (1994) 31—45.

A *genus* logikai értelemben az alárendelt fogalmakat átfogó, magasabb rendszertani szinten elhelyezkedő, általánosabb fogalom, amely egy magasabb *genus* építőegysége lehet.²³⁷ E rendszertani viszonylagosság a jogtudományban is kifejezésre jut. A római, praktikus problémákkal foglalkozó jogtudósok nem foglalkoztak a végső kiindulási alap meghatározásával, így az általuk használt nembeli osztályozások mindig csupán mereven az adott kontextusban bírt igazságtartalommal.²³⁸ Ennek következtében tulajdonképpen a *genus* és *species* szavak a forrásokban fellelhető rendszerezések során egymás szinonimái, egymással kölcsönösen felcserélhetőek. Jellemző példát adott erre Gaius a kötelmek osztályozása során,²³⁹ ahol a *species* a *genushoz* képest, mint felsőbb kategória jelent meg. E viszonylagosság a modern jogtudományra is igaz.²⁴⁰

Az egyre magasabb szintre lépő absztrakció elméletileg a legmagasabb nemhez (*genus summum*)²⁴¹, a legfőbb létezőhöz vezet el.²⁴² A nem tehát benne rejlik az egyes fajokban, a fajok részesülnek annak általános lényegében, gyakorlatilag tehát általánosabb jellemző, közös vonásokat mutatnak fel.²⁴³ Itt érhető tetten a *genus—species* és rész—egész probléma érintkezése. Az egyedek a maguk egyedi lényegét csupán az adott nemhez való viszonyukban fejthetik ki. Elméleti úton belátható, hogy egyes egyedi jelenségek összehasonlításakor a *tertium comparationis* rendszerfüggő lesz, azaz függ az adott összehasonlítandó egyedek fölé az egyes rendszerekben rendelt felsőbb kategóriától, a *genustól*.²⁴⁴ Bonyolítja az

²³⁷ PRECHTL, PETER—BURKARD, FRANZ-PETER: *Metzler Philosophie Lexikon, Begriffe und Definitionen*, Stuttgart—Weimar: Metzler 1999, s. v. *Gattung*.

²³⁸ Modern értelemben e módszer nem nevezhető tudományosnak. „ (...) importance of formulating precise questions and of choosing one’s standing point.” Hangsúlyozza RAZ, JOSEPH: *The Problem about the Nature of Law*, in: FLØISTAD, GUTTORM: *Contemporary Philosophy. A New Survey*, III, London: Springer 1982, 107.

²³⁹ Gai. 3, 88—89

²⁴⁰ Az egyes nemekre történő felosztás, klasszifikáció mindig esetleges (*bloss willkürlich; jeweils nur relativ zu einem bestimmten Gesichtspunkt*). Ld. HÜGLI, ANTON—LÜBCKE, POUL: *Philosophielexikon*, Hamburg: Rowohlt 1997, s. v. *Gattung*. „Merely conventional; essential to thought” – mondja MACGREGOR. Ld. MACGREGOR, GEDDES: *Dictionary of Religion and Philosophy*, New York: Paragon House 1989, s. v. *genus*.

²⁴¹ „Itself not serving as a species.” Ld. BLACKBURN, SIMON: *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford: University Press 1994, s. v. *genus*.

²⁴² EISLER: *id. m.* s. v. *Gattung*.

²⁴³ „Class of things that share a common nature”. Ld. BUNNIN, NICHOLAS—YU, JIYUAN: *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Malden—Oxford—Carlton: Blackwell 2004, s. v. *genus*. A modern jogalkalmazás tulajdonképpen az általános norma egyedi esettel történő ütköztetését jelenti. Ennek filozófiai háttéréről ld. MAUTHER, THOMAS: *A Dictionary of Philosophy*, Oxford—Cambridge: University Press 1996, s. v. *genus*. „Class of things that share a common nature”.

²⁴⁴ IANNONE, PABLO: *Dictionary of World Philosophy*, London—New York: Routledge 2001, 143, valamint KLAUS, GEORG—BUHR, MANFRED (Hrsg.): *Philosophisches Wörterbuch*, Leipzig: Bibliogr. Inst. 1975, s. v. *Gattung*. Hasonló gondolatmenet található HEGELNÉL. WINDELBAND HEGEL nézetét e vonatkozásban így fogalmazza meg: „[Der Begriff] erst im Zusammenhange mit den übrigen und durch die Art seiner Einfügung in das Ganze seinen wahren Wert erhält.” Ld. WINDELBAND, WILHELM: *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, Tübingen: Mohr 1948¹⁴, 517. Illetve VORLÄNDER, KARL: *Geschichte der Philosophie*, Berlin—Charlottenburg: Kiepenheuer 1932, 399: „Jede Erscheinung deutet vermöge ihrer Eingrenztheit notwendigerweise über sich selbst hinaus”. Lényeges különbség azonban, hogy HEGEL fogalomszemlélete alapvetően történeti, a fogalmak aktuális jelentéseit momentumként értelmezi, jelen megközelítésben azonban az egyéként jelentős idődimenzió

összehasonlítást, hogy az egyes egyedek nem lényegi, nem a nemhez tartozó tulajdonságaikban eltérhetnek egymástól.²⁴⁵

Felmerül a kérdés, vajon a pozitív jog egységeiben (például egy törvénykönyvben) a generális klauzulák felett tételezhető-e valamilyen magasabb nem, vagy a generális klauzulák állnak a rendszertani piramis csúcán, a jog egyfajta univerzálíájaként? Úgy tűnik nem, a római jogtudósok számára például a méltányosság (*aequitas*) magasabb rendű kategóriaként szolgált.²⁴⁶ A praetor a távollévő segítségére sietett az egyetemes jogtörténelem első ismert generális klauzulának nevezett klauzulájával, mert *aequissimum erat subveniri*,²⁴⁷ beavatkozása igen méltányos volt. A generális klauzula alkalmazására tehát csak egy magasabb elv, a méltányosság érvényesülése érdekében került sor. Hasonlóképpen, a hatályos német jogban a polgári jog generális klauzulák tartalmát részben az alaptörvény értékei töltik meg, mint ahogy a hatályos magyar jogban is, ahol a jóerkölcs fogalma például alárendelődik jóhiszeműség és tisztesség elvének. A generális klauzulák funkciója tehát közvetítő jellegű, nem a végleges szubsztantív, tartalmi választ kívánják megadni, hanem lehetőséget teremtenek a különböző absztrakciós szinten álló normák között, azáltal a jogforrások hierarchia fokainak áthidalására alkalmasak.

A nemek nem konkrét létezők, csak az egyes konkrét individuumokban érhetőek tetten.²⁴⁸ A generális klauzula fogalmában azonban összemosódik az arisztotelészi lényegi (*to ti en einai*) vagy gyűjtőfogalmak (*katholon*) kategóriája. A generális klauzulák tartalmilag ugyan — elnevezésükből is láthatóan — nemek (*genera*), formailag mégis önálló jogforrásbeli léttel bírnak. Ráadásul valós jogi tartalmuk is konkrét egyedi esetekben testet öltve jelentkeznek a jogalkalmazás során.

nem játszik szerepet. E különbség annak ellenére fennáll, hogy HEGEL szerint az időbeliség nem is létezik, az csupán töredékes észlelésünk következménye. Ld. RUSSELL: *id. m.* 705.

²⁴⁵ SCHMIDT, HEINRICH: *Philosophisches Wörterbuch*, Stuttgart: Kröner 1982, s. v. *Gattung*. Puszta elméleti nehézség, hogy az absztrakció legfelső fokán mind a *genusok*, mind a részek szükségszerűen megszűnnek. A legfőbb létezőt nem lehet nemekre osztani és részei sem lehetnek – állítja Arisztotelész tételei alapján Aquinói Szt. Tamás. Ld. RUSSELL, BERTRAND: *History of Western Philosophy*, London: Routledge 2002, 447.

²⁴⁶ A modern magyar jogrendszerben újszerű elméletében SÓLYOM ilyen, a generális klauzuláknál is magasabb rendű értéknek tartja az „alkotmány értékrendjét.” Ld. SÓLYOM: *id. m.* 467. A generális klauzulák által felvetett alkotmányjogi problémák a Német Demokratikus Köztársaságban is jelentkeztek. Ld. NOWAK, CARSTEN: *Die praktische Bedeutung der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in den grossen Kodifikationen der Deutschen Demokratischen Republik*, Köln: Univ. Diss. 1993, 5.

²⁴⁷ Ulp. D. 4, 6, 21, 2

²⁴⁸ „Sie [scil. die Gattungen] begreifen all dies Besondere unter sich, sie gelten dafür.” Ld. WINDELBAND, WILHELM: *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, I, Tübingen: Mohr 59. Idézi EISLER: *id. m.* 456. Az *Oxford Companion to Philosophy* a *speciest* egyenesen formaként határozza meg. Ld. HONDERICH, TED (ed.): *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford—New York: University Press 1995, s. v. *species*. A realisták természetesen tagadták ezt a tételt, ld. HÜGLI—LÜBCKE: *id. m.* 232.

E fent vázolt filozófia megközelítésben rejlő dedukció²⁴⁹ élesen ütközik a római jogtudósok alapvetően induktív munkamódszerével. Nem véletlen ugyanakkor, hogy az eseti jellegű római jogtudomány akkor érte el fejlődése csúcspontját, amikor egyedi döntéseit az általános elvek, a görög filozófia alaptételei mértékletes szem előtt tartásával hozta meg.²⁵⁰ Ez annak ellenére igaz, hogy a római jogtudomány klasszikus korszaka a görög filozófia egy meglehetősen obskurus időszakával esett egybe.²⁵¹ Később, a *Digesta* utolsó titulusában²⁵² összefoglalt regulák a továbbélés során azonban már egy teljesen újszerű, deduktív megközelítés nyitányát jelentették,²⁵³ amely bizonyos értelemben a 19-20. században a generális klauzulák alkalmazásában érte el egyik csúcspontját.

III.5.2 A *genus—species* mint jogtudományi probléma

A tudományos definícióalkotás számos²⁵⁴ egyéb módszerének egyike a *genus proximum*, a legközelebbi felsőbb nem meghatározása.²⁵⁵ Jellemzően azok a római jogtudósok (például Pomponius és Gaius) foglalkoztak a *genus—species* problémáival, akik a kazuisztikus módon kidolgozott joganyagot rendszerezni, a megalkotott fogalmakat definiálni kívánták. Nekik volt szükségük arra, hogy e filozófiai-elméleti fogalmat az életszerű, konkrét tapasztalati anyagra alkalmazzák.

²⁴⁹ STOCKHAMMER szerint a nemhez indukció révén juthatunk el. Ld. STOCKHAMMER, MORRIS: *Philosophisches Wörterbuch*, Essen: Magnus 1980, s. v. *Gattung*.

²⁵⁰ Legalábbis ez is a felvirágzást elősegítő okok egyike. Ld. KUNKEL—SCHERMEIER: *id. m.* 140. Mindez annak ellenére igaz, hogy a római jogtudomány klasszikus korszaka a görög filozófia obskurus időszakával esik egybe. A görög filozófia és a római jogtudomány kapcsolatáról és a témáról szóló tanulmányokról rövid áttekintést ad WINKEL: *id. m.* 373—384.

²⁵¹ A görög filozófia és a római jogtudomány kapcsolatáról és az erről szóló bibliográfiáról rövid, történeti jellegű áttekintést ad WINKEL: *id. m.* 373—384.

²⁵² D. 50, 17

²⁵³ Az irodalomból ld. STEIN, PETER: *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*, Edinburgh: Univ. Press 1966; SCHMIDLIN, BRUNO: *Die römische Rechtsregeln*, Köln—Wien: Böhlau 1970; UŐ: *Horoi, pithana und regulae, Zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung*, ANRW II. 15, Berlin—New York: de Gruyter 1976, 101—129; UŐ: *Regulae iuris, Standard, Norm oder Spruchregel*, in: *Festschrift Max Kaser*, München: Beck 1976, 91—119; NÖRR, DIETER: *Spruchregel und Generalisierung*, ZSS (Rom. Abt.) 90 (1972), 18—93.

²⁵⁴ IANNONE tizenhatféle definícióalkotási lehetőséget tételez, ebből csupán egy a *genus—species*en alapuló. A középkorban a *genus—species* egyike a *praedicabiliának*, azaz a *quinque voces*nak (*genus, species, differentia, proprium, accident*). Ez a skolasztikus logikában bevett terminológia arra utal, hogy a predikátum ötféle viszonyban állhat az alannyal. A felosztás Arisztotelészre megy vissza. Ld. *Topica* IV, 101 b 17—25: *horos, genos, diaphora, idion, sumbebekos*. Porphyrius illetve később BOËTHIUS nyomán a *horost speciesre* cserélik a középkorban. Ld. IANNONE: *id. m.* 143.

²⁵⁵ A definícióalkotásra vonatkozóan ld. AUDI, ROBERT: *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge: University Press 1995, s. v. *genus*.

A *genus* szó és a belőle képzett alakok egyértelműen a rendszerépítés eszközei Gaius tankönyvében,²⁵⁶ amely a hozzáférhető egyéb forrásokhoz viszonyítva többek között didaktikai erényeivel, azaz áttekinthető tagolásával és világos meghatározásaival tűnik ki.²⁵⁷ Tankönyvének minden tematikus része bevezető jellegű szakaszokkal kezdődik, és számtalan összefoglaló és áttekinthető utalást tartalmaz. Az egyik ilyen szembeötlő, több szintű tagolás az emberek jogállásával foglalkozó részben található. A kérdéses fragmentumban²⁵⁸ az egyes rendszertani ugrásokat Gaius a többjelentésű²⁵⁹ *rursus* szóval vezeti be, mélyen tagolt, négy szintű sémát állít fel: az emberek vagy szabadok, vagy rabszolgák. Ha szabadok, szabadon születettek vagy felszabadítottak. Ez utóbbin belül lehetnek római polgárok, latinjogúak és *dediticii*. A *genus* szót csupán a harmadik rendszertani egység, a *libertinusok* esetében használta: *libertinorum tria sunt genera*²⁶⁰. Nyilván azért, mert először itt kellett kettőnél több részre osztani a felsőbb kategóriát, mégis jól érzékelhető, hogy a *genus* főnévvel való meghatározás nem kötődött mereven valamely rendszertani szinthez, csupán a plasztikusabb nyelvi kifejezőmód alkalmi eleme. A *genusok* ezen rendszertani viszonylagossága a különböző jogrendszerek generális klauzuláinak összehasonlításakor meghatározó jelentőségű lehet.

III.6 A *genus—species* és rész—egész problematika összefonódása

A rész—egész és *genus—species* viszonyok a generális klauzula kifejezésben együtt jelentkeznek, így külön vizsgálatot igényel viszonyuk pontosabb meghatározása. Előkérdésként tisztázandó, van-e lényegi különbség *genus* és *totus*, illetve *pars* és *species* között, azaz beszélhetünk-e egyáltalán összefonódásukról, vagy inkább egymás szinonimáiként kell őket értékelnünk?

Már Cicero rámutatott, hogy a részt és a fajt nem szabad egymással felcserélni.²⁶¹ A legmeggyőzőbb elméleti érvet azonban BOËTHIUS szolgáltatotta: ha a *genus* elpusztul

²⁵⁶ A modern jogi dogmatika a rendszerépítést a jogtudomány egyik legfontosabb feladatának tartja. Ld. LARENZ, KARL—CANARIS, CLAUS-WILHELM: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin—Heidelberg: Springer 1995³, 263.

²⁵⁷ Természetesen Gaius munkáját nem csupán oktatási célokra használták, de a mindennapi gyakorlatot is nagyban befolyásolta, még feltételezett keletkezési helyétől nagyobb földrajzi távolságokra is. Ld. MANTHE, ULRICH (Hrsg.): *Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius*, Darmstadt: WBG 2004, 21.

²⁵⁸ Gai. 1, 9.

²⁵⁹ A kérdéses fragmentumban a *rursus* nagy valószínűséggel 'ismét' értelemben áll, de 'visszafelé', 'hátra' értelmével a rendszertani ugrásokra is utalhat.

²⁶⁰ Gai. 1, 9.

²⁶¹ Cicero, *Topica* 7, 31. Jóllehet a két kategóriát maga is felcseréli egy helyen (Cicero, *Orator* 33, 117), amely azt mutatja, hogy a megkülönböztetésnek nincs túl nagy gyakorlati jelentősége.

elpusztulnak a fajok is, ha a *speciess*ek pusztulnak el, a *genus* még megmaradhat. A rész és egész viszonyában a helyzet pont fordított. Ha az egész elpusztul, a részek még megmaradhatnak, de ha a részek elpusztulnak, az egész is elveszik. Az egész és a *genus* világosan elhatárolódik SPINOZA gondolkodásában is, aki az isteni természet kutatása közben megállapítja, hogy egy nembe csak ugyanolyan fajtájú, de különálló részek tartozhatnak, ellenben az egészszel, amely egyesülés révén különböző fajtájú részekből áll össze.²⁶²

A két kategóriapár lehetséges összefonódásai közül az alábbi három eset lényeges.²⁶³

1. azonos nemű részekből azonos nemű egész lesz
2. eltérő nemű részekből valamelyik nemű egész lesz
3. eltérő nemű részekből új, eltérő nemű egész lesz

A fenti változatok közül kettőt Pomponius is megemlíti:

*tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece ἕνωμένον vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συννημμένον vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex.*²⁶⁴

III.6.1 Azonos nemű részekből azonos nemű egész lesz

Az első esetkörbe tartozik, ha egy test egynemű (vagy másképp: egylelkű – *unus spiritus*), mint egy ember,²⁶⁵ egy gerenda, vagy egy kő. Logikailag ide sorolható a *corpus ex distantibus*, vagyis a dologösszesség²⁶⁶ is. Dologösszesség esetén a részeket egy közös név alá foglalják össze, mint például a nyáj vagy a könyvtár esetében.

III.6.2 Eltérő nemű részekből valamelyik nemű egész lesz

²⁶² SPINOZA a nem és az egész megkülönböztetése révén tulajdonképpen azt a problémát oldja fel, hogy a teremtmények, amelyek nem tartozhatnak Isten lényegéhez, mégis egyesülnek benne. Ld. SPINOZA, BARUCH: *Korte Verhandeling van God, de Mensch und deszelfs Welstand*, 1677, 1, 2.

²⁶³ Ezt a logikai úton létrehozott sémához hasonló Talamanca ókori források segítségével állított fel a nem és a fajta viszonyával foglalkozó tanulmányában. Ld. TALAMANCA: *id. m.* 97. Amikor azonos nemű részekből eltérő nemű egész lesz, gyakorlati jelentéktelensége miatt kihagyható a felsorolásból.

²⁶⁴ Pomp. D. 41, 3, 30pr.

²⁶⁵ Pomponius az embert egyneműnek tekinti, szemben Alfenus Varusszal. V. ö. D. 5, 1, 76.

²⁶⁶ Németül *Kollektivsache, Gesamtsache*.

A második esetkörbe tartozik a *corpus ex contingentibus*. Ekkor az egész különféle nemű részei egy más nemű egészet alkotnak, mint egy épület, hajó vagy szekrény esetében. Az egész tehát több, mint részeinek pusztá összessége.²⁶⁷

A jogi következmények tekintetében a második csoportba tartozik például az az eset is, amikor a szerződő felek adásvételi szerződést kötnek egy arany karkötőre, amelyről később kiderül, hogy csupán arannyal bevont réz az anyaga. Ekkor az egészet (a karkötőt) alkotó részek (az arany és a réz) közül az egyik (az arany) a jogügylet egészét, és ezzel tárgyának további sorsát (nevezetesen, hogy ki lesz a karkötő tulajdonosa) meghatározza. A kérdéssel foglalkozó jogtudós Ulpianus elismerte ugyan, hogy a szerződő felek tévedésben voltak a szerződés megkötésekor, azonban a jogügyletet érvényesen létrejötnék tartotta. Úgy vélekedett, hogy a felek tévedése nem lényegi, hiszen a karkötő anyagában valóban volt arany, így ez az *error* nem eshet az *essentialis et tolerabilis error* fogalma alá. A tévedés tehát ártalmatlan volt, a szerződés a vevő fél nyilvánvaló érdeke ellenére is létrejött.²⁶⁸

III.6.3 Eltérő nemű részekből új, eltérő nemű egész lesz

A harmadik esetkörre, amikor két eltérő nemű anyagból egy új nemű, harmadik egész lesz, a legkézenfekvőbb példát az egyenrangú dolgok egyesülése, illetve az ezzel sokszor szoros összefüggésben álló feldolgozás (*specificatio*) szolgáltathatja. Az egy egészévé egyesülő dolgok nemei ebben az esetben is meghatározó jelentőségűek a dolog jogi sorsát illetően. Ha ugyanis valaki bort kever össze mézzel, a létrejött mézbor az összekeverőé lesz. Ha azonban valaki aranyból és ezüsből készít ötvözetet, valamelyik rész tulajdonosa joggal követelheti dolgát a feldolgozótól, mert e fémek ötvözetei újra alkotórészeikre különíthetők el.²⁶⁹

III.6.4 Az időbeli változások hatása

²⁶⁷ A fent idézett Pomponius szöveg szempontunkból azért is jelentős, mert azon kevés esetek közé tartozik, amikor egy filozófia alapú osztályozás során megállapított kategóriákhoz a jogtudós legalábbis részben eltérő jogi következményeket kapcsolt. A második és harmadik esetben ugyanis a részek elbirtoklása az egész dolog birtoklása révén megvalósulhat, az első esetben pedig ez a kérdés fel sem merül. Egyébként az elbirtokolhatóság kérdését általában kazuisztikus jelleggel döntötték el. Ld. KASER: *RP*, I, 383. Eltérő osztályokat és eltérő jogi megoldást tartalmaz még többek között Saufeius, a hajós híres esete is. Ld. D. 19, 2, 36. Az újabb irodalomból ld. BESSENYŐ ANDRÁS: *Das Rätsel der actio oneris aversi: Eine Exegese von D. 19, 2, 31*, in: *Iura antiqua — iura moderna : Festschrift für Ferenc Benedek zum 75. Geburtstag*, Pécs: PTE ÁJK 2001, 23—55, valamint FÖLDI ANDRÁS: *Kereskedelmi jogintézmények a római jogban*, Budapest: Akadémiai 1997, 64—67.

²⁶⁸ Ulp. D. 18, 1, 14

²⁶⁹ Jelen megoldások Iustinianus a korábbi iskolák eltérő nézeteit felváltó kompromisszumos megoldására utalnak. Ld. I. 2, 1, 25. A korábbi álláspontra nézve ld. Gai. 2, 79.

A korábban egy egész alá tartozó, azonos nemű részek jogi sorsa a részekre esés után sem teljesen közömbös jogilag egymástól. Ha megbízunk valakit, hogy vásároljon meg számunkra egy részben az ő tulajdonában is lévő, közös tulajdonú telket, felvetődik a kérdés, hogy miképpen állapítsák meg a megbízott telekrészének vételárát. Az igen leleményes *responsum* értelmében ilyenkor a többi részek árának átlagértéke illeti meg a megbízottat földjéért.²⁷⁰

A részek megváltozása nem érinti az egész, illetve az egész jogi sorsának megváltozását, ha a változó részek ugyanahhoz a *genushoz* tartoznak.²⁷¹ A légió ugyanaz a légió marad akkor is, ha a csatában elhunyt helyére újabb katonákat soroztak be, az állam is ugyanaz az állam, annak ellenére, hogy már aligha áll ugyanazon személyekből, mint száz évvel ezelőtt.²⁷² Ugyanígy a hajó, amelyet a hosszú használat során már számtalanszor felújítottak, ugyanaz a hajó marad, még akkor is, ha már egyetlen eredeti deszkája sem őrizi az eredeti közlekedési eszköz emlékét. Az ókori felfogás szerint az emberi testet naponta cserélődő parányi részecskék alkotják, így az ember, mint biológiai entitás is állandó változásban van, mégsem mondható, hogy személyisége és ezzel mondjuk státusza jogi szempontból megváltozna.²⁷³

III.6.5 Részösszegzés

A klauzula, mint egy adott jogi szabályozás kontextusába, mint egészbe illeszkedő jogi norma, e tágabb regulatív környezet azonos nemhez tartozó részeinek egyike (mégghozzá, amint láttuk, kiterjesztő, extenzív része). Dogmatikai struktúráját tekintve tehát az elsőként tárgyalt körbe vonható, egy lényegi különbséggel. A generális klauzula értelmezési mezője (tartalma) szoros kölcsönhatásban van az egészet alkotó egyes részek, azaz jogi normák, mint a részek megváltozásával. A felújított hajó jogi egészét tekintve azonos marad régi önmagával, de például az a kódex, amelynek egyes paragrafusait eltörölték vagy megváltoztatták, önmaga is, és természetes funkciója következtében a benne található generális klauzulák értelmezési tartománya is megváltozik.²⁷⁴ Bizonyos korlátok mégis fennállnak: azt, hogy a jogalkotó mely akaratelhatározását teheti joggá, függ a jogrendszer

²⁷⁰ Ner. D. 17, 1, 35 és Iav. D. 17, 1, 36 pr. A részek jogi összetartozása igaz a *pro indiviso* tulajdonolt részek esetében is. Például *derelictio* esetén az elhagyó tulajdonostárs tulajdonrésze tulajdonostársai részéhez nő hozzá. Ld. Mod. D. 41, 7, 3.

²⁷¹ Ilyen módon hibás KASER azon sugalmazott állítása, hogy a részek megváltoztatása csupán a *corpus ex distantibus* nem érinti. Ld. KASER: *RP*, I, 383. Vö. Alf. D. 5, 1, 76.

²⁷² E megállapítás az ókori államfelfogásra utal.

²⁷³ A szövegben felhozott példák Alfénus Varustól, a Kr. u. 1. században élt jogtudóstól származnak. Ld. D. 5, 1, 76.

²⁷⁴ A generális klauzula értéktartalma a tárgyi jog azonossága mellett is megváltozhat, külső társadalmi nyomásra. Ld. REBMANN, KURT—SÄCHER, FRANZ JÜRGEN (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München: Beck 1993², 1140.

logikai egységétől, amely egység legnyilvánvalóbban a generális klauzulákban érhető tetten, ilyen módon egyfajta kontroll is érvényesül.²⁷⁵ Másrészt a generális klauzula valódi tartalma a jogalkalmazás során, éppen az azonos szabályozási nemhez tartozó konkrét jogi normák absztrahálása révén körvonalazódik.

E szükségszerűen bonyolult, oda-visszaható kapcsolat a jog hatékonysága, és így a jog egészének egyik végső célja szempontjából meglehetősen kedvező.²⁷⁶ A jogrendszer külső stabilitását többek között éppen az adja, hogy rugalmasan képes alkalmazkodni a változó társadalmi—jogi környezethez.²⁷⁷ A generális klauzulák ennek a rugalmas változásnak hatékony eszközei annak révén, hogy megőrződve—megszüntetve biztosítják a jogi normák azonos neműségét, még változásuk esetére is.²⁷⁸ Így segítségükkel a jog olyan problémák megoldására is képes lesz, amelyre létrehozásakor talán fel sem merült.²⁷⁹ A fentieknek megfelelően a generális klauzulák változékonyságuk révén biztosíthatják leginkább a jog hosszú távú stabilitását,²⁸⁰ és szükségszerűen hozzájárulnak a jog logikai egységének megvalósulásához.²⁸¹

Fontos tény, hogy a generális klauzulák e fent körülírt rendszerfüggősége legalább kettős. A klauzulák egyrészt egy rendszer, a jogrendszer vagy jogág belső függvényei, de egyúttal belső

²⁷⁵ Ld. általánosabban MOÓR: *Logikum*, 7.

²⁷⁶ Ezzel ellentétes vélemények szerint a generális klauzulák kettős veszélyt jelentenek a jogállamra: „[...] *politische Wünsche positiv-rechtlich zu untermauern, und damit die bestehende Rechtsordnung nicht auf sie selbst zurückzuführenden Belastungen auszusetzen.*” Ld. TUREGG, KURT EGON VON: *Gefährliche und gefährdete Generalklausel. Über die materiell-rechtlichen Grenzen der Verwaltungsklagen*, Berlin—Köln: Carl Heymanns 1956, 102. A legkeményebb támadást HEDEMANN intézte a generális klauzulák ellen méltán híres, 1933-ban megjelent monográfiájában. Ld. HEDEMANN, JUSTUS WILHELM: *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: Mohr 1933. A generális klauzulák nyilvánvalóan megnövelik a lehetséges helyes döntések valószínűségét, de másik oldalról megkönnyítik a bírói ítélet kritikáját is. Ld. PREUSCHE, REINHARD: *Juristische Generalklausel und Argumentationspraxis. Die italienische Rechtsprechung zur Anwendbarkeit ausländischen Rechts (Ordre Public)*, Regensburg: Atheneum 1978, 105. Az újabb hazai szakirodalomból ld. FÖLDI: *A jóhiszeműség*, különösen 43skk. és 100skk.; TERCSÁK TAMÁS: *A joggal való visszaélés*, Budapest: ELTE 2003, különösen 233skk. A generális klauzulák pozitív és negatív oldalát igen árnyaltan mutatja be ZWEIGERT, KONRAD—KÖTZ, HEIN: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen: Mohr 1996, 141. A kritikák igazolhatóak a jogalkalmazás, de nem a jogtudomány vagy a jogrendszer területén.

²⁷⁷ SAMU MIHÁLY—SZILÁGYI PÉTER: *Jogbölcselet*, Budapest: Rejtjel 1998, 247. A „*Mark gleich Mark*” tételének áttörésére felhasznált norma, a BGB 242. §-a jó példát szolgáltat erre az esetre. Ld. HEDEMANN: *id. m.* 12, valamint ZWEIGERT, KONRAD—KÖTZ, HEIN: *Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon 1994, 156. A BGB 242. §-ának ellentmondásos kodifikációs folyamatáról ld. BÖRNER, FRITJÖF: *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*, Frankfurt: Lang 1989, 4—6.

²⁷⁸ Nem véletlenül állítják egyes német szerzők a generális klauzulák tartalmáról, hogy azt könnyebb megérezni, mint világosan megfogalmazni. Ld. BÖRNER: *id. m.* 9.

²⁷⁹ E folyamat legáltalában talán az angol-amerikai analitikus jogelméletben használt variabilitás és kontinuum fogalom pár segítségével írható le. A marxista, neomarxista elméletekben ezen, a jog lényegével szükségszerűen összefüggő és ezért le nem tagadható jelenséget a történeti dialektika segítségével magyarázták. Ld. VARGA: *id. m.* 472.

²⁸⁰ Ezzel egybehangzó véleményért ld. HEDEMANN: *id. m.* 209.

²⁸¹ A jog logikai egységét hangsúlyozza MAX WEBER mellett MOÓR GYULA is. Ld. MOÓR: *Logikum*, 12.

járulékaik egy nagyobb egésznek, a társadalmi rendnek is.²⁸² A jogrendszert igazodási alapnak tekintve, a társadalom külső tényezőként hat, a társadalmi együttélést a jog mellett szabályozó erkölcsi normák mintegy kívülről befolyásolják a generális klauzulák tartalmát.²⁸³

E kettősség mögött a jog kettőssége is jelen van. A modernitás túlnyomórészt kanti és hegeli eszméken nyugvó világképében a jog ugyanis a természet és a tiszta értékek közös mezőjében, az értékes valóság tartományában helyezkedik el.²⁸⁴ A generális klauzulában, mint jogi normában e kettősség a fentieknek megfelelően, erőteljesebben jelentkezik.

Ennek megfelelően a generális klauzulák komparatív vizsgálata során azok legalább kettős rendszerfüggésével kell számolni, hiszen az ezt figyelmen kívül hagyó vizsgálódás igen könnyen téves megállapításokra vezetne, mivel képtelen lenne a klauzulák valós tartalmának meghatározására.²⁸⁵

III.7 A filozófiai és jogelméleti vizsgálódás eredményei

A fentieket összefoglalva leszögezhetjük, hogy a generális klauzulákból eredő dogmatikai nehézségek döntően abból fakadnak, hogy e terminus fogalma és tartalma kétfajta, egymással kibékíthetetlen ellentmondásban álló megközelítést egyesít. A generális klauzula fogalmilag a benne rejlő *genus—species* és *rész—egész* problematika révén a jog logikai megismerhetőségét sugallja, egy külső, formális rendszert feltételez, míg tartalmilag éppen e zárt elméleti rendszer hiányosságait igyekszik áthidalni, a jog belső valóságára mutat rá. A jogrendszer ugyanis nem érhet el tökéletes zártságot, az élő jog mindig nyitott és fragmentális,²⁸⁶ vagy legalábbis annak kell maradnia, ha az állandóan változó

²⁸² „A jogi komplexus nem szakítható ki társadalmi közegéből”. Itt a szerző nyilván komplexumra és nem komplexusra gondolt. Ld. VARGA: *id. m.* 348.

²⁸³ A jog egyfajta „belső erkölcsiséggel” is rendelkezik, amely többek között épp bizonyos generális klauzulákban érhető tetten. A jog belső erkölcsiségére nézve ld. VARGA: *id. m.* 347. A generális klauzulák normatív tartalma mindig kölcsönhatásban áll a mindenkori társadalmi helyzettel. Ld. LARENZ, KARL: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin—Heidelberg: Springer 1983, 167. Idézi NOWAK: *id. m.* 3.

²⁸⁴ MOÓR GYULA: *A jogbölcselet problémái*, Budapest: Magyar Szemle Társaság 1945, 60—61. Idézi SOLT: *id. m.* 10.

²⁸⁵ E kettősséget VARGA a jogi fogalmak sajátosságából vezeti le. Véleménye szerint a jogi fogalmak csak kettős rendszerben, a dogmatikai és szociológiai megközelítés egységében értelmezhetőek helyesen. Ld. VARGA CSABA: *Politikum és logikum a jogban. A jog társadalomelmélete felé*, Budapest: Magvető 1987, 230—231.

²⁸⁶ E megállapítás természetesen nem azt jelenti, hogy a jog logikailag nem zárt rendszer, csupán azt, hogy az értékelő, vagy jogpolitikai szempontból nyitott. A joghézagok létének elismerése ugyanis magának a jognak a fogalmát kérdőjelezné meg. Ld. MOÓR: *Logikum*, 13. Ezzel ellenkező véleményre vonatkozóan ld. RENÉ, DAVID—BRIERLY, JOHN: *Major Legal Systems in the World Today*, London: Free Press 1985, 151.

életkörülményekhez hatékonyan kíván alkalmazkodni.²⁸⁷ A jogtudomány értelmező tudomány (*verstehende Wissenschaft*), így tárgyához, és nem egzakt szabályokhoz kell igazodnia.²⁸⁸

A fenti sematizálás révén közelebb kerültünk a generális klauzulák megértéséhez. Mint láttuk, a generális klauzula mindig egy jogforrás extenzív része, nembelisége viszonylagos, és azonos nemű részeinek összegénél nagyobb, önálló léttel bíró egésznek jelent. Az osztályozásnak akkor lenne igazán értelme, ha az eltérő típusokhoz a jog meglehetősen nagy következetességgel eltérő jogkövetkezményeket kapcsolna, tehát attól függően, hogy egy probléma a rész—egész vagy *genus—species* lehetséges kapcsolódási sémái közül hová sorolható, eltérő eredményre vezetne. Az ilyen magas igényű absztrakció azonban a jog lényegénél fogva lehetetlen.²⁸⁹ Az egyes problémák ugyanis sokszor jogon kívüli körülményekre utalnak. A rendszer a jogrendszerben csupán másodlagos a nem logikai tényezők mellett: *A jogban [...] a logikum csak másodlagos, eszközi jelentőséggel bír az elsődleges jelentőséggel bíró alogikus, akarati elemek mellett.*²⁹⁰ Ráadásul a jogot nem csupán az akarat, de a fizikai világ objektív törvényszerűségei, illetve a szaktudományok fejlettsége is meghatározza. Az például, hogy a fogalmazás időpontjára milyen vélelmet állítanak fel, vagy két folyadék jogi sorsa miként alakul, ha összeöntik őket, végső soron az orvosi és kémiai tudományok fejlettségétől, és nem a jogi rezsimtől függ.

A jogi fogalmak, minden jogi rendszer szükségszerű építőelemei, tulajdonképpen fikciók, így minden jogi rendszer is szükségképpen az. A fogalmak létezését indokolja azonban az, ha funkcionálisan megvan a szerepük a jogrendben.²⁹¹ A jog belső rendszerei esetében sok esetben még a funkcionalitás is hiányzik. Ennek következtében a jogi fogalmak tudományossága még úgy-ahogy elismerhető (korlátozott érvényességük egyidejű állításával), de a jog belső rendszerei tudományosan kevésbé állnak meg a saját lábukon, esetleg didaktikai célokat szolgálhatnak, közvetve hozzájárulhatnak egyes részproblémák mélyebb tudományos megértéséhez, vagy segíthetik a jogalkalmazást.²⁹² „*A jurisprudentia mindig csak a jog követelménytartalmához (Forderungsgehalt) van kötve, de tetszése szerint*

²⁸⁷ A jogrendszer e nyitottság HEGEL rendszerében a folyamatos fejlődés tételezésével jelenik meg. Az objektív szellem legalacsonyabb rendű manifesztációját jelentő jog antitézise a morál. E kettő megőrizve—megmaradását jelenti az erkölcsiség (*Sittlichkeit*), amely állami jelenség, és az államok közti kapcsolatok révén a jogfilozófia végeredményben történetfilozófiává válik. A tökéletlen jogrendszer tehát e gondolatmenetnek megfelelően időbeli fejlődés, az erkölcsiségbe való „átváltozás” segítségével tökéletesedik ki. Vö. VORLÄNDER: *id. m.* 403—404, ill. WINDELBAND: *id. m.* 517.

²⁸⁸ „*Sollte den System allgemeiner Rechtsprinzipien ein korrespondierendes System von Rechtsbegriffen zugeordnet werden.*” Ld. LARENZ—CANARIS: *id. m.* 264—265.

²⁸⁹ E tételt, más szempontból, KASER is megerősíti. Ld. KASER: *RP*, I, 383.

²⁹⁰ MOÓR: *Jogbölcsélet*, 41.

²⁹¹ A jog e fogalmak révén lehet hatással a valóságra, és teljesítheti be legfőbb célját, a jövő valóságának szabályozását. Ld. SOLT: *id. m.* 4—5.

²⁹² E tételeket megerősíti VARGA: *id. m.* 123.

*alkalmazhat új szavakat vagy alkothat új fogalmakat, ha jónak látja ezen követelménytartalom tökéletesebb kifejezésére, az adott jogtételeket és fogalmakat részeikre bonthatja s új fogalmakat alkothat belőlük, s ezeknek segítségével a követelménytartalmat új jogtételekbe öntheti át s ezeket ismét valamely tetszőleges rendszerbe foglalhatja.*²⁹³

Az eddigi jelentéstörténeti és jogelméleti eredményeink alapján a generális klauzulák teljesebb definícióját adhatjuk:

A generális klauzulák olyan általános fogalmazott jogtételek,²⁹⁴ amelyek egy adott, azonos nemhez tartozó jogi normaegyüttesen belül extenzív, magán túlmutató, de elkülönült, önálló szerkezeti részt (*clausula*) alkotnak. Tárgyi hatályuk igen széles és a konkrét jogi normáktól eltérően viszonylagosan nagyszámú, de valamely markáns jellemzőjük miatt egyneműnek (*generalis*) tekinthető tényállást foglalnak magukban, olyan értelmezési kört alkotva, amelyben a konkrét jogi normák változása befolyással van a generális klauzulák értelmezésére és viszont, a generális klauzulákon egy felsőbb kategória változásait közvetítheti a konkrét jogi normák irányába.²⁹⁵

²⁹³ SOMLÓ: *id. m.* 17.

²⁹⁴ A jogtétel kifejezés annak hangsúlyozására szolgál, hogy a generális klauzulák nem rendelkeznek a jogi normák minden alkotóelemével. Ennek ellenére a további, gyakorlatiasabb jellegű vizsgálat szempontjából jogi normáknak tekinthetőek.

²⁹⁵ A generális klauzula ennek megfelelően elhatárolandó a blankettanormáktól, a reguláktól, az értéktartalmú normáktól. Nem ad definíciót, de a generális klauzula kifejezést eltérő (tágabb) értelemben használja PÓLAY. Ld. PÓLAY ELEMÉR: *Historische Interpretationen der Generalklauseln im römischen Recht*, Klio 2/67 (1985), 528.

IV. A *contra bonos mores* klauzula előzményei, kialakulása és funkciója a római jog forrásai tükrében

IV.1 Bevezetés

A generális klauzulák jelentéstörténeti és rendszertani elemzése után a további ismeretszerzés érdekében egy konkrét generális klauzula, a jó erkölcsökbe ütköző jogügyletek semmisségét kimondó norma vizsgálata következik. Választásunk azért esett e szabályra, mert a generális klauzulák fentebb tárgyalt kettős függősége (jogrendszeren belüli és a jogon kívüli, társadalmi függőség) magából a kifejezésből is egyértelműen látszik. Nyomon követjük továbbá egy erkölcsi norma „legalizálódását”, azaz tulajdonképpen egy generális klauzula születését. A keletkezési körülmények ismerete pedig nemcsak a generális klauzulák természetére pontosabb megismeréséhez de a jog és az erkölcs viszonyának újfajta megközelítéséhez segít bennünket.

E fejezet középpontjában azon római jogi forráshelyek elemzése áll, amelyekben a *contra bonos mores* fordulat vagy nyelvi megfelelői (*adversus bonos mores*) megtalálhatóak. A klauzula szerepének helyes értelmezéséhez meg kell vizsgálnunk néhány egyéb problémát is. Lehetőség szerint tisztáznunk kell a *ius*, *fas* és a *mos* normarendszereinek egymáshoz való viszonyát, ehhez pedig hasznosnak ígérkezik bizonyos nagyobb korszakok kijelölése. Az említett fogalmak történetileg, társadalmilag egyaránt meghatározottak, a római jog szerves fejlődésének csaknem egy évezrede alatt lényeges tartalmi változásokon mentek keresztül. Ennek következtében a „jó erkölcsöknek”²⁹⁶ a társadalmi szabályozórendszerben betöltött helye is folyamatosan változott.

Az archaikus korban érvényesülő társadalmi szabályozás strukturálisan és funkcionálisan igen egyszerű lehetett, a jelenkori kutató számára mégis egy összetett normakomplexum kibogozhatatlan egységeként jelentkezik. Még az sem dönthető el egyértelműen, hogy a háromféle normarendszer elemei (*ius*, *fas*, *mos*) milyen sorrendben jelentek meg önállóan vagy hogy melyik tekinthető esetleg a többi „anyafogalmának.”

A *ius* máig tartó „diadalútja” már archaikus korszakban, valószínűleg már a XII. táblás törvényt megelőzően megindult.²⁹⁷ A korszak elején az erkölcsi és jogi normák között még

²⁹⁶ Jelen tanulmányban, ha a kontextusból más nem következik, a jó erkölcsök fogalmát a *boni mores* szinonimájaként használom és nem modern, technikus értelmében. Ha kifejezetten erre az utóbbira kívánok utalni, egybeírással jelölöm, a hatályos magyar Ptk. szóhasználatának megfelelően.

²⁹⁷ Erre vonatkozó egyik legrégebi forrás a *legis actio sacramento in rem formulája*, amely Gai. 4, 16 őrzött meg az utókor számára. Ezzel kapcsolatban ld. PÓLAY ELEMÉR: *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest: Akadémiai

egyfajta tárgyi alapú „hatásköri” megosztást figyelhető meg. Az erkölcsi szabályok egy része közvetlenül érvényesíthető és kikényszeríthető volt a *censori regimen morum*²⁹⁸ keretében, egy különleges „erkölcsbírói”²⁹⁹ fórum előtt. Később a társadalom szabályozásában fokozatosan uralkodóvá váltak a mai megítélés szerint jogi jellegű normák.³⁰⁰ A praetori *edictumok* (*edictum de convicio, de adtemptata pudicitia, de iniuriis quae servis fiunt*) a Kr. e. 3. század végétől kezdődően fokozatosan terjesztették a *ius* tárgyi hatályát a korábban jogilag nem szabályozott területekre is.³⁰¹ Ez az expanzió részben a *contra bonos mores* klauzula segítségével valósult meg.³⁰² A praetor a jó erkölcsök legitimációs ereje segítségével tágította ki a tizenkét táblás törvény által csak szűk körben, kazuisztikus jelleggel szabályozott *iniuria* tényállását.³⁰³ A klauzula *edictumbeli* proponálása³⁰⁴ az *iniuria* egyes eseteiben gyümölcsözőnek, és a későbbi fejlődést meghatározónak bizonyult.

A magánbűncselekmények területén megjelent klauzula a klasszikus korban valószínűleg ugyanúgy a *delictumok* révén jelent meg a magánfelek „kontraktuális” viszonyában³⁰⁵ is:

*Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, ueluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.*³⁰⁶

A fragmentum értelmében *furtum* vagy *iniuria* elkövetése *contra bonos mores* cselekmény, azaz az erkölcstelenség a törvényellenességgel egyenértékű. A klauzula jelenléte a *bonae fidei* contractusok (*mandatum, societas*) körében magától értetődő. Azonban a *ius strictum* által szabályozott *stipulatio* esetében a végrendelkezési szabadságot sértő megállapodások érvénytelenségi okaként is megjelent a jó erkölcsökre vonatkozó fordulat:

1986, 3. Az *iniuria* korai történetére vonatkozóan ld. MANFREDINI, ARRIGO DIEGO: *Contributi allo studio dell 'iniuria' in età repubblicana*, Milano: Giuffrè 1977, 15skk.

²⁹⁸ A *regimen morumra* vonatkozóan érintőlegesen ld. ZLINSZKY JÁNOS: *Ius publicum. Római közjog*, Budapest: Osiris 1998, 58–60.

²⁹⁹ A *regimen morumra* vonatkozó terminológia vonatkozásában ld. EL BEHEIRI, NADJA: *Die römische Zensur — Ein Entwicklungsgeschichtlicher Abriss*, Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae 2004, 48⁸.

³⁰⁰ A *morestól* a *ius* felé történő hangsúlyeltolódás egyik tanúbizonysága a *leges imperfectae* jelensége. A *lex Cincia de donis et muneribus* kapcsán ld. MARRONE, MATTEO: *Istituzioni di diritto romano*, Palermo: Palumbo 2006³, 125.

³⁰¹ PÓLAY: *A római jogászok*, 96.

³⁰² GUARINO, ANTONIO: *Diritto privato romano*, Napoli: Jovene 2001¹², 371. GUARINO szerint a *contra bonos mores* klauzula először a *princeps*ek által kiadott jogforrásokban jelent meg, a jogtudósok csak ennek hatására tették tudományos vizsgálat tárgyává. A szerző ezen álláspontja a később ismertetett források fényében pontosításra szorul.

³⁰³ PÓLAY: *Iniuria*, 6 és 76. PUGLIESE úgy vélte, hogy a tizenkét táblás törvényben a *membra ruptio* és az *ossis fractio* nem az *iniuria* egyes fajtái, hanem önálló *delictumok* voltak, és csak jóval később olvadtak össze. Ld. PUGLIESE, GIOVANNI: *Studi sull' 'iniuria'*, Milano: Giuffrè 1941, 5.

³⁰⁴ Ulp. D. 47, 10, 15, 2; Ulp. D. 47, 10, 15, 35.

³⁰⁵ VOCI, PASQUALE: *Istituzioni di diritto romano*, Milano: Giuffrè 1954³, 185, már egyértelműen kontraktuális és extrakontraktuális dimenziókat különböztetett meg a jogellenesség értelemben felfogott *iniuria* kifejezésben.

³⁰⁶ Gai. 3, 157.

*Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*³⁰⁷

A kései klasszikus korszakban, talán az *iniuria* tényállásának általánossá válása következtében a *contra bonos mores* klauzula is, egy a későbbiekben részletesen elemzett folyamat során, generális jellegűvé vált.³⁰⁸ Az egyes császári rendeletek általános jelleggel érvénytelenítették a jó erkölcsbe ütköző *pactumokat*,³⁰⁹ a jogtudósi irodalomban pedig kiteljesedett az erkölcstelen *condiciók* tana.³¹⁰

A posztklasszikus korban tulajdonképpen kialakult a ma is domináns séma: az erkölcsi szabályok csupán kiegészítő jelleggel, közvetítő utakon (például a jó erkölcsökre vonatkozó generális klauzula segítségével) érvényesülhettek az állami kényszerapparátusok keretében. Ebben az időszakban az erkölcsi szabály normatív erejét már nem önmagából, hanem egy jogi normával való tartalmi megegyezőségéből, azaz jogszerűségéből nyerte.

Jól látható, hogy a klauzula fejlődése több ponton érinti az *iniuria* kérdéskörét is. A két fogalom együttes vizsgálata révén arra az eddig szakirodalomban kevésbé előtérbe került jelenségre kívánunk rávilágítani, hogy a két fogalom, a *contra bonos mores* és az *iniuria* között messzemenő történeti-fejlődésbeli párhuzamok és figyelemreméltó dogmatikai kölcsönhatások figyelhetők meg.

A *contra bonos mores* klauzulával foglalkozó szakirodalomból kevésbé tűnik ki a klauzula kontinuitással és diszkontinuitással egyaránt jellemezhető fejlődési folyamata. Ezt az eléggé elterjedt, ahistorikus szemléletmódot erősíti az a tény is, hogy a *contra bonos mores* jogügyleteket, nyilván a pandektisztika nem elhanyagolható befolyása következtében, több esetben modern dogmatikai szempontok alapján rendszerezték és tárgyalták.³¹¹ SIBER például a jogügyleti szabadság korlátozásának témakörében a modern jogi dogmatika elveinek figyelembevételével három alcsoportot alakított ki,³¹² a *stipulatiók*, a *bonae fidei iudiciumok* és a *pactumok* csoportját. Ezzel a felfogással szakítva MAYER-MALY nem dogmatikai, hanem tartalmi szempontok alapján kísérelte meg a római jogban előforduló sokféle jó erkölcsbe ütköző jogügylet rendszerezését. A közelmúltban elhunyt osztrák jogtudós a *boni mores*

³⁰⁷ Iul. D. 45, 1, 61.

³⁰⁸ PÓLAY: *Iniuria*, 75.

³⁰⁹ Ant. C. 2, 3, 6.

³¹⁰ Marci. D. 28, 7, 14

³¹¹ Például GUARINO a *contra bonos mores* klauzulákról a jogügyleti *causák* kapcsán értekeznek. Ld. GUARINO: *id. m.* 371. BURDESE szintén a jogügyleti tan ismertetése során, az érvénytelenségi okok között tárgyalja a „*negozio contrario ai buoni costumi*”-t. BURDESE, ALBERTO: *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1983, 247. Hasonlóképp BETTI, EMILIO: *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 1994², 372.

³¹² SIBER, HEINRICH: Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen, in: *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano: Fratelli Treves 1930, 106.

három jogilag releváns területét különítette el. Az első kategóriát az *iniuria* és ezzel összefüggésen a *vis ac metus*, a másodikat a szerződési szabadság korlátozása,³¹³ a harmadikat pedig a családi viszonyok képezik.³¹⁴ Felosztásának gyengéje, hogy az egyes kategóriák nem egységes rendszertani szempont alapján különülnek el, másrésztől a jelenséget meglehetősen statikusan ragadja meg. Jelen elemzés ezzel szemben a változásokat szerves folyamatként bemutatva kíván közelíteni a problémához.

A modern dogmatikai sémák használatához hasonló veszélyforrást jelent az, amikor a társadalmi fejlődés későbbi időszakában az erkölcsösség—erkölcstelenség adott bináris kódjából kiindulva értékeli a tárgyra vonatkozó antik fragmentumokat. Számos szerző használja az erkölcs, szokásjog és jog modern, letisztult fogalmait ilyen értelemzavaró módon és tesz emiatt anakronisztikus megállapításokat.³¹⁵ Szemléletes példát nyújt erre a kamatszédés szabályozásának története. Kr. e. 342-ben a kétes történelmi hitelű *lex Genucia de feneratione* tiltották meg a kamatok szedését kölcsön esetében.³¹⁶ A törvény meghozatalára a néptribunus javaslatára, *plebiscitum*mal került sor. Később, a iustinianusi korban, a kamat mértéke *bonae fidei iudiciumok* esetében a helyi szokásoktól (*ex more regionis*)³¹⁷ és a törvényi előírásoktól függött,³¹⁸ a keresztény korban pedig erkölcsi színezetet nyert.³¹⁹ A kamatszédési tilalom korai történetének elsődlegesen erkölcsi szempontok alapján történő magyarázatára azonban a szokás és az erkölcs terminológiai hasonlósága (mindkettőt jelölheti a *mos* szó) nem nyújt elegendő tudományos alapot.

A jó erkölcsök vonatkozásában e fenti nehézséget TRABUCCHI szerint DOMAT tevékenységének köszönhetjük, aki a jog és a keresztény erkölcs hatékonyabb szintézisét a tiltott *causák* koncepciójának bevezetésével kívánta elérni. A keresztény morál alapelvei ekképp írhatták fölül a jog normáit és tehettek semmissé bizonyos jogügyleteket.³²⁰ Ettől kezdve a jó erkölcsök többnyire a jogügyleti tanban, a feltételek kapcsán kerültek tudományos

³¹³ A szerződési szabadság, illetőleg a privátautónia korlátozásának szempontját az erkölcstelen ügyletek tilalma révén megerősíti HAMZA GÁBOR: *Jogösszehasonlítás és antik jogrendszerek*, Budapest: KJK 1998, 198—199.

³¹⁴ MAYER-MALY, THEO: *Contra bonos mores*, in: *Juris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien—Köln—Graz: Böhlau 1986, 154.

³¹⁵ Például „*Exceptio doli*’ e *bona fides*’ stanno sul piano etico.” Ld. BIONDI, BIONDO: *Il diritto romano*, Bologna: Licinio Cappelli Editore 1957, 191 (a továbbiakban BIONDI: *DR*) vagy az újabb irodalomból DALLA, DANILO—LAMBERTINI, RENZO: *Istituzioni di diritto romano*, Torino: G. Giappichelli Editore 2006³, 13.

³¹⁶ KASER: *RP*, I, 168¹⁸.

³¹⁷ Pap. D. 22, 1, 1 pr.

³¹⁸ CERAMI, PIETRO—PETRUCCI, ALDO: *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino: G. Giappichelli Editore 2002, 140.

³¹⁹ Ld. ROTONDI, GIOVANNI: *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull’attività legislativa dei comizi romani*, Milano: Società Editrice Libreria 1912, 226.

³²⁰ TRABUCCHI, ALBERTO: *Buon costume*, in: CALASSO, FRANCESCO (ed.): *Enciclopedia del diritto V*, Milano: Giuffrè 1959, 702.

igényű értékelésre. Ez azonban a kérdéskörnek már egy későbbi, újkori története, amely külön vizsgálódást érdemel.

A fent jelzett veszélyek elkerülése érdekében az erkölcsi jellegű normák fejlődésükben, a releváns jogforrások elemzése útján kerülnek bemutatásra. Az anakronizmus csapdáját, azaz morális ítéletek múltba történő visszavetítését pedig azáltal kerüljük el, hogy nem tartalmi alapon keressük a jó erkölccsel összefüggésbe hozható eseteket, hanem formális módon, a *contra bonos mores* illetve *boni mores* kifejezések konkrét megjelenéseire korlátozva végezzük a kutatást.

IV.2 Rövid alapvetés: a *ius*, *fas*, *mos* normarendszerek kapcsolatára vonatkozó legújabb kori elméletek

Az egész további vizsgálódás szempontjából hasznos, ha röviden áttekintjük az erkölcsi, vallási és jogi jellegű szabályozórendszerek kapcsolatáról kialakított legújabb kori elméleteket. Mint látni fogjuk, írott források hiányában egyik elmélet sem léphet fel a bizonyosság igényével. Az erkölcs, vallás és jog kezdeti, ősi viszonyát megfejteni ma lehetetlen feladatnak tűnik, de nem sokkal könnyebb a helyzet a klasszikus kori fragmentumok esetében sem. Mindez azzal az ismert következménnyel jár, hogy mai viszonyokról sem alkothatunk magunknak teljes mértékben tiszta képet.

JHERING a *ius* és a *fas* dualizmusát meghatározó jelentőségűnek tartotta az emberi öntudat kifejlődése szempontjából.³²¹ A *ius*-t nyugati eredetűnek, progresszívnek, a *fas*-t a kelet termékének, statikusnak értékelte. Felhívta a figyelmet, hogy a *ius* a *fas* kategóriáit és struktúráit felhasználva fejlődött. Ez tükröződik abban a hasonlóságban is, amely Gaius institúció-rendszere és Varro a *res divinae*re vonatkozó négy kategóriája között fennáll. A *de hominibus* a *personae*-val, a *de locis* a *res*-szel, a *de temporibus* és a *de sacris* pedig az *actiones*-szel állítható párhuzamba.³²² JHERING úgy vélte, a *fas* a magánjogban kevésbé, többnyire a családi viszonyokban jutott szerephez. Itt is csupán akkor, ha a kérdéses cselekedet érintette a családi istentiszteletet, a *sacrát*. Így az *arrogatio*, a családfő halála, végrendelet készítése, a temetés eseteiben igen, de nem például az *adoptio* során.

Az elmúlt század húszas éveiben HÄGERSTRÖM egyes szakrális cselekmények, az *auspiciumok* „közjogi” hatásait vizsgálta. Véleménye szerint a madárjósok által emelt

³²¹ JHERING, RUDOLF VON: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig: Breitkopf & Härtel 1924⁸, 267.

³²² JHERING: *id. m.* 268.

szakrális „vétó” következtében a magisztrátus megválasztása³²³ vagy egyes döntései érvényüket veszíthették, a világi és szakrális szféra alá-fölérendeltségi viszonyban álltak egymással. A *non iure* kifejezés azt jelezte, hogy a választás hibásan (*vitio*) folyt le. Nem tette világossá azonban, hogy a *non iure* a világi vagy a vallási szférára vonatkozik-e. A közjogi és magánjogi területeket annyiban kapcsolta össze, hogy az égi jelek ellenére megválasztott magisztrátust birtokosnak titulálta.³²⁴ A *ius* és *fas* fogalmait az alábbi, eléggé késői, Aulus Gellius-tól (Kr.u.125?-180?) származó hely alapján szinonimának tartotta:

*Sacerdotem Vestalem, quae sacra faciat, quae ius siet sacerdotem Vestalem facere pro populo Romano Quiritibus, uti quae optima lege fuit, ita te, Amata, capio.*³²⁵

Elmélete ellen szól, hogy Gellius a *pontifex maximus* által használt szakrális szavakat Fabius Pictor első könyvéből vette, mert már számára sem állt rendelkezésre a használt szavak tekintetében hiteles, ősi forrás.³²⁶ A Vesta-szüzzé avatás aktusa egyébként valóban számos, jogi jellegű következménnyel is járt. Az avatás következtében a szűz *emancipatio* és *capitis deminutio* nélkül került ki apja hatalma alól, aktív végrendeleti képessége megszűnt. A *pontifex* kézrátétellel (*manu presa*) úgy ragadta ki (*capio*) a leányt az atya hatalma alól, mintha az háborúban (*bello capta*)³²⁷ esett volna hadifogságba.³²⁸ A *capio* kifejezés Gellius szerint általános volt az egyházi személyek kiválasztásánál.³²⁹

Figyelemreméltó azonban, hogy Gellius a szertartás leírására a „*de more autem rituque*”³³⁰ kifejezést használta. E szófordulatból arra következtethetünk, hogy Gellius számára a *mos* több volt a rituális szabályok összességénél, és talán az aktus vegyes jellegű (részben jogi) következményeire utalhatott. A jogtudós Labeo a szüzek vagyoni jogi jogképességének bizonyos aspektusait már egyértelműen jogi, normatív módon közelítette meg a tizenkét táblás törvényhez írt kommentárjában:

³²³ HÄGERSTROM, AXEL: *Das magistratische Ius in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte*, Uppsala: Almqvist & Wiksell 1929, 5.

³²⁴ HÄGERSTRÖM: *id. m.* 19. Nézeteit erősen kritizálta KUNKEL a műről írt recenziójában. Ld. ZSS (Rom. Abt.) 49 (1929) 479skk, valamint BECK, ALEXANDER: *Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Rechts*, in: *Festschrift Paul Koschaker*, I, Weimar: Böhlau 1939, 1—2. A mágiát nem a vallás, hanem a természettudományos világnézet kezdetének tartotta FRAZER, JAMES: *Golden Bough. A Study of Magic and Religion*. Oxford: University Press 1994, 220skk.

³²⁵ Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, 1, 12, 14.

³²⁶ Gellius, 1, 12, 11.

³²⁷ Gellius, 1, 12, 14.

³²⁸ A katonaságra történő utalás további jogi-vallási színezetű asszociációkat generálhat. Elég, ha a *ius gentium*ra, vagy a *ensorok* összetett katonai, erkölcsi és vallásos feladatkörére gondolunk. A *ensorok* feladata volt például a *lustrum* összeállításakor a fegyverzet és a harci lovak ellenőrzése is. Ld. Gellius 4, 20, 11. Erről bővebben KÜBLER: *id. m.* 91.

³²⁹ Gellius, 1, 12, 15—17.

³³⁰ Gellius, 1, 12, 11.

*Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona eius in publicum redigi aiunt. Id quo iure fiat, quaeritur.*³³¹

HÄGERSTRÖM szerint a *ius* az ember által befolyásolható életteret jelentette, amelytől az isteni beavatkozás rituálék, szakrális szavak elmondása révén távol tartható, a *fas* ezzel szemben az ember által megváltozhatatlant, a *fatumot* jelölte.³³² Számunkra lényeges következtetése, hogy véleménye szerint az isten és ember közötti kapcsolat a rómaiaknál nem a belső tudati tartalomtól, morális ítélettől, hanem a külső, objektív történéstől függött.³³³ Ennek automatikus mechanizmusa abban is megnyilvánult, hogy az engesztelő áldozatot akár előre is be lehetett mutatni.

KASER szerint a *ius* és a *mos* a tizenkét táblás törvény óta egymástól szigorúan elválasztott területek: a római jogtudományban a jogon kívüli normák, mint például az erkölcsök nem képezik vizsgálat tárgyát.³³⁴ A magisztrátusi hatásköri megosztás értelmében *ius* és *mos* önállóan, egymás mellett, párhuzamosan léteztek. Ennek megfelelően a *ius*, és az *iniuria* a profán szabályozási terület alá tartozó fogalmak voltak,³³⁵ az isteni szféra csak a vitatott jogosultságról szóló eskü révén, az istenítélethez hasonlatos „per” következtében vált döntő tényezővé. A „*nefas*” alatt nem minden jogellenes cselekvést, csak a különösen súlyos eseteket kellene értenünk.³³⁶ Ha egy cselekmény a *ius* és *fas* szabályainak egyaránt megfelelt, teljesen harmóniában állt a joggal. Fejtegetéseiből nem világos, miért volt akkor szükség mindkét fogalom használatára.

A normarendszerek éppen ellenkező irányú fejlődését tartotta valószínűnek ORESTANO.³³⁷ Véleménye szerint a *ius* volt a mindent átfogó, komplex fogalom. Csak később társult ehhez a kifejezéshez a *fas*, amelyet ragozhatatlansága miatt később ismét elhagytak.³³⁸ A *fas est* és a *ius est* egy cselekmény megengedettségére utalt,³³⁹ a *ius divinumot* és a *ius humanumot* a „magánjognak” rendelte alá. Megközelítésében a *ius divinum* és a *fas* nem azonos fogalmak,

³³¹ Gellius, 1, 12, 18.

³³² HÄGERSTRÖM: *id. m.* 32.

³³³ HÄGERSTRÖM: *id. m.* 80.

³³⁴ SCHULZ, FRITZ: *Prinzipien des römischen Rechts*, München—Leipzig: Duncker & Humblot 1934

(unveränderter Nachdruck bei Berlin: Duncker & Humblot, Berlin 2003), 14skk; KASER, MAX: *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, Tübingen: Mohr 1939, 13skk; UŐ: ZSS (Rom. Abt.) 58 (1938), 66skk; UŐ: *RP*, I, 62.

³³⁵ KASER, MAX: *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1949 (a továbbiakban: *Ius*), 13, 24, és 28.

³³⁶ KASER: *Das altrömische ius*, 30. E felfogásban logikai buktatót vélt felfedezni HAUG: *id. m.* 19.

³³⁷ ORESTANO, RICCARDO: *Dal 'ius' al 'fas'*, *BIDR* 46 (1939), 194skk.

³³⁸ ORESTANO: *id. m.* 259. HAUG szerint a *fas* elmaradásának az volt az oka, hogy a *fas* által lefedett terület veszített jelentőségéből. Ld. HAUG: *id. m.* 22.

³³⁹ ORESTANO: *id. m.* 236.

különböző joganyagokat fedtek le.³⁴⁰ A két fogalom érintkezése szerinte csak a későbbi forrásokban mutatható ki.³⁴¹

A római vallástörténettel magisztrálisan foglalkozó LATTE nézetei³⁴² jelentős hatást gyakoroltak a jogtörténészekre is. Szerinte a rómaiak rendkívül élesen különbséget tettek az isteni és az emberi szféra között,³⁴³ a *sacrum* és a *fas* pedig ellentétes fogalmak: a *sacrum* az istenek profán területtől teljesen elzárt világát jelölte, a *fas* pedig az emberi cselekedet vallási aggálytalanságára utalt,³⁴⁴ és nem állt közvetlen kapcsolatban a szakrális szférával.

VAN DEN BRINK a *ius* és *fas* kettősségét faji különbségre vezette vissza, a *fast* latin, a *iust* szabin eredetűnek tartotta.³⁴⁵ Szerinte a *fas* inkább vallási jellegű, a kozmikus világrendnek megfelelő rend, a *ius* pedig a konkrét esetre irányuló világi norma volt.

BEHRENDTS szerint a *ius* a szakrális szféra egy negatív koncipiált fogalma³⁴⁶, amennyiben az istenek által az emberi akarat számára átengedett, beavatkozásuktól mentes területet jelölte ki. A két szféra közötti választóvonalat ezen eredeti, nagy képzelőerővel rendelkező szerző a *religio* kifejezés segítségével találta meg. *Religiótól* mentesnek azt a cselekményt tartotta, amely nem váltotta ki az istenek rosszindulatú beavatkozását. Az ősi római *ius dicere* a *religio*-mentes út megtalálásának eszköze volt,³⁴⁷ a vallási és profán szféra egységének feltétele.³⁴⁸ Meglátása szerint kezdetben a vallási *ius*-fogalom és a *ius civile* egyenértékű fogalmak voltak,³⁴⁹ a *fas* kifejezés pedig csak a kalendáriummal kapcsolatban bírt jelentőséggel, így tagadta általános, normatív szabály szerepét. BEHRENDTS szerint a jogalkalmazás és a vallásgyakorlás egysége az utóbbi háttérbe kerülésével fokozatosan felbomlott, és lehetőséget adott a világi, normatív *ius*-fogalom és joggyakorlat kialakulására.

WIEACKER értelmezésében a *ius* és a *fas* eredetileg különböző gyökerű fogalmak, a köztük lévő különbség azonban fokozatosan eltűnt. A *ius* egy dolog vagy személy felett rendelkezési jogosultságra utalt, a *fas* pedig egy konkrét cselekmény vagy állapot kultikus helyességét

³⁴⁰ ORESTANO: *id. m.* 199.

³⁴¹ KASER: *RP*, I, 29.

³⁴² LATTE, KURT: *Römische Religionsgeschichte*, München: Beck 1960, 38.

³⁴³ LATTE: *id. m.* 39.

³⁴⁴ LATTE: *id. m.* 38. LATTE ezen nézetét fogadja el a magyar irodalomban KOMÁROMI LÁSZLÓ: *Elemente religiöser und moralischer Normensysteme in den Werken klassischer römischer Juristen* (kézirat), 2.

³⁴⁵ BRINK, HERMAN VAN DEN: *Ius fasque. Opmerkingen over de dualiteit van het archaisch-romeins Recht*, Amsterdam: Hakkert 1968, 31. Ezzel szemben ld. KASER: *RP*, I, 29⁴, valamint HAUG: *id. m.* 30.

³⁴⁶ BEHRENDTS, OKKO: „Ius“ und „ius civile“. Untersuchungen zur Herkunft des „ius“-Begriffs im römischen Zivilrecht, in: LIEBS, DETLEF (Hrsg.): *Symptica Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1970, 11.

³⁴⁷ BEHRENDTS: *id. m.* 26. A római *religio* jelentése nem teljesen azonos a modern korban ismert „vallás”-éval.

Ld. KERÉNYI KÁROLY: *Halhatatlanság és Apollón-vallás. Ókortudományi tanulmányok 1918—1943*, Budapest: Magvető 1984, 65—74.

³⁴⁸ A görög vallásos tapasztalatot hasonlóképpen a természeti és nem a természetfeletti világba helyezte el KERÉNYI: *id. m.* 333.

³⁴⁹ BEHRENDTS: *id. m.* 25.

fejezte ki. Később a *fas* tiszta erkölcsi parancssá változott, majd később, mikor a *ius* jelentése kibővült, és már általános megengedettséget jelölt, a fogalmak ismét összeolvadtak. Ezt támasztja alá szerinte a *ius fasque* szóösszetétel is.³⁵⁰

VON LÜBTOW ezzel szemben a *ius* és a *fas* kezdeti egységét vallotta.³⁵¹ Véleménye szerint eredetileg csak a *fas* normái léteztek, amelyek különféle jogi, vallási és erkölcsi jellegű szabályokat foglaltak magukba. A *fas* egyébként isten szava, amelynek magyarázata a *pontifices*re tartozott, akik a *fatumra* történő hivatkozással döntő módon befolyásolták a római állam döntéseit. A *mos* szerinte nem volt közvetlen jogforrás, legfeljebb alkalmat adott jogszabályok alkotására.³⁵² A rómaiak *mos maiorumra* csak azokban az esetekben hivatkoztak, amikor egy adott normát nem tudtak más, ismert jogforrásra visszavezetni, és úgy tűnt, hogy az a jogászai tevékenységtől függetlenül alakult ki. Később a *mos* a *ius* immanens elemévé vált.³⁵³

HAUG kritikája szerint egyik fenti nézet sem meggyőző önmagában. Szerinte a *ius* és a *fas* fogalmainak kapcsolatát megnyugtatóan eddig senki sem tisztázta, leginkább LATTE nézetét, illetve WIEACKER a fogalmak jelentésfejlődésére vonatkozó álláspontját fogadta el.³⁵⁴ Véleménye szerint a *fas* egy a joginál magasabb rendű „jogrendet” jelentett, a végső döntés ezen a szinten fogalmazódott meg.³⁵⁵ A civiljogilag konzekvens, de nem kívánt következményeket ezen az úton lehetett megakadályozni. Ez a „vallási jog” egy mindent átfogó generális klauzula szerepét játszotta, általános funkciója pedig a méltányosság érvényre juttatása volt. A *fas* és *nefas* pedig a méltánytalan döntések meghozatalának eszközei voltak.³⁵⁶ Az alábbi Ulpianus-idézet fényében véleményét a késő klasszikus kor tekintetében elfogadhatjuk:

Videamus, inter quos sunt prohibita donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne

³⁵⁰ WIEACKER, FRANZ: *Römische Rechtsgeschichte*, I, München: Beck 1988, 275sk.

³⁵¹ LÜBTOW, ULRICH VON: *De iustitia et iure*, in: LÜBTOW, ULRICH VON: *Gesammelte Schriften I, Römisches Recht*, Rheinfelden—Freiburg—Berlin: Schäuble, Rheinfelden u.a. 1989, 559skk.

³⁵² LÜBTOW: *id. m.* 79.

³⁵³ LÜBTOW: *id. m.* 79.

³⁵⁴ HAUG: *id. m.* 34.

³⁵⁵ HAUG: *id. m.* 150.

³⁵⁶ HAUG: *id. m.* 151.

*melior sit condicio eorum, qui delinquerunt. Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.*³⁵⁷

Mint tudjuk, bizonyos normatív tilalmak ellenére létrejött életközösség nem számít házasságnak. Mivel nincs házasság, a felek közötti ajándékozás sem tiltott a *ius civile* értelmében. Azonban az ilyen ajándékozások is érvénytelenek, amint azt Severus császár Pontius Paulinus szenátor *libertinájának* ügyében leszögezte. A példa szerint egy szenátor nem házassági szándékkal (*non ... affectione uxoris*) tartott fenn viszonyt, így az ajándékozás érvényes lehetne. Azonban az ajándékozó cselekmény *fas non est*. A minősítés a Kr. u. 3 század elejéről származik, így valószínűleg nem az isteni renddel való szembenállást kell érteni alatta, sokkal inkább egy jogilag ugyan nem tiltott, mégsem méltányolható cselekmény tilalmának hivatkozási alapját képezte. A döntés hátterében egyrészt nyilvánvalóan a társadalmi elit vagyonának az alacsonyabb osztályokból származó szeretőkkel szembeni védelme,³⁵⁸ másrészt a provinciabeli elit és a helyi rétegek összeolvadásának megakadályozása állt. A fragmentumban a hármas normarendszer másik két tagjának, a *ius*-nak (*legibus*) és a *mores*-nak viszonyát is elemezhetjük. A *leges* és a *mores* egybefonódása (*moribus legibusque*) házassági kontextusnak köszönhető. Lehetséges, hogy Ulpianus, Modestinus későbbi híres meghatározásához³⁵⁹ hasonlóan, ezzel akarta kifejezni a *matrimonium* emberi és isteni jog szerinti kettősségét, így a *moribus legibusque* itt egy vegyes, világi és vallási normákkal egyaránt szabályozott területre utal.

Összefoglalóan kijelenthető, hogy a jogi, erkölcsi és vallási normaterületek egymásra hatására vonatkozó modern szakirodalom nem ad egyértelmű, végleges megoldást a vizsgált problémára. A meggyőző magyarázat hiánya esetén a sikertelenség okainak világos meghatározása is támpontokat adhat a további kutatás számára. A modern szerzők hiába veszik figyelembe a vizsgált normaterületek időbeli és anyagbeli relativitását, azaz a szabályozórendszerek társadalmi kontextusba ágyazottságát, ha eközben a háttérben, implicit módon mégis a jog, az erkölcs és a vallás egy többé-kevésbé *a priori* és konstans fogalmával dolgoznak. E probléma megoldható, ha a jog fogalmát *per definitionem* dinamikus alapokra helyezzük. Azaz, GUARINO nyomán, a jogot az állami szabályozás azon részének fogjuk fel, amely egy meghatározott időben és egy adott helyen a *communis opinio* jognak fogad el.³⁶⁰ Természetesen ez a meghatározás formállogikai értelemben nem minősül definíciónak. Nagy előnye mégis abban áll, hogy a jogot egy állandóan változó, történelmi jelenségnek fogja fel,

³⁵⁷ Ulp. D. 24, 1, 3, 1

³⁵⁸ PÓLAY ELEMÉR: *A censori regimen morum és az ún. házi bíráskodás*, AUSz, 12/4 (1965), 3.

³⁵⁹ Mod. D. 23, 2, 1

³⁶⁰ GUARINO, ANTONIO: *Profilo del diritto romano*, Napoli: Jovene 1994⁸, 10.

amely szorosan kötődik az adott társadalmi szituációhoz, az azt alakító fizikai, gazdasági, morális és spirituális erőkhez. Ennek megfelelően a tényezők egyedi vagy együttes változása a jogot nem csupán tartalmilag érinti, de megváltoztatja magát a jog definícióját, azaz a társadalom jogról alkotott elképzelését is. A jog egy ilyen, állandóan változó definíciója lehetővé teszi, hogy egy adott korban érvényesülő társadalmi szabályozóerőket önértéküknek megfelelően és ne egy anakronisztikus, modern elképzeléshez viszonyítva szemléljük. Ennek megfelelően a következőkben arra teszünk kísérletet, hogy az erkölcsi jellegű normák egyneműnek felfogható korszakait meghatározzuk Róma ókori történelmében.

IV.3 Az erkölcsi jellegű normák fejlődéseinek korszakai

A római jog antik forrásaiban szereplő, valamilyen értelemben az erkölcsi értékekre vonatkozó utalások vizsgálata során eltérő jellemzőkkel bíró korszakok határolhatóak el. E fejlődés egyes állomásai, ha nem is követik pontosan, mégis sok hasonlóságot mutatnak a római jog általános fejlődési szakaszaival.³⁶¹ A társadalmi tényezők meghatározó szerepe miatt az elemzést ontologikus alapon, azaz az egyes meghatározó hatalmi, „közjogi” tényezők normaalkotó munkáját követve célszerű elvégezni. A fejlődés áttekintése során történetileg, *in statu nascendi* válnak érzékelhetővé azok a problémák, amelyek a jog és erkölcs viszonyát mindmáig meghatározzák. Az így megállapított korszakhatárok nem jelentenek merev, megváltoztathatatlan cezúrákat, csupán a megismerés és a probléma könnyebb megértésének eszközei.

A fentiek figyelembevételével az erkölcsi normák ókori, római fejlődéstörténetét öt nagy korszakra célszerű bontani. Az első a *gens*, illetve a *paterfamilias* erkölcsfelügyeletének időszaka, amely meghatározó maradt nagyjából a Kr. e. 5. század közepéig. A következő nagy korszak a *censori* tisztség virágkorához köthető, amely annak felállításától (Kr. e. 443-tól) a Kr. e. 2. századig tartott.³⁶² Ezután az erkölcsfelügyelet több *edictum* révén részben praetori *iurisdictio* alá került. A principátus időszakában és később, egészen Constantinus császár uralkodásáig már jellegében más, jogpolitikai indíttatású, erőteljesen központosított

³⁶¹ A fejlődés irányával kapcsolatban PLESCIA, JOSEPH: *The Development of the Doctrine of 'Boni Mores' in Roman Law*, RIDA 34 (1987), 268, a *ius publicum ius privatum*ba történő fokozatos inváziójáról ír. A szerző meglehetősen leegyszerűsítve, az erkölcsiség modern értelemben vett közjogi, emberi jogi aspektusaira fókuszálva mutatja be a *boni mores* fejlődését. Álláspontjával szemben úgy vélem, ebben az összefüggésben a *ius praetorium* és a *ius privatum* kategóriái nem szerencsés azonosítani, és ennek megfelelően helyesebb volna általában a *ius* inváziójáról beszélni a *mos* irányába.

³⁶² A *censori* tisztség történeti felődéséhez ld. EL BEHEIRI: *Die römische Zensur*, 51.

uralkodói erkölcsfelügyelettel találkozunk. A Kr. u. 4. századtól kezdődő utolsó, részben keresztény hatások alatt álló korszakot a iustinianusi kodifikáció zárja le.

A folyamatot a normakomplexumon belüli hangsúlyeltolódásokkal is lehet szemléltetni. Az első korszakot a *ius*, *fas*, *mos* kategóriáinak egymástól nehezen elválasztható együttállása jellemzi. A második korszakban a *ius* és *mos* kategória szétválni látszanak, elsősorban a kétféle intézményi rendszer (*censura*, *praetura*) kialakulása következtében. Ezt követően a *ius* megkezdte terjeszkedését a *mos* irányába,³⁶³ a praetor a társadalmi együttélés addig „erkölcsi” szabályozása alá eső területeket vont be a *ius* hatókörébe.³⁶⁴ E folyamat következményeképpen az utolsó két korszakban *mos* tulajdonképpen a *ius* egy részét képezte, annak forrásai között került feltüntetésre. Az utolsó, „keresztény” korszakban pedig újra a keresztény *mos* értelmezi át a *ius* egyes normáit, és nyer vissza fokozatosan jelentős, korábban elvesztett szabályozási területeket.

IV.3.1 Archaikus viszonyok

Az első korszak tehát nagyjából a római jog archaikus korszakának kezdetére esik, a még kialakulatlan, egymástól nehezen elválasztható jogi, erkölcsi és vallási jellegű normák, a *ius*,³⁶⁵ a *mos*³⁶⁶ és a *fas* együttes érvényesülésének sokat vitatott időszakára.³⁶⁷ E ZLINSZKY által, kettős, hármas tradíciónak nevezett állapot töb társadalmi intézményben is egyértelműen

³⁶³ ZLINSZKY JÁNOS: *Állam és jog az ősi Rómában*, Budapest: Akadémiai 1997, 116.

³⁶⁴ E kijelentést erősíti RICCOBONO, SALVATORE: *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano, II*, Milano: Giuffrè 1933—34, 302. azon nézete, amely szerint a köztársasági kor végére már több állami szerv látta el a jogfejlesztés funkcióját, és a *mos* szerepe fokozatosan elhalványult.

³⁶⁵ A *ius* ősrégi jellegét, és vallási ritualékkal való összefüggését látszik bizonyítani, hogy a szó etimológiailag a ’üdvös’ jelentésű ósindiai, védikus *yōh*-ból, és az óiráni *yaož-dadaiti*-ből eredeztethető. A vonatkozó szakirodalomra nézve ld. BEHREND: *id. m.* 12⁶ valamint WIEACKER, FRANZ: *Römische Rechtsgeschichte*, I, München: Beck 236skk. BECK: *id. m.* 10, szerint nem a jog volt vallásos színezetű, hanem épp fordítva, a vallás volt jogilag meghatározott. E szerző nem fejt ki azonban világosan, pontosan mit ért a jog, a vallás és a mágia fogalmai alatt.

³⁶⁶ Témánk szempontjából is érdekes a *mos* és a *nomos* fogalmainak elhatárolása. Az utóbbi enm képezett rendszert, hanem fragmentáris szabályok halmazának tekinthető. Ld. HAMZA: *Jogösszehasonlítás*, 125.

³⁶⁷ ORESTANO, RICCARDO: *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, BIDR 46 (1939), 195—196. forráskutatásai szerint a *ius* és a *fas* egyaránt a vallási alapelveknek való megfelelést jelentette. Ezt a nézetet erősíti meg BEHREND: *id. m.* 14skk. is, aki a *ius*-t a *fas*-nál átfogóbb, alapvetően vallásos fogalomnak tartja, amelynek az a funkciója, hogy az isteni hatalmak beavatkozásától szabad teret biztosítson az emberi cselekmények számára. *Iustus*-nak az isteni rendnek megfelelő, a zavarmentes, *religio*-mentes állapotot tartja. LATTE, KURT: *Religiöse Begriffe im frühromischen Recht*, ZSS (Rom. Abt.) 67 (1950), 47skk. vallástörténeti kutatásaiban egyedül a *fas* vallási jellegét emelte ki. KASER: *Das altrömische ius*, 13, pedig, noha átveszi ORESTANO exegetikus eredményeit, a *ius* fogalmát a felek privát jogvitájából vezeti le. Ld.. Döntő ellenérvekkel szolgál nézetével szemben már WIEACKER, ZSS (Rom. Abt.) 67 (1950), 538. A társadalmi lét szükség szerű, minden korszakra igaz velejárójának tartja BERMAN, HAROLD: *The Interaction of Law and Religion*, Cambridge 1974, 49, a profétikus, misztikus vallásosság és a strukturális és racionális jog közötti dinamikus feszültséget. A normák archaikus kori rétegződéséről ld. ZLINSZKY JÁNOS: *Római büntetőjog*, Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 1991, 20—22.

tükröződik.³⁶⁸ A korszakot a *boni mores*-szal kapcsolatos, írott jogi források hiánya jellemzi. Kezdetben a *gentiles* hatalmi túlsúlya,³⁶⁹ a *paterfamilias* és a *familia* szilárd pozíciói voltak dominánsak, az állami és a házi kultusz egységet alkotott.³⁷⁰ A nagycsaládok hegemoniáját később társadalomszervezeti szempontból a kialakuló új, állami közhatalom, vallási szempontból pedig a megerősödő speciális vallási testületek (*collegiumok*) törték meg. A társadalom etnikailag és ezzel szoros összefüggésben vagyoniilag is erősen megosztott volt, ennek köszönhetően máig nem megnyugtatóan tisztázott kérdés például, milyen szerepet játszottak az etruszkok a római vallás,³⁷¹ így a *fas* normáinak kialakulásában.³⁷²

A *mos* és a *fas* kifejezések kezdeti, közös vallási gyökereit számos, későbbi korból származó forrás³⁷³ támasztja alá. Ezek közül valószínűleg a legkorábbi egy a Kr. e. 3. századi, az idősebb Catótól származó, valószínűleg a *libri pontificales*ből átvett³⁷⁴ formula, amelyet a vallási célokra kiszemelt helyszínek felszentelésekor használtak. A tárgyalt időszaktól még „csupán” néhány száz évnnyire élt Cato az egyértelműen vallási jellegű aktusra a *mos* szó ragozott alakjával utalt vissza: „*Lucum conlucare Romano more sic oportet.*”³⁷⁵

Úgy tűnik, hogy e két normafajta (a *fas* és a *mos*) szoros összefüggésben állt a korabeli társadalom alapvetően nagycsaládi szerkezetével. A *paterfamilias* hatalmi pozíciója

³⁶⁸ ZLINSZKY: *Állam*, 42.

³⁶⁹ A nemzetség erkölcsi felügyeletének jelentőségét tanúsítja a következő Livius szöveghely: *adiectae mortuo notae sunt: publica una, quod, cum domus eius fuisset ubi nunc aedes atque officina Monetae est, latum ad populum est ne quis patricius in arce aut Capitolio habitaret; gentilicia altera, quod gentis Manliae decreto cautum est, ne quis deinde M. Manlius vocaretur.* Livius, 6, 20. Ld. JHERING: *Geist*, I, 193⁸⁶. Ld. továbbá SCHMÄHLING: *id. m.* 4sk. A *gens* Publius Cornelius Scipio Africanus ügyében is szerepet kapott. Val. Max. 3, 5, 1. Erre vonatkozóan ld. JHERING: *Geist*, II, 215. A nemzetségi fórumok ítéletét a *ensor* is megerősíthette. Liv. 41, 27, 2. Ld. a *gens* és *mos* kapcsolatához MINIERI, LUCIANO: ‘Mores’ e ‘decreta gentilicia’, in: FRANCIOSI, GENNARO (cur.): *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana, III*, Napoli: Jovene 1995, 127skk. A nemzetség ítélkező, „erkölcsbírói” szerepére utalhat az is, hogy egyes nézetek szerint a korábban ismeretlen bűnösségtudat először a kollektív bűnösség formájában jelentkezett (például a *talio* kapcsán közösségi bosszúállás), és csak később alakult ki az egyéni bűnösségérzet. Ld. DODDS: *id. m.* 17. Vele szemben áll BOER, WILLEM DEN: *Private Morality in Greece and Rome, Some Historical Aspects*, Leiden: Brill 1979, 9.

³⁷⁰ ROHDE: *id. m.* 85.

³⁷¹ BECK: *id. m.* 4sk. A rómaiak mindenesetre különösen sok szót kölcsönöztek az etruszoktól a szakrális szféra területén (is). Ld. BREYER: *id. m.* 334.

³⁷² A leginkább a Vesta-szüzek kultuszával összefüggésben használt, a latinoknál is központi jelentőségűvé váló *caeremonia* szó is valószínűleg etruszk eredetű. A Kr. e. 6. században virágzó etruszk város, Caere és Róma szoros kapcsolatban álltak egymással. Ld. Liv. 1, 60, 2. A Kr.e. 386-os gall támadáskor például a *sacrat* és a szüzeket e városba menekítették. Ld. CIL VI 1272; Liv. 5, 40, 10; Val. Max. 1, 1, 10; Strab. 5, 220. BREYER, GERTRAUD: Zu einem zentralen Begriff aus dem lateinischen Wortschatz der religiösen Sphäre, in: AIGNER-FORESTI, LUCIANA (Hrsg.): *Die Integration der Etrusker und das Weiterwirken etruskischen Kulturgutes im republikanischen und kaiserzeitlichen Rom*, Wien 1998, 333sk. éppen erre az időszakra teszi a *caeremonia* szó kialakulását.

³⁷³ Például Cato, *agric.* 139; Cicero, *leg.* 2, 29; Cicero, *div.* 2, 74; Liv. 4, 31, 5; Gellius 13, 15, 4.

³⁷⁴ E nézetten vannak LÜBBERT, EDUARD: *Commentationes pontificales*, Berlin 1859, 8; valamint DE MARCHI, ATTILIO: *Il culto privato di Roma antica, I*, Milano: Hoepli 1896, 136. ROHDE velük szemben a formulát a házi hagyományból eredezteti, ld. ROHDE, GEORG: *Die Kultsatzungen der römischen Pontifices*, Berlin: Töpelmann 1936, 85.

³⁷⁵ Cato, *agric.* 139.

valószínűleg már az államképződés előtti időben kialakult,³⁷⁶ korlátlan hatalmát csak a már meglévő nemzetségi struktúrák (a gyermek megölésének kérdésében például az ún. *consilium propinquorum*, amely feltehetőleg a rokonokból vagy öt szomszédból³⁷⁷ állott), illetőleg bizonyos, a *mos*-hoz³⁷⁸ és a *fas*-hoz tartozó normák korlátozták.³⁷⁹ Az említett normarendszerek szabályozó jelenlétére utal például, hogy a feleségét ok nélkül eltaszító férjet *dii inferi*, vagyis az alvilági istenek részére kellett feláldozni.³⁸⁰

Talán éppen a családfő hatalmi súlyával magyarázható, hogy a *decemvirek* működését megelőző *ius* már számos kiérlelt szubjektív jogosultságokat ismert, és más jogi kultúrákhoz képest meglepő módon nem az igény tételezésével, hanem az alanyi jog állításával kezdődött. A jog elsőrangú funkciója ebben az időszakban még nem az önhatalmú jogérvényesítés visszaszorítása, hanem a kiemelt pozícióban lévő személyek jogosultságainak védelme lehetett.³⁸¹

A kialakulóban lévő központi hatalom a nagyhatalmú *familiával* szemben csak az egyre önállósodó *ius*-on keresztül érvényesíthette elképzeléseit.³⁸² A római jogfejlődés későbbi történetében sokáig érezhető a jogrendszer egyes normatív szabályain, hogy a jogi szabályozás tárgyi hatálya csak fokozatosan és meglehetősen nehézkesen terjedt ki a *familiát* és benne a *paterfamilias* helyzetét rendező kérdésekre.³⁸³

A *mores maiorum* és a *ius* összemosódása — már a történeti időszakban — a pontifikális jogtudománynak köszönhetően indult meg.³⁸⁴ A *pontifex maximusok* ebben az időszakban a szakrális szféra legmeghatározóbb szereplői és ezzel a korai társadalmi szabályozás kulcsfigurái voltak.³⁸⁵ Testületük és a *gentes* között többek között az teremtett kapcsolatot,

³⁷⁶ PÓLAY ELEMÉR: *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest: Akadémiai Kiadó 1964, 71.

³⁷⁷ Dion. 2, 15, 2. Az egy nemzetséghez tartozó családfők szállásterülete valószínűleg közel esett egymáshoz. Így az öt szomszéd akár a közelebbi agnát rokonokat is jelenthette.

³⁷⁸ A *mos* ősi eredetét hangsúlyozza KASER is, ld. KASER, MAX: *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, ZSS (Rom. Abt.) 59 (1939), 99. Az árnyalt elemzést nehezíti a *mores* sokféle használata (*uso ambiguo*). Ld. ARANGIO-RUIZ: *id. m.* 23.

³⁷⁹ A *mos* és a *fas* területeinek kezdeti nagymértékű átfedését, azonosságát állítja BUCKLAND is, ld. BUCKLAND, WILLIAM WARREN: *A Manual of Roman private Law*, Cambridge: University Press 1953², 28.

³⁸⁰ Plutarchos, *Rom.* 22.

³⁸¹ BEHRENS: *id. m.* 56.

³⁸² BUCKLAND: *id. m.* 28, szerint a *ius* az államilag kikényszerített normát jelentette, míg a *mos* szabályai e kényszerítő apparátus nélkülözték.

³⁸³ BONFANTE, PIETRO: *Istituzioni di diritto romano*, Torino: G. Giappichelli Editore 1957¹⁰, 161. Hogy a *ius* anyagának bővülése részben a *mos* rovására történt, mutatja a *ius moribus constitutum* fordulat is. Ld. még BUCKLAND: *id. m.* 28. Inkább későbbi, keresztény hatásról tanúskodik a jogtudomány híres, „*divinarum atque humanarum rerum notitia*”-ként történő meghatározása (Ulp. D. 1, 1, 10, 2). Ebből a hangzatos definícióból, valamint a D. 1, 1, 10, 1-ben található *iuris praecepta*ból azonban nem szabad messzemenő következtetéseket levonni. Ld. ARANGIO-RUIZ, VINCENZO: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1982¹⁴, 22.

³⁸⁴ BURDESE, ALBERTO: *Manuale di diritto privato romano*, Torino: UTET 1987³, 17.

³⁸⁵ Cicero, *De legibus*, 2, 47: *pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset... De sacris credo, de votis, de feriis et de sepulcris, et si quid eius modi est*. Ehhez még ld. LATTE: *id. m.* 197.

hogy a főpap által elnökölt *comitia calata* a nemzetségi szervezetre épülő népgyűlés volt.³⁸⁶ A *pontifexek* bírói szerepkörére utalnak még a jóval később keletkezett *Digesta* bevezető sorai is:³⁸⁷

*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*³⁸⁸

Egy talán interpolált fragmentum tanúsága szerint a *collegium pontificium* még Papinianus idejében is a császárhoz hasonló kényszerítő erőt gyakorolhatott temetkezési³⁸⁹ és ezzel összefüggő jogi kérdésekben:

*quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.*³⁹⁰

A vallásos élet hanyatlásával³⁹¹ e főpapok szerepkörét sok vonatkozásban a *censorok* vették át.³⁹²

Összefoglalóan megállapítható, hogy a komplex normarendszerből éppen kibontakozó egyes normatípusok különböző csatornákon keresztül fejlődésük későbbi szakaszában is visszahatottak egymásra. Nem beszélhetünk tehát *sui iuris*, független fejlődésről egyetlen normatípus esetében sem. Mégis, már a Kr. e. 5 századtól megkezdődött a *fas*, a *mos* és a *ius* normáinak különböző tárgyi területekre való alkalmazása. Ezzel magyarázható, hogy a *ius* előretörésében mérföldkönek számító tizenkét táblás törvény miatt érintette oly csekély mértékben a *fas* által befolyásolt területeket,³⁹³ a házi ügyeket és házi hatalom kérdéseit,³⁹⁴ illetve hogy miért biztosított széles szabadságot a hatalomgyakorló számára, akinek hatalmát inkább a *mos* és a *fas* szabályai korlátozták.³⁹⁵ A családfő személyével (*iniuria*),³⁹⁶ a

³⁸⁶ HÄGERSTRÖM: *id. m.* 20.

³⁸⁷ HAUG: *id. m.* 227—232.

³⁸⁸ Ulp. D. 1, 1, 1, 1. Az itt leírt feladatok jelentős átfedésben vannak a pontifexek feladataival.

³⁸⁹ JHERING: *id. m.* 294¹⁹⁷.

³⁹⁰ Pap. D. 5, 3, 50, 1

³⁹¹ E folyamat betetőződéséről számol be Livius. Cornelius Dolabella, *duumvir navalis* a pontifex parancsa ellenére nem mondott le hivataláról. Ld. Livius, 40, 42, 8: *religio inde fuit pontificibus inaugurandi Dolabellae*. Ezt a forráshelyet ugyan BEHRENDIS nem tárgyalja, de *religio*-felfogását erősítheti, hiszen a magisztrátus csökönysége az égiek haragját (*vitium de caelo*) is kivívhatta.

³⁹² Egy Kr. e. 1. századból származó dombormű állatáldozat bemutatása közben ábrázolja a *censort*. KÄHLER, HEINZ: *Seethiasos und Census. Die Reliefs aus dem Palazzo Santa Croce in Rom*, Berlin: Mann 1966, 41; PFEILSCHIFTER: *id. m.* 440.

³⁹³ PÓLAY: *A censori*, 78.

³⁹⁴ KASER: *Gemeinschaftsordnung*, 14.

³⁹⁵ XII 5, 3; 6, 1. Ld. még BEHRENDIS: *id. m.* 56

³⁹⁶ A tizenkét táblás törvény időszakát követő *iniuria* tényállásra vonatkozó *aestimatio*hoz ld. HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur justinianischen Kodifikation*, Köln—Weimar—Wien: Böhlau 1998, 51.

familiával és a házi vallási rituálékkal kapcsolatos vagyoni jellegű kérdések még hosszú ideig (öröklés, *manusos* házasság) a *fas*, illetve a *mos* szabályozási területén belül maradtak. Az erősödő központi hatalom eszköze, a *ius*,³⁹⁷ a megváltozó gazdasági igényeknek (kibontakozó árucseré következtében megjelenő új szerződéstípusok) és a társadalmi mozgásoknak (a patrícius—plebejus viszonyok kiegyenlítődése) megfelelően hódított teret. Míg tehát a *mos* kezdetben a *res familiarist*,³⁹⁸ a *ius* inkább a *res publicát* szabályozta.

IV.3.2 A *censura* szerepe

A *censori* tisztség felállítása, és ezzel az erkölcsi felügyelet, az ún. *regimen morum* jelzi a második korszak kezdetét. E *magistratura* létrehozására a hagyományok szerint Kr.e. 443-ban került sor.³⁹⁹ A korszak végét pedig a *contra bonos mores* klauzulát jogforrási szintre emelő *edictumok* megjelenése jelenti.⁴⁰⁰ A köztes időszakot a társadalom erkölcsi állapota alapján három szakaszra lehet bontani,⁴⁰¹ a cezúrákat a második pun háború és a Gracchusok fellépése képezik. Az első szakaszt még az életvitel egyszerűsége és a szigorú erkölcsiség,⁴⁰² a másodikat az idegen hatások megjelenése és az erkölcsök fellazulása, a harmadikat pedig az általános erkölcsi hanyatlás, a *censori* tevékenység eljelentéktelenülése⁴⁰³ jellemezte.

³⁹⁷ A *censori* tisztség lényege a hatalomközpontosítás volt, így fennhatósága a plebejusokra is kiterjedt. Ld. SCHMÄHLING: *id. m.* 7.

³⁹⁸ A családi ügyek sorába kell sorolnunk a *patronus* és *cliensei* viszonyát is. Ld. BONFANTE: *id. m.* 204,

³⁹⁹ A *censura* Servius Tullius idejére vezet vissza Livius, I, 42, 5. E tevékenységet Kr.e. 443 óta a *censor* végzi. Ld. KÜBLER, BERNHARD: *Geschichte des römischen Recht. Ein Lehrbuch*, Leipzig—Erlangen: Deichert 1925, 88sk. Újabban RAINER, MICHAEL J.: *Römisches Staatsrecht. Republik und Prinzipat*, Darmstadt: WBG 85, e dátumot megkérdőjelezi. A *censura*hoz valószínűleg már ekkor, de legkésőbb Kr.e. 435-en erkölcsírászkodás is társult. Ld. MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Staatsrecht*, II, Leipzig: Hirzel 1887³, 375sk; SCHMÄHLING, EBERHARD: *Die Sittenaufsicht der Censoren. Ein Beitrag zur Sittengeschichte der römischen Republik*, Stuttgart: Diss. 1938, I; LEUZE, OSCAR: *Zur Geschichte der römischen Censur*, Halle: Niemeyer 1912, 95skk. Egy évszázaddal későbbre, a Kr.e. 4. század közepére teszi a *censori regimen morum* kezdetét WLOSOK. Ld. WLOSOK, ANTONIE: *Nihil nisi ruborem. Über die Rolle der Scham in der römischen Rechtskultur*, in: WLOSOK, ANTONIE: *Res humanae — res divinae. Kleine Schriften*, Heidelberg: C. Winter 1990, 86; és PAULY: *id. m.* 1105. Felfogását Livius megjegyzésére (Livius, *Ab urbe condita* 9, 34, 24) alapozza.

⁴⁰⁰ PFEILSCHIFTER, RENE: *Die Brüchigkeit der Rituale. Bemerkungen zum Niedergang der römischen Zensur*, *Klio* 84/2 (2002), 440—464.

⁴⁰¹ Ld. SCHMÄHLING felosztását. SCHMÄHLING: *id. m.* VII.

⁴⁰² Cato *censorius* Kr.e. 184-ben egy szenátort megfosztott társadalmi állásától, mert feleségét lánya jelenlétében csókolta meg. Plutarchos, *Coniug. praec.* 13, I 341, 7. Az ügyek kivizsgálásának módjára vonatkozóan (*causa cognita*) ld. Gellius, *Noctae atticae* 9, 20, 7. A *notam subscribere* mellett a *censor* szankciói voltak még többek között az *aerarii* vagy *tribu movere*. Ez utóbbira példa az *in tabulas Caeritum referre*. E büntetés hatálya egy *tribus* (a *tribus maecia*) kivételével az egész római népre kiterjedt. Ld. Liv. 29, 37; Suet. *Tib.* 3; Val. Max. 2, 9, 6; *De vir. ill.* 50.

⁴⁰³ Az utolsó általunk ismert *censura* Claudius alatt, Kr. u. 48-ban került sor. Ennek során 5,984,072 polgárt írtak össze. Ld. Tacitus, *ann.* 11, 25. Később a *censor* elveszti eredeti funkcióját, feladata az adók beszedésének elzálogosításával és a városbeli építkezésekkel lesz kapcsolatos. Ld. MARQUARDT, JOACHIM: *Römische Staatsverwaltung*, II, Leipzig: Hirzel 1884, 87 és 247.

A történetírók tanulsága szerint a tizenkéttáblás törvény létrehozása és a censori tisztség felállalítása között ok-okozati kapcsolat volt. A *plebs* szent hegyre történő kivonulása (*secessio in montem sacrum*) és az írott törvény létrehozása e réteg társadalmi helyzetét, és az egyre inkább kontrollja alatt álló normafajtát, a *ius*-t erősítte, szemben a patríciusok által ebben az időszakban szinte kizárólagosan ellenőrzött *fas*-szal. Nem lehet véletlen, hogy a censorok, akiknek hatalma kiterjedt a patrícius *familiák* egyes belső ügyeire is, és akiknek egyik fő feladata a *fas*-ból egyre inkább *mos*-szá váló normaterület felügyelete volt, kezdetben csak a patríciusok soraiból kerülhettek ki.⁴⁰⁴ A társadalom addigi elitje számára részben a *censori* tisztség felállításával állt helyre a társadalmi szabályegyüttesben a jog (*ius*) és az erkölcs (a *fas* és a *mos*) közötti erőegyensúly, amelyet a jog egyes szabályainak a plebejusok által kikényszerített rögzítése átmenetileg felborított.⁴⁰⁵

A *censorok* feladatait Cicero a következőképp foglalta össze:

*Censoris populi aevitates suboles familias pecuniasque censento, urbis templa vias aquas aerarium vectigalia tuento, populique partis in tribus describunto, exin pecunias aevitatis ordinis partiunto, equitum peditumque prolem describunto, caelibes esse prohibento, mores populi regunto, probrum in senatu ne relinquo.*⁴⁰⁶

Livius megfogalmazásában a *morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen*, illetve a *decoris dedecorisque discrimen sub dicione*⁴⁰⁷ tartozott e magisztrátus hatáskörébe, a magisztrátus *mores*-szal kapcsolatos feladatait következőképp konkretizálta:

*illo uno collega castigare se nova flagitia et priscos revocare mores posse.*⁴⁰⁸

Ezen erkölcsi felügyelet egészen a hálósobákig terjedt, a magánszemélyek intim viszonyait is vizsgálta, kiváltva a görög származású történetíró, Dionysius Halicarnassus fureszállását.⁴⁰⁹

Szigorúságára nézve Gelliusnál több példát is találhatunk.⁴¹⁰

A régiek erkölceit nevelő cézzal nyilvánosan is felemlgették, ahogy azt például Scipio Africanus Kr. e. 144 körül tette:

*Publius Scipio Africanus, Pauli filius, utramque historiam posuit in oratione, quam dixit in censura, cum ad maiorum mores populum hortaretur.*⁴¹¹

⁴⁰⁴ Az intézmény mintaadó funkcióját tartja elsődlegesnek EL BEHEIRI, NADIA: *A római censorok szerepe a res publica államrendszerének kiépítésében*, Jogtörténeti Szemle 1 (2005), 5.

⁴⁰⁵ Ld. SCHMÄHLING: *id. m.* 8.

⁴⁰⁶ Cicero, *De legibus*, 3, 7. Megerősíti Livius: *morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen*; valamint: *decoris dedecorisque discrimen sub dicione eius magistratus*. Ld. Livius 4, 8, 2. A censor feladatai tekintetében máig mérvadó MOMMSEN: *id. m.* II³, 331skk; HAUSMANINGER, HERBERT: s.v. *censor*, in: ZIEGLER, KONRAT—PAULY, AUGUST: *Der kleine Pauly: Lexikon der Antike*, I, Stuttgart: Alfred Druckenmüller 1964, 1105sk.

⁴⁰⁷ Liv. 4, 8, 2

⁴⁰⁸ Liv. 39, 41, 4; Plut. *Cato maior* 16

⁴⁰⁹ Dion. Hal. 20, 13, 3; v.ö. Plut. *Cato maior* 16.

⁴¹⁰ Gellius 4, 20, 4—5 és 11.

Egy másik beszámoló kapcsán tudomást szerezhethünk a *censor* által használt egyik kérdő formuláról. Számunkra ez annyiban érdekes, hogy a kérdés aktusára a mintegy háromszáz évvel később élt Gellius mint *mos*-ra utalt vissza:

uti mos erat, censor dixisset 'ut tu ex animi tui sententia uxorem habes?'

A *mos* szót Gellius ebben az esetben vélhetően nem technikus értelmében, „szokásjog” jelentésben, hanem köznapi értelemben használta, és egyszerűen egy régi, meggyökeresedett gyakorlatra utalt vele.⁴¹² E más szerzők által is bevett szóhasználat jelzi, hogy a *fas* és a *mos* normái fokozatosan egybemosódtak, nyilván a jóval jelentősebbé váló *ius*-szal való szembenállásuk következtében. E feltételezést megerősíti egy Kr. e. 304-ből származó *plebiscitum*⁴¹³ is, amely egyben, több más legiszlátív aktus mellett⁴¹⁴, a patrícius és plebejus elit kiegyezéséről is tanúskodik. A különféle társadalmi normák összefüggéseit jól reprezentáló szövegben néptribunus és a szenátus egyenértékű felekként, az új *nobilitas* érdekeinek szószólóiként jelentek meg:⁴¹⁵

*civile ius, repositum in penetralibus pontificum, evulgavit fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi posset sciretur; aedem Concordiae in area Volcani summa invidia nobilium dedicavit; coactusque consensu populi Cornelius Barbatus pontifex maximus verba praeire, cum more maiorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.*⁴¹⁶

Feltűnő, hogy a Kr. e. 59 és Kr. u. 17 között élt Livius a vallási cselekmény vonatkozásában (*templum dedicare*) irányadó szabályegyüttesnek a *mos maiorum*ot tartotta.

A fenti fragmentumokból kitűnően a *mos*, illetve a *mores maiorum* nem bírt konkrét, technikus jelentéssel a köztársaság utolsó évszázadában, mégis jól meghatározható szabályokat jelentettek.⁴¹⁷ Régi, nem jogi jellegű szokásokra utaltak velük, legyenek azok akár erkölcsi akár vallási jellegűek, betartásukat pedig részben a *censor* biztosította. Talán ezzel magyarázható, hogy miért kapcsolta össze később e főnevet a praetor *edictum*ában a

⁴¹¹ Gellius 4, 20, 10

⁴¹² KASER is úgy véli, hogy a klasszikus korban *boni mores* alatt a *mos maiorum*ot, a szokásjogot értették a rómaiak. Ld. KASER, MAX: *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien: Verl. der Österr. Akad. der Wiss. 1977, 70.

⁴¹³ Ld. ehhez Liv. 36, 36, 3; MOMMSEN: *id. m.* III², 1050.

⁴¹⁴ Ezekre vonatkozóan ld. FÖLDI ANDRÁS—HAMZA GÁBOR: *A római jog története és intézői*, Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 2008¹³, 26.

⁴¹⁵ HÖLKESKAMP, KARL-JOACHIM: *Die Entstehung der Nobilität. Studien zur sozialen und politischen Geschichte der römischen Republik im 4. Jhdt. v. Chr.*, Stuttgart: Steiner 1987, 154.

⁴¹⁶ Liv. 9, 46, 6

⁴¹⁷ KASER: *RP*, I, 196.

bonus melléknévvvel.⁴¹⁸ Azt kívánhatta ezzel jelezni, hogy számára a *mores* új, speciálisan jogi, technikus jelentéssel bír.

A szoros értelemben véve normatív, kényszerítő erővel nem rendelkező szabályok érvényesülését Rómában tehát sajátos szankciórendszer biztosította,⁴¹⁹ amelynek szerves részét képezte a bevett szabályok ellen vétő személyek megbélyegzése. Az ilyen jellegű társadalmi kohéziós rendszert az újabb német szakirodalom szégyenkultúrának (*Schamkultur*⁴²⁰) nevezte el. Alapvető jellemzője volt a szűk értelemben vett jogon kívüli, erkölcsinek minősíthető kötelezettségek megléte, amelyek egyben normatív viselkedési mintaként szolgáltak. E normák általában a modern aspektusból erkölcsinek minősíthető életviszonyokat szabályozták, de a mai szemmel joginak tekintett viszonyokra is kihatással lehettek.⁴²¹ Ez utóbbtól az határozta el őket, hogy betartásukat nem törvényi szankciók, hanem a társadalmi megbélyegzettség veszélye biztosította.⁴²²

Az erkölcsi-társadalmi színezetű szabályok ellenőrzésének intézményesülése után szinte azonnal megkezdődött a két normaterület, a *ius* és a *mos* elkülönése, amely Kr.e. 367-ben a praetori tisztség felállításával tetőződött. Ezt követően a *censori regimen morum* mellett eltérő jelleggel működő praetori *iurisdictio* keretében zajlott a másik normafajta, a *ius* szabályozása.⁴²³

*Is iuris civilis custos esto. Huic potestate pari quocumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunt.*⁴²⁴

A fentiek szerint a római társadalom vegyes jellegű volt.⁴²⁵ A „szokás” ellen vétő személyt több típusú (jogi, erkölcsi) hátrány sújthatta, társadalmi állása *in praxi* megszűnhetett,

⁴¹⁸ A *mali mores* inkább az érett klasszikus korszakban fordul elő a forrásokban. Ld. Ulp. D. 14, 6, 1 pr.

⁴¹⁹ HÖLKESKAMP: *id. m.* 218.

⁴²⁰ A fogalom az amerikai kultúrantropológiából (*shame-culture*) származik, ahol ellentéte a *guilt-culture*. A megkülönböztetést DODDS vezette be a görög népek karakterizálására. Ld. DODDS, EREC ROBERTSON: *Die Griechen und das Irrationale*, Darmstadt: WBG 1970, 17—37. A fogalmat meggyőző módon alkalmazta az archaikus római társadalomra WLOSOK: *id. m.* 87.

⁴²¹ A régebbi irodalomban főképp a *regimen morum* büntetőjogias jellege került előtérbe, ld. a legújabb magyar irodalomból pl. EL BEHEIRI, NADJA: A censor tevékenységének büntetőjogi jellege, in: *FS Molnár Imre zum 70. Geburtstag*, Szeged: Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának Tud. Biz. 2004, 39—43. Ezt kiegészítőleg korábban rámutattunk a *censori* tevékenység magánjogias elemeire, ld. DELI GERGELY: *Észrevételek a jogi felelősség fogalmáról. A censori regimen morum mint a felelősségrevonás intézménye*, Iustum, aequum, salutare (2007) 159—177.

⁴²² WLOSOK: *id. m.* 87. Ilyen a hagyományos kínai és japán jogrendszer. Ld. DAVID, RENÉ—JAUFFRET-SPINOSI, CAMILLE: *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris: Dalloz 2002¹¹, 405skk. és 426skk.

⁴²³ A *censori* „adminisztratív bíráskodást” világosan elkülöníti a *iurisdicti*ótól MOMMSEN is. A *censori* bíráskodás ugyan a bírósági ítélkezéshez hasonlóan működött, akár esküdtbíróság felállításához is vezethetett, de sohasem foglalkozott a közösség deliktuális követeléseivel. Ld. MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot 1899, 135².

⁴²⁴ Cicero, *De legibus*, 3, 8

⁴²⁵ WLOSOK: *id. m.* 88.

esetenként a szenátusból is eltávolították.⁴²⁶ A „tisztá” szégyenkultúra jelei Rómában leginkább két területen, a fent taglalt *censori* erkölcsbíráskodás mellett a házi bíráskodás területén érezhetőek. Mindkét intézmény a szűk értelemben vett társadalmi és jogi intézmények határmezsgyéjén foglalt helyet, és eredetileg a házközösségi viszonyokra terjedt ki. Az utóbbi középpontjában azonban egy állami főtisztviselő állt,⁴²⁷ az előbbi pedig a *patria potestas* intézményéhez kapcsolódott, történeti fejlődésük, funkciójuk és tárgyuk is jelentős eltéréseket mutat.⁴²⁸

IV.3.3 A praetori *edictumok* hatása

A harmadik korszak valamikor a Kr.e. 2. század folyamán egy erőteljes újítással, a *boni mores* klauzula *edictumok*ba való felvételével vette kezdetét.⁴²⁹ A *boni mores*ra utaló *clausula* praetori *edictumok*ba való felvételének időpontja meglehetősen bizonytalan. PÓLAY álláspontja szerint az *iniuria*-tényállásokat a Kr. e. 3. század végétől datálhatjuk.⁴³⁰ A neves magyar romanista által nem vizsgált szempontok alapján azonban pontosabb időtartamot is meghatározhatunk. Nagyon valószínű, hogy a három, a *contra bonos mores* klauzulát tartalmazó, speciális *iniuria*-*edictum* a generálisabb *edictum de iniuriis aestimandis*t követően jött létre, hiszen ez a merev archaikus szabályozás és a fizikai sérelmet már nem igénylő tényállások közötti átmeneti lépésnek értékelhető. Ennek keletkezését a Kr. e. 3—2. század fordulójára tehetjük. Másrészről a *boni mores* jogi felhasználásáról tanúskodik Cicero (Kr. e. 106—43) Caecinus érdekében tartott,⁴³¹ Kr. e. 69-re datált védőbeszéde is: *Hunc vero qui ab iure, officio, bonis moribus ad ferrum, ad arma, ad caedem confugerit, nudum in causa destitutum videtis, ut, qui armatus de possessione contendisset, inermis plane de sponsione certaret.*⁴³² Labeo *edictum*-kommentárjának konkrét időpontja ismeretlen, de feltételezhető, hogy a Kr. e. 54. és Kr. u. 10. között élt koraklasszikus jogtudós e művét praetorsága után,⁴³³ tehát a Krisztus születése körüli években írhatta. Ekkor már az *edictum* nyilvánvalóan tartalmazta a *contra bonos mores* klauzulát, így megállapítható, hogy a speciális *iniuria*-

⁴²⁶ WLOSOK: *id. m.* 84—99.

⁴²⁷ WEBER jogfogalmában a kényszerítő apparátus megléte döntő fontosságú, a kényszer eszköze azonban irreleváns, így a *censori* bíráskodást is jogi jellegűnek ítélte meg. Ld. WEBER, MAX: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1922, 6. §.

⁴²⁸ PÓLAY: *A censori*, 24—34.

⁴²⁹ ZIMMERMANN: *id. m.* 1052.

⁴³⁰ PÓLAY: *Iniuria*, 96.

⁴³¹ A beszéddel kapcsolatban bővebben ld. NÓTÁRI TAMÁS: *Jogtörténeti adalékok Cicero Pro Caecinájához*, *Collega*, 2004/1, 48skk.

⁴³² Cicero, *Pro Caecina*, 93.

⁴³³ Tacitus, *Annales* 3, 75; Pomp. D. 1, 2, 47.

edictumok⁴³⁴ valamikor Kr. e 200. és 69. között keletkezettek, de Kr. e. 10. körülre már mindenképp létrejöttek.

Az a tény, hogy a praetor felhasználhatott egy ilyen klauzulát, azt engedi feltételezni, hogy a rómaiaknak, részben a *censor* tevékenységének köszönhetően, már meglehetősen határozott elképzelésük volt arról, mely cselekmények értékelendők *contra bonos mores*ként.⁴³⁵ A *mores* szabályozása ezzel részben kikerült a *censor* fennhatósága alatt álló *regimen morum*ból és *praetori iurisdictio* alá került, a *prisci mores*ból vagy *mores maiorum*ból a jogalkalmazás számára *boni mores* lett.⁴³⁶ E folyamatról, azaz tulajdonképpen a *ius* és az ekkorra már szinte összefonódott *mos* és *fas* tárgyi hatályának időbeli változásairól enged következtetéseket levonni Gellius egy fejtegetése⁴³⁷ a praetor és a *pontifex maximus* közötti hatáskörmegoszlásról. Az *adoptatio* praetori hatáskörbe tartozott,⁴³⁸ míg az *arrogatio* a nép, azaz a *pontifex maximus* által elnökölt⁴³⁹ *comitia curiata* feladata volt. A szövegben szereplő *tertia mancipatione* nyilvánvaló utalás a tizenkét táblás törvényre. Ezért sem véletlen, hogy a kontextusban a *ius* is megjelenik (*in iure ceduntur*)⁴⁴⁰, míg valószínűleg a *pontifex maximus* jogértelmezői hatalmát jelzi a *iusque iurandum* kitétel. Vizsgálódásunk szempontjából a szerző azon indoklása releváns, hogy miért nem arrogálhatóak serdületlen önjogúak. *Fas non est*, mondja Gellius, hogy a gyámok ugyanazt az *auctoritas*-t és *potestas*-t (ez akár *ad extremum* a *potestas vitae necisque*-t jelentette) gyakorolják, mint a *paterfamilias*. A *fas*-t ebben az esetben is a családfői hatalommal, szorosabban véve a házi istentisztelettel összefüggésben kell értelmeznünk.

Valószínű, hogy a kezdeti, átmeneti időszakban a praetor által nem szabályozott kérdésekben megmaradt a *censori* felügyelet, és egyfajta szubszidiárius jelleget öltött magára. A normaterületek határainak rögzíthetlenségét az is jelzi, hogy a régi szokások megsértését Gellius *culpának* minősíti:

*quod contra maiorum instituta fierent, id etiam eum culpavisse, quod filius adoptivos patri adoptatori inter praemia patrum prodesset.*⁴⁴¹

⁴³⁴ A feltételezett generális *iniuria-edictum* (PÓLAY: *Iniuria*, 139—145.) valószínűleg nem tartalmazta a *contra bonos mores* kitételt, így elhamarkodott ZLINSZKY: *Római büntetőjog*, 132 azon állítása, hogy „Labeo szerint a praetor általában tiltja mindazt, ami a jó erkölcsök ellen van.”

⁴³⁵ ZIMMERMANN: *id. m.* 711²⁴⁴.

⁴³⁶ ARANGIO-RUIZ: *id. m.* 23, erre az időszakra datálta a *ius* önállóvá válását is.

⁴³⁷ Gellius 5, 19, 15

⁴³⁸ Az *adoptio* folyamatában egyébként számos, rituális eredetű aktus figyelhető meg (*mancipatio*, *legis actio*, *vindicatio*). A praetori fennhatóság alatt álló *adoptatio*ról egyébként Scipio is említést tett az erkölcsökről szóló beszédében. Ld. Gellius 5, 19, 16.

⁴³⁹ A *pontifex maximus* rangjára és hatáskörére vonatkozóan ld. LATTE: *Römische Religionsgeschichte*, 195—198.

⁴⁴⁰ Gellius 5, 19, 15.

⁴⁴¹ Gellius 5, 19, 15.

A *sponsalia*, illetve a párválasztás szabadsága kapcsán e konfúz, kettős értékelés még határozottabban jelenik meg a nem jogász Varrónál:

*Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur.*⁴⁴²

Cicero már fent említett beszédében pedig a jogellenességet és az erkölcstelenséget állította párba: *quia contra ius moremque facta sit.*⁴⁴³

Mint említettük, a *boni mores*-klauzula az *iniura*-val kapcsolatban került első ízben hivatalos jogforrásba, rögtön három praetori *edictum*ba is felvételt nyert, az *edictum de convició*ba, az *edictum de adtemptata pudicitia*ba és az *edictum de iniuriis quae servis fiunt*ba.⁴⁴⁴ A jogtudomány szinte ezzel egy időben megkezdte a felmerülő problémák vizsgálatát. Ennek legelső nyomait Labeónak (Kr. e. 50—Kr. u. 10) az *iniuriá*hoz kapcsolódó praetori *edictum*hoz írt kommentárjában fedezhetjük fel.⁴⁴⁵ Az iskolaalapító jogtudós gondolatait Ulpianus hagyományozta ránk, az ő közvetítése révén ismerjük az *iniuria* tényállásokról szóló *edictum*okon belül az *edictum de convicio* formuláját is:

*Ait praetor: 'Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo'.*⁴⁴⁶

Valószínűleg Labeo még csupán eseti, kauzális jelleggel tett említést különféle „*adversus bonos mores*”-nak minősíthető cselekményekről, például a *convicium*ról,⁴⁴⁷ az *adtemptata pudicitia*-ról és az állami tulajdonban álló rabszolga megkorbácsoltatásáról.⁴⁴⁸ Az *edictum*hoz, illetve Labeo eredeti szövegéhez kapcsolódó további, definícióként is felfogható fragmentum már Ulpianus saját értelmezése lehet, így egy későbbi korszak terméke.⁴⁴⁹

Az *edictum de adtemptata pudicitia* is tartalmazhatta a *boni mores* klauzulát, legalábbis Ulpianus e feltételezést erősíti.⁴⁵⁰ A teljes formula nem maradt ránk, szövegét LENEL a következőképpen rekonstruálta:

*si quis matrifamilias aut praetextato praetextataeve comitem abduxisse sive quis eum eamve adversus bonos mores appellasse adsectatusve esse dicetur.*⁴⁵¹

⁴⁴² Varro, *De lingua latina* 6, 7.

⁴⁴³ Cicero, *Pro Caecina* 2.

⁴⁴⁴ LENEL, OTTO: *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig: Bernhard Tauchnitz 1927³, 400 (=191skk. §§). A negyedik *iniuriá*val kapcsolatos *edictum* nem tartalmazza a vizsgált klauzulát.

⁴⁴⁵ MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 159 és ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon 1996, 711.

⁴⁴⁶ Ulp. D. 47, 10, 15, 2. A szöveg hitelességét megerősíti LENEL: *id. h.*

⁴⁴⁷ A *convicium*ról ld. bővebben MANFREDINI, ARRIGO DIEGO: *La diffamazione verbale nel diritto romano*, I, Milano: Giuffrè 1979, 49skk.

⁴⁴⁸ Lab.-Ulp. D. 47, 10, 15, 3; eod. 15, 39.

⁴⁴⁹ Ulp. D. 47, 10, 15, 5

⁴⁵⁰ Ulp. D. 47, 10, 15, 23

⁴⁵¹ LENEL: *id. h.*

Végül az *edictum de iniuriis quae servis fiunt* tett említést a jó erkölcsökről:

Praetor ait: 'Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse de eo iniussu domini quaestionem habuisse dicitur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicitur, causa cognita iudicium dabo'.⁴⁵²

Többféle válasz adható arra a kérdésre, miért került sor a tárgyalt fordulat *edictumba* történő felvételére. A válasz korántsem irreleváns, hiszen szűkebb értelemben ettől az aktustól számíthatjuk a jog és az erkölcs mindmáig tartó, felfejthetetlen egységét.

A korabeli társadalmi kontextust tekintve a fogalom jogi forrásokban történő megjelenése természetes. Korábban a technikus értelemben vett *boni mores*-ra még nem volt szükség, a változó társadalmi viszonyoknak megfelelő rendet a fennálló vallási—jogi—erkölcsi normakomplexum rugalmasan biztosította. A jó erkölcsökre való hivatkozás akkor vált elkerülhetetlenné, amikor ezen összetett és merev normaháló belső egyensúlya a társadalmi változások és új kihívások következtében megbomlott, és a normatívvá váló *ius* egyre nagyobb teret hódított el a vallási és erkölcsi szabályok hatásköréből. Nem véletlen, hogy a görög, elsősorban az arisztotelianus és sztoikus filozófia valamint etika hatására ebben az időszakban jelent meg a *bona fides*, a *metus* és a *dolus* jogi kategóriája is.⁴⁵³ Az *exceptio doli* proponálását egy Cicero korabeli eset inspirálhatta.⁴⁵⁴ A *cause célèbre* Cicero unokatestvére, Gaius Visellius Varro szónok nevéhez fűződött, a vita tárgyát dogmatikai szempontból egy *stipulatio* erkölcsstelennek vélt *causája* képezte. A tényállás szerint Visellius Otacilia Laterensis nevű szeretőjének halála esetére adósságtörlesztésnek álcázva háromszázezer sestertiust kívánt juttatni, ez azonban váratlan gyógyulása miatt elmaradt.⁴⁵⁵ A jogeset kapcsán hozott ítélet alapvetően erkölcsi alapokon nyugodott, és a *calumnia* (körülbelül rosszakaratú híresztelés, hamis vád) kapcsán a jó erkölcsökkel is összefüggésben lehetett. Elképzelhető, hogy az *exceptio doli* és a *contra bonos mores* nem csak a filozófia elvont szintjén álló *humanitas* és *aequitas* fogalmain keresztül, hanem a mindennapi konkrét jogalkalmazás szintjén is összekapcsolódott.

Dogmatikai szempontból is plauzibilis módon levezethető a klauzula funkciója. Amennyiben elfogadjuk PUGLIESE tételét, hogy az *iniuria* eredetileg azon aktusokra vonatkozott, amelyek

⁴⁵² Ulp. D. 47, 10, 15, 34

⁴⁵³ PLESCIA: *id. m.* 277.

⁴⁵⁴ ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations*, 710sk.

⁴⁵⁵ Valerius Maximus, *Facta et dicta memorabilia* 8, 2, 2. Ld. még LÜBTOW, ULRICH: Die Ursprungsgeschichte der „exceptio doli“ und der „actio de dolo malo“, in: *Eranion pros Georgion S. Maridaken*, I, En Athenais: Kleisiunē 1963, 196skk; WATSON, ALAN: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford: Clarendon Press 1965, 32skk; BRUTTI, MASSIMO: *La problematica del dolo processuale nell'esperianza romana*, Milano: Giuffrè 1973, 219skk; KASER, MAX: *Über Verbotsgesetze*, 80skk; MACCORMACK, GEOFFREY: 'Dolus' in *Republican Law*, BIDR 88 (1985) 19skk.

nem jártak testi sérelemmel és nem hagytak fizikai nyomokat,⁴⁵⁶ a klauzula azt a védendő társadalmi értéket jelentette, amelyet az aktus megsértett. Látszólag, külső sérelem hiányában, nem volt indok a korrekciós mechanizmusok beindítására. A praetor a legkézenfekvőbb, a *censori* tisztség hanyatlása miatt éppen gazdátlanra való eszökhöz nyúlt, a *moreshoz*, amelyet a *boni* jelző segítségével olyan technikus fogalommá alakított, amely számára kényelmesen tág mérlegelési szabadságot biztosított. E feltételezést a rabszolga megkorbácsolásának esete sem gyengíti, hiszen a represszió tárgya nem a szolgát ért fizikai kár, hanem a rabszolga gazdáját ért azon immateriális sérelem, hogy szolgáját megverték vagy parancsa nélkül vallatták.

MAYER-MALY úgy vélte, a jó erkölcsökre való hivatkozás funkciója az, hogy a szélesre fogalmazott tényállásokból a jogalkalmazás kiválaszthassa azt, amely büntetésre valóban érdemes. Nem vitatható, hogy ez a hozzáállás a klasszikus kor végétől uralkodó vált és a modern elképzeléseknek is megfelel, és mint láttuk, jól illeszkedik az említett *edictumok* korának regulációs viszonyaiba is.

ZIMMERMANN szerint⁴⁵⁷ az *iniuria* és a *furtum* általános, átfogó *delictum*típust jelentettek, ezért az ekkorra már kialakult *lex perfecta*, *imperfecta*, *minus quam perfecta* séma esetükben inadekvátnak bizonyult,⁴⁵⁸ a hiányt a *boni mores* klauzula pótolta. A neves tudós nyomos indok nélkül együtt említi az *iniuria* és a *furtum* tényállásait, jóllehet a források alapján valószínű, hogy a *boni mores* klauzula az *iniuriával* összefüggésben legalább egy évszázaddal előbb megjelent, mint a *furtum* vonatkozásában. A klauzula a lopással kapcsolatban a *mandatum* kontextusában jelentkezik csak először Gaius institúcióiban.⁴⁵⁹ Másrészt az első általunk ismert *lex perfecta* a Kr. u. 4-ből származó *lex Aelia Sentia*.⁴⁶⁰ Véleményem szerint a séma kialakulása feltehetőleg a klauzula megjelenésével párhuzamosan vagy azt követően zajlott, így nem igazán lehetett annak oka. Sokkal valószínűbb, hogy mind a klauzulát, mind a sémát ugyanazon igény hívta életre: a társadalmat szabályozó jogi eszközök perfektualizálódásának követelménye. ZIMMERMANN felfogása részben a jó erkölcsre vonatkozó modern elképzelések visszavetítésén alapszik, azon a felvilágosodás eszmerendszerén alapuló kontinentális jogalkotói elképzelésen, amely a kodifikált, absztrakt

⁴⁵⁶ PUGLIESE: *id. m.* 10.

⁴⁵⁷ ZIMMERMANN: *id. m.* 707.

⁴⁵⁸ UE 1, 1; Macrobius, *Commentarii in somnium Scipionis* 2, 17, 13. Ld. KASER: *Über Verbotsgesetze*, 9sk. A hármas felosztás természetesen csak a tilalmat kimondó törvényekre vonatkozatható.

⁴⁵⁹ Gai. 3, 157

⁴⁶⁰ KASER: *RP*, I, 250.

joganyag logikai hiányosságait generális klauzulák és értéknormák beiktatásával kívánta pótolni.⁴⁶¹

Véleményem szerint a *boni mores* ekkor még inkább konkrét tartalommal bíró szabályegyüttest jelölt, a társadalom egy jól körülírható egysége vonatkozásában, amely hatókör középpontjában a *familia*, illetve a *paterfamilias* személye állt. Ulpianusnak az edictumhoz írott fragmentuma például arról tanúskodik, hogy az *adversus bonos mores* fenytést a családi viszonyokhoz képest negatívén definiálták. Nem minden testi fenytés (*verberare*) minősült tiltottnak, a fegyelmezésből és javító szándékból történő büntetés elfogadott volt. Javító célzatú fenytés megvalósulhatott akár oktatás (*in disciplina*) közben is⁴⁶², ott azonban *boni mores*-ről szó sincs. Úgy tűnik tehát, hogy az *edictum* tiszteletben tartotta a *paterfamilias* familián belüli domináns helyzetét, hiszen a családon belüli, nevelő szándékú erőszakot érintetlenül hagyta.

Álláspontunkat látszik alátámasztani a *Digestá*ban felvett, soron következő tényállás is:

*Unde quaerit Labeo, si magistratus municipalis servum meum loris ruperit, an possim cum eo experiri, quasi adversus bonos mores verberaverit. Et ait iudicem debere inquirere, quid facientem servum meum verberaverit: nam si honorem ornamentaque petulanter adtemptantem ceciderit, absolvendum eum.*⁴⁶³

Ha a rabszolga közérdeket sértett, a *magistratus* megbüntethette, cselekménye nem minősült *adversus bonos mores*-nak. Itt a klauzula arra utalhat, hogy a megkorbácsoltatás nem a *familia* belső viszonyaiba való, hanem közérdek alapján történő beavatkozás révén valósult meg.⁴⁶⁴

Összefoglalva az eddigi gondolatmenetet megállapítható, hogy ebben a korszakban kezdődött meg a (*boni*) *mores*-nak a jogon kívüli társadalmi mezőből a jog által szabályozott terepon alá kerülése, hogy aztán a későbbiekben e folyamat egyre nagyobb mértékben kiteljesedhessék.

IV.3.4 A principátus kora

⁴⁶¹ Erre vonatkozóan bővebben ld. VARGA CSABA: *Jogi hagyományok? Jogcsaládok és jogi kultúrák nyomában*, JK 2/60 (2005), 51—59.

⁴⁶² Ulp. D. 9, 2, 5, 3. E híres cipészinas-esetről bővebben ld. FÖLDI ANDRÁS: *A kontraktuális és deliktuális felelősség konkurrenciájának történetéhez*, AUB 27 (1985), 121skk és az ott idézett szakirodalmat, valamint CSIZMAZIA NORBERT: *A szerződésen kívüli károkozásért való felelősség a római magánjogban*, Budapest: Studia Collegii de Stephano Bibó nom. I (1999), 130sk.

⁴⁶³ Ulp. D. 47, 10, 15, 39

⁴⁶⁴ BONFANTE utal arra, hogy a rabszolga és a *filius familias* kezdeti hasonló pozíciója csak az állam szempontjából állt fenn, a római család kívülről nézve egységes szerkezetének köszönhetően. Ld. BONFANTE, PIETRO: *Istituzioni di diritto romano*, Torino: G. Giappichelli 1957¹⁰, 171.

A *princeps*ek már a principátus kialakulásának kezdeti időszakában is erőteljes, közvetlen eszközökkel kísérelték meg a társadalom erkölceit saját jogpolitikai céljaiknak megfelelő irányba terelni, általában inkább kevesebb, mint több sikerrel.⁴⁶⁵

Augustus ugyan háromszor elutasította a számára felajánlott, az erkölcsök felügyeletével még mindig szorosan összefüggő *censori* tisztséget,⁴⁶⁶ azonban sem ő, sem utóda, Tiberius (Kr. u. 14–37)⁴⁶⁷ nem tekintette a cím formális viselését szükségesnek a családi-, illetőleg magánviszonyokba történő beavatkozáshoz. Ennek köszönhetően a *correctio morum* többé nem kapcsolódott kizárólagosan *censori* tisztséghez, hanem egyike lett a császárok kiterjedt hatásköri jogosítványainak.⁴⁶⁸ A diszkontinuitással szemben a kontinuitás bizonyítéka valamint a *censori* tevékenység társadalmi beágyazottságára és legitimációs erejére utal, hogy a Q. Metellus censor házasságról és a gyermekvállalásról szóló beszédére (*Q. Metellum censorem, cui consilium esset ad uxores ducendas populum hortari*)⁴⁶⁹ Augustus maga is hivatkozott:

*Etiam libros totos et senatui recitavit et populo notos per edictum saepe fecit, ut orationes Q. Metelli 'de prole augenda'.*⁴⁷⁰

Az első *princeps* szándékosan felvállalta az erkölcsi szféra szabályozását, ezzel a jogi és erkölcsi kérdések szabályozása ugyanahoz hatalmi tényezőhöz került.⁴⁷¹ A jog és az erkölcs ezen egysége azonban már minőségileg eltér az archaikus korszakban megfigyelhetőtől. Ez az új egység egyértelműen a jog primátusa alatt, annak eszköztára és kenyszerítő mechanizmusai alatt jött létre, és fogalmai is inkább megfelelnek modern elképzeléseinknek.

Vespasianus (Kr.u. 69–79) uralkodása alatt tovább folytatódott egyes erkölcsileg érzékeny területek, a *libido* és a *luxuria*⁴⁷² elleni jogpolitikai küzdelem. A korszak ilyen tárgyú *senatusconsultum*ai, például a *filius familias*oknak nyújtott pénzkölcsönök szigorításáról szóló *SC Macedonianum*,⁴⁷³ vagy a nemi erkölcsöket érintő *SC Claudianum* világosan jelzik ezt a tendenciát. Érdekes ugyanakkor, hogy ezen erkölcsi tárgyú jogforrások, legalábbis ránk

⁴⁶⁵ GUARINO: *Diritto privato romano*, 392.

⁴⁶⁶ PLESCIA: *id. m.* 297. Elfogadta azonban a *cura legum morumque*-t, ld. *Res gestae*, gr. 3, 11. Ehhez bővebben ld. BIONDI, BIONDO: *Il diritto romano cristiano*, Milano: Giuffrè 1952, 48. (A továbbiakban BIONDI: *DRC.*)

⁴⁶⁷ Tib. 33,2; 42,3.

⁴⁶⁸ GRELE, FRANCESCO: *La 'correctio' morum nella legislazione flavia*, in: ANRW II 13 (1980), 345.

⁴⁶⁹ Gellius 1, 6.

⁴⁷⁰ Suetonius szerint Augustus így próbálta meg a szabályozást elfogadtatni: *quo magis persuaderet utramque rem non a se primo animadversam, sed antiquis iam tunc curae fuisse*. Ld. Suet. Aug. 89, 2.

⁴⁷¹ Korábban a királyok kezében összpontosult hasonló, összetett jellegű hatalom még az egyes normafajták kialakulását megelőzően.

⁴⁷² Suetonius, *Vespasianus*, 11: *Libido atque luxuria coercente nullo invaluerant; auctor senatui fuit discernendi, ut quae se alieno servo iunxisset, ancilla haberetur; neve filiorum familiarum faeneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, ne post patrum quidem mortem*.

⁴⁷³ Datálására nézve ld. BENEDEK FERENC: A *senatusconsultum Macedonianum* célja és keletkezési körülményei, in: *A pécsi egyetem jubileumi évkönyve*, Pécs: JATE 1975, 29–47.

hagyományozódott formájukban, nem tartalmazzák a klauzulát. Ez is megerősíti azon feltevésünket, hogy a *boni mores* nem az általában vett erkölcsre, hanem szűkebb, jól lehatárolt tényállásokra vonatkozott.

Domitianus (Kr.u. 81—96) császár Kr. u. 85-től ugyan hivatalosan is viselte a *potestas censoriát*, azonban még korábban, e hatalmi jogosítvány nélkül ítelt halálra három, szüzességi fogadalmát megszegő Vesta-papnőt, Varronillát és az Oculatae nővéreket.⁴⁷⁴

Az irodalmi forrásokban igen ritka a *boni moresra* tett említés, amely a kifejezés jogi szaknyelvi, technikus jellegét bizonyítja. Ha elő is fordult, többnyire a jogi szférára utalva használták, mint például Seneca⁴⁷⁵ vagy Quintilianus.⁴⁷⁶ Tacitus (Kr.u.55? —117?), a germán törzsek házassági és családi szokásait jellemezve, szembeállítja a vélhetően szokásjogként felfogott jó erkölcsök fogalmát az írott törvényekkel:

[...] *Numerum liberorum finire aut quemquam ex adgnatis necare flagitium habetur, plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges.*⁴⁷⁷

Az ebben a korszakban a *contra bonos mores* klauzula használatában beállt változás lényege, hogy a korábban csak konkrét jogellenes magatartások vonatkozásában használt formulát elkezdtek alkalmazni egyes elvont jogügyletek vonatkozásában is. Vélhetően először éppen azon ügyletek kapcsán, amelyek tárgya *iniuria* volt,⁴⁷⁸ legalábbis erre enged következtetni a későbbiekben részletesen tárgyalt Gaius-fragmentum, amely az *iniuriára* vonatkozó megbízásokról szól.⁴⁷⁹ Már ilyen értelemben, a jogügyletek körében tartalmazta a kitévelt Iulianus *stipulatio*val és örökösnevezéssel kapcsolatos fejtegetése:

*Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*⁴⁸⁰

A saját korában is a legnagyobbak között számon tartott jogtudós ezt a megállapítást Urseius Feroxhoz írt művének második könyvében tette meg. Ez a jogász Tiberius és Vespasianus császárok alatt működött, akik, mint láttuk, erőteljesen szabályoztak többféle, erkölcsileg érzékeny területet. A fenti fragmentumban nem kell feltétlenül interpolációra gyanakodnunk

⁴⁷⁴ Suetonius, *Domitianus* 8, 4—5. GRELLE szerint nagyjából ettől az időponttól rögzült egyértelműen a birodalom új értékrendje. Ld. GRELLE: *id. m.* 359.

⁴⁷⁵ Seneca, *De ira*, 3, 14, 2: *cogitet quam multa contra bonum morem faciat.*

⁴⁷⁶ Quintilianus, *Institutiones*, 6, 1, 7: *nec boni moris videtur, sic a vero iudicem averti.*

⁴⁷⁷ Tacitus, *De situ Germaniae* 19

⁴⁷⁸ FRANCIOSI, GENNARO: *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, III, Napoli: Jovene 1995, 127skk, és KASER: *Über Verbotsgesetze*, 69, szerint a rómaiak akkor hivatkoztak a *boni mores*-ra, ha jogellenes cselekményt tartalmazó jogügyletet kívántak érvényteleníteni. A létező tiltó jogi norma pusztán magát a cselekményt tiltotta, nem az ilyen cselekményekre irányuló ügyletet. Megállapítása azonban megítélésem szerint csak az esetek egy részére nézve helytálló.

⁴⁷⁹ Gai. 3, 157

⁴⁸⁰ Iul. D. 45, 1, 61

sem a klauzula, sem annak jogkövetkezménye, az érvénytelenség vonatkozásában.⁴⁸¹ A kérdéses *stipulatio* más szempontból problémás. Mi történik akkor, ha az ígéretet tevő személy utóbb meggondolja magát, és mégis mást tesz örökösévé? Később akár vissza is térhet az eredeti örökösnevezéshez, hiszen gyakorlatilag halála időpontjáig szabadon módosíthatja *testamentum*át, amelyről így csak halála után derül ki végérvényesen, sérti-e az ünnepélyes lekötélést. Egy nem sokkal korábbi, Celsustól származó, a házasságkötés szabadságát korlátozó *stipulatio* érvénytelensége mögött is a *boni mores* megsértése állhatott. Celsus nem használta ugyan *expressis verbis* a kifejezést, helyette a *probabilis causa*⁴⁸² fordulattal élt, de a későbbiekben, Papinianus⁴⁸³ és Paulus⁴⁸⁴ munkásságában találkozhatunk a házassággal kapcsolatos, kifejezetten *contra bonos mores stipulatio*kkal. A végrendeletre és a házasságkötésre vonatkozó *stipulatio* az érintett személy döntési szabadságának jövőbeni korlátozása miatt erkölcstelen. Ez önmagában még nem elegendő magyarázat, hiszen minden jogügylet természetesen az akaratszabadság részleges feladásával jár. Mind a házasság, mind a hagyaték felosztásának kérdése érinti azonban a *familia* ősi, belső rendjét.⁴⁸⁵ *Bonae fidei obligatio* körében csak Gaius⁴⁸⁶ működése idején találkozunk először a *boni mores* klauzulával, a *mandatum* kapcsán, de az ilyen típusú jogügyletek *boni mores*-on alapuló felülvizsgálata már korábban megkezdődhetett.⁴⁸⁷ Elképzelhető, hogy töredékes forrásanyagunk nem a valóságos sorrendet tükrözi. Valószínű, hogy az *ex fide bona* kitétel fejlődéséhez hasonlóan,⁴⁸⁸ a klauzula elsőként a *bonae fidei* kötelek kapcsán merült fel, és csak eztán terjedt ki a *stricti iuris contractus*okra.⁴⁸⁹ Ezt a feltételezést erősíti az a tény, hogy Gaius példaként azokat a megbízásokat hozta fel, amelyeknek tárgya *furtum* vagy *iniuria* elkövetése volt, tehát a *bona fidei* köteleket közvetlenül azokhoz a *delictum*okhoz kapcsolta, ahol a klauzula első ízben megjelent.

⁴⁸¹ Más megfontolások alapján KNÜTEL is arra az álláspontra jutott, hogy a szankcióként alkalmazott érvénytelenség esetenként már a klasszikus korban is kiterjedhetett a *stipulatio*okra, ld. KNÜTEL, ROLF—KASER, MAX: *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2005¹⁸, 82. Egyébként, ha egy formális ügylet szóhasználatából már kiderül az erkölcstelenség, a semmisség szankciója automatikusan bekövetkezett. Ha ellenben a *causa* volt erkölcstelen, az ügyletet a praetor *exceptio* segítségével erőtlenné tette el. Ld. KASER: *RP*, I, 251.

⁴⁸² Cels. D. 45, 1, 97, 2

⁴⁸³ Pap. D. 45, 1, 121, 1

⁴⁸⁴ Paul. D. 45, 1, 134 pr

⁴⁸⁵ A *familia* belső rendjét szabályozó normák kezdetben a *mos*, később a *regimen morum* hatálya alá estek. Ld. ZLINSZKY: *Állam*, 116.

⁴⁸⁶ Gaiusnál a *leges* és a *mores* fogalmai több helyen szoros összefüggésben állnak egymással. Pl. G. 1, 92; 4, 26sk.

⁴⁸⁷ MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 166.

⁴⁸⁸ FÖLDI ANDRÁS: *A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig*, Budapest: Publicationes Instituti Iuris Romani Budapestinensis 2001, 13sk.

⁴⁸⁹ Ezt a feltételezést látszik alátámasztani KASER: *RP*, I, 251, amely szerint a *bonae fidei iudicium*ok erkölcstelenségét már a *fides* kizárta.

*Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.*⁴⁹⁰

Elképzelhető, hogy a *contra bonos mores* klauzula ekkor már a *societas* kapcsán is felmerült, legalábbis erre enged következtetni Ulpianus egy közlése, amely a *maleficii societas* semmissége vonatkozásában megerősítette Pomponius véleményét.⁴⁹¹ Szintén Ulpianusnak köszönhetően tudjuk, hogy Pomponius szerint a magisztrátus akkor él vissza hatalmával *contra bonos mores*, ha a halállal vagy korbácsolással fenyegetőzve pénzt csikar ki a megfélemlített személyből.⁴⁹² Említésre érdemes, hogy ebből a korszakból ez az egy közvetett említésünk van az *iniuria publicára*.

A klauzula fejlődéstörténetében a következő nagy jelentőségű változást az jelentette, hogy már nem egyes konkrét jogügyletek (például a *salarium procuratori*⁴⁹³ vagy a *donatio*⁴⁹⁴) kapcsán, hanem alacsonyabb (*condicio*⁴⁹⁵) vagy éppen magasabb absztrakciós szinten (*bonae fidei iudicium*⁴⁹⁶) kezdtek el használni.⁴⁹⁷ Az általánosítás úttörő jelentőségű, a klauzula későbbi fejlődését mindmáig meghatározó első lépését minden valószínűség szerint Papinianus tette meg:⁴⁹⁸

*Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.*⁴⁹⁹

A klauzula első alkalommal történt generális jellegű alkalmazásának pontos idejét nagy biztonsággal meghatározhatjuk a rendelkezésünkre álló adatok alapján. A fenti fragmentum mellett másik biztos támpontunk, hogy Kr. u. 213-ban már jogalkotói szinten is általános jelleggel használták a klauzulát, erről Antonius Caracalla császár egy *constitutio*ja tanúskodik: *Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.*⁵⁰⁰

⁴⁹⁰ Gai. 3, 157

⁴⁹¹ Ulp.-Pomp. D. 17, 2, 57. A fragmentum utolsó, általánosító megjegyzése már valószínűleg Ulpianustól származik.

⁴⁹² Ulp.-Pomp. D. 4, 2, 3, 1.

⁴⁹³ Pap. D. 17, 1, 7.

⁴⁹⁴ Pap. D. 39, 5, 29, 2.

⁴⁹⁵ Pap. D. 28, 7, 15.

⁴⁹⁶ Pap. D. 22, 1, 5.

⁴⁹⁷ MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 163, szerint a Kr. u. 3. századból nem kevesebb, mint hat kijelentés feltűnően általános jelleggel szól a jogügyletek *boni mores* alapján történő korlátozásáról.

⁴⁹⁸ Papinianus esetében különösen kimutatható a téma iránti érzékenység, mint ahogy erre már korábban MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 154, is rámutatott. Papinianus erkölcsiségének önálló fejezetet szentel SICARI, AMALIA: *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari: Cacucci 1996, 336—348.

⁴⁹⁹ Pap. D. 22, 1, 5.

⁵⁰⁰ C. 2, 3, 6.

Másrésről valószínűsíthető, hogy a 2. század derekán alkotó Pomponius még csak eseti jelleggel hivatkozott a jó erkölcsökre, a Digesta kompilátorainak egy sajátos, másképp nemigen magyarázható szerkezeti megoldása legalábbis erre utal. A Digesta negyvenötödik könyvében ugyanis Ulpianus⁵⁰¹ feltűnően rövid, általános érvényű mondatához (*generaliter novimus...*) illesztettek hozzá egy kazuisztikus Pomponius fragmentumot, nyilván azért, mert ez utóbbinál az általános szabály még nem létezett:

*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.*⁵⁰²

*Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari.*⁵⁰³

Figyelemreméltó, hogy a Pomponius által adott példák részben már az ősi *ius civile* által is tiltott szakrális bűncselekménynek (*crimennek*) minősültek. A jog erkölcsi tételekkel való átítatódása már akkor arra az eredményre vezetett, hogy azokban az esetekben is hivatkoztak az erkölcsi szabályokra, ahol kifejezett törvényi tilalom is fennállt.⁵⁰⁴ A törvényellenesség és a jó erkölcsökbe ütközés keveredése figyelhető meg a sokat idézett Papinianus-fragmentumban:

[...] *nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*⁵⁰⁵

Nem elhanyagolható körülmény, hogy a fenti általános érvényű tétel egy végrendeleti feltétellel kapcsolatban került rögzítésre és a családi viszonyokba történő erőteljes beavatkozást takart:

*Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si condicio non esset in eius potestate[...]*⁵⁰⁶

Ha a szöveget alaposabban megvizsgáljuk, feltűnő, hogy a konkrét jogellenességet absztrakt erkölcstelenséggel magyarázta az ókori jogtudós. A szöveg első felében még egyértelműen csupán a törvényellenességről (*quod senatus aut princeps improbant*) van szó, és csak a második részben, az előzményekre visszautalva jelenik meg a *boni mores*, mint a *pietas*-t,

⁵⁰¹ Az Ulpianusnál szereplő *turpes* kifejezés a *contra bonos mores* szinonimájának tekinthető. Ld. SIBER, HEINRICH: *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin: Sack 1928, 106. E szerző nézete szerint a teljesítés nem követelhető vissza *condictio ob turpem causam* segítségével, ha mind a teljesítés, mind az elfogadás erkölcstelennek minősült, de eredményes lehet a visszakövetelés akkor, ha csak az elfogadás volt *turpis*. A *turpis* és a *contra bonos mores* fogalmainak egyenértékűségét vallotta KASER: *RP*, I, 250 is.

⁵⁰² Ulp. D. 45, 1, 26

⁵⁰³ Pomp. D. 45, 1, 27pr

⁵⁰⁴ KASER: *RP*, II, 94; KUNKEL, WOLFGANG: *Diligentia*, ZSS (Rom. Abt.) 45 (1925), 339; BIONDI: *DRC*, II, 67skk. LEVY, ERNST: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar: Böhlau 1956, 25.

⁵⁰⁵ Pap. D. 28, 7, 15.

⁵⁰⁶ Uo.

existimatiót és *verecundiát* átfogó, általános fogalom.⁵⁰⁷ Az imént ismertetett, a fogalom változásaira vonatkozó ismereteink birtokában nincs okunk rá, hogy a *fragmentum* e két részletét utólag összeillesztették, azaz interpoláltak tartasuk.⁵⁰⁸

A lényegi problémát nem az erkölcstelen feltétel önmagában, hanem a különböző hatalmi intézmények és normarendszerek összeütközése jelentette. A családi viszonyra Papinianus háromszor is visszautalt (*fuit in potestate, testamentum patris, in eius potestate*). A jogvita elsősorban a *paterfamiliast* az atyai hatalom alapján megillető jogosultságok terjedelméről szólhatott, a tényleges jogkérdés pedig az atyai hatalom és a központi jogalkotói akarat kollíziója volt. Ezen értelmezés érthetőbbé teszi a *posse* ige használatát is.

Ami jogellenes, az erkölcstelen is,⁵⁰⁹ állítja Papinianus, és ami jogellenes, azt tisztességes emberként lehetetlennek kell tekintenünk. Egyértelműnek tűnik, hogy e lehetetlenség jogi természetű,⁵¹⁰ és hogy a *fragmentum*ban szereplő „*nec facere nos posse*” nem általában véve fizikai lehetetlenségre utal. Ami a tisztességes ember számára lehetetlen, az jogilag lehetetlen, jóllehet a tisztességtelen ember számára fizikailag nem az. A jogtudománnyal is foglalkozó sokoldalú tudós, LEIBNIZ figyelemreméltó olvasata⁵¹¹ szerint a római jellemfelfogással magyarázható, hogy a szövegben összemosódik a lehetetlenség és az erkölcstelenség kategóriája.⁵¹² A *fragmentum*hoz az alábbi megjegyzést fűzte: „Erkölcsei alatt pedig azt értem, ami egy tisztességes ember számára a természetnek megfelelő. Mert ahogy egy római jogtudós találóan mondta, úgy kellene vélekednünk, hogy nem is vagyunk képesek olyat tenni, ami a jó erkölcsökbe ütközik.”⁵¹³

⁵⁰⁷ Ez a szerkesztési technika akár interpolációra is utalhat. Nem a struktúra, hanem a szóhasználat alapján KASER, MAX: *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, ZSS (Rom. Abt.) 60 (1940), 149. teljes egészében interpoláltak tartja a szöveget. A *dixerim* kifejezés szerinte nem illik a törvényhozó szájába. BIONDI: *DRC*, 49¹, szerint KASER nem érvei nem meggyőzőek.

⁵⁰⁸ Azonos véleményen van WIEACKER, FRANZ: *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1960, 334sk. eltérő állásponton volt SCHULZ: *Geschichte*, 298.

⁵⁰⁹ Ld. még a tárgyalat Call. D. 48, 7, 7-t is.

⁵¹⁰ DE RUGGIERO, ROBERTO: *Sul trattamento delle condizioni immorali e 'contra leges' nel diritto romano*, BIDR 16 (1904), 168. SUMAN, ANTONIO: *'Favor testamenti' e voluntas testantium*, Roma: Athenaeum 1916, 114 például a szöveghely alapján a *contra bonos mores* feltételt a jogilag lehetetlen feltételek csoportjába sorolta be. Nézete szerint (*id. m.* 115) az erkölcstelen vagy törvényellenes feltételek kapcsán nem lehet a *favor testamenti* elvének érvényesüléséről beszélni, a *remissiót* inkább büntető jellegűnek ítélte meg.

⁵¹¹ LEIBNIZ, GOTTFRIED WILHELM: Praefatio Codicis juris gentium diplomatici, in Uő: *Sämtliche Schriften und Briefe, Vierte Reihe: Politische Schriften, Fünfter Band: 1692—1694*, Berlin: Akademie 2004, 60sk. (=www.leibniz-edition.de/Baende/ReiheIVhtm). Idézi FÖLDI ÉVA STEIN, PETER: *A római jog Európa történetében*, Budapest: Osiris 2005, 141-hez írt fordítói jegyzetében.

⁵¹² Erre vonatkozóan ld. STEIN, PETER: *A római jog Európa történetében* (ford. Földi Éva), Budapest: Osiris 2005, 141. Ez a probléma más jellegű területen, a lehetetlen és erkölcstelen feltételek vonatkozásában is megjelenik.

⁵¹³ LEIBNIZ, WILHELM GOTTFRIED: *id. m.* 60sk. Idézet és fordítás FÖLDI ÉVÁTÓL, STEIN: *id. m.* 141. Ebbe az irányba mutatnak a pszichológia legújabb kutatási eredményei is. MARC HAUSER harvardi pszichológus professzor nemrég megjelent könyvében — CHOMSKY és RAWLS nyomdokaiba lépve — azt feltételezi, hogy az ember veleszületett képessége szerint képes a jó és a rossz közötti választásra, egy, az emberbe genetikusan

Nem szabad feltétlenül engednünk azonban annak a kísértésnek, hogy Papinianus kijelentése mögött mindenáron tudatos dogmatikai vagy társadalmi üzenetet keressünk. A fragmentum egyszerűen Papinianus önvallomásaként is felfogható, amint azt LÜBTOW javasolta.⁵¹⁴ A Caracalla önkénye ellen küzdő jogtudós nem volt hajlandó legitimizálni a császár Getával szemben elkövetett gyilkosságát, és ezen dilemmájára utalva írta volna meg a fenti sorokat. A *nos* kifejezés saját magára, illetve a jogtudósokra, a *pietas* pedig az istenek és atyák tiszteletére vonatkozhatott. Ennek megfelelően a *nec facere nos posse* inkább úgy értelmezendő, hogy egy jogtudósi vélemény sem adhat felmentést bizonyos alapvető értékek megsértése alól, a *boni mores* pedig egy jogon túli, felettes rendet takart. A magam részéről ezt az elképzelést a konkrét élethelyzettől túlságosan távolinak tartom, ráadásul LÜBTOW figyelmen kívül hagyta, hogy Papinianus *Quaestiones* című művét valószínűleg Septimius Severus császársága alatt, tehát a kérdéses gyilkosság előtt írta.

A fragmentum értelmezésével kapcsolatos véleményeket a szerint csoportosíthatjuk, hogy a *non posse* kifejezést „nem lehetséges” vagy „nem szabad” értelemben fordítják-e. GUARINO a *non posse* kifejezést akként értelmezte, hogy az adott cselekmény ugyan elvégezhetjük, de aktusunk nem váltja ki a kívánt eredményt, azaz egyfajta moderált, „eredményesen nem lehetséges” álláspontot képviselt.⁵¹⁵ KASER a klauzulát rétorikai eredetűnek tartotta, megjelenését a rómaiak magas erkölcsi nivójával magyarázta. Ő a „nem szabad” értelmezést Paulus szavai nyomán mindenképp kizárta: *non omne quod licet honestum est*.⁵¹⁶ Azaz az erkölcstelen cselekmény ugyan szabad (*licet*) de egy *bonus vir* számára tisztességtelensége okán a lehetőségek köréből kizártnak tekinthető.⁵¹⁷ Álláspontját az alábbi korrekciókkal elfogadhatjuk. Számos esetben tapasztalhatjuk a korabeli forrásokban, hogy a *non posse* kifejezést akkor is használják, ha a kérdéses cselekmény törvénybe ütköző.⁵¹⁸ Ez a tény önmagában a „nem szabad” teoriáját erősíti. Ráadásul a fragmentumban a *non posse* által kifejezett tilalom törvényellenes cselekményekben (*quod senatus aut princeps improbant*) konkretizálódott. Ennek megfelelően a konkrét szöveghely éppen a „nem szabad” és a „nem lehetséges” egyfajta szintézisének tekintendő. Papinianus a cselekmények tilalmát („nem szabad”) azzal indokolta, hogy azok egy tisztességes ember számára nem lehetségesek. Azaz

rögzült morális „nyelvtan” szabályainak segítségével. Ld. HAUSER, MARC: *Moral Minds: How Nature Designed Our Universal Sense of Right and Wrong*, New York: Ecco 2006.

⁵¹⁴ LÜBTOW: *id. m.* 159.

⁵¹⁵ GUARINO: *Diritto privato romano*, 384skk.

⁵¹⁶ Paul. D. 50, 17, 144pr.

⁵¹⁷ KASER: *RP*, I, 197.

⁵¹⁸ Pomp. D. 1, 2, 2, 16. Itt az *ut* szócskával bevezetett célhatározó mellékmondat egyértelműen alátámasztja a fenti nézetet: *lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*. Vagy Pap. D. 1, 21, 1, 1: *verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse transire*.

nem a jogszabállyal nem tiltott (*licet*), és ezért akár elkövethetőnek is tartható cselekmények tisztességtelenségéről van itt szó, mint KASER álláspontja sugallná, hanem arról, hogy a törvényszegés nem csak a pozitív jog normáinak sérelmével, de kötelességtudatunk, becsületünk, szeméremérzetünk csorbulásával is jár. Érdeemes eddigi megállapításainkat egy egyszerűen áttekinthető táblázatba rendezni:

	LICET	NON LICET
SECUNDUM BONOS MORES/ HONESTUM	„ <i>Quod rei publicae venerandae causa secundum bonos mores fit...</i> ” ⁵¹⁹	Elméletileg elképzelhető eset, például egy erkölcstelen jogszabály esetében. ⁵²⁰
CONTRA BONOS MORES	„ <i>non omne quod licet honestum est</i> ” ⁵²¹	Ld. a speciális <i>iniuria-edictumok</i> at.

A táblázatból jól látható, hogy a „nem szabad” és a tisztességes emberként „nem lehetséges” összefüggésrendszere az eddig feltételezettnél árnyaltabb. Van ugyanis olyan *contra bonos mores* cselekmény, amelyet jogszabály tiltott (*iniuria-edictumok*) és van, ahol a klauzula hézagpótló szerepet tölt be, azaz jogszabályi rendelkezés hiányában lépett életbe. Az általunk tárgyalt Papinianus-fragmentumot a jobb alsó rubrikába sorolhatjuk be, a *non licet* és a *contra bonos mores*, azaz a „nem szabad” és a „nem lehet” metszéspontjába.

Alátámasztja e feltételezést, hogy a szöveg egészében harmonikusan illeszkedik az *iniuria* azon koncepciójába, amely szerint az nem csak a tényleges fizikai, hanem az immateriális sérelmeket is magában foglalta. Jelen esetben sem tényleges sérelemtől van szó, hanem csupán egy lehetséges jövőbeni magatartás okozta sérelemtől. Pusztán a törvény megsértésére motiváló feltétel elegendő már ahhoz, hogy mind a feltételt megszábo, mind az azt elfogadó személy méltóságát sértse.⁵²² Hasonló gondolattal találkozhatunk egyébként Iustinianus császár törvényerőre emelt tankönyvében, az *Institutiones*-ben is, a *sanctio* szó eredetének ismertetése kapcsán.⁵²³ A forráshely szerint a törvénynek a törvényszegővel szemben büntetést előíró része, a szankció, a sérthetetlen dolognak (*res sanctaenak*) felfogott

⁵¹⁹ Paul. D. 44, 10, 33

⁵²⁰ Talán ide sorolhatóak azon esetek, amelyekre a *patria potestas* visszaszorítása kapcsán KASER, MAX: *Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene*, ZSS (Rom. Abt.) 58 (1938), 76 skk. utalt.

⁵²¹ Paul. D. 50, 17, 144pr.

⁵²² KANT erkölcstana szerint a törvény szerint valaki akkor bűnös, ha megsérti mások jogait. Az etika szerint akkor, ha fontolgatja, hogy ezt megteszi. Ld. KANT, IMMANUEL: *Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg: Nicolovius 1797—98, 508skk. Idézi WEISCHEDEL, WILHELM (Hrsg.): *Werke in zwölf Bänden*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1968 alapján.

⁵²³ I. 2, 1, 10.

városfalakról (*muri sancti*) kapta a nevét. A konkrét fizikai akadályt képező városfal és az elvileg testi korlátot nem jelentő, ezért *potencialisan* áthágható normabeli diszpozíció úgy hasonul egymáshoz, mint említett rosszra való képtelenségünk idealitása és ennek ellenére megvalósított jó erkölcsökbe ütköző cselekedeteink realitása.

A szövegben a *boni mores* általános értelemben, három másik fogalom (*pietas, existimatio, verecundia*) összefoglalásaképpen jelenik meg. A hármas fordulat nem a jogtudós saját leleménye, hanem a Kr.u. 2. század jellemző kancelláriai fordulata,⁵²⁴ amely az alábbi, a *decretum divi Marciról* szóló fragmentumban is előfordul:

[...] *non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere.*⁵²⁵

Fontos körülmény, hogy ez a *decretum* a hármas szófordulatot nem a *boni mores*, hanem a *vis* kapcsán és egyértelműen a jogellenesség fogalmi körén belül használta. Ez a tény szintén azon nézetünket támasztja alá, hogy Papinianus egyszerűen jogellenességre gondolt, mikor a kérdéses fordulatot írta. A feltétel *contra bonos mores*-ként való minősítését annak köszönhetette, hogy valamely szenátusi határozat vagy egy császári rendelet kifejezett szabályába ütközött.

Papinianus számára a *boni mores* és *mos maiorum* két különböző, differenciált fogalom. Míg az előbbit egyértelműen erősen a pozitív jog fogalmához kötötte, az utóbbit azzal konkurrens, azt akár lerontani képes normaként fogta fel. Jól érzékelt a kétféle kategória közötti különbséget és a *mos maiorum* kifejezést használta, ha a jognak mellérendelt normaegyüttesre kívánt utalni,⁵²⁶ de a *boni mores*-ra hivatkozott akkor, ha kifejezetten jogellenes cselekményre utalt, vagy a jog egészéből következő, konkrét szabály által azonban nem tiltott cselekmény tilalmát kívánta megokolni. Ez derül ki abból a fragmentumából is, amelyben a *boni mores*-t a *ius gentium*mal kapcsolta össze:

*Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae viventis nullam fuisse constabat: verum ei, qui donavit ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit.*⁵²⁷

Milyen megfontolások alapján köthette össze ezt a két fogalmat a remekjogász? Értelmezésében a *ius gentium* ismertetőjegyei a pozitívitás hiánya és az egyes helyi

⁵²⁴ MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 162.

⁵²⁵ Call. D. 48, 7, 7.

⁵²⁶ Pap. D. 1, 21, 1, 1.

⁵²⁷ Pap. D. 39, 5, 29, 2. Ilyen értelmű szabály él tovább a BGB 312. §-ában, a *Code civil* 1600. cikkelyében és a ZGB 636. cikkelyében. Ld. HONSELL: *id. m.* 35. Ebben az esetben is azzal a szerkesztési technikával találkozhatunk, mint amelyet fentebb Ulpianus egy általános kijelentése és Papinianus kazuisztikus megközelítése összekapcsolása során már láthatunk. Itt a Papinianus-fragmentumhoz a Marcianus által megfogalmazott jogkövetkezmenyt fűzték: *nam ei ut indigno aufertur hereditas*. Ld. D. 39, 5, 29, 3.

szokásoktól való függetlenség volt.⁵²⁸ E jegyek pedig mindkét fogalomban (a *boni mores*-ban és a *ius gentium*-ban) valóban közösek, ráadásul a *ius praetorium* keretein belül értelemszerűen nem is hivatkozhatott a *mores maiorum*-ra. Ugyanez a jelenség⁵²⁹ figyelhető meg Tryphoninusnál,⁵³⁰ azzal a különbséggel, hogy e jogtudós a *ius gentium*-ot és a *praecepta civiliá*-t nem a *boni mores*, hanem a *bona fides* és az *aequitas* kategóriái segítségével vonta össze.

Az előbbi példákhoz hasonlóan szintén a jogszerűség–jogellenesség értékmézejében merül fel a *boni mores* az alábbi, a házasság tisztaságával kapcsolatos esetben is. A kifejezés kivételesen pozitív formában, a jog által is támogatandó értéként jelenik meg:

*Stipulationis utiliter interponendae gratia mulier ab eo, in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset. Nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione pecuniam adsequi non possit.*⁵³¹

A fragmentum tanúsága szerint a férj ígéretet tett feleségének, hogy a házasságuk fennállása alatt nem folytat viszonyt szeretőjével, akivel korábban *concubinatus*-ban élt. A *responsum* szerint, ha esküjét megszegi, a feleség jogosan követelheti a kikötött pénzösszeget. A *stipulatio* érvényes, hiszen *ex bonis moribus concepta fuerat*. A jó erkölcsök érvényre jutását a normatív jog eszköztára segítette elő. A Papinianus által tagadólag megfogalmazott jogtudósi vélemény alapján a jogvita alapja a következő kérdésfeltevés lehetett: *boni mores*-ba ütköző-e az erkölcsös magaviselet tanusítására adott ígéret? A jogtudós válasza: *nihil causae*. Papinianus a hagyományokra tekintettel a *matrimonium* tisztaságát tartotta a jó erkölcsnek megfelelőnek, és nem a feleségnek a férj akaratszabadságát korlátozó, hűtlenség esetére szóló pénzbeli igényét erkölcstelennek. Az sem minősült *contra bonos mores*-nak, ha a hagyomány megszerzését házasságkötéstől tették függővé.⁵³² Ebben az esetben a *mortis causa* ígért összeg csupán a házasságra történő invitációnak minősült, amelyet a fél, ha akart elfogadott, ha nem, elutasított, akaratszabadsága megmaradt:

Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est.

⁵²⁸ HONSELL, HEINRICH—MAYER-MALY, THEO—SELB, WALTER: *Römisches Recht*, Berlin—Heidelberg—New York—London—Paris—Tokyo: Springer 1987⁴, 60.

⁵²⁹ Bővebben ld. HONSELL—MAYER-MALY—SELB: *id. m.* 60.

⁵³⁰ Tryph. D. 16, 3, 31 pr.

⁵³¹ Pap. D. 45, 1, 121, 1.

⁵³² Sőt éppen ellenkezőleg: az augustusi házassági törvények körébe tartozó *lex Iulia de maritandis ordinibus* szerint a házasság nélküli személy a számára megnyílt végrendeleti örökséget nem szerezhette meg.

Papinianus is szükségesnek érezte megmagyarázni, miért lehetséges az, hogy míg a házasságkötésre vonatkozó kötelezettségvállalás erkölcstelen, addig az ilyen feltétellel tett hagyományrendelés nem? Az első *inter vivos*, a második *mortis causa* ügylet, a lényegi különbség azonban a második esetben a büntetéssel való fenyegetettség (*metus*) jelenléte, amely alatt a korszak terminológiájának megfelelően nem *vis absolutát*, csupán az akaratot „meghajlító” kényszert kell értenünk:

*Huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari.*⁵³³

A *procurator*ral történő, a pernyertesség esetén várható haszonról szóló megállapodás erkölcstelennek minősült. Ezek a megállapodások *ipso iure* infamáltak,⁵³⁴ tehát súlyosan érintették az érintett személy *reverentiáját*.

*Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit.*⁵³⁵

E két előbbi fragmentumban sem nehéz felfedeznünk azt az etikai-társadalmi normarendszert, amely a társadalom horizontális és vertikális személyközi viszonyait szabályozta. A *patronatus*, a *clientela*, a *familia*, a *potestas*, az *amicitia* mind e részben jogilag is szabályozott rendszer alkotóelemét képezte. Az interperszonális viszonyok alapját a *fides*⁵³⁶, valamint a *boni mores* képezték, amint az a fenti fragmentumból is kitűnik (*fidem adhiberi placitis oporteat*).⁵³⁷

Papinianus munkásságában két jelentős újítást fedezhettük fel. Egyrészt nagy valószínűséggel ő teszi a *contra bonos mores* klauzulát általános jellegűvé, másrészt szövegeiben tapasztalhattuk először, hogy az erkölcstelenség nem a jogügylet egészéhez, hanem csak annak egyik alkatrészéhez, a *condició*hoz kapcsolódott. A későbbiekben, de még a jogügyleti tan teljes kibontakozása előtti időszakban ez a tény jelentős dogmatikai következményekkel jár majd.

⁵³³ Pap. D. 35, 1, 71, 1.

⁵³⁴ Erre utal a Diocl. C. 2, 12, 15-ben található *non sine reprehensione* kifejezés.

⁵³⁵ Pap. D. 17, 1, 7.

⁵³⁶ PAPERI, OSCAR: *Considerazioni sull'origine del 'procurator ad litem'*, in: *Cunabula iuris, Studi storico-giuridici per Gerardo Broggin*, Milano 2002, 382.

⁵³⁷ A *fides* ezen szerepét Cicero is megerősítette. Cicero, *Pro Roscio Amerino*, 38, 111.

Az eredeti gondolatokban kevésbé bővelkedő⁵³⁸ Paulus két szempontból is hivatali felettese,⁵³⁹ Papinianus nyomdokaiba lépett. Szintén elítéli a házasságkötés szabadságát korlátozó *poenát* és foglalkozik a *contra bonos mores condiciókkal* is:

*Condiciones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt,*⁵⁴⁰ *veluti ‘si ab hostibus patrem suum non redemerit’, ‘si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit’.*⁵⁴¹

A fragmentum Paulus *edictum*-kommentárjából származik, talán ezzel magyarázható, hogy a benne felsorolt példák még erősen az ősi familiáris viszonyokhoz (*pater, patronus*) kapcsolódnak. Mint ahogy a későbbiekben látni fogjuk, a jogtudósnak tulajdonított *Sententiae* is ezen a vonalon haladtak tovább.⁵⁴²

Papinianushoz hasonlóan Paulus is az akaratszabadságot korlátozása miatt tartotta a *poenát* problematikusnak házasságkötés esetén:

*Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seius habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.*⁵⁴³

A fragmentum mélyebb elemzése első olvasatra talán nem szembeötlő eredményekre vezet. A római házasság a felek tartós egyetértésére (azaz tartós *affectio maritalis*) épült. Paulus talán éppen ezért hangsúlyozhatta, hogy a felek gyermekeik összeházasításának kérdésében csupán a házasság megkötésekor (*tempora matrimonii*) értettek egyet, Gaius Seius azonban még a házasság fennállása alatt (*constante matrimonio*) meggondolta magát. A házasfelek között, ha nem is közvetlenül a házassági szándékkal történő tartós együttélés (*affectio maritalis*) szándéka (ezt a fragmentumból nem lehet megállapítani), de mindenesetre egy, a házasság keletkezésekor fenálló konszenzus szűnt meg. Felmerül a kérdés, vajon Titia nem azért ment

⁵³⁸ Ld. GUARINO, ANTONIO: *Storia del diritto romano*, Napoli: Jovene 1996¹¹, 490, valamint KUNKEL, WOLFGANG: *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln—Weimar—Wien: Böhlau 2001, 244sk.

⁵³⁹ Paulus *adsessor*ként tevékenykedett a *praefectus praetorio* tisztségét viselő Papinianus mellett.

⁵⁴⁰ A halál esetére szóló rendelkezések körében, a törvényellenes vagy erkölcstelen feltételhez kötött örökösnevezés törlésre került. Ld. KASER: *RP*, II, 96; valamint LEVY: *id. m.* 93. Ezzel szemben MESSINA VITRANO: *id. m.* 67, a Consult. 4, 8 és PS 3, 6, 8 szövegek alapján érvénytelennek ítéli az erkölcstelen feltételhez kötött örökösnevezést. Álláspontját, amely szerint a *turpitudóra, impendiumra, turpisra* való utalás törlendő, gyengíti Gai. D. 36, 1, 65, 7.

⁵⁴¹ Paul. D. 28, 7, 9.

⁵⁴² PS 3, 4, 2.

⁵⁴³ Paul. D. 45, 1, 134pr.

bele a házasságba, hogy fiának a házasság révén kedvezőbb anyagi helyzetet teremtsen. Ha így történt volna, nemcsak a gyermekek, hanem Titia és Gaius Seius házassága is erkölcstelen előfeltevéseken alapszik, így a fragmentum végén szereplő kitétel (*sive futura sive iam contracta*) értelmezhetővé válik: a jövőbeli házasság a gyermekek, a már megkötött házasság Titia és Gaius Seius házasságára utalhat. A fragmentum másik érdekessége, hogy Paulus a *non secundum bonos mores* kitétel az *inhonestum* nyelvi megfelelőjeként kezelte.

A már sokszor emlegetett *edictumok* képezték a további fejlődés kiindulópontját a klasszikus korszakban is. A fejlődés alapjukon két eltérő irányban indult meg, a személyes sérelmekkel (a *contumeliával* és az *adtemptata pudicitia*val) kapcsolatos *edictumokból* az ember méltóságára, akaratának szabadságára vonatkozó, a hétköznapi erkölcs fogalmához közelebb álló szabályozás alakult ki. A rabszolga megkorbácsolásáról szóló *edictum* pedig a közrend védelmére szolgáló szabályok gyökerének tekinthető. Az egyéni méltóság és a közérdek, a két védeni kívánt érték alá-felé rendeltségi viszonyban állt egymással. Paulus szerint az egyén sérelme megengedhető, ha az állam és tisztségviselőinek tisztelete, tekintélye azt megkívánta: *Quod rei publicae venerandae causa secundum bonos mores fit, etiamsi ad contumeliam alicuius pertinet, quia tamen non ea mente magistratus facit, ut iniuriam faciat, sed ad vindictam maiestatis publicae respiciat, actione iniuriarum non tenetur.*⁵⁴⁴

A mondat szerkezete meglehetősen zavaros, tartalma mégis világos: a személyt ért sérelem akkor lehet *secundum bonos mores*, ha az *iniuria* tényállásához ebben a korban már megkövetelt célzatosság hiányzik. A jó erkölcsökbe ütközés e megállapítás szerint a magisztrátus szubjektív tudati viszonyulásától (*ea mente*) függött, másrészt a *veneratio rei publicae*, illetve a *maiestas publicae* már erősen objektív színezettel bírt.

Mint láttuk, az *edictumban* még csupán a rabszolga megkorbácsolatása sérthette a „köznyugalmat”, azaz lehetett *iniuria contra bonos mores*. Paulus már tágította az idetartozó esetek körét. *Iniuria publica* volt az is, ha mást a trágya kellemetlen szagának tettek ki, ha sárral bepiszkították, ha a vezetékeken szállított vagy a vízgyűjtőben tárolt vizet beszennyezték.⁵⁴⁵ Sőt, Paulus általános jelleggel minden a „köznyugalmat” sértő cselekményt szigorúan büntetendőnek tartott: *quidve aliud ad iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti solet.*⁵⁴⁶ Nemsokkal később *per definitionem* meg is fogalmazták, hogy *iniuria* akkor állapítható meg, ha a sérelmet *contra bonos mores* idézték elő, és ha bekövetkezése nem állt valaki vagy valami (nyomósabb) érdekében.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Paul. D. 47, 10, 33.

⁵⁴⁵ Paul. D. 47, 11, 1, 1.

⁵⁴⁶ Paul. D. 47, 11, 1, 1.

⁵⁴⁷ Consult, 2, 5, 2,

Ulpianusnak az *edictum*hoz írt kommentárjából áthagyományozódott fragmentumai a *contra bonos mores* klauzula sokszínű felhasználásáról tanúskodnak. Az erőszak extrém eseteit (*vis atrox*) és a *contra bonos mores* cselekményeket vélhetően a rabszolga megkorbácsoltatása miatt, az *edictum* eredeti szövege alapján említhette együtt, de azt a látszatot keltve, mintha két, egymástól elkülönülő esetkőről lenne szó.⁵⁴⁸ A magisztrátus a *ius licitum* (ebben az esetben valószínűleg a *ius civile* szinonímája) és a *ius honorarium* alapján bizonyos, erőszakkal, mások sérelmével járó aktusokat megengedhet magának.⁵⁴⁹ A *vis ac metus* és a *contra bonos mores* más jellegű összefüggését találjuk Ulpianus egy másik megállapításában. E szerint semmi sem áll távolabb a *bonae fidei iudicium*októl mint a kényszer és megfélemlítés (*vis atque metus*). Az ellenkező bizonyítását *contra bonos mores*nak minősítette.⁵⁵⁰ Amíg Papinianus általánosító megállapítása a *bonae fidei iudicium* tárgyára, azaz jó erkölcsbe ütköző szolgáltatásra vonatkozott, Ulpianus a klauzulát egy semmisséggel járó akarathibával (tulajdonképpen a *vis absolutával*) kapcsolta össze. A szigorú jogkövetkezmény a *comprobare* ige használatából valószínűsíthető. Ez arra utalhat, hogy az érvénytelenség *ipso iure* bekövetkezik, és hogy e tekintetben nincs helye jogvitának. Hasonló Ulpianus gondolatmenete akkor is, amikor a *dolus*ért való felelősség kizárását minősítette *contra bonam fidem* és egyúttal *contra bonos mores*nak.⁵⁵¹

*Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*⁵⁵²

A fragmentum a praetori *edictum*hoz írt kommentárjából, a *depositum* tárgyköréből származik. Ulpianus egyrészt kizárta a felek diszpozíciójának lehetőségét a szándékos szerződésellenes magatartás vonatkozásában,⁵⁵³ másrészt összekapcsolta benne a *bona fides* és *boni mores* kategóriáit. Megfogalmazásából úgy tűnik, e két utóbbi fogalom önálló jelentéstartalommal, de legalábbis részben közös értelmezési tartománnyal bírt.⁵⁵⁴ A *bona fides* elvét az objektív *boni mores* néhol felülírta (mint az „erkölcstelen” tárgyú *bonae fidei iudicium* esetében), néhol pedig megerősítette (mint a *vis atque metus* és a *dolus* esetében).⁵⁵⁵

⁵⁴⁸ Ezt a nézetet erősíti MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 159 is.

⁵⁴⁹ Ulp. D. 4, 2, 3, 1.

⁵⁵⁰ Ulp. D. 50, 17, 116 pr.

⁵⁵¹ Ulp. D. 16, 3, 1, 7.

⁵⁵² Ulp. D. 16, 3, 1, 7.

⁵⁵³ A *culpa* kizárását ezzel szemben megengedhetőnek tartotta. A felek erre vonatkozó megállapodása jogilag kötelező erővel bírt (*legem ex conventione*). Ld. Ulp. D. 16, 3, 1, 6.

⁵⁵⁴ A generális klauzulák átfedésének problémájához ld. FÖLDI: *A jóhiszeműség*, 102sk. LIEBS szerint a *bona fides* elterjedtsége a jogi forrásokban annak tulajdonítható, hogy már jóval a *boni mores* fogalma előtt, a Kr. e. 3. században kialakult, és így volt ideje meggyökeresedni. Ld. LIEBS, DETLEF: *Römisches Recht*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2004⁶, 264.

⁵⁵⁵ Érdekes adalékul szolgál Tacitus, *Germania* 24, 2. E helyen a szabadságát szerencsejátékon elvesztő személy a *fides* elveinek megfelelően tűrte a rabságot, azonban az őt elnyerő személy adásvétel útján mihamarabb

Ez utóbbi esetben a kérdéses cselekmények mind a jóhiszeműség, mind a jó erkölcsök szerint elítélendőek. A szöveg az erkölcstelen megállapodás praetori jogi érvénytelenségét mondja ki, ezért nem valószínű, hogy eredetileg is az *edictum* részét képezte, a *contraque bonos mores* későbbi betoldásnak tűnik. A kompilátorok munkájára utalhat az is, hogy a mondat az általános szabály jellegét azáltal nyerte el, hogy az eredeti, *ulpianusi* szövegösszefüggésből kiemelték.⁵⁵⁶ Erre utal a fragmentum meglehetősen kazuisztikus kontextusa is.⁵⁵⁷ A *dolus*ért való felelősséget általában nem lehetett kizárni. Ha azonban a sértett féllel szemben a *dolus* annak apja vagy *patronusa* követte el, az – néhány kivételtől eltekintve⁵⁵⁸ – nem védekezhetett *exceptio dolival*, sem más famózus jogsegéllyel. A szülő vagy *patronus* „jó hírét” (*opinionem apud bonos mores*)⁵⁵⁹ fia vagy libertinusa nem kezdhetette ki, a *boni mores* társult a *reverentia* és a *honor* fogalmaival. A *libertinus* és *patronusa* viszonylatában ez a szabály érvényesült aktív formában, a *patronus* örökösének előnyére, és passzívan, a *libertinus* örökösének hátrányára is. A felszabadított rabszolgának tiszteletet kellett tanúsítania egykori gazdájával szemben, és tekintettel kellett lennie annak *reverentiájára*. A felek mégis érvényesíthették a *dolus*ért való felelősséget akkor, ha a *stipulatio*ba felvették a *clausula dolit*. Hiszen e klauzulából nem az infamáló *actio de dolo*, hanem az ilyen szempontból ártalmatlan *acti ex stipulatu* származott.

Mint korábban láthattuk, nagyrészt Ulpianusnak köszönhetően ismerjük az idevágó praetori *edictumok* szövegét is.⁵⁶⁰ A jogtudós több ízben értelmezte is e jogforrás szövegét, a *convicium* kapcsán pedig egyszerű formában definiálta is az *adversus bonos mores* klauzulát. Állítása szerint e kitétel nem mindennemű hangoskodásra (*vociferatio*) vonatkozott, hanem csupán azokra, amelyek sértik a *boni mores*t, azaz ha szitkozódás valakit sért, vagy gyűlöletet ébreszt.⁵⁶¹ Az általa használt *quaeque* kifejezés az osztályozások, rendszerezések esetén volt használatos, ez esetben is egyfajta *partitió*t vezet be, amely a fogalommeghatározás gyakori módja volt már a római jogtudományban is. E magyarázatra azért lehetett szükség, mert a Papinianus óta már általános jelleggel használt klauzula tárgyi hatályának határai nem lehettek világosak. Ulpianus azt is egyértelműen leszögezi, hogy a cselekmény megítélése

igyekezett tőle megszabadulni, hogy ezzel megszabaduljon a szégyentől (*puore exsolvant*), amely az ilyen szégyentelen nyereség révén reá hármlott.

⁵⁵⁶ A részlet eredetileg az előtte álló fragmentumhoz tartozott. Ld. LENEL, OTTO: *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae: Bernhard Tauchnitz 1888, reprint Aalen: Scientia 2000, 889.

⁵⁵⁷ Az előtte és utána álló fragmentumok a *depositummal*, illetve a *locatio conductio*val kapcsolatosak. Ld. Ulp. D. 16, 3, 1, 6 és 8.

⁵⁵⁸ Az *exceptio pecuniae non numeratae* például megengedett volt. Ulp. D. 44, 4, 4, 16.

⁵⁵⁹ Ulp. D. 44, 4, 4, 16.

⁵⁶⁰ Ulp. D. 47, 10, 15, 2; Ulp. eod., 15, 34.

⁵⁶¹ Ulp. D. 47, 10, 15, 5.

nem szubjektív, nem az elkövető tudati viszonyulásán, hanem általános objektív mércén alapszik:

*Idem ait 'adversus bonos mores' sic accipiendum non eius qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis.*⁵⁶²

A *blanda oratio* kapcsán egy elhatárolási problémával is szembekerült. Igaz ugyan, hogy nyájas beszéddel is megsérthető a másik személy, ha a szavak a másik szeméreméretére vonatkoznak, nem *convicium*ról hanem *adtemptata pudicitia*ról van szó.⁵⁶³ A *boni mores*-ra való hivatkozás, a *vociferatio*hoz hasonlóan, ez esetben is a tilalmazott és megengedhető cselekmények közötti különbségtételt szolgálta. Nem mindenkire vonatkozott az *edictum*, aki a másikat követte vagy őt megszólította, hiszen tehette azt tréfából vagy tisztességes célzattal:

*Meminisse autem oportebit non omnem, qui adsectatus est, nec omnem, qui appellavit, hoc edicto conveniri posse (neque enim si quis colludendi, si quis officii honeste faciendi gratia id facit, statim in edictum incidit), sed qui contra bonos mores hoc facit.*⁵⁶⁴

Hasonló a helyzet a rabszolga megkorbácsoltatása kapcsán is, ez esetben is csupán az *adversus bonos mores* fenyítés volt jogellenes, a javító, nevelő szándékú nem. A jogvita kapcsán itt is a már ismert hierarchikus értékrenddel találkozunk. Ha a *municipalis magistratus* a tisztességét és méltóságát szemtelenül semmibe vevő rabszolgát korbáccsal megfenyítette, és az *edictum* alapján beperelték, fel kellett menteni:

*Adicitur 'adversus bonos mores', ut non omnis omnino qui verberavit, sed qui adversus bonos mores verberavit, teneatur: ceterum si quis corrigendi animo aut si quis emendandi, non tenetur.*⁵⁶⁵

A klauzula funkciója ismét az volt, hogy distinkciót tegyen a büntetendő és a jog számára közömbös cselekmények között. Ezt tapasztalhatjuk az alábbi fragmentumban is:

*Vi possidere eum definiendum est, qui expulso vetere possessore adquisitam per vim possessionem optinet aut qui in hoc ipsum aptatus et praeparatus venit ut contra bonos mores auxilio, ne prohiberi possit ingrediens in possessionem, facit. Sed qui per vim possessionem suam retinuerit, labeo ait non vi possidere.*⁵⁶⁶

A hibás birtoklás megállapíthatóságához az egyértelmű erőszak vagy kettős feltétel teljesülése szükséges: egy szubjektív, célzatos az elkövető szándékosságára utaló (*aptatus et praeparatus*

⁵⁶² Ulp. D. 47, 10, 15, 6.

⁵⁶³ Ulp. D. 47, 10, 15, 20.

⁵⁶⁴ Ulp. D. 47, 10, 15, 23.

⁵⁶⁵ Ulp. D. 47, 10, 15, 38.

⁵⁶⁶ Ulp. D. 43, 16, 1, 28.

venit) és egy objektív, a különböző tényállások közötti differenciálásra lehetőséget adó feltétel (*contra bonos mores*).

Valószínű, hogy a férj és feleség között a büntetés összegét nem a lehetséges összegben, hanem *in solidum*ban megállapító *pactum* kapcsán használt *contra bonos mores* kitétel Ulpianus saját adaléka, és nem korábról, Pomponiustól vagy *ad extremum*, Sabinustól származik. Mindhárom eset elképzelhető, hisz a kérdéses fragmentumban Ulpianus megerősíti Pomponius álláspontját, amelyet az a Sabinushoz írt kommentárjának tizenötödik könyvében jegyzett le:

*Eleganter quaerit Pomponius libro quinto decimo ex Sabino, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? Et negat servari oportere, quod quidem et mihi videtur verum: namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere, quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet.*⁵⁶⁷

A töredék szerkezetileg négy részre osztható. Az első rész a forrás megjelölése, a második a tényállás ismertetése, a harmadik a jogtudósi vélemény, a negyedik pedig az előbbit megerősítő indoklás. Ez utóbbi a *mihi videtur verum* szavakkal kezdődik, így Ulpianus sajátjának tűnik. Ráadásul viszonyítást tartalmaz (*melius est dicere*), amely nyilván utalás az általunk nem ismert korábbi, pomponiusi vagy sabinusi szövegre. Ulpianus azért fogalmazhatott eképpen, mert a korábbi jogtudósoktól származó indoklások valószínűleg nem tartalmazták a *contra bonos mores* kitételét. A jó erkölcsökbe ütközés egyébként ez esetben a férjnek kötelezően tanúsítandó *reverentia* sérelme miatt valósult meg.⁵⁶⁸

Marcianus *Institutió*iban több vonatkozásban is eltér Papinianus korábbi, végrendeleti feltételekre vonatkozó álláspontjától. A legfontosabb különbség, hogy Marcianus csak a kérdéses *condiciót* tartotta törlendőnek (*pro non scriptis habentur*), míg Papinianus az egész végrendelet érvénytelennek ítélte (*testamentum infirmet patris*). Míg Papinianus a törvényellenességet és az erkölcstelenséget a tisztességes ember nézőpontjából egységben szemlélte, addig Marcianus világosan elkülönítette, kiegészítette és hierarchikus rendbe állította e kategóriákat:

Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores

⁵⁶⁷ Ulp. D. 24, 3, 14, 1.

⁵⁶⁸ A házastársi viszonyhoz kapcsolódik Ulpianus *De adulterio* című könyvéből ránk maradt fragmentuma is. Ennek értelmében a házasságtörést kivizsgáló bírónak meg kellett vizsgálnia, hogy az egyébként erkölcsös életet élő férj nem követelt-e meg valamilyen szemérmelenséget feleségétől.

*improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve.*⁵⁶⁹

E felsorolás két fő részre bontható. Az elsőbe a *prima facie* jogellenes *conditiók* sorolandók, azok, amelyek császári rendeletbe, törvénybe vagy más törvényerejű jogforrásba ütköznek. A második csoportba tartoznak a jó erkölcsökbe ütköző, nevetséges vagy a praetor miatt más okból elvetett feltételek. E listát nem tartom jogforrási katalógusnak,⁵⁷⁰ inkább egyszerű, példálódzó jellegű felsorolásnak, hiszen például a nevetséges ügyek (*derisoriae*) is helye kapott benne. Ráadásul nem egyértelmű, hogy az ezekben szereplő jó erkölcsök mennyiben különböznek a többek által szintén jogforrási jellegűnek felfogott *mores maiorum*-tól.⁵⁷¹ A posztklasszikus jogtudós Marcianus még egyértelműbben elhatárolta a fent említett két kategóriát, a *ius*-t és a *boni mores*-t az alábbi szövegben:

*Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid.*⁵⁷²

E töredék azért érdekes, mert a *ius* és a *boni mores* azonos rendszertani szinten, egyenrangú fogalmakként jelennek meg benne. A *boni mores* tehát nem a törvény, edictum által kifejezetten nem tiltott cselekmények érvénytelenítésének eszköze a jog területén belül, hanem önálló normarendszer.

Az ezután következő időszakban a klauzula a császári rendeleteket tartalmazó gyűjteményekben (*Codex Theodosianus*, *Codex Iustinianus*), a klasszikus jogtudósok műveit epitomáló szövegekben (*Pauli Sententiae*, *Epitome Gai*), a vegyes jellegű *Consultatió*ban illetőleg egy ízben, Gaiushoz kapcsolódóan, Iustinianus *Institutiones*ében fordul elő.

A császári rendeletek bizonyos szempontból az eddigi fejlődés összegzésének is tekinthetők. Az állami hatalom megerősödése és az eticizmus felé mutató tendenciák a *contra bonos mores* cselekmények szigorú megítéléséről tanúskodnak, az erkölcstelen ügyletek tilalma általános szabály alakját ölti.⁵⁷³ Elsőként Gordianus császár Kr. u. 241-ből származó, a *Consultatió*ban áthagyományozódott rendelete említendő, amely a jó erkölcsbe ütköző *pactumokat* általános jelleggel fosztotta meg a kikényszeríthetőségüktől:

⁵⁶⁹ Marc. D. 28, 7, 14.

⁵⁷⁰ Technikus értelemben vett jogforrási katalógusról a római jogban nem is beszélhetünk, hiszen a rómaiak nem ismerték a törvényektől független, absztrakt jogrend fogalmát. Ezzel kapcsolatos kijelentéseink ennek fényében értelmezendők. Megerősítőleg LÉVY, JEAN-PHILIPPE—CASTALDO, ANDRÉ: *Histoire du droit civil*, Paris: Dalloz 2002, 826.

⁵⁷¹ SCHMIDLIN, BRUNO—CANNATA, CARLO AUGUSTO: *Droit privé romain*, I, Lausanne: Payot 1987, 21, a *mos maiorum* jogforrásként történő értelmezését görög filozófiai hatásnak tulajdonították és Cicero koráig vezették vissza, míg MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 157, szerint a *boni mores* normatív rendként való felfogása csak később, a Kr. u. 3. században terjedt el.

⁵⁷² Marc. D. 30, 112, 3.

⁵⁷³ PS 1, 1, 4; Consult. 4, 8—10; C. 2, 3, 6; D. 22, 1, 5.

*Pacta, quae contra bonos mores interponuntur, iuris ratio non tuetur.*⁵⁷⁴

Diocletianus rendeletei között kazuisztikus jellegű és általánosabb érvényű, a jó erkölcsökre vonatkozó⁵⁷⁵ rendelkezésekkel is találkozhatunk. Közös e fragmentumokban, hogy a *contra bonos mores* klauzula a jogügyletek körében, elvontabb formájában, jogellenesség értelmében jelenik meg bennük. Kr. e. 293 áprilisában Maximianus társceszázárral közösen kiadott rendelete értelmében

Litem te redemisse contra bonos mores precibus manifeste professus es, cum procuracionem quidem suscipere (quod officium gratuitum esse debet) non sit res illicita, huiusmodi autem officia non sine reprehensione suscipiantur.

A procurator tisztségét jogszerűen csak ingyenesen lehetett elvállalni, így a jó erkölcsökre ütközően cselekedett az, aki tevékenységéért meghatározott összeget kért, ezért vállalni kellett bizonyos kellemetlen következményekkel is járó joghatásokat (*reprehensio*). Megtagadták a *petitiót* akkor is, ha *pactum*ban valamely *crimen* alapján történő vádemelés elmaradásáért cserébe pénzfizetésről állapodtak meg.⁵⁷⁶ A *boni mores*-ről ez esetben nem esik kifejezetten szó, a fragmentumban szereplő *crimen* alá közüldözéssel sújtott és nem a sértett mérlegelése alapján megítélendő cselekmények tartoznak. A kérelmet a hivatalnok jogellenes (*non liceat*) megvesztegetése, és nem a jó erkölcsök sérülése miatt kellett elutasítani. Erre utal a '*paciscere*' ige használata is, hiszen ilyen törvényellenes célra valódi szerződést a *bona fides* alapkövetelménye miatt sem lehetett kötni.

Egy hónappal később, Kr. u. 293. májusában kiadott diocletianusi rendelet a jövőbeni örökség vonatkozásában tett *stipulatio* kapcsán már általánosító fordulatot is tartalmazott, az érvénytelenséget már nem csupán egyedi jelleggel, de minden a jó erkölcsbe ütköző *pactum* és *stipulatio* vonatkozásában is kimondta:

*Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint.*⁵⁷⁷

Ezen rendelkezésre vonatkozhat egy, a *Consultatió*ból ránk maradt fragmentum is:

*Neque ex nudo nascitur pacto actio, neque si contra bonos mores verborum intercessit obligatio, ex his actionem dari convenit et reliqua.*⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ Consult. 9, 10.

⁵⁷⁵ Consult. 4, 9sk.

⁵⁷⁶ C. 8, 37, 9, 2.

⁵⁷⁷ C. 8, 38, 4.

⁵⁷⁸ Consult. 4, 9; ld. még Consult. 4, 10.

Ezzel szemben konkrét jellegű az a rendelet, amely szerint a kéjnőnek kifizetett díjazás nem perelhető vissza erkölcsstelenesség címén, mivel mindkét felet szégyenteljes célok vezéreltek (*utriusque turpitudine versatur*). A díjazásra tett ígéret alapján sem lehet perelni, hiszen ebben az esetben a *stipulatio*ban ígért pénzösszeg *causája*, a szexuális szolgáltatás minősült erkölcsstelennek:

[...] *ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur.*⁵⁷⁹

Egyéb későklasszikus jogforrások, elsősorban Paulus *Sententia*-i is tartalmaztak a *boni mores*ra vonatkozó, többnyire általánosító jellegű kijelentéseket. Mind a jogügyleti körben, mind azon kívül alkalmazták a klauzulát. Általános jelleggel, jogellenesség értelemben, a törvényellenesség kiegészítését jelentette az alábbi fragmentumban:

*Neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus.*⁵⁸⁰

Ebben a töredékben is, a már részletesen tárgyalt papinianusi töredékhez hasonlóan, a *posse* igével találkozhatunk. Valószínűleg az egész jogügylet érvénytelenségére utalnak vele, hiszen a jó erkölcsbe ütköző feltétel esetén az érvénytelenség (*nullius sunt momenti*) csak az érintett jogügyleti alkatrészeire korlátozódott volna:

*Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti: veluti si uxorem non duxeris, si filios non susceperis, si homicidium feceris, si larvali habitu processeris et his similia.*⁵⁸¹

Paulus ezen – egyesek szerint a vulgárjogi átdolgozások miatt kevésbé megbízható⁵⁸² – *sententiájában* feltűnő, hogy a jogi szféra (*leges et decreta principum*) és a jó erkölcsök kategóriája határozottan, a *vel* szócska használatával elkülönül egymástól. Ebben az esetben a *boni mores* valamiféle szubszidiárius, jogon kívüli értékmérőnek tűnik, amely egyes, egyébként nem törvényellenes cselekményeket is érvénytelennek minősített. A megadott példák közül a házasság feltétele (*si uxorem non duxeris*), a gyermektelenség (*si filios non susceperis*) a császári rendeletek, az emberölés (*homicidium feceris*) pedig a törvények hatálya alá tartozik. A nevetséges ruha viselése és hasonló esetek (*larvali habitu processeris et his similia*) pedig a jó erkölcsök ellen való magatartásnak minősült. Ez utolsó tényállás egyébként a konkrét értelemben felfogott *iniuria* körébe sorolható.

⁵⁷⁹ C. 4, 7, 5. A forráshelyhez ld. BENEDEK FERENC: *Jogalap nélküli gazdagodás jogellenes és erkölcsstelen magatartásokból a római jogban*, Pécs: PTE Dolg. XV, 1984.

⁵⁸⁰ PS 1, 1, 4. Ugyanezen szabály áthagyományozódására ld. még Consult. 7, 4.

⁵⁸¹ PS 3, 4b, 2. SIBER: *id. m.* 418, a fragmentum alapján elkülöníti az erkölcsstelen és nevetséges feltételeket. Fejtegetéséből azonban nem világos, milyen alapon tart egyes eseteket erkölcsstelennek másokat pedig nevetségesnek.

⁵⁸² SIBER: *id. m.* 176.

A jogügyleti és az azon kívüli cselekmények között átmenetet képez az a töredék, amely szerint a tékozló a szokványos életvitelhez és a jó erkölcsökhöz való megtérés után visszanyerhette aktív és passzív végrendelkezési képességét és tanúsíthatta a végrendelethez szükséges formákat:

*Prodigus recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere potest et ad testamenti sollemnia adhiberi potest.*⁵⁸³

Már egyértelműen a konkrét értelemben vett *iniuria* tényállásokhoz kapcsolódik a *contra bonos mores*, egyes a közerkölcsöt, közrendet sértő cselekmények esetén:

*Fit iniuria contra bonos mores, veluti si quis fimo corrupto aliquem perfuderit, caeno, luto oblinierit, aquas spurcaverit, fistulas lacus quidve aliud in iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti solet.*⁵⁸⁴

Talán azért volt szükség az *iniuria* után a klauzulára, hogy az esetek körét csupán a kisebb jelentőségű, maradandó fizikai elváltozással nem járó cselekményekre szűkítsék le. A következő, szintén Paulustól származó töredék még nyilvánvalóbban kapcsolta össze az erkölcsök és a közérdek megóvásának igényét. Ebben az esetben jól látható, hogy az említett *mores* és a közérdek (*causa publicae honestatis*) már nem a jogi szabályozással párhuzamosan létező, azzal egyenértékűnek vagy azt kiegészítőnek tekintett normarendszert takar, sokkal inkább a jogi szabályozás legitimációs bázisát jelenti, azaz a modern felfogáshoz közelít:

*Convicium contra bonos mores fieri videtur, si obscaeno nomine aut inferiore parte corporis nudatus aliquis insectatus sit. Quod factum contemplatione morum et causa publicae honestatis vindictam extraordinariae ultionis expectat.*⁵⁸⁵

PLESCIA szerint is ebben az időszakban alakult ki mindmáig ható érvénnyel a jó erkölcsöknek megfelelő magatartás mércéje.⁵⁸⁶ A már szinte teljes mértékben szekularizált jogtudomány a *boni mores* viszonyítási alapjává a közérdeket, az *utilitas publicát*, vagy másképp *utilitas plurimumot* tette.⁵⁸⁷ A harmadik századtól kezdve tehát a *boni mores*-nak megfelelő rend a közrend.⁵⁸⁸ A korábban elsősorban családi ügyekre, különösképpen a *bonus et diligens paterfamiliasra* vonatkozó fogalomból a társadalmi mozgásokkal, a hatalomalattiak növekvő önállóságával párhuzamosan az egész társadalmat, a közerkölcsöt átfogó, generális fogalom

⁵⁸³ PS 3, 4a, 12.

⁵⁸⁴ PS 5, 4, 13.

⁵⁸⁵ PS 5, 4, 21.

⁵⁸⁶ PLESCIA: *id. m.* 280—281. A mércével kapcsolatosan ld. TEUBNER, GUNTHER: *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum 1971, 45skk.

⁵⁸⁷ PLESCIA: *id. m.* 280.

⁵⁸⁸ MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 157.

vált.⁵⁸⁹ Ezen átalakulás azonban nem ment végbe maradéktalanul, elszórta még klasszikus és posztklasszikus jogforrásokban is találhatunk a *boni mores* kapcsán az archaikus családi viszonyokra utaló reminiscenciákat.⁵⁹⁰ Ebben az időszakban egy a modern felfogáshoz hasonló értelmű erkölcs- és jogfogalom alakult ki. Egymáshoz való viszonyuk vizsgálata ettől kezdve jelenti a jogbölcseleti vizsgálatok egyik fő kérdését.⁵⁹¹

IV.3.5 A kereszténység hatása és a iustinianusi korszak

Több, egymástól igen eltérő okból kifolyólag nagyon nehéz megállapítani, mennyire erős hatást gyakorolt a kereszténység a római jogra annak kései fejlődési szakaszában, a Constantinus császár uralkodását követő időszakban.⁵⁹² Biztos, hogy a *fas* fogalma lényeges jelentésváltozáson ment keresztül.⁵⁹³ A kor erkölcsi mércéje, legalábbis az elvárások szintjén, szintén megnőtt a megelőző korszakhoz viszonyítva.⁵⁹⁴ Tanulságos összevetnünk Anselmus általános és Paulus híres, adásvételre vonatkozó megállapítását:

*In omnibus igitur decora est fides, iustitia grata, mensura aequitatis iucunda.*⁵⁹⁵ [...] *Purum igitur et sincerum oportet esse affectum et unusquisque simplicem sermonem proferat... nec fratrem circumscriptione verborum inducat.*⁵⁹⁶

A felebarát becsapását tiltó tétellel egyértelműen ellentétben állt Paulus korábbi, jogtudósi véleménye, amely megengedte, hogy a felek adásvétel esetén „rászedjék” egymást:

[...] *naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere.*⁵⁹⁷

A kései dominátus időszakából származó források nem mutatnak változást a *boni mores* tekintetében. A *Codex Theodosianus*hoz írt *interpretatiók*ban többször találkozunk a

⁵⁸⁹ PLESCIA: *id. m.* 285.

⁵⁹⁰ Ulp. D. 44, 4, 4, 16; Paul. D. 28, 7, 9; PS 3, 4b, 2; C. 2, 2, 1. A szakirodalomból ld. MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 155; ZIMMERMANN: *id. m.* 711.

⁵⁹¹ MOÓR GYULA: *Jogfilozófia*, Budapest: Püski 1994, 46; PESCHKA VILMOS: *A modern jogfilozófia alapproblémái*, Budapest: Gondolat 1972, 158.

⁵⁹² Erre vonatkozóan részletesebben ld. BIONDI: *DR*, 206skk.

⁵⁹³ CTh 11, 30, 2; CTh 15, 1, 5; CTh 9, 32, 1; Részletesebben ld. BIONDI: *DRC*, 90—92. A kora-középkorban a Gratianustól származó *Concordantia discordantium canonum* már általános elvként rögzítette: *fas lex divina est, ius lex humana*. Ld. *Decretum Gratiani* 1, 1, 1.

⁵⁹⁴ BRASIELLO, UGO: *Sull'influenza del Cristianesimo in materia di elemento subbietivo nei contratti*, in: ARCHI, GIAN GUALBERTO (cur.): *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano: Hoepli 1946, 527skk; LEVY: *id. m.* 25⁵³.

⁵⁹⁵ Anselmus, *De officiis ministrorum*, 3, 10, 66.

⁵⁹⁶ Anselmus, *De officiis ministrorum*, 3, 10, 76.

⁵⁹⁷ Paul. D. 19, 2, 22, 3. Ld. ehhez Pomp. D. 4, 4, 16, 4. E fragmentum kapcsán felmerülő dogmatikai problémák megoldására és az újabb idevágó irodalom összefoglalására ld. SIKLÓSI IVÁN: *Az érvénytelenségi ok kiküszöbölésének néhány kérdése a római jogban és annak továbbélése során*, AUB 42 (2005), 67¹⁰, vö. FÖLDI: *A jóhiszeműség*, 23.

kifejezéssel. Egy helyen például *condiciót* minősítettek erkölcstelennek *causa cuiuslibet criminis* alapján.⁵⁹⁸ A fenti kódex egy másik fragmentuma szerint:

*Quae tamen omnes donationes [...] non valebunt.*⁵⁹⁹

A fenti mondat valószínűleg csak a törvényellenes feltételekre vonatkozott, legalábbis a szöveg későbbi része erre látszik utalni:

si modum excesserint lege conscriptum, unde possint certae personae de immodica donatione proponere, hoc est si quartam sibi facultatis suae donator non reservaverit.

Az erkölcstelen kikötés törlését tartalmazta a *donatióról* szóló részhez írt *interpolatio*:

*Nam si inhonestae et impossibiles condiciones ponantur, remotis condicionibus firma donatio est.*⁶⁰⁰

Az *interpretatio* szövegének továbbolvasása érdekes megállapításokra vezet. A magyarázatok írója az *inhonestae condiciones*-t a *sed praeterea* kifejezéssel elkülönítette a *contra bonos mores condiciones* eseteitől, és a közbűncselekményre vonatkozó, tehát törvényellenes ajándékozások körébe sorolta. Ugyanakkor világosan elhatárolta egymástól a lehetetlen és a törvényellenes (*contra legem*) ajándékozást is.

*Sed praeterea illa donatio contra legem est, si quis rem in lite positam, quae repetitur, aut recto ordine donet aut condicionem contra bonos mores, hoc est causam cuiuslibet criminis, donator in donatione conscribat.*⁶⁰¹

A *scholia Sinaitica ad Ulpiani libros ad Sabinum*⁶⁰² található töredék egyértelműen Paulus hatását⁶⁰³ mutatja. A Kr.u. 5. századból származó *constitutiones Sirmondiana*eben található fordulat, *agit enim bonis moribus*⁶⁰⁴ MAYER-MALY szerint inkább a közbeszédre utalt, mint konkrét jogi kategóriára. A Kr. u. 5-6. század fordulójáról, feltehetőleg Galliából származó *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*-ban meglepő módon több helyen fellelhető a klauzula.⁶⁰⁵ A fragmentumok a jó erkölcsökbe ütköző jogügyletek (*pactumok* és verbálszerződések) peresíthetetlenségére, lehetetlenségére (*neque [...] pacisci possumus*)⁶⁰⁶ vagy érvénytelenségére (*nullius sunt momenti*⁶⁰⁷ vagy *neque [...] valet*⁶⁰⁸) vonatkozó általános tételeket tartalmaztak.

⁵⁹⁸ CTh 8, 12, 1.

⁵⁹⁹ CTh 8, 12, 1, 2.

⁶⁰⁰ IT 8, 12, 1.

⁶⁰¹ IT 8, 12, 1.

⁶⁰² Sch. Sin. 4; FIRA II, 635skk.

⁶⁰³ Paul. D. 45, 1, 134 pr.

⁶⁰⁴ Const. Sirm. 10.

⁶⁰⁵ MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 154.

⁶⁰⁶ Consult. 4, 7.

⁶⁰⁷ Consult. 4, 8.

⁶⁰⁸ Consult. 4, 10.

*Quantum ad nos delatae pactionis textus insinuat, potius contra bonos mores chartula ipsa litigii seminarium propagavit, quam tum utili deliberatione adsurgentium iurgiorum scandala resecauit. Dinoscitur itaque calliditas dictantis non habuisse prudentiam.*⁶⁰⁹

Az *epitome Gaiban* a klauzula alkalmazási körére vonatkozó példákat is találhatunk. A gaiusi eredeti szöveghez képest érdekes eltérés, hogy még a megbízásra vonatkozó gaiusi fejtegetés a *furtumot* és az *iniuriát* hozza fel példaként, az *epitome a furtum* mellett a *homicidiumot* és az *adulteriumot* sorolja fel. Tartalmaz tehát vagyon elleni, személy elleni és erkölcstelen cselekményeket is.

Iustinianusnál újra általánosító tendencia tapasztalható:

*Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repell...*⁶¹⁰

A szöveg további részében azonban a még élő személy hagyatékáról való megállapodásokra konkretizálódott az erkölcsösségre való generális hivatkozással induló mondat:

*... et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit.*⁶¹¹

A iustinanusi *Institutiones* egy töredékében lelhető fel a klauzula:

*Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandat. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.*⁶¹²

A mondat a gaiusi előzmény⁶¹³ enyhe bővítése, amellyel már korábban részletesen foglalkoztunk.

IV.4 A *contra bonos mores* klauzula és az *iniuria* kapcsolata

Az *iniuria* kialakulásával, mibenlétével és történeti fejlődésével foglalkozó irodalom, még a római jog általában jól kikutatott egyéb területeihez képest is, meglehetősen gazdag.⁶¹⁴ E rövid áttekintést nyújtó fejezetnek nem lehetett célja, hogy újabb elmélettel gazdagítsa a még

⁶⁰⁹ Consult. 7, 1.

⁶¹⁰ C. 2, 3, 30, 3.

⁶¹¹ C. 2, 3, 30, 3.

⁶¹² I. 3, 26.

⁶¹³ Gai. 3, 157.

⁶¹⁴ A modern szakirodalom jó összefoglalását adja ZIMMERMANN: *id. m.* 1050—1062.

nyitott és valószínűleg újabb forrás nélkül le sem zárható kérdéseket.⁶¹⁵ Számos esetben láthatjuk azonban, hogy az *iniuria* fogalma és a *contra bonos mores* klauzula a történeti fejlődése több pontján érintkezett egymással. A két fogalom szoros összefüggését a *Consultatio* is kifejezésre juttatta:

*Commune omnibus iniuriis est, quod semper adversus bonos mores fit idque non fieri alicuius interest.*⁶¹⁶

Az *iniuria* fogalmának kettőssége alapján kialakított séma segítséget nyújthat a forrásokban előforduló, látszólag nehezen tipizálható *contra bonos mores* klauzula rendszerezésére is.

A fentebb részletesen kifejtett történeti fejlődést, mint diakronikus megközelítésmódot figyelmen kívül hagyva, szinkronikus, dogmatikai szempontból az *iniuria* és a *contra bonos mores* klauzula közötti párhuzam alapja az *iniuria* fogalmának kettőssége:

*quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur, hoc generaliter, specialiter autem iniuria dicitur contumelia.*⁶¹⁷

Generális jelleggel az *iniuria* tehát jogellenességet jelentett, minden olyan cselekményt, amely *non iure fit*. Speciális jelleggel pedig egy konkrét *delictumra*, az itt Ulpianus által szinonimaként használt *contumeliára* vonatkozott.⁶¹⁸ A római jog forrásaiban a *contra bonos mores* klauzula is többnyire éppen ebben a két értelemben fordult elő. Egyrészt generális jelleggel, a jogellenesség kifejezésére, másrészt pedig a személy kisebb sérelmét jelentő cselekmények vagy arra irányuló jogügyletek esetében.

A kötelmeken kívül a *contra bonos mores* klauzula általában akkor fordult elő a forrásokban, ha a sérelem nem testi jellegű vagy a fizikai sérelem csekély, pontosan, mintha a *delictumként* felfogott *iniuriaról* lenne szó. Ebben az esetben a jogkövetkezmény *actio iniuriarum* volt.

Az *obligatiók* területén is megállapítható a kettősség: a *contra bonos mores* klauzula vagy szűk, konkrét értelemben, azaz a sértett megbecsülését érintő vagy szabadságát korlátozó

⁶¹⁵ Ilyen nyitott kérdés például a 12 táblás törvény 8, 4 töredékének helyes olvasata. Aulus Gellius szerint a fordulat: „*Si iniuria faxsit, XXV poenae sunt*”. Ld. *Noctes Atticae*, 20, 1, 12. Több mértékadó modern szerző a „*Si iniuriam [alteri?] faxsit, ...*” mellett döntött. Ld. például RICCOBONO, SALVATORE in FIRA, I, 54; KASER: *RP*, I, 156. A különféle olvasatok oka, hogy a modern kutatók az *iniuriát* vagy önálló *delictumként*, vagy a jogellenesség absztrakt fogalmaként fogják fel. MANFREDINI: *Contributi allo studio dell 'iniuria'*, 18sk, szerint e fragmentum eredetileg nem is szerepelt a 12 táblás törvényben, csak a Kr. e. 4. században kialakult interpretáció eredménye.

⁶¹⁶ *Consult.* 2, 5, 2

⁶¹⁷ Ulp. D. 47, 10, 1pr

⁶¹⁸ Megjegyzendő, hogy a *generaliter* és *specialiter* fogalmai a római jog forrásaiban nem feltétlenül logikailag helyes módon fordulnak elő. Erre vonatkozóan ld. DELI GERGELY: *A generális klauzulák mögöttes filozófiai és jogelméleti problémái*, Jogtörténeti tanulmányok IX, Pécs: PTE ÁJK 2008, 107—136.

esetekben, vagy általános jelleggel, a jogellenesség szinonímájaként (és többnyire a törvényellenesség kiegészítéseképpen) jelent meg a római jog forrásaiban.

E kettősséget az eltérő jogkövetkezmények is tovább mélyítik. Az első esetben, amikor a személy megbecsülésének, fizikai integritásának sérelme valamely jogügylet tárgya vagy *causája*, a jogi következmény a részleges (*partialiter*) érvénytelenség (*pro non scripto habetur*) volt. A másik esetben, jogellenesség fennállásakor többnyire az egész jogügyletet semmisnek tekintették.

Ha a történeti fejlődést is figyelembe vesszük, jól láthatjuk, hogy az *iniuria* fogalmának fejlődése miképp járt együtt a vizsgált klauzula felhasználási területének bővülésével.

A 12 táblás törvény *iniuriája*⁶¹⁹ még csupán kisebb fizikai sérelmekre vonatkozott és tarifális büntetést vont maga után. A Kr. e. 3. és 2. század fordulójára datálható *edictum de iniuriis aestimandis* már a sérelmek teljesebb körű mérlegelését tette lehetővé azáltal, hogy *recuperatorokra* bízta az adott esetben méltányosnak tűnő büntetés meghatározását: „*quantum ob eam rem bonum et aequum recuperatoribus videbitur*”.⁶²⁰ A nem materiális sérelmek elismerése⁶²¹ azonban csak a négy, már említett, az *iniuriához* kapcsolódó speciális praetori *edictum* révén valósul meg egy jó évszázaddal később, a Kr. e. 1. század első felében.⁶²² E jogforrásokban a *contra bonos mores* az *iniuria* esszenciális elemét alkotta, ez vagy *expressis verbis* kifejezésre jutott a kérdéses *edictumok* szövegében vagy a cselekmény leírásából vált nyilvánvalóvá. Valószínűsíthető tehát, hogy a *contra bonos mores* klauzula funkciója az volt, hogy látható, fizikai sérelem híján objektív és mégis rugalmas viszonyítása alapot (a modern büntetőjog fogalmai szerint egyfajta védett jogi tárgyat) biztosítson egyes konkrét cselekmények minősítéséhez. A *boni mores* objektivitását az évszázadok óta formálódó társadalmi értékrendszernek köszönhetette, amelyet a *ensor* tevékenysége még tovább pontosított, rugalmasságát pedig annak, hogy a rá való hivatkozással egyes nemkívánatos cselekmények könnyen elhatárolhatóak voltak a büntetendő magatartásformáktól. Elegendő, ha itt a tisztességes hölgy követésére (*adsectari*) vagy megszólítására (*appellare*) gondolunk, amelyek akár megengedett, de akár a jó erkölcsökre ütköző is lehetett.⁶²³

⁶¹⁹ XII tab. 8, 4.

⁶²⁰ A szöveg rekonstrukciója VÖLKL osztrák romanistának köszönhető. Ld. VÖLKL, ARTUR: *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht: Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Weimar: Böhlau 1984, 214⁵.

⁶²¹ A római jog az *iniuria* körén kívül nem viszonyult pozitívan a nem vagyoni kár megtérítéséhez, ld. ezzel kapcsolatosan FÖLDI ANDRÁS: *A másért való felelősség a római jogban*, Budapest: Rejtjel 2004, 160.

⁶²² A datálást segíti, hogy Cicero, *Pro Caecina* már

⁶²³ RABER, FRITZ: *Grundlagen klassischer Injuriensprüche*, Wien—Köln—Graz: Böhlau 1969, 54skk.

A Kr. u. 2. század első felében a *contra bonos mores* klauzula már jelen volt a *stricti iuris obligatiók*, a *stipulatiók* körében,⁶²⁴ majd e század második felében a *bonae fidei obligatiók* területén is. A deliktumoktól a kontraktuális viszonyok felé történő átmenet az *iniuria* segítségével valósult meg, a forrás tanúsága szerint az *iniuriára* vonatkozó megbízás révén.⁶²⁵ A Kr. u. 2—3. század fordulóján találjuk meg a klauzulát először elvontabb formában,⁶²⁶ nem egy konkrét tényálláshoz kapcsolódóan, hanem a *bonae fidei iudiciumok*, *pactumok*, *leges constitutionesque* absztrakt szintjén.⁶²⁷ Ezzel párhuzamosan a klasszikus kortól kezdődően az *edictumok* kazuisztikájával felállított határok szűknek bizonyultak az *iniuria* jogintézménye számára, és újabb- és újabb tényállások nyertek elismerést, kialakult az *iniuria* generális jogellenességet jelentő variánsa: *quod non iure fit, iniuria fieri dicitur*.⁶²⁸ Az *iniuria*-fogalom történetének ebben a nagy változást hozó szakaszában is magával „sodorta” a *contra bonos mores* klauzulát,⁶²⁹ amely ezáltal a Kr. u. 4. században szintén generális jellegűvé vált, mint ahogy a már idézett források mutatják: *Neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus*.⁶³⁰ Vagy: *Condicionem contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti*.⁶³¹

Még szembetűnőbb azonban a kettősség a iustinianusi intézkedésekben, ahol a már generális értelemben vett klauzulát a speciális értelmű *iniuriára* vonatkoztatták:

Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius [...] de iniuria facienda tibi mandet.⁶³²

A fenti mondat arról tanúskodik, hogy a klauzula bizonyos esetekben elszakadt, pontosabban „függetlenedett” az *iniuriától*, és megkezdhette önállóbb, de problémákkal terhes utóéletét.

IV.5 A római jogi vizsgálódás eredményei

⁶²⁴ Iul. D. 45, 1, 61

⁶²⁵ Gai. 3, 157

⁶²⁶ E folyamatba jól beilleszthető a *condictio ob turpem causam* klasszikus korszakra tehető (ld. KASER: *RP*, I, 596.) kialakulása. Az elvont erkölcsstelenséget jelentő *turpis* kifejezés ugyanis a *contra bonos mores* szinonimájának tekinthető, így felhasználása a klauzula jogi értelmének bővülését bizonyítja.

⁶²⁷ Pap. D. 22, 1, 5 valamint Ant. C. 2, 3, 6.

⁶²⁸ Szempontunkból lényegtelen, hogy létezett-e az ún. *edictum generale* (Lab.-Ulp. D. 47, 10, 15, 26) amelyre a klasszikus jogtudósok a bővítő értelmezésüket dogmatikailag esetleg alapozhatták. Erre vonatkozóan ld. PÓLAY: *Iniuria*, 99 és ZIMMERMANN: *id. m.* 1053.

⁶²⁹ METZGER, HANS ROBERT: *Stipulationen und letztwillige Verfügungen „contra bonos mores” im klassisch-römischen und nachklassischen Recht*, Göttingen. Diss. 1929, 21, szerint a klasszikus kori forrásokban a klauzula ritkán fordul elő az *iniuria* kontextusán kívül. KASER: *Rechtswidrigkeit*, 145sk, észrevétele, miszerint nem szabad élesen elhatárolni a *boni mores* klasszikus és posztklasszikus felfogását, véleményem szerint összeegyeztethető METZGERÉVEL, ha ez utóbbi kijelentését a korai és az érett klasszikus korra korlátozzuk.

⁶³⁰ PS I, 1, 4. Ugyanezen szabály áthagyományozódására ld. még Consult. 7, 4.

⁶³¹ PS 3, 4b, 2.

⁶³² I. 3, 26.

E fejezetben tanulmányban a *contra bonos mores* klauzula római jogi forrásokban betöltött szerepének vizsgálatára vállalkoztunk. Láthattuk, hogy az áthagyományozódott joganyag eredményes rendszerezéséhez előre rögzített elméleti keretek szükségesek. Ennek egyik oka az volt, hogy az antik római jogi szabályozást több eltérő fejlődési szakaszában vizsgáltuk, valamint hogy a klauzula a különböző időszakokban eltérő rendszerbeli pozíciót foglalt el és eltérő funkcióval is rendelkezett. A római jog szerves fejlődésének csaknem egy évezrede alatt a *boni mores* lényeges tartalmi változásokon ment keresztül, és több ízben alapvetően változott a társadalmi szabályozórendszerben betöltött helye is.

Ennek megfelelően figyelembe kellett vennünk, hogy a klauzula az adott szabályozási környezetben mely jelentősebb jogviszony köré csoportosuló szabályegyüttesbe tartozott. A modern jogrendszerek szerződésekre vonatkozó szabályanyagában a jó erkölcsökbe ütközés főképp érvénytelenségi okként fordul elő.⁶³³ Az antik római *boni mores* azonban hosszú fejlődése során egymástól eltérő területeken érvényesült az *iniuria*-tényállásoktól kezdve a jogügyleti feltételeken át a szerződési kikötésekig. A normatív anyagban betöltött hely alapvetően meghatározta a jó erkölcsök jogalkalmazásban és tudományos irodalomban betöltött pozícióját is.

A történeti szemléletű elemzés eredményeképpen megállapítható, hogy az erkölcs és jog kategóriának máig tapasztalható összetett és nehezen elemezhető kapcsolata részben a római társadalomfejlődés sajátos alakulására vezethető vissza. Arra a folyamatra, amelynek során az egykori összetett normakomplexumból fokozatosan válnak ki és erősödnek a különböző minőségű társadalomszervező erők, a jogi, az erkölcsi és a vallási normák. Az ókori Rómában a *ius* és a *mos* közötti küzdelem a belső társadalmi hatalmi csoportok küzdelmét jelentette. A jogi normák primátusukat csak a praetor expanzív politikájának és előbb a nemzetségi-családfői, később a *censori* tisztség visszaszorításának köszönhatték.

A vizsgálat közvetlen eredményeképpen elkülöníthetővé vált a *boni mores* sokszínű jelentésrendszeréből az a réteg, amelynek a hatályos jogokkal való összevetése tudományos szempontból védhető. Az összehasonlító jogi módszer egyik alapelve értelmében összehasonlítani csak valamennyire hasonló vagy legalábbis összemérhető dolgokat lehetséges (*nur Vergleichbares kann verglichen werden*). Az azonosság—különbözőség skáláján az összehasonlíthatóság végső határpontját minden esetben az egyedi kutatásnak kell kijelölnie. Az időbeli áttekintésből jól látható, mennyire sokszínű az a gondolati, normatív

⁶³³ Ld. például a francia *Code civil* 1133., az 1942-es olasz *Codice civile* 1343. cikkelyét, a német BGB 138.§ (1), a svájci OR 20. cikkely (1) vagy az 1959-es magyar Ptk. 1991-ben megállapított szövegű 200.§ (2) bekezdését. A generális tilalom kodifikálásával kapcsolatban részletesebben ld. MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 19—33.

örökség, amely a jó erkölcsökbe ütközés tilalma mögött rejtőzik. Ennek megfelelően, ha a funkcionális összehasonlítást a legtöbb külső szempont egyezősége mellett kívánjuk elvégezni, a modern jó erkölcsök felfogását a római *boni mores* azon fejlődési stádiumával kell összevetni, amelynek tárgyi, tartalmi keretei a maival nagyjából megegyeznek, azaz a késő- illetve posztklasszikus kor generális jellegű kijelentéseivel. A hatályos megoldások⁶³⁴ a paulusi szentenciák által reprezentált, generális jellegű forrásréteggel vethetőek össze.

Az áttekintés másik tanulsága, hogy felhívta a figyelmet a *contra bonos mores* klauzula és az *iniuria* fogalmának fejlődése között mutatkozó párhuzamokra. Mint láttuk, a klauzula konkrét *iniuria* tényállások révén került be először hivatalos jogforrásba és fejlődését a *delictum* több vonatkozásban is meghatározta. Az általában vett jogellenesség értelmet elnyerő *iniuria* fogalma révén válhatott a *contra bonos mores* klauzula elhatárolási funkciójú jogtechnikai eszközből a *contra leges*-szel egyenrangú generális fogalommá, és kezdte meg későbbi önálló karrierjét. E vonatkozásban külön említésre érdemes, hogy a kutatás új érvekkel erősítette meg PÓLAY ELEMÉR irányadó eredményeit az *iniuria* fejlődésére vonatkozóan.⁶³⁵ Néhány vonatkozásban pontosította is a nagy római jogász megállapításait. Nevezetesen kimutatta, hogy a *boni mores* és az *iniuria* fejlődése között szoros párhuzam állapítható meg, illetve, hogy a két fogalom kapcsolata már a préklasszikus korszakban megkezdődött. Továbbá, PÓLAY véleményét⁶³⁶ árnyalva, feltárta, hogy viszonyuk nem merült ki egyoldalúan annyiban, hogy az *actio iniuriarum* a *boni mores*, mint objektív normarendszer védelmét szolgálta, hanem sokkal összetettebb és kölcsönös volt: egyes esetekben,⁶³⁷ mint láttuk, például a klauzula maga segített az *iniuria* cselekmények prevenciójában.

⁶³⁴ Ez a megoldás él tovább még többek között a *Code civil* 131. cikkelyében, az ABGB 879. § (1) bekezdésében, az OR 20. cikkelyében, a BGB 138. §-ában és a Codice civile 1343. cikkelyében is. Ld. MAYER-MALY: *Contra bonos mores*, 167; valamint HONSELL: *id. m.* 35.

⁶³⁵ Erre vonatkozóan összefoglalóan ld. PÓLAY: *Iniuria*, 201—205.

⁶³⁶ PÓLAY: *Iniuria*, 202, 205.

⁶³⁷ Gai. 3, 157

V. A *contra bonos mores* klauzula a korai *ius commune*⁶³⁸ irodalmában

V.1 Bevezetés

Vizsgálódásunk középpontjában az áll, hogy miként és milyen mértékben mutatkozik meg a megváltozott társadalmi értékrendszer, a keresztény világnézet a *boni mores*-klauzula változatlan, antik normaszövegének takarásában.⁶³⁹ A kutatás során a római jogra alapozott jogtudomány középkori újjászületésének első századaira és annak legnagyobb hatású jogászáira koncentrálunk. A későbbi századok jogászaik csak annyiban kerülnek említésre, amennyiben az a létező bőséges szakirodalom kiegészítését szolgálja. Szemléletes példája ez annak, hogy egy változatlan normaszöveget a keletkezésétől merőben eltérő társadalmi, kulturális modell szolgálatába állítanak. Nem kell feltűnő változásokra számítani, hiszen a magától értetődő társadalmi kontextus megteremti a norma és az eredmény egységes értelmezésének bázisát, így az értéknormák tartalmi változása többnyire reflektálatlanul marad.⁶⁴⁰ Hipotézisünk hogy a jó erkölcsök klauzuláján keresztül a keresztény értékrend abszolút morálja nyert bebocsátást a magánjog dogmatikai rendszerébe. Ennek alátámasztására a neotomisták által kifejlesztett, a pozitív jog és az erkölcs megkülönböztetésére szolgáló négy feltételt vizsgálunk meg.⁶⁴¹ A korszak vizsgálatát megnehezíti, hogy a kor jogtudósai a jó erkölcsökbe ütköző jogügyleteket nem önálló materiaként, hanem elszórtan a *Corpus Iuris* megfelelő helyéhez igazodóan tárgyalták.⁶⁴² Ugyanakkor úgy tűnik, a *boni mores* fogalma viszonylag állandó jelenségnek mondható a kor jogfelfogásában, azonban ez a kifejezés stabilitására és nem tartalmának állandóságára vonatkozik.⁶⁴³

V.2 A klauzula az egyes szerzők munkásságában

⁶³⁸ A fogalommal kapcsolatos nehézségekre ld. HAMZA, GÁBOR: *Wege der Entwicklung des Privatrechts in Europa. Römischrechtliche Grundlagen der Privatrechtsentwicklung in den deutschsprachigen Ländern und ihre Ausstrahlung auf Mittel- und Osteuropa*, Passau: Schenk 200, 37sk.

⁶³⁹ A magánjog területén a kánonjogi hatás leginkább éppen olyan fogalmak kapcsán mutatkozott meg, mint a *bona fides*, az *aequitas* vagy a *nudum pactum*. Ld. HAMZA: *Wege*, 41. Kutatásaink alapján a *boni mores*-t is ebbe a körbe sorolhatjuk.

⁶⁴⁰ Megerősítőleg KOSCHAKER, PAUL: *Europa und das römische Recht*, München: Beck 1966⁴, 49.

⁶⁴¹ PIZZORNI, REGINALDO: *Il fondamento etico-religioso del diritto secondo San Tommaso D'Aquino*, Milano: Massimo 1989, 39—90; DE BERTOLIS, OTTAVIO: *Il diritto in San Tommaso D'Aquino*, Torino: G. Giappichelli 2000, 33—43; D'ENTRÉVES, ALESSANDRO PASSERIN: *La Dottrina del diritto naturale*, Milano: Ed. di Comunità 1980, 91—107. E szerzőket idézi FRIVALDSZKY JÁNOS: *Klasszikus természetjog és jogfilozófia*, Budapest: Szent István Társulat 2007, 152.

⁶⁴² SCHMIDT: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, 1.

⁶⁴³ LÉVY—CASTALDO: *id. m.* 824.

A 12. század második felében élő bolognai glosszátor, Azo (1150—1230) szisztematikus, a iustinanusi Codexhez írt művei révén nemcsak a kortárs bírói gyakorlatra és közvetlen utódaira, de BRACTONra is nagy hatást gyakorolt. Az első jogtudósok között volt, aki nem csupán glosszák készítésére, de a források rendszerezésére, újfajta értelmezésére is kísérletet tett az ún. *summae* keretében. Kategorizáló munkájának egy szép példáját olvashatjuk a generális klauzula jellegű C. 2, 3, 6-hoz írt szövegében.⁶⁴⁴ A kérdéses hely a következő *Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.*

Azo először a glossza műfaji hagyományainak megfelelően konkrét példákat adott a törvénybe, a császári rendeletekbe és a jó erkölcsökbe ütköző *pactumokra*, az utóbbiaknál a jövőbeni öröklésre vonatkozó megállapodást adva szemléltetésül. A *contra bonos mores* ügyleteket *in fraudem* aktusoknak tekintette. Magyarozatképpen a *pactumok* három fajtáját határozta meg. A törvényellenes (*contra legem*), a törvényes (*secundum legem*) és a se nem törvényellenes se nem törvényes *pactumok* (*neque contra legem, neque secundum*) csoportját. Ide sorolta a harmadik személy javára szóló megállapodásokat. A törvényellenes *pactumokat* tekintette a legjelentősebb csoportnak a három közül, címnek is ezt emelte ki. Három alcsoportot különített el benne, aszerint, hogy melyik normatípust (*lex, constitutiones, boni mores*) sértette az ügylet. A főkategóriák *differentia specificáját* a *poena* intézményében találta meg. Míg az elsőben sem az alapügylet, sem a kötbér nem érvényes, a másodikban mindkettő érvényes, a harmadikban az alapügylet ugyan nem érvényes, de ha a harmadik személy részére nem történik meg a teljesítés, a *poena* kifizetendő.

A vizsgált klauzula szempontjából érdekes továbbá ahhoz a fragmentumhoz írt glosszája, amely a prostituálttal kötött ügylet jogi vonatkozásait elemzi.

*Promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et confessionem lenocinii preces tuas continere et cauta quantitate ob turpem causam exactioni locum non esse. Quamvis enim utriusque turpitudine versatur ac soluta quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur.*⁶⁴⁵

Azo véleménye szerint a dogmatikai helyzet eltért tisztességes és tisztességtelen asszonyok esetében.⁶⁴⁶ A *repetitót* a tisztességes nők esetében azért kellett megtagadni, mert ebben az

⁶⁴⁴ Azo: *Lectura super codicem*, 66.

⁶⁴⁵ Diocl.-Max. C. 4, 7, 5

⁶⁴⁶ Ezt az éles különbségtételt a miniatúra-művészet is jól érzékeltette. Egy Göttingenben őrzött kódexben Iustinanus 14, *De lenonibus* című novellájához (=Collatio 3,1) készült alkotás szemléletesen ábrázolja e

esetben ugyan az általuk kívánt ügylet jogi céljának erkölcstelensége miatt mindkét fél *turpis*, de az *in pari causa melior est conditio possidentis* elve⁶⁴⁷ alapján a pénz átadója kerül előnytelenebb helyzetbe.⁶⁴⁸ A prostituált a szolgáltatásáért járó ellenértéket nem *turpiter* fogadja el, hiszen a pénzre létfenntartásához van szüksége,⁶⁴⁹ így csak a másik fél cselekménye *turpis*, és a *nemo auditur suam turpitudinem allegans* szabálya⁶⁵⁰ érvényesült. A *lenocinium*ra vonatkozó megállapodásokat jogi úton nem lehetett kikényszeríteni. A családanyát, a *materfamilias* a *boni mores*, a tisztességes és erkölcsös élet különbözteti meg más asszonyoktól. A fentiek alapján látható, a jogtudós a jó erkölcsöknek egyértelműen morális, mértékadó s nem jogi-technikai funkciót tulajdonított. A fragmentum eredeti szövegéhez még hozzáfűzte, hogy a bűncselekmény elkövetéséből származó bevételt az állam szerzi meg.

Összefoglalóan elmondható, hogy a klauzulára vonatkozó fejtegetései igen szorosan kapcsolódtak a római jogi forrásokhoz. Példái is antik eredetűek, de a rendszerépítés első jeleként távoli forráshelyeket is összedolgozott. Saját szintetizáló képessége különösen a kategóriák felállításakor és dogmatikai igényű alátámasztásuk vonatkozásában mutatkozott meg.

Azo tanítványa, Accursius (1182—1263) a későbbi exegézisek számára mintaértékű glosszát készített a D. 28, 7, 14-hez:

Conditiones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve.

Fejtegetései szerint császári rendeletbe ütközik az örökösnevezésre vonatkozó ígélet, ha feltétele egy meghatározott nővel történő házasságkötés. Ez a példa még római forrásokra megy vissza. Másik állítása nagyobb figyelmet érdemel: az előző megállapodás fokozottan tilalmazott volt, ha a keresztény hitbe (*contra fidem iesu christi*) is ütközött. A keresztény

megkülönböztetést. A kép jobb oldalán a király vagy bíró látható, aki, mint a világi hatalom képviselője, helyeslőleg tekint egy pap előtt házasságot kötő párra. A kép másik sarkában a testi vágyaktól meggyötört, kitaszított és buján egymásbakaroló alakokat láthatunk. Ld. EBEL, FRIEDRICH—FIJAL, ANDREAS—KOCHER, GERNOT: *Römisches Rechtsleben im Mittelalter. Miniaturen aus den Handschriften des Corpus Iuris Civilis*, Heidelberg: Müller 1988, 171. A kérdéses miniatúra jelzete: Nds. SuUB Göttingen Ms Jurid 27, f. 86^f.

⁶⁴⁷ Ez az elv a Paul. D. 50, 17, 128pr-ra megy vissza.

⁶⁴⁸ Ez a dogmatikai kérdés mindmáig élénk vita tárgya, ld. MEDICUS, DIETER: *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007²¹, 446.

⁶⁴⁹ E megfontolás manapság is létezik, ld. CSERNE, PÉTER: *Freedom of Choice and Paternalism in Contract Law: Prospects and Limits of an Economic Approach*, Hamburg: Diss. 2008, 126.

⁶⁵⁰ Ennek eredete a D. 50, 17, 134, 1.

értékrendre való utalás tehát kifejezett módon is megjelenik,⁶⁵¹ mint a rómaiaktól megörökölt törvényes rendet tovább szigorító, a császári rendeletek valós legitimációs bázisát képező normaegyüttes.⁶⁵²

Törvénybe ütközött, ha szenátor *libertinát* vett feleségül. A *legis vicem optinent* kifejezést a *senatusconsultumokra* értette, példája, hogy a *curator* nem házasodhat össze nagykorúvá lett gondnokoltjával. A jó erkölcsöket sértette, ha valaki apját nem váltja ki a hadifogságból vagy nem tartja el *patronusát*. Nevetségesnek minősült a gúnyra alkalmas adó cselekedet vagy beszéd. Érdekes, hogy a két utóbbi példa, ugyan a többi kategóriától szerkezetileg jól eltérően, a *vel* kötőszónak köszönhetően egységet alkot, mégis két igen eltérő példát adott rájuk Accursius. Jóllehet mindkét példa római eredetű, a fajsúlybeli eltérés oka, hogy a középkori jogtudós történelmietlen szemléletének megfelelően két különböző korú forrásrétegből vett példát állított egymás mellé. A nevetséges cselekményre vonatkozó példa a *praetori* edictumok korából, a családfőre és *patronusra* vonatkozó pedig a késő klasszikus korból származik. Végül a praetor tilalmazta például a kényszer hatására tett örökösnevezést és hagyományt.

A fenti példán jól megfigyelhetőek Accursius munkamódszerének sajátosságai. Az általános kijelentést tartalmazó *Digesta*-helyhez a konkrét példákat a *Digesta* más részeiből nyerte, így teremtette meg a szükséges kohéziót az elszórtan elhelyezkedő szabályok között. Másrészt az egyfajta jogforrási katalógusként is felfogható normarendszereket saját keresztény világképe kontextusába helyezte. Erre egyetlen, nem *Digesta* fragmentumból származó, a keresztény vallásra utaló adaléka utal.

A *papinianusi* híres definícióhoz⁶⁵³ fűzött észrevetése a fragmentumban szereplő *non posse* kifejezéshez kapcsolódott. Véleménye szerint a tárgyalt cselekmények a valóságban könnyen megvalósíthatóak. Nem az antik emberideálból indult ki, hanem a szabad akarattal rendelkező, bűnre hajlamos, vétkező és ezért isteni kegyelemre szoruló keresztény emberkép alapján mondott ellent az ókori fragmentum üzenetének.

A még élő személy hagyatékára vonatkozó ajándékozás⁶⁵⁴ azért érdemel említést, mert abban a *bonos mores* és a *ius gentium* fogalma összekapcsolódik, és Accursius csak az utóbbit látta

⁶⁵¹ Elképzelhető, hogy pusztán arról van szó, hogy a nő nem keresztény vallású.

⁶⁵² A kánonjogászok ettől jóval tovább mentek és két fajta *boni mores*-t különböztettek meg, a *naturales*-t és a *civiles*-t. Az előbbi a keresztény erkölcsöt, az utóbbi a pozitív emberi jogot jelentette. Ld. LÉVY—CASTALDO: *Histoire*, 825. A francia szokásjog jeles képviselője, Beaumanoir kijelenti például, hogy az olyan megállapodást, szerződést vagy esküt, amelyet Isten (*contre Dieu*) vagy a jó erkölcsök (*contre bonnes meurs*) tettek nem kell megtartani. Ld. Philippe de Beaumanoir: *Coutumes de Beauvaisis*, 1137.

⁶⁵³ Pap. D. 28, 7, 15

⁶⁵⁴ Pap. D. 39, 5, 29, 2

szükségesnek megmagyarázni, az előbbi tartalmát ismertnek, a keresztény tanításból levezethetőnek tekintette.

A D. 44, 4, 4, 16-hoz fűzött magyarázataiból megtudhatjuk, hogy az infamáló cselekmények sértik a jó erkölcsöket. Ez a római jogban ismeretlen, de antik források átértelmezésével létrejött tétel mögött a kor egyetemes világnézete, azaz a jog és az erkölcs egységének tézise állhat.

A keresztény gondolkodásmód, mint kontextuális adottság megjelenik a D. 45, 1, 134pr-hez írt glosszában is. Az alapul szolgáló fragmentum szerint *Titia*, akinek mástól már volt gyereke újra házasságot köt. Accursius az ókori szöveget saját korának összefüggésében értelmezte, így egyértelmű volt számára, hogy az újabb házasság csak akkor lehetséges, ha előző férje meghalt és a nő megözvegyült. A válást, illetve az újraházasodást már keresztény hatásra a későókortól kezdődően megnehezítették:⁶⁵⁵ „a keresztények közt érvényesen létrejött és testi közösülés által végrehajtott házasságnak köteléke csak a házastárs egyikének halála által oldható fel és hogy ezen kapocs, míg a hitvestársak élnek, semmi szin és ürügy alatt fel nem bontható.”⁶⁵⁶

A örökösnevezés szabadságát korlátozó *stipulatóval*⁶⁵⁷ kapcsolatban megjegyzi, hogy a kikötött *poena* nem követelhető, nyilvánvalóan a *nemo auditur suam turpitudinem allegans* elve alapján.

Accursius tanítványa, Odofredus (?–1265) vezette be a dialektikus módszer alkalmazását a jog oktatásban, és elsők között kezdte meg a jogügyleti feltételek tanának megteremtését. *Lectura super infortiatio* című művében található csoportosítás szerint a feltételek vagy érvényesek vagy érvénytelenek. Érvényesek akkor, ha lehetségesek (*possibiles*) és tisztességesek (*honestes*). A D. 28, 7, 9-ben található Paulus idézethez írt megjegyzésében a *contra bonos mores* feltételeket (ha valaki apját nem váltja ki a hadifogságból, vagy nem teljesíti tartási kötelezettségét szülei, patrónusa irányában) egyben *turpisnak*, valamint természetnél fogva semmisnek tekintette. Ezzel megelőlegezi a főképp a francia humanista

⁶⁵⁵ Iustinianus külön novellát (22. *Novella* = *Collatio* 4, 1) szentelt a második házasság által felvetett jogi problémáknak. Erről részletesebben ld. SCHULZ, FRITZ: *Die biblischen Texte in der Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 2 (1936) 29—30, valamint érintőlegesen RUTGERS, LEONARD VICTOR: *The Jews in Late Ancient Rome. Evidence of Cultural Interaction in the Roman Diaspora*, Leiden: Brill 2000, 243.

⁶⁵⁶ KONEK SÁNDOR: *Egyházjogtan kézikönyve. Különös tekintettel a magyar állam egyházi viszonyaira*, Budapest: Franklin 1903, 551. E tan főleg Mt 19, 6 valamint Mk 10, 9 alapján került kidolgozásra. Ld. erre vonatkozóan FÖLDI—HAMZA: *id. m.* 267.

⁶⁵⁷ Iul. D. 45, 1, 61

jogtudományban elterjedt *natura turpes* és *civiliter turpes* felosztást, amely distinkció mögött a megváltoztathatatlan, örök isteni törvény állt.⁶⁵⁸

A jó erkölcsök abszolút eredetének elismerése természetesen egyházi személyek műveiben és kánonjogi írásokban is megtalálható. Ezek közül csupán egyet, a Bolognában római jogot és kánonjogot egyaránt tanult HENRICUS SEGUSIUS (?—1271) fejtegetését emeljük ki, aki egyházi karrierjének csúcspontján Ostia és Velletri püspöke volt. Segusius az érvénytelenség okait absztrakt fogalmak köré (*ius, natura, potestas, officium, meritum, commodum, deitas* és *honestas*) rendezte.⁶⁵⁹ A *honestas* kapcsán a papinianusi idézet alapján kijelentette: *naturaliter nam etiam ea quae adversus bonos mores sunt nos facere posse credendum non est*. Az eredeti antik fragmentumot a nagyobb nyomaték kedvéért a *naturaliter* szóval toldotta meg, és abszolút szabály rangjára emelte.

IACOBUS DE RAVANIS (1230/40—1296), aki állítólag a nagy glosszátor, Accursius fiát, Franciscust is legyőzte egy 1260 körül tartott orléansi-i nyilvános vitában,⁶⁶⁰ a jó erkölcsökbe ütköző *pactum*okat a *Codex*nek (C. 2, 3, 6) megfelelő szerkezetben tárgyalta. A törvénybe ütköző *pactum*okra a hozományi föld (*fundus dotialis*) eladását adta példaként. Császári rendeletbe ütközött, ha egy tekintélyesebb személy vállalja el valakinek a védelmét *mandatum* keretében. *Contra bonos mores* volt végül a *pactum*, ha emberölésre vagy jövőbeni örökségre vonatkozott. A jogtudós itt a *pactum* kifejezést már tág értelemben használta, mindenféle megállapodást értve alatt. Ez utóbbi példa egyébként a *Codex* 8, 38, 4-ben és Iacobus ehhez fűzött glosszájában ismét megtalálható.

Ha valaki a kéjteltségért a kéjtnőnek adta a házát (C. 4, 7, 5), később nem követelhetette vissza erkölcstelenségre hivatkozva, mert mindkét fél *turpiter* cselekménye esetén a birtokló helyzete az előnyösebb: *in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*. Iacobus összekapcsolta a *nemo auditur* és az *in pari causa* elvét. Kijelentette, hogy saját *delictuma* révén senki sem gazdagodhat. A gazdagodás az alapul szolgáló aktus semmissége következtében visszakövetelhető, de a *fiscus*ra száll, hiszen az államkincstár a *turpiter* visszakövetelt dolgok jogutódja (*successor est male et turpiter quesitorum*). Iacobus nem a pénz elfogadását, hanem a kéjtelgést tekintette *turpiter* cselekménynek a kéjtnő részéről. Ennek következtében a kifizetett pénzösszeget sem az átadó fél, sem a *fiscus* nem követelheti.

⁶⁵⁸ A francia humanista jogtudomány tekintetében ld. SCHMIDT: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, 5.

⁶⁵⁹ HENRICUS SEGUSIUS CARDINALIS HOSTIENSIS: *In primum decretalium librum commentaria*, Venetiis: Iuntas 1581, CXIII, 6.

⁶⁶⁰ SOETERMEER, FRANK: s. v. Iacobus de Ravenneio, in: BAUTZ, FRIEDRICH-WILHELM (Hrsg.): *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, XXII, Nordhausen: BBKL 2003, 599—608.

Iacobus tehát zseniális egyszerűséggel oldotta fel a két elv egyesítéséből fakadó dogmatikai ellentmondást és jutott igazságos praktikus eredményhez.⁶⁶¹

PETRUS DE BELLAPARTICA, IACOBUS DE RAVANIS tanítványa (?—1536) Iustinanus intézményének előszavához írt kommentárjában⁶⁶² a jó erkölcsök alkalmazási területét szélesnek ítélte meg. Felvetette a kérdést, mi történik, ha egy apa valakit azzal bíz meg, hogy vegye el a lányát. Az ügylet felkeltheti a jó erkölcsbe ütközés gyanúját, mégsem talált benne semmi kivetnivalót, hiszen a házassághoz szükséges az apa előzetes jóváhagyása, ráadásul a megbízás a férj részéről önkéntes vállaláson alapulna. A szerző tehát ebben az esetben érvelésében ügyesen kombinálta a patriachális szemléletmódot és a római akaratszabadságra épülő doktrínát.

CINUS DE SIGHIBULDIS (vagy Cino de Pistoia, 1265—1336) az itália *ius commune* egyik megteremtőjének tekinthető, hiszen műveiben a tiszta római jogot a korabeli státutumok anyagával, a helyi szokásjog és kánonjoggal dolgozta egybe. *Digestához* írt magyarázataiban⁶⁶³ található az a fejtegetés, miszerint ha valaki a törvény tilalmát nem ismerve vállal kötelezettséget, tartozik a szolgáltatással. Ha mindkettőn tévedésben voltak mindkettőjük tartozik, ha egyikük tudott a törvénytelenégről, a másik nem (itt tulajdonképpen a megtévesztésről van szó) csak az előbbi tartozik. Számunkra lényeges tétele, hogy a jogban való tévedés nem tolerálható abban az esetben, ha a *ius naturale*-ba ütközik, mert az a nemtudást megelőzi (*ius naturale procedit ignorantia*). A természetjogra tehát mint minden ember szívébe beleoltott normarendszerre tekintett, amellyel kapcsolatban nem merülhet fel az *ignorantia* kérdése. Másrészt elképzelése szerint az írott jog és a *ius naturale* egymástól elkülönült, hierarchikus viszonyban álló normarendszert alkottak, az utóbbi kiegészíti az előbbit, és mögöttes, szubszidiárius és magasabb érvényű rendszert képez.

A kéjnőnek adott díjazással kapcsolatban ő is megjegyezte, hogy nem maga az átadás törvénybeütköző, hanem az átadás oka, *causája*. CINUS a vonatkozó részben mindvégig törvényellenességről értekezett, de ebbe az erkölcstelenséget is beleértette.

Szerinte a *clausula generalis* nem vonatkozik azokra az esetekre, amelyeket speciális szabályok rendeznek: *clausula generalis non refertur ad ea, quae specialiter cauta sunt*. Megállapítása a generális klauzula modern felfogását előlegezi, amely e klauzuláknak nem

⁶⁶¹ E probléma a modern német jogalkalmazás számára is nehézséget jelentett. Erre vonatkozóan ld. MEDICUS, DIETER: *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007²¹, 446sk.

⁶⁶² PETRUS DE BELLAPARTICA: *Lectura institutionum*, Lugduni: Apud haeredes Simonis Vincentii 1536

⁶⁶³ CYNUS PISTORIENSIS: *In codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi, id est, digesti veteris*, II, Francoforti: ad Moenum 1578, 686.

általános, hanem hézagkitöltő funkciót tulajdonít.⁶⁶⁴ A jó erkölcsökre vonatkozó klauzula funkciója ezek szerint hasonlít a *ius naturale* szerepére a pozitív joggal szemben, azaz mögöttes jellegű, abszolút értékrendszert biztosít. E következtetést igazolni látszik, hogy a generális klauzulára vonatkozó kijelentést CINUS azon kérdés vonatkozásában tette meg, hogy a törvény értelmének szolgálata lehet-e törvényellenes, ha a törvény betűjébe ütközik?

A római forrásokban erkölcstelennek minősített azon eset⁶⁶⁵ kapcsán, amikor valakit bűncselekmény (*crimen iniuriarum*) elkövetésével bíznak meg, feltette a kérdést, hogy kivonhatja-e magát a megbízott a felelősségrevonás alól azzal, hogy ő csupán megbízásra cselekedett. Válasza nemleges, sőt a megbízót is büntetendőnek ítéli. Az erkölcstelen értékítéletet tehát egy jogviszony speciális dogmatikai természete nem semlegesíthette.

BARTOLUS DE SAXOFERRATO (1313—1357) a kommentátor iskola jeles képviselője, CINUS perugai tanítványa. A *distinctio* művészetét igen magasra emelő jogtudós elméleti fejtegetéseit áttekinthető táblázatokba rendezte.⁶⁶⁶ Többek között foglalkozott a jövőben hagyatéokra vonatkozó *pactum* érvényességének kérdésével, amely a római jog szerint erkölcstelenség miatt érvénytelennek minősült.⁶⁶⁷ A 409. számú *tabulájában* a feleletet négy fő elágazásra bontotta, és csak az örökös jogi pozíció megszerzésére irányuló *pactumot* tekintette jó erkölcsökre ütközés miatt érvénytelennek, azzal az indoklással, hogy megszünteti vagy csökkenti a végrendelkezés szabadságát. Az ilyen megállapodás akkor is érvénytelen, ha esküvel erősítették meg. A törvényes öröklési pozíciót megerősítő megállapodást ezzel szemben érvényesnek tartotta: az eredeti, élő hagyatékára és az akaratszabadságra vonatkozó római jogi eseteket egységes dogmatikai mátrixban helyezte el. Felmerül a kérdés, miért nem fogadta el az élő hagyatékára vonatkozó megállapodást megkülönböztetés nélkül erkölcstelennek bélyegző római értékítéletet, és azt miért csak az akaratszabadságot korlátozó *pactumokra* szűkítette le? A válasz megint a kor társadalmi, kulturális kontextusából adódhat. BARTOLUS nem a rómaiak számára egyértelmű morális értékítéletből indult ki, hanem az akaratszabadság, az eskü, illetve a szolgáltatások egyensúlyának skolasztikus elvei felől közelítette meg a kérdéskört.

BARTOLUS tanítványa, BALDUS DE UBALDUS (1327—1400) perugiai születésű kommentátor művében⁶⁶⁸ azt a kérdést vetette fel, vajon a jó erkölcsökre ütközik-e az eljegyzés, amelyet

⁶⁶⁴ Arch. Parl. III, 130; SACK, ROLF: § 138, in: HABERMANN, NORBERT (Red.): *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier—de Gruyter 2003, 293; MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 286.

⁶⁶⁵ I. 3, 26.

⁶⁶⁶ BARTOLUS DE SAXOFERRATO: *Distinctio*, Basileae: Per Ioannem Oporinum 1556

⁶⁶⁷ Pap. D. 39, 5, 29, 2

⁶⁶⁸ BALDUS, UBALDUS: *Consilia sive responsa*, III, Venetiis 1575, 230, 2.

egy már korábban házas férfi kötött. A kérdésfeltevés maga egyértelműen keresztény értékrendre utalt. Tagadólag válaszolt, megengedte az ilyen eljegyzést, azt állítva, hogy egy ilyen cselekmény nem szégyenteljes a jövőben megkötendő új házasságra nézve. Minden hazugság és hamisság, amely a másik fél jóhírének sérelmével jár, a jó erkölcsökbe ütközik, különösen, ha a feleség méltóságát csorbítja és a hamis viselkedés révén a házasság tisztaságát veszélyezteti. Ezen cselekményeket Labeóra hivatkozva az *iniuria* fogalma alá vonta. Az eljegyzés ideje alatt elkövetett házasságtörés sem maradhatott büntetlenül, bármelyik fél követte is el azt. A vétkes fél nem hivatkozhatott arra, hogy sértő szándék nélkül (*sine animo iniurandi*) cselekedett. Ezzel kívánta hangsúlyozni, hogy nem a célzat büntetendő, hanem az abszolút értéknek tekintett jogtárgy, a házasság intézményének sérelme. A konstanzi születésű ZASIUS UDALRICUS (1461—1535) révén egy új korszakba, a humanizmus időszakába lépünk át. Az egyházi pozíciókat (püspöki jegyző, városi lelkész) is betöltő jogtudós Lyonban kiadott poszthumusz megjelenő művében⁶⁶⁹ hosszasan foglalkozott az erkölcstelenség problémakörével. A verbálszerződések körében tárgyalt *stipulatio* kapcsán az érvénytelenségi okokat két fő csoportba sorolta. Állítása szerint egyes stipulációk természetüknél fogva, mások törvénytelenységük miatt érvénytelenek.

A természet szerinti érvénytelenség alatt tárgyalta a lehetetlenség (*impossibilitas*) esetkörét is. A *per naturam* lehetetlenség három nagy csoportját különítette el, a *simpliciter* (szubjektív) valamint a *generaliter* (objektív) lehetetlenséget, és azt, amelyet valaki saját cselekményével idézett elő. A szubjektív lehetetlenségen belül két alcsoportot, a fizikait (valaki nem tud felemelni egy oszlopot) és az intellektuálisat (olvasásra vállalkozik egy analfabéta) különböztetett meg. Az objektív lehetetlenséget általánosan (*generaliter*) lehetetlenként definiálta, és a jól ismert gaiusi példákra hivatkozott (*coelum digito tangere, promittere hippocentaurum*). Harmadrészt, ha az adós valamit saját hibájából tett lehetetlenné, nem szabadul kötelezettsége alól. Erre példa annak a katonának az esete, aki megígérte, hogy bevonul a háborúba, de hogy harcképtelenné tegye magát, levágta az ujjait. E példát Szent Márk evangélista története ihlethette. A kötelezettség akkor sem szűnik meg, ha a késedelem oka alapvetően objektív, de szubjektív tényezők is közrejátszottak abban, hogy az adós nem tudott teljesíteni. Így kártérítéssel tartozik az, aki megígéri a másik félnek, hogy nyolc napon belül Argentina⁶⁷⁰ város bírósága előtt megjelenik. Azonban az utolsó napig késlekedik, amikor a Rajna váratlanul kiárad és megakadályozza, hogy az illető megjelenjen a bíróság előtt.

⁶⁶⁹ ZASIUS, UDALRICUS: *Opera omnia*, Lyon 1551

⁶⁷⁰ Strasbourg középkori neve az ókori Argentoratum alapján.

A másik nagy csoport, *contra leges* stipulációk között találjuk a jó erkölcsökbe ütköző megállapodásokat, például azt az esetet, amikor a nővér arra kötelezi magát, hogy férjhez megy fivéréhez. A példában összefonódik az akaratszabadság korlátozása és a vérrokonok közötti házasság tilalma. ZASIUS szerint, ha nem nővérről, hanem bármelyik más nőről van szó, a *stipulatio* érvényes, de nem kikényszeríthető az akaratszabadság sérelme miatt. A jogtudós tehát kora szokásainak megfelelően a római jogban tipikus jogkövetkezmény, a semmisség elhagyásával egyfajta *naturalis obligatió*nak tekinti az akaratszabadságot sértő megállapodásokat.

A törvénytelen és az erkölcstelenség erős egysége érezhető azon a példáján is, amelyben a római jogban törvényi tilalomba ütköző, hozományi telekre vonatkozó ígéret semmisségét a híres *papinianusi* idézettel indokolta meg: *nam que non possumus facere licite ea dicimur non posse.*⁶⁷¹

Nem tartotta az akaratszabadság korlátozásának azt az esetet, amikor a férj pénz ellenben megígérte öreg és ráncos (*anus hispida plena rugis*) feleségének, hogy nem tart szeretőt. A példa már a római jog forrásaiban is felbukkant, újdonság a házasfelek közötti nagy korkülönbség hangsúlyozása. Érdekesség, hogy a kortárs francia jogirodalom jelenleg is küszködik az ehhez hasonló esetekkel,⁶⁷² és egy német bírói ítélet⁶⁷³ semmisnek mondta ki azt a megállapodást, amelyben a férj megígérte féltékeny feleségének, hogy nélküle nem távozik hosszabb üzleti útra.

Másik példája, amely szerint nem erkölcstelen az a megállapodás, amelyben a mesterek megígértetik hallgatóikkal, hogy előadásaikat látogatják szintén a francia *contrat de clash-ra*⁶⁷⁴ emlékeztet bennünket.

Az erkölcstelenség és törvénytelenég általa vallott viszonyára következtethetünk abból a fejtegetéséből, amely szerint érvénytelen az egyébként törvény erejénél fogva infamáló *turpis* cselekedet elkerülésére vonatkozó *stipulatio*. Jócselekedet megtételére ezzel szemben lehetett érvényesen ígéretet tenni. A törvény egyfajta erkölcsi minimumot képezett, amelynek áthágása tiltott volt, de amelyhez képest a *boni mores* teljesebb érvényülése kívánatosnak minősült.

A római források és a kereszténység tanainak egyeztetése során összefüggésbe hozta Ulpianust és a kereszténységet: *Ulpianus [...] nihil minus cogitaverit quam Christi sacra.*⁶⁷⁵

⁶⁷¹ ZASIUS: *id. m.* 310.

⁶⁷² *Cass. Ass. plén.* 2004. október 29.

⁶⁷³ RGZ 158, 294

⁶⁷⁴ CA Paris 1853. július 23 = DP 53, 5, 540; Lyon 1878. március 25 = DP, 73, 2, 68.

⁶⁷⁵ ZASIUS: *id. m.* 244, 30

Jó példa ez arra, hogy az eltérő keresztény gondolkodásmód materiája milyen jól beleilleszthető volt a római jog forrásai által körülírt normatív formába.

FRANCISCUS DUARENUS (1509—1559) francia humanista jogtudós, a *mos gallicus* vezéralakja műveiben egy modern kötelmi jog alapjait rakta le.⁶⁷⁶ Az *iniuria* kérdéskörét tárgyalva kifejtette,⁶⁷⁷ hogy nem csak az büntetendő, aki másnak anyagi jellegű kárt okoz, hanem az is, aki a másik méltóságát sérti, jóllehet testi jellegű sérelmet (*damnum*) nem okoz. Az *actio iniuriarum*ot tulajdonképpen a *contumeliára* szűkítette le. Az *actio causáját* elemezve egyéb példák mellett a *vociferatiót* is felsorolta, ha azt az állam jó erkölcsi tiltják (*bonis moribus civitatis improbetur*). A jó erkölcsöknek hasonló szelektív szerepet tulajdonított a szintén római jogi forrásra⁶⁷⁸ visszamenő példában, amikor valaki egy nő kísérlőjét kijátssza, hogy a hölgynek a jó erkölcsökbe ütköző módon udvaroljon. A jó erkölcsök normativitására és pontos körülírhatóságára utal, hogy nem minden *iniuria* esetében tartotta indokoltnak az *actio* megadását, hanem a praetori *edictum* elemzése alapján csak a különösen kirívó, kapitális esetekben. DUARENUSnál tehát azt tapasztalhatjuk, hogy a jó erkölcsök nem generális klauzulaként és nem egy magasabb rangú normarendszerre utalva jelentek meg, hanem az ulpianusi értelmezéshez⁶⁷⁹ közelítve közrend, közerkölcs értelemben. Ennek egyik fő oka lehet, hogy a humanista jogtudomány képviselői figyelmüket a klasszikus római jogi forrásoknak és nem a későbbi vulgárjogi rétegeknek szentelték.

JACOBUS CUIACIUS (1522—1590) Paulus *edictum* kommentárjaihoz fűzött fejtegetéseiben⁶⁸⁰ az *injuriarum actio* (sic) keletkezését elemezve különbséget tett törvénnyel (*lege*), az erkölcsök által (*more*) és kevert jog (*misto jure*) alapján bevezetett tényállások között. A törvényt és az erkölcsöt egyaránt a jog fogalma alá tartozónak tekintette. E distinkcióját a jelenség történeti fejlődésének ismerete alapján tette meg. Törvénnyel létrehozottnak a 12 táblás törvény tényállásait, erkölcsi alapúnak a praetori *actio injuriarum* eseteit tekintette, általában pedig minden olyan tényállást ide sorolt, amely alkalmas volt más becsületének megsértésére. A kevert jogon alapuló esetekhez a *lex Cornelia* által törvényerőre emelt, de az erkölcsök által befogadott tényállásokat sorolta (*quis pulsatur, cujus domus introitur*).⁶⁸¹ Az *iniuria contra bonos mores* eseteinek taglalásánál is római jogi példákra hivatkozott

⁶⁷⁶ WILFRID VOGT: *Franciscus Duarenus, 1509—155. Sein didaktisches Reformprogramm und seine Bedeutung für die Entwicklung die Zivilrechtsdogmatik*, Stuttgart et al. 1971; OTTO, JOCHEN: “Duaren, François”, in: STOLLEIS, MICHAEL (Hrsg.): *Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München: C.H. Beck 2001², 186.

⁶⁷⁷ DUARENUS, FRANCISCUS: *Opera omnia*, III, Lucae: Joseph Rocchius 1767, Tit. X.

⁶⁷⁸ Ulp. D. 47, 10, 15, 15

⁶⁷⁹ Ulp. D. 47, 10, 15, 6.

⁶⁸⁰ CUIACIUS, JACOBUS: *Pauli ad Edictum commentarii*, in: *Opera*, V, Prati: Frat. Giachetti 1838, 2188skk.

⁶⁸¹ CUIACIUS: *id. m.* 2190.

(*mulierem, puellamve interpellaverit; aquas spurcaverit; fimo corrupto aliquem perfuderit*).⁶⁸²

HUGO DONELLUS (1527—1591) a római jogból ismert jogforrási katalógus szerint csoportosította az érvénytelen *pactum*okat.⁶⁸³ Három csoportot, a törvénytellenes, a császári rendeletbe ütköző és az erkölcstelen megállapodásokat különített el. Mindháromat összefoglalóan jogellenesnek tartotta: *id est in summa, quae sunt contra jus*. Egyéni megoldása azonban a jó erkölcsök és a szokásjog fogalmának definíciószerű összevonása: *boni mores leges sunt populi consensu tacito sine scripto constitutae*. A *mores* és a *consuetudo* összekapcsolása Ulpianus egy kijelentésén⁶⁸⁴ alapul, azonban az ókori jogtudós a *boni* jelzőt nem használta. A tézis egyébként több modern, a jog és az erkölcs kapcsolatát taglaló fejtegetés kiindulópontjának számít. Nyilván az a felismerés rejlik e meghatározás mögött, hogy a *boni mores* íratlan, társadalmilag elfogadott nézeteken alapuló normatív rendszert képezett, ennyiben hasonlított a szokásjogra. A *consuetudo* DONELLUS szerint az a jog, amely az erkölcsökön alapszik. Az erkölcstelen *pactum*okat a törvénytellenes megállapodásokkal is párhuzamba állította. *Contra legem* az a *pactum*, amelyet a *leges* tilt, így *contra bonos mores* pedig az, amelyet a *boni mores* tilalmaz. Az előző írott, nem vitatható, az utóbbi íratlan, a természet törvényein alapuló, és értelemmel többféleképpen megközelíthető rendet jelentett számára. Okfejtésében figyelemreméltó elem, hogy a természeti adottságot nem egyértelműnek, hanem különböző racionális megközelítési lehetőségek függvényének fogta fel.

A továbbiakban a tudományosság igényeinek megfelelően az erkölcsök meghatározását adta az osztályozás, azaz a *partitio* antik módszerét követve. Kijelentette, hogy az erkölcsök és a szokásjog szinoním fogalmak, mindkettőt a hosszú gyakorlat és a használók egyetértése hoz létre. A *boni mores*-t a *natura et jura gentium*mal kapcsolta össze. A *bonus* jelző a vallásnak, a kegyességnek, a *reverentiának* és az igazságnak megfelelő cselekményekre tartotta alkalmazhatónak. A tételt egy Ciceró idézettel támasztotta alá, amelyből a felsorolás egyes elemeit is merítette.⁶⁸⁵ Az idézetben nem szereplő *reverentia* szó használata talán egy másik ismert római jogi forrásnak⁶⁸⁶ köszönhető. Az itt felsorolt alapelvekkel ütköző magatartást

⁶⁸² PS 5, 4, 13

⁶⁸³ DONELLUS, HUGO: *Opera omnia*, VII, Maceratae 1830, 130skk.

⁶⁸⁴ Ulp. D. 26, 7, 7, 10. Ld. VICAT, BÉAT PHILIPPE: *Vocabularium iuris utriusque*, III, Neapoli 1760², 178, valamint SCHILLER, ARTHUR: *Roman Law. Mechanisms of Development*, The Hague: Mouton 1978, 262sk.

⁶⁸⁵ Cicero, *De inventione* 2, 65: *Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.*

⁶⁸⁶ Ulp. D. 24, 3, 14, 1

*adversus bonos mores majorum*nak tekintette, tehát a *mores* és a *boni mores* kategóriáit is egybefoglalta.

A példák kapcsán kifejtette, hogy a természetjognak és a *ius gentium* is előírja, hogy a halált ne óhajtjuk, hanem türelemmel várjuk meg az élet végét, amelynek időpontját Isten határozza meg. E gondolatmenet alapján erkölcstelennek tartotta az élő hagyatékáról való egyezkedést.

Összefoglalóan kijelentette, hogy a tisztességes és hivatalból származó cselekmény *boni mores* cselekmény, a *turpiter*, tisztességtelen pedig *contra bonos mores*, ennek alátámasztására pedig Papinianus híres definícióját lényegesebb önálló adalék nélkül megismételte.⁶⁸⁷

Az erkölcstelen *pactum*okat két nagy kategóriába sorolta. Az elsőbe az önmagukban elítélendő (*per se sit turpe*) megállapodásokat sorolta, például amelyek tárgya *sacrilegium* vagy *homicidium* elkövetése. A másodikba azon aktusok tartoztak, amelyek *delictum* elkövetésére motiválnak, de a cselekmény maga nem *turpis*. Ilyen például a *poenáról* vagy az *actio meturól* való lemondás arra az esetre, ha a másik fél bűncselekményt követne el ellenünk. DONELLUS ebbe az alkategóriába sorolta azt az esetet, amikor a megállapodás valamilyen kivetnivaló remény érdekében köttetik meg, például, amikor az ügyvéd a pertárgy értékének bizonyos részére vonatkozó megállapodást köt. Ebben az esetben a jogügylet *causája* erkölcstelen.

A törvénytelen és erkölcstelen stipulatiók közötti dogmatikai különbséget abban látta, hogy a törvénytelen stipulatiók általában semmisek (*nullius momenti*), sem *de iure* sem *de facta actio* nem társul hozzájuk. Az erkölcstelen *stipulatók* esetében az alperesnek kifogást (többnyire az *exceptio doli*) biztosítanak.

JOHANNES ALTHUSIUS (1557/63—1638) német jogtudós államszervezeti kérdésekkel az empirikus racionalizmus és a természetjog nézőpontjából foglalkozó művében a régi *ensorok* által felügyelt erkölcsi területet és a jogi szférát határozottan elkülönítette egymástól. Morális megrovásban (*inquisitio censurae*) azok részesültek, akiket perben ugyan nem ítélték el és *poenát* sem szabtak ki rájuk, tevékenységük mégis sértette a polgárok jóérzését (*oculos piorum et bonorum civium*), és megrovást érdemeltek.⁶⁸⁸ ALTHUSIUS ezzel megelőlegezi a német ún. *Anstand*-formulát, amely a BGB hatálybalépését követően évtizedekig a *gute Sitten*-klauzula értelmezésének eszköze volt.⁶⁸⁹ Az *Anstand*-formula fő funkciója az volt,

⁶⁸⁷ SCHMIDT: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, 8.

⁶⁸⁸ ALTHUSIUS, JOHANNES: *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, Herborn 1614, 30, 5.

⁶⁸⁹ BGH NJW 1999, 2266—2267; ARZT, GÜNTER: *Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden. Geschichtliche Wurzel, theoretische Begründung und praktische Auswertung*, Tübingen: Diss. 1962, 58skk.

hogy megszabadítsa a jó erkölcsökre vonatkozó klauzulát a ráakódott keresztény rétegektől. Ilyen jellegű törekvést ALTHUSIUSnál is feltételezhetünk. A gyanút erősíti, hogy művének címében is világosan elhatárolta a szent és a profán területeit.

ARNOLDUS VINNIUS (1588—1657) a holland elegáns jogtudomány képviselője institúciókhoz írt kommentárjában külön címet szentel az erkölcstelen megbízásoknak.⁶⁹⁰ A *turpis* és törvénytelen mandátumok semmisségét általános jelleggel mondta ki minden ilyen kötelemre: *turpium rerum et illicitarum nullum mandatum, nullaque in universum ex ullo contractu obligatio est*. Kifejtette, hogy bizonyos esetekben, noha a megbízás tárgya nem bűncselekmény, mégsem keletkezik *actio*. Konkrét példája erre, ha valaki egy tékozló fiú megbízására prostituáltért vállal kezességet. Hasonló a helyzet, ha az aranyifjú *mandatuma* alapján kölcsönt ad a prostituálnak, hiszen ez olyan, mintha olyanak adna a pénzt, aki azt azonnal eltékozolja. E cselekedet egy *Digesta*-hely⁶⁹¹ alapján *adversus bona fide*nek minősítette.

VINNIUS Iustinanust követve nem említette az *iniuriát* a klauzulával összefüggésben, csak önállóan. Az *iniuriát* általános fogalomnak tekintette, és három típusát különítette el (*contumelia, damnum culpa latum, iniquitatem sententiae*). Kifejezetten utalt arra, hogy ez a felsorolás csak példálódzó jellegű, nem képez zárt katalógus. Figyelemreméltó, hogy az *iniuriával* foglalkozó cím alatt olyan konkrét tényállásokat is megjelölt, amelyek a római forrásokban nem voltak kifejezetten *contra bonos mores*-ként említve, de tartalmuk alapján VINNIUS számára annak minősültek.

JOHANNES VOET (1647—1713) az *usus modernum Pandectarum* irányzatának jeles holland reprezentánsa a feltételeket lehetséges és lehetetlen feltételekre osztotta. Ez utóbbiak között megkülönböztetett jogilag, erkölcsileg és kétértelműség miatt lehetetlen feltételeket.⁶⁹² Az erkölcstelen feltételeket *turpis*nek titulálta és a papinianusi hármas fogalmat (*pietas, existimatio* és *verecundia*) sértőnek minősítette.

V.3 A *ius commune*-beli vizsgálódás eredményei

A *ius commune* magánjogi irodalmában a kereszténységre és a keresztény morálra tett direkt utalásokkal csak elvétve találkozhattunk, tárgyi alapon kell megvizsgáljunk, mennyire hatotta át ez az abszolút morál a *boni mores* klauzula tartalmát. Mint tudjuk, ez a klauzula egyfajta

⁶⁹⁰ VINNIUS, ARNOLD: *Institutionenkommentar. Schuldrecht*, Heidelberg: Müller 2005

⁶⁹¹ Ulp. D. 17, 1, 12, 11

⁶⁹² VOET, GIOVANNI: *Commento alle pandette* (prima versione italiana per cura Antonio Bazzarini), Venezia 1839, 449.

összekötő kapocsként funkcionál a pozitív jog és az erkölcs között. Ennek következtében, ha közvetítő szerepét hatékonyan látja el, konkretizálása során mindkét terület jellegzetességeivel rendelkeznie kell. Ennek ellenőrzését úgy végezhetjük el a legkönnyebben, ha szemügyre vesszük a neotomisták által felállított kritériumrendszert, amely alapján a jog és az erkölcs elkülöníthető egymástól.⁶⁹³ E módszer korántsem inadekvát, hiszen a természetjogra vonatkozó tomista eszmerendszer idevágó gondolatai Ulpianus híres definíciójában gyökerenek: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*⁶⁹⁴ A következő négy kritérium jelenlét fogjuk tehát megvizsgálni:

(1) A jog „alteritással” bír, a másikkal való rendelt fogalom, strukturálisan személyközi jellegű, tipikusan társas dimenzió.

(2) A jog kizárólag a külsődleges tettek szabályozására alkalmas, az emberek közötti kapcsolatokban jut szerephez, amennyiben tárgyát, az igazságosságot a közjó érdekében realizálja: *ius est obiectum iustitiae.*⁶⁹⁵

(3) A joghoz nem feltétlenül kell erényes lelkületnek társulnia.

(4) A pozitív jog kényszerítő erővel bír.

E szempontok legkézenfekvőbbben a prostituálttal kötött ügylet kapcsán jelentkeznek. Mint láttuk Azo fejtegetéseiből, az interperszonális viszony egyértelmű az ilyen esetekben, hiszen a *lenocinium*hoz legalább két személy szükséges. Az alteritás több vonatkozásban is tetten érhető: egyrészt a tisztességes nők és a kéj nők megkülönböztetése (ez a gyakorlatban nyilván ruházatuk alapján könnyen eldönthető volt, mint erre egy római forráshely⁶⁹⁶ is utal), külső, érzékelhető cselekmények hangsúlyozása és distinkciója (maga a cselekmény és az elfogadás aktusa), valamint a bevétel állam javára történő megítélése kapcsán.⁶⁹⁷ Ez utóbbi momentum egyértelművé teszi, hogy „minden egyénileg elkövetett »magánbűnünk« egyben társadalmi igazságtalanság is, mivel valamilyen módon kihatással van a többiekre is.”⁶⁹⁸ Az erényes lelkület hiányát, azaz a morális semlegességet olvashatjuk ki abból a tényből, hogy a prostituált a szolgáltatásáért járó díjat nem *turpiter* fogadja el, „csupán” cselekménye számít szégyentelennek. A társadalmi realitás (a prostitúció tagadhatatlan létezése) és az ideális társadalomkép, a *Sein* és a *Sollen* szembenállásnak szép példáját adta itt Azo. A kényszerítő

⁶⁹³ Vizsgálódásunkat FRIVALDSZKY: *id. m.* 150—173 alapján végezzük.

⁶⁹⁴ Ulp. D. 1, 1, 10, 1. További részletekért a *suum cuique* kitételrel kapcsolatban BIRD, OTTO: *The Idea of Justice*, New York—Washington—London: Frederick A. Praeger 1968, 122—127.

⁶⁹⁵ *Sum. Theol.* I-II, 100, a. 2

⁶⁹⁶ Ulp. D. 47, 10, 15, 15

⁶⁹⁷ A pornográfiával kapcsolatos utilitarista és morális megfontolások elméleti egyensúlyát kínálja DWORKIN, RONALD: Do We Have a Right to Pornography? in: *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press 1985, 370.

⁶⁹⁸ *Sum. Theol.* II-II, 58, a. 5 és I János lev. 3, 4 alapján FRIVALDSZKY: *id. m.* 155.

erő jelenlétét negatíve a *repetitio az ex delicto suo non debet lucrari* elve⁶⁹⁹ alapján történő megtagadása, illetve az ügylet kikényszeríthetlensége jelzi. A fenti fragmentum alapján láthatjuk, hogy az erkölcsi aspektus hol elbújik, hol feltűnik a konkrét tényállás jogi megítélése kapcsán. A moralitás érezhető a *lenocinium* megítélésénél és a tisztességes és tisztességtelen nők megkülönböztetésénél. A jog ehhez a *nemo auditur* elvét és az állam javára marasztalást kapcsolta hozzá, mindezt úgy, hogy az alapügyletet jogilag indifferensnek, azaz kikényszeríthetetlennek minősítette. A kikényszerítés hiánya kétarcú, hiszen oka egy erkölcstelen ítélet, de az okozat már a jogi szférában, nevezetesen az egyik legfontosabb jogkövetkezmény, a kikényszeríthetőség hiányában jelentkezik. Ezt a kettősséget és rugalmasságot a *boni mores* klauzula alkalmazásával érték el. Ellenvetésként felmerülhet, hogy mindez csak a jog és erkölcs összefüggését bizonyítja, de azt nem, hogy az erkölcs alatt valóban abszolút erkölcsöt értettek. Valóban, a keresztény abszolút erkölcsre csak elszólásszerűen találtunk kifejezett utalásokat, éppen azért, mert annak érvényesülése vitathatatlan volt.⁷⁰⁰

Másik fontos észrevételünk, hogy a középkori jogtudósok nem nagyon képezték újabb, a római jogban nem található esetköröket a *boni mores* fogalma alá, megmaradtak abban a tárgyi körben, amelyet számukra fő autoritásként elismert iustinianusi törvénytűvek, legfőképpen a *Digesta*, kijelöltek. Teremtő tevékenységük leginkább a kazuisztikus anyagnak a skolasztikus logika elvei mentén való rendszerezésében jelent meg, különösen a feltételek, az érvénytelenségi okok, vagy a *pactumok* rendszerezése kapcsán. Ezen dogmatikai tevékenységük alapozta meg, hogy a későbbi korokban addig eltérő tényállásokra is kiterjeszthették a jó erkölcsöket, hiszen a hivatkozás alapjául már nem egy kazuisztikus római jogi megoldás, hanem egy absztrakt, elméleti séma szolgált.

E rövid összefoglalásból is kitűnt, hogy a római jogi források alapján dolgozó koraközépkori jogtudósok a *boni mores* alakilag változatlan fogalmát az eredetitől eltérő tartalommal töltötték ki. A jó erkölcsök nem egyszerűen az általános erkölcsi mérce hívószavává vált a magánjogi irodalomban, hanem a keresztény tanítás és az Isteni rendnek megfelelő abszolút erkölcs követelményét jelölte. A korszak végén már érezhettük a bomlás jeleit az objektív és változatlan etikai előírásoktól való megszabadulás igényét, a klauzula újraprofanizálódásának jeleit.

⁶⁹⁹ IACOBUS DE RAVANIS: *Lectura super codice*, Bologna: Forni 1963, ad C. 4, 7, 5

⁷⁰⁰ A keresztény hatás a magánjogban, különösen a számunkra releváns szerződési jogban a *pacta sunt servanda*, valamint a *causa*-tan kidolgozása kapcsán gyakorolt jelentős hatást. Jogelvi szinten a kánonjogászok által sűrűn hangsúlyozott *aequitas* fogalomváltozása tükröződik a magánjogi irodalomban is. Ld. COING, HELMUT: *Europäisches Privatrecht*, I, München: Beck 1985, 35—36.

VI. A jó erkölcsökre vonatkozó generális klauzula a francia, a német és a magyar magánjogi kódexekben

VI.1 Bevezetés

Jelen fejezetben a francia, német és magyar magánjogban az összehasonlító módszer segítségével vizsgáljuk meg a jó erkölcsöknek megfelelő klauzulákat. Vizsgálódásainkat a magánjogi kódexekre szűkítjük le, és eddigi módszerünkhöz hasonlóan a fogalom konkrét megjelenései után kutatunk. Összehasonlításunk tárgya tehát a jó erkölcsök fogalmának és a hozzá kapcsolódó generális klauzuláknak az adott magánjogban betöltött rendszertani és dogmatikai funkciója, nem csak a fogalom értelmezésének, konkretizálásának mikéntje. Az összehasonlítást egy újonnan, a célnak megfelelően kifejlesztett modell alapján végezzük el. A felhasznált értelmezési mátrix a SACCO-féle ún. *Formante*-tan és a klasszikus SAVIGNY-ra visszavezethető interpretációs kánon⁷⁰¹ egyesítéséből jött létre. Azt, hogy összehasonlításunk módszertani alapkövéül a *Formante*-tant választottuk, annak köszönhető, hogy egy, a célkitűzésünknek megfelelő mikroösszehasonlítás elvégzéséhez ez tűnt a legalkalmasabb eszköznek. Átfogó és a külföldi jogász számára is megközelíthető módon találja az idegen jogot, azaz tökéletesen megfelel MARKESINIS követelményeinek (*Verpackung des fremden Rechts*).⁷⁰² Másrészt gyakorlati eredményekkel kecsegtető módon konkrét vizsgálódást tesz lehetővé, de nem hagyja figyelmen kívül a társadalmi sajátosságok vizsgálatát sem. A zseniális olasz összehasonlító jogász elmélete szerint az az *a priori* vélekedés, hogy egy bizonyos országban a törvényi norma, a jogirodalom álláspontja, a bírósági ítéletek tenorja és a konkrétan alkalmazásra kerülő norma megegyezik, hamis. Sokkal teljesebb képet kapunk a valós állapotokról, ha az összehasonlítás során a normatív tartalom ezen általa *formantinek* elnevezett megjelenéseit külön-külön megvizsgáljuk.⁷⁰³ E hármasság, a jogalkotás, jogalkalmazás és a jogtudomány kategóriájához jól illeszkednek a klasszikus értelmezési módszerek, a grammatikai, logikai, történeti és rendszertani aspektusok. A három kategória kiindulását nyilvánvalóan a jogalkotó által létrehozott hatályos pozitív jogi norma képezi, hiszen mind a jogtudománynak, mind a jogalkalmazásnak ebből kell kiindulnia. Így elemzésünket a pozitív norma feltárásával kezdjük meg. Ehhez kapcsolódóan lesz szó a

⁷⁰¹ A jog értelmezésére vonatkozó tételket leginkább SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON: *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin: Veit 1840, 206skk. tartalmaz. Ld. még FIKENTSCHER, WOLFGANG: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, Tübingen: Mohr Siebeck 1976, 67.

⁷⁰² MARKESINIS, BASIL: *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, München: Sellier 2004, xix.

⁷⁰³ SACCO, RODOLFO: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden-Baden: Nomos 2001, 59—78.

klauzula rendszertani elhelyezkedéséről, grammatikai elemzéséről, a jogkövetkezményekről valamint a normák történeti interpretációjáról. A rendszertani interpretáció keretében az adott jogrendszerben működő dogmatikai sajátosságokra és jogkövetkezményekre világítunk rá, ezt követően historikus interpretáció keretében feltárjuk az adott normához kapcsolódó eredeti jogalkotói szándékot, annak módosulását, majd szót ejtünk az esetleges módosító, újító kezdeményezésekről is. Ezután átlépünk a jogtudomány terebélyesítésére. Azért a jogtudomány álláspontját választottuk a következő *formanténak*, mert MARKESINIS-szel⁷⁰⁴ egyetértve úgy véljük, hogy a jognak a jogalkalmazói, bírói tevékenységben kell kulminálnia, amely a pozitív jogszabályból indul ki és figyelembe veheti a jogtudomány álláspontját, azonban a valóban érvényesülő, „élő jog” szuverén ura marad. A jogtudományon belül először a jogfilozófiai megfontolásokat vesszük szemügyre. Azáltal próbáljuk feltárni ugyanis a nem verbalizált, de hatásában érezhető úgynevezett kriptotípusokat (*criptotipi*)⁷⁰⁵, hogy elemzésünket szélesebb jogelméleti-jogfilozófiai aspektussal bővítjük. Ezt követi a dogmatikai sajátosságok tárgyalása, végül a jó erkölcsök fogalmát elhatároljuk az adott jogrendszerben található rokon fogalmaktól. Mint említettük, a jogtudomány feladata többek között, hogy segítse a bíróságokat a jó erkölcsök fogalmának konkretizálásában. Végző soron a jogalkalmazás által kialakított konkretizálási kísérletek és általában induktíve képzett esetcsoportok jelentik a harmadik nagy *formante*-csoportot. A fogalom természetéről az is sokat elárul, ha a definiálás folyamatát dinamikusan, hosszabb időtartamon keresztül vizsgáljuk, és rákérdezzük a fogalommódosítások és módosulások miéértjére.

VI.2 A jó erkölcsök a magánjogi kódexekben, rendszertani elhelyezkedésük

VI.2.1 A jó erkölcsök a francia *Code civil*ben

A *mœurs*⁷⁰⁶ és a *bonnes mœurs* kifejezések több helyen is előfordulnak a *Code civil*ben. A *bonnes mœurs* összetétel a 6, a 1133, 1172 és az 1387 cikkelyekben található meg. Ha a vizsgálódást a szemantikailag rokon szavakra (mint például a *moralité*, *moral*, *la moralité publique*, *la démoralisation*) is kiterjesztjük, láthatjuk, hogy az erkölcsre több cikkelyben is hivatkozás történik.⁷⁰⁷

⁷⁰⁴ MARKESINIS: *id. m.* 153.

⁷⁰⁵ SACCO: *id. m.* 74—77.

⁷⁰⁶ *Code civil* 900. cikk.

⁷⁰⁷ Pl. *Code civil* 371-2, 375, 378-1 cikkelyek. LOCHAK felosztása a *bonnes mœurs* funkcióira vonatkozóan a kifejezés és rokon értelmű szavak előfordulásának teljesebb vizsgálatán alapszik. LOCHAK, DANIELE: Le droit a

Ezen előfordulások közül egyértelműen a 6. cikkely a legfontosabb. Kiemelt helyen, a *Titre préliminaire*-ben, a francia kódex bevezető részében, egyéb alapvető szabályok között kapott helyet. Az itt található normák együttesen a szerződési jog etikai bázisát (*déontologie contractuelle*)⁷⁰⁸ képezik, egyfajta polgári jogi alkotmánynak,⁷⁰⁹ a kódex „szellemi támaszának”⁷¹⁰ tekinthetőek. A cikkely egyértelműen a szerződési szabadságot korlátozó *principe général*-nak tekinthető. Olyan kapu, ahol a jogi fogalom (*bonnes mœurs*) mögé bújtatott természetes elvek behatolnak a pozitív jogba és „szerethetővé” teszik a törvényt. Ez a norma tekinthető például kiindulópontnak az 1128 és 1131 cikkelyek alkalmazásához.⁷¹¹ Ennek ellenére a cikkelyre hivatkozó bírósági döntések száma elenyésző például az 1133. cikkely idezettségéhez viszonyítva.

Rövidsége ellenére a 6. cikkely értelmezése meglehetősen nehéz. Ez nem csak a benne található, bizonytalan kövonalú fogalmaknak, de az „*intéressent*” ige sokféle jelentést megengedő értelmezésének is tulajdonítható. További nehézséget okoz, hogy a szabály anélkül hivatkozik a *bonnes mœurs*-ra, hogy definiálná annak tartalmát. A szűkítő értelmezés szerint egy megállapodás csak akkor erkölcsstelen, ha tárgya vagy kauzája az. Ennek megfelelően azok a helyzetek, amikor a megállapodás körülményei és következményei erkölcsstelenek, nem tartoznak e klauzula égisze alá. A tágabb értelmezés a bírónak szabad mérlegelést biztosít abban a tekintetben, mikor használja fel a norma rendelkezéseit.⁷¹² CARBONNIER szerint a 6. cikkely nem szó szerint értendő. Így az *ordre public*-ba és a jó erkölcsökbe ütköző megállapodások nemcsak a törvényeket nem ronthatják le, de a szabály fordítottja is igaz, a törvények sem szentesíthetnek jó erkölcsökbe ütköző magatartásokat. A

l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 30sk. Két csoportot képezett, az elsőbe a csoporthoz tartozás feltételeit előíró normák tartoznak, a második pedig bizonyos tárgyak, szituációk cenzúrája képezi. A felosztás kritériuma azonban nem teljesen egyértelmű. Az első csoportba tartozó normák egyes fajtái inkább történetileg bírtak jelentőséggel, a középkori kánonjog (ld. GUYADER, JOSSELINE: *Les bonnes mœurs du clergé au XVème siècle d'après les statuts synodaux de Bernard de Rosier*, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 81—104) a régebbi állami bürokrácia kapcsán. Az 1983. július 13-i törvény Franciaországban eltörölte az állami tisztségviselőkkel szemben felállított, jó erkölcsökbe ütköző magatartás tilalmára vonatkozó követelményt, és helyébe a „funkciójával összeegyeztethetetlen magatartást állította. Ma különösebb jelentőségre az eltérő vallási-kulturális értékek mentén megszakadó nemzetfogalom kapcsán bírnak jelentőséggel.

⁷⁰⁸ GÉRAUD-LORCA, EDITH: L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 61.

⁷⁰⁹ FENOUILLET, DOMINIQUE: La fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique, in: CABRILLAC, RÉMY—LAQUETTE, YVES—DU CHAMBON, PATRICK MAISTRE—SIMLER, PHILIPPE: *Études offertes à Pierre Catala. La droit privé français à la fin du XXe siècle*, Paris: Litec 2001, 487.

⁷¹⁰ PENA, MARC: *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif* 2/17 (1992), 519.

⁷¹¹ DARMAISIN, STÉPHANE: *Le contrat moral*, Paris: LGDJ 2000, 60.

⁷¹² DARMAISIN: *id. m.* 60.

szöveg kifejezett tartalmával ellentétben a bíró törvényi szabályozás hiányában is vizsgálhatja a megállapodásokat és a szerződési kikötéseket a közrend és a jó erkölcsök szempontjából.⁷¹³

Az 1133. cikkely a *Code civil* harmadik, a tulajdon megszerzésének különböző formájáról szóló könyvének, harmadik, a szerződésekről és hagyományos kötelmekkel általában foglalkozó címében található. A *bonnes mœurs* kifejezés a második fejezetben, a *cause* kapcsán kerül elő. Ez utóbbi ugyanis a norma értelmében tiltott, ha törvényellenes vagy sérti a jó erkölcsöket vagy az *ordre public*-ot. Figyelemreméltó, hogy a cikkely a *bonnes mœurs* és az *ordre public* közé a 'vagy' (*ou*) szócskát helyezi szemben az előző cikkely 'és'-ével.⁷¹⁴

Az 1172. cikkely ugyanabban a könyvben és címben kapott helyet, mind az 1133. csak a kötelmek különböző fajaival foglalkozó negyedik fejezetben a feltételek kapcsán. A norma szerint a lehetetlen, jó erkölcsbe ütköző és törvényellenes feltételek semmisek, és a tőlük függő megállapodás teljes semmisségét okozzák. A cikkely szövegezésének másik sajátossága, hogy az előző két cikkellyel ellentétben itt a *bonnes mœurs* az *ordre public* említése nélkül kerül elő.⁷¹⁵

Az 1387. cikkely az ötödik címben a klauzula már teljesen más jogi kontextusban kerül elő. A házassági szerződésre és a házasságra vonatkozó szabályok bevezető normáját képezi, ilyen értelemben szintén generális jellegűnek nevezhető. A cikkely tulajdonképpen a jogalkotó önmegegyezéséről szól. Kijelenti, hogy a házastársak megállapodásai nem ütközhetnek a jó erkölcsökbe és a fejezet speciális előírásaiba.

Hosszas vita után a francia magánjog egyes részeinek reformját előkészítő *Avant-projet* is megőrizné a jó erkölcsökre vonatkozó klauzulát. Az első verziókban még a kötelelem tárgya nem lehetett ellentétes a *bonnes mœurs*-szel. Ennek norma dogmatikai háttere az volt, hogy a tervezet *cause*-nak visszerthes szerződés esetén az ellenszolgáltatást, ingyenes juttatások esetében pedig a szabad elhatározást (*l'intention libérale*) tekintette.⁷¹⁶ A CATALA professzor által fémjelzett 2006-os tervezet⁷¹⁷ a szerződő fél céljára fektetette a hangsúlyt, kijelentve, hogy az nem lehet ellentétes az *ordre public*-kal, a jó erkölcsökkel és általában az imperatív normákkal.⁷¹⁸ A tervezet eltörölné azonban az erkölcstelenség és a törvénytelenység között jelenleg fennálló distinkciót.⁷¹⁹

⁷¹³ FAHRE-MAGNAN, MURIEL: *Les obligations*, Paris: PUF 2004, 333.

⁷¹⁴ Erre az *et-re* hívja fel nyomatékosan a figyelmet PICOD, YVES: *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris: LGDJ 1989, 90.

⁷¹⁵ Ld. erről LOCHAK: *id. m.* 37.

⁷¹⁶ RODIERE, RENÉ: *Objet, cause et lesion du contrat*, Paris: A. Padrone 2000, 165.

⁷¹⁷ CATALA, PIERRE: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris: La documentation Française 2006

⁷¹⁸ *Avant-projet* 1126. cikk.

⁷¹⁹ BÉNABENT, ALAIN: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Montchrestien 2007¹¹, 151.

Összefoglalóan kijelenthető, hogy a jó erkölcsök kódexbeli előfordulásain igen erősen érezhető a római jog közvetett hatása. Ennek megfelelően a négy említést két csoportba lehet osztani. Az elsőbe a dogmatikai, a másodikba a tartalmi jellegű utánhallásokon alapuló említések tartoznak. A dogmatikai csoportba sorolhatóak egyrészt a törvényellenességet és az erkölcstelenséget egy fogalmi körbe vonó általános megjegyzések (a 6. cikkelyben), a *causatan* (a 1133. cikkely) illetve a feltételek tanában a lehetetlenséget a törvénytelenséggel és erkölcstelenséggel azonosító nézet (a 1172. cikkely). A tartalmi jellegű továbbélést pedig a házasság rendjét a jó erkölcsökhöz kapcsoló 1387. cikkely mutat.

Más szempontból a 6. cikkely szigorú, szó szerinti értelmezésben a jogot a jó erkölcsök felé helyezi. A norma eszköz jellegű szabályt képez, amelynek jogtechnikai funkciója a szerződési szabadság korlátozása. Az 1133. és az 1172. cikkelyek a jó erkölcsöknek a jogot kiegészítő, hégzagnótló funkciót látszanak tulajdonítani. Ez részben igaz az 1387. cikkelyre is, amelyből azonban még kiérezhető az is, hogy a törvény feladatának tekinti egy abszolút jellegű jó erkölcsöknek megfelelő házassági rezsím létrehozását.

VI.2.2 A jó erkölcsök a német BGB-ben

A jó erkölcsökre (*gute Sitten*) vonatkozó klauzula a német magánjogban három kiemelt helyen fordul elő, a BGB 138., 817. és 826. paragrafusában.⁷²⁰ A 138. § a jogügyleti szabadság és a privátautonómia, a 826. § az általános cselekvési szabadság korlátozását jelenti a jóerkölcsbe ütköző károkozás tilalmán keresztül. A francia felfogáshoz képest eltérés, hogy a német dogmatika szerint a *gute Sitten* nem minden helyen bír azonos jelentéssel.

A 138. § a BGB általános részében, a jogügyleti tanról szóló részben, közelebbről az akaratnyilatkozatra vonatkozó szabályok között található. A norma feladata a jogrendben immanensen meglévő alapvető elvek és értékek közvetítése, az alapjogok „hajtószíjaként”⁷²¹ funkcionál a polgári jogban. Első bekezdése a jó erkölcsökbe ütköző jogügyletek semmisségét mondja ki,⁷²² a 134. §-sal együtt a jogügyletek tartalmi ellenőrzésére szolgál. Alkalmazása azért indokolt, mert a tilalmi előírások nem minden esetben elegendőek a szerződési szabadsággal történő visszaélések megakadályozására. A *gute Sitten* fogalma a jog technikus

⁷²⁰ MEDICUS, DIETER: *Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch*, Heidelberg: Müller 2006⁹, 266. Hosszú karrier után az UWG 1. §-ából a törvény módosításakor kivették a jó erkölcsökre való utalást. A versenyjogi szabályozás körében például az érintett üzleti körök mértékadó felfogását kell figyelembe venni, vagy akár közvéleménykutatásokra lehet támaszkodni. Ld. BGH NJW 1969, 744, 746.

⁷²¹ BÄHR, PETER: *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, München: Franz Vahlen 2004¹⁰, 143.

⁷²² A jogrend adta további súlyosbító körülmény, hogy a semmis ügylet is adóköteles: *pecunia non olet*. Ld. AO 40. §.

fogalma, a jogalkalmazás egészen a legutóbbi időkig az ún. „illendőség-formula” segítségével (*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*) töltötte ki a *gute Sitten* tartalmát.⁷²³ A paragrafusban használt jogügylet fogalma elsősorban magánjogi szerződéseket (tulajdonátruházó ügyleteket, munkaszerződés, társasági szerződés, kartellszerződés, családjogi szerződések, öröklési jogi szerződések) takar, de ide tartoznak az ún. normaszerződések (különösen a tarifamegállapodások), az egyesületi határozatok és szabályok, egyes közjogi szerződések és egyes egyoldalú jogügyletek (végrendelet, felmondás) is. A francia joggal ellentétben a norma alkalmazását nem szűkítik le a családi kapcsolatokkal és szexualitással kapcsolatos ügyletekre.

A BGB 817. § már az egyes kötelmi jogviszonyok, pontosabban a jogalap nélküli gazdagodás területére vezet át. Első mondata tulajdonképpen a *condictio ob turpem vel iniustam causam* római jogi elvének modern német megfelelője, második mondata pedig az *in pari turpitudine melior est causa possidentis* római jogi tételére megy vissza. Azon esetekre vonatkozik, amikor csak az átvevő magatartása sértett törvényi tilalmat vagy a jó erkölcsöket. A szabály dogmatikai sajátossága, hogy a *condictio* a kívánt cél megvalósulása ellenére fennáll.⁷²⁴ Ennek oka, hogy az adott cél jogpolitikailag kérdéses. A normának nincs túl nagy jelentősége, mert a elköteleződési ügylet (*Verpflichtungsgeschäft*) már rendszerint a 134. vagy a 138. paragrafus alapján semmis, így a *condictio indebiti* lép működésbe.⁷²⁵ A paragrafus önálló jelentőségre akkor tesz szert, ha az alapügylet érvényes (például védelmi pénzek kicsikarásakor, amikor az átvevő erkölcstelen magatartása nem elegendő a 134. és 138. paragrafus szerinti semmisség megállapításához), ha a *condictio indebiti* a 814. § alapján kizárt (mert a teljesítő adós tudta, hogy a kötelezettség nem létezik), végül ha a *condictio ob rem* sem alkalmazható (mert a megállapodás szerinti eredmény bekövetkezett, az előbbi példánál maradva elmaradnak a további zaklatások). Hasonlóképpen, a jogalap nélküli gazdagodás témakörében, a 819. § (2) bekezdésében találjuk azt a szigorúbb felelősséggel járó esetet, amikor a jogosult a szolgáltatás elfogadásával törvényi tilalmat hágott át vagy sértette a jó erkölcsöket.

A BGB 826. §-át, az erkölcstelen, szándékos károkozás tényállását az egyes kötelemfakasztó tényállások között, a nem megengedett cselekmény között találjuk. Ezt a szabályt harmadik, „kis” generális klauzulának is nevezik,⁷²⁶ a gazdasági életben van inkább szerepe. Gyakorta abszolút jogok sérelme kapcsán alkalmazzák, a tulajdon deliktuális védelmének egy

⁷²³ BGH NJW 1999, 2266—2267.

⁷²⁴ MEDICUS, DIETER: *Schuldrecht, II, Besonderer Teil. Ein Studienbuch*, München: Beck 2003¹¹, 309.

⁷²⁵ MEDICUS: *Bürgerliches Recht*, 445.

⁷²⁶ MEDICUS: *Schuldrecht, II*, 396.

formája,⁷²⁷ elméletileg minden tulajdont ért, szándékosan okozott⁷²⁸ sérelem esetében alkalmazható. A kárnak vétkes, szándékos vagy legalábbis gondatlan magatartáson kell alapulnia.⁷²⁹ A szándékosság automatikusan átfogja az erkölcstelenséget is, a sérelmet okozó félnek csupán a ténykérdésekkel kell tisztában lennie, szubjektív, esetlegesen igen laza erkölcsi felfogása nem bír jelentőséggel.⁷³⁰ A joggal való visszaélés (226. §) mellett ez az egyetlen norma, amely az egyént az őt megillető jogok korlátlan gyakorlásában akadályozza. A gyakorlatban keveset alkalmazzák e normát.⁷³¹ A német törvényalkotó nem véletlenül zárta ki egy olyan generális klauzula megteremtését, amely lefedne minden olyan magatartást, amely valamiképpen mások sérelmével jár. Igen gyakran más szempontok, mint például a versenyelv, felülírják a kártérítésre való igényt.⁷³² A paragrafus ugyanakkor szemléletes példája a generális klauzulák egyik funkciójának. A tisztességtelen versenyre és a versenykorlátozás tilalmára vonatkozó speciális szabályozás nagy része eredetileg e norma „köpönyegéből” bújt elő.

A paragrafus grammatikai értelmezése alapján arra a következtetésre juthatunk, hogy a német jog a *gute Sitten* technikus fogalmát a törvény szövegével „lányítja”, hiszen az erkölcstelenséggel (*sittenwidrig*) szinoním értelemben használja (a 138. és a 826. paragrafusokban), ezzel a jogfogalmat az erkölcsi szférához mindinkább közelíti. A 138. § (2) bekezdése egyfajta példálódzó jellegű felsorolásnak is tekinthető, és noha ezek az uzsora tényállásában konjunktív feltételként értelmezendők, az erkölcstelennek minősített jogügyletek egy része mégis sokszor kapcsolható az itt található egyes kondíciókhoz. Például a közeli hozzátartozók kezességvállalási ügyei a tapasztalansághoz vagy az alárendelt pozícióhoz,⁷³³ a túlbiztosítás, vagy az egyetemes engedményezés esetei a kényszerhelyzethez illeszthetőek. Mint láttuk, a 817. §-ban a törvényellenesség és az erkölcstelenség egy szabályozási szintre került. Érdekesség, hogy a törvény szövege a tiltó törvényi normákra utal. A francia *Code civil* 6. cikkelyénél azt láttuk, hogy a jogügylettel a felek a törvényi előírást nem ronthatják le, ha az a közrendet vagy a jó erkölcsöket érinti.

⁷²⁷ KLUNZINGER, EUGEN: *Einführung in das Bürgerliche Recht*, München: Franz Vahlen 2007¹³, 473.

⁷²⁸ MEDICUS: *Schuldrecht*, II, 397.

⁷²⁹ BGH NJW 1963, 579.

⁷³⁰ BGH NJW 1991, 3282—3283.

⁷³¹ BÄHR: *id. m.* 145.

⁷³² BÄHR: *id. m.* 292.

⁷³³ Ebben az esetkörben rendkívül érdekes és látens módon kapcsolódik össze a *reverentia* fogalmán keresztül az erkölcstelenség és a hatályos jogokból (francia *Code civil* 1114. cikk., olasz *Codice civile* 1437. cikk.) eltűnni látszó *metus reverentialis*. E lehetséges *Wiederkehr der Rechtsfigur* (a kifejezés MAYER-MALY, THEODOR: *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, JZ, 26 (1971), 1-ből származik) következtében fenntartásokkal kezelendő STEPHAN WAGNER a *metus reverentialis* kihalására vonatkozó tézise. Ld. WAGNER, STEPHAN: *Metus reverentialis — Von der Rezeption zur Kodifikation*, Orbis Iuris Romani 12 (2008), 97—98.

A családjogi könyv örökbefogadásról szóló részében csak az erkölcstelen kifejezés szerepel. Annak ellenére, hogy az örökbefogadás közvetítése törvénytelen vagy erkölcstelen módon történt, a gyermek magasabb rendű érdeke miatt az örökbefogadás mégis érvényes maradhat.

A 138. § és a 826. § viszonya összetett, a normák eltérő szabályozási területtel rendelkeznek. A 138. paragrafus jogügyletekre, a 826. § pedig károkozásra vonatkozik. Már ez alapján világos, hogy az előző megsértése nem jár szükségszerűen a másodikból származó kártérítési igénnyel.⁷³⁴ A két előírás elsősorban egyoldalú erkölcstelenség esetén kerül együttes alkalmazásra, ha a 138. § alapján kimondott semmisség olyan erkölcstelen magatartásnak köszönhető, amely szándékos, erkölcstelen károkozást is megvalósít.⁷³⁵ Ez a helyzet főképp uzsorás szerződések és az adós leláncolása esetében fordul elő, sokszor *culpa in contrahendo*-ból származó igényekkel⁷³⁶ együtt. Ezen kártérítési igények jogkövetkezménye lehet, hogy az erkölcstelen károkozást elszenvedő fél az egyébként 138. § alapján semmis jogügyletből rá háramló előnyöket teljes egészében vagy részlegesen megtarthatja.

Többnyire a 138. §, mivel a kárt okozó ügyletet semmissé teszi, megakadályozza a 826. § alkalmazhatóságához megkívánt károk bekövetkezését. Az egyik fél (A) megszegi egy másik féllel (B) kötött ingatlanszerződését, hogy helyette egy harmadik (C) személlyel kössön üzletet. C tart attól, hogy a hasonló üzleti szegmensben működő B versenyt jelent majd a számára, ezért csábítja A-t a szerződés megszegésére. Az A és C között létrejött szerződés a 138. § alapján semmis, de A az ingatlant a 817.§ második mondata ellenére, amely kizárja a szolgáltatás visszakövetelését, ha mindkét fél törvénytelen vagy a jó erkölcsbe ütköző magatartást tanúsított, az ingatlannyilvántartás kiigazítására vonatkozó 894. § alapján visszakövetelheti. Ennek következtében B 826. § alapuló igénye C ellen feleslegessé válik, hiszen közvetlenül A ellen fordulhat.

Egy másik példa szerint, ha az adós egyik hitelezőjére ruházza át biztosítékait és engedményezi zálogképes üzleti vagyonát, a többi hitelező 826. § alapuló kárigénye a 138. § alapuló előkérdéstől, nevezetesen az ügylet jó erkölcsnek megfelelő vagy abba ütköző minősítésétől függ.

Elképzelhető olyan eset is, amelyben a szerződés a 138. § alapján nem semmis a 826. § mégis alkalmazható. Ez történik például, ha az adós egyéb hitelezőinek megtévesztését csak az egyik hitelező és nem az adós kezdeményezte, valamint ha a felek csak a biztosítéki ügyletek megkötése után határozták el magukat a hitelezők megtévesztésére. Bizonyos előfeltételek

⁷³⁴ BGH NJW 1970, 657—658.

⁷³⁵ RGZ 71, 61, 69sk.

⁷³⁶ BGHZ 99, 101, 105sk.

megléte (monopolhelyzet vagy lényeges hatalmi pozíció⁷³⁷ és egyéb, tagsághoz szükséges objektív feltételek teljesítése) esetén az egyesületbe való felvétel megtagadása, a 249. § első mondatával együtt, a 826. § alapuló kártérítéshez vezethet. Ez a helyzet különösen gazdasági egyesületek esetében fordul elő,⁷³⁸ de egyéb civil szervezetek (például sportegyesületek)⁷³⁹ esetében is elképzelhető. Ennek alapján a 826. § nem anyagi javak védelmét is szolgálja, és a 253. § (1) bek. alapján elsősorban természetbeli teljesítésnek (azaz a tagság megadásának) van helye.

VI.2.3 A jóerkölcs a magyar jogban

A magyar Ptk. a 'jóerkölcs' fogalmát három helyen⁷⁴⁰ tartalmazza. Az első említés a kötelmi jogról szól részben, a szerződések általános szabályai között, a második e normához kapcsolódóan a jogkövetkezményekről (semmisség és megtámadhatóság) szóló részben lelhető fel. A fogalom harmadjára a jogalap nélküli gazdagodásról szóló fejezetben fordul elő, rendszertanilag tehát mindhárom esetben a kötelmi jog általános részében találkozhatunk a jóerkölccsel. Érdekességképpen megemlíthető, hogy az erkölcs kifejezett említése negatív formában, az erkölcstelen életmódra való utalás során az öröklési jogban a kitagadással kapcsolatban is megtörténik.

A jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét kimondó 200. § (2) bekezdésének a szerződési szabadság deklarációját követő elhelyezése egyértelművé és hangsúlyossá teszi, hogy a norma célja a felek akaratszabadságának korlátozása.⁷⁴¹ A jóerkölcsre hivatkozás a jogszabályba ütköző és az *in fraudem legis* szerződés után, a tiltott szerződések⁷⁴² harmadik eseteként foglal helyet. Feltűnő, hogy a jogszabályba ütközés esetén a kész szerződésre, a jogszabály megkerülése a szerződéskötés folyamatára látszik utalni. Az előző bekezdés alapján azt lehetne vélni, hogy a szűkszavú megfogalmazás mögött a szerződés tartalmának jóerkölcsbe ütközéséről van szó, azonban a jogtudomány⁷⁴³ és a jogalkalmazás⁷⁴⁴ a

⁷³⁷ BGHZ 93, 151skk.

⁷³⁸ BGHZ 29, 344skk.

⁷³⁹ BGH NJW 1969, 316skk.

⁷⁴⁰ Ptk. 200. § (2) bek., 237. § (4) bek. és 361. § (3) bek.

⁷⁴¹ A szerződési szabadság korlátozásával kapcsolatban ld. CSERNE PÉTER: *Szerződési szabadság és paternalizmus: adalékok a szerződési jog közgazdasági elemzéséhez*, Századvég 41 (2006), 50—52.

⁷⁴² Itt említhető, hogy a „tilos” illetve a „jóerkölcsbe ütköző” fogalmának használata a jogirodalomban nem egységes. A tilos hol magában foglalja a jóerkölcsbe ütközőt, hol azzal párhuzamosan, megegyező rendszertani szinten használatos. Ld. GELLÉRT GYÖRGY (szerk.): *A Polgári Törvénykönyv magyarázata*, Budapest: KJK-Kerszöv 2004, 725 és 1395.

⁷⁴³ GELLÉRT: *id. m.* 725.

⁷⁴⁴ BH 2000/6. sz. 260.

semmisség jogkövetkezményét a szerződéssel elérni kívánt cél illetve joghatása erkölcstelensége esetén is alkalmazandónak tekinti. Fontos dogmatikai adalék, hogy a Legfelsőbb Bíróság a lehetetlen szerződést jóerkölcsbe ütközőnek tekinti.⁷⁴⁵

A közkezen forgó kommentárok egyike a történeti interpretáció által megállapítható eredeti jogalkotói szándék ellenére a közérdekbe ütköző szerződések egyik esetkörének tekinti a nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző megállapodásokat.⁷⁴⁶ A két kategória egybeolvadásának nemzetközileg megfigyelhető trendje a magyar jogalkalmazó fogalomhasználatában is tetten érhető:⁷⁴⁷ „a szerződés „jóerkölcsbe” ütközése megállapítása során nem a szerződő fél érdeksérelmét, hanem azt kell vizsgálni, hogy maga a jogügylet társadalmilag elítélendő-e.”⁷⁴⁸ Az érintett norma a meglehetősen képlékeny fogalom értelmezését a „nyilvánvalóan” határozószó segítségével próbálja enyhíteni. Ennek használata arra utalhat, hogy a jogalkotó a norma alkalmazása során ésszerű önkorlátozást vár el a jogalkalmazótól, akit egyébként a generális klauzula alkalmazásával tulajdonképpen normaalkotási feladattal bízott meg. A határozószó jelentőségét csökkenti, hogy az iménti paragrafushoz kapcsolódó, az állam javára történő marasztalhatóságot kimondó norma⁷⁴⁹ nem tartalmazza az említett határozószót. Hasonlóképpen, a gazdagodás visszatérítésére jogosult személy esetében annak egyszerű, erkölcstelen magatartása elegendő lehet az állam javára történő marasztalás kimondásához,⁷⁵⁰ nem szükséges nyilvánvalóan erkölcstelen magatartást tanúsítania. Ebből egyrészt arra következtethetünk, hogy a „nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző” fordulat nem képez megbonthatatlan fogalmi egységet. Másrészt úgy tűnik, hogy a német kódex szabályozásával ellentétben a magyar jogalkotó a jóerkölcs fogalmát az egész Ptk. során egységesen kívánja értelmeztetni, és a különbözőségek érvényre juttatásához szükséges finomhangolásokat pedig töltelékszavak alkalmazásával éri el.

A fogalom még két helyen, az állam javára marasztalás speciális intézménye kapcsán fordul elő a hatályos Ptk.-ban. Ennek értelmében érvénytelen szerződés esetén, a bíróság az állam javára ítélteti meg azt a szolgáltatást, amely a jóerkölcsbe ütköző szerződést kötő félnek járna vissza.⁷⁵¹ Jogalap nélküli gazdagodás esetében szintén alkalmazható az állam javára történő marasztalás, ha az a személy, aki részére a gazdagodást vissza kellene téríteni, azt jóerkölcsbe

⁷⁴⁵ BH 1997/6. sz. 306. Ezzel kapcsolatban kritikus BERTALDÓ ANDRÁS: *A jóerkölcsbe ütköző és a lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződések kapcsolatáról*, 2009 (OTDK-versenydolgozat, kéziratban)

⁷⁴⁶ GELLÉRT: *id. m.* 725.

⁷⁴⁷ PJD I. 78. sz.

⁷⁴⁸ GELLÉRT: *id. m.* 736.

⁷⁴⁹ Ptk 237. § (4) bek.

⁷⁵⁰ Ld. Ptk. 361. § (3) bek.

⁷⁵¹ Ptk. 237. § (4) bek.

ütköző magatartásával idézte elő.⁷⁵² A polgári jog reformja e rendelkezéseket, a jogág jellegétől idegen karakterisztikájuk miatt eltörölni javasolja.

A Polgári Törvénykönyvről szóló T/5949 sz. törvényjavaslat a jóerkölcs fogalmával a hatályos törvényszöveghez képest szélesebb körben operál. A családjog anyagának harmadik könyvként történő inkorporálása révén a polgári jogi kódex erkölcsi dimenziói jelentős mértékben megnövekednek.⁷⁵³ Az indoklás a jó erkölcsök *sedes materiae*-ja esetében, a szerződés érvénytelensége okainál kifejezetten utal a római *boni mores*-ra. Így például a javaslat 2:50. § (2) bekezdése értelmében alapítvány nem hozható létre jóerkölcsöt sértő célra. A hatályos szabályozásban szereplő „tartós közérdekű cél” fordulatot cserélte le a jogszabályba ütköző, jogszabály megkerülésére irányuló és jóerkölcsöt sértő cél.⁷⁵⁴ A jogalkotó célja a változtatással az alapítvány és az egyesület szabályozásának szinkronizálása volt, és az a törekvés, hogy alapítványt ne csak köz-, hanem magáncélra is lehessen alapítani. Az állam támogatási politikája pedig a közhasznúvá nyilvánításban, illetve az ahhoz kapcsolódó adókedvezményekben ölt majd testet.⁷⁵⁵

Az 5:76. § a nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét az eddigi megoldással lényegileg megegyezően mondja ki. A szakmai viták során felmerült érvek hatására állt el a jogalkotó attól a tervezett szűkítő megoldástól, amely a megtámadást csak fogyasztó szerződés és a köztulajdonnal gazdálkodó fél részvételével kötött szerződésnél tette volna lehetővé jóerkölcsbe ütközés vagy a feltűnő értékaránytalanság miatt.⁷⁵⁶ Úgy tűnik, hogy az e norma által kimondott semmisség részleges érvénytelenséget is okozhat, és nem csupán a szerződés tárgyának és céljának erkölcselenségére, de egyes jogügyleti alkatrészek semmisségére is vonatkozik a szabály. Az indoklás szerint például a szavatossági jogok törvényben rögzített szabályozásától való kirívó eltérés esetén felvethető a jóerkölcsbe ütköző feltétel semmissége is.⁷⁵⁷

Újdonság, hogy a 2:19. § alapján a támogató a támogatott érdekében kérheti a jóerkölcsbe ütköző szerződés semmisségének megállapítását. Az indoklás megállapítása szerint a személyhez fűződő jogról való lemondás érvénytelenségének leggyakoribb esete a

⁷⁵² Ptk. 361. § (3) bek.

⁷⁵³ Például a 3:141. § a a vérségi származás megismeréséhez fűződő jog és a 3:152. §, a szülői felügyelet gyakorlásának elvei kapcsán.

⁷⁵⁴ A bírói gyakorlat már régóta igen tágan értelmezte, mondhatni figyelmen kívül hagyta a „közérdekűség” fogalmát, ld. CSEHI ZOLTÁN: *A civil társadalom szervezeteinek joga Magyarországon. Vázlat a nonprofit szféra szabályozásáról*, Budapest: Gondolat 2007, 35; valamint CSEHI ZOLTÁN: *A magánjogi alapítvány. Történeti és dogmatikai alapok*, Budapest: Gondolat 2006, 262—268.

⁷⁵⁵ T/5949. sz. törvényjavaslat a Polgári Törvénykönyvről indoklását. A dokumentum elérhető: [http://irm.gov.hu/download/05949\[1\].pdf/05949\[1\].pdf](http://irm.gov.hu/download/05949[1].pdf/05949[1].pdf) (2009. január 22.)

⁷⁵⁶ T/5949. sz. törvényjavaslat az érvénytelenséggel kapcsolatban.

⁷⁵⁷ T/5949. sz. törvényjavaslat a 5:143. §-hoz

jóerkölcsbe ütközés.⁷⁵⁸ A személyhez fűződő jogok megsértéseinek szankciói esetén is dominál az erkölcsi jelleg,⁷⁵⁹ az újonnan bevezetésre kerülő sérelemdíj egyik funkciója például kifejezetten „erkölcsi” kártérítés.

A házassági vagyoni szerződés esetében, eltérő rendelkezés hiányában, a Kötelmi jognak a szerződés érvénytelenségére vonatkozó rendelkezései, így például a jóerkölcsbe ütközés tilalma érvényesülnek.⁷⁶⁰

Egy dolog forgalomképességét a dologi jogi szabályozáson túlmenően, egyéb jogszabályok és a szerződési jogi szabályozáson keresztül érvényesülő általános társadalmi közfelfogás korlátozza. Ennek egyik legszignifikánsabb áthallási pontja természetesen a jóerkölcsbe ütköző szerződések tilalma.⁷⁶¹

VI.3 A jó erkölcsök fogalma az eredeti jogalkotói szándék szerint

VI.3.1 A jó erkölcsök a francia *Code civil* kodifikációs munkálataiban

A Code civil 6. cikkelyének legávulabbi előképe a iustinianusi kódex egy fragmentuma,⁷⁶² közvetlenebb modellje pedig DOMAT munkásságában található meg, aki szerint azon ígéretek és megállapodások, amelyek sértik a törvényeket és a jó erkölcsöket semmire sem köteleznek.⁷⁶³ E kettős, római jogi, kánonjogi⁷⁶⁴ illetve természetjogi inspiráció a kódexben máshol is érezhető, de a jó erkölcsök kifejezetten jó például szolgál erre vonatkozóan.⁷⁶⁵ MALEVILLE a cikkelyt egyenesen római jogszabályok fordításának tartotta, felvételét pedig egy generális formula (*formule générale*) igényével magyarázta.⁷⁶⁶ Nem minden, a kodifikációban résztvevő szereplő örült a római jogi fogalom recepciójának. A *tribunat* kritikája szerint a *boni mores* a római jog pontatlan axiómája, amely nem alkalmas arra, hogy

⁷⁵⁸ T/5949. sz. törvényjavaslat a 2:74. §-hoz.

⁷⁵⁹ T/5949. sz. törvényjavaslat a 2:88. §-hoz.

⁷⁶⁰ T/5949. sz. törvényjavaslat a 3:35. §-hoz

⁷⁶¹ T/5949. sz. törvényjavaslat a 4:15. §-hoz

⁷⁶² C. 2, 3, 6

⁷⁶³ DOMAT, JEAN: *Traité des lois*, V, 3, § 10 illetve Uő.: *Lois civil*, 7, 1, 2, 1.

⁷⁶⁴ SENN, FÉLIX: Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, in: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, I, *Aspects historiques et philosophiques*, Paris: Libraire du Recueil Sirey 1934, 44—62.

⁷⁶⁵ BONASSIES, PIERRE: Á travers Le Fenet: observations sur les sources et l'idéologie du Code civil, in: *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Béguet*, Toulon: Université 1985, 512skk.

⁷⁶⁶ MALEVILLE, JACQUES DE: *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, I, Paris: Vve Nyon, 1805, 15.

inkorporálják a készülő kódexbe.⁷⁶⁷ A klauzula védelmére azt hozták fel, hogy objektív tartalommal és gazdag történeti hagyományokkal bír, valamint, hogy a régi axiómákat a megszilárdult jogkövetés következtében respektálni kell. A cikkely ürügyén zajló akadémiai vita tulajdonképpen tárgyát a római jog kódexbeli szerepe képezte. A kompromisszumos megoldást az jelentette, hogy a cikkelyt a római jogi alapokról természetjogi alapokra helyezték át. Ennek értelmében CAMBACÉRÈS megfogalmazása szerint, a civiljog törvényei a természet előírásain, azaz az erkölcsök tiszteletén alapulnak.⁷⁶⁸ Ezt később PORTALIS megerősítette, kifejtve, hogy a szerződési jogban a *droit naturel* mindenkire érvényes szabályt jelent.⁷⁶⁹

A francia magánjog kodifikálásakor egyébként a szerződési jog szenvedte el a legkevesebb változást,⁷⁷⁰ amelynek alapvetően három oka volt. E jogterület volt a legkevésbé átpolitizált, feudális elvektől mentes területnek számított és alapvetően nem a *coutum*-ok jogán alapult, hanem az egyetlen igazi *droit commun* területnek volt tekinthető.⁷⁷¹ Már a 18. században kialakult és megerősödött francia földön a szerződési szabadság doktrínája, amelyet többek között a *bonnes mœurs* korlátoznak.⁷⁷² A jó erkölcsök tekintetében a *droit écrit*⁷⁷³ és a *pays de coutume*⁷⁷⁴ jogtudománya között teljes egyetértés uralkodott.

CAMBACÉRÈS is kis változtatásokat tartott szükségesnek,⁷⁷⁵ bár harmadik tervezetében éppen a szerződési szabadságot korlátozó tényezőket még másként nevezte. A felek akaratát tekintette a szerződés első törvényének, de azt az *ordre public* és az *ordre moral* fogalmai által korlátozta volna.⁷⁷⁶ Korábban még az *ordre social* és a *honnête publique* (amely a *bonnes mœurs* laikus változatának minősíthető) kifejezéseket is megtalálhatjuk nála, így

⁷⁶⁷ GÉRAUD-LLORCA, EDITH: L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 67.

⁷⁶⁸ FENET, I, 146—157.

⁷⁶⁹ FENET, I, 509.

⁷⁷⁰ Az egyetlen forradalmi aktus az 1789. október 3-i 12. törvény tekinthető, amely szakított a kánonjoggal. A mérsékelt változásokról bővebben ld. ARNAUD, ANDRÉ-JACQUES: *Essai d'analyse structurale du code civil français*, Paris: LGDJ 1973, 15.

⁷⁷¹ OURLIAC, PAUL-MALAFOSSE, DE JEHAN: *Histoire de droit privé. Les Obligations*, Paris: PUF 1969², 112.

⁷⁷² DENISART, JEAN BAPTISTE: *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, I, Paris: Desaint 1771⁷, 705, valamint FERRIÈRE, CLAUDE-JOSEPH DE: *Dictionnaire de droit et de pratique*, I, Paris: Vve Bunet, 1769, 367sk. végül GIN, PIERRE-LOUIS-CLAUDE: *Analyse raisonnée du droit français, par comparaison des dispositions des loix romaines et de celles de la Coutume de Paris, suivant l'ordre des loix civiles de Domat, avec un texte de la coutume de Paris dans lequel les articles sont rételis dans l'ordre que les réformateurs leur ont donné*, Paris: Servière 1782, 270.

⁷⁷³ A *droit écrit* tekintetében ld. JULIEN, JEAN JOSEPH: *Eléments de jurisprudence selon les loix romaines et alles du royaume*, I, Aix: chez Antoine David 1785, 295 és BOUTARIC, FRANÇOIS DE: *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français*, I, Toulouse: Gaspard Hénault et Jean-François Forst, 1757, 436.

⁷⁷⁴ BERVILLE, SAINT-ALBIN (ed.): *Œuvres complètes de Pothier*, I, Paris: Thomine et Fortic 1821—24, 43—45 és 119.

⁷⁷⁵ HALPÉRIN, JEAN-LOUIS: *L'impossible Code civil*, Paris: PUF 1992, 121.

⁷⁷⁶ FENET, I, 171.

kívánt a magánjognak közjogi dimenziót adni.⁷⁷⁷ A kodifikáció utolsó szakaszában aztán megerősödött a *bonnes mœurs* tana, PORTALIS szerint az akaratszabadságot csak az igazság, a jó erkölcsök és a közérdek korlátozhatja,⁷⁷⁸ a *qui dit contractuel dit juste* elvének megfelelően.⁷⁷⁹ A jogalkotói szándék szerint tehát a cikkely a megállapodások érvényességének negatív feltételét tartalmazza, míg a pozitív előírások az 1108. cikkelyben találhatóak. A klauzula révén a jogellenesség a szerződés belsejébe telepszik, de megmarad külső feltételektől való függése is.⁷⁸⁰ A 6. cikkely egyes szövegváltozatai közötti eltérések azonban csak a megfogalmazás nehézségeinek tekinthetőek, lényegi különbséget nem takartak.

A történeti törvényhozó célja a jó erkölcsök fogalmának felvételekor az volt, hogy a forradalommal járó társadalmi változások miatt hiányosnak tartott *ordre public* hézagait kitöltse. PORTALIS a *Code civil* egyik vallási értelemben konzervatívnak nevezhető vezető kodifikátora kifejezetten hasznosnak ítélte meg a közvetve római jogi hagyományokon alapuló jó erkölcsök megőrzését. Véleménye szerint a régi vívmányok megőrzendőek, ha nincs különös ok a megváltoztatásukra, és a törvénynek kímélnie kell a szokásokat, ha azok nem rosszak.⁷⁸¹

A *bonnes mœurs* tág fogalma jól illeszkedett a fennálló hatalmi viszonyok logikájába is. A klauzula a thermidoriánus „reakció” kezében eszközül szolgált egyrészt a társadalom újjáépítéséhez, egyensúlyához,⁷⁸² a rendhez való visszatéréshez,⁷⁸³ másrészt a civil szféra kontrolljához. A klauzulát utilitarista módon a hierarchikus társadalmi viszonyok legitimálására kívánták felhasználni. Az előkészítő anyagok tanúsága szerint a parlament véleménye az volt, hogy a társadalmi aktusok logikus számításokon, materialista megfontolásokon, a meggazdagodás lehetőségeinek keresésén alapszanak. Emiatt a *bonnes mœurs* a társadalmi védekezés egyik fontos eszköze, a törvények nem szentesíthetik az erkölcstelenséget.⁷⁸⁴ A jó erkölcsök ennek megfelelően a társadalom építményének cementjét

⁷⁷⁷ PENA: *id. m.* 515.

⁷⁷⁸ FENET, I, 509.

⁷⁷⁹ FOUILLÉE, ALFED: *L'idée moderne du droit en Allemagne en Angleterre et en France*, Paris: Hachette 1883², 187.

⁷⁸⁰ LÉON JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: L'ordre public en droit privé intern, in: *Mélanges à la mémoire de Henri Capitant*, Paris: Dalloz, 1939, 381—401.

⁷⁸¹ PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE: Discours préliminaire, in: FENET, PIERRE-ANTOINE (éd.): *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, I, Paris: Videcoy Libraire 1827, 481.

⁷⁸² LAVAND-LEGENDRE, BÉNÉDICTE: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Paris: PUF 2005, 5.

⁷⁸³ LOCRIÉ, JEAN GUILLAUME: *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion, ou conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code civil, des Observations des Tribunaux, des Procès-verbaux du Conseil d'État, des Observations du Tribunal, des Exposés de motifs, des Rapports et Discours*, I, Paris: Imprimerie Imperiale 1805, ix.

⁷⁸⁴ Arch. Parl. 2ème serie, III, 70

jelentik.⁷⁸⁵ A forradalom számára a társadalmi szerződés lényege minden polgár törvénynek való alávetése volt, ezért is került a klauzula a kódex elejére. Az államérdek így kapcsolódik össze a forradalom egyik nagy vívmányával, az egyén középpontba kerülésével: egyedül az egyéni erények garantálhatják a közérényeket.⁷⁸⁶ A civil hivatása tudatában lévő magánszemély rendhez és a törvényhez fűződő érdeke leginkább a magánjog területén tud érvényesülni. A *raison d'État* a rend és a jó erkölcsök iránti egyéni szükségletek összességére épült,⁷⁸⁷ a kodifikátorok munkájuk során tudatosan törekedtek az egyéni és a közérdek összehangolására.⁷⁸⁸ THIESSE tribun szerint e hangzatos érvek nem fedhetik el a valóságot. A jó erkölcsök csak egy maszk a gazdagság kapzsi vágyának eltakarására.⁷⁸⁹ PORTALIS ezzel szemben pont ebben látta a zálogát annak, hogy az igazság, erény és tisztesség helyét ne vehesse át az érdek hitvány számításai és a bűn kalkulációja.⁷⁹⁰

A *Tribunal d'appel* egyetlen egyszer sem kifogásolta a jó erkölcsök felvételét, sőt a janzenizmus szellemének megfelelően kifejezetten örült az általa még vallásos színezetűnek is tartott fogalom jelenlétének.⁷⁹¹ ANDRIEUX tribun, liberális szónok szerint éppen az eltérő normacsoportok keveredése okozta a régi jog bizonytalanságát.⁷⁹²

A cikkellyel kapcsolatos másik vita középpontjában a norma által a bíróra ruházott mérlegelési hatalom állt. A törvényalkotásban résztvevők érzékelték, hogy a bíró szuverenitása nehezen egyeztethető össze a forradalom eredményeképpen kialakult modern politikai elvekkel. Egyesek szerint az *ordre public*-ra, mint a jog autentikus fogalmára való hivatkozás elegendő lett volna.⁷⁹³ PORTALIS és HUGUET tribun elutasította e teoretikus vitákat, és felhívta a figyelmet, hogy egy alapelv a tudományban lehet vita tárgya, de a törvényhozásban mint jogszabály már kötelező erővel bír.⁷⁹⁴ A mérsékeltebb nézetek szerint a jó erkölcsök klauzája joghézag, a jog hiányossága esetén léphet működésbe,⁷⁹⁵ mintegy kiegészítve a forradalmi nomophilia hevében oly jónak tartott törvényeket.⁷⁹⁶ A két normaterület összefüggését azonban nem mindenki tekintette ilyen egyszerűnek: ami nem

⁷⁸⁵ Arch. Parl. IV, 11.

⁷⁸⁶ PORTALIS: *id. m.* 62.

⁷⁸⁷ GUIBERT-SLEDZIEWSKI, ELISABETH: L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire, in: *La Révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale?* I, Paris: PUF, 173—184.

⁷⁸⁸ CAMBACÈRES, JEAN JACQUES RÉGIS DE: *Projet du Code civil*, Paris: L. Edouard Duchemin, 1977, 65.

⁷⁸⁹ Ach. Parl. III, 145

⁷⁹⁰ Arch. Pol. IV, 16

⁷⁹¹ FENET, III, 155

⁷⁹² Arch. Parl. III, 43

⁷⁹³ Arch. Parl. III, 46

⁷⁹⁴ Ach. Parl. III, 130

⁷⁹⁵ Arch. Parl. III, 130

⁷⁹⁶ Arch. Parl. IV, 16

ellenkezik a tövénnyel az jogszerű, de ami törvénynek megfelelő, attól még tisztességtelen lehet.⁷⁹⁷

A bírói szabadságot végeredményben a méltányosság fogalmából vezették le. A méltányosságot pedig biblikus,⁷⁹⁸ erkölcsi színezetű fogalomként közelítették meg, a megállapodások valós alapjának tartották.⁷⁹⁹ Másrészt a méltányosság a racionalitás legfőbb eszköze, jelenlétét a bírói döntésben az is indokolta, hogy a modern rendszerben a felsőbbíróságok felülbírálnak az alsóbíróságok döntéseit.⁸⁰⁰ A bírói tekintély helyreállítására egyébként is nagy igény mutatkozott, a hivatást újra a professzionalizmus, művészet és a tapasztalat metszéspontjába kívánták helyezni.⁸⁰¹ A *bonnes mœurs* végeredményben a tudomány beáramlását jelentette a kiépülő új rendszerbe a bírói normatív szabadságának részleges elismerésén keresztül.

VI.3.2 A jó erkölcsök a BGB kodifikációja során

A MUGDAN-féle *Materialien* a jó erkölcsök tilalmát nem az akarathibáról szóló részben, hanem a nem megengedett jogügyletek körében ismertette.⁸⁰² Az első tervezet megfogalmazásában⁸⁰³ két fontos eltérést találunk. Egyrészt a szöveg kifejezetten a jogügylet tartalmára vonatkozott, valamint a *gute Sitten* mellett a közrendbe (*öffentliche Ordnung*) ütközést is tilalmazta. A mai verzió egyrészt sokkal szélesebb, hiszen a jogügylet tartalma mellett az azt létrehozó személyek motívumait is átfogja, másrészt a közrenddel összehágható cselekményeket is részben a jó erkölcsök fogalma alatt kénytelen szubszumálni, amely a fogalmak kontúrjainak felszívódásához vezet. A második tervezet már a mai verziót tartalmazta,⁸⁰⁴ jóllehet még a második bekezdés nélkül.

A *Motive* a norma előképének a francia *Code civil* 1131. cikkelyét, a bajor és a hesseni tervezetet és kisebb súllyal a *gemeines Recht*et tartotta. A napóleoni kódex szövegét franciául idézte is. Figyelemreméltó, hogy nem a szerződéskötési szabadságra vonatkozó hatodik cikkelyt, hanem a jogcímre vonatkozó megoldást választotta példaképül. Ez többek között talán annak tudható be, hogy e dokumentum tartózkodott a felek autonómiájának

⁷⁹⁷ FENET, I, 149

⁷⁹⁸ CARBONNIER, JEAN: *Droit civil*, I, Paris: Quodrigue/PUF, 73.

⁷⁹⁹ FENET, I, cxii

⁸⁰⁰ Arch. Parl. III, 77

⁸⁰¹ FENET, I, 471—472

⁸⁰² MUGDAN, BENNO: *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin: Decker 1899—1900, LXXXV.

⁸⁰³ E I § 106

⁸⁰⁴ E II, 103. §

korlátozásától. A bajor tervezet⁸⁰⁵ a jó erkölcsök mellett a törvényellenes és a közrendbe ütköző cselekményeket egy normában foglalta össze, a *gute Sitten* helyett az erkölcsösség (*Sittlichkeit*) kifejezést használta. A hesseni tervezet megoldását⁸⁰⁶ érezhetően a francia kódex inspirálta. A kodifikációs megoldások általában a szolgáltatás jó erkölcsökbe ütköző tárgyára mondtak ki semmisséget, és egyebekben az erkölcstelen feltételekre és a *condicio ob turpem causam*ra szorítkoztak. Az indokolás szerint ez a felfogás túlságosan szűk.⁸⁰⁷ A semmisséget álláspontja szerint mindazon jogügyletekre ki kell terjeszteni, amelyek erkölcstelen tartalmúak, és nincs ok arra, hogy ezt a jogkövetkezményt csak az erkölcstelen feltételekre szűkítsék le. Ugyanakkor elismerte, hogy az erkölcsi és jogi kötelezettségek nem fedik le egymást teljesen, így nem lehet minden, erkölcsi szempontból elítélhető jogügylet semmis. A határvonal meghúzásánál arra kell figyelemre lenni, ha a jogügylet tartalma közvetlenül, objektíve, azaz az alanyi oldal figyelmen kívül hagyásával sérti a jó erkölcsöket. A jó erkölcsök fogalma mellett a közrend említését azért tartotta fontosnak a *Motive*, mert egy jogügylet tartalma nem csak az erkölcsöket, hanem az állam általános érdekeit is sértheti, és a kettő nem minden esetben esik egybe. E vonatkozásban az iparúzési szabadságot sértő szerződésekre utalt. A normát az indokolás lényeges, de nem problémamentes jogalkotói lépésnek tartotta. A legérzékenyebb kérdésnek a tág bírói szabadságot és az ebből esetlegesen eredő tévedéseket látta. Ennek ellensúlyozására azonban a német bírói kar komoly felfogását elegendő garanciának értékelte, és bízott abban, hogy a normát a jogalkotói szándéknak megfelelően fogják alkalmazni.

A *Protokolle*⁸⁰⁸ a tervezet 106. § (a későbbi 138. §) vonatkozásában két javaslatot vizsgált meg. Az első két fontos változtatást tartalmazott, amelyek közül mindkettőt elfogadták. Egyrészt javasolta a közrend fogalmának törlését azzal az indoklással, hogy ugyan ez a fogalom a nemzetközi magán- és közjogban megkerülhetetlen, de meglehetősen pontatlan és tartalmát a törvénytelenségre és erkölcstelenségre vonatkozó tilalmak nagyjából úgyis lefedik. Másrészt a jogügylet tartalmára utaló fordulat törlését szorgalmazta, mert a szerződő felek erkölcstelen indítékainak bírói kontrollja a konkrét esetekben elkerülhetetlen. Csak ennek a szubjektív elemnek a figyelembevétele mellett lehet a jogügylet egészét helyesen értékelni. További érv volt, hogy az átfogóbb megfogalmazással a norma hatókörével kapcsolatos kétségek eloszlatatók. A magánautonómiába történő beavatkozástól ódzkodó megoldást tehát kifejezetten elvetették.

⁸⁰⁵ Bay. E I, 80. § (2) bek.

⁸⁰⁶ Hess. E IV, 1, 84. cikk.

⁸⁰⁷ Mot. I, 211—212.

⁸⁰⁸ *Protokolle*, 257—258.

A másik javaslat a „*gegen die guten Sitten*” fordulatot a „*gegen die Sittlichkeit*” fordulattal cserélte volna le. Ezt elutasították, mert fontosnak tartották a jó erkölcsök fogalma által biztosított szélesebb érvényesülési kört és úgy vélték, ez utóbbi fogalom a norma értelmezéséhez szükséges objektív alapot is kifejezőbben körülírja. A kérdést, hogy a fogalmat egyes vagy többes számban használják a *Protokolle* szerzői a szerkesztőbizottság (*Redaktionskommission*) hatáskörébe utalták. A többes számú alak használatát a hagyományok és a római jog megoldása indokolhatta.

A felirat (*Denkschrift*) nem tartalmazott a normára vonatkozó észrevételt. A törvénytervezet parlamenti vitája során TEUBNER szerint STADTKAGEN még egyszer követelte a közrend bevezetését, mert úgy vélte, hogy a jó erkölcsök fogalmának használata osztályjellegű bíráskodáshoz fog vezetni.⁸⁰⁹ TEUBNER ezen megállapítását túlzónak tartom, hiszen az érintett parlamenti képviselő csupán tévedésből utalt a közrend fogalmára, azt állítva, hogy az az általános részben megtalálható, szó sincs arról, hogy kifejezetten a fogalom felvételét szorgalmazta volna. Azt követelte, hogy az általános rész előírásait, amelyek közül a jó erkölcsöket és – tévesen – a közrendet is kiemelte, ne csak szűkítőleg a cselédségi viszonyokra, hanem minden munkajogviszonyra alkalmazzák.⁸¹⁰ Felszólása ennyiben valóban támadta az osztályjellegű bíráskodást.

Ami a fogalom tartalmát illeti, a BGB tervezeteiben már felmerült, hogy a jó erkölcsök generális klauzuláját, a jogtudomány álláspontjának megfelelően,⁸¹¹ az értelmesen gondolkodó ember objektív mércéjéhez igazítsák.⁸¹²

A szolgáltatás visszakövetelésének kizárásával illetve jogalap nélküli gazdagodásból származó felelősség mértékével foglalkozó, jelenlegi 817. és 819. §-ok a tervezet több normájának⁸¹³ átsztrukturálásával jöttek létre.

A visszakövetelés kizárásának okai között már a tervezet⁸¹⁴ első változata is tartalmazta az átadó erkölcstelenséget és közrendbe ütköző magatartását. Ha azonban az átvevő fél járt el hasonlóképp, az átadó a szolgáltatást mégis visszakövetelhetette.⁸¹⁵ A tervezet második

⁸⁰⁹ MUGDAN: *Materialien* TEUBNER, GUNTHER: *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitte-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum 1971, 38.

⁸¹⁰ MUGDAN: *Materialien*, I, 898.

⁸¹¹ SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 8skk.

⁸¹² MUGDAN: *Materialien*, 406.

⁸¹³ E I 743, 747. §

⁸¹⁴ E I 743. §; MUGDAN: *Materialien*, II, 471.

⁸¹⁵ E I 747. §

olvasata⁸¹⁶ a közrend fogalmát a törvényi tilalom kifejezésre cserélte le. Ez a változtatás mindkét mai normát érintette.⁸¹⁷

A jogalap nélküli gazdagodásból származó felelősség mértékére vonatkozó jelenlegi 819. § az első⁸¹⁸ tervezet 741. és 747. § második mondatának⁸¹⁹ összevonásával jött létre. A 741. § (1) bekezdése, a *Motive* tanúsága szerint,⁸²⁰ az átvétel időpontjában rosszhiszemű szerző cselekményét magánjogi deliktumnak minősítette. A második bekezdés vizsgálta a *mala fides superveniens* kérdéskörét. A szerző fél kötelességeit nem a jogfüggőség időpontjára, hanem a tudomásszerzés idejére fixálta, így például a gazdagodás ezt követő megszűnése (a szolgáltatás végtelen lehetlenné válásának esetét leszámítva) nem jelentett kimentési okot.⁸²¹

A tervezet⁸²² a visszaadási kötelezettségek vonatkozásában a *conditio indebiti* szabályait rendelte alkalmazni.⁸²³ A jelenlegi 819. § (2) bekezdése az erkölcstelen átvevő felelősségét hasonló módon szigorítja, és mértékadónak az átvétel vagy a tudomásszerzés időpontját tartja. A mai 817. § a norma második mondata a tervezet tárgyalása során néhányak számára feleslegesnek tűnt.⁸²⁴ Felvételét azzal indokolták meg, hogy ez a mondat tisztázza, hogy a visszakövetelési tilalomra a tartozatlan szolgáltatásra vonatkozó előírások érvényesek. A mai jogalkalmazás e mondat segítségével az itt szereplő kizárési okot minden visszakövetelési igényre kiterjeszti. Mivel a legtöbb erkölcstelen ügyletet *condictio indebitivel* rendeznek, ha a második mondat felhasználási területét nem terjesztenék ki, az csaknem kiüresedne.⁸²⁵ Érdekes funkcióváltás figyelhető meg tehát az eredeti jogalkotói szándék és a mai jogalkalmazási gyakorlat között. Még a jogalkotó a tartozatlan fizetés esetében kifejtett visszakövetelési tilalmat tette meg kiindulási alapnak, a kortárs bírúk a *condictio ob turpem vel iniustam causam* esetében szabályozott tilalomra hivatkoznak egyéb *condictiók* esetében is.

A jogellenes károkozás vonatkozásában a tervezet⁸²⁶ legfontosabb eltérései a végleges verzióhoz képest, hogy kifejezett utalást tartalmazott az erkölcstelen cselekmény

⁸¹⁶ E II, 741. §

⁸¹⁷ *Protokolle*, 3000.

⁸¹⁸ E I 741. §

⁸¹⁹ E norma a tervezet két verziójában azonos, a végleges változatban azonban jelentős változtatásokkal és szétdarabolással került be.

⁸²⁰ Mot. 841; MUGDAN: *Materialien*, II, 469.

⁸²¹ A *Protokolle* kifejtette a paragrafus lerövidítésének okait. Kizárták például azt a fordulatot, amely az átvevőtől nemcsak a jogalap hiányának, de az átadó erre vonatkozó nemtudása ismeretét követelte meg. Ld. *Protokolle* II, 2999—3000; MUGDAN: *Materialien*, II, 1187.

⁸²² 747. § (2) bek.

⁸²³ *Motive*, 846; MUGDAN: *Materialien*, II, 472.

⁸²⁴ *Protokolle* 2979—2980; MUGDAN: *Materialien*, II, 1181.

⁸²⁵ KROPHOLLER, JAN: *Bürgerliches Gesetzbuch. Studienkommentar*, München: C.H. Beck 2008¹¹, 572.

⁸²⁶ E I 705. §

jogellenességére és arra, hogy az előírás a személy általános szabadságának korlátját jelenti, valamint nem tartalmazta a szándékosság feltételét. A *Motive* az erkölcstelen károkozás kapcsán a jó erkölcsök fogalmát a római jogi és *gemeines Recht*beli *actio doli* doktrínájával, valamint a jóhiszeműség és tisztesség elvével kötötte össze. Azt állította, hogy minden esetben, amikor valaki rosszhiszemű cselekményével a jóhiszeműség és tisztesség elvének megsértésével másnak kárt okoz, azaz ahol a régebbi tan szerinti *actio doli* megalapozott volt, jó erkölcsökbe ütköző, jogellenes cselekmény is megvalósul.⁸²⁷ Külön kiemelte azt az esetet, amikor a követelés átruházásának fő célja a korábbi jogosulttal szemben még érvényesíthető kifogás megkerülése. A *Protokolle* többek között a kár mértékének előreláthatóságával, a szándékosság kérdéskörével és a közvetett károkozás problematikájával foglalkozott.

VI.3.3 A jó erkölcsök a magyar tervezetekben és a kodifikációban

A Ptk. hatályos szabályainak előzményei a 19. században még erősen a római jogból ismerős kazuisztikát tükrözik. FRANK IGNÁCZ a semmis szerződések körében például az eljegyzéskor kikötött bánatpénzt, a házasságszerzés fejében vagy a bűncselekmény elkövetésétől való tartózkodás fejében kikötött díjazást említette.⁸²⁸ Jellemző volt a korabeli jogirodalomban az is, hogy a jóerkölcsbe ütközést a szolgáltatás lehetetlensége körében tárgyalták.⁸²⁹ Az 1900-as Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezete annyiban érdekes,⁸³⁰ hogy nem használta a latinból vagy egyéb (német, francia) kódexekből ismert 'jó erkölcsök' technikus fogalmát, hanem a hétköznapi erkölcstelenség kifejezéssel élt. E megoldás a bíró figyelmét nyilván inkább a közfelfogásra, méghozzá a kor kívánalmai szerint a nemzeti közfelfogásra irányította. A tervezet az erkölcstelen tartalmú szerződések mellett a BGB megoldásának tudatos elvetésével a közrendbe ütköző szerződéseket is szabályozta.⁸³¹ Az 1928-as Mtj. 973. §-a lényegében a Tervezet megoldását ismételte meg. A két világháború közötti jogirodalom a tervezetek hatására különbséget tett közrendbe és jó erkölcsökbe ütköző szerződések között, ez utóbbi hatáskörébe azonban nem csak az egyént és családot érintő megállapodásokat, hanem a közrendet (pl. választási visszaélések, ügyvédi díj elfogadása a megbízó ellenfelétől, hatósági személy hivatali állásával összeférhetetlen ügyletkötése) és a gazdasági rendet

⁸²⁷ Mot. 755; MUGDAN: *Materialien*, II, 421.

⁸²⁸ FRANK IGNÁCZ: *A közigazság törvénye Magyarhonban*, Buda: Magyar Királyi Egyetem 1845, 589.

⁸²⁹ Pl. ZLINSZKY IMRE: *A magyar magánjog mai érvényében*, Budapest: Franklin 1893⁵, 457.

⁸³⁰ A tervezetről bővebben ld. MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 26—30.

⁸³¹ Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezete, 747. §

(uzsorás és kizsákmányoló szerződések) érintő ügyleteket is bevonta.⁸³² SZLADITS álláspontja szerint „a jó erkölcsökbe ütköző eljárásra általában nem lehet jogigényt alapítani; a bíró fenséges hivatása nem arra való, hogy piszkos üzelmekből eredő vitákban tegyen igazságot.”⁸³³ A szerző tehát a tervezetek szóhasználatával ellentétben a fogalom többes számú alakját használta.

A második világháborút követően elfogadott polgári jogi törvénykönyv szakított a magyar hagyományoknak megfelelő 'jó erkölcsök' és 'erkölcstelen' kifejezésekkel. A társadalmat vezérlő ideológia megváltozása ugyan nem jár szükségszerűen a generális klauzulák kicserélésével, mint ahogy azt a náci rezsim alatt Németországban tapasztalhattuk, hiszen e normák funkciója éppen a külső körülmények változásának rugalmas lekövetése. Magyarországon azonban a polgári jog területének kodifikátlansága jó alkalmat biztosított új fogalmak bevezetésére. Ennek következtében a 'jó erkölcsök' helyére a „szocialista együttélés követelménye”, a közérdek helyébe pedig a „dolgozó nép érdekei” kerültek. A megfeleltetések rekonstruálásában segítséget nyújthat számunkra, hogy a Ptk. 1977-es novellája az utóbbi fordulat helyébe a „társadalom érdekeit” helyezte, azaz egyértelműen a közérdek klasszikus fogalma felé közelített. A dogmatikai folytonosságot az biztosította, hogy a normaszöveg indoklása szerint e tényállások objektívan, azaz a felek jó vagy rossz szándékára tekintet nélkül ítélendők meg. A „nyilvánvaló” toldalék is a szocialista jogalkotás terméke, felvételének indoka a jogbiztonság érvényesítése és a jogalkalmazó önrestrícióra intése volt.

A rendszerváltás alapvetően változtatta meg hazánk gazdasági és társadalmi berendezkedését, és az új rend egyértelműen rögzítésre került a módosított Alkotmányban. A legfőbb jogforrással való összhang megteremtése érdekében az 1991. évi XIV. tv. 14. §-a múlt emlékeitől terhes fogalmak helyébe a 'jóerkölcsöt' helyezte.⁸³⁴ A fogalom tartalmának kimunkálását a törvény indoklása a bírói gyakorlatra hárította. Nem tűnik tudatos választásnak a közrendre utalás kifejejtése⁸³⁵ és a „jóerkölcs” egyes számú használata, noha a jogalkotó a fogalom mögött általánosan elfogadott erkölcsi normákat és szokásokat, az általános társadalmi megítélést, tehát egyfajta statisztikai alapú erkölcsösséget látszik érteni. Az új Ptk.-ra vonatkozó Szakértői Javaslat jelenlegi formájában tartaná meg a normát. Egyértelművé teszi, hogy egy szerződés akkor is érvénytelen lehet, ha semmilyen jogszabályi

⁸³² SZLADITS KÁROLY: *A magyar magánjog vázlatja*, II, Budapest: Grill 1937, 24—25.

⁸³³ SZLADITS: *id. m.* 24.

⁸³⁴ A történeti háttérre vonatkozóan ld. GÁBOR HAMZA: *Wege der Entwicklung des Privatrechts in Europa. Römischrechtliche Grundlagen der Privatrechtsentwicklung in den deutschsprachigen Ländern und ihre Ausstrahlung auf Mittel- und Osteuropa*, Passau: Schenk 2007, 139.

⁸³⁵ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 33.

rendelkezést nem sért. Következésképpen nem lehet szabadon mindazt megtenni, amit jogszabály kifejezetten nem tilt. A szakértői szöveg, talán a nemzetközi tendenciák hatására, az erkölcsi normákat az etikai normákhoz közelíti, és fő esetkörének a vagyoni viszonyokkal kapcsolatos ügyeket tekinti. Kiindulópontnak a jóhiszeműség és tisztesség követelményeit állítja, és ebből tekinti levezethetőnek a vagyoni kapcsolatokat, az üzletszerű gazdasági élet etikai normarendszerét vagy a tisztességes piaci magatartás követelményét. A tartalmi határok szűkebb meghatározására nem vállalkozik, mondván, hogy azt a közfelfogás alakítja majd ki. A bírónak pedig akkor kell az érvénytelenség jogkövetkezményét alkalmaznia, ha a szerződésben vállalt magatartás nyilvánvalóan súlyos megütközést vált ki.⁸³⁶

A Javaslattal az érvénytelen szerződés jogkövetkezményei és a jogalap nélküli gazdagodás esetében is megszünteti az állam javára marasztalás lehetőségét,⁸³⁷ így ezzel együtt a jóerkölc fogalma is eltűnik. Magyarozatképpen a LB 21. sz. Irányelvére hivatkozik, amely megállapította, hogy ezen intézmény „büntető jellegű” szabályai nem illeszkednek a polgári jog rendszerébe.⁸³⁸

VI.4 A jó erkölcsök fogalmával kapcsolatos jogfilozófiai megfontolások

VI.4.1 A francia jogfilozófia álláspontja

A mai francia jogfilozófiában nehézséget a jó erkölcsök fogalma által előhívott morál milyensége jelenti. Egyesek szerint ez a morál vallási⁸³⁹ vagy filozófikus ideál, mások szerint a tények összessége vagy a közvélekedés.⁸⁴⁰ Melyik az a morál, amely érintkezik az igazság fogalmával? Az igazságosság és a jóság fogalmai összekapcsolódnak az *ordre public* és a *bonnes mœurs* fogalmain keresztül. Az arisztotelészi filozófia értelmében az igazságosság a jó eléréséhez szükséges alapvető erény.⁸⁴¹ Eszerint az *ordre public*, mint a társadalmi igazságosság megtestesítője a jó erkölcsök megvalósulásának szükséges, de nem elégséges feltételét jelenti. A 17. századtól kezdődően a közösség és az egyén eltávolodott egymástól, a

⁸³⁶ VÉKÁS LAJOS (szerk.): *Szakértői Javaslattal az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*, Budapest: Complex 2008, 782—783.

⁸³⁷ VÉKÁS: *Javaslattal*, 1145.

⁸³⁸ BH 1990/2. sz.

⁸³⁹ RIPERT, GEORGES: *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949⁴, 46.

⁸⁴⁰ SENN, FÉLIX: Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, in: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génay*, I, *Aspects historiques et philosophiques*, Paris: Librairie du Recueil Sirey 1934, 54.

⁸⁴¹ Aristoteles, *Nic. eth.* 5

morális tökéletesedés már nem az állami berendezkedés függvénye.⁸⁴² Ebből fakadóan egy demokráciában lehetetlen meghatározni a jó erkölcsök fogalmát,⁸⁴³ mégis, paradox módon a jog és az erkölcs viszonya a multikulturális demokráciák elsőrangú kérdése.⁸⁴⁴

A francia jogtudomány megközelítésében a szerződés és a morál viszonya kettős. Egyrészt a törvény kifejezetten lehetőséget ad a morális megfontolásoknak, hogy azok beléphessen a szerződések területére, másrészt az erkölcsi kötelezettségek teremtenek szerződési viszonyokat. Az első esetben ugyan a törvény nyitja ki a kaput a morálnak, de a bírói jogalkalmazás feladata eldönteni, milyen szélesre legyen tárva ez a kapu. E feladat elvégzéséhez szükséges a morális és az immoralis kritériumainak meghatározása. Az erkölcstelenség a szerződés erkölcstelenségéből vagy a szerződő fél, felek személyes magatartásából fakadhat. Az erkölcstelen szerződéseket a *Code civil* 6. és 1133. cikkelye szabályozza, a főképp a szexuális morál területére szorítva azok alkalmazását. Ilyen önmagukban erkölcstelen szerződéseket találhatunk a hetvenes évektől kezdve a társasági jogban is, például a szolgáltatás feltűnő értékaránytalansága esetében. E két terület, a *libido atque luxuria*⁸⁴⁵ morális szempontból már az antikvitástól kezdve előtérben állt. CARBONNIER szerint a szexus és a pénz az immoralitás két pólusát képezik, az első dicsekvésre kész, az utóbbi a csendet szereti.⁸⁴⁶ Elsőként a pénz domíniumát, a gazda(g)ságot vegyük szemügyre. Az üzleti jogban három erkölcsi jellegű fogalom érdemel említést: a *fair play* vagy franciául *beau joueur*, a gazdasági kalkuláció és a közömbösség. A *fair play* itt tömören az aleatórikus szerződésektől való tartózkodást jelenti, Zsoltárok könyve intésének megfelelően: „Aki esküjét nem vonja vissza, még ha kárára is van, pénzét nem adja kamatra, s vesztegető ajándékot nem fogad el az ártatlan ellen.”⁸⁴⁷ A gazdasági kalkuláció és az üzleti morál a látszat ellenére nem egymást kizáró fogalmak. A morál sem lehet vak, és világos, hogy a jótékonyágnak komoly ára van, például a fogyasztói szerződések esetében. A jó szerződési morál esetleg megakadályozza, hogy egy jobb üzlet létrejöhessen. A közömbösség a statisztikai szemléletmódból fakadó közömbösségre utal. A nagy cégek számára az egyén moralitása nem számít, a személyes torzulások egyszerű balesetek, és biztosítás vagy könyvelési technikák révén kiküszöbölhetőek. A szerződő fél moralitásának fontos fokmérője a komolyság és a jóhiszeműség elve (*bonne foi*), amely jelen esetben nem a jog technikus

⁸⁴² BATTISTA, ANNA MARIA: *Morale privée et utilitarisme politique en France au XVIIe siècle*, in: LAZZERI, CHRISTIAN—REYNIÉ, DOMINIQUE (dir.): *Le pouvoir de la raison d'État*, Paris: PUF 1992, 208.

⁸⁴³ LAVAND-LEGENDRE: *id. m.* 12.

⁸⁴⁴ LAVAND-LEGENDRE: *id. m.* 239.

⁸⁴⁵ Suetonius, *Divus Vespasianus*, 11.

⁸⁴⁶ CARBONNIER, JEAN: *id. m.* 1958.

⁸⁴⁷ *Zsoltárok könyve* 15, 4—5.

fogalma, hanem morális kifejezés. A szerződő fél tisztessége, mértékletessége (*in medio stat virtus*) és a kódexben található janzenista erények (*l'indulgence, la patience, la grâce des délais, le tabou d l'usure, la charité*) képezik a morális szerződési jog közönséges jogát, *droit communjét*. Mércéje szigorodik, hiszen már nem elegendő a passzív ártatlanság, a mai dinamikusabb megközelítés aktív együttműködést követel meg a felektől. Az üzleti jog kapcsán figyelemreméltó, hogy a *welfare*-elméletek, amelyek tulajdonképpen a közjó tomista ideáljának modern megfelelői nem képesek az *ordre public* minden magánjogi kérdésének magyarázatára. E tény a jó erkölcsök szempontjából azért bír kiemelkedő jelentőséggel, mert a 6. cikkelyt egyre inkább az *orde public économique*-nak megfelelően alkalmazzák, és a szociális egyenlőtlenségek kiküszöbölésének, az egyenlő hozzáférés biztosításának eszközévé válik. A szerződési szabadságba történő beavatkozástól hagyományosan idegenkedő francia bíró például már 1949-ben jogot nyert arra, hogy bérleti szerződéseket külső, általános elvek mentén újraszabályozzon,⁸⁴⁸ és e hatalom manapság csak fokozódik.⁸⁴⁹ Ez a fajta szociális piacgazdaság azonban nehezen egyeztethető össze a jog szuverenitásával. Egy spontán gazdasági rendben egyedül a szereplők viselkedése mérhető az igazságosság mércéjével, nem a játék kimenetele. A társadalmi igazságosság a zárt társadalmak fogalma, szemben a szabad emberekből felépülő nyílt társadalmakkal, akik céljaik elérése érdekében absztrakt szabályoknak engedelmesskednek. Az erkölcsi értékek utilitarista eszközzé válnak (*ethic pays*), és ezáltal az amerikai kapitalizmus válsága behatol a jog világába is. RIPERT szerint az a jognak, amely nem engedi meg egy transzcendentális morál kreatív erejének érvényesülését, egyúttal le kell mondania az erkölcs segítségéről saját szabályainak betartása vonatkozásában is.⁸⁵⁰

Az erkölcsi kötelezettség szerződésteremtő szerepére jó példát adnak a természetes kötelmek mintájára létrejövő egyes szerződések, amelyek eredményeképpen egy jogilag nem létező kötelelem jogi létet nyer. Másrészt ebbe a csoportba tartoznak a becsületbeli szerződések (*l'engagement d'honneur*), az erkölcsi kezességvállalások (*le cautionnement moral*, ide tartozik az a banki gyakorlatban elterjedt eset, amikor egy családtag, például az apa garantálja fia megbízhatóságát anélkül, hogy kezesként kötelezné magát) illetve egyes informális szerződések (*contrats informels*, nagy vállalatok gyakorlata szerint az üzleti morál megköveteli a kölcsönös kötelezettségek végrehajthatóságának biztosítását).

⁸⁴⁸ Az 1949. március 25-i jogszabály révén.

⁸⁴⁹ JAUFFRET-SPINOSI: *id. m.* 33skk.

⁸⁵⁰ RIPERT, GEORGES: *Les forces céatrices du droit*, Paris: LGDJ 1955.

A szerződés létrejöttéhez nem elegendő két fél akaratmegegyezése, és a többi, az 1108. cikkelyben foglalt alapvető feltétel. A külső kondíciók hasonlóan fontosak, amelyek a szerződés szociális körülményeit, a szerződés igazságosságát (pl a *lésion*) és komolyságát (pl. a *simulation*) érintik. A szerződés társadalmi, szociális körülményektől való függése a jó erkölcsöknek és az *ordre public*-nak való megfelelési kötelezettséget jelenti. Ezek biztosítják a szociális konformitás minimumát a szerződő felek részéről, és a szerződés érvényességének negatív feltételeit képezik.

VI.4.2 A német jogfilozófia eredményei

A német jogi gondolkodás nagyfokú absztraktsága és kifinomultsága következtében jóval kisebb a tárgyra vonatkozó egyértelműen jogfilozófiai jellegű tanulmányok, munkák száma. A német jogfilozófiai gondolkodás hosszú sorából a *gute Sitten* klauzula értelmezése szempontjából három gondolkodót kell mindenképpen röviden kiemelni. PUFENDORF értelmezésében egy becsületes és tisztességes ember számára igen világosak a természetjog parancsai az élet alapvető, generális kérdéseiben, és azokat csak nagyfokú gondatlanság esetén ismerheti félre. Tévedések csak kivételes esetekben képzelhetőek el.⁸⁵¹ A német jogtudományt igen erősen meghatározta az emberi szabadságról alkotott kanti felfogás is, amely szerint a jog az egyéni motivációk és a szabadság egyetemes törvényei által kiegyensúlyozott harmóniája.⁸⁵² E szabadság, mint egyedüli velünk született alanyi jog által biztosított önkifejezési és megvalósítási szabadság nagyfokú felelősséggel jár együtt. A szabadság lehetősége és az egyéni nemesedés feladata volt a többi ember által biztosított konkrét társadalmi valóságban az az eszmei alap, amelyre a német polgár önképe ráépülhetett. A jog és a morál szétválasztásának első modern kísérlete JHERING nevéhez fűződik.⁸⁵³ A társadalmi normák rendszerében négy nagy imperatívuszt különböztetett meg, a jogot, az erkölcsöt (szűkebb értelemben vett egyéni morált, a *Sittlichkeit*ot), az illendőséget (*Sittét*) valamint a modern korban tőlük elkülönülő divatot (a *Modét*).⁸⁵⁴ Figyelemreméltó dinamikus, az időbeli változásokat figyelembe vevő elmélete, a divat hangsúlyozása, amely a modern válságjelenségek jobb leírásához adhat segítséget, valamint azon elmélete, hogy az erkölcs és az illendőség megkülönböztetése germán eredetű.

⁸⁵¹ PUFENDORF, SAMUEL, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, I, 7, 2.

⁸⁵² KANT, IMMANUEL: Die Metaphysik der Sitten, in: WEISCHEDEL, WILHELM: *Immanuel Kant. Werkausgabe in zwölf Bänden*, VIII, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2004¹², 337.

⁸⁵³ JHERING, RUDOLF VON: *Der Zweck im Recht*, II, Hildesheim—New York: Breitkopf & Härtel Wiesbaden, 1970⁴, 44.

⁸⁵⁴ JHERING: *Der Zweck*, 44.

A német jogalkotó azon döntése, hogy az akkor — francia hatásra — egyértelműen meghatározhatónak tűnő jó erkölcsöket beemelte a közrendet pedig kizárta a BGB szövegéből, jól magyarázható FOUILLÉ a német és a francia nemzet karakteréről alkotott elképzelésével.⁸⁵⁵ A karteziánus francia szellem a dolgokat intellektussal felfoghatónak, a valós tényeket világosnak tartotta. Ezzel szemben a misztikus idealizmus bűvkörében kibontakozó 19. századi német filozófia, főképp HEGEL tanainak köszönhetően, az államot a világeszme (*Weltgeist*) abszolút megtestesülésének tartotta. Nem véletlen, hogy a közrend, mint az állam rendjét a maga egészében megragadó *öffentliche Ordnung* túl absztraktnak és megfoghatatlannak tűnt a BGB kodifikátorai számára.

Nyilvánvaló, hogy az értékek „elporlását” eredményező globális folyamatok Németországban is éreztetik hatásukat, de az alkalmazkodási kényszert a jogalkalmazás jogtechnikai-dogmatikai eszközökkel oldja fel. Nem véletlen, hogy a megváltozott társadalmi körülmények első komolyabb, filozófiai jellegű értelmezése egy szövetségi alkotmánybíró, UDO DI FABIO műve. A jelenlegi kultúra helyzetét több alapvető, ironikus ellentmondásra vezette vissza.⁸⁵⁶ Az első ilyen meglepőnek tűnő állítása, hogy a hatvanas évek kapitalizmuskritikája igazából a világméretű kapitalizmus és globalizáció szálláscsinálója volt, amennyiben megteremtette a szociálisan kötetlen, mobil embertípust és a közfigyelmet a harmadik világra irányította. A második paradoxonnak a fiatalság kultuszát tartotta, amelyet az előregedett társadalmak fő okának tekintett. Az örök haladás mítoszának kápráztató ideája alatt súlyos, régi tévedések megismétlésének veszélye bújik meg, a demokratizálódás folyamata megakadályozza az új típusú uralmi formák kritikáját. Véleménye szerint a szexuális szabadság androgin szürkeségbe torkolott. Ezen álláspontjával szemben ROTHER szerint éppen a szexualitás területén nem adottak a bíró számára jog „előtti”, vagy jogon kívüli értékítéletek, és ezt az állapotot nem az újkori morális degenerációra vezette vissza.⁸⁵⁷ A szexuális kérdésekben tapasztalható bírói tanácsstalanságot nem csupán az erkölcsi züllésnek, hanem a tudományos haladás felvilágosító hatásának is lehet tekinteni. Ráadásul SIMITIS sem érvényesítette volna szexuális területen a társadalmi normákból adódó közrendet, azaz veszélyesnek tartotta szociális mércék alkalmazását az emberi viszonyok ezen intim területén.⁸⁵⁸ Az újabb irodalmat és jogalkalmazást áttekintve azt tapasztalhatjuk, hogy a német bíróságok még nem

⁸⁵⁵ FOUILLÉ, ALFRED: *L'idée moderne du droit en Allemagne en Angleterre et en France*, Paris: Hachette 1923², 9—26.

⁸⁵⁶ DI FABIO, UDO: *Die Kultur der Freiheit*, München: Beck 2005, 38—47. A műről magyar nyelvű recenziót írt SCHANDA BALÁZS. Ld. *Iustum, Aequum, Salutare* 2/III (2007), 225—226.

⁸⁵⁷ ROTHER, WERNER: *Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung*, ACP 52/172 (1972), 499.

⁸⁵⁸ SIMITIS: *id. m.* 460.

adták fel értékmegőrző vagy éppen konzervatív pozíciójukat a liberalizáció áradatában.⁸⁵⁹ MAYER-MALY a pornográfiára vonatkozó törvény előtt azt az álláspontot képviselte, hogy a pornográfiával és prostitúcióval kapcsolatos véleményingadozások ellenére e terület nem lehet közömbös a közrend számára, jóllehet a jogi gyakorlatnak támaszkodnia kell egyéb társadalomtudományos eredményekre.⁸⁶⁰ A többek által⁸⁶¹ kritizált elővigyázatos jogalkalmazást⁸⁶² tehát tiszteletet érdemlőnek tartotta. A jogalkotás azonban a prostitúcióról szóló törvény 2002. január 1-i életbelépésével a maga részéről lezárta a kérdést, és a fizetség ellenében történő szexuális szolgáltatásnyújtást kivette a 138. paragrafus és ezzel az erkölcstelenség hatóköréből.⁸⁶³ A törvény ellenére a kritikus jogtudományi állásfoglalások megmaradtak,⁸⁶⁴ csupán más alakot öltöttek, mondván, hogy az új szabályozás nem az erkölcstelenségre vonatkozó ítéletet változtatta meg, csupán speciális jogkövetkezmenyi rendszert vezetett be.

A liberális megközelítés már korábban is sok pozitív változást eredményezett. Visszaszorultak az egyes cselekmények megengedhetőségéről vagy megengedhetetlenségéről szóló általánosító minősítések, helyükre egy, a konkrét eset összes körülményeit mérlegelő, differenciáló vizsgálódás lépett. A racionálisabb megközelítés során olyan, egyéb jogi területeken is ismert jelenségek, mint kizsákmányolás, szabadságkorlátozás és a szolgáltatások egyensúlytalansága komoly jelentőségre tettek szert. A régebben oly mereven szétválasztott szexuál- és üzleti morál közeledett egymáshoz. Ilyen értelemben a jó erkölcsök és a közrend SIMITIS által szignált összemosódása végeredményben megvalósult. A nagymértékű technicizálódás és dogmaticizálódás az erkölcstelenség reobjektivizálódását eredményezte.⁸⁶⁵ WESEL más jellegű nézőpontja szerint a korábbi átlagos középosztálybeli erkölcsi értékrendhez igazodó *Anstand*-formula az etikai minimum szintjére szállt le, és emiatt azonosítható az *ordre public*-kel.⁸⁶⁶ Az elmúlt század eleji szerzők azonban még a

⁸⁵⁹ E jelenséget üdvözli BYDLINSKI, FRANZ: *Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln*, in: BEHREND, OKKO—DIEBELHORST, MALTE—DREIER, RALF (Hrsg.): *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1990, 215⁶⁷.

⁸⁶⁰ MAYER-MALY, THEO: § 138, in: SÄCKER, FRANZ JÜRGEN: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München: Beck 2006⁴, 1368.

⁸⁶¹ KÜHNE, HANS-HEINER: *Prostitution als bürgerlicher Beruf?* ZRP 1975, 184skk; BEHM NStZ 1996, 317skk.

⁸⁶² BGH FamRZ 1970, 19, 20; BGHZ 53, 369, 382 = NJW 1970, 1273; LG Mannheim NJW 1995, 3398.

⁸⁶³ WESEL, UWE: *Frauen schaffen an, das Patriarchat kassiert ab*, NJW 3 (1998), 120—121. Kritikus véleményért ld. ARMBÜSTER, CHRISTIAN—MAYER-MALY, THEO: § 138, in: SÄCKER, FRANZ JÜRGEN: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München: C.H. Beck 2006⁵, 1666.

⁸⁶⁴ A paternalizmus aspektusából felmerülő kétségekre vonatkozóan ld. CSERNE: *Freedom*, 125—126.

⁸⁶⁵ BÜRGE: *id. m.* 57, kifejezését kibővítve nem egyszerű objektivizálódásról, hanem a középkeleti előzmények ismeretében reobjektivizálódásról beszélhetünk.

⁸⁶⁶ WESEL: *id. m.* 121.

polgári erkölcsöt is egyfajta morális minimumnak tartották.⁸⁶⁷ A BGB egész szellemisége alapján a jogalkotó eredeti szándéka, az állami beavatkozást minimumra szorító, a társadalom erkölcsének szabályozását a polgárok önszabályozásának átengedő liberális felfogás teljesen védhető volt.⁸⁶⁸ E liberalista felfogás értelmében a generális klauzulák szerepe a piaci mechanizmusok durvaságának kiegyenlítése lett volna. E felfogás a homogén polgári morál fikcióján alapult.⁸⁶⁹ Az ipari tömegtársadalmakban e klauzulák segítségével a társadalmi önszabályozásból államilag, a jogalkalmazás révén elismert intervenciós eszköz lehet. A bírói önkorlátozás és a társadalmi önszabályozás között eredeti egyensúly, amely gazdasági-társadalmi szinten az 1929-es világgazdasági válsággal borult fel, jogi szempontból az erre adott válasszal, különösen a *Mark gleich Mark* tételének áttörését jelentő forradalmian új bírói jogalkotással változott meg.⁸⁷⁰

DI FABIO szerint az állami laicitás Franciaországban vagy Törökországban megvalósult modellje nem azonosítható az állami neutralitás és alkalmi kooperáció német modelljével. Az európai alkotmánytervezet értelmében az előbbi látszik győzedelmeskedni, mint az Unióban érvényesülő legkisebb közös nevező. Állítása szerint a laicitás azonban pozitív kulturális, történelmi funkciójából kiszakítva és absztrahálva a társadalom kohéziós erejének további csökkenését eredményezheti.⁸⁷¹

VI.4.3 Adalékok a magyar jogfilozófiából

A jog és erkölcs viszonyának a magyar jogfilozófiában eddigi legmélyebb, nemzetközi színvonalú elemzése HORVÁTH BARNA nevéhez fűződik.⁸⁷² A két fogalom elhatárolását a legalitás és moralitás fogalmának különbözőségén keresztül közelítette meg. Legalitás alatt azt értette, hogy „a jog sohasem nyúlhat messzebbre a tényálladéknál, tehát az empirikus valóságnak jogi metódusok szerint (bizonyítás) ábrázolt jelentésénél. A moralitás ezzel szemben mindig mélyebbről merít, és mindig meghaladja az empirikus valóság pusztá ábrázolását.”⁸⁷³ Tulajdonképpen a jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét kimondó

⁸⁶⁷ TUHR, ANDREAS VON: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, München—Leipzig: Duncker & Humblot 1910, 22sk.

⁸⁶⁸ V. ö. ECKERT, JÖRN: *Sittenwidrigkeit und Wertungswandel*, AcP 199 (1999), 345.

⁸⁶⁹ TEUBNER: *id. m.* 116.

⁸⁷⁰ Megerősítőleg DAWSON, JOHN P.: *The General Clauses, Viewed From a Distance*, *RabelsZ* 3/41 (1997), 448.

⁸⁷¹ DI FABIO: *id. m.* 168.

⁸⁷² HORVÁTH szinoptikus jogelméletének egyik legértőbb elemzője Cs. KISS LAJOS: Szabadság és kényszer. Horváth Barna szellemi pályája, in: HORVÁTH BARNA: *Angol jogelmélet*, Budapest: Pallas Stúdió—Attraktor 2001, 593—595, illetve UŐ: A tragédia metafizikája a jogban, in: HORVÁTH BARNA: *A génusz pere. Szókratész—Johanna, Máriabesnyő—Gödöllő*: Attraktor 2003, 214—220.

⁸⁷³ HORVÁTH: *Az erkölcsi norma*, 141.

generális klauzula éppen e határmezsgyén helyezkedik el. Az ítéletet meghozó bírónak heterolog erkölcsi magatartást kell megítélnie, azaz egy olyan cselekményt, amely egy merőben alogikus, közvetlen, aktív átélésből és egy ebbe „beleékelődő” teoretikus magatartásból áll.⁸⁷⁴ Tehát az észből levezetett pusztá tapasztalati ismeret nem elegendő az erkölcsi értékesség megítéléséhez. Ez egyrészt azt jelenti, hogy értékelméleti szempontból a bíró aktív átélése, intuíciója elengedhetetlen feltétele a generális klauzula helyes alkalmazásának, másrészt arra is rámutat, hogy az erkölcsi normára vonatkozó racionális fejtegetés szükségszerűen korlátozott eredményességű, tehát a jogalkotó vagy jogalkalmazó, ha akarná, sem tudná egy bizonyos fogalmi pontosságon túlmenően konkretizálni a jogba ékelt erkölcsi tartalmakat. A jóerkölcs nyitott fogalmával a jogalkalmazó tényálladéokra fókuszáló tekintete messze a jog rendszerén kívülre „réved” el. Ezzel hozzájárul a jog helyességének, mint erkölcsi értéknek az érvényesüléséhez.⁸⁷⁵ Egy kérdés mindenképp felmerül. Ha a fenti gondolatok általában érvényesek a jog és erkölcs összefüggéseire nézve, miért szükséges akkor kifejezett tételezésük a szerződési jogban? Ez elsősorban a kodifikált joghoz történő normatív kötődés szükségszerűségével, másodsorban a történelmi hagyomány szempontjaival indokolható. A jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét kimondó norma legfőbb funkciójának figyelemfelhívó, emlékeztető funkcióját tarthatjuk, amely kivételes történelmi sorsfordulók kapcsán nagy fontosságra tehet szert, és a speciális rendelkezések rugalmas „ideológiai” alkalmazkodásának jogtechnikai hátterét szolgáltatja. Törvénykönyvekben való jelenléte egyszerre biztosítja az „okozatos létben” adott jogszabályok megítélésének támpontját és a jog továbbfejlesztésére „sarkalló ideát”⁸⁷⁶. MARTON szerint a morális szférában a maga tisztaságában megtalálható „jó erkölcsök” a jogi szabályozás világában való átkerülésük révén jelentős transzformáción mennek keresztül. A jogtudós kora óta a morális szféra abszolút jellege még inkább megkérdőjeleződött, a jogi és erkölcsi szabályozórendszerek még távolab kerültek egymástól. A jó erkölcsökre is vonatkozik az a megsemmisítő ítélet, amit MARTON a *bonus paterfamilias*-ról alkotott: „A *bonus paterfamilias* mértéke — és ez elmondható a többi, hasonló, állítólagos szubjektív zsinórmértékről is — amely hibás belső elgondolásában, épp oly ingadozó és következetlenségre vivő gyakorlati alkalmazásában. Hiányzik nála az, ami egy mértéknek

⁸⁷⁴ HORVÁTH: *Az erkölcsi norma*, 64. A HORVÁTH-i nézet méltatásáért ld. CS. KISS LAJOS: A Jogsociológia után, in: *Horváth Barna: A jogelmélet vázlatja*, Máriabesnyő—Gödöllő: Attraktor 2004, 248skk.

⁸⁷⁵ HORVÁTH: *Az erkölcsi norma*, 144.

⁸⁷⁶ HORVÁTH BARNÁ: Az új magyar jogfilozófia, in: SZABADFALVI JÓZSEF (vál.): *Moór Gyula*, Budapest: Új Mandátum 2001, 204.

elengedhetetlen kelléke: hogy állandó, változatlan, és könnyen érzékelhető legyen. Gumiszalagból nem lehet rőföt csinálni.”⁸⁷⁷

A kortárs magyar jogirodalomban kevésbé jellemzőek azok a megnyilvánulások, amelyek praktikus jogi problémák tárgyalásakor társadalmi igényű filozófiai, jogfilozófi kitekintést adnak.⁸⁷⁸ Ha ez elő is fordult, inkább alkotmányjogi területen, különösen a magzati élet védelmével vagy az egyneműek kapcsolatának szabályozásával kapcsolatban történt meg. A jog demoralizálódásának folyamatára azonban természetesen a magyar szerzők is reflektálnak. A legvilágosabban a polgári jogi kártérítési felelősség kapcsán, MÁDL nyomában járva PESCHKA értekezett az érintett jogintézmény „etikai kiüresedéséről”.⁸⁷⁹ A morális kategóriákról tett intermezzójában MARTON gondolatait kibontó sorai a kártérítési jogra vonatkozóan *mutatis mutandis* alkalmazhatóak a jóerkölcs fogalma esetében is. Eszerint a morális kategóriáknak nincs megnyugtató helyük a szerződési jogban. Közvetlen alkalmazásuk „visszaélés az eredetileg morális tartalmú fogalommal, fogalomhamisítás önmaga áltatására.”⁸⁸⁰ PESCHKA HEGEL⁸⁸¹ követve a morál és jog között közvetítő különösségnek az etikumot tartotta, a morált individuális, az erkölcsöt, illetőleg az etikumot közösségi, társadalmi értékrendnek tekintette.⁸⁸² Amint egy tanulmányában fogalmaz: „Arról van szó, hogy míg a morálban a benső, addig a jogban a külső a túlsúlyos, az adott szférát uraló, meghatározó mozzanat: az *etikum*⁸⁸³ pedig e téren is a *különösséget*, a *közvetítő közepet* képviseli, a benső és külső sajátos, dialektikus egységével.”⁸⁸⁴ Ezen aspektusból is jól érzékelhető a generális klauzulák, különösen a jóerkölcsre vonatkozó generális klauzula kettős rendszerfüggősége. Hiszen mint erkölcsi momentum, etikumként a jog és a morál között helyezkedik el, mint jogi momentum pedig a speciális és generális normák erőterének függvénye.

⁸⁷⁷ MARTON GÉZA: *A polgári jogi felelősség*, Budapest: Triorg s. a. 66.

⁸⁷⁸ Jellemzőbb a jogfilozófiai kérdések „szegregált” tárgyalása. Ld. például FRIVALDSZKY JÁNOS: *Természetjog. Eszmetörténet*, Budapest: Szent István Társulat 2001, című, önálló természetjogi rendszert alkotó művét. A normatív ítéletek igazságtartamának igazolhatóságára tett nyugati kísérletek, mint ROBERT ALEXYS a praktikus diskurzuselméletre épülő jogi érvelési elmélete vagy az újabb, a jogpozitivizmus és természetjogi irányzatok meghaladására tett angol-dán kísérlet (OLSEN, HENRIK PALMER—TODDINGTON, STUART: *Architectures of Justice. Legal Theory and the Idea of Institutional Design*, Hampshire—Burlington: Ashgate 2007), kevésbé váltak a kurrens magyar jogfilozófiai gondolkodás részévé.

⁸⁷⁹ PESCHKA VILMOS: A kártérítési felelősség morális és etikai kiüresedése, in: BÁN CHRYSYA (et alia szerz.): *Ius privatum — Ius commune europae. Liber Amicorum. Studia Ferenc Mádl Dedicata*, Budapest: ELTE 2001, 210.

⁸⁸⁰ MARTON GÉZA: Kártérítés. Kártérítési kötelmek jogellenes magatartásból, in: SZLADITS KÁROLY: *A magyar magánjog*, III—IV, Pécs: Ponte Press 1999, 64—67.

⁸⁸¹ HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH: *A jogfilozófia alapvonalai, vagy a természetjog és államtudomány vázlat*, Budapest: Akadémiai 1971, 151.

⁸⁸² PESCHKA: *A kártérítési felelősség*, 212.

⁸⁸³ A kiemelések az eredetiből származnak.

⁸⁸⁴ PESCHKA VILMOS: *Az etika vonzásában. Jogelméleti problémák az etika aspektusából*, Budapest: Akadémiai 1980, 122.

PESCHKA figyelemreméltó tézise szerint megvalósult „— ha nem is egyforma szinten és értelemben — a kártérítési felelősség jogi szabályozása kezdetének és jelenkori, posztmodern végének egysége.”⁸⁸⁵ Mint tapasztalhattuk, a jó erkölcsökre vonatkozó szabályozás fejlődéstörténete is ciklikus körben forog a jog és az erkölcs közötti viszony uralkodó felfogásának függvényében. LENKOVICS egy tanulmányában kifejtette, hogy az emberi szabadság és a közösséggel szembeni morális és jogi kötelezettségek örök „harcához” közvetlenül kapcsolódó jogi kérdésekre nem adható végérvényes válasz a jog fogalomrendszere keretében. Ezért üdvözlendő módon kitért a társadalmi és aktuálpolitikai háttér felvázolására, mondanivalóját empirikus adatértelmezéssel, statisztikai forrásokkal is alátámasztotta.⁸⁸⁶ Fejtegetéseit egy a nemzetközi tendenciák tükrében első pillantásra naivnak tűnő óhajjal zárta, amely értelmében nem elég a magzatnak életet adni, de emberhez méltó körülményeket biztosító társadalmat is kell teremteni. Meglátása szerint az élhetőbb élet pedig erkölcsösebb társadalmat követel, amelynek az erkölcsös törvények az előfeltételei.⁸⁸⁷

A jóerkölcsbe ütköző szerződéseknek szentelt egyetlen hazai monográfia nem foglalkozik behatóan a generális klauzula mögötti jogfilozófiai alapvetésekkel. Célkitűzése inkább pragmatikus jellegű, a jogalkalmazás számára kíván használható támpontokat biztosítani. Teoretikus üzenetének summázata szerint „nem absztrakt erkölcsi tartalmat kell keresni a jóerkölcsbe ütköző szerződések tartalmi meghatározása során, hanem a normatív tartalmat, azaz az adott tartalommal vagy céllal kötött szerződést tiltó magatartásszabályt.”⁸⁸⁸ Ez a kijelentés helyesen jelöli ki az értelmezés irányait, jóerkölcs fogalmának meghatározásához nem nyújt hatékony segítséget. Felhívja a bíró figyelmét a tényálláshoz kötöttségre, és ezen keresztül azon helyes ontológiai alapállásponton helyezkedik el, hogy az erkölcsileg releváns kizárólag a „tettek tényálladékában”, a „létező” síkján manifesztálódhat, és hogy „a pozitív morál együtt születik az erkölcsi cselekvéssel.”⁸⁸⁹ Nem szabad azonban elfelednünk a jelenség másik oldalát sem, és ennyiben MENYHÁRD formálisnak minősíthető kijelentése tartalmi szempontból azzal egészíthető ki, hogy az etikai ismeret „a létezés és érvényesség szféráin átnyúló tartalom, amelynek természetében rejlik, hogy sem a pusztán létezés, sem a merő racionális érvényesség síkján tökéletesen meg nem ragadható.”⁸⁹⁰ Azaz, a normatív

⁸⁸⁵ PESCHKA: *A kártérítési felelősség*, 219.

⁸⁸⁶ LENKOVICS BARNABÁS: A jog (de)moralizálása (Gondolatok a magzati élet védelméről), in: BÀN (et alia szerz.): *id. m.* 171.

⁸⁸⁷ LENKOVICS: *id. m.* 182.

⁸⁸⁸ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 285—286.

⁸⁸⁹ HORVÁTH: *Az erkölcsi norma*, 11.

⁸⁹⁰ HORVÁTH: *Az erkölcsi norma*, 11.

tartalom keresésének útja ebben az esetben szükségszerűen a morális értékesség kevésbé ismerős tájain halad.

VI.5 A jó erkölcsökhöz kapcsolódó dogmatikai sajátosságok

VI.5.1 Dogmatikai sajátosságok a francia jogban

Egy megállapodás alapvetően kétféleképpen sértheti *Code civil* 6. cikkelyét. Vagy az adós szolgáltatása, azaz a kötelem tárgya erkölcstelen vagy nem megengedett (például a jövőbeni örökségre vonatkozó szerződés) vagy a szerződő felek (vagy csak egyik fél) célja ütközik a cikkelyben felsorolt értékekbe. Az első esetben nem elegendő csupán a kötelem tárgyának vizsgálata, hiszen az esetleges erkölcstelenségről csak a kötelem egész tartalmának ismerete alapján lehetséges ítélni.⁸⁹¹ A kötelem tárgyának törvényszerűsége és a jogcím (*cause*) törvényszerűsége két különböző problémakör.⁸⁹² A tárgy akár semleges is lehet, ez nem akadályozza meg, hogy a szerződés az elérni kívánt cél függvényében erkölcstelen, és ezáltal semmis legyen, például ha egy ingatlant szerencsejáték vagy prostitúció folytatására adtak bérbe.⁸⁹³

A francia *objet* az ígért szolgáltatást jelenti. A francia jogtudomány nem tesz éles különbséget a szerződés tárgya és a szerződés alapján létrejött kötelem tárgya között,⁸⁹⁴ szemben a német joggal.⁸⁹⁵ A valóságban a szerződés tárgya a kötelem tárgya által jön létre, és elképzelhető, hogy a szerződés tárgya egy dologi jog létrehozása, vagy egy jog vagy kötelem átruházása.⁸⁹⁶ Az egyszerűsítő felfogás kritizálható azon az alapon is, hogy míg a kötelem tárgya a szolgáltatás, a szerződés tárgya a felek által kívánt teljes jogi művelet a maga egészében. Az árnyaltabb megkülönböztetés azonban esetünkben felesleges, hiszen a bíró a 6. cikkely alapján vagy a kötelem tárgya vagy a szerződő felek célja alapján vizsgálódik.⁸⁹⁷ A tárgynak (*objet*) megengedettnak és a jó erkölcsöknek megfelelőnek kell lennie. A megengedettség alatt törvényszerűséget és a közrendnek (*ordre public*) való megfelelést értenek. A tárggyal szemben ez alapján három fő követelményt támasztanak. Egyrészt magának a dolognak

⁸⁹¹ LARROUMET, CHRISTIAN: *Droit civil. Les obligations, Le contrat*, III, Paris: 2003⁵, 352.

⁸⁹² Ld. ezzel szemben FAHRE-MAGNAN: *id. m.* 379.

⁸⁹³ A hatályos joggyakorlat ez utóbbi megállapodást már nem tartja erkölcstelennek.

⁸⁹⁴ JALUZOT, BÉATRICE: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris: Dalloz 2001, 37.

⁸⁹⁵ A BGB eltérő helyen szabályozza a kötelem tartalmát általában (241. §) és a szerződés tárgyát (305— §§). A német megoldáshoz hasonlóan a *Code civil du Québec* is határozottan különbséget tesz (1412. cikk.), az olasz megoldás azonban a franciával azonos (*Codice civile*, 1346. cikk.).

⁸⁹⁶ LARROUMET, CHRISTIAN: *Droit civil. Les obligations, Le contrat*, III, Paris: 2003⁵, 351.

⁸⁹⁷ LARROUMET, CHRISTIAN: *id. m.* 352.

forgalomképesnek kell lennie,⁸⁹⁸ másrészt a kötelemnek meg kell felelnie a Code civil 6. cikkelyében foglalt követelményeknek (a kötelezettségvállalások feltűnő aránytalansága, az örökös kötelem nem megengedett), harmadrészt az egész tranzakciónak törvényesnek kell lennie (ellentétes ezzel például ha csak egy jótékonyaságból adható szolgáltatásért cserébe ellenszolgáltatást várnak el⁸⁹⁹).

A *cause* a francia jogrendszer egy speciális jelensége, a szerződés létrejöttének feltétele a felek egyetértése, jogképességük és a kötelem tárgya mellett.⁹⁰⁰ A vonatkozó jogtudományi irodalom meglehetősen eltérő véleményeket képvisel a *cause* létezésével és törvényszerűségével kapcsolatban, a joggyakorlat azonban nem törődik az elméleti vitákkal és a jogkövetkezményre helyezi a hangsúlyt. A francia jogalkalmazásban tanulságos volt a *cause* mibenlétének tisztázása tekintetében az ún. Pirmamod-affér⁹⁰¹, amely ügyben okkultista⁹⁰² tárgyak adásvételéről szóló szerződésből eredő fizetési követelést tettek mérlegelés tárgyává. A *Cour de cassation* az ebben az ügyben hozott ítéletében világosan különbséget tett a vevő kötelezettségének *cause*-a (amely a tulajdon átruházásából és a dolog átadásából eredeztethető) és a szerződés *cause*-a között (amely azt a célt jelzi, amely nélkül a vevő nem vállalta volna fel a kötelezettséget).

VI.5.2 Dogmatikai sajátosságok a német jogban

Az erkölcselenség fogalma jogon kívüli értékekre is vonatkozik, de normatív értékítéleti kérdéseket is felvet, amelyeket a jogrend keretén belül, az abban meggyökeresedett alkotmányos, törvényi és erkölcsi értékek alapján, a konfliktusban álló értékek mérlegelése segítségével kell eldönteni.⁹⁰³ E folyamat során különös jelentőséggel bír az alaptörvényben felvázolt értékrend és az alapjogok, amelyek egyfajta keretet biztosítanak a mérlegeléshez.⁹⁰⁴ Ennek következtében a jóerkölcsre vonatkozó generális klauzulák, de általában a generális klauzulákra vonatkozó dogmatikai alapok közül ki kell emelnünk e normák alkotmányos jogokkal való viszonyát. A német jogban e speciális kérdés köré külön elmélet, az alkotmány

⁸⁹⁸ *Code civil*, 1128. cikk; ld. FAHRE-MAGNAN: *id. m.* 330.

⁸⁹⁹ *Code civil*, 16-1. cikk.

⁹⁰⁰ JALUZOT, BÉATRICE: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris: Dalloz 2001, 42.

⁹⁰¹ Cass. Civ. 1ère, 1989. július 12.

⁹⁰² Az okkultista tevékenységet a *Code pénal* 34 R cikkelye tiltja.

⁹⁰³ LOOSCHELDERS, DIRK: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007⁵, 51.

⁹⁰⁴ BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: *Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 1976, 2089skk.

A másik lényeges dogmatikai kérdés, amely a jó erkölcsök generális klauzulájával kapcsolatban a német jogban felmerül, a 826. § alapján előálló szerződéskötési kötelezettség problematikája. A kérdés meglehetősen vitatott a német szakirodalomban, BYDLINSKI Szerint ez az eset vétkességtől független mulasztásként értékelendő.⁹¹⁵ A lényegi kérdés, hogy mikor értékelhető a szerződéskötés megtagadása erkölcstelennek? Ha egy kritikust nem akarnak beengedni a színházi előadásra az annak szabad véleménynyilvánításhoz (GG 5. cikkely (1) bek.) és a foglalkozás szabad megválasztásához (GG. 12 cikkely) való jogát sérti. Ha egy amerikai vendégtanár egy német szórakozóhelyre próbál sikertelenül bebocsátást nyerni, a faji, etikai alapon megvalósult diszkrimináció a 826. § alapján vajon sikerrel leküzdhető?⁹¹⁶ Mivel egy szórakozóhely felkeresése nem sorolható az életbevágóan fontos szükségletek körébe, az általános szerződéskötési kötelezettség elutasítandónak tűnik. A jogtudomány álláspontja megoszlik e kérdés tekintetében. És mi a helyzet a 826. § alapján való kártérítés igényével? Az alaptörvény értékrendje (GG 3. cikkely (1) és (3) bek.) alapján a szórakozóhely üzemeltetőjének magatartása erkölcstelennek ítélandó? A kérdés, mit ér a gyakorlatban a fájdalomdíj vagy a fogcsikorgatva megvalósított látszólagos engedékenység a szórakozóhely részéről?⁹¹⁷ Vagy nem szabad meghajolnunk a diszkrimináció semmilyen formája előtt?⁹¹⁸ Az EU-s jog, különösen a négy, diszkriminációra vonatkozó irányelv⁹¹⁹ jelenléte a problémát szupranacionális szintre emelte. A kérdéses irányelvek a német jogba az általános egyenlő bánásmódról szóló törvény (AAG) segítségével kerültek át, és az általános polgári jogi hátrányokozás tilalma olvasható ki belőlük. A nemzeti jogba való átültetést követően a normák közvetlenül érvényesülnek a polgárok egymás közötti viszonyaiban, így a polgári jogi generális klauzulákon keresztül történő áthatásuk feleslegessé válik.⁹²⁰ Kérdéses, hogy szerződéskötési kötelezettség is levezethető-e belőlük?⁹²¹

VI.5.3 Dogmatikai sajátosságok a magyar jogban

A magyar szabályozásban érdekes módon láthatunk viszont egy-egy, a francia és a német jogrendszerre jellemző problémát. A francia *cause*-tanhoz hasonló kidolgozottságú doktrína a

⁹¹⁵ BYDLINSKI, FRANZ: *Zu den dogmatischen Vorfragen des Kontrahierungszwanges*, AcP 180 (1980) 11;

LARENZ: *Schuldrecht* I, § 4 Ia

⁹¹⁶ BayObLG, NJW 1983, 2040

⁹¹⁷ BYDLINSKI, FRANZ: *Zu den dogmatischen Vorfragen*, 44sk; MEDICUS: *Schuldrecht*, I, 84. margószám.

⁹¹⁸ BEZZENBERGER, TILMAN: *Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht*, AcP 196 (1996) 427skk; STAUDINGER/BORK (2003), 24. margószám.

⁹¹⁹ 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG és 2004/113/EG.

⁹²⁰ FIKENTSCHER, WOLFGANG—HEINEMANN, ANDREAS: *Schuldrecht*, Berlin: De Gruyter Recht 2006¹⁰, 68.

⁹²¹ ADOMEIT, KLAUS: *Political correctness – jetzt Rechtspflicht!* NJW 30 (2006), 2169skk;

magyar jogtudományban nincsen, de a kérdés, hogy a jóerkölcsbe ütközésnek a szerződés tárgyára vagy a felek által elérni kívánt célra kell vonatkoznia, nálunk is felmerült. Mint már láttuk, a hatályos szabályozás, illetve korábban az 1900-as Tervezet szövege a szerződések tartalmára koncentrált. A Tervezet készítői e problematikával kifejezetten foglalkoztak és a kérdést az indoklásban válaszolták meg: „[...] a szerződés tartalmának hangsúlyozásával nem akarta azt kifejezni, mintha egyedül a szerződés objektív körülményei, a felek inteniójától függetlenül, volnának tekintetbe veendőek. A szerződés tartalma éppen azon intenióval fogva, a mellyel a felek a szerződést megkötik, mutatkozhatik erkölcstelennek. A szerződés tehát semmis lesz, ha tartalma akár magában, akár kapcsolatban a felek inteniójával erkölcstelen.”⁹²² A kritikák hatására a Polgári Törvénykönyv 1916-os, harmadik javaslata a szerződés tartalmára való utalást már nem tartalmazta. A kurrens jogalkalmazói és jogtudományi álláspont szerint egy szerződés erkölcstelenségét az általa elérni kívánt cél, tárgya, a vállalt kötelezettség jellege vagy bizonyos esetekben az ellenszolgáltatás felajánlása is megalapozhatja.⁹²³ Ezen a nézőpontot, úgy látszik, a reformok sem fogják változtatni, bár a Szakértői Javaslat meglehetősen pontatlanul és szűkítően fogalmaz, amikor a felek magatartására hivatkozik.⁹²⁴

Az inkább német jogirodalomra jellemző, és hazánkban is központi jelentőségű jogalkalmazási probléma az Alkotmány és magánjog kapcsolata. A szerződési jog területén az Alkotmány közvetlen vagy közvetett korlátozó hatását különböztethetjük meg.⁹²⁵ Az utóbbi esetben az alkotmányos értékek közvetítésében a generális klauzulaként funkcionáló magánjogi normák, így a jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét kimondó szabály is szerepet játszhat. A közvetlen alkalmazhatóság kérdése a magyar irodalomban még nem tisztázott, bár az erre vonatkozó igény már a tudomány⁹²⁶ és a bírói gyakorlat⁹²⁷ részéről is felmerült, különösképp a személyiségvédelem és a nem vagyoni kártérítés területén. MENYHÁRD helyesnek tűnő álláspontja értelmében inkább azon álláspontok látszanak meggyőzőnek, amelyek a szerződési jogban kizárják az Alkotmánynak a felek viszonyában való érvényesülését, és az alaptörvény rendelkezéseinek megsértése esetén nem tartják abból közvetlenül levezethetőnek a szerződés érvénytelenségét.⁹²⁸ Véleménye szerint a generális klauzulák nem jelentenek megoldást a közvetlen vagy közvetett hatás kérdésére, mert ezek

⁹²² Indokolás a Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetéhez, III, Budapest: Grill 1901, 956—959. §§

⁹²³ BH 2000/6. sz. 260; GELLÉRT: *id. m.* 725.

⁹²⁴ VÉKÁS: *Javaslat*, 783.

⁹²⁵ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 300.

⁹²⁶ LÁBADY TAMÁS: *Alkotmányjogi hatások a készülő Ptk. szabályaira*, Polgári Jogi Kodifikáció 2/2000, 18.

⁹²⁷ Bírói Döntések Tára, II. évf. (2001), 2. szám, 5—32.

⁹²⁸ MENYHÁRD *A jóerkölcsbe*, 302.

alkalmazása során az alkotmányos értéket nem a jogszabály, hanem az eseti döntés közvetíti. Ennek megfelelően az alkotmányos értékek támpontot nyújthatnak a jóerkölcsbe ütköző szerződések tilalmának tartalmi konkretizálásához, de egyúttal indokoltnak tartja a bíróságok átgondolt és visszafogott gyakorlatát.⁹²⁹

VI.6 Elhatárolás hasonló fogalmaktól

VI.6.1 Elhatárolások a francia jogban

Mint láttuk, már a kodifikátorok foglalkoztak a *bonnes mœurs* és az *ordre public* distinkciójával, később a klasszikus iskola képviselői e dualizmus miérettől nem vizsgálva a szankcióra és a fogalmak által kínált bírói mérlegelési szabadságra fókuszáltak.⁹³⁰ Közös a két fogalomban, hogy egyik sem jogi eredetű – állította BONNECASE.⁹³¹ A rómaiak óta hol a jó erkölcsök, hol az *ordre public* került előtérbe, az egyén és az állam kapcsolatának függvényében.⁹³²

Az *ordre public* tágabb értelemben felfogott törvényesség, szabályai kötelező erejűek, így szemben áll az egyéni akarattal, egyesek szerint sokszor illegitim mértékben.⁹³³ A társadalom aktuális állapotát jelenti egy konkrét időpontban és egy meghatározott államban.⁹³⁴ Fogalma igen sokrétű. Eredetileg a magánakarat korlátainak közjogi részét képezte, később azonban „privatizálták” és a magánjogba is felvételt nyert.⁹³⁵ A közrend a törvénynél magasabb szintű kategória, társadalmi, azaz nem egyszerűen jogi, politikai vagy gazdasági jellegű szükségyszerűség. A jog szerint minden, ami nem tilos, szabad. E szabály alól az *ordre public* teremt kivételeket. Nem szabályok rendszerét jelenti, tartalmáról katalógus sem készíthető. Leginkább egy morális dimenzió jelenlétének fogható fel a szerződési szabadság területén. Alapelve a kollektivitás és az individuum feletti szupremácia. Külső, formai kritériumok alapján *ordre public textuel* vagy másképp *ordre public virtuel* különböztethetünk meg.⁹³⁶ Az előbbi esetben a közrend kívánalma kifejezetten nem, csak a kontextus révén jelenik meg a törvényben (például a 1388, 1628, 1674, 1694 és az 1780. cikkelyekben), és például

⁹²⁹ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 304sk.

⁹³⁰ RIPERT, GEORGES: *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949⁴, 40.

⁹³¹ BONNECASE, JULIEN: La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français, in: *Études du droit civil, à la Mémoire de Henri Capitant*, Paris: Dalloz 1939, 91.

⁹³² PENA: *id. m.* 519.

⁹³³ RIPERT, GEORGES: L'ordre économique et la liberté contractuelle, in: *Recueil d'études sur le sources de droit en l'honneur de François Gény*, II, Paris: Libraire du Recueil Sirey 1934, 347.

⁹³⁴ FAHRE-MAGNAN: *id. m.* 332.

⁹³⁵ FENOUILLET: *id. m.* 490.

⁹³⁶ CARBONNIER, JEAN: *id. m.* II, 2037.

limitálja az engedményező felelősségét az uzsorás technikák elkerülése érdekében.⁹³⁷ Az 1133. cikkelyben kifejezetten megjelenik a fogalom, de *principe générale*ként egy, a jogi világtól elkülönült, nem írott értékekre vonatkozó rendet jelöl. Belső, tartalmi kritériumok alapján csoportosítva az *ordre public*-nak két nagy felhasználási területe van, a politikai és a gazdasági szféra (*ordre public politique* és *économique*).⁹³⁸ A politikai alcsoportba tartoznak az államra, a családra⁹³⁹ és az egyénre vonatkozó szabályok, a gazdaságba pedig alapvetően egyes protekciós (*ordre public de protection*, a gazdasági erőfölény vagy szakértelem kiegyensúlyozására szolgáló) és iránymutató (*ordre public de direction*) jellegű normák tartoznak. Az előbbiek abszolút, az utóbbiak relatív semmisséggel járnak. Az utóbbira jó példa a hatósági árnál magasabb árszabást tilalmazó, 1945. június 30-án hozott rendelet. Más szerzők hasonló fogalmak révén, de eltérő csoportokat alkotnak az *ordre public* fogalmán belül. FAHRE-MAGNAN szerint például az *ordre public direction* az állam, a család és az erkölcs, tehát alapvető értékek védelmét szolgálja. Az *ordre public de protection* a konkrét gazdasági és az elvont társadalmi szerződés gyengébb érdekérvényesítéssel bíró feleinek nyújt védelmet, míg az *ordre public social* munkajogi jellegű, például a minimálbér biztosítását szolgálja. Noha ez utóbbi rendszerezés kevésbé egzakt, jól látható a kétféle megközelítés mögött álló közös megfontolás. Manapság már különbséget tesznek abszolút és relatív *ordre public* között, hiszen már olyan értékek, mint az emberi test fizikai integritása is megkérdőjeleződnek.⁹⁴⁰

Az *ordre public* és a *bonnes mœurs* között tartalmilag az teremt kapcsolatot, hogy az erkölcsi előírások megelőzhetik a törvényt, ha annak szigorú alkalmazása az *ordre public*ban el nem fogadható következménnyel járna.⁹⁴¹ Az elmúlt évtizedekben a francia jogalkalmazásban és jogtudományban a jó erkölcsök rovására erős hangsúlyeltolódás figyelhető meg a közrend irányába, emiatt a két fogalom egyre nehezebben határolható el egymástól.⁹⁴² Eközben az *ordre public* is új értelmet nyert, a régi konzervatív, tiltó és jogi jellegű közrend helyébe ma a

⁹³⁷ *Code civil*, 1694. cikk.

⁹³⁸ Az *ordre public économique* az *ordre public*-kal többnyire megegyező, de konkrétabb és változékonyabb fogalom. Ld. MALAURIE, PHILIPPE: La notion de l'ordre public et de bonnes mœurs dans le droit privé, in: *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, VII, Montréal: Eugène Doucet 1956, 757; RIPERT, GEORGES: *Déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris: LGDJ 1949, 70sk.

⁹³⁹ A család nem csupán az egyén jóléte miatt bír jelentőséggel, bár az EJEE nem ismeri el a családot, mint csoportot, csupán a jogot a családi életre. Ld. FENOUILLET: *id. m.* 511.

⁹⁴⁰ Az EJEB például a Laskey-ügyben az akaratmegegyezést a fizikai integritás felé helyezte. Ld. *Laskey, Jaggard and Brown v United Kingdom*, EJEB 109/1995/615/703—705.

⁹⁴¹ FENOUILLET: *id. m.* 489.

⁹⁴² LOCHAK: *id. m.* 41.

gazdasági, szociális és professzionális közrend lép,⁹⁴³ a jó erkölcsökön pedig az *ordre public* inflációja következtében összehúzódik a számbőr.⁹⁴⁴ FENOUILLET az új helyzetet az *ordre publique philanthropique* kifejezéssel írta le. Ez annyit jelent, hogy a jogi szabályozás mögötti fundamentális végső érték az emberi méltóság lett. A különös jelzőválasztás indoka, hogy e kifejezés az embert mint emberi személyt és nem polgárt, vagy tulajdonost tekinti.⁹⁴⁵ CARBONNIER szerint a jó erkölcsök emberi méltóságba történő felolvadása egyfajta „megszüntette-megőrizni” jelenséget takar.⁹⁴⁶ CATALA is optimista a változások kapcsán, kifejtve, hogy az állam megfelelő védelmére reményt keltő a méltányosság eszméjére épülő *orde public philanthropique*.⁹⁴⁷

A két fogalom azonban korántsem szinoním, ellentétben GEGOUT állításával, aki szerint a *bonnes mœurs* csak az *ordre public* egyik manifesztációja lenne a sok közül.⁹⁴⁸ A *bonnes mœurs* a francia jogban többnyire a személyes jellegű élethelyzetekben jut jelentőséghez, az *ordre public* pedig általánosan felhasználható. Az *ordre public* célja manapság nem a közjó, hanem a minél nagyobb hatékonyság elérése, ezért például az üzlet moralizálódásának nincs köze a jó erkölcsökhöz. A *bonnes mœurs* meghatározása lehetetlen, míg az *ordre public* könyebben definiálható.⁹⁴⁹ Szankciójuk is eltérő. Míg a jó erkölcsökbe ütközés teljes, abszolút semmisséggel jár, ahol a *nemo auditur* és az *in pari causa* elvei alapján még *répétion* is kizárt. A közrendbe ütközés ezzel szemben többnyire relatív semmisséget okoz, és lehetséges a *restitution*, az eredeti állapot helyreállítása. A két fogalom mögött két markánsan eltérő filozófiai háttérrel találkozhatunk. Az *ordre public* inkább az igazságosság, a *bonnes mœurs* pedig a jó fogalmához áll közelebb.

A jó erkölcsök fogalmát a joggal való visszaéléstől (*la fraude à la loi*) is el kell határolnunk, hiszen például a német jogtól eltérően a francia jogrendszer az erkölcsstelen ügyleteket nem tekinti joggal való visszaéléssnek.⁹⁵⁰ A joggal való visszaélés lényege, hogy formálisan sem az jogszabályokba, sem az *ordre public*ba nem ütközik,⁹⁵¹ betartja a törvény betűjét, de szellemét

⁹⁴³ MALAURIE, PHILIPPE—AYNÈS, LAURENT—STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE: *Les obligation*, Paris: Defrénois 2005, 315.

⁹⁴⁴ DARMAISIN: *id. m.* 63.

⁹⁴⁵ FENOUILLET: *id. m.* 510.

⁹⁴⁶ CARBONNIER, JEAN: *Propos introductif*, in: REVET, THIERY (coord.): *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris: Dalloz—Sirey 1996, 11—26.

⁹⁴⁷ CATALA, PIERRE: *À propos de l'ordre public*, in: *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Dai*, Paris: Dalloz 2000, 511sk.

⁹⁴⁸ GÉGOUT, MAURICE: *Ordre public et bonnes mœurs*, *Juris-Classeur Civil* 5 (1979), 19.

⁹⁴⁹ BÉNÉDICTE, LAVAND-LEGENDRE: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Paris: PUF 2005, 13.

⁹⁵⁰ JALUZOT, BÉATRICE: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris: Dalloz 2001, 415.

⁹⁵¹ CARBONNIER szerint ezzel szemben a joggal való visszaélés tilalma a közrend védelmének egyik fajtájaként fogható fel, ld. CARBONNIER, JEAN: *id. m.* II, 2035.

nem. Ha a szerződő felek szabad döntésük alapján megkívánnak szabadulni egy számukra kellemetlen jogszabálytól, alapvetően kétféle következménnyel számolhatnak. A választás szabad, így például nincs akadálya annak, hogy valaki olyan szerződést kössön, amelyet egy már létező, de még nem hatályos törvény tilt. Kivételes esetben a szerződés semmis lesz, például egy tékozlóval gondnoka közreműködése nélkül kötött szerződés vagy éppen a *simulatio* esetében.⁹⁵² Tárgyi szempontból vizsgálva a joggal való visszaélés problematikáját, ha a cselekmény a hitelezők megkárosítására irányul, az 1167. cikkelybe foglalt *actio paulienne* léphet működésbe, egyébként a *fraus omnia corrumpit* elve alapján a jó erkölcsökbe való ütközés miatt a 6. cikkely lesz alkalmazható.⁹⁵³

A három fogalomban (*ordre public*, *bonnes mœurs* és *fraude à loi*) közös, hogy az akaratszabadság korlátait képezik⁹⁵⁴ és közérdek, az *intérêt général* érvényesülését szolgálják az egyéni érdekek felett. E normákon kívül a szerződési szabadságnak csak a felek képzelőereje szab határt.⁹⁵⁵

A *bonnes mœurs* és a *bonne foi* viszonya meglehetősen bonyolult. A Code civil 1134. cikkelye értelmében a megállapodásokat a jóhiszeműség és tisztesség elvének megfelelően kell végrehajtani. DARMAISIN álláspontja szerint a kötelező erő az elv alá rendelődik a szerződések mindhárom létszakában.⁹⁵⁶ A *bonne foi* fogalmának terjedelme igen nagy: a megállapodás személyi feltételei (pl. ügyletképesség), az érvényes *cause* és a kódex második fejezetében foglaltak mellett megköveteli azt is, hogy a megállapodás ne ütközzön a jó erkölcsökbe vagy a közrendbe. A jóhiszeműség és tisztesség elve a szerződés érvényességének autonóm feltételét képezi.⁹⁵⁷ A jó erkölcsök pedig büntető, formális, restriktív karakterű fogalom, amely a magánjogi viszonyok szabadságát korlátozza a *bon père de famille* modelje alapján.⁹⁵⁸ Restriktív, hiszen a *Code civil* 6. cikkelyén kívül a *bonnes mœurs* negatív kontextusban kerül elő.

VI.6.2 Elhatárolások a német jogban

A német jogban több, a *gute Sitten*hez hasonló fogalommal találkozhatunk.

⁹⁵² CARBONNIER, JEAN: *id. m.* II, 2041.

⁹⁵³ Civ. 1^{re}, 1992. március 17 = Bull. civ. 1, n 86. D. 1992

⁹⁵⁴ DARMAISIN: *id. m.* 90.

⁹⁵⁵ THIBIERGE-GUELFUCCI: *id. m.* 360.

⁹⁵⁶ DARMAISIN: *id. m.* 143sk.

⁹⁵⁷ Cass 1^{ère} civ., 1995. május 16.

⁹⁵⁸ FENOUILLET: *id. m.* 490.

Az *ordre public*-ot hívják segítségül, ha meg kívánják határozni, hogy egy külföldi jogi norma hazai alkalmazása megengedhető-e.⁹⁵⁹ SIMITIS véleménye szerint a *gute Sitten* a közrend (*ordre public*) fogalmának részét képezi, és a családi élet és a szexuális szféra szűkebb területeire korlátozandó.⁹⁶⁰ Ezzel szemben KÖHLER a jó erkölcsök fogalmát tartja a felettes fogalomnak, mivel annak konkretizálásához figyelembe kell venni a közrend normáit is, így az előbbi tágabb fogalom a másiknál.⁹⁶¹ A ma elfogadott álláspont MAYER-MALY összehasonlító alapokon nyugvó tanulmányán alapszik, amely, ha nem is élesen, de elhatárolja egymástól a két fogalmat.⁹⁶² A közrend a pozitív jogi normákat, a bírói esetjogot és az alkotmányos értékeket foglalja magában. Ennek megfelelően az erkölcstelenség jogellenességben oldódik fel. A fogalmak eltérő értelmezésére utal, hogy a BGB tervezetei a két fogalmat eltérő értelemben használták, és a közrend bevezetését tudatosan elvetették.

A jó erkölcsök fogalma nem azonosítható a társadalomellenességgel, a társadalmi morál sérelmével sem.⁹⁶³

A generális klauzula szó hallatán a német jogban mindenki rögtön a híres-hírhedt 242. §-ra asszociál. A jóhiszeműség és tisztesség elvének (*Treu und Glauben*) meghatározásához a kiindulópontot a törvény szövege jelenti. A BGB 242. §-ban szereplő adós kifejezés egyértelműen kötelmi viszonyokra, azaz minősített társadalmi, jogi kapcsolatokra korlátozza az elv felhasználásának hatókörét.⁹⁶⁴ Ennek alapján egyéb jogi kapcsolatok, mint például a szerződés megkötését megelőző kötelezettségek, szomszédjogi kérdések nem képezhetnék vizsgálódás tárgyát a klauzula kapcsán. A jogtudomány egyöntetűnek nevezhető álláspontja szerint azonban a *Treu und Glauben* általános jogelv.⁹⁶⁵ Tartalma konkretizálásra szorul, és szükséges a visszaélést megakadályozó, a klauzula alkalmazását jól körülírt keretek közé szorító elvek meghatározása is.⁹⁶⁶ A 138. § nem feltételez speciális kötelmet a felek között és mértéke kevésbé szigorú a jóhiszeműség és tisztesség elvéhez viszonyítva. A jogügylet csak akkor semmis, ha a forgalomban mindenki számára kötelező, alapvető elvárásokat sérti.⁹⁶⁷ Minden *gute Sittent* sértő magatartás egyben sérti a *Treu und Glaubent*, de nem minden *Treu und Glaubent* sértő cselekmény sérti a *gute Sittent*. Ennek megfelelően a két klauzula a

⁹⁵⁹ A jó erkölcsök klauzula és a közrend fogalmának közelségét érezve KÖTZ megjegyzi, hogy a fogalomnak az angol jogban leginkább a *public policy* fogalma felel meg. A trendet mi sem jelzi jobban, minthogy az új holland polgári törvénykönyv a közrend fogalmát használja. Ld. NJBW 3:40. cikk. (1) és (2) bek.

⁹⁶⁰ SIMITIS, KONSTANTIN: *Gute Sitten und ordre public*, Marburg: Elwert 1960, 197.

⁹⁶¹ KÖHLER, HELMUT: *BGB. Allgemeiner Teil*, München: C.H. Beck 2007³¹, 184.

⁹⁶² MAYER-MALY, THEO: *Was leisten die guten Sitten?* AcP 194 (1994), 126skk.

⁹⁶³ BGHZ 106, 269, 271; MAYER-MALY: *Was leisten*, 136skk.

⁹⁶⁴ LOOSCHELDERS, DIRK: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007⁵, 32.

⁹⁶⁵ MEDICUS: *Schuldrecht*, I, Rn. 130; STAUDINGER—SCHMIDT: 242. § 161. margószám.

⁹⁶⁶ Ld. a Holland- esetet, RabelsZ 10 (1936), 403skk.

⁹⁶⁷ SCHAPP—SCHUR: *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 2007⁴, 487. margószám.

gyakorlati alkalmazás szempontjából a megfelelési teszt két külön fokán állnak. Először vizsgálendő, hogy a jogügylet megfelel-e a 138. § előírásainak, a második lépésben pedig a jóhiszeműség és tisztesség elvének betartása ellenőrizendő. Ezt, a ma uralkodó álláspontot SACK élesen támadja, mondván, hogy a 138. § átfogó joghézagpótló funkcióval rendelkezik, így minden jogilag rosszalható jogügyletet átfog, amely nem tartozik a törvényellenesség 134. § paragrafus alá.⁹⁶⁸

A jó erkölcsök 826. §-ban előírt mércéje kevésbé szigorú,⁹⁶⁹ a mindenkire vonatkozó mértéket tartalmazza a társadalmi etika minimális szintjének az általános jogi forgalomban való betartása érdekében.⁹⁷⁰ Ez a megállapítás a jellineki felfogás sajátos alfajának tűnik, az etikai minimum a jog közvetlen tárgyává válik. LOOSCHELDERS nézőpontja szerint azonban mindkét előírás ugyanazon igazságossági alapelv kifejeződése.⁹⁷¹

Az intézményvédelem sem meríti ki a 138. § tartalmát.⁹⁷² MERTENS szerint a *gute Sitten* egyebek mellett biztosítja a nyitott társadalom békéjét, a benne élők egyéni szabadságát és védelmet nyújt a hatalmi túlkapások ellen. Mint ilyen, elengedhetetlen egy szabad piacgazdaság működéséhez, a tisztesség verseny biztosításához. Vele szemben OECHSLER kevésbé meggyőzően úgy vélte, hogy a tisztességes versenyre vonatkozó szabályok kialakulása szigorú kazuisztikának és nem absztrakt princípiumnak köszönhető. Elfelejt, hogy e kazuisztika kialakulása éppen az absztrakt princípiumra történő hivatkozások kapcsán valósult meg. Azt állította továbbá, hogy a piacgazdaság állandó mozgásait az erkölcsi törvények *status quo*-ja képtelen követni, nem érzékelt a *gute Sitten* fogalmában rejlő dinamizmust. Másrészt az intézményvédelemhez fűzött fenti követelmények túl absztraktak illetve tartalmi szempontból túl szűkek ahhoz, hogy lefedhessék a jó erkölcsök fogalmát.

A generális klauzulához hasonló 'sztenderd' változó tapasztalati alapú és meghatározottságú értékrendet takar.⁹⁷³ Az EU-ban, főképp angol hatásra, gyakran használják párhuzamosan a generális klauzula fogalmával. A sztenderd egyfajta normális magatartásra utal, a jogtudomány és a szociológia közös fogalmának fogható fel.⁹⁷⁴

⁹⁶⁸ SACK, ROLF: § 138, in: HABERMANN, NORBERT (Red.): *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2003, 293.

⁹⁶⁹ FIKENTSCHER—HEIEMANN: *Schuldrecht*, 199. margószám.

⁹⁷⁰ ERMAN—SCHIEMANN: 826. §, 3. margószám; LARENZ—CANARIS: *Schuldrecht*, II/2, §78 II 1b.

⁹⁷¹ LOOSCHELDERS, DIRK: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007⁵, 32.

⁹⁷² MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 267.

⁹⁷³ Bövebben ld. STRACHE, KARL-HEINZ: *Das Denken in Standards. Zugleich ein Beitrag zur Typologie*, Berlin: Duncker & Humblot 1968, 19skk.

⁹⁷⁴ TEUBNER, GUNTHER: *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitte-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum 1971, 48.

VI.6.3 Elhatárolások a magyar jogban⁹⁷⁵

Az elhatárolások sorát érdemes a jóhiszeműség és tisztesség elvével kezdenünk, hiszen a ÚPtk. indokolása a jóerkölcs követelményeinek kiindulópontjának a jóhiszeműség és tisztesség elvét tartja.⁹⁷⁶ E követelmény szintén generális klauzula, méghozzá olyan, amelynek nem csupán tényállása nyitott, mint a jóerkölcsbe ütközés tilalmát kimondó szabály esetében, de a normasértéskor alkalmazandó szankciót sem határozza meg egzakt módon. Ráadásul rendszertanilag is magasabb szinten, a bevezető rendelkezések között, igen rangos pozícióban helyezkedik el. Az esetek többségében a két elv funkcionális okokból el is kerüli egymást, hiszen a jó erkölcsök fogalma leginkább a szerződések, szorosabban véve a semmis szerződések kapcsán merül fel, ebben az esetben pedig a jóhiszeműség és tisztesség követelménye kevésbé kerül előtérbe, hiszen annak szerződési jogbeli lételeme az érvényes, vagy érvényesen létrehozandó szerződés.⁹⁷⁷ A jóhiszeműség és tisztesség követelménye aktivitást sugall és pozitív követelményt állít a joggyakorlókkal szemben, a jóerkölcsbe ütközés tilalma pedig negatív korlátot tételez, és passzivitásra, tudniillik az erkölcstelen magatartástól való tartózkodásra int. Az előbbi előíró jellegű, direkt módon nevelő norma, az utóbbi pusztán egy bizonyos magatartás vagy annak eredményeképpen létrejött jogügylet semmisségét kimondó szankció révén közvetve próbálja a felek magatartását befolyásolni. Mindezekből megállapíthatóan a jóhiszeműség és tisztesség elve tartalmaz szigorúbb mércét,⁹⁷⁸ FÖLDI szerint a jóerkölcsbe ütközés „alacsonyabb, mondhatni minimális, elemi szintű követelményt fogalmaz meg.”⁹⁷⁹ MENYHÁRD ezzel ellentétes, magányos álláspontja értelmében a két fogalom között nincs minőségi és mennyiségi különbség, csak eltérő területeken alkalmazandóak.⁹⁸⁰ Véleménye szerint a jó erkölcsök mércéjét a szerződések érvényessége területén, a jóhiszeműség és tisztesség elvét pedig a szerződés minden létszakában, sőt a szerződési jogon kívül is alkalmazhatjuk. A magunk részéről FÖLDI

⁹⁷⁵ A magyar jog elhatárolás problémáival kapcsolatban MENYHÁRD monográfiája ad áttekintést, ld. MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 248—282. A lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződésekkel kapcsolatban pedig ld. BERTALDÓ: *id. m.* (kéziratban). Elméletileg érdekes problémákat vet fel, egy, a szerződés megkötése után erkölcstelenné váló szolgáltatás és az emiatt bekövetkező utólagos (jogi) lehetetlenülés kollíziója. A kérdés az erkölcstelenség időpontjára vonatkozó szabályozással oldható meg. A lehetetlenülés kapcsán jó kiindulópontként szolgál CSEHI ZOLTÁN: 'A király megbetegedett': a szerződés lehetetlenül. Az idő dimenziója a lehetetlenülés körében — az időszakos lehetetlenülés problémája, in: *Liber Amicorum E. Lontai. Emlékkönyv Lontai Endre egyetemi tanár tiszteletére*, Budapest: ELTE 2005, 43.

⁹⁷⁶ T/5949. sz. törvényjavaslat a 5:76. §-hoz.

⁹⁷⁷ Erre utal FÖLDI ANDRÁS: *A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig*, Budapest: ELTE 2001, 102.

⁹⁷⁸ KELEMEN LÁSZLÓ: *A jóhiszeműség és tisztesség a magánjogban*, Szeged: Ablaka György 1937, 13.

⁹⁷⁹ FÖLDI: *A jóhiszeműség és tisztesség elve*, 102.

⁹⁸⁰ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 254.

álláspontját fogadjuk el helyesnek, az alábbi megfontolások alapján. Mindkét elmélet elismeri, hogy a kérdéses fogalmak mögött tartalmilag ugyanaz a morális-erkölcsi követelményrendszer húzódik meg. A két fogalom összevethetőségét tehát egy látens, csupán feltételezett, hozzájuk képest objektív értékítélet, a társadalmi erkölcs határozza meg. Abból a két adatból, hogy Vlagyivosztokban két celsiust, Budapesten pedig hat fokot mértek, minden további nélkül tehetjük azt a megállapítást, hogy Vlagyivosztokban hidegebb van. Azonos mérce alapján működő barométerünket két különböző felhasználási területen vetettük be, ez azonban önmagában nem zárja ki a mennyiségi különbségeket, és az összevethetőség lehetőségét. MENYHÁRD álláspontja, valószínűleg szándékolatlanul, egybemosni látszik a jóerkölcs jogi és az erkölcs köznapi fogalmát. Hiszen valóban abszurd az az állítás, hogy nem erkölcstelen a jóhízeműség és tisztesség követelményét sértő cselekmény.⁹⁸¹ Minden bizonnyal az. Azonban erkölcstelenségét nem a jóerkölcsbe ütközésnek, hanem annak köszönheti, hogy sérti a *bona fides* elvét. Valójában tehát a két generális klauzula az erkölcsösség azonos barométerén elhelyezkedő két igazodási pont, és a jóerkölcs megsértése közelebb áll az erkölcsi fagyponthoz, mint a melegebb tartományokban elhelyezkedő, de attól még erkölcstelennek számító, a jóhízeműség és tisztesség elvét sértő szerződés. Ebből kifolyólag annak sincs akadály, hogy a különböző területeken, a prekontraktuális fázisban, a teljesítéskor, vagy éppen egy szerződés érvénytelenségének vizsgálatakor az erkölcs ugyanazon mércével mérjük, de a számunkra releváns, a funkciónak megfelelő igazodási pont (hol a „hidegebb” tartományokban található *boni mores*, hol a „melegebb”, erkölcsileg több aktivitást igénylő *bona fides*) figyelembevételével alkossunk ítéletet.

A bírói gyakorlatban a jogszabályba ütköző szerződés kapcsán kirajzolódó teleologikus megszorító tendencia analogikus felhasználása révén MENYHÁRD arra az álláspontra helyezkedik, hogy a jogszabályba ütközés tilalma a jóerkölcsbe ütközés tilalmához képest *lex specialis*nak tekinthető. Gondolatmenete szerint a jóerkölcs tartalmának részét képezik az adott jogrend jogszabályai és az azok által közvetített értékrend is.⁹⁸² A jogszabály megsértése tehát egyúttal a jóerkölcs megsértését is jelenti. Ezen álláspont több szempontból is problematikus. Egyrészt csak akkor tekinthető igaznak, ha azon koncepció talaján állnánk, amely a jóerkölcs fogalmán a társadalmi normák egészét érti, amelybe így természetesen a jogi normák is beletartoznak. Ez tulajdonképpen azt jelentené, hogy a jóerkölcs fogalmának nem technikus jogi, hanem hétköznapi értelmet tulajdonítunk. Ekkor lehetne csak akként érvelni, hogy a jóerkölcsbe ütközés nem járhat semmisséggel akkor, ha olyan jogszabály

⁹⁸¹ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 252.

⁹⁸² MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 249.

megsértéséről van szó, amelyhez nem kapcsolódik a semmisség jogkövetkezménye. Ez azonban a jóerkölcs tartalmának, esetköreinek nem megengedhető kitágítását implikálja. Másrészt a *lex specialis* fogalmát akkor helyes alkalmazni, mikor a szabályozás tárgya áll egymással a specialitás és generalitás viszonylatában. Jelen esetben azonban a szabályozás tárgya mindkét esetben azonos rendszertani szinten helyezkedik el, azonos fogalom, a szerződés. Ráadásul MENYHÁRD szerint, ha a jogszabályi rendelkezés megsértése mellett többlettényállási elem a jóerkölcsbe ütközést is megalapozza, nem jogszabályba ütközés, hanem jóerkölcsbe ütközés miatti semmisséget kell megállapítani.⁹⁸³ Ez pedig a MENYHÁRD által elfogadotthoz képest éppen fordított generalitás—specialitás viszonyra utal. Másrésztől igaza van abban, hogy azokban az esetekben, amikor a polgári jogi jogszabályba ütközéshez más jogkövetkezmény kapcsolódik, vagy a nem polgári jogági rendelkezés értelmezése során az nyer megállapítást, hogy a jogalkotó az adott norma megsértését nem kívánta semmisséggel szankcionálni, a jóerkölcsbe ütközés nem állapítható meg. A *lex specialis* fogalmára alapozott distinkció tehát tartalmilag nem helytálló, használata pedig szemantikailag is kifogásolható. Helyette a fent felvázolt, összetettebb viszonyrendszer tételezése elfogadható. Nevezetesen, hogy a jóerkölcsbe ütközés szűk esetszoportok esetén használatos, ezáltal többnyire elkerüli a jogszabályba ütközés teleologikus megszorító felfogásából eredő ellentmondást, másrészt, hogy bizonyos esetben a jogszabályba, máskor a jóerkölcsbe ütközés tekinthető a másikkhoz képest speciális szabálynak.

A joggal való visszaélés és a jóerkölcsbe ütközés elhatárolási problémája csak látszólagos. A helyes kiindulópont az a kérdés, hogy egy személy az őt megillető szerződéskötési jog alapján köthet-e érvényesen jóerkölcsbe ütköző szerződést? A válasz egyszerű. Nem, hiszen az ilyen szerződés *ipso iure* érvénytelen lesz. A joggal való visszaélést ebben az esetben tehát maga a jog egy konkrét jogszabály formájában lehetetleníti el. A joggal való visszaélésről csak azokban az esetekben beszélhetünk, amikor egy cselekményt konkrét jogszabály nem, csak a jog társadalmi rendeltetése tilt. Azzal, hogy a jogrend kimondja, a jóerkölcsbe ütköző szerződések tilosak, megakadályozza, hogy jóerkölcsbe ütköző szerződés megkötése révén joggal való visszaélés következzen be, hiszen ilyen szerződésből semmilyen jogkövetkezmény nem származhat. Ezért megalapozatlan a jóerkölcsbe ütközést a joggal való visszaélés egyik fajtájának tekinteni.⁹⁸⁴ Az sem igaz, hogy történetileg az erkölcstelen ügyletek tilalma mögött a joggal való visszaélés megakadályozása állna, hiszen láthattuk, hogy a jóerkölcsbe ütköző magatartások tilalmának elsődleges célja éppen a jog, mint

⁹⁸³ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 250.

⁹⁸⁴ Ld. ezzel kapcsolatban TERCSÁK TAMÁS: *A joggal való visszaélés*, Budapest: ELTE 2003, 300.

normarendszer primátusának és expanziójának biztosítása volt. A gondolat azonban, hogy a joggal való visszaélés és a jóerkölcsbe ütközés tilalma között tartalmi szempontból azonosság állapítható meg, helytálló. A nevesítéssel és a kodifikálással azonban a jóerkölcsbe ütköző szerződés megszűnik joggal való visszaélés lenni, kilép a *summa ius summa iniuria* névtelenségébe burkolódzó, az erkölcs és jog határmezsgyéjének számító területéről és saját jogon foglal egyértelmű helyet a jog világában.⁹⁸⁵

Az uszora és a jóerkölcsbe ütközés elhatárolásakor tulajdonképpen egy generális klauzula és a vele átfedésben levő speciális törvényi tényállás viszonyát kell meghatározni. Az uszorás szerződés tilalmának specialitása a Ptk. felépítésének logikus vonalvezetéséből is kitűnik. A szerződéskötési szabadság tételezés után, annak hármaskorlátját határozta meg a jogalkotó, a jogszabályba ütközést, az *in fraudem legis* eljárást és a jóerkölcsöt. E korlátok azonban nem csupán a szerződés tartalmára, hanem egyéb tényezőkre (például céljára) is alkalmazandóak. Ezt követően azonban már egy rendszertani szinttel lejjebb lép a Ptk., hiszen a szerződés tárgyával, a szolgáltatással foglalkozik. A feltűnően nagy értékkülönbség megtámadásra jogosít, ha pedig ehhez szubjektív elemként még a másik fél helyzetének kihasználása is kötődik a szerződés uszorásnak minősül és semmis. Tehát az uszorás szerződés nem csupán a jóerkölcsbe ütköző szerződéshez, hanem azon belül a feltűnő értékaránytalansággal létrejött szerződésekhez képest is speciális. Mint láttuk, az uszorás szerződés a jóerkölcsbe ütközés fogalmi ernyője alá kerülése a középkori jogfejlődés nívója, hiszen abban a korszakban került sor a jóerkölcs és az általános erkölcs azonosítására. Ezt a történelmi terhet a modern jogkereső mindmáig viselni kénytelen.

A Legfelsőbb Bíróság egy ítéletében⁹⁸⁶ egyébként maga is elhatárolta a szolgáltatás és ellenszolgáltatás között mutatkozó feltűnő értékkülönbség és a jóerkölcsbe ütközés alapján megállapítható érvénytelenséget. Kijelentette továbbá, hogy az utóbbi semmisségi ok nem azonosítható és nem is helyettesíthető a másik fél helyzetének – aránytalan előny kikötése mellett történő – kihasználásával. Ez utóbbi feltételek fennállása esetén a szerződés a Ptk. 202. §-a alapján minősül érvénytelennek.

VI.7 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása

VI.7.1 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a francia jogban

⁹⁸⁵ Más szempontból, de megerősítőleg fejti ki ugyanezt a tézist SÁRÁNDI IMRE: *Visszaélés a joggal*, Budapest: Akadémiai 1965, 89sk.

⁹⁸⁶ BH 2001/10. sz. 473.

A *bonnes mœurs* fogalmát a *Code civil* használja ugyan, de nem definiálja. Az irodalomban nem definiálható fogalomnak tartják,⁹⁸⁷ ha meg is határozzák, csak meglehetősen tág leírását adják,⁹⁸⁸ és többnyire a társadalomban ható alapvető erkölcsi szabályokként értelmezik. A fogalom nagy paradoxona, hogy a kifejezés jogi szakszó, a jognak mégis külső tényezőkre kell alapoznia értelmezésekor.⁹⁸⁹ A fogalom attraktivitása éppen ebben a megfoghatatlanságában rejlik. A körülmények végtelen variációja teszi szükségessé, hogy a jog változó tartalmú fogalmakat is bevezessen: ⁹⁹⁰ ilyenek a jó erkölcsökhöz hasonlóan például az *équité*, *raisonnable*, *ordre public*, *faute grave*, a családjog területén az *intérêt de l'enfant*, a *dureté*,⁹⁹¹ de az uniós jogban⁹⁹² is számos ilyennel találkozhatunk, elég, ha csak a *proportionnalité* fogalmára gondolunk. A *bonnes mœurs* érezhetően kapcsolatban áll az erkölcs és a szokás, a *coutume* fogalmaival, de pontos meghatározása e két másik fogalom viszonylatában igen nehézkes. TERRÉ szerint a fogalom nem azonosítható egyszerűen az erkölcs fogalmával, hisz az az egyén belső tökéletesedésének eszköze, míg a *bonnes mœurs* külső, társadalmi konformitást jelent.⁹⁹³ CARBONNIER a jó erkölcsöket ezzel szemben egyfajta alacsonyabb fokú morálként értékelte,⁹⁹⁴ mások tematikusan a szexuális morál területére szűkítenék le jelentéstartalmát.⁹⁹⁵ Felmerül a kérdés, hogy szokásjogi morált, egy társadalmi osztály morálját, ésszerű morált vagy egy transzcendentális és örök etikai törvényt kell-e érteni alatta.⁹⁹⁶

Egyes vélemények szerint a *bonnes mœurs* egyértelműen nem egy adott társadalom adott időben bevett erkölcsét jelenti, hanem normatív karaktere van. A tisztességes emberek (*honnetés gens*) erkölcsével egyenértékű, akik elismerik a társadalom (*corps social*) alapvető értékeit és intézményeit, amelyek nélkül mind az egyéni, mind a társadalmi létezés

⁹⁸⁷ LOCHAK: *id. m.* 42, OST, FRANÇOIS—DE KERCHOVE, MICHEL VAN: L'outrage public aux bonnes mœurs révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 120.

⁹⁸⁸ LOCHAK: *id. m.* 15 és 35.

⁹⁸⁹ LOCHAK: *id. m.* 15.

⁹⁹⁰ PERELMAN, CHAÏM: *La raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris: LGDJ 1984, 134.

⁹⁹¹ CARBONNIER, JEAN: Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in: PERELMAN, CHAÏM—VANDER ELST, RAYMOND (ed.): *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles: Bruylant 1998, 99—112.

⁹⁹² Bauer-Bernet, H: Notions indéterminées et droit communautaire, in: PERELMAN, CHAÏM—VANDER ELST, RAYMOND (ed.): *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles: Bruylant 1998, 269—295.

⁹⁹³ TERRÉ, FRANÇOIS—SIMLER, PHILIPPE—LAQUETTE, YVES: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz 2005⁹, 392.

⁹⁹⁴ CARBONNIER, JEAN: *Droit civil. Les obligations*, Paris: PUF 1996²⁰, 137.

⁹⁹⁵ STARCK, BORIS—ROLAND, HENRI—BOYER, LAURENT: *Les obligations. Le contrat*, Paris: Litec 1998⁶, 238.

⁹⁹⁶ CARBONNIER, JEAN: *Droit civil*, II, Paris: Quodrigé/PUF 2004, 2036, és OPPETIT, BRUNO: Ethique et vie des affaires, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris: Litec 1993, 320.

struktúrálatlan és elmúlásra ítélt lenne. Ezen vélemény szerint a jó erkölcsök a vallási, keresztény morál laicizált formájának tekinthető civil erkölcsöt (*la morale civil*) jelentik.⁹⁹⁷

A fenti eltérő nézeteket alapvetően két megközelítési mód köré csoportosíthatjuk, az idealista⁹⁹⁸ és az empirista felfogás köré. Az első objektív, a természet által minden emberbe beleültetett, normatív értékrendre, a második szociológiai, a társadalom többségének véleményét tükröző tapasztalati valóságra hivatkozik, egyfajta társadalmi lelkiismeretként funkcionál.⁹⁹⁹ Egyes idealisták azzal érvelnek, hogy a fogalom nem jelentheti egyszerűen csak a többségi gyakorlatot, hiszen a törvény jó erkölcsökről és nem egyszerűen erkölcsökről beszél. Ennek megfelelően a jó erkölcsök a társadalmi erkölcs fundamentális szabályait jelentik a társadalmi rend érdekében egy nemzet vagy egy ország vonatkozásában.¹⁰⁰⁰ A gyakorlatban sokszor a két felfogás kompromisszumos változatával találkozunk. A bíróságok represszív gyakorlatában a társadalom elítjének életmódját, erkölcsét a jó erkölcsök etalonjaként kezelik, azaz egy társadalmi osztály nézeteit a normativitás irányába próbálják meg eltolni.¹⁰⁰¹ A bíró feladata, hogy ne egyéni erkölcsi értékítélete alapján, hanem az adott társadalom normális létezését biztosító értékrendből, objektív módon vezesse le a jó erkölcsök tartalmát.¹⁰⁰² Közös a két megközelítésben, hogy a jó erkölcsök kritériumát mindkettő a jog területén kívül keresi. Ezzel szemben a klasszikus exegétikus iskola a klauzulát szigorúan technikus értelemben fogta fel, a fogalom tartalmát a törvényből kívánta levezetni.¹⁰⁰³ CAPITANT szerint a 6. cikkely sem minden erkölcstelen előírást tilt, csak azokat, amelyek az *ordre public*-ban vagy a *bonnes mœurs*-ben gyökereznek.¹⁰⁰⁴ BONNECASE még a jó jelzőt is elhagyta volna a kifejezés elejéről.¹⁰⁰⁵

VI.7.2 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a német jogban

⁹⁹⁷ MALAURIE, PHILIPPE—AYNÈS, LAURENT—STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE: *Les obligations*, Paris: Defrénois 2005, 313sk.

⁹⁹⁸ RIPERT, GEORGES: *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949⁴, 12—21.

⁹⁹⁹ BONNECASE, JULIEN: La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français, in: *Études du droit civil, à la Mémoire de Henri Capitant*, Paris: Librairie Duchamin, 1977, 91skk.

¹⁰⁰⁰ A luxembourgi bíróság is a római szerződés 36. cikkét az országok saját morális mértéke szerint ítéli meg, Id. 1979. december 14 = Rec. 1979, 3795.

¹⁰⁰¹ OST, FRANÇOIS—DE KERCHOVE, MICHEL VAN: s. v. „Mœurs (bonnes), in: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris: LGDJ et Story-Scientia 1988, 251.

¹⁰⁰² LOCHAK: *id. m.* 45.

¹⁰⁰³ BONNECASE: *id. m.* 96—97.

¹⁰⁰⁴ CAPITANT, HENRI: *De la cause des obligations*, Paris: Dalloz 1928³, 107.

¹⁰⁰⁵ BONNECASE, JULIEN: *Science du droit et romantisme*, Paris: Dalloz 1928, 182sk.

A jó erkölcsök fogalmát a német jogban sem definiálták egyértelműen. DEUTSCH szerint a generális klauzulák összességében örök rejtélyt jelentenek a jogtudomány és jogalkalmazás számára.¹⁰⁰⁶

TEUBNER a jó erkölcsök klauzulájával kapcsolatos elméleteket három csoportba osztotta. Az első csoportot azon elméletek alkotják, amelyek jogon kívüli értékekre hivatkoznak. A másodikba azok tartoznak, amelyek a jó erkölcsök tartalmát jogon belüli értékrend alapján határoznák meg. A harmadik csoportba pedig azon elméletek sorolhatók véleménye szerint, amelyek a fogalommal a bíróságokra normaképzési feladatot osztanak. Az alábbi fejtegetés során az ő hármas felosztását követjük, az újabb szakirodalom által megkívánt pontosítások megtételével.

Az első csoporton belülre a jó erkölcsök fogalma az erkölcsiséggel, a természetjogilag megalapozott erkölcsi törvénnyel, a materiális értéketikával, a társadalmi erkölccsel és társadalmi normák recepciójával, valamint az általános formulákkal azonosító elméletek sorolhatóak. Az abszolút morál embertelenségét a német jogtudomány hamar felismerte.¹⁰⁰⁷ WIEACKER¹⁰⁰⁸ és WEINKAUF¹⁰⁰⁹ felfogásával szemben TEUBNER úgy vélte, hogy a *gute Sitten* nem az erkölcsösség terepén belül definiálható fogalom, és a természetjogilag megalapozott erkölcsi törvénnyel¹⁰¹⁰ sem azonosítható. A társadalmi erkölcs megfeneklik a modern társadalom plurális értékrendszerén.¹⁰¹¹ A modern társadalmakban nem létezik általános értékconszenzus, és ha potenciálisan elképzelhető is lenne, megvalósíthatatlannak minősülne. LARENZ szerint a generális klauzulák az uralkodó erkölcs, az alapvető jogi tételek és a speciális jogi értékmérők hármas határterületén elhelyezkedő fogalom. Az egyes alkotórészek konfliktusa esetén a jognak van elsőbbsége.¹⁰¹² A jó erkölcsök tehát alapvetően kétirányú hivatkozási funkcióval bír. Egy másik, ehhez hasonló elmélet szerint a jó erkölcsök fő funkciója a társadalmi normák „transzplantálása” a jogrendszerbe. Ezen elmélet tulajdonképpen a tényszerűségből formál normativitást,¹⁰¹³ a *Sein*ből csinál *Sollent*.¹⁰¹⁴ Ennek

¹⁰⁰⁶ DEUTSCH, ERWIN: *Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände. Ein Beitrag zur Abgrenzung der rechtsetzenden von der rechtsprechenden Gewalt im Zivilrecht*, JZ 1963, 389.

¹⁰⁰⁷ WIEACKER, FRANZ: *Recht und Sittlichkeit*, Zeitwende (40) 1969, 252.

¹⁰⁰⁸ WIEACKER: *Recht und Sittlichkeit*, 252.

¹⁰⁰⁹ WEINKAUF: *Naturrechtsgedanke*, in: MAIHOFFER, WERNER: *Naturrecht als* 558, 574.

¹⁰¹⁰ Ez a nézet PUFFENDORF, SAMUEL (*De officio hominis et civis*, Präf. 7, 2) és KANT, IMMANUEL (*Die Metaphysik der Sitten*, 219) munkásságára támaszkodott. A törvényesség moralitástól való elválasztásának kiindulópontja pedig JHERING: *Der Zweck im Recht*, II, 23sk és 51skk. Ld. MÜLLER-FREIENFELS, JZ 1968, 441skk.

¹⁰¹¹ WIEACKER: *Recht und Sittlichkeit*, 249.

¹⁰¹² LARENZ, KARL: *Grundsätzlichen zu § 138 BGB*, JJB 1966/67, 109.

¹⁰¹³ KOHLER: *Sitte und Sittlichkeit*, ArchRu WPh 8, 330

¹⁰¹⁴ ARZT: *id. m.* 58skk.

megfelelő megoldási kísérletek, a jogszociológiai megközelítés és a statisztikai felmérések a német jogtudományban is felmerültek.

A *gute Sitten* generális klauzulája mögött sokáig egy objektívnek tűnő mérce, minden méltányosan és igazságosan gondolkozó ember tisztességérzete (*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*) állt. Ez a materiális értéketika,¹⁰¹⁵ illetve a méltányosan és igazságosan gondolkodó ember üres formulája¹⁰¹⁶ sem adhat megoldást. A fogalomnak MEDICUS szerint két hátránya is van. Egyrészt nem vethető alá objektív ellenőrzési kritériumoknak, másrészt eléggé bizonytalan.¹⁰¹⁷

A TEUBNER-féle második csoportban, a jogon belüli támpontok közül kiemelkedik az *ordre public* fogalma. SIMITIS mára túlhaladott véleménye szerint a generális klauzula funkcióváltása mélyebb, mögöttes társadalmi folyamatnak, nevezetesen a liberális jogállamból a modern jóléti államba való átmenetnek a következménye.¹⁰¹⁸ Az *ordre public*, a francia joghoz hasonlóan, jól körülhatárolható, normatív rend, amely a törvényi normákból, a bírói esetjogból valamint az alkotmányos alapértékekből tevődik össze. Ebben a megközelítésben az erkölcstelenség törvénytelenységben oldódik fel. A *gute Sitten* tartalmának megállapításakor KLUNZINGER szerint a jogrend belső jogetikai értékeit¹⁰¹⁹ és alapelveit, valamint az alaptörvényben megtestesült értékrendszert, az uralkodó jogi és társadalmi morált lehet segítségül hívni. A konkretizálás folyamata során az átlagos mértéket kell szem előtt tartani, és figyelemmel kell lenni az időbeli változásokra is.¹⁰²⁰ Rendszerint az erkölcstelenség a szerződésben résztvevő mindkét felet érinti, egyoldalú erkölcstelenség akkor elegendő a semmisséghez, mint jogkövetkezmény bekövetkeztéhez, ha a fél a másik szerződő féllel szemben viseltetik erkölcstelen módon.

A harmadik csoportban a jó erkölcsök klauzuláját delegációs normának fogják fel. E mögött tulajdonképpen bírói jogalkotás, de legalábbis az ütköző érdek mérlegelése áll.¹⁰²¹

TEUBNER alapvető művében e fenti, egydimenziósnek nevezhető elméletek megcáfolása után a generális klauzulák három fő funkcióját állapította meg. Az első funkció a recepciós, ez lehetett e klauzulák eredeti feladata. A második a transzformációs funkció, amelynek lényege,

¹⁰¹⁵ MEYER-CORDING, 273—278. Az elmélet leggyengébb pontja az igazolhatóság kérdése. ESSER az értékítéletek változására alapozva kritizálta e tant. Ld. ESSER: *Werte und Wertewandel*, 11skk.

¹⁰¹⁶ TOPITSCH: *Das Problem des Naturrechts*, in: MAIHOFEN. E fogalomhoz hasonló volt a keletnémet jogalkalmazás által kifejlesztett, a szocialista együttélés szabályai formula. KG (Ost) NJ 1952, 35, 36.

¹⁰¹⁷ MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 266.

¹⁰¹⁸ SIMITIS, KONSTANTIN: *Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138. Abs. 1 BGB*, Marburg: Elwert 1960.

¹⁰¹⁹ BGHZ 80, 156; 106, 338

¹⁰²⁰ KLUNZINGER: *id. m.* 122.

¹⁰²¹ ESSER, JOSEF: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beitrag zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen: Mohr 1990⁴, 96skk.

hogy a jogrend a jó erkölcsök klauzuláján keresztül kollektív értékítéleteket „szív” magába. E feladat a pluralisztikus társadalmak megjelenésével egyre bonyolultabbá válik, és utat enged jóléti, közgazdaságtani megfontolások alkalmazásának. A harmadik funkció a delegációs. A bíróra a jogalkalmazás során jogalkotói feladatok hárulnak, ez szubjektuma megerősödését okozza. E veszély miatt TEUBNER felhívta a figyelmet, hogy a bíró nem támaszkodhat kizárólag személyes értékítéletére, hanem tisztában kell lennie azzal, hogy személye a közvélekedés szociálpszichológiai szűrőjét jelenti,¹⁰²² csak így növelheti meg az ítélkezés racionalitását. A három funkció együttesen jelöli ki az empirikus szociológiai kutatások lehetőségeit és határait, amelyek eredményei értelemszerűen a recepciós funkció keretében juthatnak be a pozitív jogba. A másik két funkció esetében az érintett személyek kötelességérzetének és legitimitásról alkotott elképzelésének vizsgálata során alkalmazható eredménnyel. Az ilyen típusú kutatások segíthetnek a bírói mérlegelés határainak rögzítésében, abban a reményben, hogy az ezekre alapított ítéletek a lakosság mind nagyobb körében támogatásra találnak. TEUBNER fejtegetéseivel alapvetően egyet érthetünk. Elméletének legfőbb gyengéje, hogy semmilyen támpontot nem ad arra vonatkozóan, hogy a három lehetséges funkció közül az adott esetben a bírónak melyiket kell alkalmaznia. Emiatt a lényegi kérdést nem sikerült megválaszolnia, csak pontosítania. Másrészt elhatárolási kritériumai jog és erkölcs között a gyakorlatban nem jelentenek éles cezúrákat. Jog és erkölcs nem fedik le egymást teljesen, a jó erkölcsök az erkölcsi rend jogilag releváns szeletét képezik, de nem képeznek teljesértékű etikát. A 138. paragrafus eredetileg erre a jogon kívüli, de jogilag értelmezhető értékrendre utalt. A paragrafus azonban nem jelenti a jogrend egészének egy jogilag meghatározott erkölcsi értékrendszer alá rendelését. Az erkölcsi kötelezettségek nem válnak automatikusan jogi kötelezettségekké, sem fordítva, a szexuális szolgáltatásért adott fizetéssel szemben sincs jogi szankció.¹⁰²³ A norma funkciója annak megakadályozása, hogy a jogügylet intézményét erkölcstelen célok megvalósítására vegyék igénybe. Az erkölcstelenség nem válhat jogilag kikényszeríthetővé, a jogrend az ilyen ügyletektől megtagadja a kötelező erőt.

A jogilag releváns erkölcstelenség megállapításához nem szükséges a felek erkölcstelenségre vonatkozó, szocio-laikus tudata, hiszen a *gute Sitten* hermeneutikai hidat képez társadalmi és jogi erkölcstelenség között, azaz kizárólagos módon egyik területhez sem tartozik. Az ilyen ügyek megítélésakor az érintett felek saját értékítélete irreleváns, a tényleges körülményeket

¹⁰²² TEUBNER: *id. m.* 118.

¹⁰²³ MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 267.

objektív mérlegelése kívánatos.¹⁰²⁴ KÖHLER példaképp azon eseteket emelte ki, amikor a társadalmi felfogás nem követi a jogrend gyors változásait.¹⁰²⁵ Szerinte egy jogügylet erkölcstelenségének megállapítása a jogügylet egészének értékeléséből származhat. Ennek során a tartalom mellett egyéb körülmények (pl. a rendelkezésre álló idő rövidege), joghatások, a felek céljainak, elvárásainak és motívumainak vizsgálata szükséges.¹⁰²⁶ A generális klauzulák tartalmának pontosítása, konkretizálása a német jogtudományban igen szofisztikált sémát követ. Két kifejezést használnak erre a folyamatra, a pontosítás (*Präzisierung*), valamint a konkretizálás (*Konkretisierung*) fogalmát. Többnyire szinoním értelemben használatosak, de egyes szerzők hierarchikus viszonyba állították őket, mondván hogy a pontosítás a konkretizálás ernyőfogalma.¹⁰²⁷ Célja, hogy az ismeretlenbe való vakugrás elkerülhetővé váljon, ne születhessenek önkényes ítéletek, a jogalkalmazás egyszerűbbé váljon, a jogbiztonság erősödjön, a jogi matéria taníthatóságának és tanulhatóságának hatékonysága növekedjen. SACK a 138. § körében élesen elkülöníti egymástól az értelmezés és a konkretizálás fogalmát. Az első lépésben bekövetkező értelmezés alatt a jó erkölcsök fogalmára irányadó értékrend és kritériumok megválasztását értette. Az így nyert keretek között következhet a konkretizálás, azaz az esetcsoportok képzése.¹⁰²⁸ Véleményem szerint a két fogalom ilyen értelmű, időbeli alárendelése nem megfelelő. A SACKI-i értelemben felfogott konkretizálást alapvetően a jogtudomány feladatának, az értelmezést pedig természetszerűleg a jogalkalmazás feladatának tartom. A jogalkalmazás aktusa során ez az értelmezés a konkretizálás eszközévé válik.

A pontosítás vagy deduktív vagy induktív módon történik. Deduktív akkor, ha a klauzula tartalmának meghatározása jogelvek, princípiumok alapján történik, ha a mértékadó irányt a forgalmi szokások, társadalmi-etikai nézetek, dogmatikai megfontolások jelölik ki. Induktív, ha a pontosítás esetcsoportok kialakítása révén valósul meg. A generális klauzulák egyik fontos funkciója a jogrend rugalmasságának biztosítása, így esetcsoportok képzése sem jelentheti a precedensekhez való merev ragaszkodást, a korábbi, gyakorlat által igazolt ítéletek inkább iránymutatásul szolgálnak. A modern jogrendszerek többszintű bírósági hierarchiájában a legfelső szint szabad kezet kap az új irányok kijelöléséhez.

¹⁰²⁴ MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 269.

¹⁰²⁵ KÖHLER: *id. m.* 184.

¹⁰²⁶ KÖHLER: *id. m.* 185. BGH NJW 2002, 361—362; 2005, 1490—1491; 2005, 2991—2992.

¹⁰²⁷ JUNG, PETER: Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht, in: BALDUS, CHRISTIAN—MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München: Sellier 2006, 58.

¹⁰²⁸ SACK: *id. m.* 235.

VI.7.3 A jó erkölcsök fogalmának meghatározása a magyar jogban

A magyar jogalkotó¹⁰²⁹ és a jogtudomány¹⁰³⁰ egyet ért abban, hogy a jóerkölcs tartalmát jogszabály nem határozhatja meg. Mindkettő a bíró gyakorlatra hárítja a tartalmi konkretizálás feladatát. Nem egyszerűen mérlegelési, diszkrecionális jogkorról van szó, hanem a norma konkrét tartalmának esetről-esetre történő megállapításáról. Az abasztrakció magas fokán elhelyezkedő generális klauzula a jogalkalmazót tulajdonképpen jogalkotási jogkörrel ruházza fel. A hatásköri megosztás sérülésével együtt járó jogbiztonsági deficitet a jogszabályok rugalmas alkalmazásával elnyert igazságossági többlet kompenzálhatja. A kapott bírói felhatalmazás azonban korántsem korlátlan, érdemes megvizsgálnunk, hogy a jogszabály, annak szelleme, a jogtudomány és egyéb tényezők milyen támpontokat biztosítanak a konzekves jogalkalmazói értelmezéshez. A jóerkölcs nyitott fogalmának meghatározhatatlanságát egy egyszerűbben dekódolhatónak látszó fogalommal, a „társadalom erkölcsi felfogásának” interpretálásával kívánta a magyar jogalkalmazás helyettesíteni.¹⁰³¹ E „mankófogalmat” közelebbről megvizsgálva láthatjuk, hogy az tulajdonképpen ugyanolyan üres vagy nyitott fogalom, mint a jóerkölcsé. Ki tudná meghatározni, mit takar a társadalom erkölcsi felfogása? E fogalom mindenesetre rendelkezik két fontos hozadékkal. Egyrészt nyilvánvalóvá teszi, hogy a „szerződés „jóerkölcsbe” ütközése során nem a szerződő fél érdeksérelmét, hanem azt kell vizsgálni, hogy maga a jogügylet társadalmilag elítélendő-e.”¹⁰³² Másrészt egyfajta többségi, statisztikai nézőpontot sugall, amely sokáig, egy még homogénnek ítélt magyar társadalom esetében hatékony értelmezési eszköznek tűnhetett. A statisztikai felfogást MENYHÁRD támadta.¹⁰³³ A lehetséges értelmezési források mellett egyfajta dinamikus szemléletet javasolt, amely a jogrendet nem fogalmakra felépített zárt, hanem különféle érdekek és értékek szerves egészéből álló, folyamatosan alakuló rendszerként írja le.¹⁰³⁴

Az új Ptk. szabályozása *expressis verbis* kimondja azt az eddig is általánosan elfogadott álláspontot, hogy a Ptk.-t az Alkotmánnyal összhangban kell értelmezni.¹⁰³⁵ Ebből következően a jóerkölcs fogalmának meghatározásához szükséges legtagabb értékmérők az

¹⁰²⁹ T/5949. sz. törvényjavaslat a 5:76. §-hoz.

¹⁰³⁰ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 283.

¹⁰³¹ Pl. BH 2002/8. sz. 310; BH 1999/9. sz. 409.

¹⁰³² GELLÉRT: *id. m.* 736.

¹⁰³³ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 287.

¹⁰³⁴ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 288.

¹⁰³⁵ T/5949. sz. törvényjavaslat a 1:2. §-hoz.

alaptörvényből nyerhetőek. Az Alkotmánybíróság egy határozatában¹⁰³⁶ a „közerkölcs” kifejezést a jóerkölcs szinonímjaként használta, és ennek kapcsán utalt a Legfelsőbb Bíróság egy döntésére,¹⁰³⁷ miszerint a közerkölcs fogalmába azon szabályok sorolandók, amelyeket a társadalom általánosan elfogad. „A közerkölcs ugyanis erkölcsi közfelfogást jelent a társadalmilag helyesnek tekintett magatartási szabályokról.”¹⁰³⁸ A konkretizálás szűkebb, alacsonyabb jogforrási szinten elhelyezkedő további kiindulópontját a bevezető rendelkezések között elhelyezett általános érvényű alapelv, a jóhízeműség és tisztesség követelménye adja.¹⁰³⁹ Ez az etikai megalapozottságú, objektív zsinórmérték fontos szerepet játszik a piacgazdaságban érvényesülő magánautonómia korlátozásában is. Gyakorlati alkalmazásához az általános forgalmi szokások, és az adott felek közötti korábbi üzleti gyakorlat adhat támpontokat,¹⁰⁴⁰ amelyek így közvetve a jóerkölcs fogalmának értelmezésénél is segítségünkre lehetnek. Az új Ptk. alapelvi rendelkezéseire fűzött indokolásból kitűnően az alapelvekre csak kivételesen és kiegészítő jelleggel lehet hivatkozni, funkciójuk a konkrét jogszabályi rendelkezések értelmezésében és a jogfejlesztésben van.¹⁰⁴¹ A jóhízeműség és tisztesség elve kevésbé nyújthat konkrét segítséget a jóerkölcs tartalmi konkretizálásához, amikor a korábbi erkölcsi-jogi álláspont megváltoztatása lehet indokolt. Hiszen a jóhízeműség és tisztesség elve sem értelmezhető kizárólag a polgári jog fogalomrendszerében,¹⁰⁴² így többnyire csak megerősíti a jogon kívüli szférába történő utalás tényét.

További, már technikus jellegű vezérfonalat nyújtanak a jogalkalmazói jogalkotás által kikristályosított esetcsoportok, és az azok mentén kialakuló értelmezési elvek. Ezek tekintetbe vétele nagymértékben enyhíti a bírói normaképzés *ex post* jellegéből fakadó jogbizonytalanságot is.¹⁰⁴³ Egy újabb keletű bírósági határozat¹⁰⁴⁴ értelmében jóerkölcsbe ütközőnek „az a szerződés minősül, amelyet jogszabály nem tilt, de az azzal elérni kívánt cél a vállalt kötelezettség jellege, azért ellenszolgáltatás felajánlása, illetve a szerződés tárgya az általánosan elfogadott erkölcsi normákat, vagy szokásokat nyilvánvalóan sérti, és ezért azt az általános társadalmi megítélés is egyértelműen tisztességtelennek, elfogadhatatlannak minősíti.”

¹⁰³⁶ 20/1997. (III. 19.) AB hat.

¹⁰³⁷ BH 1992/454.

¹⁰³⁸ 2004/4 Választottbírósági határozat.

¹⁰³⁹ T/5949. sz. törvényjavaslat a 5:76. §-hoz.

¹⁰⁴⁰ A korábbi hazai szakirodalommal szemben helyesen mutat rá FÖLDI ANDRÁS: *A jóhízeműség és tisztesség elve*, 92.

¹⁰⁴¹ T/5949. sz. törvényjavaslat, általános indokolás.

¹⁰⁴² MENYHÁRD ATTILA: *Dologi jog*, Budapest: Osiris 2007, 25.

¹⁰⁴³ PESCHKA VILMOS: *Jogforrás és jogalkotás*, Budapest: Akadémiai 1965, 156.

¹⁰⁴⁴ EBH 2005/1234.

VI.8 Felhasználási területek

VI.8.1 A *Code civil* 6. cikkelyének alkalmazási területei

A 6. cikkely tág megfogalmazásából adódó, korlátlanul tűnő lehetőség ellenére CARBONNIER szerint a jó erkölcsöknek nincs természetes helye a kötelmek és a szerződések jogában.¹⁰⁴⁵ A cikkely tárgyi hatályát JALUZOT kevésbé éles elméletében négy területre szűkítette le, a fényűzés, a szerencsejáték, a drogok és a szexuális, valamint a gyermeknevelés területei,¹⁰⁴⁶ azaz a hagyományos „bűnös” francia életvitel (*mauvaise vie à la française*) velejáróira.¹⁰⁴⁷ A francia bírúk az emberi szenvedélyek cenzorai, ahogy RIPERT találóan megjegyezte.¹⁰⁴⁸ A szexualitás és a jó erkölcsök kauzulája annak ellenére kapcsolódott ilyen szoroson össze a jogalkalmazásban, hogy a két fogalom szemantikailag nem tartozik össze.¹⁰⁴⁹ Semmisnek tekintették a nyilvánosházak felállítására és működtetésére vonatkozó szerződéseket,¹⁰⁵⁰ valamint az élettársak közötti ajándékozást, ha az anyagi juttatás a viszony fenntartására vagy újrakezdésére irányult. A nyolcvanas évek elején a jogalkalmazás megerősítette ezt a hagyományos hozzáállást,¹⁰⁵¹ sőt azt homoszexuális viszonyokra is kiterjesztette.¹⁰⁵² Később azonban a civil kamara és a teljes ülés is felülbírálta ezt a joggyakorlatot.¹⁰⁵³ A szexuális erkölcsök illetve a szemérem területéhez tartozik újabban a *striptease*-re vonatkozó megállapodás¹⁰⁵⁴ és a tetoválás.

Az utóbbi évtizedekben a klauzula a gazdasági és üzleti élet irányába tolódott el. Ennek következtében csökkent a francia és német joggyakorlat közötti különbség. A franciák idegenkedése a jó erkölcsökbe ütköző szerződések körének kibővítésétől azonban nem jelenti azt, hogy a francia magánjog „bűnös” lelkületű lenne. SENN szerint inkább arról van szó, hogy a büntetőjogra hagyja a morális korrekció feladatát.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁴⁵ CARBONNIER, JEAN: *Droit civil*, II, 2035.

¹⁰⁴⁶ JALUZOT, BÉATRICE: *id. m.* 415.

¹⁰⁴⁷ Terré, François—Simler, Philippe—Laquette, Yves: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz 2005⁹, 394.

¹⁰⁴⁸ RIPERT, GEORGES: *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949⁴, 73.

¹⁰⁴⁹ LOCHAK: *id. m.* 41.

¹⁰⁵⁰ A nyilvánosházak működését 1946. április 13 óta törvény tiltja.

¹⁰⁵¹ Cass. civ. 1^{re} 1982. november 4 = Bull. civ. I, 319.

¹⁰⁵² Cass. soc. 1998. július 11 = Bull. civ. V, 515, 312.

¹⁰⁵³ Cass. civ. 1^{re} 1999. február 3.

¹⁰⁵⁴ LOCHAK: *id. m.* 30.

¹⁰⁵⁵ CARBONNIER, JEAN: *Droit civil*, II, 2044. Az új *Code Penal* két területen, az áldozatok joga és a gyermekek védelme kapcsán kiemelten foglalkozik az erkölcsökkel. Ld. *Code Penal* 222—232. cikk.

Az ide tartozó esetek világosabb elkülönítése érdekében BÉNABENTet követve érdemes különbséget tennünk ingyenes és visszerthes szerződések között.¹⁰⁵⁶ Ingyenes szerződések körében jó erkölcsökbe ütköző megállapodások leggyakrabban élettársak (*concubins*) közötti ajándékozások esetében fordul elő. A jogalkalmazás ezen a területen szubtilis distinkciót teremtett. Ha az ajándékozásra morális kötelezettség (például hálaérzet az ápolásért) alapján kerül sor, a megállapodás érvényes. Ha azonban a juttatás célja az élettársi kapcsolat létrehozása, fenntartása vagy újraindítása, a juttatás semmis, mert az egyik fél tulajdonképpen a másik szabadságának megvételére törekszik. Szintén erkölcstelen egy bizonyos összeg ígérete az élettársi kapcsolat megszakadásának esetére.¹⁰⁵⁷

A bizonyítás az erkölcstelenségre hivatkozó fele terheli, kétség esetén a megállapodás érvényes marad. Az ingyenes juttatások közül semmiek az erkölcstelen feltétellel (egy bizonyos személlyel történő házasságkötés, egy bizonyos vallásra való megtérés) adott juttatások.

A visszerthes szerződések *causája* többféle okból kifolyólag lehet erkölcstelen vagy törvénytelen. Ide tartoznak azok a szerződések, amelyek olyan ingatlan vagy eszköz adásvételére vonatkoznak, ahol vagy amellyel törvénytelen cselekményt kívánnak végrehajtani.¹⁰⁵⁸ Hasonló a megítélése az okkultista vagy asztrológiai tevékenység folytatására alkalmas eszközök adásvételéről szól szerződésnek is.¹⁰⁵⁹ Ide sorolhatóak egyes szolgáltatási szerződések is, mint a gyógyszerek franchise-ja.¹⁰⁶⁰ Nagy port kavart fel a médiában a röviden csak *messengeries roses*-ként emlegetett eset.¹⁰⁶¹ Ebben az állam cenzorként csökkentette a *France Télécom* által üzemeltetett *Minitel rose* profilját.¹⁰⁶² Ide sorolhatjuk az erkölcstelen célból adott pénzjuttatást is, például, ha ellenszolgáltatásképp a vevőkör átruházását kívánják meg.¹⁰⁶³ A lopásból származó dolgokra vonatkozó szerződés is semmis, hasonlóképpen a borralalóbból származó összegre való megállapodáshoz.¹⁰⁶⁴ Erkölcstelen a választási kampány költségeinek megtérítésére tett ígéret, ha ennek fejében az érintett párttagságot vállal.¹⁰⁶⁵ A korrupciós megállapodás és a befolyással üzérkedésre

¹⁰⁵⁶ BÉNABENT: *id. m.* 151skk.

¹⁰⁵⁷ Civ. 1^{re}, 2006. június 20 = Bull. civ., I, n. 312.

¹⁰⁵⁸ Soc., 1957. október 29 = Bull. civ., IV, n. 1027; 1964. január 8 = D. 1964.267

¹⁰⁵⁹ Civ 1^{re}, 1989. július 12 = Bull. civ., I, n. 293; 1998. február 10 = JCP 1998. II. 10142.

¹⁰⁶⁰ Civ. 1^{re}, 1996. június 11 = C.C.C. 1996. 166.

¹⁰⁶¹ C. C. C. 94. chr. n. 4.

¹⁰⁶² RAYMOND, GUY: *Messengeries roses et droit des contrats*. Contrats, concurrence, consommation (4) 1994, 1—3.

¹⁰⁶³ Civ. 1^{re}, 1996. október 1 = Bull. civ., I, n. 335 = D. 1997. 171.

¹⁰⁶⁴ Paris, 1993. szeptember 30 = D. 1993. IR. 226

¹⁰⁶⁵ Civ 1^{re}, 2004. november 3 = Bull. civ., I, n. 237.

vonatkozó egyezség szintén az erkölcstelen *cause* következtében semmis.¹⁰⁶⁶ Semmis a közös tulajdon szabályozásába felvett, az ingatlan rendeltetésével kapcsolatban nem álló, konkurrenca tilalmáról szóló klauzula is.¹⁰⁶⁷

VI.8.2 A BGB 138. §-ának alkalmazási területei

A 138. paragrafus esetében az erkölcstelenség esetében általános erkölcstelenséget¹⁰⁶⁸ és uzsorás ügyleteket¹⁰⁶⁹ különíthetünk el. A továbbiakban az első bekezdés konkretizálására összpontosítunk. Az e bekezdés szerinti erkölcstelenség dogmatikai szempontból két esetben, a jogügylet tartalmának és létrejötte körülményeinek esetében állapítható meg. Így erkölcstelennek minősíthető egyrészt maga a jogügylet, másrészt az abban szereplő felek szándéka is. A jogügylet, mint egész erkölcstelenségét tekinti a bíróság akkor, mikor szeretők végrendeleti juttatásait megengedhetőnek,¹⁰⁷⁰ kenőpénzek fizetését viszont semmisnek ítélte meg.¹⁰⁷¹ A szerződő felek jó szándéka ellenére az érintett mozgási szabadságának korlátozása miatt semmis volt az a szerződés, amelyet a férj házasságtörése feletti bünbánattól vezérelve kötött a feleségével, megígérve neki, hogy nélküle sem hosszabb üzleti, sem magánútra nem távozik el.¹⁰⁷² Ugyanígy erkölcstelennek ítélték azt a végrendeleti feltételt, amely az örököszt választás elé állította, és a hagyaték megszerzését feleségétől való válásához kötötte.¹⁰⁷³ A jogügyletben résztvevő felek szándéka alapján erkölcstelenek az olyan végrendeleti juttatások, amelyek szexuális szolgáltatások viszonzását szolgálják,¹⁰⁷⁴ érvényesek azonban az ápolásért adott rendelkezések.¹⁰⁷⁵

A német jogtudomány a *Fallgruppen*-technikája következtében a *gute Sitten* felhasználási területeinek viszonylag pontos jegyzékét adja. Az egyes esetekben tekintetében megtalálható egyetértés nem jelenti azt, hogy sikerült volna egy, a tudományosság követelményeinek megfelelő distinkción alapuló, dogmatikailag egységes, világos kategorizálást alkotni. A felállított kategoriák elsősorban tudományos és didaktikai célokat szolgálnak. Másodlagosan, az egyes konkrét esetek mögött szolgálnak iránymutatásul a jogalkalmazás számára.

¹⁰⁶⁶ Cass. com. 1961. március 7 = Bull. civ. III, n. 125, 112.

¹⁰⁶⁷ Cass. civ. 1972. február 29. LOCHAK: *id. m.* 30.

¹⁰⁶⁸ BGB 138. § (1) bek.

¹⁰⁶⁹ BGB 138. § (2) bek.

¹⁰⁷⁰ BGHZ 53, 369, 375

¹⁰⁷¹ BGHZ 94, 268, 272

¹⁰⁷² RGZ 158, 294

¹⁰⁷³ BGH LM §138 BGB (Cd) Nr. 5

¹⁰⁷⁴ BGHZ 53, 369, 375

¹⁰⁷⁵ BGH NJW 1983, 674

BÄHR például három fő csoportot, az üzleti partnerrel szembeni eseteket, az általános érdekeket érintő ügyeket (környezet, házassági és családi rend), a harmadik fél sérelmével járó ügyleteket különböztette meg, és az ide nem illő előfordulásokat egyebek (például jövőbeni hagyatéokra szóló ügylet, uzsora) név alatt foglalta össze.

MEDICUS négy nagy csoportot képezett, a hitelbiztosítékok területét, a szakmai szabályok megsértését, a szexualitással kapcsolatos kérdéseket és az egyéb esetek nagy gyűjtőcsoportját.¹⁰⁷⁶

SACK tíz kategórát alkotott. Elhatárolta egymástól az üzletféllel szembeni erkölcstelenséget, a harmadik személlyel vagy a közösséggel szembeni erkölcstelenséget, társasági valamint a munkajogi viszonyokat, a szakmai előírások megsértését, a házasság és a család rendjével kapcsolatos eseteket, a szexuális erkölcs kérdéseit, a forgalomképtelen dolgokra vonatkozó jogügyleteket, a külföldi jogszabályok megsértését, valamint a 134. és 138 § közötti határeseteket. A továbbiakban az ő felosztását követjük.

Az első nagy kategóriába az üzleti világgal kapcsolatos tényállások tartoznak. A hitelbiztosítékok csoportjában találjuk a túlbiztosítás,¹⁰⁷⁷ a hitelezők érdekeinek veszélyeztetése, az adós „leláncolásának” (*Schuldnerknebelung*, például hosszú időtartamú, játékautomaták felállításáról szóló szerződés),¹⁰⁷⁸ az univerzális engedményezés kollíziójának¹⁰⁷⁹ eseteit. A globálcesszió erkölcstelenségét elsősorban a követelés meghatározhatósága szempontjából kell vizsgálni.¹⁰⁸⁰ Ennek ellenére a megfelelő mértékben meghatározott, de túlságosan messzemenő egyetemes engedményezés is erkölcstelen lehet a 138. § (1) bekezdése alapján túlbiztosítás vagy gazdasági jellegű „megbéklyózás” következtében. A biztosítékok engedményezése két esetben számít erkölcstelennek. A követelések összességét vagy túlbiztosításhoz vezető, formula-szerű megállapodással ruházzák át, vagy az egyetemes engedményezés egy későbbi, tulajdonfenntartással kötött szállítási ügylettel ütközik.¹⁰⁸¹ A jogalkalmazás jelenlegi állása szerint egy hitelbiztosítékként kötött egyetemes engedményezés erkölcstelen és semmis, ha olyan követeléseket is magában foglal, amelyeket az adósnak a jövőben meghosszabbított tulajdonfenntartás következtében szállítója javára kellene átengednie. A jó erkölcsökbe ütközésből fakadó érvénytelenség elkerülhető, ha a felek a szerződésbe megfelelő kivételeket biztosító, részleges lemondásról

¹⁰⁷⁶ MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 271.

¹⁰⁷⁷ BGH NJW 1994, 864

¹⁰⁷⁸ BGH NJW 1988, 2362

¹⁰⁷⁹ BGHZ 72, 308

¹⁰⁸⁰ LOOSCHELDERS: *id. m.* 431.

¹⁰⁸¹ NJW 1999, 2588. A joggyakorlat korlátjához ld. NJW 2005, 1192. E szerint nem erkölcstelen, ha egy bank javára szóló egyetemes engedményezést időben később egy munkagép bérbeadójának javára szóló egyetemes engedményezés követ.

szóló, dologi hatályú klauzulákat¹⁰⁸² vesznek fel. A szakmai szabályok megsértésére példa az ügyvédnek adott sikerdíj¹⁰⁸³, a kenőpénzről szóló megállapodások, az adófizetés megkerülését szolgáló ügyletek, illetve¹⁰⁸⁴ az ügyvédi praxis maga egészében történő eladása.¹⁰⁸⁵ Ez utóbbi az újabb joggyakorlat szerint már nem számít erkölcsstelennek.¹⁰⁸⁶

A másik nagy kategóriából, a szexualitás területéről a prostitúcióval kapcsolatos¹⁰⁸⁷ és az azt segítő ügyletek,¹⁰⁸⁸ valamint az intimszférára vonatkozó ügyek érdemelnek említést. Ez utóbbi ma már nem bír nagy jelentőséggel, de nem olyan régen még semmisnek ítélte a bíróság a jegyesek által bérelt szállodai kétágyas szobára vonatkozó szerződést.¹⁰⁸⁹ Ebben az érdekes esetben a hoteltulajdonos, miután a személyi viszonyokkal tisztába jött, megtagadta az előzetesen lefoglalt szoba átadását a párnak. A bíróság megállapította, hogy a büntetőjogszabály eltörlése következtében a probléma a BGB 134. § hatóköréből a 138. §-hoz került át. Abból, hogy egy cselekmény már nem büntetendő, nem következik, hogy nem erkölcsstelen. Másképp fogalmazva, egy nemrégiben még tiltott cselekmény erkölcsstelennek minősül. A bíróság ítéletében kifejtette, hogy a kialakulóban lévő pluralisztikus társadalomban különösen nehezek az ilyen jellegű erkölcsi döntések. A konkrét esetben mindkét nézet egyaránt tiszteletreméltó társadalmi bázissal rendelkezett. Az egyik álláspont szerint a szexualitás a házassághoz kötődik, a másik a személyiség szabad kibontakoztatása igényével és egyéb praktikus argumentumokkal érvel. Ilyen helyzetekben a tradicionális alkalmazott *Anstand*-formula nem sokat segített. Felmerülhetett a gyanú, hogy a bíró ennek fátyla alatt saját nézetét részesítette előnyben, miután az ügy eldöntése alól a *rem sibi non liquere* segítségével nem bújhatott ki.

A harmadik kategóriába tartoznak a különféle egyéb esetek. A Német Demokratikus Köztársaság megszűnése után a disszidálni vágyókkal kötött ilyen célú szerződések aktualitásukat veszítették.¹⁰⁹⁰ Az adopcio segítségével elnyert nemesi címre¹⁰⁹¹ és a sierra leone-i tiszteletbeli konzuli cím átadására szóló megállapodás¹⁰⁹² erkölcsstelenség miatt semmisek. A közhivatalok és címek pénzért történő árusítása ütközik minden nemes

¹⁰⁸² NJW 1999, 940

¹⁰⁸³ BGH NJW 1987, 2431

¹⁰⁸⁴ KLUNZINGER: *id. m.* 123.

¹⁰⁸⁵ RGZ 64, 139; 161, 153

¹⁰⁸⁶ BGH NJW 1989, 763

¹⁰⁸⁷ NJW 1982, 664; 665

¹⁰⁸⁸ BGH NJW RR 1987, 999

¹⁰⁸⁹ NJW 1975, 1363. A szerződés semmissége következtében felmerülő problémákat a jogalap nélküli gazdagodás segítségével kezelték.

¹⁰⁹⁰ BGH NJW 1980, 1574

¹⁰⁹¹ BGH NJW 1997, 47

¹⁰⁹² BGH NJW 1994, 187

gondolkodású ember illendőségérzetével, hiszen e tisztségeket nem pénz, hanem fáradságos munka révén kell kiérdemelni. A környezetet károsító beruházások kapcsán a jogsegély, azaz a tiltakozási jog megvásárlása erkölcstelen.¹⁰⁹³ Hasonlóképpen tilos az egyik szerződő felet szerződészegésre buzdítani, például a versenytárs alkalmazottját „levadászni”.¹⁰⁹⁴ A tartásdíjról való lemondás,¹⁰⁹⁵ a hátránnyal élők ápolókat kedvezményező végrendeletei¹⁰⁹⁶ ugyanígy erkölcstelenek lehetnek. Korábban erkölcstelenség miatt voltak semmisek a pótanyaságra vonatkozó szerződések,¹⁰⁹⁷ ma erre törvényi tilalom¹⁰⁹⁸ következtében nincs szükség. Különösen nagy bírói praxissal bírnak és a skót jogfejlődés számára¹⁰⁹⁹ is mértékadóak voltak azon kezességi ügyek, ahol a főadós közeli hozzátartozója vállalt számára aránytalanul nagy terhet.¹¹⁰⁰ Az ilyen vállalások semmisségének kimondásához három feltétel együttes jelenléte szükséges: kényszerhelyzet fennállása, a kezes számára teljesíthetetlen mértékű szolgáltatás megléte, valamint hogy ne származzon belőle közvetlen anyagi előnye. Az ilyen ügyletekhez hasonlóak az adós teljesítőképességét aránytalan mértékben meghaladó kötelezettségvállalások.¹¹⁰¹

Jelentőségénél fogva kiemelt kezelést igényel az uszora esete, amelyet a BGB a 138. § (2) bekezdésében tilt meg. Az uszora megállapításához szükséges, hogy a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás között lényeges eltérés legyen valamint hogy egyéb objektív (kényszerhelyzet, tapasztalatlanság,¹¹⁰² csökkent ítélőképesség) és szubjektív (kizsákmányolás) körülmények fennforogjanak. Az ökölszabály szerint a kirívó egyensúlytalanság megállapítható, ha a kamatmegállapodás a piacon szokásos kamatlábat relatív száz százalékkal meghaladja vagy átlépi az abszolút 12%-os küszöböt.¹¹⁰³ Kizsákmányolásnak minősül a másik fél normálistól eltérő pszichés állapotának kihasználása. E tényállási elem hiányában a 138. § (1) bekezdés szerinti uszoraszerű ügylet valósulhat meg. Az uszora aleleteit képezik az uszorakölcsön,¹¹⁰⁴ egyes adásvételek (*Umsatzgeschäfte*) és a bérleti uszora.¹¹⁰⁵ A norma esetében az ún. *Sandhaufen*-tétel nem alkalmazható,¹¹⁰⁶ az egyes tényállási elemek egyenként és nem a maguk összességében szemlélendők.

¹⁰⁹³ BGHZ 79, 131, 141

¹⁰⁹⁴ BGH NJW 1981, 2184. Ez az eset felveti a kötelmi jogi kötelezettségek relativitásának kérdését is.

¹⁰⁹⁵ NJW-FER 1999, 230. Ellentétes ételmű döntésért ld. BGH NJW 1997, 192

¹⁰⁹⁶ BGHZ 111, 36

¹⁰⁹⁷ OLG Hamm JZ 1986, 441

¹⁰⁹⁸ *Adoptionsvermittlungsgesetz* 13. § a

¹⁰⁹⁹ *Smith v Bank of Scotland/Mumford v Bank of Scotland* 1996 SLT 392.

¹¹⁰⁰ NJW 1997, 52

¹¹⁰¹ BGH NJW 1996, 1274

¹¹⁰² BGH NJW 1966, 1451

¹¹⁰³ KLUNZINGER: *id. m.* 124.

¹¹⁰⁴ BGH NJW 1992, 899

¹¹⁰⁵ BGHZ 89, 316, 319skk.

LOOSCHELDERS a jövőbeni hagyatéokra vonatkozó megállapodásokat az erkölcstelen ügyletek egy speciális fajtájának tartja.¹¹⁰⁷ Ezen eseteket a BGB önállóan, a 311. § (2) bekezdés b pontjában kezeli. Ez a norma nem generális klauzula, az esetet a római jogig visszamenő hagyományok kötik az erkölcstelen ügyletekhez. Az egyik sokat idézett, Magyarországról kivándorolt párról szóló ügyben¹¹⁰⁸ a férj a jövőben ráháruló hagyatéka 10%-át ígérte a feleségének, ha az lemond a házasság felbomlását követő tartásról. A feljebbviteli bíróság megállapítása szerint a 311. § (2) bekezdése a 138. § speciális formája, így nem alkalmazható, ha a szerződéskötés a házasságról szóló törvény (EheG) 72. §-ának megfelelő, törvényes célt szolgál. A jogerős ítéletet hozó bíróság szerint azonban ez az érvelés hibás. A hivatkozott jogszabály alkalmazása során a jogalap közömbös, és a törvényi tilalom következtében nem lehetséges annak vizsgálata, hogy az egyedi esetben a megállapodás mégsem erkölcstelen. Ha ez így lenne, akkor a 138. §-ban található általános szankció feleslegessé válna. A jogszabály értelmezésének ilyen fokú szűkítése azonban ellentmondásban áll a norma keletkezéstörténetével.¹¹⁰⁹

VI.8.3 A jóerkölc fogalmának alkalmazása a magyar magánjogban

A jóerkölcsekre vonatkozó klauzulának elsődlegesen hézagkitöltő funkciót tulajdonít a magyar jogirodalom, és úgy tekinti, hogy „akkor és annyiban alkalmazható, ahol és amennyiben jogi szabályozás nem érvényesül.”¹¹¹⁰

A második világháborút megelőzően a jó erkölcsök és a közrend közötti éles különbségtétel hiánya következtében érvénytelennek tekintettek minden olyan szerződést, amely „az egyéni szabadságot oly mértékben nyűgözi le, hogy az egyént bizonyos ilyen szabadságjogok

¹¹⁰⁶ HEINRICH, CHRISTIAN: *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, 389.

¹¹⁰⁷ LOOSCHELDERS: *id. m.* 99.

¹¹⁰⁸ BGHZ 26, 320; NJW 1958, 705

¹¹⁰⁹ A 138. § kapcsán előfordulhatnak átfedések a 826. §-sal, hiszen nem kizárt, hogy alapügylet semmissége mellett a sérelmet szenvedett fél kártérítésre jogosult. Az utóbbi normához szintén meglehetősen megszilárdult esetsoportokat alakított ki a német jogalkalmazás.¹¹⁰⁹ A szerződésszegésre buzdítás során a szerződésszegést elkövető és arra csábító fél rosszhiszeműen játszik össze a harmadik személy hátrányára. A szerződéskötéskor elkövetett erkölcstelen magatartás, például a rosszhiszemű megtévesztés esetén a 123. § alapján érvénytelenítésre menő igény, a 826. §-ból pedig kárpótlási igény keletkezhet. A versenyjogban erkölcstelen magatartásból szülehet kárpótlási igény: a monopolhelyzettel való visszaélés, az alaptalan bojkott valamint a tisztességtelen konkurenciaharc a legjellemzőbb esetek.

¹¹¹⁰ A KNOBEL, ÜLRIKE: *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit*, Berlin: Duncker & Humblot 2000, 71, által tett kijelentés MENYHÁRD: *A jóerkölcse*, 286, a magyar jogirodalomba is bevezeti.

(cselekvési lehetőségek) gyakorlásától megfosztja.”¹¹¹¹ Tilos volt a másik önkényének való kiszolgáltatottság, akár egy hivatal gyakorlása tekintetében vagy anyagi szempontból.¹¹¹² Jóerkölcsökbe¹¹¹³ ütközött az a megállapodás, amellyel valaki anyagi előnyökért közjogok gyakorlásáról (képviselőjelöltségről) lemondott, vagy más érdekében „kortesszolgálatra” vállalkozott.¹¹¹⁴ Ha valaki házasságban élő személlyel a házassági viszony tudatában nemi viszonyt kezdett és folytatott.¹¹¹⁵ Idetartozott az ipari és gazdasági szabadság versenytildmakkal történő korlátozása, a meg nem engedett bérharc és a versenyt sértő megállapodások (kartellek), de az is, ha valaki „dohányagyáruda” „kijárásáért” fogadott el díjat.¹¹¹⁶ Korabeli bírói gyakorlatunk a versenytildmi kikötések kapcsán, az üzletek átruházása, valamint az alkalmazotti viszony esetében eltérő értékelési szempontokat alkalmazott az egymással szerződéses kapcsolatban álló felek közötti erőviszonyok alapján.¹¹¹⁷ Az 1900-as tervezet a foglalkozás folytatásáról más javára történő végleges lemondást külön rendelkezésben tiltotta a jó erkölcsökre vonatkozó generális klauzula mellett.¹¹¹⁸ E kiemelést a Mtj. nem tartotta fenn.

A Ptk. eredeti 200.§ (2) bekezdésében található „nyilvánvalóan a dolgozó nép érdekeibe vagy a szocialista együttélés követelményeibe” fordulat nem a piaci mechanizmusok védelmét, hanem éppen ellenkezőleg, a piaci viszonyok kiküszöbölését szolgálta.¹¹¹⁹

A Ptk. vagy egyéb jogszabály nem sorolja fel azon eseteket, amelyeket jóerkölcsbe ütközőnek kell tekinteni, erre a „szerződéses kapcsolatok sokszínűsége és szerteágazó jellege”¹¹²⁰ miatt nem is volna lehetőség. A magyar jogalkalmazásban a jóerkölcsbe ütköző szerződések öt nagy csoportba sorolhatóak: fedezetelvonó szerződések,¹¹²¹ rizikóelemet tartalmazó szerződések (pl. tartási szerződések),¹¹²² hitelügyletek¹¹²³ valamint a hatalmi helyzet kihasználása.¹¹²⁴ A hatalmi helyzet lehet érzelmi túlaradásból folyó kiszolgáltatottság is, például ha az egyik házastárs csaknem teljes különvagyont és a közös vagyon egészét valós

¹¹¹¹ SZLADITS KÁROLY: A magánjogi tényállások, in: SZLADITS KÁROLY (szerk.): *Magyar Magánjog*, I, Budapest: Grill 1941, 340.

¹¹¹² TRÓCSÁNYI JÓZSEF: *Erkölcstelen ügyletek (turpis causa)*, Budapest: Grill 1909, 120.

¹¹¹³ Az egybeírt alak BERNHARD MIKSA—KERTÉSZ SÁNDOR—MOLDOVÁNYI ISTVÁN—PÁSZTOR GÉZA—SÁRFFY ANDOR—SZENTKUTHY ISTVÁN (szerk.): *Polgári jogesetlexikon. Magánjog, hiteljog, eljárási jog*, Budapest: Grill 1937, 175 alatt fordul elő.

¹¹¹⁴ C. 6386/927.

¹¹¹⁵ C. 4186/930.

¹¹¹⁶ C. 2871/912.

¹¹¹⁷ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 168—169.

¹¹¹⁸ 1900-as Tervezet, 749. §

¹¹¹⁹ MENYHÁRD: *A jóerkölcsbe*, 171.

¹¹²⁰ 2004/4 Választottbírósi határozat

¹¹²¹ BH 2008. 190, BH 2005. 14; BH 2000/1. sz. 24.

¹¹²² BH 2007. 188, BH 2006. 284.

¹¹²³ BH 2006. 329.

¹¹²⁴ BH 2004. 407; BH 1998/3. sz. 138.

ellentételezés nélkül a másik házastársnak juttatja.¹¹²⁵ Ebben az ügyben a bíróság ítéletét nem a szolgáltatás és ellenszolgáltatás feltűnően nagy értékkülönbségére, hanem jóerkölcsbe ütközésére alapozta. A rendszerváltás társadalmi-gazdasági kataklizmái következtében kiemelt közfigyelem kíséri az állami vagyon megkárosításának, a közérdek megsértésének eseteit.¹¹²⁶ A feleknek „meg kell győződniük arról, hogy ügyletük nem ellentétes-e a társadalmi közmegegyezéssel, nem sért-e a közmegegyezésen alapuló már megindult folyamatokat.”¹¹²⁷ Jogirodalmunkból MENYHÁRD a jóerkölcsbe ütköző szerződésekhez kapcsolódóan tárgyalja az uzsorás szerződéseket, valamint a szolgáltatás és ellenszolgáltatás értékaránytalanságának eseteit is. Emellett találkozhatunk a jóerkölcsre való hivatkozással megszűnt alapítványok vagyonával kapcsolatos ítéletben,¹¹²⁸ valamint pilótajátékok kapcsán, a hírhedt „biogiliszta”-ügyekben.¹¹²⁹ A magyar praxisból hiányzik a hosszú távú kizárólagos jogot biztosító szerződések, illetve az adós biztosítéki túlterhelése. Más esetkörök, mint például a munkavállaló saját vállalkozási tevékenységének korlátozása a Munka Törvénykönyvébe került át, azzal, hogy az ilyen típusú megállapodásokra a polgári jogi szabályok alkalmazandóak.

VI.9 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai

VI.9.1 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a francia magánjogban

Az erkölcs változására a jog háromféle módon reagálhat: elfogadja, meggátolja vagy fékezi a változásokat. Az első a legkönnyebb, de jogot meglehetősen szolgai szerepre kényszeríti, a második, a változások megakadályozása lehetetlen, a harmadiknak, a moderációnak van a legtöbb értelme, mert a jog egyik funkciója, hogy a nagy társadalmi változások traumáit csökkentse.¹¹³⁰

A jog története, főképp legújabb története egyfajta racionalizálódási tendenciát mutat. Az új tudományos eredményekkel a jognak is lépést kell tartania. Az erkölcsök változása azonban nem mindig illeszkedik ebbe a racionalizálódási folyamatba. Ennek megfelelően, mielőtt egy morális felfogás megváltozásához jogkövetkezményeket kapcsolnánk, meg kell vizsgálni, a

¹¹²⁵ BH 1999/9. sz. 409.

¹¹²⁶ PJD I. 78. sz; BH 1994/3. sz. 146; BH 1997/5. sz. 241.

¹¹²⁷ BH 1993/10. sz. 604.

¹¹²⁸ SOPOVNÉ BACHMANN KATALIN—BOLERÁČKY MARGIT: *Semmis az a szerződés, amely jóerkölcsbe ütközik*, Magyar Jog 6 (1996), 351.

¹¹²⁹ Ezekről ld. BERTALDÓ: *id. m.* 14—15.

¹¹³⁰ CARBONNIER, JEAN: *Droit civil*, II, 2043.

változás megfelel-e az észszerűség kritériumainak.¹¹³¹ A morál ésszerűsítésének manapság egyre több szószólója akad. A 19. században VOLNEY az erkölcs meghatározásának mechanikus szemléletű definícióját adta, mondván, hogy az egy fizikai és geometriai jellegű tudomány, amelyet a többi szociális tudományban bevett szabályoknak és törvényszerűségeknek kell alávetni.¹¹³² A morál racionalizálása érdekesképpen annak liberalizációját jelenti. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a jog minden erkölcsöt elfogad.¹¹³³ A törvény előtti egyenlőséget nem szabad összekeverni a törvényben való egyenlőséggel.¹¹³⁴ A *bonnes mœurs* fogalmának tartalma változik és ingadozik, mozgása néha önkényes, akár ellentétébe is átcsaphat,¹¹³⁵ megítélése és tartalmának mindenkori meghatározása az adott bíró feladata. A jó erkölcsökbe ütközés tilalma újkori francia jogi gondolkodásba való recepciójának körülményei előrevetítették módosításainak elkerülhetetlen bekövetkezését. A fogalmat meghatározó karteziánus gondolat az ember dualista természetét, test és lélek kettősségét képviselte. A klauzula a spiritualitás dominanciáját jelentette a materiális tényezők felett.¹¹³⁶ A 1804-en például az életbiztosítási szerződések még immorálisnak számítottak,¹¹³⁷ a század végén pedig az a megállapodás is, amelyet a színházi producer fizetett tapsolóemberekkel kötött, hogy a darab sikerét biztosítsa (ez volt az ún. *contrat de claqué*).¹¹³⁸ Alig negyed századdal később már elismerték az utóbbiak érvényességét.¹¹³⁹ Hasonló volt a helyzet a házasságkötői jutalékkal (*courtage matrimoniel*) is, amely a 19. század közepén még erkölcsstelennek számított,¹¹⁴⁰ egy évszázaddal később már megengedetté vált.¹¹⁴¹ Sőt a törvény már a tartós párkapcsolatok szervezésére létrejött irodák működését is

¹¹³¹ BOUDON, RAYMOND: Penser la relation entre le droit et les mœurs, in: *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris: Dalloz—PUF—Juris Classeur 1999, 24.

¹¹³² VOLNEY, CONSTANTIN-FRANÇOIS: *La loi naturelle, ou principes physiques de la morale déduits de l'organisation de l'homme et de l'univers*, Paris: Garnier 1980, 39.

¹¹³³ FENOUILLET: *id. m.* 489.

¹¹³⁴ PERELMAN, CHAÏM: *La raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris: LGDJ 1984, 139.

¹¹³⁵ PENA: *id. m.* 519. Az erkölcsök változásával kapcsolatos híres eset volt Baudelaire verseskötetének, a *Les Fleurs du mal*nak az esete. Megjelenésekor, a második császárság idején a „*Femmes damnées (Delphine et Hyppolite)*” című költemény miatt jó erkölcsökbe ütközés miatt elítélték a költőt,¹¹³⁵ majd jóval később, 1946-ban felülvizsgálták ügyét. Ezen az alapon azonban a múlt sok elítéltjét rehabilitálni kellenne, ezért ezzel a lehetőséggel a *Cour de cassation* csak ritkán él. Az ügygel kapcsolatban ld. Crim. 1949. május 31. = D. 49, 342; Hamelin, D. 49, 187. Egy másik, a kor erkölcsi értékítéletét felborzó eset volt Oscar Wilde három pere. ld. HYDE, MONTGOMERY: *Famous trials. Oscar Wilde*, Harmondsworth: Penguin 1962.

¹¹³⁶ OST, FRANÇOIS—DE KERCHOVE, MICHEL VAN: L'outrage public aux bonnes mœurs révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 113.

¹¹³⁷ DARMAISIN: *id. m.* 60.

¹¹³⁸ CA Paris 1853. július 23 = DP 53, 5, 540; Lyon 1878. március 25 = DP, 73, 2, 68, S. 7, 3, 2, 179. A materiáról ld. SOUCHON: France, in: RODIERE: *id. m.* 40.

¹¹³⁹ CA Paris 1900. április 5 = DP 1903, 2, 279.

¹¹⁴⁰ Cass. civ. 1855. május 1. = DP 56, 1, 147.

¹¹⁴¹ Cass. eg. 1944. december 27 = D. 1945, 121.

engedélyezi,¹¹⁴² a jogtudomány felől érkező komoly kritika ellenére.¹¹⁴³ A törvényhozót ebben az esetben csak a fogyasztó megelégedettsége foglalkoztatta.¹¹⁴⁴ A második világháború után egyes kirívó aránytalanságokat tartalmazó bérleti szerződések semmissé nyilvánítására használták fel a klauzulát.¹¹⁴⁵ Ma már a házasságtörő viszonyokkal kapcsolatos juttatások sem automatikusan erkölcstelenek,¹¹⁴⁶ az *Avant-projet* sem előítéletes e viszonyokkal kapcsolatban.¹¹⁴⁷ Az adományok többsége természetesen korábban is megengedett volt (a szerelemből, vagy a házasság elmaradása miatt érzett lelkiismeretfurdalásból tett juttatások), kivéve azokat, amelyek a viszony fenntartására szolgáltak.¹¹⁴⁸ Ezt a pszichologizáló szemléletmódot kemény kritika érte a jogtudomány részéről, egyesek szerint az ilyesfajta vizsgálódás megengedhetetlen egy laikus társadalomban.¹¹⁴⁹ A szemléletváltás első fontos lépése a *Cour de cassation* 1999. február 3-i döntése volt. Ez tulajdonképpen az élettársak közötti ajándékozás esetére bevezetett distinkciót *a fortiori* alkalmazta a házasságtörő viszonyokra is.¹¹⁵⁰ Az eset szerint egy férfi visszavonta minden életében adott ajándékát és kitagadta fiát, majd szeretőjére ötszázezer frankot hagyott. A fiú megtámadta a végrendeletet, arra hivatkozva, hogy a pénzbeli juttatás egy még friss kapcsolat fenntartására szolgált, a felsőbbíróság azonban a *Code civil* 1131. és 1133 cikkelyeit újraértelmezve arra a döntésre jutott, hogy a juttatás nem erkölcstelen. A releváns jogalkalmazást a *Cour de renvoi* 2002. január 9-i ítélete¹¹⁵¹ tovább árnyalta, kijelentve, hogy jó erkölcsökbe ütközik ellenben az olyan végrendeleti juttatás, amelynek egyedüli célja szerető kegyeinek viszonzása volt. Két másik eset hasonlóképp érzékelteti a változásokat. Az elsőben egy 34 éve házasságban élő, 77 éves, beteg családapa kapcsolatot létesített egy nála harminc évvel fiatalabb nővel. A második ügyben egy 95 éves, házasságban élő családapa egyetemes hagyatékot (*legs universel*) biztosított 31 éves titkárnőjének, akivel 15 éve szerelmi viszonyt folytatott, miután ez utóbbi eléggé világos üzenetet adott neki: *pas*

¹¹⁴² CARBONNIER, JEAN: *Droit civil*, I, 310.

¹¹⁴³ A kérdésre nézve ld. STERCKX, DANIEL: *Le mariage en droit civil*, Bruxelles: Larcier 2004, 77.

¹¹⁴⁴ HEIDSIECK, GILLES: *La marché de la solitude et le droit (commentaire de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989) relatif au courtagé matrimonial* I, Paris: JCP 1990, 265skk.

¹¹⁴⁵ FAHRE-MAGNAN: *Les obligations*, Paris: PUF 2004, 333.

¹¹⁴⁶ Civ. 1^{re}, 1999. február 3. = D. 1999, 267.

¹¹⁴⁷ CATALA, PIERRE: *Avant-projet*, 42.

¹¹⁴⁸ Cass. civ 1^{re}, 1956. október 4.

¹¹⁴⁹ HUC, THEOPHILE: *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, VI, Paris: Pichon 1892—1903, 39.

¹¹⁵⁰ VIGNEAU, DANIEL: *Une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs*, Recueil Dalloz Sirey, 44/180 (2004. december 16.), 3176.

¹¹⁵¹ CA Paris, 2002. január 9.

d'argent pas d'amour.¹¹⁵² 2004-ben a *Cour de cassation* teljes ülése kibővítette az 1999-es elsőfokú döntés hatókörét, amikor általános érvénnyel kijelentette, hogy nem jó erkölcsökbe ütköző az az elfogadott ajándék, amelyet egy házasságtörő kapcsolat okán juttattak. Az aggastyánkori libidó és a heves kilencvenesek esete illusztratív példája egy olyan társadalomnak, amelynek célja az egyéni érdekek kielégítése.¹¹⁵³ A házasságtörő viszonyok a francia jogban azért különösen aggályosak jogi szempontból, mert a *Code civil* 212. cikkelye kimondja, hogy a házastársaknak hűségesnek kell lenniük egymáshoz. Egyes nézetek szerint a bíróság tehát előbbi döntéseivel implicit módon leront egy olyan normát, amely a francia társadalom egyik alapjának, a család intézményének védelmére hivatott.¹¹⁵⁴ A jogtudományi kritika szerint annak ellenére, hogy a házasságtörő kapcsolatra tekintettel adott ajándék nem semmis erkölcstelenség jogcíme miatt, nem következik szükségszerűen, hogy ne lehetne semmis a házasság rendjének (*ordre public de fidélité*) sérelme következtében. A döntéssel a házastársi hűtlenség szankció nélkül maradt, vagyoni következményekkel sem jár, mintha a házasság „fekete lyukává” vált volna.¹¹⁵⁵ Másrésztől aggályos az is, hogy a felsőbíróság az 1131. és 1133. cikkelyt úgy tekinti, mintha az már csak a visszterhes jogügyletekre vonatkozna. Hiszen korábban a szubjektív jogcím gyakorlati haszna kevés helyen, például a házasságtörő kapcsolatban állók közti ajándékozás révén mutatkozhatott meg.¹¹⁵⁶ Könnyű lenne igazolni a döntést az erkölcsök liberálisabbá válásával, vagy kijelenteni, hogy az élettársak és szexuális partnerek közötti ajándékozás mindig visszterhesnek minősül, vagy hogy a bíró számára lehetetlen a szív rejtelmeit kifürkészni és jobb behunyni szemeinket, mint fárasztó és kétes kutatásba bonyolódni. A házasságtöréssel kapcsolatos jogalkalmazói szemléletváltás komoly törést okozott a jó erkölcsök tanában és a *cause* szerepének megkérdőjeleződésével járt az ajándékozási jog területén:¹¹⁵⁷ a meghatározó ok (*cause impulsive et déterminante*) tana, amely eddig a megállapodások társadalmi kontrolljának megbecsült, bár szubjektív eszköze volt, egyesek szerint üres fogalomná vált.¹¹⁵⁸ Másrésztől

¹¹⁵² *Cass. Ass. plén.* 2004. október 29. Az ügyre vonatkozóan ld. PIMONT, SÉBASTIEN: *Validité d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère : remarques sur la cause subjective en droit des libéralités*, Petites Affiches, 112/394 (2005. június 7.), 17—21.

¹¹⁵³ LEQUETTE, YVES: *Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins*, in: *Mélanges Ghestin* 2001, 547sk és 565sk.

¹¹⁵⁴ TERRÉ, FRANÇOIS—SIMLER, PHILIPPE—LAQUETTE, YVES: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz 2005⁹, 394.

¹¹⁵⁵ VIGNEAU, DANIEL: *Une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs*, Recueil Dalloz Sirey, 44/180 (2004. december 16.), 3176.

¹¹⁵⁶ VIGNEAU: *id. m.* 3177.

¹¹⁵⁷ PIMONT, SÉBASTIEN: *Validité d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère : remarques sur la cause subjective en droit des libéralités*, Petites Affiches, 112/394 (2005. június 7.), 17—21.

¹¹⁵⁸ PIMONT: *id. m.* 18.

a 2004-es döntés nem határolta el egymástól a jó erkölcsök és a közrend fogalmát a 900., a 1131. és az 1133. cikkely tekintetében.

Az internetes domainnevek érvényességeinek feltételeivel kapcsolatban a párizsi *Cour d'appel* kifejtette,¹¹⁵⁹ hogy magának az elnevezésnek kell jó erkölcsökbe ütközőnek lennie, és hogy ennek megítélése független az internetes oldal tényleges tartalmától. A *bonnes mœurs* fogalma kapcsán megjegyezte, hogy manapság sokkal kevésbé szigorúan kell megítélni, különösen a szexualitás területén. A fogalom összemosódik az *ordre public* fogalmával: azon márkajelzések, amelyek erkölcstelenek egyúttal a közrendbe is ütköznek, például egy pedofiliára utaló jelzés.¹¹⁶⁰ A szerencsejátékkal kapcsolatban is enyhült a törvényi szigor. Magával a játékkal szembeni harcot az eladósodással szembeni küzdelem váltotta fel a fogyasztóvédelmi jog területén.¹¹⁶¹

A felhasználási területek áttekintő jellegű ismertetése után érdemes a trendeket feldolgozó, és azt jogfilozófiai értelemmel kitöltő szakirodalomra összpontosítanunk. A jogi irodalomban első világháborúig keveset foglalkoztak a 6. cikkelyben foglalt jóerkölcs fogalmával,¹¹⁶² a 20. század másik felében a jogtudomány¹¹⁶³ rehabilitálta a fogalmat.¹¹⁶⁴ Mára szinte divatossá vált a téma monografikus igényű feldolgozása.¹¹⁶⁵ A fogalom mai szerepének megítélésével kapcsolatos domináns nézet két jelenséget hangsúlyoz. Az első jelenség a klasszikus értelemben vett jó erkölcsök fogalmának kimerülése, a második az egyéb szabályozó mechanizmusok formájában való felbukkanása. A fogalom kiüresedéséről szól DARMAISIN szemléletes metafórája, amely szerint a *bonnes mœurs* olyan, mint egy kiöregedett amerikai filmsztár, aki kell a filmhez a bevétel miatt, de már nem bírja a fényszórók fényét.¹¹⁶⁶ Mások is apokaliptikus hangnemben prognosztizálták a jó erkölcsök elmúlását.¹¹⁶⁷ LAVAND-LEGENDRE a jó erkölcsök krízisét egy tágabb politikai, társadalmi válság kereteibe helyezte.¹¹⁶⁸ A jó erkölcsök eltűnése és egy új közerkölcs feltűnése véleménye szerint egy mélyreható társadalmi változás reflexiója. A jó erkölcsök elmúlásának okait FENOUILLET a

¹¹⁵⁹ CA Paris, 2005. október 19.

¹¹⁶⁰ Az ügyet DAVERAT, XAVIER—MOZAS, PHILIPPE: *Communication et créations intellectuelles chronique n. XXXI (suite et fin)*, *Petites Affiches*, 82/396 (2007. április 24.), 10—11, ismerteti.

¹¹⁶¹ Cass. civ. 1^{re}, 1998. június 30.

¹¹⁶² AUBRY, CHARLES—ROU, CHARLES—BATIN, ETIENNE: *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, 1897⁵, 174.

¹¹⁶³ A korábbi irodalomból példa JOSSE RAND, LOUIS: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essai de téléologie juridique*, II, Paris: Dalloz 1928, 108. BONNECASE, JULIEN: *La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français*, in: *Études Capitiant*, I, Paris: Dalloz 1939, 91.

¹¹⁶⁴ FENOUILLET: *id. m.* 488.

¹¹⁶⁵ CARBONNIER, JEAN: *Droit civil*, II, Paris: Quodrigue/PUF 2004, 1947.

¹¹⁶⁶ DARMAISIN: *id. m.* 63.

¹¹⁶⁷ LEQUETTE, YVES: *Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins*, in: *Mélanges Ghestin* 2001, 547.

¹¹⁶⁸ LAVAND-LEGENDRE, BÉNÉDICTE: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Paris: PUF 2005, 15skk.

büntetőjog közömbösségében,¹¹⁶⁹ a jogalkalmazás visszafogottságában és a jogtudomány szkepticizmusában vélte megtalálni.¹¹⁷⁰

Az egyéni erkölcsök jogi irányítása illegitimé vált,¹¹⁷¹ a magánélet szabadsága avanszált elsőrangú, védendő tényezővé.¹¹⁷² Az erkölcsi szabadság, vagy talán szabadosság alanyi joggá kezd válni.¹¹⁷³ A jelenlegi morális rendben a *cité* érdeke eltűnik az egyéni érdek mögött. Mégis, vagy talán éppen ebből fakadóan a 21. század embere számára a lehetőségek mezeje tragikus mértékben beszűkül. LAVAND-LEGENDRE szerint a korábbi moralisták szerepét tudósok, pszichológusok, pszichiáterek vették át. A szociális viszonyok erkölcsre való befolyása marginálissá válik, az emberi drámák kiélezettebbé válnak. A modern ember arra ítéltetett, hogy még soha nem tapasztalt magányban élje le életét. Mindennap fel kell tennie magának a kérdést, választott életútja jó-e, és hogy személyes érdeke tényleg az, amit annak hisz.¹¹⁷⁴ Úgy tűnik, hogy a jó erkölcsök lehetővé tette az erkölcs és a jog közötti határ betartását. Másrésztől, paradox módon, az emberi jogok túlbujánzása, ezzel párhuzamosan a magánélet szabadságának kiterjedése szorította vissza a jó erkölcsöket. Az emberi jogok túlzó, extenzív felfogása nem ismeri el a közérdek meglétét, a fogyasztói társadalomban a *bonnes mœurs* áldozatul esik a fogyasztás szabályainak. OPPETIT II. János Pál pápa *Centesimus Annus* kezdetű enciklikáját felidézve azt állítja, hogy az erkölcsi és vallási dimenziót figyelmen kívül hagyó szocio-kulturális rendszer a dolgok és javak puszta megtermelésére redukálódik.¹¹⁷⁵

Az új erkölcsi rend az egyéni érdekeken alapszik.¹¹⁷⁶ Az erkölcs a személy szabadsága érdekében kikerül a jogi mérlegelés területéről, hogy a jogi megfontolások ne játszassanak szerepet lelkiismereti kérdésekben. Ez annak a hagyománynak a megfordítást jelenti, amely az egyéni jogokat a kollektív értékekből vezette le.¹¹⁷⁷ A két trend találkozása nem meglepő, hiszen a mértéktelen szabadság dogmatikailag jól védhető korlátjaként az emberi jogokat kezdték el alkalmazni az erkölcsi megfontolások helyett. FENOUILLET szerint a *bonnes mœurs* elavult fogalmát az emberi méltóság eszméjével kellene felváltani, amely a történetileg

¹¹⁶⁹ MAYER, DANIELE: *Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs?* in CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 56.

¹¹⁷⁰ FENOUILLET: *id. m.* 487.

¹¹⁷¹ MALAURIE (et al.): *id. m.* 314.

¹¹⁷² Cass. ass. plén. 2004. október 29.

¹¹⁷³ FENOUILLET: *id. m.* 487.

¹¹⁷⁴ LAVAND-LEGENDRE: *id. m.* 239.

¹¹⁷⁵ OPPETIT, BRUNO: *Ethique et vie des affaires*, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris: Litec 1993, 327.

¹¹⁷⁶ LAVAND-LEGENDRE: *id. m.* 238.

¹¹⁷⁷ GUTMANN, DANIEL: *Les droits de l'homme sot-ils l'avenir du droit?*, in: *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris: Dalloz—PUF—Juris Classeur 1999, 333.

természetesnek és szentnek felfogott emberi jogok laikus változatát jelenti.¹¹⁷⁸ A jó erkölcsök a méltóság keretében egy új *ordre public philanthropique* alapját képeznék, az emberi méltóság sérelme a jogügylet semmisségével járna, ez jelentené a törvényesség helyreállítását.¹¹⁷⁹ A teleologikus logika helyébe a deontologikus logika lépne.¹¹⁸⁰ A folyamat eredményeképpen a jog által figyelembe veendő morális szabályok feladata mások szabadságának és egyéni érdekeinek védelme lenne.¹¹⁸¹ Ez a tendencia többféle veszéllyel jár. Az emberi méltóság pozitív jogba történő közvetlen beültetése korántsem veszélytelen, hiszen ez alapján a bíróságok az egyik szerződő felet védik a másik fél rovására. Ez GUTMANN szerint ellentétes a jog azon hivatásával, amely a különböző személyek közti külső kapcsolatok megfelelő szabályozásában ölt testet.¹¹⁸² A méltóságot önmagáért kell respektálni, és nem valamely idő és térfüggő jó érdekében. Előfordulhat, hogy az egyik szerződő fél védelmének ürügyén a másik ember saját magához való viszonyát éri sérelem, ez pedig a szabad akarat halálát jelentené,¹¹⁸³ holott az emberi létezésben szükségszerűen van egy személyes rész, amely kívül esik a társadalmi kompetencián.¹¹⁸⁴ A demokratikus alapelvek tiltják abszolút értékítéletek alkotását személyes kérdésekben. A méltányosság és az emberség szem előtt tartása a jogbiztonság sérelmével járhat,¹¹⁸⁵ másrészt az emberi jogok köntösébe rejtett jó erkölcsök és méltányosság alkotmányosan védett egyéb értékekkel ütközhet. Állást foglalva e vitában, egyszerűbbnek tűnik a jóerkölcsök fogalmának megtartása, azzal, hogy a *bonnes mœurs* az emberi méltóság új fogalmát adoptálja a jogba. Ebben az esetben egyfajta holisztikus szemlélet és a kísérletező módszer¹¹⁸⁶ adhat segítséget.

A száműzött morál ma az etika köntösében két új területen tér vissza, az üzleti élet és a bioetika (például a béranyaság kérdésköre)¹¹⁸⁷ területén. DARMAISIN szavaival a jó erkölcsök

¹¹⁷⁸ FENOUILLET: *id. m.* 487skk.

¹¹⁷⁹ FENOUILLET: *id. m.* 519.

¹¹⁸⁰ LAVAND-LEGENDRE: *id. m.* 240.

¹¹⁸¹ LAVAND-LEGENDRE: *id. m.* 13.

¹¹⁸² GUTMANN, DANIEL: Les droits de l'homme sot-ils l'avenir du droit?, in: *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris: Dalloz—PUF—Juris Classeur 1999, 336.

¹¹⁸³ GUTMANN: *id. m.* 336.

¹¹⁸⁴ CONSTANT, BENJAMIN: *De la liberté chez les modernes*, Paris: Pluriel 1980, 271.

¹¹⁸⁵ PERELMAN, CHAÏM: *La raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris: LGDJ 1984, 135. A kánonjogban erre számtalan példa akad, hiszen a lélek üdvössége és nem az intézmények rendszéü működése számít. Ld. FRANSEN, CHANOINE: Les notions à contenu variable dans le droit canonique, in: *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles: Bruylant 1984, 337—350.

¹¹⁸⁶ ZIPPELIUS, REINHOLD: Rechtsgewinnung durch experimentierendes Denken, in: *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles: Bruylant 1984, 351—361.

¹¹⁸⁷ TGI Marseille, 1987. december 16. Az *Association Alma Materrel* kapcsolatos döntést a *Cour d'Appel d'Aix* 1988. április 29-én felülírta, a *Cour de cassation* 1989. december 13-án megerősítette. A béranyaság kérdéskörét külön törvény rendezi (az erre vonatkozó 16—17 cikkelyt az 1994. július 29-i, 653/94-es törvény inkorporálta a *Code civil*be.

elhagyta a nyilvános házakat és belépett a bioetika területére.¹¹⁸⁸ Ezekben az esetekben azonban többnyire az *orde public*-ra¹¹⁸⁹ vagy nemzetközi szerződésekre hivatkoznak.¹¹⁹⁰ Az üzleti jog és az erkölcs kapcsolatát vizsgálva három lényeges szempontot kell megvizsgálnunk. Az első szempont, hogy az üzlet elsősorban nem erkölcsi, hanem etikai elveket vesz figyelembe. Az üzletre a szerződési etika (a fél akaratának, integritásának védelme, az adott szó jogi kötőereje), a társadalmi etika (a forgalomképtelen dolgok osztálya, a *cause immoral*, a közerkölcs) és a gazdaság saját etikája (*fair play*) is hatással van. A morál és az etika között ebben a tekintetben legegyszerűbben a szavak görög etimológiája alapján lehet különbséget tenni. Ez alapján a morál transzcendens értékek fényében vizsgálható, míg az etikának nincs abszolút értéke, amorális, kritikus és nem normatív.¹¹⁹¹ A méltóság helyett pedig a lojalitás áll az üzleti jellegű, személyközi kapcsolatok középpontjában.¹¹⁹² A második szempont, hogy az üzlet erkölcsi jellegű szabályozásának hatékonyságával kapcsolatban komoly kétségek merülnek fel. A jogszabályok relatívak, a gazdaság korrump, a büntető gazdasági jog ineffektív. A harmadik szempont, hogy az etika fejlődését tekintetbe kell venni az üzleti világban is. Ennek a felismerésnek eredményeképpen jönnek létre a különféle etikai kódexek, állt fel például a *Centre interdisciplinaire d'éthique et des droits d l'homme*, és készült el a *Code of Dealing Practices*, illetve adnak szakvéleményeket olyan bizottságok, mint a *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*. Finomodott az ellenőrzést megvalósító intézmények működése, a hagyományos cenzúra demotivizálódott és új irányokba fejlődik. Kortárs jelenség az erkölcsi ellenőrzés magánosítása, amint azt a *messengeries roses* ügyben láthattuk, illetőleg a szankció megváltozása: az eddigi merev tilalom és semmisség helyébe adóztatási technikák lépnek.¹¹⁹³

VI.9.2 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a német magánjogban

A 20. század elején több monográfia is született a *gute Sitten* klauzulával kapcsolatban, amelyek főleg a bírói gyakorlatot¹¹⁹⁴ és a tisztességtelen versenyről szóló törvény első

¹¹⁸⁸ DARMAISIN: *id. m.* 62.

¹¹⁸⁹ GHESTIN—JAMIN—BILLIAU: *id. m.* 131.

¹¹⁹⁰ FAHRE-MAGNAN: *Les obligations*, Paris: PUF 2004, 333.

¹¹⁹¹ OPPETIT, BRUNO: *Ethique et vie des affaires*, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris: Litec 1993, 320.

¹¹⁹² CJCE 1979. február 20.

¹¹⁹³ LOCHAK: *id. m.* 52sk.

¹¹⁹⁴ DALBERG, RUDOLF: *Rechtskräftiges Urteil und Verstoß gegen die guten Sitten*, Berlin: Heymann 1910, és BECH, HANS-HEINRICH: *Die wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nichtige Kündigung, unter besonderer Darstellung der hierzu ergangenen Rechtsprechung*, Weimar: Böhlau 1937, végül munkajogi területen OETTINGER, FRITZ: *Die guten Sitten in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung nach dem Kriege*, Hamburg: Friederichsen, Guyther and Co. 1931.

paragrafusát értelmezték. A náci uralom idején különösen visszataszító módon éltek vissza a fogalommal.¹¹⁹⁵ A jó erkölcsök a második világháborút követően is az érdeklődés középpontjában maradt,¹¹⁹⁶ és talán éppen a diktatúrákkal való szembesülés igények következtében előtérbe került a jó erkölcsök, mint generális klauzula konkretizálásának, dogmatikai tartalmának feltárása.¹¹⁹⁷ A jogalkalmazás a második világháborút követően, noha rehabilitálta a kérdéses normát,¹¹⁹⁸ sokáig meglehetősen szűkmarkúan bánt az 138. §-sal és restriktív normaértelmezést folytatott, azonban az utóbbi évtizedekben az alapjogok befolyása következtében központi jelentőségre tett szert a paragrafus, amely így a szerződések tartalmi kontrolljának eszközévé vált különösen nagy szolgáltatásbeli egyensúlytalanságok esetében.¹¹⁹⁹

A jó erkölcsök klauzulája tartalmi szempontból lényeges változásokon ment át a 20. században. A gazdasági jog területén a *gute Sitten* az utóbbi évtizedekben egyre szigorúbb mércévé vált. Fogyasztói hitelek (*Ratenkreditverträge*),¹²⁰⁰ közeli hozzátartozók kezességvállalásai, tartozásátvállalásai¹²⁰¹ a legmarkánsabb példái a növekvői bírói szigorúnak. Ezzel párhuzamosan a családi élet és a szexualitás területén nagyfokú liberalizációnak vagyunk szemtanúi, amelyet a nem házastársi viszonyban élőkkel¹²⁰² vagy prostituáltakkal¹²⁰³ kötött bérleti szerződések, bordélyokkal kapcsolatos ügyletek¹²⁰⁴ és szeretőt kedvezményező végrendeletek¹²⁰⁵ esetei jeleznek. A BGH sokáig a házasságon kívüli nemi kapcsolatok általános erkölcstelenségéből indult ki. Ezt az álláspontot MÜLLER-FREIENFELS egy konkrét

¹¹⁹⁵ Erre vonatkozóan ld. RÜTHERS, BERND: *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Heidelberg: Müller 1988³, 211—270; az osztrák viszonyokkal kapcsolatban pedig JUNGWIRTH, JULIA: *NS-Restitutionen und Zivilrecht. Aspekte des Dritten RStG 1947*, Wien: Mainz 2008, 15.

¹¹⁹⁶ KRAFT, ALFONS: *Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht*, München—Berlin: Beck 1963, és FRITSCH, KLAUS-JÜRGEN: *Wandlungen im Sittenmasstab. Eine Unters. der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes zur Auslegung des Begriffs der guten Sitten in wettbewerblichen Tatbeständen*, Göttingen: Funke 1963.

¹¹⁹⁷ ESSER, JOSEF: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beitrag zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen: Mohr 1990⁴; ENGISCH, KARL: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg: Winter 1968; SIMITIS, KONSTANTIN: *Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138. Abs. 1 BGB*, Marburg: Elwert 1960, valamint TEUBNER, GUNTHER: *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitte-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum 1971.

¹¹⁹⁸ JUNG, PETER: Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht, in: BALDUS, CHRISTIAN—MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier 2006, 44.

¹¹⁹⁹ LOOSCHELDERS: *id. m.* 98.

¹²⁰⁰ BGH NJW 1983, 2692

¹²⁰¹ BGHZ 125, 206, 216

¹²⁰² BGHZ 92, 213, 219; BGHZ 84, 36, 38sk; LG Bonn NJW 1976, 1690, 1691. Ezen ítéletekkel szemben szigorúbb AG Emden NJW 1975, 1363.

¹²⁰³ BGH NJW 1970, 1179sk.

¹²⁰⁴ BGHZ 63, 365

¹²⁰⁵ BGHZ 53, 369, 375

eset kapcsán már 1968-ban élesen kritizálta, különösképpen, mert az adott tényállásnak nem sok közvetlen kapcsolata volt az erkölcsellenek ítélt nemi kapcsolattal.¹²⁰⁶ Dogmatikai szempontból azért támadható a régebbi álláspontot, mert a házasságon kívülre, vagy idegen házasságba irányuló végrendeleti adományok esetében „vélelmezte” a felek közötti szexuális kapcsolatot.

A század második felében Németországban is felerősödtek azok a hangok, amelyek a klauzula és a közrend fogalmának egybemosódását jósolták. A jó erkölcsök fogalmát, változásai ellenére, a régebbi erkölcsi felfogások iránti tiszteletből is megőrizték. Csak abban az esetben kell azokat figyelmen kívül hagyni, ha tekintetbevételükkel az *ordre public interne* jelentős mértékben sérülne.¹²⁰⁷ A klauzula tartalmának konkretizálására felhasznált módszerek is egyre pontosabbakká váltak, a klauzula pusztá recepciós médiumból az érdekmérlegelés fő eszközévé vált. Funkciója a tilalom helyett egyre inkább a bírói felhatalmazás. Ennek mentén a jó erkölcsök sztenderdje TEUBNER szerint (a szerző a sztenderd kifejezést a generális klauzula szinonímjaként használja) a jó rend direktívájává vált.¹²⁰⁸

Ezek után magától adódik a kérdés, hogy mi okozza a *gute Sitten* fogalmának változásait. A választ a német magánjogi irodalom a franciától eltérően nem filozófiai, hanem praktikus tényezőkben keresi.

A törvények, és törvényi értékek, amelyek a jó erkölcsök fogalmának egy részét alkotják, természetszerűleg változhatnak. A társadalmi, gazdasági és tudományos ismeretek bővülése is a fogalom változásával járhat. ROTHER a szexuális liberalizációt nagymértékben a 20. század elején bekövetkező orvosi és pszichológiai ismeretbővülésnek,¹²⁰⁹ azaz egy objektíve előremutató tudományos fejlődés okozatának tartotta. A német jogra idegen jogrendszerek is hatással lehetnek, ezért jelentős a jogösszehasonlító módszer felhasználása a német *gute Sitten* értelmezése során. SACK ezen véleményét¹²¹⁰ pontosításokkal elfogadhatjuk. Vizsgálódásunk azt mutatta, hogy jelenleg éppen a német jog játszik modellalkotó szerepet, hatása nemcsak a francia, de a skót jogrendszert is elérte a közeli hozzátartozók kötelezettségvállalásai tekintetében kialakított újszerű felfogásával.

SACK szerint az EU irányelvei is hatnak a klauzula értelmezésére.¹²¹¹ Ez minden bizonnyal igaz más generális klauzulák (mint a jóhiszeműség és tisztesség elve) esetében, de a jó

¹²⁰⁶ MÜLLER-FREIENFELS, WOLFRAM: *Zur Rechtsprechung beim sog. „Mätressen-Testament”*, JZ 14/XXIII (1968), 441.

¹²⁰⁷ SCHMOECKEL: *id. m.* 79.

¹²⁰⁸ TEUBNER: *id. m.* 116.

¹²⁰⁹ ROTHER, WERNER: *Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung*, AcP /CLXXII (1972), 498.

¹²¹⁰ SACK: *id. m.* 262.

¹²¹¹ SACK: *id. m.* 261. Az UWG 1. §-val kapcsolatos hasonló problematikához lásd SACK, ROLF: *Wettbewerbsrechtliche Folgen von Richtlinien der Europäischen Union*, VersR 1994, 1385sk.

erkölcsök tekintetében e hatás még kevésbé érezhető: az uniós szintű kartelljogi szabályozás¹²¹² például nem érinti azokat a tagállami előírásokat, amelyek nem követnek kartelljogi célkitűzéseket. Így a tisztességtelen versenyre vonatkozó, a versenytilalmakat felállító és a 138. §-t érintő, hosszú lejáratú szállítási feltételeket szabályozó német megoldások¹²¹³ hatályban maradtak.¹²¹⁴

A fogalomfejlődés következtében lényeges kérdésként vetődött fel a német irodalomban, hogy az erkölcstelenséget melyik időpontra vonatkozóan kell megállapítani. A ma uralkodó álláspont szerint az értékítéletet a jogügylet teljesítésének időpontjában mértékadó,¹²¹⁵ tényleges körülmények,¹²¹⁶ és nem a létrejövetel¹²¹⁷ vagy a hatályossá válás időpontja¹²¹⁸ alapján kell megítélni.¹²¹⁹ Ha azonban jogügylet erkölcstelen következményekkel jár, a szerződéshez való merev ragaszkodás nem megengedett joggyakorláshoz vezethet, a jogalap sérülhet és ennek megfelelően a szerződés módosítása válhat szükségessé, a BGB 313. § (1) bekezdésének megfelelően. A lebonyolításkor erkölcstelen ügylet a későbbiekben sem erősödhet meg a körülmények kedvező változása révén, csak elismerés (BGB 141. §) segítségével. Ezzel szemben a szeretőnek adott juttatással kapcsolatos erkölcstelenség a múltban élet vesztette az utólagos házasságkötés révén. Manapság az élők közötti juttatások esetében a házasságtörésre vonatkozó morális értékítéletet már csak kis súllyal veszik figyelembe egyéb tényezők, mint a szolgáltatás—ellenszolgáltatás értékviszonya mellett.¹²²⁰ A szakirodalomban uralkodó álláspont szerint az öröklési joghoz tartozó ügyleteket a kötelmi jogiaktól eltérően kell kezelni. A végrendeletek erkölcstelenségét például az örökség megnyílásának időpontjához kell viszonyítani, örökösödési szerződések esetében pedig az ügylet létrejöttének időpontját kell tekintetbe venni. E kérdéskör vitatott, egyes szerzők a végrendelet készítésének időpontját tartják mérvadónak.¹²²¹ SCHMOECKEL mindezekkel

¹²¹² VO 1/2003 3. cikk. (3) bek.

¹²¹³ Példa a jogalkalmazásból BGH NJW 1994, 384—386.

¹²¹⁴ GEBAUER, MARTIN—WIEDMANN, THOMAS: *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen*, Stuttgart—München (u.a.): Richard Boorberg 2005, 997.

¹²¹⁵ BGH NJW 1996, 1274—12776

¹²¹⁶ BGHZ 7, 111/115; MEDICUS: *Allgemeiner Teil*, 270; MEDICUS: *Bürgerliches Recht*, 23.

¹²¹⁷ Ezzel szemben ld. SCHMOECKEL, MATHIAS: *Der massgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB*, AcP 1-2/197 (1997), 78—80.

¹²¹⁸ BGHZ 20, 71skk.

¹²¹⁹ Az erkölcstelenség megítélése szempontjából a szerződéskötés időpontja az irányadó. Ld. Civ. 1^{re}, 1998. február 10. = D. 2000/422

¹²²⁰ BGH NJW 1973, 1645

¹²²¹ A kérdéshez ld. STAUDINGER/SACK: *id. m.* 266.

szemben meggyőzően, általános élel tagadja az öröklési jogi ügyletek speciális kezelésének szükségességét.¹²²²

VI.9.3 A jó erkölcsök fogalmának tartalmi változásai a magyar magánjogban

A magyar jogrendben a szerződések társadalmi-erkölcsi megítélésére vonatkozó szabályozással kapcsolatos legfontosabb változás az 1991. évi XIV. törvény 14. §-ának köszönhető, amely először kodifikálta a jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét. Kissé pontatlan a törvényhez fűzött indokolás fogalomhasználata, hiszen a „Ptk.-t megelőző civilisztikai gondolkodás és magánjogi gyakorlat” nem a *jóerkölcs* hanem a *jó erkölcsök* fogalmát ismerte. Ráadásul – mintegy kegyeleti emlékként – meghagyta a korábbi paragrafusból származó „nyilvánvalóan” kitétel, amellyel nemcsak a norma kiegészítő jellegére, valamint az inkább ömegtartóztató jellegű megközelítésre látszik felhívni a figyelmet, de egyben a fogalom értelmezésének kiinduló irányát is meghatározni tűnik. Hiszen ez az *addendum* a mindenki számára egyértelmű, világos értékítéletekre szorítja le a fogalom potenciális tartalmát. Továbbá kissé felelőtlen módon elbagatelizálja a fogalom meghatározásával járó nehézségeket, hiszen azt a látszatot kelti, mintha a jogalkalmazónak jó erkölcsbe ütköző cselekmények könnyen kezelhető, egyértelmű csoportjából „csupán” a nyilvánvalóakat kellene kiválogatnia. A szócska azonban véleményem szerint bizonyos esetekben megnehezíti a bíró feladatát, akinek a konkrét tényállás alapján először a szerződés jóerkölcs alapján történő minősítéséről, majd negatív minősítés esetén az ütközés nyilvánvalóságáról kell döntenie. Más szempontból viszont egyszerű és könnyen forgatható fegyvert ad a bíró kezébe az esetleges felperesi kérelmek különösebb érdemi indoklás elleni visszaverésére, hiszen a tradicionálisan kvalitatív kérdést (nevezetesen hogy mi felel meg a jóerkölcsnek) fokozati, kvantitatív kérdéssé degradálja.¹²²³ A módhatározó azóta egyértelműen a bírói munka egyik vezérfonalává vált, hiszen „az ítélezési gyakorlat gondosan vizsgálja, hogy a jóerkölcsbe ütközés nyilvánvaló-e, és a szerződést csak akkor tekinti semmisnek, ha ez megállapítható.”¹²²⁴ A jogalkotó a továbbiakban szókapcsolat tartalmának kimunkálását *expressis verbis* a jogalkalmazóra hárította. Az 1991-es törvényhez fűzött Indokolás ehhez kevés segítséget nyújtott. Példálódzó jelleggel kinyilvánította, hogy ezen a címen semmisnek minősülhet az a szerződés, amelyet „jogszabály ugyan nem tilt, de

¹²²² SCHMOECKEL: *id. m.* 79.

¹²²³ Ezt hangsúlyozza, egyébként a tényállás elemeinek minősítése révén jól védhetően például a 1234/2005. BH.

¹²²⁴ GELLÉRT: *id. m.* 731.

amelynek tárgya, vagy az általa elérni kívánt cél, a benne foglalt kötelezettségvállalás vagy érte ellenszolgáltatás felajánlása az általánosan elfogadott erkölcsi normákat, szokásokat nyilvánvalóan sérti, amely tehát az általános társadalmi megítélés szerint is egyértelműen tisztességtelennek és elfogadhatatlannak tekinthető.”¹²²⁵ Úgy tűnik tehát, hogy a magyar jogalkotó ott tartott, ahol német megfelelője a 20. század elején: a társadalom erkölcsi állapotát homogénnek és tisztázottnak tekintette, az erkölcs képlékenynek tűnő fogalmát egy jogi vákuumfogalommal, az „általános társadalmi megítéléssel” cserélte le és további segítségül két nehezen körülhatárolható fogalmat, a tisztességtelenség és az elfogadhatatlanság fogalmait adta.

A Legfelsőbb Bíróság az Indokolás nyújtotta példalódzó jellegű felsorolást dogmatikailag zártabbá tette, amikor kijelentette, hogy egy szerződés vagy a jogügylet tartalmánál, joghatásánál fogva vagy a felek által elérni kívánt közös cél miatt nyilvánulhat a jóerkölcsbe ütköző szerződésnek.¹²²⁶ Ezért is különös, hogy egy későbbi eljárás során¹²²⁷ az LB szemet hunyt a felperesek keresetének azon kérelmén, amely egyes távhőrendszer üzemeltetésére és beruházásaira szóló szerződések semmisségének megállapítását azon az alapon kérte, hogy a szerződéskötést megelőző pályázati eljárás, illetve a pályázatok elbírálása során az alperesek jóerkölcsbe ütköző magatartást tanúsítottak. A kérés érdekessége, hogy nem a jogügylet tárgyát, joghatását vagy célját, hanem a prekontraktuális periódusban tanúsított magatartást kérdőjelezte meg, ezzel a jóerkölcs fogalmi dimenzióit a jóhíszeműség és tisztesség elve, illetve a *culpa in contrahendo* felé tágította. Véleményem szerint a Ptk. 200. § (2) bekezdésének a szerződéskötést megelőző folyamatokra való kiterjesztése indokolatlan. Az LB a felülvizsgálati eljárásban a felperes ezen kérelmét a másodfokú ítéletet hozó bíróság érdemi ellenérvei alapján utasította el. Ténylegesen megvizsgálta azon körülményeket, hogy egy közműre vonatkozó pályázati eljárásban, ha a kiíró az elbírálásra vonatkozó összeférhetlenségi szabályokat előre nem határozta meg, illetve a pályázatok értékelését végző bizottság személyi összetételét nem hozta a pályázók tudomására, a jóerkölcsbe ütközik-e. Természetesen más a helyzet akkor, ha egy pályáztatási folyamat során, a pályáztató megbízottja, mint közvetítő tisztességtelenül kiadja a rábízott bizalmas információkat az egyik pályázónak és erre vonatkozóan megállapodásokat kötnek.¹²²⁸ Ekkor maga az egyébként titkos információk kiadására vonatkozó megállapodás lesz jóerkölcsbe

¹²²⁵ Ld. az 1994. évi XIV. törvény Indokolását.

¹²²⁶ BH 2001/10, sz. 473.

¹²²⁷ BH 1234/2005.

¹²²⁸ BH 1997/5. sz. 241. Ebben az ügyben akár a jogszabályba ütközés is felmerülhetett volna, hiszen a megbízott a Ptk. 474. § (2) bekezdése alapján a megbízó érdekének megfelelően lett volna köteles eljárni.

ütközés alapján semmis, mint erkölcstelen, a pályázat törvényi rendeltetését meghiúsító joghatású ügylet, és nem a pályázat sikeres lezárását követő, az alapján kötött szerződések. E közmű-ügyben eljáró másodfokú bíróság érvelésének további érdekessége, hogy az ítéletábra, dogmatikailag kissé helytelenül, a jóerkölcs vizsgálata során hivatkozott arra, hogy az alpereseket jogszabály vagy más előírás nem kötelezte a fenti, felperesek által megjelölt információk nyilvánosságra hozatalára. E kijelentés szükségtelen, hiszen ha lett volna ilyen jogszabály, akkor a szerződés érvénytelenségét jogszabályba ütközés miatt, a Ptk. 200. § (2) bekezdés első mondata alapján kellett volna megállapítani. Az ügyben a felperes rávilágított, hogy a mai napig nem született olyan elvi határozat, amely a kérdéses normában szereplő jóerkölcs fogalmát, vagy legalább azokat a szempontokat meghatározza, amelyeket a jogszabályhely értelmezésénél a bíróságok alkalmazni kötelesek.

VI.10 A jogösszehasonlító vizsgáldás eredményei

Összehasonlító munkánkknak több hozadéka van. Megfigyelhettük, hogy a jó erkölcsök szerepének fontossága egy adott jogrendszerben nem függ attól, hogy a magánjogi kódexben milyen rendszertani szinten helyezkedik el. A francia *Code civil* a magánjog élére állítja a normát, a német a szerződési jog általános részében helyezi el, mégis ez utóbbi jogrendszerben bír nagyobb jelentőséggel. A törvénykönyvekben való előfordulások mindhárom esetben római jogi hagyományokat közvetítenek. A francia jogban az erkölcstelen feltételek, a német jogban a jogalap nélküli gazdagodás, a magyarban pedig a jogforrási katalógusban szerepeltetés ilyen reminiscencia. Láthattuk továbbá, hogy a *boni mores* diaadalítja a közeljövőben sem szűnik meg a nemzeti jogrendszerekben, a készülő új törvénykönyvek mind meg kívánják őrizni a fogalmat. Igen eltérőek voltak a vizsgált jogrendszerekben a fogalomhoz kapcsolódó dogmatikai problémák (a francia jogban a *cause-tan*, a németben a *Drittwirkung*), ami azért meglepő, mert a norma felhasználási területeiben, változásaiban és céljában nagyfokú hasonlóságot konstatálhattunk. Mindez bizonyosságul szolgál, hogy a dogmatikai eltérések nem feltétlenül eredményezik eltérő eredmény megvalósulását. KÖTZ európai szintű összevetés után a jó erkölcsökbe ütköző ügyletek három fő típusát különítette el.¹²²⁹ Az elsőt a családi élet és a szexuálmorál, a másodikat a személyes és gazdasági döntési szabadságot korlátozó ügyek, a harmadikat pedig törvényi előírások sérelme képezi. Mint láttuk, eltérő hangsúlyokkal ugyan, de ezen esetkörök mindhárom jogrendszerben megtalálhatóak. Franciaországban a rendkívül hangsúlyos helyen található

¹²²⁹ KÖTZ, HEIN—FLESSNER, AXEL: *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen: Mohr 1996, 237.

generális klauzula ellenére a fogalom jóval kisebb jelentőségű, mint az értéknormákra történetileg érzékenyebb német jogrendben. A 6. cikkely hatalmat ad a bíró kezébe, hogy az elébe kerülő megállapodásokról értékítéletet alkosson.¹²³⁰ Sok ítéletet lehetne erre a cikkelyre alapozni,¹²³¹ de a francia bíró német kollégájánál önmegtartóztatóbb szerepre van kényszerítve,¹²³² amelyből csak mostanában kezdi magát kiszabadítani. Sokszor ez az önmegtartóztatás farizeus tulajdonságnak minősül, mint például a Chronopost-ügyben,¹²³³ ahol egy postai szállítmányok expressz továbbítására szakosodott cég kizárta felelősségét a késedelmes kézbesítésért. A bíróság a szerződéses klauzula aránytalanul egyoldalú alkalmazását (*usage leonin*) nem a kézenfekvő 6, hanem az 1131. cikkelyre alapozta.

Mindezzel együtt a német trendeknek megfelelően Franciaországban is a generális klauzulák felvirágzásának lehettünk szemtanúi.¹²³⁴ A versenyt korlátozó megállapodások megítélése a *bonnes mœurs* hatókörébe került,¹²³⁵ a munkaszerződésben felvett cölibátus-klauzulával egyetemben.¹²³⁶ A változások dogmatikai háttérében a szerződés fogalmának megváltozása áll. A szerződés klasszikus koncepciója, miszerint az egyenrangú, *affectio contractus*-szal rendelkező felek között létrejött, a jogrend által elismert, általános társadalmi hatásokkal járó kooperációs eszköz,¹²³⁷ idejétműlttá vált. A szolgáltatás és ellenszolgáltatás közötti aránytalanságokat a francia jogban eddig a *causa* hiányának megállapításával kezelték, ma a jogalkalmazás inkább a *Code civil* 1131. és 1133 cikkelyeit hívja segítségül.¹²³⁸ Az objektív igazságosságra utaló olyan elcsépelet szófordulatok, mind a szerződés természete vagy a szerződési ökonómia szubjektív értelmezés révén realizálhatóak.¹²³⁹

A generális klauzulák mindhárom vizsgált jogban szubszidiárius természetűek, JUNG szerint¹²⁴⁰ a hiányos törvényi szabályozás pótlására és kiegészítésére szolgálnak, a *lex specialis derogat lege generali* elve alapján. Ez az elv azonban a bírói, *contra legem* jellegű jogalkotás eseteiben megtörik, amire példa a francia bíróságok engedékenysége a házasságtörő viszonyokban adott ajándékok vonatkozásában, a házasságra vonatkozó speciális jogszabályi előírások ellenére.

¹²³⁰ RIPERT, GEORGES—BOULANGER, JEAN: *Traité élémentaire de Droit civil d'après le Traité de M. Planiol*, II, 1952⁴, Paris: LGDJ, 42.

¹²³¹ CARBONNIER, JEAN: *Flexible droit. Pour une sociologie de droit sans rigueur*, Paris: LGDJ 2001¹⁰, 95.

¹²³² Szerződési egyensúlytalanságok esetében a közjogban például inkább az előre nem láthatóság elméletét (*théorie de l'imprévision*) alkalmazzák.

¹²³³ Cass. com. 1996. október 22.

¹²³⁴ GHESTIN, JACQUES: *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris: LGDJ 1993, 255-ös margószám.

¹²³⁵ SERRA, YVES: *La validité de la clause de non-concurrence*, D. 1987, 113skk.

¹²³⁶ COIRET, NICOLE: *La liberté du mariage au risque des pressions matérielles*, RTD civ. 1985, 63skk.

¹²³⁷ THIBIERGE-GUELFUCCI: *id. m.* 357, 369.

¹²³⁸ Cass. civ. 1996. július 3. = RTD civ. 1996, 903sk.

¹²³⁹ JUNG: *id. m.* 56.

¹²⁴⁰ JUNG: *id. m.* 56.

A magyar jogban mind a francia, mind a német jogra jellemző karakterisztikumok érezhetőek. A franciához hasonlít a jóerkölcs és közrend fogalmának hol kifejezett, hol lappangó megkülönböztetése, de a klauzula körébe vont tényállásokat inkább a német esetkörök alapján látszik kiépíteni. Ennek megfelelően a jóerkölcs fogalmának tárgyi hatálya meglehetősen széles, illetve inkább gazdasági és vagyoni jellegű ügyeket sorol ide, kevésbé jellemző a szexuális morállal kapcsolatos kérdések felvetése a magyar jogalkalmazásban. Talán a piacgazdaság éretlenségének tudható be, hogy a nemzetközi trend ellenére a magyar jog nem érvényteleníti a közeli hozzátartozók bizonyos típusú kezességvállalásait. Ugyanakkor megfigyelhettük, hogy a jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét kimondó klauzula a magánjogi rendszerváltás egyik eszközének bizonyult, és fontos szerepet kapott egyes privatizációs ügyletek érvénytelenítésében. A magyar jogtudományban MENYHÁRD monográfiája és a második világháború előtti magánjogi tradíciók újjáéledése révén a német modell nyert teret, miszerint elsősorban a bírói gyakorlat által képzett esetcsoportokat kell figyelembe venni, illetve ennek hiánya esetén a jogrend által közvetített értékrendet. E véleményével MENYHÁRD ugyan „sikeresen elkerüli mind az etika és a jog határainak elmosódását felidéző nézetek Scylláját, mind pedig a nihilista pozitívizmus Charybdisét”,¹²⁴¹ de nem ad választ arra az alapkérdésre, hogy milyen megfontolások állnak egy esetcsoport létrejötte vagy épp elmúlása mögött. Ezen lényegi kérdésre a választ, véleményünk szerint, csak szélesebb történeti és elméleti alapokon nyugvó elemzés útján lehet megadni, azaz a normativitást szükségszerűen okozati vizsgálódásokkal kell kiegészíteni.

Talán legérdekesebb megállapításunk volt, hogy a jó erkölcsök fogalmának kiüresedésével, de mindenesetre módosulásával járó nehézségekre az egyes jogrendszerek eltérő típusú válaszkísérletekkel próbálkoznak, a végeredmény, azaz a morál „elrendiesedése” és új térrétegek (gazdasági élet, bioetika) való megjelenése megegyezik. A franciák a problémák kezelését inkább jogon kívüli, filozófiai eszközök jogba történő implantálásával képelnék el, míg a németek merev dogmatikai szemléletüknek megfelelően inkább az esetcsoportok képzésének további finomításában látnák a megoldást. A jó erkölcsök amortizálódásának jelei Magyarországon még kevésbé érezhetőek, de nagyon valószínű, hogy a társadalmi homogenitás közeljövőben történő radikális megváltozásával ezen kérdések akut módon fognak hazánkban is jelentkezni.

¹²⁴¹ Amint ezt FÖLDI ANDRÁS: *Gondolatok a jóerkölcsbe ütköző szerződésekről Menyhárd Attila monográfiája kapcsán*, Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest 42 (2005), 220 megfogalmazta.

VII. Generális klauzulák az európai magánjogban

VII.1 Bevezetés

Jelen fejezet az európai magánjog generális klauzulái által felvetett hatásköri és módszertani kérdésekkel foglalkozik. A központi témát egy, az ezen normák speciális különállását érzékeltető, az aktuális állapotot leíró rész vezeti be és egy másik, a jövőbeni kilátásokkal és trendekkel foglalkozó rész zárja le.

Már lehet találkozni jogtudósokkal, akik találtak olyanokkal, akikről az hírlik, látták már az európai szerződési jogot.¹²⁴² Ezt látszik igazolni az európai szerződési joggal kapcsolatos jogszabálygyűjtemények, *case bookok*, általános monográfiák, sőt metodológiai szakmunkák egyre növekvő száma. Azonban a szó klasszikus értelmében vett európai magánjog még nem létezik. Jelenlegi állapota a pluralizmus és a töredékesség fogalmával jellemezhető. A jogi szabályozási szintek (vagy ontológiai értelemben vett jogforrások) pluralizmusa a nemzeti és nemzetfölötti valamint nemzetközi kooperáció együttes jelenlétéből fakad. A közösségi szervek, a tagállamok, valamint az azok többségére érvényes nemzetközi szerződéseken alapuló intézményi rezsimek egyaránt részt vesznek a magánjog formálásában.¹²⁴³ A jogi szabályozási fórumok policentrikusak és többnyire szubtilis hierarchikus szabályok rendezik egymáshoz való viszonyukat, korlátozott mértékben igaz ez még a közösségi és tagállami szintek kapcsolatára is. Az európai magánjog materiális jogforrásai szintén pluralisztikusak,¹²⁴⁴ a különféle szabályok, direktívák, rendelkezések, ajánlások mellett több nagy befolyással bíró *soft law*-t találunk, amelyek közül a széles elfogadottságra szert tett *PECL*¹²⁴⁵ valamint a vitatottabb *DCFR* a legfontosabb. A közösségi jog töredékesítését másrészt a közösségi jog pontszerű, vertikális és szektorjellegű beavatkozásai okozzák. A ma már legalább húsz magánjogi tárgyú irányelv hatása is dezintegratív jellegű.¹²⁴⁶ Ez a fajta jogalkotás részben a jelenlegi politikai konstellációból fakad, legfőbb gyengéi a

¹²⁴² VOGENAUER, STEFAN: The Spectre of a European Contract Law, in: VOGENAUER, STEFAN—WEATHERILL, STEPHEN: *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford: Hart 2006, 1.

¹²⁴³ DECKERT, MARTINA: Paradigmenwechsel im Privatrecht. Vom Punktuellen zum Systematischen, in: FURRER, ANDRES: *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern: Stämpfli 2006, 87.

¹²⁴⁴ BASEDOW, JÜRGEN: Grundlagen des europäischen Privatrechts, *JuS* 2/44 (2004), 93—94.

¹²⁴⁵ A PECL elfogadottságáról ld. ZIMMERMANN, REINHARD: The Principles of European Contract Law: Contemporary Manifestation of the Old and Possible Foundation for the New European Scholarship of Private Law, in: FAUST, FLORIAN—THÜSING, GREGOR (ed.): *Beyond Borders: Perspectives on International and Comparative Law. Symposium in Honour of Hein Kötz*, Köln: Carl Heymanns 2006, 141sk.

¹²⁴⁶ A legfontosabb magánjogi aktusok, köztük irányelvek felsorolását adja RIESENHUBER, KARL: *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin: De Gruyter 2003.

koncepcionális bizonytalanság és inkoherencia.¹²⁴⁷ Ezt az egységesítés szempontjából amúgy is kedvezőtlen helyzetet tovább nehezíti, hogy az irányelvek tagállami jogba történő átültetése újabb divergenciákhoz vezet.¹²⁴⁸

Az európai magánjog építménye egyes részleteinek elszórt és különböző mértékben kidolgozott szárnyai legfeljebb sejtetni engedik az esetleges jövőbeni épület kontúrjait. A különöstől az általánosig tartó építkezés¹²⁴⁹ során kiemelt szerepet játszhatnak a generális klauzulák, amelyek a részletek áthidaló rendszerépítés legjobb eszközének számítanak. Hagyományos szerepük azonban egy erőteljesebb harmonizációs impulzus esetén megfordulhat, és állami szintű funkciójukkal ellentétben éppen a meglévő eltérő nemzeti értékrendszerek derogációjához vezethetnek.¹²⁵⁰

A rendszerépítési törekvéseknek szupranacionális szinten más elveket kell követniük, mint tagállami szinten. Másrészt az európai magánjog jelenleg nélkülözi a teljesség igényére való törekvést.¹²⁵¹ E két tényező a generális klauzulák működését és értelmezését alapvetően befolyásolja, hiszen tagállambeli értéktartalmuk jó része másodlagossá válik a mindenkori közösségi jogalkotó jogegységesítési koncepciójának függvényében. Az absztrakció ezen szintjén ennek megfelelően úgy tűnik, hogy a közösségi generális klauzulák értelmezése során a harmonizáció ezen fázisában elsősorban a teleologikus interpretáció eszközét kell alkalmazni. A teljesség hiányára vonatkozó állítás csak fenntartásokkal igaz. Az európai kötelmi jog két legfontosabb területén, a határokon átnyúló vállalkozási ügyletek és versenykorlátozások területén a jogközelítési folyamat lezártnak tekinthető.¹²⁵² Lényeges, hogy a közösség a magánjog területén többnyire *ius strictumot* alkot, azaz kevésbé szól be a felek szabad jogmeghatározása alá eső területekbe. A generális klauzulák közvetítő médiumán keresztül azonban a merev uniós jog „beszivárog” a *ius dispositivum* szférájába is. Egyes vélemények szerint az integráció logikáját egyre inkább a magánjog logikájának kell felváltania, azaz a jogegységesítés teleologikus célját a klasszikus magánjogi gondolkodásnak kell egye inkább háttérbe szorítania.¹²⁵³

¹²⁴⁷ E problémát már meglehetősen korán felismerte HOMMELHOFF, PETER: *Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung*, *AcP* 192 (1992), 71—102.

¹²⁴⁸ SMITS, JAN: *Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe*, in: GRUNDMANN—STUYCK (Hrsg.): *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague 2002, 388sk.

¹²⁴⁹ NÖRR: *id. m.* 58skk.

¹²⁵⁰ LIMMER, PETER: *Europäisches Privatrecht. Das Ende des Zeitalters der einheitlichen Zivilrechtskodifikation?* *MittBayNot* 1999, 326sk.

¹²⁵¹ GRUNDMANN, STEFAN (Hrsg.): *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrecht. Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Schuldvertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000.

¹²⁵² GRUNDMANN, STEFAN: *Europäisches Schuldvertragsrecht. Struktur und Bestand*, *NJW* 1/53 (2000), 23.

¹²⁵³ DECKERT: *id. m.* 95; GRUNDMANN: *id. m.* 394.

A generális klauzulákkal kapcsolatos leggyakoribb kétely a fokozott bírói hatalom kérdése. A folyamatosan kompetencia-kérdésekkel küzdő közösségi bíróságoknak a szabadabb mozgástér kifejezett előnyt jelenthet. Minél nagyobb azonban a bírói hatalom, annál fokozottabb figyelemmel kell kísérnünk a jogalkalmazás módszertanát és a bírói jogértelmezés folyamatát. A generális klauzulák által felvetett hatásköri és módszertani kérdések összekapcsolódnak, és nyilvánvalóvá válik, hogy a konkretizálás problematikájának első rétege kompetenciális jellegű.¹²⁵⁴

VII.2 A generális klauzulák értelmezésével kapcsolatos hatásköri kérdések

Az európai jogalkotónak nincs általános felhatalmazása a magánjog területén, az Európai Bíróság nem számít az unió legfőbb polgári bíróságának, a mintegy harminc nemzeti és regionális (Skócia, Katalónia) magánjogi diskurzus tovább folytatódik, szűkre szabva az egységesítési folyamat lehetőségeit.¹²⁵⁵ Az európai uniós jog és ezen belül magánjog alakulását több, az unió felépítéséből és a tagállamok közötti politikai alkufolyamat mindenkori állásától függő alapelv befolyásolja. Ezek közül három érdemel itt külön említést, a korlátozott felhatalmazás tana, a szubszidiaritás valamint az arányosság elve.

Az államok totális szuverenitásával ellentétben az Unió hatásköre egyedi, részleges meghatalmazásokon alapul.¹²⁵⁶ Az uniós alapszerződés tartalmaz ugyan egy meglehetősen tágan megfogalmazott feladatlistát és körülírja az elérni kívánt célokat¹²⁵⁷ a közös piactól kezdve a nők és férfiak egyenjogúságán át a fogyasztóvédelemig, de a konkrét hatáskör és feladatok önálló értelmezés tárgyai maradhatnak. A célok és feladatok között számos, a magánjog szempontjából is fontos elemet találunk.

A szubszidiaritás elve¹²⁵⁸ az 1993-as maastrichti szerződés óta része az európai szintű jogalkotási folyamatnak. Az uniós szervektől minden esetben megköveteli annak mérlegelését, vajon a kérdéses célok elérése a tagállamok szintjén hatékonyan elérhető-e. Csak nemleges válasz esetén kerülhet sor uniós szintű szabályozásra.

¹²⁵⁴ RÖTHEL, ANNE: Die Konkretisierung von Generalklauseln, in: RIESENHUBER, KARL: *Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, Berlin: De Gruyter 2006, 214.

¹²⁵⁵ EIDENMÜLLER, HORST—FAUST, FLORIAN—GRIGOLEIT, HANS CHRISTOPH—JANSEN, NILS—WAGNER, GERHARD—ZIMMERMANN, REINHARD: *Der Gemeinsame Referenznahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, JZ 11/LXIII (2008), 529.

¹²⁵⁶ EGK-szerz. 5. cikk. (1) bek.

¹²⁵⁷ EGK-szerz. 2—4. cikk.

¹²⁵⁸ EGK-szerz. 5. cikk. (2) bek.

Az arányosság elve¹²⁵⁹ szintén az uniós szervek központi hatalmát gyöngítő elv, uniós szabályozás esetén is a lehető legtöbb mozgástér biztosítását követeli meg a tagállamok számára.

A gyakorlatban ezen alapelvek nem bénítják meg az uniós szervek munkáját, amelyek egyébként megelégszenek az elvekre történő kötelességszerű hivatkozással és a szükségesség és arányosság követelményeinek különösebb indoklás nélküli megállapításával.¹²⁶⁰ PFEIFFER inkább metaforikus mint tudományos képét átfogalmazva¹²⁶¹ kijelenthető, hogy az európai magánjog jelenlegi fejlődésének folyamata nagyban hasonlít egy generális klauzula konkretizálásának folyamatához, amennyiben egy általános célkitűzést mind legiszlatív mind jogalkalmazási szinten lépésről-lépésre történő interpretáció révén kíván megvalósítani.

A tág, sok esetben politikai jellegű célkitűzések csupán irányokat jeleznek, de megvalósításuk érdekében előírják a tagállamok és az unió közös felelősségét. A döntés a feladatok valódi megosztásáról pedig hangsúlyos mértékben a közösségi szervek kezében van, amely konkrét hatáskörét az EK Alapszerződés harmadik, a közösség politikáiról szóló részében található előírásokra alapozza. Ezek közül kiemelkedik a 94. cikkely, amely a közös piac megvalósítása érdekében előírja a tagállamok jogrendjének közelítését. E fogalom tág értelmezése tulajdonképpen korlátlan hatáskört biztosít a közösség számára a magánjog területén, amely alól olyan, a piaci viszonyoktól távoli jogágak sem vonhatják ki magukat, mind a családi- vagy öröklési jog.¹²⁶² A norma két szempontból szenved korlátozást. Egyrészt egyhangú döntési mechanizmusnak van alávetve, másrészt minden esetben hátraszorul a 95. cikkely belső piacra vonatkozó speciális rendelkezéseivel szemben. E norma megelégszik a többségi rezsimmel, de a négy alapszabadság biztosítására és a versenykorlátozások kiiktatására szorítkozik. A belső piac 1998-as megvalósítása óta az erre a cikkelyre való hivatkozás egyre keményebb ellenállásba ütközik, de a magánjog területén eddig alig vonták kétségbe a

¹²⁵⁹ EGK-szerz. 5. cikk. (3) bek.

¹²⁶⁰ Erről ld. részletesebben HUBER, STEFAN: Europäische Beweisufnahmeverordnung (Eu BVO), in: GEBAUER, MARTIN—WIEDMANN, THOMAS (Hrsg.): *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Erläuterung der wichtigsten EU-Verordnungen*, München (inter alia): Richard Boorberg 2005, 1337skk.

¹²⁶¹ PFEIFFER a *common law* egészét egyetlen generális klauzulának tekintette, ld. PFEIFFER, THOMAS: Die Generalklausel auf der Agenda der europäischen Privatrechtsangleichung, in: BALDUS, CHRISTIAN—MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München: Sellier 2006, 28. A generális klauzulák szerepéről az angol jogban pontosabb áttekintést ad DAWSON, JOHN P.: *The General Clauses, Viewed From a Distance*, *RabelsZ* 3/41 (1997), 441—456, valamint WHITTAKER, SIMON: Theory and Practice of the 'General Clause' in English Law: General Norms and the Structuring of Judicial Discretion, in: GRUNDMANN, STEFAN—MAZEAUD, DENIS: *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Hague: Kluwer Law Int. 2006, 57—76.

¹²⁶² FRANZEN, MARTIN: *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin—New York: Gruyter 1999, 78sk.

közösség erre alapozott kompetenciáját. További egyedi felhatalmazásokat találhatunk többek között a fogyasztóvédelem,¹²⁶³ a nemzetközi magán- és eljárásjog,¹²⁶⁴ a társasági jog¹²⁶⁵ és a munkajog¹²⁶⁶ területén.

E rövid áttekintésből is jól érzékelhető, hogy a közösség magánjogi kompetenciái többnyire generális felhatalmazásokon alapulnak, amelyek értelmezése egyedi aktust igényel és a körülményektől függően dinamikusan változhat. A közösségi jogalkotó is előszeretettel támaszkodik az általános felhatalmazásokra a speciális előírásokkal szemben, mint például a fogyasztóvédelmi irányelv esetében, amelyet elsősorban nem a konkrétan erre a területre vonatkozó 153, hanem a sokkal általánosabb 95. cikkelyre alapozott.¹²⁶⁷

E felvázolt helyzet szinte automatikusan kódolja a generális klauzulák gyakori közösségi szintű alkalmazását. E normák egyrésztől lehetőséget adnak kompromisszumok megkötésére, megfelelő rugalmasságot biztosítanak a szubszidiaritás és arányosság elvének érvényesüléséhez a közösségi célok elérésének sokszor csak látszólagos megvalósítása érdekében. Másrészt biztosítják a jogalkotás kontinuitását abban a tekintetben, hogy normatív tartalmuk a jövőben szinte tetszés szerinti mértékben szigorítható vagy éppen lazítható, sőt ami talán még fontosabb, képesek a közösség politikai fejlődésének elasztikus lekövetésére, amennyiben az értelmezésük során irányadó alapelvek és jogi-kulturális értékek változásával felhasználási körük is az igényeknek megfelelően változhat.

A hatáskörrel kapcsolatos másik lényeges kérdés, hogy a generális klauzulák által delegált jogalkotási jellegű döntési szabadság a tagállamok vagy az Európai Bíróság bírait illeti-e meg?¹²⁶⁸ Az Európai Bíróság kompetenciája mind intézményi, mind anyagi szempontból védhető. Intézményi szempontból a közösségi bíróság értelmezési jogköre (az előzetes eljárás keretében az alapszerződés 234. cikkely (1) bek. b pontja alapján) és az alapszerződés 220. cikkelyében gyökerező jogfejlesztési kompetencia mindennapi realitásnak számít. Ez az intézményi lehetőség azonban nem jelent *in concreto* felhatalmazást egy adott norma tartalmának konkretizálására. Az irányelvi szabályozással meghagyott tagállami döntési

¹²⁶³ EGK-szerz. 153. cikk.

¹²⁶⁴ EGK-szerz. 65. cikk.

¹²⁶⁵ EGK-szerz. 44. cikk. (2) bek.

¹²⁶⁶ EGK-szerz. 136skk. cikk.

¹²⁶⁷ GEBAUER, MARTIN—WIEDMANN, THOMAS: *Zivilrecht und europäische Integration. Entwicklung des Europäischen Privatrechts. Zuständigkeiten, Organe und Gesetzgebungsverfahren der EU. Europäische Verfassung. Zukunftspläne*, in: GEBAUER, MARTIN—WIEDMANN, THOMAS (Hrsg.): *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Erläuterung der wichtigsten EU-Verordnungen*, München (inter alia): Richard Boorberg 2005, 11.

¹²⁶⁸ Ez a kérdés az utóbbi időszakban különösen élesen Németországban vetődött fel. Ld. RIESENHUBER, KARL: *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin: De Gruyter 2003, 75, valamint RÖTHEL: id. m. 215skk.

szabadság, a szubszidiaritás elve és a konkretizáláshoz szükséges közösségi mércék hiánya a közösségi bíróság végső értelmezési kompetenciája elleni érvek. A hatáskör vindikálása a Közösség részéről legegyszerűbben a jogharmonizációs szándék közvetlen kinyilvánításával valósulhat meg. Jó példa erre a fogyasztói javak adásvételével kapcsolatos irányelv,¹²⁶⁹ amelynek kifejezett célja egy egységes fogyasztóvédelmi minimumszint megteremtése volt. Emellett az egyértelmű fogalmakhoz hasonlóan, abból kell kiindulnunk, hogy a nyitott, értelmezésre váró jogi kifejezések tartalmának konkretizálása a közösségi jogalkalmazó hatáskörébe tartozik. E főszabály alól kivételt képeznek azon normák, amelyek speciális, nemzeti értékrendekre utalnak, mint például a közrend vagy a jó erkölcsök fogalma. A közösségi jogalkotó néhány esetben kifejezetten az eltérő tagállami értékítéletek tisztázására tett kísérletet, mint az elektronikus kereskedelemmel kapcsolatos irányelv esetében.¹²⁷⁰

Az érvek és ellenérvek egyensúlya miatt szükséges a hatáskör megosztása a közösségi és a tagállami bíróságok között. A generális klauzulák konkretizálásával kapcsolatos bírósági döntések száma igen csekély. A legtöbb figyelemben részesített szekunder jogi közösségi generális klauzula, a fogyasztókkal kötött szerződésekben alkalmazott tisztességtelen feltételek (93/13/EGK irányelv 3. cikkely (1) bek.) konkretizálásával is csak három döntés, az *Océano* és a *Freiburger Kommunalbauten* valamint a *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*¹²⁷¹ foglalkozott. Az *Océano*-ügyben az EB a spanyol bíróság kérdésfeltevésén túlmenően nemcsak a bíróság illetékességéről szóló klauzula visszaélészerű használatáról döntött, hanem a vitatott klauzulát tartalmi szempontok alapján is vizsgálta és a kérdéses irányelv fenti szakasza alapján visszaélészerűnek minősítette. A *Freiburger Kommunalbauten*-nel kapcsolatos ügyben a bíróság már jóval szofisztikáltabb sémát vázolt fel és egyúttal hatásköri kérdésekre is pontosabb választ adott. A döntés értelmében az EB feladata az alapszerződés 234. cikkelye értelmében, hogy a konkretizálásra szoruló klauzula értelmezéséhez szükséges általános kritériumokat megállapítsa, az azonban már a tagállami bíróságok hatásköre, hogy ezen általános alapelveket a konkrét klauzulára alkalmazzák. Az *Océano*-döntésben mindez csak azért történhetett másként, mert ott a klauzula visszaélészerű alkalmazása kivételesen minden további vizsgálódás nélkül egyértelmű volt a szerződés körülményeiből és a tagállami jogban kifejtett hatásából.

VII.3 A generális klauzulák konkretizálásának módszertani sajátosságai az Európai Unióban

¹²⁶⁹ 1999/44/EK

¹²⁷⁰ 2000/31/EK

¹²⁷¹ A Bíróság 2006. október 26-i ítélete.

A generális klauzulák értelmezése körében központi jelentőségű kérdésként merül fel, hogy miből meríti a tagállambéli jogalkalmazó azon kategóriákat, amelyeket a nemzeti illetve szupranacionális generális klauzulák értelmezése során felhasználhat?¹²⁷² Másrészt az európai jog bírása milyen szempontokat tart szem előtt egy-egy generális klauzula értelmezése során? E kérdések természetesen összefüggnek. Mind a tagállambéli jogrendszerek, mind az európai jog él a generális klauzulák nyújtotta jogalkotásbeli technikai lehetőségekkel. A *Marleasing*-döntés¹²⁷³ óta a tagállami jog, a generális klauzulákat beleértve, a közösségi joggal összhangban értelmezendő. A közösségi jog, illetve jogalkalmazás pedig sok esetben a tagállam mérlegelés körébe utalja vissza az értékítélet problémáját. Ennek következtében elméletileg a generális klauzulák mögött rejtő társadalmi értékek három eltérő síkon kerülhetnek konfliktusba: egy tagállamon belül, a tagállamok között, illetőleg a tagállam és az unió között.

A helyzetet bonyolítja, hogy az azonos vagy hasonló elnevezésű generális klauzulákban szereplő értékfogalmak (például a jóerkölcs, *die gute Sitten*, *les bonnes mœurs*) nem feltétlenül bírnak azonos jelentéssel és funkcióval egy tagállamon belül sem, nemhogy tagállamok között vagy az unió jogában. A jogszabályok fordítása is értelmezésbeli különbségekhez vezethet, sokszor azonban nem a fordítás ténye, hanem annak inkonzisztenciája, vagy éppen az eredeti jogalkotás gyengeségei okozzák a nehézségeket.

A terminológiai nehézségek mellett az első komolyabb dogmatikai probléma a viszonyítási alap kérdése. Az interpretáció egységes, szigorúan előírt technikai folyamat esetén is csak azonos értelmezési alap elfogadásakor vezet azonos eredményre. Európában mára az abszolút, isteni kinyilatkoztatáson vagy a klasszikus természetjogi megfontolásokon alapuló értelmezési alap idejétmúlttá vált. Helyét a normatív adottságokat szem előtt tartó, közvetett értéktartalmú, az eseti érték- és érdekmérlegelés szükségességét anyagi értéknek elfogadó, autopoietikus értelmezési alapok vették át. Ennek megfelelően az értelmezés bázisát a tagállamok esetében a jog normatív tartalma mögött álló, a mindenkor társadalmi valóságból táplálkozó ezért folyamatosan változó értékrendszer biztosítja. Ez az értékrendszer azonban még a tagállamok saját magánjoga esetében sem egységes, hanem antagonisztikus ellentétpárok dinamikus küzdelmének függvénye. A magánjog három alapvető ellentétpárját AUER az individualizmus–kollektívizmus, a jogbiztonság–egyedi igazságosság valamint a bírói szabadság és megkötöttség pólusalkotó fogalmaiban határozta meg. E teória

¹²⁷² Hasonló kérdést vet fel BALDUS: *id. m.* 3.

¹²⁷³ A Bíróság 1990. november 13-i ítélete.

szemléletesen fogalmazta újra a korábbi, lényegileg hasonló tartalmú elméleti megközelítéseket, például BYDLINSKI az igazságosság, jogbiztonság és célszerűség hármására épülő jogeszmé (*Rechtsidee*) fogalmát. E felfogásokat a magánjog bevett elméleti modelljeinek tekinthetjük. A generális klauzulák korábbi értelmezési modelljei, például TEUBNER recepciós, transzformációs és delegációs funkcióval bíró sémája tudatosan vagy önkéntelenül mind erre a klasszikus alapra vonatkoztatva kerültek kidolgozásra.

A generális klauzulák mind materiális, mind formális értelemben csak egy adott jogi regulációs erőterben képesek működni. Az adott kontextusból, például egy tagállam normatív rendjéből kiragadva jelentőségüket és értelmüket veszítik. Materiális értelemben a generális klauzulák *per definitionem* adott jogi, kulturális és társadalmi értékekhez rögzítettek. A különböző jogi, társadalmi és morális háttér következtében a tagállamokban eltér az egyes generális klauzulák értéktartalma és értékintenzitása is. Úgy tűnik azonban, hogy az Európai Unió jogeszméje jelenleg eltér a tagállamokétól, ennek következtében a generális klauzulák régebbi értelmezési sémái is részben használhatatlanok. A szokásos interpretációs eszközök fontossági hierarchiája európai szinten megváltozik,¹²⁷⁴ a teleológiai aspektus a többi rovására megerősödik, hiszen az egységes piac illetve szabályozási tér megteremtése, mint cél tekinthető a közösségi jogalkotás és jogalkalmazás alapvető mozgatórugójának. Az eltérő módszerekből eredő problémák a joggyakorlat során elsősorban a jogbiztonság és harmonizáció konfliktusának köpönyegében jelentkeznek.

Mindezek ellenére már az EU is rendelkezik a generális klauzulák konkretizálásához szükséges jogi materiával. Az emberi jogi konvenció, a tervezett alkotmány, az alapszerződésből kiolvasható alapértékek, mint a diszkrimináció tilalma és az alapvető szabadságok mind ilyen interpretációs mankónak tekinthetőek. A közösségi másodlagos jog is számos támpontot biztosít már, és az Európai Bíróság korántsem merítette még ki az ebben rejlő lehetőségeket.¹²⁷⁵

Az értelmezési alappal, mind materiális dimenzióval és az értelmezés módszerével kapcsolatos fejtegetések után az értelmezés formális, technikai folyamatát kell górcső alá vennünk. E tekintetben a generális klauzulák szükségességének oka, felhasználásuk terjedelme és gyakorisága, értelmezésük módja szintén nagyban eltér az egyes nemzeti jogrendszerekben. Németországban például dogmatikai szempontból a formális szubszumpciós ideál jelenlétének következtében, történelmi szempontból pedig a BGB társadalomképe és a valós szociális változások közötti diskrepancia miatt volt illetve van

¹²⁷⁴ BYDLINSKI: *Möglichkeiten*, 219.

¹²⁷⁵ PFEIFFER: *id. m.* 33.

nagyobb szükség e normák használatára. Franciaországban a generális klauzulák visszafogott használata dogmatikai szempontból a normához kevésbé kötött értelmezési technikák jelenléte magyarázza.¹²⁷⁶ Az Egyesült Királyságban a generális klauzulák szerepe a jóval nagyobb bírói értelmezési szabadság következtében egészen eltér a kontinensen megszokottól,¹²⁷⁷ és csak a legutóbbi időben mutatkoznak a közeledés jelei.¹²⁷⁸

Az érthetőség kedvéért művileg értelmezési alapra és az értelmezés folyamatára kettéválasztott megismerési folyamat a valóságban egy egységes és megbonthatatlan hermeneutikus kört alkot. Ennek érzékeltetéséhez a legegyszerűbb, ha a generális klauzulák német jogrendben bevett, itt leegyszerűsített formában bemutatott értelmezési sémáját vesszük alapul. A német jogrendben e normák konkretizálása induktív módon, úgynevezett esetcsoportok (*Fallgruppen*) képzése révén valósul meg.¹²⁷⁹ A bevett interpretációs kánon alapján a generális klauzulák tartalmát sorrendben az alkotmányos értékek, általános jogi-etikai alapelvek, a bevett szokások, erkölcsi-etikai nézetek, végül az egyéni bírói megítélés alapján kell meghatározni.¹²⁸⁰ Az egyes szinteken az igazodási pontnak kiválasztott jogi normák értelmezése javarészt a klasszikus, SAVIGNY-féle értelmezési kánont követi.¹²⁸¹ Ez a kánon a maga nyelvi, történeti, rendszertani s teleologikus megközeítéseiével szervesen kötődik a tagállamok több vonatkozásban eltérő, sok esetben hasonló jogi kultúrájához. A klasszikus értelmezési kánon használhatóságának mérséklődése következtében elkerülhetetlen egy közösségspecifikus módszertan kidolgozása.¹²⁸² Nyilvánvaló, hogy a tagállamok közötti történelmi, kulturális azonosságok és a nagymértékű társadalmi-jogi konvergencia az értelmezési szintek felsőbb rétegeiben könnyebben, az alsóbb szinteken nehezebben vezet azonos vagy hasonló eredményre. Az egyes értelmezési formák hierarchiája a tagállami jogrendszerekben is kérdéses, közösségi szinten csak a teleologikus értelmezés elsőbbsége tételezhető nagyobb bizonyossággal. BALDUS szerint mind a szűkebb (a tényleges jogalkotói szándék) mind a tágabb (történelmi tapasztalatra támaszkodó) történeti értelmezés marginális jelentőséggel bír az uniós normák értelmezése során, és ugyanez mondható el a norma

¹²⁷⁶ PFEIFFER: *Die Generalklausel*, 29.

¹²⁷⁷ WHITTAKER: *id. m.* 58.

¹²⁷⁸ WHITTAKER: *id. m.* 70.

¹²⁷⁹ SACK, ROLF: § 138, in: HABERMANN, NORBERT (Red.): *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier—de Gruyter 2003, 227—498.

¹²⁸⁰ BYDLINSKI: *id. m.* 203.

¹²⁸¹ BALDUS, CHRISTIAN: Historische und vergleichende Auslegung im GPR. Zur Konkretisierung der geringfügigen Vertragswidrigkeit, in: BALDUS, CHRISTIAN—MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München: Sellier 2006, 4—5.

¹²⁸² RÖTHEL, ANNA: *Die Konkretisierung von Generalklauseln*, in: RIESENHUBER, KARL (Hrsg.): *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin: De Gruyter 2006, 277.

szóhasználatára, azaz a grammatikai elemzésre vonatkozóan is.¹²⁸³ Véleményét csak akkor fogadhatjuk el, ha különbséget teszünk a szűkebb historikus értelmezés eredményeképpen megállapított jogalkotói szándék és a norma funkciója között. Ez a megkülönböztetés a közösségi jog jelenlegi állapotában még korai, hiszen a kettő jelenleg javarészt egybeesik, és az egyes közösségi jogi rendelkezéseket funkciójuknak, a jogegységesítés megvalósításának megfelelően kell értelmezni. A klasszikus kánon alkalmazhatóságának hiányosságaiból fakadó értelmezési lakúnak a jogösszehasonlító módszer fokozottabb alkalmazásával mérsékelhetőek. A *Freiburger Kommunalbauten* elnevezésű ügyben¹²⁸⁴ például az EB utalt arra, hogy a jogi kérdéssel érintett direktíva függelékében egy példálódzó jellegű lista segíti a nemzeti jogalkalmazót annak eldöntésében, hogy egy szerződési kikötést az egyik fél visszaélészerűen alkalmazott-e. Önmagában az a tény, hogy egy klauzula szerepel a listában nem jelenti feltétlenül, hogy tilalmazott, de a felsorolás a másik oldalról is nyitott, tehát nem tartalmaz minden lehetséges visszaélészerű kikötést. További segítség, hogy a bírónak a fogalmak magyarázata során a kötelelem tárgyára, a szerződéskötésre vezető körülményekre, illetve a szerződés nemzeti jogrendszerben várható hatására kell figyelemmel lennie.

VII.4 A jó erkölcsök az EU jogában

A már említett terminológiai nehézségek jól érzékelhetőek a jó erkölcsök fogalmával kapcsolatban is. Az Európai Unióról szóló szerződés 30. cikkelye nyitja meg a konfúzió hosszú sorát, amennyiben több nyelvben összemosisni látszik a közrend és a jó erkölcsök fogalmát: *public morality*, *öffentlichen Sittlichkeit*, *moralité publique*, *moralità pubblica*, *offentlige sædelighed*, valamint *közerkölcs*. A jogalkotói cél talán a bevett és nemzetspecifikus asszociációkkal terhelt terminusok elkerülése lehetett, azonban ennek következetesen keresztülvitele sikertelen maradt. Az európai parlament és tanács tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatról¹²⁸⁵ szóló irányelvének német verziójában a technikus értelmű *gute Sitten und Anstand* kifejezést, más nyelvi verziókban pedig más jelentésű és hétköznapi kifejezéseket (ízlés és illem, *taste and decency*, *boun gout et bienséance*, *buon gusto e decenza*, *smag og anstændighed*) találunk. Egy ajánlás főszövege¹²⁸⁶ csak az erkölcsi értékeket (*moralische Werte* és *moral values*) említi, ennek ellenére a német nyelvű verzió egyes számú ajánlásában újra a jogi műszónak számító *gute Sitten*-t olvashatjuk. Pontosabban illeszkednek egymáshoz

¹²⁸³ BALDUS: *id. m.* 8—9.

¹²⁸⁴ A Bíróság 2004. április 1-i ítélete.

¹²⁸⁵ 2005/29/EK

¹²⁸⁶ 2006/952/EK

az egyes nemzeti nyelvi verziók, ha a közösségi jogalkotó egy terminust hangsúlyozottan technikus értelemben használ. Ezt tapasztaljuk az ipari szabványokkal kapcsolatos bizottsági rendeletben,¹²⁸⁷ amely a közrend és közerkölcs fogalmait alkalmazta. Ezt az összetett kifejezést hűebben adja vissza például a német *gute Sitten und öffentliche Ordnung*, a francia *qu'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs*,¹²⁸⁸ az olasz *contrasta con l'ordine pubblico o di buon costume* és a dán *offentlig orden eller sædelighed*. Az angol terminológia érdekesképpen nem a várt *public order* vagy *public policy*, hanem *accepted principles of morality*. A nem elhanyagolható tudományos elismertséggel rendelkező tervezet, a *Principles of European Contract Law* két kiemelt fontosságú generális klauzulát, a jóhiszemőség és tisztesség elvét (*Treu und Glauben, good faith*)¹²⁸⁹, valamint a közrend-közerkölcsöt (*fundamental principles*)¹²⁹⁰ is tartalmazza. Noha ez utóbbi csupán a tagállamok által elfogadott alapvető princípiumokra vonatkozik, a tudományos irodalomból nyilvánvaló, hogy generális klauzula természetű, amennyiben szélesebb társadalmi kontextusra, valamint az európai emberi jogi konvencióra utal és a családi élet és erkölcs korszerű megítélhetőségét hivatott szolgálni.¹²⁹¹ Talán a jóhiszemőség és tisztesség elvének nagyobb mértékű nemzetközi tudományos kidolgozottsága és joggyakorlatban tapasztalható bevettsége okozta, hogy e generális klauzula már a *PECL*-ben túllépte saját nemzeti viszonyok között megszokott kereteit és általános alapelveként kezd funkcionálni.¹²⁹² Ezt a folyamatot a *DCFR* tetézte azzal, hogy mellékletében az alapvető elvként felfogott *good faith* fogalmát – szerencsétlen módon – erőteljesen erkölcsi összefüggésrendszerbe helyezte.¹²⁹³ E rövid áttekintésből is jól látható, hogy a körültekintő jogösszehasonlító elemzések nélküli, pusztán grammatikai értelmezés nem nyújt jelentős segítséget a közösségi jogszabályok értelmezése során. A terminológiai különbségek élét valamelyest tompítja, hogyha az értelmezés alatt a szabály értelmének megtalálását értjük,¹²⁹⁴ és kevésbé ragaszkodunk merev szemantikai szempontokhoz.

A szemantikai vizsgálatot követően a fogalom tartalmi kérdéseivel kell foglalkoznunk. Az EGK-szerződés 30. cikkelye meghatározza azok jogcímeit, amelyek a tagállamok közötti

¹²⁸⁷ 876/2007/EK

¹²⁸⁸ Ld. a *Code civil* 6. cikkelyét.

¹²⁸⁹ PECL 1:201 cikk.

¹²⁹⁰ PECL 15:101 cikk.

¹²⁹¹ MACQUEEN, HECTOR: Good faith, in: MACQUEEN, HECTOR—ZIMMERMANN, REINHARD: *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh: University Press 2006, 73.

¹²⁹² MACQUEEN: *id. m.* 72.

¹²⁹³ Lásd a *DCFR* II.7:301 cikkelyt: 'Good faith and fair dealing' refers to an objective standard of conduct. 'Good faith' on its own may refer to a subjective mental attitude, often characterised by an absence of knowledge of something which, if known, would adversely affect the morality of what is done.

¹²⁹⁴ BALDUS: *id. m.* 3.

áruforgalomban megengedhető korlátozásokat jelenthetnek. Ezek között a közerkölcs is szerepel. A normához kapcsolódó leghíresebb ügyben, a *Henn and Darby*-ben¹²⁹⁵ a Bíróság foglalkozott azzal a kérdéssel, hogy a tagállamokban érvényesülő eltérő jogi szabályozás esetén, a közerkölcsre való hivatkozással, a kereskedelmi tilalmak igazolhatóak. A tényállás szerint egy cég pornográf sajtótermékeket szállított Hollandiából az Egyesült Királyságba, amelyek kereskedelme ott illegálisnak számított.¹²⁹⁶ Az ítélet tüzetesebb tanulmányozása esetén világossá válik, hogy a Bíróság ugyan az eltérő jogi szabályozásra utalt, azonban az a konkrét esetben nem a pozitív jog betű szerinti eltérése jelentette a lényegi különbséget, hanem a pozitív jogban megbúvó, értékkitöltésre váró fogalmak (*indecent or obscene*) tartalma. Ezen a szabályozást generális klauzulává avató kifejezések funkciója pedig a közerkölcs, a *public morality* védelme volt, amely határainak pontos meghatározása, mint láttuk, tagállami feladat.¹²⁹⁷

VII.5 A generális klauzulák jövője az Európai Unió magánjogában

Az európai szerződési jog fejlődésében¹²⁹⁸ a legújabb előrelépést a Bizottság 2004-i közleménye alapján 2008 elejére elkészült *Draft Common Frame of Reference* jelentette.¹²⁹⁹ A tagállamok tudósainak részvételével készült tervezet az európai magánjog eddigi két nagy fejlődési ága, az európai jogalkotási folyamat (a hatályos *aquis*) valamint a szerves, jogtudományi fejlődés (melynek legfőbb gyümölcse a PECL volt) keresztesződési pontjában helyezkedik el.¹³⁰⁰ Önmagát politikától mentes, akadémia tervezetként határozza meg, nyilvánvalóan *imperio rationis* és nem *ratio imperii* kíván érvényesülni. E törekvésnek ellentmondanak az Európai Parlament¹³⁰¹ és a Bizottság¹³⁰² állásfoglalásai, amelyek eltérő

¹²⁹⁵ A Bíróság 1979. december 14-i ítélete.

¹²⁹⁶ Az ügyre vonatkozóan részletesebben ld. TATHAM, ALLAN: *EC Law in Practice. A Case-Study Approach*, Budapest: HVG-Orac 2006, 306—308.

¹²⁹⁷ Természetesen e jogositvány nem jelenti, hogy a tagállam önkényes módon korlátozhatja általa erkölcsellennek ítélt áruk szabad cirkulációját, mint az egy másik brit esetből, a *Conegate*-ügyből kiderült. Ld. a Bíróság 1986. március 11-i döntését, valamint TATHAM: *id. m.* 307—308.

¹²⁹⁸ Erről bővebben ld. MCKENDRICK, EWAN: *Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In*, in: VOGENAUER, STEFAN—WEATHERILL, STEPHEN: *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford: Hart 2006, 5—14.

¹²⁹⁹ BAR, CHRISTIAN VON—CLIVE, ERIC—SCHULTE-NÖLKE, HANS (ed.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Interim Outline Edition*, Munich: Sellier 2008.

¹³⁰⁰ PFEIFFER: *Die Generalklausel*, 31.

¹³⁰¹ Az Európai Parlament először egy 1989. májusi 26-i határozatban (C. 158/400) fejtette ki álláspontját.

¹³⁰² A Bizottság állásfoglalásairól jó áttekintést ad JANSSEN, NILS: *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität. Eine historische und methodische Bestandsaufnahme*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 2skk; valamint ZIMMERMANN, REINHARD: *European Contract Law: General Report*, EuZW 15/18 (2007), 459.

vehemenciával, de egyértelműen egy opcionális instrumentum létrehozásán fáradoznak, amelynek a *DCFR* központi darabját képezi.

A *DCFR* által kialakított szabályozási rezsím túlságos mértékben szélesíti ki a bírói kontrollt generális klauzulák és tág jelentéstartományú fogalmak pazarló felhasználása révén. Ezáltal egyrészt sérül a felek privátautonómiaja és az egyéni felelősség elve, másrészt a magánjog tovább materializálódik és bürokratizálódik. A tervezetben a *good faith* és ehhez szorosan kapcsolódva a *fair dealing* fogalma több, mint húsz alkalommal fordul elő, és szerepet kap a prekontraktuális tárgyalások, a szerződések értelmezése, a kötelezettség teljesítése, a követelési igény érvényesítése, a nemteljesítésből származó igények és a visszalépési jog gyakorlása során. A legkevésbé szerencsés a II.-1:102 (1) cikkely szabályozása,¹³⁰³ amely a jóhiszeműség elvét a szerződési szabadság korlátjául állítja. Ez a megoldás általános tartalmi kontrollra ad lehetőséget a bíró számára, és nagymértékben meghaladja az uniós jogban és a legtöbb európai államban a jóhiszeműség elvére és a törvényellenességre kalibrált bírói beavatkozások szokásos mértékét. Általános élel kijelenthető, hogy egy ilyen műfajú opcionális kódexnek világos, jól definiált speciális megoldásokkal kellene szolgálnia. A konfliktusok szabályozásának ebből fakadó esetleges igazságtalanságait legfeljebb egy-két magasabb rendszertani szinten elhelyezkedő generális klauzula tompíthatná. A tervezetben azonban a speciális jogszabályok dogmatikai tisztaságát nem kellőképpen definiált jogi fogalmak (különösen a *reasonable* és rokon megfelelői) zavarják, és az egyedi megoldásokat minduntalan a generális klauzulák bizonytalan alapértékeken nyugvó totális ellenőrzésének vetik alá. A generális klauzulák nem hézagpótló, szubszidiárius jellegű normaként, hanem általános érvényű minden szerződésre és kikötésre irányadó alapelvként funkcionálnak.

A tervezet hiányosságaira a széles európai diskurzus¹³⁰⁴ keretében kibontakozó heves kritika mutatott rá.¹³⁰⁵ Ennek következtében továbbra sem lehet tudni, milyen irányt vesz az európai szerződési jog és tágabban a magánjog fejlődése, és hogy mi lesz ebben a folyamatban a

¹³⁰³ [P]arties are free to make contract ... and to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing and any other applicable mandatory rules.

¹³⁰⁴ Ld. többek között a 2007. májusban megrendezett 4. *Europäischer Juristentag* európai szerződési jogról szóló, többek között Vékás Lajos előadását is magában foglaló közleményeit, amelyek a következő kötetben láttak napvilágot: 4. *Europäischer Juristentag*, Wien: Manz 2008.

¹³⁰⁵ Ld. többek között SCHULZE, REINER: *The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*, in: SCHULZE, REINER (ed.): *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich: Sellier 2008, 10sk; valamint EIDENMÜLLER, HORST—FAUST, FLORIAN—GRIGOLEIT, HANS CHRISTOPH—JANSEN, NILS—WAGNER, GERHARD—ZIMMERMANN, REINHARD: *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, JZ 11/LXIII (2008), 549; ERNST, WOLFGANG: *Der 'Common Frame of Reference' aus juristischer Sicht*, AcP 2-3/CCVIII (2008), 278—282; valamint PFEIFFER, THOMAS: *Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU. Der Gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht*, AcP 2-3/CCVIII (2008), 240—244.

DCFR szerepe. Egy egységes európai szerződési jogi kódex-szel kapcsolatos *pro* (a határon átnyúló kereskedelmi ügyletek és a sztenderd, formalizált szerződések számának növekedése) és *contra* (a különböző jog nem akadályozza a nemzetközi kereskedelemnek, a sokféleség erény, a harmonizáció káros mellékhatásokkal járhat) érvek kioltják egymást,¹³⁰⁶ a piac álláspontja pedig egy nagyszabású, professzionális felmérés adatainak tanúsága szerint egyértelműen elutasító.¹³⁰⁷ Mértékadó tudósok véleménye szerint még egy politikailag legitimált az alapelvekre szorító opcionális normaszöveg elkészítésre sem érett még az idő.¹³⁰⁸ Egy ilyen tervezet elkészítését egy intézményileg és eljárásilag jól meghatározott, szerves előkészületi folyamatnak kellene megelőznie, lehetőség szerint egy európai jogi intézet (*European Law Institute*) keretében.¹³⁰⁹

VII.6 Az uniós vizsgálódás eredményei

Mint láttuk, a generális klauzula, és a jó erkölcsök fogalmának értelmezését az európai jog fragmentáris szerkezete, az irányelveken alapuló szabályozási modell nehézségekkel terheli meg. Egyrészt a normák részletező felépítése, a kazuisztikus jogalkotási technika a jog rendszerjellegének következtében szinte kikényszeríti korrigáló jellegű generális klauzulák alkalmazását,¹³¹⁰ másrészt szinte lehetetlenné teszi az értelmezés kereteinek meghatározását. A generális klauzulák felhasználásának negatív korlátjait a speciális szabályok jelölik ki. Az intenzív közösségi jogalkotásnak köszönhetően a speciális szabályok folyamatos változásban vannak, így a generális klauzulák funkcióját és aktuális értelmezési mezejét csak az európai magánjog mindenkori állapotának függvényében lehet meghatározni.¹³¹¹

Fejtegetéseinkből az is jól látható, hogy az Európai Unióban az erkölcsre, és a jó erkölcsre való hivatkozások egyelőre nem valamiféle egységes, központi szintű szabályozási mezőre utalnak, hanem a tagállami értékrendre vonatkoznak,¹³¹² így tulajdonképpen kivételeket testesítenek meg a szabályozás egységes rezsimje alól. Ez annak ellenére így van, hogy e

¹³⁰⁶ MCKENDRICK, EWAN: Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In, in: VOGENAUER, STEFAN—WEATHERILL, STEPHEN: *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford: Hart 2006, 14—28.

¹³⁰⁷ A felmérésről ld. bővebben VOGENAUER—WEATHERILL: *id. m.* 105—148.

¹³⁰⁸ EIDENMÜLLER—FAUST—GRIGOLEIT—JANSEN—WAGNER—ZIMMERMANN: *id. m.* 550.

¹³⁰⁹ Ennek szükségességét hangsúlyozta többek között SCHMID, CHRISTOPH: *Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs*, JZ 13/LVI (2001), 679.

¹³¹⁰ PFEIFFER: *id. m.* 30.

¹³¹¹ PFEIFFER: *id. m.* 34.

¹³¹² Ld. RUIZ-JARABO COLOMER főtanácsnok 2006. május 16-i indítványát.

fogalmak már helyet kaptak a közösségi jogszabályokban.¹³¹³ E trendet a legújabb, a közösségi magánjogra vonatkozó tervezetek látszanak megtörni. Ezek számára a hatékony működéshez elemi szintű létfeltétel lenne egy többé-kevésbé egységes társadalmi, erkölcsi értékrend, amely alapján az egyes konkrét jogi normák kifejthetnék normatív funkciójukat. E szemléletváltozás újabb bizonyítéka a generális klauzulák funkcionális rugalmasságának. Az egységesítés jelenlegi fázisában a fékezés, a tagállami különbözőségek életben tartása, a harmonizáció egy következő fázisában pedig — a korábitól gyökeresen eltérően — egy egységes értékrend megteremtése lehet a feladatuk.

Mint tapasztaltuk, az EB minden további nélkül feljogosítva érzi magát a szekundérjogi generális klauzulák konkretizálására, és mindeközben nem tesz különbséget jogértelmezés és jogfejlesztés között. A konkretizálást azonban csupán egy absztrakt, általános szinten végzi el, a vitatott szerződési klauzulákra való konkrét alkalmazásuk, a tényleges körülmények, a tényállás vizsgálata már tagállami bírósági hatáskör.

Módszertani szempontból egyre nyilvánvalóbbnak látszik, hogy az egységes európai szerződési joghoz nem alapelveken és egységes szabályokon át vezet királyi út, hanem a nemzeti jogalkalmazások argumentációs készlete közös alapjainak feltárásán keresztül.¹³¹⁴ Az argumentáción alapuló egységesítés egyik szemléletes példája az alapvető jogok konvergenciája. E megfontolások következtében a generális klauzulák konkretizálásának módszere, amely a bírói interpretációnak a lehető legszélesebb terepet enged, központi szerepet tölt be ebben az egyszerre kognitív (mert az egységes jogértelmezés előfeltételeit tisztázó) és teleologikus (mert az egységes eredmény elérését szem előtt tartó) folyamatban.

¹³¹³ Például a 91/238/EK irányelvvel megváltoztatott 89/104/EK irányelvet a védjegyekről, és a Tanács 40/94/EK, 1994. december 20-i rendeletét a közösségi védjegyekről. Az erre vonatkozó esetjogról ld. GEELHOED főtanácsnok 2002. szeptember 10-i indítványát.

¹³¹⁴ SMITS, JAN: Contract Law in the European Union. Convergence or Not?, in: *4. Europäischer Juristentag*, Wien: Manz 2008, 45—65.

VIII. Összegzés

A bevezetésben foglalt célkitűzéseinknek megfelelően a tanulmányban először a generális klauzula kifejezéssel foglalkoztunk. A fogalom definiálásának nehézségeit jelentéstörténeti és jogelméleti vizsgálat segítségével oldottuk fel. Az előbbi a történeti valóságot tárta fel, azaz historikus megközelítésben elemezte azt a folyamatot, ahogy a kifejezés a római jogászok szaknyelvében megjelent, majd vizsgálta annak továbbélését a középkori, újkori és legújabbkori francia, német és magyar jogrendszerben. Ez önmagában, a kifejezés elterjedt és nem konzekvens használatából kifolyólag, nem tisztázhatott minden terminológiai kérdést. Ezért a használat, a praktikus alkalmazás mellett szükségünk volt arra, hogy a *terminus*ban rejlő teoretikus tartalmat a maga logikai tisztaságában pontosabban is megértsük. Rövid exkurzusunk a *genus–species* és az *egész–rész* ellentétpárok elemzésére ezt a célt szolgálta. E kategóriák benne rejlenek a generális klauzula kifejezésben. Mivel e vizsgálatot absztrakt szinten végeztük, elegendőnek és célravezetőnek látszott, hogy szemléltető példáinkat a római jogból merítsük. Ennek során megállapítottuk, hogy a generális klauzulák rendszerfüggősége kétirányú: tartalmukra egyaránt befolyással vannak a pozitív jog szabálmódosulásai és a társadalom erkölcsi értékítéletének mindenkori állapota.

A generális klauzula céljainknak megfelelő definíciójának meghatározását követően eddigi ismereteinket egy konkrét generális klauzula, a jó erkölcsökbe ütköző szerződések tilalmát kimondó norma vizsgálatára szűkítettük. Az első lépésben azt vizsgáltuk meg, hogy a római jog *boni mores* fogalma mikor tett eleget a generális klauzulákra vonatkozó kívánalmainknak, és arra a következtetésre jutottunk, hogy ez a klasszikus korban, Papinianus-nál megkezdődő folyamat a posztklasszikus korban, különösképp Paulus szentenciáiban tetőződött be. Mintegy mellékesen, számos egyéb tudományos eredményt is köszönhetünk a római jogi források vizsgálatának. Egyrészt rámutattunk arra a tényre, hogy a *boni mores* fogalma szoros összefüggésben fejlődött az *iniuria* tényállásának változásaival, és ez a tény az erkölcstelenség és jogellenesség összefüggéseinek korábban nem vizsgált aspektusaira irányította figyelmünket. Másrészt – szélesebb jogfilozófiai nézőpontból – fejtegetéseink nem voltak haszontalanok a jog és erkölcs viszonyának mélyebb megértése szempontjából sem. Hiszen az elemzett fragmentumok révén leképeztük azt a történeti folyamatot, amely során a *ius praetor* által vezérelt expanziójának köszönhetően egyre több, korábban a *mos* hatálya alá tartozó, azaz erkölcsi jellegű tényállással dúsult. Fejtegetéseink értéke, hogy ezt a folyamatot egy meglehetősen jól meghatározott történeti időszakban elhelyezve, a társadalmi-szociológiai és intézményi változások fényében, plasztikus módon mutatta be.

A következőkben a korai *ius commune* magánjogi irodalmában vizsgáltuk a *boni mores* szerepét. Elemzésünk fontos adalékul szolgált a középkori jogirodalom feldolgozásához, hiszen korábban erre az időszakra vonatkozó, összefoglaló jellegű szakmunka nem született, így munkánk jól kiegészíti a már létező, a későbbi fejlődési stádiumokra vonatkozó tudományos eredményeket. Következtetéseink erejét növelte, hogy azok közvetlenül primér forrásokon, a glossátorok és kommentátorok művein alapulnak. Módszertani érdekesség, hogy az egyes szerzők gondolatainak feldolgozása után a tudományos kutatáshoz nélkülözhetetlen szélesebb perspektívát a jogfilozófia eredményeinek a kazuisztikus megoldásokra történő alkalmazásával nyertük. Ennek során a magyar természetjogi szakirodalom eredményeire támaszkodtunk, és a neotomista szerzők feltételrendszerének jelenlétét vizsgáltuk meg egy prostitúcióval kapcsolatos töredékben. Ennek eredményeképpen megállapíthattuk, hogy a korabeli magánjogászok számára a *boni mores* mögött álló erkölcs az abszolút jellegű, keresztény értékrendet jelentette.

Ezt követte tanulmányunk legnagyobb kiterjedésű fejezete, az összehasonlító jellegű vizsgálat. A jogösszehasonlítást – a hazai irodalomban ritka kivételnek számító módon – előzetes módszertani keretek mentén, a RODOLFO SACCO által kidolgozott *formante*-tan segítségével, nyolc szempont alapján végeztük el. Az egységes metodika biztosította elemzésünk alaposágát, valamint azt, hogy a pozitív jogból nyert észrevételeinket szélesebb társadalmi összefüggésekbe helyezhettük. Ez a vizsgálat generális klauzula már említett kétirányú rendszerfüggősége miatt bírt kiemelt fontossággal. Kisebb jelentőségű dogmatikai azonosságok és eltérések konstatálása mellett megállapítottuk, hogy a fogalomértelmezés nehézségei mögött elsősorban nem jogi, hanem társadalmi, kulturális nehézségek rejtőznek. A jóerkölcs konkretizálásának feladatát a németek aprólékos dogmatikai bravúrokkal, a franciák inkább filozófia megfontolások vizsgálatával próbálták és próbálják megoldani, ennek ellenére megoldásaik számos azonosságot mutatnak fel. A magyar megoldást e tekintetben egyelőre az útkeresés és főképp a német hatások érvényesülése jellemezte.

A generális klauzulák, azon belül a jó erkölcsökre vonatkozó klauzula jövőbeni kilátásainak tárgyalásakor legcélravezetőbb médiumnak az Európai Unió szabályozás elemzése tűnt. Felismertük, hogy a jelenlegi közösségi jogi szabályozás egésze egyfajta generális klauzulaként fogható fel. Praktikusabb szinten ismertettük a klauzulák konkretizálásával kapcsolatos hatásköri problémákat, majd tudományos nívumként rámutattunk a generális klauzulák várható funkcionális változására a közösség magánjogában. Megállapítottuk, hogy a legnagyobb problémát az egységes európai értékrend, a normatív jog mögött meghúzódó, de annak hatékonyságát végső soron biztosító közös alap hiánya jelenti.

Ha végigtekintünk eddigi elemzésünkön, különös jelenségre figyelhetünk fel. A generális klauzulák és a jó erkölcsök természetének mélyebb megismerésére tett kísérleteink tulajdonképpen egy olyan hermeneutikus értelmezési rendszert alkotnak, amelyhez hasonlót ROBERT ALEXY vázolt fel a racionális diskurzusra alapított jogi érvelési elméletében. Ez a szerző a jogi argumentációt a gyakorlati vita egyik fajtájának tartotta.¹³¹⁵ A jogi érvelés fő céljának a helyességet, azaz a hatályos jogrendszerben ésszerűen megindokolható döntés elérését tekintette. Ennek érdekében belső és külső igazolási formákat különített el. Az utóbbihoz a pozitív jog szabályai, az empirikus tények, illetve a jogi argumentáció eszköztára tartozik. A jogi argumentáció eszköztárába pedig éppen pontosan azon eszközöket sorolta, amelyeket tanulmányunkban mi is alkalmaztunk: történeti, összehasonlító, dogmatikai érvelést, a logika szabályait és az interpretáció különféle módjait. Mindez azt jelenti, hogy fejtegetéseink egy nagy, egységes értelmezési folyamatnak foghatóak fel. Ez szilárd bizonyítékul szolgál arra nézve, hogy a praktikus jogi munkában a jogelméletileg tudatos jogtörténeti kutatás nélkülözhetetlen, hiszen egy jogi norma értelmezése előbb-utóbb ténylegesen is történeti és elméleti kérdésekhez vezethet el. A generális klauzulák esetében pedig inkább előbb, mint utóbb, tehetjük hozzá. Emiatt nem szabad lebecsülni a fáradságosnak tűnő jogtörténeti és a fennköltnek ható jogelméleti vizsgálatok gyakorlati hasznát. A jogösszehasonlítás módszertana pedig azzal a felismeréssel lehet gazdagabb, hogy egy jogfogalom (például a jó erkölcsök) szűk értelemben vett összehasonlítása szükségszerűen rendelkezik historikus és teoretikus aspektusokkal, illetve a másik oldalról megközelítve, hogy egy konkrét nemzeti fogalom értelmezése kényszerűen tágabb értelemben vett összehasonlító, azaz történeti és filozófiai szempontokkal gazdagított elemzés lesz.

Ha elemzésünket nem csak módszertani, hanem tartalmi egységbe is kívánjuk foglalni, szintén nagyon érdekes következtetésekre jutunk. Egyrészt feltárul előttünk a jó erkölcsökre vonatkozó klauzula történetileg kibontakozó ciklikussága.¹³¹⁶ Ez a körforgás hasonlatos ahhoz, amelyet MÁDL a felelősség fogalma kapcsán már tételezett, azzal a különbséggel, hogy a jó erkölcsök fogalomváltozásai már több cikluson túl lenni látszanak. Hiszen a római jogban a *boni mores* eredetileg jól körülhatárolható értékrendet, a társadalom elitjének morálját jelentette, azaz bizonyos értelemben szubjektíve objektív (objektív amennyiben egy társadalmi réteg erkölcsét jelentette, szubjektív amennyiben ez a réteg a társadalom csupán

¹³¹⁵ ALEXY, ROBERT: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991, 261—272.

¹³¹⁶ MÁDL FERENC: *A deliktualis felelősség a társadalom és a jog fejlődésének történetében*, Budapest: Akadémiai 1964. Kifejezetten a ciklikusságot említi PESCHKA VILMOS: A kártérítési felelősség morális és etikai kiüresedése, in: BÁN CHRISTA (et alia szerz.): *Ius privatum — Ius commune europae. Liber Amicorum. Studia Ferenc Mádl Dedicata*, Budapest: ELTE 2001, 219.

egy, viszonylag zárt csoportját alkotta) és relatív jellegű volt.¹³¹⁷ Később általános jellegű fogalommá vált a jogi szabályozó rendszer ellenében, azaz objektivitásának szubjektivitása csökkent. A középkorban a fogalom mögött a keresztény értékrend biztosított értelmezési segítséget, azaz objektív és abszolút jellegű volt (az abszolútum fogalmilag csak objektív lehet). Az újkorban, Franciaországban és Németországban visszatértek az eredeti római felfogáshoz, azaz egy társadalmi rend pozíciójának megerősítésére használták fel a fogalmat, azaz szubjektíve objektív rendszert vezettek be (lásd például az *Anstand*-formulát), amely mellől az abszolútum aspektusa egyre inkább elmaradozott. Napjaink Nyugat-Európájának multikulturális társadalmaiban az objektív morál kívánalma meglehetősen illuzórikusnak, az erkölcsi rend abszolút igénye pedig anakronisztikusnak minősül. Ezen egyre súlyosodó dilemmát csak a racionális diskurzus kereteiben, érdekmérlegelés révén lehetséges feloldani.¹³¹⁸ Azaz egy olyan ösztársadalmi vita keretében, amelyben mindenki részt vehet, minden állítást mindenki vitathat, kívánságát és szükségletét bármikor felvezetheti, azonban ahol álláspontját egyben mindenki indokolni is köteles. E feltételek egy demokratikus jellegű állami berendezkedés keretében tűnnek leginkább adottnak.¹³¹⁹

Itt visszakanyarodhatunk eredeti problémánkhoz, azaz a generális klauzulák, illetve a jó erkölcsök fogalmának konkretizálásához. A tanulmány alapján beláthatjuk, hogy végleges, anyagi jellegű válasz erre a kérdésre nem adható. Elképzelhető, hogy a társadalmi változások, az egzisztenciális és külső fenyegetések hatására az erkölcs újra valamiféle objektív, vagy éppen abszolút megközelítése jut primátusra. Válaszunk tehát kizárólag eljárási jellegű lehet.¹³²⁰

Induktív megközelítésben a korábbi jogalkalmazás által képzett esetcsoportok nyújthatnak eligazítást, de mint láthattuk, ezek önmagukban éppen a lényegi kérdésre, azaz a korábbi morális állásponttól való eltérés szükségességére nem tudnak feleletet adni. Ehhez mindenképp deduktív módszer szükséges. A kétfajta megközelítés egységét leginkább a megismételhetőség és megindokoltság követelményeivel tudományos szempontból elfogadható mértékben rendelkező praktikus diskurzuselmélet tűnik képesnek biztosítani. Ez a szinoptikus módszer legalább hozzávetőleges segítséget adhat a bírónak, különösen a

¹³¹⁷ Az ilyen típusú morált HART „pozitív erkölcsnek” (*positive morality*) nevezi. Az általam objektívnek és abszolútnak titulált erkölcsöt pedig „kritikai erkölcsként” (*critical morality*) írja le. Ld. HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS: *Jog, szabadság, erkölcs*, Budapest: Osiris 1999, 31.

¹³¹⁸ A racionalizmus és szabad diskurzus együttes alkalmazása segíthet bennünket, hogy elkerüljük azt a veszélyt, amerre már KANT is figyelmeztetett: „*Wenn man annimt, dass reine Vernunft einen praktisch, d. i. zur Willensbestimmung hinreichenden Grund in sich enthalten könne, so giebt es praktische Gesetze; wo aber nicht, so werden alle praktische Grundsätze blosse Maximen sein.*” Ld. KANT, KpV 5, 19.

¹³¹⁹ Megerősítőleg GRAF: *id. m.* 165—167.

¹³²⁰ Hasonló megfontolásra jutott más érvek alapján CSERNE: *Freedom*, 161.

legfelsőbb bírói fórumok ítéseinek, amikor egyedi értékítéletüket a generalizáció örök és megoldhatatlan kérdésével konfrontálják. A mindenkori jogásznak és különösen a jogalkalmazónak tudatában kell lennie a fogalomban rejlő változékonyságnak és ciklikusságnak, amely az értelmezés kereteit a szubjektív–objektív és a relatív–abszolút egyenesek által alkotott koordináta tengelyen bármelyik irányban kijelölheti és elmozdíthatja. Ezért a jó erkölcsök klauzulájának legfontosabb kódexbeli funkciója a figyelemfelhívás. A *boni mores* és nemzeti variánsai felkiáltójelek a jogkereső számára, hogy konkrét helyzetének, ittjének és mostjának, azaz tér- és időbeli kötöttségeinek tudatában, de a folyamatok dinamizmusának és változékonyságának ismeretében értelmezze a fogalmat és hozza meg ítéletét.¹³²¹

A jó erkölcsök mindenkori legfőbb funkciója az volt, hogy a számára kiszabott szűk körben megadja a lehetőséget a kor szellemének beáramlására a magánjog, illetve szűkebben a szerződési jog területére. Manapság, akkor járunk el helyesen, a kor szellemének megfelelően, ha ebben a generális klauzulában olyan kaput látunk, amely lehetővé teszi a bíró számára, hogy a társadalomtudományok legkorszerűbb eredményeit, illetve a jogfilozófia legújabb elméleteit, különösen a racionális diskurzus és az érdekmérlegelés tanát,¹³²² beengedje a jog zárt világába. Így lesz a helyes megértésből helyes bírói cselekedet.¹³²³

¹³²¹ A túlzottan nagy bírói szabadsággal kapcsolatos kételyeket meggyőzően erőtleníti el ENDERLEIN, WOLFGANG: *Abwägung in Recht und Moral*, München—Freiburg: Karl Alber 1992, 351—353.

¹³²² Erre vonatkozóan a régebbi magyar irodalomból ld. SOMLÓ BÓDOG: *Értékfilozófiai írások*, Kolozsvár—Szeged: Pro Philosophia, 1999, 165—169, valamint újabban ENDERLEIN: *id. m.* 281—368.

¹³²³ A „helyes megértés” (*richtiges Verstehen*) és a helyes cselekedet (*richtiges Handeln*) fogalmai CANARISTÓL származnak. Ld. CANARIS, CLAUS-WILHELM: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 1983², 147.

IX. Felhasznált irodalom

ALBANESE, BERNARDO: *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo: Università 1982

ALBANESE, BERNARDO: *Quattro brevi studi*, *Labeo* 46 (2000), 345—378.

ALEXY, ROBERT: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991

AMRHEIN, URSULA: *Die Vereinbarkeit der gerichtlichen Generalklausel mit der Gewalteinteilung*, München: Maschinenschr. 1958

ARANGIO-RUIZ, VINCENZO: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli: Jovene 1987¹⁴

ARMBÜSTER, CHRISTIAN—MAYER-MALY, THEO: § 138, in SÄCKER, FRANZ JÜRGEN: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München: Beck 2006⁵, 1642—1734.

AUER, MARIETTA: *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006

AUERT, MARION: *Die Generalklauseln im öffentlichen Recht*, Köln: Diss. 1960

BALDUS, CHRISTIAN: Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht. Zur Konkretisierung der geringfügigen Vertragswidrigkeit, in: BALDUS, CHRISTIAN—MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier 2006, 1—24.

BAR, CHRISTIAN VON—CLIVE, ERIC—SCHULTE-NÖLKE, HANS (ed.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Interim Outline Edition*, Munich: Sellier 2008

BÄHR, PETER: *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, München: Franz Vahlen 2004¹⁰

BECK, ALEXANDER: *Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Rechts*, in: *Festschrift Koschaker Paul*, I, Weimar: Böhlau 1939, 1—15.

BEHRENDTS, OKKO: *Ius und ius civile. Untersuchungen zur Herkunft des ius-Begriffs im römischen Zivilrecht*, in: LIEBS, DETLEF (Hrsg.): *Symptica Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht 1970, 11—58.

BENEDEK FERENC: *Római magánjog, Dologi és kötelmi jog*, Pécs: JATE 1995²

BÉNABENT, ALAIN: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Montchrestien 2007¹¹

- BERGEL, JEAN-LOUIS: *Méthodologie juridique*, Paris: PUF 2001
- BERMAN, HAROLD: *The Interaction of Law and Religion*, Nashville: Abingdon 1974
- BERTALDÓ ANDRÁS: *A jóerkölcsbe ütköző és a lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződések kapcsolatáról*, 2009 (OTDK-versenydolgozat, kéziratban)
- BESSENYŐ ANDRÁS: *Római magánjog, I, A római magánjog az európai jogi gondolkodás tükrében*, Budapest—Pécs: Dialóg Campus 2000²
- BETTINI, MAURIZIO: *Mos, mores und mos maiorum Erfindung der "Sittlichkeit" in der römischen Kultur*, in: BRAUN, MAXIMILIAN—HALTENHOFF, ANDREAS—MUTSCHLER, FRITZ-HEINER (Hrsg.): *Moribus antiquis res stat Romana. Römische Werte und römische Literatur im 3. und 2. Jh. v. Chr.*, München—Leipzig: Saur 2000, 303-325
- BIONDI, BIONDO: *Il diritto romano*, Bologna: Licinio Cappelli Editore 1957
- BIONDI, BIONDO: *Il Diritto romano cristiano, II*, Milano: Giuffrè 1952
- BIRD, OTTO: *The Idea of Justice*, New York—Washington—London: Frederick A. Praeger 1968
- BLEICKEN, JOCHEN: *Lex Publicia, Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin—New York: de Gruyter 1975
- BOER, WILLEM DEN: *Private Morality in Greece and Rome, Some Historical Aspects*, Leiden: Brill 1979
- BOLLEY, HEINRICH ERNST FERDINAND: *Entwürfe und Anträge zu einer umfassenden Civil-Gerichts- und Prozeßordnung für das Königreich Württemberg, II*, Stuttgart 1844
- BONFANTE, PIETRO: *Corso di diritto romano. La proprietà, II*, Milano: Giuffrè 1966
- BONFANTE, PIETRO: *Istituzioni di diritto romano*, Torino: Giappichelli 1957¹⁰
- BONNECASE, JULIEN: *La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français*, in *Études du droit civil à la Mémoire de Henri Capitant*, Paris: Dalloz 1939
- BOUDON, RAYMOND: *Penser la relation entre le doit et les mœurs*, in: *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris: Dalloz—PUF—Juris Classeur 1999, 11—24.
- BÖRNER, FRITJOF: *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*, Frankfurt (i. a.): Lang 1989

- BRASIELLO, UGO: *Sull' influenza del Cristianesimo in materia di elemento subbiiettivo nei contratti*, in: ARCHI, GIAN GUALBERTO (cura): *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano: Hoepli 1946, 503—570.
- BRAUN, MAXIMILIAN: *Moribus vivito antiquis: Bemerkungen zur Moral in Plautus' Trinummus*, in: BRAUN, MAXIMILIAN—HALTENHOFF ANDREAS—MUTSCHLER, FRITZ-HEINER (Hrsg.): *Moribus antiquis res stat Romana. Römische Werte und römische Literatur im 3. und 2. Jh. v. Chr.*, München—Leipzig: Saur 2000, 185-203
- BREYER, GERTRAUD: *Zu einem zentralen Begriff aus dem lateinischen Wortschatz der religiösen Sphäre*, in: AIGNER-FORESTI, LUCIANA (Hrsg.): *Die Integration der Etrusker und das Weiterwirken etruskischen Kulturgutes im republikanischen und kaiserzeitlichen Rom*, Wien: VÖAW 1998, 313—335.
- BRINK, HERMAN VAN DENK: *Ius fasque. Opmerkingen over de dualiteit van het archaisch-romeins Recht*, Amsterdam: Hakkert 1968
- BRÓSZ RÓBERT: *Az „osztható” és „oszthatatlan” dolgok fogalma a római jogban*, AUB, Budapest 8 (1966), 3—10.
- BRÓSZ RÓBERT: *Die Rolle der Gewohnheit (des Gewohnheitsrechts) im Laufe der Entfaltung und Entwicklung der longi temporis praescriptio(nes)*, Szeged 1985
- BRÓSZ RÓBERT—PÓLAY ELEMÉR: *Római jog*, Budapest: Tankönyvkiadó 1974
- BUCKLAND, WILLIAM WARREN: *A Manual of Roman private Law*, Cambridge: University Press 1953²
- BUCKLAND, WILLIAM WARREN: *Ritual Acts and Words in Roman Law*, in: *Festschrift Koschaker Paul*, I, Weimar: Böhlau 1939, 16—26.
- BUECKLING, ADRIAN: *Der Fluch der Generalklauseln*, Zeitschrift für Rechtspolitik 16 (1983), 190—194.
- BURDESE, ALBERTO: *Manuale di diritto privato romano*, Torino: UTET 1987³
- BUSNELLI, FRANCESCO DONATO: v. *clausola*, in: *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1960, VII, 184—251.
- BÜRGE, ALFONS: *Rechtsdogmatik und Wirtschaft. Das richterliche Moderationsrecht beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich. Bundesrepublik Deutschland, Schweiz, Österreich, Frankreich*, Berlin: Duncker & Humblot 1997

- BÜRGE, ALFONS: *Römisches Privatrecht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung, Eine Einführung*, Darmstadt: WBG 1999
- BYDLINSKI, FRANZ: Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklausen, in: BEHREND, OKKO—DIEBELHORST, MALTE—DREIER, RALF (Hrsg.): *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1990, 189—230.
- CABRILLAC, RÉMY: *Introduction générale au droit*, Paris: Dalloz 2001⁴
- CALABI LIMENTANI, IDA: *Studi sulla società romana: il lavoro artistico*, Milano—Varese: Ist. editoriale cisalpino 1957
- CANARIS, CLAUS-WILHELM: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 1983²
- CARBASSE, JEAN-MARIE: *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris: PUF 2000²
- COING, HELMUT: *Europäisches Privatrecht*, München: Beck 1989
- CARBONNIER, JEAN: *Droit civil, I-II*, Paris: Quodrigé—PUF 2004
- CATALA, PIERRE: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris: La documentation Française 2006
- CERAMI, PIETRO—PETRUCCI, ALDO: *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino: Giappichelli 2002
- COING, HELMUT: *Europäisches Privatrecht, I*, München: Beck 1985
- COING, HELMUT—HABERMANN, NORBERT: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier 1980
- CONSTANTINESCO, LÉONTIN-JEAN: *Rechtsvergleichung. Die rechtsvergleichende Methode, II*, Köln—Berlin—Bonn—München: Carl Heymanns 1972
- COSENTINI, CRISTOFORO: *Conditio impossibilis*, Milano: Giuffrè 1952
- CSEHI ZOLTÁN: *A civil társadalom szervezeteinek joga Magyarországon. Vázlat a nonprofit szféra szabályozásáról*, Budapest: Gondolat 2007
- CSEHI ZOLTÁN: 'A király megbetegedett': a szerződés lehetetlenül. Az idő dimenziója a lehetetlenülés körében — az időszakos lehetetlenülés problémája, in: *Liber Amicorum E. Lontai. Emlékkönyv Lontai Endre egyetemi tanár tiszteletére*, Budapest: ELTE 2005, 37—52.

CSEHI ZOLTÁN: *A magánjogi alapítvány. Történeti és dogmatikai alapok*, Budapest: Gondolat 2006

CSERNE, PÉTER: *Freedom of Choice and Paternalism in Contract Law: Prospects and Limits of an Economic Approach*, Hamburg: Diss. 2008

CSERNE PÉTER: *Szerződési szabadság és paternalizmus: adalékok a szerződési jog közgazdasági elemzéséhez*, Századvég 41 (2006), 41—78.

Cs. KISS LAJOS: A Jogszociológia után, in *Horváth Barna: A jogelmélet vázlatja*, Máriabesnyő—Gödöllő: Attraktor 2004, 245—255.

Cs. KISS LAJOS: A tragédia metafizikája a jogban, in: HORVÁTH BARNA: *A géniusz pere. Szókratész—Johanna*, Máriabesnyő—Gödöllő: Attraktor 2003, 210—238.

Cs. KISS LAJOS: *Megjegyzések a jog és művészet viszonyához*, *Iustum Aequum Salutare* 2 (2007), 13—18.

Cs. KISS LAJOS: Szabadság és kényszer. Horváth Barna szellemi pályája, in: HORVÁTH BARNA: *Angol jogelmélet*, Budapest: Pallas Stúdió—Attraktor 2001, 569—611.

CZYHLARZ KÁROLY: *A római jog institúciói*, Budapest: Grill 1914

DALLA, DANILO—LAMBERTINI, RENZO: *Istituzioni di diritto romano*, Torino: Giappichelli 2006³

DARMAISIN, STÉPHANE: *Le contrat moral*, Paris: LGDJ 2000

DAUBE, DAVID: *The Self-Understood in Legal History*, in: DAUBE, DAVID: *Collected Studies in Roman Law*, II, Frankfurt 1991, 1277—1289.

DAVERAT, XAVIER—MOZAS, PHILIPPE: *Communication et créations intellectuelles chronique n. XXXI (suite et fin)*, *Petites Affiches*, 82/396 (2007. április 24.), 7—16.

DAWSON, JOHN P.: *The General Clauses, Viewed From a Distance*, *RabelsZ* 3/41 (1997), 441—456.

DECKERT, MARTINA: Paradigmenwechsel im Privatrecht. Vom Punktuellen zum Systematischen, in: FURRER, ANDRES: *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern: Stämpfli 2006, 85—108.

DELI GERGELY: *A generális klauzulák mögöttes filozófiai és jogelméleti problémái*, *Jogtörténeti tanulmányok IX*, Pécs: PTE ÁJK 2008, 107—136.

- DELI GERGELY: *Észrevételek a jogi felelősség fogalmáról. A censori regimen morum mint a felelősségrevonás intézménye*, *Iustum, aequum, salutare* (2007) 159—177.
- DE RUGGIERO, ROBERTO: *Sul trattamento delle condizioni immorali e „contra leges” nel diritto romano*, *BIDA* 16 (1904) 162—192.
- DICKEL, GÜNTHER—SPEER, HEINZ: *Deutsches Rechtswörterbuch. Wörterbuch der älteren deutschen Rechtssprache*, VII, Weimar 1974—1983
- DIEDERICHSEN, UWE: *Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, Karlsruhe: Müller 1974
- DI FABIO, UDO: *Die Kultur der Freiheit*, München: Beck 2005
- DIÓSDI GYÖRGY: *A patrocinium egyes kérdései az egyiptomi papiruszok alapján*, Budapest: *Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest* 3 (1962), 181—198.
- DIÓSDI GYÖRGY: *A telki szolgalmak és a zálogjog keletkezéséről a római jogban*, Budapest: *Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest* 8 (1966), 91—108.
- DIÓSDI GYÖRGY: *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest: Akadémiai 1981
- DODDS, EREC ROBERTSON: *Die Griechen und das Irrationale*, Darmstadt: WBG 1970
- DWORKIN, RONALD: *Do We Have a Right to Pornography?* in: *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press 1985, 335—380.
- ECKERT, JÖRN: *Sittenwidrigkeit und Wertungswandel*, *AcP* 199 (1999), 337—359.
- EHRHARDT, ARNOLD: *Das Corpus Christi und die Korporationen im spät-römischen Recht*, *ZSS (Rom. Abt.)* 70 (1953), 299—347.
- EIDENMÜLLER, HORST—FAUST, FLORIAN—GRIGOLEIT, HANS CHRISTOPH—JANSEN, NILS—WAGNER, GERHARD—ZIMMERMANN, REINHARD: *Der Gemeinsame Referenznahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, *JZ* 11/63 (2008), 529—584.
- EL BEHEIRI, NADJA: *A censor tevékenységének büntetőjogi jellege*, in: *FS Molnár Imre zum 70. Geburtstag*, Szeged: Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának Tud. Biz. 2004, 39—43.
- EL BEHEIRI, NADJA: *A római censorok szerepe a res publica államrendszerének kiépítésében*, *Jogtörténeti Szemle* 1 (2005), 1—7.

- EL BEHEIRI, NADJA: *Die römische Zensur — Ein Entwicklungsgeschichtlicher Abriss*, Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae 2004
- ENDERLEIN, WOLFGANG: *Abwägung in Recht und Moral*, München—Freiburg: Karl Alber 1992
- ENGISCH, KARL: *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart: Kohlhammer 2005¹⁰
- ERNST, WOLFGANG: *Der 'Common Frame of Reference' aus juristischer Sicht*, AcP 2-3/108 (2008), 248—282.
- ESSER, JOSEF: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beitrag zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen: Mohr 1990⁴
- FAHRE-MAGNAN, MURIEL: *Les obligations*, Paris: PUF 2004
- FENOUILLET, DOMINIQUE: *La fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique*, in: CABRILLAC, RÉMY—LAQUETTE, YVES—DU CHAMBON, PATRICK MAISTRE—SIMLER, PHILIPPE: *Études offertes à Pierre Catala. La droit privé français à la fin du XXe siècle*, Paris: Litec 2001, 487—527.
- FIKENTSCHER, WOLFGANG—HEINEMANN, ANDREAS: *Schuldrecht*, Berlin: de Gruyter 2006¹⁰
- FIKENTSCHER, WOLFGANG: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, Tübingen: Mohr Siebeck 1976
- FLUME, WERNER: *Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn: Schöningh 1990
- FOUILLÉE, ALFRED: *L'idée moderne du droit en Allemagne en Angleterre et en France*, Paris: Hachette 1923²
- FÖLDI ANDRÁS: *A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig*, Budapest: Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest 9 (2001)
- FÖLDI ANDRÁS—HAMZA GÁBOR: *A római jog története és intézicíói*, Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 2008¹³
- FÖLDI ANDRÁS: *Kereskedelmi jogintézmények a római jogban*, Budapest: Akadémiai 1997
- FRANCIOSI, GENNARO: *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, III, Napoli: Jovene 1995

FRIVALDSZKY JÁNOS: *Klasszikus természetjog és jogfilozófia*, Budapest: Szent István Társulat 2007

FRANK IGNÁCZ: *A közigazság törvénye Magyarhonban*, Buda: Magyar Királyi Egyetem 1845

GAJA, GIORGIO: v. *Principi generali del diritto*, in: CALASSO, FRANCESCO (ed.): *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1960, 494—547.

GEBAUER, MARTIN—WIEDMANN, THOMAS: *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen*, Stuttgart—München (i. a.): Richard Boorberg 2005

GÉRAUD-LLORCA, EDITH: L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 61—79.

GHESTIN, JACQUES—JAMIN, CHRISTOPHE—BILLIAU, MARC: *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Paris: LGDJ 2001³

GHESTIN, JACQUES: *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris: LGDJ 2006

GOUBEUX, GILLES—GUYON, YVES—JAMIN, CHRISTOPHE—LAGARDE, PAUL—VINEY, GENEVIÈVE—WALINE, JEAN: *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris: LGDJ 2001

GRAF, GEORG: Das bürgerliche Recht und die Moral der Bürger. Überlegungen zum Verhältnis von Moral und Zivilrecht, in: BECK-MANNAGETTA, MARGARETHE—BÖHM, HELMUT—GRAF, GEORG: *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, Berlin—Heidelberg—London—Paris—Tokyo: Springer 1996, 163—206.

GRELLE, FRANCESCO: *La 'correctio' morum nella legislazione flavia*, in: ANRW, II, Berlin—New York: de Gruyter 1980, 340—365.

GRIDEL, JEAN-PIERRE: Le rôle de la cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit privé, in: *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruxelles: Bruylant 2005, 135—167.

GRUNDMANN, STEFAN: *Europäisches Schuldvertragsrecht. Struktur und Bestand*, NJW 1/53 (2000), 14—23.

GUARINO, ANTONIO: *Diritto privato romano*, Napoli: Jovene 2001¹²

GUARINO, ANTONIO: *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli: Jovene 1982

- GUARIGNO, ANTONIO: *Profilo del diritto romano*, Napoli: Jovene 1994⁸
- GUARIGNO, ANTONIO: *Storia del diritto romano*, Napoli: Jovene 1996¹¹
- GUTMANN, DANIEL: Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit?, in: *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris: Dalloz—PUF—Juris Classeur 1999, 329—341.
- GUTTERIDGE, HAROLD: *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge: University Press 1949
- HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln—Weimar—Wien: Böhlau 1998
- HÄGERSTROM, AXEL: *Das magistratische Ius in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte*, Uppsala: Almqvist & Wiksell 1929
- HALPÉRIN, JEAN-LOUIS: *L'impossible Code civil*, Paris: PUF 1992
- HAMZA GÁBOR: *Jogösszehasonlítás és antik jogrendszer*, Budapest: KJK 1998
- HAMZA, GÁBOR: *Wege der Entwicklung des Privatrechts in Europa. Römischrechtliche Grundlagen der Privatrechtsentwicklung in den deutschsprachigen Ländern und ihre Ausstrahlung auf Mittel- und Osteuropa*, Passau: Schenk 2007
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS: *Jog, szabadság, erkölcs*, Budapest: Osiris 1999
- HAUBELT, HORST WILHELM: *Konkretisierung von Generalklauseln*, München: Univ. Diss. 1978
- HAUG, FRIEDRICH WILHELM: *Ius und fas*, Berlin: Diss. 1996
- HAUSMANINGER, HERBERT—SELB, WALTER: *Römisches Privatrecht*, Wien—Köln—Weimar: Böhlau 2001⁹
- HEDEMANN, JUSTUS WILHELM: *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: Mohr 1933
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH: *A jogfilozófia alapvonalai, vagy a természetjog és államtudomány vázlat*, Budapest: Akadémiai 1971
- HEINRICH, CHRISTIAN: *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000

- HENFNER JÁNOS: *Római magánjog*, I, Pest: Heckenast Gusztáv 1855
- HOMMELHOFF, PETER: *Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung*, AcP 192 (1992), 71—102.
- HONDERICH, TED (ed.): *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford—New York: Oxford University Press 1995
- HONSELL, HEINRICH—MAYER-MALY, THEO—SELB, WALTER: *Römisches Recht*, Berlin—Heidelberg—London—Paris—Tokyo: Springer 1987⁴
- HONSELL, HEINRICH: *Römisches Recht*, Berlin (i. a.): Springer 1992²
- HÖLKESKAMP, KARL-JOACHIM: *Die Entstehung der Nobilität. Studeien zur sozialen und politischen Geschichte der römischen Republik im 4. Jhdt. v. Chr.*, Stuttgart: Steiner 1987
- HÖLKESKAMP, KARL-JOACHIM: Rez. BRAUN, MAXIMILIAN—HALTENHOFF ANDREAS—MUTSCHLER, FRITZ-HEINER (Hrsg.): *Moribus antiquis res stat Romana. Römische Werte und römische Literatur im 3. und 2. Jh. v. Chr.*, Stuttgart: Steiner 2000
- HORVÁTH BARNA: *Az erkölcsi norma természetete*, Máriabesnyő—Gödöllő: Attraktor 2005
- HUBER, STEFAN: Europäische Beweisaufnahmeverordnung (Eu BVO), in: GEBAUER, MARTIN—WIEDMANN, THOMAS (Hrsg.): *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Erläuterung der wichtigsten EU-Verordnungen*, München (i. a.): Richard Boorberg 2005, 1337—1426.
- JALUZOT, BÉATRICE: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris: Dalloz 2001
- JANSEN, NILS: *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität. Eine historische und methodische Bestandsaufnahme*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004
- JAUFFRET-SPINOSI, CAMILLE: Theorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romaniste, in: GRUNDMANN, STEFAN—MAZEAUD, DENIS: *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Hague: Kluwer Law Int. 2006, 23—39.
- JHERING, RUDOLF VON: *Der Zweck im Recht*, II, Hildesheim—New York—Wiesbaden: Breitkopf & Härtel, 1970⁴
- JHERING, VON RUDOLF: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1924⁸

- JUNG, PETER: Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht, in: BALDUS, CHRISTIAN—MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München: Sellier 2006, 37—61.
- JUNGWIRTH, JULIA: *NS-Restitutionen und Zivilrecht. Aspekte des Dritten RStG 1947*, Wien: Mainz 2008
- KAMANABROU, SUDABEH: *Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklausel*, AcP 202 (2002), 662—688.
- KASER, MAX: *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1949
- KASER, MAX: *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München: Beck 1971²
- KASER, MAX: *Das römische Privatrecht, II, Die nachklassischen Entwicklungen*, München: Beck 1975²
- KASER, MAX—KNÜTEL, ROLF: *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2005¹⁸
- KASER, MAX: *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, ZSS (Rom. Abt.) 59 (1939), 52—101.
- KASER, MAX: *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, ZSS (Rom. Abt.) 60 (1940) 95—150.
- KASER, MAX: *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, Tübingen: Mohr 1939
- KASER, MAX: *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien: VÖAW 1977
- KELEMEN LÁSZLÓ: *A jóhiszeműség és tisztesség a magánjogban*, Szeged: Ablaka György 1937
- KERÉNYI KÁROLY: *Halhatatlanság és Apollón-vallás. Ókortudományi tanulmányok 1918—1943*, Budapest: Magvető 1984
- KLUNZINGER, EUGEN: *Einführung in das Bürgerliche Recht*, München: Franz Vahlen 2007¹³
- KNÜTEL, ROLF—KASER, MAX: *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2005¹⁸
- KOMÁROMI LÁSZLÓ: *Elemente religiöser und moralischer Normensysteme in den Werken klassischer römischer Juristen* (kézirat)

- KONEK SÁNDOR: *Egyházzogtan kézikönyve. Különös tekintettel a magyar állam egyházi viszonyaira*, Budapest: Franklin 1903
- KOSCHAKER, PAUL: *Europa und das römische Recht*, München: Beck 1966⁴
- KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI, IGNACY: *Conventiones contra bonos mores dans le droit romain*, in: *Mélanges de droit romain dédiés a Georges Cornil*, II, Paris 1926, 15—35.
- KOVÁCS FERENC: *A magyar jogi terminológia kialakulása*, Budapest: Akadémiai 1964
- KÖHLER, HELMUT: *BGB. Allgemeiner Teil*, München: Beck 2007³¹
- KÖTZ, HEIN—FLESSNER, AXEL: *Europäisches Vertragsrecht, I*, Tübingen: Mohr 1996
- KRAMER, ERNST A: *Juristische Methodenlehre*, Bern: Stämpfli/München: Beck 2005²
- KRIPKE, SAUL AARON: *Naming and necessity*, Harvard: University Press 1970
- KUNKEL, WOLFGANG: *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln—Weimar—Wien: Böhlau 2001
- KUNKEL, WOLFGANG—SCHERMEIER, MARTIN: *Römische Rechtsgeschichte*, Köln—Weimar—Wien: Böhlau 2001¹³
- KÜBLER, BERNHARD: *Geschichte des römischen Rechts. Ein Lehrbuch*, Leipzig—Erlangen: Deichert 1925
- LABBÉE, XAVIER: *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Paris: PU de Septentrion 2002
- LARENZ, KARL—WOLF, MANFRED: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004⁹
- LARENZ, KARL—CANARIS, CLAUS-WILHELM: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin—Heidelberg: Springer 1995³
- LARROUMET, CHRISTIAN: *Droit civil. Les obligations, Le contrat*, III, Paris: Economica 2003⁵
- LATTE, KURT: *Religiöse Begriffe im frühromischen Recht*, ZSS (Rom. Abt.) 67 (1950), 47—61.
- LATTE, KURT: *Römische Religionsgeschichte*, München: Beck 1960
- LAVAND-LEGENDRE, BÉNÉDICTE: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Paris: PUF 2005

LÁBADY TAMÁS: *Alkotmányjogi hatások a készülő Ptk. szabályaira*, Polgári Jogi Kodifikáció 2/2000, 13—19.

LÁBADY TAMÁS: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*, Budapest—Pécs: Dialóg Campus 2002³

LENEL, OTTO: *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig: Bernhard Tauchnitz 1907

LENKOVICS BARNABÁS: A jog (de)moralizálása (Gondolatok a magzati élet védelméről), in: BÁN CHRISTA (et alia szerz.): *Ius privatum - Ius commune europae. Liber Amicorum. Studia Ferenc Mádl Dedicata*, Budapest: ELTE 2001, 169-182.

LEUZE, OSCAR: *Zur Geschichte der römischen Censur*, Halle: Neumeier 1912

LEVY, ERNST: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar: Böhlau 1956

LEQUETTE, YVES: Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins, in: *Le contrat au début du XXIe siècle: études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ 2001

LÉVY, JEAN-PHILIPPE—CASTALDO, ANDRÉ: *Histoire du droit civil*, Paris: Dalloz 2002

LIEBS, DETLEF: *Römisches Recht*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2004⁶

LINKE, BERNHARD—STEMMLER, MICHAEL: *Mos maiorum. Untersuchungen zu den Formen der Identitätsstiftung und Stabilisierung in der römischen Republik*, Stuttgart: Franz Steiner 2000

LOCHAK, DANIELÉ: Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 15—53.

LOTMAR, PHILIPP: *Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht*, Leipzig: Mohr 1896

LOOSCHELDERS, DIRK: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007⁵

LÜBTOW, ULRICH VON: *De iustitia et iure*, in: LÜBTOW, ULRICH VON: *Gesammelte Schriften, I, Römisches Recht*, Rheinfelden—Freiburg—Berlin: Schäuble 1989, 73—172.

LÜBTOW, ULRICH VON: *Zum Delikt der „iniuria“*, Berlin: Duncker & Humblot 1997, 57—59.

- MACQUEEN, HECTOR: Good faith, in MACQUEEN, HECTOR—ZIMMERMANN, REINHARD: *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh: University Press 2006, 43—73.
- MACQUERON, JEAN: *L' Histoire de la causa immorale ou illicite dans les obligations en droit romain*, Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey 1924
- MALAURIE, PHILIPPE—AYNÈS, LAURENT—STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE: *Les obligation*, Paris: Defrénois 2005
- MANCINI, ROBERTO (ed.): *Etiche della mondialità, la nascita di una coscienza planetaria*, Assisi: Cittadella 1996
- MANFREDINI, ARRIGO DIEGO: Rez.: HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln 1998, Iura 49 (1998) 149—157.
- MARKESINIS, BASIL: *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, München: Sellier 2004
- MARÓTH MIKLÓS: *A görög filozófia története*, s. I. 2002
- MARQUARDT, JOACHIM: *Römische Staatsverwaltung*, II, Leipzig: Hirzel 1884
- MARRONE, MATTEO: *Istituzioni di diritto romano*, Palermo: Palumbo 2006³
- MARTINI, REMO: “Genus—species” e i giuristi romani, *Labeo* 24 (1978), 321—339.
- MARTON GÉZA: *A polgári jogi felelősség*, Budapest: Triorg s. a. Sajtó alá rend.: ZLINSZKY JÁNOS, + [1992]
- MARTON GÉZA: *A római magánjog elemeinek tankönyve. Institúciók*, Debrecen: Méliusz 1937⁴
- MAYER-MALY, THEO: *Contra bonos mores*, in: *Juris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien—Köln—Graz: Böhlau 1986, 151—167.
- MAYER-MALY, THEO: *Was leisten die guten Sitten?* *AcP* 194 (1994), 105—176.
- MCKENDRICK, EWAN: *Contract Law*, Hampshire—New York: Palgrave 2005⁶
- MEDICUS, DIETER: *Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch*, Heidelberg: Müller 2006⁹
- MEDICUS, DIETER: *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Köln—Berlin—München: Carl Heymanns 2007²¹
- MEDICUS, DIETER: *Schuldrecht, II, Besonderer Teil. Ein Studienbuch*, München: Beck 2003¹¹

- MENYHÁRD ATTILA: *A jóerkölcsbe ütköző szerződések*, Budapest: Gondolat 2004
- MENYHÁRD ATTILA: *Dologi jog*, Budapest: Osiris 2007
- MESSINA VITRANO, FILIPPO: *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi, I, I negozi sotto condizione illecita*, Perugia 1922
- MINIERI, LUCIANO: „*Mores*” e „*decreta gentilicia*”, in: FRANCIOSI, GENNARO (cura): *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, III, Napoli: Jovene 1995, 121—168.
- MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Staatsrecht*, II, Leipzig: Hirzel 1887³
- MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot 1899
- MOÓR GYULA: *A jogbölcselet problémái*, Budapest: Magyar Szemle Társaság 1945
- MOÓR GYULA: *A logikum a jogban*, Budapest: Magyar Filozófiai Társaság 1928
- MOÓR GYULA: *Jogfilozófia*, Budapest: Püski 1994
- MUGDAN, BENNO: *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin: Decker 1899—1900
- MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN: Elemente einer gemeinschaftsprivatrechtlichen Dogmatik der Generalklausel. Was leistet die deutsche Wissenschaft vom Europäischen Recht?, in: BALDUS, CHRISTIAN—MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München: Sellier 2006, 129—144.
- NOWAK, CARSTEN: *Die praktische Bedeutung der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe in der grossen Kodifikation der Deutschen Demokratischen Republik*, Köln 1993
- NÓTÁRI TAMÁS: *Jogtörténeti adalékok Cicero Pro Caecinájához*, *Collega*, VIII/1 (2004), 48skk.
- NÖRR, DIETER: *Divisio et partitio: Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*. Berlin: Schweitzer 1972
- OLSEN, HENRIK PALMER—TODDINGTON, STUART: *Architectures of Justice. Legal Theory and the Idea of Institutional Design*, Hampshire-Burlington: Ashgate 2007
- OPPETIT, BRUNO: *Ethique et vie des affaires*, in: *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris: Litec 1993

- ORESTANO, RICCARDO: *Dal ius al fas, Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, BIDR 46 (1939), 194—273.
- OST, FRANÇOIS—DE KERCHOVE, MICHEL VAN: L'outrage public aux bonnes mœurs révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée, in: CHEVALLIER, JACQUES (et al.): *Les bonnes mœurs*, Paris: PUF 1994, 105—124.
- OURLIAC, PAUL—MALAFOSSE, DE JEHAN: *Histoire de droit privé. Les obligations*, Paris: PUF 1969²
- PAPERI, OSCAR: *Considerazioni sull'origine del procurator ad litem*, in: *Cunabula Iuris, Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano: Giuffrè 2002, 343—384.
- PÁZMÁNY ZOLTÁN: *A római jog institúciói*, Karcag 1930³
- PENA, MARC: *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif 2/17 (1992), 499—519.
- PERELMAN, CHAÏM: *La raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris: LGDJ 1984
- PESCHKA VILMOS: A kártérítési felelősség morális és etikai kiüresedése, in: *Ius privatum - Ius commune europae. Liber Amicorum. Studia Ferenc Mádl Dedicata*, Budapest: ELTE 2001, 207—219.
- PESCHKA VILMOS: *A modern jogfilozófia alapproblémái*, Budapest: Gondolat 1972
- PESCHKA VILMOS: *Az etika vonzásában. Jogelméleti problémák az etika aspektusából*, Budapest: Akadémiai 1980
- PESCHKA VILMOS: *Jogforrás és jogalkotás*, Budapest: Akadémiai 1965
- PFEIFFER, THOMAS: Die Generalklausel auf der Agenda der europäischen Privatrechtsangleichung, in: BALDUS, CHRISTIAN—MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München: Sellier 2006, 25—36.
- PFEIFFER, THOMAS: *Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU. Der Gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht*, AcP 2-3/208 (2008), 228—247.
- PFEILSCHIFTER, RENE: *Die Brüchigkeit der Rituale. Bemerkungen zum Niedergang der römischen Zensur*, Klio 84/2 (2002) 440—464.

- PIMONT, SÉBASTIEN: *Validité d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère : remarques sur la cause subjective en droit des libéralités*, *Petites Affiches*, 112/394 (2005. június 7.), 17—21.
- PLESCIA, JOSEPH: *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, *RIDA* 34 (1987) 265—310.
- PÓLAY ELEMÉR: *A római jogászok gondolkodásmódja. Kazuisztika és absztrakció*, Budapest: Tankönyvkiadó 1988
- PÓLAY ELEMÉR: *A személyhez kapcsolódó egyes eszmei javak magánjogi védelmének nyomai a római jogban*, *JK XLII* (1987)/3, 147—151.
- PÓLAY ELEMÉR: *A személyiség polgári jogi védelmének történetéhez. Iniuria-tényállások a római jogban*, *AUSz* 30 (1983)
- PÓLAY ELEMÉR: *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest: Akadémiai 1964
- PÓLAY ELEMÉR: *Historische Interpretationen der Generalklauseln im römischen Recht*, *Klio* 67 (1985) 2, 528—535.
- PÓLAY ELEMÉR: *Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom*, *ZSS (Rom. Abt.)* 101 (1984) 142—189.
- PREUSCHE, REINHARD: *Juristische Generalklausel und Argumentationspraxis. Die italienische Rechtssprechung zur Anwendbarkeit ausländischen Rechts (Ordre Public)*, Regensburg: Atheneum 1978
- PUGLIESE, GIOVANNI: *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino: Giappichelli 1994³
- PUGLIESE, GIOVANNI: *Studi sull' "iniuria"*, Milano: Giuffrè 1941
- RABEL, ERNST: *Übersicht über die italienische Rechtsliteratur*, *ZSS (Rom. Abt.)* 46 (1926) 459—482.
- RAZ, JOSEPH: *The Problem about the Nature of Law*, in: FLØISTAD, GUTTORM: *Contemporary Philosophy. A New Survey*, III, London: Springer 1982, 107—125.
- REBMANN, KURT—SÄCHER, FRANZ JÜRGEN—RIXECKER, ROLAND: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München: Beck 2001⁴
- RENÉ, DAVID: *A jelenkor nagy jogrendszerei*, Budapest: KJK 1977

- RENÉ, DAVID—BRIERLY, JOHN: *Major Legal Systems in the World Today*, London: Free Press 1985
- RÉCSI EMIL: *A római jog elvei, tekintettel a történelmi fejlődésre*, Pest: Emich Gusztáv 1857
- RIESENHUBER, KARL: *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin: De Gruyter 2003
- RIPERT, GEORGES: *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ 1949⁴
- ROHDE, GEORG: *Die Kultsatzungen der römischen Pontifices*, Berlin: Töpelmann 1936
- ROTHER, WERNER: *Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung*, ACP 52/172 (1972), 498—519.
- ROTONDI, GIOVANNI: *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano: Olms 1912
- ROUBIER, PAUL: *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris: Dalloz—Sirey 1951²
- RÖTHEL, ANNE: Die Konkretisierung von Generalklauseln, in RIESENHUBER, KARL: *Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, Berlin: De Gruyter 2006, 213—230.
- RÖTHEL, ANNE: *Normenkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004
- RUSSEL, BERTRAND: *History of Western Philosophy*, London: Routledge 2002
- RUTGERS, LEONARD VICTOR: *The Jews in Late Ancient Rome. Evidence of Cultural Interaction in the Roman Diaspora*, Leiden: Brill 2000
- RÜPKE, JÖRG: *Die Religion der Römer, Eine Einführung*, München: Beck 2001
- RÜTHERS, BERND: *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Heidelberg: Müller 1988³
- RYAN, FRANCIS: *The Lex Scantinia and the Prosecution of Censors and Aediles*, Classical Philology 89 (1994) 159—162.
- SACCO, RODOLFO: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden-Baden: Nomos 2001
- SACK, ROLF: § 138, in HABERMANN, NORBERT (Red.): *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier—de Gruyter 2003, 213-433.

- SAMU MIHÁLY—SZILÁGYI PÉTER: *Jogbölcselet*, Budapest: Rejtjel 1998
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON: *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin: Veit 1840
- SÁRÁNDI IMRE: *Visszaélés a joggal*, Budapest: Akadémiai 1965
- SCHANBACHER, DIETMAR: *Ius und mos : zum Verhältnis rechtlicher und sozialer Normen*, in: BRAUN, MAXIMILIAN—HALTENHOFF ANDREAS—MUTSCHLER, FRITZ-HEINER (Hrsg.): *Moribus antiquis res stat Romana. Römische Werte und römische Literatur im 3. und 2. Jh. v. Chr.*, München—Leipzig: KG Saur 2000, 353-371
- SCHAPP, JAN: *Methodenlehre des Zivilrechts*, Stuttgart: UTB 1998
- SCHILLER, ARTHUR: *Roman Law. Mechanisms of Development*, The Hague: Mouton 1978
- SCHMÄHLING, EBERHARD: *Die Sittenaufsicht der Censoren. Ein Beitrag zur Sittengeschichte der römischen Republik*, Stuttgart: Diss. 1938
- SCHMID, CHRISTOPH: *Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs*, JZ 13/LVI (2001), 674—683.
- SCHMIDLIN, BRUNO—CANNATA, CARLO AUGUSTO: *Droit privé romain, II, Obligations—Successions—Procédure*, Lausanne: Payot 1987
- SCHMIDT, HELMUT: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht*, Berlin: Schweitzer 1973
- SCHMOECKEL, MATHIAS—RÜCKERT, JOACHIM—ZIMMERMANN, REINHARD (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, I, Tübingen: Mohr Siebeck 2003
- SCHRÖDER, BERND: *Die 'väterlichen Gesetze', Flavius Josephus als Vermittler von Halachah an Griechen und Römer*, Tübingen: Mohr 1996
- SCHULZE, REINER: The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law, in SCHULZE, REINER (ed.): *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich: Sellier 2008, 3—24.
- SCHULZ, FRITZ: *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon 1951
- SCHULZ, FRITZ: *Die biblischen Texte in der Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 2 (1936) 20—43.
- SCHULZ, FRITZ: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar: Böhlau 1961

SCHULZ, FRITZ: *Prinzipien des römischen Rechts: Vorlesungen*, München—Leipzig: Duncker & Humblot 1934

SENN, FÉLIX: Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, in: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I, *Aspects historiques et philosophiques*, Paris: Librairie du Recueil Sirey 1934, 53-67.

SEUFFERT, JOHANN ADAM: *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, III, Würzburg: Stahel'sche Buchhandlung 1825

SERGHÉRAERT, ÉRIC—VION, DANIEL: *La notion d'ordre public et de bonnes mœurs, un critère essentiel de brevetabilité pour la délivrance des brevets européens*, Recueil Dalloz Sirey, 29/181 (2005. július 29.), 1994-1995.

SIBER, HEINRICH: *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin: Sack 1928

SIBER, HEINRICH: *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in: *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano: Fratelli Treves 1930, 105-128

SICARI, AMALIA: *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari: Cacucci 1996

SIKLÓSI IVÁN: *A jogügyleti hatályosság elméleti problémái, különös tekintettel a végrendelet visszavonásának dogmatikai megítélésére*, in: AUB XLI (2004), 73—111.

SIMITIS, KONSTANTIN: *Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138. Abs. 1 BGB*, Marburg: Elwert 1960

SMITS, JAN: Contract Law in the European Union. Convergence or Not? in *4. Europäischer Juristentag*, Wien: Manz 2008, 45—65.

SOLT KORNÉL: *Jogi Logika. A jog, a nyelv és a valóság*, I, Budapest: MTA 1996

SOMLÓ BÓDOG: *Értékfilozófiai írások*, Kolozsvár—Szeged: Pro Philosophia, 1999

SOMLÓ, FELIX: *Juristische Grundlehre*, Leipzig: Felix Meiner 1917

SOPOVNE BACHMANN KATALIN—BOLERÁ CZKY MARGIT: *Semmis az a szerződés, amely jóerkölcsbe ütközik*, Magyar Jog 6 (1996), 347—351.

SOUCHON, CHRISTINE: France, in: RODIERE, RENÉ: *Objet, cause et lesion du contrat*, Paris: Editions A. Padrone 2000, 37—54.

SOURIOUX, JEAN-LOUIS: Le concept de principe général, in: *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruxelles: Bruylant 2005, 59—63.

SÓLYOM LÁSZLÓ: *Alkotmányértelmezés az új alkotmánybíróságok gyakorlatában*, in: VIZI E. SZILVESZTER (szerk.): *Székfoglalók 2001, Társadalomtudományok*, Budapest: MTA 2005, 451—472.

STARCK, BORIS—ROLAND, HENRI—BOYER, LAURENT: *Les obligations. Le contrat*, Paris: Litec 1998⁶

STEIN, PETER: *A római jog Európa történetében*, Budapest: Osiris 2005

STRACHE, KARL-HEINZ: *Das Denken in Standards. Zugleich ein Beitrag zur Typologie*, Berlin: Duncker & Humblot 1968

SUMAN, ANTONIO: „*Favor testamenti*” e *voluntas testantium*, Roma: Athenaeum 1916

SZABADFALVI JÓZSEF (vál.): *Moór Gyula*, Budapest: Új Mandátum 2001

SZENTMIKLÓSI MÁRTON: *A római jog institutiói*, Budapest s.a.

SZLADITS KÁROLY: *A magyar magánjog vázlata*, II, Budapest: Grill 1937

SZLADITS KÁROLY (szerk.): *Magyar Magánjog*, I—IV, Budapest: Ponte Press 1999

TALAMANCA, MARIO: *Lo schema 'genus—species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in: *La Filosofia Greca e il Diritto Romano*, II, Roma: Accad. naz. dei Lincei 1977

TARTAGLIA, PAOLO: v. *Onerosità eccessiva*, CALASSO, FRANCESCO (ed.): *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè 1960, XXX, 155-175

TATHAM, ALLAN: *EC Law in Practice. A Case-Study Approach*, Budapest: HVG-Orac 2006

TEUBNER, GUNTHER: *Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt: Athenäum 1971

TERCSÁK TAMÁS: *A joggal való visszaélés*, Budapest: ELTE 2003

TERRÉ, FRANÇOIS—SIMLER, PHILIPPE—LAQUETTE, YVES: *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz 2005⁹

TEUBNER, GUNTHER: *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitte-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum 1971

- THIBIERGE-GUELFUCCI, CATHERINE: *Libres propos sur la transformation du droit des contracts*, Revue trimestrielle de droit civil 2 (1997), 357—385.
- TRABUCCHI, ALBERTO: *Istituzioni di diritto civile*, Milano: CEDAM 2005
- TRÓCSÁNYI JÓZSEF: *Erkölcstelen ügyletek (turpis causa)*, Budapest: Grill 1909
- TULGA, LOUIS CREIGHTON: *Imperial Regulation of Morals and Conduct in the Early Principate*, Ohio: State University 1967
- TUREGG, KURT EGON VON: *Gefährliche und gefährdete Generalklausel. Über die materiell-rechtlichen Grenzen der Verwaltungsklagen*, Berlin—Köln: Carl Heymanns 1956
- VANGEROW, KARL ADOLF VON: *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg—Leipzig: Elwert 1863⁷
- VANGEROW, KARL ADOLPH VON: *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, I, Marburg: Elwert 1843
- VARGA CSABA: *Jogi hagyományok? Jogcsaládok és jogi kultúrák nyomában*, JK 60/2 (2005), 51—59.
- VARGA CSABA: *Politikum és logikum a jogban. A jog társadalomelmélete felé*, Budapest: Magvető 1987
- VÉKÁS LAJOS (szerk.): *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*, Budapest: Complex 2008
- VIGNEAU, DANIEL: *Une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs*, Recueil Dalloz Sirey, 44/180 (2004. december 16.), 3175—3177.
- VISKY KÁROLY: *Festők, szobrászok és alkotásaik a római jog tükrében*, AT 1968 XV 2
- VISKY KÁROLY: *Személynevek a római jog világában*, Antik Tanulmányok 2 (1981), 192—203.
- VOCI, PASQUALE: *Istituzioni di diritto romano*, Milano: Giuffré 1954³
- VOGENAUER, STEFAN—WEATHERILL, STEPHEN: The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law. An Empirical Contribution to the Debate, in: VOGENAUER, STEFAN—WEATHERILL, STEPHEN: *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford: Hart 2006, 105—148.

- VORLÄNDER, KARL: *Geschichte der Philosophie*, Berlin—Charlottenburg: Kiepenheuer 1932⁸
- WAGNER, STEPHAN: *Metus reverentialis — Von der Rezeption zur Kodifikation*, *Orbis Iuris Romani* 12 (2008), 85—98.
- WALDE, ALOIS: *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg: Winter 1938
- WEBER, RALPH: *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, *AcP* 192 (1992), 516-567.
- WEILL, ALEX: *Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse: Université des sciences sociales de Toulouse 1978, 1165skk.
- WIEACKER, FRANZ: *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe: Müller 1953
- WIEACKER, FRANZ: *Römische Rechtsgeschichte*, I, München: Beck 1988
- WIEACKER, FRANZ: *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1960
- WIEACKER, FRANZ: *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen: Mohr 1956
- WINDELBAND, WILHELM: *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, Tübingen: Mohr 1948¹⁴
- WINKEL, LAURENS: *Le droit romain et la philosophie grecque, quelques problèmes de méthode*, *TR* 1977 (65)/3, 373-384
- WLOSOK, ANTONIE: *Nihil nisi ruborem. Über die Rolle der Scham in der römischen Rechtskultur*, in: WLOSOK, ANTONIE: *Res humanae – res divinae. Kleine Schriften*, Heidelberg: Winter 1990, 84-99
- WOLFF, FRIEDRICH—WITTSTOCK, OTTO: *Latein und Griechisch im deutschen Wortschatz*, Berlin: Cornelsen 1990
- WUBBE, FELIX: *Rez. SLOB, E.: Regelgeving en maatregelen van censoren ten tijde van de Romeinse republiek*, Zutphen 1986, *ZSS (Rom. Abt.)* 105 (1988) 805—810.
- ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon 1996
- ZLINSZKY IMRE: *A magyar magánjog mai érvényében*, Budapest: Franklin 1893⁵

ZLINSZKY JÁNOS: *Állam és jog az ősi Rómában*, Budapest: Akadémiai 1997

ZLINSZKY JÁNOS: *Ius publicum. Római közjog*, Budapest: Osiris 1998

ZLINSZKY JÁNOS: *Római büntetőjog*, Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 1991

ZWEIGERT, KONRAD—KÖTZ, HEIN: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen: Mohr 1996

ZWEIGERT, KONRAD—KÖTZ, HEIN: *Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1994

X. Summary

I. Research objectives

My thesis analyses the general clauses from a dogmatic, historical and comparative point of view. A special emphasis is laid on the good morals clause. The underlying question behind this subject is of comparative-dogmatic nature: how should we compare similar legal institution from different legal orders having different cultural and social background? In such a case a pure legal analysis would be insufficient.

This basic question rapidly leads us to the phenomenon of general clauses. Their function is to implement non-legal and/or extra legal norms into the closed edifice of law. There are too many general clauses and there is already a vast literature which would render an all-in approach of a single scholar impossible. Accordingly, the research should have been restricted in several aspects. Thus, a choice was made for the good morals clause. Except a recent monograph,¹³²⁴ it is barely discussed in the Hungarian legal literature. In addition, this norm has clearly a normative character despite of its *expressis verbis* allusion to a non-legal sphere, the morality.

We had to face some dangers and difficulties making our endeavours even more exciting. First, it was necessary to distinguish our subject from the already existing similar attempts. This aim was achieved by introducing a newly created methodology. Hopefully, in this way we have avoided being a boring epigon. Second, we should not have surpassed the reasonable limits of philosophical theorizing. We did not want to participate directly in the endless scientific discussion on the relationship between law and morality. The dissertation does not concern too much for a further and fruitless redefinition of law and morality.¹³²⁵ This job is already done by others.¹³²⁶ Our aim was to reassess the term ‘good moral’ in its practical, forensic context.

¹³²⁴ Menyhárd Attila. A jóerkölcsbe ütköző szerződések [Contracts Against Good Morals]. Budapest: Gondolat 2004.

¹³²⁵ Similarly, Graf touches only *per tangentem* the definition of morality and understands it as a subjective moral of a given social class. See Graf, Georg. Das bürgerliche Recht und die Moral der Bürger. Überlegungen zum Verhältnis von Moral und Zivilrecht [Some Thoughts on the Relation Between Morality and Private Law]. In: Beck-Mannagetta, Margarethe, Böhm, Helmut and Graf, Georg: Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag. Berlin/Heidelberg/London/Paris/Tokyo: Springer 1996, p. 164.

¹³²⁶ Horváth Barna. Az erkölcsi norma természete [The Nature of Moral Norm]. Máriabesnyő/Gödöllő: Attraktor 2005.

II. Methods, sources and structure of research

After considering the possible methods, the thesis focuses on the explicit references of ‘good morals’ clause in the private law sources. Due modern technical devices and databases this method meant a speedy and relatively overall inquiry. Naturally, only the formal appearances could be detected in this way. However, it did not affect our results negatively, because our primary concern is the nature of general clause, and norms become general clauses only if they explicitly contain the term ‘good morals’. Even this vacuous, to be filled out term renders them general clauses. This way of developing our arguments ensures that it does not become a *l’art pour l’art* scrutiny. The thesis rather builds on positive legal rules in order of getting an inductive method for concretization of the term ‘good morals’. All this is a guarantee for the practical usability of our work.

The spatial and temporal limits of the research should have been carefully determined: do we need focus on one concrete legal order in a given period of time or striving for a wider spectrum would be more adequate? The diachronic approach seemed to be inevitable, the comparative attitude was due to our initial problematic. Thus, the thesis took the risk of being modest and superficial in some point for the sake of the whole picture, i. e. the *grosso modo* demonstration of development of one of the most interesting ideas of human intelligence.

This panorama has been realized on ground of sever compromises and fills out the hiatus of the already existing literature as follows. First, we needed a more or less exact definition of the term ‘general clause’ especially as there was no clear and unambiguous *communio doctorum* in this regard. We followed up the development of the term in diverse countries to have a descriptive basis for our further, more abstract analysis. In the second step we scrutinized the *genus—species* and *part—whole* relationships contained in the term from a logical, dogmatic and systematic point of view.

Then we continued our research in a more earth-bound way. The scientific results gathered abstractly in ‘general part’ were proved on the concrete general clause of good morals in the ‘special part’. We had to determine when this norm was given its general character. Due our presumptions we looked at the antique Roman law sources for producing evidence. Both ‘general clause’ and ‘*boni mores*’ are of Roman origin, so it was quite plausible that this important step was taken at that time.

We also thought that the content of the clause diverges as social circumstances change. Thus, we need to have an excursion in the medieval legal literature, where we find an absolute, Christian order of values behind the *boni mores*. We limited our research to the early *ius*

commune and let aside canonical and later pandectistic jurisprudence. This two were already abundantly evaluated.¹³²⁷ We only touched the latter *per tangem* when discussing the historical interpretations of the national *codices*.

Our thesis culminated in the comparative part containing a detailed in depth analysis of the French, German and Hungarian regulations concerning ‘good morals’. Roman law was not considered because, *stricto sensu*, only valid legal orders could be compared.¹³²⁸ The other three were chosen on ground of their diverse social characteristic. We developed our argument here as before: we concentrated on the presence of the term ‘good morals’ in the legal sources and the empirical data were tried to be put in a larger theoretical concept. The object of the comparison was not only how to concretize the term but also its systematic and dogmatic function in the given legal order. For a better result we developed a new method of comparison combining Sacco’s *formante*-theory with Savigny’s classical canon.¹³²⁹ According to the genial Italian jurist, the *a priori* presumption that positive norm, the juridical decisions and the living law, the ‘law in action’ are only different forms of the same and identical law is false. We can only have a more realistic picture if we take into consideration all of this figures separately.¹³³⁰ As turned out, the triad of legislation, judicature and jurisprudence is to be easily harmonized with the classical canon, namely the grammatical, logical, historical and systematic aspects of interpretations. Undoubtedly, the positive, written norm created by legislation constitutes the starting point for all the others, because both judicature and jurisprudence have to reflect it. Accordingly, our comparative analysis starts with a concise description of the positive norms in question. This part entails a briefing of systematic, grammatical and historic facts. In addition, legal consequences are also comparatively demonstrated. Then we enter the field of jurisprudence as the second *formante*. Within jurisprudence we started with legal philosophical considerations. In this way we tried to disclose the non-verbal but still sensible effects, the so-called *criptotipi*.¹³³¹ It is followed by a demonstration of dogmatic peculiarities special to a given national legal order and then we distinguished ‘good morals’ from similar legal phenomenon. The third *formante*,

¹³²⁷ Schmidt, Helmut. Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht [The Doctrine of Immoral Transactions in a Historical View]. Berlin: Schweitzer 1973.

¹³²⁸ Constantinesco, Léontin-Jean. Rechtsvergleichung. Die rechtsvergleichende Methode [Comparative Law. The Comparative Methodology]. 2. vol. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns 1972, pp. 302-303.

¹³²⁹ See Savigny, Friedrich Carl von. System des heutigen römischen Rechts [System of Today’s Roman Law]. 1. vol. Berlin: Veit 1840, pp. 206-. For further references see Fikentscher, Wolfgang. Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung [The Methods of Law Seen Comparatively]. 3rd vol. Tübingen: Mohr Siebeck 1976, p. 67.

¹³³⁰ Sacco, Rodolfo. Einführung in die Rechtsvergleichung [Introduction to Comparative Law]. Baden-Baden: Nomos 2001, pp. 59-78.

¹³³¹ Sacco: pp. 74-77.

the judicature is the most important one. This statement is already confirmed by MARKESINIS¹³³² and in accordance with him we think the final aim of law is to be found in judicial decisions. The forensic activity can be enriched by the achievements of jurisprudence but it still remains the sovereign of ‘real’ law. The case groups of good morals were born thanks to a groping from-case-to-case approach of national courts. This approach was dissected in its dynamic, temporal development paying special attention to decisions breaking up with older line of judgments.

At least we shortly considered the role of general clauses and that of good moral in the EU.

III. Scientific results and conclusion

There are more scientific *novum* in the thesis. First, we gave a new definition of general clauses. The emerging difficulties were solved by a synthesis of a linguistic and logico-dogmatic approximation. The first helped us to understand the development of the term from the antique Roman law sources through *ius commune* till the modern codifications. The second unveiled the hidden dogmatic content lying behind general clauses. This theoretic content is twofold, it suggests both the *genus-species* and the whole-part problematic. Due the abstractness of this inquiry we could restrict our arguments to Roman law. As a result we stated that general clauses have a double dependency. Their meaning and concretisation depend on positive legal norms as well on extra legal, social value judgments. As the definition goes:

General clauses are such general legal propositions which constitute an extensive but also isolated and autonomous structural part (*clausula*) within a given, same specied collective of norms. Their subject-matter is quite extensive and contrary to specific legal norms, they incorporate a relatively large number of states of affaires which are – as a result of some of their dominant characteristics – considered to be of the same genus (*generalis*). From these aspects emerges an interpretational practice according to which the alteration of the specific legal norms impact upon the interpretation of general clauses and vice versa: through general clauses the alteration of a superior category may be conveyed to the more specific norms.¹³³³

After determining the term ‘general clauses’ we focused on a concrete clause forbidding transactions against good morals. We ascertained that this norm took its general character in

¹³³² Markesinis, Basil. Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre [Comparative Law in Theory and Praxis. An Addendum to Methodology of Legal Science]. München: Sellier 2004, p. 153.

¹³³³ The term ‘general clause’ was used in a wider sense by Pólay. See Pólay, Elemér. Historische Interpretationen der Generalklauseln im römischen Recht. [Historical Interpretation of General Clauses in Roman Law] *Klio* 67 (1985) p. 528.

the classical period most probably by Papinian and reached its zenith in the postclassical age, especially in the Sentences of Paulus.

The research of Roman law sources enriched our knowledge in more other aspects. For example, we established a new interpretation for the famous Papinian-fragment in D. 28, 7, 15. Our conclusion was that this citation contains a synthesis of illegality and impossibility. Impossibility here means not physical impossibility but used in the sense that a morally good man, a *bonus vir* can not do anything which is contrary to good morals. Thus, the interaction between illegality and impossibility is more complex than thought before. We can find textual evidences in the *Digest* where an action is lawful but dishonest. On the other hand, sometimes the two, illegality and impossibility went hand in hand as positive law (e. g. the praetorian edicts) had forbidden immoral behaviour. The phrase '*non posse*' often means illegality in the sources.¹³³⁴ As in our fragment, where positive legal norms (*quod senatus aut princeps improbant*) were explicitly referred. Consequently, it is not about legally not forbidden (*licet*) but dishonest acts, as KASER suggested,¹³³⁵ rather about a double social defence, in which legal and moral considerations were strengthening each other. The unlawful act would cause not only the breach of positive legal norms but may equally harm our honesty, sense of duty and decency.

Second, we pointed out that the term '*boni mores*' developed in a strong interaction with *iniuria*. This fact led our attention to new aspects of immorality and illegality which were not scientifically analysed yet. In some regards we might have confirmed and occasionally refined PÓLAY's path-breaking results concerning the development of *iniuria*.¹³³⁶ We followed up the parallelisms between *boni mores* and *iniuria* till the late preclassical period. Our research disclosed that their relation was not one-sided as thought before.¹³³⁷ *Actio iniuriarum* was not only a tool for the protection of social order through *boni mores*, but, *vice versa*, sometimes¹³³⁸ the clause helped to prevent certain acts of *iniuria*.

Finally, our considerations were not without use from a legal philosophical point of view regarding the relation between law and morality. On ground of our sources we depicted the historical development how the *ius* has been enlarged by praetorian activity at the expense of

¹³³⁴ Pomp. D. 1, 2, 2, 16: *lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*. Or Pap. D. 1, 21, 1, 1: *verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse transire*.

¹³³⁵ Kaser, Max. *Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*. [The Roman Private Law. The Preclassical and Classical Law] 2nd. ed. München: Beck 1971, p. 197.

¹³³⁶ See Pólay Elemér. *Iniuria Types in Roman Law*. Budapest: Akadémiai 1986, pp. 201-205.

¹³³⁷ Pólay: pp. 202 and 205.

¹³³⁸ Gai. 3, 157

mos that is moral precepts, formerly terrain of the head of Roman family (*pater familias*) and the censor.

In the next part we analysed the role of *boni mores* in the early legal literature of *ius commune*. According to our knowledge there was no similar attempt made before. The primarily sources were the works of the glossators and commentators. Methodical curiosity that the results of this empirical study were placed in a broader theoretical framework: the neotomist model was adapted for concrete analyse of a given fragment containing regulations on adulterous relations. In the long run we stated that the contemporary jurists understood *boni mores* as a representative sign of an absolute, Christian order of values.

In the largest part of our thesis we realized a comparative study analyzing nine different aspects or *formanti* as called by RODOLFO SACCO. This strict methodology ensured the depth and thoroughness of our research and designed its larger social contrasts. This step was of utmost importance regarding the double system dependency of the general clauses. Beside minor similarities and differences we found out that the difficulties emerging from ‘good morals’ are caused by social and cultural specialities rather than legal curiosities.

Thus, we have got the answer for our starting question: beside the material and temporal, i. e. *materiebezogene* and *zeitbezogene Relativität*¹³³⁹ there is another, social or cultural relativity. The Germans are trying to concretise good morals on its own subtle dogmatic way, the French are more willingly asking for help from legal philosophy. However, despite of their different approach their solutions are becoming more and more similar. The Hungarians can be characterized as way-seeking German satellite. The German solutions of *Fallgruppen* were introduced in the national jurisprudence by MENYHÁRD’s monograph. According to one of his reviewer he succeeded to avoid the Scylla of blending law and moral together and the Charybdis of morally nihilist positivism.¹³⁴⁰ He did not deal with the question what causes lie behind the changes of good morals and what we should do if equally strong precepts are conflicting in it. These are substantial questions and we tried to answer them on the basis of a historical and theoretical enquiry. Doing so, we half-consciously constructed a hermeneutical circle highly similar to ROBERT ALEXY’s rational discourse theory.

In the next chapter we focused on the European regulations, proposals and drafts. The whole edifice of European private law can be considered as a monstrous general clause. It is fragmentary in character and substance and driven by the final aim of a common financial

¹³³⁹ Zweigert/Kötz: p. 10.

¹³⁴⁰ As stated by Földi András. Gondolatok a jóerkölcsbe ütköző szerződésekről Menyhárd Attila monográfiája kapcsán. [Thoughts on Contracts Against Good Morals Regarding Menyhárd Attila’s Monograph] *Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Budapest* 42 (2005), p. 220.

market. More practically, we cleared questions of competence between the national and the EC court, and lined out the possible trends of future development of European general clauses. We stated that the largest problem means the lack of a standard European order of values. It lies hidden behind positive legal norms but it alone can guarantee their efficacy.

To sum up, a historical cyclicity could be traced from the development of good morals.¹³⁴¹

This periodicity is closed to that which was stated by MÁDL on delictual responsibility, with the difference that the changes of the former seemed occur more rapidly than that of responsibility. In Roman law *boni mores* originally meant the values of a distinct social caste, the moral of patricians, i. e. it was subjectively objective (objective as marked the behaviour of a fictive entity, and subjective because this class made up only a part of the total Roman population) and relative.¹³⁴² Latter it became a general term, its subjectivity slowly diminished and its content expanded. In the Middle Ages the Christian faith secured its concrete contents, namely *boni mores* were objective and absolute. In the modern France and Germany, they turned back to the origins and the term was to reassure the social position of a privileged class (see for instance the so-called *Anstand*-formula). The dimensions of the absolute felt gradually off. In today's Europe the wish of an objective moral seems illusive the struggle for an absolute order is in turn highly anachronistic. This dilemma can only be solved by balancing interests in a rational discourse.¹³⁴³ This discourse should be a general dispute in which each member of the society can take part, where everybody can express his need, every statement can be questioned and where is a need of justification for the speaker. These conditions are theoretically given in a democratic state.¹³⁴⁴

We have seen that there is no final answer for the problematic of concretization of 'good morals'. This term can not be substantially determined. It is thinkable, as historical evidence pointed out that its meaning will take a different turn in the future, and its long forgotten objective or absolute aspects will reach primacy once again. Our answer can only be procedural in nature.¹³⁴⁵

¹³⁴¹ Mádl Ferenc. A deliktualis felelősség a társadalom és a jog fejlődésének történetében, Budapest: Akadémiai 1964. On this cyclicity see Peschka Vilmos. A kártérítési felelősség morális és etikai kiüresedése. [The Moral and Legal Emptiness of Responsibility] In: Bán Chrysta (and others). Ius privatum — Ius commune europae. Liber Amicorum. Studia Ferenc Mádl Dedicata. Budapest: ELTE 2001, p. 219.

¹³⁴² This kind of morality is called by Hart positive morality. My objective and absolute category is the same like his critical morality. See Hart, Herbert Lionel Adolphus. Law, Liberty, and Morality. Stanford UP 1963, pp. 17-.

¹³⁴³ Rationalism and free discourse together can help us to avoid the danger Kant draw attention to: „Wenn man annimt, dass reine Vernunft einen praktisch, d. i. zur Willensbestimmung hinreichenden Grund in sich enthalten könne, so giebt es praktische Gesetze; wo aber nicht, so werden alle praktische Grundsätze blosse Maximen sein.” See KANT. KpV 5, 19.

¹³⁴⁴ Confirmed by Graf: pp. 165-167.

¹³⁴⁵ For the same conclusion in other way see Cserne, Péter. Freedom of Choice and Paternalism in Contract Law: Prospects and Limits of an Economic Approach. Diss. University of Hamburg. 2008, p. 161.

Our second lesson, that we should try harmonize inductive and deductive approaches. Inductively, the case-groups are the Ariadne's line, but they are of no help when it comes to the question whether we should depart from the old moral standpoint. For this a deductive approach is inevitable. To our knowledge both flexibility and legal security are to be achieved by the help of practical argumentation theory. This theory may be a fair tool for a judge deciding a concrete case in the light of the eternal and insolvable question of generalization.¹³⁴⁶

The most important function of general clauses has always been to allow the spirit of time permeate the otherwise closed *terrenum* of law, more precisely law of contract. We do it right today if we seen general clauses as an open gate for the newest achievements of social sciences, that of legal philosophy, especially rational discourse theory and flexible system.¹³⁴⁷ Right comprehension so becomes good judicial decision.¹³⁴⁸

¹³⁴⁶ Doubts on judicial freedom are soothed by Enderlein, Wolfgang. Abwägung in Recht und Moral. [Balancing in Law and Morality] München/Freiburg: Karl Alber 1992, pp. 351-353.

¹³⁴⁷ From the older Hungarian literature see Somló Bódog. Értékfilozófiai írások. [Essays on Philosophy of Values] Kolozsvár/Szeged: Pro Philosophia, 1999, pp. 165-169, and newly Enderlein: pp. 281-368.

¹³⁴⁸ These expressions, *richtiges Verstehen* (right understanding) and *richtiges Handeln* (right action) are from Canaris. see Canaris, Claus-Wilhelm. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrecht. [System Thinking and the Term of System in Jurisprudence. Developed on the Example of German Private Law.] 2nd ed. Berlin: Duncker & Humblot 1983, p. 147.

A szerző publikációi

Tanulmányok:

Érték és valóság határán — A jóerkölcs további története, Jog—Állam—Politika, 2009

(megjelenés alatt)

Metus Reverentialis: Come-back of an Old Concept? in: RADOVAN, DÁVID—NECKÁŘ, JAN—SEHNÁLEK, DAVID (ed.): COFOLA 2009: the Conference Proceedings, Brno: Masaryk University 2009, 131—136.

Érték és valóság határán — A jóerkölcs kezdetei, Jog—Állam—Politika 2 (2009), 55—79.

The Underlying Philosophical and Legal Theoretical Problems of General Clauses, RIDROM [on line] 2009, ISSN 1989-1970, 46—89. Elérhető: <http://www.ridrom.com>.

Időtényező a kellékszavatosság szabályozásában, Miskolci Jogi Szemle 3/2 (2008), 30—57.

Continuity and Discontinuity in Concept of Legal Responsibility, in: RADOVAN, DÁVID—NECKÁŘ, JAN—ORGONÍK, MARTIN—SEHNÁLEK, DAVID—TAUCHEN, JAROMÍR—VALDHANS, JIŘÍ: *Europeanization of the National Law, the Lisbon Treaty and Some Other Legal Issues*, Brno: Tribun EU 2008, 998—1008.

A generális klauzulák mögöttes filozófiai és jogelméleti problémái, Jogtörténelmi Tanulmányok IX., 2008, 107—136.

Észrevételek a jogi felelősség fogalmáról. A censori regimen morum mint a felelősségrevonás intézménye, Iustum, aequum, salutare (2007) 159—177.

Adalékok a generális klauzula kifejezés történetéhez, Fiatal Oktatók Tanulmányai 4., 2006, 68—90.

Recenziók:

LUCHETTI, GIOVANNI—PETRUCCI, ALDO (cura): *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione*

Lando. *Materiali e commento, Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Budapestiensis* 44 (2007), 225—232.

HAMZA, GÁBOR: Wege der Entwicklung des Privatrechts in Europa. Römischrechtliche Grundlagen der Privatrechtsentwicklung in den deutschsprachigen Ländern und ihre Ausstrahlung auf Mittel- und Osteuropa, [társzerzőségben SIKLÓSI IVÁNNAL]: *Modern Law Review* 1/71 (2008), 151—153. [angol nyelven]
Orbis Iuris Romani 12 (2008), 145—151. [német nyelven]
Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña 12 (2008), 1121—1126 [angol nyelven]
Fundamina 2/13 (2007), 251—257. [angol nyelven]
Europa e diritto privato 4 (2007), 1157—1163. [angol nyelven]
Revista de estudios histórico-jurídicos 29 (2007), 564—569. [angol nyelven]

STEIN, PETER: Roman Law in European History, *BUKSZ* 1 (2007), 38—40.

[társzerzőségben HOFFMANN ISTVÁNNAL és SIKLÓSI IVÁNNAL]: HAMZA GÁBOR: Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Iuridica* 44 (2004), 301—305. [német nyelven]

FÖLDI ANDRÁS: A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig, *BUKSZ* 1 (2002), 274—277.

Konferenciabeszámoló:

[társzerzőségben SIKLÓSI IVÁNNAL]: *A római adásvételi jog és hatása az európai jogfejlődésre*, *Jogtudományi Közlöny* 6 (2005), 300—301.

Szakfordítás:

Hit és megvallás, *Pannonhalmi Szemle* 4/2001, 37—51.